بسم الله الرحمان الرحيم، الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد،

فهذه مجموعة دروس في مقياس (العقود غير المسماة) موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر شريعة وقانون، السداسي الثالث.

حيث أن المشرع من خلال أحكام القانون المدني وبعض القوانين الخاصة قام بتنظيم طائفة من العقود التي جعل لكل منها اسما وبين ماهيتها وحدد أركانها وشروط صحتها وفصل في آثارها وما ترتبه من التزامات متبادلة بين الأطراف المتعاقدة، وهي بذلك على كثرتها يمكن حصرها، وبالمقابل كل عقد لم يضع له المشرع اسما و لم ينظم أحكامه يعتبر عقدا غير مسمى، ولها نماذج عديدة قديما وحديثا.

ومن خلال هذا المقياس نتعرف في المحور الأول إلى الأحكام العامة التي تحكم العقود غير المسماة، ويعتبر هذا المحور بمثابة مدخل إلى العقود غير المسماة، وفي المحور الثاني نتطرق إلى نماذج من العقود غير المسماة في التشريع الجزائري.

المحور الأول: الأحكام العامة للعقود غير المسماة

نتطرق في هذا المحور إلى تعريف العقود غير المسماة وتطورها عبر الزمن، ثم نبين أهمية التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة، ثم نعرض إلى آلية التكييف باعتبارها أداة القاضي في تصنيف العقد هل هو عقد مسمى أو غير مسمى، لنختتم هذا المحور بأنواع العقود غير المسماة والقواعد المطبقة على كل نوع منها.

أولا: تعريف العقود غير المسماة: عرّف الفقهاء وشراح القانون العقود غير المسماة بأنها:(تلك الطائفة من العقود التي لم يخصها المشرع باسم معين ولم يتولى تنظيمها، فتخضع من حيث تكوينها وآثارها للقواعد العامة في نظرية الالتزام مع احترام إرادة الأطراف المتعاقدة فيما تراضوا عليه ما لم يتعارض ذلك مع النظام العام والآداب العامة.

وعليه فإن أساس اعتبار العقد عقدا غير مسمى هو عدم تنظيم المشرع لأحكامه تنظيما مفصلا من تسمية وأركان وآثار، حتى ولو كان العقد معروفا لدى الناس باسم معين وأحكام خاصة، ويرى الفقهاء وشراح القانون أن العقود غير المسماة هي الأصل لأن المشرع يلجأ إلى تقنين أحكام العقود التي تشيع بين الناس ويرى تبعا لذلك ضرورة تنظيمها في القانون المدني أو نص خاص.

ثانيا: التطور التاريخي للعقود غير المسماة: يرجع أصل فكرة العقود غير المسماة إلى القانون الروماني الذي كان يعتبر العقود غير المسماة استثناء على العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية التي كانت تمثل العقود المسماة المعروفة في القانون الروماني. وكانت هذه العقود غير المسماة في القانون الروماني عقودا لا

تتمتع بصفة الإلزام ولم يكن للطرف الذي قام بتنفيذ التزاماته أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل وكان حقه مقتصرا على الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب.

ولم يمنح القانون الروماني المتعاقدين في العقود غير المسماة الحق في دعوى التنفيذ إلا في مرحلة قانون جستنيان حيث صارت العقود غير المسماة لا تتم وتعتبر إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه وعندئذ أمكن له مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ. وقد قسم القانون الروماني العقود غير المسماة إلى أربعة أصناف:

– الصنف الأول: عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني فينشأ التزام على عاتق الطرف الآخر بنقل حق عيني كذلك.(كالمقايضة).

– الصنف الثاني: عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء (كالهبة بعوض).

– الصنف الثالث: عقود يقوم فيها الطرف الأول بعمل شيء فيلتزم الطرف الأخر بعمل شيء أيضا، مثل من يسلم حيازة شيء إلى شخص آخر على أن يردها له عند أول طلب.

– الصنف الرابع: عقود بلتزم فيها الطرف الأول بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر ينقل حق عيني مثل عقد المحاسبة الذي يسلم فيه التاجر بضاعة إلى تاجر آخر يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه إذا باع البضاعة أو ردها إلى صاحبها إذا لم يقم ببيعها، وهو عقد يدور عدة عقود هي البيع والوكالة والعمل.

ويظهر لنا أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى في القانون الروماني قائم على معيار شكلي بحت فما كان ضمن قائمة العقود المعترف بها فهو عقد مسمى ومن لم يكن ضمن هذه القائمة فهو عقد غير مسمى، وذلك على الرغم من أن العقود غير المسماة في القانون الروماني كان لها أسماء متداولة، كما أن أهم أثر للتمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني هو عنصر الإلزام، فالعقود المسماة ملزمة دون حاجة إلى أن ينفذ أحد الطرفين التزامه بينما العقود غير المسماة تحتاج إلى أن يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه حتى تظهر هذه العقود للوجود القانوني.

أما القوانين الحالية فقد ابتعدت عن أفكار القانون الروماني وتبنت معيارا ثابتا في التمييز بين العقود المسماة وغير المسماة هو معيار التنظيم التشريعي لأحكام العقد، فما نظمه المشرع هو عقد مسمى وما لم ينظمه هو عقد غير مسمى، ولا يعني ذلك أن العقد المسمى أهم من العقد غير المسمى، ولكن المشرع حين يكون بصدد تنظيم عقد من العقود يراعي مدى شيوعه واستخدامه في تعاملات الأفراد ومدى حاجتهم إلى قواعد تشريعية لتنظيمه.

ثالثا: أهمية التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة: تكمن أهمية التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القواعد التي يطبقها القاضي لحل النزاع المعروض عليه بصدد عقد من العقود، فالعقود المسماة يرجع في أمرها– بعد إرادة المتعاقدين– إلى النصوص الخاصة بكل عقد ثم القواعد العامة في نظرية الالتزام. أما العقود غير المسماة فإن القاضي يرجع في شأنها– بعد إرادة المتعاقدين– مباشرة إلى القواعد العامة في نظرية الالتزام. وفي كلا نوعي العقود يرجع القاضي عند الضرورة بعد القواعد العامة للالتزام إلى أحكام العقد المسمى الأقرب للعقد المعروض عليه النزاع بشأنه عن طريق القياس لأن القياس جائز في المواد المدنية، مع التزام الحذر وعدم المبالغة حتى لا نفرض على الأطراف عقدا لم تتجه إليه إرادتهم.

رابعا: آلية الكشف عن العقود غير المسماة (التكييف): إن القاضي حين يعرض عليه نزاع يتعلق بعقد من العقود يتوجب عليه تحديد وصفه ليعرف أين يضعه ضمن أنواع العقود، فإذا لم ينطبق عليه أي وصف من أوصاف العقود المسماة اعتبره عقدا غير مسمى، على اعتبار أن العقود غير المسماة هي كل العقود التي لا ينطبق عليها وصف عقد من العقود المسماة.

فالتكييف إذن هو إعطاء الوصف القانوني المطابق للعلاقة التعاقدية المعروضة على القاضي حتى يتبين ما هي القواعد القانونية التي سيطبقها على العقد، والقاضي في التكييف ملزم بالوصف القانوني بغض النظر عن وصف الخصوم لعقودهم وهو ما نصت عليه المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون 08–09) بقولها:(يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم).

وتتطلب عملية تكييف العقد أن يكون القاضي على علم مسبق بالعناصر القانونية المميزة لكل طائفة من العقود ليقوم بتطبيقها أو إسقاطها على العقد المعروض عليه، وهو ما لا يستطيع لاقيام به إلا إذا فهم وتأكد من حقيقة مراد المتعاقدين وهو ما يطلق عليه عملية التفسير، غير أن التفسير الذي يسبق تكييف العقد لا يكون ضروريا دائما إذا كانت معالم العقد واضحة أمام القاضي، ولكن كثيرا ما تكون إرادة المتعاقدين غامضة مما يلجأ معه القاضي إلى التفسير قبل التكييف.

ويجد القاضي نفسه بين حالتين؛ الحالةالأولى لا يكون فيها المتعاقدان قد أطلقا على عقدهما تسمية محددة وهنا يقوم القاضي بالبحث عن القصد العملي الذي يسعى له المتعاقدان من وراء التعاقد، وفق طرق التفسير حسب وضوح عبارات العقد أو غموضها.

أما الحالة الثانية فهي الحالة التي يسمي فيها المتعاقدان عقدهما، وهنا إذا وجد القاضي أن وصف المتعاقدين مطابق للوصف القانوني لعناصر العقد المعروض عليه لم يكن له أن يغير الوصف ولا الحياد عنه إلى وصف آخر ما دامت إرادة الأطراف قاطعة الدلالة ولم توجد قرينة تصرفه عن هذا الوصف. أما إذا كان

الوصف الذي وضعه المتعاقدان غير مطابق لمضمون العقد موضوع النزاع وجب على القاضي أن يصحح وصف العقد بناء على طلب أحد المتعاقدين أو من تلقاء نفسه.

خامسا: أنواع العقود غير المسماة: العقود غير المسماة تتخذ شكلين؛ بسيطة ومركبة.

1- العقد غير المسمى البسيط: هو عقد يقصد به الطرفان غرضا واحدا ا يمكن تجزئته مثل عقد العلاج الطبي وعقد الحساب الجاري والتخارج...الخ.

2- العقد غير المسمى المركب: وهو العقد الذي يتكون من عدة عمليات عقدية يوصف كل منها بوصف خاص، أي أنه عبارة عن مجموعة من الأداءات ينتمي كل منها إلى أحكام عقد من العقود المسماة يشكل مزجها عقدا غير مسمى، وهي إما أن تشكل وحدة واحدة لا يمكن تجزئتها أو تكون مجموعة عقود متوالية لا تجمعها وحدة واحدة.

وبهذا نكون قد انتهينا من المحور الأول المخصص للأحكام العامة للعقود غير المسماة لننتقل في المحور الثاني لدراسة نماذج من العقود غير المسماة طبقا للتشريع الجزائري.