بسم الله الرحمن الرحيم

عنوان الماستر: شريعة وقانون.

السداسي: الثاني

إسم الوحدة: المنهجية

المادة: العقود المسماة

الرصيد: 03

المعامل: 02

أهداف التعليم:

(ذكر *ما يفترض على الطالب اكتسابه من مؤهلات بعد نجاحه في هذه المادة ، في ثلاثة أسطر على الأكثر*)

- يكتسب الطالب معارف تتعلق بأهم العقود (عقد البيع، الإيجار..) من حيث أركانها وشروطها
- الإحاطة بالقواعد التي تحكم كل عقد منها.

المعارف المسبقة المطلوبة: :

(*وصف تفصيلي للمعرفة المطلوبة والتي تمكن الطالب من مواصلة هذا التعليم، سطرين على الأكثر)*

فقه المعاملات، القانون المدني

- النظرية العامة للحق، مصادر الالتزام.

محتوى المادة:

1. مقدمة حول العقود المسماة
2. التعريف بالعقود المسماة في القانون المدني الجزائري
3. العقود التي تقع على الملكية عقد البيع
4. عقد المقايصة
5. عقد الهبة والقرض
6. عقد الشركة
7. العقود التي تقع على المنفعة -عقد الإيجار
8. عقد العارية
9. العقود التي تقع على العمل- عقد العمل
10. عقد المقاولة
11. عقد الوكالة
12. عقود الوديعة والحراسة

13. عقود الغرر كالرهان والقمار
14. عقد التأمين

طريقة التقييم: : امتحان

المراجع: (*كتب ومطبوعات ، مواقع انترنت*، إلخ..)

- العقود المسماة في الفقه الإسلامي "عقد البيع"، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى.
- العقود المسماة "الوكالة، البيع والمعاوضة، الهبة"، خليفة الخروبي، 2013.
- القانون المدني، العقود المسماة: البيع، التأمين (الضمان)، الإيجار، دراسة مقارنة، محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي، 2003.

مدخل في نظرية العقد

- **العقد لغة:** العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدّ وشدّة وثوق.

ويطلق كذلك على معاني كثيرة منها: الربط، والشدّ، والتوثيق، والإحكام، والقوة، والجمع بين الشيئين، والعهد.

تقول: عقدت الحبل إذا شددته.

وهو حسي و معنوي – مجازا عند بعض اللغويين–.

والعقد ورد في القرآن الكريم بلفظ الجمع: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 01]، قال المفسرون: تشمل جميع العقود والمواثيق، عامة أو خاصة، وما يتم بإرادة واحدة أو أكثر.

- **اصطلاحا:** له معنيان؛

<u>معنى عام:</u> وهو كل التزام تعهدّ به الإنسان للوفاء سواء أكان نتيجة اتفاق بين طرفين؛ كالبيع والإجارة أو بإرادة منفردة كاليمين والوقف والطلاق والنذر والإعتاق.

<u>المعنى الخاص:</u> وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين الناشئ من إيجاب وقبول.

وهو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في محله أي المعقود عليه.

- **الاتفاق والعقد:** فقهاء القانون يفرقون بين الاتفاق والعقد؛

- **الاتفاق:** هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

- **والعقد:** هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله.

فالعقد بهذا المعنى هو أخص من الاتفاق.

- **نطاق العقد في الفقه الاسلامي:** نطاقه عام يشمل كل العقود المالية وغير المالية، سواء كانت على شكل اتفاق بين الأفراد، أو بين الحكومات، فأدخلوا ولاية القضاء والوظائف الإدارية في نطاق العقد.

وفي القانون المدني ينحصر في نطاق دائرة القانون الخاص لا العام، فلا يخرج عن نطاق العقود المدنية والأحوال الشخصية عند بعضهم، لذا فالوظائف الإدارية والقضاء لا يشمله.

- **أقسام العقود:**

1- من حيث الصحة وعدمها: ينقسم إلى قسمين:

أ- **عقد صحيح:** ما وافق الشرع وترتبت ثمرته المطلوبة منه.

ب- عقد غير صحيح: ما نهى عنه الشارع لخلل في أصله أو وصفه.

تنبيه: عبرنا بـ "**غير صحيح**" ليشمل كلامنا "الباطل" و"الفاسد" لوقوع الخلاف بين الحنفية والجمهور في حدّ الفساد والبطلان في الأحكام.

2- من حيث النفاذ: ينقسم إلى قسمين:

أ- **عقد نافذ:** وهو العقد الصحيح الذي لا يتعلق به حق لأجنبي ويترتب عليه أثره في الحال.

ب- عقد موقوف: وهو العقد الصحيح الذي يتعلق به حق لأجنبي، ويترتب عليه أثره عند الإجازة.

3- من حيث اللزوم والجواز:

- **اللزوم:** هو عدم قدرة أحد المتعاقدين على فسخ العقد وإبطاله
- **والجواز:** هو قدرة أحد المتعاقدين على فسخ العقد والتحلل منه دون توقف على رضى الآخر.

والعقد اللازم على نوعين:

أ- لازم لا يقبل الفسخ أبدا ولو اتفقا كالخلع والطلاق.

ب- لازم لا يقبل الفسخ إلا بتراضي طرفيه كالبيع والإجارة والمزارعة.

والعقد الجائز على نوعين:

أ- جائز من طرف ولازم من الآخر كالرهن وعقد الكتابة.

ب- جائز للطرفين كالشركة والوكالة والوديعة والمضاربة والوصية والعارية والجعالة قبل فراغ العمل.

4- من حيث اعتباره قوله يتضمن تمليكا أو إسقاطا: ينقسم إلى قسمين:

أ - **عقود التمليكات:** وهي التي يكون الغرض منها تمليك العين أو المنفعة بعوض أو بدونه، وهي على نوعين:

أ-**1- عقود المعاوضات:** وتكون إما عن مال بمال كالبيع والسلم... أو عن منفعة بمال كالإجارة.

أ-**2- عقود التبرعات:** كالهبة والوصية والعارية والوقف.

ب- عقود الإسقاطات: وهي ما كان فيها إسقاط حق من الحقوق، وهذا على قسمين:

ب- 1- إسقاط غير محض: وهو ما كان بمقابل كالخلع والطلاق بمال، أو إسقاط حقّ القصاص مقابل الدية.

ب-2- إسقاط محض: وهو ما كان بغير مقابل كإبراء المدين والطلاق المجرّد والعفو عن القصاص والتنازل عن الشفعة وعزل الوكيل.

5- من حيث المالية وعدمها: ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ- مالي من الطرفين كالبيع والسلم ونحوه.

ب- غير مالي من الطرفين كعقد القضاء.

ج- مالي من طرف كالخلع والنكاح والجزية والصلح عن دم.

6- من حيث اشتراط قبض المعقود عليه: ينقسم إلى أربعة أقسام:

أ- ما لا يشترط فيه قبض المعقود عليه كالنكاح والحوالة والوكالة والوصية والجعالة.

ب- ما يشترط في صحته كالصرف.

ج- ما يشترط في لزومه كالرهن.

د- ما يشترط في استقراره كالبيع والسلم والإجارة.

7- من حيث اشتراط الصيغة: ينقسم إلى أربعة أقسام:

أ- ما يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظا كالنكاح.

ب- ما لا يفتقر كالهبة.

ج- ما يفتقر إلى الإيجاب لفظا دون القبول كالوكالة و القراض والوديعة.

د- ما لا تشترط فيه الصيغة أصلا ولا يقبل الإبطال كالضمان والإبراء والصلح عن دم العمد.

8- من حيث الفورية والاستمرار: ينقسم إلى قسمين:

أ- **عقود فورية:** وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار بل يمكن انتهاء العلاقة بين المتعاقدين فورا كعقد البيع الحاضر.

ب- عقود مستمرة: وهي التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن أي أن الزمن عنصر أساسي في تنفيذها كالاجارة والوكالة والعارية والسلم...

- **تنبيه:** قد ينقلب الفوري إلى مستمر كالبيع بالتقسيط مثلا.

9- من حيث حرية المتعاقدين في الاشتراط والمساومة: ينقسم إلى قسمين:

أ- عقود مساومة: وهي التي يمكن أن يتفاوض فيها المتعاقدين في الشروط والالتزامات المؤثرة في العقد.

ب- عقود إذعان: وهي التي يذعن فيها المتعاقد لشروط الطرف الآخر دون أن تكون له حرية الاشتراط والتعديل في العقد.

10- من حيث الأصالة والتبعية: ينقسم إلى قسمين:

أ- **عقود أصلية:** وهي ما استقل العقد فيها دون تبعيتة لعقد آخر كالبيع والإجارة والعارية.

ب- عقود تبعية: وهي ما كان العقد فيها تابعا أو مرتبطا في وجوده وعدمه بعقد آخر كالرهن والكفالة.

11- من حيث الضمان وعدمه: ينقسم إلى قسمين:

أ- **عقود ضمان:** كالبيع والقرض.

ب- عقود أمانة: كالوديعة والعارية والشركة والمضاربة.

12- من حيث التكوين: ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ- **عقد رضائي:** وهو الذي يكفي في انعقاده تراضي الجانبين؛ أي اقتران الإيجاب بالقبول فحسب، فالرضا أساسه.

ب- عقد شكلي: وهو الذي يجب لتمامه اتباع شكل مخصوص يعينه القانون وأكثر ما يكون هو ورقة رسمية يدون فيها العقد كما اشترط القانون ذلك في عقد الهبة والرهن.

ج- عقد عيني: وهو الذي يجب لتمامه تسليم العين محل العقد كهبة المنقول والتأمين.

- **ملاحظة:** القانون الفرنسي يرى بأن القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة من العقود العينية.

13- من حيث الموضوع: ينقسم إلى قسمين:

أ- **العقد البسيط:** وهو العقد الذي يقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجا من عقود متعددة كالبيع المجرد ونحوه.

ب- العقد المختلط: وهو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت فأصبحت عقدا متحدا مثل عقد صاحب الفندق مع النزيل الذي يندرج فيه إيجار وبيع وعمل ووديعة وعارية ورهن وهبة ونحوها.

14- من حيث الالتزامات المترتبة على العقد: ينقسم إلى قسمين:

أ- **عقد محدد:** وهو الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدّد وقت تمام العقد والقدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى...

ب- عقد احتمالي: وهو العقد الذي لا يستطيع كل من المتعاقدين أن يحدّد وقت تمام العقد والقدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل كالبيع بإيراد مدى الحياة، وعقود التامين والرهان والمقامرة والهبة بإيراد مرتب مدى الحياة....

تنبيه: عقد الغرر تعرفه المادة 57 من القانون المدني الجزائري: إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر.

15- من حيث تسميته وعدم تسميته: ينقسم إلى قسمين:

أ- **عقود مسماة:** وهي التي عني الشارع بتسميتها وتنظيمها وبيان أحكامها.

ب- عقود غير مسماة: وهي التي لم يتناولها الشارع بتسمية خاصة ولا بين أحكامها على انفراد وإنما أحالها على القواعد العامة.

- ما يلتبس بالعقد من الاصطلاحات:

أ- **التصّرف:** الفقهاء يطلقون التصرف على كل تعبير عن الإرادة قولا أو فعلا يرتب الشارع عليه حكما؛ فالتصرف أعم من العقد قد يكون فعليا كالاستيلاء على المباح والغصب والسرقة وقبض الدين والرجعة والوطء... وانت ترى أنها ليست بعقود وهي تصرفات.

وقد يكون قوليا كالإقرار والدعوى عند القاضي... وهي أيضا تصرفات وليست عقودا.

ب- الالتزام: الالتزام إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له؛ فهو أثر من آثار العقد أو مجموع الحقوق المترتبة عن العقد، وليس الالتزام العقد نفسه.

ج- الحق: هو مصلحة المشروع يحميها القانون. أو: هو ما يختص به شخص عن غيره يخول له سلطة أو تكليفا. فالحق هنا أعم من العقد، فالعقد حق للمتعاقد، وآثار العقد حقوق للمتعاقد وليست بعقود.

د- العهد: هو الوصية، تقولك عهد إليه أي أوصاه، وهو الأمان والموثق والذمة والوفاء، قال تعالى: ﴿ وَمَا وَجَدْنَا لِأَكْثَرِهِم مِّنْ عَهْدٍ ﴾ [الأعراف: 102]، أي: وفاء. فالعهد يرجع إلى العقد أو إلى الالتزام المتولد عنه.

- **مجلس العقد:** وهو المجلس الذي يتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول.

أو: هو الحال الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالكلام حقيقة أو حكما بشأن العقد.

والأصل في مجلس العقد أن يجتمع المتعاقدان بأبدانهما، ولكن الاجتماع ليس لذاته وإنما لتحقق الإيجاب والقبول.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مجلس العقد متى يبدأ ومتى ينتهي، كما أن مجلس العقد تختلف طبيعته طبقا لاختلاف العقود.

هناك عقود يشترط فيها الاتحاد دون عقود أخرى.

وقد اختلف الفقهاء في مجلس العقد في العقود التي يشترط فيها اتحاد المجلس:

- ذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى اشتراط الفورية في مجلس العقد الذي يبدأ بالإيجاب وينتهي إذا لم يصدر القبول فورا. قال في نهاية المحتاج: ويشترط أن لا يتخلل لفظ لا تعلق له بالعقد ولو يسيرا.

قال في مغني المحتاج: ويضرّ تخلل كلام أجنبي ولو يسيرا بين الإيجاب والقبول.

- ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى عدم اشتراط الفورية؛ قال الدسوقي: ولا يضرّ في البيع الفصل بين الإيجاب والقبول إلا أن يخرج عن البيع إلى غيره عرفا.

وقال البهوتي: وإن تراخ القبول عن الإيجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه عرفا ولو طال الفصل لأن حكم المجلس حكم حالة العقد.

- **تنبيه:** 1- مالك يرى الإيجاب الملزم لا يستطيع الموجب الرجوع عنه ما لم ينفض المجلس أو يصدر القبول من الطرف الآخر.

2- مبطلات الإيجاب في المذهب المالكي: رفضه ممن وجه إليه، هلاك محل العقد قبل القبول، خروج الموجب عن أهليته قبل القبول.

- انفضاض مجلس العقد:

1- بافتراق الأبدان: وهو مذهب الشافعي وأحمد واسحاق وأبي ثور وابن عمر وأبي برزة.

2- لفرقة الأقوال: وهو مذهب أبي حنيفة ومالك.

- أركان العقد:

- الركن: هو جزء الماهية. والأركان هي الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها.

- اتفق أهل الفقه والقانون على أن العقد لا يوجد إلا إذا وجد عاقد وصيغة؛ أي إيجاب وقبول ومحل يرد عليه الإيجاب والقبول أي المعقود عليه.

- قول جمهور الفقهاء أن أ ركان العقد ثلاثة: الصيغة، العاقدان، المحل.

قال الدردير: وأركانه (أي عقد البيع) التي تتوقف عليه حقيقته ثلاثة (هي في الحقيقة خمسة) عاقد؛ من بائع ومشتري، ومعقود عليه؛ من ثمن ومثمنن والثالث صيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا.

- قول الحنفية وركن العقد هو الصيغة فقط أما العاقدان والمحل فمما يستلزمه وجود الصيغة ضرورة وليس من الأركان.
- **صيغة العقد:** هي كل كلام أو فعل يصدر من العاقد ويدلّ على رضاه أي الإيجاب والقبول.
- أو هي ما دلّ على مقصود العقد من قول أو ما فيه معناه أو فعل.

– وتختلف الصيغة على حسب طبيعة العقود كالبيع والحوالة والرهن (لغة وعرفا) فكلّ ما يدلّ على الإيجاب والقبول ينعقد به العقد.

واستثنى كثير من الفقهاء عقد النكاح فلا يصح إلا بلفظ النكاح والزواج وما اشتق منهما هذا قول الشافعي والحنابلة. ومتعلقهم أن النكاح ينزع إلى العبادات أكثر منه إلى المعاملات.

أما الحنفية والمالكية فقد وسعوا لكل لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة.

- **تعريف الإيجاب:** اختلف الفقهاء في تعريفه على مذهبين:

أ- **تعريف الحنفية:** فعندهم المقصود بالإيجاب هو إثبات الفعل الدال على الرضا الواقع أولا، سواء من المالك أو المتملك ، لأن الأول يثبت للآخر خيار القبول، فإذا قبل يسمى كلامه قبولا.

ب- تعريف الجمهور: قالوا بأن الإيجاب هو ما صدر من المملك، سواء صدر أولا أو ثانيا؛ لأن الإيجاب هو الإثبات، ولما كان المملك هو المبتدئ في الأصل عد مثبتاً حتى وإن تأخر ما صدر عنه.

- **تعريف القبول:** القبول هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا بالإيجاب.

وعلى مفهوم الحنفية: هو إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع ثانيا.

وعلى مفهوم الجمهور: هو الرضا الصادر من المتملك سواء كان أولا أم ثانيا.

– **اعتبار العرف في صيغ العقود:** العرف له اعتبار كبير في صيغ العقود عند جمهور الفقهاء، بل هو الحَكَم الفصل الذي يُرجع إليه عند المنازعة بين المتعاقدين،

قال ابن قدامة: أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العرف.

قال الدسوقي: والحاصل أن المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفا.

وقال النووي: ولو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف.

قال الرافعي: لو قال بعت فلانا وهو غائب، فلما بلغه الخبر قال: قبلت. ينعقد البيع.

قال البرزلي: لو عرض رجل سلعة وقال من أتاني بعشر فهي له فأتاه رجل بذلك إن سمع كلامه أو بلغه فالبيع لازم وليس للبائع منعه.

- **صور الإيجاب والقبول:**

أ- **الإيجاب والقبول اللفظي:** وهو الأصل في انعقاد العقود عند جمهور الفقهاء باتفاق إذا كان ذلك بصيغة الماضي.

قد يكون الإيجاب والقبول صريحا فلا يحتاج إلى قرينة لأن المعنى منكشف للسامع.

ب- **الإيجاب والقبول الكتابي:** فإذا كان كتابة فلا يدلّ على المراد إلا بنّية أو قرينة لأنه يحتمل المراد وغيره.

والجمهور على صحة الصيغة بالكتابة. قال الدسوقي: يصح بقول من الجانبين أو كتابة منهما أو قول من أحد وكتابة من الآخر.

ج- **الإيجاب والقبول بالإشارة:** اتفق الفقهاء على الاعتداد بالإشارة المعهودة والمفهومة من الأخرس، فهي معتبرة شرعا فينعقد بها جميع العقود.

أما القادر على النطق لا تعتبر إشارته عند جمهور الفقهاء خلافا للمالكية.

- **المعاطاة:** ذهب جمهور الفقهاء على أنه ينعقد بها العقد إذا وجدت قرائن تدل على الرضا. والشافعية قالوا بعدم الجواز، وبعضهم أجازه في المحقرات. وقال النووي وغيره بجوازه في عامة البيوع.

نظرية العقد في القانون

- **تعريف العقد في القانون المدني:**

تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أن: العقد اتفاق يلتزم بموجب شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما.

- **أركان العقد:**

1- التراضي: نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها: يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

- **التعبير عن الإرادة:** كقاعدة عامة لا يخضع لشكل ما يحدده القانون حيث تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري: التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.
- **مثال التعبير بالإشارة:** عرض أشياء في السوق.
- **مثال التعبير الضمني:** البقاء في محل الكراء بعد انتهاء المدة.
- **توافق الارادتين:**

-**الإيجاب:** أي الوعد بالتعاقد هو التعبير البات عن إرادة أحد الطرفين موجه إلى الطرف الآخر بقصد إبرام عقد بينهما.

- يجب أن يكون الإيجاب كاملا أي يشمل كل عناصر وحيثيات العقد المبرم.

- حتى يؤدي الإيجاب أثره يجب أن يصل إلى علم الشخص الذي وجه إليه. تنص المادة 71 من القانون المدني الجزائري على أن: الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد

معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها.

– إذا أظهر الطرف رغبته في إبرام العقد الموعود به خلال المدة المتفق عليها فإن العقد النهائي يصير مبرما من هذا الوقت دون حاجة إلى رضا جديد من الواعد.

– إذا نكل الواعد ورفض تنفيذ الوعد ساغ للموعود له طلب التنفيذ العيني باستصدار حكم بإيقاع العقد كما تنص على ذلك المادة 72 من القانون المدني الجزائري بقولها: إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد كانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافقة أو متوافرة قام الحكم مقام العقد.

– **القبول:**

– يجب أن يكون باتا بنية قاطعة وموجّه إلى صاحب الوعد بالتعاقد –أي الإيجاب– وأن يطابق الإيجاب مطابقة تامة.

– اقتران القبول بالإيجاب بمعنى أنه يجب أن يعلم كلا المتعاقدين بالإيجاب والقبول.

– **التعاقد بين حاضرين:** تنص المادة 64 من القانون المدني الجزائري: إذا صدر إيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا...

وهذا إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ولم يحدد ميعاد للقبول أما إذا حدد ميعاد للقبول وجب لزومه.

– **التعاقد بين غائبين:**

أي عن طريق المراسلة، اختلفت التشريعات القانونية بين اعتبار نفاذ العقد بصدور القبول أم بوصول القبول إلى الموجب.

اختار القانون المدني الجزائري في المادة 67 المذهب الثاني حيث نص يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلمون 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 فيهم القبول.

- **النيابة في إبرام العقود:**

هي إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء تصرف قانوني وإضافه آثار ذلك التصرف إلى الأصيل.

وتجوز النيابة في أي تصرف قانوني إلا ما منع فيه القانون كعقد الزواج واليمين.

- **أنواع النيابة:** النيابة على نوعين:

أ- نيابة قانونية: أو النيابة الشرعية التي يقرر القانون وجودها ويعين حدودها كالولاية والوصاية.

ب- نيابة اتفاقية: هي التي تنشأ عن عقد الوكالة.

- **شروط النيابة في التعاقد:**
- أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل.
- أن يكون التعاقد باسم الأصيل.
- ألا يتعدى النائب الحدود المبينة لنيابته.

العقود الواقعة على الملكية

البيع – المقايضة– الهبة– القرض– الشركة

أولا– عقد البيع:

- **تعريف عقد البيع:** تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن: عقد البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابله ثمن نقدي.

هذه المادة مطابقة تقريبا للمادة 418 من القانون المصري

- **خصائص عقد البيع:**
- عقد ملزم للجانبين؛ فالبائع يلتزم بتسليم المبيع وكذا الالتزام بالضمان أي ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق.

والمشتري يلتزم بدفع الثمن والنفقات وكذا الالتزام بتسلم المبيع.

- عقد معاوضة.
- عقد ناقل للملكية.
- عقد محدد حيث يمكن للبيع أن يحدد ما يعطي وما يأخذ والمشتري كذلك.
- عقد رضائي وغير شكلي باستثناء الأحوال التي يخصها القانون كما في المادة 793 من القانون المدني الجزائري التي تنص على إجراء التسجيل ضروري لنقل الملكية في البيع العقاري.
- **أركان البيع:**
- **أولا: التراضي:** يكفي في انعقاد البيع التراضي ما بين الطرفين أي أن الأصل لا شكلية في عقد البيع إلا في المسائل التي اشترطها القانون في بعض البيوع كالعقار والسيارة ونحوها.

- **ثانيا: المحل:** هو القالب القانوني الذي تجسد فيه إرادة المتعاقدين بنقل الملكية في العوضين.
- **شروط المحل:**
- أن يكون مشروعا وقابلا للتعامل فيه كما تنص على ذلك المادة 93 من القانون المدني الجزائري. ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة.
- أن يكون موجودا أو قابلا للوجود.
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وإلا بطل البيع مطلقا كما في المادة 94 من القانون المدني الجزائري.

ومع ذلك أضافت المادة 352 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى شرط علم المشتري بالمبيع علما كافيا، وإذا تخلف هذا العلم كان البيع قابلا للإبطال لمصلحة المشتري بعكس شرط التعيين في المادة 94.

- **الشروط الخاصة بالثمن:**
- أن يكون نقودا.
- أن يعين الطرفان مقداره تعيينا دقيقا يقطع المنازعة مستقبلا وإذا كان محددا بتشريع خاص وجب الالتزام به كما في التسعير.
- **ثالثا: السبب:** وهو الباعث على التعاقد.

سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر حيث إن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن.

ويشترط في السبب أن يكون صحيحا أي مشروعا غير مخالف للنظام والآداب العامة. تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري: إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو بسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا.

– النظرية الحديثة تعتبر السبب أمر ذاتي خارج عن نطاق العقد يختلف باختلاف شخص المتعاقد (اختلاف النظريات حول الباعث والسبب وتلبسهما مثل بيع البيت للحصول على المال للقمار أو الزواج أو الدعارة أو للسكن ونحو ذلك).

– **رابعا: الأهلية** : فلا يصح عقد البيع دون تأهل المتعاقدين، فحتى تصحّ الإرادة التي ينشأ عنها التراضي من المتعاقدين فإنه يستلزم سن الرشد 19 سنة كاملة.

كما يجب ألا يشوب هذه الأهلية أي عارض من العوارض كالجنون والغفلة والعته والسفه.

– **التمييز بين عقد البيع المدني وعقد البيع التجاري:**

يتمايزان قانونا من عدة اعتبارات:

1–**من حيث الصفة القانونية للمتعاقدين:** فيكون عقد البيع مدنيا إذا كان المتعاقدان يتصفان بالشخصية المدنية لا التجارية وعليه فيخضعان لأحكام القانون المدني حصرا.

2–**من حيث موضوع العقد:** فيعتبر البيع مدنيا إذا صنّف موضوعه ضمن النشاطات المدنية، ويصنف تجاريا لاعتبار القانون أن ذلك النشاط من الأعمال التجارية أي هدفها تحقيق الربح.

3–**من حيث الاختصاص القضائي:** حيث تفصل المحاكم المدنية في منازعات عقد البيع المدني وتفصل التجارية في منازعات البيع التجاري.

تنبيه: – العمل الجاري في الجزائر أن المحاكم المدنية هي التي تفصل في المنازعات التجارية لعدم وجود محاكم تجارية مختصة.

– الأحكام التي تصدر في المعاملات التجارية واجبة التنفيذ عاجلا بخلاف الأحكام التي تصدر في المعاملات المدنية.

ثانيا- عقد المقايضة:

المقايضة هي أصل عقد البيع، حيث أول ما ظهر في المبادلات في التاريخ البشري هو مبادلة الأعيان بالأعيان التي هي المقايضة.

- **تعريف المقايضة:** نصت المادة 413 من القانون المدني الجزائري على انه المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الاخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود وهو متوافق مع المادة 482 من القانون المصري.
- **البيع والمقايضة:** يتفقان في عدة أمور:
- كلاهما من العقود الناقلة للملكية.
- كلاهما من العقود الملزمة للجانبين.
- كلاهما من العقود المسماة.
- كلاهما عقد رضائي.
- يشتركان في الأركان نفسها.
- تنتقل الملكية بمجرد التعاقد فيما لا يشترط فيه التسجيل.

ويختلفان في عدة أمور:

- المقايضة عين بعين حيث لا يكون أيهما من النقود بخلاف البيع.
- في المقايضة مبيع ومبيع وفي البيع مبيع مقدر بثمن (ما يستهلك منه ويتنازع).
- في المقايضة التزامات المتعاقدين نفسها بخلاف البيع، فكل منهما يتحصل فيه التزام البائع.
- لا يتصور في المقايضة العربون بخلاف البيع.
- **أركان عقد المقايضة:**

- **أولا التراضي:** فالمقايضة عقد رضائي يتم بمجرد الإيجاب والقبول ويشترط في التراضي ما يشترط من الشروط التي مرت في العقد.
- **ثانيا: المحل:** وهما الشيئان المتقايض فيهما ويشترط فيهما الوجود والتعيين كما يجوز التقايض في الجزاف وأن يكونا مشروعين وقابلان للتعامل فيهما.
- **ثالثا: السبب:** والكلام فيه على نحو ما سبق في البيع.
- **رابعا: الأهلية:** والكلام فيها كذلك على نحو ما سبق في البيع.
- **آثار عقد المقايضة:** يترتب على عقد مقايضة ما يقع على البائع من التزامات وكانهما بائعان على السواء.

1-نقل الملكية للشيء المقايض فيه.

2-الضمان للتعرض- الاستحقاق- ضمان العيوب الخفية.

تنص مادة 415 من القانون المدني الجزائري: تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه.

- **مصروفات عقد المقايضة:** يتحمل الطرفان المصروفات مناصفة ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

ثالثا: عقد الهبة

نظمها قانون الأسرة الجزائري من المادة 202 إلى المادة 212.

- **تعريف الهبة:** تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أن الهبة تمليك بلا عوض وهذا مطابق لتعريف العلامة خليل ابن إسحاق المالكي صاحب المختصر.

لم يصرح القانون القانون بأنها عقد إلا أنه لا يقصد عدم اعتبارها من جملة العقود بدليل نصه في المادة 206 على أنه: تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول.

فقوله: "تنعقد" بمعنى على أنها تصير بالإيجاب والقبول من جملة العقود كما يحصل هذا في كل العقود المعتبرة في نظر القانون.

وعليه تنطبق على عقد الهبة كل القواعد العامة المنظمة لسائر العقود.

- **عنصر الارادة في الهبة:**

نية التبرع أمر جوهري يجب قيامه في عقد الهبة حتى يقوم العقد صحيحا.

قد يقوم شخص بالتصرف في ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع مثلا: تجهيز الأب ابنته أو إعانة ابنه على الزواج هذا يتضمن في الالتزام الطبيعي.

عطايا المكافآت للعمال ثوابا على حسن الصنيع أو الاخلاص التزام طبيعي.

فهنا نرى بأنّ هناك تصرّف دون عوض لكن لم تكن للمتصرف نية التبّرع المشترطة في عقد الهبة، لذلك لا يأخذ التصرف صفة عقد الهبة.

- **الإيجاب والقبول في عقد الهبة:**

لابد من وجود إيجاب وقبول متطابقين ولا تنعقد بإرادة الواهب المنفردة بخلاف الوصية.

وعلى المتعاقدين مراعاة خاصية التوثيق في العقارات وبعض المنقولات.

تنص المادة 206 من قانون الأسرة على أنه: تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة.

- **شروط الواهب في عقد الهبة:**

- **الأهلية:** أي بلوغه 19 سنة كاملة مع سلامته من العوارض التي تقتضي الحجر.

تنص مادة 203 من قانون الأسرة الجزائري على أنهك يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا 19 سنة وغير محجور عليه.

- **السلامة من الأمراض المميتة:** فالهبات التي تصدر من الواهب في مرض الموت أو ما يشبه ذلك من الحالات المخيفة ألحقها القانون بالوصايا.

تنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري على أن: الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية.

- **مقدار المال الموهوب:** لم يحدد القانون مقدارا معينا لا يمكن للواهب تجاوزه بل سمح القانون بأن يهب الواهب كل ممتلكاته من العين والدين.

تنص المادة 205 من قانون الاسرة الجزائري على أنه يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير.

- الهبة للجنين: جوّز القانون الهبة للجنين بشرط ولادته حيا.

نصت المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا.

- **الرجوع في الهبة:**

أولا- في ما بين الأصول والفروع: جوز القانون للأبوين الرجوع في الهبة للولد في كل حال إلا باستثناء حالات نص عليها حصرا، فقد نصت المادة 211 من قانون الأسرة على أنه: للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- ثانيا إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو ادخل عليه ما غير طبيعته.

ثانيا- الهبة الموجهة للمنافع العامة:

لم يجوز القانون صراحة الرجوع في الهبات التي توّجه للمنفعة العامة بأي حال. فقد نصت المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري على أن: الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها.

رابعا: عقد الشركة

- **تعريف عقد الشركة:**

عرفت المادة 416 من القانون المدني الجزائري عقد الشركة بأنه عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل على أن يقتسموا ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.

يتّضح من هذا النص أن الشركة هي عقد كسائر العقود يجب أن تتوفر فيه الأركان العامة التي تجب في سائر العقود (الرضا والمحل والسبب).

خصّ المشرع الشركة بالشكلية في المادة 418 في الفقرة الأولى حيث نص: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن به نفس الشكل الذي يكتسب ذلك العقد".

- **أركان الشركة:**

- **1- الأركان العامة:**

أولا- الرضا:

- ضرورة توافر الرضا من جميع الشركاء.
- أن ينصبّ الرضا على جميع مكونات العقد وشروطه كرأس المال، إدارة الشركة، الأرباح ونحوها.
- سلامة الرضا من جميع العيوب كالغلط والتدليس والإكراه وغيرها.
- أن يسلم الرضا من جميع الشركاء مهما كثروا فإذا شاب العيب رضا أحدهم جاز له إبطال العقد.
- أن يصدر الرضا من الشخص المؤهل أهلية كاملة أي 19 سنة كاملة.

ثانيا- السبب:

هو الباعث على إنشاء الشركة، رغبة الشريك في تحقيق الأرباح واقتسامها.

ثالثا- المحلّ:

المحلّ هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها (وهو النشاط الذي ستزاوله الشركة- مشروع اقتصادي استثماري).

- أن يكون موجودا – مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

- 2- الأركان الخاصة:

أولا - تعدد الشركاء: حيث تقتضي المادة 416 من القانون المدني الجزائري وجود شخصين فأكثر فلا يمكن لشخص أن ينشئ بمفرده شركة -باستثناء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة-.

- تدخّل المشرع في تحديد عدد الشركاء في بعض الشركات حيث لا يقل عن سبعة في شركة المساهمة. لا يزيد عن 20 في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.
- ما تقيمه الدولة أو الأفراد بمسمى شركات لا تعتبر شركة بالمعنى الفني للشركة فهي عبارة عن مشروعات فقط.

ثانيا- حصص الشركاء:

يجب أن يسهم كل شريك بحصته من نقد أو عين أو عمل.

أ- **الحصة النقدية:** هي الغالبة في قيام الشركات وهي المكون لرأس مال الشركة، وعلى كلّ شريك أن يقدمها في الميعاد المتفق عليه وإلا يلزمه التعويض.

ب- **الحصة العينية:** قد تكون عبارة عن عقار أو منقول، وقد فصل المشرع في المادة 422 من القانون المدني الجزائري على أنه: طإذا كانت حصة الشريك حقّ ملكية فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخصّ ضمان الحصة إذا هلكت أو استحقت أو

ظهر فيها عيب أو نقص، أما إذا كانت الحصة مجرد انتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك".

- الحصة المقدمة على سبيل التمليك تشبه البيع من حيث إجراءات الشهر وطبيعة الهلاك والاستحقاق وضمان العيوب الخفية والتسجيل في العقار، لكن لو هلكت بعد انتقالها للشركة فإن هلاكها على الشركة.
- الحصة المقدمة على سبيل الانتفاع تسري عليها أحكام الإيجار، وملكيتها للشريك فلو هلكت فإنها تهلك على الشريك وعليه تقديم حصة أخرى.

ج- **الحصة النفعية:** يجوز أن تكون الحصة عملا يقدمه الشريك كخبرة تجارية وفنية وهندسية ونحوها.

ثالثا- اقتسام الأرباح والخسائر:

يجب اشتراك الشركاء في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر؛ فلو اتفقوا على شيء على خلاف ذلك اعتبر العقد باطلا بموجب المادة 416 من القانون المدني الجزائري.

- يجوز إعفاء الشريك العامل من المساهمة في الخسارة بشرطين:

أ- ألا يتقاضى أجرة على العمل.

ب- ألا يكون قد قدم إلى جانب حصة العمل حصة أخرى نقدية أو عينية.

- قاعدة توزيع الأرباح هي اتفاق الشركاء عند التعاقد ولا يشترط التساوي.

-3- الأركان الشكلية:

أولا- الكتابة الرسمية لعقد الشركة حيث تنص عليها المادة 418 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية وإلا كان العقد باطلا.

ثانيا- شهر عقد الشركة لإثبات وجودها في مواجهة الغير كما تنص على ذلك المادة 417 من القانون المدني الجزائري، وإجراءات الشهر هي:

- إيداع العقد التأسيسي في السجل التجاري.
- نشر ملخص العقد التأسيسي في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.
- نشر ملخص العقد التأسيسي في جريدة يومية.