محاضرات مقياس:.....القانون المدني– مصادر الالتزام –.....

القسم:.. القانون العام ..... السنة:..الثانية..... / التخصص:.../.....

الأستاذة:..أحلوش زينب..... المحاضرة رقم:....5.... بتاريخ:.....

1– عنوان المحاضرة: الفصل الثاني / أركان العقد و شروط صحته المبحث الأول: التّراضي/

(تابع/ المطلب1 : وجود التراضي : طرق التعبير عن الإرادة))

2– المراجع التي يمكن للطالب الاعتماد عليها (اقتراح المراجع الالكترونية إن أمكن) :

كل المراجع التي تعالج مصادر الالتزام و قد تم ذكر البعض منها ضمن تلخيص المحاضرة الأولى شريطة أن تكون هذه المصادر سواء كتب، مقالات أو غيرها ورقية أو إلكترونية تعالج المواضيع وفق تعديل القانون المدني خاصة ما جاء بمقتضى القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 لأنه تضمن تعديلات و متممات و إلغاءات كثيرة فيما يتعلق بنظرية الالتزام في القانون المدني.

3–مضمون المحاضرة:

فرع 2: طرق التعبير عن الإرادة

فإرادة المتعاقدين لابّد أن تأخذ مظهرًا خارجيا حتى يعرف كل منهما إرادة الآخر، فلا يعتد القانون بالإرادة الباطنة بل يعتد بالإرادة الظاهرة ولو اختلفت عن الإرادة الباطنة، وتتخذ الإرادة المظهر الخارجي كما جاء في نصّ المادة 60 ق م ج ، سواء بالتّعبير الصّريح أو بالتّعبير الضّمني.

1– **التّعبير الصّريح عن الإرادة:** لقد تناولت الفقرة الأولى من المادة 60 سالف ذكرها المظاهر الأربعة للتعبير عن الإرادة الصريح كما يلي :

●**التّعبير عن الإرادة عن طريق اللّفظ:** وهو الكلام الذي ينطق به الشخص بشكل مباشر وجها لوجه، أو بواسطة الهاتف أو الواب كام أو بأية وسيلة تُنقل التّعبير بين المتعاقدين، حتى عن طريق شخص ينقل تعبير إرادة الطّرف الأوّل كما هي للطرف الآخر، ويكون ذلك بأيّة لغة يفهمها المتعاقدان أو بالاستعانة بالوسائل التي تُمكّن فهمها.

●**التّعبير الإرادة عن طريق الكتابة:** فقد تكون عرفية يكتفى فيها توقيع المتعاقدان أو بصمتيهما على العقد، وقد تكون رسمية تتم أمام موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، لديهم صلاحية إضفاء الصبغة الرّسمية على العقد. وقد تكون هذه الكتابة بخط اليد أو بالآلة الراقنة أو بالكمبيوتر، وتتمّ في شكل رسالة أو تلكس أو تليغراف أو منشور أو في الشّكل الإلكتروني، وغيرها.

●**التّعبير عن الإرادة بالإشارات المتداولة بين الناس عُرفا:** هناك إشارات معروفة بين النّاس أو على الأقل لدى فئة معيّنة من النّاس لها معنى محدد، كهزّ الرّأس أفقيا يفهم منه الرّفض، وهزّه عموديا يعتبر موافقة.

●**التّعبير عن الإرادة باتّخاذ موقف لا يدع شكّا في دلالته:** وقد يأخذ هذا المظهر من مظاهر التّعبير عن الإرادة عدّة صور، كعرض البضائع للبيع، يفيد رغبة البائع في بيعها، وكتوقف الحافلات في المحطّة أو في موقف الحافلات يفيد عرض الصّعود للمسافرين، أو كإقبال سيارة على مرآب يفيد رغبة السّائق في ركنها...

2-التّعبير الضمني عن الإرادة: أما التعبير الضمني عن الإرادة فقد نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 60 ق.م.ج، إذ يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر الذي يتّخذه ليس في ذاته كاشفا عن الإرادة، غير أنّه لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة ، ومثاله في ذلك الدائن الذي يرسل سند الدّين لمدينه، يعني أنّه أراد انقضاء الالتزام بالدين دون الوفاء به، و بعبارة أخرى يقصد من ذلك أنّه أبرأ المدين اختياريا، و قد عبّر عن هذا الإبراء ضمنيا ما لم يُثبت عكس ذلك، وأيضا كترك المدين أمواله لدى الدّائن يفهم منه أنّه رهنها لديه رهنا حيازيا مقابل الديون التي هي على عاتقه، وهذا ما نصت عليه المادة 318 ق.م.ج.

وقد أشارت المادة 60/ ف 2 ق.م.ج، أنّه يجوز أن يكون التّعبير ضمنيا إذا لم ينصّ القانون أو يتّفق الطّرفان على أن يكون صريحًا، حيث يشترط القانون أحيانا التّعبير الصّريح في بعض التّصرفات القانونية مثل ما جاء في المادة 505 ق.م.ج عند التّنازل عن الإيجار من الباطن، أو يمكن أيضا أن يشترط التّعبير الصّريح فيما بين المتعاقدان، كأن يشترطا الكتابة العرفية أو الرّسمية للعقد بمحض إرادتيهما فتصبح إلزامية بموجب اتّفاقهما.

فرع 3: تطابق الإرادتين:

تطابق الإرادتين، ما هو إلاّ اقتران القبول بالإيجاب وتوافقهما، إذ يمثّل الإيجاب إرادة طرف والقبول إرادة الطرف الآخر، حيث يعتبران عنصران أساسيان لتطابق الإرادتين، فيجب إذا تعريفهما وتحديد

مضمونيهما، كما يجب التطرق إلى مسألة زمان ومكان تطابق الإرادتين باعتبارهما زمان ومكان انعقاد العقد والتّطرق أيضا إلى مسألة أخرى لا تخلو أهمية وهي الإيجاب والقبول الإلكتروني باعتبارها صورة حديثة من صور التعاقد.

1- الإيجاب و القبول:

أ: تعريف الإيجاب وشروطه

هو المبادرة الأولى للتّعبير عن الإرادة، إذ هو العرض الذي يتقدم به الشّخص ليعبّر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معيّن وحتى يكون هذا العرض إيجابا يشترط فيه بعض الخصائص وهي:

- **الإيجاب عرض محدّد ودقيق** أي يجب أن يكون الإيجاب مستوفيا للعناصر الجوهرية والأساسية في العقد المراد إبرامه، حتى يتمكّن الموجب له من الإطّلاع عليه بتبصُّر. والإيجاب هو الخطوة الأولى للتعاقد غير أنّ هذه المبادرة لا تُشكل دائما إيجابا فقد تكون مجرّد دعوة للتعاقد Invitation à contracter، وهي مرحلة تسبق الإيجاب وتختلف عنه من حيث أنّه يكون الغرض منها أحيانا المساومة والتفاوض حول العقد المراد إبرامه، كالإعلان عن التوظيف في الصحف، فمثل هذا الإعلان لا يُعتبر إيجابا لإبرام عقد العمل، لأنّ صاحب العرض لا يقصد منه التّعاقد مع كلّ من يتقدّم إليه بل سيختار من بين المتقدمين من يشاء، وتعتبر استجابة وتقدّم الراغبين في التّوظيف إيجابًا يحتاج إلى قبول من وجّه الدعوة حتى يتم العقد.

- **الإيجاب عرض بات وجازم أي قاطع:** إذ يجب أن ينطوي الإيجاب على إرادة جدّية وحقيقية من الموجب لغرض إبرام العقد، غير أنّه يجب الإشارة إلى التّحفظات les réserves التي قد يتّخذها الموجب حيال إبرام العقد، كاحتفاظ الموجب بحقّ رفض التّعاقد في حالة نفاذ الكمية المحدودة من البضائع، أو كمن يعرض بيع تذاكر مسرحية أو مباراة إلى غاية نفاذ كمية التذاكر، حيث هنا لا يمكن تلبية كلّ الطّلبات لذلك يبقى الإيجاب قائما طالما لم تنفذ هذه البضاعة أو هذه التذاكر غير أنه يجب التذكير بأن مثل هذه التّحفظات يجب أن تكون مما لا ينال من الإيجاب ويجعله مجرّد دعوة للتعاقد كالإعلان عن التّوظيف المعلّق على شرط الموافقة على الشّخص كما ذكرنا آنفا.

ب: إلزامية الإيجاب وسقوطه

أولا: إلزامية الإيجاب: لقد جسّد القانون المدني هذه المسألة من خلال نصا المادتين 63 و64 ق.م.ج وقد ميّز في ذلك بين الإيجاب المقترن بأجل والإيجاب الصادر في مجلس العقد.

1- إلزامية الإيجاب المقترن بأجل للرّد: إنّ إلزامية الإيجاب المقترن بأجل تقضي بها المادة 63 ق.م.ج فقد عالج هذا النّص مسألتين هما الإيجاب المقترن بأجل صريح و الإيجاب المقترن بأجل ضمني كما سيأتي شرحه:

***الإيجاب المقترن بأجل صريح للرد:** الإيجاب الذي يتضمن أجلا صريحا للقبول يكون ملزما ولا يجوز أن يعدل(أي يتراجع) عنه الموجب ما لم تنقضي المدّة أو الأجل المحدّد أو حتى يُعلن الموجب له عن رفضه أو قبوله، ويتم إبرام العقد بمجرّد القبول الذي يكون في حدود هذا الأجل المعيّن صراحة من طرف الموجب. كأن يعرض شخص على شخص آخر تأجير منزله على أن يردّ عليه في خلال مدّة 15 يومًا، يبقى الموجب ملزمًا بإيجابه إلى غاية انقضاء مدّة الخمسة عشر يومًا أو إلى غاية رفض الموجب له أو قبوله.

* **الايجاب المقترن بأجل ضمني للرد:** وقد يكون الأجل غير معيّن صراحة، وإنّما ضمنيا، إذ يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة. فالأجل الضمني (غير الصريح) قد تفرضه **ظروف الحال** أي الظروف المحيطة بصدور الإيجاب، كأن يتمّ التعاقد بين غائبين عن طريق رسالة بريدية مثلا من الجزائر إلى عنابة، فمثل هذا الإيجاب يُلزم صاحبه البقاء عليه لغاية وصوله لمن وُجّه إليه وعلمه به وإعطائه فرصة للردّ عليه بالرفض أو بالقبول أو عدم الرّد لمدة معقولة ويُعد ذلك رفضا.

و قد يفرض الأجل الضمني كذلك من خلال **طبيعة المعاملة**، فالمعاملة العقارية مثلا تقتضي ترك مدة معقولة لمن وُجّه إليه الإيجاب، كعرض بيع منزل يحتاج مدّة معيّنة حتى يمكن للموجه إليه الإيجاب التّعبير عن إرادته بالقبول أو بالرّفض، أو بعدم الرّد لمدة معقولة، و يُستخلص حين إذن بأنّه رفض للتعامل. غير أنّ هذا الأجل الضّمني لم تحدّد مدّته فهو بذلك خاضع لتقدير القاضي في حالة النّزاع، وتكون مدّته معقولة حماية لكلّ من الموجب والموجب له على السّواء

2- إلزامية الإيجاب الصادر في مجلس عقد واحد: إنّ إلزامية الإيجاب الصّادر في مجلس العقد أو ما يعرف بالتّعاقد بين حاضرين قضت به المادة 64 ق.م.ج لقد تناول هذا النص التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حاضرين حكما ودون أن يتضمن الإيجاب أجلا، حيث عندما يتواجد المتعاقدان في مكان واحد فحضورهما حقيقي، أما الحضور الحكمي فهو اجتماعهما زمانًا وليس مكانا عن طريق وسيلة كالهاتف أو الأنترنت، لما يكون الاتّصال مباشر كالواب كام عن طريق Skype أو ماسنجير Massinger... فإذا جمع المتعاقدان مجلس واحد حقيقة أو حكما، فالأصل أنّ من وجّه إليه الإيجاب ولم يعيّن فيه ميعاد للقبول يجب أن يصدر قبوله فورًا بمجرّد صدور الإيجاب، وإلاّ كان للموجب أن يتحلّل من إيجابه، ويعتبر

الطّرف الآخر قد رفضه فسقط وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 64 ق.م.ج لكن إذا بقي الموجب على إيجابه وصدر القبول قبل أن ينفضّ مجلس العقد، فإنّ العقد يتمّ كذلك، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 64 ق.م.ج، مادام أنّ الموجب لم يعدل أو يرجع عن إيجابه في هذه الفترة فإنّ الموجب له يستطيع أن يُعبّر عن إرادته قبل انفضاض مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي.

ثانيا : سقوط الإيجاب/ L'échéance de l'offre

إذا أُلزم الموجب بالبقاء على إيجابه كما بيّناه آنفا لتمكين الموجب له من إصدار قبوله أو رفضه، فهذا لا يعني أن الموجب يبقى مُلزما بالإيجاب مدى الحياة ففي ذلك تضحية بالموجب، وهذا غير معقول وغير عادل، وعليه يمكن للإيجاب أن يفقد قوّته الإلزامية ويتحلّل منه الموجب بسقوطه للأسباب التالية:

- بالرفض الصادر ممن وجّه إليه الإيجاب (الموجب له) سواء كان محدّد بأجل أو لا.
- بانقضاء الأجل المحدّد للقبول دون ردّ الموجب له.
- بانفضاض مجلس العقد (الحضور الحقيقي أو الحكمي) دون صدور القبول من الموجب له.
- بعدول الموجب عن إيجابه قبل انفضاض مجلس العقد وقبل قبول الموجب له.

2 – القبول: L'acceptation

أ/ تعريف القبول و شروطه

القبول هو الرّد الإيجابي، أي الموافقة، فهو تعبير بات يصدر من الموجب له بغرض إبرام العقد أي اتجاه إرادته إلى إحداث آثار قانونية.

لكي يُعتدّ بالقبول قانونًا يجب أن يتوفر على شروط محدّدة وهي:

* **مطابقة القبول للإيجاب:** يجب أن يكون القبول مطابقًا تمامًا للإيجاب، فالقبول هو الجواب بنعم عن الإيجاب، وإذا اقترن القبول بما يزيد أو يُنقص أو يُقيّد أو يُعدّل في الإيجاب، اعتبر ذلك إيجابا جديدًا هذا ما أوضحته المادة 66 ق.م.ج: " لا يعتبر القبول الذي يُغيّر الإيجاب إلاّ إيجابا جديدا " وتضيف المادة 65 ق.م.ج أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ... اعتبر العقد مُبرمًا ..." ويستخلص من هذه المادة أنّه يجب أن يتفقا المتعاقدان على المسائل الجوهرية ولهما أن يتركا المسائل التّفصيلية لاحقا.

* **اقتران القبول بالإيجاب القائم:** إذا كان الموجب له غير ملزم بالرّد على الإيجاب، لأنّه لا يمكن إلزام الشّخص على التعاقد بدون إرادته، فإنّ الموجب أيضا غير ملزم بالبقاء على إيجابه باستمرار، فالإيجاب معرّض للسّقوط كما رأينا أو حتى لعدول الموجب عنه، لذا يجب أن يصدر القبول و الإيجاب لا يزال قائما، حتى يتم الاقتران والتّوافق بينهما، وبالتالي ينشأ العقد، فإذا صدر القبول و وصل إلى علم الموجب بعد سقوط الإيجاب فإنّ اقترانهما يصبح مستحيلا وبالتالي لا يعتبر هذا الرّد الإيجابي قبولا، و إنّما يعدّ مجرّد إيجاب جديد يستدعي قبوله من الموجب الأوّل، الذي أصبح بدوره موجبا له حتى يُمكن إبرام العقد المتوقّف على هذا القبول.

– زمان ومكان تطابق الإرادتين (زمان ومكان إبرام العقد)

هنا نميز بين حالتين **حالة التعاقد بين حاضرين ، وحالة التعاقد بين غائبين** .

1/ حالة التعاقد بين حاضرين : يسمى كذلك بمجلس العقد طبقا لنص المادة 64 ق م ج ، وقد يكون حضور حقيقي يجتمع فيه المتعاقدان في مكان واحد ويكونان على اتصال مباشر ، وقد يكون حضورا حكميا لا يجتمع فيه المتعاقدان في مكان واحد ويكونان على اتصال مباشر كما هو الحال في التعاقد بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل كالأجهزة الإلكترونية الذكية التي تسمح بالاتصال المباشر أي المشاهدة والمحادثة الفورية ، كالكمبيوتر الموصول بالانترنت ، ففي حالة التعاقد بين حاضرين فإن زمان ومكان انعقاد العقد هو زمان ومكان مجلس العقد أي زمان ومكان علم الموجب بالقبول بشرط أن يكون قبل انفضاض مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي .

2/ حالة التعاقد بين غائبين : تتحقق حالة التعاقد بين غائبين عندما يختلف مكان تواجد المتعاقدان(لا يكونان في مكان واحد) لا حقيقة و لا حكما، أي بوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب بهذا القبول وهذا ما يميز التعاقد بين غائبين عن التعاقد بين حاضرين حضور حكميا ، لأن الحضور الحكمي اللمتعاقدان لا يجمعهما مكان واحد لكن يكونان على اتصال مباشر يعني لا يوجد فاصل زمني بين القبول والعلم به ، فالفاصل الزمني بين القبول والعلم به هو أبرز ميزة للتعاقد بين غائبين وهذا الأخير يكون عن طريق الرسائل البريدية (البريد التقليدي) ، الفاكس ، المراسلة الإلكترونية التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني ، وهنا يطرح التساؤل حول زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين ، وبهذا الصدد ظهرت عدة نظريات مختلفة في هذا الشأن نوردها باختصار شديد (يمكن الرجوع إليها من خلال مطبوعة المادة أو من خلال الكتب) :

←**نظرية إعلان القبول** : ترى أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللذان يعلن فيهما الموجب له عن القبول.

←**نظرية تصدير القبول** : ترى أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللذان تم فيهما إرسال الرسالة المتضمنة القبول .

←**نظرية تسليم القبول** : ترى أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللذان يستلم فيهما الموجب القبول .

←**نظرية العلم بالقبول** : ترى أن العقد ينعقد في المكان والزمان اللذان يعلم فيهما الموجب بالقبول

3/ موقف المشرع الجزائري من تحديد زمان و مكان التعاقد بين غائبين

لقد اعتمد المشرع الجزائري على **نظرية العلم بالقبول** في تحديد زمان ومكان إبرام العقد بين غائبين، بموجب نص المادة 67 ق م ج التي **تنص** "**يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول** و اعتمد أيضا على نظرية **وصول القبول** كافتراض أنّ العلم بالقبول يحصل وقت وصوله، غير أنّ هذا الافتراض في ذاته قرينة بسيطة وليست مطلقة، إذ تقبل إثبات العكس حيث قد يُثبت الموجب مثلاً أنّ علمه بالقبول كان في وقت لاحق على وصول الرسالة باعتبار أنّه كان مسافرًا ولم يطّلع على بريده وهذا ما أكدته المادة 61 ق.م.ج بعبارة " ويعتبر وصول التّعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

■ **وفي الأخير نشير إلى أن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد له أهمية كبيرة:** تكمن في كون أن زمان ومكان إبرام العقد يُمَكّن من معرفة الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ الالتزام وكذا وقت بدء سريان تقادم الالتزام أيضا كما أنه تحديد زمان ومكان انعقاد العقد يحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزام العقدي و هو قانون وقت انعقاد العقد المادة 18 ق م ج. كما أن للزمان و المكان دور في حماية حق الموجب في العدول عن إيجابه بعد انقضاء الأجل المحدد للقبول و تظهر كذلك أهمية تحديد مكان انعقاد العقد في تعيين المحكمة المختصة إقليميا في النزاع القائم بين المتعاقدين بشأن العقد فتحديد الاختصاص المحلي يتوقف في بعض الحالات على معرفة مكان انعقاد العقد المادة 37–40 ق إجراءات مدنية .