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

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

الأستاذة:..أحلوش زينب..... المحاضرة رقم:.6... بتاريخ:.....

1– عنوان المحاضرة: صور خاصة للتراضي

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: : صور خاصة للتراضي/ الوعد بالتعاقد و التعاقد بالعربون

: صور خاصة للتراضي لقد أوضحنا فيما سبق أنّه لا وجود للعقد بدون ركن التّراضي، إذ تمثّل إرادة المتعاقدان عنصرًا أساسيا فيه، وفي شأن ذلك سنتناول هنا، بعض الصّور الخاصة للتّراضي وذلك لأهمّيتها العملية، لذا سوف نتطرق للتعاقد **للوعد بالتعاقد، للتعاقد بالعربون و** قد يقوم الشخص بإبرام عقد ولكن باسم ولحساب شخص آخر استنادًا إلى فكرة **النيابة في التعاقد** كما سنتطرق أيضا **للتعاقد الالكتروني** كصورة خاصة و جديدة للتعاقد.

أولا/ الوعد بالتعاقد:

قد يكون بعض الأسباب والعوامل القانونية أو المادية أو الاقتصادية أو الاجتماعية تمنع أو تحول من تمكين المعنيين من إبرام عقد في الوقت الحاضر، كمن يريد بيع منزلا له اشتراه ولم يسدّد ثمنه بعد أو لا يمكن له بيعه إلا بعد انقضاء مدّة معيّنة، فيلجأ إلى ما يسمى بالوعد بالتعاقد الذي نصت عليه المـادة 71 ق م ج (ارجع للنص)

أ/ الطبيعة القانونية للوعد بالتعاقد و أطرافه:

هو عقد يمهّد لإبرام عقد آخر الموعود به، فقد يكون الوعد بالتّعاقد ملزم لجانب واحد، فيعِد أحد الطّرفين وهو الواعد، الطّرف الآخر بإبرام العقد دون أن يعِد هذا الأخير أي الموعود له بإبرامه.

وقد يكون الوعد بالتّعاقد ملزم لجانبين فيكون كلا منهما واعدًا وموعودًا له والآخر أيضا واعدًا وموعودًا له. و هذا ما تضمنه نص المادة 71 أعلاه بعبارة " ...كلا المتعاقدين أو أحدهما... "

ب/ شروط الوعد بالتعاقد: لقد تضمّنتها المادة 71 ق م ج تمثلت فيما يلي:

- وجوب تحديد جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

- وجوب تحديد الميعاد أو المدة التي يجب من خلالها إبرام العقد المراد إبرامه.

- وجوب إفراغ الوعد بالتّعاقد في نفس الشّكل المطلوب للعقد المراد إبرامه مستقبلا.

فإذا كان العقد الموعود به عقدا شكليا يشترط فيه الرّسمية كبيع العقار أو رهنه رهنا رسميا يجب أن يتضمن هذا الشكل الرّسمي أيضا الوعد ببيع العقار أو الوعد برهنه رهنا رسميا.

فالوعد بالتعاقد هو **عقد كامل**، ولكنّه **عقد تمهيدي لا عقد نهائي**، فالإيجاب والقبول قد انصبا على مجرّد الوعد بالتّعاقد النّهائي فهو خطوة نحو العقد النّهائي. لذلك الوعد بالبيع مثلا ليس بيعًا فلا يلتزم الواعد بنقل ملكية المبيع أو بتسليمه فهذه الالتزامات لا تترتب إلاّ عندما ينعقد عقد البيع الموعود به، ويقابل ذلك أنّه ليس للموعود له أيّ حق عيني على الشّيء الموعود بيعه.

ج) آثاره: إذا توافرت الشروط العامة للعقد والشروط الخاصة السالفة الذكر، فإنّ الوعد بالتّعاقد يرتّب آثاره القانونية حيث: **ينشأ على قيامه التزام في ذمة الواعد، وحق شخصي للموعود له،** و الالتزام الذي يترتّب في ذمّة الواعد التزام بإبرام العقد الموعود به مع الواعد له إذا ما أظهر رغبته بالتعاقد، أو إذا حلّ الأجل المتّفق عليه في الوعد بالتّعاقد. ويترتّب على تمسّك الموعود له بالوعد بالتعاقد في المدّة المتّفق عليها انعقاد العقد المراد إبرامه دون حاجة إلى تراضي جديد للطّرفين، ويستوي في ذلك أن يكون الوعد بالتّعاقد ملزم لجانب واحد أو للجانبين ، وهذا ما قضت به المادة 72 ق م **ج حيث يمكن للموعود له في حالة عدم تنفيذ الواعد لوعده بمطالبته تنفيذ هذا الوعد، وإذا اقتضى الأمر يمكن مقاضاته ويعتبر بذلك الحكم القضائي مقام العقد المراد إبرامه.**

ثانيا/ التعاقد بالعربون:

قبل تعديل و تتمة القانون المدني بموجب القانون 10/05 كان العربون متداولا في المعاملات لكن بحكم العرف فقط، غير أنّ المشرّع الجزائري وبموجب هذا التعديل تدارك الأمر و استحدث المادة 72 مكرر تناول فيه فكرة التعاقد بالعربون(ارجع للنص)

فالعربون هو مبلغ من المال أو أيّ شيء آخر ذا قيمة مالية يمنحه أحد المتعاقدان إلى الآخر وقت إبرام العقد وإذا لم يتفق المتعاقدان على أنّه جزء من مبلغ المعاملة فإنّه يعدّ مجرّد استعمال حق العدول عن العقد، فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التي يجوز له فيها العدول أصبح العقد باتًا واعتبر العربون تنفيذًا جزئيًا للعقد ووجب استكمال تنفيذه. أمّا إذا عدل أحد المتعاقدان عنه في المدة المتفق عليها وجب فقد أو رد ضعفه بحسب من عدل عنه، فإذا عدل عنه الذي منحه، فقد خسره أمّا إذا عدل من تلقاه، فهو ملزم بردّ ضعفه حتى وإن لم يترتب عن هذا العدول أي ضرر و هذا ما قضت به المادة أعلاه. فرغم اعتبار بعض القوانين أن العربون يشكل البث في قيام العقد وفي تنفيذه إلاّ أنّه بسكوت المتعاقدان عن تحديد الغرض من العربون فإنّه يفيد بمقتضى المادة 72 مكرر مدني حق للعدول عن العقد لأنّ فقد العربون هنا، ليس تعويض ولكنه مقابل لاستعمال حقّ العدول.

ثالثا/ النيابة في التعاقد:

الأصل في التعاقد، هو إبرام الشّخص المتعاقد العقد بنفسه ولحسابه لكن استثناءا قد يبرم الشّخص العقد بواسطة شخص آخر ينوب عنه بما يسمى بالتّعاقد بطريق النيابة.

فالنّيابة التّعاقدية هي حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محلّ إرادة شخص آخر يسمى الأصيل، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو.

فالنّيابة التعاقدية تقتضي وجود شخصين ينوب أحدهما الآخر ويسمى النائب أو الوكيل عن شخص أخر ويسمى الأصيل أو الموكّل في إبرام العقد مع شخص ثالث هو المتعاقد معه، فخصوصية التّعاقد بالنّيابة تتمثّل في كون أنّ هناك إرادة المتعاقد الأوّل من جهة ومن جهة أخرى إرادتان، إرادة النّائب والأصيل، فإرادة النائب تلتزم بإنشاء العقد، أمّا إرادة الأصيل تنصرف إليها آثار هذا العقد، مما يترتب عنه من حقوق وواجبات. وقد عالج المشرّع الجزائري مسألة النيابة التعاقدية في القانون المدني من خلال المواد 73 إلى 77من ق م ج

أ/ أنواع النّيابة: فالنّيابة من حيث مصدرها ثلاثة أنواع:

النّيابة الاتّفاقية: وهي التي يستمد فيها النائب نيابته بموجب عقد الوكالة، يبرمه مع الأصيل ويتضمّن هذا العقد حدود الوكالة، يتعامل بموجبها الوكيل باسم ولحساب الموكّل، وقد تناول القانون المدني عقد الوكالة في مواده 571 إلى 589 ق.م.ج

النيابة القانونية: وهي التي يكون مصدرها القانون، فهو وحدهُ الذي يعيّن النّائب و الأصيل، ويحدّد صلاحيات النّائب، وتتعلّق النّيابة القانونية بالولاية la tutelle و الوصاية la tutelle testamentaire على فاقدي الأهلية و ناقصيها. إذ أنّ النّيابة المقصودة هنا هي من غير إذن الأصيل، فهي لا تمثّل إرادة الأصيل و إنّما تُعوّضها.

النّيابة القضائية: وتسمى أيضا النّيابة القانونية القضائية، إذ قد يكتفي القانون أحيانا بغرض النّيابة تاركا مهمّة تعيين النائب للقاضي كأن يتعلّق الأمر بالمقدّم le curateur الذي تعيّنه المحكمة في حالة عدم وجود وليّ أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصه.

ب/ شروط النيابة التعاقدية: لقد حددت المادتان 73 و74 من القانون المدني في مضمونها شروطًا لتحقّق النّيابة وهي:

1/ حلول إرادة النّائب محلّ إرادة الأصيل: فبمقتضى المادة 73 ق.م.ج فإنّه يجب الاعتداد بإرادة النّائب لذلك يجب أن يكون ذا أهلية كاملة، وأن يخلو رضاه من عيوب الإرادة، فالنائب ليس رسولا إذ ينحصر دور هذا الأخير في نقل إرادة المتعاقد كما هي بينما النّائب فهو يعبّر عن إرادته فله حريّة تقدير الأمور.

2/ عدم تجاوز النائب لحدود نيابته: لكي تنصرف آثار العقد إلى الأصيل يجب على النائب أن يلتزم حدود النيابة ، أي أن يباشر التصرفات القانونية في حدود الصلاحيات الممنوحة له بموجب النيابة المادة 74 ق م ج ، فإذا جاوز النائب حدود النيابة فإن آثار العقد الذي أبرمه مع الغير لا يسري في حق الأصيل إلا إذا أجازه هذا الأخير المادة 75 ق م ج.

3/ أن يكون التّصرف باسم و لحساب الأصيل: تقتضي النّيابة أن يباشر النّائب عملية التّعاقد باسم الأصيل حتى تنصرف آثار التّصرف القانوني إليه، كما نصت عليه المادة 74 مكرر ق.م.ج. وما دام أنّ النائب لا يتعاقد باسمه فلابد له أن يعلم المتعاقد الآخر بذلك وهذا ما أشارت إليه المادة 75 ق.م.ج إلاّ إذا كان من المفروض حتما على من تعاقد معه النّائب يعلم بوجود النّيابة أو كان يستوي لديه أن يتعامل مع الأصيل أو النّائب وذلك في الحالات التي لا تكون لشخص المتعاقد أهمّية في العقد.

ج/ آثار النّيابة التعاقدية إذا أُبرم العقد بطريق النيابة، فإنّ آثاره حقوقا أو التزامات تنصرف إلى الأصيل ومن تعاقد معه، فينتهي دور النّائب بإبرام العقد، حيث يصبح الأصيل طرفًا في العقد مع المتعاقد الذي تعاقد مع النّائب، وعليه يجوز للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر بكلّ ما يرتّبه العقد من آثار، كما يستطيع هذا المتعاقد بالمقابل مطالبة الأصيل بكلّ ما يرتبط بالعقد غير أنّه لا يحق للنّائب أن يطالب أيّ منهما بأيّ حقّ من حقوق يتضمّنها العقد لحسابه هو، بل كل ما تحصّل عليه بموجب العقد ينصرف لحساب الأصيل.و هذا ما أقرّته المادة 74 ق.م.ج.

د/ حكم تعاقد النائب مع نفسه في القانون المدني الجزائري

تعاقد الشّخص مع نفسه قضت به المادة 77 ق.م.ج. فالنّائب الذي يتعاقد لحساب نفسه دون علم الأصيل أو ترخيص منه، يكون قد ارتكب غشّا وهذا يتعارض مع مصلحة الأصيل التي تتمثّل في أن يتمّ العقد كالبيع مثلا في أحسن ثمن في حين مصلحة النّائب تتمثّل في الشّراء بأقلّ ثمن، لأنّ مصالح المتعاقدين متضاربة، وعلى هذا لا يجوز أن يشتري من وُكّل بالبيع، الشّيء لنفسه أو لشخص آخر وكّله بشرائه. إلاّ أنّه يمكن للأصيل أن يُقرّ العقد ويجيزه فيصبح نافذًا في حقّه.

رابعا/ التعاقد الإلكتروني :

لم يتطرق المشرع الجزائري في القانون المدني لموضوع التعاقد الإلكتروني بنصوص خاصة تنظم أحكامه ما عدا الإشارة إلى الكتابة في الشكل الإلكتروني ضمن المادة 323 مكرر 1 ق م ج والتوقيع الإلكتروني ضمن المادة 327 ق م ج في باب إثبات الالتزام ، حيث بقي التعاقد الإلكتروني خاضعا للقواعد العامة في العقد إلى غاية صدور القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث تطرق لمفهوم العقد الإلكتروني .

1/تعريف العقد الإلكتروني : تعرف المادة السادسة من القانون رقم 18-05 العقد الإلكتروني بأنه العقد الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني .

2/ خصائص العقد الإلكتروني :

أ/ التعاقد عن بعد (أي بين غائبين أو بين حاضرين حكما) : حيث لا يجمع الأطراف مجلس عقد حقيقي بتاتا، فهو يتم عن بعد باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة والأجهزة الرقمية الذكية وشبكات الاتصال المعاصرة كالانترنت .

ب/ إستعمال الوسائط الإلكترونية لإبرامه : فهو يتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية كالمواقع العالمية المفتوحة للجمهور (مواقع الويب) .

ج/ السرعة في إنجازه : فهو يتم اليا وفي وقت وجيز بسبب التطور الهائل لوسائل الاتصال الرقمية حيث يحصل مثلا البيع الإلكتروني خلال دقائق محدودة وبصفة سهلة و آنية .

3/ الإيجاب و القبول الإلكترونيين : يشترط في الإيجاب الإلكتروني نفس شروط الإيجاب التقليدي ، حيث يكون العرض موجها للجمهور بواسطة الصفحة العالمية (الويب) أو موجها لشخص عن طريق البريد الإلكتروني أما القبول الإلكتروني فهو يتحقق عادة بمجرد الضغط على الزر المبين على شاشة الجهاز تحت بند قبلت .

وفي الأخير نشير إلى نقطة مهمة تخص التعاقد الإلكتروني وهي أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين حضور حكمي في حالة التعاقد بالوسائل الإلكترونية التي تسمح بالمشاهدة والمحادثة الفورية مثل الحاسوب الموصول بشبكة الأنترنت ، وهو تعاقد بين غائبين كحالة التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني ويتحدد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحدد زمان ومكان انعقاد العقد التقليدي المادتين 64-67 ق م ج

4- مدى إمكانية إبرام العقد الإلكتروني في الجزائر:

لقد أكد القانون 05/18 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية على مشروعية التعاقد الإلكتروني، إلا أنّ هذه الوسيلة التّعاقدية قد لا تصلح لإبرام كافة العقود، فقد رأينا في تقسيمات العقود، أنّ هناك العقود الرضائية و العقود الشكلية و العقود العينية، فإذا كانت هناك إمكانية إبرام العقود الإلكترونية الرضائية التي تعتمد لانعقادها على مجرّد تطابق القبول مع الإيجاب أي يشترط فيها ركن التّراضي، فماذا عن العقود الشّكلية التي يشترط فيها القانون شكلا معينا لانعقادها كالعقود الرّسمية وأيضا العقود العينية التي يشترط فيها القانون بالإضافة إلى التراضي، التسليم كعقد الوديعة، ففي هذه العقود يُعد الأمر غير ممكن إذ تُعتبر الشكلية أو التّسليم ركنا من أركان العقد لا يمكن إبرامه إلا بتوافرهما. و هذا ما أكد عليه القانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية ضمن نص المادة 03 منه