مقومات التراضي في العقود المدنية
في ظل التشريع المغربي

فتيحة أكدام
طالبة باحثة في سلك الدكتوراه مختبر القانون والمجتمع
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير
المغرب

الملخص باللغة العربية:

لما كان العقد هو اتفاق إرادة المتعاقدين في إحداث أثر قانوني، فإنه لا يمكن تصور حصول هذا الاتفاق إلا إذا كان نابعا عن التراضي المزدوج لأطراف العقد.

وعليه يجب أن يكون هناك توافق إرادتين، فكل طرف في العقد تنعقد إرادته على أمر معين، لكن لا بد أن تتقابل إرادتا الطرفين، وأن يقع التعبير عنها، ويتم ذلك بإبداء الطرف الأول لموقفه في صورة إيجاب مع ما يستوجب ذلك من مفاوضات حول شروط العقد ومواصفاته العامة والخاصة.

والإيجاب لا يكفي لتكوين العقد، فإلى جانبه يلزم أن يتوافر القبول، إذ بهذا يمكن أن يحصل التوافق بين إرادتين الذي هو أساس العقد وقوامه.

الكلمات المفتاحية: التراضي في العقود، الإيجاب، القبول، التعبير عن الإرادة، توافق الإرادتين.

Abstract:

Since the contract is an agreement of the will of the contracting parties to create a legal effect, it is inconceivable that this agreement would occur unless it stems from the double consent of the parties to the contract.

Accordingly, there must be a consensus of two wills, as each party to the contract has its will on a specific matter, but the wills of the two parties must meet and be expressed, and this is done by the first party expressing its position in the form of an affirmative with the necessary negotiations about the terms and specifications of the contractPublic and private.

An offer is not sufficient to form a contract. In addition to it, acceptance must be present, as through this it is possible to achieve agreement between two wills, which is the basis and foundation of the contract.

Keywords: Consent in contracts, offer, acceptance, expression of will, compatibility of the two wills.

مقدمة:

إن تعريف التراضي هو تعريف للعقد نفسه إذ التراضي لحمة العقد وسداه، فالتراضي[1] هو انصراف إرادة الأطراف إلى إنتاج الأثر القانوني المرغوب فيه[2]، وما دام اتجاه الإرادة نحو ترتيب أثر قانوني يعتبر في حد ذاته أمرا داخليا ونفسيا خير محسوس[3]، كان لا مناص من الاستدلال عليه بمظهر خارجي[4]. ويسمى هذا المظهر الخارجي الذي يستدل به على الإرادة بالتعبير عن الإرادة[5].

وعليه فإن التعبير عن الإرادة يكون صريحا إذا كشف مدلوله عن الإرادة حسب المألوف بين الناس[6]، أي بالأسلوب المتعارف عليه. فقد يكون هذا التعبير بألفاظ يؤديها اللسان مباشرة، أو يؤديها بالواسطة كما يحصل عند الاتصال بالهاتف أو استخدام رسول ينقل التعبير. وقد يكون بالكتابة في أية صورة من صورها[7]، أو الألفاظ المتداولة في ميدان التعامل، أو التعاقد بالإشارة بالنسبة لغير القادرين على استعمال الوسائل الأخرى[8]، كالإيماء بالرأس إلى الأمام، أو بعرض التجارة في الواجهة وقد كتب عليها ثمنها.

أما التعبير الضمني، فلا يدرك من التعبير، ولكن يدرك من وقائع أخرى يستنتج منها ما ينبئ عن الإرادة بوسائل لا تدع مجالا للشك في معرفة الإرادة[9]

وذلك كما لو بقي المكتري بالعين المكتراة بعد انتهاء مدة الكراء فهذا تعبير ضمني على أنه يقبل البقاء بالعين، وتعبير من مالك العقار على الموافقة[10]. ومن أمثلته أيضا الشخص الذي يتصرف في الشيء الذي عرض عليه شراءه حيث يدل هذا الموقف على قبوله الشراء[11]، وصاحب سيارة الأجرة الذي يقف في المكان المخصص لنقل الأشخاص يعد دليلا على رغبته تقديم خدماته لزبنائه[12].

ويعتبر السكوت موقفا سلبيا، وهو انعدام التعبير بنوعيه صريحا كان أو ضمنيا، لأن التعبير الضمني ليس مجرد سكوت، بل هو اتخاذ وسيلة للتعبير تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره[13].

أما صور التعبير عن التعاقد فهي تختلف باختلاف إذا كان الشخص الذي يريد التعاقد قد سبق إلى أخذ مبادرة التعاقد وهذا هو الإيجاب، أو جاء ليزكي هذه المبادرة إما بصفة فورية أو بعد مناقشتها وهذا هو القبول، ولا يكفي لتمام العقد صدور إيجاب من أحد الأطراف وقبول من الطرف الآخر، بل لا بد لهذين من أن يقترن أحدهما بالآخر، وهذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية الآتية:

- إلى أي حد وفق المشرع في تأطير مؤسستي الإيجاب والقبول؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية هي:

- ما هو دور الإيجاب في تكوين العقد؟ ومتى يكون ملزما لصاحبه؟
- كيف يتم تحديد نطاق مضمون القبول؟ وما هي الشروط التي يجب توافرها وقت صدوره؟
- ما هو معيار التمييز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين؟

وللإجابة على الأسئلة المذكورة سلفا، يتحتم علينا أن نتناول دور الإيجاب والقبول في العقود المدنية في (المطلب الأول)، على أن نخصص (المطلب الثاني) لدراسة مدى تطابق الإرادتين في العقود المدنية.

المطلب الأول: الإيجاب والقبول في العقود المدنية في ظل التشريع المغربي

الإيجاب وحده لا يكفي لتكوين العقد، فإلى جانبه، يلزم أن يتوافر القبول، إذ بهذا يمكن أن يحصل التوافق بين إرادتين الذي هو أساس العقد وقوامه[14].فإذا كان الإيجاب هو العرض للتعاقد، فإن القبول هو التعبير عن إرادة من وجه الإيجاب إليه[15].

وتأسيسا على ذلك، سنتناول في (الفقرة الأولى) دور الإيجاب في تكوين العقد، على أن نقوم بدراسة دور القبول في تكوين العقد في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور الإيجاب في تكوين العقد

لقد تعددت التعاريف التي أعطاها الفقهاء للإيجاب بالرغم من تقاربها في المعنى، بحيث عرفه أحد الفقه[16]بكونه التعبير عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه، وعرفه آخر[17] بأنه تعبير بات عن إرادة حرة، حقيقية، جدية وواعية :يتضمن عرضا للتعاقد حسب شروط معينة يوجهه الموجب لشخص معين أو لأشخاص غير معينين.

فمن خلال هذا التعريف يمكن القول بأنه لكي نكون أمام إيجاب حقيقي ينبغي على الموجب أن يصرح أو يعبر أو يعلن عن إرادته بتوجيه العرض إلى شخص أو جمهور، وأن يأتي هذا التعبير عن الإرادة في صورة محددة تحديدا كافيا لتلقي القبول[18]. بمعنى أن تتوافر فيه كافة العناصر التي تجعله صالحا لأن ينعقد به العقد[19]، حين يصادفه قبول مطابق، وهذه العناصر هي على الأقل العناصر الجوهرية أو الأركان الأساسية التي لا بد من توافرها لانعقاد العقد[20].

فإذا لم يتضمن هذا التعبير كافة العناصر الأساسية للعقد[21]، فإننا لا نكون بصدد إيجاب بل أمام دعوة إلى التعاقد[22]، وبالتالي لا يترتب على قبولها ميلاد العقد، وإنما تعد تلبيتها إيجابا بمعناه الدقيق يقوم العقد على إثره إذا اقترن بقبول، كحالة المشاركة في المزاد التي اعتبرها المشرع المغربي دعوة إلى التعاقد[23].

أما إذا صعب التمييز بين ما هو من قبيل الإيجاب وما هو من قبيل الدعوة إلى التعاقد، فإن نظرية سلطان الإرادة تتدخل لحل هذه المسألة، وذلك بتقريرها لمعيار البحث عن الإقدام على التعاقد، وهذا المعيار يكرسه اتجاه الإرادة الباطنة[24]، فإذا ما تبين وفقا لهذا المعيار أن الشخص عندما وجه عرضه إنما كان يقصد بذلك عزمه على إبرام العقد بصفة مباشرة كان ذلك إيجابا[25]،أما إن كان العرض ينم عن مجرد التحضير أو التمهيد له كنا بصدد دعوة للتعاقد[26]، ويعود لقاضي الموضوع أمر تمييز الإيجاب عن الدعوة إلى التعاقد، بحيث يعتمد في ذلك على ظروف كل قضية على حدة وملابساتها[27].

والأصل أن الإيجاب ليس له بحد ذاته قوة إلزامية، وأن للموجب أن يرجع عن إيجابه ما دام لم يقترن به قبول، أو مادام الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب لم يشرع في تنفيذ العقد[28]، وهو ما نص عليه الفصل 26 من ق.ل.ع على أنه: "يجوز الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو الشروع في تنفيذه من الطرف الأخر".

غير أنه استثناء من الأصل يكون الإيجاب ملزما لصاحبه في ثلاث حالات يكرسها الاتجاه الموضوعي – الإرادة الظاهرة– لنظرية سلطان الإرادة وهي:

الحالة الأولى: عندما يكون الإيجاب مقترنا بأجل للقبول، يجب على الموجب هنا الإبقاء على إيجابه إلى أن ينصرم الأجل، كما جاء في الفصل 29 من ق.ل.ع بأن: "من تقدم بإيجاب مع تحديد اجل للقبول بقي ملتزما تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد". وهذا يعني أن الموجب يتقيد بإيجابه مدة معينة لا يجوز له في أثنائها الرجوع فيه طوال هذه المدة[29] .

الحالة الثانية: عندما يكون الإيجاب قد تم عن طريق المراسلة دون تحديد أجل. هنا أيضا يجب على الموجب الإبقاء على إيجابه طيلة المدة اللازمة لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وفي ظروف عادية، ما لم يكن الموجب قد أبلغ الموجه إليه الإيجاب بأن يكون رده عن طريق الهاتف مثلا، وأنه لا ينتظر الوقت الذي تستغرقه المراسلة العادية، وهو ما يستشف من الفقرة الأولى للفصل 30 من ق.ل.ع والذي جاء فيه: "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". أما إذا انقضى الأجل أو فاتت المدة المعقولة دون وصول القبول إلى الموجب، فإن هذا الأخير لا يكون ملتزما ويتحلل من إيجابه، حتى لو كان من وجه إليه الإيجاب قد بعث بقبوله في الوقت المناسب وتأخر وصوله إلى الموجب لسبب من الأسباب، على أن يبقى لمن وجه إليه الإيجاب أن يطالب الجهة المسؤولة عن التأخير، بالتعويض عما لحقه من ضرر[30]، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 31 من ق.ل.ع ومقتضاها: "إذا صدر التصريح بالقبول في الوقت المناسب ولكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الأجل الذي يكفي عادة لوصوله إليه، فان الموجب لا يكون ملتزما مع حفظ حق الطرف الآخر في طلب التعويض من المسؤول قانونا".

الحالة الثالثة: إن فقدان الإرادة بعد توجيه الإيجاب كموت الموجب أو انعدام أهليته أو نقصانها، لا يسقط الإيجاب[31] الموجه عن طريق المراسلة إذا كان من وجه إليه هذا الإيجاب قد قبله قبل علمه بفقدان الموجب لإرادته، وهو ما يستفاد من الفصل 31 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "موت الموجب أو نقص أهليته إذا طرأ بعد إرسال إيجابه، لا يحول دون إتمام العقد إن كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته".

والعلة في هذه الحالات وفقا للاتجاه الموضوعي أن الإرادة بالتعبير عنها في الإيجاب قد برزت إلى العالم الخارجي واصطبغت بمظهرها الموضوعي وبذلك يصبح للإيجاب وجود قانوني مستقل ومنفصل عن شخصية الذي صدر عنه

الإيجاب[32]،ليظل الموجب ملتزما مدة محددة أو معقولة من خلالها يتمكن الموجب له من الاستفادة من أوضاع وظروف التعاقد[33]. وبالتالي فهذا الاستقلال أو الانفصال في الوجود ليس دائما، بمعنى أنه يزول بمجرد انقضاء الميعاد المحدد من طرف الموجب.

الفقرة الثانية: دور القبول في تكوين العقد

كما هو الشأن في الإيجاب فقد تناولت أقلام الفقهاء[34]تعريف القبول كل حسب صياغته، وتتفق على أنه تعبير بات عن الإرادة يصدر من الموجب له ويترتب عليه، إذا تطابق مع الإيجاب، أن ينعقد العقد[35]. بمعنى أن العقد لا ينعقد إلا بوجود عاقدين يمثل كل منهما إرادة تقابل الأخرى، لأن الإرادة الواحدة لا تنشئ عقدا، ويجب أن يتعلق إيجاب أحدهما بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه[36].

والقبول هو ارتضاء الإيجاب من الشخص الذي وجه إليه، وهو الإرادة الثانية في العقد، ولذلك يجب كما هي الحال في الإيجاب أن تتوفر فيه الشروط التي رأيناها فيما يتعلق بوجود الإرادة، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني والتعبير عنها.

ومن يوجه إليه إيجاب بعقد له حرية الاختيار بين قبوله أو رفضه، وفقا لتقديره لمصالحه المالية أو الأدبية. وإذا قرر الموجه إليه الإيجاب قبوله، فانه يعبر عن إرادته في هذا المعنى، وفقا لقواعد التعبير عن الإرادة[37].

والتعبير عن القبول كما قد يكون صريحا قد يكون ضمنيا، ويعد من باب القبول الضمني إجراء العمل بالعقد بلا شرط من طرف المجيب. كما يتم العقد أيضا بمجرد شروع الموجب له في العمل به إذا كانت طبيعة المعاملة لا تفرض جوابا صريحا بالقبول[38]، مثل الهبة، حيث إن منح الهبة لشخص معين وعدم تعقيبه على ذلك يعتبر بمثابة قبول لها[39]، أو إذا كان عرف التجارة لا يقتضي جوابا عندما يكون الإيجاب متعلقا بمعاملات تجارية جارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين[40].

ويثير موضوع القبول الضمني مسألة ما إذا كان السكوت كافيا للتعبير عن القبول. ويرى أغلبية الشراح[41] أن السكوت لا يعد تعبيرا عن الإرادة، فالرد على الإيجاب يفترض اتخاذ موقف إيجابي لا يمكن أن يعبر عنه السكوت الذي هو عمل سلبي. ولا يكون الأمر على خلاف ذلك إلا إذا اقتضى القانون أن يكون السكوت علامة قبول ورضا. أما حالات القبول الضمني التي سبق التعرض لها، فان ثبوت القبول فيها لا ينتج عن السكوت إنما عن تصرفات إيجابية تصدر عن الموجب له للتعبير عن إرادته في التعاقد بدون أي لبس، أو بناء على افتراض يبرره تعلق الإيجاب بمعاملات تجارية[42] تقدم الشروع فيها بين الطرفين.

وقد عبر عن ذلك الفقهاء المسلمون بقولهم : " إن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"[43]، أي اعتبروا السكوت قبولا عندما تكون هناك ظروف تحفه تجعل فيه هذه الدلالة. وهذا ما نصادفه في الفقرة الأخيرة من الفصل

25 من ق.ل.ع الذي ينص على ما يلي : "ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول، إذ تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين". الأمر الذي يستخلص معه أن ظروف السكوت وملابساته هي التي قد تفيد القبول، أما السكوت وحده فهو غير قادر على تأدية هذا المعنى.

والقبول حتى يكون منتجا لآثاره القانونية لا بد من توفر مجموعة من الشروط التي يمكن تصنيفها إلى شروط تتعلق بنطاق مضمون القبول وشروط تتعلق بوقت صدوره :

-**من حيث نطاق مضمون القبول**: فيحدده مسبقا مضمون الإيجاب، ولما كان لمن وجه إليه الإيجاب حرية قبوله أو رفضه لأنه إذا اختار أن يقبل، فيجب أن يكون قبوله مطابقا للإيجاب مطابقة تامة وإلا فلن ينعقد العقد[44].

ومعنى التطابق هو أن كل مسألة وردت في الإيجاب يجب أن تصادف القبول من الطرف الآخر، أي أن تتحقق الموافقة باتحاد موضوعهما سواء كانت الموافقة صريحة أو ضمنية[45]،فالقبول الذي يحتوي على زيادة أو نقصان أو تعديل للإيجاب أو شرط معلق لم يرد فيه الإيجاب، لا يعتبر قبولا[46]، بل على النقيض من ذلك يعتبر رفضا لهذا الإيجاب يتضمن إيجابا جديدا. وفي ذلك يقضي الفصل 27 من ق.ل.ع بأن : " الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقيد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا".

وتجدر الإشارة إلى أن مطابقة القبول بالإيجاب لا تعني حتما تطابق التعبير في صيغتها أو صورتها تحت طائلة عدم الاعتداد بالقبول. بل إنما يعني أن تكون الإرادة المعبر عنها بالقبول متطابقة لما تضمنته إرادة الموجب. وعليه فان القبول يعتبر مطابقا للإيجاب، إذا ما أعلن من وجه إليه الإيجاب أنه قابل به، أو إذا ما بادر إلى تنفيذ العقد دون تحفظ[47].

- **أما من حيث وقت صدور القبول**: فلكي يصبح رد الموجب له عن الإيجاب قبولا مكونا للعقد يجب أن يصدر في وقت ما زال فيه الإيجاب قائما[48]. فإذا اقترن الإيجاب بأجل مسمى أو كان مقرونا بأجل ضمني كما لو أتى بالمراسلة تعين صدور القبول قبل انقضاء الأجلين.

لكن إذا حصل ووجه الإيجاب لحاضر في مجلس العقد دون تحديد مدة كان لازما لانعقاد العقد أن يصدر القبول قبل انفضاض مجلس العقد[49]، وقد سوى قانون الالتزامات والعقود في الحكم، بين العقد الذي يتم بين حاضرين، وبين التعاقد عن طريق الهاتف، حيث أوجب أيضا أن يصدر القبول فورا قبل انقطاع المكالمة الهاتفية[50].

وهكذا، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من 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 طرف الآخر"، جاءت الفقرة الثانية من نفس الفصل تقضي بأنه: "يسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم من شخص إلى آخر بطريق التليفون".

وكذلك، فإن سقوط الإيجاب بأحد الأسباب التي تسقطه قانونا، كموت الموجب أو فقده لأهليته، ووصول ذلك إلى علم من وجه إليه الإيجاب يجعل القبول التالي له دون قيمة، ويعتبر كأن لم يكن[51]. الأمر الذي يستخلص منه أن الرضاء الذي يصدر من الموجب له، بعد أن يكون الإيجاب قد سقط بأي سبب من أسباب السقوط، وان لم يعتبر قبولا لهذا الإيجاب الساقط، لأن القبول يوجه إلى إيجاب قائم وموجود، إلا أنه يعتبر من صاحبه بمثابة إيجاب جديد موجه إلى الموجب الأصلي[52].

المطلب الثاني: توافق الإرادتين في العقود المدنية

درسنا فيما سبق كيفية التعبير عن الإرادة، إلا أن العنصر الفعال في التعاقد ليس الإيجاب أو القبول، وإنما ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول، وهذا لانعقاد العقد، فلا يكفي لتمام العقد صدور إيجاب من أحد الأطراف وقبول من الطر ف الآخر، وإنما يتعين أن يحصل التوافق التام بين إرادة الأطراف[53]، والتوافق هو الذي يتم فيه تطابق المعايير المتبادلة عن الإرادتين، وهذا معناه أن العقد لا يؤسس على توافق الإرادتين فحسب، فالإرادة الوحيدة التي يمكن أخذها بعين الاعتبار هي الإرادة المصرح بها وفقا لما هو مألوف ومتداول[54].

كما أن هذا التطابق يجب أن يتضمن كل العناصر الأساسية للعقد، أما العناصر الثانوية فيمكن أن تكون موضوعا لاتفاق لاحق بشرط أن لا يكون الطرفان قد اختلفا بخصوصهما، وهذا ما نستخلصه من سياق الفصل 19 من ق.ل.ع الذي ربط صحة الالتزام بضرورة الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية[55]،أما إذا قام خلاف بين المتعاقدين على مسألة ما متعلقة بالعقد، ولم يصلا إلى حسمه أو الاتفاق على إرجاء هذا الحسم، فإن العقد كله لا يقوم، مهما كانت المسألة التي ثار بصددها الخلاف ثانوية تفصيلية[56].

ونظرا لأن توافق إرادة الموجب وإرادة القابل هي التي تحدد الوقت الذي ينعقد فيه العقد ومكان إبرامه، فإنه يجب التمييز بين فرضيتين، الأولى أن يكون الطرفان في مجلس واحد، أي التعاقد بين حاضرين، والثانية أن يبعد المكان بين الطرفين حيث تمضي فترة زمنية بين الإيجاب والقبول، أي التعاقد بين غائبين.

الفقرة الأولى: التعاقد بين حاضرين

وجب أن يصدر القبول في مجلس العقد[57]، بحيث إن التعبير الذي يصدر من أحدهما يصل إلى علم الآخر فورا، وينتج أثره بمجرد صدوره[58]. فالإيجاب يصل في الحال إلى علم الموجب له أي أنه لا يكون ثمة فاصل زمني بين صدور التعبير وبين إنتاج أثره وصلاحيته لاقتران القبول به[59].

ونظرية مجلس العقد هذه تحدد أجلا للقبول يكون لمن وجه إليها لإيجاب حق التروي، فيقبل في خلاله دون اضطرار إلى القبول فور الإيجاب، وتعليل ذلك أن القبول في الأصل، من الوجهة النظرية، يجب أن يتبع الإيجاب

مباشرة وفورا لينعقد العقد، ولكن لصعوبة ذلك جعل فقهاء الشريعة للعقد مجلسا تعتبر ساعاته وحدة زمانية[60]. ويحدد مجلس العقد بفترة تبدأ منذ الإيجاب، وتنتهي إما بالاتفاق وانعقاد العقد، وإما بافتراق الطرفين، أو بإعراض أحدهما، كما لو قام معرضا أو اشتغل بشان آخر[61].

وبتنوع مجلس العقد إلى نوعين؛ حقيقي وحكمي، والنوع الأول يقصد به مجلس العقد الذي يجمع بين المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضا، وإما بانفضاضه دون رد. أما مجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، كما هو الحال في التعاقد بالهاتف.

فإذا صدر القبول في مجلس العقد، حالة كونه منعقدا حقيقة، تتحدد زمان العقد بذات اللحظة التي يصدر فيها هذا القبول، لأنه في هذه اللحظة نفسها تم اقتران القبول بالإيجاب. أما مكان إبرام العقد، فهو بالضرورة المكان الذي كان فيه المجلس منعقدا. وإذا كان مجلس العقد منعقدا حكما، بأن تم التعاقد عن طريق الهاتف وما يشابهه، فإن زمان العقد يتحدد أيضا بوقت صدور القبول. إذ أنه في هذا الوقت نفسه، تم اقتران القبول بالإيجاب. أما مكان الانعقاد، فهو يتحدد هنا بالمكان الذي كان الموجب له يتكلم منه، إذ إنه في هذا المكان، اقترن القبول بالإيجاب[62].

الفقرة الثانية: التعاقد بين غائبين

التعاقد بين غائبين هو الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد، والذي يميز هذه الصورة هو مضي فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به[63]. وبالتالي فمعيار التمييز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو في وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، فمعيار التزامن هو ضابط التمييز بين حالتي التعاقد، ففي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل الزمني، ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره.

وهنا تطرح إشكالية مهمة، وهي هل يعتد بفترة إعلان الموجب له لقبوله أم عند استلام القبول من طرف الموجب له أم عند علمه به؟

والجواب أن مشكلة التعاقد بين غائبين من المسائل التي لم تجد حلا موحدا في التشريعات ولدى الفقهاء، مما أدى إلى ظهور مجموعة من النظريات لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وقد اختلف الفقه بين أربع نظريات وهي:

-نظرية إعلان القبول، وبموجبها يكون العقد بين غائبين تاما في مكان وزمان إعلان القابل عن قبوله[64]، دون توقف على علم الموجب بالقبول أو عدم علمه، لأن الطرف القابل للعقد تعلق حقه به بمجرد إعلان قبوله، فيمتنع على الموجب من ذلك الوقت العدول عن الإيجاب[65]

وميزة هذه النظرية عند القائلين والآخذين بها أنها تحقق ما تقتضيه التجارة من تبسيط التعامل وسرعة التداول، فتسمح للتاجر الذي يعرض عليه شراء سلعة معينة أن يتصرف في هذه السلعة المعروضة عليه بمجرد إعلان قبوله[66]، لكن هذه النظرية تعرضت للانتقاد من الناحية العملية والفقهية:

فمن الناحية العملية لوحظ أن إعلان القبول عمل يصدر من القابل وحده، ويتم دون تدخل الموجب، ودون علمه به فلا يستطيع إثباته إلا من صدر منه، ويكون في وسع الأخير أن ينكر صدوره أو أن يعدل عنه[67]، ذلك أنه يمكن للشخص الذي يعبر عن قبوله في رسالة أن يمزقها، فإذا ما أثير نزاع في شأن هذه الرسالة يكون من الصعب إثبات واقعة تحرير الرسالة[68].

ومن الناحية الفقهية اعترض على هذا المذهب بأنه لا يكفي لتوافق الإرادتين وجود إيجاب وقبول متطابقين كل منهما في ناحية، بل لا بد من تبادل علم الطرفين كل منهما بإرادة الآخرين لأن إعلان الإرادة لا يكون له أثر إلا إذا وجه إلى الشخص المقصود التعاقد معه ووصل إلى علمه[69].

–نظرية تصدير القبول: ظهرت هذه النظرية إزاء النقد الذي وجه لنظرية إعلان القبول، حيث حاول جانب من الفقه تحويرها لدرء الاعتراض العملي عنها. وبموجب هذه النظرية فان لحظة إبرام العقد[70]، هي لحظة إعلان القبول إعلانا نهائيا لا رجوع فيه، ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلا بقبوله إلى الموجب، بحيث لا يملك أن يسترده[71]. وقد اعترض على هذه النظرية كذلك من الناحيتين العملية والفقهية :

فمن الناحية العملية، فإن إرسال الخطاب المتضمن القبول بالبريد لا يمنع من استرداده قبل وصوله إلى المرسل إليه، بل إن في وسع المرسل أن يردف خطابه ببرقية تنسخه، بحيث تصل إلى المرسل إليه قبل وصول الخطاب إليه، لذلك ما دام الإرسال لا ينفي احتمال السحب فلا ينبغي الاعتماد عليه[72].

أما من الناحية الفقهية، فانه إذا صح أن إعلان القبول لا يكفي لتوافق الإرادتين، فان تصديره لا يكفي كذلك، لأنه لا يضيف سوى واقعة الإرسال، وليس من القانون، ولا من المنطق أن يزيد التصدير في الإعلان أية قيمة قانونية لأنه لا يفيد وصول التعبير إلى علم من وجه إليه[73].

–نظرية استلام القبول: وبموجب هذه النظرية فان لحظة إبرام العقد هي لحظة وصول القبول إلى الموجب، والمقصود بالوصول وفق هذه النظرية السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه، فالقبول بوصوله إلى الموجب أو إلى موطنه، يصبح نهائيا لا يستطيع القابل استرداده، فيمكن التعويل عليه واعتبار العقد منعقدا من وقت وصول القبول إلى الموجب ولو لم يطلع الأخير عليه في حينه، لأن العبرة وفق هذه النظرية ليست بعلم الموجب بالقبول بل بوجود القبول المطابق وصيرورته نهائيا غير قابل للسحب[74].

وقد وجه إلى هذه النظرية نفس الاعتراض الذي وجه إلى النظريتين السابقتين، فما دام أن إعلان القبول وتصديره لا يكفيان لأن يحدث القبول أثره، كذلك لا يكفي الاستلام لإحداث هذا الأثر، لأنه لا يضيف سوى واقعة قانونية، ما دام أن القبول لم يصل بعد إلى علم الموجب[75].

نظرية العلم بالقبول، وبموجبها يرد انعقاد العقد إلى حين علم الموجب بالرضا الذي تضمنته رسالة القابل. وهنا يشترط لانعقاد العقد أن يقرأ الموجب الرسالة حتى يعلم بالقبول، وبعلمه هذا يتحدد وقت انعقاد العقد ومكانه[76]. ويتخذ أنصار هذه النظرية من تسلم القبول قرينة على علم الموجب به[77] ولكنها قرينة يجوز إثبات ما يخالفها[78].

ومزية هذه النظرية أنها تتركز في بناء التعامل على أسس ثابتة، فلا يكفي الإعلان عن القبول بل يشترط علم الموجب به نزولا على حكم القاعدة العامة القاضية بان الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه. فإذا كان العقد توافقا بين إرادتين، فانه يجب أن يعلم كل من طرفيه بقيام هذا التوافق.

وهكذا، فبعد عرض النظريات الأربع التي تعالج الإشكالية التي يثيرها التعاقد بين غائبين، يبقى التساؤل المطروح في هذا الإطار حول موقف المشرع المغربي من هذه النظريات.

اختلفت التشريعات المقارنة بين الأخذ بنظريات تصدير القبول أو تسلمه أو العلم به[79]. أما المشرع المغربي فقد اتخذ موقفا صريحا من الحلول التي أعطيت في صورة نظريات للمشاكل التي يثيرها التعاقد بين غائبين. فنص على المبدأ العام الذي يهيمن على تكوين العقد، وتحديد زمان، ومكان توافق الإرادتين في الفصل 24 الذي ينص بأنه : " يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاما في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله. والعقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله".

ويعني ذلك أن المشرع قد أخذ بالنظرية الأولى، وهي التي تعتبر العقد تاما بمجرد التصريح بالقبول والإعلان عنه، غير أن مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 30[80]"جاءت لتقيد المبدأ العام الذي تكرسه الفقرة الأولى من الفصل 24، لتؤكد أن الأخذ بنظرية إعلان القبول موقوف على شرط هام وهو وجوب توصل الموجب بالقبول داخل الأجل المعقول لوصول الرسائل، ولذلك يمكن القول بأن المشرع المغربي سلك مسلكا متميزا في شأن نظريتي الإعلان والتصريح، إذ يكاد يكون أخذ من كل نظرية طرفا، فأعلن انعقاد العقد بمجرد صدور القبول، وترك العقد تاما ولكن معلقا على شرط هو إعلام الموجب[81].

وتجدر الإشارة إلى أن كل تأخير فيما يرجع للرد على الإيجاب، ينتج عنه الرجوع على الجهة المسؤولة قانونا ومطالبتها بالتعويض عن الضرر بسبب عدم انعقاد العقد[82].

الخاتمة

من كل ما سبق يتبين لنا أن التعبير عن الإرادة يتخذ شكل إيجاب إذا كان الشخص الذي يرغب في التعاقد قد سبق إلى أخذ مبادرة التعاقد، وقد يتخذ شكل قبول إذا قام بتزكية هذه المبادرة إما على الفور أو بعد مناقشتها. ولا يكفي أن يصدر إيجاب وقبول لكي يتم العقد، بل يتعين أن تتوافق الإرادتين سواء تمت العملية التعاقدية بين شخصين حاضرين في مجلس العقد، أم تمت في غير مجلس العقد أي بين غائبين.

الهوامش:

[1]- عرفه الدكتور مأمون الكزبري بقوله : " هو توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المتوخى من العقد". يكون ذلك كما قال الأستاذ الكزبري : بصدور إيجاب يتضمن عرضا لتكوين عقد، ثم يرد عليه بقبول يتضمن اتفاقا على ما ورد في الإيجاب وعند التقائهما يتم التراضي ثم يتكون العقد. مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في القانون المغربي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوق، بيروت، ص: 49.

[2]– عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الرابعة 2015، ص: 63.

[3]– عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الأخرى، طبعة 2016، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص : 34.

[4]– قال الدكتور حشمت ابوستيت في كتابه مصادر الالتزام ما نصه : " إن الإرادة حتى لو اتجهت إلى إحداث أثر قانوني لا يمكن أن يعني بها القانون ما بقيت عزما منعقدا في النفس، وإنما هو يعني بها متى برزت إلى العالم الخارجي وعلم بها غير صاحبها وهذا إنما يتحقق بالتعبير عنها".

– حشمت أوستيت، مصادر الالتزام، أورده: حمداتي شبيهنا ماء العينين، تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2007، ص : 48.

[5]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة 1، 1996، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص: 173.

[6]– المختار ابن أحمد العطار، النظرية العامة للالتزامات في ضوء القانون المغربي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018، ص : 89 و90.

[7]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 175.

[8]– عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص: 66.

[9]– حمداتي شبيهنا ماء العينين، تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي بالفقه الإسلامي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007، ص : 48.

[10]– المختار ابن أحمد العطار، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 90.

[11]– عبد الحق الصافي، الوجيز في القانون المدني، مرجع سابق، ص : 34.

[12]– عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص : 68.

[13]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 176.

[14]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص :211.

[15]– المختار ابن أحمد العطار، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص : 119.

[16]– مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، فقرة 32، ص : 54.

[17]– محمد الزين، نظرية الالتزامات، العقد– الطبعة الثانية 1997، دون ذكر المطبعة، تونس، ص : 109.انظر في هذا المعنى : عبد الحق صافي الوجيز في القانون المدني، مرجع سابق، ص : 36. ويعرفه إدريس العلوي العبدلاوي بأنه : " تعبير عن الإرادة، موجه إلى شخص أو أشخاص آخرين، يعرض عليه أو عليهم الدخول في رابطة عقدية تنتج عنها آثار قانونية معينة يحددها في هذا الإيجاب بالنسبة لما يلتزم به هو وبالنسبة لما يطلب إليهم الالتزام به". إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص : 1298. أما المختار ابن أحمد العطار فيرى إن الإيجاب هو تعبير عن

الإرادة البات والمقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه إذا طابقه قبولا خلال مدة معقولة إما من شخص من الناس أو فرد من الجمهور. النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص : 111.

[18]- محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره، في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 1983، ص : 109.

[19]– ينص الفصل 19 من ق.ل.ع في فقرته الأولى على ما يلي : " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية ".

[20]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 199.

[21]– إذا لم يشتمل الإيجاب على العناصر الأساسية كان العرض مجرد دعوة للتفاوض أو للتعاقد واستنادا إلى الفصل 19 من ق.ل.ع يمكن تعريف الإيجاب بأنه يشبه العقد الملزم لجانب واحد من خلاله يعلن أحد الطرفين عن نيته في التعاقد، وليس كل عرض للتعاقد إيجابا بالمعنى الدقيق. فالدقة في الإيجاب تكمن حسب طبيعة كل عقد، فالإيجاب المتعلق مثلا بتقديم خدمة يمكن أن ينشئ عقدا حتى ولو لم يتضمن أية إشارة إلى الثمن مقابل هذه الخدمة، إذا كان العرف يقضي بأن يحدد هذا المقابل لاحقا مثل حالة أتعاب الأطباء أو بعض المهن الحرة المشابهة.

– جميلة العماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعيين المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، الموسم الجامعي : 2001-2002، ص : 58و59.

[22] –جاءت المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي رقم 131/2016 الصادر في 10 فبراير 2016 لتعتبر أن الإيجاب يكون موجها إلى شخص محدد أو غير محدد، ويتضمن العناصر الأساسية للعقد المستقبلي، وعند قبوله يصبح من صدر عنه ملتزما به. وعند تخلف القبول، لا يعد سوى دعوة للتفاوض.

«L'offre, faite à personne déterminée ou déterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il ya seulement invitation à entrer en négociation.»

[23]– ينص الفصل 32 من ق.ل.ع على الآتي: "إقامة المزايدة تعتبر دعوة للتعاقد. وتعتبر المزايدة مقبولة ممن يعرض الثمن الأخير، ويلتزم هذا العارض بعرضه إذا قبل البائع الثمن المعروض".

[24]– وتقوم نظرية الإرادة الباطنة على أساس أن التزام الشخص بإرادته يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، ومن اللازم لذلك أن يقوم هذا الالتزام على الإرادة الحقيقية، فيكون الاعتداد بهذه الإرادة، ولا ينظر إلى التعبير عنها إلا باعتباره مظهرا لها، فلا تكون له قيمة في ذاته، وإنما تكون قيمته بقدر صدقه في الإفصاح عن حقيقة الإرادة، ويكون لذي المصلحة أن يثبت الخلاف بين التعبير والإرادة للتمسك بهذه الإرادة.

– انظر في ذلك :إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 184.

[25]– محمد الشيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص : 110.

[26]– الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد فهو يوجه إلى الطرف الآخر، حتى إذا ما قبله قام العقد، وما ساغ بعد ذلك لمن وجه الإيجاب أن يتحلل منه. أما الدعوة إلى التعاقد، فهي لا تتضمن أكثر من أن يستحث بها صاحبها الشخص الذي وجهت إليه على أن يتقدم للتعاقد معه، حتى إذا ما استجاب هذا إليها، تقدم للأول بإيجابه. وهكذا فإن الدعوة إلى التعاقد أو التفاوض خطوة لإيجاب قد تصل إلى العقد وقد لا تصل، في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد.

– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 202.

[27]– عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، مرجع سابق، ص : 37.

[28]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 193.

[29]– في هذا الصدد قضى المجلس الأعلى بأنه : " ينص الفصل 29 من قانون الالتزامات والعقود على أن من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول يبقى ملتزما تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الجل المحدد وينص الفصل 24 من نفس القانون على أن العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان الذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله ولهذا تكون محكمة الموضوع قد خرقت الفصلين المذكورين بسوء تطبيقها لهما عندما رفضت التصريح بصحة البيع رغم أنه ثبت لديها توصل الوسيط بقبول عرض البيع خلال الأجل القانوني".

– قرار صادر بتاريخ 69/6/25 تحت عدد 316، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية، الجزء الأول، ص: 741 وما يليها.

[30]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 194.

[31]– على النقيض مما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 31 من ق.ل.ع، فقد تبنى المشرع الفرنسي، في القانون المدني المعدل رقم 131/2016، حلا مغايرا فعد موت الموجب أو فقده أهليته من بين أسباب سقوط الإيجاب في جميع الأحوال، أي سواء كان الإيجاب مصحوبا بميعاد من عدمه، وسواء كانت شخصية الموجب محل اعتبار أم لا، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 2/1117 من القانون المدني الفرنسي، من أن الإيجاب يسقط في حالة فقد الموجب أهليته أو موته.

- Art. 1117/2: " Elle(L'offre) est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur».

وهو ما يدل على أن المشرع الفر نسي قد انحاز إلى إعلاء مبدأ الحرية التعاقدية لورثة الموجب حال موته، أو لنائبه حال فقده الأهلية، على حساب مصلحة من وجه إليه الإيجاب.

[32]– محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص : 113.

[33]– جميلة لعماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص :61.

[34]– نجد مأمون الكزبري يعرف القبول بكونه : " التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب والذي بصدوره للإيجاب تتم معه عملية التعاقد بين الموجب وبين القابل". مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مرجع سابق، 58.

– كما يعرف إدريس العلوي العبدلاوي القبول بأنه: "التعبير اللاحق للإيجاب، والذي يصدر ممن وجه إليه هذا الإيجاب، حاملا إرادة مطابقة أو موافقة لإرادة الموجب، مضمونها الرضاء بالعقد المعروض من قبل الموجب بشروطه التي حددها في إيجابه، وبتمام هذا القبول، يتم توافق إرادتي العاقدين، ويتكون العقد". شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 211.

[35]– محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص : 118.

[36]– فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، مطابع حلبي، الطبعة الأولى، 1999، ص : 14.

[37]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص : 212.

[38]– محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص : 118.

[39]– مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص: 53.

[40]– جاء في نص الفصل 25 من ق.ل.ع على أنه :" عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب، أو عندما لا يقتضيه العرف التجاري فان العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تنفيذه. ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول، إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت بين الطرفين".

[41]–Voir : Jean Barrault, Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations, Thèse pour le doctorat, Soutenue devant la faculté de droit de l'Université de Dijon, 1912. Pascal Diener, Le silence et le droit, Thèse pour le doctorat, Soutenue devant la faculté de droit, des sciences sociales et politiques, Université de Bordeaux, 1975.

[42]– يعتبر السكوت تعبيرا عن القبول بصورة بارزة في الأعراف التجارية وان كانت هذه الحالة نادرة نسبيا عندما يتعلق الأمر بإبرام عقد أو ببنوده الأساسية. ولكنها شائعة بالنسبة للشروط التابعة للعقد مثل : اشتراط أداء الثمن بالكمبيالة بدل أدائه نقدا، بل غالبا ما تكون هذه الشروط مطبوعة في فواتير التجار والمتعاقد الذي لم يرفضها يفترض أنها قبلها.

–انظر في ذلك : جميلة لعماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص : 66.

[43]– عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، مرجع سابق، ص : 35.

[44]– جميلة العماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص : 67.

[45]– حمداتي شبيهنا ماء العينين، تأثر مصادر الالتزام في القانون الوضعي، مرجع سابق، ص : 79.

[46]– نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص : 120.

[47]– جاء في الفصل 28 من ق.ل.ع بأنه : " يعتبر الرد مطابقا للإيجاب إذا اكتفى المجيب بقوله قبلت أو نفذ العقد بدون تحفظ".

[48]– جميلة العماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص : 66.

[49]– المختار ابن احمد العطار، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص :122.

[50]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 213.

[51]– عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، مرجع سابق، ص : 41.

[52]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص : 214.

[53]– عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص : 79.

[54]– جميلة لعماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص : 68.

[55]– عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص : 79.

[56]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 217.

[57]– مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص : 60.

– انظر في تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي : مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية، ج 1، مطبعة الجامعة السورية، ط 1، بلا مكان الطبع، 1952، ص : 243. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط 2، مطبعة مصر، 1954، ص : 107.

[58]– بالرجوع إلى الفصل 23 من ق.ل.ع نجده ينص على أن : الإيجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر".

[59]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 219.

– انظر في ذلك أيضا : تاج السر محمد الحامد، أحكام العقود والمسؤولية العقدية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص : 71.

[60]– إن مبدأ الفورية المنصوص عليها في الفصل 23 من ق.ل.ع كان مدار تساؤل الكثير من الفقهاء وذلك لأن إلزام الشخص الموجه إليه الإيجاب بإعلان قبوله فورا تحت طائلة سقوط الإيجاب يعد عرقلة في وجه الكثير من المعاملات التي تتطلب التريث والتاني قبل إصدار القبول بشأنها. عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص : 81.

[61]– مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية، مرجع سابق، ص : 243-244.

[62]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص :

[63]– المختار ابن احمد العطار، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص : 132.

[64]– عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، مرجع سابق، ص : 44.

[65]– انظر في ذلك : أنور سلطان النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، القاهرة، 1962، ص : 156.

– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص : 224.

[66]– إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، 1966، ص : 123.

[67]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 225.

[68]– محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، مرجع سابق، ص : 122.

[69]– سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، مصر الجديدة، ص: 195.

[70]– إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 123.

[71]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص : 225.

[72]– جميلة لعماري، أبعاد الإرادة العقدية في التشريعين المغربي والمقارن، مرجع سابق، ص : 72.

[73]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص : 226.

[74]– إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 123.

[75]– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص : 226.

[76]– المختار ابن أحمد العطار، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص : 134.

[77]– قرينة علم الموجب إنما هي قرينة قضائية، للقضاء أن يأخذ بها أو لا يأخذ، فهي تقبل إثبات العكس، وللموجب الذي يدعي أنه لم يعلم بالقبول رغما من وصوله أن يثبت ذلك، فلا يعتبر العقد قد تم بوصول القبول.

– انظر في ذلك : إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص : 228.

[78]– إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص : 124-125.

[7979]– بالرجوع إلى المادة 1121 من القانون الفرنسي المعدل رقم 131/2016 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016 والنافذ في 1 أكتوبر 2016، نجدها تنص على أن العقد ينعقد بمجرد وصول القبول إلى العارض، ويعتبر منعقدا في مكان وصول القبول. ليتبين أن المشرع الفرنسي اعتمد في التعديل نظرية وصول القبول لا نظرية إعلان القبول، ولا صدوره، ولا العلم به :

" Le contrat est conclu dés que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est répute l'être au lieu ou l'acceptation est parvenue».

– أما التشريعات المقارنة الأخرى فقد اختلفت هي أيضا فيما بينها بخصوص هذا الموضوع. فمنها من يأخذ بنظرية إعلان القبول كالمجلة التونسية للالتزامات (المادة 84)، والتقنين المدني السوري (المادة98)، وبعضها يناصر نظرية العلم بالقبول كالتقنين المدني الألماني (المادة 130)..

– وأمام هذا الانقسام وعدم الاستقرار بخصوص تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين، يأتي دور محكمة الموضوع التي تستقل بتقدير هذه المسالة في ضوء الظروف والإرادة المفترضة للمتعاقدين، كما يمكن لطرفي العقد تجنب هذه الإشكالية المطروحة عن طريق تحديد تاريخ إبرام العقد:

-Cass. Civ. 21 décembre 1960, D 1961, p : 417, note Malaurie.

- انظر في ذلك : عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، مرجع سابق، ص : 45

[80]– جاءت الفقرة الأولى من الفصل 30 من ق.ل.ع بما يلي : " 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

[81]– نجد أن المشرع المغربي سار على نهج القانون التونسي من حيث الأخذ بنظرية التصريح بالقبول، وذلك استنادا إلى الفصل 28 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على ما يلي : " يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول والتعاقد بواسطة رسول أو غيره يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول".

– أمر مؤرخ 15 ديسمبر 1906 يتعلق بإصدار مجلة الالتزامات والعقود التونسية، منشور بالرائد الرسمي، ملحق عدد 100، بتاريخ 15 ديسمبر 1906.

[82]– جاء في الفقرة الثانية من الفصل30 من ق.ل.ع ما يلي : "وإذا صدر التصريح بالقبول في الوقت المناسب ولكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الأجل الذي يكفي عادة لوصوله إليه، فان الموجب لا يكون ملتزما مع حفظ حق الطرف الآخر في طلب التعويض من المسؤول قانونا."