

**الأستاذة : لبنى الغومرتي**

**المادة : النظرية العامة للالتزامات**

**التاريخ: 06 أبريل 2020**

بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين

وعلى آله و أصحابه أجمعين

عزيزاتي الطالبات ، أعزائي الطلبة ،

تطرقنا في المحاضرة السابقة لوجود التراضي وقلنا أن هذا التراضي يكون بتطابق الإيجاب بالقبول ، وقلنا أن عملية تطابق الإيجاب مع القبول لا تكون في مجلس العقد بحضور الطرفين فقط وإنما يمكن أن يتم تطابق الإرادتين بالرغم من غيابهما عن مجلس العقد .

وبما أننا تطرقنا في المحاضرة السابقة إلى تطابق الإرادتين في مجلس العقد، فإننا اليوم من خلال هذه المحاضرة سوف نتحدث عن حالات التعاقد بين غائبين.

ما هي الإشكاليات التي يجب أن نستحضرها هنا في هذه الفقرة المتعلقة بالتعاقد بين غائبين :

- ما هي صور التعاقد بين غائبين
- متى يحصل تطابق الإرادتين في حالة غياب الأطراف؟ أو ما هو زمان و مكان العقد في صور التعاقد الغيابي؟

## التعاقد بين غائبين Contrats entre absents

إذا كان الأمر المعتاد هو حصول التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد، فإنه قد تلزم الضرورة على حصول التعاقد بين غائبين، و لهذا التعاقد مجموعة من الصور يمكن تقسيمها إلى وسائل عادية و وسائل الكترونية :

أولا : الوسائل العادية تتجلى في

- **التعاقد بالمراسلة :** حيث يتبادل الطرفين القاطنين في أماكن مختلفة الرسائل البريدية العادية أو المضمونة و البرقيات و التلكس و الفاكس إلى أن يحصل التقاء إرادتيهما على إبرام العقد المقصود. أو هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد.

<sup>1</sup> كما سبق و أشرنا أن مجلس العقد هو ذلك الإتصال المباشر بين المتعاقدين أي بحضورهما في نفس الزمان و المكان. اتصال لا يجب أن ينشغل فيه أحد المتعاقدين عن الآخر.

- **التعاقد بواسطة وسيط أو سمسار** : مهمته نقل إرادة أحد الطرفين إلى الآخر، حيث يعمل على نقل إرادة الموجب إلى من ينتظر القبول، والتعاقد بواسطة رسول يشبه التعاقد بالمراسلة. و بالتالي فأحكامهما واحدة.

وخلافا للتعاقد بين حاضرين فإن التعاقد بين غائبين و خاصة التعاقد بالمراسلة يثير مجموعة من الإشكالات القانونية خاصة ما يتعلق منها بتحديد زمان العقد ومكانه والآثار الناجمة عن تاريخ إبرام العقد.

فمعرفة زمان العقد يتوقف عليها تحديد مبدأ ترتب آثاره التي عقد من أجلها، و كذلك تحديد القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين.

ومعرفة مكان العقد تتوقف عليها معرفة القانون الذي يسوده عند تنازع القوانين المكاني، كما يتوقف عليها أحيانا تعيين المحكمة المختصة للنظر في النزاع الذي يقوم بشأنه.

و لمعالجة موضوع التعاقد بين غائبين، ظهرت أربع نظريات محاولة تحديد زمان ومكان العقد.

### **النظرية الأولى : إعلان القبول (أو التصريح بالقبول) (Système de la déclaration)**

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد في اللحظة التي يعلن في القابل عن قبوله، بمعنى أن تلاقي إرادتي المتعاقدين الغائبين يحصل بمجرد إعلان القبول وصدوره من الموجب له. فحسب هذه النظرية فالعقد يعتبر تاما بمجرد صدور القبول من الشخص الموجه إليه الإيجاب.

مثلا ارسلنا رسالة إلى شخص يتواجد بالرباط و نحن في طنجة، و بمجرد توصل الشخص بالرسالة قد يكون عبر عن قبوله ، فوفق هذه النظرية العقد ينعقد بمجرد قبول الطرف الموجه إليه الإيجاب .

غير أن هذه النظرية تعرضت لمجموعة من الانتقادات من بينها:

- أن القابل يستطيع أن يعدل عن قبوله طالما أنه لم يصل إلى الموجب،
- وكذلك أن إعلان القبول لا يترتب مفعوله إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، لهذا لا يتحقق توافق الإرادتين المطلوب في العقد بمجرد إعلان القبول.

### **النظرية الثانية : إرسال القبول أو تصدير القبول (Système d'expédition)**

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد وقت إلقاء خطاب القبول في صندوق البريد أو تسليمه لعامل التلغراف.

تعرضت هذه النظرية بدورها للانتقاد، لأن الرسالة تعتبر ملكا للراسل طالما أنها لم تصل إلى المرسل إليه. فالإرسال لا يجعل القبول نهائيا مادام بوسع صاحبه استرجاعه قبل توصل الموجب به، وبالتالي لا يصلح كمناط لاقتران الإرادتين و بالتالي قيام العقد.

### **النظرية الثالثة : وصول القبول أو تسلم القبول**

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد لا ينعقد صحيحا إلا بوصول القبول للموجب، فحسب أنصار هذه النظرية فالعقد ينعقد بمجرد وصول القبول للموجب ولو أن هذا الأخير لم يعلم به.

### **النظرية الرابعة : العلم بالقبول**

حسب هذه النظرية فالعقد ينعقد أو أن إرادة الأطراف تلتقي حينما يعلم الموجب بالقبول، تعتبر هذه النظرية أرفق بالموجب و أكثر حرصا على مصالحه، ما دام أن الموجب هو الذي يعرض التعاقد.

### **- موقف المشرع المغربي من هذه النظريات**

بالرجوع للفصل 24 ق.ل.ع المغربي نجده ينص على أن: " العقد الحاصل بالمراسلة يكون تاما في الوقت و المكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله.

و العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت و المكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله ".

وبالتالي يتبين لنا أن أخذ بالنظرية الأولى أي نظرية إعلان القبول. و التي تعتبر أن العقد يكون تاما بمجرد التصريح بالقبول و الإعلان عنه.

إلا أنه بالرجوع للفصل 30 من ق.ل.ع نجده ينص على أنه : " من تقدم بإيجاب عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلا، بقي ملتزما به إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول، ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك.

و إذا صدر التصريح بالقبول في الوقت المناسب و لكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الأجل الذي يكفي عادة لوصوله إليه، فإن الموجب لا يكون ملتزما مع حفظ حق الطرف الآخر في طلب التعويض من المسؤول قانونا".

من خلال قراءتنا لهذا الفصل يتبين لنا أن ق.ل.ع أخذ كذلك بنظرية تسلم القبول من طرف الموجب. ومن تم نجد أن المشرع المغربي أخذ بنظرية إعلان القبول في الفصل 24 من ق.ل.ع ثم عاد واشترط أنه يجب توصل الموجب بالقبول داخل الأجل المعقول لوصول الرسائل من خلال الفصل 30 من نفس القانون. ومن تم يمكن استخلاص أن المشرع المغربي علق قيام العقد بصورة نهائية على شرط وصول الرد بالقبول في الوقت المناسب أو داخل الأجل المحدد الذي يكون الموجب قد حدده للقبول. أما إذا تخلف الشرط و لم يصل الرد بالقبول إلا بعد فوات الوقت المناسب أو خارج الأجل المحدد فإن الموجب يتحلل من إيجابه و لا يستطيع القابل التمسك بهذا الإيجاب لسقوطه.

و سقوط الإيجاب يحول طبعاً دون قيام العقد على أن يبقى في هذه الحالة للقابل حق مقاضاة المسؤول عن التأخير، بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء حرمانه الاستفادة من العقد<sup>2</sup>.

و بصفة عامة يكون العقد منعقدا بمجرد صدور القبول، ومن تم تترتب عليه كافة الآثار القانونية من هذا التاريخ.

- **تاريخ العقد** : أهمية بالغة على مجموعة من الوقائع، من أهمها :

**انتقال الملكية و حرية التصرف** : ان انتقال الملكية وحرية التصرف يصبح بمجرد الإعلان عن القبول وذلك وفقا لقانون التزامات و العقود المغربي الذي أخذ بنظرية إعلان القبول، بحيث يصبح الطرف المستفيد له مالكا للشيء المتعاقد عليه، والتصرف فيه بمختلف أوجه التصرفات القانونية.

مثلا إذا أخذنا بمذهب العلم بالقبول، فإن انتقال الملكية لا تتم إلا وقت وصول القبول إلى علم الموجب.

**تحديد من يتحمل تبعات الهلاك و التعيب** : طبقا لنفس النظرية ( الإعلان بالقبول)، بما أن الشخص المتعاقد على شيء ما سيصبح مستفيدا منه، فإنه كذلك لا بد و أن يتحمل تبعات هلاك ذلك الشيء منذ صدور إعلان القبول.

<sup>2</sup> مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود مرجع سابق ص 69

**تطبيق القوانين التفسيرية بأثر فوري :** قد يصدر المشرع بعض القوانين في الفترة الفاصلة بين التصريح بالقبول و العلم به، و إعمالا لقاعدة الأثر الفوري لسريان القانون الجديد، فإن مقتضيات هذا القانون التفسيري لن تطبق على العقود التي أبرمت قبل نشره ونفاذه (لكون العقد قام قبل نفاذها) و إنما يظل القانون القديم ساري المفعول بشأنهما وذلك بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية إعلان القبول كقانون التزامات و العقود المغربي.

أما بالنسبة للتشريعات التي أخذت بنظرية العلم بالقبول فإن مقتضيات القانون الجديد هي الواجبة التطبيق مادام أن إبرام العقد قد وقع في ظل هذا القانون . خاصة أن مبدأ الفورية يقتضي تطبيق القانون الجديد على كل الأوضاع القانونية التي نشأت في ظله.

- **مكان العقد فهو يختلف باختلاف الأخذ بكل نظرية،** فمثلا بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي الذي أخذ بنظرية الإعلان عن القبول فإن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يقطنه القابل. حيث يلعب تحديد المكان دور مهم في تحديد المحكمة المختصة للبت في المنازعات الخاصة بهذا النوع من العقود.

### ثانيا : التعاقد بالوسائل التكنولوجية

- **التعاقد بالهاتف :** يجمع بين ميزتين، ميزة التعاقد بين طرفين حاضرين في الزمان مادامت إرادة كل طرف تصل إلى الآخر فورا. و ميزة التعاقد بين غائبين من حيث المكان ما دام لا يوجدان في نفس المكان.

بحيث يطبق عليه حكم التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد من حيث الزمان و بالتالي يسقط الإيجاب فيه غير المقترن بأجل إذا لم يقبل فورا من الطرف الآخر، و ذلك ما جاء واضحا في الفصل 23 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 شخص إلى آخر بطريق التلفون. " و بالتالي يعتبر العقد بالهاتف يكون قد تم في الوقت الذي جرت فيه المخاطبة الهاتفية.

أما مكان انعقاد العقد بالهاتف فالمشرع المغربي التزم السكوت في هذه الحالة، و بالتالي لما كان المتعاقدان في هذه الحالة يختلفان من حيث المكان، فإن وضعهما وضع المتعاقدين الغائبين فهو مكان

القابل. والسند في ذلك هو أن المشرع المغربي أخذ بنظرية إعلان القبول في الفصل 23 ق.ل.ع فهي النظرية التي تسري فيما يتعلق بمكان انعقاد العقد بالهاتف. أي المكان الذي يصدر فيه التصريح بالقبول.

## - التعاقد عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة : التعاقد الإلكتروني

هنا سنحاول الإجابة على الإشكالية التالية : متى يتم التطابق في حالة العقد الحاصل بوسيلة الكترونية ؟

عرف العالم في السنوات الاخيرة تقدم علمي و تطور تكنولوجي على مستويات و مجالات متعددة، و بالتالي لم تسلم المعاملات المدنية منه وخاصة فيما يتعلق بوسائل التعاقد، مما أدى إلى صدور قانون 53.05 المؤرخ في 30 نوفمبر 2007<sup>3</sup> ليؤطر وينظم كل ما يتعلق به بالتعاقد الإلكتروني.

وبالتالي أصبح التعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية له مكانة متميزة ضمن الوسائل التقليدية كالكتابة و التوقيع اليدوي. وانطلاقاً من ذلك سوف نتعرض في هذه الفقرة لمفهوم العقد الإلكتروني، و الطبيعة القانونية لهذا العقد.

**مفهوم العقد الإلكتروني :** أعطيت للعقد الإلكتروني مجموعة من التعاريف، حيث هناك من ذهب إلى تعريفه أنه هو " العقد الذي يبرم عبر شبكة الأنترنت، و هو في الأصل عقد عادي، لكن يكتسب هذه الصفة من خلال الطريقة التي ينعقد بها، حيث ينشأ بوسيلة سمعية بصرية عن بعد عبر شبكة الأنترنت"<sup>4</sup>. و عرفته المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997، و المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، بأنه " عقد متعلق بالسلع و الخدمات يتم بين مورد و مستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، و الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد". في حين عرفه الدكتور العرعاري بأنه : " العقد المبرم على الطريقة الإلكترونية من النماذج العقدية التي يتم فيها تسخير التكنولوجيا الحديثة لإبرام الصفقات و العقود على نحو أسرع و أضمن لمصالح الأطراف المستعملة لهذه

<sup>3</sup> منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 المؤرخة في 6-12-2007

<sup>4</sup> Poitier , le commerce électronique sur internet,G P ; 1996 ,p :298

التقنية الجديدة لتبادل المعطيات بشكل الكتروني<sup>5</sup>. وهناك من عرفه على أنه تسمية لطائفة من العقود نشأت بظهور المعاملات التجارية و المدنية التي تتم عبر شبكة الانترنت<sup>6</sup>. و تجدر الإشارة هنا أن المشرع استبعد من نطاق التوثيق الالكتروني كل ما له علاقة بمدونة الأسرة من عقود و كذا المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية ذات الطابع المدني أو التجاري ما عدا المحررات المنجزة من طرف الأشخاص لأغراضهم المهنية<sup>7</sup>.

و نظرا لما يتميز به العقد الالكتروني من حساسية لاعتماده على الوسائل غير المادية المعتمدة إما في إنشائه أو تنفيذه، أو حتى انقضائه، استوجب المشرع ضمانات خاصة.

ومن بين هذه التغييرات التي أدخلها القانون 53.05 أنه استبعد المقتضيات العامة الواردة في ق.ل.ع المغربي المتعلقة بالإيجاب و القبول بشأن هذا النوع من العقود<sup>8</sup>، وذلك بمقتضى الفصل 2-65 من القانون رقم 53.05، الذي جاء فيه " لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 و الفصل 32 أعلاه على هذا الباب". و بالتالي فبخصوص تطابق الإيجاب بالقبول فقد نصت عليه الفقرات الثانية و الثالثة و الرابعة من الفصل 5-65 من القانون رقم 95-53، الذي جاء فيه ما يلي: " يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة الكترونية، ودون تأخير غير مبرر، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه".

إلا أن هذا لا يعني أن العقد الالكتروني لا يطبق عليه قواعد وأحكام قانون الالتزامات و العقود بصفة نهائية و إنما تظل معظم الأحكام في نظام التعاقد الالكتروني تشترك مع غيرها من العقود، و خير مثال على ذلك القواعد المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، التراضي، الأهلية...

- **الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني :** إن التساؤل الذي يطرح بصدد الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني يتمحور بين ما إذا كان هذا الأخير ينعقد بين حاضرين أو بين غائبين، أو يختلط فيه الأمران .

اختلف الفقه حول تحديد العقد الالكتروني هل يعتبر تعاقدًا بين حاضرين أو بين غائبين.

<sup>5</sup> تعريف الوثيقة الالكترونية: مجموعة من الارقام و الاشارات و الرموز الأخرى محررة على دعامة الكترونية، يكون بالامكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، و تكون معدة و محفوظة وفق شروط من شأنها ضمان سلامتها.

<sup>6</sup> العربي جنان : التعاقد الالكتروني في القانون المغربي (دراسة مقارنة) الكتاب الأول سنة 2010 ص : 9.

<sup>7</sup> تنص الفقرة الثالثة من الفصل 1-2 من ق.ل.ع على ما يلي : "... غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة و المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون، ما عدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته".

<sup>8</sup> لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 و الفصل 32 من قانون الالتزامات و العقود على العقد المبرم بشكل الكتروني أو الموجه بطريقة الكترونية، و ذلك بمقتضى الفصل 2-65 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية.



فهل العقد ينعقد لحظة وصول القبول إلى الموجب عبر شبكة الانترنت ؟ أو هو تاريخ علم الموجب بمحتوى رسالة القبول ؟

**من خلال الرجوع للقانون 53.05 و خاصة الفصل 5-65<sup>9</sup> يتبين أن زمن العقد الالكتروني هو تاريخ توصل العارض برد القابل شريطة إعلامه لهذا الأخير بكونه تسلم قبول العرض داخل الأجل المناسب . و بالتالي فإن زمن العقد الالكتروني ليس هو نفس الزمن المتعلق بالعقد الحاصل بالمراسلة كما هو محدد في الفصلين 24 و 30 من ق.ل.ع و انما زمن العقد الالكتروني هو تاريخ توصل العارض برد القابل شريطة إعلامه لهذا الأخير بكونه تسلم قبول العرض داخل الأجل المناسب. و ذلك ما جاء صريحا في الفقرة الثانية من الفصل 5-65.**

- **أما مكان العقد :** أمام سكوت المشرع المغربي في ق.ل.ع و كذلك في قانون 53.05 عن مكان إبرام العقد الالكتروني، وما لأهمية تحديد المكان الذي ابرم فيه العقد الالكتروني في تحديد المحكمة المختصة للنظر في المنازعات التي يثيرها هذا النوع من التعاقد، فإنه يتحتم علينا الرجوع لتحديد طبيعة العقد هل هو عقد تم بين أطراف داخل الوطن؟ أو عقد مختلط يمكن الرجوع للاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الموضوع . و بخصوص العقود الوطنية فحسب **الفقرة الثالثة من الفصل (65.4)** **فان المكان الذي يتم فيه العقد هو المكان الذي يتسلم فيه القابل الاشارة النهائية التي تؤكد توصل العارض بمضمون القبول.**

---

<sup>9</sup> ينص الفصل 5-65 على ما يلي: " يشترط لصحة إبرام العقد الالكتروني أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه و من سعره الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله.

يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة الكترونية، ودون تأخير غير مبرر، و بطريق الكترونية، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه.

يصح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه.

يعتبر قبول العرض و تأكيده و الإشعار بالتسلم متوصلا بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليها."