الفرع الثّالث: الطّرق الخاصة للتّراضي

قد يحدث وأن يتم إبرام العقد بطرق تخرج عن الطّرق التقليدية، ويذكر الفقه في هذا الصدد على سبيل المثال: النّيابة في التّعاقد، الوعد بالتّعاقد، الوعد بالتّفضيل، والتّعاقد بالعربون، سوف نتطرق إلى كل طريقة من الطّرق على حدة.

1: النّيابة في التّعاقد

تعتبر النّيابة في التّعاقد من بين الطّرق الخاصة التي يبرم بها العقد، ويمكن تعريف النّيابة في التّعاقد على أنها آلية قانونية تسمح لشخص يسمى النّائب بإبرام تصرّف قانوني معيّن باسم ولحساب شخص آخر يدعى الأصيل.

ينبغي من أجل تكوين فكرة عامة حول النّيابة في التّعاقد التطرّق إلى بعض العناصر الأساسية منها شروط النّيابة في التّعاقد، الأهلية اللازمة لصحة النّيابة في التّعاقد، أثر النّيابة في التّعاقد وكذا حالة التّعاقد مع النفس.

أ: شروط النّيابة في التّعاقد

يشترط لقيام النّيابة في التّعاقد توافر مجموعة من الشّروط وهي:

أ1: حلول إرادة النّائب مكان إرادة الأصيل

يجب لصحة النّيابة في التّعاقد أن تحُل إرادة النّائب محل إرادة الأصيل في إبرام العقد، فلا يجوز مثلا للأصيل أن يطلب من نائبه شراء مبيع معيّن بالذّات مملوك لشخص معلوم بثمن مقدّر مسبقا، لأنه في هذه الحالة فإنّ النّائب لا يعدو أنّ يكون مرسلا للأصيل ولا نائبا عنه، في حين يجوز للأصيل وضع حدود معينة للنيابة في التّعاقد، كأن يطلب الأصيل من النّائب عدم تجاوز قيمة معينة للشراء، أو صنف معيّن من الشّيء المبيع.

يَنتج عن حلول إرادة النّائب محل إرادة الأصيل، أنّ إرادة النّائب هي التي تُؤخذ بعين الاعتبار فيما يتعلّق بعيوب الرضا، وهو ما كرّسه المشرّع في المادّة 73 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه: " إذا *تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما.*

غير أنه إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها."

أ2: أن يتعاقد النّائب باسم ولحساب الأصيل

لا يتصرّف أثر العقد المبرم بين النّائب والغير إلى الأصيل إلا إذا تعاقد النّائب باسم ولحساب الأصيل، لذلك يشترط على النّائب وقت إبرام العقد مع الغير التصريح بصفته كنائب، وإلا جاز للغير إلزام النّائب شخصيا بتنفيذ مضمون العقد، كل هذا ما لم يتبين من ملابسات العقد ان الغير كان عالما أو كان بالضرورة سيعلم بصفة النائب، وهو ما يمكن استخلاصه باستقراء المادّة 75 من التّقنين المدني والتي تنص على أنّه:" *إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب."*

أ3: ألا يتجاوز النّائب حدود الوكالة

يشترط لانصراف أثر العقد المبرم بين النّائب والغير إلى الأصيل، ألا يتجاوز النّائب حدود الوكالة وهو ما أكّد عليه المشرّع في المادّة 74 من التّقنين المدني التي تنص على أنّه:" *إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل."*

ب: الأهلية اللازمة لصحة النّيابة في التّعاقد

تطرح الأهلية اللازمة لصحة النّيابة في التّعاقد بعض الإشكالات خاصة وأنّها قد تختلف من طرف لآخر، فمن جانب الأصيل، يشترط لصحة النّيابة في التّعاقد أن يكون أهلا لإبرام التصرّف القانوني الذي يَطلب من النّائب القيام به، ذلك أنّ أثر العقد الذي سيبرمه النّائب سيرتب أثره في ذمة الأصيل، فليس لمن له سلطة إدارة الأموال أن ينيب غيره من أجل التصرّف فيها. في حين أنّه من جانب النائب، فتصح النّيابة في التّعاقد ولو لم يكن النّائب آهلا لإبرام العقد باعتباره أصيلا، فيجوز مثلا لناقص الأهلية أن يكون نائبا عن الغير من أجل إبرام عقد هبة لمصلحة

الغير، كون أنّ أهليته ليست محل اعتبار في العقد بما أنّ اثر العقد سينصرف إلى الأصيل لا إليه شخصيا، غير أنّ هذا الموقف يبقى موضوع جدل من جانب الفقه.

ت: آثار النّيابة في التّعاقد

يترتب عن النّيابة في التّعاقد إذا توافرت جميع شروطها أنّ العقد الذي ابرمه النّائب مع الغير يسري لحساب الأصيل، بحيث لا يعتبر في أي حال من الأحوال النّائب طرفا في العقد، بالتّالي لا يمكن للغير في حالة رفض الأصيل تنفيذ التزاماته الرجوع على النّائب بالتعويض، كما يتحمّل الغير مسؤوليته الكاملة فيما يتعلّق بالضمان إذا كان بائعا أو مؤجر لمحل العقد، فللأصيل الرجوع مباشرة على الغير لتنفيذ التزامه بالضمان دون الرجوع على النائب.

ث- خصوصية التّعاقد مع النفس

أشار المشرّع في المادّة 77 من التّقنين المدني إلى حالة التّعاقد مع النفس بالنّص على أنّه:"*لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة.*"

يبدو منذ البداية موقف المشرّع صريحا بمنع النّائب من التّعاقد مع نفسه، فلا يمكن للشخص أن يتعاقد أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره لِما في ذلك من تضارب للمصالح. غير أنّه باستقراء النّص السّالف الذّكر، يتّضح أنّ المشرّع فتح الباب أمام إمكانية صحّة العقد الذي يبرمه النّائب مع نفسه، إذا أجاز الأصيل ذلك بعد إبرام العقد أو رخّص منذ البداية للنائب بالتّعاقد مع نفسه، كل ذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون وقواعد التجارة.

2: الوعد بالتّعاقد

يعتبر الوعد بالتّعاقد صورة ثانية من الصُّور الخاصة للتّراضي، حيث يُعد فيه شخص معيّن شخصا آخر بإبرام عقد معيّن إذا أبدى رغبته في ذلك خلال الفترة التي يسري فيها أثر الوعد. ليتضح أنّ الوعد بالتّعاقد هو أحد صور الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام.

ينبغي عند التطرّق إلى موضوع الوعد بالتّعاقد تسليط الضوء على شروط صحة الوعد بالتّعاقد بالإضافة إلى الآثار المترتبة عن الوعد.

أ: شروط الوعد بالتّعاقد

تنص المادّة 71 من التّقنين المدني على أنّه:" *الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر الا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.*

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد."

من خلال النّص السّالف الذّكر يتضح أنّ شروط الوعد بالتّعاقد هي:

أ1: أن يتضمّن الوعد بالتّعاقد جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به

يجب لصحّة الوعد بالتّعاقد أن يتضمّن جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ذلك أنّ مجرّد تعبير الموعود له عن رغبته في إبرام العقد يجعل من العقد منعقدا دون حاجة إلى أيّ إجراء آخر.

أ2: ان يتضمّن الوعد المدّة التي يجب فيها الإعلان عن الرغبة في التّعاقد

يجب أن يتضمّن الوعد بالتّعاقد المدّة التي يسري فيها أثر الوعد، على اعتبار أنّه لا يمكن للواعد البقاء على وعده لفترة غير منتهية، وهو الموقف الذي تبناه المشرّع في مضمون المادّة 71 من التّقنين المدني السّالفة الذّكر، على عكس المشرّع الفرنسي مثلا الذي لم يجعل من تحديد مدّة الوعد شرطا لصحته ، وهو ما نراه منطقيا على اعتبار أنّ القول بغير ذلك يجعل من الوعد بالتّعاقد أقلّ درجة من الإيجاب غير الملزم، وهذا غير منطقي من النّاحية القانونية.

أ3: استيفاء الوعد بالتّعاقد للشّكلية نفسها المطلوبة لإبرام العقد الموعود به

يشترط لصحة الوعد بالتّعاقد أن يستوفي الشّكلية المطلوبة لإبرام العقد الموعود به، فلا يصح الوعد ببيع عقّار إذا كان الوعد مدوّن في عقد عرفي لأنّ صحّة بيع العقّار (وهو العقد الموعود به) مرتبط بضرورة تحريره بصيغة رسمية، وعليه فإنّ صحة الوعد ببيع عقار مرتبط كذلك بضرورة استيفاء هذه الشّكلية.

ب: آثار الوعد بالتّعاقد

يُنشئ الوعد بالتّعاقد التزاما تاما في ذمة الواعد، بحيث إذا أعلن الموعود له قبوله بإبرام العقد دون إحداث أيّ تغيير في الشّروط المذكورة في الوعد بالتّعاقد، اعتبر العقد مبرما بين الطرفين، وعلى عكس سحب الإيجاب الملزم الذي لا يترتب عنه إلا مسؤولية مدنية، فإنّه يجوز للموعود له الزام الواعد بإبرام العقد، بل وقد يقوم الحُكم القضائي في هذه الحالة مقام العقد النهائي بين الطرفين، وهو ما أكّدت عليه المادّة 72 من التّقنين المدني التي تنص على أنّه:" *إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد.*"