

الفصل الأول

نظرية العقد

تبعاً لما تقدم في المبحث التمهيدي، نرتب البحث في نظرية العقد على النحو الذي سار عليه المشرع الجزائري في القانون المدني، حيث تضمنها الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني، في أربعة أقسام رئيسية بموجب المواد (59-123) وهي: شروط العقد (أركانه)، بطلانه، آثاره، وانحلاله.

القسم الأول: أركان العقد

العقد توافق إرادتين أو أكثر⁽¹⁾ على إحداث أثر قانوني معين، فلكي ينشأ العقد لابد من توافق وتطابق إرادتين أو أكثر، وهذا هو التراضي الذي يعد الركن الاساسي والجوهرى في العقد، ويجب أن ينصب هذا التراضي على شيء معين، وهذا هو محل العقد، ويجب أن تكون إرادة المتعاقدين مدفوعة بغايه مشروعته تستهدف تحقيقها، وهذا هو سبب العقد.

إلى جانب الأركان العامة سالفه الذكر يشترط المشرع في حالات خاصة لقيام العقد ضرورة اتباع إجراءات شكلية معينة، سواء بكتابة العقد في شكل معين أو ضرورة تسليم العين محل التعاقد. وبناء عليه فإن للعقد الأركان التالية:

1- التراضي.

2- المحل.

3- السبب.

4- الشكلية في العقود الشكلية.

5- التسليم في العقود العينية.

والملاحظ بهذا الشأن أنه يترتب على تخلف ركن من الأركان السابقة بطلان العقد بطلان مطلقاً فلا تصححه لا الإجازة ولا التقادم (م 102 ق م)، وإضافة إلى الأركان السابقة والتي تسمى أيضاً بشروط الانعقاد، فللعقد شروط صحة بحيث لا ينعقد العقد صحيحاً إلا بتوافرها وهي:

1- وحب توافر الأهلية في كل من طرفي العقد.

2- خلو الإرادة من العيوب، عيوب الإكراه، الغلط، التدليس والاستغلال.

ويترتب على تخلف شرط من شروط صحة العقد أن ينشأ العقد وينعقد صحيحاً قابلاً للأبطال إذا تمسك به المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، كما يتميز بإمكانية تصحيحه بالإجازة (م 100 ق م) والتقادم (م 101 ق م).

1- الذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران، فيصدر الإيجاب أولاً، ثم يليه القبول مطابقاً له؛ ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان، كما في الرهان على سباق الخيل، إذ يدفع عدد من المتراهنين المبالغ التي يراهنون عليها في وقت واحد.

المبحث الأول: التراضي

يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين، وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد، فإنه لا يكفي لصحته، بل يجب حتى يكون العقد صحيحا أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فنبحث إذن: في مطلب أول وجود التراضي، وفي مطلب ثان صحة التراضي.

المطلب الأول: وجود التراضي

التراضي هو مطابقة القبول للإيجاب، أي بمعنى توافق إرادتي المتعاقدين، وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني⁽²⁾، فالتراضي إذن هو تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام. بحيث لا يمكن للصغير والمجنون إبرام العقود لانعدام الإرادة لديهما، كما لا يعتد قانونا بإرادة الهازل ولا بالإرادة غير الجادة كما في مجال المجاملات.

كما لا يمكن الاعتداد بالإرادة طالما ظلت كامنة في نفس صاحبها، إلا من الوقت الذي يتم فيه التعبير عنها فتظهر للعالم الخارجي فتكون بذلك قادره على الاقتران بإرادة أخرى، وهنا يجب أن يأتي التعبير عن الإرادة "الإرادة الظاهرة" مطابقا لما قصدته الإرادة الحقيقية "الإرادة الباطنة" وعلى ضوء ما تقدم، يتحدد البحث في وجود التراضي بدراسة القواعد العامة التي تحكمه في ثلاث فروع كالاتي: فرع أول نخصه للتعبير عن الإرادة، وفرع ثان نخصه لتوافق الإرادتين، أما الفرع الثالث نتحدث فيه على المرحلة التمهيدية في التعاقد

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة

قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه،

أولا: التعبير الصادر من الأصيل

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها، أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين، فلا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير⁽³⁾، إما تعبيراً صريحا أو تعبيراً ضمنياً.

1- التعبير الصريح: (م 1/60 ق م)

يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا قصد به صاحبه إحاطة الغير علما بإرادته في التعاقد بطريقة مباشرة، للدلالة عن المعنى المراد، كاللفظ، سواء كان الكلام مباشرا أو بواسطة الهاتف أو عن طريق رسول، كما يكون بالكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، كهز الرأس عموديا للدلالة على

2- تنص المادة 59 من القانون المدني على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"

3- يبين علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ويلهما عمل تنفيذي: فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين، هذا هو الإدراك؛ ثم يلي ذلك مرحلة التدبير فيزن الشخص الأمر ويتدبره؛ ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبيت فيه، وهذه هي الإرادة. فإذا انعقدت لم يبق إلا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ وهي عمل خارجي (التعبير عن الإرادة).

القبول، كما يكون التعبير عن الإرادة صريحا باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود، كوقوف سيارات الأجرة في المكان المعد لها⁽⁴⁾.

2- التعبير الضمني: (م 2/60 ق م)

يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا كان المظهر المادي الذي اتخذته ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، أي بمعنى أنه يمكن استنباطها بطريق غير مباشر من ظروف الحال أو بطريق الاستنتاج⁽⁵⁾، كبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، قرينة يفهم منها إرادته في تجديد عقد الإيجار، وتصرف شخص في شيء عرض عليه ليشتره، فتصرفه يدل ضمنا على قبوله.

وتطبيقا للمادة 60 ق م يستوي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا حيث لهما نفس القوة، إلا أن المشرع في حالات خاصة يشترط أن يفرغ التعبير عن الإرادة في شكل خاص (رسمي أو عرفي) كما في العقود الشكلية، وقد يكتفي القانون في حالات أخرى بما دون ذلك ويشترط فقط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا (بالكتابة أو غيرها). وبالتالي لا يعتد بالتعبير الضمني عندها⁽⁶⁾.

مدى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة؟

إذا كان التعبير الضمني عن الإرادة وضع وموقف ايجابي يستخلص منه حتما ما يدل على إرادة صاحبه، فإنه على العكس من ذلك يعتبر السكوت موقف سلبي فهو عدم والعدم لا ينبئ بشيء، فلا يمكن أن يدل لا على قبول ولا على رفض، لأجل ذلك لا يصلح كقاعدة عامه السكوت طريقا للتعبير عن الإرادة تطبيقا للقاعدة الشرعية "لا ينسب لساكت قول".

أما إذا لا بست هذا السكوت ظروف تدل على أنه قبولاً تطبيقاً للقاعدة "السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان"، وتماشيا مع هذه القاعدة الشرعية يعتبر المشرع السكوت في بعض الحالات على سبيل المثال لا الحصر، قبولاً بموجب نص المادة 68 ق م وهي:

✓ إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من ظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن عدم رفض الإيجاب في وقت مناسب يعتبر قبولاً، ومثال ذلك أن يرسل تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة ما يطلبه من بضائع مرفقة ببيان أسعارها الجديدة، حيث يعتبر سكوت تاجر التجزئة عن هذه الأسعار الجديدة قبولاً بها.

4- تنص الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون المدني على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه...."

5- تنص الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون المدني على أنه: "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

6- طبقاً للمادة 505 ق م مثلاً: لا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو يجري إيجاراً من الباطن لما استأجره إلا بعد موافقة صريحة من المؤجر.

كما يجوز الاتفاق على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، فلا يكفي عندها التعبير الضمني طبقاً لمادة 60 ق م "إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفين على أن يكون صريحا".

✓ إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين : مثال ذلك أن تعتاد شركة على طلب سلعة ما من شركة أخرى بحيث تقوم هذه الأخيرة بإرسال السلعة دون أن تصرح بالقبول ، فإذا طلبت الشركة الأولى تزويدها بكمية أخرى (إيجاب)، وسكتت الثانية دون أن ترد بالرفض فإن سكوتها هذا يعتبر قبولاً للتزويد بالكمية الإضافية.

✓ إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه : فسكوت هذا الأخير عن الإيجاب يعتبر قبولاً به، لأنه يترتب عليه مصلحة مطلقه له، بحيث لا يوجد مبرر يدعو من وجه إليه هذا الإيجاب إلى رفضه، ويكون هذا في عقود التبرع فسكوت الموهوب له في الهبة يعد قبولاً به أو سكوت المستعير عن عرض المعير يعد قبولاً بالعارية.

هذه الحالات التي أوردتها المادة 68 ق م جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وعلى ذلك وبصورة عامة كل سكوت يقترن به ظروف تدل على الرضا يعتبر قبولاً هذا هو السكوت الملابس، أي السكوت الذي تلبسه ظروف معينة تجعله يفيد دلالة على القبول لذلك يقول فقهاء الشريعة "السكوت في معرض الحاجة بيان".

والأصل أن تقدير الظروف الملازمة للسكوت مسألة موضوعية تدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

العلاقة بين الإرادة والتعبير عنها

سبق القول بأنه يشترط لقيام العقد زيادة على وجود الإرادة ضرورة التعبير عنها حتى تكون صالحة للاقتران والارتباط بإرادة أخرى، وإذا كان الأصل أن يأتي التعبير عن الإرادة مطابقاً لما اتجهت إليه هذه الإرادة، إلا أنه قد يحصل أن يأتي التعبير عن الإرادة مخالفاً لحقيقة ما قصدته واتجهت إليه إرادة المتعاقد، **فبأيهما يجب أن نعتد؟** كما لو أراد تاجر بيع سلعة ما بمبلغ 2000 د ج ووضع عليها خطأ مبلغ 200 د ج وتقدم شخص لشراء السلعة ب 200 د ج فهل ينعقد العقد ب 2000 د ج أي بالإرادة الحقيقية (الباطنة) أو ب 200 د ج أي وفقاً للإرادة الظاهرة.

الإجابة على هذا التساؤل تتنازع نظريتان متعارضتان هما نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة، من هنا وجب استعراض النظريتين، ثم التطرق لموقف المشرع الجزائري.

1- نظرية الإرادة الباطنة: تتبنى المدرسة اللاتينية الفرنسية هذه النظرية حيث تعتد بالإرادة فيما تنطوي عليه النفس، أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس.

فإذا اختلف التعبير عن الإرادة الباطنة أو الحقيقية وجب استبعاد هذا التعبير ولا ينعقد العقد إلا وفقاً لما اتجهت إليه الإرادة الحقيقية التي هي أساس وجود العقد وقوته الملزمة.

ويتربط على الأخذ بهذه النظرية أنه يجب على القاضي في تفسيره للعقد البحث دوماً عن النية والإرادة الحقيقية للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي لعبارة العقد وألفاظه ولو كانت صريحة الدلالة، وإذا تعذر عليه الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم فما عليه إلا

أن يتعرف عليها عن طريق الافتراض، فالإرادة الحقيقية أولا وإلا فالإرادة المفترضة وكلاهما الإرادة الباطنة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط.

2- نظرية الإرادة الظاهرة: تتبنى المدرسة الجرمانية المادية هذه النظرية وتأخذ فقط بالإرادة الظاهرة، فإذا اختلف التعبير عن الإرادة عما اتجهت إليه الإرادة الحقيقية وجب الأخذ بالإرادة الظاهرة فقط (التعبير)، فلا ينعقد العقد إلا وفقا للشكل الذي جاء به التعبير عن الإرادة الذي هو أساس القوة الملزمة للعقد، حيث تعتبر هذه النظرية أن التعبير عن الإرادة ليس فقط دليلا عن الإرادة الحقيقية بل هو الإرادة ذاتها أي أنه يمثل قرينة قاطعة على الإرادة الحقيقية وبالتالي لا يقبل ادعاء أي متعاقد بأن تعبيره عن إرادته جاء مخالفا لإرادته الحقيقية.

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أنه يجب على القاضي عند تفسيره للعقد الوقوف دوما عند ألفاظ وعبارات العقد دون البحث في إرادة المتعاقدين، أي الوقوف عند المعنى الحرفي لألفاظ العقد، كما لا يسري فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير إلا العقد الصوري دون العقد الحقيقي، كما أنه لا أثر للغلط كعيب من عيوب الإرادة على العقد إلا إذا علم به المتعاقد الآخر.

ومن حجج أنصار هذه النظرية التي أخذ بها القانون الألماني ما يلي:

- الإرادة الباطنة مسألة كامنة في النفس يستحيل الوصول إليها.
- القانون يُعني فقط بالظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية والإرادة الباطنة مسألة نفسية تتحول إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون بالتعبير عنها.

- الغير يتعاقد فقط بناء على الإرادة الظاهرة للمتعاقد الأول، لأنه لا يعلم بالإرادة الحقيقية وفي الأخذ بالإرادة الظاهرة زرعاً للثقة المشروعة بين المتعاقدين وضماناً لاستقرار العقود.

3- موقف المشرع الجزائري: بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع يأخذ بالإرادة

الباطنة كقاعدة عامة ويتجلى ذلك بوضوح من خلال نص المادة 59 ق م أين يشترط المشرع لانعقاد العقد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فلو كان يأخذ بالإرادة الظاهرة لا تشترط ضرورة أن يتطابق التعبيرين عن الإرادتين. فالتوافق الذي به ينعقد العقد طبق للمادة 59 ق م هو توافق الإرادتين لا توافق التعبير عنهما وما يدعم هذا التوجه ما يلي:

- يشترط المشرع لصحة العقد خلو الإرادة من العيوب، وهي عيوب تلحق فقط الإرادة الباطنة أو الحقيقية (المواد من 81 إلى 90 ق م).

- في العقد الصوري الظاهر يجوز للدائنين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري دون العقد الحقيقي (م 198 ق م).

- يبطل العقد إذا كان سببه غير مشروع أو كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة، والسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد وهو بهذا متعلق بالإرادة الحقيقية ... الخ.

غير أنه واستثناء مما تقدم نجد المشرع قد استعار من نظرية الإرادة الظاهرة أهم تطبيقاتها لأجل ضمان استقرار المعاملات ومن ذلك:

- طبقا للمادة 61 ق م لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره وقت صدوره وإنما من الوقت الذي يعلم فيه المتعاقد الآخر به، فلا ينعقد العقد مثلا من وقت صدور القبول مطابقا للإيجاب وإنما من وقت علم الموجب به، أي العلم بالتعبير عن القبول وفي هذا أخذ بالإرادة الظاهرة.

- لا أثر للغلط ولا للتدليس الصادر من الغير إلا إذا كان متصلا بالمتعاقد الآخر بأن كان يعلم به.
- في تفسير العقد طبقا للمادة 111 ق م لا يجوز للقاضي الانحراف عن مدلول العبارات الواضحة في العقد بحثا عن الإرادة الحقيقية.

- فيما يتعلق بالصورية، تكون العبرة في حالة النزاع بالعقد الحقيقي الذي انصرفت إليه الإرادة المشتركة للطرفين، (م 199 ق م).

- طبقا للمادة 62 ق م يبقى التعبير عن الإرادة صالحا لترتيب أثره القانوني عند اتصاله بعلم من وجهه إليه حتى بعد زوال الإرادة الحقيقية بالموت أو فقدان الأهلية.

الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني:

التعبير عن الإرادة - سواء كان صريحا أو ضمنيا، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجهه إليه، وهذا ما نصت عليه المادة 61 ق م بالقول: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجهه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك".

يجب التمييز بين وجود التعبير وجودا فعليا ووجوده وجودا قانونيا، فالتعبير يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه، لكنه لا يكون له وجودا قانونيا إلا إذا وصل إلى علم من وجهه إليه. والعبرة في التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير.

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا، فإنه لا ينتج أثره القانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجهه إليه، ومن هذا الوقت يعتبر قائما لا يجوز العدول عنه، وكذلك القبول لا ينتج أثره القانوني إلا إذا علم به الموجب، وهنا ينعقد العقد صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية.

وقد جعل المشرع الجزائري بموجب المادة 61 ق م من وصول التعبير عن الإرادة إيجابا كان أو قبولا إلى من وجهه إليه قرينة على العلم به، إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، حيث يمكن لمن وجهه إليه التعبير عن الإرادة إثبات عدم علمه به على الرغم من وصوله إليه، كما لو أثبت أنه كان غائبا وقت وصول التعبير (رسالة مثلا).

أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة:

تنص المادة 62 من القانون المدني "إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجهه إليه هذا التعبير ما لم يتبين العكس من طبيعة التعامل أو من التعبير." التعبير عن الإرادة

إذن أيجاباً كان أو قبولاً إذا تحقق وجوده المادي بصدوره عن صاحبه لا يحول دون تحقق وجوده القانوني باتصاله بعلم من وجه إليه. وفاة أو فقد أهلية من صدر عنه التعبير قبل ذلك.

أ- **أثر الموت وفقد الأهلية في القبول:** إذا مات القابل أو فقد أهليته قبل أن يرتب قبوله آثاره أي قبل وصوله إلى علم من وجه إليه (الموجب)، فإن هذا لا يحول دون صلاحية هذا القبول لترتيب أثره المتمثل في انعقاد العقد عند اتصاله بعلم الموجب، إلا إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن الشخص القابل هو محل اعتبار فلا ينعقد العقد. (2/62 ق م)

ب- **أثر الموت وفقد الأهلية في الإيجاب:** إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يصل إيجابه إلى علم من وجه إليه أي الموجب له وطبقاً للمادة 62 ق م فإن هذا لا يحول دن صلاحية هذا الإيجاب لترتيب آثاره عند اتصاله بعلم من وجه إليه، لكن لا ينعقد العقد إذا أعلن هذا الأخير قبوله دون أن يعلم بموت الموجب أو فقد أهليته لاستحالة اقتران الإيجاب بالقبول، إذ هو لن يصل إلى علم الموجب بعد أن مات، فيبقى الإيجاب دون قبول.

ثانياً: التعبير الصادر عن النائب (النيابة في التعاقد) المواد 73 - 77 ق م

I. تعريف النيابة في التعاقد

تعرف النيابة على أنها حلول إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل وحده.

II. **أنواع النيابة:** تنقسم النيابة بحسب المصدر المقرر لها إلى ثلاث أنواع:

1 - **النيابة القانونية:** وهي تلك التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من القانون مباشرة ومن ثم فهي مفروضة على الأصيل وتحدد نطاق سلطة النائب مثل الولي، الوصي والقيم. (م 81 ق أ)، والدائن الذي يستعمل حق مدينه في الدعوى غير المباشرة (م 189 و 190 ق م)

2 - **النيابة القضائية:** وهي تلك التي يستمد فيها النائب سلطته في التعاقد من حكم القاضي حيث قد يعهد القانون للقاضي تعيين النائب كما هو الحال بالنسبة للوصي والقيم والحارس القضائي ووكيل الغائب والمفقود.

3 - **النيابة الاتفاقية:** وهي الأصل حيث يستمد النائب فيها سلطته في إبرام التصرفات القانونية من إرادة الأصيل بموجب عقد الوكالة (م 571-589 ق م) (م 73-77 ق م)، مع ملاحظة أنه لا تكون النيابة إلا في الأعمال القانونية دون الأعمال المادية خلافاً للوكالة والتي هي أحد مصادر النيابة.

III. شروط النيابة في التعاقد

يشترط في التعاقد عن طريق النيابة توافر الشروط الثلاثة التالية:

الشرط الأول: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل

لكي تتحقق النيابة يجب أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، وهذا ما يميز النائب عن الرسول الذي يقتصر دوره فقط على مجرد النقل المادي للتعبير عن إرادة أحد المتعاقدين

(الأصيل) إلى المتعاقد الآخر وهو تعاقد بين غائبين، أما تعاقد النائب والمتعاقد الآخر فهو تعاقد بين حاضرين مهما كان الأصيل بعيدا عن مجلس العقد، فالعبرة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل. ويترتب على اعتبار النائب يتعاقد بإرادته هو لا بإرادة الأصيل عدة نتائج هامة نذكر منها ما يلي: * في النيابة الاتفاقية يشترط في النائب أن يكون مميزا على الأقل لأن آثار التصرف الذي يجريه لا تنصرف إليه وإنما تنصرف إلى ذمة الأصيل (يمكن هنا أن يبطل عقد الوكالة لنقص أهلية النائب دون أن يؤثر هذا البطلان على التصرف الذي أجراه هذا النائب)، أما في النيابة القانونية والقضائية فإن القانون يشترط في الغالب أن يكون النائب كامل الأهلية، كما أن العبرة بإرادة النائب عند النظر إلى عيوب الرضا (م 1/73 ق م).

* أن سوء النية وحسنها ينظر فيهما إلى شخص النائب لا إلى شخص الأصيل (م 2/73 ق م) وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثرا على ذلك، فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر، فلا يجوز لدائي هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوة البولصية، أما إذا كان النائب سيء النية، فيجوز ذلك حتى ولو كان الأصيل حسن النية.

* بالنسبة للأهلية في النيابة الاتفاقية، ينظر فيها إلى أهلية الأصيل لا لأهلية النائب، لأنه هو الذي تنصرف إليه آثار التصرف الذي أبرمه بطريق النيابة (م 74 ق م). أما في النيابة القانونية، فيكتسب النائب صفته فيها من نص القانون، دون اعتداد بالأصيل الذي يمكن أن يكون عديم الأهلية أو ناقصها.

الشرط الثاني: أن يلتزم النائب في إبرام التصرف حدود النيابة

إذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة في حدود نيابته، وهي الحدود التي عينها القانون أو الاتفاق، فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة، ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل (م 74، 575 ق م).

الاستثناءات الواردة على تجاوز النائب لحدود نيابته الاتفاقية:

1 - انقضاء النيابة وقت التعاقد: إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجعلان هذا الانقضاء، طبقا للمادة 76 ق م.

2 - متى استحال على النائب إخبار الأصيل سلفا: وكانت الظروف القائمة يغلب معها الظن بأن الأصيل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، كما لو كان تصرف النائب يعود بالنفع المؤكد على الأصيل، وهنا يجب على النائب إبلاغ الأصيل بخروجه ومجاورته لحدود نيابته فورا (طبقا للمادة 02 / 575 ق م)

الشرط الثالث: يجب أن يبرم النائب التصرف باسم الأصيل ولحسابه

لما كان جوهر النيابة انصراف آثار التصرف القانوني الذي يجريه النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة لا إلى ذمة النائب كان لزاما على النائب إعلام المتعاقد الآخر بأنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه، أما إذا لم يُعلن النائب ذلك عند التعاقد واعتقد المتعاقد الآخر أنه أصيلا عن نفسه لا نائبا عن

غيره تماشيا مع الأصل العام، فإن العقد ينعقد صحيحا، وأثاره تنصرف إلى ذمة النائب شخصيا لا إلى الأصيل دائما أو مدينا (م 75 ق م)

واستثناء لما تقدم تنصرف آثار العقد إلى ذمة الأصيل على الرغم من عدم إعلام النائب للمتعاقد الآخر أنه نائبا عن غيره في حالتين طبقا للمادة 75 من القانون المدني:

الحالة الأولى: إذا كانت ظروف الحال تفترض حتما علم المتعاقد الآخر بوجود النيابة رغم عدم إعلان النائب ذلك، فمن يشتري سلعة ما من الأسواق والمحلات الكبرى يُفترض علمه بأنه يتعامل مع صاحب السوق أو المحل وليس مع المستخدم، فما هذا الأخير إلا نائبا عن الأصيل صاحب السوق.

الحالة الثانية: إذا كان يستوي عند المتعاقد الآخر وقت التعاقد أن يتعامل ويتعاقد مع النائب او مع الأصيل، فمن يشتري سلعة ما من أحد المحلات فإنه يستوي عند البائع أن يكون مشتريها قد اشتراها لنفسه او لغيره فيحق لهذا الغير الرجوع على البائع مباشرة بدعوى ضمان العيوب الخفية إذا وجد بالشئ المبيع عيبا خفيا وقت التعاقد والعكس بالعكس، أين يستوي لدى المشتري أن يكون البائع هو صاحب المحل او مجرد مستخدم لدى غيره (م 75 ق م)

IV. آثار النيابة في التعاقد

يترتب على النيابة آثار قانونية هامة لعل أهمها:

1- فيما يتعلق بالعلاقة التي تربط النائب والأصيل، فإن هذه العلاقة يحكمها المصدر المنشأ للنيابة أي القانون أو الاتفاق، ففي النيابة القانونية يتولى القانون تحديد حقوق والتزامات كل من النائب والأصيل، وإن كانت النيابة اتفافية فإن عقد الوكالة هو الذي يتولى تحديد هذه الحقوق والالتزامات طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

2- آثار النيابة بالنسبة للأصيل: إذا تصرف النائب باسم الأصيل وفي حدود نيابته فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق الأصيل طبقا للمادة 74 ق م.

3- آثار النيابة بالنسبة للغير: إن التصرف المبرم بين النائب والغير ينشأ علاقة مباشرة بين هذا الأخير أي الغير والأصيل حيث يكتسب ما ينشأ عن العقد من حقوق ويسأل عن تنفيذ ما ينشأ في ذمته من الالتزامات.

4- آثار النيابة بالنسبة للنائب: لا أثر للعقد المبرم في مواجهة النائب فلا يحمله أي التزام ولا يكسبه أي حق.

V. حكم تعاقد الشخص مع نفسه

يمكن أن يتعاقد الشخص مع نفسه في فرضين لا ثالث لهما وهما:

الأول: أن يبرم الشخص العقد بصفته أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره، كما لو اشترى لنفسه الشئ الذي وكل لبيعه، فهو أصيلا عن نفسه بصفته مشتري ونائبا عن البائع، وكذلك الأب الذي يهب جزءا من ماله لولده القاصر ثم يقبل الهبة باعتباره وليا عن ولده أي نائب عنه نيابة قانونية.

الثاني: أن يبرم الشخص العقد باعتباره نائبا عن كلا المتعاقدين، كما لو أناب شخص شخصا آخر في أن يبيعه منزله فيشتره لشخص ثالث أنابه ووكله في شرائه.

vi. موقف المشرع الجزائري من تعاقد الشخص مع نفسه.

الأصل أنه لا يجوز تعاقد الشخص مع نفسه، وعلّة هذا المنع والتحريم تكمن في أن العقد يمثل تقابل لمصلحتين متعارضتين، يعجز النائب عن التوفيق بينها في حال التعاقد مع النفس، وهو ما يؤدي به إلى التضحية بمصلحة أحد المتعاقدين على حساب مصلحة المتعاقد الآخر، حيث أن مصلحة البائع في البيع بأعلى ثمن ومصلحة المشتري في الشراء بأقل ثمن، وتزداد خطورة التعاقد مع النفس عندما يكون النائب أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره، حيث في الغالب يقدم مصلحته الشخصية على حساب مصلحة الأصيل وهذا ما يخالف مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد طبقا للمادة 170 من ق م.

لأجل ما تقدم لا يجيز المشرع الجزائري تعاقد الشخص مع نفسه بموجب المادة 77 والمواد 410 و411 و412 من القانون المدني.

غير أنه واستثناء من القاعدة السابقة يجوز تعاقد الشخص مع نفسه في الأحوال التالية طبقا للمادة 77 من القانون المدني.

1 - إذا وجد في القانون نص صريح يجيز ذلك: كما في حالة الولاية على المال، بحيث يجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أو لحساب شخص آخر طبقا للمواد 87 إلى 90 من قانون الأسرة، وطبقا للمادة 90 منه إذا تعارضت مصلحة الولي مع مصلحة القاصر يعين القاضي تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة متصرفا خاصا.

2- إذا رخص الأصيل للنائب التعاقد مع نفسه (م 77 ق م)

3 - إذا أقر الأصيل التعاقد مع النفس، الإقرار اللاحق كالإذن السابق (م 77 ق م)

4- إذا اقتضت قواعد التجارة جواز تعاقد الشخص مع النفس، كما هو الحال بالنسبة للوكيل بالعمولة حيث يعد وكيل عن البائع والمشتري مقابل عمولة معينة ووفق لقواعد القانون التجاري (م 77 ق م)