

كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية
جامعة الحسن الثاني

عين الشق بالدار البيضاء

أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق

في موضوع

أحكام الشرط في القانون المدني المغربي
على ضوء الفقه والعمل القضائي
دراسة مقارنة

إنجاز

ذة أمينة ناعيمي

تحت إشراف الدكتور محمد الكشور

نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء بتاريخ 2007/04/21

مقدمة

أولاً: أهمية النظام القانوني للشرط:

إن القانون هو وليد المجتمع، لذلك فهو يرتبط بتطور المجتمعات وارتقائها على المستويين الاقتصادي والاجتماعي، مما يؤثر على التصرفات القانونية للأفراد الذين لهم كامل الحرية في إنشاء العقود تبعاً لحاجاتهم المتجددة.

ومبدأ الحرية التعاقدية المسيطرة على قانون العقد، يجعل للشخص كامل الحرية في إبرام العقود أو عدم إبرامها، وتحديد مضمون وشكل العقد وأيضاً طريقة إنهائه باستثناء بعض النصوص القانونية ذات الصبغة الأمرة أو تلك المتعلقة بالنظام العام التي تمنع بعض أنماط التعاقد أو تقيدها بشروط معينة، وذلك من أجل تأكيد الحرية التعاقدية وتحقيق توازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة باعتبار كل ذلك هو المحرك الرئيسي للحياة الاقتصادية¹.

فالأصل، في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة، وإذا ما انعقد العقد فإنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فالعقد شريعة المتعاقدين، وينص على هذا المبدأ في القانون المغربي الفصل 230 من ق.ل.ع. وانطلاقاً من هذه الحرية التي للأفراد في إبرام العقود، ازدادت أهمية الشروط في العقود، إذ أن كل فرد يقبل على تصرف قانوني أو التزام إلا ويرغب في حماية

¹ - En ce sens. Boris Stark – Droit Civil – Les obligations. 1972, p 339 et suivant.

مصالحه والاحتياط والاحتراز من تلك العملية التعاقدية مستقبلا، فيشرط لنفسه مجموعة شروط.

فالشرط أضحى، تلك النافذة التي يطل منها النظام القانوني على المستقبل ذلك أن النشاط القانوني لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر بل لابد أن يمتد إلى المستقبل، فإن أبسط حاجات الإنسان تقتضي منه ذلك وتدفعه إليه دفعا.

وكثير من العلاقات التعاقدية لا يمكن البت فيها إلا في ظروف وملابسات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذي يكشف عنها ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط، فهو أمر مستقبل يرد إليه مصير العلاقات القانونية وبالتالي يستطيع الفرد التحكم في مستقبل تصرفه القانوني¹.

وإن المتصفح لمختلف العقود المنتشرة في الواقع العملي، سواء منها المدنية أو التجارية، ليقف على ذبوع فكرة الشرط وحضورها في العديد منها، فواقع المعاملات التجارية والاقتصادية وتعقد سوق السلع والخدمات أفرز الحاجة القانونية والواقعية لفكرة الشرط تحت مبرر الحاجة أو الضرورة أو المصلحة لأحد المتعاقدين أو كليهما.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجده قد عرف أيضا مؤسسة الشرط وأسسها على فكرة المصلحة، فابن قيم الجوزية² يؤكد على أن تعليق العقود... وغيرها بالشرط، أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف...".

وتعليق العقود بالشرط لا يعكس فقط مجرد إرادة الدائن أو المدين في هذا التعليق وترتيب آثار المعاملات في المستقبل وإنما أيضا الرغبة في تكييف العملية التعاقدية مع مصالحه الاقتصادية، التي قد لا تكون آنية وإنما تدور في المستقبل وجودا وعدما.

¹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء. المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 7.

² - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء 3، سنة 1389 هـ، ص 469.

وهنا تظهر أهمية الشرط باعتباره تدبيراً احترازياً وعلامة من علامات الأمان والاطمئنان للمستقبل، فمثلاً قد يشترط البائع على المشتري أن يبيع له مشروعاً تجارياً في المغرب شريطة الحصول على رخصة لممارسة نفس المشروع في الخارج.

فكرة الاحتياط للمستقبل وعدم الوقوع في الخطأ بتقويت مشروع دون اتخاذ

الإجراءات الملائمة لممارسة تجارة أخرى تجد ضالتها في فكرة الشرط، كما أن نظرية الشرط لا يقتصر دورها على الأثر الوقائي لفكرة الشك والترقب وإنما لها دور مهم في تشجيع الاستثمار وتحريك الدورة الاقتصادية، ذلك أن وجود الشرط لا يعرقل تقويت الحق وانتقاله مما يساهم في تداول الحقوق وانتعاش الاقتصاد.

فانتقال الالتزامات بين المتعاقدين، رغم وجود الشرط، نابع من حيوية نظام

الشرط ذلك أنه لا يضيف على العقد الثبات وإنما يضيف عليه التحول والديناميكية اللازمة لحياة أية مؤسسة قانونية.

وتزداد أهمية فكرة الشرط، باعتباره أداة لمعالجة أزمة الاستدانة الفاحشة

للدائن أو المدين ما دام أن تعليق العقد على الشرط ومنع إنتاج آثاره في الحال، يهدف منه أحد المتعاقدين أو هما معاً، توقي خطر إعساره أو مغامرته عند الدخول في عملية تعاقدية دون دراسة جدوى وأهمية المصالح المنتظرة من العقد أو خطر عدم الحصول على القرض من جهة تمويل المشروع.

ولقد ساهمت نظرية الشرط في تطوير النظم القانونية بظهور عقود تجارية

جديدة لم تكن لتظهر بدون نظام الشرط الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة القائم على فكرة على أن العقد شريعة المتعاقدين.

فحرية التعاقد تستلزم التفاوض حول شروط العقد هذه الشروط التي قد تكون

مجرد أحد بنود العقد، لكنها تشكل أيضاً أحد أوصاف الالتزام وهو ما يهمننا في هذه الدراسة.

فالشرط كوصف للالتزام يتميز عن الالتزام في صورته البسيطة والناجزة في

أن هذا الأخير تكون فيه الرابطة القانونية وجودها محققاً ونفاذها فوراً بخلاف

الرابطة القانونية الموصوفة¹ التي تعلق على شرط ويصبح وجودها غير محقق ويسمى هذا الوصف بالشرط بالمفهوم الفني (Condition) وليس البند بمفهوم (clause).

والوصف أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستجمع هذا الأخير سائر أركان وجوده فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام، بل يبقى دون وصف في صورته البسيطة فلو مس الوصف ركنا من أركان الالتزام لما كان أمرا عارضا ولزال الالتزام بزواله². فالشرط وصف لتصرف أبرم فعلا وإن كان مصيره منوطا بحدوث واقعة عارضة، ويعتبر الشرط بالمفهوم الفني كما عرفه قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 107 بأنه " تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام أو زواله "، وهو إما أن يكون شرطا واقفا يعلق عليه وجود الالتزام وإما شرطا فاسخا يعلق عليه زوال الالتزام.

والملاحظ أنه في النظم القانونية التي سادت الإمبراطورية الرومانية لم يكن القانون يجيز أن يشتمل العقد إلا على صفقة واحدة، فالصناعة القانونية القديمة لم تكن تسمح أن تختل في التصرف القانوني وحدة الزمان أو أن تتأخر آثاره لوقت لاحق لإبرامه، ولم تكن لتبيح أن يكون التصرف ذاته هو المعلق على شرط بل أوجبت أن يكون التصرف منجزا حتى تتحقق الوحدة الزمانية في الحاضر، والدين الذي ينشأ من التصرف القانوني هو الذي يكون معلقا على شرط³.

ثانيا: خصائص نظام الحماية في الشرط:

لم يكن الهدف من عرض خصائص الحماية القانونية للطرف الضعيف من خلال النظام القانوني للشرط في القانون " المدني " المغربي، استباق الأمور أو عرض

¹ - ومن الأوصاف ما يتصل بمحل الرابطة القانونية أو محل الالتزام فلا يكون هذا المحل واحدا بل يتعدد والتعدد إما أن يكون جماعيا أو تخييريا أو بدليا.
ومنها ما يتصل بأطراف الرابطة القانونية فيتعدد أحد الطرفين الدائن أو المدين أو يتعدد كلاهما إما بطريقة التضامن أو من غير تضامن كما قد يكون غير قابل للانقسام.

² - عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 4 هامش 2.

³ - عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي الجزء الثالث الطبعة الثالثة 1967، ص 148.

خلاصات للموضوع، وإنما فقط إبراز بعض الملامح الأساسية التي نرى التمهيد لها كمدخل ضروري لفهم الموضوع لتعلقها بكليات يستحسن بحثها ضمن هذا التقديم.

وسنتناول ضمن خصائص الحماية في النظام القانوني للشرط، التنظيم التشريعي للشرط، حماية المستهلك من خلال نظام الشرط، حماية المستهلك من خلال قانون المنافسة وأخيرا الحماية القضائية.

1- التنظيم التشريعي للشرط:

نظم المشرع المغربي الشرط تنظيما وافيا في الفصول من 107 إلى 126 من ق.ل.ع، مع إدخال الغايتين، بحيث تعرض لماهية الشرط بنوعيه الواقف والفاسخ وخصائصه وآثاره. ولم يقتصر على القواعد الأساسية وإنما نظم مختلف القواعد التي يدور في فلكها تكوين الشرط وتنفيذه وانقضائه بحيث لم يبق معه خيارا كبيرا للمتعاقدين في تحديد شروطه وآثاره.

ولقد استهدف المشرع من خلال هذا التنظيم الدقيق والمسبق للشرط حماية التوازن العقدي وتحقيق العدالة ومتطلبات استقرار المعاملات بضمان فاعلية النظام القانوني بما يتضمنه من توفير الأمان القانوني للعلاقات العقدية.

ويعتبر التنظيم المسبق للشرط كآلية تشريعية وقائية وعلاجية لحماية رضا الطرف الضعيف في العقد من تعسف وجور الطرف القوي وتحكمه في صياغة وتنظيم الشرط في العقد بشكل يضمن تحقيق مصالحه الاقتصادية ولو على حساب العدالة ومبادئ حسن النية.

كما أن هذا التنظيم المسبق للشرط يساهم في الحد من مبدأ سلطان الإرادة¹ والتخفيف من غلوائه بجعله نظاما أكثر مرونة وليونة بتشذيب ما علق به من مظاهر وأثار سيئة على النظام القانوني لنظرية العقد.

لكن أبرز معوقات فاعلية النظام التشريعي للشرط أنه تنظيم غير أمر بحيث إن أغلب النصوص المنظمة له مجرد قواعد مكملة يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها مما يضيع على الطرف الضعيف في العقد الحماية التي يوفرها النظام القانوني للشرط، ويساهم في المقابل بإسم القانون في تعسف الطرف القوي في استعمال مبدأ الحرية التعاقدية لصالحه عن طريق فرض شروط تعسفية تخل بالتوازن المالي والاقتصادي للعقد.

2- حماية المستهلك من خلال نظام الشرط

لم يعرف المشرع المغربي المستهلك سواء في النصوص العامة أو النصوص الخاصة التي لها صلة بحماية المستهلك كقانون 5 أكتوبر 1984 المتعلق بقمع الغش في البضائع التي اكتفت باستعمال عبارات واسعة ومحايطة مثل الزبون أو المشتري أو العموم.

وإن كان قانون 99/06 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة² قد استعمل مصطلح المستهلك إلا أنه لم يورد تعريفا له تاركا هذه المهمة للفقهاء والقضاء.

وقد عرفته اللجنة المنظمة لأشغال ندوة حماية المستهلك بالمغرب بأنه " كل ضعيف في العلاقة التعاقدية متى كان وضعه راجعا إلى كونه غير محترف وجاهل بموضوع المعاملة محل التعاقد، وبصفة عامة الطرف الذي تملى عليه شروط عقد الإذعان"³، وقد عرفه مقترح القانون المغربي المتعلق بإخبار وحماية المستهلك¹ بأنه

¹ - للتعلم حول هذا المبدأ راجع، محمد شليح سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق محمد الخامس، الرباط 1983.

² - للتعلم بشأن فلسفة و أهداف هذا القانون ومضامينه راجع أشغال " ندوة الأسعار والمنافسة بين حرية المقاول وحماية المستهلك " المنظم من طرف كلية الحقوق بالبيضاء والمنشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 2000/49.

³ - أشغال ندوة حماية المستهلك المنظمة من طرف شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس يومي 3 و 4 دجنبر 1993، مجلة القانون والاقتصاد. العدد العاشر ص 12.

كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لأغراض غير مهنية منتوجات أو خدمات معروضة في السوق.

وإذا كان النظام القانوني للشرط يسعى لحماية الطرف الضعيف في العقد المعلق على شرط وهو حسب الأحوال إما أن يكون دائماً أو مديناً فما هي إذن تجليات هذه الحماية؟

أ- حماية المدين بالشرط :

تتجلى أهمية حماية المدين بالشرط سواء من خلال الإقرار التشريعي لما يلي:

✓ بطلان كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من الرخص الثابتة لكل إنسان

لقد نص الفصل 109 من ق.ل.ع، بأن " كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية يكون باطلاً ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه".

✓ بطلان شرط عدم المنافسة غير المحدد في الزمان والمكان.

نصت الفقرة الثانية من الفصل 109 من ق.ل.ع، " ولا يطبق هذا الحكم (أي حكم البطلان) على الحالة التي يمنع فيها أحد الطرفين نفسه من مباشرة حرفة معينة خلال وقت وفي منطقة محددتين " أي بمفهوم المخالفة يعتبر كل شرط بعدم المنافسة غير محدد في الزمان والمكان باطلاً.

ب- حماية الدائن بالشرط:

وتكمن أهمية حماية الدائن بالشرط من خلال الإقرار التشريعي لما يلي:

¹ - المقدم من طرف الفريق الاشتراكي بمجلس النواب، والمسجل تحت رقم 27 وتاريخ 2003/6/13، والذي تم إعداده من طرف مركز قانون الالتزامات والعقود بكلية الحقوق بفاس بتعاون مع جمعية أطلس سايس " لجنة حماية المستهلك "

✓ بطلان الشرط الإرادي المحض:

نص الفصل 112 من ق.ل.ع على أنه " يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم " أي المدين بالشرط.

✓ بطلان أعمال الغش التي يقوم بها المدين بالشرط:

- يعتبر الشرط متحققا إذا حال من غير حق المدين الملتزم على شرط دون تحققه أو إذا كان مماطلا في العمل على تحققه ". (الفصل 122 من ق.ل.ع).
- لا يجوز للملتزم تحت شرط واقف أن يجري قبل تحقق الشرط أي عمل من شأنه أن يمنع أو يصعب على الدائن مباشرة حقوقه التي تثبت له إذا ما تحقق الشرط. (الفصل 125 من ق.ل.ع).

ج- حماية من له المصلحة في الشرط دائنا كان أو مدينا:

يمكن تحديد ملامح حماية من له المصلحة من الشرط دائنا كان أو مدينا من خلال الإقرار التشريعي لما يلي:

✓ بطلان كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو

لل قانون:

نص الفصل 108 من ق.ل.ع، على أن "كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه، ولا يصير الالتزام صحيحا إذا أصبح الشرط ممكنا فيما بعد".

✓ بطلان كل شرط يتنافى وطبيعة العقد المضاف إليه:

نص الفصل 110 من ق.ل.ع، على أن " الشرط الذي يتنافى طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف إليه يكون باطلا ويبطل الالتزام الذي يعلق عليه.

ومع ذلك يجوز تصحيح هذا الالتزام إذا تنازل صراحة عن التمسك بالشرط الطرف الذي وضع لصالحه".

✓ بطلان الشرط الذي تتعدم فيه كل فائدة:

نص الفصل 111 من ق.ل.ع، أنه يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تتعدم فيه كل فائدة ذات بال سواء بالنسبة إلى من وضعه أو إلى شخص آخر غيره أو بالنسبة إلى مادة الالتزام.

✓ بطلان شرط الإبقاء على العقد أو فسخه في بعض العقود الخاصة:

نص الفصل 112 من ق.ل.ع، على أنه " لا يسوغ الاحتفاظ بهذا الحق (الإبقاء على العقد أو فسخه خلال أجل محدد) في الاعتراف بالدين ولا في الهبة ولا في الإبراء من الدين ولا في بيع الأشياء المستقبلية المسمى بالسلم".

✓ بطلان أعمال الغش:

- تحقق الشرط لا ينتج أي أثر إذا حصل بتدليس ممن كانت له فيه مصلحة (الفصل 123 من ق.ل.ع).

✓ بطلان كل شرط يتنافى وخصائص الشرط:

- كما يعتبر باطلا كل إسقاط لخاصية من خصائص الشرط بحيث يفقده معناه الفني ويصبح مجرد أحد بنود العقد، كما أن الأمر الذي وقع في الماضي أو الحاضر - أي الواقع حالا -، لا يصلح أن يكون شرطا وإن كان مجهولا من الطرفين (الفصل 107 من ق.ل.ع). أي سواء أكان معلوما من الطرفين أو مجهولا منهما.

3- حماية المستهلك من خلال قانون المنافسة:

نظم المشرع المغربي قواعد المنافسة التجارية بالقانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. ويهدف هذا القانون، كما تنص على ذلك ديباجته، إلى تحديد الأحكام المطبقة على حرية الأسعار وإلى تنظيم المنافسة الحرة وتحدد فيه قواعد حماية المنافسة قصد تنشيط الفاعلية الاقتصادية وتحسين رفاهية المستهلكين، ويهدف كذلك إلى ضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية.

فقواعد المنافسة تدفع بالمهنيين إلى اتباع أساليب جديدة في تسويق السلع والخدمات تعتمد على الشفافية وعرض شروط أفضل امتيازية عما هو موجود في السوق في مصلحة المستهلكين، هذه الشروط قد تكون مجرد شروط بالمفهوم العادي، أي البنود، ولكنها قد تشكل أيضا شروطا بالمفهوم الفني يعلق عليها وجود الالتزام أو زواله. وتبرز أهمية هذه الشروط خاصة متى كانت في مصلحة المستهلك.

كما يمكن لمجلس المنافسة، أن يلعب دورا رياديا في حماية المستهلكين من خلال محاربته عرقلة المنافسة بوجه عام، أو الحد منها، أو تحريف سيرها في سوق ما لضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية.

4- الحماية القضائية من خلال نظام الشرط:

لما كانت وظيفة النظام القانوني للشرط هي حماية الطرف الضعيف، بغض النظر عن كونه دائما أو مدينا، بقصد ضمان عدالة التوازن العقدي وتحقيق متطلبات استقرار المعاملات، فإن وظيفة القضاء هي حماية هذا النظام القانوني وتفعيله عن طريق ضمان تفسير موحد وعادل له.

ويعتمد القضاء عدة آليات تشريعية لحماية الطرف الضعيف في نظام الشرط سواء على مستوى تفسير الشروط الغامضة لمصلحته، أو على مستوى الرقابة على الشروط التعسفية، أو غير المشروعة المخالفة للنظام العام والآداب العامة، وأخيرا على مستوى تفعيل حقوق الدائن أو المدين بالشرط الواقف أو الفاسخ، مما يضمن حيوية نظام الشرط وأهليته لتحقيق تداول الحقوق وانتقالها، وتشجيع المبادلات المدنية والتجارية.

كما يكمن دور القضاء في إيجاد توازن بين حماية حرية الإرادة وحماية التوازن العقدي والعدالة وحسن النية أثناء إبرام العقد وتنفيذه وانقضائه.

ثالثا: منهج البحث وخطته:

إن دراسة موضوع النظام القانوني لنظرية الشرط في القانون " المدني " المغربي يستلزم منا الاعتماد على المنهج التحليلي النقدي المقارن كآلية لبحث مكانة النظرية العامة للشرط في القانون المدني المغربي، أي بحث ماهية وخصائص وآثار الشرط على مستوى التزامات وحقوق طرفي الاشتراط.

فهل ساهم النظام القانوني للشرط في تحقيق حماية فعالة لرضى الطرف الضعيف في العقد؟ وما هي حدود وآثار هذه الحماية على تحقيق التوازن العقدي ومتطلبات العدالة؟

وهل ساهم القضاء المغربي في تطوير نظرية الشرط واستقلال معالمها وأركانها عن النظريات الأخرى؟، وهل ما زالت نظرية الشرط تحتفظ بأهميتها في واقع المعاملات الاقتصادية؟ أو بمعنى آخر، هل تحتاج النظرية إلى تعديل بعض أحكامها، خصوصا مع تكون قانون جديد ونظرية عامة جديدة تسمى النظرية العامة لعقد الاستهلاك ومناهج حديثة تدعو إلى حماية المستهلك؟

وهل يكفي تدعيم نظرية الشرط بالصفة الأمرة؟ أم يلزم أيضا إيجاد مؤسسات وهيكل إدارية مستقلة تعمل على محاربة الشروط التعسفية وتهذيب نظام الشرط لملاءمته مع التطورات التي تعرفها التشريعات المقارنة وذلك للحفاظ على هيئته وحيويته وفاعليته.

وإذا كانت الدراسة مجالها القانون المدني المغربي بمفهومه العام، فالحقيقة أن هذه التسمية غريبة عن منظومتنا القانونية لكونها شاعت في النظم اللاتينية التي تجمع بين الأحوال المالية والشخصية ضمن مدونة واحدة، إلا أن استعمالنا لهذا المفهوم يأتي استجابة لاعتبارات منهجية. وعليه، فإننا نقصد به في هذا المقام، قانون الالتزامات والعقود، القانون العقاري، مدونة الأسرة، مدونة الشغل وأخيرا مدونة التأمينات.

ورغم أن مختلف هذه القوانين قد عرفت استقلالاً عن القانون المدني إلا أننا ارتأينا على الأقل لاعتبارات منهجية الإبقاء عليها ضمن هذا المفهوم.

إن كل هذه الإشكاليات وغيرها المشار إليه أنفا سنتولى الإجابة عنها من خلال تقسيم موضوع الأطروحة إلى بابين على الشكل التالي:

الباب الأول: نظرية عامة لمفهوم الشرط في التصرفات القانونية.

الباب الثاني: إعمال الشرط وأثره نحو الحد من مبدأ قانون العقد.

الباب الأول

نظرية عامة لمفهوم الشرط

في التصرفات القانونية

تمهيد:

إن دراسة الشرط وتحديد مفهومه في التصرفات القانونية يتسم بالصعوبة لأنه لا زال يعرف ترددًا كبيرًا وعدم انضباط في تحديد ماهيته، لذلك تبقى نظرية الشرط من أهم نظريات القانون المدني التي حظيت بتنظيم تشريعي مفصل واهتمام فقهي قل نظيره سواء في الفقه العربي أو المقارن خاصة الفرنسي، كما تضاربت مواقف القضاء حول مفهوم الشرط وآثاره على الالتزام المعلق عليه.

فتعريف الشرط يقتضي التمييز، بين الشرط بمعناه العادي، أي عندما يكون مجرد بند في العقد، وعندما يكون عنصرًا في التصرف القانوني، وهو أمر لا يثير أي إشكال سواء على مستوى القانون المغربي أو القانون المقارن، في حين تبدو دراسة مفهوم الشرط بمعناه الفني أي ذلك الحادث المستقبل والعارض، وغير المحقق والذي تعلق عليه الإرادة قيام الالتزام بالتصرف أو زواله - وهو المعنى الذي نرمي إلى

دراسته من خلال هذه الأطروحة-مهمة صعبة إذ تنازعته نظريتين: أولى تقليدية تعرف الشرط بأنه ذلك الأمر المستقبل وغير المحقق الوقوع، الذي يعلق عليه وجود أو زوال الالتزام باعتباره يعلق الأثر أيا كان مصدره، سواء الإرادة أو القانون أو الواقعة. أما النظرية الثانية فهي حديثة تعتبر أن الشرط لا يؤثر في مطلق الالتزام وإنما فقط في تراضي المتعاقدين.

ولم يسلم الفقه الإسلامي بدوره من تضارب مواقفه حول الشرط بمعناه الفني إذ اختلف حول مدى تعليق التصرفات ونطاق هذا التعليق وبالتالي قسم الشرط إلى شرط صحيح وآخر فاسد.

ويرجع هذا التضارب حول تحديد الشرط ومصدره ونطاقه إلى الدور الهام الذي يلعبه داخل نظام المسؤولية العقدية، وبالنظر إلى المصالح المتعارضة والمتعددة التي يهملها والتي يجب مراعاتها والعمل على التوفيق بينهما، فمن جهة هناك مصالح الدائن وما يلعبه الشرط كوصف للالتزام لمصلحته، من دور تهديدي في وجود الالتزام أو زواله، وهناك من جهة ثانية المدين وما تقتضيه مبادئ العدالة من حمايته باعتباره الطرف الضعيف في العقد.

ومن أجل تحديد مفهوم الشرط بدقة، يجب الوقوف على تعريفه في القانون المقارن ثم المغربي، وكليهما يعرف ترددا في تحديد طبيعة الشرط، وإن كان ينظم خصائصه ومقوماته فمثلا نظم المشرع المغربي أحكام الشرط كوصف للالتزام في الفصول من 107 إلى 126 من ق.ل.ع، واعتبره وصفا للالتزام، في حين عند تعريفه له في الفصل 107 اعتبره تعبيراً عن الإرادة.

وتحليل تلك الخصائص والمقومات وحده الكفيل بالوقوف على حقيقة طبيعة الشرط، لتمييزه عن أهم أوصاف التراضي الشائعة في الواقع العملي، والمعلقة على شرط وبالتالي التعرف على أهم الآثار المترتبة عليه.

وهكذا فإن دراستنا لهذا الباب ستكون على النحو التالي:

الفصل الأول: صعوبة تكييف الشرط مع استعمالاته المختلفة.

الفصل الثاني: عرض لأهم أوصاف التراضي الشائعة المعلقة على شرط.

الفصل الأول:

صعوبة تكيف الشرط

مع استعمالاته المختلفة

تمهيد:

إن شيوع استعمال الشرط في مختلف العقود سواء منها المدنية أو التجارية، تجعل من تحديد طبيعته مسألة صعبة، فاختلاف الشرط بمعناه العادي عن الشرط بمعناه الفني، واختلاط الأمر على الكثيرين من المتعاقدين الذين قد يضمنون عقودهم شرطاً كبنء عقءي في حين ينتظرون من آثاره أن تكون نفسها آثار الشرط كوصف للالتزام، كما أن القضاء لم يسلم نفسه من التردد حول الطبيعة القانونية لمجموعة من الشروط، ومن أجل تحديد مفهوم الشرط يلزم الوقوف على معناه العادي ومعناه الفني وموقف التشريع المغربي ثم المقارن من ذلك.

وباعتبار الفقه الإسلامي مصءرا من مصادر القانون في المغرب ولو بصفة احتياطية، ارتأينا أن نعرض لأقسام الشرط في نطاقه.

وإذا كان الأصل في قانون الالتزامات والعقود المغربي، أن الشرط يعلق الالتزام بذلك حسب ما يظهر من التنظيم التشريعي لأحكامه وخاصة عند حديثه عن مقومات الشرط أو خصائصه، غير أنه بتحليل هاته الخصائص نقف على حقيقة أن المقصود في ق.ل.ع، هو تعليق الالتزام الإرادي وحده، وهذا يبدو جليا من خلال تعريف الفصل 107 من ق.ل.ع، للشرط بأنه تعبير عن الإرادة.

فما المقصود بالشرط؟ وما هي خصائصه؟

ذلك ما سنراه من خلال فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم الشرط في القانون والفقهاء الإسلاميين.

الفرع الثاني: مقومات الشرط ودلالاتها.

الفرع الأول: ماهية الشرط في القانون والفقهاء الإسلاميين:

تتنازع ماهية الشرط، معنيان، أحدهما يسمى بالمعنى العادي وهو الذي يأتي فيه الشرط بمفهوم البند أو العبء أو الركن الذي يتوقف عليه تصرف قانوني معين.

أما المعنى الثاني للشرط فهو ذلك الذي يطلق عليه المعنى الفني أو التقني للشرط، كوصف للالتزام.

والملاحظ أن الاختلاف في هذين المعنيين مرده أساسا إلى الخلط الذي يقع

فيه كثير من الأحيان المشرع وكذلك القضاء والمتعاقدان حول المقصود من الاستعمالات المختلفة للشرط، ومما زاد في تعقيد دقة التمييز قابلية الشرط في المفهوم اللغوي إلى انصرافه في اللغة القانونية إلى المعنيين معا.

لذلك سنخصص (المبحث الأول) إلى ماهية الشرط في القانون، على أن نبين ماهية الشرط في الفقه الإسلامي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية الشرط في القانون الوضعي:

باعتبار أن للشرط معنيين، أحدهما عادي والآخر فني، فإن هذه الثنائية التي يتميز بها الشرط أثرت على مفهوم الشرط بمعناه العادي في القانون المقارن (كمطلب أول) ثم تحديد مفهوم الشرط بمعناه الفني (المطلب الثاني) وما دام أن لمفهوم الشرط أثر على طبيعة تعليق الالتزام فقد خصصنا لذلك (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية الشرط بالمعنى العادي

إن بحث ماهية الشرط بالمعنى العادي يحتم علينا التعرض لماهيته سواء في اللغة أو في الاصطلاح القانوني كبند من بنود العقد (الفقرة الأولى) ثم في القانون المقارن (الفقرة الثانية) وأخيرا الشرط كعنصر في التصرف القانوني (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: ماهية الشرط:

أولاً: الشرط في اللغة وفي الاصطلاح:

يقول تعالى في كتابه العزيز: ﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرَاهُمْ ﴾¹، أي جاءت علاماتها اللازمة، والحوادث الدالة على قربها لتكون الساعة آتية لا محالة².

فالشرط - بتحريك الراء - العلامة - ومنها الشرطة - بضم الشين المشددة وسكون الراء - حفظة الأمن في البلاد، لأنهم يمتازون بعلامات في ألبستهم تميزهم عن سواهم.

ويأتي الشرط بمعنى التزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه³.

ومنه الشروط في الوثائق لأنها تكون لازمة، يقال شرط فلان في البيع على فلان، كذا يشرط - بسكون الراء - ضمها - ألزمه، ويقال شارطه إذا شرط كل منهما على صاحبه.

والشرط بهذه المثابة يستهدف بيان حقوق وواجبات المتعاقدين أو المشتري والمشتري عليه، وجمع الشرط: شروط، ومثله شريطة وجمعها شرائط، ويتخصص اللفظ الأخير للشرط الذي يكون مصدره الشرع فيتوقف عليه وجود المشروط شرعا كأهلية العاقد لأجل انعقاد العقد، ويخصص لفظ الشروط جمع شرط، بما يكون مصدره إرادة الشخص وهي الشروط الجعلية والالتزامية كتعليق الكفالة والطلاق والقيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدين على أنفسهم.

وقد رجح هذا الاصطلاح للتمييز بين الشرائط الشرعية والشروط العقدية في التسمية لأنهما موضوعان متميزان في مفهومهما وآثارهما⁴.

والشرط عند النحاة هو ترتيب أمر على أمر آخر بأداة من أدوات الشرط،

مثل: إن وإذا ومهما¹.

¹ - سورة محمد، الآية 19.

² - القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز أبادي، المتوفى سنة 817هـ، الطبعة الأولى، الجزء 2، ص 368، مادة " الشرط ".

³ - جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري المصري، المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، طبعة بيروت، سنة 1956.

⁴ - مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، 1967 - 1968، ص 310.

أما الشرط في المفهوم الاصطلاحي فهو التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة أي التزام المتصرف بتصرفه في أمر من الأمور زائد على أصل التصرف سواء أكان هذا الالتزام زائد عن مقتضى التصرف أم لا، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أو لغيره أم لا، وذلك بكلمة بشرط كذا، أو على أن يكون كذا... أو ما شابه ذلك^٢.

وفي الاصطلاح القانوني يستعمل لفظ الشرط^٣ للدلالة على العبء أو البند العقدي، وهذا المفهوم هو أحد شقي المعنى العادي للشرط، ويستعمل أيضا للدلالة على أحد العناصر الأساسية التي يستلزمها القانون في الالتزام أو الحق ليتربط عليها أثر قانوني معين وهو ما يمثل الشق الثاني للإطلاق العادي للشرط ويستعمل أيضا الشرط كوصف للالتزام أي لتعليقه.

ثانيا: الشرط كبند عقدي:

قد يطلق الشرط للدلالة على الحكم الذي يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على اتباعه تنظيميا لعلاقتهم العقدية، أي كجزء من التصرف القانوني أو بند من بنود العقد، فيأتي بذلك العقد مقترنا بأمر زائد عما تقتضيه أحكامه العادية، سواء أكان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له أم كان مخالفا له، وسواء أكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط، أم كان الاشتراط لصالح الغير، أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقا^٤. والشرط بهذا المفهوم يكون مقترنا بالعقد^٥، ولا تظهر نتائجه في آثار العقد أو التصرف القانوني إلا عندما يصبح العقد أو التصرف نافذا، ولا تأثير له قبل ذلك. * وقد يأخذ أحيانا الشرط كبند في العقد، صورة عبء في التصرف القانوني، أي التكليف الذي يفرض على طرف في عقد ليس من طبيعته أن يلزم هذا العاقد

^١ - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بمصر، الجزء الأول، ص 481.

^٢ - ابن نجيم، المتوفى سنة 970 هـ. الأشباه والنظائر، الجزء الثاني، دار الطباعة العامرة. 1290 هـ، ص 224.

^٣ - يطلق نفس اللفظ للدلالة على مفهومين متغايرين - أي الشرط كبند من بنود الاتفاق والشرط كوصف للالتزام، الأمر الذي لا يسوغ معه التفرقة بين المعنيين، وهو نفس الأمر الذي يعرفه التشريع الفرنسي على مستوى القانون المدني المواد (900، 953، 954...) رغم وجود لفظين في اللغة الفرنسية للدلالة على كل من المعنيين فلفظ " Clause " يستعمل للدلالة على الشرط كبند من بنود الاتفاق ولفظ " Condition " للدلالة على الشرط كوصف للالتزام.

^٤ - محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، طبعة 1963. ص 693.

^٥ - وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي شرط التقييد، وسنبحثه لاحقا.

بشيء كما في الهبة المقترنة بشرط¹، إذ لا مانع من تعليق الهبة على شرط من الشروط، متى كان الشرط ممكنا ومشروعا. وقد جاء في المدونة الكبرى: "قلت رأيت إن اشتريت من رجل سلعة على أن يهب لي هبة أو يتصدق علي بصدقة، قال: لا بأس بذلك إذا كان الذي يهب لك أو الذي يتصدق به عليك شيئا معروفا..."². وكثيرا ما تثار مسألة خلط عدم تنفيذ العيب أو التكليف بالشرط الفاسخ باعتبار كليهما أمرا مستقبلا، غير محقق الوقوع، غير أنه في حقيقة الأمر هناك فوارق مهمة بينهما وأهمها:

1- إن عدم تنفيذ العيب لا يؤدي بقوة القانون إلى فسخ العقد، بل لا بد من الرجوع إلى القضاء.

2- إن الشخص الذي فرض العيب أو الغير الذي سيستفيد منه يمكنه المطالبة بتنفيذه³.

3- إنه غالبا ما يقصد بالعيب في التصرف القانوني إيجاد التزام مقابل على عاتق شخص آخر (كما هو الحال في الهبة بشرط)، أما الشرط بمعنى الوصف فهو تعليق وجود الالتزام أو زواله.

الفقرة الثانية: الشرط في القانون المقارن:

أولا: موقف القانون المدني الفرنسي:

إن الشرط عند الرومان يعتبر دائما وأبدا شرطا واقفا بحيث لا يوجد عندهم ما يسمى بالشرط الفاسخ، إذ أنه حتى في الحالات التي يعلق فيها الالتزام على شرط فاسخ يعتبر من وجهة نظرهم أن الفسخ يقع تحت شرط واقف⁴.

¹ - عبد القادر الفار: أحكام الالتزام: آثار الحق في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. الطبعة الأولى. 1991 ص 135

² - المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة. الطبعة المصرية الأولى. الجزء 14. 1323هـ. ص 101.

³ - Yvaine (Buffelan-Lamore): Répertoire de droit civil. Tome II. Voir «Condition». Dalloz. Paris. 1992. p.2

⁴ - أنظر في هذا المعنى:

G. Demolombe : traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général : Tome Deuxième. 1869. Paris, p 275.

ولم يعرف المشرع الفرنسي في القانون المدني الشرط، وإنما عرف الالتزام الشرطي إذ تنص المادة 1168¹ من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: " يعتبر الالتزام شرطيا إذا تعلق بحادث مستقبل غير محقق الوقوع، سواء كان التعليق بحصول الحادث أو سقوطه موقوفا على وقوع الحادث أو عدم وقوعه "، وأيضا يعرفه بعض الفقه الفرنسي² بأنه أمر مستقبل وغير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله³.

ويلاحظ على التقنين المدني الفرنسي أنه يطلق لفظ الشرط على فكرة العبء، وهو ما يلاحظه أي متمعن في المواد 900، 953، 950 من القانون المدني الفرنسي، فهذه المواد حينما تواجه حكم الشروط المستحيلة وغير المشروعة، وتتعرض لأسباب فسخ الهبات بين الأحياء، وتحدد كيفية الفسخ، فإنها في الحقيقة تتحدث عن الأعباء وليس عن الشروط بالمعنى الفني⁴.

وهذا الخلط الذي وقع فيه التشريع المدني الفرنسي، أي استعمال لفظ الشرط للدلالة على معنيين متغايرين، أي الشرط كبند من بنود الاتفاق والشرط كوصف للالتزام، له أصل في القانون الروماني⁵.

ثانيا: موقف القانون المدني المصري:

لم يعرف المشرع المصري الشرط مباشرة، وإنما عرف الالتزام المعلق على شرط، إذ تنص المادة 265 من القانون المدني المصري على ما يلي: " يكون الالتزام

¹ - L'article 1168 : énonce :«L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas».

- Code Civil : Troisième édition : Dalloz : 1999. Edition Dalloz. Paris. P.1013.

² - Jean (Carbonnier) : Droit civil : les obligations. Thémis. Paris, 20^{ème} édition. 1996, p.243.

³ - ومن المهم الإشارة إلى أن واضعي القانون المدني الفرنسي يعتبرون الشرط الفاسخ شكلا من أشكال انقضاء الالتزامات (الفصل 1234 ق.م الفرنسي، انظر: G. Demolombe. op. cit, p 275.

⁴ - محمد شتا أبو سعد: الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية. دار الهنا للطباعة، عالم الكتب، 1981ص 22 وما بعدها.

⁵ - ذلك أن القانون الروماني، إبان ذبوع الشكلية القديمة، كان يستخدم لفظ الشرط بمعنى آخر ليس هو شرط الانقضاء، كشرط إعادة التمليك في التصرف الائتماني، وكشرط مقترن بعقد البيع في وقت لاحق، ومن أمثله خيار النقد وخيار الشرط... ثم تطورت فكرة الشروط التي تقترن بالعقود وقسمت إلى ثلاثة أنواع: شروط تتصل بجوهر العقد، وشروط تقتضيها طبيعة العقد وأخرى عرضية. وأصبح من الصعب التمييز بين شرط يعد عبئا، وشرط يعد ركنا أساسيا في العقد، وشرط بمعنى الفني في القانون الروماني، فمن جهة كانت بعض الشروط المقترنة بعقد البيع تكيف كشرط بمعناه الفني، ومن جهة أخرى حدث تقريب بين الشرط والعبء، ذلك أن كل قيد على التصرف كان يعتبر عبئا، أو عنصرا أساسيا في التصرف وملزما، وأصبح من المسلم به عند بعض الفقهاء وجود تداخل بين فكريتي العبء والشرط.

- شفيق شحاتة: نظرية الالتزامات في القانون الروماني. طبعة سيدي عبد الله وهبة، ص 109.

معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع".

وأضافت المادة 266 من نفس القانون:

1- "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان فاسخا نفسه فهو الذي يعتبر غير قائم.

2- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام".

فالشرط إذن في القانون المدني المصري هو أمر مستقبل، غير محقق الوقوع وغير مخالف للنظام العام ولا للأداب، وهناك مقوم رابع هو أن الشرط أمر عارض إذ لا يمكن تصور الالتزام بدونه¹.

ويلاحظ على المشرع المصري أنه تناول الشرط في المواد من 265 إلى 270 من القانون المدني، تناولا اقتصر فيه على القواعد الأساسية مستبقيا على التصور اللاتيني للشرط، لاسيما فيما يتعلق بأثره الرجعي².

ويظهر بجلاء تأثر القانون المدني المصري بنظيره الفرنسي الممتدة جذوره إلى القانون الروماني، عندما يستعمل لفظ الشرط بمعنى غير الشرط كوصف... وإنما في إطار العقد للدلالة على جزء من مضمون ما اتفق عليه أطرافه، أي جزء من التصرف القانوني أو بند من بنود العقد، إذ تنص مثلا المادة 2/486 من القانون المدني على أنه "يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع، أن يفرض على الموهوب له، القيام بالالتزام معين". وألزمت المادة 497 من نفس القانون الموهوب له

¹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء. المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 12.

² - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 6.

بتنفيذ ما اشترطه الواهب " من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم للمصلحة العامة ".¹

وهكذا أسبغ المشرع على العبء سمة الالتزام في بعض النصوص وصفة العوض في البعض الآخر¹.

وهكذا يكون المشرع المصري قد ورث عن القانون الفرنسي الخلط بين فكرة الشرط وفكرة العبء.

الفقرة الثالثة: الشرط كعنصر في التصرف القانوني:

يطلق لفظ " الشرط " للدلالة على ما يستلزمه القانون في واقعة ليترتب عليها أثر قانوني معين، فالقانون يستلزم مثلا الأهلية²، وسلامة الرضا لصحة التعاقد، وبالتالي تكون الأهلية شرطا من شروط صحة التعاقد، إذ ينص الفصل 2 من ق.ل.ع على ما يلي: " الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام

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

....."

فتكون الأهلية شرطا قانونيا مصدره القانون، ولا يقوم الالتزام صحيحا بدونه، ولا يقصد بالأهلية أنها وصف من أوصاف الالتزام، فناقص الأهلية عندما يتصرف

¹ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 21.

² - ينص الفصل 3 من ق.ل.ع على أن الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية، وقد عمل المشرع المغربي على تنظيم أحكام الأهلية في الفصول من 206 إلى 228 من مدونة الأسرة، وينص الفصل 210 منها أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير سفيه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد القانوني حسب المادة (209) هو 18 سنة شمسية كاملة.

تصرفا قصد إنتاج أثر قانوني، فلا يمكن القول إن تصرفه يكون معلقا على شرط استكمال الأهلية، فالإرادة هنا غير كافية في نظر القانون لإنشاء تصرف قانوني.

ويطوف على الساحة القانونية، وخاصة القانون المدني، إشكالية محل العقد، إذ يذهب بعض الفقه إلى تكييف المحل كشرط بمعنى الوصف¹، فمحل العقد يكون غير موجود وقت التعاقد كما في الالتزام الممتد²، لكنه يستكمل عناصره أولا بأول بمرور الزمن، وبالتالي لا يمكن القول بأن العقد قائم على شرط وجود محله، لأن التعليق الذي يصيبه يرجع إلى ضرورة انتظار وجود عنصر أساسي لاستكمال باقي عناصره، أما العقد المعلق على شرط فهو عقد استوفى جميع عناصره من أهلية ورضا وسبب ومحل. غير أن المتعاقدان علقا وجوده على واقعة معينة.

لكن بعض الفقه يسبغ على المحل سمة الشرط، فقد نبه فيلدرمان³ إلى حقيقة السبب كفكرة نفسية *La clause est une notion psychologique*، وأنها إذا كانت الإرادة قادرة على اجتناب بعض الأوصاف *Modalités* التي تؤثر لا محالة على مصير التصرف ذاته، فإن البواعث الدافعة إلى التعاقد لا تغدو أن تكون أوصافا للتراضي

« Les mobiles déterminants sont en quelques sorte des modalités des manières d'être du consentement ».

أي أنه بجانب العناصر المنشئة للعقد، يوجد الوصف، وهو ما يشكل سببا ثانيا *Seconde cause*، وبالتالي يصبح الشرط كوصف عنصرا إضافيا لصحة التصرف.

والخلاصة أن محتوى التصرف، هو أمر داخلي، من صميم تكوين الإرادة، ولا يجب خلطه بالشرط كوصف، لأن هذا الأخير أمر عارض يضيفه المتصرف إلى تصرف استجمع كافة مقوماته ابتداء، وتوافرت له بالضرورة كافة الآثار المترتبة عليه

¹ - محمد شنتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 44، 43.

² - عبد الحي حجازي: عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة فؤاد الأول، 1950، ص 111.

³ - مشار إليه عند محمد شنتا أبو سعد: مرجع سابق، ص 50.

من وقت إبرامه، غاية الأمر أن التصرف يصبح معلقا عندما يناط هو وآثاره بتحقق الشرط¹.

وقد يستلزم القانون شكلا خاصا للتعبير عن الإرادة كالكتابة في بعض الالتزامات إذ ينص الفصل 443 من ق.ل.ع على ما يلي: " الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية².

ويستلزم القانون الكتابة في بعض أنواع البيوع إذ جاء في الفصل 489 من ق.ل.ع أنه إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون.

فهذا الفصل يشترط الكتابة الرسمية أو العرفية الثابتة التاريخ حتى يمكن الاحتجاج بالبيع فيما بين المتبايعين، ولا يسري في مواجهة الغير إلا من تاريخ التسجيل لدى مصلحة التسجيل ما لم يكن عقارا محفظا وإلا فإن البيع لا يسري على المتبايعين والغير إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري تبعا للفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري.

وإذا كانت الكتابة الرسمية ثابتة التاريخ على الجميع، فإن الكتابة العرفية يفرق فيها بين المتبايعين وخلفهما العام والخاص إذا كان يعمل باسمهما ثم الغير والخلف الخاص الذي يعمل باسم سلفه³. فالأوائل مقيدون بالتاريخ المدون بها، والآخرين مقيدون بالتاريخ الذي يثبت بأحد الأسباب الواردة في الفصل 425 من ق.ل.ع.

¹ - محمد شتا أبو سعد: مرجع سابق، ص 51 - 52

² - غير وتم بمقتضى المادة 5 من قانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، المنفذ بمقتضى ظهير 30 نوفمبر 2007، الجريدة الرسمية عدد 5584، 06 ديسمبر 2007، ص 3880.

³ - ذلك أن أهمية ضبط التاريخ تظهر بالنسبة لسريان آثار العقد وتحديد التصرفات السابقة واللاحقة على تاريخ العقد. انظر بتفصيل: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني. الجزء 5. المجلد 1. القاهرة 1991. ص 275 وما بعدها.

وإذا كان القانون يشترط الكتابة الرسمية أو العرفية من باب الوجوب في هذا النوع من البيوع المتعلقة بال عقار المحفظ¹ فمعنى هذا القول أنها شرط قانوني، وليس بالمعنى الفني، وهي واجبة الأعمال ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها، فهي لا تتوافر فيها الخاصية الأساسية للشرط وهي وجوب استناد أثر الشرط إلى الماضي، فمثل هذه الشروط ليس لها أثر رجعي².

وقد يستلزم القانون أحيانا رخصة إدارية³ أو موافقة جهة مختصة كشرط من الشروط اللازمة لانعقاد العقد وصحته أو لترتيب آثاره القانونية. فهذا لا يعني أن الأمر يتعلق بشرط بمعناه الفني، وإنما هو شرط قانوني أساسي لصحة العلاقة التعاقدية وأن الإشارة إليه بمفهوم الشرط إنما هو استعمال تعسفي لهذا المصطلح⁴، لا يسري أثره إلا من وقت تحققه، وتعدم فيه بالتالي الخاصية الأساسية للشرط كوصف للالتزام وهي استناد أثره للماضي.

وهو نفس الاتجاه الذي يؤيده غالبية القضاء الفرنسي⁵، وذلك خلافا لما ذهب إليه المجلس الأعلى⁶ في قراره رقم 889، صادر بتاريخ 18 أبريل 1990، جاء فيه: "حقا فإن العقد الرابط بين الطرفين ينص على أنه يصبح نهائيا بعدما يصادق على مشروع التجزئة، فالواقعة بهذا المعنى تعتبر أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع علق عليها وجود الالتزام فهي تعتبر شرطا واقفا بالمفهوم المنصوص عليه في الفصل 107".

¹ - محمد الكشور، بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة 97/1، ص 38.

² - رمضان أبو السعود: أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 257.

³ - ومثال ذلك ما جاء بالمادة 35 من قانون 90 - 25 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات الذي صدر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير 17 يونيو 1992 - بمنع العدول والموتقين (ومن في حكمهم من مستشارين قانونيين وعقاريين ومحامين وموتقين) والمحافظين وأموري التسجيل أن يحرروا أو يتلقوا أو يسجلوا العقود المتعلقة بعمليات البيع والإيجار والقسمة إذا لم يقع الإدلاء:

* بنسخة مشهود بمطابقتها للأصل من محضر التسلم المؤقت.

* أو نسخة مشهود بمطابقتها للأصل من شهادة مسلمة من رئيس مجلس الجماعة الحضرية أو القروية تثبت أن العملية لا

يشملها هذا القانون.

⁴ - Philippe (Derouin) : Pour une analyse «Fonctionnelle» de la condition. Revue Trimestrielle de droit civil. 1978 ; p.13.

⁵ - Ibid, p 8.

⁶ - منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، نوبر 1992، ص 16.

فيكون بذلك الأصل هو تعليق الإرادة على شرط وليس الالتزام إذ أن مفعول التعليق يظهر في العقود ذاتها (أي من حيث مصدرها) وليس في الالتزامات المتولدة عنها إلا بطريقة تبعية.

وإذا كان قانون الالتزامات والعقود تناول الشرط كوصف للالتزام، فإن مدونة الأسرة قد أسست للنظرية العامة للشرط بمقتضى المادتين 47 و 48.

فقد تناولت بهذا المعنى الشروط كبنود في العقد إذ جاء في المادة 47 أن "الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون، فيعتبر باطلا والعقد صحيحا" وأضافت المادة 48 "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين".

كما نصت المادة 40 من نفس القانون "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

غير أنه وبقراءة المادة 62 من مدونة الأسرة-وفي إطار ترتيب آثار الزواج نصت على ما يلي: " إذا اقترن الإيجاب أو القبول بأجل أو شرط واقف أو فاسخ، تطبق أحكام المادة 47 أعلاه ". يبدو أنها تتحدث عن شرط التعليق وكثيرة هي مواد مدونة الأسرة التي تضمنت شروطا بهذا المعنى.

المطلب الثاني: الشرط بالمعنى الفني:

يقصد بالشرط بمعناه الفني ذلك الأمر المستقبل وغير محقق الوقوع، الذي

يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله وهذا هو موقف النظرية التقليدية من الشرط باعتبارها تربط ربطا مطلقا بين الشرط والالتزام. غير أن هذا الرأي لم يصمد طويلا إذ ظهرت نظرية حديثة للشرط باعتباره أمرا مستقبلا ومحتملا، غير أنها تحدد مصدر الشرط في الإرادة وبالتالي لا تربط الشرط بمطلق الالتزام وإنما بالالتزام الناشئ عن التصرف تبعا لتعليق مصدره¹.

¹ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 61.

وهكذا سنتعرض للشرط في النظرية التقليدية (الفقرة الأولى) والشرط في النظرية الحديثة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشرط في النظرية التقليدية: وصف للالتزام

يعرف الشرط حسب هذه النظرية بأنه أمر مستقبلي، وغير محقق الوقوع، يترتب عليه وجود أو زوال الالتزام، باعتباره - أي الشرط - يعلق الأثر أيا كان المصدر¹، فالشرط لا يلحق سوى رابطة المديونية فيعلقها ويجعلها غير محققة الوجود سواء تعلق الأمر بالعقد أو بالإرادة المنفردة، أو دفع غير مستحق أو الإثراء بلا سبب أو العمل غير المشروع أو القانون، فإن مصدر الشرط لا يتمثل في الإرادة فقط بل يتمثل أيضا في القانون، وإنما يجب أن يتجرد من الأثر الرجعي، وأن الشرط يجب أن يتم ليس فقط على نحو ما أراده المتصرف أو المتعاقدان، بل أيضا على نحو ما رسمه القانون، وأن كافة المعايير التي تستخدم في شرح وتحليل فكرة الشرط يجب ألا تدور في فلك الإرادة فقط بل القانون والواقعة أيضا².

هذه النظرية تربط الشرط بالالتزام دون التصرف القانوني، خوفا من الخروج على القواعد التقليدية المعروفة ورغبة في عدم طمس معالم النظريات المألوفة³ وعززت هذه النظرية طرحها بفكرة أخرى مفادها أن اعتبار الشرط وصفا للإرادة سيؤدي إلى اعتبار الشرط كجزء منها.

ويبقى هذا الرأي الأخير غير ذي أساس خاصة بعدما استقر الفقه على أن الشرط أمر عارض لا يدخل في مضمون التصرف القانوني.

كما يعقد أنصار هذه النظرية ربط الشرط بالالتزام بالقول بأن العقد المعلق لا ينعقد مطلقا، وهو رأي يقول به الأستاذ سمير عبد السيد تناغو⁴ الذي يؤكد أن الشرط لا يعلق العقد مطلقا لأن العقد إما أن ينعقد أو لا ينعقد ولكن أثره قد يكون أحيانا معلقا على شرط.

¹ - ف. 1 من ق.ل.ع.

² - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 66.

³ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 68.

⁴ - سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية على الطائرات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 9، ع 2 يوليوز 1965، ص 212
مذكور عند محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 69.

ومن توابع اعتبار الشرط كوصف للالتزام - حسب النظرية التقليدية - أنه يلحق التعليق بكافة الالتزامات على تنوع مصادرها، إذ يعلق الالتزام الناشئ عن التصرف القانوني، كما يعلق الالتزام الناشئ عن الواقعة بمعناها الضيق أي الواقعة المادية بالطبيعة.

ومن نتائج ذلك أيضا أن يكون للشرط أثر رجعي إذا تعلق الأمر بتصرف قانوني وفي نفس الوقت لا يكون له أثر رجعي إذا تعلق الأمر بواقعة قانونية، وإما ألا يكون للشرط أثر رجعي مطلقا، سواء تعلق الأمر بتصرف قانوني أم بواقعة قانونية. ونشير في الأخير إلى ملاحظة مهمة وهي أن أنصار هذه النظرية تتضارب آراءهم الموجهة للشرط نحو الالتزام مع بعض النتائج المترتبة عن الشرط والتي توصلوا إليها.

أولا: أصل فكرة الشرط:

لقد استقى المشرع المغربي أحكام الشرط المنظمة في قانون الالتزامات والعقود من القانون المدني الفرنسي، هذا الأخير الذي تمتد جذوره التاريخية للقانون الروماني. ويتجلى ذلك بوضوح من خلال مقتضيات الفصل 107 من ق.ل.ع الذي نص على أن " الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام أو زواله " وفي ذلك تجاوز غير مقصود لاعتبار الشرط تعبير عن الإرادة، فإن كان المشرع تعرض للشرط كوصف للالتزام غير أن النصوص المنظمة له تفصح بجلاء على أنه كان يقصد ربط الشرط بالالتزام الإرادي أو العقد وحده والدليل على ذلك أسلوب صياغة الفصول المنظمة للشرط والتي تربط الشرط بالعقد، نتيجة استعمالها لعبارة المتعاقد، مما يؤكد أن الشرط لا يواجهه به في غير نطاق العقود، كما أن الفصل 124 من ق.ل.ع عند حديثه عن الأثر الرجعي للشرط يركي نفس الاتجاه.

ثانيا: الشرط في قانون الالتزامات والعقود المغربي:

تناول قانون الالتزامات والعقود المغربي الشرط في الفصول من 107 إلى 122 وذلك في الباب الأول من القسم الثاني المعنون بأوصاف الالتزام في الكتاب الأول.

إذ ينص الفصل 107 من ق.ل.ع. على ما يلي: " الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله، والأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالا لا يصلح أن يكون شرطا، وإن كان مجهولا من الطرفين ".

فالالتزام المقرون بالشرط هو إذن التزام مجهول المصير، إذ الشك يدور حول معرفة ما إذا كان الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام أو زواله سيتحقق أو لا يتحقق في المستقبل¹، فالمشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود عند تنظيمه أحكام الشرط اعتبره وصفا للالتزام، وذلك في إطار تأثره بالقانون المدني الفرنسي، غير أنه بالرجوع إلى الفصل 107 يلاحظ أنه ينص على أن الشرط تعبير عن الإرادة الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأنه يقصد الالتزام الإرادي، ذلك أن المصدر الوحيد لاقتران الالتزام بالشرط هو الإرادة سواء في إطار العقود الملزمة لجانبين أو العقود الملزمة لجانب واحد، وهكذا جاء في قرار صادر عن استئنافية الرباط² " على الرغم من أن نقل حق الملكية يرتبط بالبيع حسب القواعد العامة وله أثر فوري فإن البيع لا يكون تاما بدون النقل الفوري، إن العقد الذي يلتزم به البائع ببيع عقاره بمجرد ما يحصل على تحفيظه لا يترتب عنه النقل الفوري.

إن مثل هذا العقد ليس مقرونا بشرط إرادي بل هو يخول المشتري حق إنذار البائع وإلزامه بمطالبته بالتحفيظ ".

فالمشرع يقصد بالالتزام المعلق على شرط، الالتزام الإرادي، وهذا ما تؤكد مقتضيات الفصول 114، 115 و 116 والتي ورد بها لفظ المتعاقد مما يظهر أن

¹ - مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، ج 2، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 1970 ص 19.

² - استئنافية الرباط، قرار رقم 2450 بتاريخ 16 يناير 1943، ص 391، مذكور عند: عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998. الجزء الأول. الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1420 - 1999، ص 138.

الأصل هو تعليق الإرادة على شرط وليس الالتزام، إذ أن مفعول التعليق يظهر في العقود ذاتها (أي المصدر) وليس في الالتزامات المتولدة عنها إلا بطريقة تبعية. وتبعاً لذلك فإن دراسة الشرط في هذا البحث ستتصب عليه باعتباره وصفاً للالتزام.

الفقرة الثانية: مفهوم الشرط في النظرية الحديثة:

يكاد يجمع الفقهاء العرب على تبني تعريف واحد للشرط وهو التعريف المستوحى من النصوص القانونية والذي يعتبر أن الشرط أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، يترتب عليه وجود أو زوال الالتزام ويتبنى الفقه الفرنسي نفس التعريف¹. غير أن هذا التعريف يبقى قاصراً وغير جامع لكل خصائص الشرط، إذ يقتصر على خاصية الاستقبال وعدم تحقق الوقوع، مما يؤدي إلى خلط فكرة الشرط بأفكار أخرى متشابهة في تلك الخاصية فظهرت نتيجة لذلك نظرية حديثة شكلت ثورة على النظرة التقليدية، التي تعتبر الشرط يؤثر في مطلق الالتزام. إذ ظهرت مواقف فقهية في القانون العربي والأجنبي ترى أن الشرط لا يؤثر في مطلق الالتزام بل في تراضي المتعاقدين أي أن الشرط لا وجود له في غير نطاق التصرفات، وأن تأثير الشرط في الالتزام يأتي كأمر تابع لتأثيره في التراضي ذاته. ففكرة الشرط حسب هذه النظرية، لا تدور إلا في فلك الإرادة والتصرف، فلا يمكن تعليق كل الالتزامات، وإنما التعليق يرتبط بالإرادة وبالالتزامات الناشئة عنها فحسب إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة - بحدوده وقيوده - وهو مبدأ يوجد في القانون كما في الفقه الإسلامي.

فتعليق الالتزام على شرط واقف أو فاسخ لا يمكن أن يتم إلا بالإرادة، أي بالاتفاق بين الدائن والمدين، ولا يمكن أن يترتب بحكم القانون، أو بأمر القضاء

¹ - انظر تفصيل ذلك عند محمد شنتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 74.

وبالتالي يكون الشرط وصفا من أوصاف التراضي التي يترتب أثرها في هذا التراضي نفسه، وإن كان هذا الأثر يمتد بطبيعة الحال على الالتزامات المقصودة بالعقد المقترن بالشرط.

المطلب الثالث: أثر مفهوم الشرط على تعليق الالتزام

إن بحث مصدر الشرط يعني بالتبعية بحث سبب تعليق الالتزام، ولما كان للشرط مصدر وحيد هو الإرادة، فإن نطاقه لا يتعدى التصرفات القانونية والالتزامات المترتبة عنها، ذلك أن تقصي نطاق تعليق التصرفات يؤكد أنه ليست كل التصرفات تقبل التعليق، فهناك بعض التصرفات التي لا تقبل أن تكون محل تعليق.

فإرادة الأطراف ليست حرة في تعليق أي تصرف، وإنما يجب أن تلتزم بقواعد المشروعية ولا يمكنها أن تتجاوز ذلك إلى تصرفات يمنع القانون تعليقها. وفي هذا الإطار سنبسط مصدر الشرط ونطاقه في (مطلب أول) ثم قيود التعليق في (مطلب ثان).

الفقرة الأولى: مصدر الشرط

إن الشرط كوصف للالتزام لا يمكن ترتيبه إلا بتراضي الأطراف عليه وفق الشكل المنصوص عليه قانونا أو متفق عليه.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 20 نوفمبر 2002: " ذلك

أنه بموجب الفصل 418 من ق.ل.ع، فإن الورقة الرسمية هي التي يتلقاها من له صلاحية التوثيق في الشكل الذي يحدده القانون وأنه بمقتضى الفصل 15 من القانون الفرنسي المؤرخ في 25 فانتوز سنة 1119 المطبق في المغرب بموجب الفصل 20 من ظهير 1925/5/4 المتعلق بتنظيم شؤون التوثيق، فإن الإحالات والإضافات التي

يحررها الموثق في آخر العقد يجب أن تكون موقعة وموافق عليها صراحة من الأطراف، وذلك تحت طائلة البطلان. وأن الطالب لا يطعن في صحة عقد البيع وإنما ينازع فيما أضافته الموثقة أسفله من تحقيق الشرط الواقف بأداء بقية الثمن في الأجل المحدد وأن المحكمة حينما عللت قرارها بأنه بالرجوع إلى نسخة عقد البيع تبين في آخرها أن الموثقة أشارت إلى إنجاز الشرط الواقف بتاريخ 1992/3/31 وأداء المستأنف عليه لباقي الثمن هو ما أكدته الموثقة في الشهادة المستقلة الصادرة عنها، وأن العقد المذكور حسب الفصلين 418 و 419 من ق.ل.ع ورقة رسمية يعتبر حجة قاطعة إلى أن يطعن فيها بالزور دون أن تتأكد من أن الطاعن قد وافق صراحة ووقع على الإضافة المشار إليها في آخر العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون حتى تعتبر رسمية. الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه منعدم الأساس القانوني مما عرضه للنقض والإبطال¹.

وكما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 31 مارس 1995: "حقا لقد تبين من وثائق القرار المطعون فيه صحة ما عابه الطاعن على القرار ذلك لكون محكمة الاستئناف التي أصدرته اعتبرت الشرط الواقف الذي يتضمنه عقد البيع المبرم بين الطرفين بواسطة الموثق قد وضع لمصلحة المشتركين واعتمدت في ذلك على زيادة في عقد البيع غير موجودة في العقد الأصلي للبيع ولم يقع الاعتذار عليها وأن هذه الزيادة تعتبر تعديلا في العقد الأصلي مع أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق طرفيه.."².

أي أن الإرادة هي المصدر الوحيد للشرط، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ ترد عليها استثناءات تحد من نطاقها إما لطبيعة بعض التصرفات القانونية أو بحكم القانون.

ويقصد بمصدر الشرط، مصدر التعليق أي سبب نشوئه، أي الأمر الذي بدونه لا تترتب حالة التعليق، فيكون المصدر المباشر للتعليق هو الشرط، والمصدر غير

¹ - قرار عدد 3557 ملف مدني عدد 2002/1/1/1890 بتاريخ 20 نوفمبر 2002، قرار غير منشور.

² - قرار 1104 صادر بتاريخ 21 مارس 1995 ملف عقاري 93/ 1403، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48، ص 75.

المباشر هو الإرادة، وبالتالي لا تعليق بدون شرط ولا شرط ما لم يكن مصدره هو الإرادة¹.

وهذا هو الرأي السائد في الفقه² والقضاء³، غير أن اتجاهها آخر يذهب إلى اعتبار أن مصدر الشرط ليس وحيدا - أي الإرادة - وإنما قد يكون أحيانا مصدره القانون، كالميراث والشفعة والوصية، هذه الأخيرة يعتبرونها تصرفا قانونيا معلقا بحكم القانون⁴ ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصي، وأن حق الورثة في الميراث معلق على شرط واقف هو موت المورث قبلهم⁵.
غير أن هذه الحالات التي سردناها تتعلق بشروط ضمنية يفرضها منطوق العمليات القانونية المزمع القيام بها⁶، وما هي إلا مجرد حالات استثنائية للالتزامات قانونية شرطية⁷.

والسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح هنا، هل هذه الشروط التي مصدرها

القانون يكون لها نفس معنى الشرط كوصف للالتزام ونفس مقوماته؟

وللجواب عن هذا السؤال نسوق ثلاثة نماذج مهمة باعتبار أهميتهما النابعة من الانتشار الواسع لها، ألا وهي عقد التأمين والرخصة الإدارية، وأخيرا الترخيص القضائي.

أولا: عقد التأمين:

¹ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 236.

² - فأغلبية الفقه العربي يعتبر أن الإرادة هي المصدر الوحيد للشرط، انظر بشأن ذلك:

- عبد الرزاق (أحمد السنهوري)، مرجع سابق، ص 23.

- عبد المنعم البدر اوي: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1968، ص 232.

- محمد سعد أبو شتا، مرجع سابق، ص 252.

³ - وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 18 أبريل 1999 "الشرط باعتباره وصفا يرد على العنصر الأول أي الرابطة القانونية التي تربط المدينين بالدائن فيعدل من أثرها فيجعل نفاذ الالتزام أو زواله معلقا على تحققه فيكون شرطا واقفا في الأولى وفاسخا في الثانية. ومن ثم فهو تصرف قانوني، إما مصيره العقد أو الإرادة المنفردة". نقض جلسة 8 أبريل 1999. الطعن 185، سنة 1968.
- مذكور عند أنور العمروسي: الشرط والأجل في القانون المدني، مرجع سابق، ص 106.

⁴ - Philippe (Derouin), op ; cit, p. 18.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 34.

⁶ - Jean-Jacques (Taisne), La notion de condition dans les actes Juridiques « contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, Thèse Université de Lille II, 1977. p. 476.

⁷ - Georges (Ripert), Jean (Boulangier), traité élémentaire de droit Civil de planiol. Tome II, LGDJ Paris 1^{ère} édition, 1952, p ; 459.

يعرف الفقيه هيمار عقد التأمين بأنه " عملية يحصل بواسطتها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير قسط يدفعه على تعهد لصالحه أو لصالح الغير بأن يدفع له الطرف الآخر الذي هو المؤمن، في حالة تحقق خطر معين، أداءً محددًا عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء مقاصة بينهما وفقا لقوانين الإحصاء " ¹.

ويعتبر بعض الفقه التزام المؤمن التزاما شرطيا وبالتالي يكون عقد التأمين عقدا معلقا على شرط هو تحقق الخطر المؤمن منه ².

وإذا كان الخطر في التأمين محتمل الوقوع، قد يقع وقد لا يقع، وبالتالي يكون التزام المؤمن بالتعويض التزاما غير محقق، فهذا لا يعني أنه التزام معلق على شرط واقف، بل هو التزام احتمالي لأن تحقق الخطر أو عدم تحققه ركن قانوني في هذا الالتزام وليس مجرد شرط عارض. ولو كان تحقق الخطر شرطا واقفا لأمكن تصور قيام التزام المؤمن بدونه التزاما بسيطا ومنجزا، وهذا لا يمكن تصوره لأن التزام المؤمن مقترن دائما بتحقق الخطر ولا يمكن الفصل بين الاثنين ³.

ثانيا: الرخصة الإدارية:

الأصل أن إرادة الأطراف هي وحدها اللازمة لإبرام العقود والتصرفات القانونية وترتيب آثارها، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ أحيانا يتطلب القانون لإبرام بعض العقود توفر رخصة إدارية أو مصادقة من جهة معينة ⁴. وتميز موقف محكمة النقض الفرنسية بالتذبذب حيال موقفها من شرط الحصول على رخصة إدارية بين اتجاه يعتبر الشرط شرطا واقفا وآخر يعتبره شرطا قانونيا لصحة التصرف القانوني ⁵ لكن الاتجاه الحديث يعتبرها شرطا واقفا ⁶.

¹ - Picard et Bisson : les assurances terrestres, Tome 1^{er}, le contrat d'assurance, Paris, 1975, p. 2.

² - السنهوري، عقود الغرر: عقود المقامرة والرهان والمترتب منه الحياة وعقد التأمين، المجلد 7، القسم 2، ص 1139.

³ - Jean-Jacques (Taisne), p.484 ;

⁴ - وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1978/1/18: إن عقدي الإيجار معلق نفاذهما على شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الإداري اللازم لمباشرة المهنة أو الصناعة باعتباره ليس مرتبها بإرادة أحد طرفي الالتزام وإنما متصل أيضا بعامل خارجي هو إرادة الجهة الإدارية المختصة بإصدار الترخيص. - مذكور عند أنور العمروسي: مرجع سابق، ص 97.

⁵ - Voir Philippe Derouin, op . cit, p 5 et suivie.

⁶ - « Une promesse de vente a été conclue sous la condition suspensive pour le bénéficiaire de l'obtention des autorisations administratives nécessaires à l'implantation et l'exploitation d'une station service ». cass 3 civ 30/4/2002, Gaz. Pal, Vendredi 19 Samedi 28 Juillet 2002, p 28.

لكن التساؤل المطروح هل إلغاء الرخصة المتوقف عليها العقد، بصفة لاحقة، إما من طرف الإدارة أو القضاء يترتب عنها اعتبار الشرط كأن لم يتحقق من قبل، أم أن الدائن أصبح صاحب حق مكتسب ولا يضار بسحب الرخصة.

لقد اعتبر القضاء الفرنسي أن بطلان الرخصة اللاحق يجعل الشرط كأن لم يتحقق أصلاً¹.

وهذه الشروط لا تعتبر شرطا بمعناه العادي، وإنما هي شرط بالمعنى الفني يعلق عليه الالتزام.

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 18 أبريل 1990 : " ... حقا

فإن العقد الرابط بين الطرفين على أنه يصبح نهائيا بعدما يصادق على مشروع التجزئة، فالواقعة بهذا المعنى تعتبر أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع، علق عليه وجود الالتزام، فهي تعتبر شرطا واقفا بالمفهوم المنصوص عليه في الفصل 107 من ق.ل.ع، وليس أجلا، على أنه بمقتضى الفصل 134 من ق.ل.ع فإن الأثر القانوني واحد بالنسبة للأجل الواقف والشرط الواقف وينص الفصل 117 على أنه إذا علق الالتزام على شرط حصول أمر في وقت محدد، اعتبر هذا الشرط متخلف إذا انقضى الوقت دون أن يقع الأمر، أما إذا لم يحدد أي أجل أمكن أن يتحقق الشرط في أي وقت ولا يعتبر متخلفا، إلا إذا أصبح من المؤكد أن الأمر لن يقع، وأن المحكمة بدلا من أن تبحث في هذه المسألة بالذات، وتقرر ما إذا كان قد أصبح من المؤكد أن واقعة موافقة الجهة المختصة على مشروع التجزئة لم يحدد لها أجل في العقد لن يتحقق في

المستقبل أو لا، تبث في الدعوى على هذا الأساس اعتبرت لا تشكل شرطا واقفا خلافا

¹ - N'a pas tiré les conséquences légales de ces constatations et a violé l'article 1134 du code civil la cour d'appel qui, pour débouter la société bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente de sa demande en restitution de l'indemnité d'immobilisation et la condamné a payer au vendeur cette indemnité, au besoin à titre de compensation, a retenu que l'autorisation préfectorale d'implanter une installation classée, prévu par la 4^{ème} condition suspensive, a été accordée le 12 Août 1992, que la promesse ne subordonne nullement la réalisation de la condition suspensive au caractère définitif d'une telle autorisation, qu'a la date prorogée de levée de l'option, le 30 Octobre 1992, l'intégralité des conditions suspensives était donc réalisée, ce qui donnait un droit acquis au vendeur de conserver l'indemnité d'immobilisation si l'option n'était pas levée, et que l'annulation de cette autorisation par le tribunal administratif, plusieurs mois après, ne peut remettre en cause ce droit acquis, alors que l'arrêté du préfet ayant été annulé était réputé n'être jamais intervenu. Gaz. Pal, Dimanche 30 Juillet au Mardi 1 Août 2000, p 16.

لما ينص عليه العقد وأنها لما بتت في الدعوى على هذا النحو تكون قد خرقت الفصل 107 من ق.ل.ع وعرضت قرارها للنقض¹.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 4 دجنبر 1991 " ... لكن بمقتضى نص الفصل 117 من ق.ل.ع فإن العقد المعلق على شرط واقف هو حصول أمر في أجل معين، فإن هذا العقد لا يعتبر موجودا إذا انقضى ذلك الأجل دون أن يتحقق الأمر المعلق عليه أما إذا لم يكن حدد لتحقيق الشرط أجل، فإنه يعتبر متخلف إذا أصبح مؤكدا أن الأمر لن يقع، وفي النازلة فإن الرخصة الإدارية التي علق عليه البيع تعتبر بمثابة تخلف للشرط وبالتالي فإن العقد يعتبر غير موجود من تاريخ رفض تلك الرخصة، وأنه إذا كان المشرع قد عدل القانون الذي يشترط الرخصة الإدارية بعد أن أصبح العقد منعدم الوجود، فإن هذا لا يكون له أثر رجعي بتصحيح ما هو منعدم قانونا وإنما يكون أساسا لإبرام عقد جديد².

نفس الاتجاه أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر بتاريخ 28 ماي 1981 إذ جاء فيه: " طالما أن الالتزام تضمن بيعا موقوفا على شرط الحصول على الترخيص الإداري في أجل معين بسبب ما تبين من سياق نصه ومضمون لفظه الذي يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فإن عدم وقوع الحادثة في الأجل المعين ينعدم به الشرط³.

ثالثا: الترخيص القضائي:

يستلزم القانون أحيانا للقيام ببعض التصرفات القانونية وجود إذن قضائي صادر عن القاضي المختص، فمثلا إن قيام الوصي أو المقدم ببعض التصرفات في أملاك القاصر يستلزم الحصول على إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين (م 271 من مدونة الأسرة) كما أن السنديك أو رئيس المقاوله يحتاج إلى ترخيص القاضي المنتدب لتقديم أي رهن رسمي أو رهن أو بالتوصل إلى صلح أو تراض (المادة 578 من مدونة التجارة).

¹ - مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، نونبر 1992، ص 15 وما بعدها.

² - مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، نونبر 1992، ص 35.

³ - قرار تعقيبي مدني عدد 5927 مذكور عند الحبيب الشريف، مرجع سابق، ص 128.

فهل يعتبر الترخيص القضائي في هذه الحالات وغيرها شرطا واقفا أم شرطا لصحة التصرف القانوني أم إنها حالة من حالات القانون كمصدر للشرط؟

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس صادر بتاريخ 19 مايو 1991 "إن شكلية الترخيص القبلي للقاضي المنتدب يشكل ليس فقط عنصرا لصحة التصرف وإنما أيضا شرطا ضمنا حقيقيا في مفهوم الفصل 1168 من ق.م.ف، وأكدت أن الترخيص القبلي هو شرط جوهري يترتب عن عدم احترامه الحق في إبطال العقد¹".

كما جاء في قرار للمحكمة الابتدائية بتولوز صادر بتاريخ 11/3/1991 أن الموافقة القبلية للقاضي المنتدب لعقد رضائي متعلق بعقد بيع عقار يشكل شرطا ضمنا وقانونيا².

الحقيقة أن هاذين القرارين يعكسان تخبطا للاجتهاد القضائي الفرنسي حول تكييف حقيقة الشرط بين المعنى العادي والمعنى الفني، فكيف يمكن اعتبار الترخيص شرطا قبليا وجوهريا يترتب عنه بطلان العقد واعتباره في نفس الوقت شرطا بالمفهوم الفني؟ ذلك أن اعتبار الترخيص عنصرا من عناصر التصرف القانوني يستلزم نفي صفة الالتزام الشرطي عن الترخيص لأن الالتزام الشرطي لا يعتبر بتاتا عنصرا من عناصر التصرف القانوني، وإنما هو وصف عارض يلحق بالالتزام استجمع كافة عناصره القانونية، وهو ما لم يشأ القضاء الفرنسي أن يلتفت إليه نتيجة إصراره على الاستعمال التعسفي للشرط وهو ما يفقده أهميته وصلابته³.

لكن هل يمكن اعتبار القانون مصدراً للشرط؟

إن الشرط في أغلب الحالات مصدره إرادة الأطراف، لكن هل يوجد إلى جانب هذا المصدر الإرادي أو التعاقدية مصدر قانوني؟ وهل يمكن الحديث عن

¹ - Gazette du Palais Jurisprudence, V 2003 . 1 (N° 00873/33850), Trib. Com. Paris (17^{ème} chambre) 2 Novembre 1993 / D. 1995, somm p 309 note A. Honorat.

² - code civil, op. cit, p 1013.

³ - راجع في شأن الاستعمال التعسفي للشرط

Philippe Derouin. Op. cit , p 4 et suivi

لكن هذا الاتجاه لا يعتبر اتجاها عاما بحيث جاء في حكم آخر صادر بتاريخ 1989/6/21
Le fait de subordonner une vente conclue dans le cadre d'une liquidation judiciaire à l'homologation du tribunal de commerce constitue une véritable condition et non une clause de pure forme, code civ.op. cit, p 103.

شروط قانونية؟ هذه الإشكالية تبقى محل مناقشة باعتبار أن أغلب الشروط المعتبرة قانونية خاصة الشروط الفاسخة في الحالات التي يرتب فيها المشرع عن وقوع أحداث محددة اندثار العلاقة القانونية، لكن يظهر عادة أن هذا الحادث مجرد سبب مكمل للفسخ وأن القانون يفترض وجود شرط فاسخ ضمنى " القرينة القانونية"، في حين أن الشرط هو الإرادي.

ويمكن الحديث كذلك عن شروط قانونية في الحالة التي يشترط فيها القانون لصحة أي تصرف استجماع شروط شكلية معينة، يكون من اللازم على الأطراف احترامها.

فجل هذه الاتجاهات هي محل مناقشة وموقف الاجتهاد القضائي منها متذبذب.

ويجب التوضيح من ناحية أخرى أن القانون المدني الفرنسي يتحدث عن الشرط كشكل من أشكال الاتفاق (الفصول 1170، 1172، 1184) أكثر من شكل للالتزام (الفصول 1168، 1173، 1174، 1176، 1178، 1181، 1182، 1183).
والفقه من جانبه تآرجح بين نظرية الالتزام الشرطي والعقد الشرطي، وفي الحقيقة يجب إزالة كل خلط واعتبار أن الالتزام الناتج عن الاتفاق هو شرطي، وأنه لا يوجد سوى التزام وحيد شرطي في العقد¹.

هناك بعض الأوضاع القانونية يعتبرها بعض الفقهاء أنها معلقة على شرط مصدره القانون، ويسوقون من الأمثلة على ذلك الوصية، إذ يعتبرونها تصرفا قانونيا معلقا بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصي، وأن يوافق الورثة على الميراث.

غير أن الشرط الذي يفرضه القانون في الأمثلة السابقة ليس شرطا بمعناه الصحيح ، فالشرط أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد اكتمال عناصره، فيضاف إليه ولا يمكن تصور الحق بدونه. أما في الأمثلة السالفة الذكر، فالشرط عنصر من

¹ - Yvaine Buffelan-Laure, Répertoire de droit civil, 2^{ème} édition, Tome II, Paris, Dalloz, 1992, p. 3

عناصر الحق ذاته، ولا يتصور قيام الحق بدونه، وإنما هو وضع معين يقرره القانون، ويرتب عليه نتائج معينة وليس له أثر رجعي¹.

فالشرط إذن ليس له مصدر إلا الإرادة، ولكنه وصف يلحق الحق نفسه لا الإرادة التي هي مصدره، ومن ثم يكون جزءا من نظرية الالتزام في ذاته لا من نظرية التصرف القانوني².

ونعيب على هذا الاتجاه ما ذهب إليه من إضفاء خصائص الشرط الواقف على شرط يعتبره القانون ركنا لانعقاد التصرف القانوني مجرد شرطا يعل ق الالتزام ورغم عدم وجاهة هذا الرأي الأخير، فيلاحظ أن القضاء المغربي سايره، إذ قضت المحكمة الابتدائية بطنجة بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان ما دام الشرط الواقف لم يتحقق بعله أن العقد المؤقت المبرم بين الطرفين يتضمن شرطا واقفا يتعلق بصور الرخصة القانونية وتسليم التجزئة، وأنه كان على المدعي إثبات صدور هذا الترخيص³.

وكنا نأمل لو أن القضاء المغربي سار في نفس اتجاه نظيره الفرنسي الذي ذهب إلى أن الأمر لا يتعلق بالشرط كوصف وإنما هي شروط قررها القانون ورتب عليها نتائج، فسواء تحققت هذه الشروط أو تخلفت، فليس لها كما للشرط بالمعنى الفني أثر رجعي، خاصة حينما يكون الترخيص إجباري من الناحية القانونية ودور الإرادة فيه لا يقتصر إلا على ترديد شرط قانوني واجب الأعمال دون الحاجة إلى وجود اتفاق خاص.

الفقرة الثانية: تمييز الشرط عما يشته به.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 35.
² - انظر عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها وإسماعيل غانم: أحكام الالتزام، 1967، ص 249.
³ - حكم رقم 93/192 صادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 24 نوفمبر 1994 - منشور بمجلة الندوة، عدد 12، 1995، ص 79.
* وتجدر الإشارة إلى أن القضاء في تونس يسير في نفس الاتجاه إذ جاء في قرار تعقيب مدني عدد 5927 مؤرخ في 28 ماي 1981: " طالما إن الالتزام تضمن بيعا موقوفا على شرط حصول الترخيص الإداري في أجل معين حسبما يتبين من سياق نص ومضمون لفظه الذي يعتبر شريعة الطرفين، فإن عدم وقوع الحادث في الأجل المعين يندم به الشرط وليس للمحكمة الحق في تمديد هذا الأجل، وتأسيسا على ذلك فإن الشرط المذكور المعلق عليه البيع والحوز ينمحي بموجبه هذا الالتزام وينعدم ويصبح كأنه لم يكن ". انظر: مجلة الالتزامات والعقود، جمع وتعليق القاضي محمد الحبيب الشريف، دار الميزان للنشر، سوسة - تونس، الطبعة الأولى، ماي 2003، ص 128 و 129.

لا شك أن ضبط ماهية الشرط بالمفهوم الفني يستلزم تمييزه عما يشته به من مفاهيم قانونية أخرى وخصوصا الأجل والشرط الجزائي.

أولاً: الشرط كوصف للالتزام والأجل

يعتبر الشرط والأجل من أوصاف الالتزام إذ يعدلان من آثاره، غير أن تأثيرهما ليس واحداً.

وقد عالج المشرع المغربي أحكام الأجل¹ في الباب الثاني من القسم الثاني المتعلق بأوصاف الالتزام من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود.

ولم يعرفه بطريقة دقيقة وإنما اقتصر على النص في المادة 127 من ق.ل.ع على أنه " إذا لم يحدد للوفاء بالالتزام أجل معين، وجب تنفيذه حالاً ما لم ينتج الأجل من طبيعة الالتزام، ومن طريقة تنفيذه، أو من المكان المعين لهذا التنفيذ، وفي هذه الحالة يعين القاضي الأجل".

وعرفه المشرع المصري في المادة 271 من القانون المدني، بأنه:

" 1- يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع.

2- ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه".

فالالتزام المؤجل هو التزام معروف مصيره، وهو أمر محقق الوقوع²، وإذا كان يلتقي مع الشرط في أن كلاهما يرجئ أثر الالتزام الذي يتصف به إلى واقعة مستقبلية، إلا أن المميز الأساسي لهذه الواقعة يختلف في الأجل عنه في الشرط³.

فلا بد إذن من عرض جوانب الالتقاء وأوجه الاختلاف بين الشرط والأجل،

وهي كالتالي:

¹ - للتعلم بخصوص هذا الموضوع راجع، زينب عبد الرزاق، الأجل في قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1979.

² - عبد المنعم البدر اوي: مرجع سابق، ص 231.

³ - أنور سلطان: أحكام الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني. الطبعة الأولى، دار الطباعة والنشر بيروت، 1950، ص 197.

1- أن كلاهما يؤدي تحققه إلى نفاذ الالتزام أو انقضائه.

2- أن كلا منهما يمثل وصفا للالتزام، إذ ينشأ الالتزام حتى ولو كان نفاذه مرتبطا بشرط أو أجل، كما ينشأ الالتزام ويكون نافذا إذا ارتبط بشرط أو أجل يؤدي إلى انقضائه.

3- أن كلاهما أمر مستقبلي يحدث بعد نشوء الالتزام به، فلا يعد شرطا أو أجلا إذا ارتبط بواقعة وقعت قبل نشوء الالتزام أو بوقت مضى قبل نشوء الالتزام. ويختلف الشرط عن الأجل في عدة أمور:

فالشرط واقعة غير محققة الوقوع سواء كانت واقعة قانونية أو تصرفا معيناً، فهي قد تقع وقد لا تقع، وبذلك فإن مصير الالتزام المعلق على شرط مجهول لا يدري أحد هل يتحقق أم لا ؟

أما الأجل فهو وقت مستقبلي معين ومحدد أو واقعة معينة محققة الوقوع، وبذلك فإن مصير الالتزام المضاف إلى أجل معروف مقدما، فهو أكيد النفاذ في المستقبل إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل واقف، وهو أيضا أكيد الانقضاء إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل واقف وهو أيضا أكيد الانقضاء إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل فاسخ.

وخلاصة القول إنه إذا كان الشرط أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله، فإن الأجل أمر مستقبلي محقق الوقوع، يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه¹.

ثانيا: الشرط كوصف للالتزام والشرط الجزائي:

¹ - وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 10 يناير 1991: «إن كان كل من الشرط والأجل وصف يلحق الالتزام إلا أنهما يختلفان في قوامهما اختلافا يعكس أثره على الالتزام الموصوف بينما لا يكون الالتزام المعلق على شرط محققا في قيامه أو بزواله إذ بالالتزام المضاف إلى أجل يكون محققا في وجوده ولكنه مؤجل النفاذ أو الانقضاء». - مذكور عند أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 107.

يعرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق يحدد المتعاقدان مقدما بمقتضاه مقدار التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بالتزامه، إما بعدم تنفيذه كلياً أو جزئياً أو بتأخره في تنفيذه¹.

إذ يمكن هذا الشرط الأطراف من الاتفاق على تعويض معين يلزم به الطرف الذي يخل بالتزامه، فهو إذن شرط من بين شروط العقد يترتب عليه مبدئياً، التزام على عاتق المدين بأداء المبلغ المحدد بمقتضى الشرط الجزائي كتعويض في حالة إخلاله بتنفيذ العقد، وبالتالي يكون هذا الشرط التزاماً تبعياً فقط يدور وجوداً وهدماً مع الالتزام الأصلي المتمثل في الأداء المترتب على عاتق المدين والذي يؤدي الإخلال به إلى استحقاق الدائن لمبلغ الشرط الجزائي².

ولقد نص الفصل 264 من ق.ل.ع على أنه:

"يجوز للمتعاقدين أن ينقفا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه.

ويمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيداً ولها أيضاً أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

يقع باطلاً كل شرط يخالف ذلك "

ويمكن إجمالاً تحديد خصائص الشرط الجزائي كالتالي:

✓ إن الشرط الجزائي ليس ثمناً عن عدول المدين عن تنفيذ التزامه، وإنما هو تعويض عن الضرر وبالتالي لا بد من وقوع الضرر ليستحق الشرط الجزائي.

✓ يمكن للمحكمة التخفيض من الشرط الجزائي حتى يتناسب مع حجم الضرر إذا كان مبالغاً فيه.

¹ - فؤاد معلال: الشرط الجزائي في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 1992 - 1993، ص 28.

² - فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 28.

✓ إن الشرط الجزائي ليس التزاما بديليا ولا تخييريا، إذ لا يمكن إرغام الدائن على قبوله كعوض عن تنفيذ الالتزام الأصلي كما أنه ليس للمدين حق الاختيار بين الشرط الجزائي وتنفيذ الالتزام.

فالشرط الجزائي باعتباره من الشروط المكونة للعقد الأصلي، يكون التزاما تبعا يتجلى في تعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه بسبب مطل المدين، فهو بذلك يدور وجوبا وعدما مع الالتزام الأصلي الذي يكون موضوعه نقل ملكية أو قياما بعمل، فيكون السبب إذن في استحقاق هذا التعويض المتفق عليه هو مطلب المدين وتأخره في تنفيذ الالتزام¹.

إذن الشرط الجزائي هو عبارة عن اتفاق مسبق وجزافي للتعويض يرد كشرط في صلب العقد أو في اتفاق لاحق عليه، لكنه سابق على وقوع مطل المدين حتى لا يختلط هذا الاتفاق بعقد الصلح² وهو التزام شرطي، أي أنه لا يمكن إعماله إلا إذا ما تأخر المدين عن تنفيذ التزامه تحول محل الالتزام الأصلي إلى التعويض المتفق عليه. فإذا كان التعويض الاتفاقي أساسه الإرادة أي اتفاق الأطراف فإن سبب استحقاقه أي مطل المدين يعتبر شرطا قانونيا وليس اتفاقيا.

وبذلك فهو يختلف اختلافا جذريا عن الشرط كوصف للالتزام باعتبار هذا الأخير أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله. فالشرط الجزائي يقترن بعقد استجمع أركانه ولا يعلق عليه ويشكل فقط أحد بنوده حيث يكون الالتزام الأصلي بسيطا وناجزا، ووجوده محقق ونفاذه فوري بخلاف الشرط كوصف للالتزام. لكن التمييز يدق في الحالة التي يكون فيها الشرط الفاسخ بمثابة شرط جزائي؟؟؟

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 855.

² - فؤاد معلال، مستقبل الشرط الجزائي يعد صدور القانون رقم 27.95 بتاريخ 13 يوليوز 1995 مجلة القانون والاقتصاد عدد 14 السنة 1997، ص 66.

- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2003، ص 24

كما أن الشرط كوصف للالتزام يحتفظ بذاتيته واستقلاليته ولا يشكل التزاما تبعا فضلا عن اتساع صورته وحالاته بحيث لا يشمل فقط التعويض، ذلك أن الاختلاف بينهما ينصب أيضا حول عنصر الجزاء وسلطة المحكمة إزاءه.

المبحث الثاني: الشرط في الفقه الإسلامي.

الشرط في الفقه الإسلامي¹ يؤثر في التصرف الإرادي وبالتالي يجب دراسة أحكامه من خلال أحكام العقود، على أساس أنها وصف للتراضي.

والشرط عند الفقهاء نوعان:

- الأول: ما يفرضه الشرع، فيجعل تحققه لازما لتحقيق أمر آخر ربط به عدما، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر، وهو ما يطلق عليه الشرط الشرعي.

- والثاني: ما ينشؤه الإنسان بتصرفه وإرادته، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به، بحيث إنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك الالتزامات والعقود، وهذا هو الشرط الجعلي (أو اللغوي) لأن الأمر الذي صار شرطا للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعا وإنما جعله الشخص شرطا معلقا عليه في أمر كان فيه التنجيز والتعليق.

والشرط الجعلي يتسع لكل من شرط التقييد¹ أي العبء وشرط التعليق وكلاهما قد يكون واقفا أو فاسخا، وهو يقابل بذلك شرط التعليق في القانون المدني الوضعي - موضوع البحث هذا-.

¹ - لمعرفة أحكام الشرط في الفقه الإسلامي على ضوء مدونة الأسرة، يراجع الصفحة 209 وما بعدها من البحث

ويتسم شرط التقييد في الفقه الإسلامي، بكونه ليس فقط أمراً زائداً على أصل العقد ومشروعاً بل أيضاً بكونه أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع، وبالتالي يقابل في اللغة القانونية أيضاً البنود العقدية والأحكام التي يتفق عليها الطرفان، غير أن القول بأن شرط التقييد أمر زائد عن أصل التصرف لا ينبغي أن يفهم منه أنه كشرط التعليق، يعتبر أمراً عارضاً وإنما هو مجرد أمر تابع للعقد الأصلي، إن أدرج فيه، بات جزءاً منه، فالعرضي والتبعي وإن كانا يلتقيان جزئياً فإنهما لا يتطابقان كلياً.^٢

والعقد في الفقه الإسلامي هو تعلق كلام أحد الطرفين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل^٣.

والأصل في العقود رضا المتعاقدين، وآثارها هي ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، وذلك مصداقاً لقوله تعالى في محكم كتابه العزيز: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^٤، فلم يشترط سبحانه وتعالى في التجارة إلا التراضي.

ولا غرو أن حرية الاشتراط في العقود تابعة لحرية التعاقد، فإذا كانت العقود مقتصرة على ما نص عليه الشرع، فإن الشروط المتعلقة بها ستقتصر - في الغالب - على ما نص عليه الشرع.

أما إذا كانت العقود مطلقة من هذا القيد فإن المكلف يستطيع أن يبزم ما يحتاجه من العقود وبالتالي تكون هناك حرية الاشتراط، لكن هذه الحرية تستلزم بحث نطاقها في حدود التعليق (المطلب الأول) وأحكام الشروط الصحيحة والفاصلة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حدود تعليق التصرفات في الفقه الإسلامي.

^١ - انظر أمثلة لشرط التقييد في الفقه الإسلامي أو العبد، هامش الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 3، دار إحياء الكتب العربية (الجلي) ص 65.

- والبهجة في شرح التحفة، التسولي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية (الجلي) 1370هـ، ص 7.

^٢ - محمد شتا أبو سعد: مرجع سابق، ص 31.

^٣ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى، 1230 هـ، ص 5 و6.

- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، الجزء الخامس، المطبعة الأميرية 1317هـ، ص 5.

^٤ - سورة النساء، الآية 29.

الأصل أن كافة التصرفات القانونية تخضع لإرادة الأطراف الحرة في تعليقها على شرط أو إبرامها ناجزة، غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها وإنما هي محدودة، فالمتصرف لا يعلق إلا التصرفات التي لم يمنع الشارع إبرامها معلقة على شرط، وبالتالي فإن نطاق الشرط ليس مطلقاً وإنما له حدود سواء في الفقه الإسلامي أو القانون.

ولبسط تلك الأحكام يتطلب الأمر منا الوقوف على نطاق التعليق (فقرة أولى) ثم سند القول بجوازه أو حظره (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق تعليق التصرفات في الفقه الإسلامي

رغم اختلاف الفقهاء اختلافاً كبيراً حول حرية التعاقد وبالتالي حرية الاشتراط، فإنهم لم يخرجوا عن ثلاثة أنواع من العقود وهي:

1- عقود لا تقبل التعليق مطلقاً،

2- عقود تقبل التعليق مطلقاً،

3- عقود تقبل التعليق على الشرط الملائم.

أولاً: تصرفات لا تقبل التعليق مطلقاً:

تعتبر عقود التمليك¹ عقوداً لا تقبل التعليق بالشرط مطلقاً، سواء كان ملائماً أو غير ملائم، وسواء نصت على الأعيان أو المنافع، بعوض كانت أو من التبرعات فيما عدا الوصية، ومن ذلك أيضاً عقود الإسقاطات والتقييدات لأنها تمليك من وجه².

ويشمل منع التعليق هذا عقود: البيع، الشراء، الإجارة، القسمة، الإجازة، المزارعة، المساقاة، الصلح عن مال سيال، الشركة، النكاح، الرجعة، الخلع على مال،

¹ - هي التي تكون مبادلة مال بمال كالبيع، أو مبادلة مال بالمنفعة كالإيجار، أو مبادلة مال بغير مال كالزواج والخلع والهبية.
² - انظر تفصيل ذلك عند: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الثاني، ص 158 وما بعدها. - القرافي: الفروق، الجزء الأول، دار المعرفة بيروت، ص 229.

الوقف، الهبة، القرض، عزل الوكيل، الحجر على الصبي من التجارة والرهن والإقالة^١.

وأجاز بعض المالكية^٢ والحنفية^٣ تعليق البيع على رضا شخص آخر أجنبي عن العقد بشرط أن يظهر رضاه في مدة معينة.

ولم يجز تعليق العقود المشار إليها، لأن الأصل فيها أن توجد بمجرد انعقادها، فتعليق وجودها، أمر قد يوجد وقد لا يوجد يجعلها مترددة بين الوجود والعدم، وذلك لا يجوز لما فيه من معنى المقامرة والمخاطرة.

ثانيا: عقود تقبل التعليق مطلقا

تقبل هذه العقود التعليق بالشرط مطلقا، ملائما وغير ملائم، ومن ذلك: الوكالة والوصية والإيضاء، إذ يصح أن يقال في الوكالة: إن سافرت فأنت وكيل في بيع سيارتي، وفي عقد الوصية يصح أن يقال: إن بلغت ثروتي عشرين ألفا أوصيت بثلاثها للفقراء.

ويصح أن تعلق التصرفات التي تكون إسقاطا كالطلاق والتنازل عن حق الشفعة بعد وجوبها، فيصح أن يقول الزوج لزوجته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق. وجاز تعليق هذه العقود لأنه لا غرر يترتب عليها، وليس في تعليقها ضرر بأحد المتعاقدين، فهي في جملتها تتصل بإرادة من صدرت منه، لأنها إما التزام شخصي يتعلق بإرادة الملتزم، كما في الإسقاط، أو إطلاق في التصرف، كما في الوكالة والإيضاء، أو لأن طبيعتها لا تتنافى والتعليق على شرط كما في الوصية، فلا يضر توقفها على أمر آخر^٤.

ثالثا: تصرفات تقبل التعليق على الشرط الملائم:

^١ - أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1990، ص 286.

^٢ - الخرشفي في شرحه على متن سيدي خليل، الجزء الرابع، الطبعة الأولى/ 1308 هـ، ص 21.

^٣ - محمد أمين بن عمر عابدين، الشهير بان بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الثالث، الطبعة الثانية 1966، ص 233.

^٤ - أحمد فرج حسين، مرجع سابق، ص 287.

أجاز الفقه الإسلامي - وخاصة الأحناف - تعليق بعض التصرفات على

الشرط الملائم¹، ومن ذلك الكفالة والحوالة والإذن للصبي بالتجارة.

والشرط الملائم هو ما كان متفقاً مع مقتضى العقد شرعاً، كأن يؤكد موجبه

أو تحقق صفة لأحد العاقدين، أو كان قد جرى به عرف الناس².

وذلك كأن يقول شخص لآخر: إن أقرضت فلانا كذا فأنا كفيل، أو يقول البائع

للمشتري: إن استحق المبيع فأنا كفيل الثمن، أو يقول شخص لآخر: إن لم يدفع لك

فلان ما عليه من الدين خلال ثلاثة أشهر، فأنا قابل للحوالة علي به.

أما إذا كان الشرط غير ملائم، فلا يصح التعليق، كأن يقول شخص لآخر: إن

أمطرت السماء أو هبت الريح، فقد أذنت لك في التجارة بمالك من دين علي فلان،

وذلك لعدم علاقة الشرط بالعقد، فيكون ضرباً من اللهو والهزل، ولا تصح العقود مع

الهزل.

الفقرة الثانية: أدلة جواز أو حظر التعليق.

أولاً: أدلة الأصل في التعليق الجواز:

يجيز أصحاب هذا القول تعليق التصرفات على الشرط، لأن الأصل في

العقود والشروط الصحة والإباحة. وأصحاب هذا الرأي هم الحنابلة³، وابن تيمية

¹ - محمد زكي عبد البر: أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي " عقد التوثيق: الرهن - الكفالة - الحوالة ". الجزء الثاني، مكتبة دار التراث، القاهرة، 1997، ص 257.

² - أحمد فرج حسين، مرجع سابق، ص 287 .

- ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق للإمام العلامة زين الدين الشهير بابن نجيم المصري، الجزء السادس، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، ص 92 - 93 .

³ - يجوز للمتعاقد عند الحنابلة ما يشاء من الشروط التي هي من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار، أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة مما تتعلق به مصلحة أحد المتعاقدين ما دامت هذه الشروط لا تتنافى مع مقتضى العقد.

فالشرط الفاسد المحرم هو اشتراط عقد في عقد، أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، أو اشتراط البائع والمشتري شرطاً يعلق عليه البيع والشراء، كقول البائع: بعثك إن جئتني بكذا، أو بعثك إن رضي فلان.

- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الثالث، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ص 193.

- ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير لأبي الفرج عبد الرحمن ابن قدامة، الجزء الرابع، ص 55 إلى 61.

- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى على مختصر الخرقى، مطبعة الإمام، الجزء الرابع، ص 202.

- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، سنة 1389 هـ، ص 477 وما بعدها.

- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الثالث، ص 338.

- زكي الدين شعبان: الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 3 و4، مارس يونيو 1955، السنة 25، ص 337.

وتلميذه ابن القيم. فللمتعاقدين الحرية المطلقة في تغيير آثار العقود ما لم تكن هذه الشروط تخالف حكما مقررا في الشريعة الإسلامية ورد به دليل¹.

ويستدل هذا الجانب من الفقه بأدلة من القرآن والسنة والعقل، كما في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾². ففي هذه الآية الكريمة يأمرنا الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود، وهذا عام في كل العهود والشروط والمواثيق والعقود كالبيع والإجارة والكفالة والزواج وغيرها من العقود التي كانت سائدة آنذاك، وحسب هذا الجانب من الفقه، فإن أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود دليل على جوازها طالما أنها لا تحل حراما أو تحرم حلالا، فكل شرط لم يرد من الشارع الحكيم ما يدل على فساده وتحريمه يعتبر صحيحا، ويجب الوفاء به، لأن الوفاء بالعقود يحقق مصالح العباد، إذ يحفظ الأموال من أن تؤكل بالباطل، وحفظ الأموال هو أحد المقاصد الخمسة الضرورية التي إذا انعدمت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتمازج³.

ولو أن الأصل في العقود والشروط الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لما وجب أن يؤمر بها مطلقا ويذم من نقضها أو عذر مطلقا.

والأمر بالوجوب في الآية الكريمة لا يفرق في الوجوب بالوفاء بالعقود والشروط بين عقد بات منجز، وآخر مضاف ومعلق، طالما أن مضمون العقد ذاته لا يتنافى مع مقاصد الشريعة الغراء.

ويسند هذا الجانب أيضا من الفقه إلى قوله تعالى: ﴿ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ﴾⁴، وقوله

أيضا سبحانه: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْرُورًا ﴾¹، فأمر الله تعالى هنا بالوفاء بعهده

¹ - جاء في مفاتيح الأصول: (إذا تحقق شرط في ضمن عقد وإيقاع ولم يتم دليل من الشرع على صحته أو فساده بالخصوص فهل الصحة أو الفساد، فيه إشكال، ولكن يحتمل قويا الأول لعموم قوله صلى الله عليه وسلم " المؤمنون عند شروطهم ". مذكور عند رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي 2001، ص 95، هامش رقم 1.

² - سورة المائدة، الآية 1.

³ - أحكام القرآن: الجصاص، الجزء الثاني، ص 358، وما بعدها

- حسين حامد حسان: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، طبعة 1971، ص 24

- فخر الدين محمد بن حمد بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي البكري الرازي الشافعي، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، المجلد الخامس، دار الغد العربي، ص 544.

⁴ - سورة الأنعام، الآية 152.

سبحانه وتعالى، يدخل فيه ما يعقده المرء على نفسه من عقود وما تتضمنه هذه العقود من شروط، لأن المراد بالعقد (شرط)، فالشرط عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر، والاتفاق عليه والرضا به عقد بين الطرفين. فالعقود من قبيل الشروط والشروط من قبيل العقود، وأمر الله تعالى بالوفاء بالعقود أمرا عاما من غير تعيين، كما أمر بوفاء كل امرئ بما عقده على نفسه^٢.

يقول ابن القيم: " إن الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم الدليل على الأمر. والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم، وأن الحلال ما أحله الله تعالى، والحرام ما حرمه الله تعالى.

فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنها لا يجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير نسيان وإهمال. فكيف صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عداها حرمه الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود والعهود^٣.

أما من السنة النبوية فقد استدلوا بأحاديث نبوية كثيرة منها ما روي " عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿ أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، من إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر ﴾^٤، ففي هذا الحديث ذم الرسول صلى الله عليه وسلم، الغادر. ولا شك أن كل من شرط شرطا ثم نقضه فهو غادر. كما روي في الصحيحين عن عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿ أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج ﴾^٥.

^١ - سورة الإسراء، الآية 34.

^٢ - الإمام فخر الدين الرازي، مرجع سابق، المجلد العاشر، ص 83.

^٣ - القرطبي، الجزء السابع، ص 137، مذكور عند رشدي شحاتة أبو زيد: الاشتراط في وثيقة الزواج. مرجع سابق، ص 98.

^٤ - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، الجزء الثاني، ص 34.

^٥ - أخرجه الإمام البخاري في الصحيح، كتاب الأحيان، باب علامات المنافق.

^٥ - أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الشروط. باب الشروط في المهر في عقدة النكاح. 184/2 - 185 حديث رقم 2721 عن عقبة بن عامر رضي الله عنه. - أخرجه أيضا الترمذي في سننه - كتاب النكاح - باب ما جاء في الشرط عقد عقدة النكاح 425/3 حديث 1127 عن عقبة بن عامر، وصححه الترمذي. - إعلام الموقعين، الجزء الثاني، ص 34.

ففى هذا الحديث الشريف دلالة على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها. وإذا كانت الشروط فى العقود مستحقة للوفاء بحكم الشارع كانت صحيحة جائزة، إذ لا يستحق الوفاء إلا ما كان كذلك.

كما جاء عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: ﴿مقاطع الحقوق عند الشروط﴾^١، وقال أيضا عليه السلام: ﴿ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل﴾^٢، ووجه الدلالة فى هذين الحديثين أن هناك شروطا مباحة للمتعاقدين، يتخيرون منها ما يشاءون للالتزام بها فى عقودهما، وشروطا محظورة لا حق لأحد من المتعاقدين فى اشتراطها ما دامت تناقض المقصود أو تخالف القواعد الشرعية العامة، أو تصادم مقصدا من مقاصد الشريعة.

ومعنى الشرط الذى ليس فى كتاب الله، أى ليس فيما كتبه الله وأوجبه فى شريعته التى شرعها.

ويضاف على الأدلة السابقة، أن العقود والشروط - حسب هذا الجانب من الفقه - هى من باب الأفعال العادية، الأصل فيها الإباحة باتفاق الفقهاء، خاصة عند عدم مخالفة أوامر الشرع ونواهيه.

فالأصل فى العقود والشروط كالأصل فى الأفعال العادية عدم التحريم، لأنها ليست من العبادات لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾^٣.

فليس فى الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمها بعينه، وانتفاء التحريم دليل على عدم التحريم، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم فيكون فعلها إما حلالا وإما عفوا.

وليس أدل على تسوية العقود بالأفعال - من هذه الناحية - من أن المسلمين قد انفقوا على أن العقود التى عقدها غير المسلمين يحكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين، وإن كان لم يعقدوها بحكم شرعي. ولو كانت العقود

^١ - أخرجه البخاري فى صحيحه - كتاب النكاح - باب الشروط فى النكاح، ج 3، ص 36.

^٢ - أخرجه البخاري، فتح الباري، الجزء 5، ص 326.

- المنتقى على الموطأ، ج 6، ص 133.

^٣ - سورة الأنعام، الآية 119.

كالعبادات لا تصح إلا بشرع لحكموا بفسادها أو بفساد ما لم يكن أهله مستمسكون فيه بشرع¹.

فالشروط من الأفعال المقصودة للناس لاحتياجهم إليها وذلك لأنها وسيلة إلى جعل أحكام العقود وآثارها محققة لمصلحة العاقدين وافية بغرضها وما يقصد أنه من تعاقدتهما ولولا حاجتهم إليها لما أقدموا عليها، إذ أن الإقدام على الفعل مظنه الحاجة إليه، والراجح عند الإمام ابن تيمية أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، مع شرط بحث كل عقد وشرط، هل ورد نص يحرمه من عدمه.

ودليله في ذلك أن لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصليين: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب وانتفاء المحرم، فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع والمسألة لمعرفة: هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم، لأنه إذا كان الدليل هو الاستصحاب.. ونفي الدليل الشرعي المحرم، فقد أجمع المسلمون، وعلم من دين الإسلام أنه لا يجوز لأحد أن يعتقد ويفتي بموجب هذا الاستصحاب والنفي إلا بعد البحث عن الأدلة الخاصة والتأكد من عدم وجود نص خاص يحرم في المسألة المعروضة.

ويستخلص من ذلك أنه ما دام الخلاف يعود إلى اعتبار عقلي أو إطلاق لفظي، فإن الأدلة النافية لتحريم العقود والشروط المثبتة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط².

¹ - ابن تيمية الفتاوى الكبرى الجزء الثالث، دار الكتب العلمية بيروت 1987، ص 483.

- فرج أحمد حسين، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 189.

² - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 491.

ثانياً: أدلة الأصل في التعليق الحظر:

يعتبر أصحاب هذا الرأي أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر والفساد لا الإباحة والصحة حتى يقوم الدليل على الصحة والجواز، وأصحاب هذا الرأي هم الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ وبعض الحنابلة⁴.

فلا بد لصحة الشرط عند هذا الجانب من الفقه من وجود دليل معين يدل على تلك الصحة، فكل الشروط عندهم باطلة إلا الشروط التي ورد النص بصحتها.

-
- ¹ - الشرط المنهى عنه الذي يفسد العقد عندهم هو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما أو لأجنبي، أو لمبيع هو أهل الاستحقاق، ولم يجز العرف به، ولم يرد الشرع بجوازه.
- ابن عابدين، رد المختار، حاشية على الدر المختار، الجزء 4، طبعة الحلبي، ط 2، ص 126.
- علاء الدين أبو بكر ابن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، طبعة 1910، ص 168 - 171.
- الزيلعي، تبيين الحقائق، الجزء 4، ص 57 إلى 59.
- كمال بن الهمام، فتح القدير، الجزء 5، طبعة المطبعة الأميرية، ص 214.
- ² - يرى المالكية أن الشروط في المعاملات يكتفى فيها بعدم المنافاة لمقصود العقد، سواء كان العقد يقتضيه أم لا، لأن الأصل في المعاملات الائتفات إلى المعاني دون التعبد على العكس من العبادات، فإن الأصل فيها التعبد دون الائتفات إلى المعاني.
- فتح العلي المالک، للشيخ عليش، الجزء 1، ص 332.
- الشاطبي، الموافقات، الجزء 1، طبعة محمد صبح، ص 192.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء السادس، ص 65.0.
- شرح الخرشي، الجزء 5، ص 80.
- ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 171 - 172.
- الحطاب، مواهب الجليل، الجزء 4، ص 372.
- ³ - عندهم أن كل شرط منافي لمقتضى العقد باطل إلا فيما ورد به النص، أي ثبت استثنائه بالشرع، وعندهم قليلا ما يكون من مقتضيات العقد أو مصالحه.
- حاشية البيجرمي على شرح منهل الطلاب، الجزء 2، المطبعة الأميرية سنة 1309 هـ، ص 188.
- أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، مختصر المزني، بهامش كتاب الأم، الجزء الثاني، المطبعة الأميرية، ص 203.
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، الجزء 4، ص 294 - 295.
- حاشية عميرة على شرح المحلي على المنهاج، الجزء 2، ص 177.
- الشيرازي، المهذب، الجزء الأول، طبعة عيسى، الباب الحلبي، ص 266.
- شمس الدين محمد بن أبي العباس بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء 3، طبعة القاهرة، ص 60.
- ⁴ - كشاف القناع، الجزء الثالث، ص 189 - 190.
- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى على مختصر الخرقي، الجزء 4، مطبعة الإمام، ص 285.

ودليلهم في ذلك من الكتاب والسنة ومن القياس^١، وذلك كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ

يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^٢. وبالتالي فاشتراط الشروط التي لم يرد فيها دليل

معين فيها تعديا لحدود الله، ومخالفة لشرعه، وتكون لا تلزم من التزامها ولا يجب عليه الوفاء بها^٣.

واستدل الشافعي بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم الآتي فقد روي عن عبد

الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿لا يحل سلف وبيع ولا شرطان

وبيع﴾^٤. فاعتبر الشافعية أن النهي جاء عن بيع وشرط بصيغة من صيغ العموم لأن

كلمة (بيع) و كلمة " شرط " نكرتان وضعتا في سياق النهي، وهو في معنى

النفي، فيكون كل بيع اشتمل على أي شرط منهيها عنه والمنهي عنه فاسد^٥.

فثبت بالتالي لديهم أن الأصل هو حظر اقتران العقود بالشروط، وأنه لا يصح

شيء منها إلا إذا دل على صحته وجوازه دليل من الأولى المعتبرة شرعا.

غير أننا نرى أن القول بأن الأصل في الشروط الحظر وعدم صحتها إلا

بدليل معين يخالف ما عرف عن الشريعة الإسلامية من أنها عامة خالدة وصالحة لكل

زمان ومكان، وأنها مبنية على التيسير ورفع الحرج عن الناس.

فالفقه الإسلامي يبيح المعاملات، وهو صالح للتطبيق في كل زمان ومكان،

فلئن ضاق مذهب اتسع آخر، ولا تثريب علينا أن نختار من المذاهب الإسلامية ما

يحقق المصلحة^٦.

المطلب الثاني: أحكام الشروط الصحيحة والفاصلة.

^١ - القياس: لغة يطلق على التقدير، وهو أن يقصد معرفة قدر أحد الأمرين بالآخر، تقول قست الثوب بالمتر، إذا قدرته به، لأنه أداة القياس أي تقدير الأجزاء.

وفي اصطلاح الأصوليين: هو مساواة المسكوت عنه للمنصوص عليه في العلة، أو هو مساواة المسكوت للمنصوص في الحكم لتساويهما في العلة. مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، مكتبة النصر، طبعة 1191 ص 202.

^٢ - سورة البقرة، الآية 228.

^٣ - مفاتيح الغيب، المجلد الأول، ص 1038 وما بعدها.

^٤ - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك، 526/3، ح/1234.

^٥ - وعلّة فساد هذا الشرط المقترن بالبيع هو ما يؤدي إليه الشرط من الربا ولذلك عدوا الحكم بالفساد إلى كل معاوضة مالية اشترط فيها شرط يتضمن منفعة لأحد المتعاقدين.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص 169.

- تبيين الحقائق، الجزء 4، ص 57.

^٦ - أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 195.

وبعد عرض ودراسة آراء وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية حول الشروط والعقود، نقف على قاعدة عندهم مفادها أن من الشروط ما هو مباح وجائز يصح التزامه ويجب الوفاء به، وهي ما يعرف **بالشروط الصحيحة**، وأن منها ما ليس بمباح ولا جائز، فلا يصح التزامه ولا يجوز الوفاء به ويندرج تحت اسم " **الشروط غير الصحيحة أو الفاسدة** " .

الفقرة الأولى: الشروط الصحيحة.

الشرط الصحيح عند الفقهاء أربعة أنواع فإما أن يكون موافقا لمقتضى العقد أو ملائما له، أو دل النص على جوازه أو جرى به العرف. فالشرط الصحيح هو ما يكون موجبا لحكم من أحكام العقد وأثرا من آثاره، أو لا يكون موجبه ذلك ولكنه لا يخالف مقتضى العقد ولا ينافي حكمه.

أولا: الشرط الذي يقتضيه العقد:

الشرط الذي يقتضيه العقد هو الشرط الذي يوافق مقتضى العقد، أي يجب بالعقد من غير شرط، لأنه يقرر ويؤكد مقتضى العقد، فهو لا يثبت شيئا زائدا على العقد، وبالتالي يكون اشتراطه كعدم اشتراطه، لأنه لا يضر العقد إن ذكر ولا ينقصه شيئا إن هو لم يذكر، وذلك لثبوت وجوبه ومقتضاه في الحالتين.

وذلك كأن يشترط المشتري على البائع تسليم المبيع، أو أن يرده إذا ظهر به عيب واشترط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل أخذ المبيع. فكلها أمور تثبت للطرفين بمقتضى عقد البيع سواء شرطت فيه أو لا، وبالتالي فلا جديد فيها، لأنها مقررة بموجب العقد نفسه، فهي توجب حكما من أحكامه، وغايته أن العاقد أكدها وأبرزها في صورة الاشتراط¹.

ثانيا: الشرط الذي يلائم مقتضى العقد:

وهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولكنه يؤكد ما يجب بالعقد ويقرره. وهو لا يفسد العقد وإن كان لا يقتضيه، أنه يقرر حكمه من حيث المعنى ويؤكدده، فيلحق

¹ - أحمد فرج حسين، مرجع سابق، ص 192.

بالشرط الذي من مقتضيات العقد لملاءمته للعقد وموافقته له، كأن يشترط البائع على المشتري أن يعطيه رهنا معيناً بالثمن المؤجل^١.

فالرهن لا يجب بالبيع وإنما هو يؤكد ما يجب به وهو الثمن، ويعتبر ضماناً له من الإنكار، وفي مصلحة العقد واشتراط الرهن وغيره هنا إما أن يكون لضمان بيع تم، أو فيما تبايعه المتعاقدان إلى أجل مسمى لضمان الثمن.

فإذا كان لضمان بيع تم فيجب، لصحة اشتراط الرهن أو الكفيل، أن يكون أثناء العقد وليس له طلب الرهن أو الكفيل بعد العقد.

ويجب الوفاء بهذا النوع من الشروط، بحيث إذا فات كان للشارط الخيار إما أن يفسخ العقد وإما أن يمضيه، إذا كان العقد قابلاً للفسخ بتراضي الطرفين كالبيع^٢.

وقد يشترط الرهن لضمان الثمن، ودليل صحة هذا الشرط قوله تعالى: ﴿وَإِنْ

كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^٣. والأمر هنا للإباحة لا للوجوب لوجود

القرينة الصارفة له وهي قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ﴾^٤.

وقال المالكية بصحة اشتراط الرهن ولو كان غائباً، وتوقف السلعة حتى

يقبض الرهن الغائب^٥.

^١ - * عند المالكية، يعتبر الشرط الملائم لمقتضى العقد كالأجل المعلوم والرهن، الخيار، والكفيل، شرطاً صحيحاً، لأنه يعود على العقد بالمصلحة، فإن شرط أي من هذه الشروط عمل به، وإلا فلا.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 6، ص 65.

* عند الحنفية يصح اشتراط رهن معلوم بالإشارة أو التسمية وكذلك يصح اشتراط كفيل حاضر قبل الكفالة، أو غائب فحضر وقبلها قبل التفرق. - بدائع الصنائع، الجزء الخامس، ص 171.

* وعند الشافعية، الشرط إما أن يقتضي مطلق العقد كالقبض والانتفاع والرد بالعيب أولاً، فالأول: لا يضر بالعقد. والثاني وهو الذي لا يقتضيه العقد، إما أن يتعلق بمصلحة العقد، كشرط الرهن والإشهاد والأوصاف المقصودة - من الكتابة والخياطة والخيار ونحو ذلك - أو لا، فالأول لا يفسده ويصح الشرط نفسه.

- نهاية المحتاج، الجزء الثالث، ص 60.

* وعند الحنابلة، الشرط الذي تتعلق به مصلحة تعود على المشتري من المتعاقدين كالخيار والشهادة، واشتراط صفة في الثمن كتأصيله كله أو بعضه، أو رهن معين، أو كفيل معين به، يعتبر صحيحاً ويلزم الوفاء به. - انظر: كشف القناع، الجزء 3، ص 189.

^٢ - نظرية العقد في الفقه الإسلامي، محمود شوكت العدوي، ص 137. مذكور عند: رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 160.

^٣ - سورة البقرة، الآية 282.

^٤ - سورة البقرة، الآية 282.

^٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، ص 65.

- اشتراط الكفيل: من الشروط التي تلائم مقتضى العقد أن يشترط البائع على

المشتري أن يعين له كفيلا بالثمن، ودليل صحة هذا الشرط قوله تعالى: ﴿وَأَنَا بِهِ

زَعِيمٌ﴾¹، أي كفيل، فالزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء².

وعندنا في مذهب الإمام مالك يصح اشتراط الكفيل الغائب إن كانت مدة غيبته

قريبة، أما إذا كانت بعيدة فلا يصح لأنه قد يرض وقد يأبى³.

وعند الشافعية، يجوز البيع بشرط الكفيل المعلوم لعوض ما، من مبيع أو ثمن

ثابت في الذمة، وذلك للحاجة إليها في معاملة من لا يرضى إلا بهما⁴.

- اشتراط الحوالة⁵: اعتبر الحنفية الحوالة كالكفالة، فلو باع شخص على أن

يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن فسد قياسا، وجاز استحسانا⁶.

ثالثا: الشرط الذي ورد الشرع بجوازه:

هذا الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكنه يعود عليه بمصلحة⁷، وقد دل

على صحة اشتراطه دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية ودليل

¹ - سورة يوسف، الآية 72.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 9، ص 231.

³ - القوانين الفقهية، ص 172.

⁴ - عميرة، حاشية القيلوبي على شرح المحلى على منهاج الطالبين، الجزء 2، طبعة 1956، ص 177.

⁵ - الحوالة في اللغة: من حال الشيء حولا وحؤولا: تحول. وتحول من مكانه: انتقل عنه، وحوله تحويلا: نقله من موضع إلى موضع. والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا، فإذا أطلت شخصا بدينك فقد نقلته إلى ذمة غير ذمتك. - المصباح المنير، مادة حول.

أما في الاصطلاح: نقل الدين من ذمة إلى أخرى. فمتى تم الإيجاب والقبول تحميلا وتحملا لأداء الدين من المحال عليه إلى الدائن.

⁶ - اعتبر الكسائي في شرط الحوالة مفسدا للعقد، لأنه لا يقتضيه ولا يقرر موجب له لأن الحوالة إبراء من الثمن وإسقاط له، فلم يكن ملائما للعقد، بخلاف الكفالة والرهن. - بدائع الصنائع، الجزء 2، ص 172.

⁷ - * عند المالكية، اشتراط الأجل المعلوم، والرهن والخيار، والحميل (أي الكفيل) فهذه الشروط لا تنافي العقد ولا يقتضيها، بل هي مما تعود عليه بمصلحة، فإن شرطت عمل بها، وإلا فلا.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 3، ص 65.

- القوانين الفقهية، ص 172.

- حاشية البرجمي على شرح المنهاج، الجزء 2، ص 188.

- مختصر المزني، الجزء 2، ص 203.

* وعند الحنفية، كل شرط لم يرد النص (القران أو السنة) أو الإجماع أو القياس على اعتباره يعتبر فاسدا. وخاصة إذا كان في كتاب الله وسنة رسوله خلافه. فعندهم يستثنى من شرط مخالفة اقتضاء العقد ما ورد به الشرع.

- تبين الحقائق، الجزء 4، ص 57.

- محمد علاء الدين المعروف بالحصفكي، شرح الدر المختار، الجزء 4، مطبعة الواعظ، ص 121.

ومن ثم فإن ابن حزم يرى أن كل شرط اشتراطه إنسان على نفسه أولها على غيره فهو باطل ولا يلزم من التزمه الوفاء به إلا أن يكون أحد الأدلة المنفق عليها وهي النص (القران أو السنة) والإجماع. مذكور عند رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 166.

صحة الشرط قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل﴾¹.

ومن أمثلة هذا الشرط:

أ- اشتراط الخيار للعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما:

ومن مثاله البيع بخيار الشرط²، فاعتباره عقدا لازما ويقبل الفسخ بتراضي الطرفين، فإذا اشترط البائع والمشتري الخيار لنفسه مدة معلومة فإنه يكون شرطا صحيحا يثبت به حق الفسخ خلال هذه المدة ويحق للبائع في مطالبته قبل حلوله، ودليل صحة هذا الشرط قوله ﷺ في حديث حبان بن منقذ: ﴿إذا تبايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام﴾³. إذ أن هذا الحديث يفيد مشروعية اشتراط الخيار في البيع لكل واحد من المتعاقدين وإن كان عقد البيع من عقود المعاوضات التي أصلها اللزوم، واشتراط الخيار ينافيها، غير أن الحديث الشريف المذكور يدل على مشروعية العمل بشرط الخيار.

وقد وردت آثار تدل على إجازة الخيار رخصة للناس وتيسيرا عليهم في معاملاتهم، لأن بعض الناس يحتاج إلى التروي والاستشارة، فليس كل واحد يحسن البيع والشراء ونحوهما، وقد يكون العقد غير مشتمل على غبن ولا خديعة ومع هذا تظهر رغبة المتعاقدين أو أحدهما في الرجوع عن العقد، لذلك منح المشرع للمتعاقدين بموجب شرط الخيار، وفي خلال المدة المشروطة، فرصة للتروي للحاجة إلى ذلك⁴.

ومن ثمة فإن صحة اشتراط الخيار في البيع يمكن القياس عليه والقول بصحته أيضا في العقود اللازمة التي تقبل الفسخ كالإجارة والمزارعة والقسمة لوجود الحاجة إلى اشتراط الخيار فيها، والخيار هو شرط يترضى عليه المتعاقدين، والرضا هو أساس صحة العقود في الفقه الإسلامي. وفي ثبوت الخيار تحقيق لمصلحة

¹ - مالك بن أنس، الموطأ، كتاب العتق والولاء، مرجع سابق، الحديث رقم 1477.

² - فالخيارات هي بحسب طبيعتها (تحفظات لصاحب العقد) شرعت لتحقيق كمال الرضا في الأحوال التي يحتاج فيها المتصرف أو المتعاقدين للتروي ومشاورة النفس، مرة أخرى قبل اتخاذ وموقف نهائي. محمد سلام - المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 652.

³ - سنن البيهقي، ص 273.

⁴ - أحمد مرعي، الخيارات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، 1976، ص 39.

المتعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما لم يرد فيه نص بتحريمه فكان مشروعاً. وقد نقل الإمام النووي الإجماع على مشروعية خيار الشرط، فإذا وجد من يخالف ويقول بعدم صحته بعد انعقاد الإجماع، لا يعتد بقوله ولا عبرة بمخالفته^١.

ب - اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى:

ودليل صحة هذا الشرط قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^٢، وشرطه أن حدد لأجل معلوم للمتعاقدين، وألا يمتد بحيث يكون بعيداً بقاء الدنيا، فيكون البيع باطلاً.

رابعاً: الشرط الذي جرى به العرف:

وهو كل ما يتعارف عليه الناس وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص.

فاشترط ما جرى به العرف يعتبر صحيحاً ويتقيد به العقد ويصير موجباً حكماً من أحكامه وأثراً من آثاره استحساناً^٣، وخلافاً للقياس. وغايته أنه يشترط في صحة الشرط المبني على العرف ألا يخالف نصاً أو أثراً ورد عن الشارع الحكيم^٤، والعرف يعتبر دليلاً تخصص به النصوص.

خامساً : اشتراط صفة مقصودة تتعلق بمصلحة العقد:

^١ - أحمد مرعي، مرجع سابق، ص 37.
^٢ - سورة البقرة، الآية 282.
^٣ - الاستحسان في اللغة من الحسن: وهو عد الشيء واعتقاده حسناً، والحسن ضد القبح ونقيضه، وفي اللغة: عد الشيء حسناً مثل الاستقباح عد الشيء قبيحاً.
- المصباح المنير. الجزء 1، ص 136.
- لسان العرب، الجزء 2/ ص 879.
وفي الاصطلاح: هو العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه، وذلك عندما يكون في المسألة قياسان أحدهما جلي ظاهر غير أنه ضعيف الأثر لضعف علته، والآخر قياس خفي قوي الأثر، فيرجح المجتهد العمل بالقياس الخفي استحساناً لقوة علته.
^٤ - أحمد فرج حسين: مرجع سابق، ص 193.

أجاز الشافعية صفة مقصودة تتعلق بمصلحة العقد، ولا تتوقف على أمر مستقبل، فإذا اشترط المشتري كون الدابة حاملا صح العقد مع الشرط وللمشتري الخيار إن تخلف الشرط وذلك لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾¹.

أما الشروط التي تتضمن التزام أحد المتعاقدين بأمر معين يأتيه بعد العقد، فتلك هي الشروط المقصودة بالنهي وتشمل جميع الشرط المقارن المتعلق بأمر يطلب المتعاقد وجوده عند العقد، فهذا مباح عندهم، ومثل هذا الشرط المقارن الصحيح – يتعلق بالاستقراء – بصفات المبيع (أو الثمن).

ويكفي أن يوجد من الوصف ما ينطبق عليه الإسم ويرجع إلى العرف في تحديد الوصف، وإذا تخلف الشرط، فالمشترط بالخيار، أي إن شاء فسخ العقد، لأن الشرط صحيح، وإن شاء أبقى، فإذا أخلف إلى ما هو أعلى فلا خيار.

سادسا : الشرط الذي يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما:

ومثاله أن يشترط البائع منفعة في المبيع، والأصل في هذه الشروط أنها صحيحة إلا إذا كانت محرمة شرعا أو غير ممكنة، وهذا النوع ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه².

وهذه المنفعة إما أن تكون يسيرة لا تؤدي إلى المنع من التصرف في أصل البيع، مثال اشتراط بائع الدار سكنها مدة يسيرة كشهر أو شهرين، فهذا شرط جائز عند المالكية وكذا الحنابلة خاصة إذا جرى العرف به³.

أما إذا كانت المنفعة المشترطة من أحد المتعاقدين كبيرة بحيث تؤدي إلى المنع من التصرف في أصل البيع، ولم يجربها العرف، وذلك كأن يشترط البائع سكنى الدار المبيعة ستة أشهر فأكثر فهذا شرط غير جائز.

فالشرط في البيع عند المالكية نوعان:

¹ - سورة النساء، الآية 29.

² - كشاف القناع، الجزء 2، ص 36.

³ - فتاوى ابن تيمية، الجزء الثالث، ص 328، 344. - الشرح الكبير، الجزء 4، ص 56.

- الأول: أن يشترط الشرط بعد انقضاء الملك، وقالوا أن الشرط باطل والعقد صحيح.

- الثاني، هو الشرط الذي يقع في مدة الملك وهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

1- أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه.

2- أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص.

3- أن يشترط إيقاع معنى في المبيع¹.

ويعلل الأحناف فساد الشرط الذي فيه نفع لأحد المتعاقدين، بأن المتعاقدين إذا

قصد المقابلة بين المبيع والشرط، فقد خلا الشرط من العوض كان شرطا مستحقا بعقد معاوضة وإذا خلا من العوض فيكون ربا، وكل عقد بشرط الربا يكون فاسدا².

واعتبر الفقهاء أن هذا النوع من الشروط يؤثر في العقد بالفساد فلا يترتب

على انعقاده أي أثر ما لم يحصل القبض، ولكن ليس ذلك عاما في جميع العقود، بل

في طائفة منها حصرها بوجه عام في عقود المعاوضات المالية المحضة كالبيع

بأنواعه المطلقة والسلم والصرف والمقايضة، وكالإجارة والمزارعة والمساقاة والصلح بمال عن مال³.

الفقرة الثانية: الشروط الفاسدة:

الشرط الفاسد هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص

ولم يجز به عرف، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما عند بعض الفقهاء⁴.

أولا: أن يشترط عقدا في عقد:

كأن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر عقدا آخر كالسلف أو القرض ومثاله

أن يبيعه شيئا بشرط أن يبيعه آخر أو يشتري منه أو يؤجره⁵.

ثانيا: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد:

¹ - المدونة الكبرى، الجزء 9، ص 152.

² - حاشية ابن عابدين، الجزء 6، مرجع سابق، ص 67، 85.

³ - أحمد فرج حسين، مرجع سابق، ص 200.

⁴ - رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 184.

⁵ - المغني، الجزء 4، ص 286.

الشرط الذي ينافي مقتضى العقد هو ما ينافي ما شرع العقد لأجله، كاشتراط عدم انتقال العوضين في المعاوضات مما يؤثر على وجود الرضا نفسه الذي هو أساس التعاقد¹.

وهذا الشرط لا تترتب عليه فائدة مقصودة، ومثال ذلك أن يشترط المضارب أو صاحب رأسمال أنه لا خسارة عليه في المضاربة، أو يشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بالعين المبيعة أو أن ينتفع بها على نحو معين، أو أن يشترط أحد الشركاء في عقد الشركة أن يكون له مبلغ معين من الربح. فهذا شرط ينافي مقتضى عقد الشراكة لأن مقتضاه الاشتراك في الربح الناتج من التجارة، فقد لا ترباح الشركة إلا هذا المقدار الذي اشترطه أحد الشركاء، وإذا أخذه عملا بموجب الشرط لم يوجد الاشتراك في الربح الذي هو موجب عقد الشركة وأساسه.

وفساد الشرط هذا يعود لانقضاء الرضا بالعقد عند فوات الشرط، لأن الأخير عندما خلا من الفائدة التي تعود على المشروط له، فلم يتحقق الربا المؤثر في العقد بالفساد، وكذلك لم ينتف الرضا بالعقد بإلغائه وإمضاء العقد بدونه، وإذا انتفت علة الفساد كان العقد صحيحا يستتبع حكمه وأثره الذي وضع شرعا لإفادته، فالمالكية يفصلون في الشرط الذي يتصور حصوله عند إبرام العقد، وبالتالي فهو إما لا يقتضيه العقد ويتنافى ومقصوده، وإما أن يقتضيه العقد وإما أن لا يقضيه ولا ينافيه، فالذي يضر بالعقد ويبطله هو الشرط الذي فيه مناقضة المقصود من العقد أو إخلالا بالثمن².

أما الشافعية فعندهم كل شرط مناف لمقتضى العقد، يبطل العقد الذي يشترط فيه ويجعله كأن لم يكن سواء كان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرعات، لأن هذا الشرط لما خالف مقتضى العقد كان باطلا، وذلك للأدلة الكثيرة على ذلك منها قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل﴾³.

¹ - حسن علي الشاذلي، النظرية العامة في المعاملات في الفقه الإسلامي، ص 153.

² - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 3، مرجع سابق، ص 65.

³ - مختصر المزني بهامش الأم، مرجع سابق، ص 203.

وعند الحنابلة اشترط ما ينافي العقد شرط فاسد، كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع¹.

ثالثا: التعليق:

لا يجوز تعليق عقود التمليك عند الشافعية والحنابلة²، وذلك كأن يقول البائع للمشتري: بعتك إن جننتي بكذا أو إن رضي فلان. فمثل هذا الشرط لا ينعقد معه العقد، ويجوز الحنابلة، تعليق الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق، ويصح تعليق فسخ غير خلع بشرط.

¹ - كشف القناع، الجزء 3، مرجع سابق، ص 194.

² - المغني، الجزء 4، مرجع سابق، ص 203.

الفروع الثاني: مقومات الشرط

ينص الفصل 107 من ق.ل.ع على أن الشرط يعلق على أمر مستقبلي وغير محقق الوقوع، ويقضي الفصل 108 من ق.ل.ع على أن " كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه، ولا يصير الالتزام صحيحا إلا إذا أصبح الشرط ممكنا فيما بعد ".
ويضيف الفصل 112 من ق.ل.ع أنه " يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة ذات بال، سواء بالنسبة إلى من وضعه أو إلى شخص آخر غيره، أو بالنسبة إلى مادة الالتزام ".

ظاهر النصوص السالفة الذكر أنه لا بد في الواقعة حتى تصلح لكي تكون شرطا صحيحا يعلق عليه الالتزام أن تكون أمرا مستقبلا، غير محقق الوقوع، كما أنه لا بد فيه أن يكون غير مستحيل، وغير مخالف للقانون أو الآداب العامة.

وفيما يلي سنبحث كل هذه المقومات، مع الإشارة إلى أن الشرط الذي

يستجمع كل هذه المقومات، لا بد فيه من فائدة إذ يشترط فيه أن لا تنعدم الفائدة منه، وإلا اعتبر كأن لم يكن وكان الالتزام المعلق عليه التزاما منجزا.

وهكذا سنبحث حكم الزمان في الشرط (كمبحث أول) ثم نخصص (المبحث

الثاني) لمشروعية الشرط كأحد خصائصه الجوهرية.

المبحث الأول: حكم الزمان في الشرط

تجمع التشريعات المقارنة التي أخذت بالشرط على أنه يجب أن يكون أمرا مستقبلا، (مطلب أول) لا ماضيا ولا حاضرا، فالشرط والزمان فكرتان متلازمتان، فكلما علق التصرف القانوني على شرط إلا وكان معلقا على أمر سيحصل في زمن المستقبل. فاقتران الشرط بالشك باعتباره أمرا غير محقق الوقوع يشكل أحد أهم خصائص الشرط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشرط أمر مستقبل

إذا كان الشرط أمرا مستقبلا حسب ما بسطناه أعلاه فإنه لابد، رغم بساطة الفكرة، من تحديد مضمون الأمر المستقبلي ومعياري هذا الاستقبال.

الفقرة الأولى: ماهية الأمر المستقبلي

ينبغي أن تكون الواقعة محل الشرط أمرا مستقبلا، أي أنها لا تكون متحققة عند نشوء الالتزام، بل يجب أن يكون تحققها لاحقا على نشوئه، ولا تكون شرطا إذا كانت متحققة عند نشوء الالتزام.

ففي الشرط الواقف، إذا كانت الواقعة متحققة عند نشوء الالتزام، كان الالتزام منجزا غير موصوف والشرط الذي ارتبط بتحقيق الواقعة فقد أثره بتحققها.

وفي الشرط الفاسخ لا يقوم الالتزام أصلا إذا كانت الواقعة متحققة، لأن الملتزم اشترط لانقضاء الالتزام تحقق واقعة معينة وكانت هذه الواقعة معينة فعلا، فلا مجال لنشوء الالتزام مع وجود الواقعة محل الشرط الفاسخ¹.

والمثال الذي يضرب في الشرط الواقف أن يعد أحدهم ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان، وكان الابن قد نجح فعلا قبل نشوء الالتزام يصير الأب مدينا بالجائزة لأن التزامه كان منجزا وليس مشروطا بوجود الواقعة التي اشترط بها نفاذ الالتزام، أما إذا كان الابن قد رسب في الامتحان قبل أن يعده الأب، فإن الالتزام يكون غير منعقد أصلا لأن الأب ربط نفاذ الالتزام بنجاح ابنه وقد رسب هذا الأخير.

أما في الشرط الفاسخ، نسوق مثلا كأن يلتزم أحدهم بكراء منزله بشرط أن ينقضي الالتزام إذا عاد ابنه من الخارج وكان هذا الأخير قد عاد فعلا قبل نشوء الالتزام، فلن ينعقد الالتزام أصلا لأن سبب انقضائه كان موجودا فعلا وحال دون نشوئه أصلا.

¹ - عبد الواحد كرم: أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفجر للطباعة والنشر، أبو ظبي، ص 193.

كما تنتفي صفة الشرط إذا كانت الواقعة قد وقعت فعلا قبل نشوء الالتزام، وفي وقت نشوئه حتى ولو كان طرفا الالتزام يجهلان وقوعها¹ كأن تعد مؤسسة أو جمعية معنية بجائزة لمن يكتشف علاجاً لمرض ما. وتقدم عالم كان قبل الوعد قد اكتشف هذا العلاج يفقد الشرط أثره، ويصبح التزام الواعد منجزاً غير معلق على شرط وهو واجب الوفاء في الحال²، وقد نص الفصل 107 من ق.ل.ع صراحة على هذا الحكم إذ جاء في فقرته الثانية " الأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالاً لا يصلح لأن يكون شرطاً وإن كان مجهولاً من الطرفين ".

ويكاد يجمع الفقه³ على تعريف موحد للأمر المستقبل في الشرط باعتباره ذلك الحدث أو الواقعة الخارجة عن إرادة المتعاقدين وغير المحققة وقت إبرام التصرف. ويخرج التشريع الفرنسي عن هذا الاتجاه العام، إذ جاء في المادة 1181⁴ من التقنين المدني والمأخوذة من القانون الروماني⁵ يكون الالتزام معلقاً على شرط حتى في الحالة التي تكون فيها الواقعة المعلن عليها في الالتزام قد حدثت في الماضي ولا علم للأطراف بوقوعها وقت الاتفاق.

ويعتبر الالتزام قد تم منذ إبرام العقد أي أن له أثر رجعي غير أن هذا الاتجاه يظل منتقداً لأن الواقعة المستقبلية مرتبطة وجودها وحدثها بحقيقة الواقع لا بعلم الأطراف أو عدم علمهم بوقوعها تفادياً لأي منطوق صوري.

¹ - السنهوري، مرجع سابق، المجلد 3، ص 12.

² - نفسه، ص 13.

³ - نفسه، ص 13 وما بعدها

* مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 20.

* المختار بن أحمد العطار، الوسيط في القانون المدني، الطبعة الأولى 2003، ص 13.

* أنور طلبية، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، 1998، ص 713 و 714.

* مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر 2000، - ص 37 وما بعدها.

* عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 161

⁴ - L'article 1181 dispose : «L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties...».

⁵ - Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, Leçons de droit civil, p 1092, Yvaine Buffelau – Lamore, op. cit, p 3.

وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد والتي جاء فيها " إذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ثم الالتزام منجزا لا معلقا ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك " .

ولإشارة فإن التشريع المصري القديم في تعريفه للشرط كان يجمع بين خاصيتين: الاستقبال والاحتمال في الشرط ويعتبرهما شيئا واحدا بدليل أنه نص على أنه يجوز أن يكون التعهد معلقا على أمر مستقبل أو غير محقق، فحرف أو تفيد المطابقة.

ونعتقد أن الأمر يتعلق بخطأ مادي تسرب إلى الصياغة لأن الشرط أمر مستقبل وغير محقق¹ ورغم كل الانتقادات التي تحتفظ بوجاهتها القانونية والتي يتبناها غالبية الفقه في فرنسا²، فإنها لم تستطع أن تحيد القضاء الفرنسي عن التمسك بحرفية المادة 1181 وتطبيقها تطبيقا آليا³.

والحقيقة أن موقف محكمة النقض الفرنسية ظل سليما من الوجهة القانونية لأنها لا يمكنها أن تقفز على تطبيق نص واضح في مفهومه ودلالته، لأن دور القضاء لا يتعدى تفسير النصوص الغامضة والمبهمه إلى تحريف النصوص الواضحة.

والخلاصة التي يمكن الوصول إليها أن مضمون الأمر المستقبل يدل على ارتباط الشرط بالإرادة - كما سبق عند تعريفنا له - وكذا من الأمثلة التي سقناها.

والواقعة المستقبلية المعلق عليها الالتزام تصنف إلى عدة تقسيمات، فقد تكون أمرا إيجابيا أو سلبيا، وقد تكون أمرا ماديا أو قانونيا، وقد تكون أمرا فوريا أو مستمرا، وقد تكون أمرا بسيطا أو مركبا، وتقسيمات الواقعة المستقبلية كثيرة نكتفي بما ذكرنا ونعرض لها بالتفصيل تباعا:

¹ - راجع في هذا المعنى: محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة 3، 1978، ص 848، هامش 5.

² - Jean-Jacques (Taisne), op. cit, p.73 et suiv.

³ - Cass. Civ. 12/4/1994, Code civil :Troisième édition, Dalloz, Paris, 1999, p ; 1028.

أولاً: الأمر الإيجابي والأمر السلبي:

قد يكون الأمر المستقبل إيجابياً يتمثل في حدوث أمر ما، وقد يكون سلبياً يتمثل في عدم حدوث أمر معين، فيكون الشرط في الحالة الأولى إيجابياً وسلبياً في الثانية.

من أمثلة الأمر الإيجابي دخول مكان معين أو القيام بعمل معين، أما الأمر السلبي فنمثل له " بتعليق الجائزة على عدم إتيان مكان أو محل معين " .

وتبرز أهمية التفرقة بين الأمر الإيجابي والسلبي في تقدير الوقت الذي يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف. في الأمر الإيجابي تحدد مدة قصيرة إذا لم يتحقق الشرط فيها اعتبر متخلفاً، وفي الأمر المستقبل تكون المدة عادة طويلة¹.

وإذا كانت أغلبية التقنيات المدنية المقارنة لم تنص صراحة على هذا التقسيم فإننا نجد قانون الالتزامات والعقود المغربي يستعمل عبارة " شرط حصول الأمر " في الفصل 117، وعبارة " شرط عدم وقوع أمر " في الفصل 118، الأمر الذي يدل على أنه أخذ بهذا التقسيم لطبيعة الأمر المستقبل.

ثانياً: الأمر المادي والأمر القانوني:

قد يكون الأمر المستقبل المعلق عليه الالتزام، أمراً مادياً كما هو الحال في بعض صور التأمين على الحياة² التي تعد معلقة على شرط، وكما أنه قد يعلق المتعاقدان عقدهما على حدوث فعل نافع كما لو علق أحدهما بيع منزله للآخر في حالة قيام البلدية بإصلاحه من الأضرار اللاحقة به من جراء الزلزال.

وقد يكون الأمر المادي المستقبلي طبيعياً كأن أقول لك سأمكنك من حرث أرضي بالمناسبة إذا سقطت الأمطار.

¹ - السنهوري، مرجع سابق، الجزء 3، ص 14.

² - كالتأمين المؤقت، غير أنه يجب عدم خلط الخطر بالحدث الشرطي في الحالات الشائكة، ويكمن معيار الشرط في عرضيته، ومعيار الخطر في جوهريته في التصرف، - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، الجزء 7، مجلد 2، ص 600.

وكما قد يكون الأمر المستقبل أمرا قانونيا وذلك عندما يعلق المتعاقدان التصرف على وقوع حدث قانوني من أحدهما أو خارجا عنهما.

ثالثا: الأمر المستقبل قد يكون واقعة بسيطة أو مركبة:

قد يكون الأمر المستقبل المعلق عليه التصرف واقعة بسيطة تتكون من حدث واحد بسيط كتعليق عقد كراء محل تجاري على صدور قرار البلدية بفتح مركب تجاري مكانه.

غير أن الأمر المستقبل قد يكون عبارة عن واقعة مركبة، تتكون من أكثر من حدث واحد ومثاله تعليق عقد بيع محل تجاري على تمكن البائع من الحصول على عقد كراء محل معين في مكان معين، وأيضا في الحصول على توكيل من إحدى الشركات ببيع سلعتها به.

وتبرز أهمية التقسيم في معرفة تحقق الشرط أو تخلفه، فيتحقق الشرط بمجرد حدوث الأمر البسيط المعلق عليه التصرف، أما عندما تكون الواقعة مركبة فلا يتحقق الشرط حتى ولو تحققت إحدى الواقعتان فلا يمكن تجزيء واحدة منهما عن الأخرى في اعتبار الشرط متحققا¹.

الفقرة الثانية: معيار الأمر المستقبل في الشرط

يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا ليس فقط في حالة الاستقبال ولكن أيضا بالنسبة للواقعة الحالية أو الواقعة الماضية التي يجهلها المتعاقدان. فالشرط يجب أن يكون واقعة مستقبلية، لأن المستقبل هو وحده الذي يمكن أن تنبثق من خلاله خاصية عدم تحقق وقوع الحادث الشرطي².

فالشرط لا يمكن أن يكون ماضيا أو حاضرا، فالأمور الماضية والحاضرة لا تصلح أن تكون شرطا، إذ أن معيار الشرط هو معيار موضوعي لا شخصي، فالعبرة بما وقع فعلا وبما يعتقد الأطراف³.

¹ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 107

² - سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الجزء 2، في الالتزامات، ص 733.

³ - مصطفى عبد الحميد عدوي: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة حمادة الحديثة، نفوتسيا، 1993، ص 257.

فكلما ثار خلاف حول تعليق تصرف على شرط من عدمه وجب بحث مدى استقبال الواقعة الشرطية وفقا للمعيار الموضوعي وهي مسألة واقع لا رقابة لمحكمة القانون على قضاة الموضوع فيها¹.

وخلاصة ما سبق، أن معيار الاستقبال يدل على أننا بصدد تعليق الالتزام العقدي لا مطلق الالتزام.

المطلب الثاني: اقتران الشرط بالشك باعتباره أمرا غير محقق الوقوع

إن الشرط بمعناه الفني لا بد أن يكون أمرا غير محقق الوقوع. فالأمر محقق الوقوع يعد أجلا ولا يعد شرطا كما لو تمت إضافة التزام معين إلى موسم " حب الملوك بصفرو "

فاحتمال وقوع الشرط كاحتمال عدم وقوعه سيان وليس بمقدور أي من الأطراف ترجيح ذلك، أي أنه يجب أن يكون الأمر في المتردد بين الوقوع وعدمه². والشك في وقوع الأمر هو لب الشرط والتصميم فيه³، والاحتمال هنا أو الشك ينصرف إلى الأمر ذاته الذي يكون الشرط لا إلى تاريخ وقوعه، فإذا علق وجود الالتزام أو زواله على أمر محقق الوقوع في ذاته، وإن كان تاريخ تحققه غير معروف، فلا يكون الأمر هذا بشرط، وبالتالي لا يكون الالتزام مشروطا، وقد نص الفصل 107 من ق.ل.ع المغربي على أن " الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع... "

ولا يجب خلط الأمر عندما نكون أمام أمر مستقبل محقق الوقوع ولا يعلم تاريخ وقوعه، وتوقف وجود الالتزام أو انقضائه على وقوع هذا الأمر خلال مدة معينة، كما لو نص في عقد التأمين على الحياة مثلا على أن تدفع شركة التأمين مبلغ

¹ - نفس الاتجاه أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1999/4/18 " المقرر في قضاء محكمة النقض أن تقدير ما إذا كان الالتزام منجزا أو معلقا على شرط من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة محكمة الموضوع، كما أن سلطة البحث في حقيقة العقد المتمتع عليه واستظهار مدلوله بما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره، وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات وذلك دون معقب متى أقامت قضاها على أسباب سائغة لمأخذها الصحيح وكافيا لحمل قضائه "، مذكور عند أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 107

² - عبد الناصر العطار: نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، الجزء 167، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1983، ص 64.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 15.

التأمين للمستفيد من التأمين إذا ما توفي المؤمن على حياته خلال مدة معينة. ففي هذا الحالة يكون الأمر المحقق الوقوع شرطا بالمعنى القانوني، ويعتبر التزام الشركة هنا التزاما معلقا على شرط بالمعنى الدقيق¹، والقاعدة أن الشرط يكون أمرا غير محقق الوقوع سبق إليها الفقه الإسلامي إذ جاء عند بن نجيم² أن الشرط يجب أن يكون معدوما على خطر الوجود، والمعدوم هو غير الكائن، ويقصد به المستقبل الذي قد يقع في أي وقت من الأوقات وقد لا يقع، وهو الأمر نفسه الذي يؤكد الإمام القرافي³ بقوله أن الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بمعدوم مستقبل، فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، يحصل على دخول مستقبل وطلاق لم يقع قبل التعليق إجماعا.

وليس في الفقه القانوني تعريف علمي لمضمون فكرة الشك، أما في الفقه الإسلامي فيعرف الشك بأنه إسم لاحتمالين - أو أكثر - يتساوى كلاهما فيه⁴.

والواقعة الشرطية تكون غير محققة الوقوع بطبيعتها، كتعليق بيع سلعة معينة على وصول سفينة محملة بسلعة من نفس النوع أو من نوع آخر. وقد تكون الواقعة محققة بطبيعتها، غير أنها تصبح غير محققة بسبب الظروف التي لابتستها، كما لو تعهد شخص بتخصيص إيراد عمري لآخر إذا توفي والده قبل بلوغه سن الثامنة عشر.

إذن فمعيار عدم تحقق وقوع الأمر الشرطي هو معيار موضوعي يكمن في طبيعة الواقعة ذاتها أو الملابس التي اكتتفتها حسبما اتفق عليه المتعاقدان أو حدده المتصرف.

¹ - مصطفى الجمال: مرجع سابق، ص 39، والحقيقة أننا لا نتفق مع هذا الرأي لأن الخطر ركن من عقد التأمين فهو لا يعتبر شرطا بالمفهوم الفني وإنما شرطا بالمفهوم العادي.

² - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق 1983، ص 148.

³ - القرافي، الفروق، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة النشر، ص 77.

⁴ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 109.

الفقرة الأولى: الشك ودوره في تحقق الشرط

الشرط بحسب طبيعته، هو أمر مشكوك في وقوعه يتأرجح بين أن يقع وألا يقع وبالتالي يكون بعيدا عن إرادة الأطراف التي ليس لها أن تتحكم في تحديد مصيره بالوقوع من عدمه.

غير أن تلك القاعدة ليست على إطلاقها، فهناك حالات يكون فيها الشرط أمرا تستطيع إرادة الأطراف التحكم في وقوعه أو تخلفه، الأمر الذي يشكل استثناء. ومن هنا ينقسم الشرط من حيث دور الإرادة في تحققه إلى ثلاثة أقسام: الشرط الاحتمالي، والمختلط ثم الشرط الإرادي.

أولاً: الشرط الاحتمالي:

هو الأمر المتروك تحققه للصدفة وحدها دون أن يكون لإرادة أحد المتعاقدين أي دخل في تحققه¹، كما لو تعهد أب لابنه بسفر للخارج إذا فاز فريق رياضي معين بمنافسة البطولة الوطنية لكرة القدم. إذن فهو يتكون من واقعة قائمة بذاتها لا تخضع إلا لقانونها فلا يكون تحققها أو تخلفها منوطا بإرادة أحد المتعاقدين².

ويصنف الشرط الاحتمالي كأحسن صورة للتعليق على شرط ما دام أنه يعلق وجود الالتزام (في الشرط الواقف) أو زواله (في الشرط الفاسخ) على واقعة مستقبلية يكون أمر تحققها رهين الصدفة وحدها³.

ويعرف المشرع الفرنسي الشرط الاحتمالي في المادة 1169⁴ من القانون المدني والتي تنص على أن " الشرط الاحتمالي هو ما كان موكولا للصدفة وغير متوقف مطلقا على إرادة الدائن أو المدين "

¹ - محمد شكري سرور: موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة الأولى 1984/85، ص 157.

² - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 117.

³ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 157

⁴ - L'article 1169 stipule: « La condition casuelle est celle qui dépend du hasard et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur » ;

ويجمع الفقه في فرنسا¹ على أن المقصود بالصدفة هو المجرى العرضي أو الفجائي للأمر « le cours fortuit des choses » سواء تعلق الأمر بفعل طبيعي أو بفعل أحد من الأغيار.

والشرط الاحتمالي² صحيح، سواء كان شرطا واقفا أم شرطا فاسخا، لأنه لا يخضع لإرادة أي من طرفي الالتزام، بل إلى واقعة خارج إرادتهما، يكون المدين ملتزما بتنفيذ الالتزام متى وقعت الواقعة خلال المدة المتفق عليها.

ثانيا: الشرط المختلط:

هو الشرط الذي يخضع لإرادة أحد طرفي الالتزام، إلى جانب عامل خارجي لا دخل لإرادتهما في تحققه، كأن يلتزم أحدهم بأن يبيع داره لآخر إذا تزوج من امرأة معينة، فالشرط في مثل هذه الحالة لا يخضع للإرادة المنفردة للمدين بل تقتزن هذه الإرادة بواقعة معينة أو بإرادة شخص آخر³.

وهكذا ينص الفصل 119 من ق.ل.ع " الشرط الذي يتطلب لتحقيقه مشاركة الغير أو إجراء عمل من الدائن يعتبر متخلفا إذا رفض الغير مشاركته أو إذا لم يقوم الدائن بالعمل المقصود ولو كان المانع راجعا لسبب لا دخل لإرادته فيه ".

وتطبيقا لذلك جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 25 مارس 1992 " ... لكن حيث أن المحكمة استخلصت وعن صواب من العقد الرابط بين الطرفين كون شرط الحصول على السلف من مؤسسة القرض العقاري والسياحي بمبلغ 400.000 درهم شرطا واقفا، جعل لمصلحة البائعة لكون العقد المذكور ورد فيه أن تحرير العقد النهائي يتم بمجرد الموافقة لفائدتهما، وقد عبرت هذه عن رفضها لمنح القرض أي الشركة في العقد، مما لا يبقى معه مجال للتمسك بمقتضيات للفصل 111

¹ - Jean-Jacques Taisne, op. cit, p.115.

² - وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه " الشرط الذي يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان "، نقض مدني جلسة 1966/6/7، م.م.ق، السنة 17، مذكور عند أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 100.

³ - « Constitue est condition qui doit être réputée mixte la faculté reconnue aux acquéreurs de demander la réalisation du vente par acte authentique même dans le cas où ils n'auraient pas obtenu le prêt qu'ils avaient l'obligation de solliciter et dont l'obtention avait été érigée en condition suspensive, cette faculté loin de dépendre de leur pouvoir discrétionnaire, supposant une décision préalable de l'organisme de crédit sollicité. Com. 22/11/1976 ; JCP 1978. II. 18903, note Stemmer.

من ق.ل.ع واعتماد الفصل 119 من نفس القانون، وهي في ذلك سايرت المقتضيات القانونية، إذ أن الشرط الواقف المضمن في العقد ثبت لها أنه يتطلب مشاركة الغير أي القرض العقاري وأنه منظم في العقد الذي يعتبر شريعة المتعاقدين ولذلك يكون القرار المطعون فيه معللا بما فيه الكفاية، وطبق القانون تطبيقا سليما¹.

واستنادا لما ذكر، يعتبر العقد معلقا على شرط مختلط كلما سُند تحققه توفر إرادة أحد المتعاقدين إلى جانبها إرادة الغير دون تعيين أو بالصدفة بوجه عام.

وعرف المشرع الفرنسي الشرط المختلط في المادة 1171² من ق.م بأنه ما كان موكولا إلى إرادة أحد المتعاقدين وإرادة الغير. وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 3 يونيو 1994 " يعتبر شرطا مختلطا الشرط الذي ينص على أن عقد البيع المبرم تحت شرط واقف يتمثل في أن البائعين يصبحون أنفسهم مشترين للملكية المحولة جزئيا، إن هذا الشرط نابع من الأساس من إرادة الغير"³، كما جاء في قرار آخر " يعتبر شرطا مختلطا الشرط الوارد في عقد التحكيم الذي يعلق أداء تعويض تكميلي على قرار المحكم المعين قبليا من طرف المدين"⁴.

ويبدو أن المشرع الفرنسي قد استثنى في تعريفه للشرط المختلط، ذلك الذي يكون متوقفا على الصدفة وحدها دون إرادة الأطراف، لكن غالبية الفقه الفرنسي⁵ تعتبر مثل هذا الشرط مختلطا ذلك أن الصدفة لها عدة أشكال ومنها إرادة الغير وأن العبرة في كل ذلك عدم تدخل إرادة الأطراف فيها.

ثالثا: الشرط الإرادي:

هو الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد المتعاقدين، دون تدخل إرادة الغير، وهو إما أن يكون شرطا إراديا بسيطا، أو شرطا إراديا محضا.

¹ - ملف عدد 87/ 243 - منشور بمجلة الإشعاع عدد 7، ص 95.

² - L'article 1169 stipule :« La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers ».

³ - Pourvoi n° 90 - 22.081. Publié au code civil 3^{ème} ed. Dalloz, 1999, P 1014.

⁴ - Paris (3^e Ch. A) 24 Janvier 1990; Juris - Data n° 020330, publier au code civil, op. cit, p 1014.

⁵ - Jean-Jacques Taisne, op. cit, p.119 et suiv.

1- الشرط الإرادي البسيط:

هو الذي يخضع للإرادة المحضة لأحد الطرفين على أن تقترن بعمل معين منه كأن يلتزم أحدهم بتشغيل شخص إذا هو قام بتوسيع شركته.

2- الشرط الإرادي المحض¹:

هو الذي يخضع للإرادة المحضة لأي من طرفي الالتزام دون أن تقترن هذه الإرادة بعمل معين، ويجب التمييز في هذه الحالة بين ما إذا كان الشرط مرتبطا بإرادة الدائن أم بإرادة المدين، فهو شرط صحيح إذا كان يتوقف على إرادة الدائن سواء كان شرطا واقفا أم فاسخا لأن الالتزام ينشأ على المدين ويخضع في سريانه أو زواله لإرادة الدائن ومثاله أن يلتزم أحدهم ببيع داره لآخر بثمن معين خلال شهر إذا رغب هذا الأخير بشرائها خلال هذه المدة. فالالتزام هنا ينشأ على المدين، أما الدائن فيبقى له الخيار في طلب تنفيذ الالتزام أو الاستغناء عنه.

أما لو كان الشرط خاضعا لإرادة المدين وحده فيصح إذا كان شرطا فاسخا لأن الالتزام في الشرط الفاسخ ينشأ صحيحا وناظرا حتى ولو خضع فسخه للإرادة المحضة للمدين.

أما إذا كان الشرط خاضعا للإرادة المحضة للمدين وكان واقفا فلا وجود للالتزام لأن المدين ربط الالتزام بإرادته المحضة، فهو لا يلتزم تجاه الدائن بشيء طالما خضع الأمر لإرادته ويكون باطلا.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 26 نونبر 1969 " ... وحيث إن الفصل 112 من ظهير الالتزامات والعقود ينص على أنه يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم، وحيث أن الشرط الوارد في رسالة 1960/4/26 (إن المستخدم يخضع لمدة التمرين لا يمكن تمديدها الآن والتي لا يمكن أن تكون أقل من 6 أشهر) يجب اعتباره لاغيا تطبيقا للفصل الموماً إليه أعلاه إذ أنه

¹ - يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم، ومع ذلك يجوز لكل من الطرفين أو لأحدهما أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يصرح خلال أجل محدد ما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو يريد فسخه (الفصل 112 فقرة 1 من قانون الالتزامات والعقود) باستثناء الحالات التي ينص القانون فيها على خلاف ذلك. أما الشرط الذي يتطلب لتحقيقه مشاركة الغير أو إجراء عمل من الدائن فيعتبر متخلفا إذا رفض مشاركته أو إذا لم يقم الدائن بالعمل المقصود ولو كان المنع راجعا لسبب لا دخل لإرادته فيه (الفصل 119 ق.ل.ع.) . قرار مدني عدد 343 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1976/12/31 منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5، ص 149.

إذا كان في إمكان الشركة أن تمدد مدة التدريس بكل حرية، فعليها إذا أرادت الاحتفاظ لنفسها بذلك الحق أن تعطي أجلا محددًا بالتدقيق لمدة الالتزام المعلق على محض إرادتها..¹

وبخصوص عقد بيع ورد فيه أن البائع يؤدي الثمن للمشتري متى شاء، جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 22 يوليوز 1992: " لكن خلافا لما يدعيه الطاعنون فإنه لا يوجد خلاف بين جزاء الالتزام الإرادي أي المعلق إنشاؤه على محض إرادة المدين المنصوص عليه في الفصل 112 من ق.ل.ع، وبين الالتزام المعلق تنفيذه على إرادة المدين المنصوص عليه في الفصل 129، ففي كلا الحالتين يقرر المشرع بمقتضى الفصلين المذكورين بطلان الالتزام المعلق إنشاؤه، الفصل 129 الذي اعتمده المحكمة في قضائها للتصريح ببطلان الالتزام في هذه القضية، والتي كانت مقيدة كمحكمة الإحالة بهذه النقطة القانونية، التي كان المجلس قد فصل فيها بمقتضى قراره السابق، هذا الفصل ورد ضمن المقتضيات المتعلقة بالزمان الذي يقع فيه تنفيذ الالتزام التي يحيل عليها الفصل 249 الوارد في باب تنفيذ الالتزام الذي جاء فيه أن القواعد الخاصة بالوقت الذي يجب حصول التنفيذ فيه مبينة في الفصول 127 وما بعده، ومنها الفصل 129، أما المقتضيات التي تنظم إنشاء الالتزام فقد وردت في باب الشرط ابتداء من الفصل 107 وما بعده، بما فيه الفصل 112 من ق.ل.ع، الذي يقرر ببطلان الالتزام المعلق وجوده على محض إرادة المدين، ولما كان العقد المبرم بين الطرفين صريح في أن الثمن أو بقيته يؤديه المشتري متى شاء، ولما كان مضمن هذا الشرط هو أن التزام المشتري بأداء الثمن أو بقيته معلق على إرادته، فهو التزام باطل بقوة القانون إعمالاً للفصل 306 من نفس القانون، الذي يقرر أن الالتزام يبطل بقوة القانون إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه أو قرر القانون في حالة خاصة بطلانه، كما في النازلة، وإذا بطل أحد الالتزامين في عقد البيع سقط الالتزام المقابل له..."².

¹ - قرار مدني عدد 18 مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية من 1966 إلى 1982، ص 435.

² - قرار رقم 1918 ملف مدني رقم 86/4664، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص 42.

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 27 يونيو 1990: " حيث تبين من عقد الوعد بالبيع أن الواعد اشترط لإتمام البيع إحضاره الوثائق الضرورية بعد موافقة الشركة المالكة للقطعة الأرضية بيعها له، وأن الشركة رفضت هذا البيع، وبذلك فإن الشرط الذي قبله المشتري كان وقوعه معلقا على إرادة الغير لم يتحقق، ولم يكن معلقا على شرط إرادي محض، حسب مقتضيات الفصل 112 من ق.ل.ع، وبالتالي فإنه يعتبر شرطا صحيحا منتجا لآثاره القانونية"¹.

كما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 22 نونبر 1989 " لا يعتبر شرطا إراديا محضا الشرط الذي يسمح للمؤمن الذي يؤمن خطر الإعسار بأن يغير مبلغ الضمان طالما أن الوثائق تثبت أن هذا الشرط ليس مصدره فقط إرادة الدائن وإنما ظروف موضوعية قابلة للرقابة القضائية"².

وهكذا لصحة الشرط الإرادي استلزم القضاء عدة معايير تتعلق أهمها بقابلية أو عدم قابلية خضوع الشرط للرقابة القضائية أي وجود معايير موضوعية لا ترتبط بالإرادة التحكيمية للدائن وحده، وإنما لظروف وأحوال موضوعية لا شخصية لا يملك إزاءها الدائن سلطة مطلقة".

ويستهدف منع الشرط الإرادي المحض باعتباره آلية تشريعية، التدخل التشريعي في العقود وتنظيمها على نحو يرفع تعسف وجور الطرف القوي لتحقيق التوازن العقدي وحماية رضا الطرف الضعيف في العقد.

الفقرة الثانية: الشرط أمر عارض:

يقصد بالصفة العارضة للشرط أنه وصف يدخل على الحق بعد تمامه وتوافر أركانه، فالشرط لا يساهم في تكوين الحق، بل يضاف إليه بعد تكوينه، فيمكن تصور قيام الحق دون الشرط، وإذا وجد هذا الشرط الأخير أصبح الحق موصوفا، وإذا لم

¹ - قرار رقم 1419 مذكور عند عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 141.

² - Bull, civ. 1, n° 355.

يوجد، فالحق يقوم بالرغم من ذلك لأنه استكمل عناصره، ويكون بسيطا منجزا، أي غير موصوف¹.

فالوصف في الحق المشروط أمر عارض للحق بعد استكمال عناصره، أما الوصف في الحق الاحتمالي فهو أمر غير عارض، إذ ينقصه عنصر من عناصر تكوينه، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر.

والصفة العارضة للشرط لها أهمية بارزة في التمييز بين الحق الشرطي والحق الاحتمالي، ذلك أنه يمكن تصور قيام الحق المشروط كاملا دون الشرط، أما الحق الاحتمالي فهو حق ينقصه عنصر من عناصر تكوينه ولا يمكن تصور قيامه بدون.

أما إذا تحقق الشرط في الالتزام المشروط، كان لتحقيقه أثر رجعي، في حين لو استكمل الحق الاحتمالي عنصر التكوين الذي ينقصه، فإنه يصبح حقا كاملا دون أثر رجعي من وقت استكمال العنصر الناقص لا من وقت وجود الحق الاحتمالي².

وإذا كان بعض الفقه³ يعتبر الشرط بمعنى الوصف بمثابة عنصر جوهري في الالتزام، فإن الرأي الغالب⁴ يعتبره أمرا عارضا يعلق التزاما استكمل كافة عناصر تكوينه، ودون أن يكون للشرط حكما قانونيا لازما لقيام الاتفاق أو الالتزام الذي ينشأ عنه، وهذا هو معنى الشرط⁵. فهو يرد على تصرف استجمع مقومات وجوده ابتداء

¹ - عبد الرحمن مصلح: الشرط في قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس الرباط، 1976، ص 15.

² - السنهوري: الوجيز في شرح ق.م. الجزء الأول، ص 947.

³ - انظر بتفصيل بحث تلك النظرية عند: محمد شتا أبو سعد: الأثر الرجعي للشرط في القانون المدني المصري والمقارن. مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي. القاهرة، 1984، ص 34 وما بعدها. وانظر أيضا:

- Fildeman (R) : De la rétroactivité de la condition dans les conventions. Thèse université de Paris, 1935, p. 119 et suiv.

⁴ - على مستوى الفقه الفرنسي راجع مثلا:

* Henri, Léon (Mazeaud) et autres, Leçon de Droit Civil, tome II, Premier volume, Obligation Delta, Liban, 9^{ème} édition, 2000, p. 1092

* Marcel (Planiol), Traité Élémentaire de droit civil, Tome I, LGDJ, Paris 3^{ème} Edition 1949, p. 46

* Jean (Carbonnier), Droit Civil, Les Obligations, Thémis, Paris, 20^{ème} édition, 1996, p. 243

* Philippe (Malaurie), Agnès (Laurent), Cour de droit civil, Tome IV, Les obligations, Ed. cujas, 4^{ème} édition, 1994, p. 641.

⁵ - جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة، 1992، ص 129.

وهو مجرد وصف عارض يتصور وجود العقد بدونه، فعرضية الشرط هاته هي التي تفسر فكرة الأثر الرجعي¹.

المبحث الثاني: مشروعية الشرط

نقصد بمشروعية الشرط كإحدى خصائصه الجوهرية ومناط وجوده وصحته بحث مبدأ إمكانية تحققه (المطلب الأول) باعتبار أن استحالته تعوق مسيرته نحو الوجود والاستقرار، كما أن مخالفته لقواعد النظام العام والآداب (المطلب الثاني) تؤدي إلى بطلانه أحيانا وإلى بطلان الالتزام المعلق عليه أيضا في أحيان أخرى.

المطلب الأول: مبدأ إمكانية تحقق الشرط

ينص الفصل 108 من ق.ل.ع على أن " كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه، ولا يصير الالتزام صحيحا إذا أصبح الشرط ممكنا فيما بعد ".
فالشرط وإن كان بحسب طبيعته أمرا غير محقق الوقوع فهو غير مستحيل بنص المشرع وإجماع الفقهاء. إذن لا بد من تعريف الشرط المستحيل وأقسامه وحكم القانون فيه.

الفقرة الأولى: ماهية الشرط المستحيل:

الشرط المستحيل هو الشرط الذي علق على أمر لا يمكن حصوله لمانع مادي أو قانوني. فهو إذن ليس شرطا حقيقيا وإنما ألبس هذا الثوب لكي يظهر بهذا المظهر بالطريقة التي استعمل فيها².

وعرفه مأمون الكزبري بأنه " الشرط الذي لا يمكن تحققه إما بسبب مغايرته لمقتضيات الطبيعة وإما بسبب تعارضه وأحكام القانون "³، وهو نفس التعريف الذي

¹ - مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة حمادة الحديثة، قوتيسنا 1993، ص 262.

² - عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب في القانون المدني، بحث مقارن، المطبعة العالمية القاهرة، 1957، ص 2.

³ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 23.

تبناه ذ. زهدي يكن بقوله " إن الشرط المستحيل هو ما تعلق بحادث لا يمكن تحقيقه إما لكونه مخالفا لنواميس الطبيعة أو للمبادئ القانونية العامة " ¹.

ولم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية الشرط المستحيل لذاته، غير أنه وباستقراء حديثهم عن الشرط بوجه عام يمكن الوقوف على فكرة الاستحالة، فقد جاء مثلا في كتاب الفروق للقرافي ² " إن من شروط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط ".

فإذا انتفى هذا الشرط لا تحصل الغاية منه، وجاء أيضا في كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم ³ أن " شرط صحة التعليق كون الشرط معدوما على خطر الوجود، فالتعليق بكائن تنجيز بالمستحيل باطل ".

ولابد من التمييز بين الشرط المستحيل والمحل المستحيل، فالأول مختلف عن المحل في ذاته في أن الالتزام علق على أمر لا يمكن حصوله، بينما تنصب الاستحالة في المحل على الشيء محل الالتزام في حد ذاته، إما بحسب طبيعة أو بحكم القانون إذ ينص الفصل 59 من ق.ل.ع على أنه " يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون ".

والتمييز بين استحالة المحل واستحالة الشرط أن العقد يبطل لاستحالة المحل بينما في الاستحالة للشرط لا يكون نفس الالتزام غير ممكن في الأصل، غير أن الذي يجعله مستحيلا هو الشرط وإلا أصبح تنفيذ الالتزام ممكنا، إذن استحالة المحل راجعة إلى غياب ركن من أركان العقد، بينما استحالة الشرط تكمن في الأمر الذي تم التعليق عليه ⁴.

وإذا كان المشرع المغربي لم يعرف الشرط المستحيل، ولم يميز بين الاستحالة القانونية والمادية فإنه رغم ذلك تبنى تعريف الفقه للشرط المستحيل، وذلك

¹ - زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشرائع الإسلامية والرومانية والقوانين الحديثة، المجلد الأول، دار الثقافة، بيروت، الطبعة الثانية، 1961، ص 286.

² - القرافي، مرجع سابق، ص 77.

³ - ابن نجيم، مرجع سابق، ص 436.

⁴ - عبد الرحمن مصلح، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

عندما نص في الفصل 108 من ق.ل.ع على أن كل شرط يقوم على شيء مستحيل أي أن كل شرط محله واقعة مستحيلة يكون باطلا.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 4 مارس 1996: " بمقتضى الفصل 59 من قانون الالتزامات والعقود يبطل الالتزام إذا كان محله شيئا أو عملا مستحيلا إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون (الفصل 306)، والثابت أن الطاعن أثار في سائر مراحل الدعوى بأن محل البيع غير ممكن تفويته قانونيا لأنه يتعلق برخصة نقل طاكسي، إلا أن المحكمة لم ترد على هذا الدفع رغم أنه دفع مؤثر مما يجعل القرار مشوبا بنقص التعليل ¹."

بعد تعريف الشرط، لابد من الوقوف على تقسيماته والتي لا تخرج عن استحالة مادية وأخرى قانونية، واستحالة نسبية وأخرى مطلقة.

الفقرة الثانية: تقسيمات الاستحالة

إذا كان المشرع المغربي قد نص في الفصل 108 على أن كل شرط يقوم على شيء مستحيل يكون باطلا، فإنه لم ينص على تقسيمات الاستحالة وكان موقفا لأن عمومية النص تجعله يحتوي كل أنواعها.

فإذا كان الشرط المستحيل واقفا، فإنه يكون باطلا ويبطل الالتزام المعلق عليه أيضا. أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخا، فإنه يستفاد من عموم الفصل 108 من ق.ل.ع أن الشرط يكون باطلا ويبطل الالتزام بالتبعية المعلق عليها.

ولبحث أنواع الاستحالة في الشرط لابد من الوقوف على الفرق القائم بين طبيعة الاستحالة ومداهها.

• فمن حيث طبيعتها:

- تنقسم الاستحالة إلى استحالة طبيعية وأخرى قانونية، فيكون الشرط مستحيلا ماديا إذا وجد في طبيعة الأشياء عقبة تحول دون تحققه، كتعليق

¹ - قرار رقم 1245 بتاريخ 1996/3/4 ملف مدني رقم 91/2624، غير منشور، أشار إليه عبد العزيز توفيق، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 254.

هبة مثلا على الطيران في الهواء بغير طائرة أو على عبور المحيط
سباحة.

ويذهب الفقه إلى أن الاستحالة المادية تثار أيضا بسبب الظروف الملائمة
لفعل ممكن في حد ذاته، وذلك كتعليق وصية على قيام الموصي له ببناء مدفن
للموصي خلال أيام محددة¹، فالاستحالة هنا لا تنصب على إقامة المدفن ولكن على
المدة المشروطة.

وحقيقة الأمر في المثال الأخير أننا أمام شرط كعبء وليس شرطا بمعنى
الوصف للالتزام لأن الموصي قيد وصيته بالتزام وهو بناء المدفن وجعل البناء غاية
وصيته بحيث يكون المحل الموصى به كمقابل للقيام بالبناء، أما الشرط بمعنى
الوصف فإنه لا عمل لأي طرف في العقد المعلق على شرط أي التزام يمكن إجباره
على تنفيذه².

وإذا كان الشرط المستحيل هو الذي لا يرمي إلى الالتزام بتصرف قانوني
حقيقي وإنما يهدف إلى إنشاء مركز قانوني يجعل من المستحيل تنفيذ المبادئ العامة
أو النصوص الخاصة³، فإنه يمكن تصور أن تكون الاستحالة قانونية أي ترجع إلى
حكم القانون، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 25 مارس 1992⁴ " في
شأن الوسيلة الثالثة حيث يعيب الطاعن على القرار نقصان التعليل وعدم تمحيص
صحة الشرط المنصوص عليه في الفصل 108 من ق.ل.ع.... وأن المطلوبين في
النقض أدليا برسالة صادرة عن مؤسسة القرض العقاري والسياحي تتضمن أن هذا
النوع من القروض لا يدخل في اهتماماتها الاقتراضية، أي أن الحصول على هذا
القرض أمر مستحيل وهو بذلك يعتبر شرطا غير صحيح وباطلا لاستحالة تحققه
قانونا ولو طال انتظار الأطراف"⁵.

¹ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 191.

² - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 191.

³ - Jean - Jacques (Taisne) op. cit, p. 58

⁴ - قرار منشور بمجلة الإشعاع، عدد 7، يونيو 1992، ص 98.

⁵ - جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى: " الشرط الذي يكون من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان
يكون باطلا ولا يؤدي على بطلان الالتزام ". قرار عدد 1300 صادر بتاريخ 1983/7/10 منشور بمجلة الدفاع، عدد 1، ص 59.

ويجب التمييز بين استحالة الشرط القانوني وبين عدم مشروعيته، ومثال عدم مشروعية الشرط تعليق هبة على زواج محرمين، فمثل هذا الشرط باطل غير أنه ممكن وبالتالي فليس كل شرط غير مشروع هو مستحيل.

• **من حيث مدى الاستحالة:**

يكون الشرط المعلق عليه الالتزام مستحيلا إذا كانت استحالة مطلقة أي أنها تقوم بالنسبة لكافة الناس وفي جميع الأحوال.

ويشترط في الاستحالة لكي تكون سببا لامتناع التعليق:

أولاً: أن تكون استحالة مطلقة:

وهي التي تمتنع على الكافة، فلا يكون بمقدور أحد تحقيق ما اشترطه المشتري، كما لو كان الشرط لنيل جائزة صنع دواء لإحياء الموتى. وقد تكون الاستحالة نسبية وهي التي تمتنع على ما تعلق الشرط به فقط دون غيره من الناس، وهذه الاستحالة لا تمنع التعليق لأن من يشترط أمرا يستحيل عليه هو، يكون ملزما بتنفيذه من الغير.

ثانياً: أن تكون الاستحالة قائمة وقت إنشاء الالتزام:

لا ينعقد الالتزام على شرط إذا كان هذا الأخير مستحيلا وقت إنشاء الالتزام، أما إذا كان الشرط ممكنا وقت نشوء الالتزام، ثم أصبح مستحيلا بعد ذلك فلا أثر لاستحالته على نشوء الالتزام بل تكون الاستحالة عندئذ سببا لفسخ الالتزام وليس لبطلانه.

وعلى ذلك جاء في الفصل 108 من ق.ل.ع " ... ولا يصير الالتزام صحيحا إذا أصبح الشرط ممكنا فيما بعد ".

ثالثا: أن تكون الاستحالة قاصرة على الشرط الواقف لا على

الشرط الفاسخ:

فالالتزام المعلق على شرط واقف لا يمكن تحققه إذا كان مستحيلا، وبالتالي يصبح كأن لم يكن، لأنه لن يتحقق بأية حال. أما إذا كان الشرط فاسخا فإن استحالة الشرط لا تؤثر على الالتزام الذي ينشأ صحيحا وناظرا، وتؤدي استحالته عندئذ إلى زوال أثر التعليق ويصبح الالتزام بالتالي التزاما منجزا لامتناع تحقق الشرط.

والمبدأ العام في التشريعات المقارنة أن التصرف القانوني المعلق على شرط مستحيل يقع باطلا وبالتالي يبطل الشرط المستحيل المعلق عليه¹.

إن الاستحالة تبطل الشرط كما تبطل الاتفاق المعلق عليه باستثناء التبرعات إذ جاء في المادة 900 من القانون المدني الفرنسي² (نص المادة 1172 السالف الذكر) فالشروط المقترنة بالتبرعات تعد وكأنها غير مكتوبة وبالتالي تبطل وحدها دون الاتفاق الذي تدرج فيه لأنه لو تم إبطال التصرف لعاد المال على المتبرع وهو الأمر الذي يقصده.

وقد حددت المادة 900 المذكورة أعلاه، بالفقه والقضاء الفرنسيين إلى التضييق من نطاق حكمها وذلك اعتمادا على نظرية السبب³، فذهبوا إلى اعتبار أن ثبوت كون الشرط المستحيل هو الباعث على التبرع، فإن هذا الأخير يكون باطلا كله لا الشرط فقط.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 266 من القانون المدني، على أنه " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام، هذا إذا كان فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم، ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو للنظام العام إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام ".

¹ - Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs , ou prohibée par la loi est nulle et rend la convention qui en dépend. (article 1172 du code civil Français).

² - « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. ».

³ - Marcel Planiol : Op. cit, p. 461.

فإذا اقترن انقضاء الالتزام بشرط مستحيل فإن الشرط يكون باطلا دون الالتزام الذي يظل قائما كالاتزام المعلق على شرط فاسخ صحيح.

المطلب الثاني: الشرط أمر غير مخالف للنظام العام والآداب

جاء في الحديث النبوي الشريف عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال ﴿ ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق ﴾.

ونص الفصل 108 من ق.ل.ع على أن " كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو القانون يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه " .

فالمشرع إذن لم يعرف الشرط غير المشروع، وإنما نص فقط على حكمه، وعرفه الفقه، فمثلا عرفه الأستاذ لبلتية¹ بأنه " كل شرط إرادي يتجه قصد واضعه إلى إحداث فعل غير مشروع أو إلى تقييد استعمال حق يهم النظام العام.

ويقصد بالشرط غير المشروع الشرط الذي يقصد منه تحقيق أمر مخالف للآداب العامة أو النظام العام، وهو يكون كذلك إذا كان موضوعه أمرا غير مشروع في ذاته²، وكتعليق هبة على شرط ارتكاب جريمة، فالعمل المشروط قد يكون مانعا في ذاته ولكن الشرط يكون مع ذلك غير مشروع بسبب الغرض منه. ومثاله عدم الزواج في حد ذاته أمر مشروع، غير أن اشتراطه في ظروف معينة قد يكون غير مشروع إذا كان من شأنه تقييد حرية الزواج أو سلبها، فعدم المشروعية هنا تعود إلى الغرض الذي يرمي الشرط إلى تحقيقه.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى: " يبطل كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحقه في أن يتزوج ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه (ف. 109 من ق.ل.ع) غير أنه إذا كان من شأن إبطال الالتزام الانقاص من حقوق الأجير فإن الشرط يبطل ولا يبطل الالتزام المعلق

¹ - مذكور عند عبد الله الجليلي، مرجع سابق، ص 172.

² - عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص 261.

عليه، لهذا تكون المحكمة على صواب حين اعتبرت أن شرط عدم الزواج يكون باطلا ويبقى العقد صحيحا ورتبت على ذلك أثر الفسخ التعسفي لعقد العمل من جانب رب العمل¹.

وتنص المادة 1172² من القانون المدني الفرنسي على أن الشرط المستحيل أو المخالف للآداب أو الذي يحرمه القانون باطل، ويؤدي إلى بطلان الاتفاق الذي يعتمد عليه.

وجاء في المادة 900 الواردة في الفصل الخاص بالهبات أنه " إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو مخالف للآداب أو غير مشروع بطل الشرط وصحت الهبة ". وقد استقر القضاء في فرنسا على أن العقد المقترن بشرط مستحيل أو مخالف للآداب أو النظام العام يكون باطلا عندما يكون هذا الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد. أما عندما لا يكون كذلك فإن الشرط هو الذي يبطل ويبقى التصرف صحيحا وتستوي في ذلك كافة المعاملات والتبرعات سواء كانت مجانية أو بعوض³.

ويترتب على بطلان الشرط الواقف لعدم مشروعيته عدم قيام الالتزام لأن ما علق على أمر غير مشروع يكون هو الآخر غير مشروع، على أساس أن الأمر غير المشروع يكون بمثابة الدافع للأمر المعلق، وأن الباعث غير المشروع يبطل التصرف القانوني. فإذا ما وهب شخص لآخر شيئا وعلق التزامه بالهبة على قيام الموهوب له بقتل شخص ثالث، فإن التزام الواهب يكون معلقا على شرط غير مشروع ويترتب على عدم مشروعيته بطلانه وعدم قيام الالتزام.

ويترتب على بطلان الشرط الفاسخ لعدم مشروعيته، عدم قيام الالتزام المعلق عليه، وليس قيام الالتزام منجزا على نحو ما رأيناه بصدد بطلان الشرط الفاسخ

¹ - قرار رقم 1300 صادر في 1983/7/20 ملف اجتماعي عدد 93/241، مجلة البحوث، العدد 4، السنة 3، يونيو 2005، ص 205.

² - L'article stipule : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ».

³ - عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 262. هذا الموقف أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1978/12/20 " لما كان الالتزام قبل تحقق الشرط الفاسخ وهو أمر مستقبل غير محقق، يترتب عليه زوال الالتزام المعلق عليه. هذا الشرط يكون قائما وناظرا في فكرة التعليق ولكنه مهدد بخطر الزوال إذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إعماله بما تقضي به المادة 266 مدني إلى بطلان الشرط الفاسخ لمخالفته النظام العام وبقاء التزام الدين قائما فإنه لا يكون قد خالف القانون " - مذكور عند أنور العمروسي، الشرط والأجل في القانون المدني، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام معلقا على نصوصهما بالفقه وقضاء النقض، شركة ناس للطباعة دار محمود للنشر والتوزيع، ص 104.

لاستحالته، ذلك أن الشرط الفاسخ غير المشروع ينم على أن الباعث الدافع على الالتزام هو الآخر غير مشروع. ومثاله أن يرتب أحدهم إيرادا عمريا لامرأة مدى حياتها غير أنه اشترط انقضاء التزامه هذا بانتهاء علاقته غير المشروعة بها. فالالتزام بالإيراد يكون معلقا على شرط باطل ويكون هذا الشرط دليلا على أن الباعث الدافع إلى إبرام المرتب مدى الحياة غير مشروع. فيؤدي هذا الباعث إلى بطلان العقد وبالتالي عدم قيام الالتزام المترتب عليه¹.

إن مشروعية الشرط ليست من سماته أو من مقوماته بل هي مسألة تتعلق بغاية المتصرف لأن الشرط بطبيعته أمر محايد ويخرج عن غايات المتعاملين².

¹ - مصطفى الجبل، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، 1000، ص 155.
² - أبو الشنتا، مرجع سابق، ص 308.
جميل البرقاوي، مرجع سابق، ص، ص 174.
محمد شكري، موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، دار الفكر العربي، ط 84 / 1 - 85، ص 159، هـشام رقم 4.

عرض لأهم أوصاف التراضي الساعة المعلقة على شرط

سبق لنا أن رأينا أن الشرط كوصف للالتزام هو تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وعارض غير محقق الوقوع يترتب عليه إما وجود الالتزام أو زواله. وكان من الطبيعي أمام تعدد الشروط وتنوعها في مختلف العقود الشائعة في الواقع العملي أن تطرح إشكالية تمييز الشرط عن غيره من المؤسسات القانونية المشابهة.

ولقد اختلف الفقه والقضاء في كثير من الأحيان حول الطبيعة القانونية لتلك الشروط وبالتالي آثارها وذلك نابع أساسا من الاختلاف حول مصدر هذه الشروط هل هي الإرادة وبالتالي يكون الشرط وصف للتراضي أم أن القانون يشارك الإرادة في صنع الشرط خاصة مع ظهور مفاهيم جديدة لحماية الطرف الضعيف في العقد.

وقد أثرنا تخصيص هذا الفصل لدراسة أهم العقود المعلقة على شرط بحكم أهميتها وازدياد انتشارها في الواقع العملي، مع اتساع الحاجة الملحة إليها في أهم العمليات التعاقدية، ذلك حتى نتمكن من تحديد مفاهيم واضحة حول تكييفها القانوني وطبيعتها مع مختلف المواقف الفقهية والقضائية التي أثرت حولها.

وهكذا سنتعرض لتجليات صعوبة تكييف بعض أوصاف التراضي المعلقة على الشرط (الفرع الأول) على أن نخصص الفرع الثاني لصور خاصة لبعض الأوضاع القانونية المرتبطة بفكرة التراضي.

الفرع الأول: تجليات صعوبة تكييفه بعض أوصافه التراخي المعلقة على شرط

تكمن صعوبة تكييف بعض عقود البيع المعلقة على الشرط انطلاقا من خصائص هذه العقود ووقت انعقادها ونطاق حرية البائع أو المشتري في قبول شروط معينة يعلق عليها انعقاد البيع أو زواله، وهكذا سنتعرض للطبيعة القانونية لبعض الأنواع العامة من البيوع (المبحث الأول) على أن نخصص المبحث الثاني لبعض الأنواع الخاصة من البيوع المنظمة تنظيما وافيا في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

المبحث الأول: في بعض الأنواع العامة من البيوع:

نظرا لأهمية بعض البيوع وشيوعها في الواقع العملي باعتبارها تطبيقا من تطبيقات الشرط كوصف الالتزام ارتأينا بحث ماهيتها وموقف الفقه والقضاء من طبيعتها القانونية.

والسبب في تصنيفنا لها ضمن البيوع العامة، أولا من حيث كونها دارجة في العقود ومنتشرة في الواقع العملي، وثانيا لعدم تنظيمها تنظيما مفصلا يبرز خصوصيتها، بخلاف البيوع الأخرى، وثالثا لكون المشرع نفسه أثر أن يسمي غيرها بالبيوع الخاصة.

وهكذا سنتعرض للبيع بشرط التجربة (مطلب أول)، البيع بشرط المذاق (مطلب ثاني)، البيع بالعينة (مطلب ثالث)، البيع بالعربون (مطلب رابع)، وأخيرا الوعد بالتعاقد (مطلب خامس).

المطلب الأول: البيع بشرط التجربة:

عرف المشرع المغربي عقد البيع في الفصل 478 من ق.ل.ع على الوجه الآتي: " البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له ". فالبيع في تعريفه الاصطلاحي¹ يتميز بأنه شراء شيء أو حق بثمن. فالثمن ونقل الملكية هما الخاصيتان الجوهريتان المميزتان لعقد البيع عن سائر العقود الأخرى وخاصة المقايضة والهبية².

وأورد البيع بالتجربة في الفصل 494 من ق.ل.ع إذ جاء فيه أنه إذا وقع البيع على شرط التجربة، فإن البائع يبقى متحملا تبعه هلاك المبيع، ما دام لم يجر... تجربته... ولم يحصل قبوله من المشتري أو من نائبه، وذلك حتى ولو كان المبيع موجودا في يد المشتري ". ويتبين من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي لم يعرف البيع بالتجربة ولم ينظم أحكامه وإنما اقتصر فقط على تبيان بعض آثاره.

وعلى النقيض من ذلك فقد عرفه المشرع المصري وذلك في المادة 421 من التقنين المدني إذ جاء فيه: " 1- في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة، ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته مقبولا.

2- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ ".³

والقانون المدني الفرنسي نفسه كيف البيع بشرط التجربة بأنه بيع معلق على شرط واقف³، والغاية من تعليق البيع على شرط التجربة هو التأكد من صلاحية

¹ - وفي الفقه الإسلامي يقسم البيع إلى أعم وأخص. فالبيع أعم يقول ابن عرفة فيما نقله عنه الزرقاني " عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجازة والكراء وتدخل هبة الثواب والصرف... " والبيع الأخص يزيد فيه: " ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه... ". - الزرقاني، ج 5، ص 3.

² - عبد الرحمن بلعكيد: وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1995، ص 12.

³ - L'article 1588 du C. Civ. Stipule que : la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.

الشيء المبيع للغرض المقصود منه¹. وهذا الشرط الغالب فيه، أن يكون صريحا، إلا أنه قد يكون ضمنيا يستخلص إما من طبيعة المبيع أو الظروف المحيطة به ويقع ذلك عادة على الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد تجربتها واستعمالها كالملابس والسيارات وغيرها.

ويعقد شرط التجربة لمدة معينة متفق عليها بين البائع والمشتري وإن لم يحددا وقتا لذلك جاز للبائع أن يحدد مدة معقولة ويبقى للقضاء صلاحية الرقابة في حالة وجود تعسف في هذا التحديد.

ويكون المشتري بشرط التجربة مالكا للعين المبيعة تحت شرط واقف، ويبقى البائع مالكا للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطا فاسخا بالنسبة إليه، والشرط الذي يعتبر واقفا بالنسبة للمشتري وفاسخا بالنسبة للبائع هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته بإعلان هذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول الذي حدده البائع².

وفي حالة اعتبار البيع على شرط التجربة شرطا واقفا وهلك المبيع بسبب أجنبي أثناء فترة التجربة وقبل تبين مصير الشرط كانت تبعة الهلاك على البائع لأن هذا الأخير هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ، على أنه استثناء يجوز للمتبايعين أن يتفقا على أن تكون التجربة شرطا فاسخا وذلك إما بصفة صريحة أو ضمنية فيصبح العقد نافذا منذ البداية ويصير المشتري مالكا للعين المبيعة ملكية معلقة على شرط فاسخ بينما يصبح البائع مالكا ملكية معلقة على شرط واقف.

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي في هذه الحالة الأخيرة، كانت تبعة الهلاك على المشتري لا على البائع لأن وقت الهلاك كان ملكا للمشتري.

¹ - Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas : Leçons de droit civil. Tome III ; Deuxième volume. Principaux contrats. – Septième édition, Editions Montchrestien, 1987.p.197 ;

² - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي ترد على الملكية: البيع والمقايضة، المجلد الرابع، دار النهضة العربية القاهرة، ص 134 وما بعدها.

ويرى الفقيه السنهوري أن البيع بشرط التجربة يكون قريبا من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة، إلا أن هذا التصور يبقى بعيدا عن حقيقة البيع المعلق على شرط التجربة¹.

والخلاصة أن شرط التجربة إما أن يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف، وإن كان الأصل أن يعتبر شرطا واقفا وهو قبول المشتري للمبيع.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده لم يحدد طبيعة البيع بشرط التجربة وذلك على خلاف التقنين المدني الفرنسي الذي يذهب في المادة 1588 إلى أن مثل هذا البيع يفترض فيه دائما أنه معلق على شرط واقف، وأيضا المشرع المصري في المادة 421 من القانون المدني التي تنص على أن البيع بشرط التجربة يعد معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ.

ومن وجهة نظرنا نعتقد بأن البيع بشرط التجربة في قانون الالتزامات والعقود المغربي هو بيع معلق على شرط واقف، استنادا للفصل 494 من نفس القانون والذي يجعل تبعة هلاك الشيء المبيع على عاتق البائع ما دام لم تتم تجربته ولم يتم قبوله من طرف المشتري ولو كان تحت يد هذا الأخير، وهذه هي آثار البيع بشرط التجربة كبيع معلق على شرط واقف².

ويثار سؤال مهم يتعلق بمدى سلطة المشتري في قبول أو رفض التجربة؟ ذلك أن البيع بشرط التجربة لا يجعل البيع باتا بل معلقا على شرط هو نتيجة التجربة التي يقوم بها المشتري، فهل سلطة المشتري هي سلطة مطلقة لا يملك البائع تجاهها أي اعتراض، أم أنه يملك أن يبرهن على أن التجربة أثبتت صلاحية المبيع لتحقيق غرض المشتري كما عبر عنه في حالة رفض هذا الأخير إتمام البيع.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، هامش ص 137.

² - يراجع موقف القضاء المغربي: مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط (1928 - 1930) ص 219 - 220. وللزيد من التفصيل انظر:

Nezha (Belguide): La perfection de la vente en Droit Commun Marocain. D.E.S. Faculté des Sciences Juridiques et Sociales, Casablanca. 1985. p.64.

والتجربة قد يقوم بها المشتري نفسه وقد ينيب عنه الغير باتفاق مع البائع أو بدونه.

فإذا قام المشتري بالتجربة بنفسه ، فهو الذي يقرر إما قبول أو رفض المبيع بعد تجربته، وهو ما تنص عليه المادة 421 من القانون المدني المصري إذ جاء فيها أنه " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، ويرى بعض الفقه¹ أنه ما دام للمشتري مطلق الحرية في الاختيار، فمعنى ذلك أن البيع يكون معلقا على محض إرادته، ومن ثمة كان من الأولى اعتبار بيع التجربة كبيع المذاق مجرد وعد بالبيع.

وبإعمال بعض القواعد يتبين لنا أن هذا الرأي الأخير بدوره ليس مطلقا ذلك أنه:

1- إذا كان يقصد من التجربة التحقق من ملاءمة المبيع لحاجيات المشتري الشخصية، وبالتالي يكون له وحده الحق في قبول المبيع أو رفضه وبالتالي يكون رضا المشتري هو العنصر الجوهرية في العقد ولا قيام للصفة العارضة للشرط، والشرط كوصف عارض لا يمكن أن يشكل أحد العناصر الجوهرية في العقد.

2- المشتري ليس له مطلق الحرية في قبول المبيع أو رفضه بل هناك عوامل خارجية تساعد على معرفة مدى استجابة المبيع للغرض المنشود.

ويبقى للقضاء دور مهم في حالة صدور رفض المشتري، من أجل التحقق من ملاءمة المبيع للغرض المقصود منه، مع الاستعانة بأهل الخبرة.

¹ - سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع منشأة المعارف الإسكندرية، 1979، ص 89 هامش رقم 1..

المطلب الثاني: البيع بشرط المذاق La vente à la dégustation

توجد بعض المطعومات التي لا تعلم حقيقتها إلا بالذوق عادة، كالأشربة، والزيوت وما أشبهها بما يختلف طعمه، وما كانت العادة غلبت بعدم شرائه بدون تذوقه، فلا يكون بيعه تاما إذا لم يذوق طعمه المشتري ويرضى به¹.

وأورد المشرع المغربي البيع بشرط المذاق في الفصل 494 من ق.ل.ع إذ جاء فيه أنه إذا وقع البيع على شرط المذاق، فإن البائع يبقى متحملا بتبعية هلاك المبيع ما دام لم يجر مذاقه ولم يحصل قبوله من المشتري أو نائبه، وذلك حتى ولو كان المبيع موجودا في يد المشتري وهو بذلك لم يعرفه وإنما حدد بعض آثاره.

ويعلق البيع على شرط المذاق عندما يشترط المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المبيع وقبله، وهو كما قد يكون صريحا قد يكون ضمنيا يستخلص من الظروف والملابسات، لطبيعة المبيع كالحلوى والشكلاطة وبعض أنواع الفواكه، ما لم يستبعد المتبايعين شرط المذاق، والبيع بشرط المذاق يتم في المكان والزمان المتفق عليهما صراحة أو ضمنيا حسب عرف الجهة.

وفي البيع بشرط المذاق يذوق المشتري المبيع شخصا أو نائبه، وله وحده أو لنائبه قبول المبيع أو رفضه حسب ذوقه دونما تدخل من القضاء أو أهل الخبرة.

وإذا كان البيع بشرط التجربة ما هو إلا مجرد تجربة لأشياء، إلا أنه ليس بيعا معلقا على شرط فاسخ ولا على شرط واقف²، بل هو ليس ببيع أصلا بل مجرد وعد

¹ - محمد حسين بن محمد مخلوف العدوي: المقارنات التشريعية: تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، دراسة وتحقيق: محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد، المجلد الثاني، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ص 423.

² - ويمكن أن نلخص الفروق ما بين بيع المذاق وبيع التجربة فيما يلي:

أ- المذاق بخلاف التجربة يراد به محض التثبت من ملاءمة الشيء لذوق المشتري ولا يمكن أن يقصد به الاستيقان من صلاحية الشيء في ذاته، فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء.

ب- المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم.

ج- لا يكفي سكوت المشتري في بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله للبيع وكفي السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع.

د- بيع المذاق مجرد وعد بالبيع، أما بيع التجربة فيبيع كامل معلق إما على شرط واقف وإما على شرط فاسخ.

هـ- إذا وقع دائن البائع حجزا في المبيع قبل قبول المشتري ففي بيع المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري وفي بيع التجربة لا ينفذ.

و- إذا أفسس البائع قبل قبول المشتري ففي بيع المذاق لا يستأثر المشتري بالمبيع وفي بيع التجربة يستأثر.

ز- إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق يكون هلاكه دائما على البائع، وفي بيع التجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة شرطا واقفا وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطا فاسخا. انظر عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق، ص 142.

والملاحظ أن بعض الفقه يرى أن التمييز بين البيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق لا يقوم على أساس إذ أن المذاق ضرب من التجربة وأن الجامع بين المذاق والتجربة إنما هو اختبار المبيع الذي يقابل التروي في الثمن. انظر محمد شليح، مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكث أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود، الطبعة 2000، ص 121.

بالباع صادر من المالك وقبول من المشتري للوعد وليس للبيع، فإذا ذاق المبيع وارتضاه، فقد قبل البيع، وينعقد البيع من وقت هذا القبول فليس للقبول أثر رجعي كما في بيع التجربة¹. وقد نصت بعض التشريعات صراحة على ذلك إذ جاء مثلا في المادة 422 من القانون المدني المصري " إذا بيع الشيء بشرط المذاق، كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان ". وجاء أيضا في المادة 1587 من القانون المدني الفرنسي " بيع النبيذ والزيت والأشياء الأخرى التي اعتاد الناس تذوقها قبل شرائها لا يتم إلا إذا ذاق المشتري المبيع وارتضاه ".

وهناك حالتان يمكن من خلالهما تكييف البيع بشرط المذاق بأنه بيع معلق

على شرط:

- الحالة الأولى: إسناد عملية تذوق المبيع لأحد الأعيان، وتعد هذه الصورة

هي الصورة المثلى لتعليق هذا النوع من البيوع على شرط، إذ لن يكون لإرادة المشتري في هذه الحالة أي دخل في تحديد النتيجة².

- الحالة الثانية: أن يشارك أحد من الأعيان المشتري في عملية تذوق المبيع،

فتكون بالتالي إرادة المشتري ليست هي الوحيدة المحددة لنتيجة التذوق ويكون البيع بشرط المذاق معلقا بشرط.

المطلب الثالث: البيع بالعينة: Vente par échantillon

نص المشرع في الفصل 551 من ق.ل.ع على ما يلي: " في البيوع التي

تتعقد على مقتضى أنموذج، يضمن البائع توفر صفات الأنموذج في المبيع. وإذا أهلك الأنموذج أو تعيب، وجب على المشتري أن يثبت أن البضاعة غير مطابقة له ".

قد يقع أن يختار المتبايعان طريقا دقيقا لتعيين المبيع، فيتقدم أحدهما بنموذج

أو عينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها³، كأن يعطي بائع الأقمشة قصاصة قماش،

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، المجلد الرابع، ص 141.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 53.

³ - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص 235.

أو بائع الملابس الجاهزة ملبوسا، أو بائع العطر قارورة عطر إلى من يرغب في الشراء، وإذا ما تم الاتفاق على المبيع وفق الصفات الموجودة بالنموذج أو مع تعديل جزئي فيها، فإن المشتري يحتفظ بالنموذج المتفق عليه ليضاهي عليه المبيع المسلم إليه¹.

والبائع يضمن صفات النموذج في المبيع والمشتري عند عدم المطابقة في الصفات بين النموذج والمبيع، له الاختيارات الثلاثة الآتية²:

- 1- المطالبة بالتنفيذ العيني على أساس النموذج أي المطالبة بتسليم بضاعة أخرى مطابقة تمام المطابقة في صفاتها المتفق عليه بالنموذج أو العينة.
- 2- المطالبة بالفسخ على أساس عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بتقديم شيء مطابق للنموذج أو العينة.

3- القبول بالمبيع على حالته مع المطالبة بإنقاص الثمن عند الاقتضاء.

ويجب تقديم العينة أو النموذج للمطابقة، ويقع عبء إثبات عدم المطابقة على مدعيه وذلك طبقا للقواعد العامة للإثبات" الفصل 399 من ق.ل.ع"، بجميع الوسائل بما فيها الشهادة والقرائن.

وإذا ما هلك النموذج أو العينة أو تعيب فإن عبء إثبات عدم المطابقة يقع على المشتري، وذلك حسب ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 551 من ق.ل.ع والتي جاء فيها أنه إذا أهلك الأنموذج أو تعيب، وجب على المشتري أن يثبت أن البضاعة غير مطابقة له³.

ولم يغفل الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك من معالجة الفرضية إذ يقول الشيخ خليل " وحلف مدع لبيع أن موافقته للمكتوب، إذ قال محمد البناني في حاشيته

¹ - عبد الرحمن بلعكيد، مرجع سابق، ص 144.

² - السنهوري: مرجع سابق، ص 237 و 238.

³ - ويلاحظ أن المشرع هنا لم يفرق بين الفرضية التي يوجد فيها النموذج أو العينة بيد المشتري، والفرضية التي يوجد فيها بيد البائع في حين نصت المادة 420 من القانون المدني المصري على ما يلي: " 1- إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها. 2- وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعا كان أو مشتريا أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق".

ونود القول هنا بأنه رغم عدم تنصيب المشرع المغربي على هاتين الفرضيتين - خلاف المشرع المصري - فإنه تطبق القواعد العامة في ذلك ولو بدون نص، أي تكليف البائع بالإثبات بمختلف وسائل الإثبات باعتبار الأمر يتعلق بوقائع مادية يمكن إثباتها بشتى وسائل الإثبات.

على شرح الرزقاني على خليل: " هذا إن قبضه على تصديق البائع فإن قبضه على أن المشتري مصدق كان القول قوله وكذا إن قبضه ليقلب وينظر^١.

لكن التساؤل الذي يفرض نفسه هل يعتبر البيع بالعينة بيعا معلقا على شرط؟

نبادر إلى القول بأن البيع بالعينة أو النموذج ما هو إلا وسيلة من وسائل

تعيين المبيع وبالتالي هو بيع بات^٢.

وقد اختلف الفقه العربي حول هذه المسألة، فالأستاذان السنهوري^٣ وعبد

المنعم البدر اوي^٤ يعتبران البيع بالعينة أو النموذج هو بيع بات وليست مطابقة المبيع للعينة شرطا واقفا أو شرطا فاسخا حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انفسخ، في حين ذهب الأستاذ جميل الشرقاوي^٥ إلى أنه بيع معلق على شرط قد يكون فاسخا أو واقفا.

ويعرف البيع بالعينة في الفقه المالكي^٦ بالبيع على البرنامج، إذ جاء في كتاب

الموطأ للإمام مالك " باب البيع على البرنامج"، قال مالك: الأمر عندنا في القوم يشترون السلعة البز، أو فيسمع به الرجل، فيقول لرجل منهم: البز الذي اشتريت من فلان قد بلغني صفته، وأمره، فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا؟ فيقول نعم، فيربحه ويكون شريكا للقوم مكانه، فإذا نظر إليه رآه فيها واستذلاه.

قال مالك: ذلك لازم له، ولا ينازله فيه إذا كان ابتاعه على برنامج وصفة

معلومة، قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يميزونه بينهم إذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له.

^١ - الرزقاني، مرجع سابق، الجزء 5، ص 36.

^٢ - عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، فقرة 108.

^٣ - السنهوري، الوسيط، المجلد الرابع، هامش ص 237 - 238.

^٤ - عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، فقرة 108.

^٥ - جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية " البيع والمقايضة"، دار النهضة العربية القاهرة، 1991، ص 62 - 63.

^٦ - محمد حبيب بن محمد مخلوف العدوي، مرجع سابق، ص 408.

المطلب الرابع: البيع بالعربون: « Arrhes »

العربون في اللغة ما يعطى وما يقدم. يقال له العربون والعربون والعربان والأعربون بفتح أولهما وكسره والأربان. وفي الذخيرة للقرافي العربون لغة أول الشيء¹ وفي الاصطلاح نقل الزرقاني تعريف بن الأثير بقوله: " سمي بذلك لأن فيه إعرابا لعقد البيع أي إصلاحا وإزالة فساد لئلا يملكه غيره باشتراؤه"².

وعرف المشرع المغربي العربون في الفصل 228 من ق.ل.ع على الشكل التالي: " العربون هو ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده ".
والعربون يتميز بمميزات أساسية نلخصها كالآتي:

1- العربون هو رمزي: ذلك أنه وغالبا حسب المتعارف عليه يقدم أحد

المتعاقدين - البائع مثلا - مبلغا ماليا رمزيا.

2- العربون هو تأكيد الاتفاق: فالمشتري أو المكتري مثلا بتقديمه للعربون

يضمن تنفيذ التزامه بالشراء أو الكراء، وليس له أن يتراجع عن إتمام البيع أو الكراء، فالعربون يلزمه.

3- العربون يحفظ للملتزم حق العدول عن الاتفاق غير أن الضرر يجبره،

أي أن الملتزم أو الطرف الذي دفع العربون له الحق في الرجوع، فالعربون مجرد إعراب لعقد ما، وهذا لا ضرر فيه للطرف الآخر الذي له الحق في الاحتفاظ

بالعربون ولا يلزم برده إلا بعد أن تقضي له المحكمة بالتعويض عند الاقتضاء إذ ينص الفصل 290 من ق.ل.ع على أنه إذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ، أو إذا فسخ، 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،

¹ - شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج 3، مرجع سابق، ص 250.

² - الزرقاني، مرجع سابق، ص 250.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى¹: " إذا كان المبلغ المدفوع مسبقا من طرف المشتري هو المعبر عنه قانونا بالعربون في الفصلين 288 و289 من قانون الالتزامات والعقود، فإن دلالته وإعطائه حكمه القانوني، هل هو جزء من الثمن فينقذ به البيع باتا، أم أنه مجرد عربون مصحوب بخيار العدول عندما يكون منوطا بنية المتعاقدين وهي مسألة موضوعية يتكفل قضاة الموضوع باستخلاصها من واقع الدعوى وبنود العقد... ".

فالعربون في قانون الالتزامات والعقود المغربي إما أن يكون تأكيدا للعقد ولا عدولا عنه، وإما أن يكون دلالة على حفظ الحق في العدول عن العقد مقابل تعويض الطرف الآخر عند الاقتضاء.

ويلزم تحديد مبلغ العربون لصحة عقد البيع، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 27 أبريل 94: " حقا تبين صحة ما نعاه الفرع على القرار المطعون فيه ذلك أن الوثيقة المضمونة بالتزام والمؤرخة في 20 نونبر 1989 والمدلى بها من طرف المشتري والتي سماها القرار المطعون فيه التزاما بين الطرفين وهي مجرد وصل بتسلم العربون مقابل بيع منزل، وأن أثرها ينحصر فقط في اعتراف البائع بتسلم مبلغ العربون من الطرف الآخر، كما أن الملحق المحرر حولها بخط اليد لا يعني سوى الاتفاق على أن البيع سيصبح لاغيا في حالة عدم قيام المشتري بدفع باقي الثمن المجهول خلال أجل محدد دون بيان ثمن البيع الكلي.

وعليه فإن هذه الوثيقة بملحقها لا تشكل لا بيعا ولا التزاما بالبيع لأن البيع من شروطه الواجبة تحديد الثمن حسب ما هو منصوص عليه في الفصل 487 المذكور وأن الالتزام لا يكون قائما إلا إذا كان الطالب عارفا بما التزم به، والثمن غير معروف سواء فيما ضمن بالوثيقة الأصلية أو في الملحق الخطي مما يكون معه القرار الذي اعتبر من غير صواب الوثيقة التراما وعقدا بالبيع استجمع كافة شروطه

¹ - قرار رقم 931 بتاريخ 14/3/1995 في الملف رقم 88/4453: مذكور عند عبد العزيز توفيق: التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998، الجزء الأول، الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1420 - 1999 ص 242.

وإن القول قول المشتري في تحديد الثمن مع يمينه خارقا لمقتضيات الفصل 487 و480 المذكورين ومستوجب للنقض¹.

وللعربون أحكام في قانون الالتزامات والعقود هي كالتالي:

يجب التمييز في هذه الأحكام بين الحالة التي يتم فيها التعهد والحالة التي لا

يتم فيها:

1- في الحالة الأولى: يخصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه. إذ ينص الفصل 289 من ق.ل.ع على أنه إذا نفذ العقد، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه، مثلا إذا كان من أعطى العربون هو البائع أو المكري، فالعربون يعتبر جزء من ثمن المبيع أو من أجره الكراء.

2- في الحالة الثانية: يجب التمييز أيضا بين عدم إتمام الالتزام بالتراضي بين الطرفين، وعدم إتمامه بسبب استحالة التنفيذ أو بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون. ففي حالة التراضي لا خلاف في رد العربون بنص الفصل 289 من ق.ل.ع الفقرة الأخيرة.

وفي حالة استحالة التنفيذ، فإن كانت على الذي قبض العربون وجب عليه رده مع تعويض الطرف الذي دفعه عند الاقتضاء، ما لم ترجع الاستحالة إلى القوة القاهرة وإلا فلا تعويض.

وأما لو كانت الاستحالة على الذي دفع العربون فإن الذي قبضه يحتفظ به ولا يلزم برده إلا بعد أن تقضي له المحكمة به عند الاقتضاء.

وأحكام العربون تلك تشكل الأساس العام للعربون، والذي يقضي باسترداده عند عدم إتمام الالتزام أو التعهد، وذلك حتى لا يكون من باب أكل الأموال بالباطل، فالقاعدة العامة في المسؤولية أن الضرر يجبر، ويبقى دور المحكمة مهما في تحديد ما مدى وقوع الضرر، وقد تستعين بخبير في ذلك، فإذا ثبت الضرر حكمت بالتعويض وإلا فلا.

¹ - مجلة الإشعاع، عدد 1، ص 117.

وفي الفقه الإسلامي فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الاحتفاظ بالعربون. إذ جاء في الموطأ عن مالك عن الثقة عنده عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان. قال مالك: " وذلك فيما نرى والله أعلم.... أو يتكاري الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أنني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة وإن تركت السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك باطل بغير شيء¹."

أولاً: الطبيعة القانونية للعربون:

اختلفت الآراء الفقهية حول طبيعة العربون وهل العقد أو الالتزام المقترن بعربون هو شرط فاسخ أو واقف، أم هو مقابل للرجوع في الالتزام أي يدل عن هذا الرجوع، هذا الرأي الأخير يتبناه الدكتور السنهوري² الذي يذهب إلى أن العربون هو مقابل لحق الرجوع للمتبايعين اللذين أرادا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون³، وبالتالي لا ينقص من العربون إذا ما كان الضرر أكبر، إلا إذا كان هناك تعسف في استعمال حق الرجوع، فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته. فالعربون بدل مستحق بالعقد ودفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له⁴.

في حين يذهب ذ. سليمان مرقس⁵ خلاف ذلك أي أن العربون ليس بالالتزام بدلي لكون الالتزامات التي ينشؤها البيع البات في ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص، ويجوز للبائع في البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو البيع بقيمة العربون، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاماً بدلياً.

¹ - الموطأ، كتاب البيوع. مرجع سابق، بيع العربان، حديث رقم 1294.

² - السنهوري، مرجع سابق، المجلد الرابع، ص 90 - 91.

³ - السنهوري، مرجع سابق، ص 91

⁴ - السنهوري، مرجع سابق، ص 91.

⁵ - وللمزيد من التعميق سليمان مرقس: البيع فقرة 42 ص 62.

ويتضمن البيع بالعربون اتفاقين متميزين، أولهما الاتفاق على البيع مقترنا بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتعاقدين، والثاني اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغا يوازي قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باتا.

ويعتبر جانب آخر من الفقه المصري¹ أن البيع بالعربون هو بيع معلق على شرط واقف.

لكن بخلاف ذلك، يذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن البيع بالعربون هو بيع معلق على شرط فاسخ، فينفذ البيع في الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع، ومن ثم يتوقف انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف، ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعي، وتكون تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع لا على المشتري².

وسواء اعتبر البيع بالعربون معلقا على شرط واقف أو على شرط فاسخ، فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون ما دام البيع يزول بأثر رجعي بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف.

وفيما يتعلق بالوعد بالبيع بالعربون، فقد نصت المادة 1590 من ق.م. الفرنسي على أنه إذا كان الوعد بالبيع قد تم بالعربون، يملك كل متعاقد حق التراجع عنه على أن يفقد مقدم العربون ما قدمه أو أن يرجع من قبضه ضعفه.

وعلى هذا الأساس يعتبر الوعد بالبيع عن طريق العربون بأنه رخصة تراجع بيد طرفي العقد، ينزل منزلة الشرط الفاسخ.

¹ - للبحث وللمزيد من التعمق، انظر: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 76.

² - عبد الرزاق السنهوري، عقد البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 91، هامش رقم 2.

ثانياً: موقف القضاء المغربي من طبيعة العربون:

اعتبر القضاء المغربي أن طبيعة العربون ترتبط بنيات المتعاقدين وهي مسألة واقع يستقل به قضاء الموضوع وهكذا جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 مارس 1995 بأنه " إذا كان المبلغ المدفوع مسبقاً من طرف المشتري وهو المعبر عنه قانوناً بالعربون في الفصولين 288 و 189 من ق.ل.ع فإن دلالاته وإعطائه حكمه القانوني، هل هو جزء من الثمن فينعتقد به البيع باتاً، أم أنه مجرد عربون مصحوب بخيار العدول عندما يكون منوطاً بنية المتعاقدين، وهي مسألة موضوعية يستقل قضاء الموضوع باستخلاصها من وقائع الدعوى وبنود العقد".¹

لكن من جانبنا نعتقد أن استخراج النية وتقصيها أمر صعب، مما يحتم تبني اتجاه محدد يزيل أي تكتم ويرفع كل تردد.

المطلب الخامس: الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين، وهو الواعد، إذا ما قرر مستقبلاً إبرام عقد معين، أن يتعاقد مع الطرف الآخر الذي هو المستفيد على سائر الراغبين في التعاقد.

والعقد المستقبل الموعود بالتعاقد فيه غالباً ما يكون عقد بيع، هذا الأخير يعتبر من أهم صور الوعد بالتعاقد إلى جانب الوعد بالتفضيل أو بالشراء.

وينشأ الوعد بالتعاقد بإرادتين، ولا تلتزم فيه سوى إرادة واحدة، ويبقى للطرف الثاني الحق في طلب إتمام العقد أو العدول عنه.

والمشرع المغربي، وإن لم ينظم أحكام الوعد بالتعاقد بصورة مباشرة، فإنه باستقراء بعض فصول قانون الالتزامات والعقود نجدها تكون نظرية عامة للوعد

¹ - ملف مدني عدد 88/4453 منشور بقرارات المجلس الأعلى، أهم القرارات الصادرة في المادة المدنية 1958 - 1996، منشورات المجلس الأعلى في الذكرى الأربعين. طبعة 1997. ص 267 وما بعدها.

² - يعتبر من اتفاقيات ما قبل التعاقد التي يبرمها الأشخاص تمهيداً للدخول في علاقات تعاقدية تحملهم التزامات وتكسبهم حقوقاً، وتبرز أهميتها في كونها تعطي للأطراف فرصة دراسة وتقدير سلامة ونفعية الصفقة المزمع إبرامها خاصة عندما يتعلق الأمر بالصفقات ذات الأهمية البالغة في مثل العقود المنصبة على العقارات والأصول التجارية.

بالتعاقد¹، فقد جاء في الفصل الأول من ق.ل.ع " تنشأ الالتزامات عن الاتفاقات والتصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة وعن أشباه العقود وعن أشباه الجرائم ". فالالتزام ينشأ عن الاتفاقات والتصريحات المعبرة عن الإرادة. ومصطلح التصريحات يشمل بالطبع التصريح المعبر عن الإرادة المنفردة كالإيجاب والوعد بالتعاقد به الذي يعبر عن التزام إرادة واحدة مع أنه ينشأ بإرادتين.

وجاء في الفصل 18 من ق.ل.ع " أن الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له "، فإن كان هذا النص يعد في الأصل مصدرا للالتزامات الصادرة عن الإرادة المنفردة، فإنه يعتبر كذلك مصدرا للوعد بالتعاقد لأن الالتزام في الوعد بالتعاقد تنشغل بإرادة واحدة والإرادة الثانية يكون بالطبع العلم بالالتزام قد وصل إليها².

وإذا كان المشرع قد نص صراحة في الفصل 14 من ق.ل.ع على أن

" مجرد الوعد لا ينشئ التزاما " والمقصود هنا الوعد المجرد عن شروط العقد الأصلي المراد إبرامه، أما الوعد الذي يكون في طور التحقيق بالالتزام هو وعد ملزم وما يؤكد قولنا أنه أخذ في كثير من الفصول بالوعد بالتعاقد صراحة ومثاله الفصل 788 من ق.ل.ع والذي جاء فيه " ومع ذلك، فإن الوعد بتسليم وديعة اقتضاها سفر المودع أو لأي مبرر آخر مشروع، يعتبر التزاما من الواعد يمكن أن يؤدي إلى تحميله بالتعويضات في حالة عدم تنفيذه، ما لم يثبت أن أسبابا مشروعة وغير متوقعة حالت بينه وبين أداء ما تعهد به ".

ويتعين التمييز بين الوعد بالتعاقد، وهو ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بإبرام العقد النهائي متى أظهر الموعد له رغبته في التعاقد خلال أجل محدد، وبناء عليه، فالوعد بالتعاقد هو عقد إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد الموعد به، والمسائل الجوهرية التي لا ينعقد العقد بغير التراضي عليها والمدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعد خلالها.

¹ - عبد الرحمن بلعكيد: مرجع سابق، ص 244.

² - عبد الرحمن بلعكيد، مرجع سابق، ص 245.

أما التواعد بالتعاقد فهو العقد الملزم للجانبين، الذي يلتزم بموجبه الطرفان بإبرام عقد نهائي خلال أجل محدد، كما إذا وعد شخص شخصا آخر بأن يبيع له منزلا بثمن خلال مدة معينة ووعد هذا الأخير بأن يشتري المنزل بهذا الثمن خلال نفس المدة.

وإن كنا سنستعمل نفس المصطلح الذي هو الوعد بالعقد سواء كان ملزما لجانب واحد أو للجانبين، وفي دراستنا سنعبر عن النوعين بنفس المصطلح أي الوعد بالعقد.

والبيع تعهد ابتدائي هو بيع تام تترتب عليه كل آثار البيع بخلاف الوعد بالبيع الذي لا تترتب عليه آثار البيع في الحال¹.

أولاً: ماهية الوعد بالتعاقد:

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول طبيعة الوعد بالتعاقد، فهناك من يعتبره إيجاباً ملزماً، أي أنه عقد تمهيدي وسط بين الإيجاب، والعقد النهائي، فهو أبعد من الإيجاب، من حيث أن هذا الأخير، تعبير عن إرادة منفردة للموجب في التعاقد، في حين أن الوعد بالتعاقد عقد تمهيدي تتلاقى فيه إرادة الموجب " الواعد " بإرادة الموجب له " الموعود به " وهو أقل من العقد النهائي، فهو مجرد تمهيد له، ما دام أن الموعود له لم يعبر عن رضائه بعد². وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتازة بتاريخ 24 دجنبر 1986³: " إن الوعد بالتعاقد عقد تمهيدي لا ينعقد صحيحاً إلا إذا توفرت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه، ومنها مشروعية المحل أو إذا اشترط فيه المشرع شرطاً معيناً حتى إذا ما اختل ركن من أركان العقد بقي الواعد مالكا للشيء وله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي، ولا يكون للموعود له في حالة تقويته إلا حق شخصي في ذمة الواعد ".

¹ - الحكم عدد 94/631 الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش في 1995/3/20 مجلة المحامي عدد 28، ص 333.

² - الدكتور أحمد السعيد الزقرد: نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد. مجلة الحقوق العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، جمادى الآخرة، 1422هـ، شتبر 2001 - مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، ص 281.

³ - قرار عدد 996 - 86 ملف عدد 251 - 85 مجلة المعيار، عدد 13 - 14، ص 89.

وفي الوعد بالتعاقد لا بد من توفر عناصر جوهرية إلى جانب الأركان العامة للعقد، فيلزم لقيام الوعد بالعقد اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه مستقبلا، وتحديد المدة التي يجب خلالها إبرام العقد النهائي. ذلك أن ترك هذه المدة مفتوحة بلا حد أقصى يعني أنه من الممكن ألا يعلن الموعد له عن رغبته على الإطلاق، وبذلك يكون العقد مجرد عبث ينزه عنه المشرع¹.

وتحديد هذه المدة قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا يستفاد من الظروف المحيطة بالتعاقد، ومن الهدف منه، وفي حالة عدم تحديدها لا يكون العقد باطلا وإنما يتم اللجوء إلى القضاء لتحديدها عند الاختلاف².

وإذا كان الوعد بالعقد ينصب على عقد شكلي، فيجب أيضا أن يأتي الوعد بالتعاقد في الشكل ذاته الذي يتطلبه القانون لقيام العقد الموعد به.

ويذهب بعض الفقه المغربي³ إلى ضرورة الأخذ بهذه القاعدة رغم عدم التنصيص عليها صراحة، ذلك أن التابع يتبع المتبوع أو الفرع يتبع الأصل.

يجب لتحديد مدى التزام المتعاقدين في الوعد بالتعاقد، التمييز بين مرحلتين: الأولى هي تلك السابقة على إيداء الموعد له رغبته خلال المدة المحددة، حيث يظل الواعد ملزما بالبقاء على وعده خلال المدة المذكورة.

أما المرحلة الثانية لإبداء الرغبة فيرتب فيها الوعد بالتعاقد أثره من حيث إبرام العقد الموعد به، بحيث لا يعد العقد قد انعقد إلا من تاريخ إيداء الرغبة من جانب الموعد له، فإذا انقضت المهلة المحددة من دون إعلان الموعد له عن رغبته في إبرام العقد الموعد فإن الوعد بالتعاقد يعد كأنه لم يكن، ولا يكون للموعد أي حق شخصي تجاه الواعد.

¹ - عبد الحكيم فودة: الوعد بالعقد والتمهيد للتعاقد والعربون والعقد الابتدائي، القاهرة 1992، ص 23.

² - عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 23.

³ - عبد الحق الصافي: عقد البيع مطبوعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1998 ص 73.

ومن أهم التطبيقات العملية للوعد بالتعاقد والمنتشرة في المعاملات الوعد بالبيع، والذي لا نرى مناص من الإشارة إليه بصورة وجيزة مركزين على أحكامه الأساسية.

ثانياً: الوعد بالبيع : « Promesse de vente »

إذا كان الوعد بالعقد، هو اتفاق يتم بتوافق إرادتين بموجبه يعد أحد المتعاقدين الآخر بإبرام عقد معين في المستقبل إذا أظهر الأخير رغبته في ذلك خلال مدة معينة فينقيد الواعد بهذا الاتفاق دون أن يتقيد الموعد له بشيء¹. فإن المشرع المغربي لم ينظم أحكامه، وذلك خلاف العديد من التشريعات المعاصرة التي أوجدت لها محلاً في قانونها المدني. وعلى سبيل المثال الفصل 493 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي عرفه بأنه " عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شيء من شخص آخر لا يلتزم شراؤه في الحال ".

في حين اعتبر الفصل 1589 من ق.م. الفرنسي الوعد بالبيع " بيعاً " إذا كان بين الطرفين رضاء متبادل على الشيء والثمن ".

أما على مستوى الكتابات الفقهية، فقد حظي الوعد بالبيع بنصيب وافر من الدراسة خاصة على مستوى دراسة عقد البيع، فقد عرفه الأستاذ عبد القادر العرعاري بأنه العقد الذي يلتزم به الواعد ببيع شيء سواء كان منقولاً أو عقاراً أو غيرها من الحقوق المالية الأخرى لشخص آخر إذا أظهر هذا الأخير رغبته في الشراء مقابل ثمن معين²، وعرفه الأستاذ بلعكيد عبد الرحمن³ بأنه التزام بالبيع دون الشراء، يتقيد فيه الواحد بالبيع ولا يتقيد فيه الموعد له بالشراء. فهو عقد ينشأ بإرادتين اثنتين، إرادة البائع وإرادة المشتري. غير أنه لا يلزم سوى إرادة البائع فيما وعد به والمشتري لا يلزمه في شيء.

¹ - أحمد حسن البرعي: نظرية الالتزام في القانون المغربي، مصادر الالتزام، العقد دار الثقافة، البيضاء، طبعة 1981/1 الجزء 1. ص 81.
² - عبد القادر العرعاري: الوجيز للنظرية العامة للعقود المسماة عقد البيع، الكتاب الأول، دار الأمان للتوزيع، ط 99/1، ص 48.
³ - مرجع سابق، ص 246.

والوعد بالبيع يجب أن تتوفر فيه نفس الشروط الواجبة في الوعد بالتعاقد والتي سبقت الإشارة إليها.

والمشتري الموعود له ليس له أن يطالب البائع بإتمام البيع قضائيا إلا إذا عرض عليه الثمن أو الباقي منه عرضا حقيقيا عملا بمسطرة العروض العينية¹، وحكم المحكمة بإتمام البيع الحائز لقوة الأمر المقضي يقوم مقام العقد وتسري عليه رسوم التسجيل والضرائب.

ويكيف بعض الفقه الوعد بالبيع بشكل خاص و الوعد بالعقد بشكل عام على أنه عقد معلق على شرط إرادي واقف هو قبول الموعود له العقد، إلا أن الرأي الغالب في الفقه يعتبر أن الخيار الممنوح للموعود له عنصر داخل في العقد، حين أن الشرط أمر عارض²

يثار سؤال مهم في الوعد بالبيع يتعلق بما مدى إلزام الوعد للبائع؟، هل هو إلزام مطلق على مر الأيام طالما لم يعبر الموعود له عن رغبته في الشراء أو العدول أم هو إلزام مقيد بأجل أو شرط؟.

القاعدة العامة أن العقد شريعة المتعاقدين، وغالبا ما تقيد الوعود بالبيع بالأجال أو الشروط الواقفة تبعا لنوع المعاملة وطبيعتها وظروفها. وهكذا جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بسطات بتاريخ 1980/10/28: "... إن انصرام الأجل المتفق عليه لإتمام الوعد بالبيع، لا يحلل صاحب الوعد من التزاماته لأن انصرام الأجل دون تنفيذ الملتزم التزاماته، يجعل الطرف الآخر حقا في أن يلتجأ إلى القضاء لإجبار الملتزم بأن يقوم بالتنفيذ³.

وغالبا ما يعلق البائع الوعد على شرط واقف إذا لم يتحقق كان الوعد مفسوخا، ومثال ذلك كالذي يلتزم ببيع بضاعة إن هي وصلت إلى الميناء سالمة، أو

¹ - الفصول 275 إلى 287 من ق.ل.ع في عرض تنفيذ الالتزام وإيداع قيمته، والفصول من 171 إلى 178 من ق.م.م. في عروض الوفاء والإيداع.

² - للمزيد من التعمق حول الوعد بالبيع وطبيعته القانونية، يراجع- بلعيد كرومي، الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالبيضاء، 1986، ص 71 وما يليها.

³ - ملف مدني عدد 778-79-6، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 30، ص 57.

كالذي يلتزم ببيع قطعة أرضية في تجزئة في طور التهييء إذا ما صدر الترخيص الإداري بشأنها¹.

والشرط الذي يحدد له أجل لوقوعه يعتبر متخلفا إذا انقضى الأجل ولم يقع. وفي هذه الحالة لا يمكن تمديد الأجل من طرف المحكمة. أما إذا أطلق الشرط دون تقييد في الأجل فإنه يبقى على إطلاقه ما لم يصبح مؤكدا عدم وقوعه وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصلين 117 و 118 من ق.ل.ع، وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره رقم 889 بتاريخ 8 أبريل 1990² والذي جاء فيه " أن العقد الرابط بين الطرفين ينص على أنه يصبح نهائيا بعدما يصادق على مشروع التجزئة، فالواقعة بهذا المعنى تعتبر أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع، علق عليه وجود الالتزام فهو يعتبر شرطا واقفا بالمفهوم المنصوص عليه في الفصل 107 من ق.ل.ع وليس أجلا، على أنه بمقتضى الفصل 134 من نفس القانون فإن الأثر القانوني واحد بالنسبة للأجل الواقف والشرط الواقف. وينص الفصل 117 من نفس القانون على أنه إذا علق الالتزام على شرط حصول أمر في وقت محدد اعتبر هذا الشرط متخلفا إذا انقضى الوقت دون أن يقع الأمر. أما إذا لم يحدد أي أجل أمكن أن يتحقق الشرط في أي وقت ولا يعتبر متخلفا إلا إذا أصبح مؤكدا أن الأمر لن يقع وأن المحكمة بدل أن تبحث في هذه المسألة بالذات وتقرر ما إذا كان قد أصبح من المؤكد أن واقعة موافقة الجهة المختصة التي يحدد لها أجل في العقد لن يتحقق في المستقبل أم لا، وتبث في الدعوى على هذا الأساس اعتبرت الواقعة لا تشكل شرطا واقفا خلافا لما ينص عليه العقد، وإنها لما تبث في الدعوى على هذا النحو تكون قد خرقت الفصل 107 من ق.ل.ع وعرضت قضاءها للنقض".

وإذا تخلف الشرط فإنه يبقى متخلفا حتى ولو صدر قانون جديد يقضي

بالإعفاء منه فلا يكون له أثر رجعي، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 4

¹ - وإذا كان المشرع في المادة 33 من قانون 25.30 المتعلق بالتجزئات العقارية قد منع إبرام عقود البيع في هذه التجزئات قبل أن تقوم الجماعة الحضرية أو القروية بإجراء التسلم المؤقت لأشغال تجهيز التجزئة، فإن المنع يتعلق بعقود البيع لا بعود البيع. فالوعد بالبيع مجرد وعد والبيع لم يتم بعد. كما أن المشرع في الفصل 61 من ق.ل.ع أجاز في محل الالتزام أن يكون شيئا مستقبلا أو غير محقق الوقوع.

² - مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 ص 15.

دجنبر 1991 " ... لكن بمقتضى نص الفصل 117 من ق.ل.ع فإن العقد المعلق على شرط واقف هو حصول أمر في أجل معين فإن هذا العقد لا يعتبر موجودا إذا انقضى ذلك الأجل دون أن يتحقق الأمر المعلق عليه. أما إذا لم يكن قد حدد لتحقيق الشرط أجل فإنه يعتبر متخلفا إذا أصبح مؤكدا أن الأمر لن يقع. وفي النازلة فإن رفض الرخصة الإدارية التي علق عليها البيع يعتبر بمثابة تخلف. وإذا كان المشرع قد عدل القانون الذي يشترط الرخصة الإدارية بعد أن أصبح العقد منعدم الوجود فإن هذا لا يكون له أثر رجعي، بتصحيح ما هو منعدم كافيا حيث بنت قضاءها على هذه المقتضيات ورفضت إعطاء الأثر الرجعي للظهير المحتج به، فالوسيلة غير جديدة بالاعتبار¹.

المبحث الثاني: في بعض الأنواع الخاصة من البيوع

نقصد بالبيوع الخاصة تلك البيوع التي نظمها المشرع المغربي في الباب الثالث من القسم الأول المتعلق بعقد البيع من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود والتي سماها في " بعض أنواع خاصة من البيوع " والتي يهمنها منها بيع الخيار (المطلب الأول) وبيع الثنيا (المطلب الثاني) فدراستنا لهذين النوعين من البيوع الخاصة سنتصب أساسا حول البحث في الطبيعة القانونية، وعن مضمون حماية الطرف الضعيف فيهما.

المطلب الأول: بيع الخيار وأهميته في حماية الطرف الضعيف في العقد

تتاول المشرع المغربي أحكام بيع الخيار في الفصول من 601 إلى 612 من ق.ل.ع، إذ جاء في الفصل 601 من ق.ل.ع أنه " يسوغ أن يشترط في عقد ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا. ويجوز الاتفاق عليه إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي ".

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1982/2/6 " أن بيع الخيار لا يفترض، بل يجب التنصيص عليه في عقد البيع أو في عقد لاحق، فتكون

¹ - مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46 نونبر 1992، ص 37.

المحكمة على صواب لما صرحت بأن البيع لا يتضمن أية إشارة إلى بيع الخيار وأنه لا مجال لإعمال المقتضيات المتعلقة به¹.

وقد اقتبس التشريع المغربي أحكام هذا البيع من الفقه الإسلامي ونظمه تنظيمًا وافيًا، لكن هذا الاقتباس لم يصل إلى درجة التطابق بحيث أن بعض الأحكام المضمنة فيه خالفت قواعد الفقه الإسلامي.

وتعتبر مسألة الإذعان أو القبول في العقود من أهم إشكاليات العقود المنتشرة في العصر الحالي نتيجة عقود الإذعان وتزايد الإقبال عليها، وبذلك تكون إرادة الطرف المذعن غير سليمة عند إبرام العقد وخاضعة لإرادة المحتكر أكثر مما هي مكتملة لها، ذلك أنه إذا كان المتعاقد في العقود التفاوضية يكون عارفاً محيطاً بمضمون العقد ومحتواه وشروطه، فإن هذه الخاصية لا يملكها الطرف الضعيف في عقد الإذعان، لأنه يكون بحاجة ماسة إلى الخدمة أو السلعة التي يقدمها الطرف الآخر فيضطر إلى قبول شروط العقد وملحقاته، دون أن يكون له خيار تعديله أو التراجع عنه.

وهنا تظهر أهمية منح الطرف المذعن مهلة للتفكير أو الخيار قبل التعاقد، وإننا لا نقم الموضوع بقوة إذا قلنا أهمية شرط الخيار في حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان.

وقد كان الفقه الإسلامي سباقاً إلى هذه التقنية لحماية الطرف الضعيف وهي ما يعرف بخيار الشرط، فكان لزاماً علينا بسط أحكام خيار الشرط في الفقه الإسلامي قبل معالجته في قانون الالتزامات والعقود المغربي.

¹ - مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 28.

الفقرة الأولى: خيار الشرط في الفقه الإسلامي.

الخيار هو إسم من الاختيار، والمراد هنا هو اختيار إمضاء العقد أو فسخه¹. وتنقسم الخيارات إلى قسمين: قسم يثبت بالشرط ويقال له خيار الشرط، وقسم يثبت بسبب آخر، وهذا القسم الأخير ليس محل الدراسة.

ويقصد بخيار الشرط منح أحد المتعاقدين أو كلاهما الحق في الرجوع عن الصفقة أو إمضاها خلال أجل معين دون الالتزام بأداء أي تعويض، وهو قد يضمن في العقد أو ملحقة، وجاء في تحفة الحكام² على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم:

بيع الخيار جائز الوقوع لأجل يليق بالمبيع

كالشهر في الأصل والأيام في غيره كالعبد والطعام

وهو بالاشتراط عند العقد ولا يجوز فيه شرط النقد

وخيار الشرط جائز وصحيح بالنسبة لطرفي العقد البائع أو المشتري أو بالنسبة لهما معا داخل أجل معين تبعا لطبيعة المبيع كالشهر في الأصول، في الدكاكين، وبالأيام القليلة نحو ثلاثة أيام إذا كان المبيع دوابا وثيابا³.

وخيار الشرط يرمي إلى إعطاء المشتري - خصوصا - مهلة كافية للتفكير لدراسة ما هو مقدم عليه من التزام، مع أن الأصل في الفقه الإسلامي أن العقد يلزم عاقديه ما لم يشترك وقت العقد هذا الخيار وهو مقرر لفائدة من اشترطه وله أن يتمسك به أو يتنازل عنه.

وخيار الشرط يصح في كل عقد قابل للفسخ⁴، ولا يجوز في بعض العقود كعقد الزواج، اليمين، الإقرار، الوصية.

¹ - أحمد إبراهيم إبراهيم بك: العقود والشروط والخيارات: مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية. السنة 4 - العدد 6 نونبر 1934. ص 72.

² - أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام حققه الشيخ محمد بن يوسف الكافي، دار الرشاد الحديثة، الدار الفكر، الطبعة الأولى 1411 هـ/ 1991، ص 102.

³ - أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي مرجع سابق، ص 152.

⁴ - القسمة، الصلح، الخلع، الرهن، الكفالة، الحوالة، الشفعة، وهي أمثلة نذكرها على سبيل المثال.

ويجوز أن يكون الخيار لكل واحد من المتعاقدين أو لأحدهما، أو لأجنبي نيابة عن أحدهما، ومهلة الخيار تختلف حسب طبيعة العقد أو محله، وأيضا حسب المذاهب الفقهية. فعند أبي حنيفة والشافعي لا يجوز أن تزيد عن 3 أيام في جميع الأحوال، في حين يتساهل فيها كل من الفقيه أحمد بن حنبل وداود الظاهري وبالتالي يجوز عندهم الاتفاق على أية مدة معلومة لا حد لها.

وعندنا في المذهب المالكي، فهذا الخيار يقدر بقدر الحاجة، فقد يكفي اليوم واليومان بالنسبة للثوب، وقد يستلزم الأمر الشهر بكامله في اختيار الدار، لقول صاحب التحفة:

كالشهر في الأصل والأيام في غيره كالعبد والطعام

وهو بالاشتراط عند العقد ولا يجوز فيه شرط النقد

وخلاصة القول إن الفقه الإسلامي أقر بإعطاء المتعاقد مهلة للتفكير والتروي قبل الالتزام البات بالعقد¹.

الفقرة الثانية: خيار الشرط في القانون المغربي

أولاً: ماهية خيار الشرط

لم ينظم المشرع المغربي خيار الشرط بصفة مباشرة وإنما عالج أحكام بيع الخيار أو البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين، وذلك في الفصول من 601 إلى 612 من ق.ل.ع.

ونص الفصل 601 من ق.ل.ع على أنه "يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة. ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا، ويجوز الاتفاق عليه إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي".

¹ - العربي مياد: عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، الطبعة الأولى 2004، ص 292.

فبيع الخيار هذا الذي نظمه قانون الالتزامات والعقود بأحكام خاصة إنما هو ما يمكن تسميته ببيع خيار الإمضاء، وهو الخيار الذي يجعل البيع معلقا على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين المشتري أو البائع¹.

وقد اعتبر المشرع المغربي بيع الخيار من البيوع الموصوفة عندما نص في الفصل 602 على أنه "بيع معلق على شرط واقف" هدفه إتاحة الفرصة لأحد المتعاقدين للرجوع في الالتزام داخل أجل معين سواء كان مشتريا أو بائعا.

ويرى الأستاذ شيلح² أن هناك صورة أخرى لبيع الخيار، وهي ما يسميه ببيع خيار الرد وهو الخيار الذي يجعل البيع متوقفا في زواله على فسخه من قبل من اشترط الخيار لمصلحته صراحة في العقد خلال الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول الذي تقررته المحكمة وذلك بمفهوم المخالفة للفصلين 601 و602 من ق.ل.ع مع منطوق الفصلين 112 و113 من ق.ل.ع. إذ ينص الأول أي الفصل 112 على أن الالتزام يبطل إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم، ومع ذلك يجوز لكل من الطرفين أو لأحدهما أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يصرح خلال أجل محدد، بما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو يريد فسخه.

أما الفصل 113 فجاء فيه أنه إذا لم يحدد الأجل، في الحالة المنصوص عليها في الفصل السابق، ساغ لكل من الطرفين أن يطلب من الآخر أن يصرح بما يريده في أجل معقول.

وبما أن هذه الصورة الثانية لم تنظم صراحة ضمن الأحكام العامة الخاصة ببيع الخيار، فينبغي الرجوع في أحكامها إلى ما هو منصوص عليه في أحكام الشرط الفاسخ بالدرجة الأولى فيما يهم الاعتداد بهذا الشرط ومدته أساسا³.

¹ - محمد شيلح: مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكث أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود، 2000، ص 103.

² - محمد شيلح، مرجع سابق، ص 13.

³ - محمد شيلح: مرجع سابق، ص 103.

ويعتبر بيع الخيار من البيوع الاستثنائية لما يتمتع به أحد المتعاقدين في حقه في العدول عن الالتزام بعد قيامه وذلك بالموازنة بين من قد يجنيه من نفع وما قد يلحق به من ضرر.

وخيار الشرط في البيع قد يكون للبائع فقط أو للمشتري فقط أو لهما معا أو لنائب أحدهما.

ويلزم الفصل 604 من ق.ل.ع الطرف الذي له حق الخيار التصريح عن قصده داخل الآجال التالية:

1- بالنسبة للعقارات (الحضرية والفلاحية) خلال مدة 60 يوما تبدأ من تاريخ العقد¹.

2- بالنسبة إلى الحيوانات الداجنة والأشياء المنقولة خلال مدة 5 أيام، مع أنه لا يمكن للمتعاقدین تقصير هذا الأجل دون إمكانية تمديده لأجل أطول تحت طائلة البطلان.

وقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط أنه " لا يشكل بيع الخيار الذي يخضع لمقتضيات الفصل 604 من ق.ل.ع والذي يتحدد في أجل الخيار بشهرين إعطاء مالك البناء وكالة لسمسار لإيجاد مشتر لبنائه لغاية تاريخ مجدد يتجاوز أجل شهرين ابتداء من تاريخ الوكالة، بل هو يشكل وكالة تخضع لأحكام الفصل 942 من ق.ل.ع"².

ولإثبات خيار الرجوع في العقد لأبد من التنصيص على ذلك صراحة بالعقد ذاته أو في ملحقاته، لأن الأصل في العقود أنها ناجزة وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1982/1/6³ والذي جاء فيه أن " بيع الخيار لا يفترض بل يجب التنصيص عليه في عقد البيع أو في عقد لاحق وبالتالي عندما يكون عقد البيع لا يتضمن أية إشارة على بيع الخيار، فإنه لا يكون هناك مجال لإعمال المقتضيات المتعلقة ببيع الخيار " .

¹ - محكمة استئناف الرباط، 26 مارس 1952، مجلة المحاكم المغربية، 1 أكتوبر 1952. ص 130.

² - نقول بعض المالكية بنفس المدة، انظر مثلا الرزقاني على مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، المجلد 3، الجزء 5، ص 111.

³ - قرار رقم 7 بتاريخ 1982/1/6 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 سنة 1982، ص 28 وما يليها.

ولتحديد طبيعة شرط الخيار يلزم التمييز بين مرحلتين:

* المرحلة الأولى، وهي تلك السابقة على ممارسة الخيار، وحددها الفصل 602 من ق.ل.ع، إذ اعتبره شرطا واقفا لأن العاقد الذي احتفظ بحق الخيار لم يعبر صراحة أو ضمنا في الأجل المتفق عليه، عن إرادته في إمضاء العقد أو نقضه، وفي هذه المرحلة يمكن تسليم المبيع إلى المشتري أو أداء الثمن إلى البائع³.

* المرحلة الثانية: وفيها لا يخرج الأمر عن إحدى الصور التالية:

1- أن يختار المتعاقد أو ورثته إمضاء العقد داخل الأجل ويصبح البيع نهائيا، ويعتبر الشيء مملوكا للمشتري من يوم إبراء العقد.

2- أن يسكت صاحب الخيار عن التعبير عن موقفه سواء بإمضاء العقد أو نقضه، فيفترض أن من له حق الخيار قد قبل بقوة القانون إمضاء البيع وتكون الثمار والزيادات من حق المشتري (ف.608 ق.ل.ع).

3- أن يختار صاحب الخيار نقض الصفقة، وفي هذه الحالة يتعين التمييز بين ما إذا كان صاحب الحق هو البائع فيجب عليه رد الثمن إلى المشتري إذا قبضه كليا أو الجزء الذي قبضه، إذا تم الوفاء الجزئي، كما يجب على هذا الأخير إرجاع المبيع، ذلك أن العقد يعدم ويرجع البائع والمشتري إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وقد جاء في الفصل 611 من ق.ل.ع " إذا اختار المتعاقد نقض البيع اعتبر كأن لم يكن، ووجب على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما سبق أن أخذه منه ".
وبذلك فإن الحقوق التي رتبها المشتري خلال أجل الخيار تزول.

وإذا ما هلك المبيع بغير خطأ المشتري، فإن الفصل 612 من ق.ل.ع ينص على أن المشتري الذي يتعذر عليه رد المبيع أو لا يستطيع رده إلا متعبيا نتيجة سبب لا يعزى إلى فعله أو خطئه لا يتحمل أية مسؤولية.

³ - محيي الدين إسماعيل: أصول القانون المدني. الجزء الثاني - العقود المسماة. مكتبة الطالب، الرباط، ص 10

وأمام سكوت النص عن كيفية استعمال الخيار في الحالة التي يرتبط فيها الشرط بتحقق واقعة موضوعية لتلقي عرض أعلى أو شرط أفضل، فإن بعض الفقه¹ يرى أن تحقق هذه الواقعة يقوم مقام استعمال الخيار واعتبر أنها كافية مبدئياً لاعتبار العقد كأن لم يكن، إلا أن الذي علق الخيار على تحقق الواقعة الموضوعية لمصلحته، يجب عليه إشعار الطرف الآخر بما يؤكد تحقق الواقعة في المدة القانونية أو الاتفاقية وإلا اعتبر باتاً ما لم يثبت أن الطرف الآخر قد علم بتحققها بوسائله الخاصة.

وخلاصة القول أن خيار الشرط رخصة مخولة لأحد المتعاقدين أو كلاهما لإمضاء العقد أو نقضه داخل أجل معين، الهدف منه منح مهلة للطرف الضعيف في العقد للتراجع عن التزامه بعد دراسته بتؤدة لشروط العقد ومحتواه والموازنة بين ما سيجنيه من نفع وما قد يلحق بدمته من ضرر².

ثانياً: حق المتعاقد في مهلة التفكير:

إن التداول الجديد لبعض أنواع العقود، نقصد هنا عقود الاستهلاك، أبرز طرفاً ضعيفاً وطرفاً قوياً، فكانت الحاجة الماسة والضرورية لحماية الطرف الضعيف من بعض عقود الإذعان المتضمنة لشروط تعسفية. فإلى جانب ما وفره المشرع من وسائل لتبصير المتعاقد الضعيف بشروط العقد وخبائاه الظاهرة والباطنة، فقد منحه أجلاً للتفكير *délai de réflexion* وذلك خروجاً عن القاعدة العامة التي نص عليها الفصل 19 من ق.ل.ع والذي جاء فيه أنه " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر جزءاً من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه."

¹ - محمد شليح: العقود المسماة، مرجع سابق. ص 190.

² - العربي مياد، عقود الإذعان: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 295. يراجع بشأن بيع الخيار: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 157-160. ج 1-2

- الموطأ، للإمام مالك، ص 409

- أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلي، القوانين الفقهية، الباب الثاني عشر في بيع الخيار. ص 203 - 204.

ومهلة التفكير هاته ينظمها القانون المقارن أيضا، الذي انتبه إلى أن أحد المتعاقدين قد لا يجد أحيانا الوقت الكافي لمراجعة بنود العقود المعروضة عليه من طرف المهني واستيعابها بسبب الوقت القصير الذي يمنحه إياه هذا الأخير قبل انتزاع توقيعه، فتدخل مباشرة في بعض أنواع العقود، ولاسيما التي لا غنى عنها للطرف المذعن عامة والمستهلك على الخصوص¹ ليمنحه آجالا إضافية قبل إبرام العقد النهائي².

المطلب الثاني: بيع الثنيا: أو شرط الرجوع عن العقد

الفقرة الأولى: ماهية بيع الثنيا: رخصة اتفاقية.

ينص الفصل 230 من ق.ل.ع على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، وأنها لا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا، أو في الحالات المنصوص عليها في القانون.

ومن ثم، فإن للعقد قوة ملزمة وأن الاتفاقيات المعقودة تحل محل القوانين بالنسبة لعاقديها. والمدين لا يمكنه التحلل من التزاماته إلا برضى وموافقة الدائن.

وتلك القاعدة تقول بها جل التشريعات المقارنة كالقانون المدني الفرنسي في المادة 1134 والمادة 147 من القانون المدني المصري، اللتين أقرتا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا وتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، فيكون تبعا لذلك لزاما على المتعاقدين والمحكمة احترام بنود العقد وشروطه بناء على مقتضيات الفصل 231 من ق.ل.ع الذي ينص على أن " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته.

غير أن هذه القاعدة لها استثناءات نذكر منها حق الرجوع أو العدول le droit de repentir وبيع الثنيا.

¹ - Férrier : Les dispensions d'ordre public visent préserver la réflexion des contrats. Dalloz 1980, chro. P.177/

² - Jean – Calais Auloy : Droit de consommation. Précis Dalloz 1980, n°183.

- العربي مياد، عقود الإذعان، ص298.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الرجوع أو العدول عن العقد لم ينظمه قانون الالتزامات والعقود المغربي وإنما له تطبيقات خارجة عنه نذكر منها الفصل 21 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 1972/12/29¹ والذي جاء فيه أنه " يسوغ للشخص المسلمة له القطعة أن يؤدي للدولة ثمن القطعة والعناصر اللازمة لاستغلالها وينجز هذا الرد طبق شروط التسلم والإسقاط المنصوص عليها في الفصل 20 ويثبت في عقد يبرم بين المتخلي ووزير الفلاحة والإصلاح الزراعي ووزير الداخلية ووزير المالية"².

ويعتبر بيع الثنيا من البيوع ذات الانتشار الواسع - منذ القدم - وذلك عندما يتفشى القحط وتتكاثر الديون مع انسداد باب القرض الحلال³، وعرف في مصر حسب الزرقاني بالبيع المعاد⁴، وفي المغرب بأقطاره ببيع الثنيا⁵، وبيع الوفاء عند الحنفية⁶.

وقد عرف الفصل 585 من ق.ل.ع، بيع الثنيا⁷ أو البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع بأنه العقد الذي بمقتضاه " يلتزم المشتري بعد تمام انعقاده بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن.

ويخضع بيع الثنيا لأحكام الفقه الإسلامي متى تعلق بعقار غير محفظ، أما إذا تعلق بعقار محفظ أو منقول فإنه يخضع لأحكام قانون الالتزامات والعقود.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 88/06/28 " لكن فلا محل للاستدلال لقانون الالتزامات والعقود ما دام أن الأمر يتعلق بعقارات غير محفظة

¹ - رقم 1.27.277 بمثابة قانون يتعلق بمنح الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص.

² - الفصل 2 من ق. 6.79 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للأماكن المعدة للإسكان أو الاستعمال يخول لكل مكثري الحق في التراجع عن أداء السومة الكرائية المتفق عليها في العقد داخل أجل 3 أشهر من إبرام العقد إذا ارتأى أن هذه السومة مبالغ فيها.

³ - محمد شيلح، مرجع سابق، ص 126.

⁴ - شرح الزرقاني، مرجع سابق، المجلد 3، ج 3، ص 87.

⁵ - ابن سلمون بهامش ابن فرحون، مرجع سابق، ج 1، ص 197 وما بعدها.

⁶ - الفصلان 118 و396 من المجلة العثمانية.

⁷ - للتعلم حول هذا البيع وطبيعته القانونية يراجع، إبراهيم قضا، بيع الثنيا في الفقه الإسلامي والقانون المغربي، رسالة لنيل الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، البيضاء، 1997.

تخضع لأحكام الفقه الإسلامي الذي لا يشترط لإقامة دعوى استرداد المبيع (بيع الثنيا) أن تكون مسبوقه بأي إنذار ولا يقيدھا بحصول هدم أو بناء " ¹.

وبيع الثنيا يسوغ أن يرد على الأشياء المنقولة والعقارية.

ولا يجب أن تتجاوز رخصة الاسترداد ثلاث سنوات، فإن اشترطت لمدة أطول من هذا القدر ردت إليه.

وإذا لم يباشر البائع حقه في الاسترداد في الأجل الذي حدده العاقدان، فقد حقه في استرجاع المبيع، أما إذا باشر البائع حقه في الاسترداد فإن الشيء المبيع يعتبر كأن لم يخرج عن ملكه أصلا.

ومن وجهة نظرنا فإننا نعتبر أن شرط استرداد المبيع يعتبر شرطا بالمفهوم الفني يكيف بمثابة شرط إرادي محض فاسخ.

الفقرة الثانية: ماهية حق الرجوع عن العقد: رخصة قانونية

وقد تطورت تطبيقات شرط الرجوع عن العقد (بيع الثنيا) في القانون المقارن لتصبح رخصة قانونية خاصة مع تنامي الظاهرة الاستهلاكية وما أفرزته من ردات فعل متنامية لجمعيات حماية المستهلكين التي نادت بحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد من الآثار السلبية لاستغلال المهنيين للشروط النموذجية نتيجة انتشار الشروط التعسفية التي غالبا ما لا يلتفت إليها وإلى آثارها السلبية على مصالحه الاقتصادية من العقد إلا بعد إبرامه، وذلك راجع بالأساس إلى عدم منحه الفرصة لمراجعة العقد واختيار الرجوع عنه أو تأكيده بعد دراسته.

ونتيجة لهذا الوضع المخالف لمبادئ العدالة وحسن النية بادر المشرع المغربي إلى استحداث حق الرجوع عن العقد لأول مرة بموجب مدونة التأمينات الجديدة.

¹ - مذكور: عند - أستاذنا محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مطبعة النجاح الجديدة، ط 2001/1، ص 111.
- عبد السلام حادوش، أوجه التشابه بين الثنيا والإقالة والرهن، نظرات في الفقه والقانون، عدد 4، ص 11.

وهكذا نظمت المادة 97 من مدونة التأمينات الجديدة، حق الرجوع في التأمين على الحياة بحيث جاء فيها أنه " إذا عرض على شخص بمنزله أو بمكان خاص أو عام اكتتاب عقد التأمين على الحياة وتم الاكتتاب أثناء تلك الزيارة وجب منحه أجلا لا يقل عن 15 يوما ابتداء من تاريخ اكتتاب العقد لكي يلغي هذا الالتزام ".¹

فرخصة الرجوع هي وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع لأحد المتعاقدين بأن يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا، فثمة عقد سبق تكونه وموقع من قبل الأطراف، لكن أحد الأطراف المستهلك سوف يستفيد من مهلة تفكير سوف يكون بوسعه الرجوع خلالها عن التزامه الذي سبق وأن وقع عليه¹.

إن رخصة السحب والإلغاء هي تقنية قانونية وشكلية حمائية استخدمها المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد عبر منحه مهلة للتفكير والتبصر والتروي قصد تكوين رضاء حر وكامل قبل اتخاذ القرار الملائم الحاسم بشأن الاستمرار في العملية التعاقدية أو العدول عنها.

فالهدف من رخصة الرجوع ليس فقط حماية المستهلكين من تعسفات وشطط المهنيين (الحماية ضد الغير) وإنما أيضا حماية ضد نفسه (الحماية ضد النفس) ضد أي رضاء متسرع وغير مدروس انطلاقا من الموازنة بين مصلحته الخاصة والمصلحة العامة في استقرار وتبات المعاملات التجارية².

لكن هل يمكن اعتبار رخصة الرجوع أو العدول عن العقد كمصدر قانوني للشرط بالمفهوم الفني؟ وهل يمكن اعتباره شرطا واقفا أم فاسخا؟ أم هو حالة من حالات الشرط الإرادي المحض الجائر قانونا؟

الحقيقة أن التعمق في الطبيعة القانونية لرخصة الرجوع عن العقد تسمح باعتبارها شرطا بالمفهوم الفني ذلك أنه رخصة قانونية تجد مصدرها في نص القانون وليست اتفاقية تعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع والذي هو موافقة أو رفض

¹ - أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية القاهرة، 1994، ص 83 وما بعدها.

² - للمزيد من التعمق، انظر محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون المناقسة والاستهلاك، كلية الحقوق بفاس، 2005 - 2006، ص 90. وانظر مقاله: حق المؤمن له في الرجوع عن عقد التأمين على الحياة بين الحاجة والفعالية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي عدد 1، أكتوبر 2007 ص 105.

المستهلك العقد بقصد تأكيد وجود الالتزام أو زواله، وإذا كان يصعب اعتبار رخصة الرجوع بمثابة شرط واقف أي تعليقه على موافقة المستهلك على العقد باعتباره أمر مستقبل وغير محقق الوقوع لأنه في إطار هذه الرخصة يتم تنفيذ العقد على خلاف العقود المعلقة على شرط واقف فهي غير قابلة للتنفيذ؛ فإن التكييف الذي نجزم بصحته هو اعتباره شرطاً إرادياً محضاً فاسخاً يترتب عن رفض المستهلك وممارسته لرخصة الرجوع اعتبار العقد كأن لم ينعقد أصلاً، وهو لا يستفيد منه إلا المستهلك أي طرف واحد في العقد.

ويمتاز هذا الحق بصفته التقديرية المحضة بحيث يخضع لتقدير المستفيد منه وليس عليه أي التزام بتبرير قراره بالعدول كما أن القاضي ليس عليه تحليل بواعث الفاعل للسحب الذي لا يمكن أن تقام مسؤوليته في ممارسة رخصة السحب.

الفرض الثاني: صور خاصة لبعض الأوضاع القانونية المرتبطة بفكرة التراضي

إذا كانت حالة التعليق تنتج عن إناطة الإرادة تصرفا قانونيا بما ينبثق عنه من آثار بتحقيق واقعة شرطية عرضية استكملت كل مقومات وجودها، فإن من البديهي أن يحاول بعض الفقهاء تشبيه هذه الحالة بأفكار وأنظمة أخرى مقارنة¹ مرتبطة بفكرة التراضي وهو ما يقتضي التعرض للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية (المبحث الأول) وأخيرا شرط المنع من التصرف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية²

يعتبر عقد البيع من العقود الفورية التنفيذ والتي تتعقد بمجرد تبادل التراضي بين البائع والمشتري، فتنقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن، وتلك هي القاعدة العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود طبقا للفصل 491 الذي جاء فيه "يكسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه".

غير أنه يمكن الاتفاق على تأخير نقل الملكية إلى حين أداء كامل الثمن ولو تم تسليم المبيع، وهو ما يعرف بالبيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط، إذ يحتفظ البائع بملكية المبيع إلى حين وفاء المشتري بجميع أقساط الثمن، وهذا هو الشرط المعروف باسم شرط الاحتفاظ بالملكية.

¹ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 289.

² - لا بد من الإشارة إلى أن هناك فرق بين البيع الائتماني والبيع بشرط الاحتفاظ بالملكية، فالأول ينعقد صحيحا مرتبا لآثاره كاملة غير محددة، أو تأخير تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين استهلاكه.

فالباع الائتماني يبيع صحيح والأصل فيه أنه منجز غير أنه يتضمن اتفاقا على تأجيل تنفيذ التزام أحد المتبايعين، وبذلك نكون أمام بيع ائتماني في كل حالة لا يترامن فيها تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه. فيكون البيع ائتمانيا بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشتري بسداد الثمن مؤجلا كله أو بعضه على الرغم من تسليم المبيع، ويكون البيع ائتمانيا بالنسبة للمشتري إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلا رغم سداد المشتري كامل الثمن أو بعضه.

- إبراهيم دسوقي أبو الليل: البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى. مطبوعات الكويت 1984، ص 17.

وهو بذلك يختلف عن البيع المعلق على شرط، هذا الأخير الذي يتوقف كلية، في وجوده وزواله، على تحقق الشرط أو تخلفه، أما البيع الائتماني فهو ليس بيعا شرطيا وإنما هو بيع عادي ينعقد باتا بمجرد اتفاق البائع والمشتري على المبيع وثمانه، أما في البيع المعلق على شرط واقف فإن وجود العقد نفسه يتوقف على تحقق الشرط، فإذا تخلف الشرط انمى البيع واعتبر كأن لم يكن منذ البداية.

ونمثل لذلك بما جاء في قرار محكمة النقض المصرية: "أنه متى كان البيع معلقا على شرط واقف هو رسو مزاد الأطنان الواردة به على البائع في جلسة المزايمة وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد في تلك الجلسة على شخص آخر غير البائع فإنه يترتب على ذلك عدم انعقاد البيع واعتباره كأن لم يكن. قرار 1962/1/11، مجموعة أحكام النقض س 13 ص 49.

- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 19.

ويعتبر البيع بالتقسيط من أهم تطبيقات البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، إذ يحتفظ البائع بالملكية ضمانا لاستيفاء كامل الثمن المؤجل، ذلك أن القواعد العامة المتعلقة بنقل ملكية المبيع ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، كالاتفاق على تأخير نقل الملكية إلى أجل محدد وإبقاء الملكية للبائع إلى حين سداد الثمن بكامله، ونكون أمام بيع ائتماني من البائع والمشتري، فالأول يأتمن المشتري على الثمن، والثاني يأتمن البائع على الملكية.

وقد نظم المشرع المصري أحكام البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية في المادة 430 من القانون المدني إذ جاء فيها:

" إذا كان البيع مؤجلا للثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية على المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منها تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224.

وإذا وفيت الأقساط جميعا، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع.

وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا ".
وأما الاجتهاد القضائي في فرنسا فقد تردد في قبول شرط الاحتفاظ بالملكية، فقبل سنة 1980 رفض الحكم بملكية البائع للشيء المبيع في حالة إفلاس المشتري، كما صرح بأن شرط الاحتفاظ بالملكية غير نافذ تجاه كتلة الدائنين¹.

غير أنه بصدور قانون 12 مايو 1980 تغير اتجاه القضاء الفرنسي من اعتبار مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية من مجرد قيد على حق الملكية إلى شرط احترازي

¹ - Cass. Civ., 20 mars et 22 octobre 1934 ; voir Françoise Perchon, La clause de réserve de propriété, in Colloque de l'Institut des Affaires d'Aix-en-provence, 17 et 18 Mai 1980, université de droit d'économie et des sciences d'Aix Marseille, faculté de Droit et Sciences Politiques, 1990, p. 35.

- منكور عند العربي مياد، ص 357.

يجعل البائع الذي لم يستوف الثمن كاملا في مأمن من حجز المبيع من طرف دائني المشتري المهني والمفلس.

أما على مستوى التشريع المغربي، فلا وجود لنص صريح في قانون الالتزامات والعقود ينظم هذه المسألة، وإنما هناك تنظيم لهذا النوع من البيوع على مستوى ظهير 17 يوليوز 1936 المتمم بظهيري 6 يوليوز 1953 و 22 أبريل 1957، والمتعلق ببيع السيارات بالطلق، إذ جاء في المادة 6 منه أنه فيما يرجع لبيع السيارات بالسلف حسب ما هو منصوص عليه في الفصلين 3 و 4، يحتفظ البائع بملكية المبيع وبتوابعه إلى نهاية أداء كامل ثمن البيع من طرف المشتري ولو أصبح المدين في حالة إفلاس أو عجز عن الوفاء بالديون، ولو كانت السيارة في حيازة أي كان¹.

كما نجد تطبيقا آخر للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية على مستوى مدونة التجارة في عقد الائتمان الإيجاري والمشهور بالإنجليزية ب: leasing أو بالفرنسية ب: crédit - bail، وفيه تقوم شركة مالية متخصصة ومرخص لها من طرف السيد وزير المالية، بشراء ما يحتاج إليه المستثمر والمقولة من معدات أو آلات أو أدوات النقل للأغراض المهنية، أو عقار في إسمها مشيد أو في طور التشييد، بعد اختيار المستفيد من هذه العملية للمورد، وما يحتاج إليه، والاتفاق في نفس الوقت مع هذا الأخير على كل المواصفات التي يرغب فيها وتاريخ التسليم².

وقد نظمت مدونة التجارة عقد الائتمان الإيجاري في المواد من 431 إلى 442 وعرفته المادة 431 بأنه " 1- كل عملية إكراء للسلع التجهيزية، أو المعدات، أو الآلات التي تمكن المكثري كيف ما كان تكييف تلك العمليات، من أن يمتلك في تاريخ يحدده مع المالك، كل أو بعض السلع المكراة لقاء ثمن متفق عليه، يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء (الائتمان الإيجاري للمنقولات).

¹ - وللاستفادة من هذه الضمانات يجب على البائع أو مؤسسة الائتمان التي تحل محله بسبب تمويلها لثمن الشراء وتحرير عقد البيع في محرر كتابي مع مراعاة مجموعة من البيانات وتقديم نسخة من هذا العقد رقيقة تصريح بالبيع إلى مركز تسجيل السيارات المختص وذلك عملا بالفصل 4 من الظهير أعلاه، ويسلم بالمركز للمشتري توصيل بالتصريح (الورقة الرمادية) يحمل اسم المشتري مع الإشارة إلى أن البيع تم وفق الفصل 6 أعلاه أو " البيع بالسلف " الأمر الذي يشكل ضمانا للبائع أو مؤسسة التمويل في مواجهة الأغيار.

² - محمد براءة اغزيول: عقد الائتمان الإيجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء، دار نشر المعرفة، الطبعة الأولى 1998، ص 13 و14.

وراجع أيضا: أحمد ادريوش، الكراء في المدونة الجديدة للتجارة، سلسلة المعرفة القانونية، الكتاب السادس، البوكيل للطباعة والنشر، ط 1998/1، ص 84.

- Zouhry Leïla, propos sur pratique du crédit - bail au Maroc, R.M.D.E, n° 94, 1994, P, 7 et 8.

2- كل عملية إكراء للعقارات المعدة لغرض معين ثم شراؤها من طرف

المالك.... " (الائتمان التجاري للعقارات).

وهو بذلك يبقى عقدا يخضع للقواعد العامة لإنشاء العقود، غير أنه يمر من مرحلة تمهيدية ترمي أساسا إلى التأكد من المركز المالي لصاحب المهنة الذي يرغب في إبرام عقد الائتمان الإيجاري، كما أن خصوصيته تجعل منه عقدا شكليا لا يصح إلا إذا تم التصريح فيه بالأسباب المفضية إلى الفسخ التلقائي للعقد (شروط الفسخ)، كالتوقف عن أداء قسط من الأكرية وبالشروط التي تسمح للمكثري بتجديد الكراء ومدة هذا التجديد، ومبلغ الكراء خلال المدة الجديدة.

وأما فيما يخص آثاره، فإن مؤسسة الائتمان المشتري تكون هي المالكة وتسلم المبيع للمستفيد أو المؤتمن المكثري، ويتم تحرير محضر التسليم ليبدأ سريان مدة الكراء، وكذا استيفاء كراء الشهر الأول، وبالتالي يصير المكثري المؤتمن حارسا لما تسلمه ومسؤولا عنه ولا يمكنه إعادة كرائه إلا بإذن من المؤسسة المالكة، فيمنع فيه الكراء من الباطن.

وعند انتهاء مدة الإيجار يبقى للمؤتمن المكثري خيارات ثلاثة:

1- إما إرجاع الشيء لمؤسسة الائتمان الإيجاري في شكل صالح للاستعمال

2- وإما شراء الشيء المكثري، وتملكه في نهاية مدة التأجير مقابل ثمن،

وغالبا ما يكون هذا الثمن الذي يقع الاتفاق عليه بعد انتهاء مدة الكراء يقل عن الثمن الفعلي، إذ تراعى فيه أقساط الكراء المؤداة وكذا القيمة المتبقية للألة¹.

3- وأخيرا يمكن للمكثري تجديد عقد الكراء لمدة لاحقة.

وبعد بسطنا لبعض أحكام المبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، نتساءل عن

طبيعته؟، ذلك أنه رغم شيوع هذا النوع من الشروط في أغلب القوانين المقارنة، فإن

تحديد طبيعته لا زالت مسألة لم تحسم بعد مع تعدد واختلاف صور العملية، ويمكن

حصر اتجاهات تحديد طبيعته بين اثنين : فكرتي الشرط والأجل.

¹ - أستاذنا محمد الكشور، الائتمان الإيجاري، مداخلة في ندوة " مدونة التجارة والمحاكم التجارية، أية آفاق، أسفي المحامون، عدد 6، 1998، ص 172.

المطلب الأول: طبيعة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية في التشريعات المقارنة:

الفقرة الأولى: موقف التشريع الفرنسي

بالرغم من أن قانون 12 ماي 1980 المعدل لقانون 13 يوليوز 1967 المتعلق نظم شرط الاحتفاظ بالملكية في عقود البيع، غير أن نطاق تطبيقه ليس بهذا الاتساع، فهو لا ينظم آثار الشرط فيما بين الأطراف، بل فقط بالنسبة للغير في إطار الإجراءات الجماعية للتسوية القضائية أو لتصفية الأموال.

والمشرع الفرنسي نص في المادة الأولى من نفس القانون، على وقف نقل الملكية إلى أن يتم الوفاء بكامل الثمن متبنياً بذلك نظرية الشرط الموقوف لنقل الملكية، دون تبيان الأساس الذي يستند إليه المشتري الذي لم يصبح مالكا بعد، في الاستعمال والتصرف في المبيع المحتفظ بملكيته¹.

الفقرة الثانية: موقف التشريع المصري.

فقد نصت المادة 430 من القانون المدني، الفقرة الأولى على أنه: " إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم التسليم "

فذهب البعض إلى أن البيع الذي تنظمه المادة 430 من القانون المدني المصري، غير بات، بل معلق على شرط واقف هو وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المحدد. وتنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف إلى المشتري ويحتفظ البائع بملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ. وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد، هو وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المحدد.

فإذا تحقق الشرط الواقف انتقلت الملكية بأثر رجعي إلى المشتري، وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ، وزالت ملكيته عن البائع بأثر رجعي أيضا².

¹ - Jacques (Ghestin): Réflexion d'un civiliste. op. cit. p. 3 - 5.

² - السنهوري، الجزء الثالث، ص 22.

وذهب اتجاه آخر في الفقه المصري إلى القول بأن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ينعقد باتا، لا موقوفا على شرط، لصراحة الفقرة الأولى من المادة 430، وغاية الأمر أن الثمن فيه يكون مؤجلا وأن انتقال الملكية يكون موقوفا على وفاء الثمن، أما باقي التزامات البائع والمشتري فإنها تكون منجزة طالما لم ينص العقد على غير ذلك¹.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من طبيعة الشرط.

الفقرة الأولى: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية: بيع مضاف إلى أجل واقف

يذهب فريق من الفقه إلى اعتبار البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعا مضافا إلى أجل واقف، إذ يتفق الأطراف على تأخير تنفيذ العقد لحين حلول الأجل، وهو الموعد المحدد لدفع الثمن. وبحلول هذا الموعد يتم الوفاء بكامل الثمن. فتنقل الملكية من البائع إلى المشتري ابتداء من هذا الوقت بدون أي أثر رجعي، بعكس لو كيف هذا البيع على أنه بيع معلق على شرط واقف.

وكننتيجة لاعتبار البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعا مضافا إلى أجل واقف، فإن المبيع يظل ضمن عناصر الذمة المالية للبائع إلى حين حلول الأجل ودفع الثمن، ويتحمل البائع بذلك تبعة هلاكه خلال هذه الفترة سواء تم تسليمه للمشتري أم لا، ما لم يوجد اتفاق مخالف لذلك.

ويعاب على هذا الاتجاه أن اعتبار دفع الثمن واقعة غير مؤكدة، فملاءة الذمة المالية للمشتري في البيع الائتماني أمر غير يقيني وصعب التقدير.

غير أن أنصار هذا الاتجاه يردون على ذلك بأنه إذا كانت الصفة غير المؤكدة الوقوع هي معيار التمييز بين الشرط والأجل، فإنه ينبغي تحديد مدلول ذلك المبدأ، حيث ينبغي لوجود الشرط أن تكون الواقعة غير مؤكدة من الناحية الموضوعية. فموت شخص معين لا يعد شرطا لأنه أمر مؤكد حتى ولو كان التاريخ

¹ - سليمان مرقس: عقد البيع، القاهرة، 1990، ص 11.

غير مؤكد. ومن ثمة فهو أجل مؤكد ولا يكفي عدم يقين حدوث الواقعة موضوعيا بل ينبغي ألا يأخذ الأفراد هذا الحدث على أنه مؤكد¹.

ويخلص أنصار هذه النظرية إلى أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو مجرد أجل يترتب عليه وفقا للصيغة المستعملة في الغالب سواء من الناحية العملية أو من جانب القضاء، وقف نقل الملكية إلى حين دفع كامل الثمن.

الفقرة الثانية: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية: بيع معلق على شرط

واقف

مفاد هذه النظرية أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف² يتمثل في وفاء المشتري بالثمن. فشرط الوفاء بالثمن هو شرط واقف يرتبط بتحقيقه وجود البيع ذاته ولا يعقد البيع قبل الوفاء وبالتالي يبقى البائع مالكا للمبيع، ولا تنتقل الملكية قبل الوفاء بكامل الثمن³.

غير أن دفع المشتري للثمن يجعله مالكا للبضاعة بأثر رجعي أي منذ إبرام العقد، وهو الذي كان قبل تحقق الشرط مجرد صاحب حق احتمالي أو شرطي.

ويكون للبائع حسب هذه النظرية الحق في التصرف في المبيع خلال مرحلة التعليق أي خلال الفترة المحددة لدفع الثمن، وبالتالي يترتب على الوفاء إبقاء العقد وترتيب آثاره بأثر رجعي أي منذ إبرامه معلقا على شرط.

ويصبح المشتري مالكا للمبيع منذ ذلك الحين ويسأل البائع عن تبديد المبيع قبل تحقق الشرط⁴.

كما أنه وحسب هذا الاتجاه فإن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع في مرحلة التعليق لأنه لا يلتزم بتسليمه إلا بعد تحقق الشرط.

¹ - Jacques (Ghestin), Bernard (Deshé) : Traité des contrats : la vente. L.G.D.J France, 1990, p 662.

² - وعلى هدي هذا الاتجاه يسير القضاء الفرنسي ونمثل لذلك بقرار صادر عن المحكمة التجارية بنانتز بتاريخ 1994/12/16 حيث جاء فيه إن شرط الاحتفاظ بالملكية يعتبر شكلا من أشكال الشرط الفاسخ.

Pet. Aff. 4 Août 1994, p 19, note C. Cutajar - Rivière.

³ - Derrida (F) : La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives. Recueil Dalloz Siery, 1980.1. 293.

⁴ - السنهوري، الجزء 3، فقرة 30.

الفقرة الثالثة: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية: بيع معلق على شرط

فاسخ

يكيف أنصار هذا الاتجاه البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، أنه بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن في الميعاد المنقذ عليه في العقد. فالمشتري وإن كان يمتلك المبيع ملكية تامة فإن حقه هذا يكون مهددا بالزوال وبالتالي يتصرف فيه على أساس هذا الوصف. فإذا لم يف المشتري بالثمن في الميعاد المحدد يتحقق الشرط الفاسخ ويزول البيع بأثر رجعي بقوة القانون دون حاجة إلى حكم أو إعدار. وتعود ملكية المبيع إلى البائع بأثر رجعي بمجرد التخلف عن الوفاء بالثمن¹.

الفقرة الرابعة: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية: بيع مقترن بشرط فاسخ

صريح

يخلص هذا الجانب من الفقه إلى أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع بات يقترن بشرط فاسخ صريح يحتفظ به البائع كشرط جزائي يتمكن عن طريقه من فسخ العقد في حالة إخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن، أي أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو في حقيقته شرط فاسخ صريح.

ويختلف هنا الشرط كجزاء يوقعه البائع على المشتري المتعاس عن تنفيذ التزامه عن الشرط الفاسخ كوصف يعلق عليه البيع، فإذا تحقق هذا الأخير كان مصير عقد البيع الزوال بأثر رجعي بقوة القانون دون تدخل إرادة الأطراف في ذلك، أما الشرط الأول فيتوقف إعماله على إرادة الدائن به أي البائع.

غير أن هذا القول الأخير يختلف وروح الشرط، لأنه لا يحفظ الملكية بل ينقلها للمشتري، وفي حالة الفسخ يعيد نقلها للبائع.

ومن المهم الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن شرط الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن يتعلق فقط بنقل الملكية وبالتالي نكون أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس لتكوين العقد.

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 200.

وتبينت هذا الاتجاه في ما يعرف بقضية (Affaire Macarose) بتاريخ 21 نونبر 1979، إذ أن شركة اقتنت من شركة أخرى مجموعة من معدات واحتفظت الشركة الموردة بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن، وتم تسليم كل المعدات، وقبل الانتهاء من تركيبها شب حريق لدى الشركة المشتريّة، قضى على البضاعة بأنّماها. فطلبت الشركة الموردة الجزء المتبقى من الثمن غير أن الشركة المشتريّة رفضت الدفع وطلبت استرداد الفرق بين الجزء المدفوع من الثمن ومبلغ التعويض الذي تقاضته من المؤمن.

فعرض الأمر على محكمة استراسبورج التي قضت طبقاً لنصوص العقد، بتحميل المشتري المخاطر والتزامه بدفع الثمن، فأيدت محكمة الاستئناف " كولمار " الحكم استناداً إلى أن البيع معلق على شرط فاسخ، ومن ثم فإن المشتري كان مالكا للبضاعة وقت هلاكها ويتحمل بالتالي تبعه المخاطر، ويلتزم بدفع كل الثمن وفوائده. فنقضت محكمة النقض الحكم مقررّة أن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس شرطاً فاسخاً، وإنما هو شرط واقف¹.

المبحث الثاني: الشرط المانع من التصرف

يعرف الشرط المانع من التصرف بأنه شرط متفق عليه بين طرفي العقد بموجبه يمنع الدائن المدين من التصرف مؤقتاً في الشيء محل العقد، حماية لمصلحة خاصة مشروعة. والعلة من حظر الشرط المؤبد المانع من التصرف يتمثل في كونه يشكل مساساً بالحق في الملكية الذي يخول لصاحبه حق الاستعمال والاستغلال

¹ - انظر القرار بتفصيل عند محمد حسين منصور: شرط الاحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 308 وما بعدها.

والتصرف، كما أن أي تقييد مطلق لحق الملكية يفقد هذا العقد وجوده ومداه ويجعله باطلا بطلانا مطلقا.

ومن المحبذ الإشارة إلى أن الشروط الإرادية المانعة من التصرف تجد أساسها في العقد أو الإرادة المنفردة وهي بذلك تختلف عن القيود القانونية المؤقتة المانعة من التصرف.

وهكذا نص الفصل 972 من ق.ل.ع على " أنه لا يجوز للشريك القيام بأعمال التصرف إلا بموافقة جميع الشركاء " كما نصت المادة 453 من ق.م.م " أن كل تصرف في الشيء المحجوز مع وجود الحجز يقع باطلا ".

والملاحظ أن المشرع المغربي لم ينظم الشرط المانع من التصرف صراحة مما يجعله خاضعا لأحكام القواعد العامة لنظرية العقد.

ويعتبر هذا الشرط مشروعاً متى كان مبنياً على سبب مشروع، أي أن يكون المراد من المنع حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو إلى الغير ومقصوراً على مدة معقولة.

والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو

الغير.

ولقد أقر القضاء المغربي بصحة الشرط المانع من التصرف وهكذا جاء في قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 28 يوليوز 1982 أن " الشرط المانع من التصرف الوارد في العقد الذي بمقتضاه منحت للشخص قطعة أرضية من طرف الدولة لبناء مسكن عليها أثر نسبي لا يتعدى حدود الطرفين".¹

المطلب الأول: شروط صحة الشرط المانع من التصرف

إن كلا من المشرعين الفرنسي والمصري جعلاً لصحة هذا الشرط توافر

عنصرين أساسيين وهما:

¹ - قرار عدد 527 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31، ص 52.

- 1- وجود مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف له أو الغير.
- 2- وضع حد زمني لصحة الشرط أو ما يعبر عنه بالمدة المعقولة.
وهكذا نصت المادة 823 من القانون المدني المصري على أنه " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة.
- 3- ويكون الباعث مشروعا متى كان القصد من المنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو لغيره.
- 4- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو لغيره.

الفقرة الأولى: الباعث المشروع:

ويتمثل الباعث المشروع في وجود مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير¹.

1- مصلحة مشروعة للمتصرف:

قد تكون هناك مصلحة مشروعة للمتصرف يريد حمايتها عن طريق الشرط المانع من التصرف، مثال ذلك أن يكون المتصرف قد وهب منزلا لأحد من ذويه واشترط لنفسه حق الانتفاع أو حق السكن طول حياته ولا يريد أن تكون له علاقة في شأن حقه هذا إلا مع من تصرف له، فيعمد إلى تضمين هبته شرطا مانعا من التصرف في المنزل يصبح المتصرف له غير جائز له التصرف في المنزل طول حياة الواهب.

2- مصلحة مشروعة للمتصرف له: وتتحقق حماية هذه المصلحة فيما إذا

وهب شخص أو أوصى لآخر بعقار ولما كان يعرف أن المتبرع له سيئ التدبير أو

¹ - ويتضح أن الاتفاق على الشرط المانع من التصرف يكون صحيحا في البيع الائتماني مؤجل الثمن، حيث لا شك في مشروعية الباعث ألا وهو ضمان استيفاء الثمن وحث المشتري على الوفاء به، ولا شك أيضا في أن هذه المدة تكون معقولة لأنها تمثل فترة الوفاء بالأقساط الموجلة، انظر محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 95.

تتقصه الخبرة والتجربة ويخشى عليه أن يضيع منه العقار المتبرع له به، فيعتمد إلى تضمين تبرعه شرطا بعدم جواز التصرف في هذا العقار.

3- مصلحة مشروعة للغير: وقد تكون المصلحة المشروعة خاصة بأجنبي

كأن يهب شخص عقارا لآخر ويشترط عليه أن يرتب إيرادا لأجنبي طول حياته ويشترط في الوقت ذاته ألا يتصرف في العقار الموهوب، ما دام صاحب الإيراد حيا حتى يكفل له ضمانا لإيراده، فإذا كان الشرط المانع ليس له باعث مشروع، ولم تكن هناك مصلحة مشروعة تتراد حمايتها به لا للمتصرف ولا للمتصرف له ولا للغير، كان شرط المنع باطلا¹.

الفقرة الثانية: المدة المعقولة:

ويعتبر معيار معقولية المدة هو الفاصل بين الشرط المانع المؤبد الذي يقع باطلا بقوة القانون، وبين الشرط المانع من التصرف المؤقت الذي يقع صحيحا قانونا.

وإذا كانت بعض القوانين المقارنة قد اعتمدت معيار المصلحة المشروعة للمتصرف أو للمتصرف له أو للغير لصحة الشرط فقد استلزم ذلك اعتبار الشرط المانع مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير هو المعتمد لتقدير المهلة المعقولة التي يتجاوزها يرتد الشرط المؤقت شرطا مؤبدا دائما ويسقط في جزاء البطلان.

فالشرط المانع من التصرف لا يكون صحيحا إلا إذا كان مؤقتا ومبررا بمصلحة معقولة ومشروعة² وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر

¹ - عيد الرزاق السنهوري، مرجع سابق المجلد الثامن ص 510 وما يليها.
وفي نفس الاتجاه جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1968/6/27 " إن شرط المنع من التصرف يصح إذا بني على باعث مشروع واقتصر على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع عن التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير وتقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايتها ومدى معقولية المدة المحددة كسريانه يدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك ". مذكور عند أنور طلبة الوسيط في القانون المدني الجزء 5 المكتب الجامعي الحديث، طبعة 2001 ص 59

² - وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 2002/1/8 ما يلي:

Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime.

A violé l'art. 900 - 1 C. civ. La cour d'appel qui pour décider qu'une clause insérée dans un acte de donation ne remplissait pas la première de ces conditions, a retenu qu'elle interdisait toute aliénation pendant toute la vie de l'une ou l'autre des gratifiées, alors que la clause de tontine, prenant fin au décès du prémourant, a, par la-même, un caractère temporaire.

بتاريخ 24 مارس 1973 " إن البطلان المقرر بالمادة 824 من القانون المدني لمخالفة الشرط المانع من التصرف وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليس بطلانا مطلقا بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ومن ثم يتحتم قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمنع على المحكمة الحكم بها من تلقاء نفسها " ¹.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على قيام الشرط المانع من التصرف

يترتب عن صحة الشرط المانع من التصرف بشروطه أعلاه، غل يد المدين به عن التصرف في الشيء موضوع الحق طول المدة المحددة في الشرط المانع بحيث لا يجوز له أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات.

لكن يترتب عن مخالفة الشرط المانع من التصرف إبطال كل تصرف مخالف له بناء على طلب من له مصلحة ولا عبرة بحسن أو سوء نية من تلقى التصرف المخالف للشرط المانع، ويمنع على المحكمة إثارة هذا البطلان من تلقاء نفسها.

ولا يسوغ للمدين بالشرط أن يحتج به في مواجهة الغير أي من لم يكن طرفا فيه، وهكذا جاء في قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1982/7/28 " إن الشرط المانع من التصرف الوارد في العقد الذي بمقتضاه منحت للشخص قطعة أرضية من طرف الدولة لبناء مسكن عليها أثر نسبي لا يتعدى حدود طرفيه ولا يجوز للشخص الذي قام ببيع هذه القطعة الأرضية بالشرط المذكور أن يحتج به ضد المشتري فيبقى العقد صحيحا ما دام أن الإدارة لم تستعمل حقها في إبطاله " ².

ولا يكون الشرط المانع حجة على الغير بالنسبة للحقوق العينية إلا من تاريخ التسجيل، وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1978/6/28 "

A de même privé sa décision de base légale la Cour d'appel qui, pour décider que la clause litigieuse ne remplissait pas la seconde condition de validité prévue par ce texte, a retenu qu'elle pourrait avoir pour effet d'éviter que les créanciers des donataires ne puissent obtenir paiement de leurs dettes, en se déterminant ainsi au regard des effets de la clause, sans rechercher si elle n'était pas justifiée par un intérêt sérieux et légitime, Gaz, palais, Mercredi 10 jeudi 11 Avril 2002, p 25.

¹ - مذكور عند إبراهيم سيد أحمد، الشرط المانع من التصرف فيها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، الطبعة الأولى 2004، ص 55.

² - قرار عدد 725 - منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31، ص 52.

إن الشرط الذي يمنع المشتري من التصرف في العين المشتراة إلا بعد سداد ثمنها كاملاً لا ينفذ في حق الغير الذي تلقى العين مثقلة بهذا الشرط فيذكر في تسجيل التصرف الأصلي ما ورد في التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع ولا يكون الشرط المانع حجة على الغير إلا من تاريخ تسجيله¹.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف.

يتبين لنا من خلال عرض شروط صحة الشرط المانع من التصرف وآثاره، أن هذا الأخير لا يمكن اعتباره بتاتا وصفا للالتزام، لأنه غير معلق على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وإنما هو مجرد بند عقدي يقترن ببعض التصرفات المعينة، كما يختلف عنه من حيث الأثر خاصة ما تعلق بجزء البطلان ورجعية الشرط.

والشرط المانع من التصرف يمكن أن يكون مصدره نص القانون كالشرط المانع من التصرف الوارد في رخصة الاستفادة من رخص استغلال سيارة الأجرة. فالقانون ينص على أنها غير قابلة للتصرف فيها بالتفويت أو غيره. ولكن متى تم تفويتها للغير فلا يمكن أن يحتج بهذا البطلان على هذا الأخير على ما استقر عليه القضاء المغربي من أنه لا يجوز إطلاقا لصاحب الرخصة البائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أنه ممنوع من التصرف فيها بالبيع ذلك أنه لا يجوز للشخص أن يستفيد من خطئه.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2002/1/3: "الدفع ببطلان عقد

كراء رخصة استغلال سيارة أجرة لمخالفته لمقتضيات الفصل الثاني من ظهير 1963/12/24 المعدل بظهير 1973/2/20 لا يرتكز على أساس لانعدام صفة المتمسك

¹ - مذكور عند إبراهيم سيد أحمد، مرجع سابق، ص 55.

به ما دام أن الجهة المسلمة للرخصة هي التي تملك الحق في التمسك بمقتضيات
الفصل المذكور¹.

الباب الثاني

إعمال الشرط وأثره نحو الخط

من مبدأ قانون العقد

إذا كنا قد خلصنا في القسم الأول إلى أن الشرط في حقيقته هو وصف للإرادة أو الرضا بصورة مطلقة، وإن كان التطبيق العملي في الواقع للشرط أن يتم تعليق العقد برمته، فإن هذه النتيجة لن تتأكد وتبرز معالمها إلا بعد بحث آثار العقد المعلق على شرط خلال مرحلة التعليق وما بعد التعليق، وذلك من خلال دراسة الأثر الرجعي للشرط الأمر الذي لن يتأتى إلا بعد بسط لتقسيمات الشرط إلى شرط واقف وآخر فاسخ.

وتبرز أهمية فكرة الشرط كوصف للالتزام من خلال الحدود التشريعية والقضائية لهذا النظام، والتي تضمن فعاليتها عن طريق الحد من إطلاقه، ذلك أنه إذا كان الدائن بالشرط يرمي إلى المحافظة على مصالحه، وخاصة إذا كان هو الطرف الضعيف في العقد، فإن التطبيق العملي لإيراد الشرط في العقود خلق واقعا جديدا يتمثل في انتشار ظاهرة الشروط التعسفية في العقود والتي تخل بالتوازن العقدي، مما استدعى التفكير في معالجة هذه الظاهرة، عن طريق تدخل المشرع بتضمين هذه العقود مجموعة من القواعد الأمرة، وذلك في إطار حماية الطرف الضعيف.

وإذا كان المشرع يرمي من خلال نظام الشرط إلى الاستجابة إلى حاجات الأفراد المستمرة والمتجددة بملاءمة مصالحهم الاقتصادية مع العمليات التعاقدية والتي تقتضي تعليق العقود، فإنه لم يغفل وضع حدود قانونية تمنع تعليق مجموعة من العقود والالتزامات على بعض الشروط، وذلك إما لمنع تعسف الطرف القوي في العقد أو حماية قواعد النظام العام والآداب العامة.

ونظرا لأهمية هذه الحدود التشريعية التي تضيف على نظام الشرط مرونة وفاعلية أكبر، فقد سعى القضاء سواء منه المقارن أو المغربي إلى تعميق هذه الحماية خاصة في مرحلة تنفيذ العقد أو انقضائه بمواجهة مختلف صور الاشتراطات التعسفية وتقرير بطلانها انطلاقا من مبدأ الموازنة بين حرية الإرادة وحماية التوازن العقدي. وهو ما ساهم في تشديد نظرية الشرط عن طريق إضافة خاصية جديدة لمشروعيتها وهي ألا يكون تعسفيا.

وتستوجب دراسة مظاهر إعمال الشرط وأثره نحو الحد من مبدأ قانون العقد

تقسيم هذا الباب إلى فصلين على الشكل التالي:

الفصل الأول: آثار الشرط ودلالاته على طبيعته الحقيقية.

الفصل الثاني: حدود إعمال الشرط.

الفصل الأول:

آثار الشرط ودلالاته
على طبيعته الحقيقية

من الطبيعي أن تختلف آثار تعليق الشرط تبعا لخيار الإرادة فيما إذا كان شرطا واقفا أو فاسخا، فمرحلة الترقب والشك التي يمر منها الشرط قبل تقرير وجوده أو زواله، تستلزم منا معالجة ودراسة حقوق الدائن والتزامات المدين خلال مرحلة التعليق (الفرع الأول) وبعد انتهاء مرحلة التعليق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار الالتزام المعلق على شرط خلال مرحلة التعليق

إن آثار الشرط تختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بشرط واقف أو فاسخ، لذلك فإن بوابة آثار الشرط هي التمييز بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ (المبحث الأول) وآثار الشرط الواقف (المبحث الثاني) وأخيرا آثار الشرط الفاسخ (المبحث الثالث).

المبحث الأول: نطاق الشرط الواقف والشرط الفاسخ

إن بحث نطاق الشرط الواقف والفاسخ يتطلب تحديد ماهيتهما (المطلب الأول) وصور تحقق الشرط أو تخلفه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الشرط الواقف والشرط الفاسخ

1- الشرط الواقف هو الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا تخلف لا ينفذ الالتزام.

وإذا كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة فيكون الالتزام في فترة التعليق حقا مكتسبا وليس مجرد أمل ولكنه حق مؤكد¹.

ومثاله أن يعد الأب ابنه بجائزة إذا حصل على درجة الاستحقاق في الوظيفة المهنية، وكأن يتفق تاجر على أن يبيع لتاجر آخر أسهم مالية حين شرائه مشروعا تجاريا معينا.

¹ - نقض مصري صادر بتاريخ 1978/1/18، مذكور عند أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 102.

2- **الشرط الفاسخ** هو الذي يتوقف على تحققه زوال الالتزام، فإذا تحقق زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن، وإذا تخلف أصبح الالتزام باتاً¹، ومثاله أن يوافق الدائن على تقسيط دينه شرط أن يدفع المدين هذه الأقساط كل قسط بميعاده وإلا استحق الدين بكامله، فالشرط في هذا المثال فاسخ لأن تقسيط الدين أنتج أثره فور تسلم المدين المال المقرض له، غير أن تقسيط الدين يزول ويستحق الدائن الدين بأكمله دفعة واحدة إذا تأخر المدين في دفع قسط من الأقساط في ميعاده لذلك كان الشرط هنا فاسخاً.

المطلب الثاني: صور تحقق الشرط أو تخلفه

إذا كان الشرط أمراً غير محقق الوقوع فيجب بحث صور تحققه أو تخلفه قبل الحديث عن آثاره.

- **الصورة الأولى: الالتزام المعلق على شرط حصول أمر في وقت محدد:**

ينص الفصل 117 من ق.ل.ع على أنه " إذا علق التزام على شرط حصول أمر في وقت محدد، اعتبر هذا الشرط متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع الأمر"، فالالتزام في هذه الحالة ارتبط بأجل مسمى وهو التزام قائم، ويتحقق الشرط إذا حصل الأمر في الوقت المحدد، أما إذا انتهى الأجل دون أن يحصل الأمر فإن الشرط يتخلف.

وإذا لم يحدد للالتزام أي أجل، فإن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية لها تحديد الأجل لمن تقرر لمصلحته الشرط، وإذا لم يرتبط الالتزام بأي أجل وأمكن أن يتحقق شرط في أي وقت، فلا يعتبر الشرط متخلفاً، إلا إذا تأكد عدم وقوع الأمر المعلق عليه².

¹ - وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1978/4/15: " لما كان الالتزام قبل تحقق الشرط الفاسخ هو أمر مستقبل غير محقق يترتب عليه زوال الالتزام المعلق على هذا الشرط فهو قائم ونافذ خلال فترة التعليق ولكنه مهدد بخطر الزوال". مذكور عند أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 104.

² - وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1976/3/31: " من القواعد العامة للأوصاف المعدلة لأثار الالتزام أنه إذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر في وقت معين فإن الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكداً عدم وقوع الأمر، قد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمراً يبلغ حد اليقين وتقدير ذلك بأدلة تبرره عقلاً مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع". - أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 105.

- **الصورة الثانية:** الالتزام المعلق على شرط عدم وقوع أمر في وقت محدد

جاء في الفصل 118 من ق.ل.ع أنه " إذا علق التزام مشروع على شرط عدم وقوع أمر في وقت محدد، فإن هذا الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت من غير أن يقع"، وهو يتحقق كذلك إذا أصبح قبل فوات الأجل، مؤكداً أن الأمر لن يقع، وإذا لم يحدد أي أجل فلا يتحقق الشرط إلا إذا أصبح مؤكداً أن الأمر لن يقع.

*** الحالة الأولى:** تحديد أجل لعدم حدوث الأمر:

إذا ارتبط الالتزام بعدم حدوث أمر معين، فإن الشرط يتحقق إذا انصرم الأجل دون أن يقع الأمر المعلق، وبالمثل يتحقق الشرط إذا أصبح مؤكداً قبل انصرام الأجل أنه لن يقع.

*** الحالة الثانية:** عدم تحديد الأجل لعدم حدوث الأمر:

في هذه الحالة إذا لم يحدد أجل لعدم حدوث الأمر فإن الشرط لا يعتبر متحققاً إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع.

*** الحالة الثالثة:** حالة توقف الشرط على مشاركة الغير أو إجراء عمل من

الدائن:

وهي التي تعرض لها الفصل 119 من ق.ل.ع والذي جاء فيه "أن الشرط الذي يتطلب لتحقيقه مشاركة الغير أو إجراء عمل من الدائن يعتبر متخلفاً إذا رفض الغير مشاركته، أو إذا لم يقم الدائن بالعمل المقصود ولو كان المانع راجعاً لسبب لا دخل لإرادته فيه".

*** الحالة الرابعة:** حالة قيام الشرط أو تخلفه إذا حصل بتدليس:

فإذا كان تحقق الشرط نتيجة تدليس ممن له مصلحة فيه، فإن الشرط لا ينتج أي أثر. والشرط يعتبر متحققاً إذا حال المدين بالالتزام تحت الشرط دون تحققه. وقد أشار الفصل 122 من ق.ل.ع لهذه الحالة حيث جاء فيه: " يعتبر الشرط متحققاً إذا

حال من غير حق المدين الملتزم على شرط دون تحققه أو كان مماطلا في العمل على تحققه¹.

وجاء في الفصل 123 من ق.ل.ع أيضا أنه " إذا تحقق الشرط لا ينتج أي أثر، إذا حصل بتدليس ممن كانت له فيه مصلحة "

وهكذا إذا تعمد البائع تحقق الشرط الفاسخ لا ينتج أي أثر على عقد البيع إذا حصل بتدليس لمن كانت له فيه مصلحة. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2001/11/21: "... حيث تبين صحة ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك أن ثبت من خلال عقد البيع المبرم بين الطرفين بتاريخ 1996/3/13 أن نص في البند الثاني منه على أن المطلوب (إ.خ) سيسهر باهتمام وتعجيل على إنجاز رسم عقاري للقطعة الأرضية موضوع النزاع في أقرب الآجال كما نص في البند الخامس منه على أنه إذا لم ينجز الرسم العقاري المتعلق بهذه القطعة موضوع مطلب في أجل معقول لسبب كيفما كان يلتزم السيد (إ.خ) من الآن فصاعدا اعتبار هذا الاتفاق باطلا وكان لم يكن، وبالرجوع إلى قرار المحافظ بإلغاء التحفيظ نجده معللا بعدم إتمام الطالب إجراءات التحفيظ، وأن هذا هو سبب عدم تحقق الشرط الذي يرجع إلى أن المطلوب ضده البائع تعمد حصول الشرط لكونه تقاعس عن مواصلة إجراءات التحفيظ المنصوص عليه في قرار المحافظ، كما أنه قرار غير نهائي، فيمكن لطالب التحفيظ أن يقدم طلبه من جديد لتحفيظ عقار النزاع ملما يجعل القرار المطعون فيه خرق مقتضيات الفصلين 117 - 123 المحتج بهما، لذلك وجب نقضه².

فالشرط يعتبر كأن لم يكن، ولا يلزم الملتزم بشيء، إذا كان صاحب المصلحة قد ارتكب غشا، كما لو عمد المؤمن له في التأمين على البضاعة إلى إتلافها بقصد منه للحصول على التعويض من الشركة المؤمنة، فالشرط يعتبر متحققا رغم انقضاء ذلك في الواقع، إذا كان ذلك يعود لمن له مصلحة، فمثلا لو توسط سمسار لبائع عقار بثمن يرغب فيه، ووجد السمسار المشتري بالثمن المرغوب فيه من طرف البائع، غير

¹ - يقارن هذا الفصل بالفصل 141 ق.ل.ع.

² - مجلة البحوث، عدد 2، السنة 2، يونيو 2003، ص 95 وما بعدها.

أن هذا الأخير أخذ يتماطل أو أهمل إتمام الصفقة، فإن الشرط يعتبر متحققا حكما، ويستحق السمسار رغم انتفائه في الواقع عمولته. ويعود أمر تقدير تحقق الشرط من عدمه إلى محكمة الموضوع التي لا رقابة عليها من المجلس الأعلى باعتباره من أمور الواقع.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس صادر بتاريخ 25 مارس 1999 أنه " لما كان عقد الوعد بالبيع قد أبرم معلقا على شرط واقف هو حصول المشتري على القرض. ولما كان هذا الأخير لم يدل بأسماء الأبنك المقدم إليها طلب القرض ولا لخصائص ونوع القرض المطلوب فإنه يكون بفعله هذا أحال دون تحقق الشرط ¹ فالمحكمة هنا تراقب مدى جدية المدين في تحقيق الشرط أي مدى عنايته من خلال التصرفات والأعمال التي قام بها في سبيل تحققه أو عدم تحققه ² من خلال مراقبة مدى وجود إهمال أو تقصير شخصي نابع من إرادة المدين.

وقد رتب المشرع الفرنسي (ف 1178) وكذا المغربي (ف 122 ق.ل.ع) كجزاء على تقصير وإهمال المدين اعتبار الشرط متحققا معاملة له بنقيض قصده. لكن يعتبر التزام المدين بتحقق الشرط طالما أنه يستلزم مشاركة الغير التزاما ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، فوفقا لهذا المنظور اعتبر القضاء الفرنسي متخلفا الشرط الواقف المتعلق بالحصول على القرض، إذا رفضت المؤسسة المقرضة منح القرض نتيجة عدم توفير الضمانات اللازمة ³ أو أن أقساط تسديد القرض لا تتناسب

¹ - Gazette du Palais n° 245 Mercredi 1 jeudi 2 Septembre 1999, p 24.

كما جاء في قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 2002/5/7 ماي:

« Il appartient à l'acquéreur, bénéficiaire d'une promesse de vente sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt, de démontrer qu'il a bien sollicité un prêt conforme aux caractéristiques définies dans la promesse de vente et faute d'avoir demandé l'octroi d'un tel prêt, la condition suspensive doit être réputée accomplie par application de l'art. 1178 C. civ. ayant relevé que les acheteurs ne produisaient pas les demandes de prêt faites aux établissements de crédit, mais, outre des documents qui ne donnaient pas une vision exacte de leurs revenus à la date de la promesse comme s'appliquant à une période où seul le mari travaillait, des attestations des établissements bancaires qui avaient rejeté leurs demandes de crédit, ce qui ne permettait pas de connaître les éléments d'information qu'ils avaient communiqués à ces établissements et qui étaient à l'origine du rejet des demandes, c'est à bon droit, et sans inverser la charge de la preuve, que la Cour d'appel a jugé que l'art. 312-16 C. consom. Ne pouvant recevoir application dès lors que la condition résolutoire était réputée accomplie ». Gazette du Palais Mercredi 14 Jeudi 15 Aout 2002 p. 28, dans le même sens voir C. cass, 1^{ère} Civ 13/2/2001, Gaz. Pal, Mercredi 27 Jeudi 28 Juin 2001.

² - C. Paris, 5^e cha B 25 Mars 1999 note Henri Vrag, op. cit, P 24.

³ - C. Versailles 13 Octobre 1998 (D 1989, I, R 291). C. paris 25 Juin 1993 (JCP 1994 / P 228) cass. Com. 31 Janvier 1989 (JCP 1989. 21.382 note J.Dagorn, Labbé.

مع الوضع المالي للمدين¹ أو رفض أحد أعضاء الأسرة تقديم كفالة لضمان القرض² لكنه في المقابل اعتبر الشرط متحققا في حالة قيام المشتري بطلب قرض يفوق بكثير ثمن المبيع³ أو أن المشتري تقدم لأجل الحصول على قرض لمؤسسة بنكية وحيدة رغم أنه كان من الممكن أن يتعاقد مع عدة مؤسسات أخرى⁴.

وفي إطار الرقابة على تحقق الشرط الواقف جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 2002/5/29 " أن عقد الوعد بالبيع مبرم تحت شرط واقف يتحقق في الحصول على رخصة البناء بصفة نهائية بعدم وجود أي طعن.

ذلك أن الطعن يجب أن يقدم من شخص معروف الهوية بحيث يعتبر كل طعن في رخصة البناء من طرف شخص غير موجود كأن لم يقدم أصلا ويعتبر الشرط متحققا⁵.

ويمكن للشخص الذي وضع الشرط الواقف لمصلحة أن يتنازل عنه أي الدائن بالشرط ويصير العقد من تم ناجزا وبسيطا ويقع على عاتق المحكمة التحقق من صراحب المصلحة في وضع الشرط، وهكذا جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 1999/7/13: " لم اعتبر المحكمة أن البائع وحده يمكنه أن يتحلل من عدم تحقق الشرط الواقف المتعلق بالحصول على رخصة البناء بدون أن تعاین وتبحث أن الشرط الواقف قد تم اشتراطه للمصلحة الحصرية للمشتري يكون قرارها معرضا للنقض⁶."

¹ - Gaz. Pal, 1987 ; 1 Somm. P 14.

² - C. Cass 1^{ère} civ, 23 Novembre 1993, Gaz pal 1984, 1 Panor, p 111.

³ - C. cass (ch. Comm. 19 Janvier 1988 Gaz . Pal 1998, 1 Panor, p 96.

⁴ - C. Nancy 31/1/1996 (CJP 1996/ V 2194.

⁵ - « La vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire. Dans tous les cas, son effet est réglé par les principes généraux des conventions.

Une commune ayant consenti à une société une promesse de vente sous la condition suspensive de l'obtention d'un permis de construire devenu définitif par absence de tout recours, un tiers a, la veille du dernier jour utile pour le contester, exercé un recours gracieux. Une enquête de police ayant établi que cette personne n'existait pas, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'art. 1548 C. civ. La cour d'appel qui, pour dire caduque la promesse de vente et décharger l'acquéreur du paiement de toute indemnité, a retenu que l'inexistence de l'auteur du recours n'était pas établie à la date de délivrance du permis de construire, à laquelle il convient de se placer pour apprécier la non-réalisation de la condition de suspensive, alors que le recours formé contre un permis de construire par une personne inexistante est réputé n'être jamais intervenu ». C. cass. 3^e civ. 29 mai 2002. Gazette du Palais Mercredi 14 Jeudi 15 Aout 2002 p. 28

⁶ - C. cass 3^e Ch. Civ. 13 Juillet 1999, Gaz. Pal, Vendredi 24 à Mardi 25 Décembre 1999, p 288.

ولقد سعى القضاء الفرنسي أو المغربي من خلال الرقابة على تحقق الشرط أو تخلفه إلى إحداث نوع من التوازن العقدي بين حماية الطرف الضعيف في العقد (المدين بالشرط) وضمان المصالح الاقتصادية للدائن بالشرط.

وحق الدائن في الالتزام المعلق على شرط واقف هو مما ينظمه القانون ويحميه، ولكن هذا الحق لا يعد نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، غير أن الشرط يعتبر قد تحقق ولو لم يقع بالفعل، إذا حدث غش أو خطأ من جانب المدين للحيلولة دون تحققه¹.

المبحث الثاني: آثار الشرط الواقف خلال مرحلة التعليق

يقصد بمرحلة التعليق تلك المدة التي يكون فيها الالتزام الشرطي متأرجحاً بين الشك واليقين، إذ يجهل مصيره، هل سيتحقق الشرط أم يتخلف، غير أن حالة الشك هذه لا تمنعه من ترتيب بعض الآثار.

فالشرط الواقف يعطي للدائن في فترة التعليق حقاً في مواجهة المدين وليس مجرد أمل²، ما دام أن المدين لا يمكنه قبل أن يتبين مصير الشرط أن يتحلل مما وعد به الدائن.

فالدائن أثناء فترة التعليق وإن كان لم يكتسب الحق الذي تعهد به المدين بعد، فإن له حقاً مكتسباً في أن يوجد الالتزام إذا ما تحققت الواقعة الشرطية³.

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1966/06/07 "

إن حق الدائن في الالتزام المعلق على شرط واقف هو من الحقوق التي ينظمها القانون ويحميها⁴ على عكس ما يذهب إليه بعض الفقه⁵، الذي يعتبر أن الدائن هنا

¹ - نقض مصري جلسة 1966/6/7، مذكور عند أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 106.

² - إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص 145.

³ - صادر بتاريخ 1966/6/7. مذكور عند محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 163.

⁴ - مذكور عند أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 106.

⁵ - Planiol (M), Ripert (G) et Boulangers (J): Traité de droit civil, T, 3^{ème} édition, 1949, N1358.

يملك شيئاً يجب الاعتداد به، هو الأمل في أن يكون يوماً ما دائناً، وأن هذا الأمل ينظمه القانون ويحميه¹.

وفي التشريع المغربي وعلى مستوى قانون الالتزامات والعقود فإن الالتزام المعلق على شرط واقف التزام موجود غير أنه التزام غير نافذ²، ويظل بمقتضاه المالك مالكا طالما لم يتحقق الشرط، فالمدين ليس بمدين، والدائن لا يمكنه أن يفرض تنفيذ الالتزام.

فما هي إذن آثار وجود الالتزام المعلق على شرط واقف (المطلب الأول) وما هي آثار عدم نفاذه (المطلب الثاني) وأخيراً ما هي آثار الالتزام المعلق على شرط واقف أو فاسخ في القانون الجبائي المغربي (المطلب الثالث).

المطلب الأول: آثار وجود الالتزام المعلق على شرط واقف.

إن الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام موجود استجمع كافة أركانه. فالملتزم تحت مثل هذا الشرط يرتبط بما التزم به ولا يستطيع الرجوع فيه ما لم يتخلف الشرط³. أما الدائن تحت شرط واقف فإنه يبقى دائناً تحت شرط واقف رغم أن دينه ليس بنافذ إلا بتحقق الشرط.

والشرط الواقف خلال مرحلة التعليق يمنح للدائن عدة حقوق أهمها حقه في اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية (الفقرة الأولى) وحق تفويت الحقوق المعلقة على شرط وانتقالها (الفقرة الثانية).

¹ - انظر في التعليق على هذا الرأي: السنهوري، الجزء الثالث، ص 39.

² - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 47.

³ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 49.

الفقرة الأولى: الحق في اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية.

ينص الفصل 126 من ق.ل.ع على أنه " للدائن أن يجري، قبل تحقق الشرط، جميع الإجراءات التحفظية لحفظ حقه ".

أولا : تقييد الرهن:

فالدائن في العقد المعلق على شرط له أن يقوم بتقييد رهن لضمان دينه المعلق على شرط، ويؤكد الفقه أحقية الدائن في تقييد هذا الرهن¹ عملا بالقاعدة القانونية القائلة بأن جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية أو التبعية أو المقررة لها، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك، يجب شهرها بالقيود، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون لها حجة على الغير.

فالنصوص المنظمة للرهن لا تميز بين الديون الفاسخة لحقوق منجزة أو حقوق معلقة، فإذا تخلف الشرط، يزول الالتزام المضمون وكذا القيد تلقائيا من الناحية القانونية تبعا لزوال الرهن في حد ذاته.

ثانيا: إجراء تقييد احتياطي

نص المشرع المغربي صراحة على التقييد الاحتياطي كإجراء لحفظ الحقوق العينية العقارية في الفصل 85 من المرسوم الملكي بشأن التحفيظ العقاري الصادر بتاريخ 1913/8/12 الذي جاء فيه أنه " يمكن لكل من يدعي حقا في عقار أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق ".

والتقييد الاحتياطي يرمي إلى حفظ الحقوق العينية العقارية حفظا مؤقتا لأسباب متعددة من بينها تعليق العقود والحقوق الشرطية المنبثقة عنها. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 10 مارس 2004 " بمقتضى الفصل 452 من ق.م.م، فإن الحجز التحفظي يقع من أجل ضمان أداء مبلغ مالي وليس للحفاظ على حق عيني عقاري على عقار محفظ الذي بمقتضى الفصل 85 من ظهير 2003/08/12

¹ - للمزيد من التعمق انظر، محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 382.

بشأن التحفيظ العقاري يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق.

لذلك يكون معللا تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه ومعرضا للنقض والإبطال القرار القاضي برفض طلب رفع الحجز التحفظي على عقار محفظ من أجل الحفاظ على العقار الذي يدعي طالب الحجز شراؤه دون تمكينه من تسجيل الشراء¹.

ثالثا: وضع الأختام وتحريم قوائم الجرد

يجوز للدائن صاحب الحق الشرطي أن يقوم بوضع الأختام وتحريم قوائم الجرد، إذ جاء في الفصل 222 ق.م.م على أنه " يجب على القاضي أن يتخذ عند الاقتضاء جميع الإجراءات المستعجلة والضرورية للمحافظة على التركة وله بوجه خاص أن يقرر وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة ". كما جاء في الفصل 223 من نفس القانون " أن القاضي يأمر باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية:

- بمبادرة منه...

- بطلب من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية

- بطلب من القاصر

يمكن للقاضي أيضا أن يأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية الضرورية إذا طلبها منه أحد المعنيين بالأمر وكان هناك ما يبررها².

إن فالدائن صاحب الحق الشرطي يدخل في عموم لفظ أحد المعنيين بالأمر الوارد في المادة أعلاه، وهو بذلك يكون متساويا مع الدائنين العاديين، إذ يرمي طلبه هذا إلى المحافظة وضمان وجود كل الأشياء لدى المصفي عندما تقوم المحكمة بتعيينه.

إن فالدائن بحق شرطي، وإن كان حقه غير موجود، فإن الرأي الراجح أن تقدر لهذا الدائن تحت شرط واقف حصة احتمالية هي مقدار دينه المعلق على شرط

¹ - القرار عدد 710، ملف مدني عدد: 2002/1/1/4062، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 64 - 65، ص 30.

واقف، ويتم التوزيع الفعلي لثمن العقار بأكمله على الدائنين التاليين له في المرتبة الذين يلتزمون بتقديم ضمان الوفاء بحصة الدائن تحت شرط واقف فيما إذا تحقق الشرط.

رابعاً: التدخل في القسمة

وتدخل ضمن هذه الإجراءات التحفظية - أيضاً - المخولة للدائن صاحب الحق الشرطي حق التدخل في القسمة شأنه في ذلك شأن الدائن صاحب الحق الناجز طبقاً للفصل 1085 من ق.ل.ع الذي يعطي الحق للدائن في أن يتدخل في إجراءات القسمة التي يكون المدين طرفاً فيها ويراقب إجراءاتها حتى لا تتم بطريقة تضر بمصلحته ما دام أن هذا الفصل جاء عاماً في لفظة دائني كل شريك.

وإذا كان الدائن في العقد المعلق على شرط واقف قد قام بتسجيل رهن لضمان حقه قبل رفع دعوى القسمة، كان على الشركاء إدخاله وجوباً في تلك الدعوى حتى ولم يوجه الشركاء أي معارضة وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه. والخلاصة أن الدائن في التصرف المعلق على شرط واقف له حق التدخل في إجراءات القسمة من أجل حماية حقوقه.

خامساً: الحق في استعمال دعوى الصورية:

ينص الفصل 22 من ق.ل.ع على أن " الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيراً بالنسبة لأحكام هذا الفصل ".

والصورية هي " إخفاء المتعاقدين حقيقة ما تعاقد عليه لسبب قام عندهما¹، إذن فهي عملية قانونية بمقتضاها يتم إنشاء مركز قانوني ظاهر يختلف عن المركز القانوني الحقيقي².

¹ - السنهوري، مرجع سابق، المجلد الثاني ص 1073.

² - Mazeaud, op. cit, p. 739

فالعبرة - إذن - بالعقد الحقيقي، فيما بين المتعاقدين والخلف العام بصراحة الفصل 22 من ق.ل.ع والذي جاء فيه أن " الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما "، وبالتالي فإن للغير - وخاصة دائني المتعاقدين - سواء كانوا دائنين أصحاب حقوق بسيطة أم مضافة إلى أجل أم منبثقة عن تصرف معلق على شرط - فالدائن يعتبر من الغير متى كان له حق مؤكد تجاه المتعاقد السوري ويستوي هذا الحق أن يكون قد نشأ قبل إبرام التصرف السوري أو بعده، كما يستوي أن يكون مستحق الأداء أو مؤجلا أو معلقا على شرط¹.

ويشترط فقط في الحق الشرطي أن يكون خاليا من النزاع، ويمكن إثبات الصورية في مواجهة الغير بجميع وسائل الإثبات إذ نص المشرع المصري صراحة على ذلك في الفصل 244 من التقنين المدني والذي جاء فيه " وإذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسن النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم ".

وإن كان المشرع المغربي لم ينص صراحة على ذلك في الفصل 22 من ق.ل.ع كما فعل نظيره المصري، فإنه ترك ذلك للقواعد العامة للإثبات باعتبار أن الأمر يتعلق بوقائع مادية.

وهكذا جاء في حكم لابتدائية البيضاء الصادر بتاريخ 97/1/8 " وحيث إن الصورية واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الوسائل وخاصة شهادة الشهود والقرائن "²

سادسا: الحق في اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة

القاعدة العامة أن أموال المدين ضمان عام للدائن (الفصل 1241 من ق.ل.ع) وأن الدائن ينصرف إليه أثر الأعمال القانونية الصادرة عن مدينه سواء زادت هذه الأعمال في ضمان الدائن أو نقصت منه، فهذا الأخير، وعندما لا يكون

¹ - لبيب شنب، مرجع سابق، ص 278.
² - مجلة الإشعاع، عدد 16، ص 198 وما بعدها.

بيده ضمان خاص لحقه كرهن حيازي أو رسمي أو كفالة عينية أو شخصية يكون متروكا لهذا الضمان الذي يحتمل أن يزيد أو ينقص ويضعف بتصرف مدينه في أمواله تصرفات قانونية.

ولمواجهة هذا الخطر الذي يحدق بالدائن فقد عمدت بعض التشريعات إلى إعطاء الدائن حق اللجوء إلى المحكمة قصد المطالبة بإبطال وعدم نفاذ التصرفات القانونية الصادرة من طرف مدينه. فقد نص المشرع الفرنسي مثلا في الفصل 1166 من القانون المدني أنه " يمكن للدائنين ممارسة كافة حقوق ودعاوى مدينهم إلا ما كان مرتبطا بشخصه خاصة، ونص أيضا القانون المدني المصري في المادة 235 على ما يأتي: " 1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان متصلا منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.

2- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا، إلا إذا ثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساره أو أن يزيد في هذا الإفسار. ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه، ولكن يجب إدخاله خصما في الدعوى ".

ولممارسة هذه الدعوى لابد من توفر مجموعة شروط تدور جميعها أساسا حول وجود مصلحة مشروعة للدائن، وهي إما شروط تعود إلى الدائن أو إلى المدين وبعضها يرجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين.

ولن نبحت في هذا الموضوع سوى الشروط المتعلقة بالدائن باعتبارها أساس الزاوية في بحثنا هذا¹.

¹ - الأصل في إعطاء الدائن الحق في استعمال حقوق مدنيه هو أن تكون له مصلحة مشروعة عاجلة ولن تكون هناك هذه المصلحة المشروعة إلا إذا توافر شرطين في المدين أولهما: ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن إذا فات عليه الحق الذي يريد استعماله، أي أن يكون فوات هذا الحق على المدين سببا في إفساره أو في زيادة إفساره ويقع عبء الإثبات على الدائن لا المدين هذا الأخير ليس ملزما بإثبات أن عدم استعماله لحقه لا يسبب إفساره أو لا يزيد فيه. - ثانيهما: أن يكون المدين مقصرا في عدم استعمال حقه بنفسه. أما إذا تدخل وأراد إتمام مباشرة حقه بنفسه - حتى بعد أن يبدأ الدائن في مباشرته - فله ذلك. أما في حالة ما إذا باشر المدين حقه بنفسه، وخشي الدائن تواطئه مع الخصم فله حق التدخل في الدعوى خصما ثالثا ليراقب الإجراءات بنفسه محافظة على حقوقه. - ثالثهما: أنه لا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون إدخال المدين خصما ثالثا فيها وإلا دفع هذا الأخير بعدم القبول وذلك حتى يسري الحكم الذي سيصدر في الدعوى في حقه - أي المدين - وهو الرأي السائد في الفقه الفرنسي والمصري. أما فيما يتعلق بالشروط التي يجب توافرها في الحق المستعمل من طرف الدائن بإسم المدين، انظر تفصيله عند السهوري، مرجع سابق، المجلد الثاني، من ص 957 إلى 969.

إن المركز القانوني للدائن في العقد المعلق على شرط واقف، هو أن له حق متكون فعلا وإن لم يكن مستحق الأداء وبالتالي يمكن القول بأن الدائن صاحب الحق الشرطي سواء كان معلقا على شرط فاسخ أو واقف فإنه يمكن له استعمال حقوق مدینه، ذلك أن حقه له وجود قانوني يعتد به¹.

ولا يشترط في الدعوى الغير المباشرة - سواء في القانون المصري أو ما يماثله - أن يكون الدين مستحق الأداء، بل الأكثر من ذلك يكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ولا يشترط فيه أن يكون قابلا للتنفيذ أو مستحق الأداء أو معلوم المقدار.

وبعد عرضنا الموجز لأحكام الدعوى غير المباشرة في القانون المقارن نلاحظ أن المشرع المغربي لم يأخذ بهذه الدعوى بالرغم من أهميتها في تطوير الاستثمار ، غير أن القضاء المغربي قفز على هذا الفراغ التشريعي - ووجد لها عدة تطبيقات مستنسا بمقتضيات الفصل 22 ق.ل.ع. فقد جاء في حكم لابتدائية الرباط²: " وحيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف وخاصة الحكم الصادر عن هذه المحكمة المؤرخ في 10/4/1995 عدد 241 يتبين أنه اعتبر (أ) متضامنا في الأداء مع المدعى عليهم في حدود مبلغ معين.

وحيث إنه بالرجوع إلى عقد الهبة المصادق على إمضائه في 31/7/1995 تبين أن السيد (ب) وهب لزوجته وابنته... وابنه... العقار موضوع الرسم عدد.. هذا التصرف الذي تم بعد صدور الحكم القاضي بالأداء المشار إليه أعلاه. وحيث إن الصورية واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الوسائل وخاصة شهادة الشهود والقرائن.

وحيث إن قيام المدعى عليه بهبة العقار لزوجته وأولاده يشكل في حقيقة الأمر قرينة على أن العقد صوري الغاية منه التهرب من أداء المبلغ موضوع الحكم الابتدائي عدد 241 مما قد يلحق ضررا بالمدعي.

¹ - السنهوري، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص 946.

² - ملف مدني عدد 95/226 بتاريخ 1997، منشور بمجلة الإشعاع عدد 16، السنة 9، دجنبر 1997، ص 198 وما بعدها.

وحيث إنه وطبقا لمقتضيات الفصل 1241 من ق.ل.ع فإن أموال الدين ضمان عام لدائنيه، وأن الغير الذي لحقه من الاتفاقات التي يبرمها مدينه قصد تفويت حقه يكون محقا في الطعن فيها بالصورية.

وحيث إنه وتبعاً لما أشير إليه أعلاه، يكون طعن المدعي بإبطال عقد الهبة المصادق على صحة إمضائه في 1995/1/31 مبني على أساس مما يتعين الحكم بالتشطيب عليه من الرسم العقاري عدد .. وإعادة ملكيته في اسم المدعي " .

فإذا كانت المحكمة هنا كيفت بأن عقد الهبة صوري لتبطله فإننا نعتبرها في الواقع طبقت أحكام الدعوى غير المباشرة بكافة شروطها لا الصورية، فوجود حكم قضائي صادر بالأداء وسابق لتاريخ إبرام عقد الهبة وثبوت تهرب المدين بتصرفه هذا من الملاحقة القضائية وبالتالي الإضرار بالدائن.

فالمدين هنا يتصرف جدياً وليس صورياً وأن العقد الذي أبرمه المدين مع المتصرف إليه عقد قائم وحقيقي وليس هناك أية صورية وإن الدائن الذي باشر دعوى بطلان هذا التصرف - أي دعوى غير مباشرة - له وحده حق التنفيذ على الشيء موضوع تصرف المدين والذي نجح في إتمامه من خلال الدعوى غير المباشرة وأبقى عليه في الضمان العام.

ونتساءل كيف أن الحكم القضائي المذكور يتحدث عن بطلان تصرف الهبة، وحال الأمر في الصورية أننا نكون أمام عقد غير نافذ، وبالتالي فالأمر يتعلق بدعوى غير مباشرة¹.

وبخصوص إثبات الصورية جاء في قرار لاستئنافية الدار البيضاء، صادر بتاريخ 2003/2/19: " إن الصورية يمكن إثباتها حتى بالقرائن القوية المنضبطة طبقاً للفصل 419 من ق.ل.ع مما يكون معه ما تمسك به المستأنف من خرق مقتضيات

¹ - انظر للمزيد من التفصيل بخصوص موقف القضاء المغربي من الدعوى غير المباشرة :
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد 2000/347 ملف رقم 9198/16 بتاريخ 2000/2/10 منشور بمجلة المحاكم المغربية، ماي - يونيو 2000، العدد 82، ص 176.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 1105 و 1106 بتاريخ 15 ماي 2001، في الملفين رقم 2001/1157 و 10/200/1921. منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 89، يوليوز - غشت 2001، ص 196 وما بعدها.

الفصل 230 من ق.ل.ع وخرق القانون باعتماد القرائن لدحض حجة كتابية دفع لا يرتكز على أساس وينبغي استبعاده " ¹.

سابعا: حق قطع التقادم

يعتبر كل من البائع والمشتري مالكين في مواجهة بعضهما في البيع المعلق على شرط، فيكون أحدهما مالكا تحت شرط واقف والآخر مالكا تحت شرط فاسخ. فإذا كان الشرط واقفا يكون المشتري مالكا تحت شرط واقف، والبائع يعد مالكا تحت شرط فاسخ، ويبقى هذا الوضع ما بقي التعليق قائما.

وللمالك تحت شرط واقف حق قطع التقادم ضد من عساه أن يكون قد حاز العين، وبالتالي يمارس عملا تحفظيا، ومن الأعمال التحفظية التي له حق القيام بها، قطع التقادم ضد حائز العين، فالتقادم في هذه الحالة يسري ضد المالك تحت شرط فاسخ، غير أنه قد يتم قبل تحقق الشرط الواقف، فإذا ما تحقق ولم يستطع صاحبه قطع التقادم، فإنه لا يتمكن من نزع العين من حائزها بعد أن أصبح مالكا لها بالتقادم، ومن ثم جاز للمالك تحت شرط واقف أن يقطع التقادم قبل أن يتم توقيا لهذا الضرر المحتمل ².

الفقرة الثانية: انتقال الحق الشرطي

أولا: الانتقال الطبيعي للحق

إن الحق المرتبط بالرضاء الموصوف يمكن أن ينتقل من المستفيد إلى الغير بكافة أسباب انتقال الحقوق سواء عن طريق الخلافة العامة أو الخلافة الخاصة إذ ينص الفصل 229 من ق.ل.ع على أنه " تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة وبنسبة مناب كل واحد منهم ".

¹ - منشور بمجلة الملف، عدد 5 يناير 2005، ص 260.

² - السنهوري، الجزء 3، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.

فالحق المعلق على شرط ينتقل بالميراث كما تنتقل باقي الحقوق بالميراث ولا فرق بينها وبينه، ويسري عليه بالتالي إمكان الاستخلاف العام.

فإذا توفي الدائن " صاحب الحق الشرطي " قبل تحققه فإن حقوقه لا تنقضي بوفاته وإنما تنتقل إلى ورثته، باعتباره قد تكون تبعاً لتكون مصدره، فيصير عنصراً إيجابياً في ذمة الدائن، يجوز نقله بالميراث.

وقد نص الفصل 115 من ق.ل.ع على ما يلي: إذا مات المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بخيار الفسخ قبل فوات الأجل المحدد لمباشرته، من غير أن يعبر عن إرادته كان لورثته الخيار بين الإبقاء على العقد وبين فسخه. " . وإن كان الفصل 115 من ق.ل.ع يتكلم عن توريث خيار الفسخ فإن الأمر سيان بالنسبة للشرط ما دام الأول ما هو إلا صورة من صور الثاني.

كما نص الفصل 610 من ق.ل.ع على أنه " إذا مات من له الخيار قبل أن يختار، انتقل الخيار إلى ورثته. وإذا فقد أهلية التعاقد، عينت له المحكمة مقدماً خاصاً ويجب على هذا المقدم أن يعمل على النحو الذي يكون أكثر اتفاقاً مع مصالح ناقص الأهلية " .

وكما ينتقل الالتزام المعلق إلى ورثة المستفيد منه، فإن وفاة المدين به يجعل ورثته يحلون محله في تنفيذ التزامه المعلق، وإن كانت بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المدني الفرنسي في المادة 1179¹ قصر حق انتقال الالتزام المعلق فقط على ورثة الدائن دون المدين فإن الفقه في فرنسا ينتقد ذلك.

وترد على قاعدة انتقال الحق أو الالتزام المعلق² إلى الورثة استثناءات تجعل الخلف العام لا يتأثر بتصرفات موروثه وهي التي نص عليها الفصل 229 من ق.ل.ع وهي ثلاث حالات:

¹ - Henri, Léon (Mazeaud), et autres, op. cit , p. 1088 . - Jacques (Taisne), op. cit, p. 409

² - L'article 1179 dispose :«... si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier ».

- الحالة الأولى: الاتفاق الصريح على عدم استفادة الخلف العام من العقد

سواء من جهة الدائن والمدين معا أو أحدهما فقط، كما جاء في قرار للمجلس الأعلى رقم 453 بتاريخ 1990/2/28 " بمقتضى الفصل 229 من ق.ل.ع فإن الالتزامات تنتج آثارها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما، لكن إذا أثبت الخلف أن العقار موضوع النزاع في ملكه، لم يبق خلفا للواعد بالبيع وبالتالي لا تطبق عليه أحكام الفصل المذكور ¹."

- الحالة الثانية: حالة وجود نص صريح في القانون يقضي بعدم انصراف

أثر التصرف إلى الخلف العام، كما نص صراحة الفصل 1051 من ق.ل.ع في فقرته الرابعة بأن الشركة تنتهي " بموت أحد الشركاء أو بإعلان فقده قضاء أو بالحجر عليه ما لم يكن قد وقع الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثته أو نائبه... ".

وقد جاء في قرار لاستئنافية الرباط ² أنه " بمقتضى الفصل 1051 من ق.ل.ع

فإنه يترتب انتهاء عقد شركة الأشخاص عند وفاة أحد الشركاء ما لم يتضمن العقد شرطا ينص على استمرار الشركة مع الورثة ".

والنتيجة أنه إذا كان ورثة الشريك المتوفى لا يحلون محله كشريك في

الشركة القائمة بعقد ناجز، فإن نفس القاعدة لا تطبق على الورثة في الشركة القائمة بمقتضى عقد معلق على شرط واقف.

- الحالة الثالثة: عندما تكون طبيعة آثار الالتزام لا يمكنها الانتقال إلى

الخلف العام، وهو الأمر الذي يتحقق في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، فهي تنتهي بانتهاء حياة المتعهد بتنفيذ الخدمة، وذلك كأن يبرم فنانا عقد إحياء حفلة بمهرجان معين ويكون العقد معلقا على شرط، ثم يتوفى قبل تحقق الشرط، فليس لدائنيه بعده طلب إتمام العقد بإحياء هذه الحفلة متى تحقق الشرط.

وكما يحق لدائن بحق شرطي أن يتصرف فيه بكافة أشكال التصرف كالبيع

أو الهبة وغيرهما، وله حق التنازل عنه دون الإضرار بحقوق الغير ذي النية الحسنة.

¹- قرار غير منشور.

²- رقم 8207 بتاريخ 29 دجنبر 1928، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، 1928 - 1930 * 1942 - 1944 ترجمة محمد العربي المجبود، منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية، ص 156

وفي هذه الحالة ينتقل الحق إلى الخلف الخاص بنفس الوصف الذي يعترضه، فالمشتري لحق معلق على شرط له ببيع الشيء المبيع له على أن يتم البيع معلقا على نفس الشرط. ولا يعد تصرفه هذا تصرفا في حق مستقبل، بل في حق حال وإن كان غير قابل للتنفيذ إلا بتحقيق الشرط.

غير أنه متى تعلق الأمر بالتصرف في عقار محفظ، أو حق عيني، وكان هذا التصرف معلقا على شرط واقف، وجب الإشارة إلى ذلك بالرسم العقاري لأن هذا التسجيل هو الذي يثبت ملكية المشتري، ويعلن للغير بأن تصرفاتهما محتملة البقاء أو الزوال، تبعا لتحقيق الشرط أو تخلفه طبقا للفصل 66 من ظهير 1913/8/12 المتعلق بالتحفيظ العقاري والذي ينص على أنه " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله، وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية ".

ثانيا: انتقال الالتزام المعلق على شرط عن طريق الحوالة

يقصد بانتقال الالتزام انتقال صفة المدين (أو مركزه القانوني) من شخص إلى آخر، ويتم هذا الانتقال بحوالة الدين من ملتزم إلى آخر يحل محله في مركزه القانوني تجاه الدائن¹، وهو الرأي الذي أخذ به المشرع المغربي إذ نص في الفصل 189 من ق.ل.ع على أنه " يجوز انتقال الحقوق والديون من الدائن الأصلي إلى شخص آخر، إما بمقتضى القانون وإما بمقتضى اتفاق المتعاقدين ".

وتعرف الحوالة أو انتقال الالتزام بأنه حوالة بين الأحياء إلى شخص غير طرفيه، إما باعتباره حقا شخصيا في ذمة الدائن بأن ينقله إلى شخص آخر يصبح دائنا بدلا منه، وإما باعتباره دينا في ذمة المدين بأن ينقله من شخص إلى آخر يصبح مدينا بدلا منه.

ويستوي في حالة الحق والدين المنبثقين² عن تصرف أو عقد أن يكون التصرف أو العقد بسيطا ناجزا أو معلقا على شرط، وما دام أن حوالة الحق الاحتمالي

¹ - جميل الشراوي، مرجع سابق، ص 229.

² - السنهوري، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص 413.

قد غدت من الأمور الجائزة والمستقرة^١، وإذا كان الحق الشرطي أسمى مرتبة من الحق الاحتمالي فإن حوالة تكون جائزة من باب أولى.

ويستند الفقه في جواز حوالة الحق إلى أن الشرط بالنسبة لهذا الحق مجرد أمر عارض يدخل عليه بعد قيامه أي بعد أن تتكامل عناصره^٢، ومن ثمة تتوافر له كافة مقومات الحق غاية الأمر أنه حق يكتنفه الشك الذي لا ينصب على عنصر جوهري وإنما على أمر عارض.

وبالتالي فإذا أحال المحيل حقه الشرطي لدى المحال عليه، إلى المحال إليه ترتبت الآثار العادية للحوالة، فينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له.

غير أنه ينتقل بنفس الحالة التي كان عليها قبل الحوالة، أي ينتقل معلقا تبعا لتعليق مصدره. ويلتزم المحيل في هذا الحدود بضمان الحق المحال به.

فإذا كانت الحوالة بعوض فإن المحيل يضمن وجود الحق المحال به وقت الحوالة معلقا غير أنه ليس ملزما بضمان يسار المدين، وذلك طبقا للقواعد العامة.

والمحال له بحق شرطي له قبل تحقق الشرط اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية الأنفة الذكر.

أما فيما يتعلق بحوالة الدين^٣ المعلق على شرط واقف فيجمع الفقه^٤ على قاعدة عامة وهي أن كافة الديون يمكن تحويلها شريطة أن تكون صحيحة وقائمة وقت إبرام الحوالة. ولا يهم بعد ذلك أن تكون تلك الديون حالة أم مؤجلة أم معلقة على شرط تبعا لمصدرها^٥.

ويقصد بحوالة الدين نقل التزام على عاتق شخص إلى شخص آخر ليصبح مدينا به للدائن بدلا من المدين، وهي تتم إما باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه أي المدين الآخر ولا تسري في حق الدائن إلا إذا أقر بها.

^١ - نفسه، ص 452.

^٢ - نفسه.

^٣ - المشرع المغربي نظم حوالة الحق في الفصول 189-207 من ق.ل.ع. ولم ينظم حوالة الدين.

^٤ - محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص 372.

^٥ - نفسه، ص 373.

وإما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه، وفيها يساهم الدائن في إبرام العقد ولا يقتصر دوره على مجرد إقرارها¹.

وكل الديون يمكن حوالتها باستثناء تلك المرتبطة بشخص المدين لا يمكن حوالتها وفقاً لطبيعة الأشياء.

ونشير إلى أن جواز حوالة الدين المعلق على شرط هو نتيجة طبيعية لخاصية كونه أمر عارض ومستقبل وليس محتملاً.

الفقرة الثالثة: الالتزام المعلق على شرط واقف يخول صاحبه الحق في

التعويض

إن من أهم نتائج كون الالتزام المعلق على شرط واقف أنه التزام موجود هو أنه يعطي للدائن به الحق في التعويض، إذا ما هلك محل الالتزام، أو تعيب قبل تحقق الشرط وذلك طبقاً للقواعد الواردة في الفصل 120 من ق.ل.ع ما لم يتفق الأطراف على خلافها وهي كالتالي:

1- إذا هلك الشيء هلاكاً تاماً بدون فعل المدين أو خطئه، كان تحقق الشرط غير ذي موضوع واعتبر الالتزام كأن لم يكن.

2- وإذا لحق الشيء عيب أو نقصت قيمته بغير خطأ المدين أو فعله، كان على الدائن أخذه على الحالة التي يوجد عليها دون إنقاص ثمنه.

3- وإذا هلك الشيء هلاكاً تاماً بخطأ المدين أو بفعله، كان للدائن الحق في

التعويض.

4- وإذا لحق الشيء عيب أو نقصت قيمته بخطأ المدين أو بفعله، كان للدائن

الخيار بين أن يأخذ الشيء على الحالة التي يوجد عليها وبين أن يفسخ العقد، مع ثبوت حقه في التعويض في الحالتين.

¹ - السنهوري - الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 560.

المطلب الثاني: آثار عدم نفاذ الالتزام المعلق على شرط واقف

سبق بنا أنه لا تعليق دون استجماع التصرف كافة مقومات وجوده وأن فاعلية العقد وتنفيذه مرتبطان بتحقق واقعة عارضة مستقبلية ومحتملة وبالتالي فإن الآثار التي تترتب عليه تدور في فلك هذا المفهوم وأهمها عدم جواز التنفيذ الجبري (الفقرة الأولى) عدم سريان التقادم (الفقرة الثانية) عدم وقوع المقاصة (الفقرة الثالثة) عدم جواز التسجيل بالرسم العقاري (الفقرة الرابعة) عدم جواز الشفعة (الفقرة الخامسة) وأخيرا استرداد ما دفع (الفقرة السادسة).

الفقرة الأولى: عدم جواز التنفيذ الجبري

إن إبرام التصرف معلقا على شرط واقف يؤثر بالضرورة على الحق المنبثق عنه الذي يكون موجودا غير أنه غير قابل للتنفيذ إلا بتحقق الشرط.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 18 يناير 1978:

" إذا كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة فيكون الالتزام في فترة التعليق موجودا، غير أن وجوده ليس مؤكدا مما يترتب عليه أنه لا يجوز للمستأجر أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط " ¹.

فلا يستطيع الدائن أن يقتضي جبرا من المدين الدين المعلق على هذا الشرط، وإذا ما فعل ذلك، فإن مصير تلك الدعوى عدم القبول لكونها رفعت قبل أوانها، أي قبل تحقق الشرط الواقف، باعتباره أمرا عارضا وواقعة محتملة قد تتحقق وقد لا تتحقق. فاحتمال تخلف الشرط يجعل الحق المنبثق عنه غير مكتمل إلا بتحقق الشرط وبالتالي لا يمكن تنفيذ الحق.

أما إذا تخلف الشرط اعتبر العقد - والحق - كأن لم يكن وهو ما يعبر عنه بحق المدين في الرجوع عن تعهده.

¹ - نقض مصري، مذكور عند أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 108.

وهذا الحكم يسري بالنسبة لكافة الحقوق المترتبة بشرط واقف، سواء كان العقد معلقا برمته، أو في شق منه، ذلك أن الشرط وصف للرضاء القائم على استقلال أو الداخل في تكوين عقد.

ومثال العقد المعلق برمته، عقد البيع المعلق على شرط، فلا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن، وبالمقابل لا يمكن للمشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته ما دام الشرط لم يتحقق بعد.

ويثار سؤال حول مصير دعوى التنفيذ الجبري التي ترفع خلال فترة التعليق وبعد رفعها يتحقق الشرط قبل البث فيها؟ وقد اختلف الرأي حول هذه الإشكالية:

- فالأول: يرى بقبول تلك الدعوى، رغم أن الحكم يستند إلى وقت رفعها إلا أن الشرط يستند في تحققه إلى وقت سابق على رفعها وذلك باعتبار الأثر الرجعي للشرط باعتباره حقا قائما وناجزا لا من تحققه وإنما من وقت إبرام العقد¹.

- أما الثاني: يرى الحكم بعدم قبول تلك الدعوى، ذلك أنه لا يعتد بالأثر الرجعي لتحقيق الشرط، وبالتالي لن يكون الحق موجودا إلا من لحظة تحقق الشرط. وإن كنا نرى وجاهة الرأي الأول لما فيه من مصلحة اختصار الوقت والجهد في إجراءات التقاضي، فإننا نقول بضرورة إصلاح الدعوى أثناء تحقق الشرط والاستمرار فيها.

ولا خلاف أنه لا يمكن طلب الأمر بالأداء طبقا للفصل 155 من ق.م.م والذي يشترط أن يكون "مستحق الأداء" الأمر غير المتوفر في الحق المعلق على شرط واقف، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 27 يوليوز 1983 أنه "إذا ظهر لرئيس المحكمة الابتدائية أن الدين ثابت أصدر أمره بالأداء². كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 16 فبراير 2005: "إن اختصاص رئيس المحكمة في إطار مسطرة الأمر بأداء موضوع الفصل 155 من ق.م.م، رهين بثبوت الدين بسند أو باعتراف،

¹ - قرار مدني رقم 1312 مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص 14.

² - مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص 14.

أما تعليق ثبوت الدين على أداء اليمين يجعل النزاع في الدين جديا وغير ثابت وينزع الاختصاص عن رئيس المحكمة لصالح قضاء الموضوع¹.

الفقرة الثانية: عدم سريان التقادم

جاء في الفصل 380 من ق.ل.ع أنه " لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها، وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

1- بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط حتى يتحقق الشرط.

..... "

فالحقوق المعلقة على شرط واقف لا يسري عليها التقادم² إلا وقت تحقق الشرط، ذلك أن التقادم مناطه ليس فقط وجود الحق بل أيضا نفاذه، في حين أن الحق المعلق على شرط واقف لا يصبح مستحق الأداء إلا بعد معرفة مصير الشرط الذي قد يتحقق وقد لا يتحقق، وبالتالي لا يكتسب الدائن حقه إلا بتحقق الشرط ويبدأ سريان تقادم ذلك الحق، أما قبل ذلك فلا يسري عليه التقادم وإلا كانت النتيجة فقدان الدائن حقه حتى قبل أن يتمكن من ممارسة هذا الحق.

هذا الاتجاه أكدته محكمة النقض المصرية في قرار صادر عنها بتاريخ

1966/3/10، جاء فيه: " القاعدة سواء في التقنين المدني القديم أو القائم أن التقادم

المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء، مما يستتبع

¹ - قرار عدد 149، ملف تجاري عدد 2003/1/3/1113، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 63، ص 231.
² - إن الضرورات الاجتماعية دفعت بأغلب التشريعات بالأخذ بالتقادم لما يؤدي إليه من تيسير الإثبات، وذلك عن طريق خلق نوع من التوافق بين الواقع والحق، ومن جهة أخرى ما يؤدي إليه من توفير الاستقرار للمعاملات والمراكز القانونية، وذلك في التصرف الناجز وعلى آثار التصرف المعلق على شرط واقف بعد زوال التعليق.
والتقادم نوعان: تقادم مسقط وآخر مكسب.
والأول: هو استمرار قعود صاحب حق عن استعماله والمطالبة به مدة معينة يؤدي إلى انقضاء هذا الحق إذا تمسك بهذا الانقضاء من له مصلحة به.

أما التقادم المكسب هو استمرار حيازة شيء مدة معينة حيازة قانونية تؤدي إلى استطاعته كسب ملكية هذا الشيء أو أي حق عيني آخر عليه، كان يظهر أثناء الحيازة بمظهر صاحبه.

فالأول يسقط الديون والثاني يكسب الحقوق. انظر بتفصيل أحكام التقادم المسقط والتقادم المكسب عند كل من:
- نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور: أحكام الالتزام دار الجامعة الجديدة للنشر، - 2000 - ص 461 إلى ص 472.
- جميل الشراوي، مرجع سابق، ص 96.
- السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 984.

أن التقادم لا يسري بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط".¹

الفقرة الثالثة: عدم وقوع المقاصة

المقاصة هي طريق من طرق انقضاء الالتزام، عندما يكون هناك شخصان كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فبدلاً من أن يوفي كل منهما دينه للآخر، يتقاص الدينان فينقضيان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه والمدين بالدين الأكبر قد وفى ببعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عادياً.

وقد نص المشرع في ق.ل.ع على شروط معينة، فإذا توفرت وقعت المقاصة بحكم القانون، وهذه المقاصة القانونية² قد نظم أحكامها تفصيلاً في الفصول من 357 من ق.ل.ع إلى غاية الفصل 368 منه.

وقد جاء في الفصل 362 من ق.ل.ع بأنه يلزم لإجراء المقاصة أن يكون كل من الدينين محدد المقدار ومستحق الأداء".

وإذا كان الشرط الواقف، خلال مرحلة التعليق، يجعل الحقوق غير مؤكدة المصير وبالتالي غير مستحقة الأداء فهو قد يوجد وقد لا يوجد وذلك حسب تحقق الشرط أم تخلفه، وبالتالي لا يمكن أن يكون مثل هذا الدين محل المقاصة لأن هذه الأخيرة تنطوي على معنى الوفاء الجبري ولا جبر في وفاء دين معلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط³.

¹ - أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 103.

² - وإلى جانبها توجد المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية: - والمقاصة الاختيارية تكون عندما يتخلف أحد شروط المقاصة القانونية فلا تقع هذه الأخيرة بحكم القانون، غير أنها قد تقع باختيار أحد الطرفين أو إرادتهما معاً وذلك حسب ما إذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة أحدهما فقط، أو قد قصد به مصلحتهما معاً.

وهي لا ترتب أثرها من حيث انقضاء الدينين إلا من وقت التمسك أو الاتفاق عليها. كل هذا مع مراعاة حقوق الغير التي لا يجب أن لا تمس بها هذه المقاصة.

- أما المقاصة القضائية: فهي التي تجربها المحكمة باستكمال شرط الخلو من النزاع الذي ينقص المقاصة القانونية، فإذا طلب دائن مدينه بالوفاء بما عليه فتقدم المدعى عليه بطلب عارض يدعي فيه بحق ينازعه خصمه في وجوده أو مقداره، فلن تقع المقاصة القانونية لأن أحد الدينين متنازع عليه، غير أنه يمكن للمحكمة الفصل في هذا النزاع، فإن قضت بوجود الحق وعينت مقداره حكمت بالمقاصة بين الدائنين.

³ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 446.

الفقرة الرابعة: عدم جواز التسجيل بالرسم العقاري

ينص الفصل 65 من ظهير 1913/8/12: " يجب أن تشهر بواسطة التسجيل في السجل العقاري جميع الأعمال والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض. وجميع المحاضر المتعلقة بالحجز العقاري وجميع الأحكام التي تكتسب قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقاري، أو نقله إلى الغير، أو إقراره، أو تغييره، أو إسقاطه، وكذا جميع عقود أكرية العقارات التي تفوق مدتها ثلاث سنوات ولكل إبراء أو حوالة لقدر مالي يوازي كراء أو بناء أرض لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء."

فحسب هذا الفصل يعد التسجيل ضروريا بالنسبة لكل تصرف يتعلق بتأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير و إقراره و تغييره أو إسقاطه، إذ يجب تسجيل كل العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري أو نقله أو تغييره سواء كانت هذه التصرفات قد تمت بعوض أم بدون عوض وسواء حصلت بين وطنيين أو أجنب شريطة أن تكون العقود موافقة للمقتضيات التشريعية المتعلقة بنظام التحفيظ العقاري¹.

وهكذا نص الفصل 66 من نفس الظهير على أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية وأنه لا يمكن في أية حال التمسك بإبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة.

ولما كان التصرف المبرم على شرط واقف غير نافذ، فإنه لهذه العلة غير قابل للتسجيل، ولا يترتب إلا حقا شخصيا بذمة صاحبه. وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط² إن " البيع العقاري المعلق على شرط واقف غير قابل للتسجيل لأن الحق الناتج عن مثل هذا البيع هو قبل تحقق الشرط حق شخصي بحث "

¹ - محمد خيرى، الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة، 1997، ص 355.
² - محكمة الاستئناف بالرباط: حكم صادر بتاريخ 3 يوليوز 1937 أشار إليه مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتابعة في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، التحفيظ العقاري، مطبعة الهلال، الرباط، الطبعة الثانية، 1987، ص 111.

كما أن حق الخيار الذي يتولد لمصلحة الموعود له بالبيع العقاري غير خاضع للتسجيل لأنه لا يرتب سوى حق شخصي وعليه يجوز للموعود له ببيع عقار محفظ أن يطلب تسجيل حق الخيار المتولد له عن الوعد بالبيع في السجل العقاري وإن هو طلب ذلك فيجب على محافظ الملكية العقارية أن يرفض الطلب¹.

الفقرة الخامسة: عدم جواز الشفعة

عرف الفصل 25 من ظهير 19 رجب المتعلق بالتحفيظ العقاري بأن الشفعة هي " الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين عقارات أو حقوق عينية عقارية في أن يأخذ الحصة المبيعة من مشتريها بعد أدائه المبلغ المؤدى في شرائها وكذا مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات وما أدى عنها من مصاريف لازمة للعقد ".
والحق في الشفعة ينشأ عن البيع الناجز النافذ، أما إذا كان البيع معلقا على شرط واقف فلا شفعة فيه.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش صادر بتاريخ 5 ماي 1977:
" وحيث أن المستأنفة قد ركزت استئنافها على أن الحكم غير مرتكز على أساس قانوني، فإنه بالرجوع إلى عقد الشراء نجد أن البيع علق على شرط واقف هو قبول وزارة الأشغال العمومية للتفويت والمصادقة عليه وأنه لم يصبح بعد نهائيا لعدم توفر الشرط الواقف لكون الشرط لم يحصل، وعليه فالعارضة لم تصبح مالكة بصفة نهائية للشئ المشتري، وأنها تدلي للمحكمة برسالة صادرة من وزارة الأشغال العمومية بتاريخ 1975/7/5 تشهد فيها بأن الرخصة ما زالت في اسم (أ) وأن الموافقة من طرف الوزارة لا زالت لم تتم وأن تاريخ هذه الرسالة كان بعد تاريخ المقال الابتدائي فتكون المحكمة الابتدائية قد قضت بصحة الشفعة بناء على بيع محتمل، فيكون حكمها مصيبا من هذه الناحية.

ومن جهة أخرى فقد سبق للعارضة أن تصرفت مع المدعين بعد علمها بالشراء الأمر الذي يوضح مصادقتها على شراء العارضة، والمحكمة لم تجب عن

¹ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 190.

هذا الدفع الذي هو من الأهمية بمكان، وستلاحظ محكمة الاستئناف أن المدعين بتصرفهما ومحاسبتهما العارضة يكونان قد تنازلا عن ممارسة الشفعة، وقد أدلت للمحكمة الابتدائية بوصول عن تسلم شيك من يد السيد (ب) أحد طالبي الشفعة بمبلغ .. بتاريخ 1974/9/12 كنصيحتها في الأرباح وهذا دليل على التنازل عن الشفعة.

وحيث أن الشيء المشفوع طرأ عليه تغيير بعد الشراء كانت من الصنف (2) أصبحت بعد الشراء الصنف (1) وقد نجم عن هذا التغيير زيادة في المقاعد بما يقارب الثلاثين مقعدا وقد أصبح للمشفوع قيمة تساوي ضعف ثمنه وأن الزيادة تعتبر كالبناء تستقطب بها الشفعة، والتمست الحكم بإلغاء الحكم المستأنف وإلغاء الطلب وتحميل المستأنف عليهما الصائر وأرفقت بمقاله رسالة الأشغال العمومية، وأجاب المستأنف عليهما بأن المستأنفة بملاحظتها أنها اشترت بناء على شرط واقف وهو تسليم وزارة الأشغال العمومية للشراء تثبت أن لا صفة لها بعد ما لم يتحقق الشرط الواقف فكانها تعيب على العارضين الاستعجال في طلب الشفعة بأنها تريد تفويت أجل الشفعة على العارضين فحسب وقد لاحظت المحكمة المصدرة للحكم المستأنف فعاملتها بنقيض قصدها وحكمت بصحة الشفعة.

وأجابا عن تسليم الشفعة أو التنازل عنها بتصرفهما مع المستأنفة بعد الشراء بأنهما ينكران أن يكونا قد أجريا معها أية محاسبة وحتى لو فرضنا جدلا أنهما تحاسبا معها وتصرفت معهما فلن يرضيهما ذلك أن المشرع أعطى للشفيع أجلا لدفع ضرر الشركة وهو سنة، وأن أية معاملة من الشريك تكون داخل هذا الأجل فليست إلا اختيارا للشريك الطارئ، وأن المشرع أعطى أجل السنة للشفيع ولم تقيده بشيء فليس هناك تنازل لا صراحة ولا ضمنا ليتمكن التذرع به.

وأن ما أثارته من أن التغيير في الرخصة المؤدي إلى رفع قيمتها يسقط الشفعة لأن ذلك يقال في العقار لا في المنقول وأن ادعاءها بأن المحكمة قد خرقت مقتضيات الفصل 974 من ق.ل.ع الذي ينص على أجل ثلاثة أيام فإن العارضة لم تبين رأيها في هذا، لأن الفصل خاص بأجل أداء الثمن المترتب من الشفعة وبما أن

النزاع في الشفعة لا في أداء الثمن فليس هناك خرق للفصل المذكور والتمسا تأييد الحكم...

وحيث تبين أن الدعوى المقامة في طلب شفعة الحصة المباعة من رخصة نقل حافلة المسافرين المملوكة للمستأنف عليهما مع البائع.

وحيث إن البائع فوت النصف المملوك في هذه الرخصة للمستأنفة بعقد عرفي غير أن التفويت بني على شرط واقف، وهو تسليم ومصادقة وزارة الأشغال العمومية على التفويت حسب ما يفرضه القانون المنظم لرخص النقل العمومي على الطرقات وتفويتها. وحيث إن اللجنة المكلفة بمراقبة الرخصة والمنصبة لهذا الغرض بوزارة الأشغال العمومية ما زالت لم تصادق على هذا التفويت حتى تصح لديها الشروط التي قررها القانون في صحة تملك الرخص حسبما تدل عليه رسالتها عدد 333 المدلى بها من طرف المستأنفة.

وحيث إن الالتزام المعلق على شرط واقف نظمه الفصل 117 من ق.ل.ع وجاء في بنده الأخير أن الالتزام المعلق على شرط واقف والذي لم يحدد أجل لحصوله أمكن أن يتحقق في أي وقت ولا يعتبر متخلفا إلا إذا أصبح مؤكدا أن الأمر لن يقع.

وحيث إنه لا دليل على موافقة وزارة الأشغال العمومية على هذا البيع لحد الآن فيكون البيع غير محقق الوقوع لعدم تحقق الشرط الواقف، كما ليس هناك دليل على رفض الإذن والسماح بالبيع فيكون البيع الذي هو سبب الشفعة غير حاصل.

وحيث إن المستأنف عليهما استعجلا في طلب الشفعة بحيث طلباها قبل أن يصبح البيع واقعا فيكون طلبهما قد قدم قبل أوانه لأن ابتداء أجل الشفعة لا يكون إلا بعد نفاذ البيع وكونه أصبح ناجزا لأن العبرة باليوم الذي يشعر فيه بالبيع وذلك بحصول الشرط الواقف المعلق عليه البيع لا من يوم تاريخ هذا العقد إذ بفقدان الشرط يصبح البيع غير صحيح ويسترد البائع مبيعه.

وحيث إنه بقطع النظر عن مناقشة ما جاء في مقال الاستئناف من كون المستأنف عليهما قد تنازلا عن طلب الشفعة بالتصرف مع المشتري، فإن طلب المستأنف عليهما للشفعة كان سابقا لأوانه وقدم قبل أن يصبح البيع ناجزا وأن القاضي الابتدائي لم يقدر ظروف القضية تقديرا صحيحا فكان بذلك حكمه مؤهلا للإلغاء¹.

الفقرة السادسة: استرداد ما دفع:

نص الفصل 68 من ق.ل.ع أن من دفع ما لم يجب عليه ظنا منه أنه مدين نتيجة غلط في القانون أو في الواقع كان له حق الاسترداد على من دفعه له. وإذا كان الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير مستحق الأداء، فإن قيام المدين بتنفيذ التزامه ظنا منه من غير صواب أن الشرط قد تحقق يخوله حق استرداد ما دفعه.

المطلب الثالث: آثار الالتزام المعلق على شرط واقف أو فاسخ في القانون

الجبائي المغربي

إذا كانت العقود أو الالتزامات المعلقة على شرط واقف تعتبر موجودة في القانون المدني خلال فترة التعليق، غير أن الأمر خلاف ذلك من منظور القانون الجبائي بحيث تعتبر مجرد مشاريع عقود غير مستوجبة لأداء واجبات التسجيل. وذلك تماشيا مع خصوصيات قانون التسجيل الذي يتبنى في كثير من الحالات قواعد مخالفة للقانون المدني تقوم أساسا على اعتبارات المساواة أمام الضريبة وائتقاء الغش. وتطبيقا لهذه الاعتبارات، استقر النهج الضريبي في المغرب على التقيد بالقواعد التالية:

1- اعتبار الاتفاق قبل تحقق الشرط الواقف مجرد مشروع عقد غير

مستوجب لأداء واجبات التسجيل النسبية والتصاعدية. وقد تم تكريس هذا المبدأ بداية في فرنسا عبر اجتهادات فقهية وقضائية تحت مقولة " كل ما يلزم أو ينقل أو يبرئ لا

¹ - مجلة المحامي، عدد 18، ص 116، وفي نفس الاتجاه جاء في قرار لإحدى محاكم الاستئناف المصرية " لا يستطيع المالك تحت شرط واقف أن يأخذ بالشفعة حال تعليق الشرط ولا يأخذ بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط كذلك البيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا تحقق الشرط ولا تجري مواعيد الشفعة إلا من وقت تحققه"، استئناف مختلط 29 أبريل 1930، مذكور عند عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 42 هامش رقم 3.

يستوجب أداء الواجبات النسبية»، ذلك أنه وتطبيقا لهذا المبدأ تم اعتبار العقد المعلق على شرط واقف بمثابة برعم واحد، قد يثمر وقد يذبل قبل إثماره.

2- اعتبار الفسخ - ولو كان رضائيا وبدون تدخل القضاء - لاتفاق قبل

تحقق الشرط الواقف غير مستوجب لأداء الواجبات النسبية، وذلك خلاف الفسخ بالتراضي الذي يتناول اتفاقات ناجزة ويعتبر ناقلا من المنظور الجبائي وبالتالي خاضعا لأداء هذه الواجبات¹.

وقد تسنى للقضاء المغربي تطبيق هذه المقتضيات في مناسبات عديدة، ففي

حكم² صادر بتاريخ 1995/2/9 عن المحكمة الإدارية بمكناس جاء فيه " حيث إن كان الوعد بالبيع معلقا على شرط واقف لم يتحقق، فإنه يظل خارجا عن دائرة الخضوع الإجمالي للتسجيل، وأداء واجباته، وذلك لأنه لا يعتبر قائما ومنتجا لآثاره بالمفهوم المدني إلا بعد تحقق الشرط الواقف طبقا للفصول 125، 306، 335 من ق.ل.ع. خلاف الاتفاقات الناجزة التي تعتبر ناقلة للحقوق من منظور القانون الجبائي، فهذه الاتفاقات تكون خاضعة للواجبات النسبية في التسجيل.

وحيث إن الثابت من وثائق الملف وخاصة الحكم الاستئنافي المدلى به أن

الشرط الواقف لم يتحقق لأن عملية تجزئة الأرض المبيعة من الرسم الأصلي غير ممكنة ولم يرخص بها لحد الآن، وأن الجهة الإدارية نفسها لم تدل بما يفيد قيام هذا الشرط، وبالتالي فلا يمكن إخضاع الوعد بالبيع المذكور لضريبة التسجيل خصوصا وأنه لم ينتج آثاره، فلم يكتسب تبعا لذلك حقوقا لفائدة الخزينة العامة ". حيث أنه وتطبيقا للقاعدة الضريبية كل ما يلزم أو ينقل أو يبرئ لا يستوجب أداء الواجبات النسبية. حيث أن قابض التسجيل عندما قام بفرض واجبات التسجيل على الوعد بالبيع الذي فسخ قبل تحقق الشرط يكون قد خالف المقتضيات القانونية المذكورة مما يجعل بيان التصفية الصادرة عنه معرض للإلغاء³.

¹ - يحيى الصافي، الوجيز في نظرية وتطبيق ضريبة التسجيل بالمغرب، الهلال العربية للطباعة والنشر، 1991، ص 101 وما بعدها.

² - منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، 4، 1996، ص 103.

- انظر في نفس الاتجاه حكم بالمحكمة الإدارية بفاس رقم 95/222 الصادر بتاريخ 1995/10/25، منشور بمجلة المعيار، عدد 1996/22، ص 180.

³ - منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 4، ص 203.

فالشرط الفاسخ من طبيعته أنه لا يحول دون انعقاد البيع وتمامه بل يكون هذا العقد تاما منذ انعقاده ويتفق الطرفان على إنهائه إذا تحقق الشرط لاحقا مع حفظ حق كل منهما لاسترجاع ما سبق دفعه دون أن تنتج عن ذلك آثار رجعية بالنسبة لفترة ما قبل تفعيل الشرط.

وبناء على ذلك فإن تضمين عقد البيع شرطا فاسخا لا يحول دون استحقاق الضريبة لأن العقد يعتبر تاما وناقلا للملكية منذ البداية.

أما الشرط الواقف فمن مميزاته أنه يحول دون نفاذ الاتفاق حيث لا ينتج عنه أي أثر ما لم يتحقق الشرط المتفق عليه، وما دام الأمر كذلك فالبيع المشمول بشرط واقف يعتبر بيعا غير قابل للتنفيذ ولا ينتج عنه نقل ملكية المبيع، ومن الناحية الجبائية فإن مثل هذا الاتفاق لا يعتد به في مجال الضريبة، في حين أن تحقق الشرط يجعل البيع تاما وناقلا للملكية، وبالتالي خضوع الواقعة المنشئة للضريبة دون أثر رجعي سواء من حيث الخضوع للضريبة أو بالنسبة لسعرها أو لقيمة المبيع الواجب اعتماده. كما أن الإمكانية التي يخولها الفصل 124 من ق.ل.ع لتفعيل الشرط بأثر رجعي لا يحتج به في مراجعة الإدارة الضريبية¹، أما في الحالة التي يتم فيها إبطال العقود، فإن الأداء والرسوم الواجبة عليها بمناسبة تسجيلها، لا يمكن إرجاعها إلا إذا كان الإلغاء أو الإبطال أو الفسخ قد تم بمقتضى حكم ابتدائي أو قرار استئنافي قابل للتنفيذ.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 1 دجنبر 1988: "وحيث إنه طبقا للفصل 48 من قانون التسجيل فإن الأداءات عن عقود التسجيل التي أبطلت لا يمكن إرجاعها إلا إذا كان الإلغاء أو الإبطال أو الفسخ قد جرى بحكم ابتدائي أو قرار استئنافي قابل للتنفيذ، وحيث أنه ما دام البيع أصبح لاغيا ولا يوجد بالملف ما يفيد إلغاء الحكم الذي صرح بإبطال عقد البيع، فإن طلب قسم التسجيل الرامي إلى الأمر بإجراء خبرة لتحديد القيمة التجارية الحقيقية للعقار

¹ - بلعيد حفيظ، الإشكاليات المرتبطة بالإعفاء وتطبيق الحد الأدنى للضريبة على الأرباح العقارية، ندوة العمل القضائي والمنازعات الضريبية المنظمة من طرف المجلس الأعلى والمديرية العامة للضرائب يومي 28، 29 ماي 2005، دفاتر المجلس الأعلى عدد 8 سنة 2005 ص129.

المبيع بتاريخ التفويت يبقى غير ذي موضوع، ويكون بذلك الحكم المستأنف قد صادف الصواب فيما قضى به من رفض طلب قسم التسجيل¹.

وتطبق نفس القاعدة على فسخ العقد بحيث أن فسخ العقد بعد قيامه صحيحا لا يترتب عليه حرمان مصلحة التسجيل من استيفاء حقوقها التي تنشأ بمجرد تراضي أطراف العلاقة على إنشاء العقد².

أما إذا حكم ببطلان العقد أو فسخه لغير الأسباب المحددة حصرا في المادة 29 من المدونة الجديدة للتسجيل والتتبر³ فإنه يحق للملزم مباشرة مسطرة استرداد واجبات التسجيل وهكذا تنص المادة 29 من نفس المدونة. " وفي حالة إبطال عقد بسبب غبن أو بسبب عيب خفي وكذلك جميع الحالات التي تقتضي الإبطال، فإن الواجبات المستخلصة عن العقد المبطل أو المفسوخ أو المحكوم بفسخه لا يمكن إرجاعها إلا إذا كان الفسخ أو الإبطال موضوع حكم أو قرار اكتسب قوة الشيء المقضي به، وتسقط المطالبة بالإرجاع بالتقادم بعد مرور أربع سنوات ابتداء من يوم التسجيل ".⁴

ذلك أن الالتزام بأداء الحقوق المكتسبة للخزينة يعتبر طبقا للشريعة العامة مرتببا بشرط فاسخ مفاده، ألا يثبت بأن العقد الذي فرضت عليه هذه الواجبات قد انتهى وجوده نتيجة بطلان صادر عن القضاء⁵. وعليه فإذا كانت العقود المعلقة على شرط واقف، لا تخضع ابتداءا لضريبة التسجيل فإن العقود المعلقة على شرط فاسخ تخضع لهذه الضريبة، لأن العقد يكون قائما بذاته منذ انعقاده ويصير قابل للتنفيذ منذ تاريخه، ولا يحق للملزم مباشرة استرداد الضريبة حين تحقق الشرط الفاسخ سواء أكان هذا الفسخ بقوة القانون أي شرطا فاسخا صريحا (الفصل 260 من ق.ل.ع)،

¹ - قرار عدد 2257، ملف مدني عدد 87/2628 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 68 - 69، ص 109.

² - وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1999/1/7: " إن فسخ عقد البيع بعد قيامه صحيحا لا يترتب عليه حرمان مصلحة التسجيل من استيفاء حقوقها التي تنشأ بمجرد تراضي أطراف العلاقة على نقل الملكية ". ملف إداري عدد 96/1336، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، ص 223.

³ - حالة التراجع عن الاتفاقات نتيجة تحقق الشرط الفصل 121 من ق.ل.ع - حالة استرداد المبيع خارج الأجل في بيع الثنيا.

- حالة مطل المدين (الفصل 259 من ق.ل.ع)

- حالة الفسخ لعدم الوفاء (الفصل 260 من ق.ل.ع)

- حالة الفسخ لعدم أداء الثمن في الأجل المتفق عليه الفصل 581 من ق.ل.ع.

- حالة دعوى الاسترداد المنصوص عليها في الفصل 582 من ق.ل.ع.

⁴ - قرار محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 1890/1/28 مذكور عند يحيى الصافي، مرجع سابق، ص 116.

أو شرطا فاسخا عاديا (الفصل 121 من ق.ل.ع) أو شرطا ضمنيا للفسخ (المادتين 259 - 260) بصراحة المادة 29 من المدونة الجديدة للتسجيل والتبصر¹.

المبحث الثالث: آثار الشرط الفاسخ خلال مرحلة التعليق

إن التصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ ينتج عنه التزام قائم ونافذ غير أنه يكون مهددا بالزوال إذا ما تحقق الشرط، لذلك فإن دراسة آثار الشرط الفاسخ تستلزم الوقوف أولا على أثر قيام ونافذ الحق خلال مرحلة التعليق على شرط فاسخ (المطلب الأول) ثم أثر تهديد الحق بالزوال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزام قائم ونافذ

العقد المعلق على شرط فاسخ، هو عقد قائم ونافذ، فلا أثر للشرط على تكوينه من جهة، ولا على آثاره من جهة أخرى، أي أن العقد رغم تعليقه فهو ينتج كافة آثاره كالعقد الناجز، وقد نص الفصل 121 من ق.ل.ع صراحة على ذلك إذ جاء فيه أن " الشرط الفاسخ لا يوقف تنفيذ الالتزام... "، فهو كالالتزام الناجز يعتبر موجودا وواجب التنفيذ فور نشوئه وإن كان قابلا للزوال، وهذا ما قصده الفصل 121 من ق.ل.ع بقوله " الشرط الفاسخ لا يوقف تنفيذ الالتزام، وإنما يلزم الدائن برد ما أخذه إذا ما تحقق الأمر المنصوص عليه في الشرط... ".

ويترتب على اعتبار العقد المعلق على شرط فاسخ، أنه قائم ونافذ، عدة نتائج على المركز القانوني للمتعاقدين.

فالدائن من جهته يكون له طيلة فترة التعليق كل حقوق الدائن بالتزام بسيط ناجز²، والمدين من جهة أخرى يكون له مركز نظيره في العقد الناجز أي أنه يتمتع بحقوقه ويتحمل بنفس التزاماته.

¹ - بحيث جاء فيها " لا ترجع الواجبات المستخلصة قانونا على العقود أو الاتفاقات التي وقع الرجوع فيها أو فسخها فيما بعد عملا بالمواد 121 و 259 و 260 و 581 و 582 و 585 من الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 / 12 أغسطس 1313 المتعلق بقانون الالتزامات بالعقود.

² - عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، الطبعة الثانية، 1995، ص 143.

الفقرة الأولى: آثار الشرط الفاسخ خلال مرحلة التعليق.

إن الالتزام المعلق على شرط فاسخ يخول للدائن مجموعة حقوق والتزامات نجملها كالتالي:

أولاً- حق مطالبة المدين بالوفاء:

إن الدائن في العقد المعلق على شرط فاسخ يمكنه مطالبة مدينه بالوفاء بالتزامه، وإن امتنع كان له حق إجباره على ذلك.

ثانياً- حق التصرف في الحق المعلق على شرط فاسخ:

وتصرفه هذا يكون بوصفه الفاسخ أي باعتباره حقا قابلا للزوال تبعا لزوال التصرف، فإذا كان حق ملكية مثلا يصبح الدائن مالكا للعين ومن حقه أن يمارس عليها كافة الصلاحيات المخولة قانونا غير أنه إذا تصرف فيها بالبيع أو الهبة مثلا فإن حقوق الخلف تكون معلقة طبعا كحقوق سلفهم ومهددة بالزوال.

ثالثاً- احتساب مدة الحيازة:

إن المالك تحت شرط فاسخ لا يمنع ذلك من احتساب مدة حيازته للعين ضمن مدة التقادم، ليس فقط تجاه المالك الحقيقي، ولكن أيضا تجاه الغير الذي يدعي أن له حقا على ذلك العقار.

رابعاً- رفع دعوى الملكية واسترداد الحيازة:

المالك تحت شرط فاسخ يعتبر كالمالك بعقد ناجز له رفع دعوى الملكية لإثبات حقوقه، ولدفع اعتداء الغير عليها¹، كما أن له حق رفع دعوى استرداد الحيازة.

¹ - السنهوري، الوسيط، الجزء 3، مرجع سابق، ص 44.

خامسا- جواز تسجيل الحق العيني بالرسم العقاري:

إذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ وانصب على حق عيني عقاري فإن المتصرف له يجب عليه تسجيل هذا التصرف ليصبح بمقتضاه مالكا للحق العيني المتصرف فيه.

سادسا- طلب القسمة:

إذا كان المالك تحت شرط فاسخ قد اشترى نصيبا على الشياخ يكون له كباقي الشركاء الحق في طلب القسمة، وإذا ما تمت كانت نافذة في حقه وفي حق المدين وباقي الشركاء، وتنتج آثارها هذه حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ ما دامت القسمة عمل من أعمال الإدارة.

سابعا- طلب الشفعة:

للمالك بشرط فاسخ حق الشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به معلقا على شرط فاسخ¹، فإذا تحقق الشرط الفاسخ واستثناء من الأثر الرجعي للشرط يبقى حقه على العقار الذي أخذه بالشفعة قائما دون العقار المشفوع به، لأن المالك تحت شرط فاسخ قد اشترى العقار المشفوع فيه لنفسه استعمالا لإمكانية تخولها إياه ملكيته للعقار بناء على عقد معلق على شرط فاسخ.

وإذا كان الفصل 126 من ق.ل.ع والذي ينص على " أن للدائن أن يجري قبل تحقق الشرط جميع الإجراءات التحفظية لحفظ حقه " يسري على الدائن بشرط واقف فإنه أيضا ينطبق على الدائن بشرط فاسخ، الذي له حق اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه، كقطع التقادم الساري ضده وباقي الإجراءات السابق ذكرها.

وفي مقابل هذه الحقوق التي يتمتع بها الدائن بشرط فاسخ، فإنه تقع عليه كافة الالتزامات التي تكون على عاتق المالك بمقتضى عقد ناجز، وذلك كالقيام مثلا بإدارة الشيء المملوك تحت شرط فاسخ واستعماله بحسن نية، كما أنه يتحمل تبعه الهلاك،

¹- السنهوري، الوسيط، ج 9، مرجع سابق، ص 585.

ورغم أن المشرع المغربي التزم الصمت بخصوص تبعة الهلاك أثناء فترة التعليق على شرط فاسخ، فإنه لا مانع من تمديد أحكام الفصل 120 من ق.ل.ع إلى هذه الحالة، فالمشتري تحت شرط فاسخ - مثلا - يعتبر في الواقع مالكا حقيقيا وبأثر فوري، وهو بذلك يوجد في نفس وضعية البائع تحت شرط فاسخ، وبذلك كان عليه تحمل نفس المخاطر التي يتحملها هذا الأخير، كما أنه يلزم بأداء واجبات التسجيل إذا كان العقد خاضعا لها طبقا للفصل 2 من مدونة التسجيل والتبعية¹، وما دام أن تصرفه يعتبر نافذا نفاذا فوريا.

الفقرة الثانية: التزامات المدين بالتزام معلق على شرط فاسخ

إن التصرف المعلق على شرط فاسخ ينتج التزاما ناجزا ويرتب بالتالي آثاره بالنسبة للمدين الذي يجب عليه تنفيذ التزامه طبقا للقواعد العامة لتنفيذ الالتزامات المنظمة في قانون الالتزامات والعقود.

كما يحق له طبقا (للفصل 126 من ق.ل.ع) اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه.

المطلب الثاني: الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزام مهدد بالزوال

الحقيقة أنه مهما كان من أمر تشبيه العقد المعلق على شرط فاسخ بالعقد الناجز، فإن الأول يبقى عقدا دائما مهددا بالزوال، إذ أن المراكز القانونية لأطرافه تتسم بعدم الاستقرار، إذ ينتج آثاره إلى غاية أن يتبين مصير الشرط، فإما أن يتخلف فتصبح هذه الآثار نهائية وباتة، وإما أنه يتحقق فيزول الالتزام ويتعين على الدائن في هذه الحالة أن يرد ما أخذه من المدين كما جاء في الفصل (121 من ق.ل.ع).

وما دام الالتزام المعلق على شرط فاسخ معرضا للزوال فإن بعض الفقه يذهب إلى عدم إمكانية وقوع المقاصة بين الدين المترتب عنه ودين آخر مترتب عن التزام ناجز طالما بقيت حالة التعليق قائمة، ذلك أنه يشترط لإجراء المقاصة أن يكون

¹ - مرسوم رقم 1151 - 58 - 2 الصادر بتاريخ 1958/12/24 وقد تم نسخ الكتاب الأول من هذا القانون بموجب قانون المالية رقم 03 - 48 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 2003/12/31، الجريدة الرسمية عدد 5174 بتاريخ 2004/1/1، ص 3.

الدينان متساويين في القوة، والحال أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ أضعف من الالتزام الناجز، فهو التزام موجود مهدد بخطر الزوال بينما الالتزام الناجز غير معرض للزوال¹.

¹ - محمد سعد أبو شتا، مرجع سابق، ص 41.

الفنح الثاني: آثار الالتزام المعلق على شرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

تتحدد آثار الالتزام المعلق على شرط بتحقق الشرط أو تخلفه، وهي تختلف حسب ما إذا كان الشرط واقفا أم فاسخا وكيفية تحققه أو تخلفه وهو ما يستدعي بحث ضوابط تحقق الشرط أو تخلفه (المبحث الأول) على أن نخصص (المبحث الثاني) لأثر تحقق الشرط أو تخلفه.

المبحث الأول: ضوابط تحقق الشرط أو تخلفه

إن مصير التصرف المعلق على شرط يرتبط ارتباطا كبيرا بمدى تحقق الشرط أو تخلفه ليتبين مصير ذلك التصرف، ذلك أن الشرط قد يتحقق أو يتخلف إما فعلا أو حكما، والقاعدة العامة في كل ذلك خضوعه - أي الشرط - للإرادة المطلقة فهو لا يعتبر متحققا إلا إذا تمت الواقعة الشرطية على النحو المتفق عليه بين أطراف الالتزام وهو ما أكدته المادة 1175 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه " يجب أن يكون تحقق الشرط على الوجه الذي يظهر أن الطرفين قد أرادا وقصدا أن يكون كذلك " .

المطلب الأول: تحقق الشرط أو تخلفه فعلا

القاعدة العامة أنه يرجع بشأن كيفية تحقق الشرط أو تخلفه لإرادة المتعاقدين، وإن كان قانون العقود والالتزامات المغربي لم ينص صراحة على ذلك، فإن الفكرة انتقلت إليه من القانون المدني الفرنسي بصورة ضمنية، خاصة الفصل 1175 المذكور، لكنه لم يخرج عن نطاقها مثلا عندما جعل من بين ضوابط تحقق أو تخلف الشرط في الفصل 119 من ق.ل.ع ضرورة مشاركة الغير في تحقيق الحادث الشرطي أو عدم قيام الدائن بعمل معين أو انقضاء المدة المحددة لتحقيق الشرط (ف.ع. 117 ق.ل.ع) وتلك كلها ضوابط تدور في فلك الفكرة القائمة بوجود تحقق الشرط على نحو ما أراده المتعاقدان وقصدها.

الفقرة الأولى: تحقق الشرط

تطبيقا لقاعدة أن إرادة المتعاقدين هي الضابط والمتحكم في كيفية تحقق الشرط أو تخلفه على النحو السابق، فإنه يجب أن يتحقق الشرط أو يتخلف فعلا كلياً أو جزئياً، إن كان يتكون من أمر يمكن أن يتجزأ، أو من عناصر يستقل بعضها عن البعض، وفي الوقت المحدد لتحقيقه أو تخلفه، إن كان غير مطلق في الزمان.

فالشرط لا يعد متحققاً إلا بوقوع الحادث الشرطي فعلاً إذ جاء في الفصل 117 من ق.ل.ع " إذا علق التزام على شرط حصول أمر في وقت محدد، اعتبر هذا الشرط متخلفاً إذا انقضى الوقت دون أن يقع الأمر.

وفي هذه الحالة، لا يجوز للمحكمة أن تمدد الأجل.

وإذا لم يحدد أي أجل أمكن أن يتحقق الشرط في أي وقت، ولا يعتبر متخلفاً إلا إذا أصبح مؤكداً أن الأمر لن يقع "

أما الفصل 118 من ق.ل.ع فقد جاء فيه " إذا علق التزام مشروع على شرط عدم وقوع أمر في وقت محدد، فإن هذا الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت من غير أن يقع الأمر، وهو يتحقق كذلك إذا أصبح قبل فوات الأجل، مؤكداً أن الأمر لن يقع، وإن لم يحدد أي أجل فلا يتحقق الشرط إلا إذا أصبح مؤكداً أن الأمر لن يقع "

وانطلاقاً من الفصلين الأخيرين فإنه إذا كان المتعاقدان قد راعيا صفة خاصة أو اعتباراً شخصياً فيمن يقوم بالعمل ثم باشره شخص آخر غيره، فإن الشرط يعد متخلفاً، وإذا تمثل الشرط في تحقيق غاية، فإن الشرط لا يتحقق لمجرد بذل عناية، فإذا علق مثلاً متعاقدان عقدهما على شرط زواج أحدهما من سيدة معينة فإن الشرط لا يتحقق إلا بزواجه من تلك السيدة بنفسها، ولا يجدر به أن يثبت أنه عرض عليها الزواج وألح فيه ولكنها رفضته، أو أن أسباباً قاهرة حالت دونه. ولكن قصد

المتعاقدين قد ينصرف إلى جعل الشرط مجرد بذل عناية، وفي هذه الحالة يعد الشرط متحققا إذا بذل من أنيط به العمل، الجهد اللازم دون أن يكون ملزما بإدراك النتائج¹.

وإذا كان الشرط واقعة مركبة من عنصرين أو أكثر منفصلين ويقبلان الانفصال إذا تحقق عنصر أو جزء منه دون الآخر، فإن ذلك لا يعطي الحق للدائن في المطالبة بتنفيذ العقد المقابل للجزء الذي تحقق أو تخلف من الشرط، لأن آثار العقد تبقى معلقة بأكملها ما دام لم يتحقق الشرط بكل أجزائه، ومثاله أن يعلق أب تمكين ابنه من دار للسكنى إذا ما تزوج قبل سنة، فهنا الشرط يعد متحققا إذا تزوج الابن خلال أجل السنة المضروبة

فالشرط في هذه الحالة مركب من واقعتين : حصول الزواج، وحصوله خلال مدة معينة. فإذا انقضى الأجل دون أن يحصل الأمر يعتبر الشرط متخلفا بصريح الفصل (117 من ق.ل.ع).

ويبقى أمر تحديد ما إذا كان الشرط يقبل التجزئة أم لا، من اختصاص المحكمة لكون مسألة تحقق الشرط أو جزء منه تدخل في إطار كيفية تحقق الشرط باعتبارها من المسائل الواقعية لا القانونية. ويجب على المحكمة لتحديد مدى اعتبار الشرط متحققا أم متخلفا أن تحدد مضمون الشرط وذلك قبل بحث آثاره أو كيفية تحققه أو تخلفه.

وما دام الشرط يعتبر واقعة، فإن تحقق أو تخلف جزء من تلك الواقعة لا يؤدي إلى القول بتحقق أو تخلف الشرط كليا.

وإذا ما حدد المتعاقدان أجلا للشرط، فإنه إذا انقضى ذلك الأجل دون تحقق الحادث اعتبر الشرط متحققا، وإذا وقع نزاع يعرض على المحكمة التي لا تملك تحديد ذلك الأجل تطبيقا للفصل (117 من ق.ل.ع) انسجاما مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وقانونهما.

¹ - السنهوري، مرجع سابق، الجزء 3، ص 46.

ولا يسري على المدة المعلق عليها الشرط ما يسري على مدة التقادم من وقف أو انقطاع باعتبارها جزءا من الواقعة الشرطية، وما دامت أنها لا تدخل في تكوين الحق أو عناصر العقد، فهي تسري في مواجهة الجميع سواء كاملي الأهلية أو ناقصها.

الفقرة الثانية: تخلف الشرط فعلا:

يعتبر الشرط متخلفا فقط، في حالة عدم وقوعه داخل أجل المدة المحددة، بل أيضا إذا حدثت واقعة تؤكد أنه لن يتحقق مطلقا وتبقى للمحكمة الكلمة لتجزم بمآل الشرط. وعندما يكون الشرط غير محدد بمدة معينة، فإنه يمكن أن يتحقق في كل حين، ولو طال الزمن، إذ جاء في قرار محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 5 ماي 1977¹ " وحيث إن الالتزام المعلق على شرط واقف نظمه (الفصل 117 من ق.ل.ع) وجاء في بنده الأخير أن الالتزام المعلق على شرط واقف إذا لم يحدد أجلا لحصوله أمكن أن يتحقق الشرط في أي وقت ولا يعتبر متخلفا إلا إذا أصبح مؤكدا أن الأمر لن يقع.

وحيث إنه لا دليل على موافقة وزارة الأشغال العمومية على هذا البيع لحد الآن فيكون البيع غير محقق الوقوع لعدم تحقق الشرط الواقف، كما أنه ليس هناك دليل على رفض الإذن والسماح بالبيع فيكون البيع الذي هو سبب الشفعة غير حاصل².

ومرور وقت طويل دون تحقق الشرط لا يجعل منه متخلفا إلا إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع في المستقبل، إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى³ أنه " بمقتضى الفصل 117 من ق.ل.ع فإن العقد المعلق على شرط واقف هو حصول أمر في أجل معين، فإن هذا العقد لا يعتبر موجودا إذا انقضى ذلك الأجل دون أن يتحقق الأمر المعلق عليه. أما إذا لم يكن قد حدد لتحقيق الشرط أجل فإنه يعتبر متخلفا إذا أصبح

¹ - ملف مدني عدد 4983 منشور بمجلة المحامي، عدد 18 - 1991، ص 120.

² - نفس المبدأ أكده القضاء الفرنسي، انظر مثلا قرار الغرفة المدنية الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2000/4/5:

Revue trimestrielle de droit civil, n°3 . 2000, p.572.

³ - قرار رقم 3038 صادر بتاريخ 1991/12/04 بمجلة المجلس الأعلى عدد 46، ص36. وأيضا قرار بتاريخ 1990/4/18 بنفس المجلة، ص 16.

مؤكدًا أن الأمر لن يقع... وفي النازلة فإن رفض الرخصة الإدارية التي علق عليها البيع يعتبر بمثابة تخلف الشرط وبالتالي فإن العقد يعتبر غير موجود من تاريخ رفض تلك الرخصة".

ويجب على المحكمة أن تبحث فيما إذا كان الأطراف قد حددوا أجلا لتحقيق الشرط الواقف أو فيما إذا أصبح مؤكداً أن الشرط مستحيل تحققه¹.

ويرى بعض الفقه أنه عند عدم تعيين مدة يتحقق خلالها الشرط، يعين القاضي مدة معقولة مستخلصا إياها من نية الطرفين ومن ظروف التعاقد وملابساتها².

وفي التشريع المغربي عالج المشرع هذه المسألة بنص خاص بمقتضى الفصل (117 من ق.ل.ع) والذي جاء فيه " إذا لم يحدد أجل أمكن أن يتحقق الشرط في أي وقت ولا يعتبر متخلفا إلا إذا أصبح مؤكداً أن الأمر لن يقع".

ويبرر وجهة مسلك التشريع المغربي هذا بمراعاته لخاصية الالتزام المعلق على شرط، لكونه من الالتزامات التي لا تتقادم ولا تنقضي بطول المدة، فضلا عن ذلك فإن طرفي العقد يمكنهم التدخل لاحقا لتحديد مدة لاعتبار الشرط متحققا أو متخلفا أو تحويله إلى عقد ناجز.

والقواعد السابقة تطبق أيضا فيما لو كان الشرط عبارة عن أمر سلبي أي عدم حصول أمر معين، فالشرط سواء كان سلبيا أو إيجابيا فإنه يخضع لنفس الضوابط.

ونقترح أن يتدخل المشرع المغربي لتحديد أمد المدة المعقولة التي يعتبر

بانصرافها الشرط غير متحقق، لتحقيق نوعا من الاستقرار والأمان للمعاملات التعاقدية فضلا عن ذلك فإن مثل هذه الشروط الممتدة الأجل تعيق المبادلات ولا تحفز على الاستثمار.

¹ - Cass 3° Ch. Civ. 4 Mai 2000 Gaz. Pal. Dimanche 6 au Mardi 8 Aout, 2000, p 32.

² - السنهوري، مرجع سابق، ص 49.

المطلب الثاني: ضوابط تحقق أو تخلف الشرط حكما

يعتبر الشرط متحققا حكما إذا حال صاحب المصلحة دون تحققه، ويعد متخلفا حكما أيضا، إذا عمل صاحب المصلحة على تحققه بطريقة الغش، وفيما يلي نعرض لذلك.

الفقرة الأولى: تحقق الشرط حكما

عالج التشريع المغربي حالة تحقق الشرط من خلال مقتضيات (الفصل 122 من ق.ل.ع) والذي جاء فيه " يعتبر الشرط متحققا إذا حال من غير حق المدين، الملتزم على شرط، دون تحققه أو إذا كان مماطلا في العمل على تحققه ".¹

فالشرط يعتبر متحققا رغم عدم تحققه فعلا، وإنما عُدَّ متحققا حكما أي على سبيل المجاز من باب معاملة الملتزم تحت شرط بنقيض قصده، ذلك أنه قد يعمل ومن غير وجه حق، على عدم تحقق الشرط أو يماطل في العمل على تحقيقه. فالمدين بعمله هذا يكون قد حال دون حصول الشرط وفق المجرى العادي للأمر ويكون بالتالي قد حرم الدائن من مصلحة معينة ولذلك يعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية¹.

ونص أيضا الفصل 122 من ق.ل.ع على " أن الشرط يعتبر متحققا أيضا في حالة إذا تماطل المدين الملتزم بشرط في العمل على تحققه".

ويثار تساؤل مهم بخصوص هذه الحالة : هل أن المدين الملتزم بشرط يفترض فيه حسن النية في عمله على تحقق الشرط أو تخلفه أم أنه يلزم ببذل عناية معينة وأن يقوم بعمل إيجابي من أجل ذلك؟

طرح الأمر على القضاء الفرنسي فأجابت محكمة النقض الفرنسية على ذلك في قرارها الصادر بتاريخ 19/9/1999² " إن المدين وإن أثبت حسن نيته بطلب القرض، وهو الشرط الذي علق عليه إتمام عقد البيع، إلا أنه لما تقدم بطلب قرض

¹ - Jean-Jacques (Taisne), op. cit ; p.191

² - La semaine juridique, n°24, 2000, p.1140.

تفوق قيمته المبلغ المحدد في العقد ولم يعمل على تصحيحه رغم إنذاره بذلك يكون قد حال دون تحقق الشرط".

قد استلزمت محكمة النقض بذل المدين بشرط كل جهده للحفاظ على تحقق الشرط.

ونستحسن هذا الموقف غير أنه يجب إبعاده عندما يتعلق الأمر بشرط إرادي لأن المدين يمكنه منع تحقق الشرط.

الفقرة الثانية: تخلف الشرط حكماً:

نص الفصل 123 من ق.ل.ع على " أن تحقق الشرط لا ينتج أي أثر إذا حصل بتدليس ممن له فيه مصلحة".

ففي مثل هذه الحالة يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لا يزال متخلفاً في حكم الواقع، وذلك جزاء عما وقع من غش، ممن كانت له مصلحة في تحقق الشرط.

وذي المصلحة من الطرفين في تخلف الشرط إذا حال دون تحققه بطريق الغش، كالمدين تحت شرط واقف يحول دون تحقق هذا الشرط حتى لا ينفذ التزامه، أو الدائن تحت شرط فاسخ يحول دون تحقق هذا الشرط حتى يصبح حقه باتاً لا يفسخ، يكون قد عمل على نقض ما تم من جهته.

ونفس الأمر بالنسبة لذي المصلحة من الطرفين في تحقق الشرط إذا عمل على تحقيقه بطريق التدليس، كالمدين تحت شرط فاسخ يعمل على تحقيق الشرط ليفسخ التزامه، والدائن تحت شرط واقف يعمل على تحقيقه ليصبح حقه نافذاً.

وفي جميع الأحوال يكون هناك خطأ من الطرف الذي عمل على تحقق الشرط، فيجب عليه التعويض عن خطأ، وخير تعويض هو أن يعتبر الشرط الذي عمل على تحقيقه قد تخلف، فهذا التعويض العيني عن الخطأ الذي ارتكبه¹.

¹ - السنهوري، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 52.

والتدليس هنا يثبت بكافة وسائل الإثبات ما دام من الأمور الواقعية والتي لا رقابة للمجلس الأعلى على قضاء الموضوع بخصوصها، ويقع عبء إثباتها على مدعي التدليس.

المبحث الثاني: أثر تحقق الشرط أو تخلفه

تختلف آثار الشرط بحسب ما إذا كان الشرط الذي علق عليه التصرف واقفا أم فاسخا.

وإذا كانت أغلب القوانين المقارنة¹ تقرر أثرا رجعيا للشرط سواء تحقق هذا الأخير أو تخلف فإن التشريع المغربي لم يتأثر بذلك وأقر الأثر الفوري للشرط.

المطلب الأول: آثار الشرط الواقف

تختلف نتائج تحقق الشرط الواقف عن آثار تخلفه.

الفقرة الأولى: أثر تحقق الشرط الواقف

ينص الفصل 124 من ق.ل.ع على ما يلي: " لتحقق الشرط أثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام، إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطائه هذا الأثر ".

إن فالمبدأ في التشريع المغربي أن لتحقق الشرط أثر فوري ما لم يتفق الأطراف على إعطائه أثرا رجعيا، وفكرة الأثر الرجعي هذه تجد جذورها في القانون الروماني، وذلك لتبرير بعض الآثار التي تترتب على تحقق الشرط، وأهمها فسخ التصرفات التي تجريها أثناء قيام الشرط المدين تحت شرط واقف أو صاحب الحق المقرون بشرط فاسخ.

وقد تراجعت بعض التقنيات الحديثة عن فكرة الأثر الرجعي تلك كالقانونين الألماني والسويسري، واعتبرت الالتزام إنما يوجد أو يزول في نفس الوقت الذي يتحقق فيه الشرط لا في الوقت الذي نشأ فيه الالتزام.

¹ - مثلا الفصل 1179 من القانون المدني الفرنسي.
المادة 270 من القانون المدني المصري.

فحسب (الفصل 124 من ق.ل.ع) وبإعمال مفهوم المخالفة فإنه ما لم يظهر من طبيعة الالتزام أو من إرادة المتعاقدين أنه قصد إعطاء الشرط إذا تحقق أثرا رجعيا، فإنه يطبق الأصل الذي هو الأثر الفوري للشرط، أي أن أثر الالتزام المعلق على شرط لا ينطلق إلا من يوم نشوئه.

وحسنا فعل المشرع المغربي ما دام أنه قد نص على جواز اتفاق الأطراف على مبدأ الأثر الرجعي للشرط، ويكون بذلك يلتقي حتى مع باقي التشريعات المقارنة والتي إن كانت تأخذ بمبدأ الأثر الرجعي للشرط، فإنها لا تجعله من النظام العام، وبالتالي يمكن للمتعاقدین الاتفاق على تجريد الشرط من أثره الرجعي.

وبتحقق الشرط الواقف يتأكد وجود الالتزام، ويصبح حق الدائن الذي كان محتملا خلال فترة التعليق، حقا نافذا ناجزا ومستحق الأداء، ومن ثمة فإنه يرتب جميع الآثار التي يربتها الالتزام البسيط والناجز.

كما أنه عندما يتحقق الشرط يجب على الملتزم تنفيذ التزامه رضاء وإلا نفذه عليه الدائن بطريق التنفيذ الجبري.

وإذا ما هلك الشيء محل الالتزام المعلق على شرط واقف أو تلف أو نقصت قيمته خلال مرحلة التعليق، يلزم عندما يتحقق الشرط تطبيق القواعد المنصوص عليها في (الفصل 120 من ق.ل.ع) ما لم يتفق الطرفان على خلافها وهي تتلخص فيما يلي:

- 1- إذا هلك الشيء هلاكا تاما بدون فعل المدين أو خطئه وتحقق الشرط لا يكون له أثر والالتزام كأن لم يكن.
- 2- أما إذا هلك تماما بفعل المدين أو خطئه كان للدائن الحق في التعويض.
- 3- وإذا نقصت قيمة الشيء بغير خطأ المدين أو فعله لا ينقص ثمنه ويأخذه الدائن على حالته تلك.

أما إذا تلف أو نقصت قيمته بخطأ المدين أو فعله، كان للدائن الخيار بين أن يأخذ الشيء في الحالة التي يوجد عليها وبين أن يفسخ العقد، مع ثبوت حقه في التعويض في الحالتين.

4- تفسخ جميع التصرفات المبرمة في الفترة ما بين نشوء الالتزام وتحقق الشرط طبقاً (للفصل 125 من ق.ل.ع) وذلك في الحدود التي يمكن فيها أن تضر بالدائن مع عدم الإخلال بالحقوق المكتسبة بطريقة سليمة للغير حسن النية. ذلك أن المدين تحت شرط واقف يجب أن لا يضر بتصرفاته التي يجريها خلال مرحلة التعليق الدائن، وإذا ما تصرف المدين في ذلك الحق فإنه ينتقل تحت نفس الشرط الواقف، ذلك أنه:

إذا كان من حق الدائن تحت شرط واقف أن لا يضر بتصرفات المدين خلال مرحلة التعليق، وكان المتصرف إليه في هذه الفترة يتلقى الحق من المتصرف تحت نفس الشرط الواقف، يضحى من الطبيعي أنه تفسخ هذه التصرفات إذا ما كانت تضر بالدائن، ومثال ذلك في البيع العقاري المعلق على شرط واقف إذا ما أنشأ البائع مثلاً انتفاعاً أو ارتفاقاً على العقار المبيع أثناء قيام الشرط، يفسخ الانتفاع أو الارتفاق عند تحقق الشرط، لأن من حق المشتري تحت شرط واقف أن يتسلم المبيع خالياً من الأعباء والتكاليف التي يكون البائع قد رتبها بعد البيع

أما التصرفات التي لا تضر بالدائن فتبقى صحيحة ونافاذة رغم تحقق الشرط الواقف كأعمال الإدارة، كالكراء الذي يبرمه المدين تحت شرط واقف أو كبيعه الثمار والمحصولات التي حان وقت قطفها أو جنيها¹.

وإذا كان حسن النية مكتسب الحق من المدين تحت شرط واقف يجب ألا تتأثر حقوقه بتحقيق الشرط الواقف الذي كان يجهل وجوده. فيكون من الأولى على المشرع حماية هذا الغير حسن النية. ففي المثال أعلاه لو أن المنتفع أو من اكتسب الحق الارتفاقي قد استند يوم إنشاء حقه إلى التقييد بالسجل العقاري والذي لا يشير إلى

¹ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 60.

الشرط الواقف الذي كان علق عليه البيع لأن الطرفين لم يقوموا بتقييده، فلا يتأثر حق الارتفاق أو الانتفاع مطلقا بتحقق الشرط الواقف ولا يبقى للمشتري المتضرر سوى الرجوع على البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر متمثل في انتقال العقار إليه منتقلا بحق الانتفاع أو الارتفاق.

الفقرة الثانية: أثر تخلف الشرط الواقف

إذا تخلف الشرط الواقف، فإن الالتزام المعلق عليه يزول ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية، ويتفرع عن ذلك زوال التصرفات التي يكون الدائن قد باشرها استنادا لحقه المحتمل أثناء فترة التعليق، وتسقط بالتالي كافة الإجراءات التحفظية التي باشرها الدائن من أجل الحفاظ على حقه خلال مرحلة التعليق.

كما أنه إذا ما تصرف الدائن بشرط واقف في حقه، فإن تصرفه هذا يلغى وتلغى بالتبعية حقوق المتصرف إليه لأنها كانت معلقة على نفس الشرط الواقف.

ويترتب على زوال الحق المعلق على شرط واقف - تبعية تخلف هذا الأخير - زوال التزام المدين بالوفاء، ويمكنه بالتالي استرداد ما تم الوفاء به خلال مرحلة التعليق وبالتالي يصبح المدين تحت شرط واقف صاحب حق بتخلف الشرط وتقوم كل تصرفاته التي أبرمها خلال مرحلة التعليق صحيحة تبعا لتخلف الشرط الواقف.

المطلب الثاني: أثر الشرط الفاسخ

للشرط الفاسخ آثار تختلف بحسب تحققه أو تخلفه.

الفقرة الأولى: تحقق الشرط الفاسخ

جاء في الفصل 121 من ق.ل.ع أن " الشرط الفاسخ لا يوقف تنفيذ الالتزام، وإنما يلزم الدائن برد ما أخذه إذا ما تحقق الأمر المنصوص عليه في الشرط... ".

إذن فتحقق الشرط الفاسخ يؤدي إلى زوال الالتزام العقدي نتيجة زوال التصرف أو انفساخ العقد، ووجب مبدئيا إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إجراء

التصرف، ذلك أن الالتزام الذي كان موجودا أثناء مرحلة التعليق يعتبر كأن لم يكن¹ أي أن زوال الالتزام لا يرجع إلى وقت تحقق الشرط بل يرتد إلى وقت الاتفاق عليه. وتحقق الشرط الفاسخ يجعل الالتزام زائلا بقوة القانون ما دام العقد الذي يرتبط به الالتزام قد انفسخ بصورة تلقائية، ودون حاجة للجوء إلى القضاء أو توجيه إنذار بذلك.

وآثار الشرط الفاسخ تترتب كافة على أساس أنه وصف للتراضي وبالتالي تكون منبثقة عن التزامات عقدية وإرادية، وأهم تلك الآثار نص عليها قانون الالتزامات والعقود في (الفصلين 121 و125)، غير أن هذه النتائج تختلف بحسب ما إذا كان الشرط فاسخا صريحا أم فاسخا ضمنيا لذلك وجب التمييز بينهما.

أولاً: التمييز بين الشرط الصريح الفاسخ والشرط الضمني الفاسخ

يعتبر الشرط الفاسخ صريحا² عندما يتفق الأطراف على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وبالتالي ليس للمحكمة أن تمنح للمدين بهذا الشرط مهلة المسيرة³ للوفاء بالتزامه كما أنه ليس له الحق في عرض تنفيذ التزامه إلا بموافقة الدائن.

وقد يتفق الأطراف على وقوع الفسخ تلقائيا دون حاجة إلى حكم قضائي أو دون حاجة إلى إنذار.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2007/3/7 أنه "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزامه وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء مما يفيد أنه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ بعدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه المنصوص عليه بالعقد، فإنه ودونما حاجة إلى إشعار، يقتصر دور المحكمة

¹ - وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1978/3/16: "إن الالتزام في عقد الهبة شأنه شأن سائر العقود قد يكون معلقا على شرط فاسخ فإذا تحقق الشرط تترتب على ذلك زوال الالتزام وجزا للواهب أن يسترد ما وهبه ولا يشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول وإنما يكفي تحقق الشرط". - أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 109.

² - للتعلم بشأن التطور التاريخي لإقرار نظام الشرط الصريح الفاسخ راجع، محيي الدين إسماعيل علم الدين، الشرط الصريح الفاسخ في قضاء محكمة النقض المصرية، مجلة الميادين عدد 2، ص 67 وما بعدها.

³ - عالج المشرع المغربي مهلة المسيرة في الفصل 243 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "... ومع ذلك يسوغ للقضاة مراعاة منهم لمركز المدين ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق أن يمنحوه أجلا معتدلة للوفاء وأن يوقفوا إجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها". وقد اختلف الفقه والقضاء حول الجهة المختصة في منح الإمهال القضائي بين القضاء الاستعجالي وقضاء الموضوع. للمزيد من التعلم راجع عبد اللطيف هداية الله، القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة ط 1 / 1998، ص 274.

على التأكد في هذه الحالة من عدم الوفاء بالالتزام للقول بتحقيق الشرط الفاسخ من عدمه¹.

والاتفاق على الفسخ التلقائي يجب أن يكون قاطع الدلالة على ذلك حيث يجب أن تتجه إرادة الأطراف بوضوح تام إلى وجوب الفسخ التلقائي للعقد عند الإخلال بالالتزام² تطبيقاً (للفصل 260 من ق.ل.ع).

أما عندما ينص المتعاقدان في العقد على الفسخ عند الإخلال بالالتزام فإن ذلك لا يعدو أن يكون مجرد تأكيد لتطبيق القواعد العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، أي تطبيق أحكام الفسخ القضائي.

وعندما تتجه نية المتعاقدين إلى فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه، فالفسخ يكون الجزاء المباشر للإخلال بالالتزام، ويجب إنذار المدين بذلك، مع ضرورة صدور حكم قضائي تتمتع فيه المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في الاستجابة لطلب الدائن في الحكم بالفسخ من عدمه، إذ يجوز لها منح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما لو كان حسن النية، ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب إمهاله بعض الوقت لتنفيذ التزامه.

ويجوز للقاضي رفض الفسخ إذا ما كان التزام المدين الذي لم يف به قليل الأهمية بالنسبة للالتزام بكامله وبالتالي يمكن للمدين تنفيذ التزامه قبل صدور حكم قضائي في الدعوى.

ومن ثم يحق لكل متعاقد في العقود التبادلية طلب فسخ العقد عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، ولم تتحقق له مصلحة اقتصادية من الفسخ، وهذا الحق يعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمان المتعاقدين منه أو الحد منه، إلا باتفاق صريح.

وإذا جاء العقد التبادلي خالياً من النص على الفسخ أو اكتفى الأطراف بالنص فيه على الفسخ عند الإخلال بالالتزام، أو جاءت صيغة الاتفاق على الفسخ عامة غير

¹ -قرار عدد 285 ملف تجاري عدد 2004/1/3/1040،مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68 ص 187.

² - Civ. 25 nov. 1986, R.T.D. Civ. 1987, p. 313

صريحة ودالة على وجوب الفسخ حتما بمجرد الإخلال بالالتزام، فالقاضي هنا له أن يقضي بفسخ العقد إعمالاً للشرط الفاسخ الضمني¹، وذلك تطبيقاً للفصل 259 من ق.ل.ع والذي جاء فيه: " إذا كان المدين في حالة مطل، كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكناً، فإن لم يكن ممكناً، جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين... " ².

واستناداً لما ذكر أعلاه فإن الفرق بين الشرط الصريح الفاسخ والشرط الفاسخ الضمني يكمن في التفرقة بين الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي أي بين أحكام الفصلين 259 و 260 من ق.ل.ع.

وقد أقرت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 2 ماي 1946 إلى " أن الفرق بين نوعي الشرط الفاسخ الضمني والصريح إلى أن الشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ.

زدوج 12/11-2008، ص141 أما الشرط الصريح فهو موجب للفسخ حتماً، فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجبا للفسخ

¹ - وما دام الفسخ القضائي هو الأصل العام، فإن للدائن عند عدم توافر شروط الفسخ الاتفاقي أو حتى مع توافر شروطه، أن يطلب من القاضي إيقاع الفسخ.

² - لكن هل يجوز للدائن أن يطلب فسخ العقد مع أن تنفيذه لا زال ممكناً؟ وظاهر الفصل أنه يعطي الأولوية لتنفيذ العقد وليس لفسخه، لكن المجلس الأعلى بموجب قراره الصادر بتاريخ 27 أبريل 1988 ذهب في اتجاه مخالف معتبراً أن للدائن الخيار بين أن يطلب إجبار المدين على التنفيذ متى كان ممكناً أو طلب الفسخ، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 42 - 43، ص 17. ومن جانبنا نعتقد أن هذا الاتجاه يظل حرياً بالتأييد لكن متى أعرب المدين عن رفضه تنفيذ الالتزام صراحة أو ضمناً. للمزيد من التعمق حول هذا الموضوع راجع:

- أستاذنا محمد الكشور، طلب التنفيذ وطلب الفسخ في إطار الفصل 259 من ق.ل.ع، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج 12/11-2008، ص141.

- عبد القادر العرعاري، تأملات بخصوص أهم المحطات القانونية التي حظيت باهتمام المجلس الأعلى في المادة المدنية، مشكلة الخيار بين الفسخ والتنفيذ على ضوء مقتضيات الفصلين 234 و 259 من ق.ل.ع، أشغال ندوة المجلس الأعلى والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية تخليداً للذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى، الرباط 18 - 20 دجنبر 1997، ص 51. والظاهر أن المجلس الأعلى حسم الإشكال بموجب قراره المبدئي الصادر بتاريخ 2006/10/11 الذي جاء فيه "إذا كان المدين في حالة مطل، كان للدائن الخيار بين إجباره على تنفيذ العقد وبين المطالبة بفسخ العقد، وأن للدائن هذا الخيار ولو كان التنفيذ العيني للالتزام لازال ممكناً"، قرار عدد 2977 ملف مدني عدد 2005/5/1/1215، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 68 ص 27.

عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار¹.

أما القانون المدني الفرنسي فينص في الفصل 1184 على أن الشرط الفاسخ يكون دائما مضمرا في العقود الملزمة للجانبين وذلك لمواجهة تخلف أحد طرفي العقد عن الوفاء بالتزامه، فهو ينظم الفسخ القضائي وقيمه على فكرة الشرط الفاسخ الضمني².

ولم يتضمن نص عام مقابل (للفصل 260 من ق.ل.ع) المنظم للفسخ الاتفاقي وإنما هناك نص خاص يتعلق بعقد البيع (المواد 1656 - 1657)³، وقد استقرا الفقه والقضاء على صحة الاتفاق على ذلك الشرط انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة، ولعل استخدام المشرع لمصطلح الشرط الفاسخ كان بقصد تمييزه عن الشرط الفاسخ الضمني الذي استند إليه المشرع لتبرير الفسخ القضائي⁴.

غير أن الفقه في فرنسا سرعان ما انتقد ذلك التبرير الذي يخالف الواقع بقيامه على تفسير ظني لإرادة الأطراف، ولو كان الشرط الفاسخ الضمني هو أساس الفسخ لأدى ذلك إلى وقوع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم التنفيذ دون حاجة لتدخل القاضي ومن المقرر تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال⁵.

ثانيا: صور الشرط الصريح الفاسخ:

إن الإرادة وحدها هي المتحكم في فسخ العقد طبقا (للفصل 260 من ق.ل.ع)، والذي يعطي المتعاقدين الحرية في الاتفاق على الفسخ إذ ينص على أنه " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء "

¹ - محمد حسين منصور، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر 203، ص 25.

² - H.L.J - Mazeaud, Leçon de droit civil, T. II, 6^{ème} édition n°1087. - Civ. 17 mars 1956, p. 449 - 6 juin 1984. Bull. n°111.

³ - إذ جاء في (المادة 1656 ق.م.ف) أنه إذا اتفق الأطراف في عقد بيع العقار على الفسخ التلقائي للعقد عند التخلف عن دفع الثمن في الموعد المحدد، جاز للمشتري مع ذلك الوفاء بعد الميعاد طالما لم يتم إنذاره بإنذار. ولا يجوز للقاضي بعد هذا الإنذار منح المشتري مهلة للوفاء.

⁴ - Borricond, La clause résolutoire dans les contrats. R.T.D. Civ. 1957, p. 433.

⁵ - Mazeaud, op. cit, p. 1089.

وبالتالي عندما يثار نزاع فليس من حق المحكمة استعمال سلطتها التقديرية وأن تبحث من جديد عن نية المتعاقدين باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالالتزام¹. ذلك أن الشرط الصريح الفاسخ يشكل خروجاً عن مبدأ الفسخ القضائي للعقد وبالتالي لا يجوز إعماله إلا عندما تدل عبارات العقد الواضحة عليه². والشرط الصريح الفاسخ له ثلاث صور وهي:

- 1- الاتفاق على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه.
- 2- الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم.
- 3- الاتفاق أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار.

1- الاتفاق على أن يفسخ العقد تلقائياً:

تتجلى أهم صورة بسيطة للشرط الصريح الفاسخ في الاتفاق على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه أو بمجرد الإخلال بالالتزام معين.

وإذا كان الشرط صريحاً في أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه فإنه لا مناص من اللجوء إلى المحكمة، في حالة منازعة المدين الدائن تحققه، إذ يجب على الدائن رفع دعوى طلب الفسخ، وهنا يجب على المحكمة الوقوف عند حد التحقق من مدى توفر الإخلال بالالتزام الموجب للفسخ حسب الاتفاق، ولا مجال لإعمال سلطتها التقديرية. فإذا ثبت للمحكمة توفر شروط الفسخ وقع الفسخ بأثر رجعي أي منذ تاريخ توفر تلك الأسباب، ذلك أن حكم المحكمة لا ينشئ الفسخ وإنما يكشف عنه³.

¹ - وإذا كان القاضي لا يملك أي سلطة إزاء الفسخ الاتفاقي إلا أن المشرع في إطار الفصل 26 من ظهير 55/5/24 منحه إمكانية إيقاف الفسخ ومنح المدين مهلة لأداء واجبات الكراء لمدة أقصاها سنة. للتعلم حول هذا الموضوع راجع: - محمد الكشور، الكراء المدني والتجاري، مطبعة النجاح الجديدة 2000، ص 74 وما بعدها. - أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء التجاري، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط 3/1988 ص 189

² - محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين، الفسخ والانسفاخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية 1986، ص 141

³ - B. Stark, op. cit, p. 647.

ورغم الاتفاق الصريح على الفسخ التلقائي للعقد عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، فإن (الفصل 255 من ق.ل.ع) يشترط صراحة ضرورة إنذار المدين بتنفيذ التزامه ما لم يتم الاتفاق صراحة على عدم لزوم الإنذار، إذ ينص (الفصل 255 ق.ل.ع) على أنه " يصبح المدين في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام، فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين... ".

والغاية من الإنذار هو وضع المدين قانونا موضع المتأخر في تنفيذ التزامه ومنحه فرصة أخيرة للوفاء بالتزامه، إذ يمكنه تنفيذ التزامه مباشرة بعد الإنذار أو خلال المهلة التي قد يكون منحها إياه الدائن في الإنذار.

ولا تعارض في هذه الحالة بين إنذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك، لأن الإنذار لا يعتبر تنازلا عن المطالبة بفسخ العقد بل شرطا واجبا لرفع دعوى الفسخ¹.

غير أنه رغم الاتفاق الصريح على توجيه الدائن إنذارا للمدين بتنفيذ التزامه المعلق على شرط فاسخ، فإن الدائن يعفى من توجيه هذا الإنذار في حالتين نص عليهما (الفصل 256 من ق.ل.ع) والذي جاء فيه: " لا يكون الإنذار من الدائن واجبا:

- إذا رفض المدين صراحة تنفيذ التزامه

- إذا أصبح التنفيذ مستحيلا.

2- الاتفاق على الفسخ التلقائي للعقد دون حاجة إلى حكم

تمثل هذه الحالة أقوى حالات الشرط الفاسخ، إذ أن الإخلال بالالتزام يرتب انفساخ العقد من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء أي بدون رفع دعوى للحكم بالفسخ، فالدائن يعتبر العقد مفسوخا عند عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة عنه ودون رفع دعوى للمطالبة بالفسخ، وهو ما نص عليه (الفصل 260 من ق.ل.ع)

¹ - السنهوري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 990.

والذي جاء فيه " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء ".

وعندما يثار نزاع حول مدى قيام الشرط الفاسخ أو تنفيذ العقد فيجب اللجوء إلى القضاء لإثبات ذلك، إذ يكون على المحكمة التحقق من واقعة تنفيذ الالتزام، ومدى أحقية المدين في الامتناع عن التنفيذ أو توفر شروط إعمال الشرط الصريح الفاسخ، فإذا ثبت لها ذلك تقضي المحكمة بالفسخ دون إعمال سلطتها التقديرية، فقد قضت محكمة النقض المصرية¹ في قرارها الصادر بتاريخ 1987/6/9 بأن " الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا دون حكم في حالة الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب قاضي الموضوع كل سلطة تقديرية في هذا الصدد ويقتصر دوره على بحث شروط الفسخ لإعماله من عدمه.

ويكون الحكم الصادر مقررا للفسخ وكاشفا له لا منشئا له إذ يعود أثر الفسخ إلى وقت تحقق الشرط ".

والاتفاق على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم إعمالا للشرط الصريح الفاسخ لا يعفي الدائن من إنذار المدين بالوفاء بالتزامه وإثبات امتناعه عن التنفيذ، فالإنذار واجب لوقوع الفسخ واستعمال الشرط الصريح الفاسخ ما لم يكن هناك اتفاق صريح على الإعفاء من الإنذار تطبيقا لنص (الفصل 255 من ق.ل.ع) والذي ينص على أنه " يصبح المدين في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام.

فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين.... " .

ورغم تحديد أجل معين للوفاء بالالتزام وبالتالي الإعفاء من توجيه إنذار للمدين بتنفيذ التزامه، فإن هذا الحكم لا يسري على الخلف الخاص بعد وفاة موروثهم إذ أنه إذا ما حل الالتزام بعد موت المدين، فإن ورثته لا يعتبرون في حالة مطل إلا

¹ - مجلة القضاء، السنة 21، العدد الأول، ص 83.

إذا وجه إليهم الدائن أو ممثله إنذارا صريحا بتنفيذ التزام موروثهم. وإذا كان من بينهم قاصر أو ناقص أهلية يوجه الإنذار إلى ممثله القانوني (الفصل 257 من ق.ل.ع).

3- الاتفاق على الفسخ التلقائي دون حاجة إلى حكم أو إذار

في هذه الحالة يتم الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد حلول أجل التنفيذ وعدم قيام المدين بذلك بدون حاجة إلى إنذار المدين¹ أو رفع دعوى قضائية، ويجب أن تكون عبارات العقد واضحة وصريحة على وجوب الفسخ التلقائي عند تحقق الشرط الفاسخ دون حاجة إلى حكم قضائي أو إنذار.

وإذا ما ثار نزاع حول مدى الإخلال بالالتزام أو مدى تحقق الشرط الصريح

الفاسخ، فإن المحكمة تتحقق من ذلك وليس لها في حالة تحقق قيام الشرط الصريح الفاسخ منح المدين أجلا للوفاء بالتزامه، باعتبار العقد يكون قد فسخ منذ تحقق الشرط الفاسخ وبالتالي فالوفاء اللاحق لا يعيد إبرام العقد ويلزم إعمال آثار الفسخ² كاملة ولو قام المدين بالوفاء بجزء من الالتزام، فالفسخ يقع في حالة الإخلال الجزئي بالالتزام المتفق على الشرط الصريح الفاسخ كجزء له.

ويبقى خيار التنفيذ أو الفسخ من حق الدائن باعتبار الشرط الصريح الفاسخ

مقدر لصالحه وليس للمدين حق التمسك به وبالتالي فالفسخ لا يقع إلا إذا تمسك به الدائن.

الفقرة الثانية: تخلف الشرط الفاسخ

إن النتيجة الطبيعية لتخلف الشرط الفاسخ المعلق عليه الالتزام هي تأكيد

الالتزام الذي يصبح قائما ومنتجا بكافة آثاره القانونية ويترتب عن ذلك أن تصبح كافة التصرفات التي باشرها الدائن أثناء فترة التعليق قائمة ومنتجة هي الأخرى لآثارها، وبالمقابل يؤدي تخلف الشرط الفاسخ إلى سقوط التصرفات التي يكون أبرمها المدين تحت شرط واقف.

¹ - وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 27مايو1986 " أن النص في العقد على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى التنبية أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد وقيامه مقام النص على الشرط بلفظه، لا رقابة محكمة الموضوع في هذا التفسير متى كانت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به ". مذكور عند معوض عبد الثواب، الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثاني منشأة المعارف الإسكندرية، ط 98/4، ص 24.

² - المادة 160، ق. المصري.

أولاً: مبدأ الأثر الفوري للشرط

نص الفصل 124 من ق.ل.ع على أنه: " لتحقق الشرط أثر رجعي يعود إلى يوم الاتفاق على الالتزام إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاؤه هذا الأثر ".¹

من هذا النص يتضح أن المشرع¹ تبني مبدأ الأثر الفوري للشرط وأورد له استثناءات تحد من إطلاقه، وتجعل للشرط أثراً رجعياً. فحسب التشريع المغربي فإن الالتزام المعلق على شرط يزول أو يوجد في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، لا في الوقت الذي نشأ فيه الالتزام وذلك ما لم يظهر من طبيعة الالتزام أنه قصد إعطاء الشرط إذا تحقق أثراً رجعياً.

أما الشريعة الإسلامية فإنها هي الأخرى تأخذ مبدئياً بالأثر الرجعي، لذا جاء في القاعدة الكلية الواردة في المجلة أن المعلق بشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط ويستثنى من هذه القاعدة العقود والتصرفات التي تكون بحسب طبيعتها معلقة على شرط ضمني²

وينقسم الفقه في المغرب بخصوص تفسير الفصل 124 أعلاه من ق.ل.ع، إلى فريق³ يؤكد مبدأ الأثر الفوري للشرط وأن المشرع تبني هذا المبدأ وأورد عليه استثناء وهو الأثر الرجعي. أما الفريق الثاني فيفسر الفصل 124 من ق.ل.ع على أساس أن المشرع تبني مبدأ الأثر الرجعي للشرط باعتبار أن من القواعد الأساسية

¹ - وبذلك يكون المشرع المغربي قد خالف القانون الفرنسي (1179 ق.م) والمصري (المادة 270 ق.م) واللذين يعتبران أن للشرط أثراً رجعياً أي أنه إذا تحقق الشرط أو تخلف فإن تحققه أو تخلفه إنما يستند إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام، وبالتالي يكون للشرط أثر رجعي. والأثر الرجعي للشرط من الناحية الواقعية يشكل حماية للطرف الذي يتحقق الشرط لمصلحته من آثار التصرفات التي يحتمل أن يكون قام بها الطرف الآخر على الحق نفسه خلال فترة التعليق ويفضل الأثر الرجعي فإن تلك التصرفات لا يواجه بها. أما من الناحية النظرية فقد تعددت الآراء في بيان أساس الأثر الرجعي للشرط، غير أن الاتجاه السائد في الفقه المعاصر يعتبر أن قاعدة الأثر الرجعي للشرط تجد أساسها في إرادة المتعاقدين على اعتبار أن هذه الإرادة ما كانت تأخذ بحكم الالتزام كما يرتبه الأثر الرجعي لو ثبت مقدماً مال الشرط. انظر ذلك بتفصيل عند كل من:

- Jean-Jacques (Taisne) : Juriss-classeur civil – Articles 1181 – 1183 – Fascicules 47-48, édition Techniques, 1991.

- Guillaume (Wicker) : Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique. L.G.D.J. Paris, 1997.

² - صبحي المحمصاني، محاضرات في القانون المدني اللبناني، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، 1958، ص 72.

³ - وعلى رأسهم: مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

* Omar (AZZIMAN) ; Droit civil, droit des obligations, le contrat. Edition Le Fennec, Casablanca, 1995. p. 229

للشرط في قانون الالتزامات والعقود المغربي وغيره من القوانين الحديثة أن تحققه ينتج الآثار المترتبة عليه، لا من وقت هذا التحقق فحسب، بل من تاريخ نشوء الحق معلقا على شرط، وهكذا يستند أثر الشرط إلى الماضي¹.. وأن المادة 124 تستجيب لمبدأ الأثر الرجعي أكثر من ملامتها لمبدأ الفورية، فضلا عن أن العقود عندما تتعقد، فهي تتعقد لتنفذ، وعدم تنفيذها وعدم سريان آثارها رجعيا يفرغها من مغزاها الحقيقي².

1- موقف القضاء المغربي من طبيعة أثر الشرط

إنه باستقراء مجموعة من الاجتهادات القضائية يبدو جليا أن القضاء تشبث بعناصر الفصل 124 من ق.ل.ع واعتبر أن للشرط أثرا فوريا لا رجعيا ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وهكذا جاء في قرار لاستئنافية مراكش صادر بتاريخ 5 مايو 1999³

"وحيث أن المستأنف عليهما استعجلا في طلب الشفعة بحيث طلبها قبل أن يصبح البيع واقعا، فيكون طلبهما قدم قبل أوانه لأن ابتداء أجل الشفعة لا يكون إلا بعد نفاذ البيع وكونه أصبح ناجزا لأن العبرة باليوم الذي يتم فيه البيع وذلك بحصول الشرط الواقف المعلق عليه البيع لا من يوم تاريخ هذا العقد، إذ بفقدان الشرط يصبح البيع غير صحيح ويسترد البائع مبيعته".

وجاء في قرار آخر للمحكمة التجارية بالرباط بتاريخ 1998/2/2 في ملف

عدد 98/1413/1: "وحيث أن الاتفاق على التحكيم دون الاتفاق على شخص الحكم يعتبر عقدا معلقا على شرط واقف لأن هذا الشرط وإن كان شرطا إراديا متروكا لمطلق إرادة الملتزم كونه يتعلق بعقد ملزم للجانبين فإن اتفق الطرفان على شخص الحكم تحقق الشرط بأثر فوري".

¹ - إدريس العلوي (العبدلاوي)، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996، ص 249.

² - المختار عطار، الوجيز في القانون المدني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، المطبعة الوطنية مراكش، 2001، ص 24

³ - مجلة المحامي، عدد 18، ص 116.

⁴ - منشور بمجلة الإشعاع، عدد 19 يونيو 1999.

ونرى أن المشرع كان يقصد فعلا في الفصل 124 من ق.ل.ع أن للشرط أثرا فوريا¹ لا رجعيا إذ أنه جعل في الفصل 120 تبعة الهلاك أثناء قيام الشرط على المدين، إذ لو كان يقصد أن للشرط أثرا رجعيا لجعل تبعة الهلاك على الدائن طالما أنه يعتبر مالكا من وقت انعقاد العقد لا من تاريخ تحقق الشرط.

2- موقف إدارة التسجيل والتنبر

لقد استقرت الإدارة الجبائية في تفسيرها للفصل 124 من ق.ل.ع على أن الالتزام المعلق على شرط له أثر فوري ابتداء من تاريخ تحقق الشرط وبالتالي ذهبت إلى اعتبار كل من العقد الأصلي وتحقق الشرط سنداً للاتفاقية المشتملة على تفويت ومن ثمة واقعة منشئة للواجبات النسبية للتسجيل. ونتيجة لذلك اعتبرت التعرفه الواجبة التطبيق هي التعرفه الجاري بها العمل يوم تحقق الشرط، وهذا بالرغم من أن هذا المسلك قد يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الخزينة بسبب تدني القيمة التجارية لوفاء هذه الضريبة خلال الفترة الفاصلة بين تاريخ العقد الأصلي وتاريخ تحقق الشرط².

ثانيا: استثناءات الأثر الفوري للشرط

لئن كان المشرع المغربي أخذ بالمبدأ الفوري للشرط إذا ما تحقق فإنه لم يجعل ذلك مبدأ عاما وإنما أورد على ذلك استثناءات وهما إرادة الطرفين في استبعاد

¹ - على خلاف ذلك، اعتنقت محكمة التعقيب التونسية نظرية الأثر الرجعي للشرط إذ جاء في قرار صادر عنها بتاريخ 23 أكتوبر 1973: " متى حصل الشرط أصبح تاما وناجزا واستند عمله إلى يوم إبرامه طبق إرادة الطرفين ". مذكور عند - محمد لحبيب الشريف، مرجع سابق، ص 133.

نفس الاتجاه أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1962/1/11: " متى كان البيع معلقا على شرط واقف هو رسو مزاد الأطنان الزراعية الواردة به على البيع في جلسة المزايمة أمام المحكمة الشرعية وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد في تلك المحكمة على الطاعن المشتري دون البائع فإنه يترتب على ذلك انعقاد البيع واعتباره كأن لم يكن ولا يعيده إلى الوجود إجازة صاحب المصلحة في التمسك بانعدامه ما دام أنه لم ينعقد أصلا منذ البداية نتيجة لإعمال الأثر الرجعي لتخلف الشرط الواقف، ومن ثم فاستلام الطاعن للأطنان محل النزاع وإقراره بشرائها وسداد أغلب ثمنها وتصرفه بالبيع في جزء منها كل ذلك ليس من شأنه أن يعيد إلى العقد وجوده ". أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 106.

ونظرا لخصوصية عقد الإيجار فإن تحقق الشرط واقفا كان هذا الشرط أو فاسخا له أثر رجعي لأن طبيعة هذا العقد باعتباره عقدا زمنيا يتنافى والأثر الرجعي للشرط لذلك فإن وجود الالتزام الناشئة عنه إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط طبقا للمادة 1/270 مدني ". نقض جلسة 1991/1/10، أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 109.

وقد وجدت المحكمة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تفسيرا لنظرية الأثر الرجعي للشرط بقولها: " والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسيرا معقولا لإرادة المتعاقدين فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر على يقين من تحقق الشرط لرد أثره إلى وقت انعقاد العقد وينفرد على فكرة استناد أثر الشرط أن الدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من تاريخ انعقاد العقد وكذلك الشأن في حق الدائن بالتزام معلق أن الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد ". مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثالث، ص 19 وما بعدها.

² - يحيى الصافي (مرجع سابق، ص 106 وما بعدها).

الأثر الفوري للشرط وإعطائه أثرا رجعيا وطبيعة الالتزام إذا كانت تأبى الأثر الفوري وحالة النص.

وحسب الفصل 124 من ق.ل.ع فإن للمتعاقدين استبعاد الأثر الفوري للشرط وإعطائه أثرا رجعيا ينسحب إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام.

والإعراب عن الإرادة في استبعاد الأثر الفوري يمكن أن يكون صريحا ويمكن أن يكون ضمنيا، إنما يجب التشدد في استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين في استبعاد الأثر الفوري لأن المشرع صرف نيتهما المحتملة على استبعاد هذا الأثر ولا بد من قيام دليل واضح لا لبس فيه على أنهما قصدا العكس¹.

أحيانا يصعب حسب طبيعة بعض العقود إعمال الأثر الفوري للشرط، ومثال ذلك أن يجري الشركاء على الشبوع القسمة فيما بينهم وتتعلق هذه القسمة على صدور قرار من السلطة الإدارية بالترخيص للشريك الأجنبي منهم بتملك العقار الذي آل إليه نتيجة القسمة، ويصدر قرار بالترخيص له. ففي هذه الحالة يكون لصدور القرار بحكم الضرورة أثر رجعي يستند إلى اليوم الذي تمت فيه القسمة بحيث تعتبر باثة من تاريخ إجرائها².

¹ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 57.

² - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 57.

الفصل الثاني: حدود أعمال الشرط

لا يمكن الحديث عن المكانة التي أصبحت تحتلها نظرية الشرط في القانون المدني المغربي دون التعرض لحدود هذا النظام الذي يشكل النطاق المجالي لإعماله. ويلاحظ أن هذه الحدود يختلف نطاقها من تشريع لآخر ضيقا واتساعا بحسب الحاجة أو المصلحة التشريعية لتقييد هذا الشرط أو ذلك، كشكل من أشكال الرقابة التشريعية على إعماله متى لم تسعف الحرية التعاقدية في تقييده، فهي بمثابة آلية وقائية تستهدف منع هذه الشروط التعسفية وغير المشروعة أيضا وإقبارها في المهد وهكذا سنتعرض للحدود التشريعية لإعمال الشرط (الفرع الأول) على أن نتناول في (الفرع الثاني) الحدود القضائية أو الرقابة القضائية على إعمال الشرط.

الفهرج الأول: الحدود التشريعية لإعمال الشرط

تأتي أهمية هذه الحدود التشريعية ونطاقها التي وضعها المشرع المغربي لتهديب نظرية سلطان الإرادة وتشذيب ما علق بها من تجاوزات تتمثل أساسا في بروز مجموعة من الشروط التعسفية وغير المشروعة التي تخالف القانون أو النظام العام أو مبادئ العدالة والتي يستغلها الطرف القوي لحماية مصالحه الاقتصادية ضدا على مبدأ التوازن العقدي.

وهكذا سنبحث إعمال الشرط في مجال قانون الأسرة (المبحث الأول) وفي مدونة الشغل (المبحث الثاني) على أن نخصص (المبحث الثالث) لحدود إعمال الشرط في مدونة التأمينات (المبحث الرابع)، وأخيرا على ضوء النظرية العامة لعقد الاستهلاك (المبحث الخامس).

المبحث الأول: حدود أعمال الشرط في مجال قانون الأسرة.

نقصد بأعمال الشرط في قانون الأسرة بحث حدوده ونطاقه في المجال الشخصي والمالي للأسرة، خاصة مع بروز فكرة التدبير التعاقدى الحر لمؤسسة الأسرة.

وهكذا سنتعرض لحدود أعمال الشرط في الأحوال الشخصية (مطلب أول) على أن نخصص (المطلب الثاني) للأحوال المالية للأسرة.

المطلب الأول: حدود أعمال الشرط في الأحوال الشخصية.

يختلف مجال ونطاق أعمال الشرط في الأحوال الشخصية ضيقا واتساعا حسبما إذا تعلق الأمر بتعليق الزواج (الفقرة الأولى) أو الطلاق (الفقرة الثانية) أو نظرية الظروف الطارئة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: تعليق الزواج على الشرط

الزواج عقد تحل به المعاشرة بين الزوجين، ويقصد به الثبوت والدوام من أجل إنشاء أسرة لها ما يكفل حياتها ويحافظ عليها.

ومن ثم فقد أحاطت الشريعة الإسلامية هذا العقد بسياج من القواعد الحكيمة والضوابط القوية لما لها من أهمية بالغة في سعادة الإنسان ورفاهية المجتمع، فئات به من الغرر لأنه يهدم بنيانه ويقوض أركانه، ولم تجعل لتعليقه على أمر متردد بين الوجود والعدم مكانا، كما لم تجعل لتأقيته بمدة ينتهي بعدها اعتبارا.

وصيغة عقد الزواج تأتي على أوضاع مختلفة، فالأصل الغالب أن تأتي صيغة عقد الزواج مطلقة عن أي قيد مرتبة آثارها في الحال أي دالة على إنشاء عقد الزواج في الحال فهنا يكون عقد الزواج ناجزا.

مثل قول ولي المرأة أو المرأة نفسها لمن يريد الزواج بها زوجتك بنتي فلانة أو زوجتك نفسي على مهر مقداره كذا، فيقول الزوج قبلت.

فينعقد الزواج بمجرد صدور الإيجاب والقبول متى استوفى العقد أركانه وشروطه المقررة شرعا لأن الصيغة ناجزة، وهذه الصيغة الصحيحة لعقد الزواج والتي يجب أن يأتي عليها في جميع الأحوال.

وهكذا نصت المادة 11 من مدونة الأسرة " يشترط في الإيجاب والقبول أن

يكونا:

.. 3- باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ."

وهذه الصيغة تختلف عن صيغة عقد الزواج المعلقة على شرط قد يحدث في

المستقبل وقد لا يحدث، وذلك كأن يقول رجل لامرأة تزوجتك إن قدم زيد، فعقد الزواج هنا يكون معلقا على شرط.

والصيغة المعلقة على شرط تؤدي إلى بطلان عقد الزواج لأن صيغة عقد

الزواج لا تصبح إلا منجزة، لأن الشرع وضع عقد الزواج ليفيد حكمه في الحال، إذ أنه من عقود التملكيات وهي عقود تفيد حكمها في الحال ولا يصح إضافتها إلى مستقبل ولا تعليقها إلى زمن مستقبل¹.

وإن عقد الزواج وبخلاف باقي العقود المدنية الأخرى مسماة كانت أم غير

مسماة ينفر بطبيعته من أن يعلق على شرط أو يربط بأجل وهو بذلك لا يقوم إلا منجزا مرتبا لكافة آثاره في الحال².

ويجب تمييز تعليق عقد الزواج على شرط - وهو غير جائز - عن اقتران

عقد الزواج بشرط، فالصيغة ناجزة غير أنها اقترن بها شرط يشترطه أحد العاقدين من أجل مصلحته أو تحقيق غاية لفائدته كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها.

¹ - فتح القدير، ج 3، ص 110.

- المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 407 وما بعدها.

² - أستاذنا محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول الزواج، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006، ص 158.

ويقصد بتعليق عقد الزواج على شرط هو ربط الإيجاب بأمر آخر وجعل ثبوت الحكم متوقفا على ذلك الأمر، ومثاله أن يقول رجل لامرأة تزوجتك إن ربحت في تجارتي هذه السنة مليون درهم، فتقول المرأة قبلت ذلك.

وتعليق الزواج على شرط عدة أنواع نذكر أهمها:

أولاً: حكم تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محتمل أو محقق أو

مستحيل الوجود في المستقبل

تشتترط جميع المذاهب الفقهية لكي تكون صيغة عقد الزواج صحيحة أن تكون ناجزة دالة على وجوده على الفور غير معلقة على شرط غير موجود وقت العقد.

فالزواج لا ينعقد بحال إذا كان الإيجاب معلقا على شرط غير موجود أو كان القبول هو المعلق، لأن المعلق على غير الموجود لا يكون موجودا، سواء أكان الشيء المعلق عليه الزواج محقق الوقوع في المستقبل، أم مستحيل الوقوع كقول رجل لامرأة تزوجتك إن دخل الجمل في سم الخياط.

فلو اشترط في الزواج تعليقه على شرط، فإن حكمه يكون فاسدا عند الحنفية¹، وعند المالكية فهو باطل كأن يتزوج رجل امرأة على أنه إن لم يأت بالصداق الذي وضع به العقد أو بعضه إلى وقت كذا، فلا نكاح لا قبل الدخول ولا بعده، لأنه لم يحصل عقد بالكلية، لأنه معلق ولم يحصل المعلق عليه².

وعند الشافعية، فهم أيضا يشترطون أن يكون الزواج ناجزا وبالتالي لا يصح تعليقه كما لو قال رجل إن كانت ابنتي طلقت أو مات زوجها أو انتهت عدتها فقد زوجتك إياها وكانت المرأة أذنت لأبيها في تزويجها، فالمذهب يعتبر هذا الزواج باطلا ولو كان الواقع في نفس الأمر كذلك لوجود صورة التعليق وفساد الصيغة³.

¹ - شرح فتح القدير، ج 3، ص 198، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص 368.

² - شرح الخرشي عل مختصر خليل، الجزء 3.

³ - نهاية المحتاج، الجزء 6، ص 213.

- كشاف الفناع، الجزء 3، ص 56.

- المغنى، الجزء 6، ص 551.

فتعليق الزواج على شرط، يعتبر شرطا باطلا في نفسه واقتترانه بعقد الزواج يبطله¹ لأن الزواج عقد له مكانة سامية تجعله يمان عن شائبة الاحتمال. والترجيح بين الوجود والعدم، فهو يجب أن يكون جازما بعيدا عن الغرر والجهالة.

ثانيا: حكم تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محقق الوجود في

الماضي والحاضر

ونمثل لهذه الحالة بأن يقول رجل لامرأة إن كنت بالغة تزوجتك، فقالت قبلت، وكانت بالغة حينئذ، أو قال رجل لامرأة تزوجتك إن وافق والدك وكان والدها حاضرا في العقد وأعلن رضاه. وقد اختلف الفقهاء في جواز تعليق الزوج إلى رأيين:

- الرأي الأول: ويعتبر عقد الزواج لو علق على شرط موجود قبل العقد، أو وجد أثناء انعقاده فإن العقد ينعقد صحيحا، لأن التعليق في حالتي الماضي والحاضر يكون صوريا لا حقيقيا، أي أنه معلق صوريا وناجزا من حيث المعنى وبالتالي يكون ناجزا من حيث الواقع لوجود الشيء المعلق عليه حال العقد.

فالأحناف مثلا يعتبرون أن تعليق صيغة عقد الزواج على رضا الأب أو موافقته أو عدم زواجها من آخر، من الشروط المصححة للعقد لا المانعة لجوازه، ويبدو أنها من الشروط الملائمة لعقد النكاح، فلكي يتزوج الإنسان بأخرى يجب أن تكون خالية من الزواج.

ويشترط لصحة هذا الشرط، الفورية والحضور، بأن يكون الرضا أو الموافقة في مجلس العقد، لأن المجلس كله وحدة واحدة، فإذا صدرت الصيغة معلقة على رضا الأب ووافق في المجلس قبل الافتراق، كانت الفترة التي بقي فيها العقد معلقا فترة يسيرة، غير أن أثرها كبير في استقرار العقد².

والخلاصة أن اشتراط مثل تلك الشروط المتقدمة لا يترتب عليها خطر لأن عقدا كهذا أحاطه الشارع برعاية خاصة، حيث تبنى عليه الأسرة، مكونة المجتمع، لذلك كان لازما أن يقوم على التأكد بعيدا عن الغرر.

¹ - المغنى، الجزء 1، ص 551.

² - البحر الرائق، الجزء 6، ص 204.

- الرأي الثاني: ذهب بعض الحنفية وجمهور الشافعية¹ إلى منع تعليق صيغة عقد الزواج على أمر حاضر أو ماض. فلو علق عقد الزواج على أمر، وكان في الواقع كذلك يكون باطلا، لوجود صورة التعليق في الصيغة، وهو مفسد لها فلا يترتب عليها أثر.

ثالثا: أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج وأثرها

1- موقف الفقه الإسلامي

من أهم الموضوعات التي أقرها الفقه الإسلامي، نظرية الشروط التي تعطي خاصة للزوجة باعتبارها الطرف الضعيف مزيدا من الأمن على نفسها وضمن مستقبل مستقر غير مضطرب².

والشروط المقترنة بعقد الزواج مختلفة منها ما يجب الوفاء به اتفاقا وهي

الشروط الصحيحة، وقد أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على جواز اقتران عقد الزواج بها ولا خلاف بينهم أنه يجب على المسلم الوفاء بما التزم به في العقد³.

وهناك من الشروط ما لا يجب الوفاء به اتفاقا لفساده، فالحنفية⁴ عند حديثهم

عن الشروط في باب الصداق، يعتبرون أن الشرط يكون صحيحا ويتعلق العقد به إذا لم يؤد إلى جهالة ويكون فاسد إذا نشأت عنه جهالة.

¹ - حاشية المحتار، طبعة الحلي، الطبعة الثانية، 1966.

² - لقد نظمت مدونة الأسرة أحكام عقد الزواج وحددت صيغته وقررت الآثار المترتبة عليه من حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وإلزام الزوج بنفقته ومهر زوجته، ووجوب القسمة لها عليه إذا كان له أوجه غيرها، وثبوت نسب الأولاد منه،... إلى غير ذلك من الحقوق والواجبات لكل من الزوجين.

غير أن الزوج أو الزوجة قد يشترطا شروطا أخرى زائدة لتحقيق منفعة له ويقبلها الطرف الآخر ذلك كأن تقول المرأة للرجل: تزوجتك بشرط أن تسكنني بعيدا عن أهلك فيقبل الزوج، فإذا تم العقد على هذه الصورة يكون الشرط جزءا من صيغة العقد ويلحق بها لأن الشرط مقارن للعقد وينعقد العقد بهذه الصيغة، لأن الصيغة ناجزة، والشرط جزء منها، هذا بخلاف الصيغة المعلقة على شرط لأن التعليق يبطل العقد، لأن من شروط صحة الصيغة كركن من أركان عقد الزواج أن يكون العقد منجزا غير معلقا على حصول أمر في المستقبل ولا مضاف إلى زمن مستقبل.

أما اقتران الصيغة بشرط زائد، فإنه لا يفسد الانعقاد ولكن قد يترتب على هذا الاقتران تأثير في العقد بالفساد من ناحية أخرى تبعا لفساد الشروط التي تقتنن به.

- محمد رشدي إسماعيل، أحكام الزوج في الإسلام، مكتبة وهبة، الطبعة الأولى، 1983، ص 69.

³ - فتح القدير، الجزء 3، ص 231.

- الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، ص 212.

- تحفة المحتاج، الجزء 7، ص 386.

- كشاف القناع، الجزء 5، ص 90.

⁴ - فتح القدير، الجزء 3، ص 231.

أما المالكية¹ فعندهم الشرط الذي يتناقض كعدم القسمة شرط فاسد مفسد للعقد فيمتنع اشتراطه، وعند اشتراطه في العقد يفسخ النكاح قبل الدخول وفي فسخه بعد الدخول خلاف.

وعند الشافعية يكون الشرط الذي يخل بمقصود النكاح الأصلي (كشرط أن لا يطأ الزوج أصلا أو لا يطأها إلا مرة أو إلا ليلا فقط)، يبطل النكاح لأن الشرط ينافي مقصود العقد.

ويذهب الحنابلة² إلى أن الشروط الباطلة أو الفاسدة هي:

- كل شرط نص عنه الشرع، مثل اشتراط المرأة على من يتزوجها أن يطلق زوجته الأولى أو أن يهملها.

- وكل شرط يتناقض مع أصل العقد أو مقتضاه، مثل اشتراط عدم الاستمتاع بين الزوجين.

إن فالشرط الفاسد إذا اقترن بعقد الزواج لا يجب الوفاء به ممن التزم به، أما أثره على العقد فقد اختلف حوله العلماء.

ويمكن القول بأن الرأي الراجح هو أنه لا أثر له على العقد ما لم يكن مانعا من الانعقاد، بمعنى أنه إذا اقترن عقد الزواج بالشرط الفاسد صح العقد وبطل الشرط ولا يلزم الوفاء به ما لم يكن الشرط له أثر على انعقاد العقد مثل اشتراط تأقيت الزواج³.

وهناك نوع ثالث من الشروط المقترنة بعقد الزواج والتي اختلف حولها الفقهاء، فمنهم من قال بفسادها وعدم مشروعيتها، ومنهم من قال بلزوم الوفاء بها إذا كان هذا الشرط في مقال جزء من المال أو مقيدا بطلاق أو نحوه.

¹ - الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء 2، ص 212.

² - كشاف القناع، الجزء 5، ص 90.

³ - رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية. الطبعة الأولى 2001. دار الفكر العربي، ص 235.

وهي من الشروط الجائزة التي ليست من مقتضيات العقد ولا هي مما تنافيه كاشتراط المرأة على من يريد الزواج بها ألا يخرجها من دارها.

وخلاصة القول أن الشروط المقترنة بعقد الزواج أنواع مختلفة، وقد نصت مدونة الأسرة على إمكان تضمينها بعقد الزواج كبنود في العقد ولا تقوم مقام الشرط المعلق لعقد الزواج، فهي شروط لا تؤثر في صحة العقد ولا تتنافى مع مقتضياته، وتسمى بالشروط الصحيحة، وهي بدورها تقسم إلى نوعين:

- شروط تؤكد التزامات الزوجية، وهي صحيحة بإجماع الفقه الإسلامي، كاشتراط الزوجة المعاشرة بالمعروف، والنفقة عليها أو اشتراط الزوج على زوجته الإشراف على بيت الزوجية.

- وشروط لا تخالف روح العقد، ولا مقتضياته، ولكنها تغير من التزامات الطرفين كاشتراط الزوج على زوجته الموظفة المساهمة في الأعباء المادية لبيت الزوجية¹.

2- موقف مدونة الأسرة

نصت المادة 47 من مدونة الأسرة على ما يلي: " الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده، وما خالف القواعد الأمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا "².

فمن خلال هذا النص يتبين أن عقد الزواج يمكن أن يتضمن شروطا وتكون صحيحة ما لم تكن تخالف أحكام العقد نفسه أو مقاصده ونظامه الشرعي، وكذا القواعد الأمرة في القانون. وقد جاءت المدونة بمثال واضح لهذه الشروط إذ نصت في المادة 40 على أنه " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها ".

¹ - أسامة عبد الرحمن، الاشتراط في عقد الزواج بين المدونة والتطور الاجتماعي، مجلة الميادين، العدد الثالث، السنة 1988/1409.
² - وإن كنا نستحسن صياغة الفصل 38 من مدونة الأحوال الشخصية المنسوخة والذي كان ينص على أنه " إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي، أو ينافي مقاصده، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا وليس مما ينافي مقاصد العقد أن تشترط الزوجة مثلا الاشتغال في المصالح العامة للبلاد ".

وقد أصبح الشرط في عقد الزواج يحتل مكانة بارزة خاصة فيما يتعلق بحماية الزوجة باعتبارها الطرف الضعيف في هذا العقد إذ أصبح من حقها أن تشترط وتحاط لنفسها ولمستقبلها بكل شرط يقع قبوله اختيارا من طرف الزوج.

والشروط التي تحدثت عنها مدونة الأسرة من غير تحديدها قد تكون شروطا بمعنى بند في العقد أو شروطا بمعنى الوصف، أي شروطا واقفة أو فاسخة، إذ نصت المادة 48 من المدونة على أن " الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين " .

وإذا كانت المدونة لم تحدد تلك الشروط وإنما أوكلت أمرها للاجتهاد القضائي وبما له من سلطة تقديرية في باب التحري عن الشروط ومدى صحتها أو بطلانها أو مدى ملاءمتها للنظام الشرعي لعقد الزواج أو عدم ملاءمتها، مع مراعاة عوامل التطور الاجتماعي والاقتصادي الملحوظ والذي طرأ على الأسرة المغربية، فأحدث عادات وتقاليد اعتبرها البعض لا تتنافى مع النظام الشرعي لعقد الزواج، وفي نفس الاتجاه ذهب المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 18 ربيع الثاني 1388 موافق 15 يوليوز 1968¹ والذي قضى برفض النقض وبتأييد حكم محكمة السدد - آنذاك - الموحدة ببني ملال، وخلاصة الواقعة أنه بتاريخ 13 يوليوز 1966 رفع السيد.... إلى قاضي الأحوال الشخصية ببني ملال دعوى ضد السيدة.... بصفتها وصية على ابنتها زهراء طالبا منها أن تمكنه من زوجته زهراء التي زوجها له أبوها قيد حياته واشترط عليه أن لا يدخل بها إلا بعد أن تحصل على شهادة البكالوريا ملاحظا أن هذا الشرط قد يتحقق وقد لا يتحقق مما يجعل حقه في الزواج يبقى معلقا فينتضرر من ذلك مع أنه لا يمانع في متابعة الدروس بعد الزفاف.

وبتاريخ 7 فبراير 1967 حكمت المحكمة على المدعى عليها بتمكين المدعي

من زوجته وبإبطال الشرط الذي جاء في عقد الزواج معللة حكمها بكون العقد إذا اقترن بشرط ينافي مقاصده كان الشرط باطلا والعقد صحيحا عملا بمقتضيات الفصل

¹ - مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 3، 1968، ص 61 إلى 64.

38 من مدونة الأحوال الشخصية. وبعد الاستئناف أيدت محكمة الاستئناف ببني ملال الحكم الابتدائي السابق لكونه أسس على أساس صحيح.

فهل تعليق الدخول إلى حين تحقق شرط معين يعتبر مخالفا للنظام الشرعي لعقد الزواج؟

إن مثل هذا الشرط أصلا لا يعلق عقد الزواج في حد ذاته والذي انعقد تاما ناجزا مستجمعا كافة عناصره وأركانه وإنما تضمينه شرطا إراديا كتأخير الدخول بالزوجة إلى حين حصولها على شهادة الباكالوريا لا يجعله معلقا على شرط مخالف لأحكام النظام الشرعي لعقد الزواج ولا ضرر في ذلك خاصة أن نبينا صلى الله عليه وسلم عقد على السيدة عائشة وهي بنت السادسة من عمرها ولم يدخل بها إلا عند إتمامها سن التاسعة.

وقد جاء في المعيار للونشريسي: " زواج الصغيرة والكبيرة بشرط تأخير البناء بها بعد سنة جائز " ¹.

فإسناد أمر تحري الشرط المضمن بعقد الزواج إلى القضاء وتوكيله أمر بحث مدى صحته أو بطلانه أو ملاءمته للنظام الشرعي لعقد الزواج أو عدم ملاءمته يجعل منها مهمة جسيمة تفرض الإحاطة بظروف المجتمع المغربي الاجتماعية والاقتصادية وما حصل فيها من تطورات سريعة وملحوظة، وبالتالي ملاءمتها مع ما يمكن أن تبصم به على عقود الناس ومعاملاتهم، فإذا كانت مختلف فروع القانون عوامل تؤثر على تطورها وعلى تشكل قواعدها وإذا كانت هذه العوامل كثيرة يتعذر حصرها بالنسبة لبعض الفروع، فإن ما يؤثر منها في مدونة الأحوال الشخصية يمكن إبرازه بصورة أساسية في ثلاثة عوامل هي الأعراف والتقاليد الاجتماعية الموروثة، والتفسير الفقهي للنصوص، وأخيرا ما يسمى بالعصرنة ².

¹ - الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 1096.

² - أحمد الخليلي، الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية: مجلة الميادين، السنة 1408 - 1987. العدد الثاني، ص 79.

47 وقد سايرت مدونة الأسرة الحالية الفقه المالكي عندما نصت في المادة
على " أن الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف
القواعد الأمرة للقانون، فيعتبر باطلا والعقد صحيحا إذ يقول بن عاصم الغرناطي:
وما ينافي العقد ليس يجعل شرطا وغيره بطوع يقبل
فالمقصود بالبیت الكلام على شروط النكاح وقسمها إلى ما ينافي العقد فلا
يجوز جعله شرطا في عقد النكاح وإلى ما لا ينافيه فيجوز جعله طوعا بعد العقد
ويكره اشتراطه في العقد¹.

وفي هذا الصدد يقول ابن رشد: " وأما الأُنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها
تفسد إما إسقاط شرط من شروط صحة النكاح، أو لتغيير حكم واجب بالشرع من
أحكامه، مما هو عن الله عز وجل، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط
الصحة وإما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لا تفسد النكاح باتفاق، وإنما
اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها، مثل أن يشترط عليه
أن لا يتزوج عليها أو لا تسري أو لا ينقلها من بلدها، فقال مالك: إن اشترط ذلك لم
يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعثق أو طلاق، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق
من أقسم عليه، فلا يلزم الشرط الأول أيضا، كذلك قال الشافعي وأبو حنيفة. وقال
الأوزاعي وابن شبرمة: لها شروطها وعليه الوفاء.... " ².

رابعا: خيار الشرط في عقد الزواج

إن القاعدة في عقد الزواج أنه " لا خيار بسبب تخلف الظن " أي أن الزوج
الذي كان يظن وجود أوصاف معينة في الزوج الآخر ثم اكتشف العكس، لا يثبت له
الخيار أي أن العقد يبقى لازما ولا يؤثر على صحته اكتشافه لوقائع مخالفة لما كان
يظن.

ومن بين الأمثلة التي يسوقها الفقهاء في الموضوع: ظن أحد الزوجين أن
رفيقه من نسب معين أو به من صفات الجمال كذا وكذا... أو أنه سليم من أمراض

¹ - ميارة الفاسي، مرجع سابق، ص 174.

² - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص 44.

معينة فتبين له عكس الصفات التي كان يظنها، فهنا ليس للزوج الخيار أي أن غلظه لا يؤثر على صحة العقد وهو ما يعبر عنه في الفقه الإسلامي بأنه **خيار بتخلف الظن**¹.

فالزوج الذي اكتشف في رفيقه خلاف ما كان يعتقد لا خيار له، أي أن غلظه لا يؤثر على صحة العقد، وأساس هذا الحكم وجيه لأن الغلط حالة نفسية وذاتية للمتعاقد، فلو سمح له بهدم العقد بسبب ذلك الوهم الذي كان في خياله دون أن يفصح عنه عند التعاقد، لانعدم الاستقرار في التعامل، لأن أوهام الأفراد لا حد لها وكلما أراد متعاقد التخلص من العقد ادعى أنه كان يتوهم كذا ثم اكتشف عدم صحة ذلك الوهم².

غير أن تلك قاعدة ليست مطلقة، فيرد عليها عدة استثناءات كخيار العيب وخيار الشرط، هذا الأخير أن الزوج الذي يشترط في العقد توفر وصف أو أوصاف معينة في الزوج الآخر ثم اكتشف عدم وجود هذا الوصف، يكون له حق الخيار أن يبقى على عقد الزواج أو يفسخه، مثل أن تشترط الزوجة في العقد عدم وجود سلوك اجتماعي معين في الزوج أو أن يشترط الزوج في العقد أوصافا معينة في جمال الزوجة أو أن تكون عذراء³. فإن تخلف شرط من هذه الشروط كان لمن اشترطه حق فسخ العقد، ومن أمثلة العيوب التي يكون معها لأحد الزوجين الفسخ عند اشتراطها: القرع، الثيوبة، العذرية، وقد جمعها الشيخ الدسوقي في قوله " من كل ما يعد عيبا عرفا "⁴.

وبناء على ذلك يمنح حق الفسخ للزوج الذي اشترط السلامة كلما اكتشف واقعة أو وصفا يعتبر في العرف عيبا مثل الإدانة بجناية أو جنحة مشينة أو الأمية، الإدمان على الكحول أو المخدرات⁵.

¹ - شمس الدين محمدعرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن البركات سيدي أحمد الدردير، الجزء الثاني، 443 هـ، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1419-1998. ص 440.

² - أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، 1987- مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 80.

³ - جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بمراكش: " ...طلب فسخ عقد الزواج بكون المستأنف عليها غير بكر قول مردود لأن المقصود بعبارة بكر المنصوص عليها في رسم النكاح هو أنه لم يسبق لها زواج فقط، وليس المقصود أنها عذراء، والمستأنف لم يشترط عليها حين العقد...."، قرار صادر بتاريخ 1986/7/8 منشور بمجلة المحامي، العدد العاشر، ص 86 وما بعدها.

⁴ - الدسوقي، مرجع سابق، ص 442.

⁵ - الخليلي، مرجع سابق، ص 83.

ويبقى تقدير الوصف الموجود بأحد الزوجين، وهل هو عيب ويدخل ضمن العيوب حسب العرف الجاري به العمل والسائد في البلد من اختصاص القضاء الذي عليه تمحيص وتدقيق ذلك الوصف أو الواقعة حسب ظروف المجتمع وعاداته وأعرافه وتطور المحيط وما جد عليه من أساليب الحياة الجديدة وما يطبعها من سرعة وتقنيات جديدة.

وقد نصت المادة 99 من مدونة الأسرة على أنه " يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التظليق.

يعتبر ضررا مبررا لطلب التظليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مذل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية ".

فبقرأة هذه المادة يبدو واضحا أنه وقع توسيع مفهوم الضرر المبرر لمطالبة الزوجة بتظليقها من زوجها، إذ أصبح من حقها أن تطالب بتظليقها منه بسبب إخلاله بشرط في عقد الزواج، سواء أكانت من الشروط التي يكون مضمونها واجب بالعقد نفسه، أو من الشروط التي التزم بها الزوج بمحض إرادته، كقبوله شرط الزوجة عليه ألا ينقلها من بلدها إلى خارج المغرب.

غير أننا نلاحظ على مدونة الأسرة أنها لم تتكلم عن طريقة إثبات إخلال الزوج بهذه الشروط فإنه يمكن تطبيق أحكام المادة 100 من المدونة والتي تنظم أحكام إثبات الضرر ما دامت جاءت موالية للمادة 99 والتي جمعت بين الضرر الناتج عن الإخلال بأحد شروط عقد الزواج والضرر بصفة عامة، وبالتالي يمكن إثبات وقائع الضرر (سواءا كان عاما أو ناتجا عن الإخلال بأحد شروط العقد) بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة، كما يثبت بكل وسائل التحقيق التي تراها المحكمة مفيدة كإجراء بحث ومعاينة وخبرة. وللمحكمة سلطة تقديرية في تقييم هذه الأدلة والحجج المعروضة عليها.

وإجراءات التحقيق هذه تقع بجلسة بغرفة المشورة يحضرها الأطراف فقط حفاظا على أسرار الأسرة.

ونرى أنه لتقدير الشرط المعطي للزوج الآخر الحق في الخيار ألا يستلزم التكرار بل يكفي أن يثبت وقوعه ولو مرة واحدة.

وفيما يتعلق بآثار الفسخ بسبب خيار العيب فإن المقرر في المذهب المالكي أنه إذا استعمل حق الفسخ قبل البناء (الدخول) لم تستحق الزوجة شيئا من الصداق سواء كان الفسخ منها أو من الزوج وسواء كان سبب الفسخ من العيوب التي تفسخ من أجلها بدون شرط أو من التي لا تمنع حق الفسخ إلا إذا اشترطت¹.

أما إذا كان الفسخ بعد البناء فإن كان العيب بالزوج استحققت الزوجة الصداق المسمى كاملا، وإن كان العيب بها، وجب التمييز بين ما إذا كان العيب مما يرد به بدون شرط، أو من العيوب التي لا يرد بها إلا بشرط، ومن جهة ثانية بين أن يكون الولي - إن تم الزواج بواسطة الولي - هو الذي غر بالزوج في إخفاء العيب أو أن تكون المرأة هي التي صدر منها التغيرير.

فإذا كان العيب مما يرد به بدون شرط رجع الزوج بكل ما دفع على الولي الذي غره، وإذا كانت المرأة هي التي غرته رجع عليها بما زاد على أقل صداق يبذل في الزواج حسب المذهب المالكي، أما مدونة الأسرة فقد نصت في المادة 32 : " أن الزوجة لا تستحق الصداق قبل البناء:

2- إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج.... " .

ونرى أن هذه المادة جاءت عامة ولم تميز بين العيب الذي يرد به الزوج بدون شروط والعيب الذي لا يرد به إلا بشرط، ونفس الأمر بالنسبة للمادة 109 من المدونة والتي جاء فيها: " ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على

¹ - حاشية الدسوقي، مرجع سابق، من ص 437 إلى ص 459.

من غرر به، أو كتم عنه العيب عن قصد". فسواء كان العيب يرد به بدون شرط أو بشرط وسواء وقع الغرر من الزوج نفسه أو من الولي.

الفقرة الثانية: تعليق الطلاق على شرط

القاعدة العامة أن الطلاق يقع منجزا مرتبا لكافة آثاره الشرعية في الحال بعد أن يتلفظ به الزوج مباشرة¹، غير أنه قد يقوم الزوج بتعليق الطلاق على أمر مستقبل كأن يقول لزوجته أنت طالق إذا ذهبت لزيارة فلانة.

والحادث المستقبل الذي قد يعلق عليه الطلاق قد يكون إراديا أو غير إراديا، وقد قسم علماء الفقه الإسلامي الطلاق المعلق إلى الأنواع التالية²:

- **النوع الأول:** أن يعلقه على فعل أمر في المستقبل يمكن أن يقع ويمكن أن لا يقع، بحيث يكون الأمر مستوي الطرفين، وقد اتفق العلماء على أن هذا الطلاق يقع إذا وقع الشيء المعلق عليه، بحيث إذا كلمت الزوجة زيدا فيقع الطلاق عليها.

- **النوع الثاني:** أن يعلقه على أمر لا بد أن يقع في المستقبل، كأن يقول: أنت طالق إن طلعت الشمس غدا، أو غير ذلك مما يمكن وقوعه في وقت يصل عمرهما معا إليه.

ويرى الإمام مالك في هذا النوع أن الطلاق يقع فورا، أي بمجرد النطق بهذه الصيغة ولا ينتظر إلى أن يقع المعلق عليه، لأن هذا الانتظار يجعل الزواج بمثابة زواج المتعة، ويرى الشافعي وأبو حنيفة أنه لا يقع الطلاق إلا عند وقوع ما علق شبيها لهذا النوع بالنوع الأول.

أما إذا علق الزوج الطلاق على شيء لا يمكن أن يقع عادة إلا بعد موتها أو موت أحدهما كأن يقول: أنت طالق بعد مائة سنة، أو بعد ثمانين سنة، وكان عمر أحدهما لا يتعدى عشرين سنة، فإن الطلاق لا يلزم في هذه الأحوال.

¹ - محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006، ص 37.

² - هي التي استخرجها محمد بن معجوز في كتابه: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 1410 - 1990، ص 186 إلى 189.

- النوع الثالث: أن يعلقه على أمر يغلب أن يقع، ويندر أن لا يقع، وذلك كأن

يقول الرجل لزوجته: أنت طالق إن حملت أو وضعت حملك. ويلحق الشافعي وأبو حنيفة هذا النوع بالنوع الثاني، أما مالك فقد روي عنه مرة أن الطلاق ينجز عليه حالا كما هو الحال في النوع الثاني، وروي عنه مرة أخرى أنه ينتظر إلى أن يتحقق الأمر المعلق عليه، كما هو الحال في النوع الأول.

- النوع الرابع: أن يعلقه على أمر غير معلوم، ولا يمكن علمه أبداً، كأن

يقول: إن خلق الله في البحر الأبيض هذه الليلة سمكة من نوع كذا فأنت طالق، ولا خلاف بين فقهاء المذهب المالكي في هذا يلزمه الطلاق ناجزاً، لأنه لا يعلم هل وقع ما علق عليه الطلاق، كما أنه يمكن أن يكون هازلاً في كلامه والهزل في الطلاق كالجد.

- النوع الخامس: أن يعلقه على أمر مجهول حالا، ويمكن علمه بعد أن

يتحقق كأن يقول لزوجته الحامل: إن ولدت أنثى فأنت طالق، والطلاق في هذا النوع لا يقع إلا إذا تحقق الشرط المعلق عليه، أما إذا قال ذلك لزوجته غير الحامل فإن الطلاق لا يلزم

- النوع السادس: أن يعلقه على مشيئة الله، كأن يقول لها: أنت طالق إن

شاء الله، أو أنت طالق إلى أن يشاء الله، ويرى الإمام مالك أن الطلاق يقع ولا ينفعه استثناء المذكور.

- النوع السابع: يعلق الطلاق على مشيئة إنسان عاقل، كأن يقول "زوجتي

طالق إن شاء زيد وإن شاءت هي نفسها، فإن أراده وقع وإن لم يرده لم يقع، وفي الثاني معلق على مشيئتها.

- النوع الثامن: أن يعلق الطلاق على مشيئة غير العاقل كأن يقول زوجتي

طالق إن شاء خالد الصغير، وقد وقع خلاف بين المالكية فمنهم من يرى لزوم هذا الطلاق، وذلك لأنه مثل طلاق الهازل، ومنهم من قال بعدم لزومه لأن المعلق عليه لن يقع.

- **النوع التاسع:** أن يعلق الطلاق على تركه فعل شيء، كأن يقول أنت طالق إن لم أدخل دار أحمد، وفي هذا النوع يعتبر الرجل حائثا إلى أن يفعل ما علق الطلاق على تركه ولذلك يمنع من الاستمتاع بزوجته إلى أن يدخل تلك الدار، فإن امتنع من الدخول أكثر من شهرين (وهي مدة الإيلاء)، ضرب له أجل الإيلاء.

نستنتج إذن أن ما استقرت عليه المذاهب الفقهية أن الطلاق المعلق على شرط فاسخ ينتج أثره متى تحقق الشرط، ويعد كأن لم يكن في حالة تخلفه، بل وأجاز الفقهاء تعليق الطلاق على الشرط مطلقا، باعتباره يدخل في نطاق الإسقاطات¹.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد خالفت رأي الجمهور إذ نصت المادة 93 منها على أن " الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع "، وقد سارت على القول الضعيف الذي لا يستند على صحة مقبولة².

ونرى أن صياغة المادة 93 هاته جاءت معيبة، لأن الطلاق لم يعد يتم شفويا ثم بعد ذلك يتم الإشهاد عليه لدى العدلين بتحقق الشرط المعلق عليه، وإنما يتم طلبه وممارسته تحت مراقبة القضاء، إذ نصت المادة 78 من المدونة : " الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة ". إذن فتعليق الطلاق بنص المادة 93 يبقى مسألة شخصية تتعلق بضمير الزوج وعلاقته بالله عز وجل.

أما الصحيح فنرى أن صياغة المادة 93 كان يجب أن تكون كالتالي: " لا يقبل طلب الإذن بطلاق معلق ". مع ضرورة التمييز بين الشرط الإرادي والشرط غير الإرادي، وذلك للتضييق من دائرة الطلاق الذي يهدد المرأة على الخصوص.

ومن صور الطلاق المعلق حلف بالحرام أو الحلف بالطلاق كأن يقول الزوج : زوجتي حرام علي إذا لم أؤد لك ما بذمتي من ديون، وقد انفق الفقهاء باستثناء

¹ - عبد الله الجليلي، مرجع سابق، ص 138 - 139.

² - محمد بن معجوز المزغراني، مرجع سابق، ص 189.

الظاهرية وبعض الأحناف وجانب من الشافعية، على أن الطلاق يقع بتحقيق الأمر الذي علق على نفاذ اليمين في هذه الصورة¹.

ولقد اختارت مدونة الأسرة مخالفة الجمهور إذ نصت المادة 91 منها على أن " الحلف باليمين لا يقع به طلاق "، أي لا يقبل طلب الإذن بالطلاق للحلف بالحرام. يبقى أن نشير إلى أنه وبصدور مدونة الأسرة الجديدة وانتشار الوعي خاصة لدى النساء المغربيات بحقوقهن وطرق ممارستها أو المطالبة بها، ظهرت على مستوى عقود الزواج تضمينات تتعلق ببعض الشروط احترازا منها وتحوطا لحقوقها. وعند الإخلال بتلك الشروط تلجأ الزوجة إلى القضاء للمطالبة بالتطبيق للإخلال بأحد شروط العقد، فنكون إذ ذاك أمام شرط فاسخ أدى الإخلال به على إنهاء عقد الزواج. ويمكن أن يأتي عقد الطلاق خصوصا الخلعي منه مقرونا بشرط تعليقي غالبا ما يتخذ صورة شرط واقف وهو لا يعلق الطلاق وإنما يعلق أثره كأن تعلق المطلقة التزام المطلق بنفقة المحضون تحت شرط واقف هو عسرها وعجزها عن الإنفاق وكان تعلق أيضا تسليم المحضون لمفارقها حالة عجزها عن القيام بشؤونه.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 05 يناير 2005² " ... لكن

ردا على ما أثير في السبب فإن كل ما صح التزامه شرعا صح أن يكون بدلا في الخلع طبقا للفصل 64 من مدونة الأحوال الشخصية ونفس المعنى أكده الفصل 118 من مدونة الأسرة، ولهذا فإنه ما دامت الطالبة قد التزمت في العقد عدد 307 ص 334، وهو غير عقد الطلاق الخلعي بأن تسلم البنت خديجة إلى مفارقها عند عجزها عن القيام بشؤونها من نفقة وكسوة وتطبيب، وأدلت بلفيف لإثبات عجزها عن الإنفاق وعللت المحكمة قرارها بأن الطالبة اختلعت في عقد الخلع بما لها من متعة ونفقة وأجرة السكن أثناء العدة ثم أبرمت مع مفارقها (ع) .. عقد آخر التزمت فيه بتسليم البنت خديجة إلى والدها المذكور عند عجزها عن الإنفاق وأن العقد شريعة المتعاقدين

¹ - محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1994، ص 295.

² - قرار عدد 04 ملف 2004/1/27449، غير منشور.

وقد قضت بإلغاء الحكم المستأنف ورفضت الطلب فإنها لم تخالف أية قاعدة قانونية ملزمة التطبيق، وعللت قرارها تعليلا كافيا وما بالسبب غير ذي أساس " .

الفقرة الثالثة: نظرية الظروف الطارئة في الشروط الإرادية لعقد الزواج.

مؤدى نظرية الظروف الطارئة أو الحوادث الطارئة أن تعرض بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه نوازل أو أحداث عامة لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام وإن ظل ممكنا شديدا الإرهاق بالمدين بحيث يتهدهد بخسارة فادحة¹.

ذلك أن تنفيذ العقد يقوم على رعاية مقتضى العدالة في تحديد حقوق وواجبات أطرافه، فإذا طرأت ظروف استثنائية في الفترة ما بين إبرام العقد وتنفيذه تتنافى مع مقتضيات العدالة في تنفيذ الالتزام بالنسبة لأحدهما وتجعل تنفيذ التزامه مرهقا لأسباب خارجية عن إرادته ودون تدخل من جانبه ، ففي هذه الحالة يبرز تدخل القاضي وهو المنوط به إقامة العدل وصيانة الحقوق بتعديل العقد بتخفيف الالتزام المرهق².

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون والقضاء المقارن توافر

الشروط التالية:

1- وقوع حادث استثنائي ينذر حصوله كالحروب والزلازل والفيضانات والكوارث الاقتصادية والمالية، كما يمكن أن يكون هذا الحادث نتيجة واقعة طبيعية أو أي واقعة مادية أخرى ويمكن أن يتحقق هذا الحادث أيضا بصدور إصلاح تشريعي يشدد وضعية الدائن أو المدين بحيث يجعل التزام أحدهما مرهق.

2- يلزم أن يكون الحادث عاما أي غير خاص بالمدعي وحده بل يجب أن يكفي أن يكون شاملا لطائفة عامة الناس توجد في نفس المركز القانوني أو الواقعي للمدين.

3- الصفة غير المتوقعة للحادث.

¹ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر 1984، ص 540
² - فؤاد محمد عوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر 2004، ص 195.

4- يلزم أن يكون الحادث غير ممكن تفاديه أو دفعه لنفي أي تقصير على المدين.

5- أن يقع ال ظرف الطارئ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ، بحيث إذا وقع الحادث قبله أو بعده لا يعد ظرفا طارئاً، فإذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد فذلك يعني أن المتعاقدين قد أخذاه بعين الاعتبار بالنسبة لترتيب آثاره ، أما إذا حصل بعد تنفيذ العقد، فإن ذلك يفيد أن الالتزام قد انقضى ،وعندئذ يمتنع تطبيق نظرية الظروف الطارئة لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد.

6- يلزم أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق بالنسبة للمدين ، وهنا يتمركز الاختلاف الأساسي بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة فالأولى تجعل الالتزام مستحيل ، أما الثاني فلا تجعله مستحيلاً وإنما أكثر إرهاقاً بالنسبة للمدين ، كما يترتب عن القوة القاهرة انقضاء الالتزام وبالتالي براءة المدين منه تماماً ، في حين أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة من آثاره أن يخفف القاضي العبء على المدين بأن يرده إلى الحد المعقول والعادل.

وهكذا جاء في المادة 147 من القانون المدني المصري " أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي رعيًا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "

وهذا التعديل قد أزال كل شك في أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه، فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرهق ولا زيادة

الالتزام المقابل بل وقف تنفيذ العقد متى زال الظرف الطارئ وقد يرى زيادة الالتزام المقابل وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق¹.

وإذا كان القانون المدني المصري قد تعامل بمرونة أكبر مع مبدأ سلطان الإرادة سعياً للتخفيف من حدته مراعاة لمبادئ العدالة والإنصاف ومتطلبات تحقيق التوازن العقدي، فما هو موقف قانون الالتزامات والعقود ومن بعده مدونة الأسرة من النظرية؟

أولاً: موقف قانون الالتزامات والعقود من النظرية.

إن تشريع قانون الالتزامات والعقود بنوع من الفردانية الشبه المطلقة جعله أكثر تمسكاً بمبدأ سلطان الإرادة ولو على حساب انهيار التوازن الاقتصادي أو القانوني لمصلحة أحد المتعاقدين وضداً على مبادئ العدالة والإنصاف.

فالمشرع لا يبيح للقاضي ولا يمنحه أية سلطة لتعديل العقد في حالة تغير الظروف الاقتصادية أو الوقائع المادية المصاحبة لتنفيذ العقد الذي تم التعاقد على أساسها.

فالمشرع المغربي لم يأخذ بنظرية الظروف الطارئة في قانون الالتزامات والعقود مما يجعل كل التزام مرهق يتحمله المدين وحده مهما بلغ إرهاقه وعنته مما سيجعل الدائن مثرياً قانوناً على حسابه، وهو ما يشكل مجافاة للعدالة.

ذلك أن (الفصل 128 ق.ل.ع) يمنع القاضي من مجرد منح المدين مهلة أو أصلاً للوفاء بالدين مما يفيد ضمناً منح سلطة أكبر ألا وهي تصحيح التوازنات المالية والاقتصادية للعقد.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 646.

ثانياً: موقف مدونة الأسرة من النظرية

نصت المادة 48 من مدونة الأسرة " الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا أمكن للملزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة مع مراعاة أحكام المادة 40.

فقد تشترط الزوجة على زوجها عدم التعدد إلا أن إصابتها بمرض يمنعه من المعاشرة يجعل التنفيذ العيني للشرط وهو عدم التعدد مرهقا للزوج.

وقد تشترط عليه أيضا إسكانها في مدينة كبرى أو حي كبير أو في إقامة أو فيلا فخمة أو إسكانها وأبناءها في الخارج وإيجاد عمل لها أو لهم هناك، إلا أن تدهور الظروف المالية للزوج جعل التنفيذ العيني للشرط مرهقا، وقد تشترط الزوجة على زوجها عند إبرام العقد بأن ينفق على أولادها من زوج آخر فيقبل الزوج بالشرط في ظل ظروف مادية مريحة ثم تتغير هذه الظروف مع مرور الوقت فتصبح أحواله المالية مرهقة وصعبة، وقد يشترط الزوج على زوجته عدم ولوج عالم الوظيفة والشغل وبعد مرور مدة من الزمان على إبرام عقد الزواج تحوز الزوجة على شهادة علمية أو مهنية تخول لها الظفر بوظيفة أو عمل تساهم به في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتحسن به وضعيتها المادية.

إن العدالة تقتضي في مثل هذه الأحوال وغيرها إعادة النظر في الشروط الاتفاقية في عقد الزواج ومراجعة القضاء بشأنها لإعادة التوازن ورفع الحيف إما إلغاء الشرط أو تعديله¹ رعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، كما يملك القاضي إمكانية منح الدائن بالشرط تعويضا عن الضرر في حالة تعديل الشرط لا في حالة إلغاءه، كما يمكنه وقف تنفيذ الشرط إلى حين زوال الظرف الطارئ.

¹ - إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول أحكام الزواج، ط 1، 2005، ص 180.

ويمكن الخروج بخلاصة مفادها أن نظرية الظروف الطارئة في إطار الشروط الإرادية لعقد الزواج تختلف كلية عن النظرية كما هي مدونة في القانون والقضاء المقارن لكونها تفتقد لأهم شروطها وهي أن يكون الظرف الطارئ عاما ولم يكن من الممكن توقعه أو دفعه وأن يكون الظرف الطارئ أجنبيا أي خارجا عن دائرة اشتراطات المتعاقدين.

ذلك أنه في إطار الشروط الإرادية في عقد الزواج يكون الظرف الطارئ خاصا بالمدين وحده أي الزوج أو الزوجة وغير أجنبي عنه وكان من الممكن توقعه أو دفعه بعدم قبول اشتراطه بحيث لا يبقى كشرط وحيد من النظرية العامة لتطبيق النظرية في مجال الأسرة فقط شرط عدم توقع الإرهاق وفكرة تصحيح اختلال التوازن بين مراكز المتعاقدين.

كما أن تحقيق التوازن العقدي في إطار مدونة الأسرة لا يمس فقط الجانب المادي للالتزام وإنما يمس أيضا وبصفة أساسية الجانب المعنوي له.

المطلب الثاني: حدود الشرط في الأحوال المالية.

سنتناول ضمن حدود الشرط في الأحوال المالية، الشرط في عقد الوصية (الفقرة الأولى) وفي عقد الهبة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشرط في عقد الوصية.

تبعا للطبيعة القانونية للوصية باعتبارها تصرفا مضافا إلى المستقبل فإنها لا تتعد بصيغة ناجزة لأن آثارها تتأخر إلى ما بعد الموت، لذلك فهي لا تصح إلا مضافة للمستقبل أو معلقة على شرط.

وقد أجمع الفقه على أن الوصية من العقود الذي يصح تعليقها على الشرط تعليقا مطلقا انسجاما مع طبيعتها القانونية.

وهكذا نصت المادة 285 من مدونة الأسرة " يصح تعليق الوصية في الشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحا والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفا لمقاصد الشرع ".

الفقرة الثانية: الشرط في عقد الهبة:

أجاز الفقه المالكي على خلاف المذاهب الأخرى¹ تعليق الهبة على الشرط مطلقا وهكذا جاء في المدونة الكبرى² في الرجل الذي يبتاع السلعة على أن يهب له البائع هبة " قلت، أ رأيت إن اشتريت من رجل سلعة على أن يهب لي هبة أو يتصدق به علي بصدقة قال لا بأس بذلك إذا كان الذي يهب لك أو الذي يتصدق به عليك شيئا معروفا "

وقد أسس الفقه حجته على صحة الشرط في الهبة لكون الضرر في الهبة لا يضر لأنها تبرع والتبرع لا تضره لا الجهالة ولا الضرر فهو نتاج الإحسان والتفضل.

وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم حديث شريف رواه أحمد والطبراني علق فيه هبته إلى زوجته أم سلمة، فعن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: " لما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها: ﴿إني قد أهديت للنجاشي حلة وأواقي من مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة فإن ردت فهي لك...﴾ والحديث ظاهر المعنى ومعناه أنه وهب شيئا إلى زوجته ولكنه علق هذه الهبة على أمر مجهول عادة من الناس هو رجوع هبته إلى النجاشي فقد لا ترجع لو كان حيا، كما قد لا ترجع لو احتجزها من خلفه على الملك.

وما يؤيد أن الرسول صلى الله عليه وسلم أراد هبته كاملة قوله ﴿إن رجعت فهي لك﴾ لأن كلمة " لك " تفيد الملك دلالة صريحة³.

المبحث الثاني: حدود أعمال الشرط في مدونة الشغل.

ينص (الفصل 109 من ق.ل.ع)، على أن " كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج وحقه

¹ - عبد الله الجليلي، الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو الآداب العامة في القانون المدني، بحث مقارن، طبعة 1958، ص 134.

² - الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج 14، ص 101.

³ - عبد الله الجليلي، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها.

في أن يباشر حقوقه المدنية يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه. ولا يطبق هذا الحكم على الحالة التي يمنع فيها أحد الطرفين نفسه من مباشرة حرفة معينة خلال وقت وفي منطقة محددين".

إن هذا الفصل يعكس أهمية التنظيم التشريعي لحدود أعمال الشرط في مدونة الشغل، ذلك أن منعه مثلا شرط عدم الزواج أو شرط العزوبة وكذا شرط عدم المنافسة في حدود معينة يشكل بحق حدودا تشريعية حتى لا يكون الشرط تعسفيا حماية للنظام العام التعاقدية.

ولذلك سنخصص (المطلب الأول) لشرط عدم الزواج و(المطلب الثاني) لشرط عدم المنافسة باعتبارها من أهم الشروط التي تثار بصدد تنفيذ عقد الشغل.

المطلب الأول: شرط عدم الزواج

تنص (المادة 9 من مدونة الشغل) في فقرتها الثانية " كما يمنع كل تمييز بين الأجراء من حيث السلالة، أو اللون أو الجنس، أو الإعاقة أو الحالة الزوجية، أو العقيدة...، يكون من شأنه خرق أو تحريف مبدأ تكافؤ الفرص، أو عدم المعاملة بالمثل في مجال التشغيل أو تعاطي مهنة، لاسيما فيما يتعلق بالاستخدام، وإدارة الشغل وتوزيعه، والتكوين المهني، والأجر، والترقية، والاستفادة من الامتيازات الاجتماعية والتدابير التأديبية والفصل من الشغل.

يترتب عن ذلك بصفة خاصة ما يلي:

1- حق المرأة في إبرام عقد الشغل..

ولقد حرصت مدونة الشغل الجديدة¹ على منع كل تمييز بين الأجراء سواء من حيث الجنس أو تمييز أو غير ذلك من الصفات، الأمر الذي يؤدي إلى تكافؤ و

¹ - القانون رقم 99 - 65 المتعلق بمدونة الشغل، الجريدة الرسمية، عدد 5167 بتاريخ 13 شوال 1424 الموافق 2003/12/8، ص 3969.

الفرص بين المرأة والرجل خاصة في عصر أصبح للمرأة دور اقتصادي واجتماعي هام وحساس.

غير أن الواقع أفرز على المستوى العملي أن بعض الأنظمة الداخلية للمؤسسات أو بعض نماذج عقود العمل تتضمن شرطا بعدم الزواج يفرض في الغالب على النساء دون الرجال.

فبعض المؤسسات والمقاولات ولأسباب اقتصادية تفضل التعاقد مع أجيبة عازبة نظرا لما لوضعية المرأة العاملة المتزوجة من تأثير على التنفيذ العادي لعقد الشغل بمجرد ما تصبح حبلى أو مريضة، فيلجأ إلى إيراد شرط العزوبة في عقد العمل كشرط متطلب عند الترشيح للعمل وأيضا كشرط بقاء في العمل.

إن إدراج مثل هذا الشرط والمسمى بشرط العزوبة « Clause de Célibat » ليشكل بحق شكلا من أشكال تعسف المشغل في مواجهة الأجير الذي يقبل بها عن مضض أمام نقص فرص الشغل، كما أنه إذا كان المستهدف منه هو المرأة فإنه يؤدي بها إما إلى البقاء عازبة على الدوام - طول فترة امتداد عقد الشغل - وبالتالي حرمانها من حقها الطبيعي في الزواج ومخالفة الفطرة البشرية التي جبلت عليها والتي من شأنها - أي عن طريق الزواج - أن تضمن لها حياة شريفة ساكنة دون كبت غريزي أو نفسي.

وقد يضطر مثل هذا الشرط المرأة العاملة إلى الاستقالة من العمل لإتمام مشروع الزواج¹.

ولحماية المرأة العاملة من شرط عدم الزواج نصت (المادة 109 من ق.ل.ع) أن كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من الرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه.

¹ - عبد الحفيظ بلخضير: الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دار الحدائق للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 1986، ص 228.

ولقد تصدى القضاء المغربي، لمثل هذا الشرط، في قرار مبدئي صادر عنه بتاريخ 21 يوليوز 1983 وذلك فيما عرف بقضية هلينا بطيسطا إذ جاء في هـ " لكن حيث لئن كان الفصل 109 من ق.ل.ع ينص على بطلان الالتزام المقترن بشرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحقه في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية فإن هذا الشرط يكون باطلا ولا يؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه إذا كان من شأنه الانتقاص من حقوق الأجير.

لذلك فإن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أن شرط عدم الزواج الذي التزمت به المطلوبة في النقض يعتبر باطلا ويبقى العقد صحيحا ورتبت على ذلك آثار الفسخ التعسفي لعقد العمل الصادر بإرادة منفردة من جانب الطاعنة فكان بذلك قرارها معلل تعليلا كافيا وصحيحا¹.

ولقد شكل هذا الاتجاه انقلابا جزئيا على مضمون الفصل 109 من ق.ل.ع إذ رغم صراحته فقد منع المجلس الأعلى ترتيب جزاء البطلان على عقد الشغل².

ومن وجهة نظرنا نعتقد أن هذا الانقلاب اقتضاه مبدأ ملاءمة جزاء البطلان مع قواعد قانون الشغل لأن اعتبار عقد الشغل المتضمن لشرط عدم الزواج باطلا يشكل مخالفة لقصد المشرع في منع هذه الاتفاقات وإبطالها وحدها دون العقد وإلا اعتبر ذلك مجازاة للمؤجر باستفادته من خطئه وتعسفه.

فالبعد الوقائي والمتمثل في محاولة منع مثل هذه الاتفاقات في المهد والبعد الزجري والمتمثل في قصر البطلان على الشرط دون العقد تحكما في اتجاه المجلس الأعلى.

المطلب الثاني: الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة.

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم 1300 الصادر بتاريخ 1983/7/21 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 132 يناير 1984، ص 136.

² - انظر عبد الكريم طيب، العقد الباطل لا ينتج تعويضا، مجلة المحاكم المغربية، عدد 22، 1981، ص 78. ومن المهم الإشارة إلى أن بعض الفقه اعتبر هذه الانتقادات في غير محلها والسبب في ذلك عدم استيعاب ذلك الفقه للمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الاجتماعي والتي تختلف كل الاختلاف عن المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون المدني، محمد الكشور، عناصر عقد الشغل في التشريع الاجتماعي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1995، ص 156.

إن الالتزام بعدم المنافسة قد يجد مصدره إما في القانون أو العقد أي اتفاقات الأطراف، ويسمى في الحالة الأولى بالالتزام القانوني بعدم المنافسة تمييزاً له عن الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة.

ويعرف الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة، الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأجير بعدم منافسة رب العمل سواء بإنشاء مشروع منافس، أو بالعمل عند رب عمل منافس بعد انتهاء عقد الشغل¹.

وإذا كان الأجير يعد ملتزماً قانوناً بعدم منافسة رب العمل أثناء تنفيذ عقد الشغل طبقاً لمبدأ حسن النية² والإخلاص في تنفيذ العقد، وتأسيساً أيضاً على أن علاقة التبعية تحظر تبعية أجير لأكثر من مؤجر في آن واحد، وبصفة عامة يلزم الأجير الامتناع عن أي عمل أو تصرف يضر بمصلحة المؤسسة المشغلة. ذلك أنه لا يمكن العمل مع شخص ومنافسته في آن واحد.

وقد أقام القضاء المغربي مبدأ عدم إفشاء الأسرار بمثابة الأساس القانوني للالتزام بعدم المنافسة³. وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 28 شتنبر 1982 " .. أن الأجير بتأسيسه شركة منافسة تقوم بنفس النشاط الذي تمارسه الشركة المؤجرة له يكون قد أخل بما التزم به في عقد الشغل من عدم إفشاء واستخدام الوسائل والمعلومات والأساليب الخاصة المستعملة من طرف هذا الأجير، وتشكل مخالفة هذا الالتزام خطأ جسيماً يبرره طرده من العمل " ⁴. أما القضاء الفرنسي فقد أقام هذا الأساس على الالتزام بالإخلاص (Obligation de fidélité) وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بتلوز الصادر بتاريخ 7 ماي 1998 " إن الأجير ملزم أثناء مرحلة

¹ - محمد مومن، الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة في عقد الشغل وآثاره على الوضعية القانونية للأجير، مجلة القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، العدد 18، ص 11.

² - ينص الفصل 231 من ق.ل.ع على أن كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية.

³ - وقد جرم المشرع المغربي إفشاء أسرار المصنع في الفصل 447 من ق.ج الذي يخص على أن " لكل مدير أو مساعد أو عامل في مصنع إذا أفشى أو حاول إفشاء أسرار المصنع الذي يعمل به سواء كان ذلك الإفشاء إلى أجنبي أو إلى مغربي مقيم في بلد أجنبي يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 200 إلى 10.000,00 درهم ".

⁴ - ملف اجتماعي رقم 84853 منشور بمجلة رابطة القضاة، العددان 4 - 5، السنة 18، يونيو 1982، ص 13.

تتفيذ عقد الشغل بواجب الإخلاص تجاه مشغله ولا يمكن له أن يمارس نشاطا منافسا له، ولو في غياب شرط صريح خاص في العقد¹.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام القانوني بعدم المنافسة يستغرق مدة عقد الشغل ولا يمتد إلى ما بعد انتهاء عقد العمل بحيث يسترد العامل حريته الكاملة في ممارسة أي عمل، حتى ولو كان من نفس جنس ذلك العمل الذي كان يمارسه ولو شكل منافسة للمؤسسة السابقة، إما لحسابه أو لحساب الغير وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 28 أبريل 1986 يعتبر مشروعا الإعداد البسيط لنشاط مستقيل من طرف الأجير ينتج أثره بمجرد انتهاء الالتزام القانوني بعدم المنافسة².

ومن المهم الإشارة إلى أن مصدر الالتزام بعدم المنافسة أساسه اتفاق، ذلك أن الالتزام القانوني بعدم المنافسة ينتهي بانتهاء عقد العمل³، الشيء الذي فرض على المؤجر الاحتياط لهذا الأمر وتضمين عقد الشغل شرطا يمنع الأجير من منافسته بعد انتهاء مدة العمل حتى يستطيع من خلاله حماية مشروعه من احتمالات منافسة ضارة، ذلك أن الأجير قد يستغل وبحكم طبيعته وتخصص عمله أسرار المصنع وعلاقته بالزبناء لحسابه وضدا على المصالح الاقتصادية والمالية لرب العمل.

وقد سعى المشرع إلى تقييد هذا الشرط انطلاقا من مبدأ الموازنة بين حرية العمل الذي يعتبر مبدأ دستوريا وحماية المصلحة الاقتصادية المشروعة للمؤسسة، خاصة إذا علمنا أن الأجير يقبل هذا الاشتراط تحت ضغط الحاجة للعمل باعتباره الطرف الضعيف في العقد.

الفقرة الأولى: شروط صحة الاتفاق على عدم المنافسة.

ينص الفصل 109 ق.ل.ع أن " كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان؛ كحقه في أن يباشر حقوقه المدنية يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام المعلق عليه.

¹ - CA. Toulouse, 4^e ch. 7 Mai 1998 inf cass n° 497 Oct 1998, p 37.

² - Cass. Soc n° 83 – 40, 309 LamY de droit économique 2003 n° 1598, p 663.

³ - Yves Serra, concurrence, Obligation de non concurrence, répertoire commercial Dalloz Mars 1996, p 6.

ولا يطبق هذا الحكم على الحالة التي يمنع فيها أحد الطرفين نفسه من مباشرة حرفة معينة خلال وقت ومنطقة محددين "

فالمشرع المغربي وضع شرطين أساسيين لصحة الالتزام الاتفاقي بعدم المنافسة وهما أن يكون هذا الشرط مقيدا بنوع من الحرفة أو العمل وكذا مقيدا في الزمان والمكان ولقد ترك المشرع للقضاء السلطة التقديرية لضبط مدى ونطاق هذه الشروط.

وهكذا في حكم لابتدائية الدار البيضاء صادر بتاريخ 10 أبريل 1933 " يعد باطلا الشرط الذي يمنع بمقتضاه العامل من العمل لحساب شخص آخر في كل أنحاء المملكة المغربية مبيحة أن المنع يجب أن يكون م حادا من حيث الزمان والمكان أيضا، لأن في ذلك مساس بحرية العمل المنصوص عليها في (الفصل 727 ق.ل.ع)¹.

كما جاء في قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 22 شتنبر 1980 " ذلك أنه بمقتضى الفصل 12 من العقد المبرم بين الطاعنة والمطلوب في النقض يلتزم هذا الأخير بإفادة الشركة بجميع نشاطه المهني ويمنع عليه إشاعة أي إيضاح أو بيان عن سير الشركة أو الوسائل الخاصة المستعملة من طرفها ، أو استخدام هذه المعلومات والأساليب لفائدة مصلحته الشخصية ولو حتى بعد انتهاء مدة العقد، وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ جسيما لا يبزر فحسب الطرد فورا بل يوجب علاوة على ذلك التعويض الناتج عنه.

وحيث أثبتت الطاعنة أن المطلوب في النقض أسس شركة مماثلة لها تهدف نفس الهدف تحت اسم " أ " وذلك بواسطة نسخة من القانون الأساسي للشركة المذكورة وحيث أنه ما قام به المطلوب في النقض يشكل خرقا صريحا لما التزم به في الفصل 12 من عقد العمل المبرم بينه وبين مشغلته شركة " ب "، كما يشكل خطأ جسيما يبزر طرده من طرف الشركة المذكورة طبق نفس الالتزام ...²

¹ - مذكور عند أحمد شكري السباعي، الأسس القانونية للمنافسة غير المشروط على ضوء الفصل 84 من ق.ل.ع، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7، 1984، ص 106.

² - قرار رقم 3330 منشور بمجلس قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، 1982، ص 193.

وإذا كان شرط عدم المنافسة يهدف إلى حماية مصلحة مشروعة للمقاولة أو المؤسسة فإنه يجب أن يأخذ بعين الاعتبار خصوصية عمل الأجير وذلك لمنع الاشتراطات التعسفية الدارجة والعامة في عقود العمل والتي لا تضع في الحسبان نوع العمل المكلف به الأجير ، الذي يقتضي أن يكون على قدر من الكفاءة والتخصص والتجربة والذي يبرز وحده حقيقة وأهمية الأخطار الاقتصادية والتجارية لمزاولة أي عمل منافس، وهكذا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية¹ أن شرط عدم المنافسة بالنسبة للأجير المكلف بالتنظيف المبرم لمدة 4 سنوات لا يعتبر شرطا ضروريا لا غنى عنه لحماية المصالح المشروعة للمقاولة وفي نفس الوقت وحماية للحق في العمل بالنسبة للأجير وضع الاجتهاد القضائي الفرنسي عدة شروط لصحة شرط عدم المنافسة:

وهي ثلاثة شروط:

- 1- أن يكون الشرط مقيدا في الزمان.
- 2- أن يكون الشرط مقيدا في المكان.
- 3- أن يحصل الأجير على تعويض عن هذا الشرط.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسي مبدئي وتاريخي حول مسار الاجتهاد القضائي صادر بتاريخ 2002/7/10 جاء فيه " إن شرط عدم المنافسة لا يمكن أن يكون مشروعا إلا إذا كان ضروريا لحماية مصلحة مشروعة للمقاولة، محددًا في الزمان والمكان يأخذ بعين الاعتبار خصوصية عمل الأجير ويتضمن تعويضا ماليا، هذه الشروط كلها مجتمعة وإلزامية"².

¹ - Cass - soc, 14 mai 1992, n° 89 – 45. 300 : dans même sens cass. Soc. 13 Janv 1997, n° 97 – 40 – 023. soc. 11 Juill 2001. n° 99 – 42 – 915.

² - « Une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte une financière, ces conditions étant cumulatives »

- cité par : Géraldine Mollet : classe de non concurrence et contrepartie Financière en droit du travail. Publier au site Internet WWW.jwsmag-net /.

الفقرة الثانية: آثار شرط عدم المنافسة:

أولاً: آثار تطبيق شرط عدم المنافسة على الأجير:

إذا تحققت شروط صحة شرط عدم المنافسة يتعين على الأجير احترامها والالتزام بمقتضياتها تحت طائلة تحقق مسؤوليته العقدية مهما كانت أسباب انتهاء عقد العمل سواء الفسخ أو الاستقالة.

لكن جزاء المسؤولية العقدية قد لا يكون فعالاً لضمان احترام الأجير للشرط الشيء الذي استدعى التفكير في تطبيق جزاءات أكثر صرامة ومن بينها فرض غرامة تهديدية على الأجير أو طلب إغلاق المؤسسة المنافسة أو فسخ عقد العمل بالنسبة للأجير المرتبط بمشغل آخر، ويمكن للمشغل أن يجمع بين طلب تنفيذ الشرط وطلب التعويض.

ثانياً: آثار تطبيق شرط عدم المنافسة على المشغل:

إذا لم يمكن المشغل الأجير من تعويض عن شرط عدم المنافسة، فإن الشرط يصبح كأن لم يكن ويكون بمقدوره التحلل منه بحيث يسترد حريته في ممارسة نفس العمل ومنافسة مشغله.

ثالثاً: آثار تطبيق شرط عدم المنافسة على المشغل الجديد:

قد تتحقق مسؤولية المشغل الجديد بمناسبة تطبيق شرط عدم المنافسة في الحالة التي يقوم فيها بتشغيل أجير مرتبط بهذا الشرط مع مشغل آخر:

1- إذا ثبت أنه تدخل من أجل إخراج الأجير من شغله.

2- إذا شغل أجير مع علمه بأنه مرتبط بعقد شغل.

3- إذا استمر في تشغيل أجير بعد أن علم أنه ما زال مرتبطاً بمشغل آخر

بموجب عقد الشغل ويكون معه المشغل الجديد متضامن مع الأجير عن تحمل المسؤولية عن الضرر اللاحق بالمشغل السابق (المادة 42 من مدونة الشغل).

ذلك أن قواعد المنافسة تآبى القيام بتصرفات غير مشروعة اتجاه مقاولة أخرى بتشغيل أآير مرتبط بمقاولة أخرى إضراراً بها ومسا بمصالحها المالية.

وإذا كان شرط عدم المنافسة يهدف إلى حماية النظام العام الإاقتصادي للمقاولة سواء في علاقتها بالأآير ومع مؤسسة منافسة أخرى تحقيقاً للشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية، فإن حماية هذا النظام استدعى أيضاً رعي مصالح وحقوق الأآير (النظام العام الإاآتماعي) عن طريق تقبيد الحق في العمل بحدود قانونية أو قضائية تحترم الحق في العمل وتقيدته دون أن تلغيه.

المبحث الثالث: حدود الشرط في مدونة التأمينات الجديدة

تكون الشروط تعسفية وغير مشروعة عندما تتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة أو القانون.

ومشروعية هذه الشروط ترتبط بالمجالات التي تجد فيها هذه الأخيرة غرضها وحدودها في حماية مصلحة مشروعة للمؤمن بأن تحبط كل محاولة للغش من جانب المؤمن له إضرارا به ليجعل من كل ما عداها شروطا غير مشروعة¹.
وقد سعى المشرع من خلال إبطال بعض من هذه الشروط غير المشروعة إلى حماية المؤمن له أيضا من تعسف المؤمن الممثل في تقييد الحق في الضمان بدون سبب حقيقي وجدي ومشروع لا ينسجم مع المصالح المشروعة للطرفين والتي يهدف العقد إلى تحقيقها.

ويكون الشرط غير مشروع كلما كان يخالف القواعد الآمرة التي سنت لحماية الطرف الضعيف في عقد التأمين أو تخالف الآداب العامة كأن يعتبر أي عمل إنساني اتجاه الضحية اعترافا ضمنيا بالمسؤولية أو بداية لصلح أو قبولا للمسؤولية (م. 64 من م.ت.ج).

ولقد تكفل المشرع المغربي بحظر بعض شروط السقوط أو الاستثناء من الضمان أو غيرها من الشروط الأخرى المعتبرة تعسفية إما لكونها شروطا اتفاقية مخالفة للقانون في التأمين عن حوادث السيارات أو لمخالفتها للقوانين واللوائح بوجه عام أو للتأخر في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو للمؤمن أو للتأخر في تقديم المستندات والوثائق اللازمة للمؤمن، وأخيرا بطلان الشروط التي تؤدي إلى حرمان المؤمن له من الحق في التقاضي.

وهكذا نصت المادة 35 من م.ت.ج. أنه يقع باطلا ما يرد في عقد التأمين:

¹ - محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، دراسة في عقد التأمين البري، ط 1980/1، دار الفكر العربي، ص 89.
Patrick Nabet, la peine privée en droit des assurances, préface de Jean - Yves Mahet, Aix en Provence, presses d'aix- Marseille, 1986, p 78.

1- كل شرط من الشروط التي تنص على سقوط حق المؤمن له في حالة خرق للنصوص التشريعية أو التنظيمية ما لم يشكل هذا الخرق جنائية أو جنحة مرتكبة عمدا.

2- كل شرط ينص على سقوط حق المؤمن له لمجرد تأخر في التصريح

بالحادث للسلطات أو في الإدلاء بوثائق دون المساس بحق المؤمن في المطالبة بتعويض يتناسب مع الضرر الذي يكون قد لحقه من هذا التأخير أو الإدلاء بالوثائق.

3- كل شرط تحكيم لم يوافق عليه المؤمن له صراحة عند اكتتاب العقد.

كما نصت المادة 19 من م.ت.ج. على أنه يحظر كل شرط من شأنه أن يمنع

المؤمن له أو من يحل محله من مقاضاة المؤمن أو من مطالبته بالضمان بمناسبة تسوية الحادث.

ويعتبر أيضا من الشروط الباطلة تخفيض آجال التصريح بالحادث من طرف

المؤمن له إلى أقل من خمسة أيام الموالية لوقوع الحادث، وكذا الاحتجاج بسقوط الحق الناشئ عن أحد شروط العقد تجاه المؤمن له الذي يثبت استحالة قيامه بالتصريح داخل الأجل المحدد بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة.

كما تعتبر باطلة أيضا شروط البطلان أو حالات سقوط الحق أو استثناءات أو

حالات انعدام التأمين الغير المشار إليها بحروف جد بارزة (المادة 14 من م.ت.ج).

ويسعى المشرع المغربي من خلال نظام البطلان حماية رضا المستهلك وذلك

بمنع إدراج الشروط التعسفية أو غير القانونية كإجراء وقائي لمحاربة أي إعلام مغلوط وغير صادق ومخالف للقانون¹.

¹ - للمزيد من التعمق، راجع، محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، دراسة مقارنة لحماية مستهلكي خدمات التأمين البري، مطبعة دار السلام الرباط الطبعة الأولى، 2007، ص 185.

المبحث الرابع: حدود أعمال الشرط في ضوء النظرية العامة لعقد الاستهلاك

إن حرية أطراف العقد في الاتفاق على شروط التعاقد في ضوء المبادئ القانونية التقليدية تسمح للطرف المحترف الأكثر خبرة بفرض شروط مجحفة على الطرف الأقل كفاءة وخبرة.

فسلطان الإرادة وما يعنيه من حرية الإرادة، لم يعد هو المبدأ الوحيد الذي تقوم عليه نظرية الالتزامات وبالتالي نظام التعاقد كما يفهم اليوم بمعنى أن يترك المشرع الطرف القوي يسيطر على العملية التعاقدية في ظل غياب الإرادة الواعية والصحيحة للطرف الأقل قدرة أو خبرة¹.

فقصور النظرية العامة للعقد في الحد من عدم التوازن العقدي (المطلب الأول) نابع بالأساس من قيامها على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية.

ولقد كان لنشوء قانون جديد في القوانين المقارنة يدعى قانون الاستهلاك بلورة مفاهيم حديثة تدعو إلى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد مما ساهم في تكوين نظرية عامة لعقد الاستهلاك تساهم في تحقيق التوازن العقدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قصور النظرية العامة للعقد في الحد من عدم التوازن العقدي.

يتمثل قصور النظرية العامة للعقد في عدم استيعابها لمعطيات التعامل الحديثة نتيجة اعتمادها المطلق على مبدأ سلطان الإرادة رغم تراجع هذا المبدأ أمام ضرورة إعادة التوازن إلى العقد. ويمكن تحديد ملامح هذا القصور والضعف من خلال نظرية الغلط (الفقرة الأولى) والتدليس (الفقرة الثانية) والإكراه (الفقرة الثالثة) والغبن الاستغلالي (الفقرة الرابعة) والإثراء بلا سبب (الفقرة الخامسة) ونظرية التعسف في استعمال الحق (الفقرة السادسة) وأخيراً نظرية السبب (الفقرة السابعة).

¹ - حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية القاهرة، 1996، ص 119.

الفقرة الأولى: نظرية الغلط:

يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها¹، فهو بمثابة وهم يتولد في ذهن العاقد ليصور له الأمر على غير حقيقته، فيدفعه إلى التعاقد²، ولا يخول الغلط الإبطال إلا إذا وقع في ذات الشيء أو نوعه أو في صورة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضا، نفس الأمر بالنسبة للغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته، [الفصلين 41 و 42 من ق.ل.ع.]، وحتى يعتد بالغلط في التشريع المغربي يجب أن يكون هو الدافع إلى التعاقد، أي أن ينصب على صفة جوهرية في الشيء محل العقد لقبول دعوى إبطال العقد.

وتفرض نظرية الغلط نفسها في عقود الإذعان لكون هذه العقود تتم في شكل نماذج عقود موحدة ونمطية ومعقدة يصعب على المتعاقد المستهلك الجاهل Profane فهمها باعتباره شخصا عديم الخبرة والتجربة والكفاءة، ويصعب عليه أن يثبت من مفهوم وماهية هذه الشروط وأثرها على مصالحه الاقتصادية والمالية من العقد مما يعرضه للغلط بشأنه.

وتبقى هذه النظرية قاصرة عن ضمان حماية فعالة لرضا الطرف الضعيف في العقد، وذلك راجع بالأساس إلى تطلب المشرع أن يمس الغلط صفة جوهرية في العقد، بحيث لا يمكن الاعتداد بصفات ثانوية وغير أساسية، فضلا عن ذلك تُطرح إشكالية صعوبة إثبات المستهلك وقوعه في الغلط.

كما أن جزاء إبطال العقد قد لا يكون مفيدا للمستهلك لأنه يرغب في الاستفادة من الشيء محل العقد لرغبته في استبعاد الشرط التعسفي وحده مع الإبقاء على العقد، ومن المهم الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي طور نظرية الغلط عن طريق تأسيسه

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، م. س، ص 290.

² - أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود وإبطالها في القانون المدني المغربي، منشورات عكاظ، الطبعة 2، 1987، ص 225. مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات السباعي في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي الجزء الأول مصادر الالتزامات مطبوعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 1972، ص 74.

لنظرية الالتزام بالإعلام التي تلزم الدائن بالإفصاح للطرف الآخر بالمعلومات والبيانات المتعلقة بشروط العقد ليرفع عنه كل غلط وهنا يساهم الالتزام بالإعلام بدور وقائي في تجنب الوقوع في الغلط.

الفقرة الثانية: نظرية التدليس:

يعرف التدليس بأنه استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد¹.

فالتدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطئ معه قد بلغت بطبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر (ف 52 من ق.ل.ع) فالتدليس يتم إما بوسائل إيجابية تحمل تأكيدات غير صحيحة وخادعة أو بمعنى آخر تقديم إخبار أو إعلام غير صادق لا يتسم بالموضوعية بشأن محل العقد ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذي يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلا للإبطال متى ثبت أن لولا هذه التأكيدات لما حصل الرضاء². بل قد يكون التدليس عملا سلبيا محضا فيكفي مجرد الكتمان (Réticence) طريق احتيالي.

والأصل أن الكتمان لا يكون تدليسا، إلا أن هناك أحوال يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان فيلوم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء له ويعد تدليسا أن يكتمه، وتارة يكون الالتزام بالإفشاء مصدره نص في القانون، وتارة يكون مصدره الاتفاق الصريح، ولكن وفي كثير من الأحيان يكون المصدر هو القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمرا هاما يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ويدرك أحد المتعاقدين خطره ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهله ومع ذلك يكتمه عنه فيحمله على التعاقد³.

ونشير إلى أن القضاء الفرنسي ابتداء من سنة 1958 طور بغير نص تشريعي

نظرية التدليس عن طريق الكتمان، واعتبر أن التدليس يمكن أن يستنتج من مجرد

¹ - مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 98.

² - محمد الهيني، مرجع سابق، ص 35.

³ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 322.

السكوت والكتمان، مما ساهم في الإقرار بوجود التزام عام بالإعلام يمنع السكوت عن الإعلام¹ في موقف يجب فيه الإفصاح عن البيانات والمعلومات المؤثرة على رضا المتعاقد الآخر لجعل الرضاء متتورا ومتبصرا بكافة ظروف التعاقد.

فالكتمان يعد خرقا مباشرا للالتزام بالإعلام، فالالتزام بالإعلام ساهم في تطوير نظرية التدليس باشتراط علم المتعاقد الآخر بأهمية البيانات المحفوظ بها والتي لم يتم نقلها للمتعاقد الآخر متى كان على جهل وعدم دراية مشروعة بها أو عدم اشتراط تعلق التدليس أو الكتمان بعناصر أساسية وجوهرية في العملية التعاقدية، وفي الأخير عدم اشتراط نظرية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع لأن مجرد الكتمان أو الإعلام غير الصحيح المجرد عن قصد العمد يكفي لتوافر الإخلال بواجب الالتزام بالإعلام.

وهكذا فإن النظرية الحديثة تسمح للمدلس عليه بالتمسك بالإبطال حتى حينما يتعلق التدليس بمجرد شرط من شروط العقد وليس فقط ذلك المتعلق بالعملية التعاقدية في حد ذاتها².

الفقرة الثالثة: نظرية الإكراه:

عرف الفصل 46 ق.ل.ع الإكراه بأنه إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه.

وينص الفصل 47 من ق.ل.ع على أن " الإكراه لا يخول الإبطال إلا:

1- إذا كان هو السبب الدافع إليه.

2- إذا قام على وقائع من شأنها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألما جسميا أو

اضطرابا نفسيا³.

¹ - Jacques Ghestin, Droit Civil, la Formation du Contrat, 3^{ème} édition, LGDJ 1993, Paris, p 535.

² - نقض تجاري فرنسي 22 / 12 / 1954 دالوز 1955 ص 254 أورده حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 75.

³ - يقابل المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي.

وإذا كان المشرع المغربي لم يحدد وسيلة الإكراه التي تعيب رضاء المستهلك، فهل يمكن اعتبار الإكراه الاقتصادي¹ (الحاجة إلى التعاقد) أو الإكراه الناتج عن ضعف الخبرة أو التجربة أو الكفاءة بمثابة إكراه يخول إبطال العقد؟ من وجهة نظرنا نعتقد أن النظرية التقليدية التي أخذ منها التشريع المغربي والتي تجعل الإكراه ضغطا شديدا ينذر بخطر جسيم محقق بالنفس أو المال، لا يمكن أن تنهض كأساس قانوني لإبطال العقد، لأن الضغوط الواقعية والعملية التي يتعرض لها مستهلكو السلع والخدمات تعتبر بمثابة إكراه معنوي أكثر حساسية لم يلتفت إليه واضعو القانون المدني، " ذلك أن تكييف مثل هذه الضغوط على أنها نوع من الإكراه يؤدي إلى اضطراب السوق"².

الفقرة الرابعة: نظرية الغبن الاستغلالي.

الغبن هو عدم التعادل المادي بين الأداءات المتقابلة المؤدي إلى اختلال العقد³، والقوانين التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة ضيقت كثيرا من دائرة الغبن بمفهومه التقليدي، لأنها ترى أن الإنسان حر في تصرفاته وأن المتعاقد الحائز للأهلية القانونية كفيل بصيانة حقوقه والدفاع عنها، إلا أنه مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية وما نتج عن ذلك من زعزعة مبدأ سلطان الإرادة أصبح المشرع يتدخل في العقود لحماية الطرف الضعيف فيها، وقد تأثرت نظرية الغبن بهذا التطور فخرجت من نطاقها المادي واتسع مدلولها في العقود مما أسفر عن ظهور نظرية جديدة للغبن تكمن في نظرية الغبن الاستغلالي⁴.

والغبن الاستغلالي يتمثل في إقدام المتعاقد على استغلال طيش المتعاقد الآخر أو هواه الجامح أو حاجاته الملحة أو عدم خبرته أو جهله وحمله على إبرام تصرف يلحق به غبنا فاحشا.

¹ - للتوسع حول نظرية الإكراه الاقتصادي، يراجع

- Benjamin Montels, la violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence RTD. Com. Juillet Septembre 2002, p 417.

² - حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص 62.

³ - Boudahrin (A). Le droit de la consommation au Maroc, 1^{ère} Edition Al Madariss, 1999 , p 121et suiv.

⁴ - نزهة الخلدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية - عقد البيع نموذجا - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكاد كلية الحقوق الرباط 2005/2004 ص 140 وما بعدها.

ولم يكن القضاء المغربي بمعزل عن هذا التطور، ذلك أنه استغل الحالات الأخرى المشابهة للمرض المنصوص عليها في الفصل 54 ق.ل.ع ليعتق نظرية الغبن الاستغلالي ويؤسس لها.

وهكذا جاء في قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 13 يونيو 1988 " حيث إنه بمقتضى الفصل 54 ق.ل.ع إذا استغل أحد المتعاقدين مرض المتعاقد الآخر وأبرم معه عقدا لا تتعادل فيه التزامات الطرفين، فإن الطرف المغبون غبنا استغلاليا يسوغ له أن يطالب بإبطال العقد.

حقا حيث يتجلى من القرار المطعون فيه، أن المحكمة عندما تبث في الدعوى الرامية إلى إبطال عقد البيع في إطار الفصل 54 ق.ل.ع نظرا لكون البائع كان مصابا بأمراض عصبية ونفسية حين إبرام العقد، في حين أن تطبيق الفصل 54 المعتمد عليه، والذي يعالج حالة الغبن الاستغلالي باعتباره سببا من أسباب الإبطال كعيب من عيوب الرضا، يتطلب توافر عنصرين:

✓ عنصر مادي، وهو عدم تعادل التزامات الطرفين؛

✓ وعنصر نفسي وهو في هذه النازلة - حالة المرض التي نتج عنها عدم التعادل وأن المحكمة وإن أبرزت حالة المرض فإنها لم تبرز العنصر المادي أي غبن البائع كنتيجة لاستغلال حالته المرضية¹.

ولا شك أن هذا التفسير من شأنه أن يعيد النظر في ظاهرة اختلال التوازن العقدي ومحاربة الشروط التعسفية شريطة إدخال ضعف التجربة أو الخبرة أو الكفاءة كمعطى نفسي خاص ضمن حالات المرض وتوسيع العنصر المادي الذي هو عنصر عدم تعادل التزامات الطرفين من معطى حسابي رقمي إلى معطى موضوعي (عدم التوازن في الشروط وليس فقط في الثمن).

¹ - منشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد 7 السنة 1991 ص 113 مع تعليق الأستاذ محمد شليح: في مشاكل الفصل 54 من ق.ل.ع المغربي من حيث تحديد طبيعة عيوب الارادة المنصوص عليها فيه وشروط الإبطال المبني عليها.

الفقرة الخامسة: نظرية الإثراء بلا سبب.

يتطلب تحقق شروط الإثراء بلا سبب وجود إثراء في ذمة شخص يقابله افتقار في ذمة شخص آخر دون أن يتوافر لهذا الإثراء سبب قانوني يرتكز عليه (المادة 66 ق.ل.ع)

وقد أشار حكم المحكمة الابتدائية بالبيضاء الصادر بتاريخ 1986/1/13 إلى شروطها مقررًا ما يلي: " وحيث أنه بالنسبة للإثراء بلا سبب استنادا للفصل 66 ق.ل.ع نلاحظ أن كلا من الفصلين 66 و 67 من نفس القانون يقول أن الشخص الذي افتقر وأثرى شخصا آخر على حسابه بدون سبب يبرر هذا الإثراء يمكنه أن يحصل على تعويض من الشخص المثري، وحتى يستحق الشخص التعويض يجب أن يكون الإثراء قد استوفى شروطا مادية وأخرى قانونية.

أولا: الشروط المادية:

✓ يجب أن يكون المدعى عليه في دعوى الإثراء قد استفاد من الإثراء وهذا لم تثبته المدعية.

✓ أن يكون إثراء المدعى عليه أدى إلى افتقار المدعي، وهذا أيضا لم يثبت خصوصا وأن من بين ما استلزمه الفصل المذكور أن يتسلم المدعى عليه شيئا من ملك الغير بدون سبب.

✓ علاقة تربط بين الإثراء بلا سبب "1.

فالسبب الذي يبرر الإثراء هو المصدر القانوني للإثراء وهو بصفة عامة أحد مصادر الالتزام المتمثلة في التصرف القانوني أو الواقعة القانونية.

وإذا كان المستهلك يضار من العقد نتيجة عدم التكافؤ في مراكز المتعاقدين نتيجة استغلال القوي أي الطرف المهني له مما يجعله معرضا لشروط تعسفية ترهق كاهله وتعفي في المقابل المهني من أهم التزاماته، فالعقد يعتبر سببا مشروعًا للإثراء رغم أنه غير متوازن ومتكافئ الشيء الذي يجعل نظرية الإثراء بلا سبب قاصرة عن

¹ - حكم رقم 86/81 المجلة المغربية للقانون السلسلة الجديدة، عدد 14، 1987، ص 240.

ضمان حماية فعالة لرضا الطرف الضعيف في العقد، لأنها تعتمد على وجود مصدر قانوني غير صحيح أكثر من اعتمادها على صحة شروط أو بنود هذا المصدر التي غالباً ما تكون مجحفة ومشوبة بالتعسف.

الفقرة السادسة: نظرية التعسف في استعمال الحق.

نص الفصل 94 من ق.ل.ع على أنه " لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله " وبمفهوم المخالفة فإن الشخص الذي يستعمل حقه بشكل يتجاوز الحدود المألوفة بنية الإضرار بالغير يعتبر متعسفاً في استعمال الحق مما يشكل خطأ يقيم مسؤوليته ويستوجب تعويض الطرف المتضرر.

ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

- 1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- 2- إذا كانت المصالح التي يرمي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، أي رجحان الضرر عن المصلحة رجحاناً كبيراً.
- 3- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة¹.

ويعتبر مبدأ لا ضرر ولا ضرار من أهم الأسس التي يقوم عليها الفقه الإسلامي لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾² وقد فسر هذا الحديث بعدة تفسيرات ترجع كلها إلى منع كل شخص من إلحاق الضرر بغيره، ولو كان في ذلك مصلحة له. يقول الباجي في المنتقى: يحتتمل أن يريد بقوله لا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز به إضرار بغيره، وقال غيره الضرر أن تضر نفسك لتضر بذلك غيرك. فإذا منع هذا، فكيف بمن يصلح مال نفسه بإفساد مال غيره، وقال الخشني: الضرر ما ينفعك ويضر صاحبك والضرار إما يضر صاحبك

¹ - الفصل 5 من القانون المدني المصري.

² - حديث مشهور، أخرجه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه.

ولا ينفك، فيكون الضرر ما قصد به الإضرار بغيره، قال الباجي فلا ينبغي لمن كان يؤمن بالله واليوم الآخر أن يحدث على جاره شيئاً يضر به¹.

ولا شك أن التشدد الذي طبع به المشرع نظرية التعسف في استعمال الحق تجعلها غير ذات فعالية لحل إشكالية الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ذلك أن الشرط التعسفي يعتبر كذلك بصرف النظر عن قصد المهني إيقاع الضرر بالمستهلك أم لا، بالإضافة إلى ذلك فإن القوة الملزمة للعقد والتي تفرض احترام اتفاقات الأطراف تآبى بحث عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق تحقيقها ما دام ليس فيها ما يخالف النظام العام، بل على العكس من ذلك قد يعتبر تدخل القاضي لإعادة التوازن في العلاقة التعاقدية المشوبة بالتعسف بقصد تعديل العقد في غياب أساس قانوني يبرره مخالفة مقتضيات الفصل 230 ق.ل.ع ومسا بالنظام العام.

كما أن جزاء التعسف في استعمال الحق والمتمثل في إصلاح الضرر المترتب عن هذا التعسف بإزالة أسبابه وكذا تعويض المتضرر لا يعتبر جزاء ناجعا وفعالا للمستهلك الذي يرغب في إلغاء الشرط التعسفي وحده مع الإبقاء على العقد.

الفقرة السابعة: نظرية السبب:

بالنسبة لهذه النظرية يعتبر الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع كأن لم يكن.

ولا يمكن الارتكاز على نظرية السبب لإبطال الشروط التعسفية لأنها مبنية على سبب قانوني مشروع الذي هو العقد، ذلك أن التوازن في شروط العقد لا يعتبر من شروط صحة هذا الأخير، فحرية الإرادة في الدخول في العملية التعاقدية تعني الحرية في فرض أو قبول شروط معينة.

فالسبب لا يعني إلا وجود التزامات متقابلة مجردة في ذمة كل متعاقد بصرف النظر عن فحوى هذه الالتزامات في كونها غير عادلة أو غير متكافئة فالإرادة وحدها التي تقرر التعاقد وتقبل بنتائجه.

¹ - ابن فرحون: التبصرة مرجع سابق. الجزء الثاني، ص 251.

المطلب الثاني: حماية المستهلك على ضوء النظرية العامة لعقد الاستهلاك.

إن الشرط بمعناه الفني - سواء كان واقفا أم فاسخا - يجب أن لا يكون تعسفيا، وهذه خاصية جديدة لم يشر إليها قانون الالتزامات والعقود عندما تحدث عن خصائص الشرط، وإن كانت أهميتها تزداد بحدّة¹، ذلك أنه وحسب (الفصل 230 من ق.ل.ع) فإن العقد الذي يربط بين إرادتين أو أكثر، لا يمكن أن يكون إلا عادلا فكل ما هو عقدي هو عادل والمرجع في ذلك هو إرادة المتعاقدين ما دام الأصل أن العقود لا تبرم إلا بعد مناقشات ومفاوضات بين الأطراف المتعاقدة حول مضمون العقد وشروطه²، وأن الشروط المقبولة لا يمكن أن تكون تعسفية، لأنها لو كانت كذلك لما تم قبولها وهكذا فإن مبدأ سلطان الإرادة يستبعد بالضرورة مفهوم الشرط التعسفي³.

غير أن التطور الاجتماعي والاقتصادي أفرز نوعا جديدا من العقود وإن كانت في شكلها إرادية وتعتمد على رضا المتعاقدين فإنها في جوهرها تتضمن شروط تعسفية، هذه الأخيرة قد تكون في شكل شروط واقفة أو فاسخة.

فحجم المعاملات وما يتطلبه من سرعة في إبرام العقود أدى إلى ظهور عقود جديدة تعرف بعقود الإذعان التي أصبحت الوسيلة الأكثر سهولة للإعداد المنفرد للعقود وشروطها لما توفره من وقت ونفقات في عمليات التعاقد التي تجمع بين طرف ضعيف (المستهلك) غير قادر على التفاوض بشأنه لنقص خبرته وقلة كفاءته، وطرف آخر (المهني)، قوي اقتصاديا ينفرد بوضع شروط العقد لمهنيته واحترافيته العاليتين، ونتيجة كل ذلك ظهور شروط تعسفية مجحفة بالمستهلك يستفيد منها المهني المحترف وتظهر بوضوح في عقود التأمين وعقود النقل، الكراء، البيع،...

ويقتضي بحث هذا الموضوع أولا تعريف عقد الإذعان (الفقرة الأولى)

ومفهوم الشرط التعسفي (الفقرة الثانية) ثم آليات الحماية من هذه الشروط التعسفية في القانون الفرنسي (الفقرة الثالثة) وفي القانون المغربي (الفقرة الرابعة).

¹ - ذلك أن أحيانا يكون الشرط بمعناه الفني صحيحا من الناحية القانونية لأنه غير مخالف للقانون ولا النظام العام وغير مستحيل، غير أن له طابعا تعسفيا يبرز بوضوح الفائدة الكبيرة التي يجنيها المتعاقد الآخر الدائن به.

² - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 2.

³ - Bricks Hélène ; les classes abusives. L.G.D.J, Paris. 1982. p IX.

الفقرة الأولى: عقد الإذعان:

يعرف عقد الإذعان بأنه عقد يتحدد مضمونه التعاقدى كلياً أو جزئياً بشكل مجرد وعام قبل المرحلة التعاقدية، فمن خصائصه أنه ينعقد بدون مفاوضة سابقة مما يجعل مضمونه يتحدد بشكل أحادي وفردى من جانب المذعن¹.

هذه الإرادة الفردية أو الأحادية هي التي تتولى تحديد اقتصاد العقد أو بعض عناصره، أما إرادة المذعن فلا تتدخل إلا من أجل منح فعالية قانونية لهذه الإرادة الأحادية فعقد الإذعان يجعل الطرف المذعن ينضم إلى عقد نموذجي حرر بصفة انفرادية من طرف المذعن، دون أن يكون للأول إمكانية حقيقية لتعديله، ويمكن إجمالاً تحديد خصائص عقد الإذعان حسب الفقه الفرنسي عبر توافر عنصرين²:

(1) وضع شروط التعاقد مسبقاً من أحد الأطراف وعرضها على الجمهور في

شكل موحد

(2) تسليم الطرف الآخر بكل شروط العقد ودون إمكانية مناقشتها³ أما شروط وجود الموجب في وضعية المتفوق اقتصادياً أو تقنياً⁴ فيمكن اعتباره شرطاً ضمناً من خلال الشرطين السابقين.

وتمتاز عقود الإذعان أيضاً بأنها عقود ضرورية لا غنى عنها⁵ بالنسبة لجمهور المستهلكين أو المنتفعين.

ويذهب الفقه والقضاء المصريان⁶ إلى تضيق عقد الإذعان إلى حد كبير

بحيث يشترط توافر ثلاثة عناصر لاعتبار العقد عقد إذعان وهي:

¹ - Georges Berlioz, le contrat d'adhésion, préface Berthold, 2^{ème} édition LGDJ, Paris, 1976, p 27 et suiv

² - George Berlioz, op. cit. p 30 et sui.

- Jacques Ghestin, op. cit, Paris, P 50.

³ - وقد عرف القضاء المغربي عقود الإذعان بأنها "العقود التي لا يكون فيها أي خيار للمتعاقد سوى الإذعان للشروط التي يملئها المتعاقد الآخر إن أراد فعلاً التعاقد"، قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 10 مايو 2001 - منشور بالتقرير السنوي للمجلس الأعلى، 2001، ص 158.

⁴ - العربي مياد، مرجع سابق، ص 49.

⁵ - Antoine Missel, l'Assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré, thèse pour le doctorat en droit, librairie Arthur Rousseau. Paris 1934. p 18.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري: المجلد الأول. م. سن ص 229 وما بعدها.

- عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة، القاهرة 1946. ص 77.

1- أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعد من الضروريات التي لا يمكن للمستهلكين الاستغناء عنها.

2- أن يكون أحد الطرفين في مركز اقتصادي يخوله احتكار هذه السلع والخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، وأن تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها.

3- أن يكون الإيجاب عاما وبشروط واحدة ولمدة غير محددة.

وتجدر الإشارة إلى أنه من الآثار القانونية على تكيف العقد بأنه عقد إذعان في القانون المدني المصري، منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها (الفصل 149)، كذلك تفسير الشك لصالح المذعن دائما كان أو مدينا (الفصل 1515) وذلك على خلاف الأمر في القانونين المدنيين الفرنسي والمغربي فإنه لا يترتب عن هذا التكيف إلا تفسير العقد في مصلحة المذعن.

الفقرة الثانية: ماهية الشروط التعسفية¹

عرفت المادة 35 من قانون 10 يناير 1978 الفرنسي الشروط التعسفية بأنها تلك " الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المهني على غير المهني أو المستهلك من خلال التعسف في استخدام سلطته الاقتصادية وتسمح لهذا الأخير بالحصول على ميزات مبالغ فيها ".

فحسب القانون الفرنسي يجب توفر عنصرين أساسيين لاعتبار الشرط تعسفيا: أولهما عنصر شخصي يتعلق بالتعسف في استخدام السلطة الاقتصادية، وثانيهما عنصر موضوعي يتعلق بالميزة الفاحشة. غير أن هذا التعريف يبقى عاما ما دام أي انحراف في التفسير لصالح المهني أو المستهلك، يشكل خطرا على استقرار المعاملات وإنتاج العقود لأثارها.

¹ - بداية نشير إلى أن هناك صعوبة في وضع تعريف محدد وعم للشرط التعسفي لتعدد واختلافه من جهة ومن جهة أخرى لتعدد أنواع العقود التي تتضمن شروطا تعسفيا فكما تأتي في عقود البيع الناجز، تأتي في عقود البيع المعلقة وعقود التأمين وعقود الكراء، النقل.

كما اختلف الفقه أيضا في تعريف الشرط التعسفي، فاعتبره البعض¹ أنه ذلك الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثرا من آثاره.

في حين اعتبره البعض الآخر² بأنه ذلك الشرط الذي يؤدي إلى اختلال في حقوق والتزامات المتعاقدين على حساب المستهلكين.

وأدى اختلاف التعاريف الفقهية للشرط التعسفي إلى نوع من الجدل حول التمييز بين الشرط التعسفي الذي يجب استبعاده والتصرف المجحف الذي يجب تطبيقه وإن كان غير مقبول في الواقع الاجتماعي، وبذلك يكون الشرط التعسفي هو ذلك التصرف الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته، بالمقابل فإن التصرف المجحف لا يحول الحق عن وظيفته إلا أنه غير مقبول³.

وبعد بسطنا لأهم تعاريف الشرط التعسفي، نقف على مسألة جوهرية في هذا البحث ألا وهي أن الشرط بمعناه الفني - موضوع البحث - يجب ألا يكون مشوبا بالتعسف، وحينما نقول يجب ألا يكون تعسفيا فإننا لا نقصد الشرط غير المشروع (La clause illicite) رغم أنه أحيانا تكون بعض الشروط التعسفية - بمعناها الفني - شروطا غير مشروعة، أي أنها مخالفة لقاعدة قانونية تعتبر من النظام العام، فالأمر هنا يسهل حله إذ يكفي للطرف المدين بهذا الشرط غير المشروع أن يثبت صفته غير المشروعة هاته، في حين يدق الأمر عندما يكون الشرط مشروعا وغير مخالف للقانون ولا النظام العام في حين أنه تعسفيا ويؤدي إلى اختلال التوازن العقدي لمصلحة أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، فنكون بالتالي أمام مسألة صعبة تستلزم حماية الطرف الضعيف من هذه الشروط التعسفية.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 215.

² - Boudahrain Abdellah, op. cit, p 121, n° 94.

³ - نائل عبد الرحمن صالح، حماية المستهلك في التشريع الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، زهران للنشر والتوزيع عمان، 1991، ص 38 وما بعدها.

كما أن الشرط التعسفي الذي نقصده - يختلف عن الشرط الإرادي المحض المنصوص عليه بمقتضى الفصل 112 من ق.ل.ع باعتبار أنه يجعل وجود الالتزام معلقا على محض إرادة الملتزم، وهو يؤدي إلى بطلان الالتزام ككل، في حين أن نتيجة الشرط التعسفي ليست كذلك إذ تقتصر فقط على بطلان الشرط واعتباره كأن لم يكن إلا إذا استحال استمرار العقد دون توفر ذلك الشرط التعسفي.

وتجدر الإشارة إلى أن كل محاولة لتعريف الشرط التعسفي أو اعتباره كذلك تبقى ناقصة وأن الأمر يبقى للمحكمة في نطاق سلطتها التقديرية لإضفاء صفة التعسف على شرط من الشروط نظرا لأن هذا التقدير يبقى مسألة واقع يتوقف الفصل فيها على ظروف وملابسات النزاع، وبصفة خاصة على طبيعة العقد وظروف التعاقد وأطراف العقد¹.

الفقرة الثالثة: آليات الحماية من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

لم يخول قانون الاستهلاك الفرنسي للقضاء وحده تحديد الشروط التعسفية ومقاومتها وإنما منح أيضا لأجهزة إدارية متخصصة مأمورية تحديد هذه الشروط ومراقبتها ومقاومتها كشكل جديد من أشكال التدخل الإداري في العقد.

هذا التدخل الإداري في العقد يعتمد على بعدين أولهما وقائي يستهدف منع إدراج بعض الشروط التعسفية في نماذج العقود المعروضة من طرف المهنيين على المستهلكين، وثانيهما يكتسي بعدا علاجيا يستهدف التشطيب على الشروط التعسفية أو على الأقل تعديلها لإزالة صفة التعسف، وذلك كله بقصد تخليق الممارسة التعاقدية وحماية الحقوق والمصالح الاقتصادية للطرف الضعيف في العقد.

وتختلف القيمة القانونية لتوصيات وقرارات هذه الأجهزة الإدارية بحسب كل جهاز على حدة وهي التي تتشكل من مجلس الدولة، ولجنة الشروط التعسفية وأيضا ملحق الشروط التعسفية الذي تم إلحاقه بقانون 1 فبراير 1995 كوسيلة لتحديد الشروط

¹ - بوشتي بوزياني، الحماية القضائية من الشروط التعسفية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 1999 - 2000، ص 6.

التعسفية، لكننا لن نغفل الحديث عن دور جمعيات حماية المستهلك كشكل من أشكال مساهمة هيئات المجتمع المدني في محاربة الشروط المجحفة.

أولاً: دور مجلس الدولة:

أحدث هذا المجلس بموجب قانون الصادر بتاريخ 10 يناير 1978 المتعلق بإخبار وحماية المستهلك ويتكون من ممثلين عن المستهلكين وممثلين عن المهنيين يترأسه ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالاستهلاك، فهو مؤسسة للتشاور والتداول بين المهنيين والمستهلكين.

ويختص المجلس بتمديد نماذج للشروط التعسفية طبقاً للتعريف العام الوارد في المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك وذلك بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية. ويمكن له أن يمنع أو يحدد أو ينظم أي شرط تعسفي وتكون للمراسيم الصادرة عنه الصفة الأمرة ويترتب على مخالفتها اعتبار الشرط كأن لم يكن.

ثانياً: لجنة الشروط التعسفية:

تم إحداث لجنة الشروط التعسفية بمقتضى المادة 36 من قانون 10 يناير 1978، وهي لجنة إدارية مستقلة تابعة للوزارة المكلفة بشؤون الاستهلاك، تكون مهمتها فحص نماذج العقود والوثائق المستعملة في الواقع العملي وإصدار توصيات بشأن إلغاء الشروط التعسفية واستبعادها من العقود أو تعديلها [الفصلان 3 - 132 و 2 - 132 من مدونة الاستهلاك] وذلك بناء على طلب المهنيين أو جمعيات حماية المستهلكين أو بصفة تلقائية لإضفاء الفعالية على هذا النظام.

ويلاحظ أن إدخال ممثلين للمستهلكين والمهنيين في تكوين اللجنة يبرز الرغبة في حل المشاكل الخاصة بالشروط التعسفية عن طريق التشاور فيما بينهما¹.

كما تختص هذه اللجنة¹ بإبداء الاقتراحات بشأن مشاريع النصوص التشريعية أو التنظيمية التي تستهدف حظر أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية، كما تصدر

¹ - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، 1997، ص 138.

تقريراً سنوياً عن نشاطها، ولها أن تقترح التعديلات التشريعية أو التنظيمية التي تراها مناسبة، ويتم نشر هذا التقرير بصورة إلزامية. ولا تكون للتوصيات التي تصدر عنها الطابع الإلزامي لأنها تفتقد لسلطة القرار، لكن مع ذلك تشكل وسيلة ضغط معنوية على المهنيين².

ثالثاً: ملحق الشروط التعسفية في تقنين الاستهلاك:

لم يكتف المشرع الفرنسي بالمعيار العام أي معيار عدم التوازن البين بين حقوق والتزامات المهني والمستهلك في تحديد الشرط التعسفي [الفصل 131.1 من مدونة الاستهلاك] وإنما أضاف إلى ذلك لائحة من الشروط التعسفية أحقها بمدونة الاستهلاك خاصة (بالفصل 132.1) وذلك انسجاماً مع التوجيه الأوربية الصادرة بتاريخ 5 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية.

فالشروط الواردة باللائحة هي شروط بيانية إرشادية غير حصرية لا يفترض فيها أنها تعسفية، فالمستهلك لا يعفى من تقديم الدليل على الطابع التعسفي للشرط. وهذا يعني أنه ليس لهذه القائمة قيمة قانونية، وما هي إلا وسيلة للكشف عن شروط يثير الشك بشأن طابعها التعسفي، و من ثم وضعها أمام كل من المستهلك والقاضي لكي يسترشد بها دون التزام منه باتباعها. وهذه الشروط حددها المشرع الفرنسي في سبعة عشر شرطاً وهي متصور ورودها في جميع العقود الاستهلاكية التي يكون موضوعها أو آثارها:

1- استبعاد أو تحديد مسؤولية المهني في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسدية بسبب فعل أو إهمال من المهني،

¹ - تتكون هذه اللجنة من ثلاثة عشر عضواً:

- قاض من النظام القضائي العادي رئيساً
- قاضيان من النظام القضائي العادي أو الإداري أو من أعضاء مجلس الدولة.
- ثلاثة أعضاء ممثلين للإدارة
- ثلاثة مستشارين قانونيين
- ثلاثة ممثلين عن جمعيات أو منظمات حماية المستهلك.

² - Jean Calais Auloy et Frank Steinmetz, Droit de la consommation, Ed. Dalloz, 2000, p.208.

- Yvonne Lambert-Faivre, Droit des Assurances, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris 1998, Delta Liban, 1999, p.119.

- 2- استبعاد أو تحديد الحقوق المشروعة للمستهلك بطريقة مقبولة لصالح المهني أو لصالح طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من جانب المهني لأحد التزاماته التعاقدية، ويشمل ذلك المقاصة بين دين للمهني ودين ينشأ في مواجهته؛
- 3- النص على التزام قاس على عاتق المستهلك، في حين أن واجبات المهني يتوقف تنفيذها على الإرادة المنفردة للمهني،
- 4- السماح للمهني بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعها المستهلك الذي عدل عن إبرام تنفيذ العقد دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض من المهني يعادل المبلغ الذي دفعه المستهلك إذا كان المهني هو الذي عدل عن التعاقد؛
- 5- إلزام المستهلك الذي لم ينفذ التزاماته بدفع تعويض كبير جدا وغير مقبول،
- 6- السماح للمهني بفسخ العقد بطريقة تحكيمية دون منح المستهلك مثل هذا الحق أو السماح للمهني بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعت له كمقدمات مقابل التزامات لم يتم تنفيذها من جانب المهني على الرغم من قيام هذا الأخير بفسخ العقد؛
- 7- السماح للمهني بإنهاء العقد دون إخطار المستهلك على الرغم من كون العقد غير محدد المدة إلا إذا كان هذا الإنهاء لسبب جدي أو لمبرر واضح،
- 8- تأجيل تنفيذ العقد محدد المدة دون الاعتداد بإرادة المستهلك... إلخ،
- 9- النص في العقد على إذعان المستهلك لشروط لم تسمح له الفرصة الفعلية للعلم بها قبل إبرام العقد،
- 10- السماح للمهني بأن يعدل من طرفه فقط عبارات العقد دون مبرر مشروع أو محدد بالعقد،
- 11- السماح للمهني بأن يعدل من جانب واحد وبدون مبرر مشروع خصائص السلعة أو صفاتها وصفات المنتج الواجب تسليمه أو الخدمة الواجب تقديمها،

12- النص على أن ثمن السلعة يتحدد في لحظة تسليمها أو منح البائع أو مورد الخدمة حق زيادة الثمن دون أن يكون للمستهلك في الحالتين حقوق مماثلة تسمح له بفسخ العقد في حالة المبالغة في رفع السعر بشكل لا يتناسب مع السعر المنفق عليه في لحظة إبرام العقد؛

13- منح المهني الحق في تقدير ما إذا كان الشيء الذي تم تسلمه أو الخدمة المقدمة يتفق أم لا يتفق مع شروط العقد أو منح المهني الحق المطلق في تغيير بعض شروط العقد،

14- الحد والتضييق من التزام المهني باحترام التعهدات التي تقع على عاتق تابعيه أو وكلائه... إلخ،

15- التزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في الوقت الذي لم يلتزم المهني بتنفيذ الالتزامات الواجبة عليه،

16- النص على إمكانية إنهاء العقد بواسطة المهني دون إعطاء هذه الإمكانية للمستهلك،

17- حرمان المستهلك من ممارسة حق التقاضي أو الاتفاق على وقف الدعاوى التي يرفعها المستهلك أو حرمان هذا الأخير من اللجوء إلى طرق الطعن، أو التزام المستهلك بالخضوع لعملية تحكيم لا تنطبق عليها نصوص القانون أو تقليص حق المستهلك - دون مسوغ قانوني - في الاستناد إلى وسائل الإثبات المتاحة له أو إلزام المستهلك بتحمل عبء الإثبات بالمخالفة لنصوص القانون المطبق على العقد¹.

ولتفعيل دور اللائحة في الوقاية والعلاج من الشروط التعسفية يلزم منحها قيمة قانونية إما باعتبارها لائحة سوداء يمنع إدراج الشروط المضمنة فيها في نماذج العقود إما بنص قانوني أو تنظيمي عبر مرسوم أو على الأقل اعتبارها لائحة رمادية

¹ - حمد الله حمد الله، مرجع سابق، ص 78 وما بعدها

بافتراض عنصر التعسف فيها وإعفاء المستهلك من هذا الإثبات، مع اعتبار جزاء المخالفة ليس اعتبارها كأن لم تكن وإنما عدم كتابتها أصلاً¹.

رابعاً: دور جمعيات حماية المستهلك:

يعتبر القانون الفرنسي المعروف باسم قانون Royer الصادر بتاريخ 27 دجنبر 1973 أول قانون في فرنسا منح لجمعيات حماية المستهلك المسجلة أو المعتمدة حق اللجوء إلى القضاء بغرض الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين. ولقد وسع قانون الاستهلاك الفرنسي من النطاق الحقوقي لعمل جمعيات حماية المستهلكين إذ حولها حق ممارسة حقوق الطرف المدني عن الوقائع والتصرفات الضارة أو الماسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين في حالة وقوع جريمة جنائية (1/422) سواء أمام القضاء الجنائي أو أمام القضاء المدني.

كما لها أن ترفع الدعوى بطلب أصلي أو عارض للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية لا الفردية للمستهلكين أو المطالبة بإيقاف التصرفات غير المشروعة تحت طائلة غرامة تهديدية وأيضا المطالبة بنشر الحكم على نفقة المخالف.

وباستقلال عن الدعوى الجنائية أي في حالة عدم وقوع جريمة، أجاز الفصل 6 من قانون 5 يناير 1988 الفرنسي لجمعيات حماية المستهلك المعتمدة أن تطلب من القضاء المدني استصدار أمر بإلغاء الشروط التعسفية من نماذج الاتفاقات المعتادة التي يطرحها المهنيون على المستهلكين (الفصل 6/462) من مدونة الاستهلاك الفرنسي.

كما يحق لجمعيات حماية المستهلك الانضمام للدعوى الفردية للمستهلك لحمايته من الشروط التعسفية حينما يكون موضوع الدعوى الأصلية تعويض الضرر الحاصل لوحد أو أكثر من مستهلك حسب أعمال لا تكتسي صبغة إجرامية.

¹ - انظر في نفس المعنى:

- J. Calais Auloy, Faut – il améliorer le système Français de la lutte contre les clauses abusives, publié au Site Internet de la direction générale de la consommation et de la répression des fraudes, (DGCCRF).

وتلعب جمعيات حماية المستهلك في فرنسا دورا رياديا وفاعلا في الدفاع عن مصالح جمهور المستهلكين حيث أصبحت من جماعات الضغط الاجتماعي سواء على المشرع الذي كثيرا ما دفعته إلى تبني سياسة حمائية، كما شكلت أيضا مجموعة ضغط على المهنيين من خلال الأساليب أو الطرق التي سلكتها لحماية المصلحة الجماعية للمستهلكين وذلك من خلال الدعاية المضادة ضد المشروعات التي تلحق الضرر بالمستهلكين أو من خلال الامتناع عن الشراء أو مقاطعة بعض المنتوجات أو الخدمات، وأخيرا من خلال الامتناع عن دفع ثمن المنتج أو الخدمة¹.

الفقرة الرابعة: آليات الحماية من الشروط التعسفية في القانون المغربي

يشكل الالتزام بالإخبار آلية قانونية وقائية تستهدف حماية رضا المستهلك بالزام المهني بإثارة انتباهه إلى شروط العقد وتمكينه من مختلف البيانات والمعلومات المؤثرة على رضاه ومن هذا المنظور، فإن هذا الالتزام يسعى إلى محاربة الشروط التعسفية.

وتوجد إلى جانب هذه الوسيلة عدة أجهزة إدارية تكمن وظيفتها في محاربة الشروط التعسفية وتنظيم بعض العقود سعيا لتحقيق نوع التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية.

أولا: الالتزام بالإخبار بالشروط الخاصة للبيع أو لإنجاز الخدمة

¹ - راجع في تفصيل عرض هذه الأساليب: حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة. دار الفكر العربي القاهرة 1997، ص 112 وما بعدها.

أوجبت المادة 47 من قانون حرية الأسعار والمنافسة على المهني إخبار المستهلك ليس فقط بالأسعار وإنما أيضا بالشروط الخاصة بالبيع أو إنجاز الخدمة¹. ويدخل ضمن الشروط الخاصة بالبيع أو إنجاز الخدمة، الشروط المتعلقة بالمسؤولية المدنية وبالاختصاص وغيرها من الشروط التي يرجع للسلطة التنظيمية تحديدها².

ونجد تطبيقا للالتزام بالإخبار³ في بعض العقود الخاصة كعقد التأمين بحيث نصت المادة 10 من م.ت.ج على أنه "يسلم المؤمن للمؤمن له قبل ائكتاب العقد بياناً للمعلومات يبين على الخصوص الضمانات والاستثناءات المتعلقة بها وسعر هذه الضمانات والتزامات المؤمن له".

ونختم بالإشارة إلى أن الالتزام بالإخبار في عقد التأمين لم يؤسس لأول مرة بمقتضى مدونة التأمينات، وإنما بمقتضى قانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة والذي قصر الحماية فقط على المؤمن له المستهلك، أما الذي لا يحمل هذه الصفة فلا يستفيد من مقتضيات هذه الحماية⁴.

ثانياً: أجهزة مقاومة الشروط التعسفية:

¹ - للمزيد من الإيضاح، راجع: - الحسين بلحساني، قانون المنافسة وحرية الأسعار بين المؤثرات الخارجية والاكراهات الداخلية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الثالث، 2001، ص 27 وما بعدها.

راجع لنفس المؤلف: * التجديدات الأساسية لقانون حماية المستهلك، مجلة المحاكم المغربية، عدد 2000، 48، ص 103

* أساس الالتزام بتبصير المستهلك ومظاهره، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 4، 2001، ص 16

- دنيا مباركة، الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع والخدمات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 3، ص 53
- عمرو قريوح، الحماية القانونية لمستهلكي السلع والخدمات، دراسة في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق، وجدة، 99 - 2000، ص 36.

² - والملاحظ أن المرسوم التنظيمي لهذا القانون الصادر بتاريخ 17 شتنبر 2001 لم يحدد ماهية الشروط الخاصة بالبيع أو إنجاز الخدمة، وهو ما جعل بعض الفقه يعتبر أن تنظيم هذه الشروط لا يدخل ضمن اختصاص السلطة التنظيمية لأنها لا تتعلق بإجراءات إعلام المستهلك. فضلاً عن ذلك، فإنه يخرج عن صلاحيتها تنظيم الإعلام المنصب على خصائص الشيء المبيع والخدمات المقدمة. بوعبيد عباسي، حماية المستهلك على ضوء قانون حرية الأسعار والمنافسة، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد، عدد 49، 2004، ص 83، ص 90.

إلا أننا لا نتفق مع هذا الاتجاه لأن تنظيم الشروط الخاصة يدخل أيضاً ضمن إجراءات إعلام المستهلك، والقول بخلاف ذلك إهدار لفلسفة هذا الالتزام وخصوصيته.

³ - للتعلم بشأن الالتزام بالإخبار راجع:

- أبو منذور مصطفى موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دكتوراه كلية الحقوق القاهرة، 2000.

- عباسي بوعبيد، الالتزام بالإعلام في العقود، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق مراكش 2002 - 2003.

- Muriel Fabre Magnan, de l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, préface de Jacques Ghestin, LGDJ, 1992.

⁴ - محمد الهيني، مرجع سابق، ص 40.

تتمثل هذه الأجهزة في القانون المغربي في اللجنة الاستشارية للتأمينات، مجلس المنافسة، المجلس السعي والبصري، و جمعيات حماية المستهلك، وتوجد إلى جانب هذه الهيئات الإدارية ما يصطلح عليه بالمجلس الوطني للاستهلاك ولجنة الشروط التعسفية اللذين نص عليهما مقترح القانون المغربي المتعلق بإخبار وحماية المستهلك.

ويعكس تدخل هذه الأجهزة نوعا من التدخل الإداري في العقد يستهدف تنظيم بنوده وشروطه واستبعاد الشروط التعسفية منه التي تخل بالتوازن العقدي.

1- المجلس الوطني للاستهلاك:

نص مقترح القانون المغربي المتعلق بإخبار وحماية المستهلك على أنه يحدث مجلس يطلق عليه المجلس الوطني للاستهلاك يكون مكلفا بتقديم الآراء والاقتراحات التي ترمي إلى تحسين إخبار المستهلك والدفاع عن مصالح المستهلكين "م.152"

ويكلف هذا المجلس بوضع سياسة وطنية للاستهلاك تستهدف حل مختلف المشاكل التي تثيرها العملية الاستهلاكية، ويختص كذلك بوضع إطار للحوار بين السلطات العامة وممثلي المهنيين والمستهلكين.

ويمكن للإدارة أن تستشير في كل مشاريع ومقترحات القوانين المتصلة بالاستهلاك.

ومن المهم الإشارة إلى أن المقترح المذكور لا يمنح أية قيمة قانونية للقرارات والتوصيات الصادرة عن المجلس مما قد يقلل من فعاليته.

2- لجنة الشروط التعسفية:

نصت المادة 62 من مقترح قانون المتعلق بإخبار وحماية المستهلك على أنه تنشأ داخل المجلس الوطني للاستهلاك لجنة تسمى ب " لجنة الشروط التعسفية " وتكون مهمتها:

- فحص نماذج العقود المعروضة من طرف المهنيين.

- إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية.

- تنظيم بعض العقود النموذجية.

ويمكن لهذه اللجنة أن تلعب دورا مهما في تخليق العقود وتحقيق التوازن

العقدي حماية للطرف الضعيف في العقد.

3- اللجنة الاستشارية للتأمينات.

أحدثت هذه اللجنة لأول مرة بمقتضى مدونة التأمينات الجديدة، وهكذا نصت

المادة 285 منها على أنه تحدث لجنة استشارية للتأمينات يعهد إليها بإبداء الرأي في

كل الشؤون المتعلقة بعمليات التأمين وإعادة التأمين.

كما تقوم الإدارة باستشارتها حول كل مشاريع القوانين أو النصوص التنظيمية

المتعلقة بشروط عمليات التأمين وتدبيرها وتسويقها.

وتظهر أهمية هذه اللجنة في مقاومة الشروط التعسفية من خلال كون الإدارة

" الوزارة المكلفة بالمالية " ملزمة باستشارتها فيما يتعلق:

- تحديد الشروط النموذجية العامة للعقود أو استعمال شروط نموذجية لعقود

التأمين.

- تحديد الشروط التي يمنع أو يجب إدراجها في العقود.

- حصر الشروط التي يجب أن يتم وفقها إعداد واستعمال وثائق التأمين

والبيانات الموجهة للعموم.

غير أن ما يعاب على هذه اللجنة كونها مجرد هيئة استشارية مهنية إدارية

فقط لا تملك سلطة التقرير، كما أنها لا تضم من بين أعضائها ممثلي جمعيات

المستهلكين، فضلا عن أنها لا تسمح لهذه الجمعيات بالتظلم أمامها مما يضعف من فعاليتها.

4- مجلس المنافسة:

أحدث مجلس المنافسة بموجب قانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة وهو بمثابة جهاز ضبط إداري (Organe de régulation) استشاري مكلف بمراقبة الممارسات المنافسة للمنافسة.

ويمكن أن يلعب هذا المجلس دورا مهما في حماية المستهلكين من خلال محاربة عرقلة المنافسة بوجه عام أو الحد منها أو تحريف سيرها في سوق ما لضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية.

ويلاحظ أن إشراك جمعيات حماية المستهلكين المعلن أنها ذات منفعة عامة في طلب مشورة المجلس إلى جانب اللجان الدائمة في البرلمان والحكومة والمجالس المنتخبة والغرف المهنية والمحاكم، يبرره هاجس الرغبة في إشراك ممثلي المجتمع المدني الذين لهم علاقة بالاستهلاك في دعم وحماية الحقوق الاقتصادية للمستهلكين.

5- المجلس الأعلى للاتصال السمعي والبصري:

يعتبر المجلس الأعلى للاتصال السمعي والبصري هيئة إدارية مستقلة أحدثت بموجب الظهير الشريف الصادر بتاريخ 31 يوليوز 2002 بجانب الملك ينهض بمهمة السهر على تقيد أجهزة الاتصال السمعي والبصري بالنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل في ميدان الإشهار.

ويمكن للمجلس أن ينهض بدور ريادي كجهاز إداري بضبط وتنظيم الحقل السمعي البصري لحماية رضاء المستهلكين من الشروط التعسفية التي ترد في الوثائق والوصلات الإشهارية.

وخلاصة القول أن غياب نظرية عامة لمحاربة الشروط التعسفية في إطار النظرية العامة للعقد رغم انتشار هذه الشروط، يشكل مبررا جديا للتعبير عن إشكالية أزمة نظرية العقد، مما يستوجب إدخال إصلاحات تشريعية فعالة وملائمة ذات طابع

شمولي تمنح للقضاء سلطة إبطال الشروط المجحفة المضرة بالتوازن العقدي والمخالفة لمبادئ العدالة حماية للطرف الضعيف في العقد، كما يلزم أيضا منح الأجهزة الإدارية المكلفة بضبط وتنظيم بعض القطاعات المهنية سلطة التقرير حتى يكون لعملها وما ينتظر منها فعالية كبرى.

6- دور جمعيات حماية المستهلك:

يعتبر من الحقوق الأساسية للمستهلك والتي تضمنها جميع التشريعات المقارنة تمثيل المستهلك والدفاع عن مصالحه عبر جمعيات حماية المستهلك المكونة بصفة قانونية.

وبحسب مقترح القانون المتعلق بإخبار وحماية المستهلك فإنه تعتبر بمثابة جمعية لحماية المستهلك كل جمعية لها استقلال عن نشاط مهني أو سياسي أو نقابي يكون هدفها ضمان أو تسهيل حماية المنخرطين والدفاع عنهم ودعم إخبار المستهلك وتربيته وتوجيهه وتمثيله وكذا احترام حقوقه (المادة 145).

وتعتبر مشاركة المجتمع المدني في دعم حماية المستهلك علامة أساسية على حيوية النسيج الاجتماعي والاقتصادي للدولة، لأنه أحد السمات الأساسية لبروز وعي حقوقي بأهمية الظاهرة الاستهلاكية وأثارها الاقتصادية والاجتماعية، وعامل من عوامل نجاح أي سياسة تشريعية تعنى بشؤون المستهلك وبحقوقه.

وتظهر حيوية النسيج الجمعي بالمغرب في مجال الاستهلاك من خلال بروز عدة جمعيات محلية ووطنية ينحصر مجالها في الدفاع عن مصالح المستهلك¹ سواء تعلق الأمر بالحق في الصحة والسلامة أو بالحق في حماية المصالح الاقتصادية.

وقد خول قانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة لجمعيات

المستهلكين، المعن أنهما ذات منفعة عامة، أن تنصب طرفا مدنيا أو أن يحصل على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بناء على دعوى مدنية مستقلة (م 99).

¹ - Bendraoui (A), la protection de consommateur au Maroc. Remald, n°36, p.241 et suiv.

كما منحها أيضا حق طلب المشورة من مجلس المنافسة في كل مسألة مبدئية تتعلق بالمنافسة (م 15).

ومن المهم الإشارة إلى أن المادة 4 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 2002/8/31، القاضي بإحداث الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري، منحت للجمعيات المعترف لها بصفة المنفعة العامة تقديم الشكايات للمجلس الأعلى للاتصال السمعي والبصري المتعلق بخرق أجهزة الاتصال السمعي البصري للقوانين والأنظمة المطبقة على قطاع الاتصال السمعي والبصري خصوصا ما تعلق منه بالاشهار الكاذب.

وفيما يتعلق بصفة المنفعة العامة، نقترح تبسيط مسطر الحصول عليها¹، وجعل معيار الأنشطة والأعمال التي تقوم بها الجمعيات في مجال حماية المستهلك وتثويره وتثقيفه كأساس لمنح هذه الصفة كما يجب على الدولة تشجيع هذه الجمعيات بمدّها بجميع المساعدات المعنوية والمادية² للقيام بنشاطها على أحسن وجه.

لكن في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك نسجل غياب أي نص قانوني يمنح جمعيات حماية المستهلكين الحق في المطالبة بإبطال الشروط التعسفية أو تعديلها سواء أمام القضاء أو أمام أي لجنة إدارية مستقلة³ كما هو الحال أمام اللجنة الاستشارية للتأمينات.

ويبقى الأمل معلقا على إخراج مدونة الاستهلاك لتتجاوز هذا النقص الخطير والمهول الذي يمس بصفة أساسية بحق المستهلك في تمثيله والدفاع عنه.

¹ - نصت المادة 9 من ظهير 58/11/15 بتنظيم حق تأسيس الجمعيات كما تم تنميته وتعديله فيما بعد خاصة بموجب القانون الجديد رقم 75.00 على أن كل جمعية باستثناء الأحزاب السياسية والجمعيات ذات الصبغة السياسية يمكن أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة بمقتضى مرسوم بعد أن تقدم طلبا في الموضوع وتجري السلطة الإدارية بحثا في شأن غايتها ووسائل عملها.

يجب أن يتم الرد عليه بالإيجاب أو الرفض معلقا في مدة لا تتعدى ستة أشهر تبندى من تاريخ وضعه لدى السلطة الإدارية المحلية. وتحدد الشروط اللازمة لقبول طلب الحصول على المنفعة العامة بنص تنظيمي.

² - في شأن المنافع والامتيازات الناجمة عن التمتع بصفة المنفعة العامة يراجع الفصول من 6 إلى 11 مع إدخال الغايتين.

³ - للتعلم حول الموضوع، يراجع: محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة المعيار عدد 38، ص 56.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على أعمال الشرط

يجوز الاتفاق على الفسخ التلقائي للعقد عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهو ما يتم عن طريق تضمين العقد شرطا صريحا فاسخا، وهنا ينحصر دور القضاء بالتحقق من وجوده، سواء تم الاتفاق عليه في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة أي ملحقة موافق عليها من الطرفين معا، وبالتالي سلب القضاء كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ مع صلاحية معاينة تحقق الشرط الفاسخ فقط.

ولا ينحصر دور القضاء في ذلك فقط وإنما، يضطلع بدور هام وحاسم يتمثل في تفسير العقد المعلق وعباراته للوقوف على طبيعة الشرط وآثاره من حيث تخلفه أو تحققه للوصول للنية المشتركة للمتعاقدين وبالتالي أعمال الشرط من عدمه، ويعتبر التفسير القضائي كآلية لحماية الطرف الضعيف في العقد.

كل ذلك سنعالجه من خلال (المبحث الأول) دور القضاء إزاء أعمال الشرط الصريح الفاسخ و(المبحث الثاني) دور القضاء في تفسير العقد المعلق على شرط.

المبحث الأول: دور القضاء إزاء أعمال الشرط الصريح الفاسخ

نص الفصل 260 من ق.ل.ع على أنه إذا اتفق الأطراف على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء.

ويعالج هذا النص النظرية العامة للشرط الصريح الفاسخ الذي يترتب آثاره في الحال دون حاجة إلى إنذار المدين بالوفاء أو حكم القضاء به.

ويترتب عنه وقوع الفسخ حتما نفاذا لذلك الاتفاق بمجرد تحقق الشرط دون

أن يكون للقاضي خيار في أمره بل ويتحقق الفسخ دون حاجة إلى التقاضي ما لم ينازع في وقوع موجب الفسخ. وتقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام ليقرر اعتبار الفسخ حاصلا ولا يشترط القانون ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يحجب المحكمة كل سلطة في تقييم أسباب الفسخ وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه وحصول المخالفة¹.

وهكذا إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باعتبار العقد مفسوخا

لتخلف الطاعن عن سداد أقساط الثمن في الميعاد المتفق عليه وتحقق الشرط الفاسخ المنصوص عليه طرفه بالبند الثاني من العقد تبعا لذلك فإن الإجراء الذي اتبعه الطاعن بعرض باقي الثمن عند نظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف وبعد تحقق الفسخ يكون عديم الأثر ولا على المحكمة إن هي لم تتعرض لهذا الإجراء وترد عليه².

ويتميز الشرط الضمني الفاسخ عن الشرط الصريح في أنه يقع جزاء عاما

عن الإخلال بالالتزامات المرتبة عن العقد دون حاجة إلى الاتفاق عليه.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 27 أبريل 1989 " لقد ثبت

صحة ما عابته الوسيلة على القرار المطعون فيه ذلك أن العقد المبرم بين البائع

والمشتري ينص على وجوب أداء بقية الثمن في متم شهر يوليوز 1975 وطبقا للفصل

254 و 255 من ق.ل.ع فإن هذا المشتري أصبح في حالة مطل بمجرد عدم أداء بقية

¹ - قرار محكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 18/11/1981 رقم 388 مذكور عند عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص 221.

² - قرار محكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 31/05/1983 رقم 1912 مذكور عند عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص 223.

التمن في الأجل المتفق عليه من دون ضرورة سابق إنذار وأن الفصل 259 الموالي للفصلين المذكورين يعطي للبائع في هذه الحالة الحق في أن يطلب تنفيذ الالتزام ما دام ممكنا أو الفسخ أما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن فلا يبقى له إلا طلب الفسخ وأن المحكمة اختلط عليها الحال بين هذه المقتضيات التي تبيح الفسخ جزاء المطل ولو لم يكن هناك شرط فاسخ، وبين الفسخ الشرطي المنصوص عليه في الفصل 260 ق.ل.ع الذي يقع في هذه الحالة بقوة القانون بمجرد معاينته تحقق واقعة الشرط الفاسخ واعتبرت أن البائع لم يطلب فسخ العقد في حين أنه طلبه وأن المحكمة لما بنت في الدعوى على هذا النحو تكون قد خرقت أحكام القانون وبننت قضاءها على غير أساس وعرضته للنقض¹.

وإذا كان قضاء الموضوع يملك صلاحية معاينة تحقق الشرط الفاسخ والحكم بفسخ العقد كحكم كاشف لوضعية قانونية سابقة وليس منشئ لها فإن الإشكال يثار بصدد صلاحية قاضي المستعجلات لمعاينة تحقق الشرط الصريح الفاسخ خاصة إذا علمنا أنه يحظر عليه أي مساس بجوهر الحق طبقا للفصل 149 من ق.م.م.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1 نونبر 1989 " إذا تحقق الشرط الفاسخ أصبح العقد مفسوخا بقوة القانون، لما كان مكثري الأصل التجاري يقر بتحقق الشرط الفاسخ، فإن قاضي المستعجلات يكون مختصا بطرده دون أن يكون في ذلك أي مساس بالجوهر ما دام لم يواجه بأي نزاع جدي حول تحقق الشرط الفاسخ ولا فصل في المسألة وإنما عاين وجودها².

كما جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بأكادير بتاريخ 01 يوليوز 2003 " وحيث إن التدابير التحفظية الغير المحصورة والتي تتبلور حسب النوازل المعروضة تجعل قاضي المستعجلات يعمل في نطاق أوسع من النطاق التقليدي المحصور بمقتضى المادة 149 من ق.م.م، إذ تطور القضاء الاستعجالي إلى ممارسة

¹ - قرار رقم 1171 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 42 - 43 ص 17.

² - قرار رقم 2220 من مدونة 99489 مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ج 2 (1983 - 1991، ص 676 وانظر أيضا مجموعة الاجتهادات القضائية في نفس الموضوع مذكورة عند عبد الرحيم بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص نوقشت بجامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق بالدار البيضاء، 2004 - 2005، ص 222.

وظيفة حمائية لحقوق حيث يتدخل للأمر للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو معاينة تحقق واقعة أو شرط فاسخ وإعمال الجزاء لا يقيد في ذلك إلا التثبت من وجود خطر غير مشروع فيعمل على درئه أو الحد من النزيف الناتج عنه أو اضطراب غير مشروع فيعيد الأمور إلى نصابها.

وحيث إنه في ميدان العقود فالاستعجال له دور حمائي للمتعاقدين وأصبح يتداول بكثير مصطلح القضاء الاستعجالي الحمائي للعقود، وأصبح الاستعجال يجد مصدره من الاتفاق المبرم بين الطرفين، ويحمي القضاء الوقتي لا المصالح المتواجدة بل المصالح التي تبدو مشروعة مضيفا بذلك قوة لاتفاق الأطراف ويعاين تحقق الشرط الفاسخ في العقد¹

ويعتبر هذا الاتجاه أن عنصر الاستعجال قائم بتوفر الشرط الصريح الفاسخ الذي يعكس رغبة الأطراف في حماية سريعة للحق من الخطر الداهم أي خطر التصرف السيئ فيه من طرف المدين، ولا يعتبر حكم قاضي المستعجلات ماسا بالجواهر ما دام أنه لا توجد أية منازعة جدية بين الطرفين حول تحقق الشرط الصريح الفاسخ.

وإذا كان الشرط الصريح الفاسخ يوفر حماية قوية للدائن فلا شك أن ضمان فعالية وعدالته يتطلب حصر مشروعيته فقط في العقود التي تربط بين المهنيين أما الاتفاقات التي يكون أحد أطرافها من المستهلكين، فتعتبر مثل هذه الشروط شروط تعسفية، لأنها تحرم المستهلك من نظرة الميسرة أو أي عرض للدين من جانب المدين بمجرد فوات أجل الاستحقاق دون توقف الأداء على إنذاره أو إمهاله.

ينص الفصل 8 من ظهير 17 يوليوز 1936 كما وقع تغييره بظهير

1953/1/5 والمتعلق ببيع السيارات بالسلف على أنه: " في حالة عدم الوفاء بمبلغ مستحق بفسخ العقد بقوة القانون بناء على طلب البائع، ويطلب البائع لهذه الغاية معاينة عدم تنفيذ المشتري لالتزاماته من قاضي المستعجلات الذي يأمر بإرجاع السيارة ".

¹ - أمر رقم 2003/268، ملف رقم 2003/232، مجلة المحاكم المغربية، عدد 103، يوليوز - غشت 2006، ص 143.

ومن أهم المنازعات القضائية في إطار هذا الظهير تلك المتعلقة بأداء الأقساط الشهرية، وتلك المتعلقة بمعاينة الشرط الفاسخ والأمر باسترجاع السيارة موضوع العقد التجاري، وخول المشرع الاختصاص للبت فيها للقضاء الاستعجالي الذي يبيث في حالة الاستعجال القصوى حتى قبل تقييد المقال الاستعجالي بسجل كتابة الضبط، ويتعين على طالب الإجراء الاستعجالي أن يبين في مقاله وجه الاستعجال، وإلا صرح القاضي الاستعجالي بعدم الاختصاص.

وبالتالي فإن المقال الاستعجالي يتكون من العناصر التالية¹

1- تحديد أطراف الدعوى الاستعجالية.

2- الوقائع

3- الهدف من تقديم الطلب.

4- موضوع الطلب

5- إرفاق المطلب الاستعجالي بالمستندات².

والملاحظ أن المقالات الاستعجالية المرفوقة من طرف شركات السلف غالبا ما تقدم أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء³ بواسطة محام وترفق بنسخة من عقدة السلف وكذا بالإنداز مع الإشعار بالتوصل بالبريد المضمون، يثبت أن الطرف المدعى عليه لم يبادر إلى إداء القسط الشهري المتخلف بذمته، فضلا عن سلوك تلك الشركات لهاته المسطرة، فإنها تلجأ إلى إجراءات تحفظية أخرى كالحجز التحفظي على منقولات المدين أو عقاراته أو حجز أمواله المتواجدة بين يدي الأبنك في إطار (الفصل 488 ق.م.م).

غير أن هناك منازعة كثيرا ما تثار بخصوص تطبيق مقتضيات ظهير 1936

أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء ويتعلق الأمر بالحالة التي يكون فيها المستفيد من عملية الشراء طرفا مدنيا ولا يتضمن العقد الرابط بين الشركة الممولة وهذا

¹ - عبد اللطيف هداية الله؛ القضاء المستعجل في القانون المغربي مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1988، ص 350 وما بعدها.

² - هي والتي ينص عليها الفصل 32 من ق.م.م.

³ - ترفع هذه الطلبات إلى المحكمة التجارية بالدار البيضاء تنفيذا لشرط الاختصاص الذي غالبا ما يضمن بعقود البيع بالسلف.

الأخير أي مقتضى ينص على اختصاص المحكمة التجارية للنظر في المنازعات التي قد تثار بينهما.

وتشكل هذه المنازعات إلى جانب بعض الدفوع التي يتمسك بها الطرف المستفيد وأهمها المنازعة في وثائق الشركة الممولة وطلب إجراء خبرة حسابية فتشكل تلك المنازعات مانعا للقضاء الاستعجالي للبت في الطلب فيرفع يده عن القضية^١.

☞ الدفع بعدم الاختصاص.

ينعقد الاختصاص لقاضي المستعجلات بالمحكمة التجارية للبت في طلبات استرجاع السيارات المباعة في إطار ظهير 17 يوليوز 1936، عندما يكون العقد مبرما بين شركة التمويل وشركة تجارية أو مقاوله إذ نكون أمام عقد تجاري أما الحالة التي يكون فيها المشتري طرف غير تاجر فيكون العقد بالتالي مختلطا ولا ينعقد الاختصاص لقاضي المستعجلات التجاري إلا إذا تنازل الطرف المشتري عن الخيار الممنوح لها بين المحكمة الابتدائية والمحكمة التجارية، بحيث يمكنه الاتفاق مسبقا مع الشركة الممولة على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية للبت في المنازعات التي قد تثار بينهما^٢.

غير أن الممارسة العملية وواقع الشركات الممولة يستخلص منه أنها غالبا ما تلجأ إلى تحديد المحكمة المختصة مكانيا وغالبا ما تختار المحكمة التي يوجد بدائرتها مقرها الاجتماعي، وذلك من أجل حماية مصالحها وذلك بتجنيب نفسها عناء ومصاريف وتكاليف الانتقال إلى محكمة المدين.

وفي مثل هذه الحالة تبرز فعالية ودور القضاء في حماية الطرف الضعيف من تعسف الشركات المهني ذات الاحترافية العالية، إذ يجب على القاضي الاستعجالي التجاري أن يثير من تلقاء نفسه عدم الاختصاص لتعلقه بالنظام العام النسبي طبقا

^١ - عبد الرحيم بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص نوقشت بجامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق بالدار البيضاء، 2004 - 2005، ص 528.

^٢ - محمد لفروجي: التاجر وقانون التجارة بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة 1997، ص 370 وما بعدها.

للفصل 11 من قانون المحاكم التجارية في غياب شرط خاص في صلب العقد بمنح الاختصاص لمحكمة بعينها.

طلب إجراء خبرة حسابية.

غالبا ما يحدث أن تتقدم شركة التمويل بطلب يرمى إلى استرجاع السيارة وبيعها بالمزاد العلني، فيقابل المدعى عليه أي المشتري الطلب إجراء خبرة حسابية مع الشركة الممولة لتحديد المديونية.

ويشكل طلب المدعى عليه هذا، منازعة جديدة وموضوعية تخرج عن اختصاص قاضي المستعجلات لأن طلب إجراء خبرة يهدف إلى التحقق من أداء الأقساط الشهرية المتخذة بذمة المشتري، بالإضافة إلى أن قاضي المستعجلات مقيد فقط بتطبيق البند المضمن بالعقد الرابط بين الطرفين والتمثل في معاينة تحقق الشرط الفاسخ واسترجاع السيارة إلى الشركة الممولة¹ غير أنه رغم ذلك، فإنه إذا ما تمسك الطرف المشتري بطلب إجراء خبرة حسابية خصوصا مع علاقته مع الشركة الممولة، فيرفع في هذه الحالة قاضي المستعجلات يده عن القضية ليصرح بعدم الاختصاص للنظر في الالتزام حماية للطرف المشتري من الآثار السلبية التي قد تنجم عن الأمر بإرجاع السيارة وبيعها بالمزاد العلني، وبالتالي ضياع حقوقه المتمثلة في أدائه الأقساط الشهرية السابقة عن تاريخ المنازعة القضائية، وهذا ما سارت عليه محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء حينما ألغت الأمر الاستعجالي القاضي بإرجاع السيارة إلى الشركة الممولة في إطار ظهير 1936/7/17 لوجود منازعة في واقعة الأداء معللة قرارها بما يلي:

" وحيث إنه من الثابت أن الأمر في النازلة يتعلق بمنازعة في واقعة الأداء بخصوص الكمبيالات المتعلقة بموضوع مقال الدعوى الأمر الذي يتعين معه على القاضي الاستعجالي معاينة النازلة للأسباب المشروحة أعلاه إلا بإجراء محاسبة

¹ - محمد برادة غزيول، مرجع سابق، ص 107 وما بعدها.

الشيء الذي يخرج عن اختصاص قاضي المستعجلات والتفويت في إطار ظهير
1936/7/17 ... " ١ .

المبحث الثاني: دور القضاء في تفسير العقد المعلق على شرط

إن الأصل في التفسير هو أن العبرة بإرادة الأطراف والضابط فيها عبارات
العقد، فمتى كانت واضحة الدلالة يجب الأخذ بها ويمتنع تأويلها على خلاف معناها
الظاهر تحت ستار التأويل لأن الخروج على المعنى الظاهر في هذه الحالة هو
انحراف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وطعن في المبدأ القائل بأن العقد شريعة
المتعاقدين، وفي هذا الاتجاه نص الفصل 461 من ق.ل.ع على أنه إذا كانت ألفاظ
العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها وهو ما أكده قرار المجلس الأعلى
الصادر بتاريخ 1962/11/13 والذي جاء فيه: " إن قضاة الموضوع مكلفون بتطبيق
الاتفاقيات المبرمة وليس من الجائز لهم تغييرها متى كانت شروطها واضحة
وبينة " ٢ .

على أنه يمكن تفسير العبارة الواضحة للعقد مهما بلغ وضوحها وسلس معناها
وارتفع عنها اللبس والإبهام، لأن وضوح العبارة ليس هو وضوح الإرادة، وقد تكون
العبارة في ذاتها واضحة ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدان أساء استعمال التعبير
الواضح، فقصدنا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم في هذا المعنى، ففي هذه الحالة لا
يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ ويجب أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه
المتعاقدان ٣، قد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1976/1/7 " إن صراحة
ألفاظ العقد لا تحول دون تأويله إذا تعذر التوفيق بينها وبين الغرض الواضح المقصود
من العقد " .

وإذا كانت الإرادة هي الضابط في تحديد كيفية تحقق الشرط أو تخلفه وذلك
باستعمال عبارات واضحة في العقد، فإنه ليس دائماً تكون تلك عبارات العقد واضحة

١- قرار رقم 2001/439، ملف رقم 4/2000/1545 صادر بتاريخ 2001/2/19 قرار غير منشور - مذكور عند بحار عبد الرحيم،
مرجع سابق، ص 530.

٢- قرار المجلس الأعلى عدد 96 بتاريخ 1962/11/13 - الغرفة المدنية - مجلة القضاء والقانون، العدد 48 و 49، ص 394.

٣- السنهوري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 602.

الدلالة على الشرط إذ قد تكون عامة كما جاء في (الفصل 462 من ق.ل.ع) " يكون التأويل في الحالات التالية:

1- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد.

2- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً من قصد صاحبها.

3- إذا كان الغموض ناشئاً عن مقارنة بنود العقد المختلفة، حيث تثير المقارنة الشك حول تلك البنود.

وعندما يكون للتأويل موجب يلزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل ."

فانطلاقاً من هذا النص يتضح أن القاضي لا يلجأ إلى التفسير إلا عند

غموض عبارة العقد عن إيراد المعنى الذي قصد إليه المتعاقدين، وهو ما يصطلح عليه بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين لا الإرادة الفردية لكل منهما.

وعلى القاضي وهو يزاول مهمة التفسير لإزالة الغموض الذي انتاب إرادة

المتعاقدين في التعبير عن إرادتهما المشتركة في تحديد الشرط وكيفية تحققه أو تخلفه،

لزمه أن يستعين بعوامل داخلية بالرجوع إلى العقد ذاته، وأخرى خارجية يفسر بها

العقد، انطلاقاً من عناصر خارجة عنه تمثل في الوقائع والظروف والملابسات

المحيطة بالعقد، وذلك دون الوقوف عند المعنى الحرفي لألفاظ العقد وعباراته، ما دام

أن العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة

التعامل وذلك وفق ما (أقره الفصل 43 من ق.ل.ع) والذي جاء فيه أنه تعتبر

مضافة لشروط العقد الشروط التي تقتضيها طبيعته.

ونوجز فيما يلي الضوابط والمعايير التي يعتمدها القاضي كآليات للتفسير:

1- فهم الألفاظ المستعملة على معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص، وإذا كان للفظ معنى اصطلاحى افترض أنه استعمل فيه (ف.466 ق.ل.ع).

2- الاعتماد على طبيعة التعامل وذلك وفق ما أقره (الفصل 463 من ق.ل.ع) أنه تعتبر مضافة لشروط العقد الشروط التي تقتضيها طبيعته. فالعقد يفسر حسب طبيعة موضوعه. فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة المعاملة المجراة بين الطرفين.

3- الاقتداء بالأعراف والعادات الجارية بها العمل، ذلك أن الأعراف والعادات تطبق في نواح عديدة من مجالات التعاقد والتي يجري فيها العرف والعادة مجرى القانون.

4- حمل العبارات على المعنى الذي يولد أثرا، فإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد وكان أحد هذه المعاني هو الذي ينتج أثرا قانونيا تحمل العبارة على هذا المعنى تطبيقا (للفصل 465 من ق.ل.ع) وللقاعدة الأصولية التي تقتضي بأن أعمال الكلام خير من إهماله.

5- عدم التوسع في عبارات التنازل، وهكذا نص (الفصل 467 من ق.ل.ع) بأن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق ولا يكون إلا للمدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجراه وأن العقود التي يثار الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها.

6- إعطاء الأولوية للشروط المكتوبة بخط اليد على تلك المطبوعة وهي قاعدة من ابتكار القضاة الفرنسي والمصري¹ اللذين يغلبان الشروط المكتوبة بخط اليد باعتبارها تمثل الشروط الأساسية التي تتوافق مع النية المشتركة للمتعاقدين حيث يتجه المتعاقدان عند كتابة بعض الشروط يدويا عن مقتضى الشروط المطبوعة، وهذا الاتجاه فيه حماية للطرف الممالة عليه الشروط وهو الملتزم أي المدين بالشروط.

¹ - محمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، مطبعة النسر الذهبية، طبعة 2003، ص 100.

7- تفسير الشك بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم طبقا (للفصل 473 من ق.ل.ع) والمقصود بالملتزم هنا الشخص الذي يتحمل عبء الالتزام، أي المدين، إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 28 فبراير 1962¹ " إن قضاة الموضوع يقررون وبكل حرية قصد الأطراف ومعنى وهدف الاتفاقيات التي يجعلها التفسير في تعارض وفي حالة الشك يؤول الالتزام في الجانب الأنسب للملتزم ".

وفي نظرنا فإن المشرع وضع فصلا فريدا ألا وهو الفصل 473 من ق.ل.ع الذي إن استخدمه القضاء على أحسن وجه لكان صرحا متينا لحماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية سواء في عقود الإذعان أو الشروط النموذجية، وذلك بتفسير أي شك في أحد بنود العقد لمصلحة الطرف الضعيف، وخاصة في عقود الاستهلاك والتي غالبا ما يكون المستهلك، باعتباره الطرف الملزم والأقل خبرة. وفي هذا الاتجاه نص الفصل 5 من التوجيه الأوروبية رقم 193 13 الصادرة بتاريخ 1993/4/5 على أنه في حالة الشك في مضمون الشرط يرجح التفسير الأكثر فائدة للمستهلك².

وللإشارة فقد تبني مقترح القانون المغربي المتعلق بإخبار وحماية المستهلك هذا المقتضى في المادة 58 منه والتي جاء فيها " أنه في حالة غموض الشروط التعاقدية تؤول هذه الشروط لفائدة المستهلك ".

فإذا كانت قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين الملتزم قاعدة احتياطية يلجأ إليها القاضي كلما لم تؤد قواعد التفسير الأصلية إلى نتيجة وتطبيق هذا المبدأ يختلف في كل من القانونين الفرنسي والمغربي.

أولا: موقف القانون الفرنسي:

إن النتيجة الحتمية لاعتبار العقد من عقود الإذعان هي اتباع منهج التفسير في حالة الشك لمصلحة الطرف الضعيف في العقد الذي يجب حمايته من أجل تحقيق توازن عقدي، وأي تقصير في صياغة العقد يجب أن يحتمل نتيجة من انفراد بصياغته

¹ - François Paul Blanc, op. cit, p 387.

² - Jacques Ghestin avec le concours de Cristophe Jamin et Marc Billian : Les effets du contrat, 2^{ème} édition, I.G.D.J, p 45.

باعتباره مهني متخصص يمتلك المعرفة والخبرة القانونية التي تمكنه من صياغة سليمة وواضحة، ولما لم يفعل فإنه المفرط أولى بالخسارة لأنه لا يمكنه أن يستفيد من خطئه.

وفي هذا الاتجاه نصت المادة 1162 من ق.م.الفرنسي " أن الاتفاقية تفسر في حالة الشك ضد المشتراط ولمصلحة من تعاقد مع الموجب ".

ومنهج التفسير ضد المشتراط في القانون الفرنسي لا يجب أن ينطبق إلا في نطاق عقود الإذعان بحيث تستثنى منه عقود المساومة، لكن على مستوى الواقع فإن القضاة يعتبرون كل العقود النموذجية عقود إذعان رغم أن الكثير من هذه العقود تبرم بمفاوضة ومساومة خصوصا المبرمة مع المقاولات الكبرى¹.

ثانيا: موقف القانون المغربي:

ينص الفصل 473 من ق.ل.ع، على أنه عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم، وصفة الملتزم في العقد قد تخص المدين بالشرط وقد تخص الدائن به باعتبار كل واحد منهما في العقد قد يكون دائنا ومدينا للآخر. فإذا كان الغموض ينصب على التزامات المدين، فإنه يجب تفسير الغموض لمصلحة هذا الأخير وإذا كان الغموض ينصب على التزامات الدائن له فإن هذا الغموض يلزم أن يفسر لمصلحته، مما لا يوفر الحماية المرجوة للطرف الضعيف في العقد الذي يلزم حمايته بصرف النظر عن كونه دائنا أو مدينا.

ويثار سؤال حول ما مدى رقابة المجلس الأعلى على قاضي الموضوع في تفسيره لعبارات العقد للوقوف على إرادة المتعاقدين فيما يخص تحديد الشرط وكيفية تحققه أو تخلفه. وللوقوف على ذلك يجب التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بتفسير عبارات واضحة أم غامضة.

¹ - J. Biogot avec la collaboration de Jean Bouchard, Vincent Meuze, Jérôme Kullmann, Luc Mayaux, Véronique Nicolas, Traité de droit des assurances, Tome 3, le contrat d'assurance, LGDJ, Paris 2000 Delta Liban 2000, p 410.

لقد استقر موقف محكمة النقض الفرنسية على أنه متى كانت عبارات العقد غامضة فإن تفسير قاضي الموضوع له، يدخل في مجال الواقع الذي لا رقابة عليه من طرف محكمة النقض.

أما إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز لقاضي الموضوع أن يخرجها عن معناها الحقيقي إلى معنى آخر تحت ستار التفسير وإلا عرض حكمه للنقض¹، وهذا التمييز بين العقد الواضح والعقد الغامض كرسه قانون الالتزامات والعقود من خلال الفصلين 461 و462 وتأثر به القضاء المغربي.

وقد أثّرت مسألة الرقابة على تفسير الشروط المضمنة في عقود الإذعان أو العقود النموذجية في كل من ألمانيا وفرنسا نظرا للأهمية التي أصبحت تكتسيها هذه العقود في الحياة الاقتصادية.

وبما أن بعض الشروط قد أضحت كثيرة التكرار في هذه العقود، وربما أن أثرها قد يتعدى الحالات الخاصة ليعمّ أغلب أفراد المجتمع فقد جرى تشبيه هذه الشروط بالقواعد القانونية المجردة والعامّة لذلك ومنذ سنة 1912 استقرت محكمة النقض الألمانية على بسط رقابتها على تطبيق وتأويل بعض هذه الشروط طبقا لمهنتها.

وقد طالب بعض الفقه الفرنسي من محكمة النقض تبني هذا النهج المحدث عنه إلا أن المحكمة الفرنسية للنقض ظلت متمسكة بالموقف الذي استقرت عليه منذ سنة 1872 وهو عدم بسط رقابتها على تفسير العقود النموذجية بالرغم من أنها أضحت في الوقت الراهن تراقب تطبيق وتأويل الاتفاقيات الجماعية².

أما في المغرب، فقد نهج المجلس الأعلى نهج المحكمة الألمانية حيث تدخل في أكثر من قرار ليبسط رقابته على تفسير الشروط النموذجية، خصوصا في عقد التأمين، إذ جاء في قرار له صادر بتاريخ 1965/11/23 " عقد التأمين القائم على وجه صحيح يكون شريعة بين الطرفين في حضور التزام واضح وصريح للبوليصة، يحدد

¹ - محمد الكشور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية - أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، الرباط، 1985 - 1986. ص 148 وما بعدها.

² - Ghestin et autres, op. cit. p 21.

مباشرة الخطر المؤمن عليه، فإن القرار الذي يحاول تفسير الشرط المتضمن لإبعاد الخطر يتعرض للنقض من أجل تحريف العقد."

وإذا كان قاضي الموضوع يقدر وضوح العبارة متى طرح عليه النزاع ويقوم بتمحيص الشرط محل النزاع ليتبين ما إذا كان يتطلب تفسيراً أم أنه واضح يكشف عن إرادة الطرفين ولا حاجة له إلى التفسير وإذا أسفر فحصه عن وضوح الشرط وانسجامه التام مع باقي شروط التعاقد فإن له أن يرفض الإحالة للتحقيق ويقضي في الدعوى بحسب المعنى الظاهر للشرط. أما إذا تبين له العكس فإنه يسير في طريق التفسير إلى نهايته. وبهذا الخصوص يثار التساؤل هل عمل القاضي هذا، يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها أم أنه من مسائل القانون¹ التي يخضع فيها لرقابة المجلس الأعلى؟.

ويذهب الأستاذ السنهوري إلى أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل في رقابة محكمة النقض²، وإلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها من معناها الواضح دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك بل يكفي بتقرير أن العبارة غامضة وأن المعنى الذي استخلصه هو مقصود المتعاقدين، وأن هذا وذاك يدخل في سلطانه الموضوعي دون تعقيب عليه من محكمة النقض. وهو نفس الاتجاه الذي تبناه في الفقه المغربي كل من الأستاذين سعيد الفكهاني وعبد العزيز توفيق في تعليقهما على قانون الالتزامات والعقود المغربي³.

وبمراجعة موقف المجلس الأعلى فإنه وإن لم نصادف أي قرار له يصرح فيه بأنه يمارس الرقابة على تقدير قاضي الموضوع لوضوح العقد، غير أنه يمكننا التوصل إلى نتيجة مفادها أنه يمارس هذه الرقابة متى دققنا النظر في القرارات التي يراقب فيها تحريف العقد، لأن قاضي الموضوع لا يصرح بأنه عمد إلى التأويل نتيجة غموض العقد ومع ذلك يتعرض قراره للنقض من طرف المجلس الأعلى على أساس

¹ - عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985، ص 424.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 604.

³ - سعيد الفكهاني، توفيق عبد العزيز، حسين جعفر: التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الدار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى، 1980، الجزء الأول، ص 132.

أنه عمد إلى التأويل رغم وضوح العقد، فكيف إذن ينقض المجلس الأعلى القرار لعله أن العقد الذي تم تأويله واضح رغم أن قاضي الموضوع لم يصرح بذلك إلا إذا كان المجلس يراقب تقدير قاضي الموضوع لوضوح العقد، إذ أنه يقوم بفحص الأسباب بدل النقض كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 20 ماي 1977 " وحيث أن العقد المبرم بتاريخ 16 يناير 1964 يتضمن شرطا واقفا وهو أن العمولة تؤدي للسمسار يوم إمضاء رسم البيع. وحيث أن محكمة الاستئناف أبعدت هذا الشرط لأنه أضيف إلى العقد تعسفا ودون موافقة السمسار، دون أن يبين الأسباب والمستندات التي اعتمدها لتكوين اقتناعها هذا الأمر الذي يجعل قرارها غير معلل تعليلا كافيا " ¹.

أما فيما يخص العقد الغامض، فإن عملية تفسير شروطه وبنوده هي مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى، باعتبار التفسير في هذه الحالة يقتضي تقصي النية الحقيقية أو المفترضة للأطراف، والوقوف على ظروف التعاقد وظروف التعامل وما تقتضي به قواعد حسن النية وعادات التجار فيما بينهم، وقد يتطلب الأمر الاستعانة بإجراءات التحقيق كالمعاينة والخبرة.

فالمسألة إذن مسألة واقع لأن قاضي الموضوع يبحث في عالم النية والضمير ليفتتح في النهاية بأن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تحقيق غرض معين ²، وقد دأب المجلس الأعلى في قرارات متواترة له إلى أن تفسر العقد غير الواضح بشروطه إنما هو مسألة واقع وتدخل في مجال السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 12 أبريل 1964 أن " تقدير الشروط المبهمه أو المتعارضة في اتفاقات الأطراف لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى " ³.

¹ - François - Paul Blanc, op. cit Code Annoté des obligations et des contrats société d'édition et de diffusion Al MADARISS, p 377.

² - محمد الكشور: مرجع سابق، ص 157.

³ - François-Paul Blanc, op. cit, p. 388.

وذهب في قرار آخر صادر بتاريخ 7 أبريل 1964 إلى أن " تفسير العقد المبهم يخضع للسلطة المطلقة لقضاء الموضوع " ¹.

وإذا كان التفسير كأصل عام لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى إلا فيما يخص التعليل، فإن التكييف كعمل قضائي محض يخضع وبالضرورة لرقابة المجلس الأعلى؛ وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط صادر بتاريخ 21 أبريل 1987: " يتجلى من العقد أن المتصدق علق تنفيذ الصدقة على المتصدق عليهم على موته فتكون بذلك وصية ولا وصية لو ارث تطبيقا للفصل 176 من المدونة " ².

وليس من الضروري أن يرد الشرط صراحة في عبارات العقد، إذ الوعد يبقى صحيحا ولو علق على شرط ضمني يستفاد من ظروف التعاقد.

فالشرط سواء كان صريحا أو ضمنيا، متى كان مناسبا لتعليق الالتزام عليه أفضى إلى تقييد فهم منطوق العبارة وعدم السماح بالخروج عن معناها الحرفي النحوي إلى ما يوافقها من المعنى غير المباشر.

وكذلك فليس كل شرط صريح في العقد إلا ويفضي إلى تقييد الفهم في المنطوق مع إعطاء المسكون معنى مخالفا غير موافق، إذ قد يكون الشرط صريحا ومع ذلك لا يؤدي إلى تقييد، بمعنى أنه لا يكون هنا قييدا بالمفهوم الذي نحن بصدد معالجته: فالعقد عندما يقتضي محله أو طبيعته بالضرورة حصول واقعة معينة فإن تعليق العقد صراحة على مثل هذه الواقعة لا يشكل شرطا بالمعنى التقليدي ³.

¹ - Ibid, p 88.

² - مجلة المحامين عدد 11، ص 51.

³ - محمد شيلح: تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق بالرباط 96/95، ص 144 وما بعدها.
للتعمق أيضا بشأن التفسير يراجع: بلعيد كرومي، سلطة القاضي في تفسير النصوص التشريعية والوضعية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق البيضاء 1990، 1991.

الخاتمة

إن الشرط باعتباره آلية قانونية يسعى إلى تكييف إرادة المتعاقدين مع الحاجة أو الضرورة أو المصلحة التي تستدعي تعليق العقود بالشروط وربط آثارها بالمستقبل.

فالشرط يستجيب لحقيقة نفسية ترفع التكاليف عن المتعاقد الذي لا تسعفه الإرادة أو الظروف الاقتصادية المحيطة بها في جعل الالتزام بسيطاً وناجزاً.

ولقد خلصنا في هذا العمل المتواضع إلى أن الشرط بالمفهوم الفني يعتبر وصفاً للرضاء أو الإرادة أو التراضي، وليس وصفاً لمطلق الالتزام لأن الإرادة كمبدأ عام هي المصدر الوحيد للشرط.

وأوضحنا أيضاً أن الشرط بمفهومه الحالي يعتبر أمراً عارضاً (الصفة العارضة للشرط) فهو لا يدخل في تكوين العقد حيث لا يعتبر ركناً من أركانه لكونه ينضم إلى عقد استجمع سائر أركان وشروط وجوده.

والصفة العارضة للشرط هي التي تستطيع أن تميز الشرط عن غيره من المؤسسات القانونية المشابهة، لذلك كان من الضروري أن يعرف الشرط بأنه أمر عارض، مستقبل، غير محقق تعلق عليه الإرادة وجود الالتزام أو زواله.

وقد سعى المشرع إلى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق الدائن والمدين أثناء تعليق الالتزام من خلال:

1- إبطال كل الشروط المستحيلة أو غير المشروعة التي تخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.

2- منع كل مس أو عرقلة لتحقيق الشرط أو للحيلولة دون تحققه.

3- بطلان الشرط الإرادي المحض.

4- منح الدائن بالشرط حق اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية لحماية حقه تأكيداً

لوجوده.

ولقد ساهم القضاء المغربي أيضا في تفعيل النظام القانوني للشرط من خلال:

- 1- إبطال شرط عدم المنافسة غير المحدد في الزمان أو المكان.
- 2- بطلان شرط العزوبة لوحده فقط مع إبقاء عقد الشغل صحيحا.
- 3- الاعتراف بصحة شرط المنع من التصرف، رغم سكوت المشرع عن ذكره.

4- الرقابة على تحقق الشرط أو تخلفه.

5- عدم استحقاق الإدارة الضريبية لواجبات التسجيل في العقود المعلقة على شرط واقف.

6- حماية الدائن أو المدين للشرط بحسب المصلحة المراد حمايتها عن طريق ضمان التطبيق السليم والمتوازن للنظرية العامة للشرط في ضوء مبادئ العدالة وحماية الطرف الضعيف في العقد.

ولقد تبين لنا أن كلا من القانون والقضاء المغربيين يعتبران أن حق الدائن في الالتزام المعلق على شرط واقف هو حق موجود وليس مجرد أمل أو حق احتمالي لكنه حق غير مكتمل وغير نافذ، كما أن حق المدين في الالتزام على شرط فاسخ هو حق موجود ونافذ إلا أنه مهدد بالزوال.

لكن فعالية نظام الشرط تستلزم:

- 1- إلزام كتابة العقد كمبدأ عام باللغة العربية.
- 2- إلزام كتابة العقد بحروف جد بارزة، خاصة ما تعلق بالشروط الواقفة والفاسخة.
- 3- إضفاء الصفة الأمرة على قواعده بحيث يمكن للمحكمة إثارة أي خرق له من تلقاء نفسها لتقوية جانب الإرادة الضعيفة.

4- تحديد أجل قانوني معقول للحكم على تحقق الشرط أو تخلفه لثبات واستقرار المعاملات الاقتصادية لما في ذلك من آثار حسنة على تشجيع الاستثمار.

5- منع الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح بين المهنيين والمستهلكين.

6- منع شروط الإحالة (Les Clauses de Référence) واعتبار أي شرط

غير مضمن في صلب العقد الموقع عليه من لدن الأطراف كأن لم يكن.

7- تفعيل الالتزام بالإخبار في عقود الاستهلاك وتقويته بجزاءات مدنية

وزجرية صارمة حتى يتسنى للطرف الضعيف في العقد العلم الكافي بالبيانات والمعلومات والشروط التي تتصل بالعقد المراد إبرامه.

8- تجريم استغلال ضعف (L'abus de faiblesse) المستهلك للحصول على

ميزات وشروط مبالغ فيها متى لم يكن باستطاعته تقدير حجم التزاماته أو كشف الحيل المستعملة من أجل إقناعه بهذا الالتزام أو تبين أنه كان خاضعا لضغط معين.

9- منح المستهلك حق الرجوع عن التعاقد إذا تبين له عدم ملاءمة العملية

التعاقدية لمصالحه الاقتصادية سواء قبل تحقق أو تخلف الشرط أو بعدهما.

10- منح القضاء سلطة إبطال البنود أو الشروط التعسفية في عقود

الاستهلاك بوجه عام عن طريق إضافة خاصية جديدة للشرط وهي ألا يكون تعسفيا.

11- منح القضاء السلطة التقديرية لإبطال الشرط دون العقد حسب الأحوال

والظروف.

12- منح القضاء سلطة إعادة التوازن العقدي إلى مجراه العادي والطبيعي

تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة.

13- النص صراحة على قاعدة تفسير الشك لصالح الطرف الضعيف في

العقد المستهلك بصرف النظر عن كونه دائنا أو مدينا.

14- خلق أجهزة إدارية (Organes de Régulation) ذات فعالية موازية

للقضاء تستهدف تنظيم العقود ومحاربة الشروط التعسفية.

15- منح الجمعيات حق تمثيل المستهلك والدفاع عن حقوقه سواء أمام

القضاء أو أمام أجهزة النوظمة أي هيئات ضبط وتنظيم المهن.

ولا شك أن إصدار مدونة الاستهلاك من شأنه أن يمنح فعالية أكبر لنظام الشرط تنقصه وهي تحقيق التوازن العقدي حماية للطرف الضعيف في العقد في مواجهة المهني المحترف.

انتهى بحمد الله

لائحة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- المراجع الفقهية:

- أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني : مختصر المزني، بهامش كتاب الأم، الجزء الثاني، المطبعة الأميرية.
- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي : شرح الخرشي على مختصر خليل، الجزء الخامس، المطبعة الأميرية 1317هـ.
- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن أحمد بن قدامة : المغنى على مختصر الخرقى، الجزء 4، مطبعة الإمام.
- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء 3، سنة 1389 هـ.
- ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987.
- ابن جزى: القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1/1998.
- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ابن عابدين: رد المختار، حاشية على الدر المختار، الجزء 4، طبعة الحلبي، ط 2.
- ابن فرحون: التبصرة، الجزء الثاني.
- ابن قدامى المقديسي : الشرح الكبير لأبي الفرج عبد الرحمن ابن قدامة، الجزء الرابع.
- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، دار الطباعة العامرة. الجزء الثاني، 1290هـ.
- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق 1983.
- ابن نجيم: البحر الرائق، شرح كنز الدقائق للإمام العلامة زين الدين الشهير بابن نجيم المصري، الجزء السادس، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1.
- التسولي: البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية (الحلبي) 1370هـ.
- الحطاب: مواهب الجليل، الجزء 4.
- الخرشي في شرحه على متن سيدي خليل، الجزء الرابع، ط 1/ 1308 هـ.
- الزيلعي: تبين الحقائق، الجزء 4.
- الشاطبي: الموافقات ، الجزء 1، طبعة محمد صبح.
- الشيخ عليش: فتح العلي المالك، الجزء 1.
- الشيرازي: المهذب، الجزء الأول، طبعة عيسى، الباب الحلبي.
- القرافي: الفروق، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة النشر.
- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء 9.
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بمصر، الجزء الأول.
- جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري المصري : لسان

- العرب، طبعة بيروت، سنة 1956
- حاشية البيجرمي على شرح منهج الطلاب، الجزء 2، المطبعة الأميرية سنة 1309 هـ.
 - شمس الدين محمد بن أبي العباس بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء 3، طبعة القاهرة.
 - عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج 3.
 - علاء الدين أبو بكر ابن مسعود الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، طبعة 1910.
 - عميرة: حاشية القيلوبي على شرح المحلى على منهاج الطالبين، الجزء 2، طبعة 1956.
 - فخر الدين محمد بن حمد بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي البكري الرازي الشافعي: مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، المجلد الخامس، دار الغد العربي
 - كمال بن الهمام: فتح القدير، الجزء 5، طبعة المطبعة الأميرية.
 - محمد أمين بن عمر عابدين، الشهير بابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار، الجزء الثالث، الطبعة الثانية 1966.
 - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن البركات سيدي أحمد الدردير، الجزء الثاني، 443 هـ، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1419-1998.
 - محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز أبادي : القاموس المحيط، الطبعة الأولى، الجزء 2.
 - محمد بن يوسف الكافي على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم: أحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1411 هـ/1991 م
 - محمد علاء الدين المعروف بالحصفي : شرح الدر المختار، الجزء 4، مطبعة الواعظ.
 - منصور بن يونس البهوني : كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء الثالث، مطبعة أنصار السنة المحمدية.
 - ميارة الفاسي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت، لبنان.

2- المراجع القانونية العامة

- أحمد حسن البرعي: نظرية الالتزام في القانون المغربي، مصادر الالتزام، العقد، دار الثقافة الدار البيضاء، ط 1/1981.
- أحمد ادريوش : الكراء في المدونة الجديدة للتجارة، سلسلة المعرفة القانونية، الكتاب السادس، البوكيل للطباعة والنشر، ط 1/1998.
- أحمد عاصم : الحماية القانونية للكراء التجاري، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط 3/1988
- أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود وإبطالها في القانون المدني المغربي، منشورات عكاظ، ط 2/1987.

- أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1990.
- أحمد محمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية القاهرة، 1994.
- إبراهيم دسوقي أبو الليل: البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى. مطبوعات الكويت 1984.
- إدريس الفاخوري: قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول أحكام الزواج، ط 1/ 2005
- إدريس العلوي (العبدلاوي) : النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996.
- العربي مياد: عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلم للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، ط 1/ 2004.
- جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة، 1992
- جميل الشرقاوي: شرح العقود المدنية " البيع والمقايضة "، دار النهضة العربية القاهرة، 1991.
- حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية القاهرة، 1996.
- حسين حامد حسان: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، طبعة 1971.
- حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، 1997.
- سعيد الفكهاني، توفيق عبد العزيز، حسين جعفر: التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي في ضوء الفقه والقضاء، الدار العربية للموسوعات، الطبعة الأولى، 1980، الجزء الأول.
- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني. الجزء 5. المجلد 1. القاهرة 1991.
- شفيق شحاتة: نظرية الالتزامات في القانون الروماني، طبعة سيد عبد الله وهبة.
- عبد الحفيظ بلخضير: الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 1986.
- عبد الحق الصافي: عقد البيع، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998.
- عبد الحكم فودة: الوعد بالعقد والتمهيد للتعاقد والعربون والعقد الابتدائي، القاهرة 1992.
- عبد الحكم فودة : تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1985.
- عبد الحي حجازي: عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة فؤاد الأول، 1950.
- عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة

- بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر 1984.
- عبد الرحمن بلعكيد: وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1995.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي ترد على الملكية: البيع والمقايضة، المجلد الرابع، دار النهضة العربية القاهرة.
- عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي الجزء الثالث الطبعة الثالثة 1967.
- عبد الرزاق السنهوري: عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمترتب منه الحياة وعقد التأمين، المجلد 7، القسم 2.
- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، دار الأمان للتوزيع، ط1/1999.
- عبد اللطيف هداية الله : القضاء المستعجل في القانون المغربي مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1988.
- عبد الناصر العطار: نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء 167، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1983.
- فؤاد محمد عوض : دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر 2004.
- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، التحفيظ العقاري، مطبعة الهلال، الرباط، الطبعة الثانية، 1987.
- محمد الكشبور : الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1994
- محمد الكشبور : عناصر عقد الشغل في التشريع الاجتماعي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1995
- محمد الكشبور : بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة 97/1
- محمد الكشبور: الكراء المدني والكراء التجاري، مطبعة النجاح الجديدة 2000
- محمد برادة غزيول: عقد الائتمان الإيجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء، دار نشر المعرفة، الطبعة الأولى 1998.
- محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.
- محمد خيري : الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة، 1997.
- محمد رشدي إسماعيل : أحكام الزوج في الإسلام، مكتبة وهبة، الطبعة الأولى، 1983.
- محمد زكي عبد البر: أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي " عقد التوثيق:

- الرهن - الكفالة - الحوالة " الجزء الثاني، مكتبة دار التراث، القاهرة، 1997.
- محمد سلام مذكور: المدخل للفقهاء الإسلاميين، طبعة 1963.
- محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان، دراسة في عقد التأمين البري، دار الفكر العربي ط 1/1980.
- محمد شوقي محمد عبد الرحمن : تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، مطبعة النسر الذهبي، طبعة 2003.
- محمد شيلح: مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكث أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات والعقود، 2000.
- محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، دراسة مقارنة لحماية مستهلكي خدمات التأمين البري، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى، 2007.
- محمد لفروحي: التاجر وقانون التجارة بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة 1997.
- محيي الدين إسماعيل: أصول القانون المدني. الجزء الثاني - العقود المسماة. مكتبة الطالب، الرباط.
- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة، 1967 - 1968، الجزء الأول.
- مصطفى شلبي: أصول الفقه الإسلاميين، مكتبة النصر، طبعة 1191.
- نائل عبد الرحمن صالح : حماية المستهلك في التشريع الأردني، دراسة تحليلية مقارنة، زهران للنشر والتوزيع عمان، 1991.
- نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسين منصور: أحكام الالتزام دار الجامعة الجديدة للنشر، - 2000 .
- يحيى الصافي: الوجيز في نظرية وتطبيق ضريبة التسجيل بالمغرب، الهلال العربية للطباعة والنشر، 1991.

3- المراجع القانونية الخاصة:

- أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، 1987- مطبعة، المعارف الجديدة، الرباط
- أحمد مرعي: الخيارات في الفقه الإسلاميين، الطبعة الأولى، 1976.
- أنور العمروسي: الشرط والأجل في القانون المدني، الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام معلقا على نصوصهما بالفقه وقضاء النقض، شركة ناس للطباعة دار محمود للنشر والتوزيع.
- أنور سلطان: أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني. الطبعة الأولى، دار الطباعة والنشر بيروت، 1950
- أنور طلبية: الوسيط في القانون المدني الجزء 5 المكتب الجامعي الحديث، طبعة 2001
- أنور طلبية: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، 1998.
- إبراهيم سيد أحمد: الشرط المانع من التصرف فقها وقضاء، المكتب الجامعي

- الحديث الإسكندرية، الطبعة الأولى 2004
- المختار بن أحمد العطار: الوسيط في القانون المدني، الطبعة الأولى 2003
 - المختار عطار: الوجيز في القانون المدني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، المطبعة الوطنية مراكش، 2001.
 - رشدي شحاتة أبو زيد: الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 2001.
 - رمضان أبو السعود: أحكام الالتزام. دار المطبوعات الجامعية. الاسكندرية. 1998.
 - زهدي يكن: شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشرائع الإسلامية والرومانية والقوانين الحديثة، المجلد الأول، دار الثقافة، بيروت، الطبعة الثانية، 1961.
 - سمير عبد السيد تناغو: عقد البيع منشأة المعارف الإسكندرية، 1979.
 - سليمان مرقس: شرح القانون المدني، الجزء 2، في الالتزامات، 1964.
 - إسماعيل غانم: أحكام الالتزام، 1967
 - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، الحوالة، الانقضاء. المجلد الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة.
 - عبد العزيز توفيق: التعليق على قانون الالتزامات والعقود بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية لغاية 1998. الجزء الأول. الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1420 - 1999.
 - عبد القادر الفار: أحكام الالتزام: آثار الحق في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى. 1991.
 - عبد الله الجليلي: الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب في القانون المدني، بحث مقارن، المطبعة العالمية القاهرة، 1957
 - عبد المنعم البدر اوي: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1968.
 - عبد الواحد كرم: أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفجر للطباعة والنشر، أبو ظبي.
 - عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987
 - مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي الجزء الأول مصادر الالتزامات مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 1972.
 - مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، ج 2، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، 1970
 - محمد الحبيب الشريف: تعليق على مجلة الالتزامات والعقود التونسية، دار الميزان للنشر، سوسة - تونس، الطبعة الأولى، ماي 2003.

- محمد الكشبور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مطبعة النجاح الجديدة، ط 2001/1
- محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول الزواج، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006
- محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006
- محمد بن معجوز: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 1410 - 1990
- محمد جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ط 1978/3،
- محمد حسين بن محمد مخلوف العدوي: المقارنات التشريعية: تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك، دراسة وتحقيق: محمد أحمد سراج، وعلي جمعة محمد، المجلد الثاني، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة،
- محمد حسين منصور: الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر،
- محمد شتا أبو سعد: الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية. 1981، دار الهنا للطباعة، عالم الكتب.
- محمد شكري سرور: موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، دار الفكر العربي للطبع والنشر، الطبعة الأولى 85/1984
- معوض عبد الثواب: الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثاني منشأة المعارف الإسكندرية، ط 98/4
- مصطفى الجمال: أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، 2000.
- مصطفى عبد الحميد عدوي: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة حمادة الحديثة، نقوتسيا، 1993
- صبحي المحمصاني: محاضرات في القانون المدني اللبناني، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، 1958.

4- الأطروحات والرسائل

- أبو منذور مصطفى موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دكتوراه كلية الحقوق القاهرة، 2000
- إبراهيم قضا: بيع الثنيا في القانون الإسلامي والقانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق البيضاء، 1997.
- بوشتي بوزياني: الحماية القضائية من الشروط التعسفية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 1999 - 2000.

- عبد الرحمن مصلح: الشرط في ق.ل.ع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس الرباط.
- عبد الرحيم بحار : الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص نوقشت بجامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق بالدار البيضاء، 2004 - 2005
- عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2003
- عبد المنعم فرج الصدة : عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة، القاهرة 1946.
- عباسي بوعبيد: الالتزام بالإعلام في العقود، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق مراكش 2002 - 2003
- عمرو قريوح : الحماية القانونية لمستهلكي السلع والخدمات، دراسة في عقود الاستهلاك، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق، وجدة، 99 - 2000
- محمد الكشور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية - أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، الرباط، 1985 - 1986
- محمد الهيني : الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق بفاس، 2005 - 2006،
- محمد شيلح: سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق محمد الخامس، الرباط 1983
- محمد شيلح: تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق بالرباط 96/95 ،
- نزهة الخلدي : الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية - عقد البيع نموذجاً - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكادال كلية الحقوق الرباط 2004/2005.
- فؤاد معلال: الشرط الجزائي في التشريع المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، السنة الجامعية 1992 - 1993، ص 28.
- زينب عبد الرزاق : الأجل في قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1979

5- المقالات والمدخلات

- أحمد إبراهيم إبراهيم بك: العقود والشروط والخيارات: مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية. السنة 4 - العدد 6 نونبر 1934.
- أحمد الخليلي : الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية: مجلة

- الميادين، السنة 1408-1987 العدد الثاني
- أسامة عبد الرحمان: الاشتراط في عقد الزواج بين المدونة والتطور الاجتماعي، مجلة الميادين، العدد الثالث، السنة 1988/1409
 - أحمد شكري السباعي : الأسس القانونية للمناقشة غير المشروط على ضوء الفصل 84 من ق.ل.ع، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7، 1984.
 - أشغال ندوة حماية المستهلك المنظمة من طرف شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس يومي 3 و 4 دجنبر 1993، مجلة القانون والاقتصاد، العدد العاشر
 - أشغال " ندوة الأسعار والمنافسة بين حرية المقابلة وحماية المستهلك " المنظم من طرف كلية الحقوق بالبيضاء والمنشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 2000/49.
 - الحسين بلحساني : التجديدات الأساسية لقانون حماية المستهلك، مجلة المحاكم المغربية، عدد 2000
 - الحسين بلحساني : قانون المنافسة وحرية الأسعار بين المؤثرات الخارجية والاكراهات الداخلية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الثالث، 2001،
 - الحسين بلحساني: أساس الالتزام بتبصير المستهلك ومظاهره، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 4، 2001.
 - أحمد السعيد الزقرد: نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد. مجلة الحقوق العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، جمادى الآخرة، 1422هـ، شتنبر 2001 - مجلس النشر العلمي جامعة الكويت،
 - بلعيد حفيظ: الإشكاليات المرتبطة بالإعفاء وتطبيق الحد الأدنى للضريبة على الأرباح العقارية، ندوة العمل القضائي والمنازعات الضريبية المنظمة من طرف المجلس الأعلى والمديرية العامة للضرائب يومي 28، 29 ماي 2005، دفاتر المجلس الأعلى عدد 2005/8.
 - بوعبيد عباسي: حماية المستهلك على ضوء قانون حرية الأسعار والمنافسة، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد، عدد 49، 2004.
 - دنيا مباركة: الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع والخدمات، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، عدد 3
 - عبد السلام حادوش: أوجه التشابه بين الثنيا والإقالة والرهن، مجلة نظرات في الفقه والقانون، عدد 4.
 - محمد الكشور: الائتمان الإيجاري، مداخلة في ندوة " مدونة التجارة والمحاكم التجارية، أية آفاق، أسفي 1998، مجلة المحامون، عدد 6، 1998.
 - محمد الكشور، طلب التنفيذ وطلب الفسخ في إطار الفصل 259 من ق.ل.ع، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج 12/11-2008،
 - محمد شيلح: في مشاكل الفصل 54 من ق.ل.ع المغربي من حيث تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وشروط الإبطال المبني عليها ، مجلة القانون والاقتصاد عدد 7 السنة 1991.

- محمد مومن : الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة في عقد الشغل وآثاره على الوضعية القانونية للأجير، مجلة القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، العدد 18.
- محيي الدين إسماعيل علم الدين، الشرط الصريح الفاسخ في قضاء محكمة النقض المصرية، مجلة الميادين عدد 2.
- محمد الهيني، حق المؤمن له في الرجوع عن عقد التأمين على الحياة بين الحاجة والفعالية، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي عدد 1، أكتوبر 2007
محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة المعيار عدد 38.
- عبد القادر العرعاري : تأملات بخصوص أهم المحطات القانونية التي حظيت باهتمام المجلس الأعلى في المادة المدنية، مشكلة الخيار بين الفسخ والتفويض على ضوء مقتضيات الفصلين 234 و 259 من ق.ل.ع، أشغال ندوة المجلس الأعلى والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية تخليدا للذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى، الرباط 18 - 20 دجنبر 1997.
- عبد الكريم طيبح : العقد الباطل لا ينتج تعويضا، مجلة المحاكم المغربية، عدد 22، 1981.
- زكي الدين شعبان: الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 3 و 4، مارس يونيو 1955، السنة 25
- سمير عبد السيد تتاغو : التأمينات العينية على الطائرات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 9، ع 2 يوليو 1965،
- فؤاد معلال: مستقبل الشرط الجزائي بعد صدور القانون رقم 27.95 بتاريخ 13 يوليو 1995 مجلة القانون والاقتصاد عدد 14 السنة 1997.

6- الأقراس المدمجة:

- المجموعة الكاملة لمجلة المحاكم المغربية، من العدد 1 إلى العدد 90، هيئة المحامين بالدار البيضاء.
- المجموعة الكاملة لمجلة الإشعاع، من العدد 1 إلى العدد 90، هيئة المحامين بالقنيطرة.
- المجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى، من العدد 1 إلى العدد 55، المجلس الأعلى.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1- Ouvrages Généraux

- Bendraoui (A), la protection de consommateur au Maroc. Remald, n°36.
- Biogot avec la collaboration de Jean Bouchard, Vincent Meuze, Jérôme

Kullmann, Luc Mayaux, Véronique Nicolas, Traité de droit des Assurances, Tome 3, le contrat d'assurance, LGDJ, Paris 2000 Delta Liban 2000

- Boudahrin (A). Le droit de la consommation au Maroc, 1^{ère} Edition Al Madariss, 1999 ,
- Bricks Hélène ; les classes abusives. L.G.D.J, Paris. 1982
- Code Civil : Troisième édition : Dalloz : 1999. Edition Dalloz. Paris. P.1013.
- François - Paul Blanc, Code Annoté des obligations et des contrats société d'édition et de diffusion Al MADARISS
- Georges Berlioz, le contrat d'adhésion, préface Berthold, 2^{ème} édition LGDJ , Paris, 1976
- Guillaume (Wicker): Les fictions juridiques : Contribution à l'analyse de l'acte juridique. L.G.D.J. Paris, 1997
- Jacques (Ghestin), Bernard (Deshé) : Traité des contrats : la vente. L.G.D.J France, 1990
- Jacques Ghestin avec le concours de Cristophe Jamin et Marc Billian : Les effets du contrat, 2^{ème} édition, I.G.D.J
- Jacques Ghestin, Droit Civil, la Formation du Contrat, 3^{ème} édition, LGDJ 1993 , Paris
- Jean – Calais Auloy : Droit de consommation. Précis Dalloz 1980, n°183
- Jean Calais Auloy et Frank Steinmetz, Droit de la consommation, Ed. Dalloz, 2000
- Omar (AZZIMAN); Droit civil, droit des obligations, le contrat. Edition Le Fennec, Casablanca, 1995.
- Patrick Nabet, la peine privée en droit des assurances, préface de Jean – Yves Mahet, Aix en Provence, presses d'aix- Marseille, 1986
- Picard et Bisson : les assurances terrestres, Tome 1^{er}, le contrat d'assurance, Paris, 1975
- Yves Serra, concurrence, Obligation de non concurrence, répertoire commercial Dalloz Mars 1996
- Yvonne Lambert-Faivre, Droit des Assurances, 10^{ème} édition, Dalloz, Paris 1998, Delta Liban, 1999,

2- Ouvrages Spéciaux

- Boris Stark – Droit Civil – Les obligations. 1972.
- G. Demolombe : traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général : Tome Deuxième. 1869. Paris
- Georges (Ripert), Jean (Boulanger), traité élémentaire de droit Civil de planiol. Tome II, LGDJ Paris 1^{ère} édition, 1952
- H.L.J – Mazeaud, Leçon de droit civil, T. II, 6^{ème} édition
- Henri, Léon (Mazeaud) et autres, Leçon de Droit Civil, tome II, Premier volume, Obligation Delta, Liban, 9^{ème} édition, 2000

- Jean (Carbonnier), Droit Civil, Les Obligations, Thémis, Paris, 20^{ème} édition, 1996
- Marcel (Planiol), Traité Elémentaire de droit civil, Tome I, LGDJ, Paris 3^{ème} Edition 1949
- Philippe (Malaurie), Agnès (Laurent), Cour de droit civil, Tome IV, Les obligations, Ed. cujas, 4^{ème} édition, 1994
- Planiol (M), Ripert (G) et Boulangers (J): Traité de droit civil, T, 3^{ème} édition, 1949.
- Yvaine (Buffelan–Lamore): Répertoire de droit civil. Tome II. Voir«Condition». Dalloz. Paris. 1992

3- Thèses et Mémoires

- Antoine Missel, l'Assurance contrat d'adhésion et le problème de la protection de l'assuré, thèse pour le doctorat en droit, librairie Arthur Rousseau. Paris 1934.
- Fildeman (R) : De la rétroactivité de la condition dans les conventions. Thèse université de Paris, 1935,
- Jean-Jacques (Taisne), La notion de condition dans les actes Juridiques « contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, Thèse Université de Lille II, 1977
- Muriel Fabre Magnan, de l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, préface de Jacques Ghestin, LGDJ, 1992.
- Nezha (Belguide) : La perfection de la vente en Droit Commun Marocain. D.E.S. Faculté des Sciences Juridiques et Sociales, Casablanca. 1985

4- Articles

- Benjamin Montels, la violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence RTD. Com. Juillet Septembre 2002
- Borricond, La clause résolutoire dans les contrats. R.T.D. Civ. 1957
- Derrida (F) : La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives. Recueil Dalloz Siery, 1980.1. 293.
- Férrier : Les dispensions d'ordre publique visent préserver la réflexion des contrats. Dalloz 1980, chro.
- Françoise Perchon, La clause de réserve de propriété, in Colloque de l'Institut des Affaires d'Aix-en-provence, 17 et 18 Mai 1980, université de droit d'économie et des sciences d'Aix Marseille, faculté de Droit et Sciences Politiques, 1990
- J. Calais Auloy, Faut – il améliorer le système Français de la lutte contre

les clauses abusives, publié au Site Internet de la direction générale de la consommation et de la répression des fraudes, (DGCCRF).

- Jean-Jacques (Taisne): Juriss-classeur civil – Articles 1181 – 1183 – Fascicules 47-48, édition Techniques, 1991.
- Philippe (Derouin) : Pour une analyse «Fonctionnelle » de la condition. Revue Trimestrielle de droit civil. 1978
- Zouhry Leïla, propos sur pratique du crédit – bail au Maroc, R.M.D.E, n° 94, 1994.

5- Sites Internet

- www. Clauses-abusives.fr.
- www. Conseil. Concurrence.fr
- www. Cours de cassation.fr
- www. Droit.orfg
- www. Europa.en.it
- www. Glose.org
- www. Oit.org
- www. Jurisues.com
- www. Justice.gov.fr
- www. Justice.gov.ma
- www. Legifrance.fr
- www. Menif.gov.fr
- www. Panjyris.univ-paris1.fr
- www. Rajif.org
- www. Senat.fr
- www. Yvslevy-cabinet.avocat.fr
- www. Conseil-etat.fr

6- CD Rom

- Code Dalloz Expert. Code Civil 2005, annoté (1 CD)
- Gazette du Palais, Recueil et tables (CD V 2003)

الفهرسة

1	مقدمة
1	أولاً: أهمية النظام القانوني للشرط
4	ثانياً: خصائص نظام الحماية في الشرط
5	1- التنظيم التشريعي للشرط
6	2- حماية المستهلك من خلال نظام الشرط
9	3- حماية المستهلك من خلال قانون المنافسة
9	4- الحماية القضائية من خلال نظام الشرط
10	ثالثاً: منهج البحث وخطته
15	الباب الأول: نظرية عامة لمفهوم الشرط في التصرفات القانونية
16	الفصل الأول: صعوبة تكييف الشرط مع الاستعمالات المختلفة له
17	الفرع الأول: مفهوم الشرط بين المعنى العادي والمعنى الفني
18	المبحث الأول: ماهية الشرط في القانون
18	المطلب الأول: ماهية الشرط بالمعنى العادي

18	الفقرة الأولى: ماهية الشرط
18	أولاً: الشرط في اللغة وفي الاصطلاح
20	ثانياً: الشرط كبند عقدي
21	الفقرة الثانية: الشرط في القانون المقارن
21	أولاً: في القانون المدني الفرنسي
22	ثانياً: في القانون المدني المصري
24	الفقرة الثالثة: الشرط كعنصر في التصرف القانوني
28	المطلب الثاني: الشرط بالمعنى الفني
28	الفقرة الأولى: الشرط في النظرية التقليدية
30	أولاً: أصل فكرة الشرط
30	ثانياً: الشرط في قانون الالتزامات والعقود المغربي
31	الفقرة الثانية: مفهوم الشرط في النظرية الحديثة
32	المطلب الثالث: أثر مفهوم الشرط على تعليق الالتزام
33	الفقرة الأولى: مصدر الشرط
35	أولاً: عقد التأمين
36	ثانياً: الرخصة الإدارية
38	ثالثاً: الترخيص القضائي
41	الفقرة الثانية: تمييز الشرط عما يشبهه به
41	أولاً: الشرط كوصف للالتزام والأجل
43	ثانياً: الشرط كوصف للالتزام والشرط الجزائي
46	المبحث الثاني: الشرط في الفقه الإسلامي
47	المطلب الأول: حدود تعليق التصرفات في الفقه الإسلامي
48	الفقرة الأولى: نطاق تعليق التصرفات في الفقه الإسلامي
48	أولاً: تصرفات لا تقبل التعليق مطلقاً
49	ثانياً: عقود تقبل التعليق مطلقاً
49	ثالثاً: تصرفات تقبل التعليق على الشرط الملأئم
50	الفقرة الثانية: أدلة جواز أو حظر التعليق
50	أولاً: أدلة الأصل في التعليق الجواز
55	ثانياً: أدلة الأصل في التعليق الحظر
57	المطلب الثاني: أحكام الشروط الصحيحة والفاصلة
57	الفقرة الأولى: الشروط الصحيحة
57	أولاً: الشرط الذي يقتضيه العقد
58	ثانياً: الشرط الذي يلائم مقتضى العقد
60	ثالثاً: الشرط الذي ورد الشرع بجوازه
61	رابعاً: الشرط الذي جرى به العرف
62	خامساً: الشرط صفة مقصودة تتعلق بمصلحة العقد
62	سادساً: الشرط الذي يحقق مصلحة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما
64	الفقرة الثانية: الشروط الفاسدة
64	أولاً: أن يشترط عقداً في عقد
64	ثانياً: اشتراط ما ينافي مقتضى العقد
65	ثالثاً: التعليق
66	الفرع الثاني: مقومات الشرط
67	المبحث الأول: حكم الزمان في الشرط
67	المطلب الأول: الشرط أمر مستقبل
67	الفقرة الأولى: ماهية الأمر المستقبل
70	أولاً: الأمر الإيجابي والأمر السلبي
70	ثانياً: الأمر المادي والأمر القانوني

- 71 ثالثا: الأمر المستقبل قد يكون واقعة بسيطة أو مركبة
- 71 الفقرة الثانية: معيار الأمر المستقبل في الشرط
- 72 المطلب الثاني: اقتران الشرط بالشك باعتبار الشرط أمرا غير محقق الوقوع
- 74 الفقرة الأولى: الشك ودوره في تحقق الشرط
- 74 أولا: الشرط الاحتمالي
- 75 ثانيا: الشرط المختلط
- 77 ثالثا: الشرط الإرادي
- 79 الفقرة الثانية: الشرط أمر عارض
- 81 المبحث الثاني: مشروعية الشرط
- 81 المطلب الأول: مبدأ إمكانية تحقق الشرط
- 81 الفقرة الأولى: ماهية الشرط المستحيل
- 83 الفقرة الثانية: تقسيمات الاستحالة
- 85 أولا: أن تكون استحالة مطلقة
- 85 ثانيا: أن تكون الاستحالة قائمة وقت إنشاء الالتزام
- 86 ثالثا: أن تكون الاستحالة قاصرة على الشرط الواقف لا على الشرط الفاسخ
- 87 المطلب الثاني: أمر غير مخالف للنظام العام والآداب
- 90 الفصل الثاني: عرض لأهم أوصاف التراضي الشائعة المعلقة على شرط
- 92 الفرع الأول: تحليلات صعوبة تكييف بعض أوصاف التراضي المعلقة على شرط
- 92 المبحث الأول: في بعض الأنواع العامة من البيوع
- 93 المطلب الأول: البيع بشرط التجربة
- 97 المطلب الثاني: البيع بشرط المذاق
- 98 المطلب الثالث: البيع بالعينة
- 101 المطلب الرابع: البيع بالعربون
- 103 أولا: الطبيعة القانونية للعربون
- 106 ثانيا: موقف القضاء المغربي من طبيعة العربون
- 106 المطلب الخامس: الوعد بالتعاقد
- 108 أولا: ماهية الوعد بالتعاقد
- 110 ثانيا: الوعد بالبيع
- 113 المبحث الثاني: في بعض الأنواع الخاصة من البيوع
- 113 المطلب الأول: بيع الخيار وأهميته في حماية الطرف الضعيف في العقد
- 115 الفقرة الأولى: خيار في الفقه الإسلامي
- 116 الفقرة الثانية: خيار الشرط في القانون المغربي
- 116 أولا: ماهية خيار الشرط
- 120 ثانيا: حق المتعاقد في مهلة التفكير
- 121 المطلب الثاني: بيع الثنيا: أو شرط الرجوع عن العقد
- 121 الفقرة الأولى: ماهية بيع الثنيا: رخصة اتفاقية
- 123 الفقرة الثانية: ماهية حق الرجوع عن العقد: رخصة قانونية
- 126 الفرع الثاني: صور خاصة لبعض الأوضاع القانونية المرتبطة بفكرة التراضي
- 126 المبحث الأول: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية
- 130 المطلب الأول: طبيعة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية في التشريعات المقارنة
- 130 الفقرة الأولى: موقف التشريع الفرنسي
- 130 الفقرة الثانية: موقف التشريع المصري
- 131 المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من طبيعة الشرط
- 131 الفقرة الأولى: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية: بيع مضاف إلى أجل واقف
- 132 الفقرة الثانية: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية: بيع معلق على شرط واقف
- 133 الفقرة الثالثة: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية: بيع معلق على شرط فاسخ
- 133 الفقرة الرابعة: البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية: بيع معلق مقترن بشرط فاسخ صريح

- 135 المبحث الثاني: الشرط المانع من التصرف
- 136 المطلب الأول: شروط صحة الشرط المانع من التصرف
- 136 الفقرة الأولى: الباعث المشروع
- 137 الفقرة الثانية: المدة المعقولة
- 138 المطلب الثاني: الجزء المترتب على قيام الشرط المانع من التصرف
- 139 المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للشرط المانع من التصرف
- 141 الباب الثاني: إعمال الشرط وأثره نحو الحد من مبدأ قانون العقد
- 144 الفصل الأول: آثار الشرط ودلالاته على طبيعته الحقيقية
- 145 الفرع الأول: آثار الالتزام المعلق على شرط خلال مرحلة التعليق
- 145 المبحث الأول: نطاق الشرط الواقف والشرط الفاسخ
- 145 المطلب الأول: ماهية الشرط الواقف والشرط الفاسخ
- 146 المطلب الثاني: صور تحقق الشرط أو تخلفه
- 151 المبحث الثاني: آثار الشرط الواقف خلال مرحلة التعليق
- 152 المطلب الأول: آثار وجود الالتزام المعلق على شرط واقف
- 152 الفقرة الأولى: الحق في اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية
- 153 أولا: تقييد الرهن
- 153 ثانيا: إجراء تقييد احتياطي
- 154 ثالثا: وضع الأختام وتحرير قوائم الجرد
- 155 رابعا: التدخل في القسمة
- 155 خامسا: الحق في استعمال دعوى الصورية
- 156 سادسا: الحق في اللجوء إلى دعوى غير المباشرة
- 160 سابعا: حق قطع التقادم
- 160 الفقرة الثانية: انتقال الطبيعي للحق
- 160 أولا: الانتقال الطبيعي للحق
- 163 ثانيا: انتقال الالتزام المعلق على شرط عن طريق الحوالة
- 165 الفقرة الثالثة: الالتزام المعلق على شرط واقف يخول صاحبه الحق في التعويض
- 166 المطلب الثاني: آثار عدم نفاذ الالتزام المعلق على شرط واقف
- 166 الفقرة الأولى: عدم جواز التنفيذ الجبري
- 168 الفقرة الثانية: عدم سريان التقادم
- 169 الفقرة الثالثة: عدم وقوع المقاصة
- 170 الفقرة الرابعة: عدم جواز التسجيل بالرسم العقاري
- 171 الفقرة الخامسة: عدم جواز الشفعة
- 174 الفقرة السادسة: استرداد ما دفع
- 174 المطلب الثالث: آثار الالتزام المعلق على شرط واقف أو فاسخ في القانون الجنائي المغربي
- 178 المبحث الثالث: آثار الشرط الفاسخ خلال مرحلة التعليق
- 178 المطلب الأول: الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزام قائم ونافذ
- 179 الفقرة الأولى: آثار الشرط الفاسخ خلال مرحلة التعليق
- 179 أولا- حق مطالبة المدين بالوفاء
- 179 ثانيا- حق التصرف في الحق المعلق على شرط فاسخ
- 179 ثالثا- احتساب مدة الحيابة
- 179 رابعا- رفع دعوى الملكية واسترداد الحيابة
- 180 خامسا- جواز تسجيل الحق العيني بالرسم العقاري
- 180 سادسا- طلب القسمة
- 180 سابعا- طلب الشفعة
- 181 الفقرة الثانية: التزامات المدين بالتزام معلق على شرط فاسخ
- 181 المطلب الثاني: الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزام مهدد بالزوال
- 183 الفرع الثاني: آثار الالتزام المعلق على شرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

183	المبحث الأول: ضوابط تحقق الشرط أو تخلفه
183	المطلب الأول: تحقق الشرط أو تخلفه فعلا
184	الفقرة الأولى: تحقق الشرط
186	الفقرة الثانية: تخلف الشرط فعلا
188	المطلب الثاني: ضوابط تحقق أو تخلف الشرط حكما
188	الفقرة الأولى: تحقق الشرط حكما
189	الفقرة الثانية: تخلف الشرط حكما
190	المبحث الثاني: أثر تحقق الشرط أو تخلفه
190	المطلب الأول: آثار الشرط الواقف
190	الفقرة الأولى: أثر تحقق الشرط الواقف
193	الفقرة الثانية: أثر تخلف الشرط الواقف
193	المطلب الثاني: أثر الشرط الفاسخ
193	الفقرة الأولى: تحقق الشرط الفاسخ
194	أولا: التمييز بين الشرط الصريح والفاسخ والشرط الضمني الفاسخ
197	ثانيا: صور الشرط الصريح الفاسخ
201	الفقرة الثانية: تخلف الشرط الفاسخ
202	أولا: مبدأ الأثر الفوري للشرط
204	ثانيا: استثناءات الأثر الفوري للشرط
206	الفصل الثاني: حدود إعمال الشرط
208	الفرع الأول: الحدود التشريعية
209	المبحث الأول: حدود إعمال الشرط في مجال قانون الأسرة
209	المطلب الأول: حدود إعمال الشرط في الأحوال الشخصية
209	الفقرة الأولى: تعليق الزواج على الشرط
211	أولا: حكم تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محتمل أو محقق أو مستحيل الوجود في المستقبل
212	ثانيا: حكم تعليق صيغة عقد الزواج على شرط محقق الوجود في الماضي والحاضر
213	ثالثا: أنواع الشروط المقترنة بعقد الزواج وآثرها
218	رابعا: خيار الشرط في عقد الزواج
222	الفقرة الثانية: تعليق الطلاق على شرط
226	الفقرة الثالثة: نظرية الظروف الطارئة في الشروط الإرادية لعقد الزواج
228	أولا: موقف قانون الالتزامات والعقود من النظرية
228	ثانيا: موقف مدونة الأسرة من النظرية
230	المطلب الثاني: حدود الشرط في الأحوال المالية
230	الفقرة الأولى: الشرط في عقد الوصية
230	الفقرة الثانية: الشرط في عقد الهبة
232	المبحث الثاني: حدود إعمال الشرط في مدونة الشغل
232	المطلب الأول: شرط عدم الزواج
235	المطلب الثاني: الشرط الاتفاقي بعدم المنافسة
236	الفقرة الأولى: شروط صحة الاتفاق على عدم المنافسة
239	الفقرة الثانية: آثار شرط عدم المنافسة
240	أولا: آثار تطبيق شرط عدم المنافسة على الأجير
240	ثانيا: آثار تطبيق شرط عدم المنافسة على المشغل
241	ثالثا: آثار تطبيق شرط عدم المنافسة على المشغل الجديد
241	المبحث الثالث: حدود الشرط في مدونة التأمينات الجديدة
243	المبحث الرابع: حدود إعمال الشرط على ضوء النظرية العامة لعقد الاستهلاك
243	المطلب الأول: قصور النظرية العامة للعقد في الحد من عدم التوازن العقدي
244	الفقرة الأولى: نظرية الغلط
245	الفقرة الثانية: نظرية التدليس

246	الفقرة الثالثة: نظرية الإكراه
247	الفقرة الرابعة: نظرية الغبن الاستغلالي
249	الفقرة الخامسة: نظرية الإثراء بلا سبب
250	الفقرة السادسة: نظرية التعسف في استعمال الحق
251	الفقرة السابعة: نظرية السبب
252	المطلب الثاني: حماية المستهلك على ضوء النظرية العامة لعقد الاستهلاك
253	الفقرة الأولى: عقد الإذعان
254	الفقرة الثانية: ماهية الشروط التعسفية
256	الفقرة الثالثة: آليات الحماية من الشروط التعسفية في القانون الفرنسي
257	أولاً: دور مجلس الدولة
257	ثانياً: لجنة الشروط التعسفية
258	ثالثاً: ملحق الشروط التعسفية في تقنين الاستهلاك
261	رابعاً: دور جمعيات حماية المستهلك
262	الفقرة الرابعة: آليات الحماية من الشروط التعسفية في القانون المغربي
263	أولاً: الالتزام بالإخبار بالشروط الخاصة للبيع أو لإنجاز الخدمة
264	ثانياً: أجهزة مقاومة الشروط التعسفية
264	1- المجلس الوطني للاستهلاك
265	2- لجنة الشروط التعسفية
265	3- اللجنة الاستشارية للتأمينات
266	4- مجلس المنافسة
266	5- المجلس الأعلى للاتصال السمعي والبصري
267	6- دور جمعيات حماية المستهلك
269	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على أعمال الشرط
270	المبحث الأول: دور القضاء إزاء أعمال الشرط الصريح الفاسخ
276	المبحث الثاني: دور القضاء في تفسير العقد المعلق على شرط
279	أولاً: موقف القانون الفرنسي
280	ثانياً: موقف القانون المغربي
285	الخاتمة
289	لائحة المصادر والمراجع
302	الفهرسة