



جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



أحكام مفاوضات العقود المدنية في القانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف

إعداد الطالبة

د. زكري إيمان

حساني لامية

أعضاء لجنة المناقشة

|              |                  |                  |                 |
|--------------|------------------|------------------|-----------------|
| رئيسا        | جامعة تلمسان     | أستاذ تعليم عالي | أ.د بسعيد مراد  |
| مشرفا ومقررا | جامعة تلمسان     | أستاذة محاضرة أ  | د. زكري إيمان   |
| ممتحنا       | جامعة تلمسان     | أستاذة محاضرة أ  | د. بن عزوز ربعة |
| ممتحنا       | جامعة عين تموشنت | أستاذة محاضرة أ  | د. مجاجي سعاد   |

السنة الجامعية: 2024-2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

” قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا

عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ”

صدق الله العظيم

الآية 32 من سورة البقرة

## شكر وعرفان

الحمد لله الذي رزقنا إتمام هذا العمل من دون حول ولا قوة منا، فله سبحانه وتعالى الحمد كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذتي زكري إيمان التي شرفتني بقبول الإشراف على أطروحتي ورافقتني بتوجيهاتها ونصائحها القيمة طيلة مسار إنجازها فأسأل الله أن يجزيها عني خير الجزاء وأوفره. والشكر موصول لأعضاء لجنة المناقشة الأستاذ بسعيد مراد والأستاذة بن عزوز ربيعة والأستاذة مجابي سعاد على قبولهم مناقشة هذا العمل وعلى تكبدهم عناء قراءة أطروحتي لإبداء ملاحظاتهم القيمة بشأنها.

## إهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما ومتعهما بالصحة والعافية.  
إلى زوجي سندي ورفيق دربي حفظه الله ورعاه.  
إلى ابني حسام الدين وابنتي ميرال حفظهما الله.  
إلى إخوتي وجميع الأهل والأصدقاء .

## قائمة أهم المختصرات

ج.ر: جريدة رسمية.

ج: جزء.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق.م: قانون مدني.

م.ق: مجلة قضائية.

## Liste des principales abréviations

**Art** : article.

**C.App**: cour d'appel.

**Cass**: cassation.

**CCF**: code civil Français.

**Ch**: chambre.

**Civ**: civil.

**Com**: commercial.

**D**: Dalloz.

**Ed** : édition.

**H** : heure.

**L.G.D.J** : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

**Mn** : minute.

**N** : numéro.

**Op.cit** : ouvrage déjà cité.

**P** : page.

**R.T.D** : Revue trimestrielle de droit.

**REV** : Revue.

**Vol** : volume.

**WWW** : World Wide Web.

مقدمة

## مقدمة

لطالما كان العقد الآداة الفنية الأكثر استخداما وشيوعا في ميدان تنظيم العلاقات<sup>1</sup>، التي تنشأ عن المعاملات المالية، فتنقل القيم والثروات بموجبه وتترتب عنه الحقوق والالتزامات<sup>2</sup>، وعليه كان التعاقد في السابق يتم بطريقة سريعة وتقليدية، مما يناسب طبيعة المعاملات آنذاك، إذ يتوجه على إثره أحد الطرفين للآخر بإيجاب بسيط ثم ما يلبث هذا الأخير أن يقبل هذا الإيجاب حتى ينعقد على إثره العقد وينتهي الأمر<sup>3</sup>.

إلا أن النزعة التكنولوجية والتطور الحاصل في المجال الاقتصادي أضحي لا يتلاءم مع هذه القواعد الكلاسيكية، فأصبحت العديد من العقود تتسم بالتركيب والتعقيد، ومنها ما يرد على مشاريع عملاقة قد تستوجب عمليات فنية وقانونية تكلف نفقات طائلة، كما قد تتجر عنها مخاطر كبرى لاسيما لأطرافها، فبات من الضروري عدم التسرع فيها مما يحتم مرورها عبر مرحلة المفاوضات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يعتبر العقد بشكل عام توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وهذا الأثر يعد ثمرة للتراضي الذي لا يترتب إلا بموجب ما قام المتعاقدان بوضعه من ضوابط ومحددات، من غيرها يظل الاتفاق مهما، وما يتصوره أطراف العقد ويقومون بوضعه حول مسائل العقد من محل وثمان وزمن تسليم يعد في الواقع مجرد قواعد سلوكية تقوم بضبط علاقاتهم غايتها العدالة، لكونها قواعد نابعة من إرادة مصدرها، والشخص لا يرتضي إلا ما في صالحه أي ما هو عادل، وكذلك غايتها الأمان لكون القواعد المنظمة للعلاقة العقدية مصدرها المتعاقدون وهم صنعها فاحترم حقوقهم المتولدة على العقد، وتحقق التعاون بينهم وعليه فالعقد شريعة المتعاقدين.

أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، مجلد 02، عدد 10، سنة 2021، ص 281.

<sup>2</sup> معمر بوطباله، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2016، 2017، ص 1.

<sup>3</sup> بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2010، ص 88.

<sup>4</sup> عبد المجيد قادري، مراد عمران، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مجلد 04، عدد 02، سنة 2019، ص 784.

والمفاوضات ليست بالتأكيد اختراعاً لعالمنا الحديث، إنما مردها للحضارات القديمة، إذ كانت الأنواع المختلفة من التبادلات الاقتصادية التي تتم داخل المجتمع مرتبطة دائماً بالتفاوض، ففي اليونان القديمة ارتبطت معرفة كيفية التفاوض في وقت مبكر جداً بـ: "الخطابة" أي فن التحدث والإقناع، ومع ذلك فالتفاوض يتعدى كونه مناقشة بسيطة إنما يشكل لعبة إستراتيجية تهدف إلى التعاون الأمثل بين الأطراف<sup>1</sup>.

ومع نهاية القرن الثامن عشر شهد العالم جملة من التطورات المتعاقبة، التي أحدثتها الثورة الصناعية في المجتمع، ومع مطلع القرن العشرين برزت صناعات وتقنيات جديدة ومشاريع عملاقة، وقد شهد القرن الواحد والعشرون ظهور شركات متعددة الجنسيات وفي ظل المتغيرات الجديدة واستجابة للعقود المعقدة وكذا سعيًا لمواكبة هذا التطور، كان لابد من المرور بفترة مفاوضات كضرورة عملية، ومن المسلمات التي استوجبها هذا النوع من العقود.

وفي عالم الأعمال والتجارة حيث تتباين القوانين وتتعارض الثقافات، يظل العقد وسيلة ناجعة للتوفيق بين هذه الاختلافات، إذ يمر تكوين هذا الأخير بمرحلة من التبادلات والمفاوضات بين الأطراف المعنية التي يشار لها في الغالب بفترة المفاوضات ما قبل التعاقدية، هدفها إنشاء إطار قانوني آمن يسمح بالتكوين التدريجي لإرادة الأطراف للوصول لإبرام العقد المتوقع<sup>2</sup>.

فبعدما كان إبرام العقد يركز على تلاقي الإيجاب والقبول، أضحت الدراسات تتجه نحو نقطة بداية التعاقد، أي لحظة التفكير فيه، وما يليها من سعي حثيث لتحقيقه، وهو يشكل

<sup>1</sup> La Négociation Précontractuelle : Un Survol Historique, voir j. chevalier, l'état post modern 3-ème édition Paris, consulté le cite : [www.Etudier.com](http://www.Etudier.com), le 09-10-2021; a 10h30mn.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsayhly, La période précontractuelle-Etude comparée des régimes français et égyptien, Thèse de doctorat, Ecole doctorale droit et science politique, Université de Toulouse, 2018, p 11,12.



حجر الزاوية في تكوين العقد، ألا وهو التفاوض على العقد المرجو إبرامه، وما يتخلله من سلوك الأفراد التي تسعى إليه وما يسفر عنه من نتائج<sup>1</sup>.

فالإعداد الرديء للعقد ينجر عنه الصياغة المبهمة والمتناقضة، وإبرام عقد غير متوازن، تشوبه الثغرات مما يفتح بابا على مصراعيه للنزاع والخصومات بين أطرافه<sup>2</sup>، فيدخل الطرفين في منازعات مستقبلية تعصف بالعملية التعاقدية<sup>3</sup>.

فإغفال المشرع الجزائري عن تنظيم الفترة التفاوضية السابقة على التعاقد، في القانون المدني وسكوته عن التزاماتها تاركا الأمر لاجتهاد القضاء، الذي يعد هذه المرحلة مجرد عمل مادي غير ملزم، لا يرتب أي أثر قانوني ولا أي التزام على عاتق الطرفين<sup>4</sup>، يعتبر تأخر عن ركب القوانين ومشقة بالغة للتفاوض المضرور.

ففي ظل هذا القصور التشريعي وباعتباره موضوع حديث، كما أنه قد أضحى علما قائما بذاته، يتم تلقين آلياته وأساليبه في الدول المتحضرة وتم إدراجه ضمن قوانينها، لزال المشرع الجزائري يتعامل مع غالبية العقود بشكل تقليدي كلاسيكي لا يتوافق مع العقود الثقيلة التي أفرزها التقدم التكنولوجي.

<sup>1</sup> جهاد محمود عبد المبدى، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، سنة 2019، ص 19.

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2016، ص 12.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 21.

فالمتتبع للتطورات الاقتصادية والتقنية التي عرفها عالمنا الحديث منذ ما يزيد عن قرن من الزمن، وما رافقها من تحول جذري في أنماط المعاملات وآلياتها، يدرك جليا التحول الموازي في منهج دراسة العقد وأسلوب التعاقد.

فبالرغم من كون المفاوضات قبل التعاقدية موضوع الساعة، ومن المتطلبات الرئيسية لهذا العصر، إلا أنها لم تحظ بعناية المشرع الجزائري، والذي لم يتطرق لها بصفة صريحة في القانون المدني، مكتفيا بالمراحل التالية لإبرام العقد إضافة إلى ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني<sup>1</sup>، والتي جاء فيها بأنه يجب تطبيق العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولكن ذلك لا ينفي وجود المفاوضات في مواضع ضمنية وبشكل متفرق في عدة قوانين، على غرار قانون حماية المستهلك، وقانون العمل، وكذا قانون التأمين، وفي قانون الصحة، وغيرها من القوانين، كما قد ورد النص في القانون المدني على تلك العقود التمهيدية التي تسبق مرحلة التعاقد، وهذا ما أثار اهتمامنا ودفعنا للبحث في الموضوع وتقصي المواضع التي تطرق فيها القانون الجزائري لما يعرف بمرحلة المفاوضات.

وقد وقع اختيارنا على هذا الموضوع الحساس لعدة اعتبارات ومن عدة نواحي فمن الناحية القانونية نجد فراغا تشريعا لكون المشرع الجزائري لم ينظم هذه المرحلة بصفة صريحة، وهو ما أسفر عن عدة إشكاليات قانونية، أبرزها يتعلق بنوع المسؤولية في حالة إخلال أحد الأطراف بالتزامات التفاوض، أو قطعها من دون مبرر مشروع.

ومن الناحية الاقتصادية فإن العديد من العقود التي لها وزن اقتصادي وتأثير في المعاملات المادية تحتاج إلى تهيئة جميع الظروف، حتى تكون بمنأى عن المخاطر وهو ما يتفق مع وجود تفاوض بطريقة سلسلة ومنضبطة، تهيئ لها الحماية القانونية الكافية.

وأما من الناحية الاجتماعية فالتفاوض أضحي يغزو معظم المعاملات وجوانب الحياة، فحتى المنظمات والدول تلجأ إلى المفاوضات بهدف الوصول إلى حلول ترضي الأطراف،

<sup>1</sup> الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 لسنة 1975.

ولذلك بوسعنا القول أن نجاح الحياة مرهون إلى حد ما بقدرة الإنسان على التفاوض فهو السبيل للنجاح فيها<sup>1</sup>.

وعليه لا ريب في خلو رفوف المكاتب الحقوقية في الجامعات الجزائرية من المؤلفات والدراسات في هذا الموضوع، على خلاف المكاتب الأجنبية ولاسيما الفرنسية التي أضحت توليه بالغ الأهمية، هذا دون التغاضي عن وجود بعض المقاربات المحتشمة التي عالجت بعض جوانبه، أبرزها دراسة الأستاذ بلحاج العربي التي أفرغها في مؤلفاته، تطرق فيها لمرحلة ما قبل التعاقد في دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة.

وسعيا منا للخروج بتوصيات في الموضوع وتقديم إضافة فيه، قمنا باختياره، لا سيما وأن التشريعات المقارنة قد سبقتنا إلى إدراج هذه المرحلة المهمة والحساسة في الوقت ذاته ضمن قوانينها، نذكر أهمها على سبيل المثال لا الحصر التشريع الفرنسي، الذي ضمنها في تعديله الأخير للقانون المدني تحت مسمى قانون العقود الفرنسي الجديد، الصادر بالمرسوم رقم 2016-131<sup>2</sup>.

ويحوز موضوع المفاوضات ما قبل التعاقدية على أهمية بالغة يمكننا ذكرها فيما يلي:

تعتبر مرحلة التفاوض على العقد من أهم المراحل التي تسبق إبرام العقد وأكثرها خطورة وحساسية، من حيث أنها تتطوي على اقتراحات ومناقشات ومساومات وكذا مراسلات ومحادثات، وقد تتعداها إلى التقارير الفنية أو الاستشارات القانونية التي تستدعي الاستعانة بالمتخصصين، فهي تقدم تصورا عن العقد المراد إبرامه قصد صياغته في أفضل الأشكال

<sup>1</sup> وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، على الموقع [www.bibliotdroit.com](http://www.bibliotdroit.com)، 05-11-2023

على الساعة 13:20.

<sup>2</sup> L Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

لتحقيق مصلحة أطرافه، إضافة إلى توضيح حقوقهم والتزاماتهم، وكذلك قد تزيل الإبهام عن المشكلات القانونية التي تثار بشأن العقد<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه من خلال مرحلة المفاوضات يتم الإعداد والتحضير للعقد محل التفاوض، بالوقوف على جل جوانبه المالية والفنية وكذا القانونية مع التركيز على الصعوبات المتوقعة أثناء تنفيذه، والعمل على إيجاد الحلول المناسبة لها، كما تتيح الفرصة للمتعاقد للتعرف على الطرف الآخر المتعاقد معه، وذلك عبر توضيح قدراته المالية وكفاءاته الفنية<sup>2</sup>.

كما تحوز مرحلة التفاوض على العقد أهمية بالغة لاسيما من حيث تحديدها لحقوق أطرافها، والسعي لحمايتهم بهدف إضفاء التوازن على العقد، وتجنبنا للاختلالات التي قد تطرأ خلال هذه المرحلة، فالتوازن العقدي هو الهدف الأسمى من العملية التعاقدية، والمقصد الأساسي الذي تسعى إليه مختلف التشريعات القانونية لأنه مرتبط ارتباطاً لزوم بالعدالة<sup>3</sup>.

وقد أضحت العقود أكثر تعقيدا و أهمية وذلك مرده إلى العولمة، وغالبا ما يرتبط ذلك بكونها تتركب من مزيج من العقود المسماة وغير المسماة التي تتكون بدورها من عديد البنود التي تبرز شروط تنظيم أو إدارة التفاوض، أو حتى إعادة التفاوض مما أوجب على الأطراف دراسة العقد ومناقشته من جميع جوانبه، بغية الوصول إلى اليقين القانوني، وذلك قد يتطلب فترة طويلة من المفاوضات، وهذا التعقيد قد يكون مرده أصالة المشروع أي أنه غير منصوص عليه في القانون المدني، أو تعدد العقود، فتهدف المفاوضات لتقديم أكبر قدر من المعلومات عنها، وزيادة عن هذا قد يتعدد الأطراف فبعض العقود قد تجمع عدد كبير من المشاركين مما يساهم في تعقيدها.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، فرع حقوق، قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2006، ص 2.

<sup>3</sup> هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، عدد 34، ج 03، سنة 2019، ص 135.

فضلا عن هذا كله يمكن للمفاوضات أن تضمن تفسيراً أفضل للعقد من قبل القاضي، لأن هذا الأخير يرجع لإرادة الأطراف ونواياهم المشتركة من مرحلة المفاوضات إلى إبرام العقد، فقد تحتوي على أدلة تسمح بتوضيح المسائل الغامضة في العقد، اعتماداً على سلوك الأطراف أو مراسلاتهم أو مستنداتهم الصادرة خلال هذه المرحلة.

ننوه كذلك لأن مرحلة ما قبل التعاقد تعد أفضل فرصة للإعداد للعقد وحل الخلافات التي قد تنشأ بينهما مستقبلاً، والاتفاق على طريقة تسويتها، فهي تلعب دوراً وقائياً عبر مناقشة المفوضين لمعظم المشكلات المتوقعة حدوثها، وتهدد إبرام العقد النهائي أو عدم تنفيذه فاليقظة التي تسود هذه الفترة تجنب العديد من النزاعات اللاحقة.<sup>1</sup>

ولا شك في أن خطوة مرحلة التفاوض مردها ما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد، وما يترتب من جرائها من مشاكل قانونية عديدة، منها ما يرتبط بالإخلال بالالتزامات الوارد تحديدها في هذه المرحلة، ومن جهة أخرى ما يتعلق بنطاق ونوع المسؤولية المترتبة عن ذلك، والتي تنشأ على الطرف الذي تسبب في عدم بلوغ الغاية من التفاوض، وإبرام العقد الذي كان يصبو إليه أطراف العلاقة التفاوضية.<sup>2</sup>

فقد أضحت مشكلة قطع المفاوضات من أبرز المشكلات والأكثر شيوعاً وانتشاراً في الحياة اليومية، ويكمن جوهرها في الفراغ التشريعي في العديد من القوانين ومن ضمنهم المشرع الجزائري، لعدم تنظيمهم الطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة الحساسة، تاركين المسألة لاجتهاد الفقه والقضاء، وفي هذا الصدد لا بد من إقامة نوع من التوازن بين مبدأ الحرية من جهة والمسؤولية من جهة أخرى، وهو ما يفضي إلى تحقيق استقرار المعاملات ومعرفة واجبات وحقوق كل طرف في المفاوضات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Mahmoud Elshahly, op.cit, p13 , 14.

<sup>2</sup> جهاد محمود عبد المبدى، التراضي في تكوين عقود التجارة الالكترونية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، سنة 2016، ص 53.

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 13.

زيادة على ما سبق ذكره فقد تحدد مرحلة المفاوضات بشكل جلي وسائل تسوية الخلافات والمنازعات التي قد تنشأ بين أطرافها في المستقبل، وغيرها من المسائل الحيوية المرتبطة ارتباطا وثيقا بالعقد<sup>1</sup>.

هذا دون أن نتغاضى عن الأهمية البالغة التي تحوزها العقود التمهيدية التي تقع قبل العقد النهائي وتحضر له، يبرمها الأطراف قبل هذا الأخير فتعد عقودا مرحلية يسعون من خلالها إلى الوصول للعقد النهائي وبلوغه، فهي تلحق مرحلة التفاوض وتسبق مرحلة التعاقد<sup>2</sup>. نهدف عبر دراستنا هذه إلى محاولة إيجاد نظام قانوني مواكب للمستجدات، عبر بحث المرحلة التفاوضية التي تسبق إبرام العقد وتحديد معالمها بدقة، وما يتخللها من تعهدات واتفاقات أولية، وتحقيق الغاية المرجوة من المفاوضات، والمشكلات التي يثيرها الموضوع في مسألة الفصل بين مرحلة التفاوض والعقد، إضافة إلى التطرق للمفاوضات في العقود التقليدية والحديثة، مع التعرّيج على العقود التمهيدية اللاحقة للتفاوض، وكذلك البحث في طبيعة المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات وموقف المشرع الجزائري منها، عبر التنقيب في التشريع والعرف والقضاء وكذا الفقه، وبحث المسألة في بعض القوانين المقارنة، لاسيما القانون الفرنسي في تعديله الجديد لعام 2016، مع تدعيم موضوعنا بأحدث الدراسات والاجتهادات القضائية، وبالأخص من المحاكم الأجنبية لكونها شبه نادرة في القضاء الجزائري.

كذلك نعرض على أهم الدراسات السابقة التي تقترب من موضوعنا، منها أطروحة الأستاذ معمر بوطبال التي وردت بعنوان: "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية" بحيث ركزت الدراسة على مرحلة المفاوضات في العقود الدولية في حين لم تتطرق للعقود المدنية، إضافة إلى أطروحة الدكتوراه للباحث جيلالي محمد التي وردت بعنوان: "أحكام التفاوض في العقود المدنية" فتناولت مرحلة المفاوضات في العقود المدنية بصفة شاملة،

<sup>1</sup> جهاد محمود عبد المبدى، المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 317.

في حين أنها لم تركز كثيرا على موقف المشرع الجزائري منها ولم تتطرق للعقود التمهيدية اللاحقة للتفاوض، على غرار عقد الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل والعقد الابتدائي، هذا دون الاغفال عن رسالة الماجستير للأستاذة براهيمية التي وردت بعنوان: "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد" والتي ركزت بصفة خاصة على الواجبات والالتزامات الواجب التحلي بها أثناء الفترة التي تسبق التعاقد، هذا وقد تطرقت دراسة الأستاذة بن أحمد صليحة في رسالتها المقدمة لنيل درجة الماجستير لجزء من دراستنا والمتعلق بالمسؤولية خلال فترة المفاوضات حيث جاءت بعنوان: " المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات".

كل هذه الدراسات اطلعنا عليها وأدرجناها في بحثنا هذا، ساعين في ذلك لتدارك النقائص، والإحاطة بالجوانب المهمة في أطروحتنا والتي لم تشملها الأعمال السالفة الذكر.

وعليه تطرح دراستنا في هذا الصدد إشكالية رئيسية تتمثل في ما مدى كفاية القواعد التقليدية الموجودة في القانون المدني في الإحاطة بمرحلة المفاوضات؟ وتنبثق عنها إشكاليات فرعية أبرزها: ما هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة التعاقد؟ ما هي الطبيعة القانونية للمستندات التي يتم تبادلها أثناء فترة المفاوضات؟ فيم تتجلى التزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات؟ وما نوع المسؤولية المدنية التي تترتب عن هذه المرحلة؟ وما تكييف المشرع الجزائري لها؟

وفي خضم معالجتنا للموضوع وسعيا للإجابة عن هذه الإشكاليات، اعتمدنا على كل من المنهج الوصفي، وذلك عبر إتباع طريقة علمية نعرض بها مشكلة الدراسة بأبعادها الحقيقية، مع دراسة جميع جوانبها، من عرض وصفي للنصوص التشريعية، وكذا الأحكام القضائية والآراء الفقهية التي جاءت في موضوع بحثنا.

وكذلك المنهج التحليلي من خلاله تقوم الباحثة بتحليل مرحلة التفاوض، والمسؤولية المترتبة عنها في حالة عدم تنويعها بالنجاح، حتى نتوصل إلى الحل الأمثل الذي يتوافق مع الواقع العملي، عبر دراسة القواعد العامة وتحليلها، مع حصر الآثار التي تولدت عن تطبيق

تلك القواعد، هذا دون الإغفال عن تحليل المواد القانونية وشرحها، لاسيما تلك التي تعلق بموضوع الدراسة وجزئياتها، وتضمنت إشارة إلى مرحلة التفاوض.

إضافة إلى المنهج المقارن الذي اعتمدنا عليه لعرض نماذج من النصوص القانونية والآراء الفقهية من القوانين المقارنة، لاستحالة أن يكون القانون الجزائري جامعا ومانعا لمرحلة التفاوض وللمسؤولية المترتبة عنها، وسعينا للوقوف على رأي هذه التشريعات وموقفها من موضوع دراستنا، وسلطنا الضوء على تعديل القانون الفرنسي الجديد لعام 2016، لكونه قد أسقط الضوء على موضوع دراستنا بصفة مباشرة، عبر تنصيبه على مرحلة المفاوضات التي خصص لها مواد مستحدثة فيه.

وفي سبيل الإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه ارتأينا تقسيم دراستنا إلى بابين وتقسيم كل من البابين إلى فصلين وردت كما يأتي:

**الباب الأول:** التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام.

وقد قسمناه إلى فصلين تناولنا في **الفصل الأول:** التفاوض على العقد.

وفي **الفصل الثاني:** القيود الواردة على حرية التفاوض.

وقد عنونا **الباب الثاني** العقود التمهيدية والمسؤولية المترتبة عن المفاوضات.

الذي ارتأينا بدوره تقسيمه إلى فصلين:

**ورد الفصل الأول:** تحت عنوان: العقود التمهيدية.

**أما الفصل الثاني** عنوناه ب: المسؤولية المترتبة عن المفاوضات.

وقد واجهتنا إثر إعداد هذا البحث عدة صعوبات أبرزها ضيق الوقت المخصص لإعداد الأطروحة، في ظل ندرة المراجع الجزائرية والعربية التي تتناول موضوع المفاوضات على الرغم من كونه موضوع الساعة، إضافة إلى قلة الدراسات فيه، وفي المسؤولية المترتبة عن هذه المرحلة المهمة التي تسبق التعاقد، هذا زيادة على محدودية الاجتهادات القضائية في القضاء الجزائري حول مسألة المفاوضات، مما دفعنا إلى اللجوء للمراجع والاجتهادات الأجنبية التي استغرقت منا مسألة ترجمتها إلى اللغة العربية وقتا ليس بالهين.



## الباب الأول

التصرفات التفاوضية بين الحرية

التعاقدية وقيود الالتزام

## **الباب الأول:**

### **التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

تهدف المفاوضات أساسا إلى محاولة تقريب وجهات النظر بين أطرافها، ومن الواضح أن أهميتها تتضح بإنشاء آلية مناقشة لتحديد إطار مادي وإجرائي يوضح حقوق والتزامات المتفاوضين، وحتى تسمح بإعداد العقد المقترح في أفضل الأشكال، لا بد أن يكون ذلك متوافقا مع الحرية التعاقدية، إضافة إلى مراعاة مجموعة من المبادئ والالتزامات التي تسابقت التشريعات إلى تدوينها<sup>1</sup>، إلا أن التشريع الجزائري لم يحذو حذو التشريعات المعاصرة، التي ضمنتها في قوانينها ولم ينص عليها بصفة صريحة في القانون المدني، مكتفيا بالمراحل التالية لإبرام العقد إضافة إلى ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني، والتي اكتفت هي الأخرى بالإشارة إلى مرحلة المفاوضات بصفة ضمنية، عبر نصها على تنفيذ كل طرف في العقد لالتزاماته بحسن نية طبقا لما اشتمل عليه، وقد اغفل التطرق للمفاوضات السابقة للتعاقد وسائر الالتزامات التي تحكمها، رغم بالغ الأهمية التي تحوزها، فقد اعتبرها مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم، مما يضيفي على هذه المرحلة نوعا من الريبة والتردد والشك واللامن، ويفضي ذلك أيضا إلى تعريض مسلكها لمجموعة من العقوبات قد ينتج عنها هدر للحقوق<sup>2</sup>، وفي ظل هذا القصور التشريعي سعينا للبحث في قوانين متفرقة، عبر تحليل نصوصها وذلك من خلال الحديث عن التفاوض على العقد الذي خصصنا الفصل الأول لإبراز مختلف معالمه، بينما سعينا لتوضيح القيود الواردة على حرية التفاوض وذلك في الفصل الثاني من دراستنا هذه.

<sup>1</sup> Mahmoud Elshahly, op.cit, p 31.

<sup>2</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 8.

## **الفصل الأول:**

### **التفاوض على العقد**

أضحت المفاوضات ما قبل التعاقدية خطوة ضرورية وبالغة الأهمية، لما تحمله في طياتها من تحديد لمعالم العقد المستقبلي، وغالبا ما تكون سابقة لعقود كبيرة تتسم بالتعقيد في عالم الأعمال، فهي من أنجع الأدوات التي يلجأ لها المفاوضون، بهدف الوصول لحلول مرضية لهم بشأن أهم قضاياهم، كتحديد السعر وخطوات التنفيذ وغيرها من الأمور المهمة<sup>1</sup> ولذلك ومن أجل فهمها أكثر وبشكل أفضل، وسعيا لإزالة الغموض الذي يكتنفها بات من الضروري تحديد مفهومها عبر البحث في القوانين الجزائرية والآراء الفقهية وأحدث التشريعات التي حملت في طياتها مفهوما لمرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقود .

لذلك ارتأينا أن تكون دراستنا في هذا الفصل تلم بماهية المفاوضات ما قبل التعاقدية عبر إبراز مفهومها والسعي لتحديد نطاق التفاوض وحدوده القانونية.

نصبو كذلك للحديث عن الحرية التعاقدية، لما تحوز عليه من أهمية كبرى في مرحلة المفاوضات، من خلال التفصيل في مدى تطرق المشرع الجزائري لها، ويقودنا ذلك للتدقيق فيها من خلال إبراز جميع جوانبها: من حرية في التفاوض وعدم التفاوض، والحرية في اختيار الطرف المتفاوض معه، دون أن نغفل عن التطرق لحرية قطع التفاوض كأصل عام، هذا وننوه كذلك إلى إلزامية وضرة التنصيص عليها في القانون المدني.

ويكون هذا في مبحثين نعنونهما ب:

المبحث الأول: ماهية المفاوضات.

المبحث الثاني: الحرية التعاقدية كأساس للمفاوضات.

---

<sup>1</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p33.

## **المبحث الأول:**

### **ماهية المفاوضات**

إن رسم معالم المفاوضات يستدعي منا الإحاطة بماهيتها، وذلك لا يكون إلا عبر توضيح مفهومها وتحديد نطاقها، هذا مع ضرورة التعرّيج على الدور الفعال الذي تلعبه في تحقيق التوازن العقدي، نقسم ذلك إلى ثلاثة مطالب نخصص المطلب الأول لمفهوم المفاوضات، بينما نعنون المطلب الثاني بـ: نطاق التفاوض، أما المطلب الثالث فنتطرق فيه لدور المفاوضات في تحقيق التوازن العقدي.

#### **المطلب الأول: مفهوم المفاوضات.**

لم يعرف المشرع الجزائري المفاوضات عبر مختلف قوانينه، رغم الأهمية البالغة التي تكتسيها وبالمبحث في التشريعات القانونية المقارنة لا نجد نصا قانونيا واضحا يعرف فترة المفاوضات، مما يدفعنا إلى التنقيب في الفقه لنحاول إيجاد تعريف مناسب وشامل لها، وهو ما نستعرضه في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنتطرق فيه لأهم السمات التي يمتاز بها التفاوض ونفرق فيه بين هذا الأخير وما يشته به.

#### **الفرع الأول: تعريف المفاوضات.**

تتعدد التعاريف التي تخص التفاوض وتتباين بين تلك التي تعرفه على عمومه، وتلك التي تتعلق بالعقود فحسب نذكر فيما يأتي أبرزها:

حيث تعرف المفاوضة عموما بأنها: " تبادل وجهات النظر من خلال الاتصال أو التشاور أو تحاور بين طرفين أو أزيد، للتوصل إلى إبرام عقد ما، إضافة إلى ذلك

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

فليس لها شكل معين يتبع إلزاميا فقد تتم بتبادل المذكرات المكتوبة أو قد تتم شفاهة، كما قد تجري في شكل مقابلات شخصية، أو بين أطراف حاضرين أو عن طريق المراسلة<sup>1</sup>.

وهناك من عرف التفاوض بأنه: " حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض أو المقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل"<sup>2</sup>.

وكذلك يعرف التفاوض بأنه: " النشاط الذي يتضمن مشاركة طرفين أو أكثر ( أفراد، مجموعات، وفود )، في إطار السعي لإيجاد حل مرضي غير عنيف لقضية تهم الطرفين، مع الأخذ بعين الاعتبار واقع كل منهما"<sup>3</sup>.

ويمكن تعريف المفاوضات السابقة على التعاقد بأنها: " الفترة التي يجتمع خلالها شخصان أو أكثر للنظر في تنفيذ المشروع الذي سوف يتحقق من خلال إبرام العقد، ويمتاز هذا الإجراء بوجود تبادل المقترحات بين الشركاء، ووجود هذه المبادلات يؤدي إلى تمييز المفاوضات ما قبل التعاقدية عن تكوين عقود الإذعان"<sup>4</sup>.

وتعرف كذلك المفاوضات بأنها: " عبارة عن فترة تسبق العقد تمنح الطرفين مهلة للتفكير في إطار الحرية التعاقدية تتكون من تبادل للمقترحات والمقترحات المضادة التي تتعلق بالعقد المخطط له"<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص 54، 55.

<sup>2</sup> بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 89، 90.

<sup>3</sup> طارق الياس، التفاوض، أحصل على ما تريد، مركز الخبرات المهنية للإدارة بميك، ط1، القاهرة، مصر، سنة 2017، ص 21.

<sup>4</sup> Aurelia piacitelli-guedj, Le Droit international privé des négociations précontractuelles, Thèse de doctorat, Droit. International, Université Paris 11, 2012. Français, hal open.science, Submitted on 5 Apr 2022, p 33.

<sup>5</sup> Joanna Schmidt, La période précontractuelle en droit français. In: Revue internationale de droit comparé, Vol. 42 N°2, Avril-juin1990, Etudes de droit contemporain, p 546.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

كذلك تم تعريف المفاوضات من طرف جانب آخر من الفقه بأنها: "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية، بتبادل الاقتراحات والمعلومات والدراسات الاقتصادية، والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما بقصد الوصول إلى صياغة علاقتهما التعاقدية، تكفل التحديد الدقيق لحقوق والتزامات كل منهما في المستقبل لتحقيق مصالحهما المشروعة بأفضل النتائج"<sup>1</sup>.

وفي تعريف فقهي آخر ذكر أنها: "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه، للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما"<sup>2</sup>.

كذلك يصطلح على المفاوضات بفترة ما قبل التعاقد التي يشير مفهومها بشكل عام إلى فكرة الزمن الذي قد يتم تحديده كما قد لا يتم ذلك، وهو أمر غير دقيق لفترة ما قبل التعاقد ليست هي مرحلة المفاوضات وهو ما نسعى لتوضيحه في مقامنا هذا.

فترة ما قبل التعاقد كما تشير الكلمة هي الفترة التي تسبق العقد النهائي، وهي عملية يحاول فيها الطرفان التوصل إلى اتفاق من أجل إبرام العقد المخطط له.

و بالرجوع للمذهب الفرنسي وفقا للبروفيسور Mazeaud فإن "هذه الفترة ليست فقط مجموعة الوقائع والأفعال التي تسبق تطابق الإرادتين من إيجاب وقبول أو حتى المفاوضات البسيطة ولكن أيضا تلك العقود التي تنشأ بشكل أو بآخر عبر توافق الإرادتين للوصول إلى العقد النهائي"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> هلاير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2012، ص 132، 133.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة 2010، ص 25.

<sup>3</sup> Tiré de Mahmoud Elsehly, op.cit,p 18.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وبالتالي فترة ما قبل التعاقد هي فترة استكشافية يتبادل من خلالها المتعاقدون المستقبليون وجهات نظرهم وصياغتهم، ومناقشة المقترحات التي يقدمونها لبعضهم قصد تحديد محتوى العقد، فيعدون بذلك للعقد المستقبلي.

وجدير بنا التنويه إلى أن المصطلح المستخدم للإشارة لفترة ما قبل التعاقد يعد مصطلحا فضفاضاً وواسعاً "La période précontractuelle" فمفهوم الفترة التي تسبق التعاقد يشمل المرحلة التحضيرية للعقد من مفاوضات ومحادثات إضافة إلى تلك العقود الجزئية التي يتم إبرامها أثناء التفاوض، وكذلك العقود التمهيدية والابتدائية الأولية التي تكون لاحقة للتفاوض، وبالتالي قد نقع في لبس وخط يثير العديد من المشاكل القانونية، وبغية تجنب ذلك لابد من ضبط المصطلحات حتى يتضح الأمر بشكل جلي، لفترة ما قبل التعاقد أوسع من فترة المفاوضات ولذلك لابد لنا من توظيف مصطلح " المفاوضات قبل التعاقدية"،

"La négociation précontractuelle" عوض استعمال المصطلح الواسع والفضفاض "مرحلة ما قبل التعاقد"<sup>1</sup> فهو مصطلح مضبوط، يعبر بصفة دقيقة عن مرحلة المفاوضات.

ف فكرة المفاوضات لم ينظمها المشرع في القانون المدني الجزائري، وقد أدى صمت القانون المدني للتخلي عن هذه الفكرة، لأنه يعتبر أن إبرام العقد يكون لحظياً فلا توجد فترة مفاوضات تسبق التعاقد.

وبناء على ما سبق يمكننا القول أن فترة المفاوضات ليست مجرد إطار زمني، إنما تمثل رحلة المفاوضين وسعيهم نحو إبرام العقد النهائي ويمكن أن تتخللها عقود جزئية<sup>2</sup>، الغاية منها تنظيمها وهيكلتها وتأمينها لذا فهي فترة تمهد وتحضر لإبرام العقد النهائي، والعقد التحضيري يشكل الآداة التي يتم بها ذلك.

---

<sup>1</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit,p 18, 19.

<sup>2</sup> هي عبارة مستندات تشكل عقود أولية يتم تبادلها عند قبول الدعوة للتفاوض، الغاية منها إضفاء الصبغة الرسمية على فترة المفاوضات، منها خطاب النوايا، والعقد الإطار، واتفاقات المبادئ، والعقد الجزئي.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

وعليه فمرحلة المفاوضات تعد فترة تمهيدية للعقد، تتميز بغياب اليقين القانوني لأسباب اقتصادية وقانونية، ولذلك يخلق العقد التحضيري رابطاً قانونياً ملزماً بين أطرافه الذين لا يرغبون في إعادة التفاوض<sup>1</sup>، على النقاط التي تم الاتفاق بشأنها، وبالتالي بوسع المتفاوضين تحديد النتائج التي تم التوصل إليها في عقد تحضيري، تشكل خطوة متقدمة نحو إبرام العقد النهائي.

وحتى نكون أكثر دقة فالمفاوضات هي مرحلة تمهيدية للعقد، تبدأ بالدعوة للدخول في المفاوضات، ويكون مآلها إما بإنهاء المفاوضات ودياً أو تعسفياً أو بإبرام عقد تحضيري أو عقد نهائي<sup>2</sup>.

### **أولاً: عوامل النجاح في المفاوضات.**

هناك عدة عوامل تجتمع فيما بينها لتتوج بمفاوضات ناجحة، وتصل إلى الهدف المنشود المتمثل في إبرام العقد النهائي، ومن أبرز هذه الأسباب والعوامل نذكر ما يأتي:

**أ- حسن الإعداد لمرحلة التفاوض.**

وذلك لا يتأتى إلا عبر تحضير الموضوعات التي يتم طرحها للتفاوض، والتي يصطلح عليها بـ " القضية التفاوضية " ولا بد من تحديد الأهداف ووضع الأولويات وترتيبها بصفة جيدة زيادة على التخطيط الحسن لسير العملية التفاوضية، ولا يمكن تحقق ذلك إلا إذا

---

<sup>1</sup> شرط إعادة التفاوض هو شرط يدرجه المتعاقدان في عقود التجارة الدولية لمواجهة التغيرات التي تطرأ وتؤدي لاختلال التوازن العقدي، ويعرف بأنه: " هو ذلك الشرط المدرج في اتفاق بين الطرفين في العقود التي يمتد تنفيذها على مدى عدة سنوات أو لفترة غير محددة يسمح بمقتضاه لكلا الطرفين بإعادة التفاوض ( التفاوض من جديد ) عندما تقع حوادث ذي طبيعة اقتصادية أو تكنولوجية تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بشكل خطير " .

الغاية منه إعادة التوازن العقدي، فهو ينشأ اتفاقاً لسد النقص التشريعي في الدول التي لا تأخذ بنظرية الظروف الطارئة، على غرار فرنسا التي كانت متمسكة بالقوة الملزمة للعقد ولا تسمح للقضاء بتعديل العقد، إلى غاية تعديلها للقانون المدني لعام 2016 فورد النص عليه ضمن المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي الجديد.

رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة السادات، مصر، مجلد 7، عدد 02، ديسمبر 2021، ص 07، ص 13.

وعليه فهذا الشرط لا يندرج ضمن مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit,p, 20, 21, 22.



## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

كان واضحا ومختصرا ودقيقا، يحمل في طياته رغبة في التعرف إلى الطرف المفاوض الآخر، والإحاطة بطرق تقديم العروض والسييل إلى التفاوض عليها، كل هذا تقاديا للمنازعات والإشكالات التي تنجم عن هذه العملية ولاسيما وقت تنفيذ العقد، فكلما كان الإعداد بصفة جيدة تحقق التوازن العقدي وتحققت معه مصالح الطرفين.

وتحقيقا لما سبق ذكره في إطار التحضير الجيد لابد من وضع جدول للأعمال، تحدد فيه عناصر التفاوض والآليات التي يتم اللجوء إليها، حتى يتم خلق الجو المناسب واختصار الوقت عبر تجهيز المستندات والأوراق والحجج، وتحديد الحد الأدنى الذي يرجى تحقيقه من هذه العملية إضافة إلى تجميع المعلومات المهمة وتحديد مختلف النقاط التي يتم الاتفاق فيها وكذلك نقاط الخلاف التي يتوقع أن تحدث، وكيفية مواجهتها زيادة على تلك المسائل التي بوسع المتفاوض أن يتنازل عنها، وخلق البديل في حالة فشل المفاوضات عبر إيجاد إستراتيجية تفاوضية تحكم السلوك التفاوضي في إطار يتم تحديده بصفة مسبقة<sup>1</sup>.

### **ب- التحكم الجيد في إدارة العملية التفاوضية.**

يتحقق التحكم الجيد في إدارة عملية المفاوضات عبر المرونة والقابلية للتطور واكتساب الخبرات الجديدة، فالمفاوض لابد له أن يتسم بشخصية مرنة يقبل التطور مع المتطلبات الحضارية، ولا ينغلق على فكر ضيق، فالمفاوض المرن بإمكانه التكيف مع طبيعة الحوار في المفاوضة، حتى يحقق الهدف المرجو زيادة على اكتسابه لخبرات جديدة باستخدام أساليب حديثة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 93، 94.

<sup>2</sup> خالد سليمان، التسويق..فن التحدث والتفاوض والإقناع، وكالة الصحافة العربية، الجزيرة، مصر، سنة 2022، ص 159.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

هذا دون أن نغفل على قدرة المفاوض على التأثير والإقناع<sup>1</sup>، فكلما حاز على درجة عالية من التأثير في من يتناقش معهم عبر مستوى رفيع من الإقناع مستعينا بحجج دامغة فبإمكانه تحقيق النجاح، وذلك في إطار الكياسة والأخلاق العالية، عبر طلاقته في الحديث ولباقته في إدارة الحوار، وحسن اختيار الألفاظ والعبارات التي تعكس رغبته الصادقة في الوصول إلى الهدف من التفاوض، زيادة على اتصافه بالقدرة على الاستماع الجيد<sup>2</sup>.

### ج- التمتع بأخلاقيات التفاوض.

لا مناص من تمتع المفاوض بأخلاقيات عالية فهي من المبادئ الجوهرية في العملية التفاوضية لكون التفاوض عملية إنسانية اجتماعية في المقام الأول، تتطوي تحت مظلة علاقات ومصالح مشتركة بين المتفاوضين، فلا بد من تقادي الأساليب التفاوضية التي تتضمن الخداع والمناورة والتعسف، على الرغم من شرعيتها ولكن يجب أن لا تكون كسمة رئيسية للتفاوض، لكون المتفاوض واجهة تعكس وترسم الجهة التي يمثلها أمام أعين الطرف الآخر فهو واجهتها وصانع صنعتها<sup>3</sup>.

هذا دون أن نغفل عن تحلي المتفاوض بالواجبات والالتزامات التي تفرضها عملية المفاوضات من التزام بحسن النية، وما يقتضيه هذا المبدأ من إخلاص وأمانة وحفظ الأسرار

---

<sup>1</sup> قد يتم اللجوء في بعض العقود إلى المفاوضات بالاستعانة بفريق تفاوضي نظرا لقدراته الكبيرة التي تأتي كمحصلة لتفاعل جميع قدرات الأعضاء، ومنبع هذه الأهمية هو من حقيقة أن المفاوضات غالبا ما تتضمن ثلاثة أدوار مهمة للمفاوض وهي دور المتحدث ودور المقرر أو المسجل ودور الموجه، ويصعب على شخص واحد أن يقوم بكافة هذه الأدوار وينجح فيها، حاج سليمان خراوع هند، محاضرات تقنيات التفاوض الدولي، مطبوعة محاضرات مقدمة لطلبة السنة الثالثة تجارة دولية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم التجارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2021-2022، ص 35.

<sup>2</sup> خالد سليمان، المرجع السابق، ص 159.

<sup>3</sup> محمد الفاتح محمود بشير المغربي، السلوك التنظيمي، كتاب رقمي منشور من طرف Modern Academy for univer، <https://books.google.dz> سنة 2018، ص 92.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التي يطلع عليها أثناء عملية التفاوض، زيادة على عدم إجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر بشأن نفس الصفقة<sup>1</sup>، كل هذا سنفصل فيه في أطروحتنا هذه، خلال الفصل الثاني<sup>2</sup>.

### ثانياً: تقنيات إجراء التفاوض.

يتم ذلك عبر إجراءاته بشكل مباشر أي وجها لوجه أو عبر وسيط، وكذلك قد يتم عبر المراسلة ونحوها<sup>3</sup>، سنسعى لتوضيح كيفية إجراء التفاوض في ما يلي:

#### أ- التفاوض مابين حاضرين:

ينعقد التفاوض في مكان معين في جميع الأحوال، وعلى إثر ذلك فهو يتأثر بالبيئة التي تحيط به، فقد تتم العملية التفاوضية عن طريق الاتصال المباشر، بحيث لا توجد فترة زمنية بين صدور كلام أحدهما وعلم الطرف الآخر، ويتحقق هذا النوع من التفاوض بأحد الأسلوبين: إما باجتماع الأطراف في مكان واحد، أو أن يكون بينهما اتصال عبر وسائل التواصل الحديثة رغم اختلاف مكان تواجدهما، وسنبين ذلك في ما يأتي:

#### 1- التفاوض وجها لوجه.

يتم التفاوض وجها لوجه عندما يجلس الطرفان المتفاوضان على طاولة مفاوضات واحدة، قد تتخذ عدة أشكال مستديرة كانت أو مستطيلة أو شكلا آخر، ويكون أول ما يتفاوضون حوله، هو مكان إجراء المفاوضات، فهو يؤثر عبر ما ينجم عنه من أثر ايجابي أو سلبي عليهم، وفي العادة تبدأ بمكان تواجد أحد الطرفين، ثم تنتقل إلى مكان الطرف الآخر لإتمام العملية التفاوضية، كما قد يقع الاتفاق على مكان محايد، أو أي مكان يريانه مناسباً.

<sup>1</sup> هلدیر أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 133.

<sup>2</sup> أنظر: الفصل الثاني من الأطروحة الذي جاء تحت عنوان: القيود الواردة على حرية التفاوض، ص 149.

<sup>3</sup> هلدیر أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 134.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وإجراء التفاوض وجها لوجه، من أهم ميزاته وإيجابياته أنه يمكن المتفاوضين من التعرف على بعضهم أكثر، كما يساهم في كسر الجمود بين الأطراف المتفاوضة.

### 2- التفاوض عن طريق الهاتف.

نص المشرع الجزائري على التعاقد عبر الهاتف ونحوه من خلال إدراج ذلك في **المادة 64** من القانون المدني السالف الذكر، والتي جاء فيها: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه، إذا لم يصدر القبول فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل..."

بناء على ما سبق فإن التعاقد عبر الهاتف له حكم التعاقد بين حاضرين، فعلى الرغم من اختلاف الأماكن المتواجد بها المتعاقدون، إلا أن التعاقد يتم في الوقت الذي يتسلم فيه الموجب الرد بالقبول، وفيما يتعلق بمكان التعاقد ففي هذه الحالة يتحدد في المكان الذي يصدر فيه القبول الذي يوافق الإيجاب، فهو تعاقد بين غائبين في المكان وحاضرين في زمن انعقاد العقد، وعليه فتحديد مكان انعقاد العقد في هذه المسألة يتم وفقا لقواعد التعاقد بين غائبين عبر الهاتف لا تجمعهما دولة مشتركة، فيعد التعاقد بالهاتف في المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، وهو ذات الأمر الذي يتم في التعاقد بين غائبين<sup>1</sup>، الذي نصت عليه المادة 67 من القانون المدني.

ومن عيوب هذا النوع من التفاوض، عدم كفايته للتعرف على الطرف الآخر بالقدر المطلوب، إضافة إلى تميزه بنوع من الجمود والتوتر، ونظرا لذلك يتم اللجوء إليه غالبا في المعاملات البسيطة، وبين الأطراف الذين سبق لهم معرفة بعضهم من قبل.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني المرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 53، 54.

### 3- التفاوض عن طريق الشبكة العنكبوتية.

يستخدم عليه كذلك التفاوض الإلكتروني، أو التفاوض عبر الانترنت فهو أكثر حداثة من السابق، كما أنه نتاج عن السرعة التي يمتاز بها عصرنا هذا، وسعياً لمواكبتها ظهرت مختلف خدمات الانترنت، خصوصاً ما تعلق منها بإبرام العقود ذات الطابع المدني والتجاري، ويتم عرض السلع والخدمات عبر المواقع الافتراضية، مما استدعى تزامناً مع ذلك ظهور المفاوضات بهذا الشأن، والتي لا تختلف كثيراً عن نظيرتها التي تجري وفقاً للأوضاع العادية، إذ تحوز على نفس الأهمية<sup>1</sup>، ومن مزاياها توفير الزمن و النفقات من خلال رسائل البيانات التي يتبادلها الطرفين أو الأطراف عبر الانترنت<sup>2</sup>.

ويعرف التفاوض الإلكتروني بأنه: "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء أو المساومة بالتفاعل بين الأطراف من خلال الاتصال المباشر أو تبادل البيانات إلكترونياً عبر البريد الإلكتروني، وذلك من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو مشكلة ما"<sup>3</sup>، ولكن تنشأ بشأنها العديد من المشاكل، كاختلاف اللغة أو الإثبات إضافة إلى تنازع القوانين والاحتيايل والقرصنة وغيرها<sup>4</sup>.

ولعل أبرز هذه المشاكل معضلة أمن المعلومات، فلا بد من التأكد من هوية المتفاوضين، وفي هذا الصدد نجد المشرع الجزائري قد اشترط لقبول الإثبات الإلكتروني إلزامية

<sup>1</sup> بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 95.

<sup>2</sup> محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2011، ص 48.

<sup>3</sup> معزوز دليلة، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مجلد 05، عدد 01، سنة 2020، ص 284.

<sup>4</sup> بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 96.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التأكد من هوية مصدره، وأن تكون الوسائط الالكترونية مؤتمنة<sup>1</sup>، وهو ما تجلّى من خلال المادة **323 مكرر 1** من القانون المدني السالف الذكر<sup>2</sup>.

فقد تضمن نص المادة السالفة الذكر التأكيد على التساوي في الإثبات بين كل من الكتابة في الشكل الالكتروني، والكتابة على الورق فهي تظاهيها من حيث الأثر والفعالية، ولكن ذلك مرهون بالتأكد والتحقق من هوية مصدر المحرر والتوقيع الالكتروني، ناهيك عن حفظها في ظروف ملائمة تضمن سلامتها<sup>3</sup>.

### **ب- التفاوض بين غائبين.**

يقصد به أن يجري التفاوض بين طرفين كل منهما في مكان مختلف، حيث تفصل فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة من أحدهما وعلم الآخر به، ويجري ذلك عن طريق رسول دون أن تثبت له صفة النيابة، أو بتبادل البرقيات أو الفاكس، كما قد تجري هذه العملية بصفة مختلطة، حيث يتم جزء منها بطريقة مباشرة، والجزء الآخر عن طريق المراسلات وتبادل الخطابات، واستنادا إلى ما سبق ذكره يصاغ تعريف المفاوضات كما يلي:

" هي عبارة عن اتفاق صريح أو ضمني، يتم فيها تبادل العروض والمقترحات بشكل مباشر أو غير مباشر وبذل المساعي المشتركة لتذليل العقبات، والتوفيق بين المصالح المتعارضة، تمهيدا لإبرام عقد ما في المستقبل"<sup>4</sup>.

نحاول تقديم تعريف للمفاوضات وصياغته بناء على ما سبق على أنها: " تلك العملية التي تسبق فترة التعاقد، يتم فيها التعبير عن وجهات النظر وتبادل الآراء بين طرفين أو

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، الجزائر، سنة 2010، ص 27.

<sup>2</sup> نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

<sup>3</sup> سنفصل في ذلك لاحقا عند تطرقنا للإيجاب والقبول الالكتروني أنظر: ص 43.

<sup>4</sup> هلاير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 132، 133، 134.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

أكثر تجمع بينهما مصالح مشتركة، عبره يسعيان بكافة الأساليب المتاحة لهم لإيجاد السبيل الأمثل الذي يتم من خلاله التوفيق بين آرائهم، وتقريب وجهات نظرهم، مع الحفاظ على المصالح القائمة، أو تحصيل منافع جديدة الغاية منها تتويج هذه المرحلة بإبرام العقد المنشود".

### **الفرع الثاني: أهم خصائص التفاوض وتمييزه عما يشته به.**

نسعى في مقتضيات هذا الفرع إلى استعراض أهم المميزات التي تتسم بها العملية التفاوضية، مما يكسبها طابعاً متميزاً، إضافة إلى التعرض بإسهاب لتلك الأنظمة والعقود التي يتداخل مفهومها ويشتهب مع التفاوض.

### **أولاً: أهم السمات التي تمتاز بها الفترة التفاوضية.**

تميز فترة المفاوضات عديد الخصائص والسمات نذكر أهمها فيما يأتي:

#### **أ- المفاوضات ذات طابع ثنائي الجانب على الأقل.**

حيث أن التفاوض حول العقد يجري من خلال المباحثات والمناقشات والحوارات وكذا عبر تبادل وجهات النظر، وكل هذه العمليات التي أسلفنا تعدادها لا يتم توقعها وتصورها إلا بوجود شخصين فأكثر، فمن ناحية التعاقد يمكننا أن نجد تعاقد الشخص مع نفسه<sup>1</sup>، إلا أنه من ناحية المفاوضات فلا يتصور تفاوض الشخص مع نفسه.

---

<sup>1</sup> يقصد بتعاقد الشخص مع نفسه بأنه العقد الذي يجمع بين صفتين في شخص واحد، بحيث يقوم هذا الشخص بدور الطرفين فيصدر تعبيرين عن الإرادة متقابلين في شأن مصالحهما المتعارضة، ويتحقق هذا النوع من التعاقد في صورتين:

الأولى : يكون للشخص فيها سلطة إبرام تصرف معين لحساب شخص آخر، فيقوم هو نفسه ولحسابه بدور المتعاقد الآخر، فهو حينئذ متعاقد مع نفسه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره، مثل ذلك أن يوكل شخص في بيع شئ فيشتريه هو لنفسه.

والثانية : نجد فيها شخصين مصالحهما متعارضة في تصرف معين، وينوب عنهما في إبرام هذا التصرف شخص واحد، فهو يتعاقد مع نفسه نائباً عن الطرفين، حسني سالم، مقال منشور بتاريخ: 28-09-2014، على

الموقع: <http://www.mohamoon-montada.com-default.aspx?Action=Display&ID=118438&Type=3>

### ب- المفاوضات تصرف إرادي.

فهي تخضع لحرية التعاقد و ترضخ لرضا الطرفين من غير إجبار أو إكراه، فلا تستهل إلا إذا توجهت إرادة الطرفين إلى ذلك، وتبقى حرة طوال فترة التفاوض. وكذا بوسع أطرافها الانسحاب منها في أي وقت، وهذا مرهون بعدم الإضرار بالطرف الآخر<sup>1</sup>، ومثال ذلك أن يكون قد قطع شوطا كبيرا في المفاوضات وتقدم فيها حيث اقترب من العقد، وغيرها من الضوابط التي تخضع لها العملية التفاوضية، والتي نفصل فيها في عمق دراستنا هذه<sup>2</sup>.

### ج- المفاوضات تتم باتفاق أطرافها.

تجري عملية المفاوضات باتفاق الطرفين، بحيث يجب أن يتواجد اتفاق سابق بين أطرافها أو طرفيها، فتتوجه إرادتهم صوب إبرام العقد النهائي اللذان يبتغيان ويسعيان إلى الوصول إليه من خلال التفاوض.

### د- المفاوضات هي عبارة عن عملية تبادلية.

ويراد بذلك تضمنها الأخذ والعطاء فهي تهدف لتقريب وجهات النظر المتباينة، وهو ما لا يتفق مع عدم القابلية للحوار والنقاش من العقود الغير قابلة للتفاوض كعقد الإذعان<sup>3</sup> المنصوص عليه في المادة 110 من القانون المدني<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> أيمن أحمد الدلوع ، جهاد مغاوي شحاتة، شامل سليمان عسلة، الممارسات القانونية والتدريبات العملية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، سنة 2019، ص 143.

<sup>2</sup> أنظر: الفصل الثاني الذي جاء تحت عنوان: القيود الواردة على حرية التفاوض، الصفحة 149.

<sup>3</sup> أيمن أحمد الدلوع ، جهاد مغاوي شحاتة، شامل سليمان عسلة، المرجع السابق، ص 143.

<sup>4</sup> نصت المادة 110 من القانون المدني على أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".



### هـ - المفاوضات نتائجها احتمالية.

تقوم المفاوضات على وجود حاجة أو قضية في موضوع ما، أو وجود مصالح متعارضة أو مشاكل بين الأطراف، فالهدف من المفاوضات إيجاد التوافق أو محاولة تسوية الإشكالات، كحدوث مشاكل حول الأسعار مثلاً، كما قد تفشل المفاوضات أو قد تنتهي إلى طريق مسدود بحيث أن الولوج إليها لا يلزمهم بالوصول إلى العقد النهائي وإبرامه، بل يكفي الانضمام إليها بحسن نية وما تقتضيه حسن النية من مبادئ تكملها، كالصدق والأمانة وشرف العمل وغيرها، وبالتالي يعد الالتزام بالتفاوض التزاماً ببذل عناية، ولا يطالب فيه المتفاوض بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>، ومفاد ذلك أن النتيجة المرجوة منها المتمثلة في إبرام العقد النهائي قد لا تتحقق استناداً لمبدأ الحرية التعاقدية<sup>2</sup>، فالمفاوض حر في إبرام العقد من عدمه شرط عدم الإضرار بالطرف الآخر<sup>3</sup>.

### و - المفاوضات ذات طابعي وقتي.

فترة المفاوضات مؤقتة لكونها لا تعبر عن المقصد الحقيقي، ولكنها خطوة تمهد لإبرام العقد النهائي، فهي بذلك تستمر لمدة محددة إلى غاية الاتفاق على الشروط الرئيسية والعناصر القانونية التي تكون العقد النهائي، فبمجرد إبرامه تنتضي فترة التفاوض ويعوضها العقد النهائي، وغالباً فإن مدة المفاوضات غير محددة إلا إذا أفرغت في قالب عقدي، وقد تطول مدتها إلى سنوات لاسيما في عقود التجارة الدولية.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> مبدأ الحرية التعاقدية هو مبدأ أساسي في كافة التشريعات، إذ يمنح الأطراف إمكانية إدراج ما يرونه مناسباً من شروط، لأنه من الثابت من الناحية القانونية أن إرادة الإنسان حرة، فهذه الأخيرة هي أساس التصرفات القانونية وهي المسؤولة عن إنشائها وتحديد آثارها ومرد ذلك لمبدأ سلطان الإرادة، أنظر: ص 99.

<sup>3</sup> أيمن أحمد الدلوع، جهاد مغاوي شحاتة، شامل سليمان عسلة، المرجع السابق، ص 144.

### ز- المفاوضات تستدعي مهارات خاصة.

لا شك أن السير في العملية التفاوضية ضمن الطريق الصحيح، ابتغاء الوصول لأفضل النتائج يستدعي توافر مهارات عالية في المفاوض، وعليه تسعى العديد من الدول الأجنبية لتوفير تكوينات تخضع لبرامج تدريبية مكثفة، الغاية منها تأهيل كفاءات وكوادر تبرع في مجال التفاوض، فنجد في المفاوضات الكبرى المتعلقة بالتجارة وفدا تفاوضيا يضم عدة أفراد بتخصصات متباينة، منهم الفنيين وكذا التقنيين وحتى أفراد قانونيين لسد الثغرات القانونية .

فالمفاوض الناجح هو من تتوفر فيه المهارات الكافية، ويكون ملما بشخصية المتفاوض الآخر من الناحية النفسية والاجتماعية والثقافية وكذا البيئية، ويتعرف على إمكانياته ونقاط ضعفه و مواطن قوته واستعداداته للتعاون من عدمها، هذا زيادة على تمتعه باليقظة وحسن الإنصات وحسن الرد، وكذا المناقشة واقتناص الوقت المناسب للتدخل، ووقت التزام الصمت والصبر<sup>1</sup> وغيرها من الموصفات<sup>2</sup>، نذكرها بالتفصيل لاحقا.

### ثانيا: تمييز المفاوضات عما يشته بها من أنظمة وعقود.

قد تتداخل المفاهيم التي تقترب من مدلول المفاوضات فيقع الخلط بينها وبين المفاوضات، وبذلك نصبو لتوضيح أهمها وإبراز الفرق الذي يميزها عن ما يتشابه معها من المفاهيم القانونية<sup>3</sup>، حتى تتضح الرؤية أكثر.

<sup>1</sup> عادل أبراغ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ومدى خصوصيتها، مأخوذ من الموقع: <https://www.mohamah.net-law> منشور سنة 2018، تم الاطلاع عليه، بتاريخ 2023-01-21 الساعة: 19:15.

<sup>2</sup> من الهفوات الأكثر شيوعا في إجراء التفاوض عدم الإلمام بموضوع العقد المتفاوض بشأنه، وتجاهل مقترحات الطرف الآخر، إضافة إلى تجاهل مهارات الاستماع والنقاش والحوار، وعدم فهم المفاوض للاختلافات الأساسية بين الطرفين التي سبق لنا التنويه لها، من فروقات اجتماعية وبيئية، التي منها الثقافة والقيم وعادات البيئة المحلية التي يعمل فيها الطرف الآخر، هذا بمنأى عن سيطرة العواطف والمشاعر على العقل، واتخاذ الرأي السديد الذي يضمن نجاح المفاوضات، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 102.

<sup>3</sup> حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد (دراسة قانونية مقارنة)، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، سنة 2016، ص 36.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وفي هذا الصدد سنفرق بين التفاوض على عمومته مع ما يقترب منه في المعنى من أنظمة، ثم نفرق بين المفاوضات كعقد عما يشابهها من العقود، ونشير في هذا الصدد إلى أن الاتفاقات والعقود التي تحدث إبان فترة التفاوض عديدة يصعب على الباحث حصرها ولذلك سنقف عند أبرزها<sup>1</sup>.

### أ- الفرق بين المفاوضات وما يشابهها من أنظمة.

نوضح أوجه التشابه وكذا الفروقات بين كل من المفاوضات والمساومة، وكذا المفاوضات والتشاور فيما يأتي:

#### 1- التفرقة بين التفاوض والمساومة.

يمكن تعريف المساومة بأنها نشاط من جانب واحد، يقوم به أحد الطرفين أثناء التفاوض على العقد أو عند إبرام عقد من عقود الإذعان، بغية الضغط على الطرف الآخر للحصول منه على تخفيض أو زيادة في الثمن أو في المقابل<sup>2</sup>.

والمساومة تعني تبادل المقترحات بشأن شروط الاتفاق حول مسائل معينة أو حول شروط الاتفاق في مسألة ما<sup>3</sup>.

ويمكن اعتبار المساومة نشاط أحادي الجانب يرد على أحد عناصر العقد ألا وهو عنصر الثمن، وغالبا ما نجدها في جميع أنواع العقود، سواء تلك التي تقبل التفاوض أو تلك التي لا تقبل التفاوض كعقد الإذعان، فهي بذلك تعد أسلوبا يتم إتباعه بغية تخفيض الثمن وعلى الأغلب يبادر به المشتري للتمسك بثمن أقل من الثمن الذي عرضه البائع.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup> جيلالي محمد، أحكام التفاوض في العقود المدنية، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود مدنية وتجارية، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون، تيارت، سنة 2020، 2021، ص 32.

<sup>3</sup> حسان خضر، التفاوض، المعهد العربي للتخطيط، 2-6 أبريل 2005، مأخوذ من الموقع <https://www.arab-api.org> بتاريخ، 27-01-2024، على الساعة 10:36.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

أما بالنسبة للتفاوض فيعتبر ثنائي الجانب فهو يعتمد على المناقشة وتبادل المقترحات والآراء ويمس التفاوض كل عناصر العقد، وبهذا تعتبر المفاوضات أوسع نطاقاً من المساومة .

قد يلجأ المتفاوضون أثناء عملية المفاوضات إلى المساومة ولكن هذه الأخيرة تعد تكتيكا تفاوضيا تختلف عن المساومة التي سبق لنا التطرق لها .

ما نخلص إليه أن التفاوض والمساومة على الرغم من أن كلاهما يقع في الفترة ما قبل التعاقدية إلا أننا نسجل عدة اختلافات بينهما، أبرزها كون التفاوض يكون من طرفين أو أكثر بينما المساومة قد تجري من طرف جانب واحد وفي الأغلب يكون هو المشتري، زيادة على كون المفاوضات أشمل من المساومة إذ ترد على جميع عناصر العقد محل التفاوض على عكس ما يسري في المساومة التي تقتصر على عنصر الثمن فقط.

### **2- التفرقة بين التفاوض والتشاور.**

قد تحتوي المفاوضات في طياتها على نوع من التشاور بين الطرفين، إلا أن هناك تباين بينها وبين التفاوض، فالتشاور يتم اللجوء إليه بهدف إبداء الرأي حول مسألة معينة، إذ لا يتم إجبار الطرف الذي طلب المشورة أن يتراجع ويتنازل عن رأيه الخاص على نقيض التفاوض الذي يقدم فيه كل متفاوض تنازلات من جانب بغية التوصل إلى اتفاق يرضي جميع الأطراف من خلاله يتم تبادل وجهات النظر عبر دراسة الوسائل القانونية والمقترحات التي يقدمها الأطراف لإبرام العقد أو الصفقة .

ما يمكننا الوصول إليه أنه على الرغم من تقارب التشاور مع المفاوضات إلا أنهما يتباينان من حيث الهدف الذي يصبو إليه كل منهما<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> جيلالي محمد، المرجع السابق، ص 32، 33.

ب- تمييز عقد التفاوض عن بعض العقود التي تشبهه.

نحاول التمييز بين عقد التفاوض وكل من عقد الوعد بالتعاقد، وعقد الوعد بالتفضيل عبر تحديد مواطن التشابه بينهما، ومواضع الاختلاف بين العقدين.

### 1- التفرقة بين عقد التفاوض وعقد الوعد بالتعاقد.

يعرف جانب من الفقه الوعد بالتعاقد بأنه: " عقد بموجبه يلتزم أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد معين إذا أبدى الموعود له رغبته في التعاقد خلال فترة معينة"<sup>1</sup>.

ويعرف الوعد بالتعاقد بأنه: " اتفاق بين شخصين يعد بمقتضاه أحدهما الآخر بإبرام عقد معين خلال مدة معينة، ويقبل الطرف الآخر هذا الوعد مرجئاً اتخاذ قراره بالارتباط بهذا العقد أو رفضه إلى وقت لاحق "<sup>2</sup>.

في حين أن عقد التفاوض من العقود الحديثة نسبياً وهو لا يختلف في تعريفه عن بقية العقود الأخرى لكونه تصرفاً قانونياً بين طرفين يرتب أثراً قانونياً معيناً، ويفرض التزامات على عاتق طرفيه<sup>3</sup>، وقد سبق لنا التطرق لتعريفه سابقاً<sup>4</sup>.

فكل من عقد التفاوض والوعد بالتعاقد له دور في التمهيد لإبرام العقد المستقبلي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج1، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، سنة 1993، ص 82.

<sup>3</sup> حامد محمد شبيب الجبوري، أهمية الالتزام بالعقود وضمائنها للحقوق التعاقدية وفقاً للقوانين المدنية العربية، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2021، ص 146.

<sup>4</sup> أنظر: المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الأطروحة، ماهية المفاوضات، ص 15.

<sup>5</sup> جيلالي محمد، المرجع السابق، ص 29.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

من خلال التعاريف السابقة نكتشف أن الوعد بالتعاقد<sup>1</sup> قد يكون أحادي الجانب يلزم الواعد وحده بإبرام العقد، ومثاله عقد الوعد ببيع العقار، كذلك قد يكون ملزما لجانبين إذا تعهد الطرفان تبادليا بإبرام العقد، ويتحقق ذلك عندما يبيع أحدهما ويشترى الآخر .

فما يميز عقد الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد وعقد الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين هو تبادل الالتزامات، ويسري الوعد بالتعاقد صحيحا بتوفر كل العناصر الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، كالشيء المبيع والثمن، كما يشترط في الوعد بالتعاقد أن يتم إفراغه في شكل معين إذا كان العقد شكليا، ومثاله عقد بيع العقار.

يتضح مما سبق أن عقد التفاوض والوعد بالتعاقد يتشابهان من حيث أن كلاهما يعد من العقود التمهيدية أو التحضيرية التي من شأنها تسهيل إبرام العقد النهائي، كما أنهما عقدين حقيقيين يلزم لقيامهما تطابق إرادتين حرتين وذلك بصدور الإيجاب يقترن به قبول يطابقه.

يعد كل من العقدين السالفين الذكر من صور العقود التي يتم إبرامها بصفة تدريجية بحيث أن إرادة الطرفين تعبران مرحلتين، تتجلى المرحلة الأولى في مرحلة إبرام العقد التمهيدي الذي مبتغاه التحضير للعقد النهائي، أما المرحلة الثانية فتكمن في مرحلة إبرام العقد النهائي.

يكمن الاختلاف بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد من حيث أن الوعد بالتعاقد يتضمن قبولا بالعقد النهائي، ويستوي هذا القبول في صدوره من جانب واحد إذا كان هذا العقد ملزما لجانب واحد، أو قبولا متقابلا إذا ورد الوعد بالتعاقد ملزما للجانبين، إلا أن عقد التفاوض لا يحتوي على ما يشابه هذا القبول فكل من الطرفين في هذا العقد يتفاوضان فقط حول شروط العقد النهائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سننقل في الوعد بالتعاقد في الباب الثاني خلال تطرقنا للعقود الممهدة للعقد النهائي، أنظر: ص 280.

<sup>2</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 54، 55.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ننوه كذلك إلى أن الوعد بالتعاقد يشترط فيه أن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بحيث لا حاجة إلى اتفاق لاحق يحددها، وهو ما نصت عليه المادة 71 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

في حين أنه ليس من المشروط أن يتضمن عقد التفاوض العناصر الجوهرية للعقد النهائي المرجو إبرامه، بل يكفي لكل طرف الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه بما تتضمنه أخلاقياته من حسن النية والشرف والتعاون وغيرها من مبادئ التفاوض.

وتتضح نقطة الخلاف بين العقدين السابقين في كون الوعد بالتعاقد ينعقد فيه العقد النهائي بمجرد إبداء الموعود له رغبته في التعاقد دون الحاجة إلى تراضي جديد، بينما يتطلب انعقاد العقد النهائي تواجد تراضي جديد بين الطرفين في عقد التفاوض.

أشارت المادة 72 من القانون المدني السالف الذكر، إلى أنه إذا نكل أحد الطرفين عن إبرام العقد النهائي في الوعد بالتعاقد، بإمكان الطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق رفع دعوى صحة التعاقد، فإذا حكم القاضي بصحة العقد حل الحكم محل العقد النهائي.

بينما في عقد التفاوض فإن إخلال أحد المتفاوضين بالتزامه بالتفاوض والاستمرار فيه يترتب إخلال بالالتزام تعاقدية، تنجر عنه المسؤولية العقدية وللمتضرر طلب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية العقدية، وفي هذه الحالة لا يحل حكم القاضي مقام العقد<sup>2</sup>، وسنفصل في ذلك لاحقا<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> نصت المادة 71 من القانون المدني على: "الاتفاق الذي يعد به المتعاقدين، أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

<sup>2</sup> معمر بوطباله، المرجع السابق، ص 55، 56.

<sup>3</sup> سنتطرق لاحقا بالتفصيل للوعد بالتعاقد من خلال الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الأطروحة، وذلك في العقود التمهيدية، الصفحة 283.

### 2- التفرقة بين عقد التفاوض وعقد الوعد بالفضل.

يعرف الوعد بالفضل بأنه: "اتفاق تمهيدى يلتزم بمقتضاه الواعد إذا ما قرر مستقبلا إبرام عقد معين، أن يختار الموعد له دون سواه في الحالة التي يقرر فيها فعليا التعاقد"<sup>1</sup>.

ومن خلال هذا التعريف يمكننا القول بأن عقد التفاوض والوعد بالفضل من العقود التحضيرية والتمهيدية، يهدفان لتسهيل إبرام العقد المراد الوصول إليه مستقبلا، لاسيما في مجال التجارة الدولية حيث يتم اللجوء إليهما بكثرة، كما أنهما عقدين يقعان بتطابق الإرادتين بحرية تامة عن طريق صدور الإيجاب والقبول بين الطرفين.

ونشير كذلك إلى أن عقد الوعد بالفضل وعقد التفاوض، ليس من شأنهما إنشاء التزام بإبرام العقد النهائي، إنما يلتزم المفاوض في عقد التفاوض بالدخول إلى العقد وبالاستمرار فيه، أما فيما يتعلق بالوعد بالفضل فإنه يلزم الواعد بفضيل الموعد له في حالة اتخاذ قرار إبرام العقد بالتعاقد معه، ويفضي الإخلال بالالتزامات في كلا العقدين لقيام المسؤولية العقدية متى توافرت شروط قيامها.

ويتجلى الاختلاف بين العقدين السالف ذكرهما، في كون عقد التفاوض يترتب عنه التزام بالتفاوض، فيما لا يترتب هذا النوع من الالتزام في عقد الوعد بالفضل ويستثنى من ذلك إذا أراد الواعد الدخول في مفاوضات مع الموعد له فيما يتعلق بالعقد النهائي.

ونزيد عن ما سلف أن عقد التفاوض هو عقد ملزم لجانبين، في حين أن عقد الوعد بالفضل غالبا يصدر ملزما لجانب واحد ألا وهو الواعد، وقد يرد أحيانا ملزما لجانبين كأن يلتزم شخص في عقد يقوم كل منهما بوعده الآخر بفضيله على غيره إذا قرر يوما التفاوض بشأن عقد ما.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 124.



## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

ما يمكننا استخلاصه أن كل من عقد التفاوض وعقد الوعد بالتفضيل من العقود الإستراتيجية والمهمة، التي تمهد وتحضر للعقد النهائي، ومن شأنهما المساهمة في تنشيط وتسهيل التعاقد، وبصفة أخص في ميدان التجارة الدولية التي تسعى لإدراج أدوات وأساليب تضفي عليها الثقة المشروعة<sup>1</sup>، وسنفصل لاحقاً في عقد الوعد بالتفضيل<sup>2</sup>.

### **المطلب الثاني: نطاق التفاوض.**

تمر المفاوضات التي تسبق التعاقد بآليات معينة تؤدي إلى إبرام العقد المتوقع، و تتعلق بشكل أساسي باتفاق الإرادة، قصد الوصول إلى النقاط الرئيسية للعقد المستقبلي إذا تم الاتفاق بين الأطراف، بينما هناك اتفاق آخر هدفه صياغة العقد بطريقة معينة ، فنجد بذلك دعوة للدخول في المفاوضات إضافة إلى قبول الدعوة للدخول في المفاوضات، مما يؤدي إلى صعوبة التفرقة بين مفهومي الدعوة للدخول في المفاوضات و الإيجاب، وبناء على ما سبق أضحى من الضروري رسم الحدود القانونية للدعوة للدخول في المفاوضات والإيجاب من ناحية، من خلال الفرع الأول ومن ناحية أخرى الاقتراب من تحديد قبول الدعوة للدخول في المفاوضات وقبول الإيجاب، وهو ما نسعى لتوضيحه في الفرع الثاني.

### **الفرع الأول: الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد.**

يدعونا المنطق القانوني للتطرق أولاً إلى الدعوة للدخول في المفاوضات فهي أول خطوة لبدأ مفاوضات ما قبل التعاقد من خلال البند الأول، ثم التعرّيج على تحديد الإيجاب وهو ما نصبو لتوضيحه من خلال البند الثاني.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 56، 57، 58.

<sup>2</sup> أنظر: الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الأطروحة، الذي تطرقنا فيه للعقود الممهدة للعقد النهائي والتي من ضمنها عقد الوعد بالتفضيل وذلك في الصفحة 322.

### أولاً: المقصود بالدخول في المفاوضات.

تستهل المفاوضات عادة بدعوة للدخول في التفاوض، التي تعتبر بمثابة إشارة أو الضوء الأخضر لبدأ هذه الأخيرة، فلا يوجد عرض بمعناه الدقيق ولكن هي مجرد مبادرة تبلغ لشخص معين، الذي يتصل بدوره بصاحب المبادرة، إما بإجراء محادثات معه، أو اقتراح عروض عليه، بغية تجسيد المشروع الذي نشأت من أجله المبادرة.

هناك عدة صياغات أو مصطلحات يقصد بها الدعوة لولوج المفاوضات، فهناك من يسميه الدعوة للدخول في المفاوضات، وكذلك من يصطلح عليه بعرض الدخول في محادثات أو العرض للتفاوض أو عرض الحديث، فكل مؤلف يستخدم ما يناسبه، ولكن الأدق أن تسمى هذه الآلية بالدعوة للدخول في المفاوضات، فهي تكشف الطبيعة القانونية للعلاقة ما قبل التعاقدية.

ويمكننا تعريف الدعوة للدخول في المفاوضات بأنها: عبارة عن اقتراح للدخول في مفاوضات من أجل تحديد المحتوى النهائي للعقد، فهو اقتراح لا يرمي لإقامة مفاوضات ينجم عنها عقد، إنما من دون التخطيط الدقيق للعناصر الأساسية<sup>1</sup>.

وحسب تعريف روديير " فعرض الدخول في محادثات لا ينطوي على الدقة ولا الحزم، إنما مجرد إقامة اتصالات بين شخصين أو أكثر يهدف بلا شك لإقامة علاقات تعاقدية مستقبلية"<sup>2</sup>.

فهذه الدعوة تشير إلى إرادة صاحبها في الاقتراب من المتفاوضين من أجل النظر في إبرام عقد لا تزال عناصره بحاجة إلى استكشاف، فهو ليس تعبيراً عن الموافقة الحقيقية.

<sup>1</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 40 , 41,42,43.

<sup>2</sup> Selon Rodière ": l'offre d'entrer en pourparlers ne comporte ni précision ni fermeté ; c'est un simple établissement de contacts entre deux ou plusieurs personnes en vue, sans doute, d'établir des relation contractuelles futures"René Rodière, La formation du contrat, coll.Harmonisation du droit des affaires des Etats du marché commun, Paris, pedone, 1976, p.14, cité par Mahmoud Elsehly, op.cit, p 43.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

فالدعوة للتفاوض هي مجرد رغبة في التعاقد تسبق الرضا به، ومثاله أن يتم الإعلان في الصحف عن بيع سيارة من صنف معين، فلا يوجد عرض بالتعاقد إلا حينما يقترح العارض جميع العناصر الجوهرية للعقد، والتي تكفي لتحديد مضمونه ونوعه.

وقد تحتوي الدعوة إلى التفاوض على اقتراح بالدخول في مفاوضات عقدية، من غير توضيح لعناصر العقد المراد التفاوض بخصوصه، فهي دعوة مجردة للتفاوض.

وقد تقع الدعوة إلى التفاوض على عقد ما، وقليل من عناصر هذا العقد، فهي بذلك تقتصر على تحديد طبيعته والمدة وباقي العناصر الجوهرية لهذا العقد، فيحدد مضمون الالتزام العقدي عن طريق المناقشات والمراسلات، وهو ما يطلق عليه الدعوة إلى الإيجاب، ومثال ذلك ما يقع في المزادات والمناقصات وإعلانات البيع في الصحف<sup>1</sup>.

وبصفة أدق فإن الدعوة للتفاوض هي عبارة عن نداء أطلقه أحد الطرفين الغاية منه التعرف على رأي الطرف الآخر ومعرفة مدى التزامه بالمفاوضات لإبرام العقد النهائي<sup>2</sup>.

وما نخلص إليه هو أن الدعوة للتفاوض لا تتعدى كونها مجرد عرض، يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى الجمهور، للدخول في حوار ومناقشة، بغية التوصل إلى إبرام عقد معين، فالعرض المتضمن الرغبة في إبرام عقد ما دون توضيح لأركانه هو مجرد دعوة للتفاوض، وبالتالي فالدعوة للتفاوض هي خطوة للإيجاب<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 44، 45.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 43, 44.

<sup>3</sup> هلاير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 136.

### ثانيا: المقصود بالإيجاب.

حين تحديدنا للإيجاب نسعى لتوضيح المقصود به، ونتطرق كذلك إلى القوة الملزمة للإيجاب، هذا ونتناول بنوع من التفصيل كل من الإيجاب الالكتروني والطبيعة القانونية للإعلانات التجارية الالكترونية، إضافة إلى الإيجاب المعلق.

### أ- التعريف بالإيجاب.

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الإيجاب مكتفيا بالمادة 59 من القانون المدني التي أشار فيها إلى أن العقد يتم بتبادل الطرفين لإرادتيهما المتطابقتين<sup>1</sup>، وهو ما يضطرنا للبحث في الفقه، لتحديد المقصود بالإيجاب مع إبراز عناصره الأساسية حتى لا يقع اللبس فيه والخلط بينه وبين الدعوة للدخول في المفاوضات.

ووفقا للبروفيسور جاك غيستين: " هو تعبير عن إرادة أحادية الجانب، تهدف إلى اطلاع الآخرين على نية التعاقد مع مؤلفه وطبيعة العقد المعروض، وشروطه الأساسية بطريقة يستولي عليها من خلال القبول، فيتم التوافق من جميع النواحي ويمكن أن ينشأ العقد عبر اجتماعهما"<sup>2</sup>.

وكذلك يعرف بأنه: " تعبير عن الإرادة يتضمن عرضا كاملا وملزما يعرض بموجبه شخص معين على آخر إبرام عقد وفقا لشروط معينة بحيث لا يتوقف تمام العقد إلا على موافقة الطرف الآخر"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 59 من القانون المدني على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

<sup>2</sup> Cité par Mahmoud Elsehly, op.cit,p 45.

<sup>3</sup> مصطفى الخطيب، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ط مزيعة ومنقحة، قرطبة حي السلام، أكادير، المغرب، سنة 2019، ص 63.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

كذلك هو عبارة عن عمل قانوني انفرادي يحدد العناصر الأساسية للعقد، يقترحها مصدره إما لشخص معين أو شخص غير محدد، ومن المحتمل أن يؤدي إلى تكوين العقد على أن يكون له خاصيتين: الدقة والثبات<sup>1</sup>.

يعرف كذلك بأنه: " تعبير عن إرادة مبتدئة جازمة موجهة للطرف الآخر لإبرام عقد، ويكون ذا تعابير محددة تحديدا تاما ودالة على نية الموجب بالالتزام بها لدى القبول "<sup>2</sup>.

استنادا لما سبق حتى يمكن القول بأن التعبير عن الإرادة هو عبارة عن إيجاب، لابد من استيفائه شرطين أساسيين:

أولهما: أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه، ومثال ذلك أن يكون إيجاب البيع مستوفيا تحديد الشيء المبيع والتمن، فخلوه من العناصر الأساسية ينفي عنه صفة الإيجاب، ويكون بذلك مجرد دعوة للتفاوض كخطوة سابقة له، هدفها الوصول إلى إيجاب.

ثانيهما: أن يكون جازما بحيث يكون لدى من مصدره النية الباتة لإبرام العقد الذي حدد عناصره الأساسية، فلا يعد إيجابا النشر والإعلان عن السلع والخدمات وتوزيع قوائم الأسعار، وكل بيان متعلق بعروض، موجه للجمهور أو يقصد به أشخاصا معينين، فذلك لا يعدو كونه دعوة للتفاوض لافتقاده العزم النهائي لدى العارض لإبرام العقد بمجرد تلقيه لقبول مطابق.

وكذلك الحال إذا كان العرض الموجه إلى أشخاص معينين أو إلى الجمهور، واتضح منه أن شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار رئيسي في العقد، بحيث يكون للعارض أن يختار من يريده، كإعلان الشخص عبر الصحف مثلا لحاجته إلى سكرتير خاص، فإن هذا العرض لا يتضمن إيجابا لإبرام العقد، حتى ولو تضمن العناصر الرئيسية لهذا العقد، كذكر المؤهلات المطلوبة والمدة وكذا الأجر، فهي دعوة يبتغي بها صاحب الشأن الناس للتقدم بهدف

<sup>1</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 46.

<sup>2</sup> محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 59.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

اختيار من يناسبه منهم، فهو مجرد دعوة للتفاوض لكونه يفقد إلى النية الجازمة للتعاقد مع كل من يتقدم له<sup>1</sup>.

وعلى كل فعملية المفاوضات على العقد تنتهي وقت صدور الإيجاب وصياغته، وتدخل الطرفين في مجلس العقد بهدف إبرام العقد المنشود، فتكون بذلك المفاوضات قد حققت ما هو مرجو منها ووصلت إلى غرضها الأسمى، فيحدد الطرفان الصيغة المقبولة باتفاقهم على جميع المسائل الجوهرية للعقد، فالإيجاب هو الحد الفاصل بين مرحلتى التفاوض وإبرام العقد، فمن باب المنطق أنه حيث وجد الإيجاب انتفى التفاوض، وحيث انعدم الإيجاب بقي الطرفان في مرحلة التفاوض، وفي ذات السياق لابد أن يتصل بهذا الإيجاب قبول فتنشأ الرابطة العقدية من إيجاب يقترب به قبول من الطرف المقابل<sup>2</sup>، وهو ما ورد في نص المادة 59 من القانون المدني<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه يصعب حسم مسألة كون التعبير بوصفه إيجاباً، أم كونه مجرد دعوة للتفاوض، فهي مسألة موضوعية بالأساس، يعود حسمها لقضاة الموضوع استناداً إلى وقائع وعناصر القضية المعروضة أمامهم بالنظر إلى أسلوب العرض والعبارات المستخدمة في صياغته.

---

<sup>1</sup> جابر محجوب علي، محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، النظرية العامة للالتزام، ج1، ط1، لمار للنشر، مصر، سنة 2022، ص 91، 92، 93.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 30، 31.

<sup>3</sup> تنص المادة 59 من القانون المدني على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

إن التمييز بين الدعوة للتفاوض والإيجاب يحوز على أهمية بالغة، حيث أن القبول إذا ما تطابق مع الإيجاب البات يفضي إلى انعقاد العقد، وهو ما سبقت الإشارة إليه في المادة 59 من القانون المدني السالفة الذكر، في حين أن قبول الدعوة إلى التفاوض ليس لها أثر قانوني<sup>1</sup>.

**ب- القوة الملزمة للإيجاب.**

إذا كانت القاعدة مفادها أن الإيجاب يقع غير ملزم، أي من حق الموجب العدول عنه قبل اتصاله بعلم من وجه إليه، بل حتى وإن اتصل بعلم هذا الأخير وأضحى له كيان قانوني، كان لمصدره كقاعدة عامة الرجوع عنه طالما لم يقترب به قبول الموجب له، إلا أن هذه القاعدة مقيدة، فالإيجاب يلزم صاحبه إذا تم تحديد ميعاد لمن وجه إليه لقبوله<sup>2</sup>.

وهو ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري حيث نجد أنه قد أتاح للموجب التراجع عن إيجابه ما لم يقترب به قبول، إلا إذا اقترن هذا الأخير بمدة محددة تلزم الموجب، وإلا عد متعسفا ترتب عن ذلك نهوض مسؤوليته المدنية<sup>3</sup>.

وهو كذلك ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني السالف الذكر بقولها: "إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل".

يقصد بهذه المادة أنه على الموجب الإبقاء على إيجابه طالما اقترن بمدة معينة، ولا يسع الموجب الرجوع عنه قبل انقضاء المهلة المحددة له، فتكون له القوة الملزمة لاقتترانه بهذه

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 34، 35.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2007 ص 105.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 35.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المدة سواء كان ذلك بصفة صريحة أو ضمنية، فبمضي هذه المدة دون إعلان القبول ممن وجه إليه يسقط الإيجاب الملزم تلقائياً، وكذلك الحال إذا رفضه من وجه إليه، ولو قبل انقضاء هذه المدة<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا تم تعيين ميعاد للقبول يلتزم الموجب بإيجابه إلى غاية انقضاء المدة، فلا يعدل أو يتراجع عن إيجابه، ويستخلص الميعاد من ظروف الحال، وكذلك من طبيعة المعاملة، وعليه فالإيجاب لكونه أحد عناصر التراضي لن تكون له تلك القوة الملزمة إلا في حالة اقترانه بمدة، وقد يجري الاتفاق عليه بصفة صريحة أو ضمنية وقد يحدث أن يتم ذلك إبان فترة التفاوض على العقد، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد مدة الإيجاب التي يستند فيها إلى ظروف الحال وطبيعة المعاملات والأعراف السائدة، وهو ما نجده بكثرة في تلك المعاملات التجارية التي يلتزم فيها الموجب بالإبقاء على إيجابه مدة معقولة كالبيع بشرط التجربة مثلاً، فلا بد من التزام الموجب في هذه الحالة بالوقت اللازم لإجراء التجربة.

كما يمكنه العدول عن الإيجاب طالما لم يصل إلى من وجه إليه في حالة وجه للجمهور، أما إذا تم توجيهه لشخص محدد فإنه ينقضي بمرور المدة التي عينها الموجب، أو بمرور فترة معقولة إذا لم تحدد هذه الأخيرة من غير إعلان القبول ممن وجه إليه، وبالتالي يسقط الإيجاب قانوناً، ويعد كذلك هذا الأخير كأنه لم يكن في حالة وفاة الموجب أو فقدان أهليته<sup>2</sup>.

### ج- الإيجاب الإلكتروني.

يتخذ الإيجاب الإلكتروني شكلاً مميزاً بحيث يصرح الموجب فيه عنه عبر صفحات الويب بعرضه، فيكون موجهاً للعامة أو عبر البريد الإلكتروني، إذ يوجه أحياناً للخاصة وأحياناً

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 108.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 36، 37، 40، 41.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

أخرى لعدد من المستعملين، فيتخذ شكلا موجها للعامة ويمكن الاشتراك في بعض المواقع مدفوعة كانت أو مجانية مع تسليم عنوان البريد، فيتكفل بتوجيه مراسلاته لجميع المشتركين، وبذلك يكون إيجابا عاما، وقد يرفقه إمضاء الموجب.

من خصائصه أن يكون باتا ودقيقا أي لا لبس فيه، ويشتمل على كل أركان العقد كتحديد المبيع وأوصافه وكيفية الدفع والتسليم، على أن تكون هذه البيانات واضحة وشديدة الدلالة وسهلة الإدراك<sup>1</sup>، كما يمتاز الإيجاب الإلكتروني بجملة من الخصائص نذكر منها: أنه يتم عبر وسيط إلكتروني وقد يكون إيجابا دوليا كما قد يكون إقليميا، وبوسع الموجب في الإيجاب الإلكتروني الرجوع عن إيجابه كما هو الحال في التقليدي، وذلك عبر سحبه من موقع عرضه على شبكة الانترنت بشرط إعلان رغبته في الرجوع عنه، فيعدم بذلك أثره القانوني<sup>2</sup>.

ولكن الإيجاب الإلكتروني ربما لا يكون باتا كفاية كأن لا يوضح ثمن المبيع مثلا أو شروط البيع، ففي هذه الحالة يكون مجرد دعوة للتفاوض وهذا ما يتضح أحيانا من خلال صفحات الويب فالتاجر قد يسعى للمناقشة، أو لوضع العرض لفئة دون أخرى، كما قد يتم حصره في إطار الإمكانيات المتوفرة فقط<sup>3</sup>. كأن يعرض تاجر بيع سيارة على موقع الكتروني دون ذكر سنة صنعها وخصائصها وسعرها، هنا تعد مجرد دعوة للتفاوض.

وكذا الإعلانات عبر مواقع الانترنت أو المتاجر الالكترونية، لا تعتبر إيجابا تاما إلا إذا تضمن الإعلان أو الدعاية شروط العقد الجوهرية، وهو ما ورد في القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 10 منه التي تنص على أنه: " يجب أن تكون كل

<sup>1</sup> علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص185.

<sup>2</sup> عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015، ص 191.

<sup>3</sup> علي كحلون، المرجع السابق، ص 185.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني<sup>1</sup>.

ويقصد بالمادة السالفة الذكر بأن كل معاملة إلكترونية تسبق بعرض تجاري إلكتروني وهذا الأخير هو الإيجاب الإلكتروني، وهو الذي اعترف به المشرع الجزائري بمختلف الوسائل الإلكترونية، وأكدته المادة 11 من نفس القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية، على أن يتم في شكل عرض الكتروني من طرف المورد الإلكتروني يحتوي مجموعة من المعلومات، تضمن شفافيته وخلوه من التضليل، إضافة إلى تحديد جميع عناصر العقد<sup>2</sup>، وبحسب ما أشارت إليه المادة فكلما كان العرض مفصلاً بذكر جميع عناصره وكيف على أنه إيجاب إلكتروني، أما في حالة إنقاص الموجب من التزاماته التعاقدية اعتبر دعوة للتفاوض.

الأصل أن العقد الإلكتروني هو عقد عابر للحدود، وبذلك فهو لا يتقيد بالحدود الجغرافية لدولة معينة<sup>3</sup>، ولذلك يتسم بالطابع التجاري الدولي لكونه في معظم الأحيان يتم من خلال الشبكة العالمية الإلكترونية على الخط بما في ذلك وسائل الدفع الإلكترونية التي تستعمل في التعاقد الإلكتروني، ومن أمثلتها الأوراق التجارية الإلكترونية والبطاقات البنكية الرقمية<sup>4</sup>، وقد لا يكون دولياً إذا ورد النص على ذلك في إيجاب الموجب ويسمى "نطاق التغطية"، ويقصد به

<sup>1</sup> قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق لـ 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، مؤرخة في 16 مايو 2018.

<sup>2</sup> ورد في المادة 11 من ذات القانون: " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني.
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.
- طبيعة وخصائص و أسعار السلع أو الخدمات المقترحة..."

<sup>3</sup> التركي باهي، محمود حياة، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني دراسة في ضوء القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، مجلد 19، عدد 2، 22-7-2022، ص 318.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 75.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

أن يتم العقد في إطار جغرافي محدود، لا يمكن تجاوزه بحيث يخضع فيه الإيجاب الإلكتروني لعقود الاستهلاك، وهو ما من شأنه إضعاف المتعاقد بالمقارنة مع نظيره المحترف الذي يملك نفوذا اقتصاديا، ويستدعي هذا النوع وجود وسيط الكتروني يقدم خدمات عبر الانترنت، ويتدخل عدة أشخاص في نقل هذا الإيجاب منهم عامل الاتصالات، ومورد المعلومات وغيرهم وهي خصوصية يمتاز بها عما هو معمول به في العقد التقليدي<sup>1</sup>.

### د - الطبيعة القانونية للإعلانات التجارية الإلكترونية.

وفي هذا الطرح نحاول تكييف الإعلانات أو الإشهارات التي يروج بها للسلع من خلال إبراز الطبيعة القانونية للإعلان التجاري، مع استعراض موقف المشرع الجزائري من ذلك. بالرجوع للمشرع الجزائري نجده قد عرف الإعلان في المادة 6 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السالف الذكر، عبر نصها بأنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

كذلك ورد تعريفه في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على المعاملات التجارية في المادة 03 منه بأنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"<sup>2</sup>، إلا أنه لم يحدد طبيعته حول كونه إيجابا أم دعوة للتفاوض إلا بصفة ضمنية، فقد وردت بطريقة يكتنفها الغموض نحاول استقراءها من خلال ما يأتي:

لم ينص المشرع في المادة 6 التي سبق عرضها من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أن الإشهار هو إيجاب، ولكن بالرجوع للمادة 10 من ذات القانون نجده قد نص على أن العرض التجاري يسبق كل معاملة تجارية إلكترونية، مما يفهم منه أن

<sup>1</sup> التركي باهي، محمود حياة، المرجع السابق، ص 319.

<sup>2</sup> قانون 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004، معدل ومتمم.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

العرض التجاري هو الإعلان، كما أنه ذكر أوصافه في المادة 11 من نفس القانون بصيغة الإلزام بأن يكون العرض مرئيا ومفهوما ومقروء، مع اشتراطه للمعلومات التي وجب أن يتضمنها وبالتالي فما يقصده المشرع الجزائري ليس مجرد دعوة للتفاوض طالما أنه فرض على المورد تحديده بصفة كاملة وكافية، وهذا ما أكدته المادة 30 من ذات القانون بنصها: "...كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الالكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية:

أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية.

أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه..."

نصت هذه المادة على الشروط التي وجب توافرها في الإشهار وهي تتشابه مع الشروط التي وردت في العرض التجاري، إلا أنها لا تعتد بالإعلان الموجه للجمهور إنما تشترط أن يسمح بتحديد الشخص الموجه إليه الإعلان، ومن باب أولى كان على المشرع الجزائري أن ينص بصفة صريحة في القانون المدني على الإيجاب الإلكتروني لتوضيح التعبير عن الإرادة بشكل أدق<sup>1</sup>.

ولا يفوتنا أن نستعرض رأي الفقه حول الطبيعة القانونية للإشهار والذي انقسم في تحديد ذلك إلى رأيين:

**الرأي الأول:** يرى أنصار هذا الرأي أن الإعلان عن السلعة في الموقع الإلكتروني أو في البريد الإلكتروني ليس إيجابا باتا، إنما هو مجرد دعوة للتفاوض من الطرف الأول، وتكون الاستجابة من الطرف الثاني بقبوله الدعوة، هي الإيجاب الحقيقي الذي يتم من خلاله العقد، فالنقر على العرض لتصفح الإعلان الذي يحتوي على أيقونة خاصة بتقيد الطلب أو الشراء، فبدخول المستهلك إليها وملء بياناته ينقلب العرض لإيجاب.

<sup>1</sup> سمية بن الشيخ الفقون، الطبيعة القانونية للإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مجلد 06، عدد 03، 30 جوان 2020، ص 112، 115.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وفي نظرهم أن الإيجاب ما يميزه عن الدعوة للتفاوض هو فارق وظيفي، فوظيفة الدعوة للتفاوض هي مجرد إعلان يصدر من صاحبها، ليعرب عن رغبته في التعاقد للكشف عن من لديه رغبة مقابلة، على عكس الإيجاب الذي يهدف لتحقيق مشروع كامل المعالم، قابل للتحويل إلى عقد.<sup>1</sup>

وفي رأيهم كذلك أنه من ناحية أخرى فالإعلان لا يتم تعيين الشخص المقصود فيه، كما يعتريه اللبس ولا يحتوي على الجزم، زيادة على ما سبق ذكره فهو يفتقر إلى ذكر الشروط الأساسية للعقد، كذكر الثمن مثلاً، الذي هو شرط رئيسي، ومعلومة جوهرية للتعاقد.

وقد أضافوا أن عرض المنتجات في كل الأحوال، لا يعد إيجاباً حتى وإن ذكرت الأسعار وتم تحديد مواصفات المنتج على المؤشر الخاص بذلك، لأن صاحب المنتج المعروض على الموقع يمكنه قبوله أو رفضه، فهو غير ملزم بإبرام العقد حتى يقترن الإيجاب بالقبول، فقد يتلقى مئات الرسائل لشراء منتج معين، بينما الكمية المتوفرة لديه لا تكفي لتغطية الطلبات كلها، أو قد يزيد سعرها عن وقت عرضه للإعلان.<sup>2</sup>

فضلاً عما تم ذكره فمن مصلحة المعلن أن لا يعتبر إعلانه إيجاباً يلتزم به، بل مجرد دعوة للتفاوض مما يمنحه فرصة للتراجع عن إتمام التعاقد، لرفض الطلبات التي تفوق طاقته، أو تسبب له خسائر.<sup>3</sup>

**الرأي الثاني:** يرى أنصاره بأن الإعلان الموجه للجمهور من خلال تقنيات الاتصال، هو عبارة عن إيجاب طالما تضمن العناصر الرئيسية للعقد المرجو إبرامه، كتحديد السلعة

---

<sup>1</sup> عقوني محمد، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مجلد 02، عدد 05، 01 ديسمبر 2017، ص 99.

<sup>2</sup> سمية بن الشيخ الفقون، المرجع السابق، 113.

<sup>3</sup> محمد صالح ملفي القضاء، الطبيعة القانونية للإعلانات التجارية عبر الإنترنت، المجلة القانونية، كلية الحقوق، فرع الخرطوم، جامعة القاهرة، مجلد 03، عدد 03، مايو 2018، ص 165.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

تحديدا كاملا ينفي عنها الجهالة، إضافة إلى تحديده للثمن<sup>1</sup>، وحجتهم في ذلك بأن عرض السلعة على مواقع الانترنت يشبه عرضها على واجهة أو نافذة المتجر، بحيث يمكن للمستهلك رؤيتها بملء العين، عبر الموقع أو عبر صفحة الويب فهو بذلك يعتبر إيجابا، شرط أن يتضمن عناصر العقد الأساسية، فإذا لم يتضمن هذه العناصر عد دعوة للتفاوض، كذلك يعد هذا الإعلان دعوة للتفاوض عندما يعتد فيه بشخص المتعاقد، ولو احتوى على المسائل الجوهرية للعقد.

إن اعتبار الإعلان عبر الانترنت إيجابا يجعله صالحا لأن يرتبط به القبول، ولا يمكن الرجوع عنه بالإرادة المنفردة إذا وصل لعلم الموجب له، وبمفهوم المخالفة يجوز الرجوع فيه إذا لم يتصل به، وبتكييف الإشهار على أنه إيجاب فهو يلزم المعلن بما أورده في رسالته الإعلانية ويجعله أكثر حذرا وحيطا فيما يورده قبل نشره، وهذا ما يولد الثقة لدى المستهلك حول ما يتم عرضه في الإعلانات.

كذلك برز رأي ثالث يرى بأن التفرقة بين الإيجاب والإشهار تقبل في العقود التقليدية، بينما تزداد تعقيدا في العقود الإلكترونية، وبذلك يرفض إعطاء وصف مجمل على جميع العروض المقدمة للجمهور، فاختلّفوا بين من اعتبر تحديد السعر هو الفاصل في التفرقة، وبين من ذهب إلى أن المصطلحات والألفاظ المستخدمة في الإعلان هي من يحدد طبيعته، مثلا كأن يذكر في الإشهار عبارة "حتى نفاذ الكمية" تجعله مجرد دعوة للتفاوض<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2014، 2015، ص 77.

<sup>2</sup> سمية بن الشيخ الفقون، المرجع السابق، ص 113، 114.

### هـ-الإيجاب المعلق.

يمكن تعريفه بأنه: " رضاء بالعقد المراد إبرامه معلق على شرط ما "<sup>1</sup>، وقد جرى العرف على تسمية هذا العرض في هذه الفرضية بالعرض دون ارتباط<sup>2</sup>، مثاله :عرض تذاكر للبيع في مسرح أو سينما بكمية محدودة، فيتم التعاقد مع من قبل أولاً لحين نفاذ الكمية، فالإيجاب معلق على شرط وجود مكان خال، وكذلك من يضع شرط العدول عن الثمن في حال تقلب الأسعار، وهذا الإيجاب يختلف عن الدعوة إلى التفاوض، فهو بات إلا أنه معلق على شرط أو مقترن بتحفظ<sup>3</sup>، وعليه يمكننا القول بأن الإيجاب المعلق هو إيجاب وليس مفاوضة ولكنه لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه<sup>4</sup>.

وقد تنتهي المفاوضات إلى الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، فيستقر الأطراف على رأي معين، لكن لا يمكنهم البت فيه بصفة نهائية، مما يدفعهم للاحتفاظ ببعض التحفظات، كاحتفاظهم بمسألة تغيير السعر في حالة تبدل الأثمان، أو حينما يتعلق الأمر بالضرائب الجمركية، هنا يكون الإيجاب معلقاً على شرط تبدل الأثمان مثلاً، فلا ينفذ في هذه الحالة إلا إذا تحقق الشرط الذي سبق تعليقه عليه، وإذا تعدى الإيجاب هذه المرحلة أضحي

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 55.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 17.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 54، 55.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 01، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص 222.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

إيجابا باتا<sup>1</sup>، وهي مسألة وقائع يعود تحديدها والفصل فيها لقاضي الموضوع، حسب ما يعرض أمامه من أدلة ووقائع<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: قبول الدعوة للتفاوض وقبول الإيجاب.

نوضح في هذا الفرع المقصود بقبول الدعوة للمفاوضات، وأهم الوثائق التي يتم تبادلها بين المتفاوضين أثناء هذه الفترة، مع تسليط الضوء على الفروقات التي تميزها عن قبول الإيجاب.

#### أولاً: قبول الدعوة للتفاوض:

لم يتطرق المشرع الجزائري في القوانين التي سنّها لقبول الدعوة لدخول المفاوضات، مكتفياً بذكر الإيجاب الذي يشكل خطوة للعقد، وحرى بنا أن نتطرق للمقصود بقبول الدعوة للتفاوض، دون أن ننسى ذكر أهم الوثائق التي يتم تبادلها بمجرد قبول هذه الدعوة، لاسيما في العقود الاقتصادية والتجارية الكبرى.

#### أ – المقصود بقبول الدعوة للتفاوض.

كما سبق لنا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق لقبول الدعوة للتفاوض، وكذلك التشريعات العربية، ونظيره الفرنسي والفقهاء الفرنسي بدوره لم يهتم بذلك، إلا أن هذا الأخير قدم أمثلة عملية يمكنها توضيح هذه المسألة، وهي أنه: لنفترض أن لدينا دعوة للدخول في مفاوضات لبيع منزل دون ذكر الثمن، فإذا أعلن متلقي الدعوة الذي ينوي إتمام البيع نيته في الشراء ففي هذه الحالة ليس قبولا للإيجاب، إنما هو قبول الدعوة للدخول في مفاوضات مما

<sup>1</sup> سبق لنا الإشارة إلى أن الإيجاب البات هو العرض الذي يحتوي على العناصر الجوهرية للعقد، مثل الثمن في البيع أو الأجرة في عقد الإيجار، على سبيل المثال من يضع إعلان (الأرض للبيع)، هذا لا يعد إيجابا وإنما دعوة للتعاقد لكونه يخلو من تحديد العناصر الجوهرية على غرار الموقع والمساحة والسعر.

<sup>2</sup> عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2015، ص 129.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

يشكل إعلاننا عن البدء الحقيقي لصفقة المفاوضات، وعلى النقيض من ذلك لنفترض أنه لدينا عرض منزل بسعر 100000 يورو، مع ذكر مواصفاته وقد احتفظ البائع بالحق في قبول العقد أو رفضه مع الشخص الذي يرغب في الشراء إذا قال المتلقي للعرض الذي ينوي إتمام البيع " نعم" ففي هذه الحالة لا يسمى قبول دعوة لدخول المفاوضات، بل هو قبول للإيجاب لكون الإعلان من البائع يعتبر قطعياً ودقيقاً.

يبرز هذين المثالين الأهمية العملية للتمييز بين قبول الدعوة للدخول في المفاوضات وقبول الإيجاب ففي الحالة الأولى لا يتم إبرام العقد النهائي، أما في الحالة الثانية فقبول الإيجاب يفضي إلى إبرام العقد النهائي، وبالتالي يمكننا القول أن قبول الدعوة لولوج المفاوضات هو استجابة إيجابية من جانب متلقي الدعوة، لدخول عملية التفاوض، وهنا من الضرورة التنويه إلى أنه بمجرد قبول الطرف الآخر للدعوة، تكون المفاوضات قد بدأت بالفعل، وهذا القبول يمتاز بعدة خصائص منها وجوب أن تكون الدعوة بسيطة، ويشترط أيضاً أن لا تشكل اقتراحاً مضاداً، فقبول عناصر جديدة يعتبر بمثابة عرض جديد.

إضافة إلى ما سبق ذكره فقبول الدعوة لدخول المفاوضات يكون حراً، ما لم يتم النص على خلاف ذلك<sup>1</sup>، وهو ما سنفصل فيه لاحقاً<sup>2</sup>، وفي ظل غياب النص على شكل هذه الدعوة فإن الدخول إليها وفقاً للقواعد العامة يكون صريحاً وضمنياً<sup>3</sup>.

### ب- أهم الوثائق والمستندات التي يتم تبادلها عند قبول الدعوة للتفاوض.

إن الدعوة لدخول المفاوضات لا تتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه كما أسلفنا الذكر، فيوجهها الراغب في التفاوض إلى الجمهور معلناً فيها رغبته هذه، قصد التعرف على من يستجيب لها، فقد يوجهها شفاهة أو تلفونيا أو عبر الفاكس أو الانترنت ولكن لإضفاء

<sup>1</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 57, 58.

<sup>2</sup> نتطرق لاحقاً للحرية التفاوضية بجميع أبعادها، أنظر: الصفحة 122 من هذه الأطروحة.

<sup>3</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 58,59.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

نوع من الرسمية عليها قد تفرغ في شكل مستندات يتم تبادلها نتطرق لها فيما يأتي مع تسليط الضوء على مدى إلزاميتها.

### 1- خطاب النوايا.

يعد خطاب النوايا من المسندات المعاصرة التي أضحت يتبادلها المتفاوضون، ونظرا لذلك نسعى فيما يأتي إلى تقديم تعريف له، دون أن نغفل عن إبراز أهميته وشكله، هذا مع التطرق لأبرز الصور التي يرد فيها، والطبيعة القانونية لخطاب النوايا.

#### أ. تعريف خطاب النوايا.

" هو مستند مكتوب يوجه من طرف من يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك، وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه، ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها وله عدة مسميات أخرى منها خطاب التأكيد وخطابات التفاهم والاتفاقات الأساسية وخطاب الثقة، والاتفاق على الاتفاق"<sup>1</sup>.

وتعرف كذلك رسائل أو خطابات النوايا بأنها: " عبارة عن اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي، يتعلق بتنظيم عملية التفاوض ويسمىها بعض الفقه باتفاقات التفاوض، حيث يرغب الأطراف من خلالها الحصول على امتياز تجاري أو انتماء دولي، أو إلزام العميل بضمانات فنية أو تقنية أو بعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالمفاوضات، أو عدم التفاوض مع أي مورد آخر وغيرها"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، المرجع السابق، ص 162.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 225.

### II. أهمية خطاب النوايا وشكله.

تبرز أهمية خطابات النوايا من خلال التطبيقات العملية لها التي نجدها متعددة لاسيما على صعيد العقود الدولية، كعقود إنشاء البنى التحتية من مطارات ومحطات الطاقة وعقود التكنولوجيا، وعقود خدمات المعلومات، وكذلك عقود الاعتماد الإيجاري الدولي، التي تمتاز بخصوصية ذات طابع فني وتقني معقد، يتسم بالدقة، فلا تسعها جلسة أو جلستين فلا بد أن تمر عبر عدة مراحل للاتفاق على بنودها، وحتى توثق هذه الاتفاقات تحرر في مستندات تحضيرية يتم تبادل وجهات النظر المتصلة بالمفاوضات حول العقد النهائي، ويتجلى ذلك في خطابات النوايا والتي لها كذلك دور مهم في عقود الترخيص لاستغلال براءة الاختراع، التي تبرم بين حائز التكنولوجيا وطرف آخر يود الحصول عليها، فيتمكن المرخص له من الحصول على حق استغلال التكنولوجيا التي يملكها المرخص لمدة معينة، ويحصل هذا الأخير على مقابل مادي، لقاء السماح له باستغلال التكنولوجيا محل العقد.

ومن الأمثلة العملية كذلك التي يتم تبادل خطابات النوايا فيها تلك العقود المعقدة للتسليم في المصانع أو عقود الشركات، ك شراء شركة مثقلة بالديون أو حتى مشروع إنشائها حتى يتم التأسيس لشركة جديدة أو شراء أسهم شركات معروضة للاكتتاب ففي هذه الحالة تعمل خطابات النوايا على توضيح الفائدة المرجوة من الصفقة، لاسيما من الناحية الاقتصادية واحتمالات النجاح أو الفشل فيها، زيادة على إعداد تلك الخطط المتعلقة بالمشروع وتوفير الوسائل لتمويله والتأمين على عناصره<sup>1</sup>.

### III. صور خطاب النوايا.

تتباين صورته بتباين أغراضه ومعانيه وتختلف خطابات النوايا من حيث مضمونها وصورها نذكرها كما يأتي:

<sup>1</sup> أمير بوساحية، نجية بوراس، خطابات النوايا تطور مستمر بأبعاد مختلفة، مجلة النبراس للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، مجلد 06، عدد 03، ديسمبر 2022، ص 118، 119.

### - خطاب استعلامي.

يتمثل في كونه يقتصر على مجرد طلب معلومات، أو الرد على استفسارات معينة، تخص العملية التعاقدية، كذلك يعبر عن الاهتمام بمشروع تلك العملية، دون التعبير عن الدخول في المفاوضات المستقبلية<sup>1</sup>.

ومثال عن هذا النوع من الخطابات كتبت إحدى المؤسسات خطابا إلى مؤسسة أخرى تنتج جهازا معيناً، ذكرت فيه أنه بفحص الوثائق المقدمة من هذه الأخيرة وإحاطا بالاجتماعات التي تمت معها، فإنه يهملها أن تبلغها بنيتها في أن تطلب منها في المستقبل جهازاً منها، ثم أضافت أن هذا الخطاب المرسل منها لا يشكل بأي حال طلباً للجهاز المشار إليه<sup>2</sup>.

### - خطاب دعوة للبدء في التفاوض حول العقد المراد إبرامه.

يتم عبره الدعوة للبدء في عملية المفاوضات فهو مجرد توجيه الدعوة من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر لبدء عملية التفاوض حول العقد المراد إبرامه، والتأكيد على متابعة التفاوض والالتزام بمراعاة حسن النية في جميع المراحل، ويرى الأستاذ محمد صلاح عبد الله محمد أن هذا النوع من خطابات النوايا غالباً ما يلجأ له الأطراف للنص على الشروط الأساسية التي سوف يتم التفاوض عليها بشكل عام، مثل تحديد شرط الحفاظ على سرية المعلومات التي يطلع عليها الأطراف أثناء التفاوض، مع موافقة أحدهم على عدم الكشف عن المعلومات التي يتوصل إليها أثناء هذه المرحلة، فيتجنب بذلك الطرفين الخوف لإجراء مزيد من المفاوضات فيما بينهم بشأن الصفقة المزمع إبرامها، وعليه فهم يصفون الطابع الرسمي على الشروط الرئيسية التي يتم التفاوض بشأنها، ويجب أن يكون ذلك في وقت مبكر قبل الدخول في مرحلة مفاوضات مطولة ومكلفة.

<sup>1</sup> محمد صلاح عبد الله محمد، المرحلة قبل التعاقدية ودورها في إبرام عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، مصر، عدد 06، سنة 2021، ص 219.

<sup>2</sup> أمير بوساحية، نجية بوراس، المرجع السابق، ص 115.

### - خطاب الاتفاق المبدئي الحر.

هو الخطاب الذي يصدره محرره بعد أن تكون المفاوضات قد قطعت شوطا كبيرا، وتم الوصول إلى أمور وأشياء أساسية ارتضاها محرر الخطاب، بحيث يمتاز هذا الخطاب عن بقية خطابات النوايا الأخرى بأنه وسيلة عملية يستعملها الأطراف المتفاوضون لغاية النص على الشروط التي سبق الاتفاق عليها، وتعليق الالتزام بها إلى حين توقيع العقد النهائي من جانبهما، وينتشر هذا النوع من الخطاب في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، وكذا في حقوق نقل المعرفة الفنية.

### - خطاب الاتفاق المبدئي التعاقدي.

يقصد به أن يوجه أحد الأطراف خطابا إلى الطرف الآخر في المفاوضات، يتفقان فيه على بعض الالتزامات المحددة لاسيما الالتزام بالمحافظة على الأسرار التي يجري تبادلها أثناء مرحله التفاوض، إضافة إلى عدم الولوج إلى مفاوضات موازية، وقد يطلق على هذا الخطاب مصطلح "مذكرة التفاهم" أو مذكرة الاتفاق ويحرص الطرفان أثناء صياغته على التأكيد بأنه غير ملزم للطرفين إلا بعد التوقيع النهائي منهما، أو استيفاء بعض الشروط أو حدوث أمر معين<sup>1</sup>.

### IV. الطبيعة القانونية لخطاب النوايا.

تكيف خطابات النوايا على أنها ليست سوى تجسيد لرغبة في التعاقد مستقبلا، فهي لا تعدو كونها مجرد تعهد أخلاقي ليس له أثر في القانون، كما أنه غير ملزم للأطراف المتفاوضين، وتعتبر خطابات النوايا من المستندات قبل التعاقدية التي من شأنها تنظيم عملية التفاوض، وكذا في ميدان الائتمان المصرفي، إذ تقترب في هذه الحالة من عقد الكفالة، فقد تسفر صياغتها عن التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، وهذه الأخيرة هي التي تتحقق فيها

<sup>1</sup> محمد صلاح عبد اللاه محمد، المرجع السابق، ص 220، 221، 222.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الكفالة، إلا إذا تبين من صياغة خطاب المرسل بالوفاء عن الدين للدائن، إذا لم يقدّم الأول بالسداد في الموعد، ويصعب الأمر في حالة غموض عبارات خطاب الثقة، أو احتمالها أكثر من تعبير، في هذه الحالة تفقد الصفة القانونية لمنح الائتمان المتواجد بالخطاب.

و في ذات السياق تجدر الإشارة إلى أن تحديد قيمتها يتوقف على صياغة عباراتها وما تضمنته، وكذا الظروف التي أحاطت بهذه الصياغة، فعبارات الخطاب الواحد قد تحمل في طياتها التزامات عديدة، يتكفل بكشف معناها قاضي الموضوع، ويكون ذلك عبر تحديد النية المشتركة للمتعاقدين، وليس معناها الحرفي، مستعينا في ذلك بطبيعة التعامل وكذا العرف الجاري في هذه المعاملات<sup>1</sup>، وهو ما يرشدنا إليه نص المادة 111 في فقرتها الثانية من القانون المدني<sup>2</sup>.

وتأكيدا لذلك أقرت المحكمة العليا في اجتهادها بأن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير العقود، والاتفاقات وسائر المحررات والأوراق والتقارير دون الخروج عن ما تحتمله عباراتها<sup>3</sup>، أما إذا اتضح أن إرادة المتعاقدين واضحة في عبارات العقد، وجب التقيد بها قانونا، ولزم أن تعبر تعبيراً صادقا عن إرادتهما المشتركة الحقيقية بعيدا عن التأويلات والتفسيرات وجميع الانحرافات<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 227، 228، 229.

<sup>2</sup> تنص المادة 111 فقرة 2 من القانون المدني: "... أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، ربما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

<sup>3</sup> جاء في قرار المحكمة العليا: "...ولما ثبت -في قضية الحال- أن جهة الاستئناف لما فصلت في الموضوع بعد الإحالة بتفسيرها لعقد التأمين، فهي محقة فيما فعلت..." قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، ملف رقم 160673، مؤرخ في 08-10-1997، المجلة القضائية، الصادرة سنة 1998، عدد 02، ص 58.

<sup>4</sup> بوزيد عدنان، نضيرة قماري بن ددوش، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة الجبالي ليايس، سيدي بلعباس، مجلد 11، عدد 03، 31 ديسمبر 2020، ص 443.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وبالنسبة للفقهاء الجزائريين الحديث الذي يعد نادرا في هذا الشأن يرى الأستاذ علي فيلالي أن خطاب النوايا الموقع من طرفيه والمثبت لاتفاقات والتزامات بينهما، يعتبر اتفاقا يخضع لقانون العقود، وتطبق عليه المسؤولية العقدية في حال الإخلال به، لاسيما في حالة وجود اتفاق التفاوض على العقد بين طرفيه يبرز الالتزامات التي تقع عليهم مما ينجر عنه الطبيعة العقدية<sup>1</sup>.

وما يمكننا أن نخلص إليه بشأن خطابات النوايا هو أن طبيعتها القانونية وقيمتها تختلف حسب صياغتها، فمنها ما لا يترتب أثرا قانونيا ولا يعدو كونه التزام أخلاقي، كالدعوة للتفاوض، والتوقيع بالأحرف الأولى، وتأجيل التوقيع النهائي، ومنها ما يخلق التزامات قانونية حقيقية إذا كانت عباراته تفيد الارتباط العقدي كالاتفاق المؤقت، ويحاذي للأطراف عند تحريرها استعمال ألفاظ تعبر عن عدم إلزاميتها، أي أنها غير عقدية، وذلك حتى لا تصبح سنداً قانونياً يستخدم ضدهم بغية مقاضاتهم<sup>2</sup>.

ومن الأمثلة العملية لذلك هو أن أحد المتفاوضين قام بإرسال خطاب إلى شخص آخر يبين له النقاط التي تم الاتفاق عليها خلال جولة التفاوض التي جرت بينهما، بخصوص شراء حصة الأغلبية التي يمتلكها الشخص المتفاوض معه في إحدى الشركات، فكتب له في نهاية الخطاب: "...وسنتفاوض معكم فيما بعد حول تفاصيل هذه النقاط، فإذا وافقتم على ذلك، نرجو منكم أن تفضلوا برد النسخة الثانية من هذا الخطاب ممهورة بتوقيعكم، على أن يكون هذا التوقيع مسبقا بالبيان التالي: "أوافق على كونه خطاب نوايا فحسب وليس عقدا"، فهذه الصيغة

<sup>1</sup> مأخوذ عن بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 231.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 232، 233.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التي ورد بها هذا الخطاب تجعله مجرد اتفاق مرحلي غير نافذ، لا يقيد الأفراد ونفاذه يكون متوقفا على إبرام العقد النهائي<sup>1</sup>.

### 2- تعهدات الشرف.

تعود تسمية تعهد الشرف أو التزام الشرف، إلى المصطلح الانجليزي الذي تم اقتباسها منه ، (agreement Gentlemen's) الذي يعد التزاما أخلاقيا يستند لمبادئ الشرف ونبيل الأخلاق، التي تتطلب الوفاء بالعهد، فيكون بذلك معلقا على إرادة المصريح بشرفه، وللإحاطة بتعهدات الشرف نبين المقصود بها من خلال تعريفها، دون أن نغفل عن إبراز قيمتها القانونية.

#### 1. تعريف تعهد الشرف.

يعرفه بعض الفقه بأنه: "تصريح إرادي يتوقف تنفيذ مفعوله على إرادة الملتزم المصريح بشرفه دون أن يكون ذلك مشمولا بأي متابعة قضائية أو شبه قضائية كالتحكيم"<sup>2</sup>.

وعرف الأستاذ بلحاج العربي التعهد الشرفي أو الأدبي هو: "أن يفصح شخص عن إرادته في الالتزام أخلاقيا أو أدبيا، فمتى توافر للخطاب مقدمات الإلزام الشرفي بأمر أو آخر قبل الغير كان متعلقا بالتعهد بالمعنى الفني الدقيق، لأن الكلمات في مرحلة التفاوض موقف له قيمة معنوية كبيرة تدخل ضمن دائرة الضمير وتقوم على احترام وتقدير الغير واحترام الشخص لذاته"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> مجاجي سعاد، تعهدات الشرف في ميزان القضاء الفرنسي، مجلة الفقه والقانون، وجدة، المغرب، عدد 20، يونيو 2014، ص 248.

<sup>2</sup> عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، الرباط، المغرب، 24 مارس 2017، ص 67.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 233، 234.



**II. الطبيعة القانونية لتعهد الشرف.**

يكاد يجمع الفقه على أن تعهدات الشرف ذات طابع أخلاقي، نابعة من شرف مصدرها، فالجزاء الذي يترتب على الإخلال بهذا الالتزام يكون في العادة أخلاقيا، باستهجان هذا التصرف، والانتقاص من قيمة المخل به واعتباره لا عهد ولا كلمة له، ويتحكم في هذا المبدأ مجموعة من القيم الأخلاقية التي تعد بمثابة الضمان الشخصي لتنفيذ هذا التعهد، فهو كأصل عام غير ملزم، ولكن قد يتضمن التعهد بالشرف عناصر العقد التمهيدي أو الابتدائي فبهذا يكون هذا التعهد مجرد إطار ساتر له، الذي يعتبر إطار قانوني تسري عليه آثار هذا العقد، ولقاضي الموضوع من خلال سلطته التقديرية أن يفصل في هذا الأمر<sup>1</sup>.

وبالتعريض على موقف القضاء الفرنسي نجده قد انتهى إلى أن التعهد الشرفي في ماعدا علاقات المجاملة وكذا الأعمال المجانية، يرتب أثرا قانونيا يلزم مصدره بما تعهد فيه، وإلا نهضت مسؤوليته<sup>2</sup>، وهذا مشروط بإثبات اتجاه النية إلى الالتزام، ويتحقق ذلك بوضوح ألفاظ التعهد وتحديدها، ولكن قد يخطئ الطرفان في التعبير عن حقيقة قصدهما، عبر إضفاء الطابع الأدبي على اتفاقهما، بيد أنه يرتب أثارا قانونية، مما يدفع بالقاضي لتكييفه على أنه عقد، مضفيا عليه الالتزام بمعناه القانوني من خلال ما رتبته الأطراف من آثار.

وفي هذا الصدد يقال بأن الألفاظ حصون المعاني، فعلى الأطراف التدقيق في انتقاء المصطلحات المناسبة والحذر من الألفاظ والعبارات التي لا تلزمهم، ومما لا شك فيه فإن مكانة تعهدات الشرف تعتمد على مدى تبنيها في أخلاقيات الأعمال محليا وعلى الصعيد

<sup>1</sup> عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> وهو ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في قراراتها بأن التعهد الشرفي الذي قام الزوج بقطعه على نفسه بالإتفاق على مطلقة بعد الطلاق، هو تعهد يسفر عن التزام قانوني، نقض مدني فرنسي.

RTD.civile 1986.739 le 28-11-1985

قرار مأخوذ عن بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 90.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الدولي، مع إعطاء الأولوية لتحليل عبارات تعهدات الشرف، دون الوقوف على عنوانها بالمعنى الحرفي، وهو تحدي كبير لمبدأ سلطان الإرادة إذ يحد من الحرية ويضبطها<sup>1</sup>.

وما يمكننا قوله في الأخير هو أن التعهد الشرفي الذي يصدره الشخص لا يكون ملزماً قانوناً، إلا إذا حدد مضمونه بوضوح، وهو ما يقدره قضاة الموضوع، لأن الأصل براءة الذمة من الالتزام وعلى من يدعي وجوده، أن يثبت ذلك أمام القضاء<sup>2</sup>.

تماشياً مع ما تم ذكره فإن توافق الإرادتين من باب المجاملة، التي لا تسعى لإحداث أثر قانوني إذ لا تصل لمرتبة الإلزام، ليس لها أثر قانوني وتفتقر أيضاً للحماية القانونية، ففوق الخطأ في مثل هذه الحالة إذا نجم عنه ضرر، يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية استناداً لنص المادة 124 من القانون المدني.

### 3- الاتفاقات المبدئية.

لا شك في أن الاتفاقات المبدئية لا تقل أهمية عن سابقتها من الوثائق التي يتم تبادلها إبان فترة المفاوضات، نذكر منها كل من العقد الإطار، زيادة على العقد الجزئي وكذا العقد الوقتي.

#### 1. العقد الإطار.

تعود نشأة واستعمال هذا المصطلح من الناحية التاريخية إلى الفقه الفرنسي وذلك عام 1951 والقضاء الفرنسي عام 1966 فأول ظهور له برز في الفقه عندما قرر الأستاذ Coulombel أن اتفاق الإطار يحدد الشروط التي يتم بمقتضاها إتمام عملية الشراء المستقبلية من طرف تاجر التجزئة كما ينظم الشروط المتعلقة بالمورد من ناحية والبيع التي سوف تتم من

<sup>1</sup> مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 250، 251، 252.

<sup>2</sup> وهو ما يتجلى من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بغرفتها المدنية، حيث جاء فيه: "...لكن حيث أنه من المقرر قانوناً وعملاً بالمادة 323 ق.م على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه..."، قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، ملف رقم 0880246، مؤرخ في 18-09-2014، المجلة القضائية الصادرة سنة 2014، عدد 2، ص 159.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ناحية أخرى، وبالعودة للقضاء الفرنسي نجده قد أشار إلى اتفاق الإطار وطبقه في قطاع البترول وذلك عند فصله في النزاع الحاصل بين إحدى شركات البترول، وإحدى محطات توزيع الوقود حول تحديد ثمن الوقود، الذي تلتزم به محطات التوزيع، إذ ذهبت المحكمة إلى اعتبار عقد إطار التوريد ليس بيعاً ولكنه يمهد لإبرام سلسلة من البيوع المستقبلية، التي لم تتضح بعد كمياتها أو أسعارها أو إمكانية توريدها، فبغية التغلب على الصعوبات القانونية التي تمنع التعاقد وتحول دونه يلجأ الطرفين أو الأطراف إلى أساليب لتجاوز هذه الصعوبات أبرزها العقد الإطار.

في ظل سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم هذا النوع من العقود، والذي يحوز على بالغ الأهمية، لاسيما أنه موجود من الناحية العملية، إلا أنه غير شائع بكثرة بين المتعاملين الاقتصاديين في الجزائر، يحتم علينا ذلك البحث في الفقه والتشريعات من أجل ضبط مفهومه وأهم مميزاته<sup>1</sup>.

### - المقصود بالعقد الإطار.

تعرفه المادة 1111 من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل الذي مسه سنة 2016 والمتعلق بقانون إصلاح العقود، بأنه: " عبارة عن اتفاق يتوافق فيه الطرفان على الخصائص العامة لعلاقتهم التعاقدية المستقبلية في عقود التطبيق لتحديد طرق التنفيذ"<sup>2</sup>.

ويعرف العقد الإطار بأنه: " مجموعة عقدية، تتألف من اتفاق يتضمن قواعد عامة، تحدد مقدماً كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> ناصر علي العطوي الجدوع، أحكام عقد الإطار دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2023، ص 4.

<sup>2</sup> Article 1111 du C.C.F, modifié par Ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 : « le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leur relation contractuelles futures. Des contrats d application en précisent les modalités d exécution ».

<sup>3</sup> جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإطار دراسة تحليلية، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، مجلد 08، عدد 28، سنة 2006، ص 01.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن إبرام العقد تعثره صعوبات قانونية، التي تكتنفها الروابط المستقبلية، بين المشروعات التجارية والصناعية سعياً لتلبية ما تستدعيه هذه المشروعات من عوامل للسرعة والمرونة والاستقرار لإتمامها، ولهذا فهم يعملون على التوصل للعقد الإطار الذي من شأنه رسم إطار معاملاتها المستقبلية متضمناً القواعد الأساسية التي تخضع لها عقود أخرى يجري إبرامها مستقبلاً<sup>1</sup>.

ويعرف الأستاذ ناصر علي العطوي الجدوع اتفاقات الإطار أو العقد الإطار: " هي اتفاقات مرحلية لإرادة الأطراف، أي اتفاق يتم التوصل إليه خلال المفاوضات قبل التعاقد النهائي خصوصاً إذا كان العقد المراد إبرامه يشتمل على بنود متعددة ومستقلة عن بعضها البعض"<sup>2</sup>.

### - أهم مميزات العقد الإطار.

يضم العقد الإطار معظم البنود التعاقدية الواجب إدماجها في العقود التطبيقية اللاحقة، كتقديم الخدمات أو تشجيع بيع المنتجات موضوع الصفقة الرئيسية، وتجدر الإشارة إلى أن أغلب الالتزامات المشجعة للعلاقة التجارية تعتبر شكلية، تستوجب مراعاتها ومن أهم مميزات العقد الإطار قيامه على الاعتبار الشخصي غالباً، ونقصد به أن يكون العقد مستنداً إلى الاعتبار الشخصي: متى كان إبرامه وتنفيذه مرتبطان بشخص المتعاقد، فالدافع للتعاقد هو تنفيذ الالتزام المتعاقد من أجله شخصياً، فلا يمكن أن يحل مكانه شخص آخر إلا بعد موافقة المتعاقد الآخر، كعقود التبرع وكذا عقود التعاون والعقود المهنية.

<sup>1</sup> جعفر محمد جواد الفضلي، المرجع السابق، ص 01، 02.

<sup>2</sup> ناصر علي العطوي الجدوع، المرجع السابق، ص 05.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وهذا ما نجده في المادة 569 من القانون المدني<sup>1</sup>، التي تضمنت انقضاء عقد المقولة بوفاة المقول، إذا كان الدافع من وراء إبرام العقد هو مؤهلاته الشخصية.

كما لا يفوتنا التنويه إلى أن العقد الإطار يخضع كغيره من العقود للشروط المطلوبة لصحة العقد، التي أشارت إليها المادة 59 وما يليها من القانون المدني السالف الذكر، وفيما يتعلق بموضوعه فتصعب الإحاطة الشاملة به، وهذا نظرا لتعدد وظائفه وأهدافه ولو أن موضوع الالتزام يجب أن يكون محددا أو قابلا للتحديد استنادا لنص المادة 92 من ذات القانون، ونزيد عما سبق أن ذات العقد السالف الذكر، إذا تضمن بنودا أو شروط جزائية يجب إعمالها لمحاسبة المخل بالالتزامات التي رتبها العقد الإطار، وقد يحتوي كذلك على بنود تلغيه حكما إذا لم تنفذ الالتزامات<sup>2</sup>.

إن النشاط الاقتصادي في الجزائر بأشد الحاجة لمثل هذه العقود لكونها تحارب النشاط الموازي، وكذا فعاليتها في مراقبة جودة ونوعية السلع والمنتجات والخدمات، التي يتم تداولها في الأسواق، وضمان وجود سلع ذات جودة عالية للمستهلك مع ضمان سلامتها، فهي أداة قانونية لتسيير الثروة وتقسيم الأرباح بين المتعاملين، وهو ما من شأنه تثبيت رؤوس الأموال الوطنية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> جاء في المادة 569 من القانون المدني بأنه: "ينقضي عقد المقولة بموت المقول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد..."

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 244، 245.

<sup>3</sup> قندلي رمضان، العقد الإطار كقالب للعقود المستقبلية اللاحقة، دراسة تحليلية في ضوء القانون المدني الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، مجلد 08، عدد 01، 18-01-2022، ص 279.

## **II. العقد الجزئي.**

قد يلجأ أطراف المفاوضات بغية الحرص على تنفيذ خطوات هذه الأخيرة إلى اتفاقات مبدئية، تمثل جزءا من العقد المراد إبرامه، كما تمهد لتنظيم مراحل التفاوض، ويكون ذلك عبر صياغة وتحديد المسائل التي تم الاتفاق عليها في كل مرحلة من مراحل المفاوضات، وإفراجها في عقد جزئي<sup>1</sup>، وعليه يعرف العقد الجزئي بأنه: "اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات ويحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الاتفاق بشأنها"<sup>2</sup>.

وتتعدد العقود الجزئية فيمكن أن نشير إلى أن العقد الجزئي عبارة عن اتفاق يبرمه الأطراف أثناء المفاوضات يحددان فيه المسائل التي تم الاتفاق عليها، ويعتبر هذا الاتفاق مرحليا إذا قرر الأطراف بصفة صريحة اعتباره مجرد مشروع للعقد النهائي، وكذلك إذا اتضح من الظروف المحيطة أن إرادتهم اتجهت إلى ذلك.

وجدير بنا التنويه أن العقد الجزئي يتضمن بعض عناصر العقد المراد إبرامه، وفي هذه المسألة بالذات يختلف العقد الجزئي عن الوعد بالتعاقد، والوعد بالتفضيل والاتفاق الابتدائي<sup>3</sup>، حيث نجد أن المادة 71 من القانون المدني قد تطرقت إلى الوعد بالتعاقد، من حيث أن هذه العقود التي أسلفنا تعدادها تتضمن جميع العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه.

وعليه فالعقد الجزئي الغاية منه تنظيم خطوات المفاوضات ما قبل التعاقدية فيتم على إثر ذلك صياغة المسائل التي تم الاتفاق بشأنها، فتفرغ في عقد جزئي حتى لا يعود لها المتفاوضون مجددا وينتقلون لمسائل أخرى<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> خلف إبراهيم سليمان الكيكي، المسؤولية المدنية عن إفساء السر، دراسة مقارنة، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2020، ص 32.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 211.

<sup>3</sup> خلف إبراهيم سليمان الكيكي، المرجع السابق، ص 32.

<sup>4</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 248.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وحري بنا التنويه إلى أن العقد الجزئي قد يكون عقدا وقتيا إذا ما ارتبط بمسألة وقتية، مما يدفع الالتزام الناشئ عن العقد الوقتي لاستغراق زمن أقل مما تستغرقه المفاوضات. فينقضي بحلول الأجل المحدد من قبل الأطراف، وقد يستغرق كذلك مدة أطول من مدة المفاوضات، فهنا تصبح مدة هذه الأخيرة هي مدة العقد الجزئي.

كما قد تفشل المفاوضات ومع ذلك تتواصل بعض التزامات العقد الجزئي ومثال ذلك الالتزام بعدم استغلال المعلومات، وعدم إفشاء الأسرار، كذلك قد يؤدي فشل المفاوضات، وعدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي إلى البدء في تنفيذ بعض الالتزامات التي يفرضها العقد الجزئي، ومنها الالتزام بتسديد جزء من نفقات التفاوض<sup>1</sup>، وفي نفس السياق فالعقد الجزئي لا يحتوي إلا على بعض عناصر العقد النهائي، فهدفه غالبا تقنين نتائج المفاوضات في وثيقة تسمى " مشروع العقد " مع إرجاء المسائل التي لازالت محلا للتفاوض، وإذا كان الاتفاق الجزئي يشتمل على سائر العناصر الجوهرية للعقد النهائي، وجب أن يتضمن تحديد لسلطة القاضي أو المحكم في تكميل هذا الاتفاق ليتجنب أطرافه انعقاده قبل الرضا به.

بالعودة للمشرع الجزائري نجد أنه لم ينظم الطبيعة القانونية للعقد الجزئي ولا الآثار المترتبة عنه، ولا علاقته بالعقد النهائي، حيث اكتفى بالإشارة إلى كونه اتفاق يبرم أثناء المرحلة التي تسبق العقد ويتفق أطرافه على بعض العناصر الأساسية وذلك في المادة 65 من القانون المدني<sup>2</sup>.

ومن ثمة يجب التوضيح أن الطرفان المتفاوضان إذا اتفقا أثناء المفاوضات على عدم الارتباط بين العقد الأصلي والجزئي، وكان العقد الذي توصلوا لإبرامه هو العقد الرئيسي، فهو بذلك يرتب آثاره في الحال، أما إذا كان العقد الذي جرى الاتفاق عليه هو العقد التبعية فلا

<sup>1</sup> خلف إبراهيم سليمان الكيكي، المرجع السابق، ص 32، 33، 34.

<sup>2</sup> نصت المادة 65 من القانون المدني على أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

يرتب آثاره قبل إبرام العقد الرئيسي، وتبين لنا المادة 65 من القانون المدني السالفة الذكر بأن المتعاقدين يتفقان على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويؤخران المسائل التفصيلية فيما بعد، ومثاله: أن يتفق شخصان في عقد البيع على المبيع والتمن بينهما يرجئان التفاهم عن مكان التسليم وميعاده وكذلك نفقاته.

وفي حالة حصول نزاع بشأن المسائل التفصيلية المتروكة، يمكن للمحكمة الفصل فيها في عقد تام الانعقاد، تم الاتفاق على جميع نقاطه التفصيلية، وهنا بوسع القاضي الرجوع بشأن استكمال العقد وهو ما يصطلح عليه: "تكميل العقد" التي يقصد بها استكمال ما لم يصرح به في العقد، بغية تنظيمه وتحديد مضمونه وسد الفجوات والنقص فيه، وكذا إزالة الغموض الذي يكتنفه، وذلك تماشيا مع أحكام القانون والعرف وكذا العدالة، حيث يمكن له إعمال سلطته التقديرية وفقا لما جاء به القانون المدني<sup>1</sup>، إذ أنه لم يشترط في هذا الشأن، أي لانعقاد العقد الاتفاق على المسائل الجوهرية والتفصيلية، ولكنه اشترط الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المرجو إبرامه<sup>1</sup>، وهو ما يتضح من خلال المادة 71 من القانون المدني<sup>2</sup>.

### III. العقد الوقتي.

قد تطول فترة المفاوضات مما يحتم على أطرافها إقامة علاقة مؤقتة انتظارا لانتهاء المفاوضات، فهي تمتد لفترة معينة أو لفترة المفاوضات، هدفها الأساسي التحضير لهذه الأخيرة والتأمين من مخاطرها، وسميت بالعقود الوقتية نظرا لكونها محددة زمنيا بفترة المفاوضات وتنتهي بانتهائها، وقد يكون موضوعها كل ما يتصل بفترة المفاوضات، فينظم ذلك

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 253، 254، 255.

<sup>2</sup> حيث جاء في المادة 71 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم: "الاتفاق الذي يعد له كلا أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا 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".



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

بعقد وقتي ويعرفه بعض الفقه بأنه: " ذلك الاتفاق الذي ينشئ على عاتق أحد الطرفين المتفاوضين أو كلاهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء التفاوض على العقد أو عند فشله"، ويتم اللجوء إليه عادة عندما يدخل الطرفان في مفاوضات يتوقع أن تطول فترتها، وقد يتناول ذات الموضوع الذي يتضمنه العقد النهائي، كما قد يتضمن موضوعا آخر ولذلك فهو ينقسم لنوعين من العقود:

### - عقد وقتي مضمونه نفس موضوع العقد النهائي.

من تطبيقاته ما يسمى بعقد التجربة أو عقد الاختبار، وهو الذي يسمح لأطرافه باختبار العقد النهائي عبر تنفيذه ضمن فترة معينة، وينشئ في ذمة أطرافه التزامات تشبه عمليا التزامات العقد النهائي، فموضوعه هو نفس موضوع هذا الأخير، وبذلك فليس من المتصور إبرامه إلا إذا كان عقدا زمنيا مستمرا من عقود المدة، إذ لا يمكن ذلك في العقود الفورية لأن العقود الفورية التي تتم تحت التجربة تعد عقدا معلقا على شرط واقف<sup>1</sup>، ومثاله: عقد العمل، وذلك ما تجلّى واضحا من خلال المادة 12 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل<sup>2</sup>، التي حددت الحالات التي يمكن من خلالها إبرام عقد العمل لمدة محدودة أو وقتية.

كذلك الحال في عقد العمل بشرط التجربة، فهو عقد وقتي يسبق مرحلة العقد النهائي، لم يعرف المشرع الجزائري عقد العمل تحت التجربة، إنما ذكر إمكانية خضوع العامل لفترة التجربة ضمن نص المادة 19 من قانون العمل<sup>3</sup>، ويعرف بأنه: "اتفاق بين العامل ورب العمل يتعهد بمقتضاه العامل بالعمل لدى رب العمل تحت الاختبار لمدة معينة للتأكد من مدى

<sup>1</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 231، 232، 233، 234.

<sup>2</sup> قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21-04-1990 متعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، صادرة في 25 أبريل 1990، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> نصت المادة 19 من القانون 90-11 على ما يأتي: " يتمتع العامل خلال المدة التجريبية بنفس الحقوق التي يتمتع بها العمال الذين يشغلون مناصب عمل مماثلة، ويخضع لنفس الواجبات، وتأخذ هذه المدة بعين الاعتبار في حساب الأقدمية لدى الهيئة المستخدمة، عندما يثبت في منصبه، إثر انتهاء الفترة التجريبية ".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

صلاحيته للعمل المطلوب"، وبالتالي فهو عقد رضائي تجريبي ووقتي، يقع ضمن فترة المفاوضات ويتسم بكونه ملزما لجانبه، الهدف منه اختبار العقد النهائي.

كما يمكن اعتباره عقد معلق على شرط فاسخ باستقراء نص المادة 19 السالفة الذكر من ذات القانون، إذ أنها تمنح الحق لصاحب العمل في إنهاء العقد إذا كان العامل معيناً تحت التجربة قبل انتهاء مدته، إلا أن ذلك يخالف الواقع العملي ففي حالة نجاح التجربة فإن العقد المبرم نفسه يستمر في حكم العلاقة بين الطرفين، ولا يبرمان عقداً جديداً<sup>1</sup>، ويعد عقد العمل مؤقتاً، لأنه ينشئ على عاتق الطرفين التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة العقدية بينهما أثناء فترة المفاوضات، وهي عبارة عن التزامات تخص مرحلة ما قبل التعاقد.

وزيادة على ما سبق ذكره فمن تطبيقات العقد الوقتي الذي يكون موضوعه هو موضوع العقد النهائي، في ميدان التأمين ما يسمى بمذكرة التغطية المؤقتة، إذ تعد عقداً مؤقتاً قائماً بذاته، يسعى من خلاله المؤمن لدراسة طلب التأمين ليقرر عبره قبول أو رفض إبرام العقد النهائي<sup>2</sup>، كما أنها تثبت التزام الطرفين وهو ما نصت عليه المادة 8 من قانون التأمينات<sup>3</sup>.

وجدير بنا أن نشير إلى أن الواقع العملي يكشف عن وجود نوعين من مذكرة التغطية المؤقتة، فالنوع الأول منها يعتبر دليلاً مؤقتاً على العقد النهائي يتم فيه القبول النهائي للتأمين عند موافقة المؤمن على طلب التأمين، وينعقد العقد عندما يسلم المؤمن للطرف الذي تم التأمين لصالحه مذكرة تغطية مؤقتة، فتعتبر مذكرة التغطية المؤقتة في هذه الحالة دليلاً على التعاقد النهائي، وبديلاً عن الوثيقة النهائية في الوقت ذاته، فتقوم المذكرة مقام وثيقة التأمين،

---

<sup>1</sup> بنور سعاد، خصوصية عقد العمل تحت التجربة في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، عدد 05، جانفي 2018، ص 259، 260، 261.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 234.

<sup>3</sup> المادة 8 من الأمر 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995 والمتضمن قانون التأمينات، معدل ومتمم، ج ر عدد 13، صادرة في 08 مارس 1995، والتي جاء فيها: "...ويمكن إثبات التزام الطرفين إما بوثيقة التأمين وإما بمذكرة تغطية التأمين...".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وينتهي دورها بمجرد تسليم وثيقة التأمين إلى المؤمن له، والتي تسري بأثر رجعي أي منذ تسلم المؤمن له المذكرة المؤقتة.

أما النوع الثاني وهو الذي يعنينا إذ يعتبر عقداً أو اتفاقاً مؤقتاً قائماً بذاته، ونجده لما تتأخر شركة التأمين في البت في طلب التأمين، فتكون بذلك مذكرة التغطية المؤقتة عقداً أو اتفاقاً وقتياً لتغطية الخطر، لغاية البت في طلب التأمين بصفة نهائية بالموافقة عليه أو رفضه. ففي حالة قبوله تسلم للمؤمن له وثيقة التأمين وتسري من وقت تسلمها وليس لها أثر رجعي لأن المذكرة التي سبقتها هي عقد قائم بذاته، وعليه نؤكد أن المذكرة لها دور في التمهيد للعقد النهائي، أي أنها تقع في مرحلة التفاوض على العقد ولهذا سماها بعض الفقه بـ: "اتفاق التأمين التمهيدي".

### **- عقد وقتي يختلف موضوعه عن موضوع العقد النهائي.**

نجد هذا النوع من العقود يتجلى بكثرة في عقود نقل التكنولوجيا، حيث أن أطراف المفاوضات في هذا النوع قد يضطرون لإفشاء جزء من الأسرار المتعلقة بالمعلومات التقنية للمتفاوض، الذي يسعى للحصول عليها لترغيبه في التعاقد، فيدفعهم ذلك إلى اللجوء إلى عقد مؤقت، بغية تنظيم سلوكهم تجاه المعلومات التي ينبغي الاحتفاظ بسريتها وعدم إفشائها، وهو ما يضمنه العقد المؤقت، وكذلك يمكن أن يتضمن التزامات أخرى كعدم إجراء مفاوضات موازية مثلاً.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع العقد الوقتي الذي يختلف موضوعه عن موضوع العقد النهائي، يجوز أن يكون موضوعه الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف أو التشديد من

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المسؤولية وذلك يخضع لاتفاق المتفاوضين<sup>1</sup>، ففي القواعد العامة للمسؤولية العقدية يمكن أن يرد الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية بموجب المادة 178 من القانون المدني<sup>2</sup>.

### ثانيا: قبول الإيجاب.

نحاول تحديد القبول وذلك من خلال تعريفه ثم التعرّيج على أهم خصائصه وموقف المشرع الجزائري منه، ونهدف بتطرقنا لقبول الإيجاب تمييزه عن قبول الدعوة للتفاوض التي سبق التطرق إليها.

### أ- تعريف القبول.

لم يعرف المشرع الجزائري القبول مكتفيا بالمادة 59 من القانون المدني السالفة الذكر، والتي مفادها أن تمام العقد يكون بتبادل الطرفين لإرادتيهما المتطابقتين، على عكس المشرع الفرنسي الذي تدارك الأمر وأدرجه ضمن تعديل القانون المدني، بحيث لم يكن القانون المدني الفرنسي السابق يتضمن تعريفا للقبول وهو ما نص عليه في القانون الجديد حيث عرفه من خلال المادة 1118 من الأمر 131-2016، بأن: "القبول هو مظهر من مظاهر إرادة صاحبها في الالتزام بشروط الإيجاب، طالما لم يصل القبول إلى الموجب يمكن سحبه بحرية، شريطة أن يكون الانسحاب قد وصل إلى الموجب قبل القبول.

---

<sup>1</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 235، 236، 237.

<sup>2</sup> نصت المادة 178 من القانون المدني على إمكانية الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية فجاء فيها: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي."

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ليس للقبول الذي لا يتوافق مع الإيجاب أي تأثير، إلا أنه يشكل عرضاً جديداً<sup>1</sup>.

وهو تعريف يوضح مفهوم قبول العقد بشكل جيد وواضح، ويقر إلى جانب ذلك الأحكام والنظام القانوني لقبول الإيجاب مع ما يليها من المواد، ونشيد بالمشروع الجزائري على أن يسير على خطى المشروع الفرنسي في تعريفه للقبول وعرضه بشكل دقيق وواضح.

فقد جاء كذلك في نفس السياق في مشروع إصلاح العقود لعام 2009 في المادة 23 منه على أن: "القبول مظهر من مظاهر رغبة صاحب الإيجاب في الالتزام بشروط الإيجاب.

والقبول الذي لا يطابق الإيجاب ليس له أثر إلا إذا كان إيجاباً جديداً"<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى الفقه نجده قد قدم عدة تعريفات للقبول نذكر منها بأنه: "التعبير البات عن إرادة الموجه إليه الإيجاب عن ارتضائه هذا الإيجاب، وهو يمثل الإرادة الثانية في العقد، وبه ينعقد العقد متى كان مطابقاً للإيجاب".

والأصل حرية من وجه إليه في قبوله أو رفضه، ولا مسؤولية عليه في حالة رفضه<sup>3</sup>.

ويعرف بأنه: "الإجابة بالموافقة على عرض الموجب، وبإضافته إلى الإيجاب يتكون العقد"<sup>4</sup>، وبالتالي يمكن القول بأن القبول هو التعبير الثاني عن الرغبة في التعاقد، كما أنه عبارة عن فعل انفرادي من متلقي الإيجاب يعبر عن رغبته في المشاركة في العلاقة التعاقدية.

<sup>1</sup> Art 1118 du C.C.F: « L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre.

Tant que L'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant L'acceptation.

L'acceptation ne conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle ».

<sup>2</sup> Le projet de réforme du droit du contrats de 2009 à l'article 23 dispose qu'est « une acceptation la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle ».

<sup>3</sup> جابر محمود على محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المصري، ج 01، كتاب رقمي، دار لمار للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 21 يوليو 2022، ص 97.

<sup>4</sup> محمود أحمد عبيد، الوسيط في شرح قانون التوثيق، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2011، ص 97.

### ب- خصائص القبول.

قبل الخوض في خصائص القبول حري بنا التنويه إلى أن الغاية من استعراضنا للقبول إنما هو التفرقة بين قبول الإيجاب، وقبول الدعوة للتفاوض من غير التطرق لجميع تفاصيله وأبعاده التي نراها غير ضرورية في هذا الصدد، وبالتالي فأهم الخصائص التي يمتاز بها القبول هي: أن يكون حراً من حيث المبدأ فمتلقي العرض أو الإيجاب حر في قبول التعاقد أو رفضه، ومن ثمة فالمرسل إليه حر في اختيار القبول أم لا، وفي الحالة الأخيرة يتعين أن يتم ذلك في فترة زمنية معقولة عادة ما تكون جزءاً من عرض بيع غير محدد المدة<sup>1</sup>، وإذا كان القبول غير مطابق للإيجاب هنا يعتبر رفضاً ويشكل عرضاً جديداً، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 66 من القانون المدني التي جاء فيها: " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً "، ما يمكن فهمه من نص هذه المادة هو أن القبول لا بد أن يطابق الإيجاب كما هو، من دون إضافة شروط أو يعدل فيه وإلا عد إيجاباً جديداً، أو دعوة للتفاوض جديدة، يحتاج هو الآخر لقبول جديد يتطابق معه لقيام العقد، أو قبول هذه الدعوة لبدأ غمار المفاوضات والخوض فيها.

هو ذات ما ذهب إليه المشرع الفرنسي ويتضح جلياً في الفقرة الأخيرة من المادة 1118 من قانونه المدني السالفة الذكر، وحذا حذوه في ذلك المشرع المصري عبر نصه في

---

<sup>1</sup> تختلف المدة المحددة في القبول من حيث البعد التعاقدى بعدم تواجد المتعاقدين في نفس مجلس العقد وهو ما توضحه المادة 64 من القانون المدني التي نصت على ما يلي: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد على ما يدل بأن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد ".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المادة 96 من قانونه المدني التي تضمنت أن القبول الذي يتجاوز الإيجاب أو يتضمن قيودا أو تعديلات يعتبر رفضا يتضمن عرضا جديدا<sup>1</sup>.

زيادة على هذا وجب أن يكون القابل على علم تام وفهم كامل لأحكام العقد الصريحة أو الضمنية، وحتى يحقق القبول نتائجه لابد أن يكون واضحا وبسيطا غير مشروط، ويمكن لهذا القبول أن يرد صريحا أو ضمنيا، شفاهة أو كتابة أو بالإشارة المألوفة والمعتادة وبفعل لا يدعو للشك في نفس الظروف وعندما لا يشترط فيه الأطراف الصراحة يمكن أن يرد بصفة ضمنية<sup>2</sup>، ويثور التساؤل في هذه الحالة بشأن السكوت، هل يكفي ليعبر عن إرادة القابل؟

في الواقع لا يشكل السكوت قبولا على الإطلاق إلا ما استثناءه القانون، ونقصد بذلك أن يكون بينهما معاملة تجارية سابقة تمت بنفس الطريقة أو في ظروف أخرى يعتبر العقد قد أبرم إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المحدد، وإذا كان الإيجاب يتعلق بعلاقات تجارية قائمة بالفعل وكان لمصلحة القابل، فعدم الرد هنا يشكل قبولا، وبالتالي فالسكوت لا يشكل قبولا إلا إذا نص القانون أو العرف أو العلاقات التجارية أو الظروف الاستثنائية على ذلك<sup>3</sup>، هذا ما عبر عنه المشرع الجزائري بالسكوت الملابس من خلال المادة 68 من القانون المدني<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> نصت المادة 96 من القانون رقم 131 لسنة 1948 يتضمن القانون المدني المصري، صادر بقصر القبة في 09 رمضان 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر أ، صادرة في 29 يوليو 1948 على أنه: "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا".

<sup>2</sup> نصت المادة 60 من القانون المدني على أن التعبير عن الإرادة قد يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، وكذا باتخاذ موقف لا يدعو للشك، ويمكن أن يتم هذا التعبير بصفة ضمنية إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون بصفة صريحة.

<sup>3</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 60, 61, 62.

<sup>4</sup> جاء في نص المادة 68 من القانون المدني ما يلي: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

### ج- القبول الإلكتروني.

لا يشترط صدور القبول الإلكتروني في صورة خاصة أو شكل خاص، إنما يصدر عبر وسائط إلكترونية، ولم يتم النص في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونستيرال) لسنة 1966<sup>1</sup> على تعريف للقبول في المعاملات الإلكترونية، تاركاً ذلك لتشريعات الدول الداخلية، فقد اكتفى بالإشارة إلى جواز استخدام رسائل البيانات بغية التعبير عن القبول، وعلى إثر ذلك ينسب القبول إلى المتعاقد الذي أرسلها عبر التقنيات الحديثة، وقد يشترط لذلك قيام المرسل إليه بتطبيق نظام معلوماتي معين، أو إجراء مصادقة بموافقة المرسل للتأكد من صدور البيانات عنه.

ويشترط لصحة القبول الإلكتروني كسابقه أن يكون صريحاً وواضحاً وغير مشروط فيعد القبول الوارد عبر الانترنت أو المواقع أو البريد الإلكترونيين، الذي يعدل أحد الشروط التي تضمنها الإيجاب يعد إيجاباً جديداً، أو دعوة للتفاوض جديدة وليس قبولاً للإيجاب الأول وهو ما سبق لنا ذكره.

ويتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة أساليب منها الكتابة التي تفيد الموافقة، أو بالتوقيع الإلكتروني أو باللفظ بتقنيات المحادثة أو تنزيل البرنامج والنقر بالموافقة بالأيقونة الخاصة بذلك، وهذه الأخيرة هناك من اعتبرها غير كافية، فقد يتم النقر عليها عن طريق الخطأ لذلك لا بد من تأكيد القبول عبر رسالة القبول النهائي ليرد صحيحاً، وهو ما أيده التوجيه الأوروبي الذي يحمي المستهلك.

إضافة إلى ما سبق لابد على الموجب الذي استقبل القبول المكتوب إلكترونياً أن يقوم بتأكيد وصوله برسالة مكتوبة إلى المؤلف بأي طريقة إلكترونية حتى يأخذ به في تحديد إبرام

<sup>1</sup> قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع، 1996، مع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، ص 200.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

عقد النشر الإلكتروني<sup>1</sup>، سعيًا لتقاضي الأخطاء في القبول الإلكتروني يتم استعمال تقنيات منها ما يسمى وثيقة الشراء، التي يتوجب على القابل ملؤها قبل تأكيد رغبته في التعاقد<sup>2</sup>، وفي هذا الشأن نجد قوانين عديدة قد قامت باشتراط إرسال وثيقة الأمر بالشراء من طرف المتعاقد حتى يؤكد قبوله أبرزها التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية من خلال المادة 11-01 التي وضعت شرطًا يقتضي إرسال إشعار بالوصول يتضمن جميع المعلومات التي وردت في العقد الإلكتروني.

بالعودة لقانون التجارة الإلكترونية 18-05 السالف الذكر، من خلال نص المادة 12 نجدها تنص في الفقرة الثالثة على أن: " تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد، يجب يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه صراحة، ويجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره".

أما فيما يخص السكوت في التعبير عن القبول الإلكتروني أو ما يسمى بالسكوت الملابس الذي قد يفيد تمام العقد، فقد لا ينتظر الموجب قبولًا في بعض الحالات، إذ ورد في نص المادة 68 من القانون المدني السالفة الذكر، التي توضح الحالات التي يصح فيها الاعتداد بالسكوت التي هي اتصال الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو كان لمصلحة من وجه إليه وهو ما أشارت له المادة 60 من القانون المدني السالفة الذكر، وليس للعرف دور رئيسي في هذا المقام لكون العقود الإلكترونية تتسم بالحدثية، أما الحالة التي نتصادف بها بكثرة هي سبق التعامل بين المتعاقدين، كاعتقاد شراء زبون على أحد المتاجر الافتراضية عن طريق مواقع الويب، أو عبر البريد الإلكتروني هنا يكون السكوت بمثابة قبول<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 194، 195.

<sup>2</sup> بوعيس يوسف، التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة ضياء للدراسات القانونية، المركز الجامعي البيض، مجلد 01، عدد 01، سنة 2019.

<sup>3</sup> التركي باهي، محمود حياة، المرجع السابق، ص 323، 324.

### د - الفرق بين قبول الدعوة للدخول في المفاوضات وقبول الإيجاب.

إن أهم فرق يجدر بنا البدء به هو الفعالية القانونية لكل من قبول الدعوة للدخول في المفاوضات وقبول الإيجاب، فالأثر المترتب على قبول الدعوة للتفاوض يتجلى في موافقة المتفاوضين على الولوج في المفاوضات، وعلاوة على ذلك فيعد كذلك قبولها بداية للمفاوضات.

ومن ثمة فقبول الدعوة للتفاوض لا يكفي لتشكيل العقد، وهو ليس سوى استعداد الأطراف للمناقشة وبالتالي إرادته لإبرام العقد لم تكن موجودة، فضلا على أن الدعوة للتفاوض ليست محددة ولا حازمة، فالأمل المرجو منها هو التوصل إلى اتفاق يقودنا نحو الإيجاب<sup>1</sup>، بينما إذا صادف الإيجاب قبولا مطابقا صريحا وقاطعا لمضمونه يقوم العقد ويلتزم به الطرفان<sup>2</sup>.

وبناء على ما سبق فإن إبرام العقد يتطلب تقديم إيجاب وقبول جديدين، لتتجه إرادة الأطراف نحو إبرام العقد لا صوب التفاوض<sup>3</sup>، وهو ما عبرت عنه المادة 59 من القانون المدني، بتطابق الإيجاب مع القبول الذي ينشئ الرابطة العقدية حيث نصت على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

### المطلب الثالث: دور المفاوضات في تحقيق التوازن العقدي.

إن الأهمية البالغة التي تحوزها مرحلة التفاوض على العقد لاسيما من حيث تحديدها لحقوق أطرافها، والسعي لحمايتهم بهدف إضفاء التوازن على العقد، وتجنبنا للاختلالات التي قد تطرأ خلال هذه المرحلة، فالتوازن العقدي هو الهدف الأسمى من العملية التعاقدية والمقصد الأساسي الذي تسعى إليه مختلف التشريعات القانونية لأنه مرتبط ارتباطا لزوما بالعدالة والتي

<sup>1</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 63, 64, 65.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 62 .

<sup>3</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 65.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

ترتبط هي الأخرى بالعقد، تجسيدا للعبارة الشهيرة: "من قال عقدا فقد قال عدلا"، وهو ما يتنافى مع الواقع العملي إذ قد نجد في العقد إرادات غير متكافئة في الغالب وبالخصوص من الناحية الاقتصادية والاجتماعية<sup>1</sup>، ويتجلى ذلك بوضوح في عقود الإذعان وفي عقود المزايدة والمناقصة، إضافة إلى العقود الالكترونية، وغيرها فقد سعى المشرع ليكفل الحماية لهم عبر مختلف قوانينه، لتحقيق التوازن العقدي وهو ما نبتغي توضيحه من خلال استعراض مظاهر الحماية التي يكفلها المشرع الجزائري في المرحلة التي تسبق التعاقد عبر مختلف قوانينه.

### **الفرع الأول: الحماية التي يكفلها المشرع الجزائري للمتعاقد في مرحلة المفاوضات.**

لا شك في كون الحرية مبدأ أساسيا لا يمكن أن تنجح المفاوضات من دونه، ولكن لجوء الطرف الآخر للاحتيال والغش قد يدفعه للتفاوض والمضي نحو التعاقد فلولاها لما أقبل عليه، وكذلك الأمر في عقود المزايدة والمناقصة التي قد تحد من حريته وتنتقص منها وعليه نحاول استعراض مظاهر الحماية التي يكفلها المشرع الجزائري عبر مختلف قوانينه، لحماية حرية الطرف المتفاوض.

#### **أولا: حماية المتعاقد من الطرق الاحتيالية.**

مع انتشار وسائل الغش والتضليل و في ظل استفحال ظواهر الكذب والتدليس وغيرها من الوسائل الاحتيالية، أضحت المتعاقد في حالة من الذعر وفي حاجة لحماية قانونية تكفل له الحرية الكافية، التي تجعله يتعاقد دون خوف ولا انتقاص من سلطان إرادته، ناهيك على أن اللجوء للطرق الاحتيالية في مرحلة المفاوضات يعد من قبيل سوء النية، ويعتبر خرقا للالتزام بواجب حسن النية مما يرتب المسؤولية المدنية.

<sup>1</sup> هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المرجع السابق، ص 135، 136، 137.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وبناء على ما أسلفنا ذكره فالقانون الجزائري يحمي المتعاقد من التدليس والخداع، إذ يجوز وفقا للمادة 86 من القانون المدني، إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ لها أحد الطرفين جسيمة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد.

إضافة إلى ما سبق فالسكوت العمدي عن واقعة معينة يعد تدليسا، إذا تبين أن الشخص المدلس عليه ما كان ليتعاقد لو علم بالواقعة الحقيقية، وهو ما تبرزه الفقرة الثانية من المادة 86 من القانون المدني، فعدم الإدلاء بالمسائل الجوهرية والخطيرة، وإخفاء الحقائق المتعلقة بطبيعة العقد وعدم تبصير المتفاوض في مرحلة المفاوضات يعد من قبيل التدليس. كما ننوه إلى أن الكذب قد يكون كافيا ليعتبر طريقة احتيالية فقد يعلق الطرف المتفاوض تعاقدته على أمور معينة ومثاله الإدلاء ببيانات لشركة التأمين لا تطابق الواقع قد تقلل من المخاطر التي يتعرض لها<sup>1</sup>، وعلى إثر ذلك أوجب قانون التأمينات رقم 80-07<sup>2</sup> أن تكون البيانات المصرح بها صحيحة، وسنفصل في هذا الأمر لاحقا عند تطرقنا لحماية المؤمن له في عقد التأمين<sup>3</sup>.

### ثانيا: سبل حماية المستهلك في مرحلة المفاوضات.

نتطرق إلى الحماية التي كفلها المشرع للمستهلك، وبصفة أخص في مرحلة المفاوضات وهو ما يهمنا في دراستنا هذه وتتحقق هذه الحماية من خلال:

#### أ- حماية المستهلك من الإعلانات المضللة.

قد يلجأ بعض المنتجين والتجار إلى طرق التدليس والغش من أجل تسويق بضاعتهم وخدماتهم بأسلوب يخالف حقيقة ما هي عليه، وهدفهم استدراج المستهلكين للإقبال

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 121، 122، 123.

<sup>2</sup> قانون 80-07 مؤرخ في 09 غشت 1980، يتعلق بالتأمينات معدل ومتمم، ج ر عدد 33، صادرة في 12 غشت 1980.

<sup>3</sup> أنظر: ص 90 من هذه الأطروحة.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

على اقتناء سلع وخدمات مضللة قد تلحق بهم ضررا، وقد اشترط المشرع في هذا الصدد وضوح الإعلان الالكتروني بتضمنه البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة التي من شأنها تكوين إرادة واعية لدى المستهلك، وبذلك حضر الإعلانات الالكترونية المضللة، التي تعتبر من مظاهر المنافسة غير المشروعة ، فالإعلان المضلل قد يدفع المستهلك للوقوع في الغلط في صفة جوهرية للشيء المعروض سواء كان سلعة أو خدمة<sup>1</sup>، وقد ورد في القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر، الإشهار المضلل، حيث اعتبرت المادة 27 منه في بندها الثاني الإشهار الذي يقوم به عون اقتصادي قصد كسب زبائن عون آخر بزرع الشكوك والأوهام في ذهن المستهلكين، يعد من قبيل الممارسة التجارية غير النزيهة، وأوردت المادة 28 من القانون نفسه بعض صور الإشهار التضليلي غير الشرعي، وهو من قبيل التدليس الذي سبق الإشارة إليه والمنصوص عليه في المواد 86 و 87 من القانون المدني السالفة الذكر، التي بوسع المتضرر منها رفع دعوى الغرض منها الحصول على التعويض من جراء الضرر الذي أصابه.

وننوه كذلك إلى أنه إذا تم بث إعلانات أو ومضات إشهارية مبتغاها الترويج للخدمات والسلع بخصائص معينة ولم يجدها المستهلك حقيقية، فيمكنه رفع دعوى التنفيذ العيني بغية إجبار العون الاقتصادي على تنفيذ التزامه بتقديم سلعته أو خدمته مطابقة لما ورد في الإشهار التجاري، تطبيقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني حيث نصت المادة 164 منه على إجبار المدين بتنفيذ التزامه عينيا بعد إعذاره متى كان ذلك ممكنا.

وفي حالة امتناعه عن التنفيذ اتجه المستهلك، جاز لهذا الأخير الحصول على سلعة من ذات النوع أو الخدمة التي وردت في الإعلان، يتحمل نفقتها العون الاقتصادي بعد

---

<sup>1</sup> عبدلي أمينة، جبار جميلة، الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني في مرحلتي ما قبل وأثناء التعاقد، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، عدد 05، جوان 2018، ص 70.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

استئذان القاضي، أو المطالبة بقيمتها دون الإخلال بحقه في التعويض<sup>1</sup>، وهذا توافقا مع المادة 166 من القانون المدني<sup>2</sup>.

### ب- حماية المستهلك الإلكتروني عبر حقه في الإعلام:

لم تعد الحماية التقليدية للمستهلك من خلال عيوب الرضا أو العلم الكافي ناجعة وكافية له بل تعدت ذلك إلى ضرورة تفعيل حماية خاصة، خصوصا إذا كان المنتج المعروض حديث ومعد الاستعمال، ونظرا لعدم التكافؤ بين أطراف العقد وسعيا لتجسيد التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التفاوضية، فرض المشرع على المورد تقديم المعلومات الجوهرية عن العقد السلعي أو الخدمي عبر الوسائط الإلكترونية وذلك عبر:

#### 1- تحديد شخصية البائع.

يقصد بها توضيح كونه شخصا طبيعيا أو معنويا لتتضح الرؤية أكثر لدى المستهلك ويكتسب الثقة والأمان لأن جهله بشخصية البائع أثناء فترة التفاوض يثير مخاوفه، لذا لا بد من ذكر اسم التاجر وعنوانه بدقة أو مقره الاجتماعي إذا كان شخص معنوي وعنوانه الإلكتروني.

#### 2- تقديم البيانات الجوهرية للسلعة أو الخدمة.

يتم ذلك عبر وصف السلعة أو الخدمة وصفا مفصلا ودقيقا نافيا للجهالة عبر وسيلة إلكترونية، فعلى البائع أو المهني تزويد المستهلك بكافة المعلومات<sup>3</sup>، وهو ما يتضح في قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09 حيث نصت المادة 17 منه على أنه: "يجب على

---

<sup>1</sup> كحلول سامي، زوليخة بن طاية، حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 14، أبريل 2017، ص 639، 640.

<sup>2</sup> نصت المادة 166 من القانون المدني على أنه: "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء".

فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقه المدين، بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمه الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

<sup>3</sup> عبدلي أمينة، المرجع السابق، ص 71، 72.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة مناسبة...<sup>1</sup>.

وكذلك المادة 4 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي أسلفنا ذكره، والتي جاء فيها: "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع"، وقد أضفى المرسوم التنفيذي رقم 12-203 بدوره المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات<sup>2</sup>، مزيدا من الحماية التي من شأنها المساهمة في إضفاء التوازن على العقد عبر حماية المستهلك بإلزامه بتقديم بياناته وهو ما يتضح جليا في هذا المرسوم لاسيما في المادة 10 منه والتي جاء فيها: "يجب على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات وضع في متناول المستهلك كل المعلومات الضرورية التي تسمح له بتقاضي الأخطار المحتملة والمرتبطة باستهلاك أو باستعمال السلعة أو الخدمة المقدمة وذلك طيلة مدة حياته العادية أو مدة حياته المتوقعة بصفة معقولة...".

### ثالثا: حماية المتعاقد في عقود المزايدة والمناقصة.

لا يعتبر افتتاح المزاد إيجابا فهو مجرد دعوة للتفاوض ولو كان العرض مرفوقا بتحديد الثمن الأساسي، والتقدم بالعطاءات هو الإيجاب<sup>3</sup>، وقد ورد النص على ذلك في المادة 69 من القانون المدني والتي جاء فيها: "لا يتم العقد في المزايدات، إلا برسو المزاد، ويسقط بمزاد أعلى ولو كان باطلا".

---

<sup>1</sup> قانون 03-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، معدل ومتمم، ج ر عدد 15، صادرة في 8 مارس 2009.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 12-203 مؤرخ في 6 مايو سنة 2012، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، ج ر عدد 28، صادرة في 9 مايو سنة 2012.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 129.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وعليه فإن افتتاح المزاد يعد مجرد دعوة للتقدم بالعطاءات، حتى ولو كان مرفقا بتقديم عطاء جديد، ويسقط عرضه بعرض يزيد عليه، فالتقدم بالعرض يشكل إيجابا ملزما لا يمكن لصاحب العرض الرجوع عنه فيتمسك به لحين تقديم عرض جديد.

وتماشيا مع المادة 69 السالفة الذكر فالقبول يتم عبر رسو المزاد، فينفذ على إثره العقد وهو ما من شأنه التقليل من المناقشات والتفاوض بشأنه<sup>1</sup>.

وبالرجوع لأحكام المادة 765 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup>، فالبيع بالمزاد العلني ينشئ من الناحية القانونية وضعاً نهائياً لا يمكن التراجع عنه، تشير كذلك المادة 385 من ذات القانون أنه لا ضمان في البيوع القضائية أو الإدارية التي تتم من خلال المزاد العلني، كما لا يجوز الدفع بالتدليس أو الغش طالما أن البيع تمت إجراءاته عبر المزاد العلني، فبوسع المشتري كمهني أن يعاين الشيء الذي تم عرضه في المزاد قبل تقديم عرضه.

لابد من التنويه أن المزاد يتطلب إتباع إجراءات قانونية نذكر منها: الإشهار والعمومية، وإلا كان مخالفا للنصوص القانونية، كما أن رسو المزاد هو عبارة عن قرار ولائي في شكل حكم قضائي يمكن التظلم بشأنه عن طريق دعوى البطلان<sup>3</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن حرية المزايدات محمية جنائيا، إذ يعاقب كل من يخل بها بالتعدي أو العنف أو التهديد بالحبس من شهر إلى 6 أشهر وبغرامة من 20000 إلى 400000 دج وهو ما ورد النص عليه من خلال المادة 175 من قانون العقوبات<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1476157، صادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 14-10-2021، الطاعن: (ز.م) و (ز.ع) - المطعون ضده: (ز.ن) بحضور محافظة بيع بالمزايدة "ش.س"، يرسو المزاد العلني على من تقدم بأعلى عرض، بغض النظر عما إذا كان الراسي عليه المزاد فردا أو جماعة.

<sup>2</sup> قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 129، 130، 131.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وننوه كذلك للمزاد الإلكتروني الذي أضحي من أهم أنواع التعاقد التي طغت على المواقع التجارية الإلكترونية، وعلى الرغم من خصوصيته إلا أن المشرع الجزائري لم يسن قانون خاص به، لتحديد الضوابط الأساسية لتنظيمه، فقد أخضعه لقوانين التجارة الإلكترونية من خلال القانون 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين<sup>2</sup>، عبر الآليات التي تحدد إنشاءه من خلال سلطة التصديق الإلكتروني، والسلطة الحكومية وكذلك السلطة الوطنية والسلطة الاقتصادية ونظام خدمات التصديق الإلكتروني.

تأسيسا على ما سبق عرضه، نجد بأن المشرع الجزائري قد وضع الضوابط القانونية اللازمة لتنظيم مختلف المعاملات الإلكترونية عن طريق الاتصال الإلكتروني، فلا يخلو أي موقع الكتروني تجاري من عقود البيع والشراء الإلكترونيين، ولما كان البيع بالمزايدة أحد صور البيع فمن الممكن فتحه إلكترونيا، فقد أنشأت السفارة الأمريكية بالجزائر موقعا إلكترونيا لبيع الأثاث ومعدات تكنولوجيا المعلومات وغيرها عبر مزاد إلكتروني، ويرى البعض بأن المزاد الإلكتروني من قبيل المعاملات الإلكترونية لا يحتاج لنظام قانوني خاص به<sup>3</sup>، إلا أننا ننوه بضرورة التنصيص عليه ضمن نظام قانوني ينفرد بتنظيمه نظرا لطبيعته الخاصة.

أما فيما يتعلق بالمناقصة فغالبا ما تكون في مجال الصفقات العمومية وهي تنتقص من حرية المتفاوض في المناقشة، سواء من حيث بنودها أو من حيث انتقاء المتعاقد،

---

<sup>1</sup> الأمر 66-156 مؤرخ في 08-06-1966، المتضمن قانون العقوبات ج ر عدد 49، صادرة في 11 يونيو 1966، معدل ومتمم، إلى غاية القانون 16-02 المؤرخ في 19-06-2016.

<sup>2</sup> قانون رقم 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مؤرخ في 1 فبراير 2015، ج ر عدد 06، صادرة في 10 فبراير 2015.

<sup>3</sup> بن قلة ليلي، النظام القانوني للمزاد الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مجلد 14، عدد 04، 11 ديسمبر 2020، ص 126، 129.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ولا تكون نهائية إلا بموافقة الدولة كما تقوم بتعديل بعض الشروط بعد أن ترسو المناقصة على أحسن عرض<sup>1</sup>، وهذا ما يتضح من خلال قانون الصفقات العمومية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: نحو تكييف جديد لعقد الإذعان.

أضحى من الضروري تبني الفكر التطويري وعصرنة القواعد والمبادئ العامة الكلاسيكية السائدة، التي تكييف عقد الإذعان على أنه نوع من العقود، هذا مع حتمية إعادة النظر في بعض القواعد العامة، بما يتناسب مع التطورات، وخاصة في خضم الثبات التشريعي، ومن أبرز المبادئ التي تحتاج إلى ضرورة إعادة النظر، تكييف عقد الإذعان، فيكيف على أنه طريقة خاصة من طرق التعاقد، تحتاج إلى الحماية إذا ترتب عنها شروطاً تعسفية، وهذا التفكير يستند إلى أسانيد عديدة لعل أبرزها توفير حماية أكبر للمتعاقد الضعيف، و بالأخص في التعاقد الإلكتروني، وتوسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتمتد إلى أي عقد أو شرط تم وضعه سلفاً أو لاحقاً، ولم يخضع للتفاوض أو المناقشة، وترتب على ذلك ميزة مجحفة للمتعاقد الآخر، وإحياء النصوص الحمائية لنظرية الإذعان.

هذا وقد أحدث المشرع الفرنسي في تعديلاته الجذرية للقانون المدني لعام 2016 والتي شملت 350 مادة لعصرنة قانون العقود والالتزامات بما يتلائم مع تلك التطورات المتلاحقة في نظم ووسائل التعاقد، ومن أهم التعديلات، التركيز على المضمون والتوازن العقدي إضافة إلى إلغاء السبب والمحل، والسعي نحو تحقيق الرضاء الحقيقي والمستتير بتنظيم التفاوض كمرحلة تمهيدية للتعاقد، والالتزام بحسن النية والإعلام والتبصير، وتنظيم

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 133.

<sup>2</sup> المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24-07-2002، المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11-09-2003، ج ر عدد 52.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الإكراه الاقتصادي كعيب من عيوب الإرادة، والسماح للقاضي بالتدخل في العقد لتحقيق التوازن<sup>1</sup>.

رجوعا للمشرع الجزائري نجده قد نص على عقد الإذعان في المادة 70 من القانون المدني: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"<sup>2</sup>، فبالرغم من كون هذه العقود تحمل في طياتها مخاطر لكونها تنتقص بصفة واضحة من حرية المساومة والمناقشة<sup>3</sup>، إلا أن المشرع الجزائري قد اعترف بها وفقا للمفهوم المقيد واعتبرها نوع من العقود، على عكس ما جاء به التعديل الفرنسي الذي كيفها على أنها طريقة خاصة من طرق التعاقد تمثل إكراها اقتصاديا يعد عيبا من عيوب الإرادة<sup>4</sup>، وهو ما نص عليه في المادة 1143 من القانون الفرنسي<sup>5</sup>، التي جاء فيها: "يتوافر الإكراه أيضا عندما يحصل أحد الأطراف نتيجة استغلال حالة التبعية التي يوجد فيها المتعاقد معه، على تعهد من الأخير ما كان ليرضى به في حال غياب مثل هذا الضغط، ويحصل من ذلك على منفعة زائدة بشكل واضح".

حسب ما ذكرته المادة يمكن أن يعرف الإكراه الاقتصادي على أنه: ضغط غير مشروع يهدد المصالح المالية والتجارية لأحد المتعاقدين نتيجة عدم المساواة بالقوة التفاوضية عند

---

<sup>1</sup> عزت عبد المحسن سلامة، نحو تكييف حديث للإذعان في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016 والتطبيق على التعاقد الالكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مجلد 09، عدد 70، ديسمبر 2019، ص 1155، 1156.

<sup>2</sup> كذلك أشارت له المادة الثالثة من القانون 04-02 المعدل والمتمم الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية من غير الإشارة إلى تسميته فجاء فيها: "... كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 138.

<sup>4</sup> عزت عبد المحسن سلامة، المرجع السابق، 1134.

<sup>5</sup> Art 1143 du C.C.F " Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. "

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التعاقد من خلال استخدام أحد أطراف العقد لقوته الاقتصادية المتفوقة بطريقة غير مشروعة لحمل المتعاقد الآخر على الموافقة على مجموعة محددة من الشروط<sup>1</sup>.

هذا وقد ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار عقود الإذعان تتم بتطابق إرادتين حرتين، وهذا مرده لكون التفاوت في مركز الطرفين في عقد الإذعان هو تفاوت اقتصادي وليس قانوني، ليس له أثر في صحة التراضي ووجود العقد فلا يشترط في ذلك مساواة اقتصادية، وكذلك التفاوض ليس شرطاً أساسياً لصحة التراضي<sup>2</sup>، وهو أمر نراه ينتقص من حرية المتعاقدين في مرحلة التفاوض ويحرمهما من حق مناقشة شروط العقد، كما يحد من إرادتهما فعدم إمكانية مناقشة شروط العقد يعد تقييداً للإرادة وإجباراً لها، حتى ترسخ لشروط مجحفة معدة مسبقاً من الطرف الآخر، وهذا يتنافى مع الحرية التعاقدية.

### **أولاً: الحماية المكفولة للطرف المذعن بموجب القانون المدني.**

يتضح لنا من خلال استقراء نصوص القانون المدني أن المشرع الجزائري يسعى لإضفاء نوع من الحماية على الطرف المذعن، ويتجسد ذلك من ثلاثة جوانب نذكرها فيما يأتي:

أ- إلزامية العلم بشروط العقد ليصدر قبوله صحيحاً.

بما أن عقد الإذعان يقوم على الرضائية، إذ يتحقق بتطابق إرادتي الطرفين، كذلك لا بد من العلم بشروط هذا العقد ليصح القبول فيه، ويتجسد هذا الأمر بوضوح في الحياة العملية، حيث قد يسبق الإمضاء على عقد الإذعان بعبارة: "تمت القراءة والتوقيع عليه" وغالباً ما يكون ذلك بخط اليد من الطرف القابل<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> محجوب بوكريس مروي، عليان عدة، نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي، دراسة مقارنة بالقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، مجلد 06، عدد 02، ص 95.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 141.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 142.

### ب- تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي.

بما أن عقد الإذعان يتضمن شروطا تعسفية فبالرجوع للمادة 110 من القانون المدني<sup>1</sup>، نجدها قد أجازت للقاضي التدخل لإعادة توازن العقد والتوفيق بين مصالح الأطراف المتفاوتة فيرفع بذلك الشدة عن الطرف الضعيف في هذه العلاقة، ويتحقق ذلك بتعديل القاضي لبعض الشروط أو بإلغائها بما يتوافق مع القانون والعدالة و يبطل كل اتفاق يخالف ذلك<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد ننوه أن القانون المدني الفرنسي في تعديله الجديد قد سمح للقاضي التدخل في العقد بناءا على طلب أحد الطرفين لمراجعة العقد أو تعديله أو إنهائه عند الظروف الطارئة<sup>3</sup>، هو ما ورد في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي<sup>4</sup>، التي وسعت تدخلات القاضي حتى يحقق التوازن العقدي<sup>5</sup>، ويلغي الشروط التعسفية التي تحقق مزايا مجحفة لمتعاقد سيء النية، كذلك نصت المادة سالفة الذكر على ما يعرف بشرط إعادة التفاوض الذي يعرفه الأستاذ رمزي رشاد

<sup>1</sup> نصت المادة 110 على أنه: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 143.

<sup>3</sup> عزت عبد المحسن سلامة، المرجع السابق، ص 1195، 1196.

<sup>4</sup> Art 1195 du C.C. F. Que dispose qui, « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

<sup>5</sup> ومن تطبيقات القضاء الفرنسي فيما يخص قانون حماية المستهلك، ما قضت به محكمة النقض (الغرفة الأولى) بتاريخ 21-01-2003 وتطبيقا لنص المادة 133 من قانون الاستهلاك (الفرنسي)، في قضية اعتبرت فيها وجود بند في عقد تأمين يخص تعريف العجز المستحق للتعويض، يحتوي على شرطين، تمسك بهما المؤمن على أساس الجمع بينهما (العجز عن ممارسة عمل و الاعتماد على الغير) في حين تمسك بأحدهما المؤمن له على أساس الفصل بينهما (العجز عن ممارسة عمل أو الاعتماد على الغير)، و كل هذا لأن الشرطين لم يتم الربط بينهما بأداة وصل و لم يتم الفصل بينهما بأداة فصل، فقضت محكمة النقض على أن البند المعروف لخطر العجز جاء غامضا و أنه يجب تفسيره لمصلحة المؤمن له، قرار مأخوذ عن:

32 Soufyane Mahsas [Le contentieux judiciaire en matière d'assurance], Jan 2016, Ouargla, Algeria. (hal03494496), <https://hal.science-hal03494496>, p 11.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

عبد الرحمان الشيخ بأنه: " شرط يدرجه المتعاقدان في العقد أو ينص عليه المشرع، بمقتضاه يلتزم الأطراف بإعادة التفاوض عندما تقع أحداث من طبيعة معينة مستقلة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم - يحددها الشرط أو النص - وتكون من نتائجها الإخلال الجسيم بتوازن العقد، ويهدف هذا الالتزام إلى تعديل العقد، حتى يتماشى مع الظروف الجديدة وإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب هذه الظروف "<sup>1</sup>.

فقد نصت المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي السالف الذكر على ما يلي: " إذا جعل تغيير الظروف غير المتوقع - وقت إبرام العقد - التنفيذ مكلفا بشكل باهظ بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل المخاطر، يجوز لهذا الطرف أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض على العقد ويستمر هذا الطرف بتنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض "<sup>2</sup>.

وفي حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ وبالشروط التي يحددها أو أن يطلبوا باتفاق مشترك من القاضي أن يحكم بتطويع العقد وعند انعدام الاتفاق المشترك خلال مهلة معقولة يحق للقاضي بناء على طلب طرف واحد أن يعيد النظر في العقد أو ينهيه في التاريخ وبالشروط التي يحددها " .

وهنا تجدر بنا الإشارة إلى أن شرط إعادة التفاوض ليس من قبيل المفاوضات قبل التعاقدية التي يعنى بها موضوعنا، إنما الغاية منه مواجهة التغيرات التي قد تطرأ فتؤدي إلي اختلال التوازن العقدي أثناء التنفيذ، وذلك لسد الخلل في التشريعات التي تتمسك بالقوة الملزمة للعقد على غرار فرنسا، حيث أن الثورة التشريعية التي أحدثتها في تعديل القانون المدني لعام 2016، تبنت هذا النظام ولم تجعله من النظام العام إذ منحت القاضي خيار الفسخ بناء على إرادة الطرفين أو أحدهما إذا امتنع الآخر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 11.

<sup>2</sup> أنظر: هامش الصفحة السابقة للإطلاع على نص المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي، باللغة الفرنسية.

<sup>3</sup> رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 03.

**ج- تفسير العبارات الغامضة لصالح الطرف الضعيف.**

سعيًا من المشرع الجزائري لإنصاف الطرف الضعيف في عقد الإذعان، فقد نص في المادة 112 من القانون المدني<sup>1</sup>، على أن تفسير العبارات المبهمة يكون لصالح الطرف الضعيف مطلقًا، مدينا كان أم دائنًا وهو ما يبادر به القاضي قصد ضبط الميزان التعاقدية في مثل هذا النوع من العقود<sup>2</sup>، ومع التطور الحاصل في الميدان التقني والصناعي وكذا الاقتصادي، استقل هذا النوع من العقود وأضحى منتشرًا بكثرة مما استوجب معه مزيدًا من الحماية، فقد أصبحت القواعد التقليدية في القانون المدني، غير كافية لوحدها من أجل تحقيق الحماية التامة للطرف المذعن الذي يرضخ للشروط التي وضعها المتعاقد الآخر سلفًا.

**ثانيا: تطبيقات الحماية في أهم صور عقد الإذعان.**

نتطرق لأهم تطبيقات عقد الإذعان وكيف جسد المشرع الحماية للطرف الضعيف فيها عبر مختلف قوانينه.

**أ- حماية المؤمن له في عقد التأمين خلال مرحلة المفاوضات.**

يعد عقد التأمين<sup>3</sup> من عقود الاستهلاك الذي يلجأ من خلاله المؤمن له بغرض تغطيته من خطر ما إلى شركة التأمين، التي تعتبر خبيرة وذات معرفة واسعة في ميدان الخدمة التي تقدمها، ولذلك فرض المشرع على هذه الأخيرة التزامات في مواجهة المؤمن لهم في مرحلة التفاوض على العقد، أهمها ضرورة قيام شركة التأمين أو من يمثلها عند تقديم المؤمن له طلب

<sup>1</sup> نصت المادة 112 من القانون المدني على أنه: " يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن".

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 144.

<sup>3</sup> عرفت المادة 619 من القانون المدني عقد التأمين بأنه: " التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغًا من المال أو إيرادًا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن ".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التأمين إعلامه وتبصيره ببود وثيقة التأمين، والنصوص القانونية المرتبطة بها، بالخصوص ما يؤثر على حقوقه سلباً كالإدلاء ببيانات غير صحيحة، أو كتمانها أو التأمين على شيء بأقل من قيمته، وهو ما أشارت إليه المادة 15 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات السالف الذكر، " يلزم المؤمن له:

1- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها...".  
كما وجب على شركة التأمين تبصير المؤمن له بمزايا كل نوع من أنواع التأمين ومخاطره التي يصعب عليه الإحاطة بها، وذلك قصد صدور رضاه عن وعي كافي.

كما وجب أيضاً الالتزام بالإعلام المجرد من طرف المؤمن<sup>1</sup>، والذي يقصد به تزويد الطرف المؤمن له بمختلف الأوراق والمستندات الواضحة، والمحددة حتى تحقق ما هو مبتغى منها<sup>2</sup>، وهو ما يستتجبه مبدأ حسن النية المادة 107 قانون مدني، وعليه يفترض بالمؤمن أن يدلي بجميع البيانات ولاسيما الظروف المتعلقة بالخطر، التي من شأنها التأثير في قرار المؤمن بالموافقة على التأمين أو رفضه<sup>3</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن فترة المفاوضات في عقد التأمين موجودة، وتبدأ من تقديم طلب التأمين من طرف المؤمن له، التي تتميز بالحوار بين طرفيه والمناقشات بينهما وتستهل عند تقديم طلب تحريري إلى شركة التأمين، يبين رغبته في

---

<sup>1</sup> عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الالتزام بالإدلاء بالبيانات في عقد التأمين بأنه: "الالتزام الذي يساعد المؤمن على أن يحيط إحاطة تامة بجميع البيانات اللازمة لتمكينه من تقدير الخطر الذي يؤمن منه، وبجميع الظروف التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى زيادة الخطر"، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، مجلد 08، عقود الغرر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2000، ص 1247.

<sup>2</sup> بغدادي إيمان، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مجلة العلوم الإدارية والمالية، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، مجلد 01، عدد 01، ديسمبر 2017، ص 613.

<sup>3</sup> سيف هادي عبد الله الزويني، أمل فاضل عبد عنوز، الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر في عقد التأمين، مجلة المنهل الاقتصادي، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، مجلد 04، عدد 02، أكتوبر 2021، ص 293.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الحصول على تأمين إلى غاية إصدار شركة التأمين "مذكرة مؤقتة للتأمين" وهي مرحلة جد مهمة وحساسة تسبق عقد التأمين.

لم ينص المشرع الجزائري بصفة صريحة على التزام الإعلام من قبل المؤمن ضمن القانون 95-07 إلا أن ذلك يعد من مقتضيات عقد التأمين لأنه من عقود حسن النية<sup>1</sup>.

ب- حماية العامل في مرحلة التفاوض على العقد.

سعى المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات لحماية العامل إبان فترة المفاوضات ما قبل التعاقدية، لاسيما في الفترة التجريبية من خلال التنصيص على ذلك في قانون العمل ومن ذلك ما ورد في المادة 18 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل السالف الذكر، إذ حدد فيه مدة 6 أشهر كحد أقصى لمدة التجربة كأصل عام، فيما حدد مدة 12 شهر كحد أقصى للإطارات العليا، ففي حال الاتفاق بين العامل والمستخدم أن تكون هذه المدة أطول يكون مصيرها البطلان فيما يخص هذه المدة المضافة، وترجع إلى الحد المنصوص عليه قانونا.

وهو بذلك يحمي العامل من تعسف المستخدم باحترامه الحدود التي وضعها القانون، واحترام ما انتهى إليه التفاوض الجماعي<sup>2</sup>، فقد حدد سقفا لتمديد الفترة التجريبية،

<sup>1</sup> بغدادي إيمان، المرجع السابق، ص 614، 615.

<sup>2</sup> هنا لابد من التنويه أن المفاوضات الجماعية التي يقوم بها العمال مع رب العمل ليست ما يعنى به موضوعنا ولا تدخل ضمن نطاق المفاوضات ما قبل التعاقدية في العقود المدنية، لأن المفاوضات الجماعية للعمل هي: "الحوار والمناقشات التي تدور حول مائدة التفاوض بين صاحب عمل أو أكثر أو منظمة أو أكثر من منظمات أصحاب العمال من جانب وبين نقابة عمال أو أكثر أو اتحاد نقابات العمال من جانب آخر للتوصل إلى اتفاق ينظم شروط وظروف العمل"، برتيمة عبد الوهاب، المفاوضة الجماعية ودورها في تنظيم علاقات العمل، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مجلد 01، عدد 22، 15 مارس 2015، ص 137.

فهي تقوم بين العمال المثبتين وليست في فترة ما قبل عقد العمل، وعليه يلجأ لها العمال ورب العمل متى تبين لهم وجود مسائل تحتاج إلى تفاوض، فيجتمعون بغية التشاور والحوار بشأنها، حتى يصلون إلى التفاهم والتوافق حينئذ تدرج النتائج المتوصل إليها في شكل اتفاقية جماعية للعمل، بلعبدون عواد، شروط وخصائص التفاوض الجماعي، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، مجلد 03، عدد 06، جوان 2018، ص 153.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ورغبة في سد باب التحايل أمام أصحاب العمل، فقد حظر تعيين العامل تحت التجربة لأكثر من مرة عند نفس المستخدم، وإذا ثبت عدم صلاحية العامل لأداء العمل المتفق عليه، فلا مانع للاتفاق بالقيام بفترة تجربة لعمل مغاير لدى نفس صاحب العمل، فقد أراد المشرع بهذا الحظر حماية العامل من تعسف المستخدم، فقد يتعاقد مع عامل بعقد عمل تحت التجربة، ثم ينهيه خلال هذه الفترة ويعود ليتعاقد معه من جديد بعقد آخر تحت التجربة، فهذا يشكل تحايلا على القانون.

وزيادة على هذا كله أجاز قانون العمل للعامل في فترة التجربة أن يثبتها بكافة طرق الإثبات، إلا إذا كان العقد مكتوبا فلا يثبت إلا بالكتابة، أما رب العمل فهو الطرف الأقوى في هذه العلاقة أي الطرف المدعن فلا يمكنه الإثبات إلا بالكتابة.

وتماشيا مع ما سبق ذكره يخضع إنهاء عقد العمل في فترة التجربة لقواعد خاصة، إذ يمكن لطرفيه إنهاء العمل تحت التجربة دون إشعار مسبق، وينطبق هذا الأمر على طرفيه لاسيما العامل الذي يشكل الحلقة الأضعف في هذه العلاقة الذي تصب في صالحه<sup>1</sup>، وهو ما جاءت به المادة 20 من القانون 90-11 السالف الذكر<sup>2</sup>، وقد يثور التساؤل عن ما يخدم العامل في حالة تم إنهاء العلاقة عن طريق المستخدم بإتباع الإشعار المسبق؟

لاشك أن الحكمة من ذلك هي تجنبه من مفاجئة التسريح، ومنحه فرصة للبحث عن عمل آخر، بالرغم من استعداده لذلك في أي وقت، فعقد العمل تحت التجربة ليس عقدا نهائيا باتا، ويمكن للعامل اللجوء للقضاء للتعسف الذي قد يطال هذا الفصل، إذا قصد الإضرار به<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بنور سعاد، المرجع السابق، ص 262، 263.

<sup>2</sup> نصت المادة 20 من القانون 90-11 على أنه: "يجوز لأحد الطرفين أن يفسخ في أي وقت عقد العمل خلال المدة التجريبية دون تعويض ومن غير إشعار مسبق".

<sup>3</sup> بنور سعاد، المرجع السابق، ص 264.

**ج- حماية المستهلك من المهني في فترة المفاوضات.**

إن وجود الإخلال بحقوق الطرف الضعيف دليل بذاته على وجود التعسف أو افتراضه، سواء انطوت نية المخل على إلحاق الضرر بالطرف الضعيف أم لم تتطو، ولا يشفع له حسن نيته، لأن الهدف المرجو هو حماية المتعاقد الضعيف وليس عقاب الطرف القوي<sup>1</sup>.

والطرف الضعيف في هذه العلاقة هو المستهلك، الذي عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 3 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السابق الذكر، بقولها: " المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به ."

وفي مقابل ذلك فقد عرفت المهني الذي يحمل تسمية العون الاقتصادي بموجب المادة 3 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر، " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

1- عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها."

وسماه في مواضع أخرى بالمتدخل، وعلى كل فمعيار تحديد مفهوم المهني هو الغرض الذي يتعاقد من أجله، إن كان غرضا مهنيا عد الشخص مهنيا وإن كان لتلبية حاجاته أو حاجات غيره فهو مستهلك، والمهني باعتباره الطرف الأقوى قد يتعسف في استعمال حقه بسبب ما يملكه من خبرة ونفوذ اقتصادي، مما يمكنه من وضع شروط تحقق مصلحته على حساب المستهلك، وهو ما يعرف بالشرط التعسفي الذي عرفه المشرع في المادة 2 من القانون 04-

<sup>1</sup> فراس جبار كريم الروانق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2017، ص 113.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السابق الذكر<sup>1</sup>، فتبني المشرع الجزائري لنظام اقتصاد السوق الذي يركز على المنافسة الحرة يؤدي لتحقيق الجودة وتحسين الخدمة ووفرة الإنتاج وتخفيض الأسعار فتتحسن بذلك معيشة المستهلك، مما جعله يصدر مجموعة من القوانين التي تكفل له ذلك، منها القانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك<sup>2</sup>، كحقه في السلامة وتوفير المنتج وغيرها.

وكذا القانون رقم 95-06 المؤرخ في 1995 المتعلق بالمنافسة<sup>3</sup>، إضافة إلى القانون 04-02 المتعلق بشروط ممارسة الأنظمة التجارية السالف الذكر ثم القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي سبق لنا ذكره.

هذه القوانين بالرغم من إصدارها لحماية المستهلك فهي لم تشر لحماية هذا الأخير من الشروط التعسفية في العقد الاستهلاكي، فقد اهتمت في أغلبها بصحة المستهلك مما يستلزم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني على غرار المادة 110 التي تجيز للقاضي في حالة وجود شرط تعسفي في العقد بتعديله أو إعفاء المستهلك منه وفقا لما تقتضيه العدالة، كما يمكنه الدفع بعيوب الرضا السالفة الذكر من غبن وغلط وتدليس وإكراه التي يتسبب المهني في وقوعه فيها.

وتجدر الإشارة أن هذه الإجراءات القضائية قد تطول مدتها ليفصل فيها القاضي، في حين أن المستهلك قد يكون في حاجة لسلع أو خدمات المهني، لاسيما إذا احتكرها فالمشرع لم

---

<sup>1</sup> تنقيح المادة 2 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأن كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا بنود أو شروط أخرى يمكنه الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

<sup>2</sup> قانون 89-02 مؤرخ في 07 فبراير 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ملغى، ج ر للجمهورية الجزائرية، صادرة في 08 فبراير 1989.

<sup>3</sup> أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، صادرة في 22 فبراير 1995.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

يحدد المعيار المعتمد لتحديد الشرط التعسفي من عدمه، ولا المدة الزمنية التي وجب على القاضي أن يفصل فيها<sup>1</sup>.

### د - حماية المشتري في مفاوضات بيع العقار على التصاميم.

باعتبار أزمة السكن من المشاكل العويصة التي تعاني منها الجزائر، فقد سعت جاهدة للبحث عن أساليب جديدة، وعلى إثر ذلك سمحت للقطاع الخاص بالمساهمة في عمليات الترقية العقارية، و ظهرت عمليات بيع العقار وهو ما يزال في فترة الشروع وهو ما سماه المشرع الجزائري بيع بناء على التصميم، فقد وجد فيها المشتري تسهيلا ووسيلة ناجعة للحصول على وحدة سكنية من دون إلزامه على دفع ثمنها كاملا، فهو يوفي بالثمن على دفعات بما يتوافق مع قدرته، وكذلك المرقى العقاري الذي يمول مشروعه من خلال دفعات المشترين، إلا أن ذلك مصحوب بمخاطر يتعرض لها المشتري باعتباره الطرف الأضعف، فيكون عرضة للنصب والاحتيال، لاسيما حالة توقف البناء أو أن التصميم والأشغال وردت بمعايير رديئة، على خلاف ما تم التفاوض بشأنه، فالمرقي العقاري هدفه تحقيق الأرباح وجني الأموال ولو كان ذلك على حساب المشتري، وهو ما نشهده باستمرار في الواقع العملي، فالسكن مطلب أساسي في حياة الناس وفي ظل أزمة السكن الخائفة رغم ما بذل من جهود من قبل الدولة للقضاء عليها، فحاجتهم الملحة للسكن تجعلهم يرضخون للشروط التي يضعها المرقى العقاري سلفا ولا يقبل المناقشة فيها فليس أمامهم إلا قبولها كما هي أو رفضها جملة، إلا أن ذلك صعب مع قلة السكن وأزماته<sup>2</sup>، وعليه يكون التفاوض هنا ضروري في العمل، ولذلك حاول

<sup>1</sup> زرارة صالحى الواسعة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، عدد 05، جوان 2012، ص 198، 199، 200.

<sup>2</sup> عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي 17، 18 فيفري 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 40.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المشرع الجزائري توفير الحماية للمشتري سعيا لتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين فالى أي مدى وفق في ذلك؟

تلبية لذلك أصدر المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري<sup>1</sup>، لكنه لم يوفر الحماية الكافية للمشتري، فقام بمراجعته من خلال إصدار القانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية<sup>2</sup>، الذي أوجب فيه المشرع على المرقى العقاري إبرام عقد في مرحلة المفاوضات يسمى عقد حفظ الحق، إلى حين إبرام العقد النهائي.

ومن قبيل الحماية التي أضفاها المشرع على هذا العقد الواقع في فترة المفاوضات كونه عقد شكلي، إذ لم يكتف فيه بالرسمية الضرورية للتصرف في العقار بصفة عامة التي ذكرتها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، بل أورد فيه نص خاص وهو نص المادة 34 من القانون 11-04 السالف الذكر حيث اشترطت زيادة على وجوب تحرير العقد في شكل رسمي<sup>3</sup>، وخضوعه لشكليات التسجيل لدى مصلحة التسجيل والشهر لدى المحافظة العقارية، مشتملا على الأرض والبناء الذي تم تشييده عليها، وجب استكمال هذا العقد بمحضر رسمي حضوري وجاهي بمعرفة الموثق المحرر للعقد الأصلي، القصد منه معاينة الحياة الفعلية للمشتري وتسلم المشتري لبنانيته وفقا لما تم الاتفاق بشأنه.

كذلك اشترطت المادة 37 من المرسوم التنفيذي 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم، الملغى بالمرسوم التنفيذي 13-431، إفراغ العقد في القالب حسب

---

<sup>1</sup> مرسوم تشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري ملغى، ج ر عدد 14، صادرة في 03 مارس 1993.

<sup>2</sup> قانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14، صادرة في 6 مارس 2011.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية، ملف رقم 1181262، بتاريخ 19-04-2018، حيث جاء فيه: " يفرغ عقد البيع على التصاميم وجوبا وفق النموذج المنصوص عليه قانونا، و إلا طبقت عليه القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني"، منشور على موقع المحكمة العليا، <https://www.coursupreme.dz>

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

النموذج المحدد في هذا المرسوم، ومنه التقيد بالبيانات الإلزامية، إضافة إلى إرفاقه بوثائقه المرجعية مع وجوب توضيح العقد تحت طائلة البطلان، كسعر البيع وآجال الدفع من طرف المشتري تماشياً مع تقدم الأشغال.

كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 32 من القانون 04-11 السالف الذكر، نصت على أنه يمكن فسخ عقد حفظ الحق (العقد المبرم خلال مرحلة المفاوضات) في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر، أو بطلب من صاحب حفظ الحق، بطلب من المرقى.

إذا كان طلب الفسخ من صاحب حفظ الحق، يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع بنسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، أما إذا كان الفسخ من المرقى العقاري يكون مرده لعدم احترام صاحب الحق لالتزاماته وبالرغم من ذلك فليس من حقه الاقتطاع من المبلغ، وألزم كذلك القانون 04-11 السالف الذكر، بالبناء وإتمام الأشغال وإصلاح عيوب البناء قبل إتمام الأشغال، وهو ما ورد النص عليه من خلال المادة 3 من ذات القانون، إضافة إلى احترام الأجل الذي يعد عنصراً أساسياً وفقاً للتاريخ الذي تم الاتفاق عليه ومع ذلك فقد أغفل المشرع الجزائري عن تحديد ذلك في تعريفه لعقد بيع العقار بناء على التصاميم<sup>1</sup>.

بناء على ما سبق فإن مرحلة المفاوضات لها دور فعال في إرساء التوازن على العقد لاسيما أنها تحدد التزامات وحقوق أطرافها وتسمح لهم بالاطلاع على تفاصيل العقد قبل الخوض فيه، فيعلمون حقوقهم والتزاماتهم إذ يقررون على إثر ذلك وبحرية تامة مصير العقد المزمع إبرامه، هذا فضلاً على أن اطلاعهم على شروط العقد مما يعطي ضماناً للطرف الضعيف تجاه الطرف القوي الذي يهيمن على العقد فتقي هذا الأخير من الخل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عز الدين زوبة، المرجع السابق، ص 41، 42.

<sup>2</sup> هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المرجع السابق، ص 142.

## **المبحث الثاني:**

### **الحرية التعاقدية كأساس للمفاوضات**

يعد مبدأ الحرية التعاقدية مبدأً أساسياً في كافة التشريعات، إذ يمنح الأطراف واسع الصلاحيات في إدراج ما يروونه مناسباً من شروط، لأنه من الثابت من الناحية القانونية أن إرادة الإنسان حرة، فهذه الأخيرة هي أساس التصرفات القانونية وهي المسؤولة عن إنشائها وتحديد آثارها ومرد ذلك لمبدأ سلطان الإرادة، وتعني الحرية أن أطراف العقد أحرار في تضمين عقودهم ما يشاءون من الشروط، وتعيين للالتزامات والحقوق المندرجة عن عقودهم<sup>1</sup>.

فالالتزامات الإرادية هي الأصل إذ لا يلزم الشخص إلا بإرادته، كما تكفي هذه الأخيرة وحدها في إبرام العقود وبإمكانها إنشاء الالتزامات العقدية دون تقييد حرية الإنسان، ولا يحد منها إلا اعتبارات النظام العام وحسن الآداب<sup>2</sup>.

فمن المسلم به أنه عندما يقرر الطرفان الدخول في علاقة تعاقدية فإنهما يقومان بذلك من حيث المبدأ بحرية كاملة فيما يتعلق بمضمون العقد وشكله، وهو ما يتماشى مع الحرية التعاقدية، ولا أحد يشكك في كون هذه الأخيرة تشكل عموداً أساسياً للنظرية العامة للعقد، لأنها نتيجة منطقية لمفهوم الحرية الفردية، فهذه الأخيرة في نظر بعض الفقهاء هي محرك العقد، ونقطة البداية، وكذا الحق الأساسي في قانون العقود، وفضلاً عن ذلك يفترض أن يكون أطراف العقد متساوون وأحرار فهم من يخلقون العقد وجميع الآثار التي تنتج عنه، ولا يمكن لأي كان إجبارهم على الانخراط دون رغبتهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، سنة 2019، ص 129.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

<sup>3</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p 96.



## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

وفقا لما سبق سنحاول التطرق للحرية التعاقدية كأساس للمفاوضات من خلال إبراز مكانتها في النظام القانوني الجزائري في المطلب الأول، ثم نخرج على ربط الحرية التعاقدية بفكرة النظام العام كمطلب ثاني، أما المطلب الثالث فنخصصه للحرية التفاوضية.

### **المطلب الأول: مكانة حرية التعاقد في النظام القانوني الجزائري.**

مرت الحرية التعاقدية في القوانين الجزائرية عبر عدة مراحل، تدرجت فيها متأثرة بالأنظمة الاقتصادية العالمية، إضافة إلى النظام القانوني الذي كان سائد آنذاك والذي تباينت فيه مكانتها في ظل الاقتصاد الموجه الاشتراكي، حيث ضيق من نطاقها، بينما اتخذت منحى آخر في حضرة النظام الليبرالي، الذي يجسد اقتصاد السوق الحر<sup>1</sup>، كل هذا نهدف إلى إبرازه من خلال تقديم نبذة عن الحرية التعاقدية في القوانين الجزائرية في الفرع الأول، زيادة على تطرقنا إلى نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة، الذي يعد العصب الرئيسي الذي يحرك الاقتصاد والاستثمار في الجزائر، وهذا في الفرع الثاني.

### **الفرع الأول: نبذة عن الحرية التعاقدية في القوانين الجزائرية.**

لا شك في أن حرية التفاوض مستمدة من حرية التعاقد وعليه لابد لنا من التعرض لحرية التعاقد، ومن ثم عرض حرية التفاوض، إذ يقصد بمبدأ الحرية العقدية أن الشخص يكون حرا في التعاقد من عدمه، وفي اختيار المتعاقد معه، وحرا كذلك في تحديد بنود العقد وآثاره، ذلك أن إرادته الحرة هي ما يحقق مصلحته الخاصة، إذ أن إرادة الفرد تشرع بذاتها لذاتها، وتخلق التزاماتها فيضحي العقد شريعة المتعاقدين<sup>2</sup>.

هذا وقد عرف مبدأ الحرية التعاقدية تطورا ملحوظا في ميدان القانون الخاص وهو ما يدعو للتعريض على مبدأ سلطان الإرادة، الذي ازداد رواجاً مع استئصال المذهب الفردي، المرسخ

<sup>1</sup> بوعريوة منصف، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 05، ديسمبر 2018، ص 51.

<sup>2</sup> بوعريوة منصف، المرجع السابق، ص 51.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

من طرف الثورة الفرنسية، فبسط على إثرها سيطرته في الميادين السياسية والقانونية وكذا الاجتماعية، وبناء على ذلك ضيق مبدأ سلطان الإرادة من سلطات الدولة ليفسح المجال أمام الحرية الفردية، فكان تدخلها يندرج في إطار المحافظة على الأمن، لذا اصطلح عليها بالدولة الحارسة<sup>1</sup>.

تماشياً مع ذلك، فقد تم إقرار الحرية التامة في الميدان الاقتصادي، لكونها تهيئ الحد الأقصى من النشاط والتنمية الاقتصادية<sup>2</sup>، وترك المجال مفتوحاً أمام النشاط الفردي الحر، وإذا التفتنا إبان هذه الفترة إلى الميدان القانوني نجد انتشار مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده عدم إلزام الشخص إلا في حدود إرادته، وفقاً لما يختاره ويريده، فمصدر الحقوق والواجبات هي الإرادة الحرة وهي بدورها من تنشئ الالتزام وتضفي عليه قوة الإلزام.

يجدر بنا التنويه إلى أنه من بين أهم الاعتبارات التي اعتمد عليها هذا المبدأ هو أنه يجد أساسه في فكرة الحرية الطبيعية للإنسان، فالإنسان يولد حراً يتمتع بحريات تتطلبها طبيعته وبالتالي فالمجتمع يكفل له ما تمنحه الطبيعة إياه، كذلك أخلاقياً فلا يمكن أن يتجه الشخص بإرادته إلى ما لا يتوافق مع مصالحه، فالعقد هو تعبير عن الإرادة فلا بد عليه أن يتوافق مع مصلحته.

هذا وقد حقق الجانب الاقتصادي قفزة نوعية في ظل الحرية العقدية المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة، لأن سيطرة الدولة تفضي إلى عرقلة وتدهور الجانب الاقتصادي لها، ومع حلول القرن العشرين ضاقت حرية التعاقد، وقد عرفت انتكاسة كبيرة ومرجع ذلك إلى مغالاة أنصار المذهب الفردي في تطبيقه إلى حد أفصى إلى تطرفها، وكذلك مرد ذلك هو قيام

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 137.

<sup>2</sup> سعد نويري، دور الإرادة في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، عدد 24، سنة 2014، ص 64.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الصناعات الكبرى والشركات الضخمة التي ضمت عدد هائل من العمال، ظهرت في ظلها المذاهب الاجتماعية والاشتراكية وهو ما وقف حجر عثرة أمام المذهب الفردي.

كل هذه العوامل ساهمت بشدة في انتشار وتوسع المبادئ الاشتراكية فتغيرت على وقع ذلك وظيفة الدولة لتتدخل في المجال الاقتصادي وتسييره، وامتد ذلك حتى طال الجانب التعاقدى الذي أضحت تتدخل فيه هو الآخر، وتقيد من حرية الأفراد في عديد الجوانب.

هذا وقد انتهجت الجزائر منذ الاستقلال إلى غاية الثمانينات توجهات اشتراكية أنقصت من حرية التعاقد وقيدها، سعيًا منها لحماية بعض الفئات الضعيفة، وكذا لتخدم بعض المخططات التوجيهية، ثم مع مطلع التسعينات حولت نهجها لتتبنى نظامًا آخر متأثرة بالعلامة الاقتصادية يقوم على اقتصاد السوق<sup>1</sup>، وهو ما تجلّى من خلال دستور 1989<sup>2</sup>، والتعديل الدستوري لعام 1996<sup>3</sup>، إضافة إلى نصوص تشريعية أخرى والتي انتعشت على إثرها حرية التعاقد، ففتحت المجال لحرية التجارة والصناعة والتي نصت عليها المادة 37 من دستور 1996.

كذلك صدرت العديد من المراسيم التي دعمت ذلك، نذكر منها المرسوم التنفيذي رقم 91-37 المتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الداخلية<sup>4</sup>، والذي ألغى احتكار الدولة على التجارة الخارجية، إضافة إلى القانون 89-12 المتعلق بالأسعار<sup>5</sup>، والذي نص على حريتها.

---

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 138، 139، 140، 141.

<sup>2</sup> دستور 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 18-89 المؤرخ في 28 فبراير 1989، ج ر عدد 09، صادرة في 01 مارس 1989، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438-96 بتاريخ 07-12-1996، ج ر عدد 76، صادرة في 8-12-1996، معدل ومتمم.

<sup>4</sup> المرسوم التنفيذي رقم 91-37 مؤرخ في 13-02-1991، يتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج ر عدد 12، مؤرخة في 20-03-1991.

<sup>5</sup> قانون 89-12 الصادر في 5 يوليو 1989، المتعلق بالأسعار، ملغى، ج ر عدد 89، مؤرخة في 1989.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

سعيًا كذلك لتشجيع الاستثمار أصدر المشرع الجزائري القانون 25-90 المتعلق بالتوجيه العقاري<sup>1</sup>، الذي تضمن تعزيزًا للملكية الخاصة، وكذلك المرسوم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري السالف الذكر، الذي عزز حرية التعاقد عبره ملغيا الحق في البقاء في العلاقات بين المؤجر والمستأجر، إضافة إلى أنه تم منح المتعاقدين الحرية التامة في تجديد الإيجار والشروط التي ينتهي بها عقد إيجار المحل التجاري، وذلك بموجب القانون 05-02<sup>2</sup>.

هذا وتجدر بنا الإشارة إلى أن القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة السالف الذكر، قد جسد بدوره حرية التعاقد عبر إعماله لحرية المنافسة، وبالتالي فقد أعيد للحرية اعتبارها من خلال توجه الدولة نحو اقتصاد السوق، على عكس ما كانت عليه في ظل النظام السابق الذي كانت فيه أكثر تقييدا.

لقد سلم غالبية الفقه بالقيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، وهو ما ينطبق على الجزائر فقد سعت هي الأخرى لإضفاء القيمة الدستورية على مبدأ حرية التعاقد في النظام القانوني الجزائري، لاسيما مع بداية التسعينات وذلك مرده إلى عدة اعتبارات منها:

1- بالرغم من انعدام الإشارة الصريحة لمبدأ حرية التعاقد في دساتير الجزائر المتعاقبة، تظل الحرية في التعاقد أحد أوجه الحرية بالمعنى العام، إذ تضاف إلى حرية التملك وكذا الحرية التجارية والصناعية، كما أن حرية التعاقد تعد السبيل لممارسة عدة حريات أخرى التي كرستها معظم الدساتير.

وقد نص أيضا دستور الجزائر لسنة 1996 في فصله الرابع الذي يعنى بالحقوق والحريات عبر المادة 37 منه على حرية التجارة والصناعة.

---

<sup>1</sup> قانون 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، مؤرخة في 1990، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26-95، المؤرخ في 25-09-1995، ج ر عدد 55، مؤرخة في 27-09-1995.

<sup>2</sup> قانون رقم 02-05 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، ج ر عدد 11، مؤرخة في 9 فبراير 2005.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

كما جاء في نص المادة 52 منه على أن الملكية الخاصة مضمونة، وما يثور التساؤل بشأنه حول جدوى هاتين الحريتين دون ذكر حرية التعاقد والاعتراف الصريح بها. فكيف للأشخاص أن يمارسوا حريتهم في التجارة والصناعة دون منحهم الحرية في التعاقد قبل ذلك، وهذا في إطار احترام قواعد المنافسة والنظام العام.

2- تبني المشرع الجزائري مبدأ الحرية التعاقدية باعتباره قاعدة عامة<sup>1</sup>، يعبر عنها من خلال المادة 106 من القانون المدني السالفة الذكر "العقد شريعة المتعاقدين..." فقد عرف هذا المبدأ تقييدات ارتبطت أساسا بالنهج الاشتراكي الذي انتهجته الجزائر آنذاك<sup>2</sup>، وعلى الرغم من ذلك تظل القيود مجرد حالات استثنائية فالأنظمة القانونية قد تحتوي عادة على حلول تخرج عن المبادئ العامة، ويحدد موقف المشرع رجوعا إلى الحالات العامة لا الخاصة.

3- مهما كانت حرية التعاقد مقيدة فلا يعتبر معيار للجزم بانعدام قيمتها الدستورية، فالتقييد هو ميزة سائر الحريات في الوقت المعاصر وليس مقتصر على حرية التعاقد فقط، فقد اندثرت الحرية المطلقة وتحولت إلى حرية منظمة، فحرية التملك الواردة في المادة 52 من الدستور غير مطلقة و لكن مقيدة بالوظيفة الاجتماعية التي تؤديها.

فالمالك ليس حرا في ملكيته، إنما يقيده مباشرتها بما يحقق المصلحة العامة للمجتمع، وإذا تعسف في استعمال ملكيته جعله ذلك مسؤول، بموجب المادة 124 مكرر من القانون المدني، وهو ما ينطبق على حرية الرأي كذلك فهي الأخرى ليست مطلقة.

---

<sup>1</sup> عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2015، 2016، ص 141، 142.

<sup>2</sup> عند وضع المشرع الجزائري لقواعد القانون المدني لعام 1975، كانت الجزائر تتبع النهج الاشتراكي الذي لا يترك مجالا لإرادة الأفراد في مواجهة مصلحة الجماعة، في حين نصوص القانون المدني كان توجهها ليبراليا لأنها تأثرت بقوانين نابليون لعام 1804، التي كان توجهها فردي فهي وليدة بيئتها، على عكس ما هو عليه القانون المدني الذي لم يعكس البيئة والتوجه آنذاك.

بوعريوة منصف، المرجع السابق، ص 53.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ومع تخلي الجزائر تدريجيا على النهج الاشتراكي وتبنيها لنظام اقتصاد السوق والذي أساسه الحرية الاقتصادية، عادت على إثره الحرية للتعاقد نظرا لكونها متلازمة مع سياسة اقتصاد السوق، لا يتحقق أحدهما دون الآخر<sup>1</sup>.

### **الفرع الثاني: نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة.**

سبق لنا التنويه إلى أن حرية التعاقد هي وسيلة قانونية ناتجة ومستمدة من النظام الحر، فالعقود التي يبرمها الأشخاص بحرية استنادا للمادة 106 من القانون المدني التي سبق ذكرها تسمح بتبادل الثروات، حيث أن اعتماد الاقتصاد على أسس ليبرالية فإنه تبعا لذلك يكون نظامه القانوني وعلاقاته ذات طابع ليبرالي.

إعمالا كذلك لمبدأ حرية المنافسة تستند إلى حرية التعاقد، فإنه يحق للمتعاملين الاقتصاديين الاستناد عليها، ولو أفضى ذلك إلى تقييد المنافسة، إذ لا يمكن تصور وجود تعارض فعلي بين قانوني المنافسة والعقود، فقواعد المنافسة هي امتداد للقواعد الخاصة.

### **أولا: حرية المنافسة تقوم على الحرية التعاقدية.**

ترتكز المنافسة المعاصرة على العقد كأساس تقوم عليه قواعد السوق ومختلف المعاملات التي تقع بين المتعاملين الاقتصاديين، ولذلك أضحي للعقد مفهوم جديد من زاوية قانون المنافسة، فهو يحمي العمليات التجارية ويجعلها مستقرة ويزيد من حرية التفاوض، ولتوضيح مبدأ حرية المنافسة نقوم بتحديد المقصود بهذه الأخيرة ثم علاقتها بالحرية التعاقدية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 141، 142.

<sup>2</sup> عمارة أميرة إيمان، نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 05، ديسمبر 2018، ص 90، 91.

**أ- مدلول مبدأ حرية المنافسة.**

نخرج على مبدأ حرية الاستثمار والتجارة، ثم نوضح المقصود بحرية المنافسة.

**1- مبدأ حرية الاستثمار والتجارة.**

هي عبارة عن امتداد لحرية التجارة والصناعة وهو ما تجسد في التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>1</sup>، حيث تضمن في المادة 43 منه بأن حرية التجارة والاستثمار والتجارة معترف بها<sup>2</sup>، وتمارس في إطار القانون، كما أن الدولة تعمل على تحسين مناخ الأعمال وتشجع كذلك المؤسسات على الازدهار دون تمييز وتخدم في ذلك التنمية الاقتصادية، إضافة إلى ما سبق فإن المادة السالفة الذكر تؤكد أن الدولة تكفل ضبط السوق، وتحمي عن طريق القانون حقوق المستهلكين، كما تمنع من الاحتكار والمنافسة غير النزيهة.

ما يمكن فهمه من خلال المادة أن حرية المنافسة مبنية على حرية التجارة والاستثمار، فقد تم إفساح المجال للقطاع الخاص في التعاقد بإرادته ليسمح له بالمشاركة في عملية التنمية من خلال تنافسه من جهة أخرى كذلك مع القطاع العمومي، ونذكر كذلك حرية الأسعار التي تنبثق عن مبدأ حرية التجارة والاستثمار، والتي يعيقها التوفيق بين تحرير السوق وتفعيل التنافس، ومن ناحية أخرى فالدولة مطالبة بحماية الصناعات الناشئة التي لها دور استراتيجي في تنشيط الاقتصاد وتحرير الأسواق.

وبالرغم من القيمة الدستورية والتأكيد على حرية الأسعار الواردة فيه، فقد تتدخل الدولة بصفة استثنائية لفرض بعض القيود على الأعوان الاقتصاديين<sup>3</sup>، بالحد من حريتهم عبر

<sup>1</sup> قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادرة في 07 مارس 2016.

<sup>2</sup> نصت المادة 43 منه على أن : " حرّية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية .  
تكفل الدولة ضبط السوق. ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة " .

<sup>3</sup> عمارة أميرة إيمان، المرجع السابق، ص 91، 92.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

تحديدًا لبعض الأسعار، لاسيما السلع ذات الطابع الاستراتيجي، ويمكن للدولة القيام كذلك بتعيين السلع التي تعتبر ذات طابع الاستراتيجي<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن السعر يخضع وفقا لقواعد المنافسة لقانون العرض والطلب، وتقنن السلع وفقا لمرسوم بعد أخذ موافقة مجلس المنافسة، كذلك يتم فرض الرقابة على الأسعار، ويكون تحديد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة مع احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما، على أساس قواعد النزاهة والشفافية والإنصاف<sup>2</sup>، وهو ما أشار إليه القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة<sup>3</sup>.

### 2- تعريف حرية المنافسة.

المنافسة الحرة هي المساهم الأكبر في دفع عجلة الإنتاج وتحسينه إضافة إلى خفض الأسعار، لذلك قيل بأن القضاء عليها هو بمثابة القضاء على الذكاء<sup>4</sup>.

وعليه يمكن تعريفها بأنها: العمل في سوق يكثر فيه الممارسون الاقتصاديون للنشاط ذاته واستمرارهم في المنافسة من دون قيود، فتضم حرية المنافسة بذلك حرية تنقل الأشخاص

---

<sup>1</sup> يقترن مصطلح تحديد الأسعار بمصطلح التسعير الجبري، هذا الأخير يعرفه فقهاء الاقتصاد على أنه : " تحديد الأسعار من قبل هيئة تتمتع باحتكار اجتماعي دون أن يكون للعرض والطلب أي تأثير على الأسعار"، دبش رياض، الأسعار في الجزائر بين الحرية والتقييد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، مجلد 56، عدد 01، سنة 2019، ص 94.

ومن أبرز أمثلة السلع الإستراتيجية التي تحدد الدولة أسعارها، سعر بيع الحليب المبستر والموضب في الأكياس.

<sup>2</sup> عمارة أميرة إيمان، المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> قانون رقم 05-10 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 46، مؤرخة في 18 أوت 2010.

<sup>4</sup> رافع لموي، مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، مجلد 08، عدد 05، جوان 2019، ص 331.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وحرية قيامهم بالمشاريع وكذا دخولهم للسوق بحرية تامة إضافة إلى حرية حركة عوامل الإنتاج وتدفق رؤوس الأموال وانتقال السلع وما إلى ذلك<sup>1</sup>.

وتأكيدا لما سبق فالمنافسة الحرة النزيفة تقتضي حرية الدخول والخروج من الأسواق، وكون المتدخلين في السوق من الصغر بحيث لا يؤثر دخول أحدهم أو خروجه على مستوى الأسعار، كما تعتمد كذلك على شفافية المعلومات وحرية وسهولة تداول تلك الوسائل الإنتاجية زيادة على تجانس المنتج<sup>2</sup>، وعليه فالحرية التنافسية هي أساس الاقتصاد الليبرالي فهي تساهم بطريقة فعالة في كسب زبائن ومتعاملين التي هي في ذات الوقت خسارة لمتعامل آخر، وتضل الحرية التنافسية عاملا مهما يحقق الفاعلية الاقتصادية ويطورها، وهو الأمر الذي يحقق التطور في الميدان الاجتماعي.

### ب- علاقة حرية المنافسة بالحرية التعاقدية.

تقوم العلاقة بين حرية المنافسة والحرية التعاقدية على ركيزة ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الاقتصادية التنافسية، فمضمون هذه الأخيرة هو السماح للأشخاص بتبادل الثروات والخدمات كما بإمكانهم التعاقد بحرية وبمحض إرادتهم.

كذلك تجتمع الحرية الاقتصادية التنافسية بحرية التعاقد من خلال قانون المنافسة، وهي ما يربط قانون المنافسة بالقانون المدني، وذلك بصفة خاصة في مسألة حرية الشخص الذي يتوافق فيه قانون المنافسة مع القانون المدني أو قانون العقود، وقد تضمن قانون المنافسة في طياته مفهوم العقد عبر أحكامه فنص عليه بصفة صريحة، أو في مضمون الاتفاق.

<sup>1</sup> عمارة أميرة إيمان، المرجع السابق ص 92.

<sup>2</sup> محمد حمداني، الأثر المقيد لقواعد حماية المنافسة على الحرية التعاقدية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلد 13، عدد 01، 31 مارس 2021، ص 1069.

### ثانيا: تفعيل المنافسة عبر الحرية التعاقدية.

تسن الدولة مجموعة من القوانين للأعوان الاقتصاديين تتيح لهم فيها إمكانية التعاقد، من أمثلتها قانون العمل وقانون الشركات وغيرها من القوانين، وتترك بذلك لهم السوق بمنأى عن تدخلها، لاسيما أن الجزائر قد اعتمدت النظام الليبرالي الذي يقوم على الاقتصاد الحر فهي تسعى فقط لتحقيق التوازن بين حقوق والتزامات أطراف السوق.

هذه المهام التي أشرنا إليها والمتمثلة في ضبط السوق وتحقيق التوازن تمارسها الدولة عبر هيئات اقتصادية مستقلة، كما قد ينشأ المتعاملون الاقتصاديون قواعد السوق فيما بينهم عن طريق تضمينها في العقد تجسيدا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وتجدر الإشارة بأنه للمتعامل الاقتصادي حرية اتخاذ القرار بالانضمام أو الانسحاب من الاتفاق وفقا لما يتوافق مع مصالحه، ولم تنجح الدولة في التضييق من التحالفات والاتفاقات التي لها دور فعال في إنعاش الاستثمار والمساهمة في زيادته بصيغة أكبر.

ننوه كذلك إلى أن العقد يعتبر آلية فعالة في المبادلات التجارية التي تحصل داخل السوق، فهو يجسد الحرية الاقتصادية بشقيها سواء تلك التعاقدية أو ما تعلق منها بحرية المنافسة، فهذا الأخير يعد فضاء لقواعد تحدثها إرادة الأعوان الاقتصاديين وتحد منها قواعد النظام العام الاقتصادي ما يشكل تضاربا مع نص المادة 106 من القانون المدني والقاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وكذا المادة 107 من ذات القانون والتي جاء فيها بأنه يجب تطبيق العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ويبقى العقد أداة مدمجة في السوق يجسد السياسة الاقتصادية الليبرالية التي يعبر عنها باقتصاد السوق.

### ثالثا: تقييد قانون المنافسة للحرية الاقتصادية.

يعد النظام الاقتصادي التنافسي قيда على حرية التعاقد، فالدولة تضمن انصياح الأفراد لتشريعاتها عبر فرضها للنظام العام<sup>1</sup>.

إذ يقصد بالنظام الاقتصادي التنافسي أن يكون النص التشريعي متعلقا بالنظام العام عندما تتجاوز القاعدة المتوخاة المصلحة الفردية الوحيدة، وترتكز بصفة أكبر على المصلحة الجماعية وفي هذا الوضع لا يسمح لأي من طرفي العقد بالتنازل عن تطبيقه، فالمشرع يسعى للمصلحة الخاصة بالمجتمع .

مثاله أن يسن المشرع قواعد مبتهاها حماية المنافسة الحرة، إضافة إلى القيود التي ترد على مختلف الأسعار والأجور بغية مواجهة التضخم، وعلى هذا المنوال تنحصر الفكرة لدى فقهاء القانون الخاص في جملة من القيود التي ترد على حرية التعاقد وهناك من يعتبرها قيودا قديمة في القانون الخاص<sup>2</sup>.

### رابعا: مظاهر النظام الاقتصادي التنافسي.

حد قانون المنافسة من حرية التعاقد عبر حظر بعض الممارسات المقيدة لها، وفي سبيل تحقيق المنافسة الحرة النزيهة، منع تلك الممارسات والاتفاقيات والأعمال المدبرة التي غايتها عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في السوق عبر استغلال وضعية الهيمنة التي تصل إليها مؤسسة ما، أو التعسف في استغلال وضعية التبعية لزبون أو ممون لغرض فرض شروط أو تعاقدات تتنافى مع حرية المنافسة<sup>3</sup>، هذا وقد عددها قانون المنافسة، على سبيل المثال وذلك في المادة السادسة من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة نذكر منها:

<sup>1</sup> عمارة أميرة إيمان، المرجع السابق ص 92، 93، 94.

<sup>2</sup> بن مسعود أحمد، تجليات فكرة النظام العام الاقتصادي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مجلد 15، عدد 01، سنة 2022، ص 1200، 1201.

<sup>3</sup> محمد حمداني، المرجع السابق، ص 1071.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

- حظر الاتفاقات المقيدة للمنافسة.

- حظر التعسف في استغلال وضعية التبعية الاقتصادية.

- حظر التعسف في وضعية الهيمنة على السوق.

خامسا: أساليب تقييد الحرية التعاقدية في قانون المنافسة.

يقيد قانون المنافسة من الحرية التعاقدية من خلال مجموعة من الأساليب التي من شأنها إعادة التوازن العقدي بين الأطراف منها:

أ- الأساليب العلاجية.

تتجسد الأساليب العلاجية أساسا في البطلان والغرامات المالية:

### 1- البطلان.

يترتب البطلان حينما يرد اتفاق أو شرط تعاقدى يكون موضوعه تقييد المنافسة، إلا إذا كانت هذه الممارسات مبررة بمقتضى المادة 8 والمادة 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة<sup>1</sup>، وقد يترتب البطلان عن الاتفاق بأكمله أو جزء منه، ولصاحب المصلحة اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بإبطال الاتفاق، الذي يكون مضمونه يقيد من المنافسة الحرة، يجدر

---

<sup>1</sup> نصت المادة 8 من القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم على أنه: "يمكن أن يلاحظ مجلس المنافسة، بناءا على طلب المؤسسات المعنية واستنادا إلى المعلومات المقدمة له، أن اتفاقا ما أو عملا مدبرا أو اتفاقية أو ممارسة كما هي محددة في المادتين 6 و 7 أعلاه لا تستدعي تدخله.

تحدد كليات تقديم طلب الاستفادة من أحكام الفقرة السابقة بموجب مرسوم "

وقد جاء في المادة 9 من ذات القانون: " لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه، الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقا له

يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق

لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة "

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التنويه كذلك إلى أنه يمكن كذلك رفع دعوى البطلان من قبل الغير والمتمثل في مجلس المنافسة وجمعية حماية المستهلكين ويكون ذلك أمام القضاء المختص.

### 2- الغرامات المالية.

تتجسد في ما ورد النص عليه في المادة 26 من القانون 08-12 المعدل للمادة 56 من القانون 03-03<sup>1</sup>، والتي جاء فيها: " يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليها في المادة 14 من هذا الأمر، بغرامة لا تفوق % 12 من مبلغ رقم الأعمال، من غير الرسوم المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة، أو بغرامة تساوي على الأقل ضعف الربح المحقق بواسطة هذه الممارسات، على ألا تتجاوز هذه الغرامة أربعة أضعاف هذا الربح وإذا كان مرتكب المخالفة لا يملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ستة ملايين دينار (6.000.00) ".

### ب- الأساليب الوقائية.

توظف الدولة مجموعة من الأساليب تحارب بها تلك الممارسات التي تحد من حرية المنافسة نذكر منها:- الرقابة على التجمعات والترخيص بها ومنها تلك المؤسسات التي تملك الهيمنة على الاقتصاد فتسير على المنافسة وهو ما أشار إليه قانون المنافسة 03-03 السالف الذكر في المواد 15 و 16 منه.

---

<sup>1</sup> قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل ويتم الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج ر عدد، 36 مؤرخة في 2 يوليو سنة 2008.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

- وضعية الهيمنة والترخيص للاتفاقات<sup>1</sup>، ويعد هذا استثناء على الاتفاقات المحظورة التي تقيد من المنافسة<sup>2</sup>.

### **المطلب الثاني: ربط حرية التعاقد بفكرة النظام العام.**

فكرة النظام العام ومبدأ حرية التعاقد مفهومان يحملان في طياتهما نوعاً من التضاد، بحيث لا يمكن اتساع دورهما في الميدان العقدي في الوقت ذاته، فطالما استخدمته الدولة كوسيلة تحد من توسع واستفحال مبدأ سلطان الإرادة، فاتساع النظام العام في مجال العقود يضيق من الحرية العقدية، بينما اتساع هذه الأخيرة يتلازم مع فكرة تضيق مجال النظام العام<sup>3</sup>، وهو ما نسعى لإيضاحه عبر تحديد مفهوم النظام العام في التشريع الجزائري إضافة إلى التتويه إلى ضرورة وحتمية التنصيص على الحرية التعاقدية في القوانين الجزائرية.

### **الفرع الأول: مفهوم النظام العام في التشريع الجزائري.**

باستقراء الفقه وكتابات الفقهاء المحددة للنظام العام نجدها قد أجمعت على أن إيجاد تعريف محدد له يتسم بالصعوبة، فهي فكرة يكتنفها الغموض، وتحديد مفهومه يستدعي منا الحديث عن مدلوله في القانون الجزائري، وذلك عبر تحديد موقف هذا الأخير من تعريف النظام العام، والعلاقة بينها وبين فكرة الآداب العامة في التشريع الجزائري.

---

<sup>1</sup> عمارة أميرة إيمان، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> نصت المادة 9 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادرة في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم على أنه: "لا تخضع لأحكام المادتين 6 و 7 أعلاه الاتفاقات والممارسات الناتجة عن تطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي اتخذ تطبيقاً له.

يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل، أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق. لا تستفيد من هذا الحكم سوى الاتفاقات والممارسات التي كانت محل ترخيص من مجلس المنافسة".

<sup>3</sup> بوعريوة منصف، المرجع السابق، ص 50.

**أولاً: دلالة النظام العام في القانون الجزائري.**

تحديد دلالة النظام العام يستوجب منا تقصي المواد القانونية التي تطرقت إلى هذه الفكرة، دون أن نغفل عن التعرّيج على أن المشرع عند ذكره لفكرة النظام العام ربطها بفكرة الآداب العامة، وبالتالي سوف نسعى لإبراز تلك العلاقة التي تربط بينهما.

**أ - موقف التشريع الجزائري من تعريف النظام العام.**

لم يعرف المشرع الجزائري بصفة صريحة النظام العام فقد أشار إليه باعتباره الشريعة العامة، ومنها ما ورد الإشارة إليه عند تحديده للمحل والسبب باعتبارهما ركنين في العقد<sup>1</sup>، حيث نصت المادة 93 من القانون المدني على ذلك بأنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

كما ورد كذلك في المادة 97 من نفس القانون أنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا".

وتحدثت عن النظام العام في ما يخص القانون الأجنبي وهو ما يتضح من خلال المادة 24 من ذات القانون إذ جاء فيها " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"

هذا وقد أشارت المادة 204 من القانون المدني إلى إبطال تلك العقود وكذا الالتزامات التي تعلق على شرط يخالف النظام العام والآداب العامة<sup>2</sup>، هذا ما بينته كذلك المادة 344 من

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> نصت المادة 204 من القانون المدني على أنه: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفا أما إذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم. غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

القانون المدني التي تعلقت بالإثبات بواسطة اليمين الحاسمة بحيث منع المشرع توجيهها فيما يخالف النظام العام، فيتضح لنا من خلال المواد السالفة الذكر بأن المشرع الجزائري أشار للنظام العام في القانون المدني كقيد على بعض العقود والالتزامات ولم يحدد مدلوله مفسحا في ذلك المجال للفقه والقضاء الجزائري<sup>1</sup>.

في محاولة من القضاء الجزائري لتعريف النظام العام ما ورد في قرار الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 17-01-1982 والذي جاء فيه بأن: " لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توافرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة..."<sup>2</sup>.

عرف الفقيه كابتان (Capitant) النظام العام بأنه عبارة عن: " مجموعة النظم والقواعد اللازمة لتسيير الدولة "<sup>3</sup>.

عرفه كذلك السنهوري بقوله بأن: " القواعد العامة التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"<sup>4</sup>.

من خلال هذه التعاريف التي تم ذكرها يتضح لنا جليا أن النظام العام يصعب تعريفه فهو يتسم بالمرونة إذ يقوم على أسس سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية يبني بها

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 30.

<sup>2</sup> هذا القرار مقتبس عن: عليان عدة، المرجع السابق، ص 31.

<sup>3</sup> علاق عبد القادر، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، مجلد 10، عدد 04، ديسمبر 2019، ص 05.

<sup>4</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 434، 435.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المجتمع، فالقواعد المتعلقة به الغاية من ورائها تحقيق المصلحة العامة وضبط النظام في المجتمع، وهو ما يصطلح عليه الحد الأدنى من المصالح العامة والأهداف<sup>1</sup>.

عن تغير مقتضيات النظام العام Niboyet ففي هذا الصدد يتكلم الفقيه نيبوي فيقول: " مقتضيات النظام العام ليست ثابتة، فالنظام العام ما هو إلا صدى لمقتضيات بيئة اجتماعية دائما معينة، فالذي كان في وقت ما يصطدم النظام العام يمكن أن لا يكون كذلك غدا وعكسيا، يمكن أن تحدث تحركات دورية، إذ فكل هذه المادة وخاصة في جميع علاقات العالم متأثرة بتغير مستمر"<sup>2</sup>.

### ب- العلاقة بين النظام العام وفكرة الآداب العامة في القانون الجزائري.

من خلال تعريجنا على بعض نصوص المواد في القانون المدني نجده اتبع ذكر مصطلح النظام العام بالآداب العامة، وفي مواد أخرى نجده قد ذكر لفظ النظام العام فقط، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر المواد 24 و 96 وكذلك المادة 204 من القانون المدني التي جاء فيها لفظ "النظام العام والآداب العامة".

بينما في المواد 161 وكذا 344 من القانون نفسه التي جاء فيها " النظام العام " فقط، وما يثير التساؤل هو هل هما مختلفتان عن بعضهما أم أن لهما نفس المدلول؟

تباينت الآراء الفقهية حول هذا الأمر هناك من يفرق بينهما إذ يعتبرون النظام العام القصد منه تحقيق مصلحة عامة اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصلحة الفرد، في حين أن الآداب هي مجموعة قواعد خلقية تتبعها الجماعة في بيئة معينة مصدرها معتقدات وعادات عرفية تعود الناس على إتباعها.

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 33.

<sup>2</sup> تشوار جيلالي، النظام العام في مجال شؤون الأسرة، محاضرات غير منشورة أُلقيت على طلبة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2018، 2019، ص 13.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ونجد من جهة أخرى شبه اتفاق بين الفقهاء على أن النظام العام والآداب العامة هما وجهان لعملة واحدة لا يسعنا التمييز بينهما فالآداب العامة هي الأساس الذي يقوم عليه النظام العام فهي الأساس الأخلاقي الذي يحفظ النظام العام في المجتمعات.

### ثانيا: المعيار المعتمد لتحديد النظام العام في القانون الجزائري.

على اعتبار أن الفقه والتشريع لم يعرفا النظام العام بشكل دقيق وجامع فقد قرب مفهومه فقط، وذلك عبر رسمه لمعيار يضبطه ألا وهو معيار المصلحة العامة، ووفقا لهذا المعيار فإن جميع العقود التي تستهدف أو تحمل في طياتها نقض مصلحة عامة، فإن هذه العقود تعد مخالفة للنظام العام.

ففي كنف صعوبة ضبط تعريف للنظام العام، لم يسع المشرع الجزائري إلا اللجوء لفكرة المصلحة العامة لتكون معيارا يحدد به مجال تدخل النظام العام والتي هدفها الأسمى يتجلى في الحفاظ على المجموع<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع قد فتح المجال للمتعاقدين أن يدرجا ما يشاءان ضمن العقد الذي توافقا عليه من خلال المادة 106 من القانون المدني السالفة الذكر<sup>2</sup>، فالتعريفات السابق عرضها للنظام العام تعتبر تعريفات غائية وظيفية، بالنظر إلى الوظيفة التي يضطلع بها، وعليه فقد ورد تعريفهما للنظام العام بأنه مجموعة القواعد الجازمة التي تهدف إلى حماية الأسس الجوهرية في المجتمع، سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو خلقية، وهي الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة وتساهم في استقراره، فالهدف الرئيسي من فكرة النظام العام هو حماية أسس المجتمع الجوهرية وكذا المصالح العليا فيه،

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص33، 34.

<sup>2</sup> أكدت المادة 106 من القانون المدني على أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أنها قد قيدت ذلك، بقولها "...فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وفكرة النظام العام في القانون الجزائري تجد مصدرها التاريخي في القانون الفرنسي لاسيما في ميدان القانون الخاص والعقود<sup>1</sup>، وذلك منذ صدور القانون المدني الفرنسي لعام 1804<sup>2</sup>.

بالتالي تعد فكرة النظام العام أداة قانونية للتأسيس للفكر الليبرالي الحر، فقد صاغ الفكر البرجوازي البناء القانوني إلى نهاية القرن التاسع عشر على أصل من مفهوم فردي خالص، تشكل فيه حرية الفرد موضوع القانون وكذا حقوقه إذ يشكل غاية القانون العليا.

زيادة على ما سبق التطرق إليه ففكرة النظام العام تعد أداة قانونية تعيد التوازن داخل المجتمع، فالأساس الذي اعتمد عليه التوجه الليبرالي في إطلاق حريات الأفراد أدى لإحداث تضارب بين إirادات الأفراد مما هدد التوازن المجتمعي، وهذا يتنافى مع ما رمى إليه الفكر الليبرالي، وسعيا لمنع الاختلال ظهرت فكرة النظام العام لضبط سلطان الإرادة، حتى لا تتعرض أسس المجتمع للانتهاك.

كما لا يفوتنا التنويه إلى أن فكرة النظام العام تعد وسيلة لفرض مشروعية القاعدة القانونية ودفع الأفراد إلى احترامها، فتزامنا مع تطور المجتمعات تم استحداث مصادر أخرى للقاعدة القانونية بخلاف العرف ومع ذلك بقي للقبول العام دور هام يستحيل تجاهله وتهميشه.

فتم استحداث أداة قانونية التي تجسدت في فكرة النظام العام فهي تحمي المصالح العليا للجماعة لاسيما مع التطور الوظيفي الذي طال جميع فروع القانون.

وقد أخذ القانون الجزائري بالدفع بالنظام العام لكونه من الدفوع العامة وهو ما يتجلى من خلال المادة 24 من القانون المدني حيث نصت على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر".

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 151.

<sup>2</sup> علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 03.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

في هذه الحالة يستبعد تطبيق القانون الأجنبي وهو ما يدعى بالأثر السلبي للنظام العام، أما في ما يخص الأثر الإيجابي لفكرة النظام العام يتجلى من خلال ما تبناه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون المدني التي جاء فيها: "...يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

تعد فكرة النظام العام حدا لحرية التعاقد في القانون الداخلي، وذلك مرده لكون فكرة النظام العام تستقيم في شكل خطاب موجه إلى الأفراد المخاطبين بأحكامه لمن لهم أهلية التصرف القانونية، مما يؤدي لإنشاء إطار تتضبط فيه إرادات هؤلاء<sup>1</sup>، فالنظام العام في المجال التعاقدى وجد لتقييد أو لضبط الحرية العقدية<sup>2</sup>.

فحرية التعاقد أصل من أصول القانون المدني وتجسيد لمبدأ سلطان الإرادة الذي ينشأ العقود وشروطها وآثارها، فمتى انعقد العقد صحيحا يقوم مقام القانون بين المتعاقدين، ومع التطور الاقتصادي أضحت القوى الرأسمالية مهيمنة مما أضفى إلى تفاوت اقتصادي واجتماعي وضعف ظاهر من حيث الحرية التعاقدية، ومن أمثلتها الهيمنة التي طالت عقود العمل حيث اتسعت هيمنة المستخدم على حساب العامل، ومن المبررات القانونية لتقييد فكرة النظام العام أنه بات من الضروري البحث عن كيفية الموازنة بين حرية المبادرة الخاصة وحماية الصالح العام من خلال عدم المساس بقواعد النظام العام، فإذا كان القانون يعترف من الناحية الشكلية بالقوة الملزمة للعقد بين طرفيه إلا أنه لا يعتبر صحيحا من الجانب المادي إلا إذا أبرم على أتم وجه.

ما يمكن الوصول إليه في هذا الصدد هو أنه بفعل تدخل النظام العام فالشخص ليس حرا في التعاقد أو رفض التعاقد، فقد يمنع من إبرام بعض العقود، وقد يتم فرض عقود أخرى

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 145، 146.

<sup>2</sup> بوعريوة منصف، المرجع السابق، ص 50.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

عليه، كما لا يمكنه اختيار كيف يبرم العقود، وبعضها الآخر وجب إبرامه في شكل معين كما لا يمكنه تضمين العقد ما شاء من الشروط.

فالنظام العام رغم تنوع الوظائف التي يؤديها إلا أن وظيفته الأساسية تكمن في تهذيب حرية التعاقد بما يتوافق مع المصلحة العامة للمجتمع بعيدا عن الأنانية الفردية<sup>1</sup>.

ما يمكن قوله عن حرية التعاقد وتقييدها بفكرة النظام العام ينطبق هو الآخر على حرية التفاوض، فالشخص حر في التفاوض أو عدم التفاوض دون المساس بالنظام العام.

### **الفرع الثاني: ضرورة التنصيص على مبدأ الحرية التعاقدية.**

إن حرية الأفراد في إبرام العقود وفي الولوج إليها وتضمينها ما يشاؤون يعد أساسا قانونيا للتعاقد، يجبر الجميع على احترامه وتطبيقه، فالإرادة هي أساس الالتزام، ولما كان من الثابت أن التشريعات المدنية في العالم العربي قد تأثرت بالتشريعات الغربية على غرار المشرع الفرنسي الذي تأثر به المشرع الجزائري، فمبدأ الحرية التعاقدية هو الموجه الرئيسي في التشريعات المدنية الحديثة<sup>2</sup>، لذا كان من الضروري أن يحذو المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي بإدراجها ضمن نصوص القانون المدني.

لقد استدرك المشرع الفرنسي من خلال التعديل الجذري الذي مس القانون المدني عبر إصدار مرسوم إصلاح قانون العقود 2016-131 الصادر في 10 فبراير 2016 السابق الذكر، فأدرج فيه حرية التعاقد إلى جانب القوة الملزمة للعقد وحسن النية، وذلك عبر الفصل الأول المخصص للأحكام التمهيدية، وبالتحديد في العنوان الأول المتعلق بالمعاملات العقدية، ويتضح ذلك جليا من خلال نص المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها بأنه: " لكل فرد حرية التعاقد أو عدم التعاقد، واختيار المتعاقد معه وتحديد محتوى وشكل العقد

<sup>1</sup> عليان عدة، المرجع السابق، ص 146، 147.

<sup>2</sup> سعاد نويري، المرجع السابق، ص 68.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ضمن الحدود التي يرسمها القانون، ولا تسمح حرية التعاقد بالخروج عن القواعد التي تمس النظام العام<sup>1</sup>.

ما يمكن استقراؤه من المادة السالفة الذكر هو أن المشرع الفرنسي لم يكرس الحرية العقدية ضمن المبادئ التوجيهية في القانون المدني، حتى لا يكون انطباع بأن بقية القواعد الأخرى لقانون العقود لها قيمة أقل من الحرية التعاقدية، فيتم قراءة القانون الجديد بصفة غير دقيقة.

بالرغم من عدم وضع حرية التعاقد في الأحكام الأولية لقانون العقود، إلا أنها تشكل أساسه، ولو لم تحز على مرتبة المبادئ التوجيهية، وقد كرست الفقرة الأولى من المادة 1102 من ذات القانون، مختلف الأشكال لحرية التعاقد تعلقة أساسا بالحرية في تحديد محتوى العقد وشكله، مدرجة حرية التعاقد من عدمه، إذ لا يمكن إلزام أي شخص بإبرام عقد، أو قبول عرض أو إصداره، هذا بالإضافة إلى حرية اختيار الطرف المتعاقد معه، كما تتسع هذه الحرية لتشمل حرية تحديد محتوى العقد، إذ يحدده الطرفان على النحو الذي يريانه مناسباً لهم، وهذا كله يشمل كذلك مرحلة التفاوض، التي تعد جانبا من جوانب حرية التعاقد<sup>2</sup>.

فقد أدرجها هي الأخرى المشرع الفرنسي ضمن نصوصه، وهو ما سنتطرق إليه بشيء من التفصيل من خلال الحرية التفاوضية.

مما لا شك فيه أن إدراج مبدأ الحرية في التعاقد يحوز على أهمية كبرى وجب تعزيزها نصيا ضمن مواد القانون المدني الجزائري، فبذلك يضمن المشرع وضوحاً أكبر للقانون المدني وكذلك بالتنصيص عليها فهو يضمن جاذبية أكبر، واستدراج أكبر للمتعاقدين لاسيما الأجانب، فإذا علم المقبلون على التعاقد أنه بإمكانهم اللجوء إلى العقود بحرية، وبإمكانهم كذلك

<sup>1</sup> Art 1102 du C.C.F: « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par loi ».

<sup>2</sup>Maxime Bizeau, Avocat de formation, diplômé de l'école d'avocats du Barreau de Paris , Consulté le cite <https://fiches-droit.com-liberte-contractuelle> , le 14-02-2023 a 9h :24mn.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

اختيار الطرف الذي يتعاقد معهم، وحريتهم في تحديد محتوى العقد غير مقيدتين بتلك العقود المسماة التي عددها القانون المدني، يصبحون أكثر ارتياحاً وإقبالاً على التعاقد وهو ذاته ما يتم إسقاطه على التفاوض<sup>1</sup>، هذا من شأنه دفع عجلة الاقتصاد و المساهمة بصفة فعالة في تطوره.

### **المطلب الثالث: الحرية التفاوضية.**

تعد الحرية التفاوضية مبدأً تاريخي تم تبنيه منذ فترة طويلة في الأنظمة القانونية الغربية، وهو ما يصطلح عليه الحرية التعاقدية في المفاوضات، فهي حجر الزاوية في النظرية العامة للعقد، إذ لا يمكن أن تستهل المفاوضات التي تسبق التعاقد دون تجسيد هذا المبدأ، فالحرية هي امتياز يقره القانون من حيث المبدأ لكل طرف أن يفعل ما يحلو له، وبصفة أدق فهي حرية المشاركة وتحديد نطاق ومحتوى وشروط ومدة الالتزام، وهي علاوة على ذلك تعد إحدى النتائج الطبيعية لنظرية استقلالية الإرادة فالأطراف أحرار أثناء المفاوضات إلا أن ذلك ليس مطلقاً<sup>2</sup>.

### **الفرع الأول: الحرية في التفاوض وعدم التفاوض.**

لا مناص من الحديث عن الحرية التعاقدية في التفاوض وما تتمتع به من قيمة قانونية سامية وكذلك كونها لبنة أساسية في دولة القانون، إذ أن حرية التعاقد باعتبارها جوهر الحريات الاقتصادية وتجسيدها صريحاً لمدلول الحرية في الميدان الاقتصادي، فهي تثبت

---

<sup>1</sup> Adra zouhal, reforme du droit des obligations: les négociation précontractuelles, Revue juridique de l'ouest, p 53.

<sup>2</sup> Sarah Barry, les pourparlers précontractuels en droit québécois de l'opportunité d'une modification du code civil du Québec à la lumière des récentes réformes française et allemande, thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en droit, faculté de droit, université de Montréal, 2018, p 44, 45.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

للإنسان بوصفه إنساناً ولا يعقل حرمانه منها بصورة مطلقة، وإلا شكل ذلك عدواناً على شخصيته ذاتها<sup>1</sup>.

على الرغم من بالغ الأهمية التي تكتسبها الحرية التعاقدية في مرحلة المفاوضات إلا أن القوانين الجزائرية لم يرد فيها نص صريح كضمانة هامة لحمايتها، على غرار غيرها من التشريعات الحديثة منها التشريع الفرنسي الذي أدرجها ضمن التعديل الجديد لقانون الالتزامات والعقود زيادة على الحرية التعاقدية المشار إليها في المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي التي سبق لنا تحليلها، حيث نص كذلك تدعيماً وامتداداً لها في نص المادة 1112 من الأمر 131-2016 المتضمن تعديل قانون العقود الفرنسي، على أن المبادرة بالمفاوضات السابقة لإبرام العقد وتسييرها وإنهاءها حرة، أي أنها تخضع لمبدأ الحرية بشرط أن يكون ذلك بحسن نية<sup>2</sup>، وهو ما نسعى لاستعراضه من خلال التأكيد على ضرورة الحرية في مرحلة المفاوضات.

### **الحرية مطلب أساسي في المفاوضات.**

تمثل حرية الدخول في مفاوضات ما قبل التعاقد المحور الأول للحرية التي تسبق التعاقد، وهي ترجمة صريحة لها، وعلى هذا الأساس فللمتفاوضين كامل الحق في الدخول إلى مفاوضات ما قبل التعاقد كما لهم الحق في رفض الدخول إليها، فمن غير المتصور إجبارهم على التفاوض بمنأى عن إرادتهم، وبالتالي فالمفاوضات التي تسبق التعاقد هي فعل الحرية<sup>3</sup>، ومما لا شك فيه هو أن حرية التفاوض أو عدم إبرام العقد دون إكراه هي نتيجة حتمية لحرية التعاقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، مجلد 50، عدد 03، 1 سبتمبر 2013، ص 135.

<sup>2</sup> Article 1112 du C.C.F : « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociation précontractuelle sont libre, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de bonne foi ».

<sup>3</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 78.

<sup>4</sup> Isabelle Beyneix, Laurence-Claire Lemmet, La négociation des contrats, Novancia CCI Paris île de France, RTD Com. 2016 p 02.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

بموجب المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي السالفة الذكر، فإن أطراف المفاوضات يتمتعون بكامل الحرية في فتح وإجراء وإنهاء المفاوضات ما قبل التعاقدية، على النحو الذي يروونه مناسبا، ويمتد ذلك من الدعوة إلى دخول المفاوضات لغاية الوصول إلى الإيجاب الذي تتطابق معه الإرادتين لتقضي إلى العقد وبحسب الاجتهاد الفقهي الفرنسي، فإن حريتهم تكون كاملة ولا شيء يمكنه إجبارهم على الوصول إلى اتفاق، هذا دون الإغفال عن تلبية متطلبات حسن النية الذي توضحه الفقرة الأخيرة من ذات المادة<sup>1</sup>.

إذ يظهر الدخول في المفاوضات في عدة أشكال فيمكن أن يكون عبارة عن عرض للدخول إليها، كما يمكن كذلك أن يكون عبارة عن رد على عرض باقتراح مضاد أو دعوة للانضمام إلى مفاوضات بين المفاوضين، أو حتى دعوة واردة في الصحف أو وسائل الاتصال الحديثة وغيرها وهذا كله حر من حيث المبدأ.

وعلاوة على ذلك فإن دراسة مقترح الدخول إلى المفاوضات السابقة للتعاقد قد يؤدي إلى دراسة رفض الدخول فيها، فهذا الأخير بدوره يجسد أحد جوانب الحرية التي سبق الحديث عنها، وننوه إلى أن عدم إجبار الأطراف لقبولها يعني أنه تبعا لذلك لا يوجد التزام بإبرام العقد المتوقع ولو دخلوا في مفاوضات تعاقدية مسبقة لهذا الغرض، من الأمثلة الحية على رفض دخول هذه الأخيرة ما نجده في قانون المنافسة، فلائي محترف الحرية في بيع أو عدم بيع سلعة أو حتى تقديم خدمة من عدمه إلى محترف آخر<sup>2</sup>.

بالرجوع للقانون الفرنسي نجده قد منح الحرية لأطراف التفاوض في إضفاء الطابع الرسمي على المفاوضات من عدمه، فذلك من شأنه أن يخدم أطرافها لاسيما إذا كانت فترة المفاوضات تستغرق وقتا طويلا، فمن الأفضل أن يضفى عليها طابع الرسمية كما أن هذا الأمر يحوز على طابع استراتيجي يضعها ضمن قالب إلزامي.

<sup>1</sup> Thibault dowville et des autres, la Réforme du droit des contrats commentaire article par article, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, gualino, lextenso 2016, p 50.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsehly, op.cit, p 78, 79, 80.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

يتوافق تأطير المفاوضات بوضعها في قالب عقدي مع الطريقة المعاصرة التي تهدف إلى تقليل المخاطر والتخفيف منها، فالمفاوضات من غير رسمية تمتاز بطبيعة غير مؤكدة قد تتجر عنها أخطار ينقص منها تفرغها في قالب رسمي، إضافة إلى كون الرسمية تجعل منها تشكل أدلة في حالة التقاضي مستقبلاً فتخفف عبء الإثبات على الطرف المتضرر.

وتضمن الحرية ما قبل التعاقدية إبداعاً في الشكل وكذا في المحتوى<sup>1</sup>، لاسيما في ما يتعلق بالوثائق التي يتم تبادلها إبان هذه الفترة<sup>2</sup>، والتي تشكل الحرية مصدر الهام لها<sup>3</sup>.

وعليه فإن المفاوضات هي مناقشات تسبق تكوين العقد الغاية منها الوصول إلى التعاقد ويمكن للأطراف إضفاء الطابع الرسمي عليها، والمضي قدماً على مراحل، وإذا استلزم الأمر يكون ذلك عبر إبرام عقود التفاوض التي تنظم مفاوضاتهم، فهذه الخطوات الصغيرة هي التي تتيح المضي قدماً إلى الطريق المؤدي نحو العقد ضمن الإطار المطلوب، وإذا لم يحدث ذلك فالقانون وحده هو الذي سينظم هذه العلاقات بحيث تكفلت المادتين 1102 و 1112 التي أسلفنا ذكرها بصياغة مبدأ الحرية التعاقدية<sup>4</sup>.

فالأصل في المفاوضات التي تجري حول العقود هو حرية أطرافها في الولوج إليها من عدمه، إذ لا يسعنا تصور إجبار الأطراف على الجلوس إلى طاولة المفاوضات أو إرغامهم على ذلك، فالأشخاص المنظمون للتفاوض على عقد من العقود يميلون للانطلاق فيه بمنأى عن الممارسات والضغوطات والشكليات التي يمكن أن تدفع العلاقة إلى الاضطراب، أو تؤدي إلى تعقيدها في الوقت الذي يفترض فيه أن تجري بسلاسة، وفي جو من الحرية التامة.

---

<sup>1</sup> Sarah Barry, op.cit, p 59, 60.

<sup>2</sup> ويقصد بالوثائق التي يتم تبادلها خلال فترة المفاوضات، تلك المستندات والأوراق التي سبق لنا الإشارة إليها منها خطاب النوايا، وتعهدات الشرف، إضافة إلى اتفاقات المبادئ، والتي بإمكان أطراف التفاوض أن يختاروا إفراغ اتفاقاتهم ضمنها، ويخضع ذلك لمبدأ الحرية المحضة التي تقوم بإنشائها.

<sup>3</sup> Sarah Barry, op.cit, p 63, 64, 65.

<sup>4</sup> Frédérique cohet, Le contrat, deuxième édition, pug, presses universitaires de Grenoble, janvier 2020, p 29.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

تتبع الحرية في التفاوض من حرية التعاقد والتي تجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة، الذي يبسط نفوذه في مجال التصرفات الإرادية وبصفة خاصة في العقود<sup>1</sup>، فالإرادة تعتبر كافية لإنشاء التصرفات القانونية<sup>2</sup>، وبما أن العقود تخضع لمبدأ استقلال الإرادة، فهو يؤثر فيها من ناحيتين:

من الناحية الأولى هو تأثير إيجابي حيث يقدم فيها مبدأ استقلال الإرادة تفسيرا لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يمكن الوصول إليه عبر الإرادة الحرة.

أما الناحية الثانية فهي سلبية من حيث أنها تضيي الشرعية على رفض التعاقد، فترتبط حرية التفاوض باستقلالية الإرادة.

عندما تسفر المفاوضات في هذه الحالة عن العقد المبتغى يصبح العقد ملزما لأطرافه، أما إذا طالت فترة المفاوضات ولم يتم التوصل إلى التوافق بعد، فيبقى مبدأ الحرية مكفولا طوال هذه الفترة، مهما أحرزت المفاوضات من تقدم في مجرياتها، وتبرز الاستقلالية في المرحلة التفاوضية من خلال مرحلتين:

المرحلة الأولى: يناقش فيها الاتفاق أو مكوناته سواء كانت مجتمعة أو متفرقة بغية الوصول إلى التوافق المرجو بخصوص أية مسألة منها وهو الظهور السلبي لاستقلالية الإرادة حيث يمكن على إثره الامتناع عن إبرام العقد النهائي ورفضه.

أما في المرحلة الثانية يحسم الأطراف قرارهم بعد طول التفاوض للموافقة على إبرام العقد المنشود، فيبرز فيها الجانب الإيجابي متجلية عبره القوة الملزمة للعقد<sup>3</sup>، توافقا مع ما ورد

---

<sup>1</sup> صدام فيصل المجدي، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، بغداد، العراق، مجلد 11، عدد 01، سنة 2009، ص 263، 264.

<sup>2</sup> بوعريوة منصف، المرجع السابق، ص 52.

<sup>3</sup> صدام فيصل المجدي، المرجع السابق، ص 264.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ضمن المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

### الفرع الثاني: الحرية في اختيار المتفاوض.

لا ريب في أن حسن اختيار المتفاوض يعد ضمانا لحسن سير المفاوضات وامتدادا لمبدأ الحرية التعاقدية، التي تعد العمود الأساسي لنجاح المعاملات، ولتجسيد ذلك لا بد من انتقاء الطرف المتفاوض معه الأنسب للمعاملة، أو لتحقيق الصفة المبتغى الوصول إليها بمواصفات معينة.

لا بد هنا من التنويه بأن تحقيق ذلك مرهون باختياره بحرية وسلاسة، من دون الخضوع لأي ضغط يعرقل إنجاز العملية التفاوضية، وهو ما نبتغي توضيحه كما يأتي:

#### أولا: انتقاء المتفاوض معه المناسب.

إذا كانت المفاوضات هي بذل مجهود ومساعي بهدف الوصول إلى توافق وتقاها متبادل، وقبول كل من الطرفين لوجهة نظر الطرف الآخر، ثم الوصول لما يعرضه من آراء فلا يتم الوصول للإيجاب إلا بعد أخذ ورد بين الطرفين، ومادام العقد يتطلب وجود إرادتين حرتين وجهتهما إحداث أثر قانوني، فللمتعاقدين الحرية التامة في الدخول في التفاوض وكذا في اختيار الطرف المتفاوض الذي يرتضيه ويرى أنه بإمكانه التفاوض معه<sup>1</sup>.

في هذا الصدد أقر الفقه الحديث في فرنسا على حرية اختيار المتفاوض الذي يعد شريكا محتملا في التعاقد، فهي تعني في مفهومهم القدرة على عدم إعطاء أسباب لاختيار طرف متفاوض بدلا من الآخر، وكذا عدم تبرير المعايير التي بموجبها يمارس هذا الحق ومردّه للقيمة الدستورية المستمدة من حرية المشروع.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 96، 97.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

هذا يمهّد لإبرام عقود مبنية على الثقة، فيقومون باختيار بعضهم على ضوء عوامل فردية، ولأجل ذلك لابد من جمع معلومات كافية عن الطرف المراد التفاوض معه مستقبلاً، ومع ذلك لا يمكن للطرف المتفاوض أن يرفض اختيار طرف آخر من أجل التفاوض معه على أساس اعتبارات تمييزية أو عنصرية، أو أنه قد سبق له أن أبرم معه عقد تفاوض أو أحد العقود التمهيدية.

تجدر الإشارة إلى أن الطرفين أحرار في تحديد المحتوى الأكثر فائدة بالنسبة لهم مع شريكهم، فهم ليسوا بحاجة إلى جهة خارجية للتدخل في العلاقة قيد الإنشاء بينهم لحمايتهم كتدخل الدولة مثلاً، وهو ما من شأنه إطلاق العنان لإبداعاتهم، فلهم في هذا الإطار إنشاء عقد مصمم خصيصاً لهم، فيعبرون بذلك عن التزاماتهم على أفضل وجه، من دون تقيد بإتباع الأشكال التعاقدية المقترحة في القانون المدني، لأن معظمها غير إلزامية وظيفتها تكميل الإرادة، فيستحيل تعداد العقود كلها ووضع قائمة شاملة لها<sup>1</sup>.

### **ثانياً: حسن اختيار المتفاوض بحرية من عوامل نجاح المفاوضات.**

يرجح الخبراء في ميدان التفاوض بأنه يكمن وراء كل عملية تفاوضية ناجحة ومحققة للغايات المرجوة منها، خضوعها لفن واستراتيجيات وكذا تكتيكات، ويراد باستراتيجيات التفاوض مجموعة الأساليب والخطط والبدائل التي يستخدمها المتفاوض وقت التفاوض على العقد حتى يزيد فعاليته ويرفع من حظوظه للنجاح فيها وتحقيق الأهداف المرسومة. ويراد بالتكتيك التفاوضي اتخاذ المتفاوض القرار المناسب في الزمن والوقت المناسب، ليقدم أداء يتفق وظروف الموقف التفاوضي بغية تحقيق الهدف الذي يتوخاه من وراء المفاوضات، انطلاقاً من حسن اختيار المتفاوض، لاسيما من توفرت فيه قدرة الاستماع والحصول الجيد على المعلومات، عبر تكتيك يخضع لمنطق يتلاءم مع تنفيذها.

<sup>1</sup> Sarah Barry, op.cit, p 47, 48, 49, 51.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

هذا يتطلب انتقاء كوادر حقيقية لها خبرة تفاوضية واسعة، وقدرات عالية على تحقيق وتحديد الأولويات، كما يجب اتسامهم بالذكاء والإقناع بغية الوصول للتأثير الإيجابي في النشاط التفاوضي، وذلك كله في إطار اندراجها ضمن أخلاقيات التفاوض وآدابه<sup>1</sup>.

فمن باب أولى كذلك أن يكون لكل منهم كامل الحرية في انتقاء الطرف المتفاوض معه، وهو ما تندرج ضمنه تلك العقود ذات الاعتبار الشخصي، التي يولي فيها الطرفين أهمية خاصة لشخص المتعاقد، فيكون إبرامها وتنفيذها مرتبط به، وهو ما ينطبق على عقد الترخيص باستغلال حق من حقوق الملكية الصناعية، حيث أن المرخص لا يقوم بإبرام عقد الترخيص مع أي كان، بل يحرص على مراعاة مجموعة من المؤهلات في المرخص له، لكون ذلك له آثار بالغة الأهمية على حقوق ملكيته الصناعية<sup>2</sup>.

يقوم التفاوض الناجح على أساسيات عقلية وأساليب بناءة، معتمدا في ذلك على أسلوب واضح وإعداد جيد للمسائل والنقاط والأهداف التي يدور حولها التفاوض، من خلال حسن إدارة المباحثات عبر طريقة جدلية يبين من خلالها وجهة نظره التي يدافع عنها للوصول لإبرام العقد المرجو الوصول إليه.

كل هذا يجري بمنأى عن الخلافات مع الاحتفاظ بالعلاقات الطيبة وهذا لا يستصعب على المفاوض الذكي والفظن، فانتقاء المتفاوض صاحب التفكير العقلاني البناء الذي أصبح فنا في الوقت المعاصر، كانت محصلاته مضمونة لتحقيق النتائج المنتظرة.

تجدر الإشارة إلى أن حسن إدارة العملية التفاوضية تبنى على الاختيار الحر للمفاوض الذي يملك القدرة العالية على القيادة والسيطرة على نفسه، وعلى أعضاء فريقه

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 96، 100، 101.

<sup>2</sup> بوناح عبد النور، التفاوض على عقود التجارة الدولية مبدأ حرية التفاوض وحسن النية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، مجلد 07، عدد 02، 01 ديسمبر 2022، ص 191.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

التفاوضي، له إمكانية الإقناع والتعاون وكذا التسامح و التغلب على الصعوبات التي تعترض سبيله.

من الموصفات المهمة كذلك في المتفاوض حسن الإنصات والإصغاء للطرف الآخر، واقتناص وقت التدخل والكلام، وقراءة تعابير الوجه والجسد، وطرح الأسئلة بثقة وإقناع مع الحفاظ على الهدوء وتبديد المخاوف، وانتقاء أنسب الفرص لتقديم التنازلات متى استدعت الضرورة ذلك، وطلب المهلة إذا تطلب الأمر ذلك.

وجب التنويه أنه لكل طرف حرية التفاوض ولا يسأل قانونا عن الفشل في حالة عدم التوصل إلى اتفاق ما دام قد سعى في ذلك وفق الأخلاقيات التي يستدعيها التفاوض من حسن نية وصدق وأمانة وغيرها مما سنوضحه لاحقا<sup>1</sup>.

يجدر بنا التأكيد على أن حرية الأشخاص في اختيار الطرف المتفاوض إنما تعد امتدادا لحرية التفاوض والحرية التعاقدية.

### **ثالثا: القيود التي ترد على حرية اختيار المتفاوض.**

يقتضي مبدأ حرية التعاقد أن الشخص يبقى حرا في اختيار الطرف أو الأطراف التي يتعاقد أو يتفاوض معها استنادا للحرية التعاقدية كما أسلفنا الذكر، حيث بوسعها أن ينتقي ويختار وفقا لذلك بين شخص وآخر بحسب ما يراه متوافقا ومناسبا لتحقيق مصلحته، غير أن هذه الحرية في اختيار الطرف الآخر قد تقيد تأسيسا على هذا المبدأ في حالتين نذكرهما في الآتي:

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 97، 98، 99.

**أ- قيد اختيار المتفاوض في عقد الوعد بالفضل.**

يمكن تعريف عقد الوعد بالفضل بأنه: " عقد يلتزم بمقتضاه الواعد في حالة التصرف في الشيء أن يفضل الموعد له على غيره في التعاقد معه"<sup>1</sup>.

ويعرف كذلك بأنه: " اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعد له على غيره إذا قرر التصرف في العين بالبيع، ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد"<sup>2</sup>.

من خلال هذا التعريف يتضح لنا جليا بأن الوعد بالفضل هو اتفاق يلتزم بموجبه أحد الطرفين أو كلاهما، إذا قررا التفاوض مستقبلا حول عقد ما أن يفضل الموعد له على جميع الراغبين في التعاقد معه وبذلك يكون ملزما بتوجيه الدعوة للموعد له فحسب، نظرا لأفضليته على غيره عند التزامه بالتفاوض ويضل الواعد في هذا الاتفاق يتمتع بالحرية من ناحية إبرام أو عدم إبرام العقد النهائي، فله كامل الحرية التعاقدية ولكن في مقابل ذلك فإنه يتمتع عن التعامل مع الغير قبل رفض اقتراحه بالتعاقد من طرف الموعد له المستفيد.

تأكيدا لما سبق فإن عقد الوعد بالفضل هو قيد اتفاقي من ضمن القيود التي تقع على سلوك المالك الواعد بالتصرف في ملكه، ومقتضاها عدم إمكانية تصرفه قبل الرجوع إلى المستفيد أي الموعد له المستفيد.

فنشوء الوعد بالفضل صحيحا متضمنا لكل أركانه وشروط صحته ينتج عنه ترتيب التزام في ذمة الواعد بالفضل، وذلك بمنح الأولوية للمستفيد كمتفاوض في حالة إذا ما قرر في المستقبل إبرام العقد، يحمل الالتزام بالفضل في طياته شقين أحدهما إيجابي والآخر سلبي:

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 56.

<sup>2</sup> شهيد محمد سليم، لغواطي عباس، الوعد بالفضل في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قانون العقود الفرنسي الجديد، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، مجلد 07، عدد 02، سنة 2021، ص 405.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

أما فيما يتعلق بالشق السلبي فهو التزام الواعد بالامتناع عن إبرام عقد في المستقبل قبل أن يعرضه على المستفيد، بينما الشق الايجابي فيتضمن التزام الواعد عرض إبرام العقد محل التفضيل في حالة اتخاذه لقرار إبرامه مستقبلاً، ويكون ذلك عبر توجيه دعوة للدخول معه في التفاوض بهدف إبرام العقد النهائي<sup>1</sup>.

### ب- قيد اختيار المتفاوض في الوعد بالتعاقد.

يمكن للراغب في التعاقد تأسيساً على مبدأ حرية التعاقد تقييد حريته في التعاقد، ويكون ذلك عبر إصداره لوعده بالالتزام بالتعاقد مع شخص ما في حالة ما إذا أبدى الواعد رغبته في التعاقد ويسمى هذا الوعد بالوعد بالتعاقد<sup>2</sup>.

ويعرف بأنه: " اتفاق بين شخصين يعد بمقتضاه أحدهما الآخر بإبرام عقد معين خلال مدة معينة ويقبل الطرف الآخر هذا الوعد مرجئاً اتخاذ قراره بالارتباط بهذا العقد أو رفضه إلى وقت لاحق"<sup>3</sup>.

وقد ورد النص عليه في نص المادة 71 من القانون المدني التي سبق لنا التطرق إليها وبالتالي يشكل ما سبق لنا ذكره قيداً على اختيار الطرف أو الأطراف اللذين يتم التعاقد معهم<sup>4</sup>. وسنتعرض بإسهاب للوعد بالتعاقد في الباب الثاني ضمن العقود الممهدة للعقد النهائي.

### الفرع الثالث: الحرية في العدول عن التفاوض.

إن الحديث عن مسألة العدول عن التفاوض في العقود المدنية، يقتضي منا التطرق للعدول عن التعاقد بغية توضيح المقصود به، ومدى تجسيد المشرع الجزائري لقضية العدول

---

<sup>1</sup> أنظر: الباب الثاني من هذه الأطروحة الذي تطرقنا فيه للعقود التمهيدية، والتي من ضمنها عقد الوعد بالتفضيل وذلك في الصفحة 322.

<sup>2</sup> معمر بوطباله، المرجع السابق، ص 56، 57، 58.

<sup>3</sup> محمد علي البدوي الأزهرى، المرجع السابق، ص 82.

<sup>4</sup> معمر بوطباله، المرجع السابق، ص 58.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

عن التعاقد في قوانينه لنتطرق فيما بعد لقطع التفاوض أو التراجع عنه كأصل عام، ومدى إمكانية الطرف الذي دخل إلى عملية المفاوضات، الانسحاب منها وتركها تجسيدا لحيته التعاقدية.

### أولاً: العدول عن التعاقد.

حتى تتضح مسألة العدول والتراجع عن التعاقد، لابد لنا من التطرق لمفهومه وأبرز تطبيقاته في القوانين الجزائرية، لاسيما في قانون حماية المستهلك.

### أ- مفهوم العدول عن التعاقد.

لا ريب في أن توضيح مفهوم العدول عن التعاقد يستدعي منا التعرّيج على تعريفه ثم مقارنته بما يشته به من الأنظمة القانونية، هذا سعياً لإزالة اللبس والغموض الذي يكتنفه.

### 1- تعريف العدول.

أطلق على حق العدول عدة مسميات منهم من يسميه "حق الندم" ويطلق عليه بعضهم "حق الانسحاب" ويسميه صنف آخر من الفقه "حق الرجوع" وكذلك يسمى عند فئة أخرى "الحق في إعادة النظر".

ويعرفه فريق منهم بأنه: "عدم تحمل الشخص الالتزام بصفة نهائية قبل مرور فترة زمنية معينة"<sup>1</sup>.

ويعرف حق الرجوع بأنه: "تعبير عن إرادة مخالفة لما وقع الاتفاق عليه، يرمي من ورائها أحد الأطراف الرجوع فيما وقع الاتفاق عليه واعتباره كأن لم يكن"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة العربي تبسي، تبسة، مجلد 06، عدد 03، 3 سبتمبر 2021، ص 500.

<sup>2</sup> زعبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلد 08، عدد 01، 23 ماي 2013، ص 122.

**- تعريف عدول المستهلك عن التعاقد.**

هو: "قدرة المستهلك على فسخ العقد بإرادته المنفردة وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي

كانا عليها قبل التعاقد، خلال مدة معينة، دون جزاء أو تبعة ودون بيان الأسباب"<sup>1</sup>.

ويعتبر حق العدول انحرافاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد الغاية منه ضرورة حماية المستهلك، الذي يعد طرفاً ضعيفاً مقارنة بالمهني، لذلك ارتبط بالتشريعات التي تتعلق بحماية المستهلك<sup>2</sup>.

**2- الفرق بين عدول المستهلك عن التعاقد وما يشتبه به من أنظمة قانونية.**

قد يقع اللبس بين العدول عن التعاقد وبعض الأنظمة التي نذكر منها البطلان والفسخ وهو ما نهدف لتوضيحه.

**1. العدول عن التعاقد والبطلان.**

يتماثل النظامان من حيث الأثر الذي يترتب عنهما، حيث يؤديان إلى زوال العقد بصفة كلية من لحظة إبرامه، ويعتبر كأن لم يكن<sup>3</sup>.

فالبطلان يعتبر وصف قانوني للعقد وهو أيضاً ما يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد كانهتمام الرضاء أو المحل أو السبب، أو أن هذا الأخير يخالف النظام العام والآداب العامة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 500.

<sup>2</sup> زعبي عمار، المرجع السابق، ص 123.

<sup>3</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 500.

<sup>4</sup> فاطمة الزهراء ربحي تبوب، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، مجلد 10، عدد 03، ديسمبر 2019، ص 797.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

أما الفرق بينهما يتمثل في كون البطلان ترتب على خلل العقد في أحد أركانه عند تكوينه، مما يمنع ترتيب الآثار عليه.

أما بالنسبة للعدول عن التعاقد فهو يلحق بالعقد صحيحا وناظرا وكذا واجب التنفيذ، إلا أن المشرع يتيح للمستهلك خيار إنهاء العقد بعد نشوئه خلال فترة محددة، وتكون هذه الفترة قصيرة في العادة، هذا فيما يتعلق بالبطلان المطلق.

ففي حالة البطلان النسبي نجد نوعا من التقارب بين النظامين، ففيهما نجد أن للمتعاقد الحق في الاستمرار في العقد والإبقاء عليه وإن شاء أزاله، فنلمس نوعا من التكامل بينهما بهدف توفير أقصى حماية للمستهلك.

تماشيا مع ذلك فالمستهلك الذي أبرم العقد تحت تأثير الغلط مثلا، يمكنه الاختيار بين العدول عن العقد أو اللجوء لقواعد عيوب الإرادة، وبوسعه اللجوء لهما معا في الوقت عينه، مما يثبت استقلالهما عن بعض وليس متطابقين.

### **II. العدول عن التعاقد والفسخ.**

يترتب الفسخ عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، وذلك بهدف تحرير المتعاقد من التزاماته التي فرضت عليه بسبب العقد، ويتمثل العدول عن العقد مع الفسخ من حيث أن كلاهما ينهي العلاقة العقدية بأثر رجعي، كما أنهما يترتبان على عقد نشأ صحيحا بكل أركانه وكذا شروط صحته، إلا أنهما يختلفان من حيث أن حق العدول عن العقد يتم بإرادة المستهلك بغض النظر عن إرادة الطرف الآخر، ومن غير الحاجة لحكم قضائي، وذلك بعكس الفسخ القضائي الذي يتطلب صدور حكم من المحكمة لإقراره، ويستوي الأمر أن يكون هذا الحكم منشأ أو أن يكون حكما كاشفا.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

كما يتباين كذلك حق العدول عن الفسخ بأنه في حالة فسخ العقد فعلى طالبه أن يبرره بتوافر شروط الفسخ المنصوص عليها قانوناً، أما في حالة العدول فليس للمستهلك تقديم أي مبرر دفع به للعدول عن العقد الذي سعى لإبرامه.

### **ب- أساس عدول المستهلك عن التعاقد.**

نميز فيه بين نوعين من العدول يتمثلان في: العدول الاتفاقي والعدول التشريعي، فالأول يجد أساسه في اتفاق الطرفين، أما الثاني فمصدره نصوص القانون.

ويعود أساس ومنبع العدول الاتفاقي إلى ما يقضي به مبدأ سلطان الإرادة، هذا زيادة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلا جدل ولا إشكال بشأن ذلك، أما بالنسبة للعدول على أساس تشريعي، يرجع أساسه إلى اعتبارين أساسيين هما:

#### **1- التعليق على شرط.**

يلحق نشوء الالتزام أو زواله على شرط غير محقق الوقوع، ويكون إما شرطاً واقفاً تتوقف عليه آثار الالتزام بغية تحقق الشرط، أو قد يكون شرطاً فاسخاً يعلق عليه زوال الالتزام مما يؤدي إلى زوال آثاره المترتبة عنه قبل أن يتحقق الشرط.

وهناك رأيين في هذا الصدد، يذهب أحدهما لإقامة حق العدول على فكرة أساسها الشرط الواقف، بينما يتجه الرأي الثاني إلى إقامتها على فكرة الشرط الفاسخ.

#### **2- التعاقب في إطار تكوين العقد.**

ومقتضاها أن العقود الاستهلاكية لا تتكون في لحظة زمنية واحدة بمجرد قبول المستهلك، إنما يحتاج تكوين العقد إلى مدة زمنية<sup>1</sup>، وعليه فحق العدول يتطلب رضا مزدوج يتم

<sup>1</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 500، 501.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

على مرحلتين فهو لا يتكون طفرة واحدة وإنما بصفة تدريجية<sup>1</sup>، من القبول إلى غاية انقضاء فترة التروي، ويتم ذلك بقبول العقد من قبل المستهلك في بداية المدة، إضافة إلى تأكيده لهذا القبول في نهايته، فإذا ارتضى العقد مسبقاً قام العقد من وقت اتصاله بعلم الطرف الآخر من دون أن يكون له أثر رجعي.

### 3- عدم لزوم التراضي.

يمكن بمقتضاها رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة، من دون الحاجة لتطابق الإرادتين حول ذلك، فالعقد بالرغم من إبرامه صحيحاً، إلا أنه يكون نافذاً في مواجهة المهني فقط، أما بالنسبة للمستهلك فله أن يتحلل منه بإرادته المنفردة، دون حاجة للاتفاق أو إلى اللجوء للقضاء من أجل ذلك<sup>2</sup>، ولا يصبح العقد باتاً إلا بعد تمام وانقضاء مدة العدول<sup>3</sup>.

### 4- النص التشريعي.

هو أداة تشريعية لها دور رئيسي يتمثل في حماية المتعاقدين الذين يقبلون على التعاقد من دون تمهل ولا ترو، ومن غير إمكانية حقيقية يناقشون من خلالها الشروط التعاقدية، وفي الغالب يكونون قد تعاقدوا عن بعد لاسيما في عقود التجارة الإلكترونية، وعادة ما ينساقون وراء التأثيرات الإعلانية والإشهارية فتحثهم على التعاقد.

وللعقد الذي تم بصيغة صحيحة القوة الإلزامية ما لم يقرر القانون أو يتم الاتفاق على خلاف ذلك المادة 106 من القانون المدني، وبهذا يعد خيار العدول الممنوح للمستهلك

<sup>1</sup> علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، العدول آلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مجلد 02، عدد 10، جوان 2018، ص 819.

<sup>2</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 502.

<sup>3</sup> إن ممارسة حق الرجوع يجعل العقد غير مستقر طيلة مدة التفكير، فإذا مارس المستهلك حقه في الرجوع ترتب عليه نقض العقد، ورجوع الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد دون أي جزاءات أو تعويضات، أما إذا انقضت مدة التراجع ولم يمارس المستهلك هذا الحق يصبح العقد نهائياً، أوشن حنان، صهيب ياسر محمد شاهين، العدول بين الضمانة وقواعد حماية المستهلك الإلكتروني، دراسة قانونية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة، مجلد 03، عدد 04، ديسمبر 2020، ص 159.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

استثناء عن المبدأ العام قام المشرع بمنحه بمقتضى النص التشريعي مراعاة لمصلحة المستهلك، وسعيا لحماية رضاه الذي لا يسعه التنازل عنه بإرادته.

### ج- ضوابط عدول المستهلك عن التعاقد.

لا يرد خيار العدول في جميع أنواع العقود ولا يمكن منحه من غير ضوابط ويكون ذلك ضمن أوقات محددة لكونه يشكل استثناء عن القوة الملزمة للعقد، وتتمثل الضوابط التي تحكم عدول المستهلك عن التعاقد في:

#### 1- الضابط الشخصي.

نقصد بالضابط الشخصي الأشخاص الذين يمكنهم مباشرة العدول، ويطبق العدول على العقود التي تم إبرامها بين المستهلكين والمحترفين، وبالتالي يستفيد منها المستهلك بإتاحة له حق الرجوع عن العقد، وقد تبنى المشرع الجزائري المفهوم الضيق لتحديد تعريف للمستهلك، وهو ما يتضح جليا من نص المادة 3 من القانون 09-03 المؤرخ في 25-02-2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

#### 2- الضابط الموضوعي.

نقصد بالضابط الموضوعي تلك العقود التي تخضع لأحكام العدول، وكذا العقود المستثناة من أحكام العدول.

#### 3- العقود التي تخضع لأحكام العدول.

تخضع لأحكام العدول كافة العقود وبصفة أخص تلك التي تمت عن بعد، فالاستبعاد لا يتم إلا بنص تشريعي صريح، وبصفة أدق فهي كافة عقود الاستهلاك التي لم ينص المشرع على استبعادها<sup>1</sup>، فهو يشمل جميع العقود سواء أكانت عادية، أم عقود استهلاك.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 500، 501، 502، 505.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وسواء تمت بوسائل إلكترونية، أم بوسائل تقليدية؛ ذلك أن استعمال حق العدول من عدمه هو مكنة قانونية يكشف عن مدى تحقيق الرضاء الكامل للشخص، ويؤكد على عدم ندمه من مباشرة العقد من دون ترو واختيار<sup>1</sup>.

### 4- العقود التي تم استبعادها من أحكام العدول.

قيدت التوجيهات الأوروبية والتشريعات من حق العدول في بعض العقود<sup>2</sup>. نذكر منها كمثال تلك التي استثنائها التوجيه الأوربي رقم 83 لسنة 2011 الذي صدر بتاريخ 25-01-2011 التي نصت عليها المادة 16 منه<sup>3</sup>، فالمستهلك لا يمكنه العدول في العقود التي تتصل بأداء الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل نهاية مدة 14 يوم وهي مدة الخيار وهو ما أشارت إليه المادة 09 من ذات القانون<sup>4</sup>.

هذا زيادة على ما يتصل بعقود توريد المنتجات المصنعة حسب مواصفات ورغبات المستهلك، ويستبعد كذلك من خيار الرجوع عن التعاقد تلك العقود المتعلقة بتوريد أموال لأداء خدمات تعتمد أسعارها على تقلب الأسواق المالية، هذا فضلا عن عقود توريد السلع التي تتسم بسرعة كسادها أو تلفها وتلك التي اقتربت مدة انتهاء صلاحيتها، زيادة على عقود توريد السلع والبضائع المغلفة أو المختومة التي يزيل المستهلك عنها أغلفتها بعد استلامه لها، هذا دون أن نغفل عن ذكر عقود توريد السلع والبضائع التي اختلطت بغيرها من الأصناف الأخرى وكذلك

---

<sup>1</sup> أحمد رياحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوربي رقم 83 - 2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، وقانون الإستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، مجلد 02، عدد 03، 05 جانفي 2016، ص 141.

<sup>2</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 505.

<sup>3</sup> Directive 2011-83-UE du du Parlement European et du Conseil 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs 'modifiant la directive 93-13-CEE du Conseil et la directive 1999-44-CE du Parlement European et du Conseil et abrogeant la directive 85-577-CEE du Conseil et la directive 97-7-CE du Parlement European et du Conseil. Journal officiel de l'Union européenne ، 22. 11. 2011.

<sup>4</sup> Article 9 : "Right of withdrawal 1. Save where the exceptions provided for in Article 16 apply, the consumer shall have a period of 14 days to withdraw from a distance or off-premises contract, without giving any reason, and without incurring any costs other than those provided for in Article 13(2) and Article 14".



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المشروبات الكحولية إن تم الاتفاق على تحديد سعرها وقت إبرام، العقد ويتعذر تسليمها إلا بعد انقضاء ثلاثون يوماً وغيرها من الاستثناءات التي جاءت بها المادة 16 من التوجيه الأوروبي رقم 83 لعام 2011 السالف الذكر<sup>1</sup>.

ولا شك أن الغاية من استبعاد العقود سالفه الذكر من العدول هي استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه، إن تم تنفيذ العقد وتقديم الخدمة بالكامل إلى المستهلك، وفي هذا الصدد نشير إلى أمر مهم ألا وهو في حالة تنفيذ العقد بصورة جزئية فإنه يحق للمستهلك استعمال

---

<sup>1</sup> Article 16: "Exceptions from the right of withdrawal Member States shall not provide for the right of withdrawal set out in Articles 9 to 15 in respect of distance and off-premises contracts as regards the following: (a) service contracts after the service has been fully performed if the performance has begun with the consumer's prior express consent, and with the acknowledgement that he will lose his right of withdrawal once the contract has been fully performed by the trader; (b) the supply of goods or services for which the price is dependent on fluctuations in the financial market which cannot be controlled by the trader and which may occur within the withdrawal period; (c) the supply of goods made to the consumer's specifications or clearly personalised; (d) the supply of goods which are liable to deteriorate or expire rapidly; (e) the supply of sealed goods which are not suitable for return due to health protection or hygiene reasons and were unsealed after delivery; (f) the supply of goods which are, after delivery, according to their nature, inseparably mixed with other items; the supply of alcoholic beverages, the price of which has been agreed upon at the time of the conclusion of the sales contract, the delivery of which can only take place after 30 days and the actual value of which is dependent on fluctuations in the market which cannot be controlled by the trader; (h) contracts where the consumer has specifically requested a visit from the trader for the purpose of carrying out urgent repairs or maintenance. If, on the occasion of such visit, the trader provides services in addition to those specifically requested by the consumer or goods other than replacement parts necessarily used in carrying out the maintenance or in making the repairs, the right of withdrawal shall apply to those additional services or goods; (i) the supply of sealed audio or sealed video recordings or sealed computer software which were unsealed after delivery; (j) the supply of a newspaper, periodical or magazine with the exception of subscription contracts for the supply of such publications; (k) contracts concluded at a public auction; (l) the provision of accommodation other than for residential purpose, transport of goods, car rental services, catering or services related to leisure activities if the contract provides for a specific date or period of performance; (m) the supply of digital content which is not supplied on a tangible medium if the performance has begun with the consumer's prior express consent and his acknowledgment that he thereby loses his right of withdrawal".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

حقه في العدول بشرط أن يلتزم بدفع مقابل مادي للمورد أو مقدم الخدمة يعادل الخدمة الجزئية التي قدمها إليه<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن التشريعات لم تستبعد العديد من العقود فيما يتعلق بحق العدول عنها، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي عبر إتباعه ما جاء به التوجيه الأوروبي فيما يخص استثناءاته التي سلف ذكرها من خلال المادة 16 منه، وكذلك الأمر مع بقية التشريعات التي اختارت منح هذا الحق في العقود التي تتم عن بعد، لاسيما فيما يتعلق بالمنتجات نظرا لصعوبة العدول عن العقد عندما يتعلق محله بتقديم خدمة<sup>2</sup>.

### د - طريقة العدول عن التعاقد.

بالرجوع للتوجيه الأوروبي لعام 2011 السالف الذكر، نجده قد أكد على ضرورة إشعار المحترف بالعدول في الأجل القانوني المحدد، دون بيانٍ للشروط الخاصة بذلك، كما أقر أن العدول يمكن أن يتم بأي إعلان آخر من دون غموض فيه، ويعرب عن نية المستهلك في العدول عن العقد<sup>3</sup>، ولكن بالنظر للحياة العملية نلتبس أنه من صالح المستهلك أن يتم ذلك عبر طريقة يتمكن من خلالها إثبات عدوله في حالة وقوع خلاف بينه وبين المحترف، و يمكن تحقيق ذلك بإفراغ عدوله ضمن خطاب موصى عليه بعلم الوصول، ومن بين الالتزامات التي فرضتها مختلف التشريعات على المهني حق المستهلك في العدول في العقود عن بعد، وننوه كذلك إلى أن عبء إثبات العدول يقع على المستهلك، وهذا خلال المدة المحددة له، ويتم ذلك بكافة طرق الإثبات ما لم يحدد المشرع أن يتم العدول عن طريق الكتابة.

<sup>1</sup> جهاد محمود عبد المبدى، تحديد النطاق السلبي للحق في الرجوع عن العقود المبرمة بالوسائل الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر، عدد 44، يناير 2024، ص 3171، 3172.

<sup>2</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 505.

<sup>3</sup> أحمد رباحي، المرجع السابق، ص 146.

**هـ - الآثار التي يترتبها العدول عن عقد الاستهلاك.**

إذا لم يقم المستهلك بممارسة حقه في العدول خلال المدة المحددة، فإن العقد يستقر ويرتب جميع آثاره، أما إذا قام بالعدول عن العقد ضمن الفترة المحددة وفقا لما حدده المشرع يزول على إثر ذلك العقد، ويسري هذا الزوال بأثر رجعي ويعد كأن لم يكن.

وعلاوة عن ذلك فإن الأمر يتعدى زوال العقد بأثر رجعي ليشمل جميع العقود التي ترتبط به ارتباط لزوم، فتزول تبعا كل الالتزامات التي نشأت عن العقد الأصلي، وأيضا عن العقد التابع له<sup>1</sup>، وقد أشارت لهذا الأمر التوجيهات الأوروبية<sup>2</sup>، وبعض التشريعات العربية على غرار المشرع المغربي<sup>3</sup>.

ومن آثار ممارسة حق العدول على طرفي العقد هو تأثيره على التزامات المستهلك والمهني على حد سواء نذكر منها:

**1- تأثير العدول على التزامات المستهلك.**

يترتب على عدول المستهلك عن العقد الذي أبرمه التزامه برد للسلعة للمهني أو تنازله عن الخدمة التي تعاقد من أجلها، ولا يتحمل أي جزاء إذا مارس حقه في العدول خلال المدة المقررة قانونا، ماعدا مصاريف إعادة البضاعة أو السلعة.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 506، 507.

<sup>2</sup> مثلا وفقا لما جاء به التوجيه رقم 83 لعام 2011 السالف الذكر حددت المدة ب 14 يوما الموالية لتاريخ إعلام المحترف بالعدول.

<sup>3</sup> نصت المادة 37 من القانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، المغربي، على ما يلي: " عند ممارسة حق التراجع، يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية لتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور، وبعد انصرام الأجل المذكور تترتب بقوة القانون على المبلغ المستحق، فوائد بالسعر القانوني المعمول به ".

## **2- تأثير العدول على التزامات المهني.**

إذا مارس المستهلك حقه في العدول عن التعاقد يرجع السلعة التي استلمها، فيتوجب على المهني على إثر ذلك رد الثمن أو المقابل المالي الذي تلقاه من جراء بيعه للسلعة، و يكون ذلك خلال مدة زمنية معينة، وهي الأقصى لتنفيذ الالتزام بالرد حتى لا يتأخر في رده<sup>1</sup>، وهو ما حدده التوجيه الأوروبي لسنة 2011 ب 14 يوما التي تلي تاريخ إعلام المحترف بالعدول<sup>2</sup>.

### **و- أمثلة عن تطبيقات العدول في القوانين الجزائرية.**

تماشيا مع التشريعات المقارنة نص المشرع الجزائري بموجب القانون 09-18 المؤرخ في 10 يونيو 2018 الذي عدل وتم القانون 03-09 السالف الذكر<sup>3</sup>، وبذلك نصت المادة 19 منه في الفقرتين الثانية والثالثة على حق العدول، حيث جاء فيها: " العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب.

للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية.

تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية، عن طريق التنظيم "، يتضح لنا من خلال المادة أن المشرع الجزائري قد جسد حق العدول ضمن الحيز القانوني المناسب له ألا وهو قانون حماية المستهلك، وربطه بصور النص التنظيمي الذي يبين كلفته وشروطه، إضافة إلى تحديده للآجال والمنتجات التي تعنى بالعدول، إلا أن النص التنظيمي لم يتم إصداره لحد الآن مما يجعل هذا النص من دون أثر.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 507.

<sup>2</sup> أنظر: المادة 09 من التوجيه الأوروبي التي أسلفنا ذكرها.

<sup>3</sup> قانون رقم 09-18 مؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتم القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 35 المؤرخة في 13 جوان 2018.

### 1- تطبيقات العدول بنصوص قانونية.

ومن خلال تتبع أثر عدول المستهلك عن التعاقد في القوانين الجزائرية، نكتشف وجوده ضمن حالتين: أحدهما في قانون التأمينات في مسألة التأمين على الحياة، والآخر في قانون النقد والقرض، والذي يتجسد في مسألة اكتتاب تعهد لدى البنك نوضحهما فيما يأتي:

#### أ. التأمين على الحياة.

تقضي القواعد العامة في قوانين العقود بمبدأ حرية التعاقد كأساس لها، فعلى النقيض من ذلك أسبغ المشرع الجزائري على النصوص التي تضمنت التأمين الطبيعة الآمرة نسبياً، فلا يسع المتعاقدين تضمين عقدهما بما يخالف أحكامها، مما يحد من الحرية التعاقدية وهذا لضمان الحماية الكافية للمؤمن له، والتأمين على الحياة هو تأمين يكون فيه الخطر المؤمن منه يتعلق بشخص المؤمن له لا بماله، فيتم على إثره دفع مبلغ من المال إذا أصاب الشخص خطر في حياته أو مثلما تم الاتفاق عليه<sup>1</sup>.

وبمقتضى التعديل الذي مس قانون التأمينات من خلال القانون 04-06 المؤرخ في 20-02-2006 جاء في المادة 70 مكرر منه<sup>2</sup>، إمكانية العدول عن التعاقد، إذ أوجبت بمقتضاها على المؤمن، في عقد التأمين على الأشخاص تسليم المكتتب كشوف معلومات تتضمن لزوماً توضيحات عديدة منها: " آجال وكيفيات التراجع عن العقد"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 509.

<sup>2</sup> قانون رقم 04-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 75-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، والمتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 15، صادرة في 12 مارس 2006.

<sup>3</sup> نصت المادة 70 مكرر على أنه: " عند اكتتاب عقد التأمين على الأشخاص والرسالة وخلال مدة حياة هؤلاء، يجب على المؤمن أن يسلم المكتتب كشوف معلومات تحتوي إجبارياً على توضيحات إضافية تتعلق بما يأتي :

- طرق تحديد قيم تغطية العقد.

- المردود الأدنى المضمون للمساهمة في الفوائد الممنوحة بموجب هذه العقود للمكتتبين.

- إلزامية إعطاء معلومات سنوية عن وضعية العقد حول الحقوق المكتسبة ورؤوس الأموال المؤمنة.

- آجال وكيفيات التراجع عن العقد..."

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

هذا وقد ورد العدول عن التعاقد بصورة أوضح في نص المادة 90 مكرر 1 من ذات القانون على أنه: " باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (02) كحد أدنى أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين يوما (30) ابتداء من الدفع الأول للقسط"، وبذلك أتاحت هذه المادة لمكتتب عقد التأمين في التأمين على الأشخاص حق العدول عنه خلال الآجال المحددة.

### II. اكتتاب تعهد لدى البنك.

ويتضح ذلك من خلال نص المادة 119 مكرر 1 من الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26-08-2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26-08-2003 المتعلق بالنقد والقرض<sup>1</sup>، فقد تضمنت التزام البنك بوضع وسائل الدفع الملائمة في خدمة الزبائن خلال آجال معقولة، كما تقوم بإعلام زبائنهم دوريا بوضعياتهم اتجاه البنك وتزودهم بمعلومات عن الشروط الخاصة بالبنك، ويمكن لأي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد.

### 2- تطبيقات العدول بالنصوص التنظيمية.

ونلمس بخصوص ذلك حالتين نعرض عليهما فيما يأتي:

#### A. القرض الاستهلاكي.

وردت مسألة العدول فيما يخص القرض الاستهلاكي ضمن الفصل الرابع من المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بعقد القرض<sup>2</sup>، حيث كرس عدول المستهلك عن التعاقد بصفة صريحة في المادة 11 عبر فقرتها الثانية والتي جاء فيها: "... غير أنه يتاح للمشتري أجل

<sup>1</sup> أمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، والمتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 50، صادرة في 1 سبتمبر 2010.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24، صادرة في 13 مايو 2015.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

العدول مدته ثمانية (08) أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، وهنا يجسد العدول آلية لحماية مصالح المستهلك فنجد كذلك المادة 12 من نفس المرسوم تضمنت في فقرتها الثانية أن: "أثار عقد البيع لا تسري إذا مارس المقترض حقه في العدول ضمن الآجال المحددة له...".

### II. البيع بالمنزل.

يقصد به نوع من البيوع حيث يذهب فيه المحترف إلى المستهلك ليعرض عليه أموالاً أو خدمات وقد ورد النص عليه في التشريع الجزائري ضمن المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12-05-2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي السالف الذكر، حيث أتاحت المادة 14 منه في فقرتها الأولى للمشتري أجلاً للعدول مدته سبعة (07) أيام، فمنح المشتري لحق العدول في هذه المسألة إنما الغاية منه حمايته من هذا النوع من البيوع فبالرغم من أنه يحمل في طياته تجنيب المستهلك عناء التنقل إلى غاية المحترف، إلا أنه يعد أسلوباً استفزازياً يفاجئ المستهلك عديم الخبرة في عقر داره بأسلوب احترافي، تسقطه في فخ اقتناء منتجات من دون فائدة، قد تكون مكلفة وليس له في مقابل ذلك حق مقارنتها بما يماثلها في السوق لاكتشاف سعرها الحقيقي<sup>1</sup>.

### ثانياً: حرية العدول عن المفاوضات.

الأصل أن الأشخاص أحرار في التفاوض والعدول عنه لا يكلف صاحبه أية مسؤولية عقدية، تجسيدا لمبدأ حرية التعاقد الذي سبق لنا أن فصلنا فيه، فيجوز لأي طرف أو لكلاهما وضع حد للمفاوضات مع رفض الاستمرار فيها، من دون ترتيب المسؤولية أو ترتيب أي أثر قانوني، وباعتبار الشخص حراً في التفاوض أو عدم التفاوض فهو حر كذلك في قطعه في الوقت الذي يريد، مادام في مرحلة المفاوضات لأنها كأصل عام لا تنشأ رابطة عقدية بين

<sup>1</sup> عبد الحكيم فرحان، المرجع السابق، ص 510، 511، 512.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

طرفيها، لكونها مجرد عمل مادي لا يرقى لمصاف ومرتبة التصرف القانوني، ومن غير الملزم فيها الوصول إلى اتفاق لطرفيها أو تتويجها بإبرام العقد المنشود أو حتى الاستمرار في التفاوض، كما تجدر الإشارة أنه بإمكان المتفاوض الانسحاب من مرحلة المفاوضات ولو كان هو من دعا إليها، وليس له تبرير سبب العدول عنها لكونها تتميز بعنصر الاحتمال.

فيعد الطرفان في مرحلة تتدرج خارج نطاق التعاقد، فبالرغم من ارتكابهم لبعض الأخطاء فلا سبيل لقيام المسؤولية على أساس الخطأ لانقضاء الرابطة العقدية بين الأطراف، فقد يرجع الدافع من وراء انسحابه منها أو عدم إتمام التفاوض إلى أنه لم يرى داعيا لإتمام الصفقة، أو كان سعرها يفوق قدرته مثلا أو لكونه قد تلقى عرضا أفضل منها، هذا مرده إلى كون وقوع المسؤولية في هذه الحالة على من عدل عن التفاوض لصعوبة التعامل بين الأشخاص، يعد قيذا صريحا على حرية الإرادة يحد من سلطانها ويقطع السبيل لامتدادها إلى المجال العقدي<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي نجده قد ذكر أن إنهاء المفاوضات يخضع للحرية، وهو ما أسلفنا ذكره من خلال المادة 1112 من قانون العقود الفرنسي لسنة 2016، إلا أنه ربط الحرية في قطع المفاوضات بمبدأ حسن النية الذي سنفصل فيه لاحقا في دراستنا هذه كقيد على الحرية التعاقدية.

فإذا كان الخطأ يرجع لمخالفة التزامات مفروضة من القانون في مرحلة التفاوض كالتزام البائع بالضمان يترتب مسؤولية عقدية، إخفاؤه للعيب الخفي عن المشتري ينقص من قيمة الشيء المبيع نظرا لالتزام البائع بضمان العيوب الخفية بالرغم من كونه في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد، وبالعودة لقواعد القانون المدني نجد أن المفاوضات تترتب على الانسحاب منها مسؤولية تقصيرية ويستوجب لذلك توافر عناصرها من ارتكاب شخص لخطأ يسبب ضررا

<sup>1</sup> جيلالي محمد، بن عمارة محمد، دور مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مجلد 07، عدد 03، سنة 2021، ص 1215، 1216.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

للغير وتربطه علاقة سببية<sup>1</sup>، وفق ما تم الإشارة إليه بمقتضى المادة 124 من القانون المدني وهذا ما نتناوله بالتفصيل عند الحديث عن المسؤولية عن قطع المفاوضات<sup>2</sup>.

وكذلك اعتبر المشرع الخطبة مجرد وعد بالزواج فهي مرحلة تسبق العقد ولا ترتقي لكونها عقدا نهائيا، فعند العدول عن هذه الأخيرة فبالرغم من كونه حقا لصاحبه فإذا نتج عنه ضرر للطرف الآخر، فإنه يلتزم بتعويض الطرف المضرور وهو ما أيدته المحكمة العليا في قراراتها بشأن ذلك<sup>3</sup>، يتضح لنا أن القانون الجزائري قد أتاح للأطراف حرية العدول عن المفاوضات وقطعها، إلا في حالة وجود خطأ بموجب المسؤولية التقصيرية، أو تعسف في استعمال الحق<sup>4</sup>، كما قد يقيد بمجموعة من الالتزامات تفصل فيها في الفصل الثاني من دراستنا هذه.

---

<sup>1</sup> جيلالي محمد، بن عمارة محمد، المرجع السابق، ص 1216.

<sup>2</sup> سنتطرق بالتفصيل للمسؤولية الناشئة في فترة المفاوضات ما قبل التعاقدية، في الباب الثاني ضمن الفصل الثاني منه، أنظر: الصفحة 362.

<sup>3</sup> قضت المحكمة العليا في قرار لها بأنه: " من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها "، قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 81129، بتاريخ 17 مارس 1992، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 03، ص 62.

<sup>4</sup> جيلالي محمد، بن عمارة محمد، المرجع السابق، ص 1216، 1217.

## **الفصل الثاني:**

### **القيود الواردة على حرية التفاوض**

لا خلاف في أن حرية التعاقد تقتضي بالضرورة حرية التفاوض، والتي تعتبر هي الأخرى مطلباً أساسياً وضرورياً لضمان مفاوضات ناجحة، تسري بطريقة سلسة، فهي تشجع لجلب الأشخاص وترغيبهم في التفاوض، إذا ضمنوا أن إرادتهم لا تخضع للتقييد إلا أن هذه الحرية لا يمكن أن تكون مطلقة، لأن ذلك من شأنه أن يفضي لمفاوضات غير جادة تتسبب في إضاعة المال والوقت وهدر الجهود، لاسيما إن تم الانسحاب منها بعد قطعها لأشواط متقدمة دون نية حقيقية في التعاقد، فقد يكون الدافع من وراء دخولها هدفاً غير إبرام العقد، كأن يقصد من وراء ذلك الدعاية، أو يرمي إلى تفويت الفرصة للتعاقد على طرف آخر، أو بغية التعرف على حجم نشاطه، أو الاطلاع على أسرارته التي يخفيها<sup>1</sup>، ولذلك ومن أجل ضمان الحماية لأطرافها و التأكد من عدم حياد المفاوضات عن هدفها الذي تصبوا للوصول إليه، فرضت على الحرية التعاقدية في مرحلة المفاوضات زيادة على عدم مخالفتها للنظام العام مجموعة من القيود تجلت أساساً في المبادئ والالتزامات القانونية أبرزها مبدأ حسن النية، الذي نادت به جل التشريعات فهو أساس المعاملات والعقود، ومع التطور السريع في المجتمعات امتد ليشمل مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية وتنبثق عنه مجموعة من المبادئ والالتزامات التي لا تقل أهمية عنه، فهي أساس نجاح المفاوضات وتتوحيها لتصل لمبتغاها أبرزها الالتزام بالسرية وكذا الالتزام بالإدلاء بالمعلومات بالإضافة إلى عدم إجراء مفاوضات موازية، فوجود هذه المبادئ يعد سبيلاً لكسب ثقة المتفاوضين، وهو ما نسعى لتوضيحه من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول: مبدأ الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات.

المبحث الثاني: المبادئ المنبثقة عن الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات.

<sup>1</sup> نبيل الركيك، الالتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، عدد 24، 30 سبتمبر 2018، ص 307.

## المبحث الأول:

### مبدأ الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات

يأخذ مبدأ حسن النية مكانة هامة من خلال مساهمته التاريخية فهو يضيف الطابع الإنساني على قانون الالتزامات، إذ يفرض على الطرفين معايير سلوكية موضوعية مستنبطة من النظام الأخلاقي، حيث تأثر هذا المبدأ بالإرادة، إذ ظهرت الحاجة إليه مع بروز مبدأ سلطان الإرادة، ولذلك تطور مع ازدهار دور الإرادة تزامنا مع النزعة السائدة في الأنظمة القديمة والمعاصرة منها، هذا وقد تأثر كذلك بمبدأ العدالة الذي يعتد بالإرادة الباطنية في التصرفات، وكذا استقرار التعامل الذي يركز هو الآخر على الإرادة الظاهرة في التصرفات<sup>1</sup>.

ومن المسلم به أن حسن النية في التشريعات الحديثة يشكل أحد المبادئ الرئيسية في الميدان القانوني عامة وبصفة أخص في ميدان العقود، لكونه يمتلك الروح والإطار الذي وجب توافره في إنشاء وتفسير وتنفيذ العقود وكذا تحديد محتواها، ففي حال تباين عبارات العقد ومعانيه واختلاف طرق تنفيذه يختار القاضي أو من ينفذه ما تتطلبه الأمانة والاستقامة والعدالة من معنى<sup>2</sup>.

ونظرا للأهمية البالغة التي يحوزها هذا المبدأ لاسيما من حيث ارتباطه بتنفيذ الالتزامات التعاقدية المتبادلة، كما يكتنفه الغموض في محتواه وكذا في مضمونه لكونه من المعايير التي تساهم في إبراز المخل من عدمه<sup>3</sup>، وعلى إثر ذلك نحاول دراسته بشيء من

<sup>1</sup> بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2012، 2013، ص 7.

<sup>2</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006، ص "ح".

<sup>3</sup> شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة، المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، العراق، مجلد 05، عدد 01، حزيران 2021، ص 41.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التفصيل فنتطرق لماهيته ضمن المطلب الأول، ثم نخرج على موقف أهم التشريعات من الالتزام بحسن النية، مع تسليط الضوء على موقف المشرع الجزائري منه ضمن المطلب الثاني.

### المطلب الأول: ماهية مبدأ حسن النية.

تعود أصول مبدأ حسن النية إلى القانون الروماني فهو ليس حديث النشأة، بحيث عرف بوصفه قاعدة أخلاقية ملزمة للجميع، مضمونها الصدق والنزاهة والأمانة التي تحكم علاقات الأفراد واتفاقاتهم<sup>1</sup>، لينتقل بعد ذلك إلى الدول الأوروبية، وهذا مرده لكون السمات الرومانية كانت هي النموذج الذي تقتدي به الدول الحديثة في قيمها المدنية<sup>2</sup>، إذ اعتبر حسن النية في القانون الروماني مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، وبموجبه كان بوسع القاضي الروماني التدخل ليقوم بفرض التزامات تعاقدية على كل من طرفي العقد بغية الوصول إلى حالة من التوازن العقدي بينهما، متى وجد اختلال في العقد نتيجة لعدم تعادل المركز القانوني لطرفي العقد<sup>3</sup>، ثم انتشر هذا المبدأ إلى بقية الدول ليؤول الحال لتحوله إلى قاعدة قانونية ملزمة، وهذا ما هو عليه الحال في وقتنا هذا<sup>4</sup>، وتحديد مفهوم مبدأ حسن النية يقتضي منا تعريفه مع التطرق للطبيعة الأخلاقية والقانونية لحسن النية ثم التأكيد على ضرورته في مرحلة المفاوضات هذا مع التعرّيج على أهم الصور التي يمكن أن يظهر بها في مرحلة المفاوضات.

<sup>1</sup> كان تعدد الآلهة في العهد الروماني أمرا عادي فمنهم آلهة الجحيم وآلهة الحب و آلهة النوايا والإخلاص، والتي يرجع أصلها للديانة الوثنية، وحسب الأساطير الإغريقية فلهذه الآلهة معبد محمول على كتفي فتاة صغيرة مقدسة في أعلى جبل، وطاعة هذه الآلهة يقتضي الاستجابة لأوامر الديانة الرومانية في الجزء المتعلق بالمعاملات، وهو جانب ديني اجتماعي وليس جانب عقائد وجانب المعاملات أطلق عليه لفظ " fides " ويعني الإخلاص للآلهة وهم إرضائها هو غاية كان يصبو لها المتعاقدين، بركان فضيلة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، مجلد 09، عدد 02، سنة 2022، ص 665.

<sup>2</sup> محمد ربيع أنور فتح الباب، أثر مبدأ حسن النية في إنهاء عقود المدة، المجلة القانونية، كلية الحقوق، فرع الخرطوم، جامعة القاهرة، مصر، المجلد 11، عدد 01، سنة 2022، ص 185.

<sup>3</sup> Mahmoud fayyad, The Commitment of Comparative Legal Systems of the Principle of Pre-Contractual Good Faith at the Phase of Negotiating Contract Terms, journal sharia and law, united Arab Emirates university, volume 2013, number 54, year 27, april 2013, P6.

<sup>4</sup> محمد ربيع أنور فتح الباب، المرجع السابق، ص 185.

## **الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.**

نسعى في هذا الفرع إلى الإحاطة بمبدأ حسن النية من خلال تقديم تعريف لهذا المبدأ، ثم تعريف الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات، ونعرج بعد ذلك إلى تعريف المشرع الجزائري له.

### **أولاً: تعريف مبدأ حسن النية.**

لا مناص من التأكيد على أصالة حسن النية فهو مبدأ قديم تعود أصوله إلى الشريعة الرومانية في القوانين الأوروبية فهو موروث عنها<sup>1</sup>، أما بالنسبة للقانون الجزائري فيمكننا الجزم أن أصوله مردها الشريعة الإسلامية ولذلك نعرج عليها لنسلط الضوء على مصدره في القرآن والسنة وحتى الاجتهاد، إذ يظهر حسن النية كمفهوم للإلهام الديني سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الروماني.

وبالرجوع للفقهاء الفرنسي نجد أنه عرف حسن النية التعاقدية بأنه الاعتقاد الخاطئ بوجود وضع قانوني نظامي سواء كان هذا الاعتقاد مبنياً على الجهل وحده أو على مظهر مضلل<sup>2</sup>.

وكذلك يعرف حسن النية بأنه: "التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيذاء للغير أو أنه الاستقامة والنزاهة ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p 86.

<sup>2</sup> La doctrine française a défini la bonne foi contractuelle comme: "La croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière, que cette croyance repose sur la seule ignorance ou sur une apparence trompeuse", cité par: Mahmoud Elsahly, op.cit, p 87.

<sup>3</sup> عسالي صباح، مبدأ حسن النية كميّار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلد 14، عدد 03، 2021-09-25، ص 722.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

كذلك يعتقد الفقه المعاصر على العموم أن حسن النية يقوم في ميدان القانون بشكل عام وبصفة أخص في ميدان العقود بعدد الوظائف منها الموائمة، أو أن يتبادر للذهن ولأول وهلة في أنه التيقن على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفا ما يطابق ما يفرضه أو يشترطه القانون، وقد يكون بمعنى الاستقامة والنزاهة وانتقاء الغش أو الإخلاص في تنفيذ ما التزم به الشخص<sup>1</sup>.

ما يمكن ملاحظته بشأن هذه التعاريف ولاسيما التعريفين الأخيرين هو أنها تربط مبدأ حسن النية بالناحية الأخلاقية، لكونه واجب يطغى عليه الجانب الأخلاقي أكثر من الجانب القانوني، ولو كنا نعتقد بارتباط القانون بالأخلاق وتأثر أحدهما بالآخر بحيث لا يكاد يظهر أيهما يطغى على الآخر وهو ما سنفصل فيه لاحقا.

### ثانيا: تعريف حسن النية في الشريعة الإسلامية.

كان لمبدأ حسن النية نصيب في الشريعة الإسلامية، وإنما تطرقنا له لكونه في القانون الجزائري ذو أصول إسلامية إذ تعد هذه الأخيرة من مصادر القانون، ولو أن فقهاء الإسلام لم يتعرضوا لتعريفه ولكن تخلل كتاباتهم في المعاملات، حيث تطرقوا لما يجب أن يسود المعاملات من أمانة وتعاون وكذا الثقة إضافة إلى الابتعاد عن الغش والكذب والتدليس وتجنبهم، استنباطا من الآيات الكريمة التي تدعونا وتحثنا على الأمانة والوفاء بالعقود.

هذا وقد ورد في القرآن الكريم كذلك الحث على الصدق والتعاون على البر والتقوى وهو كذلك ما تدعونا إليه الأحاديث الشريفة، فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالنية في العبادات فهي السبيل للتقرب إلى الله سبحانه وتعالى، كما أولت اهتماما بالغا للمعاملات المالية والعقود مؤكدة

<sup>1</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 03.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

على المكانة المتميزة لحسن النية في جميع التصرفات وبصفة أخص في العقود<sup>1</sup>، ومن ضمن الآيات التي وردت في القرآن الكريم بخصوص ذلك:

قول الله عز وجل: بسم الله الرحمن الرحيم " ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه " صدق الله العظيم<sup>2</sup>.

وكذلك قوله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله: بسم الله الرحمن الرحيم " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " صدق الله العظيم<sup>3</sup>.

وقوله تعالى ﷺ: بسم الله الرحمن الرحيم " يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون " صدق الله العظيم<sup>4</sup>.

هذه الآيات وأخرى من إعجاز القرآن الكريم نزلت لتؤكد على حسن النية في الشريعة الإسلامية، كما وردت العديد من الأحاديث في السنة الشريفة تدعونا لحسن النية كما تنهانا عن سوء النية باعتبار حسن النية سلوكا يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية<sup>5</sup>، ونذكر منها:

عن أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: " إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه " <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> خديجة عبد الله أحمد، مبدأ حسن النية في المعاملات دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، عدد 38، أكتوبر 2021، ص 425.

<sup>2</sup> الآية 283 من سورة البقرة.

<sup>3</sup> الآية 1 من سورة المائدة.

<sup>4</sup> الآية 27 من سورة الأنفال.

<sup>5</sup> خديجة عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص 426.

<sup>6</sup> الحافظ بن رجب، عمر عبد الجبار، الأربعون نووية وتتمتها، الحديث الأول، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص 4.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وإضافة إلى ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، نجد أن الصحابة رضوان الله عليهم قد أفتوا في عدة قضايا، بحيث تقضي هذه الفتاوى بإبطال كل تصرف فيه سوء نية وتحايل على أحكام الشريعة الإسلامية، منها البيع الساتر للربا، وفيما يخص كذلك تقييد المالك في التصرف واستعمال ملكه في الحدود التي لا تسبب ضرراً للآخرين، ومثاله ما أفتى به عثمان وعمر وعلي وأبي بن كعب رضي الله عنهم، وغيرهم من صحابة رسول الله عليه الصلاة والسلام، بأن المبتوتة أي المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت، تراث مطلقاً، لأن الطلاق في هذه الحالة يقصد من وراءه التحايل على قواعد الميراث التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وحرمانها من الإرث<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي فنجد أن الأصل في العقود الرضائية، وذلك تطبيقاً لقوله تعالى: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"<sup>2</sup>، وقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: "إنما البيع عن تراض منكم"<sup>3</sup>.

ولذلك للمتعاقدين كامل الحق في التمسك بشروط العقد وكذلك بنوده وهو ما ورد في الاتفاق، وفي حالة أخرى قد يؤدي التمسك بشروط العقد حرفياً إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر والإجحاف في حقه، كما قد تزيد التزاماته في حالات عديدة كما هو الأمر في حالة الظروف القاهرة، والتي قد تكون مرهقة ففي الفقه الإسلامي لا ضرر ولا ضرار، وليس للمتعاقد التمسك بشروط العقد بما يتنافى مع مبدأ حسن النية.

وكذلك يقع على المتعاقد التزام كشف جميع العيوب التي تتواجد في الشيء الذي يكون محلاً للمفاوضات، فعدم الصدق والكتمان يخل بمبدأ حسن النية في المعاملات لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: "من غشنا فليس منا"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> خديجة عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص 426، 427.

<sup>2</sup> الآية 29 من سورة النساء.

<sup>3</sup> سنن الترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ، الباب 27.

<sup>4</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، شرح بلوغ المرام، كتاب النكاح، مأخوذ من الموقع: [www.binbaz.org.sa](http://www.binbaz.org.sa) بتاريخ 25 مارس 2023، على الساعة 14:52.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وننوه في هذا الصدد كذلك إلى أن مبدأ حسن النية يمتد في الشريعة الإسلامية إلى مرحلة تكوين العقد، وهو ما يصطلح عليه بانتقاء الخلابة أي الخداع سواء كان ذلك بالقول أو الفعل الذي يدفع الطرف الآخر إلى التعاقد وإرضائه بما لم يرضى به لو علم بما فيه، وفي هذا الصدد يقول رسول الله ﷺ لحبان بن منقذ لما كان يخدع في البيوع "إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام".

ونشير كذلك إلى أن التضليل والتغريب يعد من صور الخلابة في التعاقد، ويستوي أن يكون بالقول أو الفعل، وكذلك تتدرج ضمنه مسألة الخيانة التي ذكرها الفقهاء في بيع الأمانة وحرمها الله سبحانه وتعالى بقوله عز وجل بسم الله الرحمن الرحيم: "يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون" صدق الله العظيم<sup>1</sup>.

### ثالثاً: تعريف مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات.

يعرف مبدأ حسن النية في التفاوض بأنه: "إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة والاستقامة في التعامل والابتعاد عن أساليب الخداع والتحايل والتي من شأنها بث أو إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف"<sup>2</sup>.

ويقصد كذلك بحسن النية في التفاوض أو ما يصطلح عليه الالتزام بالتفاوض بحسن نية أن تتوفر لدى الطرفين المتفاوضين الرغبة الصادقة والاستعداد الجيد للتفاوض بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي<sup>3</sup>.

ويمكن القول كذلك أن حسن النية في هذه المرحلة هو إعمال مبادئ الصدق والأمانة والثقة والصراحة والشفافية وعدم الغش والاحتيايل والنزاهة في التصرفات وفي الإجراءات بصفة

<sup>1</sup> الآية 27 من سورة الأنفال.

<sup>2</sup> عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مجلد 34، عدد 02، 17-11-2020، ص 997.

<sup>3</sup> محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قالم للعلوم الاجتماعية والإنسانية، عدد 26، 01 جوان 2019، ص 303.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

عامة، صيانة لمصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات والاستمرار فيها بغية إنجاحها بشتى الوسائل، واحترام الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض، بتقديم المقترحات البناءة هذا مع تقديم الحلول والبدائل المتباعدة والمقنعة في ذات الوقت عبر الوسائل المشروعة والمقبولة من أطراف المفاوضات<sup>1</sup>.

وعليه يمكننا الجزم أن دور حسن النية في المفاوضات يلزم الأفراد على التطابق مع غايات وأهداف هذا المبدأ، ويمنعهم من ممارسة حقوقهم مع الإضرار بالغير من دون مصلحة أكيدة، وهو ما يقتضي التعامل بشرف وإخلاص ونزاهة واستقامة وصدق<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: مبدأ حسن النية واجب أخلاقي والتزام قانوني.

نسعى لإبراز الجانب الأخلاقي لمبدأ حسن النية، هذا مع محاولة تسليط الضوء كذلك على جانبه القانوني.

#### أولاً: الجانب الأخلاقي لمبدأ حسن النية.

من العسير فهم مبدأ حسن النية كواجب أخلاقي وذلك مرده لكون الأخلاق نفسها تتركب من عناصر ذاتية تعتمد على عديد من العوامل، منها الفترة الزمنية والمجتمع والحضارة وما إلى ذلك من العوامل، وعليه يمكننا الجزم أن حسن النية هو جزء من أخلاقنا وسبب لوجود قيمة ملزمة لضميرنا و أفعالنا<sup>3</sup>، وتأكيذا لذلك نجد في قاموس فرنسي " أن الشخص حسن النية هو الشخص الذي يتصرف بقناعة أنه يطيع ضميره أو بناء على أنه مقتنع بطاعة ضميره"<sup>4</sup>،

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 159.

<sup>2</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 3.

<sup>3</sup> Sylvette Guillemard, Tentative de description de l'obligation de bonne foi en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles, Revue générale de droit, France, Volume 24, numéro 3, septembre 1993, P 371.

<sup>4</sup> Le dictionnaire général dit que la personne de bonne foi est celle qui « agit [...] avec la conviction d'obéir à sa conscience » Le Petit Robert, Paris, 1983.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

فلا تهم نتيجة الفعل أو جودته بقدر الطريقة التي بدأ بها الخير على أساس التوافق بين الفكر والعمل، فلا يهم إذا كان ما يقوله شخص ما كاذبا طالما يعتقد أن ما يعبر عنه صحيح فإنه يحضى بتقدير جيد من حيث الأخلاق.

ربما يكون من الأسهل فهم عكس حسن النية فغياب حسن النية هو نوع من التناقض بين الضمير والعمل وسوء النية هو نية خبيثة ورغبة متعمدة في الإيذاء والخداع، وعليه فحسن النية كمفهوم أخلاقي<sup>1</sup> يتوقف على الضمير ويعتمد كذلك على المجتمع، إذ يقول دوركهيم: " عندما يتحدث ضميرنا، فإن المجتمع هو الذي يتحدث بداخلنا... "<sup>2</sup>.

وكذلك حسن النية والولاء له جانب قانوني فالأخلاق والقانون مرتبطين ببعضهما ارتباطا وثيقا وليس من السهل بما كان تحديد أيهما يؤثر على الآخر<sup>3</sup>، وبالنسبة إلى ريبير " القانون في جزئه الأكثر تقنية يهيمن عليه القانون الأخلاقي "<sup>4</sup> حيث أننا نتفق مع هذا الرأي ولا سيما في مسألة حسن النية الذي نرى أنه واجب أخلاقي أكثر مما هو قانوني بحيث يمليه الضمير الأخلاقي فهو معيار سلوكي تفرضه الأخلاق والمثل العليا على الضمير الإنساني.

وكذلك فإن سيادة القانون تفتقر إلى الأساس إن لم تتوافق مع القاعدة الأخلاقية<sup>5</sup>، هذا ويعد من وجهة نظر أخرى: " حسن النية موقف ذاتي وشخصي لا يمكن تصوّره إلا لشخص معين، في موقف محدد أو واقعة بذاتها فمن غير المعقول الحكم على شخص بأنه حسن النية، أو على العكس سيء النية دون أن يثبت ذلك يقينا، بمعنى آخر فإن ظروف كل

---

<sup>1</sup> Sylvette Guillemard, op.cit, p 372.

<sup>2</sup> selon Durkheim « quand notre conscience parle, c'est la société qui parle en nous.. ». É, Durkheim, L'éducation morale, Paris, PUF, 1963.

<sup>3</sup> Sylvette Guillemard, op.cit, p 372.

<sup>4</sup> Ripert dit que: « le droit dans sa partie la plus technique est dominé par la loi morale » Il a dit aussi : « la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif », G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 3e éd., Paris, L.G.D.J, p 157.

<sup>5</sup> Sylvette Guillemard, op.cit, p 372.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

منازعة قضائية هي التي تحكم على الشخص بأنه سيء أو حسن النية في ضوء ما سيتبين للقاضي من وقائع تقطع بالدليل الواضح بأنه كذلك<sup>1</sup>.

وعليه فحسن النية في تطبيقه يؤدي إلى إضفاء طابع أخلاقي معين على العلاقات التعاقدية<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد يرى البروفيسور Mestre فيما يتعلق بقضية Velgain التي حصل على إثرها رئيس شركة على أسهم أحد المساهمين الأقلية والذي كانت تربطه به علاقات صداقة وثيقة، وبعد هذا الاستحواذ باع الرئيس هذه الأسهم نفسها بعد بضعة أيام بسعر أعلى بكثير من السعر الذي اشتراها به إلى طرف ثالث، ثم نقله إليه وكان معه في مرحلة تفاوض قبل أن يحصل على نفس هذه الأسهم، ونتيجة لذلك ترى الغرفة التجارية أن الرئيس بإخفائه عن المساهم المنتقل وجود مفاوضات تهدف إلى إعادة بيع الأسهم أخفق في واجب الولاء الذي يفرض على مدير الشركة تجاه أي شريك وخاصة عندما يكون وسيطا ليعاد تصنيف مشاركته<sup>3</sup> ومن هذا يتضح أن حسن النية والولاء له تطبيق بارز من الناحية الأخلاقية<sup>4</sup>.

واستنادا لما سبق فإن مبدأ حسن النية لم يكن ينطوي على معان قانونية خاصة، كعدم العلم بواقعة معينة أو عدم تواجد شكل من التواطؤ على الإضرار بالغير، ولكنه استمد أصوله من الأخلاق الحميدة والمعاملات التجارية الشريفة والنزاهة التي تنتشر بين الأفراد في المجتمع.

ففي فرنسا مثلاً في عهد الفقيه جان دوما ( 1625 - 1696 ) كان مبدأ حسن النية يؤسس على قاعدة أخلاقية مضمونها و أساسها حب التعاون بين البشر، كما أن هذا الأمر

<sup>1</sup> شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup> Hugo M'Baye, La différence entre la bonne foi et la loyauté en droit des contrats, Droit, Université Montpellier, 2019. Français, Submitted on 6 Jul 2020, P36, <https://theses.hal.science-tel-02890686>,

<sup>3</sup> Cass.com, du 27 février 1996, n 94-11.241.

<sup>4</sup> Hugo M'Baye, op.cit, p 36.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

يستدعي المعاملة بالمثل بين كل من المتعاقدين، فالشخص مثلما يميل ويحبذ مساعدة الآخرين له، فإن عليه أن يرغب في حب الآخرين وميلهم لمساعدته.

ويذهب الفقيه دوماً كذلك إلى أن كل شخص عبارة عن عضو في جسد المجتمع الذي يعيش فيه ويمارس فيه واجباته ووظائفه، واعتماداً على ذلك يحدد النطاق الذي يشغله في هذا الجسد ومختلف الالتزامات التي تقع عليه<sup>1</sup>.

وما يمكن الوصول إليه هو أن هذا المبدأ يعكس حاجات نفسية وأخلاقية بغية الوصول للقيم التي تشكل منهاجاً يستند إليه القانون، فمبدأ حسن النية أساسه الصدق بحيث يكون المتعاقد أو المتفاوض صادقاً مع الطرف الآخر، وهو التزام وواجب أخلاقي بصفة أولى لاسيما من حيث كونه يتعلق أساساً بنوايا الأفراد، ومدى التزامهم بالتعهدات التي يقدمونها في مواجهة الآخرين<sup>2</sup>.

ومما لا يدعو مجالا للشك هو أن نجاح المفاوضات مرهون بالالتزام بمبادئها والتي أبرزها مبدأ حسن النية فهو يخلق الثقة المتبادلة بين الأطراف والتعاون باستقامة سعياً لتحقيق المنفعة بكل نزاهة و أمانة<sup>3</sup>.

وعليه فإن مبدأ حسن النية ذو مرجع وأصل أخلاقي، وهو يتألف من مجموعة مقومات أخلاقية هي الأخرى تجتمع وتتلاحم فيما بينها لتشكل هذا المبدأ ويمكن تعداد أهمها فيما يأتي:

---

<sup>1</sup>Jean Baptiste coignard, Les Loix civiles dans leur ordre naturel par Jean Domat, Libraire ordinaire du Roy, la bible d'or, Paris, France, 1625-1696.

<sup>2</sup> محمد حميداني، المرجع السابق، ص 307، 308.

<sup>3</sup> دزيري ابتسام، وهاب حمزة، أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، مجلد 25، عدد 61، سنة 2021، ص 458.

### الاستقامة.

تعتبر من أبرز مقومات حسن النية ومن مظاهر الاستقامة الشفافية في التعامل، التي تسفر عن خلق انطباع صادق مما يسهل عملية التفاوض عن طريق اتخاذ قرارات صائبة كلها اطمئنان وارتياح ودراية، ومن قبيل الاستقامة كذلك الجدية في التفاوض والاستمرار فيه وغيرها من المبادئ الأخلاقية التي تنبثق عنها.

### الثقة.

هناك من الفقه من يعتبر مسألة الثقة هي أساس كل الالتزامات التي تسبق مرحلة التعاقد وذلك مرجعه لكون من تنوي وتعزم على التعاقد معه لا بد أن يثق بك ويأتمنك، فإذا انتفت الثقة بين الطرفين فإن ذلك يفضي إلى انتهاء المفاوضات وفشلها فلا ينعقد العقد، أو أنه قد ينعقد ويبقى تحت عرضة الإنهاء في أية لحظة<sup>1</sup>.

فمبدأ التخصص والمهن وما انجر عنه من رابطة للثقة المشروعة بين كل من المهني المتخصص والطرف الضعيف<sup>2</sup>، ساهم بصفة فعالة في توجيه القضاء نحو تعزيز محتوى العقد بالالتزامات تجسد وتدعم احترام الثقة وتحمي في الوقت ذاته الطرف الغير متخصص في مواجهة المهني المحترف، وفكرة التخصص المهني هي التي أنشأت رابطة للثقة المشروعة، وعلى ذلك يكون جهل الدائن مشروعاً إذا اعتمد على الثقة المشروعة في التعاقد الآخر.

<sup>1</sup> دزيري إيتسام، وهاب حمزة، المرجع السابق، ص 459.

<sup>2</sup> قد يلجأ طالب الخدمة إلى المهني المتخصص فيكون مرغماً على طلب الخدمة منه، وفي بعض الحالات قد يفرض القانون ذلك ومن الأمثلة على ذلك احتكار المهندس المعماري وضع الرسومات التشييدية والمواصفات الفنية للبناء، وعليه فطالب الخدمة غير المتخصص ليس له خيار إلا اللجوء للمكتب الفني المتخصص الذي يحتكر تقديم خدمة فنية واضعاً كامل ثقته فيه، لعله يشبع حاجته فيه هذا بالرغم من عدم وجود معرفة شخصية بهذا المهني.

زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2017، 2018، ص 50.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وقد تستند الثقة المشروعة كذلك إلى صفة ما في أحد الأطراف تجعله يستأثر بالعلم بمسائل عديدة، ومثاله كونه محترفا في ميدان تخصصه ويتعاقد مع شخص غير محترف، فتقوم الثقة على ركنين أساسيين وهما: عدم وجود تعادل في المعارف الفنية بين طرفي العقد، وكذلك ثقة الطرف الأقل معرفة فنية في اختصاص ومعارف الطرف المقابل.

فوجود حسن النية يعني الثقة التي تولد التزامات جديدة، وهو ما يذهب إليه بعض الفقه من خلال إقامته رابطة بين الثقة وحسن النية بقولهم أن الثقة حتى تكون مشروعة يشترط حسن نية المتعاقد، وأن الشك يعني عدم الثقة مما يعني سوء نية صاحبه، ويذهب آخرون إلى أبعد من ذلك حيث يستبعدون حسن النية ويضعون الثقة أساسا للالتزامات عبر قولهم بأن حسن النية ينبع من مقتضيات الثقة ورد الالتزامات الجديدة إلى نظرية الثقة.

كما أن الثقة العقدية تقدم تفسيراً جيداً وأفضل من الإرادة الضمنية في تبرير الالتزامات الجديدة، لصعوبة الاقتناع بانصراف الإرادة الضمنية لأطراف العقد لتقوم بفرض تلك الالتزامات، بالإضافة إلى هذا فإن عقود الإذعان لا تجد لها تفسيراً إلا في نطاق الثقة العقدية المشروعة، وافترض انصراف إرادة الأطراف لتفرض التزامات جديدة لا تسعفنا في عقود الإذعان لما يخفي التفاوض العقدي، ويجد العميل نفسه في مواجهة اشتراطات موحدة وصعبة الفهم، فلن تكون إلا الثقة هي الحافز وراء التعاقد<sup>1</sup>.

### **التعاون.**

كان التعاون محل خلاف بحيث كان يعبر عن العقود بأنها تلاقي واتحاد مصالح متعارضة ومتباينة، هدف كل طرف فيها هو تحقيق مبتغاه وغايته متجاهلاً بصفة كلية مصلحة الطرف المقابل، ولعل أغلب التشريعات اشترطت بصفة صريحة تنفيذ العقد بحسن نية، وهذا الأخير يقتضي التعاون ليس فقط في تنفيذ العقد إنما يمتد ذلك ليشمل المرحلة ما قبل التعاقدية،

<sup>1</sup> زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 49، 50، 51.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

بحيث أنه يعود بالإيجاب على الطرفين ويقضي على الأنانية كما يعمل على ديمومة العقد ويسمح له بالاستقرار، فالتعاون يعد تكميلاً للأمانة والأخلاق والشرف والصدق التي لابد لها أن تشمل كل مراحل التعاقد بما فيها فترة المفاوضات، وفيما يتعلق بالجانب السلبي للتعاون ذهب الفقه إلى أنه يقتضي تجسيد التعاون الابتعاد عن كل التصرفات التي تسبب ضرراً للطرف الآخر وهو ما يعبر عنه بفكرة تحسين العقد من خلال جعله وسيلة للتعاون، لاسيما وأنه يحمي المتعاقد الضعيف ويضفي التوازن على العقد ويساهم بصفة أخص في أخلاقته مما يندرج عنه من المنظور الإيجابي الوصول لإبرام العقد النهائي المرجو الوصول إليه<sup>1</sup>.

ومن قبيل التعاون في مرحلة التفاوض على العقد ذلك التلاحم البناء النزيه المتبادل والوثيق الذي يتسم بالاستمرارية بين الطرفين، فذلك من شأنه أن يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية مرضية أساسها المنطق، إما بإبرام العقد الذي يصبوان إليه من جراء ولوجهم للمفاوضات، أو بغض النظر عنه بصفة كلية والتفرق في سلام من دون أية مشكلات أو نزاعات وخصومات.

وعليه فإن ما يستدعيه السير الحسن للعملية التفاوضية هو لازم ومأمول في دائرة حسن النية والإخلاص والثقة المتبادلة التي نرى أنه لا غنى عنه في سبيل إنجاح المفاوضات، ومن أمثلتها احترام مواعيد جلسات التفاوض وعدم التراخي لحضورها، بمنأى عن إطالة أمد المفاوضات دون مبررات، مع الجدية في المناقشة التي تجري بشأن العروض وتقديم الاقتراحات الفعالة والإيجابية في الوقت ذاته، وهذا كله مراعاة للمصلحة المشتركة والموحدة بين الطرفين، فالتعاون ليس التزاماً محصوراً طيلة مدة المفاوضات العقدية، وإنما يفرضه حسن النية الواجب لإبرام العقد النهائي.

<sup>1</sup> دزيري إبتسام، وهاب حمزة، المرجع السابق، ص 459.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وتقدير مدى التحلي بالتعاون يستند إلى القياس بمعيار الرجل المعتدل المتوازن الذي يهدف إلى دفع العملية التفاوضية للأمام، من دون التراجع عبر إثارته لنزاعات غير مبررة والابتعاد عن إثارة العراقيل وسلوكات الصراع التي تجهض المفاوضات وتتسبب في إفشالها<sup>1</sup>.

### ثانيا: الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية.

يعتبر مبدأ حسن النية التزاما بالمعنى الضيق وليس مجرد واجب قانوني عام، فهو التزام فعلي وحقيقي له دائن ومدين يرتب أثرا قانونيا على عاتق المتفاوضين بمجرد ولوجهم إلى المفاوضات ما قبل التعاقدية، بحيث يتقيد بالواجب القانوني العام في أي وقت وفي مواجهة أي شخص، كما أن هذا الالتزام هو التزام يقع على كلا الطرفين بحيث وجب على كلاهما التحلي بحسن النية في مواجهة الآخر.

ويندرج الالتزام بحسن النية من ضمن الالتزامات الجوهرية فلا يمكن للمفاوضات أن تستقيم من دونه، إذ يلزم الطرفين في التفاوض بمجرد أن يحدث اتفاق بينهما يقضي بدخولهما مرحلة المفاوضات ولو لم يتم النص على ذلك صراحة، ويقع باطلا كل اتفاق من شأنه أن يعفي الطرفين من هذا الالتزام<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن حسن النية لا يتطلب إتيان سلوك معين بل قد يتعدى ذلك ليستدعي الامتناع عن سلوكات معينة فبالرغم من كونه ذو طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون كونه التزاما حقيقيا، يشمل جميع مراحل العقد<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 176، 177، 178.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 172.

<sup>3</sup> عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص 1000.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وعليه يثور التساؤل حول مضمون هذا الالتزام وحول طبيعته القانونية وبعبارة أخرى أوضح وأدق ترى هل الالتزام بحسن النية هو التزام بتحقيق نتيجة ؟ أم أنه مجرد التزام ببذل عناية<sup>1</sup>؟

بما أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية يعد التزاما رئيسيا يستهدف كلا طرفي التفاوض، وليس بوسع المتفاوض التملص من المسؤولية بإثبات أنه بذل كل ما يمكنه وما يسعه ليكون حسن النية ولم يتمكن من ذلك، كما لا يسعه التفاوض بالكذب والخداع والصورية أو بتقديم وعود خادعة الهدف من ورائها الدعاية أو استطلاع السوق دون نية جادة في التعاقد، فهو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية.

وفي ذات السياق لا يمكن للمتفاوض سواء تفاوض بأساليب تقليدية أو عن طريق الوسائل الحديثة من خلال التفاوض الإلكتروني إبداء سلوكات غير مستقيمة إبان ذلك، فهذه الأخيرة من شأنها أن تبعث آمالا زائفة وثقة لدى الطرف الآخر فتطول فترة المفاوضات من غير خلفية جدية.

ومن قبيل التصرفات الخاطئة التي تتنافى مع حسن النية في التفاوض الانسحاب من المفاوضات بشكل مفاجئ ومن دون مبررات، وكذلك اتخاذ مفاوضات موازية إضافة إلى السعي للتعرف على أسرار الطرف الآخر، لاسيما تلك الأسرار الفنية والمالية وكذا الأسرار التجارية، فهذه التصرفات تندرج ضمن الإخلال بالثقة المشروعة التي ولدها مبدأ الالتزام بحسن النية لدى الطرف الآخر، ونخص بالذكر إن كانت التصرفات السالفة الذكر قد صدرت من مهني أو محترف فذلك من شأنه تضييع فرصة إتمام العقد المرجو الوصول إليه من وراء المفاوضات.

وحري بنا أن نشير إلى أنه لا يجب الخلط بين مبدأ الالتزام بحسن النية ومبدأ التفاوض بحرية، فالالتزام بحسن النية ليس معناه أن يلتزم المتفاوض بالفعل بإبرام العقد النهائي،

---

<sup>1</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 172.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

فالمفاوض يبقى دائما يتمتع بحريته التعاقدية التامة فيمكنه التعاقد من عدمه إلا أن امتناعه عن إبرام العقد أو وضعه حدا للمفاوضات لا بد أن يكون مستندا على أسباب مشروعة تندرج ضمن إطار حسن النية من نزاهة وشرف.

وتوافقا مع ما سلف ذكره فحسن النية يعتبر قيда على الحرية التعاقدية فالخط الفاصل بين كل منهما دقيق ولذلك تمارس الحرية في مرحلة المفاوضات في كافة مراحلها وفقا لما يستدعيه حسن النية، ويعد الالتزام بحسن النية من النظام العام ويترتب على ذلك جواز مطالبة المتفاوض المضرور بتعويض الضرر الذي يترتب عن مخالفة مقتضيات حسن النية عما تحمله من مصاريف ونفقات إبان التفاوض، الذي ينتهي من دون إبرام العقد المنشود والمرجو الوصول إليه<sup>1</sup>.

### **الفرع الثالث: أهمية الالتزام بحسن النية أثناء مرحلة المفاوضات.**

بالرغم من الطبيعة الأخلاقية لمبدأ حسن النية<sup>2</sup>، إلا أن انحداره إلى المجال القانوني جعله يكتسب مزايا المبادئ القانونية الراسخة في العقود والتصرفات المادية، مما أضفى عليه هيمنة على كافة مراحل العقد ومنها مرحلة المفاوضات.

وتظهر ضرورة هذا المبدأ في المرحلة التي تسبق التعاقد فيما ينبثق منها من التزامات تفرض على المتفاوضين إتباع سلوك إيجابي، يتماشى مع مصالحهم المشتركة، عبر منع أي تصرف منهما يلحق ضررا بالطرف الآخر، وهذا لا يتحقق إلا إذا تحليا بالتعاون والنزاهة أثناء

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 164، 165، 166.

<sup>2</sup> يعد حسن النية ذو طبيعة أخلاقية فهو يركز على آداب وأخلاقيات معينة لتحقيق عملية التفاوض الهدف المرجو منها، عبر إتباع المتفاوضين سلوك إيجابي بعيدا عن الخداع والغش، إلا أن ذلك لا ينفي عنه الصفة القانونية، بوكرييس سهام، أحمد داود رقية، دور الالتزام بحسن النية في تحقيق أمن التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الالكترونية، دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مجلد 08، عدد 02، سنة 2022، ص 330.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التفاوض، كما أن لهذا المبدأ وظائف عديدة توحى بضرورته، وقبل التطرق لوظائفه لابد لنا من تسليط الضوء على المعايير التي يتم تقدير مبدأ حسن النية وفقاً لها<sup>1</sup>.

### أولاً: معايير تقدير حسن النية.

بالرجوع إلى الفقه نجده قد حدد معايير يقدر بها هذا المبدأ منها المعيار الذاتي الذي يركز على نية الشخص، والمعيار الموضوعي الذي أساسه أفعال الشخص وسلوكياته وما اتجهت صوبه إرادته.

#### أ- تقدير حسن النية بالمعيار الذاتي.

يراد بالمعيار الذاتي أن يعتد بشخص الفاعل لا بأفعاله، وبالتالي يتم النظر إلى حالته النفسية والظروف المحيطة به قصد البحث في انحرافه عن السلوك القويم، فمتى كان يتحلى بدرجة عالية من الفطنة والذكاء كان أدنى انحراف في سلوكه يشكل تعدياً، في حين إذا كان نكاًؤه وفطنته دون المستوى العادي فلا يعتبر متعدياً إلا في حالة وضوح هذا الانحراف بشكل جلي.

هناك العديد من الشروط لكشف وجود حسن النية بالمعيار الذاتي<sup>2</sup>، ولكنه يقاس بتحقيق شرطين وهما: انتفاء نية الإضرار بالغير وكذا انتفاء نية التحايل على أحكام القانون قصد تحقيق أغراض غير مشروعة.

وبالتالي نجد أن معظم الفقه يعتد بالنية لكشف وجود حسن النية وفقاً للمعيار الذاتي، فإذا كانت نية حسنة دل الفعل على الصدق والنزاهة والأمانة، وإذا كانت نية سيئة دل على

<sup>1</sup> بن علي صليحة، مبدأ حسن النية في عقد التأمين، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود مدنية وتجارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، سنة 2020، 2021، ص 16.

<sup>2</sup> بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 29.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الخيانة والغش والتحايل والتضليل، وما يمكن قوله هو أن المعيار الذاتي يتطلب استقراء وتحليل نية الفاعل وحالته النفسية للبحث عن الاتجاه الإرادي لقصد وسلوكه.

### ب- تقدير حسن النية بالمعيار الموضوعي.

هذا المعيار لا يعتد بشخص الفاعل<sup>1</sup>، إنما يقدر مسؤوليته بالمقارنة مع تصرف شخص عادي على درجة معقولة من التبصر واليقظة، وبغية قياس حسن النية وفقا لهذا المعيار، ربطها الفقه بالسلوك الواجب الإلتزام من الأطراف التعاقدية، ووفقا للتشريع فهو يمنح له الأمانة والثقة والنزاهة والشفافية وكذا الاستقامة، للتمييز بين حسن النية من سوءها نظرا إلى مقدار امتثاله أو انحرافه عن السلوك المألوف، وعلى إثر ذلك نجد إجماعا من طرف الفقه على اعتبار حسن النية قرينة مفترضة في الشخص لحين إثبات عكس ذلك، ومن هنا نجد أن مبدأ حسن النية يعد قاعدة سلوكية تفرض إلتزام سلوك إيجابي على طرفي العقد قبل الإبرام وبعده، فيقاس بالمعيار الموضوعي الذي يوضح ما يكمن في نية الشخص.

### ج- تقدير مبدأ حسن النية بالمعيارين معا.

يقاس حسن النية بعكسه ونقيضه بحيث تعتبر نية الإضرار هي سوء النية، بينما يعد التقصير والإهمال هو سوء النية الموضوعي، ولذلك فسلوك الشخص يتعلق أساسا بنيته وقصده في إلحاق الضرر بالغير، وبالتالي فالسلوك ليس إلا ترجمة لما تتمنه النية سواء كان حسنا أو كان سيئا، وفي هذا الصدد فإن وجود نية الإضرار في تكوين العقد تجعل من سوء النية تدليسا، كما أن سوء النية إذا توافرت أثناء تنفيذ العقد أنتجت غشا، وكذلك إذا تم إشراك طرف ثالث في الغش والتدليس يتحول سوء النية إلى تواطؤ<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وهذا على النقيض من المبدأ السابق، الذي يعتد بشخص الفاعل ويجعله محل اعتبار ليتم بذلك تقدير انحرافه عن السلوك القويم.

<sup>2</sup> بن على صليحة، المرجع السابق، ص 29، 30، 31، 32، 33.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وبالرجوع لنص المادة 86 من القانون المدني<sup>1</sup>، نجدها قد أتاحت إبطال العقد في حالة لجوء المتعاقد لحيل غير عادية، التي لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد، بينما في حالة كون الحيل بسيطة غير جسيمة فلا يمكنه إبطال العقد.

وهذا ما يجسد وجود المعيارين معا، الذاتي والموضوعي فهما متكاملان، فاللجوء إلى الطرق الاحتمالية الهدف منها التأثير على سلوك الطرف الآخر ودفعه إلى التعاقد، وهنا نكتشف أن من استخدم الحيل يعد سيء النية استنادا للمعيار الموضوعي<sup>2</sup>، وباستقراء المادة 824 من ذات القانون<sup>3</sup>، نجدها لا تكتفي بأن يكون الحائز للحق حسن النية إذا جهل أنه يعتدي على حق الغير، فهنا يعد حسن النية ذاتي، كما أن إدراج المشرع لشرط كون الخطأ جسيم يوحى هنا بحسن النية الموضوعي.

وعليه فمبدأ حسن النية يقاس بالمعيار الذاتي الذي يرتبط أساسا بنية الشخص، كما يستدل عليه في ذات الوقت بالمعيار الموضوعي الذي يستدعي التحلي بالحيطة والحذر في جميع التصرفات، مع تفعيل اليقظة والانتباه في جميع مراحل العقد، وذلك قياسا على تصرفات الرجل العادي الذي يستند عليه القضاة من أجل كشف سوء النية أو نقيضها، وذلك تحقيقا لمصلحة الطرفين.

---

<sup>1</sup> نصت المادة 86 من القانون المدني على: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

<sup>2</sup> بن على صليحة، المرجع السابق، ص 32، 33.

<sup>3</sup> جاء في المادة 824 من القانون المدني: "يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم.

وإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله.

ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس".

**ثانياً: الدور الذي يؤديه مبدأ حسن النية.**

يؤدي حسن النية كمبدأ عدة أدوار وله عدة وظائف، وهو ما يوحى بالأهمية البالغة التي يحوزها نذكر من هذه الوظائف:

**أ- الوظيفة التكميلية.**

له وظيفة تكميلية ويقصد بذلك أن القاضي يستعين بمبدأ حسن النية حتى يضيف مجموعة من الالتزامات على عاتق الطرفين ليكمل ما تم الاتفاق عليه بينهما في العقد، وهناك من يخالف هذا الطرح، بحيث يعتبر أن هذا من شأنه أن يفقد العقد الطبيعة الإلزامية التي يتمتع بها، وفي رأي مخالف نجده يثمن هذا الدور، فهم يعتبرون أن العدالة بإمكانها بموجبه تكملة وإتمام العقد، والمقصود هنا هي تلك العدالة التبادلية التي تسعى لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف وذلك من شأنه تكميل حسن النية<sup>1</sup>.

وننوه في هذا الصدد إلى أن القضاء غالباً ما يلجأ للاستعانة بمبدأ حسن النية ليوسع من دائرة الالتزامات التي تقع على عاتق الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وذلك بغية حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة<sup>2</sup>.

**ب- الوظيفة التحديدية.**

ويقصد بذلك أن مبدأ حسن النية يحد من أي تجاوز يصدر من الطرفين يميل فيه إلى التعسف في استخدام حقه، حيث أنه يضيفي التوازن على العلاقة التعاقدية كما أنه يضبط

<sup>1</sup> بن على صليحة، المرجع السابق، ص 34، 35.

<sup>2</sup> من الأمثلة على ذلك ما يقع في عقد التأمين بحيث يقوم وسيط التأمين بنصح طالب التأمين بالتعاقد مع الشركة التي توفر له تغطية أفضل مقابل دفع قسط معقول كما يحذره من إخفاء أية معلومات مهمة وفاعلة تتعلق بموضوع الخطر المؤمن منه. بن على صليحة، المرجع نفسه، ص 35.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

سلوك الطرفين ويهذه، فليس لأحدهما في ضله أن يضر بالغير لاسيما من ناحية الطرف المتعاقد معه<sup>1</sup>، ويمكن اللجوء للفسخ، طالما قد تم في حدود الالتزام بمتطلبات حسن النية.

### ج- الوظيفة التفسيرية.

قد تتخلل العقد عبارات غامضة لا يفهم القصد منها<sup>2</sup> مما يدفع القاضي للجوء إلى مبدأ حسن النية وإعماله، فلا يمكن التمسك بحرفية العقد ولذلك لا بد من الاستعانة بفحوى النص<sup>3</sup>، وهو ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني بقولها: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها" ويتم إعمالها عند البحث عن النية المشتركة للطرفين وهو ما دعمته المادة 111 من ذات القانون التي جاء فيها: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

---

<sup>1</sup> حيث نصت المادة 124 من القانون المدني في هذا الصدد على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

<sup>2</sup> يهدف تفسير عبارات العقد إلى إزالة الغموض واللبس الذي يكتنفها ولا يقتصر الغموض على إزالة الإبهام الذي يتواجد في نصوص العقد، إنما يتعدى ذلك إلى السكوت عن معالجة بعض المسائل التي قد يثور بشأنها النزاع بين طرفي العقد، فتقضي عملية التفسير أن يتأكد القاضي من صحة العقد وتوافر أركانه فلا فائدة ترجى من تفسير العقد إذا لم يكن صحيحا حتى يقبل التنفيذ، بوزيد عدنان، المرجع السابق، 2020، ص 441.

<sup>3</sup> جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن العقد موضوع النزاع هو عقد تسيير حر فإن قضاة الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار فإنهم خرقوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

قرار المحكمة العليا، ملف رقم 80816، مؤرخ في 16-06-1991، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 04، ص 151.



**د - الوظيفة التكميلية.**

يكيف مبدأ حسن النية العقد مع ما يطرأ عليه من متغيرات أثناء سريانه نذكر منها على سبيل المثال الظروف الطارئة، فيتعاون على إثر ذلك الطرفان ليتصديا لهذه الظروف التي قد ترهق إحداها فيتربت عنها تعرضه لخسارة فادحة، ولذلك يقوم القاضي برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، مراعيًا في ذلك مصلحة كل من الطرفين.

ويتضح لنا مما سبق أن مبدأ حسن النية يعد مبدأ واسع النطاق، يشمل جميع التصرفات وخلال جميع مراحل العقد، ليؤطر سلوك الأطراف ويضبطه حتى لا يحيد عما هو مرجو منه، مما يكسبه طابعًا يتزامن مع التطور الاقتصادي وكذا النزعة التكنولوجية هذا دون أن ننسى مجال عقود الخدمات<sup>1</sup>.

**الفرع الرابع: صور مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات.**

إن مبدأ حسن النية في الواقع العملي إبان مرحلة المفاوضات يظهر في عدة صور لا يسعنا حصرها، ولكن بالإمكان إدراجها ضمن طائفتين، حيث ترتبط بصفة أساسية بالسلوكات الايجابية التي ينبغي على المتفاوض التحلي بها، وكذا السلوكات التي يفترض أن يتجنبها.

**أولاً: السلوكات التي تعد من قبيل حسن النية.**

فيما يتعلق بالسلوكات الايجابية نجد أبرزها ضرورة التزام المتفاوض بحسن النية، ويقضي ذلك أن يقوم بمناقشة شروط العقد بجدية واعتدال، مع إبدائه استعداده الكبير للتعاون سعياً وابتغاءً لإنجاح المفاوضات.

فالتزام المتفاوض بالجدية وتحليه بالاعتدال من شأنه أن يضيفي الثقة والأمان على المفاوضات، ومن مقتضيات ذلك اتصافه بالجدية في الولوج في المفاوضات والاستمرار فيها،

<sup>1</sup> بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 37.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

مبدأ اعتدالا لامتناهيا ومرونة في المواقف التي يتخذها، وتجدر الإشارة إلى أن الجدية تقتضي من المتفاوضين الالتزام بدراسة المقترحات بنية حقيقية للتعاقد، من دون صرامة ولا تشدد ورفض لما يقترحه الطرف الآخر ما دامت مقترحاته هو الآخر جادة.

وزيادة على ما سبق على المتفاوض التحلي بالاعتدال في تبادل الطرفان مقترحاتهما ويتناقشان مع ترك المهلة الكافية لبعضهما، بغية الدراسة والتفكير وهو ما يستدعي كذلك الوضوح والشفافية بعيدا عن التعصب والمغالاة وإخفاء الحقائق، فيتجه بعض الفقه للقول أنه من مقتضيات الجدية أن يفرض على كل متفاوض احترام الأعراف والعادات المحلية أو الوطنية التي تتعلق بالصفقة محل التفاوض، والتي يجري تطبيقها بخصوص كل مهنة أو حرفة أو تجارة أو حتى صناعة هدفها فرض الانضباط خلال المرحلة التفاوضية<sup>1</sup>.

فالتعاون بين أطراف المفاوضات<sup>2</sup> يلزم أطراف هذه الأخيرة باستنفاد جميع الجهود سعيا لإزالة العقبات التي تتخلل هذه المرحلة وتقف في طريق إبرام العقد وهذا ما يتحقق من خلال التعاون الذي يتضمن في طياته الأخذ والعطاء ومن قبيل التعاون ما يقوم به المتفاوضان من تنظيم لمواعيد جلسات التفاوض، وتحديد أماكن انعقادها كما وجب حضور هذه الجلسات من دون تأخر عنها أو تماطل في ذلك مع تهيئة كل الظروف التي تضمن إجراء المفاوضات في جو سلس وهو ما يسمح لفريق التفاوض بآداء مهامهم على أتم وجه.

ويتم الاعتماد في هذه الحالة على معيار الرجل العادي الذي يمتاز بالاعتدال في تصرفاته والتوازن، الذي يكون هدفه ومسعاه هو إنجاح عملية المفاوضات، وليس العودة بها إلى الوراء بحيث يثير مواضيع ومسائل قد تم حسمها من قبل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 79، 80.

<sup>2</sup> التعاون هو وضع متميز وفي العادة نجده عند استعمال فريق تفاوضي، ويأخذ بعين الاعتبار في هذا الشأن الاختلافات في المراتب الوظيفية بين أفراد الفريق لأن ذلك من شأنه أن يحقق فاعلية أكبر، حاج سليمان خراوع هند، المرجع السابق، ص 28.

<sup>3</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 80.

### ثانيا: السلوكات التي تعد من قبيل سوء النية.

أما فيما يتعلق بالسلوكات التي يتوجب على المتفاوض اجتنابها وتركها أثناء التفاوض

تلك التي من شأنها إضفاء سوء النية على مسار المتفاوض<sup>1</sup>، والتي نذكر أهمها تلك التصرفات التي تتدرج ضمن سوء النية، لكونها سلبية وهي استعمال وسائل غير مشروعة لإعاقة السير الحسن للمفاوضات، ومن قبيل ذلك اللجوء إلى الغش والإكراه والرفض التعسفي لأحد الأطراف لجميع الاقتراحات التي يقدمها الطرف المقابل، لاسيما في حالة تقدم أحدهما بعرض نهائي يرفض المناقشة فيه، ويرغم الطرف المقابل على قبوله كله أو تركه بصفة كلية، وهذا يشكل تعسفا صريحا، يتنافى بصفة كلية مع تصرفات وسلوك الرجل العادي.

من ضمن السلوكات التي من شأنها إعاقة سير عملية التفاوض غير أنها تعتبر تصرفات صحيحة من الناحية القانونية تشبث المتفاوض ببعض الاقتراحات<sup>2</sup> التي من شأنها أن تحقق له مصلحة مطلقة<sup>3</sup>، من غير أن يكون لها أي منفعة على الطرف الآخر وفي هذا الصدد يرى بعض من الفقه أن ذلك يختلط بفكرة العناد، والفكرة وحدها لا تكفي لقيام سوء النية

---

<sup>1</sup> لا يمكن حصر السلوكات السلبية سواء في مرحلة المفاوضات أو في مرحلة التعاقد، فهي غير محدودة يمكن أن يعبر عنها بكل ما يخالف حسن النية ويتناقض معه فيعيق السير السلس للتفاوض أو العقد.

ومن الأمثلة عن التصرفات السلبية التي تعتبر من قبيل سوء النية دخول أحد الطرفين إلى المفاوضات فقط من أجل الحصول على معلومات حول منافسه، أو قيام أحد الأطراف بقطع المفاوضات بصفة مفاجئة عشية التوقيع، فيتكبد الطرف المتضرر خسائر قد تتعلق بالدراسة والتدقيق والسفر وما إلى ذلك وعليه لابد من تأطير المحادثات في إطار المفاوضات التي تفرغ في اتفاقيات مبدئية يتعهد الطرفان بمقتضاها بالتفاوض على العقد، خاصة إذا تعلق الأمر بمفاوضات ثقيلة ومكلفة من الناحية المادية، لابد من إفراغها في عقد تفاوض يسمح بالإشراف عليها والاستعداد في ذات الوقت لأي احتمال.

Yves letartre, Négociation et pourparlers gare a la mauvaise foi, [https -- www.adekwa-avocats.com negociation-pourparlers-gare-a-la-mauvaise foi-](https://www.adekwa-avocats.com/negociation-pourparlers-gare-a-la-mauvaise-foi/), sans date de publication.

<sup>2</sup> معمر بوطباله، المرجع السابق، ص 80.

<sup>3</sup> نصت المادة 3-10 من مبادئ اليونيدرو المتعلقة بالمبادئ العامة لعقود التجارة الدولية السالفة الذكر على أنه: " يعتبر باطلا كل عقد يعطي ميزة زائدة وغير عادلة لطرف خصوصا من جراء استغلال الطرف الآخر بطريقة غير مشروعة، حالة الاحتياج أو الضائقة الاقتصادية أو الحاجات المستعجلة أو عدم التبصر، أو الجهل أو عدم القدرة على التفاوض مع الطرف الأول ".

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

ولكن العناد الذي يقع على اقتراحات غير مقبولة قانونيا ولا منطقيا، فإن ذلك يندرج ضمن سوء النية.

وفي ذات السياق فمن قبيل سوء النية افتعال العقبات كرفع السعر أو الثمن بغية دفع الطرف المقابل للانسحاب، وبالخصوص إذا تقدمت المفاوضات في مراحلها بشكل ملحوظ وتم الاقتراب من إبرام العقد النهائي، وكذلك في حالة صدور تصرفات مستفزة من المتفاوض التي تسبب الإحباط للطرف الآخر، والذي قد يفضي به في نهاية المطاف إلى الانسحاب منها والتراجع عنها قبل نهايتها<sup>1</sup>.

ومن خلال ما سبق نصل إلى أن التصرفات التي توهي بحسن النية من عدمه لا يمكن للباحثة حصرها، فهي تستجد باستمرار وهذا ما يمكن اكتشافه على أرض الواقع في الناحية العملية.

### **المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات من حسن النية في مرحلة المفاوضات.**

أولت معظم التشريعات اهتماما منقطع النظير للالتزام بحسن النية وأدرجته ضمن قوانينها، إلا أن آراؤهم قد تباينت في مرحلة المفاوضات حول مدى فاعلية هذا المبدأ، فمنهم من أيد وجوده فيها ومنهم من أنكر ذلك ومنهم من لم يتطرق له بصفة صريحة، واكتفى بالإشارة الضمنية بحيث لا يزال الفقه القانوني المقارن منقسما على نفسه فيما يخص مبدأ حسن النية بين من يؤيد هذا المبدأ ومنهم من لا يعترف بوجوده، بحيث نجد أن المشرع الفرنسي قد أدرجه ضمن التعديل الجديد لقانونه المدني ليجعله يشمل مرحلة المفاوضات، ونجد كذلك أن القانون الألماني قد اعتد به كثيرا واضعا منه أحد المبادئ الأساسية التي تحكم وتنظم العلاقة التعاقدية، ليس فقط في مرحلة تنفيذ شروط العقد وإنما يمتد ليشمل مرحلة التفاوض على شروطه كذلك، كما اقترب غالبية فقهاء النظام القانوني اللاتيني من هذا التوجه، وفي المقابل اختلف فقهاء

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 80، 81.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

القانون الإنجليزي حول مدى فاعلية هذا المبدأ في العلاقات التعاقدية ولم ينكر بعضهم وجود هذا المبدأ في مرحلة التعاقد، بينما أنكروه ولم يعترفوا بوجوده في مرحلة المفاوضات التي تسبق العقد<sup>1</sup>.

نحاول استعراض أبرز التشريعات ومدى تناولها لمبدأ حسن النية وتنصيبها عليه في قوانينها، من خلال التعرّيج على موقف المشرع الفرنسي في الفرع الأول ثم عرض موقف المشرع الإنجليزي من حسن النية في مرحلة المفاوضات ، دون أن نغفل عن إبراز موقف القانون الجزائري من مبدأ حسن النية في الفترة التي تسبق مرحلة التعاقد.

### **الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بحسن النية في المفاوضات.**

يعد التعديل الجذري الذي أجراه المشرع الفرنسي على القانون المدني من أبرز الأحداث التي عرفها عالم التشريع مؤخرا لاسيما وأنه لم يجري عليه تعديلا منذ ما يفوق 200 سنة<sup>2</sup>، فسيبقى هذا التعديل عالقا في الأذهان معتبرين إياه قانونا عالميا خالدا تجاوز حدود المكان والزمان<sup>3</sup>، وذلك بمقتضى الأمر 2016-131 السالف الذكر، وقد ورد هذا التعديل استجابة لما نصت عليه المادة الثامنة من القانون رقم 2015-177 المؤرخ في 16 فيفري 2015 والمتعلق بعصرنة وتبسيط القانون في قطاع العدالة والمسائل الداخلية، فقد رخص للحكومة الخوض في عديد المسائل وبالخصوص المبادئ العامة لقانون العقود ومنها مبدأ حسن النية والحرية التعاقدية وغيرها من تقسيمات العقود وما يتعلق بتنظيمها، ومن أبرز الإضافات تقنيته

<sup>1</sup> محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، عدد 54، أبريل 2013، ص 227، 228.

<sup>2</sup> محمد حميداني، المرجع السابق، ص 300.

<sup>3</sup> بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مجلد 03، عدد 11، 01 سبتمبر 2018، ص 117.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

لمرحلة المفاوضات بصفة صريحة وبنصوص مستقلة وسنسعى إلى إبراز مختلف المراحل التي مر بها مبدأ حسن النية في القانون المدني الفرنسي<sup>1</sup>.

وكما سبق لنا التنويه إلى أن مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي موروث من حسن النية الروماني فهو أساس جميع الالتزامات<sup>2</sup>، وبالرجوع للقضاء في فرنسا نجد أن المحاكم الفرنسية قد اعتبرت سوء النية خلال مرحلة التفاوض بمثابة احتيال<sup>3</sup>، ثم تخطى الفقه الفرنسي عن فكرة الاحتيال تدريجياً، هذا وقد اقتصر الحديث عن الالتزام بحسن النية على فترة التنفيذ فقط قبل التعديل الأخير الذي أسلفنا ذكره، حيث كان التزاماً تعاقدياً ينشأ عن العقد ويقع على المدين بالتنفيذ<sup>4</sup>، وهو ما ورد النص عليه في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي<sup>5</sup>، ولكن بعد التعديل أصبح مصدر هذا الالتزام القانون بالدرجة الأولى، لأنه في مرحلة المفاوضات لم ينشأ العقد بعد ولا يعقل أن يكون العقد مصدره.

أما بالنسبة لفقهاء القانون وقضاة المحكمة العليا الفرنسية فقد اعترفوا بهذا المبدأ وقاموا بتكييفه بأنه التزام يطبق على مرحلة المفاوضات العقدية<sup>6</sup>، وقد استندوا في ذلك على القواعد العامة للمسؤولية لاسيما ما ورد في المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي قبل

التعديل<sup>1</sup>، بحيث تلزم هاتين المادتين من ارتكب الفعل الضار الناجم عن الإخلال بحسن النية لكونه إهمال وتقصير، كما أنه يعد خطأً من طرف المتعاقد سيئ النية، فقد أوجبت

---

<sup>1</sup> محمد حميداني، المرجع السابق، ص 301.

<sup>2</sup> Mahmoud Elshahly, op.cit, p 86.

<sup>3</sup> Cass.ch.civ.18 mars 1933, n 87 ;cass.ch.civ, 9 février 1965 , n 2 ; cass.ch.civ, 2 mai 1979, n 2 , Mahmoud Elshahly, op.cit, p 90.

<sup>4</sup> محمد حميداني، المرجع السابق، ص 304.

<sup>5</sup> L'ancien Article, dans son article 1134 dispose que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi »

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> ch.civ,14 juin 2000 n 98-17.494 ;cass.com, 13 octobre2009,n 08-16.634 ;com.18 février 1997, bull, iv, n 61 ;cass, civ.3 mai 2000, bull,i, n 131 ;ca angers ch.com, 11 septembre 2012n 10-0316, Mahmoud Elshahly, op.cit, p 90.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

تجاهه التعويض عنه، كما ذهب الفقهاء الفرنسيين إلى أن حسن النية يعتبر موقفا يدل على النزاهة والصدق من طرف المتعاقد في أي مرحلة كان فيها العقد<sup>2</sup>.

بعد تعديل القانون المدني الفرنسي ورد النص بصفة صريحة على مبدأ حسن النية ضمن المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي السابق الذكر فقد جاء فيها: " يجب أن يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن النية "<sup>3</sup>.

وقد ورد كذلك في المادة 1112 التي سبق لنا التطرق لها بأن المبادرة بالمفاوضات السابقة لإبرام العقد وإجرائها وإنهائها يكون حرا، بشرط أن تفي بمتطلبات حسن النية.

وما يمكن ملاحظته بشأن المادتين 1104 و1112 السالفتي الذكر، هو أن كلاهما ترمي إلى إرساء الالتزام بمبدأ حسن النية للعقد، من خلال تدوين الحلول القضائية التي ينبغي الاسترشاد بها في المفاوضات التي تسبق إبرام العقد لتؤكد هذا المبدأ، ومن خلال التحليل يبدو أن الهيئة التشريعية الفرنسية قد نجحت في صياغة المادة 1104 وكذلك الفقرة الأولى من المادة 1112 فقد أصابت عند تمديدها للالتزام بحسن النية في المرحلة التي تسبق إبرام العقد<sup>4</sup>، وننوه إلى أن المشرع الجزائري لا بد له أن يحذو حذوه في ذلك.

---

<sup>1</sup> La responsabilité civile de l'article 1382 (nouveau 1240) du Code civil. Article 1382 du Code Civil (ancien) – Nouvel article 1240 : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

Ancien art. 1383 (Abrogé par Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, à compter du 1<sup>er</sup> oct. 2016) Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

L'art. 1383 anc. a été repris à l'identique à l'art. 1241 issu de l'Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016. L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'art. 121-3 C. pén. ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'art. 1383 C. civ. si l'existence de la faute civile prévue par cet art. est établie ou en application de l'art. L. 452-1 CSS si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet art. est établie (C. pr. pén., art. 4-1, issu de L. n° 2000-647 du 10 juill. 2000). — C. pr. pén. <https://www.dalloz.fr/documentation-Document?id=CCIV011407&scroll=CCIV178295>.

<sup>2</sup> محمد حميداني، المرجع السابق، ص 304، 305.

<sup>3</sup> Art 1104 du C.C.F : " les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi."

<sup>4</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p 92.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

لم توضح المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي<sup>1</sup> السالفة الذكر الخطوط العريضة لمبدأ حسن النية ولا خصائصه، ولفهم المبدأ بشكل أفضل لابد من التعرّيج على خصائصه لاسيما في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد، فحسن النية يتيح إمكانية تشديد أو تخفيف شروط العقد الصريحة، كما أنه يرتبط ارتباطا وثيقا بالثقة المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة وأن يراعوا في تصرفاتهم هذه الثقة، بحيث يسعى كل منهما لبثها في الطرف الآخر ببذل قصارى جهودهم لإنجاح المفاوضات وهو ما ينعكس إيجابا على مرحلة التعاقد.

ولتقدير حسن نية الطرف المتفاوض إذا كانت تستحق ثقة الطرف الآخر وتتناسب مع توقعاته وتأملاته، لابد أن تقاس بمعيار الرجل العادي وهو ما يصطلح عليه بالسلوك المرجعي، ولابد لنا من الاعتراف بأن حسن النية يعد أحد معايير السلوك العامة وهي تفرض واجب التعاون في مرحلة المفاوضات التي من المفترض أن تصل إلى إبرام العقد الذي يشكل نموذجا مصغرا لأشخاص غايتهم تحقيق مصالح مشتركة.

وعلاوة على ذلك فإن الالتزام بحسن النية يستدعي من الأطراف تجنب والابتعاد عن تقديم مقترحات غير مقبولة من شأنها أن تفضي إلى فشل المفاوضات، أو حتى تقديم مقترحات غير جادة ولا بناءة بحيث لا تتلاءم مع هدف العقد المتوقع إبرامه، ولا مع القيمة الاقتصادية التي يحوزها.

وننوه كذلك بأنه يقع على الأطراف في إطار حسن النية التأكد من سلامة مفاوضاتهم وبذل أقصى جهودهم لرؤية مفاوضاتهم ناجحة حتى ولو لم تسفر على إبرام العقد النهائي، وفي

---

<sup>1</sup> تعتمد المشرع الفرنسي إضافة المادة 1104 من مرسوم 2016 وخاصة مصطلح "يجب التفاوض على العقود" بحسن نية حتى يؤكد بصفة صريحة على أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام ينطبق على جميع مراحل العقد، وخاصة مرحلة التفاوض وهذا عبر استخدامه صيغة واضحة لا لبس فيها، كما أضاف بأن حسن النية من النظام العام وبالتالي هو إلزامي لا يمكن التحايل عليه بأي شكل كان، فيقع على المتفاوضين احترامه ولا يمكن الانحراف عنه عبر إدراجهم لبند في مفاوضاتهم أو عقودهم يخالفه.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

هذه النقطة بالذات يتم بذل العناية اللازمة وليس تحقيق نتيجة وحتى يكون السلوك عادلا لامناس من توافر شرطين:

أولهما يتعلق بالنهاية ويقصد بذلك أن تكون النتائج المتوصل إليها تتلائم مع الجهد والاجتهاد المبذول في سبيل تحقيقها.

أما الثاني فهو يتعلق بالآثار المترتبة، أي أن موقف الأطراف يجب أن لا يغير بشكل جوهري السلوك الاقتصادي بحيث يكون له تأثير سلبي.

وبعبارة أوضح لابد لسلوك الطرفين في مرحلة ما قبل التعاقد أن يندرج ضمن التفاوض المنصف بمنأى عن التضليل في مواجهة الطرف الآخر، والابتعاد عما قد يسبب له الانزعاج مراعيًا في ذلك التوقعات المشروعة التي يصبو المتفاوض الآخر للوصول إليها وفقا لظروفه.

ونشيد كذلك بالأهمية القصوى التي تحوزها المادتين 1104 و1112 من القانون المدني الفرنسي بحيث أوسعت من حسن النية ومددته ليشمل مرحلة التفاوض على العقد وهذا من شأنه خدمة التوقعات الاقتصادية وتجسيد التوازن العادل بين كل من الحرية التعاقدية والعدالة التعاقدية .

وتجدر الإشارة إلى أن المفاوضات التي جرت بمراعاة مبدأ حسن النية لا مناص من كونها ستشكل أساسا لعملية اقتصادية مفيدة ومربحة، بينما على النقيض من ذلك فمتى سارت وقائعها في خضم سوء النية فإنها تكون عرضة للخسارة والحيلولة دون تحقيق أهدافها التي تسعى إليها، وعلى هذا الأساس يلجأ القاضي لسلطته التقديرية لتقدير والبحث في نية الأطراف والكشف عن المتسبب في فشل المفاوضات وقطعها بدافع سوء النية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Oul-Caid Brahim, La bonne foi dans la phase précontractuelle en droit civil français, juriste d'affaires, le 11 juillet 2019, <https://www.village-justice.com-articles-bonne-foi-dans-phase-precontractuelle-droit-civil-francais,31989.html>.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وفي ذات السياق أصدرت محكمة الاستئناف بباريس في غرفتها الرابعة بالقسم الخامس في نوفمبر 2022 قرارها الذي يقضي ببطلان العقد المبرم بين شركة Alain Afflelou Franchiseur وشركة Active International بالنظر للاحتيال الذي ارتكبه هذه الأخيرة خلال التفاوض وإبرام العقد المذكور المتعلق بمخزون النظارات وأدانتها المحكمة بمبلغ تعويض قدره 120,612 يورو لكون أدائها كان بشكل غير لائق يتنافى مع حسن النية<sup>1</sup>.

### **الفرع الثاني: موقف المشرع الانجليزي من الالتزام بحسن النية في المفاوضات.**

يعتمد القانون الانجليزي في الأصل على قانون عام غير مكتوب ويستند على السوابق القضائية، وعلى عكس غالبية القوانين التي نصت على مبدأ حسن النية فقد اعتبره القانون الانجليزي قاعدة أجنبية، ولم يتضمن مفهوما محددًا لهذا المبدأ واعتبره مصطلح غير واضح يتسم بالإبهام والغموض كما أنه صعب التحديد، وقد أضى مبدأ حسن النية مصدر إزعاج في الفقه القانوني الانجليزي وغير مرحب به، فاختلف القضاء والمحامين والأكاديميين في بريطانيا حول الحاجة لتبنيه من عدمه، ولم يتوصلوا لرأي موحد ولا لنقطة التقاء، وهو ما قال فيه أحد المؤلفين معبرا عن شدة الخلاف: " في سياق قانون العقد يمكن القول بأنه لا يوجد شيء يوحد المحامين الانجليزيين مثل الاعتقاد بالطبيعة الفريدة للقانون العام القانون القائم على السوابق القضائية، ولا يوجد شيء يفرقهم مثل قضية حسن النية"<sup>2</sup>.

فقد واجه مبدأ حسن النية رفضا كبيرا من قبل القضاء والفقه القانوني الانجليزي، ومن بين القرارات القضائية في هذا الشأن: في سنة 1989 حيث أوضح القاضي بينقهام في قضية

---

<sup>1</sup> Consulté le cite : [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr) le 31 mars 2023 a 18 h 23 mn.

<sup>2</sup> " In the context of contract law, it could be said that nothing unites English lawyers like the belief in the unique nature of the common law. Nothing divides them like the issue of good faith".

Interfoto picture libarty ltd v stiletto visual programmes ltd<sup>1</sup>

التي تؤكد عدم اعتراف القانون الانجليزي بمبدأ حسن النية حيث قال: " في العديد من أنظمة القانون المدني وربما في أغلب النظم القانونية خارج عالم القانون العام، قانون الالتزامات قد اعترف وفرض مبدأ شامل بأنه في إبرام وتنفيذ العقود، الأطراف المتعاقدة يجب أن تعمل بحسن نية... القانون الانجليزي ألزم نفسه بشكل خاص بعدم وجود مثل هذا المبدأ، لكنه طور حلول جزئية استجابة للمشاكل الظاهرة لعدم العدالة"<sup>2</sup>.

فقد استندت معظم المحاكم البريطانية على هذه المقولة فهي في نظرهم سابقة قضائية من حيث رفضها لوجود مبدأ حسن النية في قانون العقود، ويشمل هذا الرفض مرحلة المفاوضات العقدية وحتى مرحلة تنفيذ العقد بعد مرحلة الإبرام، وتعدت بعض المحاكم ذلك ليمتد هذا الرفض إلى الشرط التعاقدي الذي مفاده التفاوض أو تنفيذ العقد بحسن نية، وهو ما حدث سنة 1992 في قضية walford v miles<sup>3</sup> خلال قول اللورد Anker يتضح من

حيث جاء في قوله: " إن مفهوم واجب السير بالمفاوضات بحسن نية يتعارض بطبيعته مع موقف الخصومة لدى الأطراف عندما تشارك بمفاوضات... واجب التفاوض بحسن نية هو

---

<sup>1</sup> قرار مأخوذ عن كاضم كريم علي، مبدأ حسن النية في العقود في القانون الإنكليزي بين الرفض والقبول، دراسة في ضوء أحدث القرارات القضائية الإنكليزية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد ، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " للمدة 6-7-11-2019، ص 286، 287.

<sup>2</sup> " In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world , the law of obligation recognizes and enforces an overriding principle that in making and carrying out contract parties should act in good faith ...English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness "

كاضم كريم علي، المرجع السابق، ص 287.

<sup>3</sup> [1992] 1 All ER 453, [46] (Lord Ackner).

مأخوذ عن كاضم كريم علي، المرجع السابق، ص 287، 288.

غير عملي لتعارضه بطبيعته مع موقف الطرف التفاوضي"<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن فكرة حسن النية لم تكن تحتل مكانا ثابتا في القانون الإنجليزي وقواعده فهي تعد فكرة أساسية لإبرام العقد وهي ذات طابع مادي، مما يعني عدم الاعتداد بالنية بوجه عام باعتبارها عبارة عن أمر خارج عن التصرف ولذلك تتردد المحاكم الإنجليزية في إعمال هذا المبدأ لأنه لا يتوافق مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فاتفاق الطرفين على شروط محددة في العقد يعني أنه لا حاجة بذلك لتعديلها أو تغييرها أو حتى تعطي لها استنادا لكونها تخالف مبدأ حسن النية، فهذا المبدأ من وجهة نظر الفقهاء يعد أحد أشكال السلوك وليس التزام ولا واجبا قانونيا.

أما بالنسبة لتفسير العقود فيتبع قضاة المحاكم الإنجليزية التفسير الحرفي ولا يلجؤون للنية المشتركة للمتعاقدين لأنها أمر داخلي ونفسي لا علاقة له بالمظهر المادي المعتمد عليه، ونادرا ما تثار المسؤولية ما قبل التعاقدية أمام المحاكم الإنجليزية، نظرا لاعتقادهم أن المتعاقدين في كامل وعيهم ودرايتهم بما يمكن أن ينجر عن علاقتهم التعاقدية من مخاطر، فيقع على عاتق الطرفين حماية مصالحهم العقدية، ولا يمكنهما الانسحاب من المفاوضات من غير مسؤولية<sup>2</sup>.

وفكرة حسن النية هي فكرة غامضة، لا يمكن إيجاد معنى محدد لها فهي في نظر الفقيه بورتون تمنح المتعاقد الحق في أن يشكو من كل شيء تقريبا، وإعمالها قد حمل شركات

<sup>1</sup> " The concept of a duty to carry negotiation in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiation ...A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party".

<sup>2</sup> سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة تبوك، المملكة العربية السعودية، عدد 23، فبراير 2014 ص 26، 27.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التأمين آثارا ضخمة ففكرة حسن النية في القانون الإنجليزي على العموم هي فكرة مرفوضة<sup>1</sup>، وبالرغم من ذلك فقد كان هناك استثناء ضروري لتوفرها في بعض العقود التي تتطلب وتستدعي الائتمان والثقة، كعقد التأمين وعقد الوكالة وكذا عقد نقل البضائع، لكونها تستدعي من الوكيل الإفضاء عن كافة المعلومات لموكله ولاسيما كون المؤمن له يفصح عن كامل المعلومات، ووجوب أن تكون هذه المعلومات بيانات حقيقية غير مغلوطة.

ومع مطلع القرن 19 اعترفت بعض المحاكم بوجود شرط ضمني بحسن النية في بعض العقود، واعترفت محاكم أخرى بوجود شروط ضمنية مجتمعة الهدف منها حماية المتعاقدين<sup>2</sup>، ووجوب الالتزام كذلك ببذل العناية اللازمة لتحصيل موافقة الغير، لاسيما إن كان ذلك ضروري لتنفيذ العقد، إضافة إلى الشرط الضمني الذي يقضي بعدم منع أي متعاقد لآخر من تنفيذ العقد، وكذلك عدم الاستناد لانتهاك العقد زيادة على الشرط الضمني بوجود السلطة التقديرية الممنوحة لأحد الطرفين وأنها لا تستخدم إلا بطريقة تتوافق مع الأمانة والنزاهة، كما أن القضاء الانجليزي يضمن الحماية وفقا لمعيار توقعات الرجل الأمين، ولم يقم بالاعتراف بواجب ضمني عام لحسن النية في العقود، وبالرغم من أن القضاء الإنجليزي لم يوجد مبدأ حسن النية بصيغة صريحة، إلا أنه يلاحظ وجود عدة قوانين الغاية منها حماية المتعاقدين ضد الممارسات التعسفية التي تجسد سوء نية الطرف المتعاقد ومنها القانون الذي صدر عام 1977 المتعلق بالشروط التعاقدية المجحفة والذي أتاح بموجبه القانون للمحاكم إلغاء تلك الشروط أو تعديلها

---

<sup>1</sup> في قضية "فرانسو" ضد شركة "الستوم" المحدودة، اتفق الطرفان على بناء محطة لتوليد الكهرباء، وتضمن العقد شرطا يتيح لأي من الطرفين العدول إذا تبين أن المشروع غير مجدي اقتصاديا بالنسبة له، وبالفعل أعلنت شركة "الستوم" عن انسحابها، استنادا إلى هذا الشرط، واعتبرت شركة فرانسو أن انسحاب "الستوم" لم يكن مؤسسا على هذا السبب، وأن هذا الانسحاب غير المبرر يتعارض مع الواجب الضمني بحسن النية، إلا أن المحكمة قضت لصالح شركة "الستوم"، وجاء بمسوغات الحكم: "أنه ليس هناك ما يدعو لإدخال واجب عام بحسن النية في قانون العقد الإنجليزي، فالقضاء الإنجليزي يحترم دوما مبدأ التوقعات المعقولة لأطراف العقد"، وهو ما يتفق والقواعد الراسخة في "common Law" وأنه في سياقات محددة قد يفرض حسن النية، كما هو الحال في عقود النقل وعقود التأمين.

حكم مأخوذ عن سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 30.

<sup>2</sup> قضية "فرانسو" ضد شركة "الستوم" حكم مذكور سابقا.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

إذا اتضح أنها غير معقولة. وأصدر عام 1994 مجموعة من الشروط ضمنها في لائحة سماها بالشروط التعسفية في عقود المستهلكين، الغاية منها حماية المستهلك والتي منحت للمحكمة سلطة استبعادها وبالأخص تلك الشروط التي لم يتم التفاوض بشأنها، وفي نظر العديد من الفقهاء فإن القانون الإنجليزي<sup>1</sup> سوف يتأثر حتما بالمفاهيم الأوروبية<sup>2</sup>، وقد يصبح في القريب العاجل مبدأ حسن النية مقبولا لديه كالتزام ضمني عام في القانون الإنجليزي<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من الالتزام بحسن النية.

اعتمدت معظم الدول مبدأ حسن النية وأدرجته ضمن قوانينها لما له من بالغ الأهمية وباعتباره مبدأ عام، فقد سمحت بإسقاطه على كافة مراحل التعاقد، وهو ذاته ما ذهب إليه الفقه وهذا ما سنتطرق له من خلال ما يلي:

<sup>1</sup> سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 31، 32.

<sup>2</sup> تبنت بعض التشريعات والقوانين مبدأ حسن النية في المفاوضات على غرار المشرع الألماني إذ اعتبرت المدرسة الألمانية هي الرائدة من حيث فرض مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، فتقتضي وفقا لما جاء به القانون الألماني، أنه يقع على عاتق كل متعاقد أن يراعي مصالح الطرف المقابل في جميع مراحل العقد بما فيها مرحلة التكوين ومرحلة التنفيذ كالتزام عام، وتطبيقا لمبدأ حسن النية وقد أشارت المادة 241 من القانون المدني الألماني إلى ذلك، بحيث ألزمت كل متعاقد بمراعاة حقوق ومصالح المتعاقد الآخر وقامت المادة 311 من ذات القانون بتوسيع هذا الالتزام، وجعلته يطبق على مرحلة المفاوضات.

كذلك وردت الإشارة إلى مبدأ حسن النية في مبادئ اليونيدرو والتي قام بسنها معهد توحيد قواعد القانون الخاص بروما عام 1994، ويسعى من خلالها إلى توحيد الدول لاسيما تلك الدول التي تتبنى النظام اللاتيني ودول الشريعة العامة، للتعامل مع المشاكل القانونية المطروحة نتيجة للصعوبات والتباين في القوانين، وبالأخص التي تقف حجر عثرة في وجه المعاملات التجارية الدولية بسبب عدم توحيد قوانينها، وسعيا كذلك لملء الفراغات المتواجدة في الاتفاقية فقد جاء في مضمون هذه القواعد وفي المادة السابعة منها ضمن فقرتها الأولى التي تحتويها مبادئ اليونيدرو المتعلقة بالتجارة الدولية والتي صدرت سنة 2004 عن المعهد الدولي في روما على أنه: "يجب أن يتصرف كل طرف وفقا لما يقتضيه حسن النية".

ويعد من قبيل سوء النية بوجه خاص دخول طرف في التفاوض أو الاستمرار فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر"، محمود فياض، المرجع السابق، ص 234، 235.

<sup>3</sup> سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 32.

### أولاً: مبدأ حسن النية في القانون المدني.

يمتلك مبدأ حسن النية عراقاً جعلت تشريعات الدول الداخلية وحتى الدولية تعترف به<sup>1</sup>، وباستقراءنا لمواد القانون المدني الجزائري نلمس تنوعاً وتعددًا في الأحكام التي تشير إلى حسن النية وكذا نقيضه من سوء النية، وهو ما يعد دليلاً كاشفاً يوحى بالمكانة المتميزة التي خصها المشرع الجزائري لهذا المبدأ<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول مكانة هذا المبدأ؟ وهل يشمل مرحلة المفاوضات أم أنه يقتصر على المرحلة التعاقدية؟

بالرجوع لأحكام القانون المدني نجد في طياته عدة نصوص أشارت إلى مبدأ حسن النية وذلك بطريقة غير مباشرة، ومثالها تلك الحالات المتعلقة بالحيازة وكذا الالتصاق إضافة إلى الأوضاع الظاهرة والتعسف في استعمال الحق وغيرها من الحالات التي تنطوي على نصوص عديدة بصفة غير مباشرة، منها كذلك نظرية عيوب الإرادة<sup>3</sup> ويبقى نص المادة 107 من القانون المدني هو النص الوحيد الذي أشار إلى حسن النية بصفة صريحة<sup>4</sup>.

ففي قواعد الحيازة يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يجهل أنه يتعدى على حق الغير، وهو ما تبرزه المادة 824 من القانون المدني<sup>5</sup>، وذلك بشرط أن لا يكون جهل الحائز ناشئاً عن خطأ جسيم فهنا حسن نية الحائز مفترض ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك، ولا تتجلى صفة

<sup>1</sup> بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 22.

<sup>2</sup> لعجال مدني، مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مجلد 06، عدد 02، سنة 2022، ص 182.

<sup>3</sup> زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 23.

<sup>4</sup> نصت المادة 107 من القانون المدني على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...".

<sup>5</sup> جاء نص المادة 824 من القانون المدني كما يلي: " يفترض حسن النية لمن يحوز حقاً وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم.

وإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله.

ويفترض حسن النية دائماً حتى يقوم الدليل على العكس ".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

حسن النية إلا إذا أصبح الحائز عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير<sup>1</sup> وذلك ما تؤكد المادة 825 من القانون المدني<sup>2</sup>.

ونجد كذلك مبدأ حسن النية بخصوص البناء على أرض الغير، حيث عبرت المادة 785 من القانون المدني أن صاحب البناء إذا اعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت هذه، فإنه يعد حسن النية وذلك مشروط بأن الباني يكون حسن النية، إما لاعتقاده بأنه مالك أو بالرغم من علمه بأنه لا يملك الأرض إذا كان يعتقد أن له حقاً في إقامة البناء عليها نظراً لحصوله على ترخيص من صاحب الأرض، وذلك من دون اتفاق على مصير الأرض التي تم الانتفاع بها وكذلك باعتباره مستأجراً خوله المؤجر إقامة البناء على الأرض المؤجرة.

وفي ذات السياق يمكننا استظهار مبدأ حسن النية في مجال الدفع غير المستحق إذا كان بحسن نية، ومثاله المستأجر الذي يدفع مبلغ الإيجار مسبقاً لمؤجر لم يكن مالكا للعين المؤجرة وهو في اعتقاده أنه قد دفع للمالك، ولذلك يكون للمالك الجديد الرجوع المؤجر السابق بأحكام الدفع غير المستحق لحسن نية المستأجر، لأنه لم يكن يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية وهو ما تشير إليه المادة 469 مكرر 4 وهنا حسن النية دوره عدم إرهاب المؤجر السابق الذي تسلم الغير مستحق وفي اعتقاده أنه تسلم حقاً له، إذ لا يطالب إلا برد ما تسلم من غير احتساب الفوائد التي تحصل عليها وهو ما نصت عليه المادة 147 من القانون المدني ويعود ذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب.

وعليه فإنه يلتزم من تسلم غير المستحق برد ما يؤدي إليه، ولكن فيما يتعلق بالثمار فمتى كان من تسلم غير المستحق حسن النية في ذلك فهو لا يرد الثمرات والفوائد إلا من وقت رفع الدعوى أو من وقت المطالبة، وعلى العكس من ذلك إن كان سيئ النية فإنه يلتزم برد

<sup>1</sup> زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> نصت المادة 825 على أنه: " لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير .

ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى، ويعد سيئ النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه ."



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الفوائد والأرباح أو ما كان في وسعه الحصول عليه من ذلك الشيء، ابتداء من وقت القبض أو الوقت الذي صار فيه سيئ النية<sup>1</sup>.

وباستقراء نص المادة 107 من القانون المدني نجدها تنص في الفقرة الأولى منها على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية ".

ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد جعل من مبدأ حسن النية مبدأ قانوني عام وسبق أن أقر في المادة 106 من ذات القانون بأن: " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين "، مما يوحي أن المشرع الجزائري يعتد بالإرادة في صنع العقود وتكوينها، إلا أن هذه الإرادة غير مطلقة وتخضع لحدود، ولهذا فرض على أطراف العلاقة التعاقدية الالتزام بحسن النية أثناء التنفيذ وكذلك من ناحية أخرى نجده قد أعطى للنية وزنا لما أخذ بالإرادة الباطنة كأصل واستثناء أخذ بالإرادة الظاهرة.

وفي نفس السياق نجد أن المشرع الجزائري قد اعتد بانسحاب مبدأ حسن النية إلى مرحلة الإبرام وهو ما أشارت إليه المادة 111 التي أخذت بالنية المشتركة بمناسبة تفسير العقد بغية التعرف على الإرادة من غير الوقوف عند معنى الألفاظ الحرفي، بحيث يقوم القاضي بالكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين وإلى أي مدى التزما بما يتطلبه ويقضيه مبدأ حسن النية قبل إبرام العقد.

كما تجدر الإشارة أنه في هذا الصدد يمكن الاستعانة بطبيعة التعامل وبالثقة والأمانة التي يفترض أن تتواجد بين المتعاقدين، وبذلك يراعي كل طرف الطرف المقابل من خلال صدقه وأمانته معه.

ويمكننا العثور على هذا المبدأ في المرحلة ما قبل التعاقدية من خلال النصوص التي تتعلق بعيوب الرضا كالتدليس، حين اعتباره السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة إذا تبين أن

<sup>1</sup> زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 29.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة<sup>1</sup>، ففي حالة إخلال أحد الأطراف المتفاوضة بالالتزام بالإعلام مثل أن يتم كتم واقعة مؤثرة أو يقوم بحجب المعلومات اللازمة والضرورية لإنشاء العقد أو إبرامه أو تنفيذه، فإن ذلك يعد إخلالا بمبدأ حسن النية، الأمر الذي يجعل الطرف المخل بالتزامه يقع تحت وطأة الكتمان التدليسي<sup>2</sup> وبذلك قد أقر المشرع الجزائري ضمنيا بامتداد مبدأ حسن النية إلى مرحلة تكوين العقد.

ومن هنا يتضح لنا أن الإدلاء بالمعلومات والبيانات في مرحلة ما قبل التعاقد ضروري ومهم لكونها تأثر على الرضا وتوجهه، وعلى إثر ذلك قد يتم الإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد، وقد اشترطت المادة 352 من القانون المدني عدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا ليبطل العقد، إذ يلتزم البائع بمقتضيات حسن النية عند إدلائه بما يتعلق بإبرامه للعقد.

يتضح لنا جليا من خلال ما سبق عرضه بأن المشرع الجزائري قد نص على مقتضيات مبدأ حسن النية بصفة ضمنية عبر فرضه للالتزامات متبادلة بين المتعاقدين طوال فترة العقد، فكان من لأصوب له أن يذكرها صراحة لتتضح معالم العقد بشكل جلي<sup>3</sup>.

وبالتالي فإن مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري يعد قاعدة عامة لكافة وجميع التصرفات وفقا لما ذكرته المادة 107 من القانون المدني السابقة الذكر، لأنها جاءت عامة ومطلقة لكونها ذكرت أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، فهي تتطلب صراحة ضرورة تنفيذ العقد بما يوجبه حسن النية من شرف ونزاهة في التعامل.

لا شك في أن مبدأ حسن النية يساهم بصفة مباشرة في بث الطمأنينة والاستقامة في نفوس الأطراف المقبلين على التفاوض، فهو ينشئ قاعدة أخلاقية وقانونية في ذات الوقت لاسيما في حالة الالتزام الذي يثور بشأنه الشك، مما يوحي بالأهمية البالغة لهذا المبدأ خلال

<sup>1</sup> بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 23، 24، 25.

<sup>2</sup> هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المرجع السابق، ص 124.

<sup>3</sup> بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 25.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

مرحلة التفاوض، فسلوك أحد الطرفين يكون مسؤولاً عنه في حالة حدوث ضرر للطرف الآخر، سواء كان غشاً أو تضليلاً أو إخفاء لمعلومات جوهرية من شأنها التأثير في العقد محل التفاوض.

ويجدر بنا التويه كذلك إلى أن المشرع الجزائري كان عليه التتصيص على مبدأ حسن النية ضمن التعديل الذي أجراه على القانون المدني عام 2005، حتى يسد الفراغ القائم ولذلك فلا مناص من صياغة المادة القانونية بصفة صريحة بحيث يذكر بأن الالتزام بحسن النية كمبدأ عام يسري في جميع مراحل العقد بما فيها مرحلة التفاوض.

بحيث يمتد هذا المبدأ ليشمل مراحل الإبرام والتنفيذ وحتى التفسير بصيغة واضحة لا تدعو لأي لبس، وأن قواعده هي من النظام العام لا يجوز مخالفتها كما تقرر المسؤولية المدنية التي تترتب عن إخلاله بمبدأ حسن النية، سواء كان ذلك في التعاقد أو في مرحلة التفاوض أو في أي مرحلة كان عليها العقد<sup>1</sup>.

وعليه نقترح أن يتم التتصيص على مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد بما في ذلك مرحلة المفاوضات التي تسبق التفاوض، اقتداء بما جاء في تعديل القانون المدني الفرنسي وبناء على ذلك نقترح أن تأتي صياغة المادة كما يلي: **يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية.**

وفي ذات السياق صدرت عن المحكمة العليا في غرفتها المدنية عدة قرارات تعنى بمبدأ حسن النية، من ضمنها القرار الصادر في 24-10-1999 والمتعلق بالملف رقم 191.705 الذي يتعلق بقضية ( م ت س ع ) ضد ( س ع ق ) حول عقد تخصيص سكن، الاتفاق على السعر الأصلي، شروط مراجعة السعر وسلطة القاضي في تكييف العقد، والذي قضت بمقتضاه المحكمة العليا على أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 171، 172.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك وهذا ذاته ما أكدته المادة 107 من القانون المدني السالفة الذكر التي أخطئوا في تطبيقها<sup>1</sup>.

وكذلك في قرار آخر صدر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا أكدت فيه بأنه يعد غشا تسليم كمية من البطاطا المخصصة للاستهلاك، بدلا من أن تسلم نفس كمية بذور البطاطا حسب العقد المبرم بين الطرفين، ومن جهة ثانية أن البضاعة المسلمة إلى المشتري كانت فاسدة ومصابة بمرض حيث أن المدعية في الطعن أصبحت مسؤولة عن هذه الأفعال في إطار المسؤولية العقدية<sup>2</sup>.

كل هذه الاجتهادات والقرارات الصادرة عن المحكمة العليا تقوم على قيم أخلاقية واعتبارات قانونية وكذا اجتماعية الغاية منها محاربة الغش والخداع باعتباره سلوك منحرف غير قويم، يتنافى ومبدأ حسن النية التي يشترط توافرها في جميع مراحل العقد<sup>3</sup>.

### **ثانيا: مبدأ حسن النية في قوانين الاستهلاك وعقود الخدمات:**

من خلال الاطلاع على نصوص بعض القوانين نجدها قد أوردت مبدأ حسن النية، ومنها من تطرقت للالتزامات التي تنبثق وتتبع من مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، فنجد مثلا قانون حماية المستهلك وقمع الغش قد كرس الالتزام بالإعلام من خلال مادته 17<sup>4</sup>، زيادة على ذلك نجده قد نص على وجوب عدم الإضرار بمصلحة المستهلك أو المساس بها

---

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 24-10-1999، ملف رقم 191705، المجلة القضائية لسنة 1999، عدد2، ص 95.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 16-02-2000، ملف رقم 213691- المجلة القضائية لسنة 2001، عدد1، ص 125.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 173.

<sup>4</sup> جاء في المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 المعدل والمتمم السابق الذكر ما يلي: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة ... "

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وهذا بغية تكريسه للسلوك النزيه في تعامل المهني مع الطرف الآخر<sup>1</sup>، وكذلك القانون 04-02 المتضمن القوانين المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر، قد ألزم بالإعلام<sup>2</sup>.

هذا وباعتبار التأمين يندرج ضمن عقود الخدمات<sup>3</sup>، نجده هو الآخر يتضمن التزامات تدخل ضمن نطاق حسن النية وتعنى بالمرحلة السابقة على التعاقد، ومن بينها الالتزام بالتعاون الذي يعتبر سلوكا ايجابيا يتم فرضه على كلا الطرفين بغية التنسيق بين المصالح المتبادلة ببذل المساعدة من المتفاوضين، ويمكن أن يظهر ذلك في المرحلة التفاوضية لعقد التأمين من خلال سلوك الطرفين بتضافر مجهودهما في الاتفاق على قيمة القسط أو الاشتراك وكيفية دفعه، وتحديد شروط التعاقد إضافة إلى الاتفاق على الأخطار المستبعدة ومبلغ التأمين وغيرها من البنود، إضافة إلى هذا يقع على وسطاء التأمين تقديم إعلام واضح ومفيد للمؤمن له بهدف تزويده بالنصائح والتحذيرات وفق ما تقتضيه مصلحته فهذا كله من قبيل حسن النية.

وتماشيا مع ما سبق فقد أكد الفقه هذا الدور إذ كيف التعاون على أنه التزام تبادلي يدعم الحوار بين المؤمن وطالب التأمين لاسيما عبر ما يبذله سمسار التأمين خلال الفترة التفاوضية نظرا لكونه وكيلا عن طالب التأمين ومسؤولا تجاهه، إذ يقوم بالمساعدة بغية إيجاد تغطية تأمينية مناسبة بأحسن الأسعار، فيتغلب عنصر الثقة بين الأفراد على حساب المصالح الشخصية، وهو ما يجسده التعاون بالالتزام الوسيط بالجدية والاعتدال على مقترحاته، كما يعمل على استمرارية المفاوضات وعدم الانسحاب منها أو قطعها من دون سبب جدي.

ويشمل الالتزام بالتعاون التزامات أخرى فعند تعاون الطرفين تتلاشى فكرة تناقض المصالح ويحل محلها التسامح، ومن بين الالتزامات الأخرى التي يرتبط بها هي تقديم النصح

---

<sup>1</sup> تجسيدا لذلك نصت المادة 19 من ذات القانون على أنه: " يجب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا تسبب له ضررا معنويا "

<sup>2</sup> نتطرق لذلك بالتفصيل حين عرضنا للالتزام بالإعلام في المبحث الموالي أنظر: الصفحة 196.

<sup>3</sup> يساهم المؤمن بالتعاون مع المؤمن له في توزيع آثار الخطر وتشتيته بحيث تهددهم مخاطر من صنف واحد، بن علي صليحة، المرجع السابق، ص 26.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

والتحذير للطرف الآخر وكذا الالتزام بالنزاهة الذي له علاقة هو الآخر بالثقة المشروعة وجودا وعدما، فتتباين حسب توقعات شركة التأمين وزبائنها بحيث تكون الثقة بمستوى ضعيف ثم ترتفع وتزداد كلما كان السلوك نزيها وصادقا.

وعلاوة على ذلك فإن شركات التأمين ووكلائها لابد لهم من الالتزام بالنزاهة خلال جميع مراحل تكوين العقد، فلا تضع شروطا تعسفية ولا مجحفة في حق زبائنهم، فتخل بذلك بصفة صريحة بالالتزام بالنزاهة الذي يفرضه حسن النية<sup>1</sup>.

### ثالثا: مبدأ حسن النية في القانون التجاري.

يظهر لنا مبدأ حسن النية بشكل جلي في القانون التجاري في عدة مواضع، لعل أبرزها ظهور هذا الأخير بالشركات التجارية، ومن أبرز مظاهره في الشركات التزام الشركاء بالتعاون الذي يمتد طيلة حياة الشركة حتى تتحقق مصلحة الشركة والشركاء معا، ويكون ذلك عبر التعاون الإيجابي الذي تقدم من خلاله الحصة، ويتم السهر على إثارة لتحقيق الغرض الذي نشأت من أجله الشركة، ويقوم المفهوم التقليدي للاشتراك على فكري التعاون المساواة للوصول إلى تحقيق الربح، أما فيما يتعلق بالمفهوم الحديث فيعد التعاون هو الرغبة في تحمل مخاطر الاستغلال المشترك، وتتحقق نية الاشتراك من خلال اتخاذ الشركاء لقرارات من شأنها خدمة المصلحة الجماعية، ومتى هيمنت مصلحة أحد الشركاء أو مجموعة منهم انتفت نية الاشتراك، وذلك لا يتأتى إلا بالاتفاق على توزيع الأرباح والخسائر.

ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع نظم سلطات المسيرين حتى يضمن حقوق دائني الشركة عبر وضعه ميكانيزمات تتعلق بالتمثيل، أبرزها قاعدة "عدم الاحتجاج على الغير" والمقصود بها عدم سريان بعض تصرفات المسيرين تجاه الغير، إذ تمكن هذه القاعدة الغير من تجاهل هذه التصرفات والمطالبة بعدم نفاذها، واعتبارها كأن لم توجد وتتخذ هذه القاعدة صورتين الأولى تتجلى في عدم الاحتجاج على الغير بالتحديد الاتفاقي لسلطات المسيرين في

<sup>1</sup> بن على صليحة، المرجع السابق ص 26، 39، 43، 44، 48، 49.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

القانون الأساسي، أما الثانية فهي عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع الشركة<sup>1</sup> وقد سمح المشرع بوضع قيود بشأن ذلك<sup>2</sup>.

وبناء على ما سبق يعد حسن النية شرطا أساسيا حتى تطبق قاعدة عدم الاحتجاج لتحديد السلطات، وبذلك لا يكون علم الغير من عدمه إلا معيارا كاشفا عن حسن النية وإلى جانب هذه القاعدة، قرر المشرع قاعدة عدم الاحتجاج على الغير بتجاوز المسير لموضوع شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة<sup>3</sup>، ويتضح ذلك من خلال المادتين 577 و623 من القانون التجاري<sup>4</sup>.

وبالتالي فإن مبدأ حسن النية يعتبر عنصرا كاشفا عن التصرفات التي يشتبه في صحتها، لاسيما في الشركات التجارية وهو ما ساهم في تطور هذا المبدأ بالتصرفات العقدية

---

<sup>1</sup> زكري إيمان، مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظاهره وآثاره، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، عدد 04، مارس 2018، ص 03، 04.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن هذه القيود لا يمكن تجاوزها إلا عبر تعديل القانون الأساسي بشرط أن لا يمس هذا التحديد بسلطات المسيرين ويتضح ذلك من خلال المواد 554، 577، 622 من القانون التجاري السالف الذكر، زكري إيمان، المرجع السابق، ص 04.

<sup>3</sup> زكري إيمان، المرجع السابق، ص 05.

<sup>4</sup> نصت المادة 577 على ما يلي: " يحدد القانون الأساسي سلطات المديرين في العلاقات بين الشركاء وعند سكوت القانون الأساسي تحددها المادة 554 أعلاه.

وفي العلاقات مع الغير للمدير أوسع السلطات للتصرف في جميع الظروف باسم الشركة من دون إخلال بالسلطات التي يمنحها القانون صراحة للشركاء، فإن الشركة نفسها ملزمة بتصرفات المدير التي لم يدخل في نطاق موضوع الشركة، ما لم تثبت أن الغير كان عالما أن التصرف يتجاوز ذلك الموضوع، أو أنه لم يخف عليه ذلك نظرا للظروف وذلك بقطع النظر على أن نشر القانون الأساسي كاف وحده لتكوين ذلك الإثبات.

لا احتجاج تجاه الغير بالشروط التي يتضمنها القانون الأساسي والمحددة لسلطات المديرين الناتجة عن هذه المادة، عند تعدد المديرين يتمتع كل واحد منفردا بالسلطات المنصوص عليها في هذه المادة ولا أثر لمعارضة أحد المديرين لتصرفات مدير آخر تجاه الغير، ما لم يقدّم الدليل على أنهم كانوا على علم بها ".

كما نصت المادة 623 على أنه: " تلتزم الشركة في علاقاتها مع الغير حتى بأعمال مجلس الإدارة التي لا تصل بموضوع الشركة إلا إذا ثبت أن الغير كان يعلم بأن العمل يتجاوز هذا الموضوع أو كان لا يستطيع أن يجهله مراعاة للظروف، ومن المستبعد أن يكون نشر القانون الأساسي وحده كاف لإقامة هذه البينة.

لا يحتج على الغير بأحكام القانون الأساسي التي تحد من صلاحيات مجلس الإدارة ".

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

بصفة عامة وفي الشركة التجارية بصفة خاصة، وبالرغم من أن المشرع قد اعترف بالآثار القانونية لهذا المبدأ، إلا أنه لا يزال هناك نقص فيما يخص النظام الإشهاري الذي هو بحاجة إلى إجراء فرض الرقابة السابقة وتنظيم الإشهار عن طريق وسائل نشر خاصة بالشركات، حتى لا تنتشر معلومات خاطئة أو وهمية واعترافه بتطبيقات هذا المبدأ، مثل نظرية الشركة الفعلية ونظرية التسيير الفعلي لا يدل على نجاح الضمانات، مع انتشار الشركة الفعلية في الواقع العملي، من غير وجود نصوص قانونية تنظمها وتبرز مجالها وتميزها عما يشتهر بها<sup>1</sup>.

### **المبحث الثاني:**

#### **المبادئ المنبثقة عن حسن النية في التفاوض.**

إن تحقيق الأمن والاستقرار في مرحلة المفاوضات وضمان سريانها على أتم وجه وتتويجها بالنجاح الذي يكلل بإبرام العقد النهائي، مرهون بتحلي أطرافها بحسن النية وما يستدعيه هذا المبدأ من تعاون وثقة واستقامة وأمانة ونزاهة في التصرفات، ونرى أن بقية الواجبات والمبادئ من التزام بواجب التبصير وكذا الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات والبيانات زيادة على عدم الولوج لمفاوضات موازية بشأن ذات الصفقة الجاري التفاوض بشأنها، ما هي إلا التزامات ومبادئ أساسها حسن النية في التفاوض، فهي تندرج ضمن هذا الأخير وتنبثق عنه، فلا يتصور من متفاوض سيء النية أن يعلم الطرف الآخر بكل تفاصيل الصفقة التي سوف يعقدانها و أن يحافظ على البيانات والمعلومات التي تحوز على طابع سري وذات أهمية بالنسبة لصاحبها، وأن لا يقوم باستغلالها لمصلحته الشخصية، وكذلك لا يتوقع منه عدم الخوض في مفاوضات موازية مع أطراف أخرى في ذات الوقت الذي سبق له التفاوض بشأن نفس الصفقة مع أطراف سابقين، فلا شك ولا ريب أن الالتزام بهذه المبادئ يعد من قبيل حسن النية، وهي لا تقل أهمية عن هذه الأخيرة ولا مناص من توافرها في مرحلة المفاوضات السابقة

<sup>1</sup> زكري إيمان، المرجع السابق، ص 15، 16.



## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

للتعاقد، نسعى للخوض في تفاصيل هذه الواجبات، سعياً لإزالة اللبس عنها مع تسليط الضوء على مدى تطرق القوانين الجزائرية لهذه الالتزامات.

### **المطلب الأول: واجب الإدلاء في مرحلة المفاوضات.**

يكتسي واجب الإدلاء أو ما يصطلح عليه بالالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض أهمية بالغة، فالمعلومة هي الشمعة التي تضيء الطريق إلى العقد<sup>1</sup>، حيث يعتبر الإدلاء بها من أهم الحقوق التي يتوجب ضمانها للمستهلك بغية حمايته، لاسيما في خضم التطورات الرهيبة التي عرفها العالم، والتقدم الصناعي والتكنولوجي الذي طغى على المنتجات التي يتم عرضها للاستهلاك، ولذلك حرصت التشريعات في مختلف الدول على سد فجوة التفاوت الموجود بين المستهلك العادي والمتدخل المحترف، فأقرت في تشريعاتها الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، كتجسيد صريح للحماية في مواجهة المستهلك الضعيف، الذي يجد مجاله الطبيعي في المرحلة التي تسبق نشوء العقد، حيث يولد الرضا ويصحح<sup>2</sup>.

هذا ويتسع مجال الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات ليشمل أيضا الالتزام بالإدلاء في كل من المرحلة السابقة للعقد المصرفي وكذلك في مرحلة التفاوض على العقد الطبي في كل من فترة التشخيص وفترة الإقبال على العلاج إضافة إلى التعرّيج على الالتزام بالإدلاء في المواد الصيدلانية بحيث تعتبر الدراسات نادرة في هذه الأخيرة، ولتحديد معالم هذا الالتزام لابد لنا من تحديد مفهومه وأهم الأسباب التي دفعت إلى تقريره.

### **الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات.**

يبرز الدور الفعال للإدلاء بالمعلومات في كونه يوفق بين دور الإرادة ومبادئ المسؤولية وحسن النية، ويعيد النظر في عدم المساواة بين المتفاوضين ومسؤولية المهنيين في ذات الوقت، ولذلك ظهرت قوانين حماية المتفاوض بهدف اعتماد نظام وقائي الغاية منه تحقيق

<sup>1</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p 95.

<sup>2</sup> نابي مريم، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مجلد 03، عدد 04، 2018، ص 146.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

أقصى حماية قبل وقوع الضرر<sup>1</sup>، وعليه ففلسفتها هي الحماية وليس العقاب، وتجدر الإشارة إلى أنه فضلا عن ما سبق، فالالتزام بالإدلاء بالمعلومات من الناحية العملية يعزز موائمة الحلول المشتقة من عيوب الرضا وضمان العيوب الخفية وكذلك يجنب المسؤولية التي تسبق التعاقد<sup>2</sup>.

يقع الالتزام بالإدلاء بصفة أساسية على عاتق المتعامل الاقتصادي نظرا لأهمية المعلومات وحجمها التي تعتبر دقيقة وكاملة، والتي تتوفر لديه حول خصائص ومكونات المنتجات وكذلك الخدمات التي يؤديها، وسعيا لإزالة اللبس عن الالتزام بالتبصير نحاول تحديد تعريف له مع توضيح أهم خصائصه والأسباب التي أدت إلى تقريره<sup>3</sup>.

### أولا: تعريف الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات.

يعتبر الالتزام بالإعلام وسيلة وقائية لاجتتاب الأضرار التي بالإمكان وقوعها نتيجة التعاقد وعليه لابد من حماية المتعاقد في الفترة التي تسبق العقد<sup>4</sup>، وفي هذا الصدد اختلفت وتباينت التسميات التي أطلقت على هذا الالتزام فانقسم الفقهاء إلى عدة اتجاهات، فمنهم من سماه بالالتزام العام بالإعلام أو التبصير، ومنهم من أطلق عليه تسمية الالتزام بتوضيح البيانات والمعلومات أو الإدلاء بها، كما قد سماه صنف آخر الالتزام بالإخبار، وعلى الرغم من

---

<sup>1</sup> يعتبر الالتزام بالإعلام من الالتزامات الحديثة التي أتى بها المشرع الجزائري على غرار التشريعات الحديثة نظرا لظهور المنتجات والسلع المعقدة والتي تتسم بالخطر إضافة إلى ظهور باعة متخصصين، مما يسفر عن اختلال العلاقة العقدية فيلقي ذلك على الطرف الأقدر فنيا ومليا تنوير الطرف الآخر بجميع ما يحيط بعملية الاستهلاك المبتغى تحقيقها من شروط العقد.

قلواز فاطمة الزهراء، مقارنة الالتزام بالإعلام ببعض المفاهيم القانونية الكلاسيكية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، مجلد 01، عدد 01، 01 ديسمبر 2015، ص 32.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p 98.

<sup>3</sup> نابي مريم، المرجع السابق، ص 147.

<sup>4</sup> رشا موسى محمد الزهيري، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بين الأخلاق والقانون دراسة مقارنة، مجلة المعهد، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، عدد 14، سنة 2023، ص 431.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

اختلاف التسميات التي اصططحت عليه إلا أن معناه من الناحية القانونية لا يختلف ويبقى معنى واحد ثابت<sup>1</sup>.

يجد الالتزام بالإدلاء مجاله الطبيعي في المرحلة السابقة على نشوء العقد وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه<sup>2</sup>، ويجدر بنا التنويه في هذا الصدد أن تعريف الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات لم يقتصر على المفهوم التقليدي القائم على المساواة بين المتعاقدين الذي كرسه النظرية العامة، فقد تجاوز المفهوم التقليدي إلى مفهوم حديث، ومرد ذلك وجود عاملين يحكمان التعامل بين المستهلك والمتدخل ألا وهما:

أولاً التطور الذي عرفه عقد الاستهلاك ببروز تقنيات حديثة في العلاقة الاستهلاكية التي استحدثت معها عدة متغيرات، أفضت إلى اختلال في التوازن بين المستهلك والمتعامل، مما ساهم في التأثير في المادة العقدية في عقد الاستهلاك وهو ما استدعى السعي لإيجاد الحل لحماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.

ثانياً الضرورة في تجاوز المفهوم التقليدي للإعلام المقرر في القواعد العامة من خلال حماية واجب الإعلام، لكونه لم يعد يقرر الحماية اللازمة للمستهلك، الذي أضحي الجانب الأضعف في خضم الظروف الجديدة في المعاملات مع المتعامل الاقتصادي لكونها وسائل علاجية لا تتدخل إلا عند تنفيذ العقد، فالقواعد العامة تسعى لتسليط العقاب على المتعاقد المخل أكثر مما تحمي المستهلك.

فقد تبنى الفقه الحديث نظاماً وقائياً هدفه حماية المستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد، الذي ارتكز على قرينة العلم التي هي مفترضة في وصف المتعامل الاقتصادي، بغية إنشاء التزام قانوني يقع على عاتق هذا الأخير من أجل حماية المستهلك بإدراكه كل البيانات والمواصفات الخاصة بالمنتجات والخدمات.

<sup>1</sup> نابي مريم، المرجع السابق، ص 147.

<sup>2</sup> أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، جامعة الوادي، عدد 01، جوان 2010، ص 167.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

فقد عرفه الدكتور عمر محمد عبد الباقي بأنه: " الالتزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد و السابق على إبرامه بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، والتي يجهلها الدائن ويتعذر حصوله عليها عن طريق من غير طريق المدين، وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه حال إقباله على التعاقد "<sup>1</sup>.

وكذلك قد عرفه الدكتور نزيه محمد الصادق المهدي بأنه: " التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المنعقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد الطرفين أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات "<sup>2</sup>.

وكذلك تم تعريفه من طرف بعض الفقه بأنه: "جعل المستهلك في أمان ضد مخاطر المنتج الذي يشتريه سواء كان سلعة أو خدمة وهو ما يفرض على المهني التزام بإحاطة المستهلك علما بظروف العقد وملابساته ".

وبناء على ما سبق يتوضح لنا جليا أن الالتزام بالإعلام هو التزام يقع على أحد الطرفين ويفترض فيه العلم والدراية، ويرجع الكفة لمصلحته فيكون مجبرا على الإدلاء بكل ما يتعلق بما يقدمه للطرف الآخر، وذلك انطلاقا من كيفية الاستعمال وصولا إلى مختلف التحذيرات من سوء استعمال المنتج<sup>3</sup>.

إن واجب حسن النية يفرض الالتزام بالإعلام والاستعلام وهو ما نسعى لتوضيحه من خلال ما يلي:

<sup>1</sup> نابي مريم، المرجع السابق، ص 148.

<sup>2</sup> أحمد بومدين، المرجع السابق، ص 167.

<sup>3</sup> قلواز فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 32، 33.

### ثانياً: الالتزام بالإعلام.

يعد واجب الإعلام مما يمكن ممارسته بصورة إرادية ولو كان من الصعب تصور واجب عام للإعلام، لكوننا نجده في كافة العقود ويقره مبدأ حسن النية كلما تم ملاحظة عدم التوازن في المعلومات، ولذلك وجب إعلام المستهلك وقد اكتسب هذا الواجب نسبة كبيرة من الشمولية لاسيما في المعاملات الضرورية حول السعر والحدود الاتفاقية للمسؤولية، وكذا الشروط التي تخص البيع ومعلومات أخرى حول المبيع وصفات المنتج، فواجب الإعلام فرض في العلاقات بين أصحاب المهن لما يتضح عدم التوازن، كما أن الاجتهاد أدرج واجب الإعلام من نظرية عيوب الرضا وضمان العيوب الخفية، فعاقب عليها بصفة مباشرة عبر المسؤولية التي تسبق التعاقد للمدين بالمعلومات.

وبالرغم من أهمية واجب الإعلام في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد لضرورته في حماية المستهلك كمتعاقد ضعيف، هناك أصوات تعلو الهدف منها الإجماع على تخفيضه فمنهم من يعتبر أن الإكثار منه يفضي إلى الإحساس بعدم المسؤولية، فيضيع الهدف من هذه القوانين ومرد ذلك كثرة القوانين التي تعنى بحماية المستهلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى تواجد المتعاقدين في مجاورة متزايدة مما يعني أن هناك ضرورة لبعض القيود التي يتم فرضها لكي لا تلغي الحماية التي يضعها القانون للمستهلكين، ولا شك أن هذا المبدأ له أساس قانوني وكذا موضوعي نذكرها فيما يأتي:

### أساس الالتزام بالإعلام.

لا يلزم الشخص إلا بما يتفق مع رضاه ولا يمكن أن توسع التزاماته فهي تعتبر نوعاً من القيد على حريته وإرادته، ووفقاً لذلك يذهب الفقه والاجتهاد الحديثان للقول بوجود التزام يقع على عاتق المتباحثين، وذلك بأن يعلم كل منهم الطرف الآخر بكل ما يعلمه ويعرفه عن العملية وعن موضوع المفاوضات<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 7.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وفي ظل الغياب الواضح في النصوص القانونية في عديد من الدول حول واجب الإعلام في المرحلة التي تسبق التعاقد<sup>1</sup>، نعاين اختلاف الفقه والاجتهاد حول الأساس الذي يقوم عليه حيث ذهب بعضهم إلى أن الأساس هو قواعد الأخلاق، كما رأى البعض الآخر أن أساسه حماية الإرادة أو ما يسمى بمبدأ النظرة الاجتماعية للعقد، ويقصد بها أن الطرفين في تعاملهما ومن أجل تحقيق مصالحهم وضمن أخلاقيات معينة، سيقومون بالإفصاح عن بعض المعلومات للطرف الآخر، فيسعى بذلك كل طرف في سبيل تحقيق مصلحته ومصالح الآخرين من خلال إعلامهم.

كما ذهب فريق آخر للقول بأن أساس الالتزام بالإعلام هو قصور نظرية عيوب الرضا أو ما يسمى بعيوب الإرادة عن الوصول لأهدافها وتحقيقها، فهي لا تدخل إلا في مرحلة عيوب الإرادة وفق شروط معينة قد لا تتحقق جميعها، وفي مقابل ذلك نجد خلافاً أو عدم توازن في المصالح المتبادلة في العقد.

وفي الفقه الحديث عرف زيادة على الإرادة المعيبة بسبب غلط أو تدليس أو غيرها من العيوب عدم تكافؤ في المعلومات قد يكون مرده عدم الخبرة أو الجهل ببعض الأمور، فيقع على إثر ذلك على عاتق كل متفاوض أن يحيط الطرف الآخر علماً بجميع ما يعرفه عن العقد المرجو إبرامه من جميع المعلومات، وذلك قصد قيام عقد أساسه توازن المعلومات وهو كذلك ما يفرضه مبدأ حسن النية، فهو على علاقة وثيقة به لكونه ينبثق عنه.

أما فيما يخص موضوع موجب الإعلام فتنبص القاعدة على إلزام المتعاقد بتقديم المعلومات المألوفة للطرف الآخر، وكل ما يهمه حول العقد المرجو إبرامه، لاسيما إعلامه بتلك المعلومات التي تحوز على أهمية كبرى والتي يستعلم عنها المتعاقد، وفي هذا الصدد تجدر بنا الإشارة إلى أن المتفاوض لا يلتزم بتقديم كل ما يعلمه، ولكن عليه أن يقدم كل ما يهم الطرف

---

<sup>1</sup> لم تنص التشريعات العربية ومنها المشرع الجزائري بصفة صريحة في القانون المدني على الالتزام بالإعلام في مرحلة التي المفاوضات التي تسبق التعاقد، على عكس التشريعات الأوروبية أبرزها التشريع الفرنسي، الذي نص عليه للقانون المدني لعام 2016.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الآخر من معلومات<sup>1</sup>، وعليه يثور الإشكال حول المعلومات التي وجب على المتعاقد تقديمها وما مداها؟ وهل يجب عليه تقديم المعلومات التي لم يستفسر الطرف الآخر حولها؟ وهل له سلطة تقديرية حول ما يجب عليه أن يقدمه من المعلومات بحجمها ونوعها؟ وكيف له أن يعرف المعلومات التي تحوز على أهمية لدى المتفاوض الآخر حتى يتمكن من الإفصاح عنها ولا تتم مساءلته عن كتمانها؟

لا شك أن كل من المتعاقدين يستند على معيار الإرادة الحرة الواعية، فتكون في هذا الصدد المعلومات مهمة للمتناقض الآخر كلما كان من شأنها أن تدفعه إلى اتخاذ قرار القبول في التعاقد عن إرادة حرة وواعية، وتمنع وقوعه في الغلط أو الخداع أو أن يتجأ بوجود عيب خفي بالشيء محل التعاقد، أو أن يتعرض لمنازعة الغير فيه، وفي هذا الأمر يوجد مظهرين تقتضيهما المبادئ الأساسية للشرف والاستقامة وهما ما يفسران حسن النية.

أولا المظهر السلبي وهو الحد الأدنى من الناحية الأخلاقية الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها لإتمام العقد، ألا وهي عدم غش المتفاوض للآخر أو القيام باستغلال ضعفه أو عجزه وبصفة أخص من الناحية الاقتصادية، فالخداع في تكوين العقد هو عدم الإفصاح والحياد عن الاستقامة، وكذا قله الشرف في مرحلة المفاوضات بحيث يقوم مرتكبها بمناورات واستعمال وسائل احتيالية تؤثر في رضا المتعاقد الآخر، وهو ما سبق لنا الإشارة إليه.

ثانيا المظهر الإيجابي ونقصد به واجب الإعلام أو الإخبار أو التبصير عبر إعطاء الطرف الآخر كل البيانات الضرورية عن الشيء المراد التعاقد بشأنه وإخباره بكل المعلومات المفيدة التي يحوزها، وهو التزام ببذل عناية يقع بصفة خاصة على المنتج والبائع الممتن فوجب عليهم وصف السلعة وكذا توضيح أساليب وطرق استخدامها، إضافة إلى تقديمهم للتحذيرات التي تعتبر ضرورية دون التزامهم بتحقيق النتيجة.

ويجدر بنا التنويه إلى أن هذا الالتزام قد يصل من حيث قوته لدرجة أنه قد يصبح التزاما بتحقيق نتيجة، وذلك وفقا لعوامل منها أن يكون الشيء المباع خطيرا أو أن يكون حديثا

<sup>1</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 8، 9، 10.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

يجهل الطرف الآخر بأساليب استعماله، وكذا وضعية البائع أو المشتري بجميع ما يعرفه عن الشيء المبيع والذي ليس في وسع المشتري معرفته، ومن أمثلة الأشياء الخطيرة التي تتطلب تحقيق نتيجة الأدوية، فقد ذهب الفقه إلى أن التزام المنتج بالإعلام في هذه الحالة هو التزام بتحقيق غاية<sup>1</sup> ونتيجة<sup>2</sup>، ويقع عليه واجب تغليفها بصفة محكمة والتحذير من مخاطرها، ولا يكون المصنع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدث إزاء عدم الاحتياط وعدم الاحتراز في استعمال الشيء إذا كانت المعلومات قد تم تقديمها بطريقة مناسبة وواضحة، وينقص الالتزام كذلك إذا كان المشتري ممتن يمارس نفس تخصص البائع، فمن المفروض أنه يعلم بخطورته<sup>3</sup>.

وهذا ما يصطلح عليه بعض الفقه بواجب الإفضاء والذي يتمثل في الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالمنتجات على أكمل وجه، وخاصة ما يتعلق بالمنتجات الخطيرة<sup>4</sup>، فانعدام البيانات السابق ذكرها يحول دون استفادة المستهلك المنتج مما اقتناه ويعرضه للخطر، ويجب أن يكون الإفضاء واضحاً ظاهراً ولاصفاً بالمنتج.

وهناك منهم من يسميه بالالتزام بالتحذير إذ يجب على المحترف إحاطة المستهلك بالطرق السليمة لاستخدام المنتج وذلك بأن يحدد له الكيفية التي تجنبه أضراره.

ولا شك أن الالتزام بالتحذير قد يؤدي إلى نفور المستهلكين وإحجامهم عن اقتناء بعض المنتجات مخافة لما قد ينتج عنها من أضرار إن تم إغفال بعض الاحتياطات الخاصة بها،

<sup>1</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 9، 10.

<sup>2</sup> يعتبر الالتزام بالإعلام سواء في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد، أو في فترة إبرام العقد التزاماً بتحقيق نتيجة، فلا يكفي أن يقول الطرف الذي يقع عليه هذا الالتزام أنه بذل ما بوسعه ليعلم الطرف الآخر بل عليه أن يتخذ موقفاً إيجابياً يمكنه من تحقيق نتيجة في هذا الصدد وذلك مرده لكون الالتزام بالإعلام يقوم على الالتزام بالسلامة التي تستدعي تحقق نتيجة.

<sup>3</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 10، 11، 12.

<sup>4</sup> إذا كان البائع في الظروف العادية يكفي أن يدلي بالبيانات شفاهة أو كتابة حتى يفي بالتزامه بالإدلاء بالمعلومات، إلا أن طبيعة الشيء محل التعاقد أو الظروف المحيطة به قد تفرض زيادة على ذلك أن يحذر المتفاوض الآخر أو يلفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية، لا يكفي فيها القول ولا حتى الكتابة بل على المتفاوض اتخاذ موقف أكثر إيجابية، يصل فيه لحد التصميم والتأكيد على تنبيه المتفاوض الآخر للخطورة التي تنجم عن العقد، وهذا ينطبق على المنتجات الخطيرة والمعقدة الاستعمال، والجديدة وكذلك المبتكرة التي وجب على صانعها أو مقدمها لفت انتباه المستعمل إلى مخاطرها.

عماري براهيم، الالتزام بالإعلام وأثره في حماية المستهلك من خطورة المنتج، رؤية فقهية قانونية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، مجلد 01، عدد 01، 01 ديسمبر 2015، ص 65، 66.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

فهذا يؤثر على عملية البيع وبالتالي يقع على البائع عكس توضيح طريقة الاستعمال التي تشجع على اقتناء السلع.

وفي نظر جانب من الفقه فإن الالتزام بالتفسير يقتصر على المتعاقد الجاهل للمعلومات جهلاً مبرراً ومشروعاً يعفيه من ضرورة الاستعلام والتحري بنفسه<sup>1</sup>.

وإضافة إلى واجب الإعلام والتبصير يقع كذلك على البائع واجب النصيحة فيما يخص الأشياء الخطيرة والمعقدة، لاسيما من الناحية التقنية التي قد تكون كلفتها ومصاريفها عالية وتستدعي وجود خبرة فنية كبيرة ويستوي أن يكون ذلك قبل البيع أو بعد البيع.

### ثالثاً: الالتزام بالاستعلام.

سعيًا من التشريعات لحماية مصالح الأفراد قررت قواعد موجهة أمرة، فافتراض المعرفة لدى المدين بالالتزام بالإعلام من المفترض أن لا تتواجد عند الدائن بهذا الالتزام، بشرط أن يكون عدم معرفته مبرراً بصفة مشروعة، أما إن كان عدم معرفته مردّه رعونة أو إهمال أو حتى عدم انتباه لدى الدائن بهذا الموجب، هنا يتحمل مسؤولية إهماله، فالمشتري عليه أن يكون حريصاً على معرفة وجمع سائر المعلومات الخاصة بما ينوي شرائه وهو ما يدعى بموجب الاستعلام، إلا إذا كان غير خبير ولا يعرف بالشئ بصورة مشروعة، وليس بوسعه الوقوف على المعلومات المطلوبة التي من المفروض أن يعلم بها الطرف الآخر وكان قد أخفاها عنه.

أما في حالة كون موضوع البيع شيئاً مستعملاً مثل السيارة، فإن موجب الشاري بالاستعلام يكون أكثر تطلباً، ولكن هذا لا ينفي عن البائع ضرورة إحاطة المشتري بدرجة استهلاك الشئ المبّيع، فحتى يعتد بالغلط الذي يبطل العقد لابد أن يكون الطرف الذي وقع فيه معذوراً، فلا يصدر منه خطأ يؤدي إلى غلظه فإن لم يقدّم بواجب الاستعلام ووقع في الغلط فيكون فيما امتنع عنه قد ارتكب خطأً جسيماً، فلا تقبل دعواه للغلط وهو ما ذهب إليه الاجتهاد لاسيما في فرنسا.

<sup>1</sup> قلواز فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 33.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ويقع على عاتق الممتحن مشتريا كان أم بائعا قرينة المعرفة، فلا يمكنه الاحتجاج بعدم معرفته بالشئ أو بمواصفاته طالما أنه يقع ضمن مهنته واختصاصه، وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، وإن كان يجهل ذلك فيقع عليه موجب الاستعلام<sup>1</sup>.

### رابعاً: خصائص الالتزام بالإدلاء.

يتسم الالتزام بالإدلاء بعدة خصائص نذكر منها:

#### أ- خاصية النطاق.

إن الالتزام بالإدلاء أو التبصير هو التزام يسبق إبرام كافة أنواع العقود، فهو يمتاز بالعمومية إذ أنه ليس التزاما خاصا بعقد معين بذاته، وتظهر أهميته وضرورته بشكل أزيد في بعض العقود دون أخرى، وبالأخص تلك العقود التي تتصف بالخطورة<sup>2</sup>، أو أن محلها عبارة عن أشياء معقدة فنيا، وذلك حرصا على أمن وسلامة المستهلكين.

#### ب- خاصية النشأة.

يعود منشأ هذا الالتزام إلى القضاء الفرنسي الذي اعتبره التزاما مستقلا، فمبرر إيجاده والهدف الرئيسي منه هو تحقيق التوازن الذي كان مختلا بين كل من المستهلك والمتعامل الاقتصادي في مرحلة المفاوضات، وذلك في الفروض التي لا يمكن للقواعد العامة أن تنظمه وتحكم فيه، هذا إضافة إلى أن أداء المدين للالتزامه بالإعلام في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، يفضي بطريقة أكيدة إلى تنوير رضا الطرف الآخر، وهو ما يجنب الحكم بإبطال العقد لاسيما في حالتي التدليس والغلط.

<sup>1</sup> عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 17، 18، 19.

<sup>2</sup> هناك العديد من العقود التي تتسم بالخطورة، باعتبار محلها يكون عبارة أن أشياء لا يدرك المستهلك كيفية استعمالها والتعامل معها، فتحتاج إلى إعلام من طرف المهني الذي يعد خبيرا فيها فيدلي بجميع المعلومات المتعلقة بالمنتج، ومن أمثلة ذلك المواد الصيدلانية والأدوية.

**ج- خاصية الهدف.**

يقصد بها أنه التزام ذو طبيعة وقائية وبصفة أخص في مجال التعاقد، فهو تجسيد صريح لمبدأ الوقاية خير من العلاج، إذ يسعى لتحقيق العدالة العقدية في مرحلة التفاوض على العقد، كما أنه يجسد التوازن في العلم القائم بين المستهلك والمتعامل الاقتصادي المحترف<sup>1</sup>.

**خامساً: تمييز الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات عما يشته به من الالتزامات.**

هناك اختلاف بين الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية وغيره من الالتزامات، ويتضح ذلك من حيث الموضوع الذي يتجسد ويتجلى في تقديم البيانات أو المعلومات أو حتى النصائح والاستشارات.

**أ- تمييز الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات عن تقديم الاستشارات الفنية.**

يرتبط الالتزام بالإدلاء أو الإعلام بجميع عقود الاستهلاك، كما أنه التزام يقع قبل العقد، ولذلك وجب التمييز بينه وبين الالتزام الذي ينشأ عن عقد خاص، الهدف منه تقديم نصائح فنية واستشارات من طرف أهل الخبرة<sup>2</sup>.

فالهدف الرئيسي من الالتزام بإعلام المستهلك في مرحلة المفاوضات هو تنوير المستهلك بجميع شروط السلعة أو الخدمة التي وقع التعاقد بشأنها، فهو ليس التزاماً عقدياً ولا خاصاً بالقيام بعمل محدد أو الامتناع عنه تم الاتفاق بين الأطراف عليه، وزيادة على النصوص القانونية نجده في تلك المبادئ العامة للقانون، كمبدأ حسن النية ومبدأ التعاون وغيرها من المبادئ الأخرى.

أما بالنسبة للالتزام بتقديم الاستشارة فهو ينشأ عن العقد الذي يكون محله المحترف صاحب الخبرة الفنية، فيقدم على إثره معلومات محددة في العقد والتي بموجبها يجري إتمام عملية معينة يكون قد حددها الطرفان مسبقاً، كالتزام المهندس المعماري بتقديم معلومات فنية

<sup>1</sup> نابي مريم، المرجع السابق، ص 150.

<sup>2</sup> هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، مجلد 05، عدد 02، 31 ديسمبر 2013، ص 131.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وكذا تكنولوجية بما يتماشى مع علم الهندسة المعمارية، وكذلك تلك العقود التي يتم إبرامها من طرف العملاء مع البنوك والمصارف والتي تلتزم بموجبها المصارف بإرشاد العملاء إلى ما يحقق مصلحتهم المالية ومجالات أخرى مختلفة.

وبالتالي يتجلى الفرق بين الالتزامين كون الالتزام بإعلام المستهلك يقع قبل العقد وهو وقت تطلبه وتطلب تنفيذه، في حين أن الالتزام بإدلاء البيانات هو التزام عقدي أصلي فالمتعاقد فيه هو شخص محترف وصاحب خبرة وهي ما يدفع لتطلبه<sup>1</sup>.

### **ب- الفرق بين الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء والالتزام التعاقدى بالإدلاء.**

إن الالتزام قبل التعاقدى ينشأ في مرحلة المفاوضات التي تسبق العقد أي قبل تكوينه وإبرامه وذلك لتيح للطرف الأضعف في العلاقة فرصة الاستفادة من المعلومات وتقدير إن كان العقد يتلاءم مع مصلحته أم لا، وبذلك يمكنه التعاقد من عدمه بناء على ما قدم له من بيانات، فيكون قراره مبنيًا على معرفة ووعي كامل لجميع الجوانب التي تحيط به ولذلك فهو يكيف أنه التزام عام، لا بد من تحققه قبل التكوين<sup>2</sup>.

أما فيما يخص الالتزام العقدي بالإعلام فنشؤه مرتبط بكل عقد على حدٍ حيث يدلي أحد الأطراف بالبيانات والمعلومات ليضمن السير الحسن والتنفيذ الحسن للعقد، وتجسيدا لفكرة التعاون والمشاركة في التنفيذ، ويذهب معظم الفقه لتكييفه أنه التزام ببذل عناية، ومنهم من يعتبره التزاما بتحقيق نتيجة كما سبق لنا الإشارة.

ومن هذا المنطلق فإن المتدخل يكون ملزما بإعلام المستهلك بكل ما يخص الشيء محل التعاقد، وبالتالي فإن المستهلك في هذا الصدد ما عليه إلا أن يثبت عدم التنفيذ دون الحاجة لإثبات سوء النية.

---

<sup>1</sup> سعاد نويري، الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، عدد 08، جانفي 2016، ص 226.

<sup>2</sup> هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، المرجع السابق، ص 132.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

يتضح لنا مما سبق أن هذين الالتزامين متقاربين من الصعوبة بما كان التفرقة بينهما، كما أنهما من ناحية أخرى يشتركان في كونهما يهدفان كلاهما إلى توفير وتجسيد الحماية للمستهلك<sup>1</sup>.

### **الفرع الثاني: الغاية من تقرير التزام الإدلاء بالمعلومات في مرحلة المفاوضات.**

يحوز الالتزام بالتبصير في مرحلة التفاوض على العقد أهمية بالغة وهناك عدة مبررات أدت إلى تقريره يمكننا أن نقسمها إلى صنفين:  
**أولاً: مبررات واقعية:**

مما لا شك فيه أن الاعتراف بواجب الإدلاء بالبيانات في مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية هو ضرورة عملية، تتطلبها ظروف التعامل بين الأفراد بغية الحد من اختلال التوازن في المستوى المعرفي بينهم، ولتطور الحياة العلمية بليغ الأثر في هذا التفاوت<sup>2</sup> وهذا ما يسعى لتحقيقه الالتزام بالإعلام من خلال:  
**أ- تحقيق التكافؤ في العلم بين الطرفين.**

مما يلاحظ أنه مع النزعة والتطور الحاصل في الميدان الاقتصادي والتجاري وكذا الصناعي قد تزايد معه بشكل ملحوظ التفاوت في المعرفة، فمن الصعوبة والاستحالة بما كان أن يتعرف الشخص العادي على بعض التفاصيل الدقيقة والفنية التي تخص السلع المعروضة، وبالتالي عد هذا التفاوت أساساً جوهرياً يقوم عليه الالتزام في مرحلة المفاوضات بالإعلام.

فإقبال المستهلك على اقتناء السلع وإبرام عقد يفتر إلى معلومات وبيانات عنه توضح أوصافه وتقدر مدى توافق السلع وحتى الخدمات مع ما يرغب فيه ويسعى لاقتنائه، يفضي حتماً إلى اختلال الميزان في المعرفة ويكون ذلك لصالح المتدخل، وقد يكون المستهلك مسؤولاً عن هذه المعلومات حتى وباعتباره جاهلاً لها، لأنه يقع عليه في بعض العقود كما سبق لنا التنويه واجب الاستعلام عنها، ولذلك وسعياً لتحقيق المساواة في المعرفة وفي ذات الوقت

<sup>1</sup> سعاد نويري، المرجع السابق، ص 227.

<sup>2</sup> هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، المرجع السابق، ص 130.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

اجتناباً لعدم التكافؤ بين أطراف العقد الاستهلاكي، تقرر الالتزام بإعلام المستهلك على عاتق المتدخل سواء كان حرفي أو صاحب خبرة ممتن.

### ب- إعادة التوازن إلى العقد.

إن التباين الحتمي بين الأشخاص في الملكات العقلية يؤدي إلى التفاوت بين المتعاقدين، ومع التطور الحاصل أصبحت القواعد التقليدية غير كافية لتحكم الواقع الجديد مما أفضى لتدخل المشرع ولاسيما في بعض التشريعات الخاصة لتقرير الالتزام بالإعلام، والذي غايته الأساسية إعادة التوازن بين الطرفين أو الأطراف، وبصفة أدق من حيث المعرفة وبالتالي فإن تقرير الالتزام بالإعلام يعد وسيلة مثلى لتجنب خطر اختلال التوازن في عقود الاستهلاك<sup>1</sup>.

### ثانياً: مبررات قانونية.

من الوهلة الأولى يتضح لنا أنه من غير المنطقي أن تطالب الفرد بالالتزام قانوناً تجاه غيره الذي يسعى للتعاقد معه بالإعلام في مرحلة المفاوضات، فقد يعد أن مرحلة الالتزام لم تبدأ بعد لاسيما في غياب نص قانوني صريح، يفرض مثل هذا الالتزام إبان هذه المرحلة. وبذلك نجد أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة يميلون لإنكار فكرة الاعتراف بمثل هذا الالتزام على أساس أن الفرد لا يمكنه أن يلتزم إلا بمقتضى نص قانوني أو بند في العقد أو بموجب تصرفه القانوني، فله الحق في السكوت خلال المرحلة السابقة على التعاقد، ولا يمكن مطالبة بتقديم أية معلومات تتصل بالعقد، إلا بعد إبرامه والدخول فيه<sup>2</sup>.

ولكن يجدر بنا التنويه أنه قبل ذلك يعد الالتزام في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية ضرورة أخلاقية لا بد من ترسيخها في التعامل بين الأفراد، فهو كما سبق لنا التنويه ينبثق عن مبدأ أخلاقي الأصل ألا وهو حسن النية، فهو يؤدي إلى شيوع الأخلاق بين المتعاقدين بمنأى عن الأنانية، وهو ما يتوافق مع إحلال العديد من الالتزامات الأخلاقية في مجال التعامل،

<sup>1</sup> سعاد نويري، المرجع السابق، ص 228، 229، 230.

<sup>2</sup> هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، المرجع السابق، ص 130.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وإقرارها إضافة إلى الاعتراف بها كالتزامات قانونية عند أغلب القوانين والتشريعات الحديثة، حتى توفق بين المصالح المتعارضة.

فبعد عجز القواعد التقليدية المتعلقة بنظرية عيوب الرضا في تحقيقها لحماية كافية وموضوعية للمستهلك في مرحلة المفاوضات، اجتهد الفقه للبحث عن وسيلة قانونية جديدة، فذهب البعض منهم إلى تقرير الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى معالجة بعض جوانب القصور الذي يعتري نظرية عيوب الإرادة لاسيما فيما يتعلق بإمكانية رجوع المتعاقد الدائن بهذه المعلومات بالتعويض على المتعاقد الآخر، عند إخلاله بالالتزام بالإعلام حول المعلومات الجوهرية التي تتصل بالعقد المرجو إبرامه.

من هنا يمكننا الجزم أن الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية له دور وقائي في ميدان التعامل، لكون إلزام الأفراد بمرعاته واحترامه يحقق استقرارا في المراكز القانونية، التي تنجم عن العقد ويحفظها من البطلان، فلا يمكننا أن نتوقع أنه مع تنفيذ هذا الالتزام وتقديم جميع المعلومات الجوهرية التي يطلبها الطرف الآخر، أن يقع هذا الطرف في غلط تلقائي أو يجهل أي سبب من الأسباب المحتملة للتعرض أو الاستحقاق في المستقبل، بعد إبرام العقد أو أن يجهل عيبا بالشيء محل التعاقد.

وعليه يمكننا القول أن وجود هذا الالتزام يساهم في تكملة عيوب الإرادة لاسيما حالة الكتمان التدليسي، إذ يعتبر سكوت المتعاقد عن الإدلاء بالمعلومات عمدا سببا لعب الإرادة، كما أن هذا الالتزام يحقق الحكم الوسطي حتى يتم تجاوز الخطأ من غير الوصول إلى التدليس، فيكفي من عيب إرادته في هذا الالتزام أن يثبت أن سبب ذلك هو عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه بالإدلاء بالبيانات التي تكون الرضا الواعي والسليم<sup>1</sup>.

### **الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإدلاء.**

مما لا شك فيه أن التشريع الجزائري بمختلف قوانينه ركز كثيرا على إعلام المتعاقد في المرحلة التي تسبق التعاقد وإطلاعه بكافة مضمون العقد من ناحية، وبشروط البيع

<sup>1</sup> هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، المرجع السابق، ص 131، 132.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

والأسعار من ناحية أخرى، وذلك في تشريعات خاصة، وكذلك سعى لحماية إرادة المشتري بغية تحقيق التوازن بين طرفي العقد، مما استدعى كذلك ضرورة تدخل المشرع الجزائري ليجسد الحماية القانونية من الإشهارات التجارية الكاذبة أو المضللة والتي تخل بمبدأ المنافسة الحرة. أما فيما يخص الإعلام بمضمون العقد فنجد أنه يقضي بعدم غش المستهلك أو خداعه أو حتى تضليله أو ممارسة الغرر عبر السكوت الذي أشارت إليه المادتين 86 و 87 من القانون المدني الجزائري، قد يتضح لنا أن هذا الالتزام الذي رتبته المشرع على عاتق الطرف القوي في علاقة الاستهلاك يتشابه مع ما هو مقرر في عقد البيع في النظرية العامة للعقد، والذي يقضي بضرورة علم المشتري بالمبيع علما كافيا، ويتقرر بمقتضى هذا الالتزام الملقى على عاتق البائع في حالة عدم مطابقة المبيع للأوصاف التي ذكرها البائع دون رؤية المشتري للشيء المبيع، فلهذا الأخير الحق في طلب إبطال البيع وذلك في حالة ثبوت أن البائع ارتكب غشا<sup>1</sup>، إذ يضع المشرع الجزائري قرينة أن العلم بالمبيع قد يتحقق إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و جميع أوصافه الرئيسية، بحيث يتوافق مع الرغبات المشروعة للمشتري<sup>2</sup>، وهو ما ورد في نص المادة 352 من القانون المدني<sup>3</sup>، كما أوجبت المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر، على كل متعامل أن يعلم المستهلك بجميع المعلومات التي تتعلق بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عزوز عبد الحميد، حماية المستهلك في القانون الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحيى فارس، المدينة، عدد 05، جوان 2018، ص 429، 430.

<sup>2</sup> غزالي نصيرة، رزق الله العربي بن مهدي، حق المستهلك في الحصول على المعلومات لتكوين رضا سليم قبل التعاقد، مجلة الباحث في العلوم الاجتماعية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ، مجلد 11، عدد 04، 09 ديسمبر 2019، ص 72.

<sup>3</sup> نصت المادة 352 من القانون المدني على أنه: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع قط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع ".

<sup>4</sup> جاء في المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ما يلي: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة ".



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وقد جاءت المادة 18 من نفس القانون والتي نصت كذلك على إلزامية إعلام المستهلك فجاء فيها: " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساساً، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

توحي هذه المادة بتأكيد المشرع على إلزامية إعلام المستهلك بجميع البيانات والمعلومات والمواصفات المتعلقة بالشئ الذي هو محل للعقد، فتبصير المستهلك عن طريق وسم المنتجات، أي وضع بطاقة على المنتج، أو إرفاقه بنشرة يبين بموجبها طبيعة المنتج وثنه، تركيبه، مصدره، اسم الصانع وغيرها، والهدف من ذلك هو إيصال أكبر قدر ممكن من المعلومات الضرورية لقيام المستهلك بالاختيار الصحيح بفضل عدد معين من المعلومات المتعلقة بالمنتج<sup>1</sup>.

هذا زيادة أيضاً على ما ورد في المادة 4 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية السابق الذكر، حيث تقضي بتولي البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع.

وتطبيقاً لأحكام هذه المادة أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 378-13 المحدد لشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك<sup>2</sup>، حيث جاء في المادة 3 منه تعريف الالتزام بالإعلام إذ ورد فيها ما يلي: " كل معلومة متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية

<sup>1</sup> يسعد فضيلة، التزام المنتج بإعلام المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك والرسوم التنفيذية رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 48، ديسمبر 2017، ص 246.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، مؤرخة في 18 نوفمبر 2013.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الحديث أو من خلال الاتصال الشفهي"، وكذلك المادة 53 منه ورد فيها بأنه يجب على مقدم الخدمة قبل إبرام العقد، إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية في الخدمة المقدمة.

وجاءت هذه المواد لترسخ هذا التوجه الجديد في الإعلان وتركز على إيلاء الأهمية للالتزام بالإدلاء بالبيانات في مرحلة ما قبل التعاقد، وفي ذات السياق أورد المرسوم رقم 90 - 367 المتعلق بالوسم وتقديم المواد الغذائية<sup>1</sup>، على وجوب الإعلام المادي للمستهلك.

وقد أكد كذلك القانون 09-03 السالف الذكر على الالتزام بالإعلام لاسيما من خلال مادته 17 السالفة الذكر، وهو ذات الموضوع الذي جاء به القانون 04-02 الذي سبق لنا الإشارة إليه حيث وضح في مادته 31 و 32 على أن الالتزام بالإعلام في عقد البيع الاستهلاكي هو التزام قانوني ملقى على عاتق كل متدخل في العملية الاستهلاكية وضع منتوجا للاستهلاك لحساب المستهلك بأن يقوم بإعلامه بكافة المعلومات المتعلقة به، وكذا بالعملية العقدية بالوسائل المعينة والمحددة وبالخصوص الأسعار وشروط العقد المرجو إبرامه، وذلك كله تحت طائلة التعرض لجزاءات قانونية.

ومن ناحية أخرى قد يتم الإعلام عن طريق الإشهار<sup>2</sup> الذي يعتبر وسيلة تعلم المستهلك من خلال الوسائل التقنية والتلفزية وكذا عبر الانترنت، وعلى الرغم من الأهمية التي تكتسيها في تبصير المستهلكين مما يساهم في إشباع رغباتهم المتجددة، إلا أنها تظل غير كافية في توفير شروط الإدلاء السليم والكافي الذي يلقي على عاتق المهني، لكون المستهلك الذي يفتقر إلى الخبرة في حاجة ماسة للنصح ليختار أكثر ما يلائمه وهو ما لا توفره هذه الوسائل لكونها

---

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 90-367 مؤرخ في 10 نوفمبر 1990 يتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، ج ر عدد 50، مؤرخة في 4 جمادى الأولى 1411.

<sup>2</sup> ورد في نص المادة 3 في فقرتها الثالثة من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، تعريف الإشهار على أنه: " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة ".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

تبالغ في الأوصاف وغالبا ما تركز على المزايا التي تحوزها الخدمة من دون أن تتطرق لمخاطرها وكذا أضرارها<sup>1</sup>.

إن المشرع الجزائري يحمي في قوانينه المتعاقد الضعيف الذي يتجلى في المستهلك وذلك عبر نظرية عيوب الرضا وكذا العيوب الخفية من كل ما يشكل تدليسا أو تحايلا أو غشا، فيجوز للمتعاقدين استنادا للمواد 86 و 124 وكذا المادة 124 إبطال العقد للتدليس، إذا اتضح أن الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين جسيمة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد في المرحلة التي تسبق العقد، فهو بذلك يفرض على المتفاوضين التحلي بالصدق والأمانة وحسن النية وكذا النزاهة والإعلام الذي يعد من مقتضيات حسن النية وذلك بمنأى عن التظليل والإخفاء لاسيما في المعلومات التي تعد حاسمة في العقد المتفاوض بشأنه<sup>2</sup>.

### **أولا: شروط الالتزام بالإدلاء في التشريع الجزائري.**

يتضح لنا من المواد التي أسلفنا ذكرها بأن الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد يستدعي توفر شروط حتى يحقق هدفه ويوضح الرؤية لدى المستهلك، وتتجلى مجمل هذه الشروط فيما يأتي:

#### **أ- يجب أن يكون الإدلاء بالبيانات كافيا ومكتوبا باللغة العربية.**

لا بد من وضوح الإدلاء حتى يحقق الغاية المرجوة منه، بحيث يجب أن يكون كافيا، ولا يرد بصفة مختصرة لاسيما من حيث الخصائص فتكون بياناته كافية للإحاطة بكل العناصر الجوهرية المتعلقة بالعقد المرجو إبرامه، ويكون باللغة العربية أو باللغة التي يفهمها المستهلك<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> حمير العين عبد القادر، الالتزام بالتبصير المستتير آلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مجلد 02، عدد 03، 30 مارس 2018، ص 631.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 194، 195، 196.

<sup>3</sup> نصت المادة 18 من القانون 09-03 على أنه: " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها ".

**ب- يجب أن يكون الإدلاء بالبيانات واضحا ومرئيا.**

وحتى يكون الإعلام واضحا لا بد له أن يكون ظاهرا جالبا لانتباه المستهلك، فقد تكون العبارات سهلة بالنسبة لشخص محترف يملك الخبرة، بينما يستصعبها شخص عادي ولا يمكنه استيعابها، وحتى يكون الإعلام في مرحلة المفاوضات واضحا يجب على المتفاوض المتمثل في المهني أو المحترف أن يتخلى عن استعمال الأسلوب الفني المعقد، والذي يتسم بالغموض ولا يفهمه إلا المتخصصون، ولا بد له أن يكون مرئيا<sup>1</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المحدد لشروط وكيفية صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية<sup>2</sup>.

**ج- يجب أن يكون الإدلاء بالبيانات صادقا.**

حتى يحقق الإعلام غايته ومبتغاه في تبصير المستهلك لا بد أن يتصف بالصدق والدقة فيصل بموجبه المتفاوضون لغايتهم التي تتجلى في إبرامهم للعقد المنشود، وهو ما سبق لنا التنويه له من خلال المادة 18 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالفة الذكر.

**د- لا بد أن يكون للمستهلك مهلة للتفكير.**

واجب الإعلام في مرحلة المفاوضات هو وسيلة مستحدثة الغاية منها حماية رضا المتعاقد والتصدي للتفاوت المعرفي بين الأطراف، ولكن هذا الالتزام لا يكفي لوحده في بعض الحالات إذ لا بد على المدين أن يمنح الدائن فرصة للتفكير والتروي حتى يتعرف بصفة دقيقة على المعلومات والبيانات ويفكر فيها<sup>3</sup>، وهو ما جسده القانون الفرنسي من خلال المادة 1122

<sup>1</sup> زرارقة عيسى، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كآلية وقائية لحماية المستهلك في مرحلة التفاوض، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مجلد 07، عدد 01، 19 مارس 2023، ص 757.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 97-37 مؤرخ في 14 يناير 1997 يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، ج ر عدد 4، مؤرخة في 14 يناير 1997.

<sup>3</sup> زرارقة عيسى، المرجع السابق، ص 757.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

من الأمر 2016-131 التي أوضحت أن الرضا لابد أن يكون خالي من العيوب بالعقد المراد إبرامه بناء على المعلومات التي لديه بعد تروي وتكير<sup>1</sup>.

فالمستهلك قد يتعاقد دون معرفة شاملة بشروط العقد، لذلك لابد له من مهلة يفكر فيها ويناقش شروط العقد الذي يصبو لإبرامه<sup>2</sup>، أما المشرع الجزائري فقد سعى لحماية المستهلك من التسرع في بعض العقود فنص على إثر ذلك على منح المستهلك أجلا للتفكير، ومثال ذلك ما ورد في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306<sup>3</sup>، والتي جاء فيها: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و- أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع استخدم عبارة مدة كافية دون القيام بتحديد لها، وذلك مرده اختلاف طبيعة العقود؛ فمنها ما يحتاج فيها المستهلك لمدة طويلة حتى يفحص العقد، ويستشير أصحاب الخبرة، نظرا لخطورتها، وهناك من العقود ما لا تحتاج فيها سوى لمدة قليلة معقولة يتم فيها دراسة العقد، وبالتالي تحفظ المشرع عند نصه على مهلة التفكير؛ إذ اكتفى بعبارة مدة كافية؛ سواء عن طريق إلزامية إيجاب المحترف، أو تقييد قبول المستهلك، تاركا ذلك لتقدير المحترف، وتبقى مسألة تحديد المدة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي<sup>4</sup>.

### ثانيا: الالتزام بالإدلاء في العقد الإلكتروني.

أضحى واجب الإعلام الإلكتروني أكثر أهمية من الالتزام بالإعلام في العقود التقليدية لكونه يجري في ظروف تستدعي الحماية، فهو يتم من دون لقاء حقيقي بين أطراف العلاقة

<sup>1</sup> Art. 1122 du C.C.F: « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »

<sup>2</sup> زرارة عيسى، المرجع السابق، ص 757، 758.

<sup>3</sup> مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56، صادرة في 11 سبتمبر 2006.

<sup>4</sup> سعدي محمد أمين، رياحي أحمد، مهلة التفكير كآلية وقائية لحماية رضا المستهلك، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مجلد 09، عدد 01، 26 سبتمبر 2022، ص 117، 118.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التعاقدية، لكون المستهلك لا يتمكن من معاينة المتعاقد معه معاينة فعلية وحقيقية<sup>1</sup>، ومن أبرز المشكلات التي تثير قلق المستهلك الإلكتروني وتحد من إقباله على هذا النوع من العقود هي مسألة جهله بالمورد الإلكتروني فتحديد هويته يجعل المستهلك يشعر بالأمان والثقة، وهو ما حسمه المشرع الجزائري من خلال القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الذي ورد في المادة 8 منه أنه "يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية أو الحرفية... يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته"، وكذلك المادة 09 من ذات القانون حيث نصت على أنه: "تتشأ بطاقة وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري، تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري، أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، لا يمكن ممارسة التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري، تنشر البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الاتصالات الإلكترونية، وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني" فالمشرع الجزائري بمقتضى هذه النصوص وحتى يحدد هوية التاجر الإلكتروني فرض على كل تاجر طبيعياً كان أو معنوياً يرغب في ممارسة التجارة الإلكترونية أن يسجل نفسه في السجل التجاري، أو السجل المتعلق بالصناعات الحرفية أو التقليدية، مع إلزامية وضع موقعه لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري، وهذا قبل القيام بالنشاط التجاري الإلكتروني، زيادة على إنشائه بطاقة وطنية في مصالح المركز الوطني تضم أسماء الموردين الإلكترونيين، مع نشرها عبر الوسائل الإلكترونية حتى يتم التأكد من هوية المورد الإلكتروني، إن كان حقيقياً أو وهمياً وقد أصاب في ذلك<sup>2</sup>، إضافة إلى ما سبق فقد ورد في المادة 11 من القانون 05-18 السالف الذكر، إلزامية ذكر رقم التعريف الجبائي، العنوان

<sup>1</sup> عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 168.

<sup>2</sup> زهرة جقريف، وسيلة شريط، الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني كضمانة لحماية المستهلك الإلكتروني دراسة على ضوء القانون رقم 81-50 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، مجلد 24، عدد 51، سنة 2020، ص 719.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

المادي وكذا العنوان الإلكتروني، رقم الهاتف، رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي أثناء تقديم العرض التجاري<sup>1</sup>.

ومن زاوية أخرى أصبح من الضروري أن يوسع هذا الالتزام ويعمم حتى يتم الحد من عدم المساواة في الخبرة بين الطرفين، وبالأخص كون أغلبية الجمهور من المتعاملين لا يملك دراية ولا خبرة تكفيه للإلمام بالتقنيات لمواجهة منتج محترف ذو خبرة وتجربة واسعة نتاج عن ممارسة وتجارب عديدة في ميدان التعامل، وعليه فالالتزام بتبصير المستهلك في العقد الإلكتروني يعد صمام الأمان للوصول للرضاء المستتير كما يبني الثقة في الوسيلة الالكترونية المستخدمة<sup>2</sup>.

وتأسيسا على ما سبق نجد أن المشرع الجزائري اهتم كذلك بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، الذي يتمثل في أنه التزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة، الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الالكترونية الحديثة، بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصيته وبياناته التجارية، وبكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد، والتي بناء عليها يتخذ المستهلك بالإقدام على التعاقد وفق إرادة حرة مستتيرة، وقد أوجب بشأنه توافر شرطين:

### **الشرط الأول علم المهني بالبيانات والمعلومات محل العقد.**

ويقصد بذلك كون أحد طرفي العلاقة التعاقدية مهنيا خبيرا مما يسمح له بالعلم الكافي بجميع البيانات المتعلقة بالمبيع وكذا مواصفاته<sup>3</sup>، وهو ما جاء في المادة 352 من القانون المدني كما يأتي: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكنه التعرف عليه..."

<sup>1</sup> قد سبق لنا التطرق للمادة 11 من القانون 18-05 من القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية وتحليلها بمناسبة تعرضنا للإيجاب الإلكتروني، أنظر: الصفحة 43.

<sup>2</sup> عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 168.

<sup>3</sup> كاب أمال، لالوش سميرة، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة بحوث في القانون والتنمية، جامعة أمجد بوغارة، بومرداس، مجلد 01، عدد 01، جوان 2021، ص 45.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ولذلك وجب أن يعلم المهني بكل المعلومات التي تتعلق بالمنتج وأهميتها، وكذا دورها المؤثر والفعال، الذي يساهم في تكوين رضا المستهلك<sup>1</sup>، وتوافقا مع ذلك لا بد للبائع الذي يعرض سلعة على الانترنت أن يبين بوضوح الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة، وما تعلق منها بالكم والكيف، عبر وصف المنتج وصفا دقيقا نافيا للجهالة<sup>2</sup>، وهو ما أشارت له المادة 11 من القانون 05-18 السابق الذكر، زيادة على نص المادة 12 و 13 من ذات القانون<sup>3</sup>، التي تحمي الطرف الضعيف في المعاملات التجارية الالكترونية، مما يتفق مع جمعيات حماية المستهلك وكذا رغبات المستهلكين، والتوجهات الدولية التي نصت على التجارة الالكترونية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> كاب أمال، لالوش سميرة، المرجع نفسه، ص 45.

<sup>2</sup> زهرة جقريف، وسيلة شريط، المرجع السابق، ص 720.

<sup>3</sup> جاء في الفقرتين 2 و 3 من المادة 12 من القانون 05-18 ما يلي: " وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني بحيث يجب تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة.

التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ما هي المنتجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي والكمية المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة ".

أما المادة 13 فقد جاء فيها أنه: " يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:

- الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات.
- شروط وكيفيات التسليم.
- شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع.
- شروط فسخ العقد الإلكتروني.
- شروط وكيفيات الدفع.
- شروط وكيفيات إعادة المنتج.
- كيفيات معالجة الشكاوى.
- شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء.
- الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء.
- الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه.
- مدة العقد حسب الحالة.

<sup>4</sup> زرارة عيسى، المرجع السابق، ص 760.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وهذا ما يبرز لنا بأن المشرع الجزائري حتى يمكن المستهلك من الإقدام على التعاقد الالكتروني بأريحية، ألزم المهني أو المورد الالكتروني بضرورة الإدلاء بجميع البيانات التي من شأنها تنوير المستهلك.

### **الشرط الثاني جهل المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمبيع جهلا مشروعا.**

يكون المستهلك يجهل المعلومات التي تتعلق بالمبيع، مما يجعل المهني في عقود الاستهلاك الالكتروني مدينا بالإعلام للمستهلك، ولا بد أن يكون هذا الجهل مشروعا فالإعلام الذي يقع على عاتق المهني له حدود، ولا شك أن تلك المعلومات التي يلتزم بها المهني تحوز على أهمية بالغة بالنسبة للمستهلك، بحيث يؤثر عدم علمه بها على رضاه في العقد الالكتروني، أما إذا تعلق الأمر بمعلومات غير معلن عنها في الموقع الالكتروني وهي غير مهمة في نظر المستهلك فلا يمكننا الجزم في هذه الحالة على أن المهني لابد أن يفصح عنها، وهذا ما يسمى بالجهل المشروع، وكذلك الأمر بالنسبة لكون المستهلك مهنيا في نفس التخصص وله بعض المعلومات التي ترتبط بالعقد والسلعة أو الخدمة التي تكون محلا للعقد، فلا يحتج بعدم علمه كما سبق لنا الإشارة<sup>1</sup>.

وبالإضافة إلى هذا فقد كرس المشرع الجزائري عبر القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية السابق الذكر الالتزام بالإعلام، بحيث يطبق هذا القانون في ميدان المعاملات التجارية الالكترونية في حالة كون أحد أطراف العقد إلكتروني، إذ ألزم المشرع بمقتضى هذا القانون على المورد الالكتروني توثيق كل معاملاته الالكترونية في الميدان التجاري بعقد إلكتروني يمكن للمستهلك الالكتروني الاطلاع والمصادقة عليه، حتى يضمن الإثبات للمستهلك ويحمي حقوقه وبالأخص في حالة النزاع، وقد خص المستهلك الالكتروني السلع والخدمات بنظام قانوني خاص اقتداء بالتشريعات المقارنة، حيث جسده بهذا القانون الذي يتعلق بالتجارة الالكترونية للسلع والخدمات، بما فيها الأحكام الخاصة بالالتزام بإعلام المستهلك الالكتروني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> كاب أمال، لالوش سميرة، المرجع السابق، ص 45، 46.

<sup>2</sup> زرارة عيسى، المرجع السابق، ص 760.

### ثالثا: واجب الإدلاء الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الإلكتروني.

يكتسي الالتزام بالإعلام في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني المصرفي أهمية بالغة لاسيما من حيث تقديم الخدمات المالية عبر وسائط غير تقليدية، مما ينطوي عن العديد من الأخطار التي قد تحدث أضرارا بالبنك وكذا العميل، الذي يكون هو الآخر معرضا للضرر الناتج عن الانفتاح على شبكة الإنترنت، فيصبح موقع البنك وحسابات العملاء عرضة للاختراق وكذا التلاعب، مما يفضي إلى التعدي على الذمة المالية للعملاء، الذين لا يملكون فكرة عن التقنيات المستخدمة للحماية ومدى القدرة على تجاوزها، فلا بد أن يحاط ذلك بمجموعة من الضمانات تعلم العملاء بتلك المخاطر قبل الدخول للعمل عن طريق الإنترنت، عبر إلزام البنك بإعلام عملائه عن جميع المخاطر التي تحيط بالعمل الإلكتروني.

وفي هذا الصدد يقع على البنك تزويد العملاء بجميع الإرشادات والنصائح، وكذا البيانات التي بمقتضاها يتم الحصول على الخدمة المصرفية عبر التعرف على شروط تقديمها مروراً بالتعاقد عليها، لتحقيق الحصول عليها في النهاية.

ويجدر بنا التنويه إلى أن الالتزام بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي يتشابه مع الإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد الإلكتروني، ويختلفان في مجالهما حيث أن الأول يكون في المجال المصرفي، أما الثاني فيشمل كافة العقود الإلكترونية، ويتشابهان من حيث استعمالهما عبر الوسائل الإلكترونية.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة الالتزام بالإدلاء الذي يسبق التعاقد منهم من اعتبره ذو طابع عقدي ومنه من ذهب إلى تكييفه على أنه ذو طابع غير عقدي، إلا أن هذا الأخير هو الرأي الراجح والقول الأصوب لأنه التزام يسبق تكوين العقد أي قبل نشوئه من جهة، ومن جهة أخرى فالغاية منه إمداد المتعاقد بجميع المعلومات التي تتعلق بالتعاقد والتي استنادا إليها يقدم

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

على التعاقد أو يتراجع عنه<sup>1</sup>، فمن باب المنطق أن يتم الإعلام في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، لكون هذا الالتزام يقي من فسخ أو بطلان العقد إذا انعقد هذا الأخير، فمن غير المعقول أن يقوم الزبون أو الكفيل بالحصول على الخدمة محل العقد، ثم يتم إعلامه بأمور بعد ذلك لو علمها لما أقبل على إتمام العقد<sup>2</sup>.

وقد تم تنظيم التزام البنك بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الإلكتروني بمجموعة من النصوص القانونية، ولكن في الأغلب يرجع إلى القواعد العامة التي تطبق على الإعلام الإلكتروني، وكذا نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكافة العقود.

إضافة إلى النصوص القانونية العامة النازمة للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، نجده قد نظم بمقتضى نص خاص ضمن قانون النقد والقرض، وذلك بمقتضى المادة 119 مكرر 1 من الأمر 04-10 السابق الذكر، في فقرتيها الأولى والثانية<sup>3</sup>، حيث ألزم البنك بأن يعلم بصفة دورية زبائنه بوضعيتهم تجاه البنك، وألزمته كذلك بتزويد العملاء بكل معلومة مفيدة تهمهم وتتعلق بوضعيتهم وأيضاً بالشروط الخاصة بالبنك.

ولم يكتف المشرع الجزائري بإلزامه البنوك بواجب الإدلاء بصفة منفردة إنما ألزمهم كذلك في إطار تنظيم المهنة المصرفية، الانخراط في جمعية تؤسس من طرف بنك الجزائر، تسمى جمعية " مصرفيين جزائريين " <sup>4</sup> وذلك وفق المادة 96 من قانون النقد والقرض<sup>1</sup>، ومن الأهداف التي تسعى لها هذه الجمعية إعلام الجمهور والقيام بتحسينهم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> بلحاج محجوبة، الالتزام بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تلمسان، مجلد 08، عدد 01، سنة 2019، ص 65، 66.

<sup>2</sup> حسينة شرون، نجاه مهدي، التزام البنك بالإعلام في عقد الاعتماد المالي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي سي الحواس، بركة، عدد 02، ديسمبر 2018، ص 254.

<sup>3</sup> نصت الفقرة الثانية من المادة 119 مكرر من الأمر 04-10 على ضرورة إعلام الزبائن فجاء فيها: " و تعلم بطريقة دورية زبائنهم بوضعيتهم إزاء البنك وتلزم بتزويدهم بكل معلومة مفيدة تتعلق بالشروط الخاصة بالبنك ".

أما الفقرة الثالثة من ذات المادة فقد أكدت على الوضوح والشفافية في الإدلاء بالبيانات للزبائن والعملاء فوردها: " يجب أن تستوفي عروض القروض مطلب الشفافية وتشير بوضوح لكل الشروط المتعلقة بها ".

<sup>4</sup> حسينة شرون، نجاه مهدي، المرجع السابق، ص 249.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وجاءت كذلك المادة 9 من النظام 20-01 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية<sup>3</sup>، لتوضح على أنه: " يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، أن تبلغ زبائنهم والجمهور، عن طريق كل الوسائل، بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها، وبهذه الصفة، يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، أن تُطلع زبائنهم على شروط استعمال الحسابات المفتوحة وأسعار الخدمات المختلفة التي تسمح بها وكذا الالتزامات المتبادلة بين البنك والذبون".

يتضح لنا من هذه المواد أن المشرع قد أوجب على البنك الإعلام فيما يخص الخدمات المصرفية، وكذلك فيما يتعلق بشروطها وأسعارها والالتزامات المتبادلة بينهما، وقد وضع لقيام الالتزام بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي شرطين يتمثلان في:

- علم المحترف بالبيانات والمعلومات التي تتعلق بمحل العقد المصرفي الإلكتروني، حيث يقع على عاتق البنك إعلام العميل بالمعلومات الجوهرية لمحل العقد المراد إبرامه، حتى يتحقق له العلم وكذلك من حيث أهميتها ودورها في تكوين الرضا، ويصعب حصر تلك المعلومات التي يتعين على البنك الإفضاء بها للمتعاقد حيث تختلف من عقد لآخر، فلا بد للبنك أن يكون عالم بجميع البيانات التي تتعلق بمحل الالتزام ويكون علمه مؤثرا على رضا

---

<sup>1</sup> نصت المادة 96 من القانون 03-11 مؤرخ في 26 غشت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، معدل ومتمم، ج ر عدد 52، صادرة في 27 غشت 2003، على ما يلي: " يؤسس بنك الجزائر جمعية مصرفيين جزائريين، يتعين على كل بنك أو مؤسسة مالية عاملة في الجزائر الانخراط فيها يتمثل هدف هذه الجمعية في تمثيل المصالح الجماعية لأعضائها، لاسيما لدى السلطات العمومية وتزويد أعضائها والجمهور بالمعلومات وتحسيسهم... ".

<sup>2</sup> حسينة شرون، نجا مهدي، المرجع السابق، ص 249.

<sup>3</sup> النظام رقم 20-01 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس سنة 2020، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية. وهي ذات المادة 5 التي سبق وأن وردت في النظام رقم 13-01 المؤرخ في 8 أبريل سنة 2013، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المتعاقد فيتعهد على إثره بإعلامه استناداً لمبدأ الثقة المشروعة والأمانة في المعاملات، وهو كله ما يندرج تحت نطاق حسن النية التي هي أصل الواجبات.

وكذلك يشترط جهل المتعاقد بالبيانات المتعلقة بالعقد جهلاً مشروعاً، وهذا الجهل يضع التزاماً على البنك يقضي بتبصير المتعاقد الذي لا يملك المعرفة ولا الخبرة لإحاطته بكل المعلومات التي تتصل بموضوع التعاقد، لاسيما تلك المعلومات الجوهرية التي تضمن إبرام العقد بناءً على إرادة حرة، وفي ذات الوقت فإن العميل بإمكانه التمسك بالجهل المشروع إذا استند إلى استحالة علمه بالمعلومات التي تتعلق بالشئ المرجو التعاقد بشأنه، وفي ذات الوقت على المتعاقد السعي للاستعلام عن البيانات المتعلقة بالخدمة أو المنتج المراد التعاقد بشأنه من خلال وسائل الاستعلام المتوفرة له، كالاستعانة بأهل الخبرة وتلك الوسائل القانونية التي يتم إتباعها لشهر الحقوق، والتحقق من الحالة المالية والمهنية للمحترف وكذا الاستعلام من المحترف نفسه<sup>1</sup>.

### - مضمون التزام البنك بالإدلاء الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي.

يتضمن التزام البنك بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الإلكتروني زيادة على ذكره لماهية المعلومات المتعلقة بالشروط البنكية من استعمال الحسابات المفتوحة وأسعار الخدمات التي تسمح بها والالتزامات المتبادلة بين البنك والزيون، فهو يتضمن كذلك تحديد شخص مقدم الخدمة المصرفية فيشمل العرض مجموعة البيانات التي تسمح بمعرفته كاسمه وعنوانه ومقر شركته ورقم قيده في السجل التجاري، ورقم وتاريخ الترخيص وكذا اسم وعنوان السلطة التي سلمته، ويكون ذلك عن طريق الوسائط الإلكترونية مما يساهم في بث الثقة لدى المتعاملين معه.

هذا دون أن نغفل عن التنويه إلى أهمية البيانات المتعلقة بالخدمة المصرفية الإلكترونية المقدمة من أبرز الوسائل القانونية التي تم تقريرها لحماية رضا المتعاقد والمستهلك على وجه الخصوص، فمن خلاله تستقر المعاملات وتصحح العقود بمنعه عن المنازعات

<sup>1</sup> بلحاج محجوبة، المرجع السابق، ص 68، 69، 70.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

والخلافات، فيلتزم البنك بإعلام العميل بجميع البيانات التي تعرفه على طبيعة الخدمة المصرفية، وشروط الحصول عليها والبيانات التي يحتاجها للولوج إلى الموقع الإلكتروني للبنك حتى يبرم العقد المصرفي بطريقة صحيحة وآمنة في ذات الوقت، هذا ولابد من توضيح تلك الخصائص التي تمتاز بها الخدمة والمقابل المادي لها وكيفية الوفاء الإلكتروني ووقت أداء الخدمة، زيادة على شروط استعمال الحسابات، وتوضيح مختلف الالتزامات التي يتبادلها البنك مع الزبون، وتكون هذه الخدمة مستمرة طوال مدة العقد، ويمكن تقديمها عبر قناة إعلامية مشفرة أو عن طريق Rooms Cd .

ويشترط المشرع الجزائري أن يكون ذلك باللغة العربية أو أي لغة يفهمها المستهلك، هذا ولابد من التنويه إلى ضرورة الإعلام بمخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية، فهي تتطوي على عدة مخاطر قد تواجه الزبائن خلال استفادتهم من خدماته الإلكترونية، سيقع على البنك واجب إعلامهم بهذه المخاطر استنادا لمبدأ الثقة، حتى يكون التعاقد قد جرى في إطار إرادة ورضا صحيحين<sup>1</sup>.

ننوه بضرورة تنصيب المشرع على الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات التي تسبق العمليات المصرفية، بنصوص خاصة في قانون النقد والقرض أكثر وضوحا ودقة، والزامية وترتيب جزاءات على الإخلال بمبدأ الإدلاء، وهذا مرده لكون العمليات المصرفية والبنكية تتطوي على مخاطر جمة، قد تواجه الزبائن أثناء التعامل معه.

### **رابعاً: الالتزام بالإدلاء في مفاوضات عقد التأمين.**

بما أن عقد التأمين يعتبر من عقود الاستهلاك، فإن ذلك يرتب على عاتق المؤمن التزاما بتوفير الحماية للمؤمن له عند تقديمه لطلب التأمين، عن طريق تبصيره ببند وثيقة التأمين إضافة إلى تبصيره كذلك بالنصوص التطبيقية المرتبطة بها، وخاصة ما يؤثر على حقوقه بشكل سلبي، كما أن له حق العدول والتراجع عن العقد خلال مدة معينة بعد التراضي

<sup>1</sup> بلحاج محجوبة، المرجع السابق، ص 72، 73، 74.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك، وقد حرص المشرع الجزائري على التأكيد على التزام المؤمن بالإعلام في جميع مراحل العقد<sup>1</sup> وهو ما نصت عليه المادة 15 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات السالف

الذكر<sup>2</sup>، وذلك بغية تنوير المؤمن له بحقوقه والتزاماته وبالعملية التي يقبل عليها، وتتباين الوثائق التي تستخدم في الإعلام والتي يستند عليها المؤمن بتباين مضمون الإعلام، وما يهمنا هي الوثيقة التي تصدر في مرحلة المفاوضات والتي يتم من خلالها إعلام المؤمن له وهي **مذكرة التغطية**.

لا شك أنه عند تقديم المؤمن له لطلب التأمين في مواجهة المؤمن فهذا الطلب يستدعي مهلة معينة لدراسته من طرف المؤمن، ليقدم رأيه فيه سواء بالقبول أو الرفض بإبرام العقد، في الحين الذي يحتاج المؤمن له إلى تأمين يغطي الأخطار التي قد تواجهه ولو بصفة مؤقتة وذلك في المرحلة التي تسبق التعاقد، ولذلك يتجهان لإبرام هذا الاتفاق الذي يصطلح عليه مذكرة التغطية لحين صدور قرار المؤمن بقبول طلب التأمين أو رفضه، وتختلف طبيعة هذه المذكرة بحسب الغاية منها فقد تكيف على أنها دليل مؤقت على الحصول على الاتفاق النهائي، وقد تكون عبارة عن اتفاق مؤقت يزول بزوال مدته<sup>3</sup> التي تم الاتفاق بشأنها<sup>1</sup>، فموافقة

---

<sup>1</sup> تنص المادة 15 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات على الالتزامات الواقعة على عاتق المؤمن له، و التي من جملتها زيادة على دفع الأقساط، التزامه بالإدلاء عند الإكتتاب بالبيانات المعروفة لديه، وإحاطة المؤمن بجميع البيانات الضرورية التي تمكنه من التعرف على الخطر المرجو تأمينه و تقديره، و من ثم حساب درجة احتمال حدوثه و اتخاذ القرار بالتعاقد أو عدم التعاقد، ميمي جمال، الإعلام في عقد التأمين بين الحق و الالتزام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، عدد 05، مارس 2017، ص 93.

<sup>2</sup> جاء في المادة 15 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات ما يأتي: " يلزم المؤمن له:

1- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها.

2- بدفع القسط أو الاشتراك في الفترات المتفق عليها.

3- بالتصريح الدقيق بتغيير الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجا عن إرادة المؤمن له خلال سبعة 7 أيام ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه، إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة... "

<sup>3</sup> لقمان بومزير، الالتزام بالإعلام في عقد التأمين، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلد أ، عدد 46، ديسمبر 2016، ص 489، 490.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

المؤمن تجعل سريان وثيقة التأمين من يوم تسليمها للمؤمن له وليس من وقت تسليم مذكرة التغطية، وفي حالة كون المؤمن لم يوافق على قبول التعاقد، ففي هذه الحالة تبقى مذكرة التغطية سارية المفعول لحين زوال مدتها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المذكرة تكون مكتوبة وموقعة من المؤمن وتثبت الاتفاق المؤقت الذي يقوم بين الطرفين، ولا بد أن تحتوي على البيانات الأساسية للتعاقد وبالخصوص الخطر المؤمن منه وكذا مدته، ومبلغ التأمين إضافة إلى مقدار القسط المستحق، وتسري من تاريخ الاكتتاب أو من تاريخ وصولها إلى المؤمن له، وعدم تضمنها للتاريخ يقتضي تحمل المؤمن تبعة الخطر إذا تحقق خلال مدة التغطية، وليس للرفض النهائي للتعاقد أي تأثير فيها<sup>2</sup>.

### **خامسا: الالتزام بالإدلاء في مرحلة ما قبل التعاقد الطبي.**

إن التطور الكبير الذي عرفه ميدان الطب شهدنا معه ظهور مخاطر جديدة قد تنعكس بصفة سلبية على صحة المريض وسلامته في عديد الحالات، والعلاقة بين المريض والطبيب هي علاقة أزلية وقد أنشئت معه عدة التزامات تقع على عاتق الطبيب لمصلحة مريضه، وهي في الحقيقة عبارة عن حقوق يكفلها القانون للمريض، ولذلك وجب على الطبيب قبل القيام بأي تدخل الحصول على رضا المريض أو من يمثله بطريقة العلاج، ولن يتحقق هذا الرضا إلا إذا كان المريض على دراية كافية بالمخاطر التي قد تتجر عن العلاج الذي هو بصدد الخضوع له، فلا بد من إعلامه بعواقب المرض ومضاعفاته كذلك عند رفضه للتدخل الطبي المعني به.

ويظهر جليا واجب الإعلام في تنوير المريض وتبصيره بالتصرف الذي سوف يجريه قبل إبرامه لذلك العقد، لكونه يشتمل على معطيات جوهرية قد تساهم في تكوين رأيه وقناعته

---

<sup>1</sup> نصت على مذكرة التغطية الفقرة الأولى من المادة 08 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات حيث جاء فيها: " لا يترتب على طلب التأمين التزام المؤمن له والمؤمن إلا بعد قبوله، ويمكن إثبات التزام الطرفين إما بوثيقة التأمين وإما بمذكرة تغطية التأمين ..."

<sup>2</sup> لقمان بومزير، المرجع السابق، 490.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

لقبول العلاج أو رفضه، فهو بحاجة إلى إعلام ونصح وكذا إرشاد كالالتزام قانوني يقع على الطبيب بصفته محترف في ميدان الطب.

ولا شك بأن التزام الطبيب بإعلام مريضه الذي يفرضه العقد الطبي يعد حلاً أمثلاً وتطبيقاً لاحترام إرادة المريض، وقد وضعت قواعد وقائية تفرض نفسها لصيانة سلامة المريض في جسمه أو حتى في عقله، أدرجه المشرع الجزائري ضمن أخلاقيات الطب، ويستبعد كل شخص لا يحترم هذه القواعد الأخلاقية والتي أهمها الالتزام بالإعلام.

تباينت تعريفات الالتزام بالإعلام الطبي واختلفت<sup>1</sup>، وهنا تجدر بنا التفرقة بين مفهومين فنسعى لإبراز المقصود بواجب الإعلام في مرحلة التشخيص، ثم نخرج على المقصود به في فترة تلقي العلاج أو قبل إجراء عملية جراحية.

أ- المقصود بواجب الإدلاء في فترة التشخيص.

أول صورة يمر بها تبصير المريض قبل الإقبال على العقد الطبي هي الإعلام بالتشخيص أي عند كشف الطبيب للمريض عن طبيعة مرضه.

ويعرف التشخيص بأنه فن التعرف على المرض، وفي هذا المجال قد يستعمل الطبيب الطرق التقليدية من لمس وطرق خفيف على بعض المواضع، والاستماع لدقات القلب وقياس ضغط الدم وغيرها، أو الأساليب الحديثة للفحص كصور الأشعة بأنواعها المختلفة والتحاليل المعملية والمجهرية.

ويعتبر عدم لجوء الطبيب لوسائل التشخيص الحديثة في معاینته خطأ يقيم مسؤوليته لاسيما في مواجهة الأطباء الأخصائيين<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد قضت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 07 جويلية 1998 بمسؤولية الطبيب نتيجة الخطأ في تشخيص حالة المريض مرتبط بوسيلة التشخيص وحداثها، حيث جاء في حيثيات القرار: "... وأن المرض الذي

<sup>1</sup> بن زرفة هوارية، الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، مجلة معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي غليزان، عدد 04، سنة 2015، ص 218، 219.

<sup>2</sup> بن النوي خالد، بوحالة الطبيب، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي بين القانون الجزائري والقضاء الفرنسي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، مجلد 07، عدد 02، سنة 2020، ص 788.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

أصيب به الولد خطير وقليل، الحدث وكان من الأجدر تشخيص المرض عن طريق الأشعة...<sup>1</sup>.

فلا شك أن هذا القرار يعكس مواكبة القضاء الجزائري للرؤية الحديثة لالتزام الطبيب بالإدلاء بجميع المعلومات والبيانات لمريضه، حتى تكون موافقة المريض على التدخل العلاجي مستتيرة منذ البداية، على الرغم من قلة وندرة هذا النوع من القضايا، إذا ما قورنت بالدور الخلاق للقضاء الفرنسي الذي يعد من بين أهم واضعي أسس المسؤولية الطبية<sup>2</sup>.

وإذا كانت الفحوص التي سوف يقبل عليها المريض تنطوي على خطورة يمكن أن يتوقعها الطبيب فلا بد للطبيب أن يلتزم بإعلام المريض بذلك حتى يتخذ المريض قراره بقبول الفحص أو رفضه، ولذلك لا بد من تبصير المريض بالوسائل الفنية المتمثلة في الفحوص والتحاليل والأشعة كما سبق لنا التنويه وإن لم تكن في ذاتها عبارة عن أعمال علاجية، إلا أنها تشكل أعمالاً طبية تشخيصية قد تعدي على سلامة جسم المريض وتدخل في مجال حريته الشخصية، فلا يخضع لها إلا بعد رضائه المستتير<sup>3</sup>، الذي يصدر منه عن قناعه تامة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 07-07-1998، قضية رقم 592-98.

<sup>2</sup> محمد حاج بن علي، التزام الطبيب بإعلام المريض، مجلة التواصل في الاقتصاد وإدارة القانون، جامعة باجي مختار، عنابة، مجلد 25، عدد 04، 31 ديسمبر 2019، ص 163.

<sup>3</sup> بن النوي خالد، بوحالة الطبيب، المرجع السابق، ص 788، 789.

<sup>4</sup> وقد أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم أصدرته في 14 يناير 1992 حيث تعلقت القضية بسيدة كانت مصابة بمرض جلدي يسمى hailey-hailey وأشار عليها الجراح بضرورة إجراء عملية زرع جلد وذلك عبر أخذ شرائح جلد من جسمها وزرعها محل الأجزاء المصابة بالمرض، ولكن نتيجة العملية كانت فاجعة، حيث أن المرض عاود الظهور مرة أخرى وكذلك زيادة على ذلك فإن شرائح الجلد التي أخذت من أحد فخذي المريضة لم يلتئم جرحها تماماً، وترك تشويه كبيراً وقد أيدت محكمة النقض قضاة الاستئناف، فيما ذهبوا إليه لتعلق الأمر بتدخل لا يمليه الاستعجال، ولا يبرره خطأ داهم وهو في ذات الوقت يعد استئصال هاماً للمريضة لم تحصل على الإدلاء الكامل من طرف الجراح الذي كان لها الحق فيه، فهي لم تقدم بذلك رضا مستتيراً. Bull, civ, n°16, 14janvier1992, cass, civ -

la cour de cassation a ainsi statué: «S'agissant d'une intervention pour la patiente et qui comportait une importante mutilation dont elle n'avait pas été avisée, les juges du fond ont pu estimer qu'elle n'avait pas bénéficié de la totale information qu'elle était en droit d'exiger et que son consentement n'avait pas été éclairé».

حكم مأخوذ عن بن النوي خالد، بوحالة الطبيب، المرجع السابق، ص 798، 799، 802، 803.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

فإذا انتهى الطبيب إلى تشخيص معين وجب عليه أن ينير به المريض ويشرحه له بطريقة بسيطة وعبارات ميسورة الفهم تشرح المرض الذي يعاني منه، كما لا بد له أن يصف له إمكانية التطور الذي قد يؤول إليه مرضه والمضاعفات إذا لم يتم علاجه على ما أبصره به، لأن ذلك من شأنه أن يتيح للمريض الخيار بين الخضوع لهذه التشخيصات من عدمها، والخضوع للعلاج من عدمه.

إن التبصير بالتشخيص ضروري ومهم لوحده قبل الانتقال لمسألة العلاج الطبي وضرورة الرضا به، وفي ذات السياق نجد أن طبيب العمل يعلم العمال بظروفهم الصحية متى أصبحت لا تتلائم مع ظروف العمل<sup>1</sup>، حيث أكدت على هذا الالتزام محكمة النقض الفرنسية في 29 ماي 1984 في القضية المتعلقة بصبي قاصر، أجرى تصوير بالأشعة، مما أدى إلى شلل في النصف الثاني من جسمه، حيث أدانت محكمة الاستئناف الجراح الذي وصف الفحص وطبيب الأشعة الذي نفذه، حيث أنهما لم ينكرا واجب إعلام المريض أو ممثله القانوني بالأخطار التي تنجر عن هذا الفحص، فأجابت محكمة النقض على أن كل من الطبيب كان على علم بمخاطر هذا العمل، وبالتالي هي مخاطر تعد نسبة تحققها كافية للالتزام بإعلام المريض أو ممثله بالنتائج المحتملة على وجه يجعله يتمكن من المقارنة بين المخاطر والفوائد<sup>2</sup>.

ب- المقصود بواجب الإدلاء في مرحلة الإقبال على العلاج.

يقصد بالإدلاء في مرحلة الإقبال على العلاج : " إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينية عن الموقف الصحي، بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة، وبذلك يعتبر الالتزام بالإعلام في جوهره بمثابة التزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب خلال مدة العقد الطبي، لهدف الحصول على

<sup>1</sup> بن النوي خالد، بوحالة الطبيب، المرجع السابق، 788، 789.

<sup>2</sup> قرار مأخوذ عن محمد الصالح قروي، عليوة رابح، التزام الطبيب بإعلام المريض بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، مجلد 56، عدد 02، 19 نوفمبر 2019 ص 286، 287.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

رضا مستتير"، وتجدر الإشارة إلى أن المعلومات التي يقدمها الطبيب لمريضه وجب أن تكون واضحة وبسيطة ومعقولة كذلك بالنسبة للمريض<sup>1</sup>.

وبالرجوع للتشريع الجزائري نلتمس من خلال مواده القانونية أنه لم يعرف الالتزام بالإعلام الطبي، ولكنه أشار إليه من خلال المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>2</sup>، التي نصت على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"، يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع قد أوجب هذا الالتزام من خلال بدئه للمادة بمصطلح "يجب".

### **ج- خصائص الالتزام بالإدلاء في المرحلة التي تسبق العقد الطبي.**

يمتاز هذا الالتزام بجملة من الخصائص لعل أهمها:

#### **1- توجيه الإعلام للمريض.**

يكون ذلك بهدف زرع الثقة بينه وبين الطبيب فيوجه له الإعلام شخصيا حتى يكون رضاه سليما على ما يقدم عليه من علاج، ولكن قد يحدث أن يكون المريض في حالة صحية لا تسمح له بذلك، ومثاله كونه في حالة غيبوبة أو أنه ناقص الأهلية أو لا يملكها، وبذلك يوجه الإعلام للشخص الذي يقوم مقامه، حتى يتخذ القرار مكانه بقبول العلاج أو رفضه، وهو ما نجده في نص المادة 52 في فقرتها الثانية من مدونة أخلاقيات الطب السابقة الذكر، التي جاء فيها على أنه: "... يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم أن يقدم العلاج الضروري للمريض وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يأخذ في حدود الإمكان رأي العاجز البالغ بعين الاعتبار إذا كان قادرا على إبداء رأيه".

وكذلك نصت المادة 154 من نفس القانون على أنه: "يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد

<sup>1</sup> بن زرفة هوارية، المرجع السابق، ص 220.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52، صادرة في 8 يوليو 1992.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب"، وبذلك نجد أن المشرع الجزائري في قانون الصحة قد منح الحلول في حالة تعذر أو استحالة أخذ رأي المريض المعني وإعلامه، فينوب عنه ممثله في ذلك.

### 2- ضرورة تقديم المعلومات للمريض من طرف الطبيب.

كما سبق لنا التنويه أن هذه المعلومات لابد أن تكون دقيقة لاتخاذ قراره المستتير، فوجب أن تكون بمنأى عن المصطلحات الطبية المعقدة التي لا يمكن للمريض فهمها.

### 3- البوح بالمعلومات وفقا لمعيار الرجل العادي.

ونقصد بذلك أن المعلومات التي تقدم للمريض لابد أن لا تقل عن البيانات التي يقدمها طبيب مماثل في ظروف مماثلة، وهو ما استقر عليه العلم الطبي، ولذلك يطلق عليه معيار الرجل العادي الذي يقاس به التصرف الفني الطبي، فلا ينحرف به الطبيب العادي عن سلوك أمثاله من الأطباء العاديين في نفس الظروف<sup>1</sup>.

### سادسا: الالتزام بالإدلاء في المواد الصيدلانية.

يحوز الالتزام بالإعلام أو الإدلاء بالبيانات في المواد الصيدلانية<sup>2</sup> بالغ الأهمية لكونه موضوعا قانونيا ينظم التعاملات في مجال استهلاك المواد الصيدلانية<sup>3</sup>، فقد تطرق له القانون 11-18 المتعلق بالصحة<sup>4</sup>، إذ نظمته بجملة من النصوص القانونية، وكذلك من زاوية أخرى

<sup>1</sup> بن زرفة هوارية، المرجع السابق، ص 222، 223، 224.

<sup>2</sup> تعرف المواد الصيدلانية من الناحية العلمية بأنها: "كل مادة أو مخلوطة من المواد المصنعة أو غير المصنعة، تباع أو توصف بغرض استعمالها في العلاج أو الوقاية من الأمراض، أو تشخيص أو تخفيف الآلام، أو الأعراض المرضية الناتجة عن الاضطرابات العضوية أو غير العضوية في الإنسان أو الحيوان، أو توصف بأنها تستخدم للشفاء أو إعادة انتظام وظائف الأعضاء"، ماية ويس، دور الالتزام بالإعلام في حماية المستهلك من المواد الصيدلانية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مجلد 32، عدد 02، جوان 2021، ص 178.

<sup>3</sup> ماية ويس، المرجع السابق، ص 176.

<sup>4</sup> قانون رقم 11-18 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، معدل ومتمم، ج ر عدد 46، صادرة في 29 يوليو 2018.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

فهو ينظم استهلاك المواد الصيدلانية<sup>1</sup> التي تعد خطيرة على المستهلك باعتباره يجهل حقيقتها، إذ دفعته الحاجة الماسة لاقتنائها فهو لا يعلم بالبيانات اللازمة التي ترتبط بها، مما يضعه في مركز الطرف الضعيف في العلاقة، لابد من توعيته وتبصيره بكافة البيانات المتعلقة بها.

ويتميز الالتزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات الذي يقع على عاتق الصيدلي المنتج أو البائع للمواد الصيدلانية بنوع من الخصوصية التي تجعله يحافظ على صحة وسلامة المستهلك المريض، الذي يبتغي هذا الأخير من ورائها حصوله على الشفاء وتعالجه من المرض، وفي هذا السياق يمكننا تعريف الالتزام بالإعلام في المواد الصيدلانية التي تدرج ضمن المواد الخطيرة بأنه: "الالتزام يقع على جميع الأطراف المتعاملة بالمنتجات الخطيرة قبل وصولها للمستهلك، من بائعين ومنتجين وموزعين إذ يقوم بمقتضاه كل بدوره في تحذير المستهلكين من الأخطار التي يمكن أن تنشأ عن حيازة المنتجات أو استعمالها، وذلك بإعلامهم بمصادر هذه الخطورة وإبعادها توكيا للأخطار المتولدة عنها"<sup>2</sup>.

وقد سبق لنا استعراض النصوص القانونية التي كرسها المشرع الجزائري في سبيل حماية المستهلك وإعلامه، ننوه إلى أن أهميتها تتضاعف في المجال الصحي نظرا لكون المنتج يرتبط بصفة مباشرة بجسم وحياة الإنسان التي تعد مقدسة، وجب التعامل معها بحرص شديد، ولذلك أولى قانون الصحة لها اهتماما كبيرا، وفي هذا الإطار ورد في المادة 235 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة السالف الذكر، على أن الإعلام في المواد الصيدلانية إجباري، ويجب أن

---

<sup>1</sup> عرفت المادة 207 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المواد الصيدلانية بأنها: "تضمن المواد الصيدلانية، في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

- الأدوية.

- المواد الكيميائية الخاصة بالصيدليات.

- المواد الجالينوسية..."

كما عرفت لمادة 208 من القانون رقم 18-11 الدواء فجاء فيها بأن: "الدواء، في مفهوم هذا القانون، هو كل مادة أو تركيب يعرض على أنه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية وكل المواد التي يمكن وصفها للإنسان أو للحيوان قصد القيام بتشخيص طبي أو استعادة وظائفه الفيزيولوجية أو تصحيحها وتعديلها".

<sup>2</sup> مائة ويس، المرجع السابق، ص 176.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

يكون واضحا ومطابقا لأحدث معطيات البحث الطبي والعلم عند توزيعه، وأن يذكر إجباريا التسمية المشتركة الدولية للمادة موضوع هذا الإعلام<sup>1</sup>، وقد عرفته المادة 236 من ذات القانون بأنه: " كل معلومة تتعلق بتركيبها وآثارها العلاجية والبيانات العلاجية الخاصة بمنافعها ومظاهرها والاحتياجات الواجب مراعاتها وكيفية استعمالها..."

وبالعودة كذلك للمادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92 - 286 المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري على أنه: مجموعة المعلومات المتعلقة بتركيبها وآثارها العلاجية والبيانات الخاصة بمنافعها ومضارها والاحتياجات الواجب مراعاتها وكيفية استعمالها، هذا وقد أكدت المادة الثانية من ذات القانون، على وجوب أن يكون الإعلام الطبي والعلم المتعلق بالمنتجات الصيدلانية التي تستعمل في الطب البشري، والتي تختص بها المؤسسات الصيدلانية يتطابق مع المواصفات المعتمدة لتسويق الأدوية، وكذلك مع الأخلاق المهنية.

ونجد أن المادة الخامسة من ذات المرسوم ورد فيها أن الإعلام الطبي والعلمي الذي يتعلق بالمنتجات الصيدلانية الذي مآله المهن الطبية وكذلك شبه الطبية وإلى عامة الناس من المستهلكين في المواد الصيدلانية.

غير أن المادة 236 من نفس المرسوم جاء في فقرتها الأخيرة على أن الإعلام العلمي يكون موجها بصفة خاصة لمهنيي الصحة وللمرتفقين، لغاية ضمان الاستعمال السليم لهذه المواد.

فلا ريب في أن الصفة الخطيرة لبعض المنتجات تزيد من تشديد واجب الإعلام على الصيدلي، من خلال تقديمه البيانات والمعلومات اللازمة، والمتعلقة بالدواء وبطريقة استعماله

---

<sup>1</sup> نصت المادة 335 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم على أنه: " يتمثل الإعلام العلمي حول المواد الصيدلانية في كل معلومة تتعلق بتركيبها وآثارها العلاجية والبيانات العلاجية الخاصة والاحتياجات الواجب مراعاتها وكيفية استعمالها ونتائج - الدراسات العيادية والصيدلانية والسمية والتحليلية المحصنة المتعلقة بفعاليتها وسميتها العاجلة أو الآجلة.

ويوجه الإعلام العلمي خصوصا لمهنيي الصحة وللمرتفقين بغرض ضمان الاستعمال السليم للمواد الصيدلانية".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وآثاره وكذا التنويه إلى مخاطره والاحتياطات التي يجب اتخاذها بشأنه، وهو ما ينطبق على المواد الصيدلانية التي قد تكون معقدة الاستعمال، وقد تصرف بناء على وصفة طبية وقد تكون من دونها، وهنا علينا التنويه إلى حدود التزام الصيدلي بالإعلام في بعض المواد الصيدلانية التي يتولى تحضيرها كالأدوية، ففي هذا الصدد لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحدود عند تحضيره وصرفه المستحضر الوصفي الصيدلاني، والمستحضر الاستشفائي<sup>1</sup>، الذي ورد ضمن المادة 210 من القانون رقم 18-11 السابق الذكر<sup>2</sup>، وعليه فالصيدلي يعد صانعا وبائعا في الوقت ذاته، فهو يسأل بصفة مزدوجة إذا أخل بالتزامه بالإدلاء بالمعلومات، سواء فيما يتعلق بالمواد التي تدخل في تكوين المستحضرات السابقة، أو أخل بالتزامه بإعلام المريض حول كيفية استعمال هذه المستحضرات وتبصيره حول المخاطر التي يمكن أن تنشأ عنها، لكونه أكاديميا ومحترفا في الوقت ذاته، فهو مدرك لكل ما يحيط بالدواء أما إذا قام ببيع الدواء استنادا إلى وصفة طبية فاحتواء الوصفة على البيانات الخاصة بكيفية الاستعمال لا تعفي الصيدلي من واجب الإدلاء بها، وهذا مرده لكون الوصفة الطبية عادة ما تصاغ بمختصرات لا يتمكن المريض من فهمها، بينما يسهل ذلك على الصيدلي بحكم خبرته المهنية وتخصصه، ويشمل ذلك حتى تداركه لكل خطأ محتمل في مقادير الأدوية أو الجرعات وعدم جواز استعمالها، أو تلك التدخلات التي غفل الطبيب عنها، وفي حالة وجود تناقض أو خلاف فله أن يرفض تسليم الأدوية إن دعت الضرورة لذلك، مع إخطار الفرع النظامي الجهوي بذلك.

وتتسع حدود الإعلام الواقع على عاتق الصيدلي إلى أبعد من ذلك بحيث أن النشرة الدوائية والإشهار الذي قام به المنتج، لا يعفي الصيدلي من التزامه بالإدلاء بالمعلومات

<sup>1</sup> مائة ويس، المرجع السابق، ص 180.

<sup>2</sup> عرفت المادة 210 من هذا القانون المستحضرات كما يلي: "مستحضر وصفي: كل دواء يحضر فوراً تنفيذاً لوصفة طبية، بسبب غياب اختصاص صيدلاني متوفر أو ملائم، مستحضر استشفائي: كل دواء محضر بناء على وصفة طبية وحسب بيانات دستور الأدوية بسبب غياب اختصاص صيدلاني متوفر أو ملائم في صيدلية مؤسسة صحية وموجهة لتقديم لمريض أو عدة مرضى، مستحضر صيدلاني لدواء: كل دواء يحضر في الصيدلية حسب بيانات دستور الأدوية أو السجل الوطني للأدوية وموجه تقديمه مباشرة للمريض"



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

للمريض لكونه يحوز على معرفة علمية في المواد الصيدلانية، حتى يتقاضي كل ما يمكن أن يترتب من مخاطر<sup>1</sup>.

في الختام نثمن اهتمام المشرع الجزائري بواجب التبصير والنص عليه ضمن قوانين متفرقة سبق لنا عرضها، إلا أننا نهيب بضرورة إلزامية التنصيص عليه بصفة صريحة في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد، ضمن نصوص القانون المدني لكونها مرحلة جد حساسة تستدعي فرض هذا الالتزام بشدة، على غرار ما جسده قانون الالتزامات الفرنسي، وهو ما سنعرضه لاحقاً.

### **الفرع الرابع: الالتزام بالإدلاء خلال فترة المفاوضات في القانون الفرنسي.**

لم يعترف المذهب الكلاسيكي في فرنسا بوجود التزام بتقديم المعلومات فكان على المشتري أن يستعلم بنفسه أي أن يكون فضولياً<sup>2</sup>، ومع مرور الوقت فرضت السوابق القضائية تدريجياً واجب التعاقد بحسن نية والذي ربطته بالفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي في نسخته السابقة لعام 2016 والسالفة الذكر، وفي نفس السياق أكدت محكمة النقض الفرنسية وجود الالتزام بالتعاقد بحسن نية، لتستنتج منه التزاماً سابقاً للتعاقد بتقديم المعلومات<sup>3</sup> الذي يعتبر نوع حديث من الاحتيال فهو غير منصوص عليه بصفة صريحة، فالالتزام بالتعاقد بحسن نية يتطلب الكشف عن قدر معين من المعلومات للطرف الآخر، فأدى ذلك إلى عدم المساواة بين الأطراف لاسيما في مجال الاستهلاك، مما انجر عنه اعتراف بالالتزام بتقديم المعلومات قبل التعاقد كمبدأ عام، فالغاية من الالتزام بتقديم المعلومات إضفاء الطابع الأخلاقي على قانون العقود<sup>4</sup>.

وعليه يعد واجب الإعلام في مرحلة المفاوضات أحد أهم المستجدات التي أقرها تعديل القانون المدني الفرنسي بمقتضى الأمر 131-2016 فقد أدرج هذا القانون الالتزام بالتبصير

<sup>1</sup> مائة وبيس، المرجع السابق، ص 180، 181.

<sup>2</sup> Mahmoud Elshahly, op.cit, p 96, 97.

<sup>3</sup> Cass.com. 20 septembre 2005, n 03-19.732, voire en e sens, Mahmoud Elshahly, op.cit, p 97.

<sup>4</sup> Mahmoud Elshahly, op.cit, p 97, 98.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

في مرحلة المفاوضات كمبدأ مستقل عن الالتزام بحسن النية، وجاء تحت عنوان المفاوضات، وهو ما عبرت عنه المادة 1112-1 ومرد ذلك لجهود ومساعي الفقه والقضاء الفرنسي لتكريس هذا الالتزام<sup>1</sup>.

فقد جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: " يتعين على أي من الأطراف يمتلك معلومة حاسمة لرضا الطرف الآخر أن يمدّه بتلك المعلومة، متى كان جهله بتلك المعلومة مشروعاً ومبرراً أو بسبب الثقة التي يوليها للمتعاقد معه. يكون لها أهمية مؤثرة المعلومات التي يكون لها علاقة مباشرة وضرورية مع مضمون العقد أو صفة الأطراف"<sup>2</sup>.

يتضح لنا من خلال المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي أن الالتزام في مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد بالإعلام يقع على عاتق كل متعاقد له دراية بمعلومة تحسم رضا المتعاقد الآخر، وذلك بالنظر إلى صفة المتعاقد أو نشاطه أو وظيفته ليتحدد مدى اطلاعه، فيبرز مركز الدائن والمدين في الالتزام بالإعلام قبل العقد، وبذلك فقد عمم المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام وكرسه تشريعياً بعد أن كان مقتصرًا على حالات معينة كالمؤمن والبائع المحترف ومزود الخدمات<sup>3</sup>.

فحتى يقوم الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في جانب المدين لابد أن تكون لديه المعلومة المهمة والمؤثرة في رضا المتفاوض الآخر، أي أن تكون المعلومة محل الالتزام جوهرية ويقصد بالجوهرية أن يتوقف عليها حسم قرار المتفاوض بالتعاقد وذلك يتحقق عندما تكون المعلومات

---

<sup>1</sup> ليليا قايدى، رشيد شمشيم، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام " قراءة في نص المادة 1112-1 من الأمر 131-2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، مجلد 06، عدد 01، سنة 2022، ص 135.

<sup>2</sup> Art 1112-1 du C.C.F: "Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant".

<sup>3</sup> Barthélemy Mercadal, Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016, édition Francis Lefebvre 2016, n 163, p 61,62.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ضرورية ولازمة، ولها علاقة مباشرة مع مضمون العقد أو مع صفة المتعاقد<sup>1</sup>، وينحصر التزام المدين بالتبصير أثناء فترة المفاوضات في المعلومات التي تكون بحوزته وقت التفاوض أو حصل عليها في مرحلة المفاوضات لا غير، فلا يكون ملزماً بالبحث عن معلومات أخرى إضافية، وعليه يشترط أن تكون حاسمة لرضا المتعاقد، فالمادة السالفة الذكر في فقرتها الثانية تستثني من إعلام الطرف الآخر بالمعلومات الجوهرية التي تؤثر في رضائه مسألة الإعلام عن السعر أو الثمن<sup>2</sup>.

وفي ذات السياق فإن المشرع الفرنسي يحث الدائن بصورة ضمنية على الصراحة أثناء فترة المفاوضات، من خلال الإفصاح عن العناصر التي يراها ضرورية للتعاقد بالنسبة للمدين، كما يجب أن يقتزن الطابع الحاسم للمعلومات، إما بجهل مشروع من الدائن بها أو بثقة يضعها في المدين، أما فيما يتعلق بعبء إثبات الالتزام بالإعلام، فيتحمل الدائن عبء إثبات وجود التزام بالإعلام على عاتق المدين لمصلحته، كما يقع على المدين إثبات أنه نفذ التزامه بالإعلام.

هذا وقد نوهت ذات المادة في فقرتها الأخيرة إلى قيام مسؤولية الطرف الذي لا يلتزم بالإدلاء بالمعلومات، وقد يفضي إلى إبطال العقد وفقاً لما ورد في المادة 1130 وما يليها<sup>3</sup>.

إن نص المادة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي لا تلزم المدين بواجب الاستعلام لمصلحة الدائن ولا تلزمه بمعطيات يجهلها خلال تلك الفترة، ولو كانت حاسمة لإرادة

---

<sup>1</sup> أحمد إبراهيم الحياوي، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني، المجلة القانونية، المنامة، البحرين، عدد 11، أكتوبر 2022، ص 220.

<sup>2</sup> Art 1112-1 du C.C.F : "...Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation".

<sup>3</sup> Art 1112-1 du C.C.F: "...Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir

" Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants."

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المتفاوض الآخر، ولا يؤخذ بعين الاعتبار معرفته ولا خبرته، واستنادا لما سبق يمكن للمدين أن يتمسك في مواجهة الدائن من حيث الالتزام بالإعلام بأنه يجهل تلك البيانات، ويستثنى من ذلك بحسب القانون الفرنسي بعض الحالات التي يفرض فيها القانون التزاما خاصا بصفة استثنائية بالإعلام، ومنها ما ورد في المادة (L 1111-2) من قانون الصحة العامة<sup>1</sup>، من ضرورة إعلام المريض حول بعض العناصر التي يتكون منها التدخل العلاجي وبالأخص تلك العلاجات والأعمال الوقائية ومدى استعجالها، إضافة إلى نتائج العلاج والآثار المترتبة على الرفض، مما يستدعي من الطبيب الاستعلام حول التزاماته وليس بوسعه التمسك بجهله بتلك العناصر في العمل الطبي في مواجهة المريض.

وكذلك الأمر بالنسبة للموثق الذي يعد ملزما تجاه زبائنه بالالتزام بالإعلام والنصيحة، لاسيما فيما يتعلق بآثار التصرفات والعقود التي يقبلون على إبرامها وبصفة أخص تلك

---

<sup>1</sup> - L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique commande au médecin d'informer ses patients sur un certain nombre d'éléments de sa prestation, tels que notamment les "Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Elle est également informée de la possibilité de recevoir, lorsque son état de santé le permet, notamment lorsqu'elle relève de soins palliatifs au sens de l'article [L. 1110-10](#), les soins sous forme ambulatoire ou à domicile. Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficier de l'une de ces formes de prise en charge. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission..."

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المخاطر التي تتجر عن تصرفاتهم، ويقع على الموثق الاستعلام فليس له التمسك بجهله في مواجهة عملائه وزبائنه<sup>1</sup>.

إن المشرع الفرنسي بفرضه الالتزام بالإعلام في النص القانوني الجديد أو في السوابق القضائية، إنما يسعى لإنشاء علاقات عقدية تقوم على التوازن، لأن عدم توازن العقد إنما مرده بصفة أساسية إلى عدم التوازن في المعرفة بين الأطراف، وهو ما يدفع لإلزام من يملك المعلومات من بين الأطراف أن يدلي بها، وبالأخص إن كانت جوهرية ومؤثرة في رضا الطرف الآخر، وتتضح أهمية ترسيخ القضاء الفرنسي لنظرية الإعلام في العقود من عدة جوانب نذكر أبرزها:

- توحيد الأساس القانوني للالتزام بالإعلام ليتم الاستناد إلى النص بصفة مباشرة لفرضه من دون العودة للنظريات والمبادئ وهو ما يشكل صعوبة كما كان معمولاً به من قبل.
- إدراج الالتزام بالإعلام وفرضه من خلال النص عليه في النظرية العامة للعقود يوسع من نطاق تطبيقه على كل العقود من دون تمييز.
- المساهمة كذلك في توحيد الجزاء الذي سيفرض في حال انتهاك الالتزام بالتبصير.
- النص القانوني المتضمن فرض الالتزام بالإعلام يعد نصاً آمراً من النظام العام لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته أو استبعاده<sup>2</sup>.

### **المطلب الثاني: الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات.**

مما لا شك فيه أن لكل شخص أسراراً خاصة به من حقه أن يكتمها عن الآخرين تحقيقاً لمصالحه الشخصية، والحق في عدم إفشاء الأسرار يعد من أعظم صور الحق في حرمة

<sup>1</sup> ليليا قايدى، رشيد شميضم، المرجع السابق، ص 139، 140، 141.

<sup>2</sup> يوسف شندي، دور القضاء في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، 9، 10، ماي 2017، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ملحق خاص، عدد 02، نوفمبر 2017، ص 462.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الحياة الخاصة ضمانا للحماية والخصوصية ضد انتهاك الغير وتدخله، ولتوضيح واجب السرية بشكل مفصل لابد من تحديد مفهومه ثم التعرّيج على أهميته ومدى تبني المشرع الجزائري لمبدأ الالتزام بالسرية في قوانينه.

### الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالسرية.

إن الحديث عن مفهوم السرية يقودنا إلى تعريفها وقبل ذلك لابد من تعريف السر المهني وتحديد أنواع الأسرار.

#### أولاً: تعريف السر:

إن السر كلمة تعرف في اللغة بأنها ما يكتُم كالسريرة وجمعها أسرار وسرائر، وسره هو جوف كل شيء ولبه وكذلك هو ما يكتُمه المرء في نفسه، وسرارة كل شيء محضه ووسطه فقد قيل صدور الأحرار قبور الأسرار<sup>1</sup>.

وفي اللغة الانجليزية نجد معنى كلمة secret تعني الخفاء أي كل ما يضر إفشائه بسمع مودعه.

وقد وردت كلمة السر في أكثر من موضع في القرآن الكريم وعكسها الجهر فقد جاءت في قوله تعالى: بسم الله الرحمان الرحيم " وهو الله في السماوات وفي الأرض يعلم سركم وجهركم ويعلم ما تكسبون " صدق الله العظيم<sup>2</sup>، ويقول كذلك عز وجل في محكم تنزيله: بسم الله الرحمان الرحيم " وإن تجهر بالقول فإنه يعلم السر وأخفى " صدق الله العظيم<sup>3</sup>، وكذلك قوله تعالى في كتابه الكريم: بسم الله الرحمان الرحيم " قل لعبادي الذين آمنوا يقيموا الصلاة وينفقوا مما رزقناهم سرا وعلانية من قبل أن يأتي يوم لا بيع فيه ولا خلاق " صدق الله العظيم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2008.

<sup>2</sup> الآية 3 من سورة الأنعام.

<sup>3</sup> الآية 7 من سورة طه.

<sup>4</sup> الآية 31 من سورة إبراهيم.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وبذلك يمكننا القول بأن السر هو ما يكتمه الإنسان في نفسه ويخفيه الفرد ويرغب في عدم الكشف والإفصاح عنه حتى لا يطلع عليه الآخرون.

ويعرف بأنه: أمر ما يتعلق بشخص المرء ويمس الدائرة الشعورية الحساسة من نفسه بحيث يكون في البوح به حرج كبير<sup>1</sup>، إلا أن الباحث إبراهيم سليمان الكيكي لا يتفق مع هذا التعريف، لأن السر قد يتعلق بالشخص المعنوي مثله مثل ما نجده بأسرار الوظيفة أو الأسرار المتعلقة بالدولة، فهو لا يقتصر على الشخص الطبيعي.

وقد عرفه خلف إبراهيم سليمان الكيكي بأنه: " هو كل ما يجب أن يكون طي الكتمان سواء تعلق بشخص طبيعي أو شخص معنوي، ويلزم عدم الإفشاء أو الإفصاح به للغير بحكم القانون أو لمصلحة إلا في الأحوال المحددة قانوناً، ويعتقد الباحث أن هذا التعريف قد يشمل كل المرادفات التي وردت بشأن السر"<sup>2</sup>.

### ثانياً: تعريف السر المهني.

يعرف بأنه كل واقعة أو معلومة أو أمر يعلم به الشخص أفضى إليه به أو علم به نتيجة تجربة أو ملاحظة أو سماع أو رؤية بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها وكان لصاحب السر أو الغير من الوسط المهني مصلحة مشروعة في كتمانها إذ يرتب إفشائه أو الإفصاح عنه ضرراً لصاحبه<sup>3</sup>.

ويعرفه جانب من الفقه المصري بأنه: " واقعة أو صفة ينحصر العلم بها في عدد من الأشخاص، إذا كانت ثمة مصلحة مشروعة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل

<sup>1</sup> مأخوذ عن خلف إبراهيم سليمان الكيكي، المرجع السابق، ص 3.

<sup>2</sup> خلف إبراهيم سليمان الكيكي، المرجع السابق، ص 3، 4، 5.

<sup>3</sup> حساني لامية، زكري إيمان، الالتزام بالسرية في المفاوضات العقدية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، مجلد 10، عدد 01، سنة 2023، ص 507.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

العلم بها محصوراً في ذلك النطاق، والسر يختلف عن الإخفاء الذي يكمن في أعماق النفس البشرية ولا يطلع عليه إلا الله<sup>1</sup>.

ويعرف كذلك في قانون الأعمال بأنه كافة المعلومات التي تكون سرية أو غير معروفة في صورتها النهائية أو في مكوناتها الدقيقة وليس من السهل الحصول عليها في وسط المتعاملين بهذا النوع من المعلومات إلا بسبب الوظيفة أو الحرفة أو الصنعة أو التجربة أو المهمة المؤقتة.

ويتخذ السر المهني في قانون الأعمال عدة صور وأشكال فقد يكون إما وصف أو تصميم أو أسلوب أو برنامج أو فن صناعي أو طريقة أو مجموعة معلومات تستعمل في العمل وتعطي لصاحبها فرصة الحصول على ميزة في مواجهة منافسيه، الذين يجهلون هذا السر أو لم يسبق لهم استخدامه<sup>2</sup>.

### ثالثاً: تعريف السرية في المجال التجاري.

تباينت تعريفات الأسرار التجارية وتعددت باختلاف التشريعات فقد عرفها قانون المنافسة غير المشروعة الأمريكي لسنة 1995 من خلال المادة 39 من المدونة الثالثة بأنها: " أي معلومات يمكن استخدامها في العملية التجارية وتكون ذات قيمة كافية وأن يوفر السر ميزة اقتصادية فعلية أو محتملة لصاحبها في مواجهة غيره"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قايد حفيظة، السر المهني في قانون الأعمال، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2012، 2013، ص 09.

<sup>2</sup> حساني لامية، زكري إيمان، المرجع السابق، ص 507، 508.

<sup>3</sup> محمد جعفر الخفاجي، ميثاق طالب عبد حمادي، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، مجلد 06، عدد 02، 30 جوان 2014، ص 366.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

كما تم تعريفها بأنها: " مجموعة المعارف التكنولوجية النظرية والعملية والصناعية والإدارية الجديدة القابلة للانتقال والتي تحتفظ بها المشروعات بشكل سري، وغير المشمولة بحماية براءة الاختراع"<sup>1</sup>.

ومن هنا يبدو لنا جليا أن الأسرار التجارية التي يجب حمايتها لا تقع على المعلومات الفنية أو التقنية فحسب، إنما تمتد إلى جميع البيانات والمعلومات التي لها قيمة اقتصادية، سواء تعلقت بالجوانب التجارية أو المالية أو حتى الإدارية، ومنها تلك الدراسات المالية والتجارية وكذا الخطط التسويقية إضافة إلى قوائم العملاء فهي أوسع من المعرفة الفنية<sup>2</sup>.

**رابعا: تعريف السرية في المفاوضات.**

يمكن تعريفها بأنها التزام كل طرف متفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي علم بها أثناء فترة المفاوضات على العقد، والتي تقتضي أن يقوم كل طرف متفاوض باطلاع الطرف الآخر على معلومات أو بيانات ذات أهمية كبيرة بالنسبة إلى صاحبها<sup>3</sup>.

ولا نقصد بواجب السرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري أحداثها في طي الكتمان، إنما تظهر جليا في المعلومات التي تحصل عليها المتفاوض في مرحلة ما قبل التعاقد، مهما كانت طبيعتها سواء فنية أو مهنية أو حتى تكنولوجية أو هندسية، كما أن السرية أيضا تمتد إلى كل ما يكمن في المعلومات المتعلقة بعملية الاتفاق فيحافظ بمقتضاها المتفاوض على الأسرار والمعلومات التي وصلت إلى علمه خلال فترة التفاوض على العقد فيبقيها في طي الكتمان ولا يفصح عنها ولا يستغلها من غير إذن صاحبها، فمن غير المنطقي دخول شخص في تفاوض وهو يملك معلومات أو بيانات خصوصية لها طابع سري يرجو صاحبها التحصل على مقابل لها من خلال ولوجه إلى المفاوضات، ويخرج من ذلك خالي الوفاض.

---

<sup>1</sup> زردازي عبد العزيز، الأسرار التجارية في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مجلد 06، عدد 02، ديسمبر 2021، ص 763.

<sup>2</sup> محمد جعفر الخفاجي، ميثاق طالب عبد حمادي، المرجع السابق، ص 366، 367.

<sup>3</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 185، 186.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ما يمكن فهمه هو أن واجب السرية والالتزام به في مرحلة التفاوض على العقد يتعلق بالامتناع عن إفشاء أو استخدام المعلومات التي تصل لعلم المتلقي، سواء كانت لها قيمة اقتصادية حالية أو محتملة ولا يمكن للغير تحصيلها<sup>1</sup>، وتستدعي المفاوضات إفصاح كل طرف فيها إلى الطرف الآخر عن المعلومات والبيانات التي ترتبط بموضوع العقد المراد إبرامه، وعلى إثر ذلك لابد من الالتزام بالحفاظ على السرية التي تكتسبها هذه المعلومات، وهي من أهم ما يقتضيه مبدأ الالتزام بحسن النية في التفاوض.

ونظرا لكون هذه المعلومات على درجة كبرى من الأهمية بالنسبة لصاحبها، فيقع على المتفاوض الذي تلقاها عدم إفشائها للغير والحفاظ عليها، لاسيما تلك المعلومات التي أغفل القانون عن حمايتها وبصفة أخص في مرحلة المفاوضات، ومنها المعلومات التي تتصف بالجدّة فهي غير مشمولة بحماية قانونية مثل براءة الاختراع<sup>2</sup> وتلك الأسرار المالية للمشاريع وحجم الأعمال وأسماء العملاء وغيرها، مما يفرضي بالمتفاوض صاحب السر للاتفاق مع الطرف الآخر بصفة صريحة للحفاظ على الأسرار وعدم استغلالها من غير رضا صاحبها، وفي حالة انعدام مثل هذا الاتفاق فإن قواعد حسن النية تفرضه<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مصادر الالتزام بالسرية.

إن الحديث عن مصادر الالتزام بالسرية يقودنا إلى التحدث عن أساسه فقد أسفر ذلك عن ظهور عدة نظريات فقهية التي تناولت أساسه، فمما لا شك فيه أن الحماية القانونية للسر عرفت منذ زمن بعيد ومصدرها الأخلاق والشرف، ومع مطلع القرن التاسع عشر تحول هذا

<sup>1</sup> حساني لامية، زكري إيمان، المرجع السابق، ص 510.

<sup>2</sup> تعرف براءة الاختراع على أنها شهادة تمنحها الدولة للمخترع، ويكون له بمقتضاها حق استغلال واحتكار اختراعه ماليا بنفسه أو بطريقة التنازل للغير، وخلال مدة محددة وبأوضاع معينة، كما تعرف كذلك بأنها الشهادة أو السند الذي يحدد الاختراع ويرسم أوصافه، ويمنح حائزه الحق القاصر عليه في استغلاله والحماية المقررة قانونا، عماد حمد محمود إبراهيم، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2016، ص 29.

<sup>3</sup> غسق خليل إبراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية الإطار، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019، ص 90.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الالتزام من واجب أخلاقي إلى التزام قانوني، فأوضحت النصوص في قانون العقوبات غير كافية لتحديد أساس هذا الالتزام، وعليه برزت النظريات لتحديد ذلك، فمنهم من اعتبر أن الالتزام بالسر أساسه العقد وهو ما ترتب عنه ما يعرف بالسر النسبي، ومنهم من ذهب إلى أن النظام العام هو أساسه وانجر عن ذلك القول بالسر المطلق ومن أمثلته السر الطبي كسر مهني أساسه إما العقد أو القانون، فينشأ مع العقد الذي تم إبرامه بين الطبيب والمريض فيرتبط به ويولد العقد على عاتق الطبيب التزاما عقديا بالمحافظة على سر مريضه، أما في حالة انعدام العقد فيلزم الطبيب بالسر المهني استنادا للمبادئ القانونية العامة وعلى غرار ذلك برزت نظريتين:

أولهما نظرية العقد وقد برزت هذه النظرية مع بداية القرن 19 تستند على الرابطة التعاقدية بين طرفين أو أكثر التي تعد مصدرا أصيلا للالتزام بحفظ السر، فباتجاه العميل إلى صاحب المهنة الذي يعرض عليه مصالحه ويكشف له بعض أسرارهِ ملتصقا بمساعدته، هذا يعني تبادلا للرضا وانعقاد العقد، ولذلك يعد مصدرا للالتزامات متقابلة فعلى صاحب المهنة أن يحفظ سر العميل، وهو التزام يتقرر سواء تم النص عليه في العقد، أم لم يتم ذلك فمضمون العقد لا يقتصر على ما جاء فيه، بل يتعدى ذلك إلى كل ما هو من مستلزماته.

وقد ذهب كذلك أنصار هذا الاتجاه الفقهي إلى كون الغرض من حماية السر هو حماية صاحبه ويمكن رفع السرية بإرادة الأطراف ما دامت قد أنشأت بإرادتهم، وقد قامت هذه النظرية على أساس الحريات التعاقدية ما دام الطرف حرا في اختيار الطرف الآخر في العقد وهو حر في اطلاعه على أسرارهِ وإلزامه بحفظها، وللطرف المقابل كامل الحرية في قبولها وإبرام العقد أو رفضه، وما يمكن أن يتولد عن هذه النظرية يتجلى في نتيجتين:

الأولى هي ارتباط الالتزام بالسرية بمصلحة الفرد الخاصة فصاحب السر من مصلحته عدم إذاعته، ولا يمكن إباحته إلا بموافقه ولو كان موضوع السر مخالفا للنظام والآداب العامة، وفيما يتعلق بالنتيجة الثانية هي نسبية الالتزام بالسرية فيمكن لصاحب السر إعفاء الأمين في أي وقت يشاء ويصرح له بإمكانية إذاعته، وقد اختلف أصحاب هذه النظرية حول نوع الرابطة التعاقدية التي تربط بين صاحب السر والأمين على السر، فمنهم من ربطها

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

بعقد الوديعة فصاحب السر هو المودع، والمتلقي هو المودع لديه أما السر يعد هو الوديعة ومحل التعاقد<sup>1</sup>، مستثنين في ذلك إلى المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي القديم<sup>2</sup>، التي رتبت جزاء على الأطباء والجراحين والصيادلة وكل من تلقى سرا بمناسبة وظيفته أو مهنته وقام بإفشائه، فقد استعملت هذه المادة عبارة "مودع لديهم" بحيث اعتبرت السر المودع لدى الأمين بمثابة عقد وديعة، وقد واجهت هذه النظرية عدة انتقادات.

وظهرت كذلك نظرية أخرى أساس الالتزام فيها بالسرية يكتسي طبيعة عقد الوكالة التي محلها تصرف قانوني، كما أنها عقد رضائي يقع فيه تبادل الرضا بين الموكل والوكيل فالوكيل يلتزم بالتصرف لصالح الموكلين، وما يتناقض مع الأداء الصحيح للوكالة هو إخلال الوكيل بالسرية والالتزام بها في مواجهة موكله، وتم رفض فكرة عقد الوكالة.

ثم ظهر على إثر ذلك اتجاه ثالث يعتبر الالتزام بالسرية بمثابة عقد غير مسمى، أي لم ينظمه المشرع بقواعد خاصة، وترك للقواعد العامة، ويتعهد على إثره الأمين بكتمان السر وعدم إفشائه ويقوم على التراضي بين الطرفين.

وبعيدا عن نظرية العقد هناك جانب آخر من الفقه يذهب إلى اعتبار النظام العام كأساس للالتزام بعدم إفشاء الأسرار، الذي تم سن بعضه من النصوص القانونية فالمصلحة الاجتماعية هي أساس كتمان السر، لأن المصلحة العامة للمجتمع ترجح مصلحة الأفراد، وهذا الالتزام يتعلق بالنظام العام فهو ليس نتيجة لفكرة العقد أكان صريحا أم ضمنيا، ومرد ذلك إلى أن مصلحة المجتمع تفرض وجود الثقة في بعض فئات المهنيين التي يتعامل معها

<sup>1</sup> خلف إبراهيم سليمان الكيكي، المرجع السابق، ص 22، 23.

<sup>2</sup> "Art 378 du ancien code pénale français : " Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 à 15000 F. Toutefois, les personnes ci-dessus énumérées, sans être tenues de dénoncer les avortements pratiqués dans des conditions autres que celles qui sont prévues par la loi, dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, n'encourent pas, si elles les dénoncent, les peines prévues au paragraphe précédent ; citées en justice pour une affaire d'avortement, elles demeurent libres de fournir leur témoignage à la justice sans s'exposer à aucune peine...".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الأفراد بصفة يومية، ومنهم المحامي والطبيب والصيدلي والتي لا يسع الفرد التعامل معهم من دون ثقة، ومصلحة المجتمع أساس الالتزام بالسرية، وقد واجهت هذه النظرية بعض الانتقادات أهمها هو أن أنصارها لم يوضحوا المقصود بالنظام العام بصفة دقيقة، فهو ذو طابع متطور ومرن ينصرف مفهومه البسيط إلى حماية مصلحة اجتماعية، وبتفعيل نظرية النظام العام قد يفلت الأمين من المسؤولية، ويحتمي الأمين على السر خلف الحق في التزام الصمت، فتضيع مصلحة المجتمع مقابل مصلحة هذا الأمين الشخصية، مما يتناقض مع أساس هذه النظرية<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: مضمون واجب السرية.

يقع على الطرف المتفاوض الذي بحوزته المعلومات أو البيانات التي وصلت إلى علمه إبان فترة المفاوضات، والتي تحوز على أهمية بالغة لدى صاحبها، كما يستحيل عليه معرفتها إلا بولوجه للمفاوضات، وإطلاع حائزها للطرف الآخر عليها، فيحرص على إبقائها في طي الكتمان، وذلك يتطلب منه عدم استغلالها لحسابه الخاص أو إفشائها إلى الغير من دون موافقة صاحب المعلومات، ويتجلى مضمون هذا الالتزام في شقين أساسيين أولهما يتعلق بالامتناع عن تسريب المعلومات أو الأسرار، أما الشق الثاني منه فيتعلق بتجنب استغلال هذه المعلومات ذات الطابع السري، فالشق الأول يستدعي على كل متفاوض اطلع على معلومات سرية أثناء فترة التفاوض أن يتجنب إفشائها للغير، أما الشق الثاني فيقتضي من الطرف المتفاوض الذي سمع أو رأى معلومات سرية أن لا يستغلها لحسابه الشخصي من غير موافقة صاحبها أو إذنه، ويستوي في ذلك نجاح المفاوضات أو فشلها، ففي كلتا الحالتين عليه الحفاظ على سرية المعلومات باعتباره التزاما بتحقيق نتيجة<sup>2</sup>، ولا يسع الطرف المتفاوض فيه مجرد بذل

<sup>1</sup> خلف إبراهيم سليمان الكيكي، المرجع السابق، ص 23، 24.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، 186.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

العناية بأن يسعى قصارى جهده حتى لا يفشي الأسرار، إنما يقع عليه تحقيق نتيجة في ذلك وإلا كان مسؤولاً<sup>1</sup>.

وعن طبيعة المعلومات التي يقع على المتفاوض عدم إفشائها فإنه يمكننا استبعاد المعلومات التي تكون معروفة وسبق تداولها من طرف الجميع، لكونها لا ترقى لدرجة الأسرار وقد لا تكون لها قيمة لا مادية ولا معنوية، فهذه تستثنى من واجب السرية في مرحلة المفاوضات، وهنا يتبقى نوعين من المعلومات:

أولهما المعلومات التي يضفي عليها صاحبها طابع السرية وهنا يكون المعيار المعتمد في تحديدها هو تلك الثقة التي تبادلها المتفاوضين كنتيجة لانضمامهم لمرحلة التفاوض بغية الوصول لإنشاء العقد، ومن أمثلتها المركز المالي للمتفاوض كذلك التسهيلات الائتمانية أو القروض التي قد يكشف بمقتضاها عن مركزه المالي للطرف المتفاوض الآخر وهو يثق بأنه لن يفشيها ولن يستغلها لمصلحته، وقد تصله في هذا الصدد كذلك معلومات عن طريق الصدفة والتي لم يكن بإمكانه الوصول إليها لولا المفاوضات، فيقع عليه واجب المحافظة على سريتها. وثانيهما تلك البيانات التي تكون غير قابلة للنشر بطبيعتها، وتندرج ضمنها كافة المعلومات والمسائل التي من شأن إعلانها أن يحدث ضرراً مادياً أو معنوياً لصاحبها، ومنها تلك المعلومات ذات الطابع الشخصي أو ما يتعلق بالمسائل الصحية كالأمراض التي يعاني منها أحد الطرفين المتفاوضين<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> بالبحث في الطبيعة القانونية للالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا نجد أنه في مرحلة التفاوض يعد التزاما بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، وهذا نظراً للالتزامات المتقابلة منذ لحظة إبرامه، وتكون بين كل من مورد التكنولوجيا ومستوردها، فالتزامات كل منهما تعد سبباً للالتزامات أحدهما، وعليه إذا بطل التزام أحدهما بالسرية جاز للطرف الآخر أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو يطلب فسخ العقد وذلك تطبيقاً للنظرية العامة في الالتزام، فتكون التزامات المورد تمكين المستورد من الانتفاع من عناصر التكنولوجيا، بينما تكون التزامات المستورد عبارة عن الأداء المقابل الذي تم الاتفاق عليه بالعقد، كما أن الإخلال بأي التزام ينجر عن هذا العقد تقوم عنهم المسؤولية، أوجيني إميل ميشيل كوشكجي، الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2022، ص 44، 45.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 187، 188.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ويجدر بنا التنويه إلى أن الأصل هو عدم محافظة المتفاوض على السرية فيما اطلع عليه من البيانات والمعلومات<sup>1</sup> إلا في حالة وجود نص قانوني يلزمه بذلك، أو وجود اتفاق أو بند في العقد يفرض عليه هذا الالتزام، ولكن يثور التساؤل في حالة انعدام النص القانوني أو الاتفاق الذي يفرض الالتزام بالسرية فهل يعني ذلك خرق هذا الالتزام أو عدم الوفاء به ؟

هنا ننوه أنه لا بد من الحفاظ على هذا الواجب حتى في حالة انعدام النص القانوني الذي يفرض الالتزام بالسرية أو الاتفاق عليها بين المتفاوضين، ومرد ذلك بأنه التزام ينبثق عن حسن النية، فهو أساسه وأساس بقية الالتزامات التي لا بد على الطرفين الانصياع لها أثناء فترة المفاوضات، ففي حالة نجاح هذه الأخيرة بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي فإن هذا الواجب ينظمه العقد النهائي، أما في حالة فشل المفاوضات ففي غالب الأحيان يكون الأطراف قد وضعوا حيطتهم لإبقاء المعلومات التي تكتسي طابعا سريا في طي الكتمان، فإخلال أحد الطرفين بها ينبثق عنه نهوض مسؤوليته<sup>2</sup>، وعليه فهو التزام عام.

ولعل من أهم الميادين التي تتجلى فيها واجب الحفاظ على السرية في مرحلة المفاوضات هي تلك العقود التي تنطوي على نقل التكنولوجيا، حيث يتنازع المفاوضات فيها توجهاً متعارضاً: فبينما يحاول المورد الحفاظ بقدر الإمكان على سرية التكنولوجيا التي يمتلكها حتى لا تصبح مشاعة وتتسرب مما يفقدها السيطرة على استغلالها، يحاول من جهة أخرى المستورد في الوقت ذاته الاطلاع والتعرف على جوانب تلك التكنولوجيا التي يخفيها الطرف الآخر للتأكد من مدى جدواها والاطمئنان إلى ملائمة الثمن المدفوع كمقابل عادل لها.

فيحاول كل من الطرفين بذله أقصى ما يستطيع ليحتاط لنفسه حتى لا تقبل المفاوضات، وقد يلجأ المورد للحصول على تعهد من طرف المستورد يلتزم فيه بعدم إفشاء الأسرار التكنولوجية التي اطلع عليها ووصلت إلى علمه، وقد يؤدي رفضه للتوقيع على هذا

---

<sup>1</sup> تنحصر السرية في البيانات التي يحتويها كل جزء من المعرفة الحديثة، فكل جزء من أجزائها يحتوي على سر وعليه يراى بالسرية هنا ما يكمن في المعرفة الحديثة ذاتها، وبالتالي لا يجوز إفشاء هذه المعلومات، أوجيني إميل ميشيل كوشكجي، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 188، 189، 190.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

التعهد إلى إنهاء وفرض المفاوضات قبل أن تبدأ، ويتعهد كذلك معه الخبراء والتقنيين الذين استعان بهم في هذه المرحلة وعانوا أسرار التكنولوجيا التي هم مقبلون على التعاقد بشأنها.

وتجري العديد من الشركات الكبرى مفاوضات هذا النوع من العقود في مكاتبها بحضور عدد محدود من الخبراء والتقنيين من كلا الطرفين، حتى تحافظ على الأسرار بقدر الإمكان، فالترويج لهذا العقد قد يكون من شأنه الكشف عن عديد الأسرار التي من ضمنها الرسومات أو إجراء بعض التجارب أو حتى عرض نماذج معينة، والمكان الأنسب لذلك هو مكاتبها التي تشرف عليها وتحرسها وتحميها من التعرض للسطو.

وقد تذهب بعض الشركات الأخرى إلى أبعد من ذلك، حيث تطلب تقديم كفالة مالية كخطاب ضمان مثلا، أو إيداع مبلغ مالي معتبر لدى أحد البنوك، مما يشكل ضمانا تكفل وتضمن لها عدم البوح بأسرارها التكنولوجية، وغالبا ما يكون اللجوء لهذه الوسيلة التي تشكل أحد سبل الضمان، إذا كان الطرفان المتفاوضان في أول تعامل لهما، حيث لم ترسخ الثقة بينهما بعد، أما مآل هذه الكفالة المالية هي احتفاظ المورد بها في حالة تسريب معلوماته وفشل عملية التفاوض.

أما في حالة نجاح هذه الأخيرة وتوقيعها بإبرام العقد، ففي العادة يتحول مبلغ الكفالة إلى جزء من الثمن الذي يدفعه مقابل التكنولوجيا، وهو نوع من الاحتياط يبذله المورد وفي ذات الوقت نجد المستورد يتوخى ويحتاط من أجل ذلك، فلا يفشي الأسرار ولا يخل بمبدأ السرية حتى يسترد قيمة الكفالة والثمن الذي قدمه لقاء ذلك، من خلال تنصيبه على تعهده بعدم الإخلال بالأسرار و ذكره الميعاد الذي يسترد فيه الكفالة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> جلال وفاء محبين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2001، ص 18، 19، 20.



**- نطاق الالتزام بالسرية.**

نصبو من خلال التطرق لمدى الالتزام بواجب السرية بتسليط الضوء على حدوده ونطاقه من خلال توضيح إن كان هذا الواجب مقترنا بمدى زمنية، أم أنه غير محدد المدة وهل يقتصر على أطراف التفاوض أم يمتد ليشمل الغير، الخارجين عن أطراف العقد المتفاوض عليه.

**- حدود واجب السرية من حيث المدة.**

يذهب بعض الفقه إلى أن واجب المحافظة على الأسرار هو عبارة عن التزام أبدي غير محدود بمدة زمنية، فتلك المعلومات السرية لا تزول ولا تفقد صفة السرية إلا إذا علم بها الغير الخارج عن دائرة التعاقد، من غير أن يكون للطرف المتفاوض سبب في ذلك. أما الدكتور علي أحمد صالح فيرى أنه لا يجب المغالاة في حماية الأسرار بطريقة غير مقبولة، فمن الضروري أن نقيد هذا الالتزام بزمان معين ومدة معقولة خاصة وأن الابتكارات التكنولوجية سريعة التطور فما هو سري اليوم يعد غير ذلك غدا<sup>1</sup>.

وعليه فإن الرأي الأقرب إلى المنطق يقضي أنه لا بد من تحديد فترة زمنية<sup>2</sup> يتم المحافظة فيها على واجب السرية، فالنزعة التكنولوجية والتطورات الحاصلة أفضت إلى بروز عدة أنواع من العقود التي تتسم بالجدة والسرعة، ولا يجب المبالغة في حماية الأسرار كنتيجة لتطور الوسائل الإعلامية إذ لا يعقل الحفاظ على السرية لمدة غير محددة.

**- حدود واجب السرية من حيث الأشخاص.**

قد يستعين المتفاوضون بالخبراء المتخصصين في موضوع العقد الذي يجري التفاوض بشأنه على أساس خبرته الواسعة التي يمكن الإفادة منها، فيتم تقييم المعلومات من

<sup>1</sup> مأخوذ عن جيلالي محمد، المرجع السابق، ص 167.

<sup>2</sup> من العقود التي تتطلب تحديد المدة تلك العقود المتعلقة بالتكنولوجيا على ضوء سرعة التطورات التي تطرأ على هذا العقد، كما تواكب التطور في مجال استخدامها، فقد يترتب خلال فترة التعاقد انخفاض القيمة الفنية للتكنولوجيا في ميدان استخدامها، وقد تنعدم قيمتها أو تقل في ظل ظهور التكنولوجيا جديدة في نفس المجال قد تكون أقل تكلفة وأكثر تطور وفاعلية، فيترتب عن ذلك تحولها إلى عبء على مستورد التكنولوجيا من الناحية المالية وكذلك من حيث عائدها الفني، أوجيني إميل ميشيل كوشكجي، المرجع السابق، ص 48.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

حيث أهميتها ونطاق المعلومات التي يفصح عنها للطرف الآخر في التفاوض، وقد يشكل إفشاء الخبر ما عاينه واطلع عليه من معلومات خطرا يهدد المتفاوض الآخر، وبذلك يمكننا القول بأن هذا الالتزام يمتد إلى الغير ولا يقتصر على أطراف التفاوض، ليشمل جميع المتدخلين في المفاوضات ومن اطلعوا على الأسرار والبيانات بمناسبة هذه الأخيرة.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن واجب السرية لا يشمل تلك المعلومات الغير مشروعة التي لا بد من إفشائها إلى السلطات العامة، فقد يشكل السكوت عنها جريمة جنائية، ومن أمثلتها التهرب من دفع الضرائب أو الاحتكار الممنوع، وكذلك المسائل الصورية فقد يشكل السكوت عنها وإخفائها مساهمة في إخفاء عمل غير مشروع، ويعود تقدير مسألة السرية وإفشائها على المعلومات والبيانات، للسلطة التقديرية للقضاء وهذه الأخيرة كذلك هي من تقرر مدى امتدادها للغير الخارج عن التفاوض، أو اقتصارها على الطرفين المساهمين في المفاوضات<sup>1</sup>.

### **الفرع الرابع: الالتزام بالسرية في القانون الجزائري.**

بالرجوع للتشريع الجزائري وبالأخص في القانون المدني نجد أنه لم يتضمن نصا صريحا يتحدث عن الالتزام بالسرية والمحافظة عليها خلال مرحلة المفاوضات على العقد، إلا أن وجوب الالتزام بحسن النية في ميدان تنفيذ العقد يمتد إلى مرحلة المفاوضات، ومن خلاله يستخلص وجوب الالتزام بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات وهو ما نستخلصه من نص المادة 107 من القانون المدني، والتي تشير إلى تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن مقتضياتها فرض التزام السرية على الطرف الذي تلقى المعلومات، حتى لا يذيعها ولا يفشيها للغير أو يستخدمها من غير إذن صاحبها.

وفضلا عن ما سلف فإن ما جاء في المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الثانية لا يقتصر على التزام المتعاقد بما ورد في العقد، بل يتعدى ذلك إلى ما هو من مستلزماته وفقا للقانون وقواعد العرف والعدالة، وفي هذا الصدد من مستلزمات مرحلة التفاوض على العقد

<sup>1</sup> جيلالي محمد، المرجع السابق، ص 167، 168.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

النهائي التزام المتفاوض بعدم إفشاء المعلومات والأسرار التي يفصح عنها الطرف الآخر وعدم استخدامها لمصلحة شخصية<sup>1</sup>.

إضافة إلى ما سبق فإن ما يمكن ملاحظته بشأن الأسرار التجارية فإن المشرع الجزائري لم يتبناها هي الأخرى بصفة صريحة، ولم يضع لها تنظيمًا قانونيًا خاصًا وبالأخص في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية بالرغم من تمييزها عن باقي العناصر<sup>2</sup>، وإنما أشار إليها في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق الذكر في المادة 27 منه<sup>3</sup>، بحيث أطلق عليها تسمية الأسرار المهنية<sup>4</sup>.

يجسد القانون الجزائري الحماية لمختلف البيانات التقنية وأسرار المعرفة الفنية وتلك الأسرار التجارية والصناعية، وأسرار الأعمال والأسرار المالية وحتى الفنية والخبرات التقنية التي تكون متاحة للأطراف في فترة المفاوضات فهي محمية جنائيًا وحتى مدنياً إذ يمنع إفشائها أو استغلالها من غير أخذ إذن صاحبها ومن ضمنها ما ورد من حماية لبراءة الاختراع المنصوص عليه في المادة 56 من الأمر 07-03 المؤرخ في 19-7-2003<sup>5</sup> وكذلك حماية العلامات التجارية في المادة 26 ، 27 ، 28 ، 29 ، 30 ، 31 ، 32 ، 33 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ

<sup>1</sup> معمّر بوطباله، المرجع السابق، ص 145، 146.

<sup>2</sup> زردازي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 764.

<sup>3</sup> جاء في الفقرة الخامسة من المادة 27 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مصطلح الأسرار المهنية حيث ورد في الفقرة 5 ما يلي: " الاستقادة من الأسرار المهنية بصفة أجبر قديم أو شريك للتصرف فيها قصد الإضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم ".

<sup>4</sup> زردازي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 764.

<sup>5</sup> أمر رقم 07-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءة الاختراع، ج ر عدد 44، صادرة في 23 يوليو 2003. جاء في المادة 56 منه "...يعتبر مساساً بالحقوق الناجمة عن براءة الاختراع كل عمل من الأعمال المنصوص عليها في المادة 11 أعلاه يتم بدون موافقة صاحب البراءة ".

وقد ورد في المادة 11 من ذات القانون ما يلي: " مع مراعاة المادة 14 أدناه تخول براءة الاختراع لمالكها الحقوق الاستثنائية الآتية: 1- في حالة ما إذا كان موضوع الاختراع منتجاً يمنع الغير من القيام بصناعة المنتج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه.

2- إذا كان موضوع الاختراع طريقة صنع يمنع الغير من استعمال طريقة الصنع واستعمال المنتج الناتج مباشرة عن هذه الطريقة أو بيعه أو عرضه للبيع أو استيراده لهذه الأغراض دون رضاه.

لصاحب البراءة الحق كذلك في التنازل عنها أو في تحويلها عن طريق الإرث وإبرام عقود التراخيص".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

في 19-7-2003<sup>1</sup> وكذلك ما يتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية من المادة 23 إلى غاية المادة 31 من الأمر رقم 66-86 المؤرخ في 22-4-1966<sup>2</sup> إضافة إلى معطيات أنظمة المعالجة الآلية التي تتمتع بحماية خاصة في النظام القانوني الجزائري بموجب المادة 394 مكرر من قانون العقوبات<sup>3</sup>، التي أضافها القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10-11-2004.

واستنادا لهذه القوانين فإنه يمنع قانونا استغلال حقوق الملكية التجارية والصناعية وكذا الامتياز التجاري إلا في حالة وجود اتفاق صريح على ذلك، ويعاقب عليه قانون العقوبات الجزائري بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20,000 إلى 100,000 دينار جزائري لكل من يعمل بأية صفة كانت في أي مؤسسة، وقام بإفشاء أسرار المؤسسة الصناعية التي يشتغل فيها، سواء تم ذلك إلى أجنب أو جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية، ويعاقب كذلك على الشروع في ذلك.

إن المحافظة على السرية يتضمن في أساسه شقين ألا وهما امتناع المتفاوض بصفة كلية عن إفشاء هذه الأسرار أو نقلها إلى الغير سواء في حالة نجاح المفاوضات أو حتى في حالة فشلها.

أما الشق الثاني فيكمن في عدم استغلالها لحسابه من غير إذن صاحبها وهو التزام يقع على المتفاوض وكذلك على جميع أعضاء فريق التفاوض، لكونهم تابعين له فتلقي

---

<sup>1</sup> أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالعلامات، ج ر عدد 44، صادرة في 23 يوليو 2003.

<sup>2</sup> أمر رقم 66-86 مؤرخ في 28 أبريل 1966، ج ر للجمهورية الجزائرية، الصادرة في 12 محرم 1386.

<sup>3</sup> نصت المادة 394 مكرر من قانون العقوبات على أنه: " يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك.

تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة.

وإذا ترتب على الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج " .

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المفاوض لأية وثائق سرية تسهل عملية التفاوض تنشئ في جانبه التزاما بعدم التصرف فيها أو الاحتفاظ بنسخة أو صورة منها، ومن ذلك الرسوم وتلك النماذج أو الخرائط أو المعرفة الفنية أو حتى تلك الخبرات التقنية أو الشهادات والعقود وغيرها<sup>1</sup>.

يبدو لنا جليا أن المشرع الجزائري يهدف من خلال تقرير الحماية لمبدأ السرية، إلى تحقيق الانسجام مع قواعد المنافسة الشريفة، وكذلك منع الغير من التعدي عليها أو القيام باستغلالها من غير إذن مسبق من مالكها الشرعي، وهو يتضح من خلال تعزيزه لهذه الحماية بنصه على عقوبات جزائية لكل من قام بطريقة غير مشروعة بحيازة معلومات سرية أو كشف عنها أو استخدامها مع علمه بطابعها السري، أو أنه تم الحصول عليها عن طريق تلك الوسيلة الغير مشروعة، ومع ذلك لم يورد نصا صريحا يفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض، وهو ما جسده التشريع الفرنسي عبر قانونه المدني الذي نص عليها بصفة صريحة<sup>2</sup>، وهذا ما سنتطرق له لاحقا<sup>3</sup>، إلا أنه يمكن استخلاص وجود هذا الالتزام بإعمال المبادئ العامة في مجال النظرية العامة للعقود، لاسيما مبدأ حسن النية الذي يفرض هيمنة على جميع مراحل التعاقد سواء كان العقد في مرحلة تكوينه أو تنفيذه.

ويمكن كذلك استخلاص وجود هذا الالتزام عبر تتبع القوانين الخاصة التي تنظم عدة مجالات، ومن أمثلتها تلك المتعلقة بحماية الملكية الفكرية والنماذج الصناعية والتصميمات، إضافة إلى ما يتعلق ببراءات الاختراع، ومما لا يدع مجالا للشك هو أن هذه النصوص تعزز واجب السرية، فهي تنظمه بصورة تفصيلية كما ترتب جزاءات على الطرف المخل بهذا الالتزام، لكونه فعلا جسيما يلحق ضررا بصاحب المعلومة لاسيما على نشاطه وعلى مركزه التجاري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 178، 179، 180.

<sup>2</sup> معمر بوطبال، المرجع السابق، ص 146.

<sup>3</sup> أنظر: الصفحة 261 من هذه الأطروحة.

<sup>4</sup> معمر بوطبال، المرجع السابق، ص 146، 147.

### أولاً: الحفاظ على السرية في قانون العمل.

إن الالتزام بالسرية يظل واجبا يفرضه التشريع والعقد كما أنه يجبر العامل على كتمان جميع أسرار عمله وعدم إفشائها للغير، وذلك في إطار وحدود ما ينص عليه القانون وهو ما قرره القانون المدني كقاعدة عامة، كما أشارت إليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها بأن تنفيذ العقد يكون وفقا لمبدأ حسن النية والسرية تعد من قبيل حسن النية، وكذلك هو ذات الأمر الذي ورد في المادة 73 في فقراتها الثامنة من القانون 90-11 التي تلزم العمال بعدم إفشاء المعلومات المهنية، وتقديم وثائق داخلية متصلة بمؤسسة العمل ويمكن أن يكون مضمونه في العقود الفردية أو في تلك الاتفاقيات الجماعية، كما يمكن أن يوجد في الأنظمة الداخلية حينما يرد فيها الحديث عن الأخطاء المهنية، وتلك العقوبات المقررة لذلك<sup>1</sup>.

لم يتعرض المشرع الجزائري سواء في التقنين المدني أو قانون العمل سوى للمسؤولية التأديبية من غير ذكره المسؤولية العقدية والجنائية عند عدم التزام العامل بالحفاظ على السر المهني، ولم يميز في ذلك بين الأسرار ولم يعطي تصنيفا لها أكانت أسراراً تجارية أو صناعية على غرار بقية التشريعات، بل اعتبر جميع الأسرار التي يتم تقديمها بشكل المعلومات مهنية سواء تعلقت بالتقنيات التكنولوجية، أو أساليب الصنع وطرق التنظيم أو وثائق داخلية تخص الهيئة المستخدمة، والكشف عنها يعد من قبيل ما يسمى بالخطأ الجسيم، وقد رأى بعض الفقه أن هذا لا يعني إلغاء المسؤولية العقدية بتاتا، في حالة الضرر اللاحق بصاحب العمل حين كشف العامل للأسرار المهنية للغير، إذا نص عقد العمل على قيام تلك المسؤولية وإلزام العامل بتقديم التعويض المستحق.

---

<sup>1</sup> وقد نصت المادة 14 من الاتفاقية الجماعية لمؤسسة سوناطراك الصادرة في 24 نوفمبر 1994 المعدلة سنة 1997 على ما يلي: " يلتزم العامل بالحفظ والسر المهني وكل تحويل أو إخفاء أو إتلاف لوثائق المؤسسة أو اتصال مع الغير بشأن وثائق المؤسسة أو معلومات مالية أو تجارية أو تقنية وغير ذلك تعتبر أخطاء خطيرة أو جسيمة يعاقب عليها دون التخلي على المتابعة الجزائية".

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

ويمكن أن تتجلى صور الالتزام بالسرية في ميدان قانون العمل في صورتين اثنتين هما: عدم إفشاء المعلومات المهنية وإذاعتها وكذلك الامتناع عن تقديم أية وثائق خاصة بالهيئة المستخدمة<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بشروط واجب السرية، يتضح لنا جليا أنها تكمن في أن يكون العامل مطلعاً على الأسرار بحكم عمله أو بمناسبته، فقد جاء في المادة 73 من خلال فقرتها الثانية من القانون 90-11 أنه يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة، وعلاوة على الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائي والتي ترتكب أثناء العمل، تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة يحتمل أن ينجر عنها التسريح بدون مهلة وبدون علاوات الأفعال الآتية: إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة، إذا أذنت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون.

وكذلك لا مناص من توفر ركن الخطأ في كشف السر المهني الذي يعد ركنا من أركان المسؤولية، فيعد إخلال العامل بالالتزام العقد المنصوص عليه في عقد العمل والذي تضمنه مبدأ حسن النية لتنفيذ العقد، فعدم كتمانها للأسرار المهنية التي اطلع عليها بحكم عمله يعد غشا لمخالفته لمبدأ حسن النية، الذي جرى التعارف عليه في المنظومة العقدية التي من ضمنها عقد العمل، فهو من قبيل الغش استنادا لنص المادة 73 من القانون 90-11 التي تجعل إفشاء الأسرار ضمن الأخطاء الجسيمة.

وعلاوة على ما سبق يعد من شروط الالتزام بمبدأ السرية عدم مشروعية إفشاء السر المهني، فهي أساس تحميل العامل مسؤولية عدم الالتزام بهذا الشرط فيمكن أن يرفع القانون أو إرادة المستخدم هذا الالتزام عن العامل<sup>2</sup> وهو ما يتضح في المادة 7 في فقرتها الثامنة من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل من خلال نصها الآتي: "يخضع العمال في إطار

<sup>1</sup> مهدي بخدة، الالتزام بالسر المهني في قانون العمل الجزائري، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، مجلد 06، عدد 02، 31 ديسمبر 2015، ص 87، 88، 91.

<sup>2</sup> مهدي بخدة، المرجع السابق، ص 90، 91.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

علاقات العمل إلى الواجبات الأساسية التالية: أن لا يفشي المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا وأساليب الصنع وطرق التنظيم وبصفة عامة أن لا يكشفوا مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة إلا إذا فرضها القانون أو طلبتها سلطتهم السلمية".

### ثانيا: الحفاظ على السرية في القانون التجاري.

نجد أن المشرع الجزائري يعترف بأسرار التجارة، وذلك عبر بعض النصوص القانونية الصريحة وكذا الضمنية، وسواء تعلق الأمر بالتشريع أو التنظيم رغم أنه لم يتطرق لتعريفها، كما أنه توسع في تحديد نطاق الأسرار بالرجوع لبعض النصوص القانونية، حيث اعترف أنه يشمل إضافة إلى المعلومات الصناعية كذلك تلك الإدارية والتجارية، وحتى المالية ويتضح هذا التوسع من خلال عبارة "كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعد كذلك"، وهو ما جاء في المادة 627 من القانون التجاري فيما يخص مجلس الإدارة الخاص بشركة المساهمة<sup>1</sup>.

ففي الشركات التجارية نجد عددا من الأشخاص يطلعون على الأسرار، سواء كانوا شركاء أو مدراء وغيرهم على معلومات تخص الشركة التجارية، فالشركاء لكونهم أصحاب الأموال المستثمرة فهم يمثلون مصدرا للمعلومات في الشركة، فيطلعون على وثائقها ومختلف البيانات المتعلقة بها، إلى جانب حضورهم مختلف الاجتماعات ضمن الهيئات التي يشكلونها، على غرار المدراء عند تنفيذ سياسة الشركة باتخاذ سبل لتحقيقها، إضافة إلى الأجراء كذلك، كل بحسب مسؤولياته وكذا موقعه في الشركة للحصول على المعلومات والاطلاع على البيانات التي يبقونها طي الكتمان، وعليه فالسرية في إطار الشركات وفي ميدان الأعمال من شأنها أن تحتفظ للشركة بسياساتها المالية ومختلف وسائلها حتى ترفع قيمتها في السوق، و إذا كان أساس الالتزام بالسرية لبيانات ووقائع الشركة التجارية، هو النظام العام فهذا بغية المحافظة على

<sup>1</sup> نصت المادة 627 من القانون التجاري " يتعين على القائمين بالإدارة ومجموع الأشخاص المدعوين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة، كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعتبر كذلك ".



## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

الشخص المعنوي الذي يعترف له القانون بالوجود عند استكمال أحكام تأسيسه وقيامه، وجبر تلك الأضرار التي يمكن أن تترتب عند إفشاء أسرارها<sup>1</sup>.

وبالرجوع للقانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والسالفة الذكر كما سبق لنا التنويه، نجد أنه نص من خلال المادة 27 منه على وجوب حظر كل ما من شأنه أن ينجر عنه استغلال الأسرار بطريقة غير مشروعة، فالأسرار التجارية تتطلب حماية من خلال الاحتفاظ بسريتها ومما لا شك فيه أن حماية الأسرار التجارية لها مجال واسع جداً، منه تلك المعلومات التقنية وغير التقنية إضافة إلى المجالات الزراعية والتنظيمية والتسويقية، وكذا الإدارية فهي أوسع من مجال البراءات التي تقوم على الإفصاح عنها، في حين أن الأسرار التجارية أساسها السرية والكتمان، ولذلك يتضح التناقض بينهما ما دفع البعض للقول أن في حماية الأسرار التجارية حرمان للمجتمع من الابتكارات<sup>2</sup>.

### **الفرع الخامس: الالتزام بالسرية في قانون العقود الفرنسي.**

يعد الالتزام القانوني بالسرية مصطلحاً قانونياً يستخدم في ميدان العقود وهو عبارة عن واجب عدم الكشف عن المعلومات التي تحوز طابعاً سرياً، والتي يتم تبادلها بين الطرفين خلال المفاوضات، وقد برز هذا الالتزام ضمن إصلاح قانون العقود لسنة 2016 وعادة ما نجد هذا الالتزام عند إنشاء عقود عمل جديدة وتوقيعها، ومع ذلك قد يتعلق أيضاً بعقود الاتفاقيات التجارية أو تقديم الخدمات وعلى إثره لابد للشخص الذي يوافق عليه الحفاظ على تقدير هذه السرية طيلة مدة الاتفاقية وما بعدها، ويشمل جميع الأطراف الحاضرة وقت التفاوض على

<sup>1</sup> فنينخ عبد القادر، واجب التكم والسرية في إطار الشركات التجارية، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد درارية أدرار، مجلد 02، عدد 01، 01 جوان 2014، ص 53، 54، 77.

<sup>2</sup> مروة جزيري، عبد الحفيظ بالمهدي، المعلومات السرية القابلة للحماية في التشريع الجزائري وإتفاقية تريبس، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مجلد 06، عدد 03، سنة 2021، ص 178، 179.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

العقد، سواء انتهى التفاوض بنتيجة ايجابية أم لا، فيجب احترام السرية ويعني ذلك أن البيانات والمعلومات التي تم جمعها خلال اجتماع التفاوض لا يجب نشرها من قبل أي من الأطراف<sup>1</sup>.

وقد ورد في الأمر 2016 131 المؤرخ في 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات الإشارة إلى التزام قانوني بالسرية وذلك في سياق جميع مفاوضات العقود حيث نصت المادة الجديدة 1112-2 من القانون المدني الفرنسي بأنه: " أي شخص يستخدم أو يكشف معلومات سرية تم الحصول عليها أثناء المفاوضات دون إذن يكون مسؤولاً بموجب القانون العام"<sup>2</sup>، ولا شك أن الالتزام بالسرية ينبثق عن الالتزام بحسن النية من غير حاجة لاتفاق أو نص قانوني بين الطرفين، لكون الالتزام بالسرية انعكاس للالتزام بالإعلام، فكيف بإمكان طرف أن يقدم معلومات مؤثرة وضرورية للطرف الآخر بغية التعاقد بشكل مستتير وحر من غير إلزام هذا الأخير مقابل ذلك بالحفاظ على سرية المعلومات التي تلقاها من الطرف الآخر، فالإعلام الصحيح يقر احترام الالتزام بسرية المعلومات المتبادلة إبان المفاوضات، ومن غير الالتزام بالسرية لن يتحقق الغرض المقصود من الإعلام<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المبدأ القانوني ينطبق على الأطراف المتفاوضة حتى ولو لم يوقعوا على شرط أو اتفاق السرية، حيث يكون الطرف الذي لم يمثل لهذا الالتزام القانوني مسؤولاً مدنياً، ويلتزم بالتعويض لإصلاح الضرر الذي لحق بالشخص الذي تفاوض معه

---

1, Julien Dupé, Obligation légale de confidentialité,

<https://infonet.fr/lexique/definitions/obligation-legale-de-confidentialite>, Le 11/03/2021.

<sup>2</sup> Art 1112-2 du C.C.F : "celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue a l'occasion des négociation engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun".

<sup>3</sup> يوسف شندي، المرجع السابق، ص 474.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

واستغل معلوماته السرية أو سريتها<sup>1</sup>، وهو ما أيده القضاء الفرنسي<sup>2</sup>.

هذا وقد عزز المشرع الفرنسي مبدأ الالتزام بالسرية من خلال إصداره لقانون حماية الأسرار التجارية الصادر سنة 2018<sup>3</sup>، فقد تضمن حماية واسعة للأسرار التجارية والأسرار في قانون الأعمال فقد ورد في المادة الأولى من هذا القانون معايير الأسرار التجارية الواجب حمايتها، بحيث يجب أن تكون غير معروفة في تكوينها وتجميع عناصرها أو بالإمكان الوصول إليها بسهولة ممن يمكنهم الاطلاع عليها بسبب نشاطهم، ولا بد أن تكون لها قيمة تجارية، إضافة إلى ضرورة خضوعها لإجراءات حماية معقولة من قبل مالكيها الشرعي<sup>4</sup>.

### الفرع السادس: الضمانات التي تكفل الالتزام بالسرية.

لا بد لنا من التنويه إلى أن الحفاظ على السرية يحتاج إلى ضمانات حتى يتم التيقن من الالتزام بها، على غرار ما تسري عليه مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا<sup>1</sup>، والتي تتمثل أساساً في:

<sup>1</sup> Samuel Goldstein, Réforme du droit des contrats une obligation de confidentialité s'impose dans les négociations, <https://www.legalplace.fr/guides/obligation-confidentialite/>, Le 30-01-2022.

<sup>2</sup> ففي القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في أن مقاول دخل في مفاوضات متقدمة مع أحد المهندسين المعماريين لإعداد مخطط بناء وقد تبادل الأطراف الاقتراحات، إلا أن العقد لم يتم بين المقاول والمهندس المعماري غير أنه وبعد مدة زمنية اكتشف هذا الأخير أن المقاول استعمل المخططات التي قدمها له أثناء المفاوضات وقام بتشديد مباني مطابقة لها، فقام برفع دعوى قضائية ضد المقاول لمطالبته بالتعويض حيث قضت محكمة النقض بمسؤولية المقاول واعتبرته منافياً لحسن النية استغلال مخططات المهندس المعماري الذي تحصل عليها أثناء المفاوضات لأغراض شخصية ومخالفة للولاء الواجب به بين الأطراف.

Cass. Civ. 1ere, 05 juillet 2006, n 05-12.193, Bull.Civ.n 7, 2006

قرار مأخوذ عن جيلالي محمد، المرجع السابق، ص 165.

<sup>3</sup> Loi n 2018-670 du 30 juillet 018 relative à la protection du secret des affaires, Journal officiel de la république française, Le 31 juillet 2018.

<sup>4</sup> Art. L. 51.1: "Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1- Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible le pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2- Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3- Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonna les, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret".

### أولاً: التعهد الكتابي المسبق.

يكون ذلك عبر تعهد يصدر من طالب التكنولوجيا، يلتزم بمقتضاه بالمحافظة على سرية المعلومات التي يتوصل إليها أثناء المفاوضات، دون إبرام العقد، وفي العادة نجد أن طالب التكنولوجيا لا يتردد في التوقيع على هذا ما دامت رغبته جدية في التعاقد، لاسيما وأنه يعلم أن رفضه للتوقيع يعني بالضرورة فشل المفاوضات<sup>2</sup>.

### ثانياً: الكفالة المالية.

يلجأ لها حائز التكنولوجيا خوفاً من تسرب المعلومات السرية، فيشترط هذا الأخير للدخول في المفاوضات إيداع مبلغ معين من المال لحسابه ضماناً للحفاظ على السرية، وقد يشترط تقديم خطاب ضمان أو شيك مقبول الدفع حتى يكون عبارة عن ضمان لمورد التكنولوجيا في حالة مخالفته لمسألة حفظ السرية في هذه المرحلة الحساسة، وفي الغالب تتبع هذه الوسيلة عندما تكون المعاملة هي الأولى من نوعها بين الطرفين.

ولابد لنا من الإشارة بأن مبلغ الكفالة لا يعد مقابلاً لاطلاع المتلقي على تلك المعلومات السرية التي تصل إليه أثناء التفاوض، وإنما هو عبارة عن ضمان وضغط على متلقي المعلومات بغية تنفيذ التزامه بالحفاظ على سريتها<sup>3</sup>.

### ثالثاً: ضمانات أخرى يفرضها واقع العمل في ميدان التكنولوجيا.

هناك بعض الضمانات الأخرى التي يستعين بها مالك التكنولوجيا لإلزام المتلقي بالمحافظة على الأسرار التي تلقاها وعدم إفشائها للغير، ومن ضمن هذه الوسائل عدم

---

<sup>1</sup> للسرية في مفاوضات عقود التكنولوجيا وجهان، فيقصد بها من ناحية أولى سرية المفاوضات والمناقشات التي تكون بين الطرفين، فيما يتعلق بشروط إبرام الصفقة ونحوها من التفاصيل الأخرى، ويقصد بها من ناحية أخرى سرية التكنولوجيا موضوع العقد، وهو أمر جد مهم فقد تكون التكنولوجيا الجاري التفاوض بشأنها في شكل معرفة فنية على غرار التكنولوجيا الغير مغطاة ببراءة اختراع، التي قد تكون في المنتج نفسه أو الآلة أو طريقة التصنيع أو التركيب، جلال وفاء محبين، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> حساني لامية، زكري إيمان، المرجع السابق، ص 517، 518.

<sup>3</sup> مهند وليد حامد قنديل، السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، سنة 2019، ص 68، 69.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

الإفصاح عن المعارف والمعلومات التكنولوجية السرية إلا بقدر محدود فيجعله من المتلقي خبرائه يطلعون عليه فقط لتقدير قيمتها الحقيقية، وحتى يقارنها مع مدى ملائمة المبلغ المدفوع لقاءها، فيحرص المالك في فترة المفاوضات على عدم اطلاع المتلقي إلا على نتائج استعمال التكنولوجيا من دون عناصرها، وإجراءات استخدامها زيادة على ضرورة إجراء المالك تحريات عن المتلقي وعن نشاطاته المالية والتجارية، حتى يحدد مدى جديته في التعاقد قبل دخول المالك معه في مرحلة المفاوضات.

وتصر بعض الشركات على أن تجرى المفاوضات داخل شركاتها في مقر مكاتبها وبحضور عدد محدود من الخبراء لكل من طرفيها، حتى لا تتسرب المعلومات الفنية التي تحوزها، وقد ترفض بعض الشركات عرض التفاصيل السرية في مكان آخر غير مكاتبها وتحت إشرافها، وذلك خوفا من تعرض هذه التفاصيل السرية للاستيلاء والسرقة.

بالإضافة إلى ما سبق هناك كذلك الأساس القانوني للالتزام بالمحافظة على السرية في مفاوضات عقد نقل التكنولوجيا والذي يتكون بين المانح والمتلقي للتكنولوجيا من خلال بعض الأمور أهمها مبدأ حسن النية الذي تنبثق عنه بقية الالتزامات، إضافة إلى الثقة التي تتبادل بينهم في التعامل والعقد الضمني بين الأطراف المتفاوضة وكذلك مسألة المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

ونهيب باعتماد هذه الأساليب في المفاوضات التي تسبق التعاقد، فلا بد من تفعيل وسائل الحماية، وأهمها الالتزام بالتعهد الكتابي الذي يعد من أفضل وسائل الحماية، وأنجعها للحفاظ على سرية المعلومات الفنية والتقنية لأن المتلقي فيه يلزم نفسه بإرادته بعدم إفشاء أي من المعلومات ذات الطابع السري التي اطلع عليها أثناء فترة التفاوض، زيادة على إلزامية ترتيب جزاء على مخالفة المتفاوض لهذا التعهد.

<sup>1</sup> محمد غسان صبحي العاني، الإخلال بالالتزام السرية في عقد نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2016، ص 43، 44.

### المطلب الثالث: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.

يعد هذا الالتزام من أهم الواجبات والمبادئ التي تؤثر في سريان مرحلة التفاوض فالالتزام به يساهم في إنجاحها وسريانها بطريقة سلسلة، ويسمى كذلك بالالتزام بحضر المفاوضات الموازية، وهناك من يسميه بشرط القصر أو الاستبعاد، فالأصل أن المتعامل يملك كامل الحرية بالدخول في مفاوضات أخرى مع الغير بشأن نفس الصفقة، المراد إبرامها فهو أمر مألوف فالمتعامل يبحث عن أفضل فرص التعاقد سعياً لتقليل تكاليف الإنتاج، أو بحثاً عن فرصة للبيع بأحسن ثمن ممكن وأنسبه، فالتفاوض الموازي مع الغير يعد أمراً مشروعاً وأحد مظاهر المنافسة العادية والشريفة، إلا أنه نظراً لاعتبارات معينة<sup>1</sup> لاسيما في العقود التجارية الكبرى<sup>2</sup>، يضطر بعض الأطراف للاتفاق في عقد التفاوض أو في عقد آخر، بمنع وحظر التفاوض مع الغير على نفس موضوع الصفقة التي تم التفاوض بشأنها، ولكن نحاول توضيح مآل التزام عدم إجراء مفاوضات موازية في حالة غياب الاتفاق الذي ينص عليه، وقبل ذلك لابد من تحديد المقصود بحضر إجراء المفاوضات الموازية.

### الفرع الأول: الأساس والطبيعة القانونية لحظر المفاوضات الموازية.

قبل استعراض أساس حظر المفاوضات الموازية وطبيعتها القانونية، لابد من توضيح المقصود بحظر المفاوضات الموازية لإزالة اللبس الذي يعتريه.

<sup>1</sup> معمر بوطباله، المرجع السابق، ص 164.

<sup>2</sup> غالباً ما نجد شرط القصر في مفاوضات عقود الفرانشيز إذ تتطلب إجراء مفاوضات قبلية للاتفاق على شروط العقد ودرء الإشكالات التي تعترض إبرامه، وخيفة من أن يكون أحد المتفاوضين أو كلاهما غير جاد في إتمامها أو أنه يتفاوض بسوء نية أو يقوم بإجراء مفاوضات موازية في الوقت وعلى ذات الموضوع مع طرف آخر، وحتى يبيث الثقة والطمأنينة في نفوس المتفاوضين، سلطاني نبيلة، شرط القصر قيد على حرية التفاوض في عقد الفرانشيز، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلد 16، عدد 01، 31 مارس 2023، ص 682.

### أولاً: المقصود بحظر المفاوضات الموازية.

يعرفها جانب من الفقه بأنها عبارة عن: " عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير لمدة معينة"<sup>1</sup>.

وكذلك تم تعريفه من طرف فقهاء آخرين هو: " أن يمتنع أطراف التفاوض على التفاوض مع طرف آخر خلال مدة زمنية معينة وهي المدة اللازمة للتوصل إلى اتفاق على جميع بنود وشروط العقد المراد إبرامه أو هي المدة المحددة التي يمكن بعدها قطع المفاوضات أو العدول عنها"<sup>2</sup>.

يظهر لنا من خلال هذه التعاريف أن شرط حظر المفاوضات الموازية أو ما يسمى بشرط القصر، هو التزام بالامتناع عن عمل، يقع على كلا المتفاوضين أو على أحدهما بعدم القيام بمفاوضات موازية مع طرف ثالث وهذا فيما يخص الصفقة التي يصبوان لإبرامها، ويكون ذلك بلجوء الأطراف إلى اتفاق صريح بشأن قصر التفاوض، أو قد يكون ذلك عبارة عن شرط لعقد التفاوض ذاته، فقصر التفاوض عبارة عن شرط استثنائي كما سبق لنا التوضيح، ويتم فيه الخروج عن القاعدة العامة ولكنه يساهم بصفة فعالة في إنجاح العملية التفاوضية، ويقوم بصد المتفاوضين الغير جديين، ولابد من تحديد مدة هذا الشرط حيث لا يتعدى فترة التفاوض بصرف النظر عما تم التوصل إليه بشأن المفاوضات من نتائج، ولابد من كتابته لكونه شرطاً استثنائياً، وحتى يحقق الآثار والنتائج التي يبتغون الوصول إليها لابد أن يكون محدد الأجل.

ويتم إعمال هذا الشرط في فرنسا وفقاً لطبيعة المعاملات وما جرى عليه العرف من تحديد المدة، على أن تكون المدة معقولة لسريان هذا الشرط، بينما في النظام الأنجلوسكسوني فهذا الشرط غير نافذ، وليس ملزماً ما لم يتم تحديد المدة التي يسري فيها ولا بد أن تكون معقولة، يشترط في ذلك أيضاً أن يتم الاتفاق على عناصر العقد الأساسية وطبيعة الالتزامات

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 164، 165.

<sup>2</sup> بوكيريس سهام، التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2021، 2022، ص 194، 195.

## **الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام**

قبل التعاقدية، كما يتم فيه مراعاة مبدأ حسن النية، وفي هذا الصدد فقد فرض شرط قصر التفاوض على أحد المتفاوضين دون الآخر، فلا بد أن يخصص للطرف الذي فرض هذا الحظر مقابلا ماليا يتفق عليه الطرفان مسبقا، لأنه قد يسبب ضررا للطرف الذي فرض عليه، فقد يفوت فرصة التفاوض مع جهة أخرى قد تقدم له عرضا أحسن من العرض الأول<sup>1</sup>.

### **ثانيا: أساس حظر المفاوضات الموازية.**

إن شرط عدم إجراء مفاوضات موازية أو حظرها يعد شرطا استثنائيا لكونه يخرج عن القواعد العامة والأصل العام الذي يقضي بحرية التفاوض، ولكونه استثناء لا بد له أن يكون له أساس قانوني، قد اختلف الفقهاء حول أساسه القانوني ففي هذه الحالة نعرض رأيين:

#### **الرأي الأول: الاتفاق الصريح هو أساس الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.**

بما أن المفاوضات الموازية هي أمر غير مألوف حتى ولو وصلت لمرحلة متقدمة لكونها أحد وسائل المنافسة المشروعة فيسعى كل من الطرفين للطفر بصفقة مربحة تحقق مصالحهما المتباينة والمتضاربة، وبذلك يصعب تصور إيجاد شرط بقصر المفاوضات مرده الاتفاق الصريح الذي يحدثه الطرفين بغية عدم التفاوض مع الغير خلال مدة زمنية معلومة ومحددة، ويستوي أن يكون هذا الحظر يشمل كل من الطرفين أو أحدهما سواء ورد في عقد التفاوض أو تم في عقد أو اتفاق مستقل فلا إشكال يقع في حالة كون الشرط في شكل مكتوب، وفي حالة مخالفته تكون المسؤولية مصدرها العقد، أما إذا أخل به ولم يكن مكتوبا يتم الرجوع في ذلك إلى الأعراف التجارية للإثبات.

#### **الرأي الثاني: مبدأ حسن النية هو أساس الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.**

على اعتبار حرية التفاوض تمنح الأطراف حق إجراء مفاوضات موازية للاستفادة بصفة أكبر من العقد المراد إبرامه ومن مزاياه، ولكن قد يقيد مبدأ حسن النية هذا الحق فحسن النية الغاية منه تأمين عملية التفاوض عبر منعه لكل ما يشكل غشا أو تظليلا أو خداعا، فهو عبارة عن قاعدة أصلية تقوم على معيارين: أولهما ذاتي يتعلق بوضع الشخص ونواياه وثانيهما

<sup>1</sup> سلطان نبيلة، المرجع السابق، ص 682، 683.



## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

موضوعي أساسه تصرفات الشخص ومدى اتفاقها مع أحكام القانون، وتطابقها مع قيم المجتمع وأخلاقه.

فيذهب العديد من الفقه إلى أن حرية التفاوض يقع عليها قيد ألا وهو الأخلاقيات التي يفرضها المبدأ العام في مواجهة المتفاوضين بالتزامهم بحسن النية، الذي أساسه الشرف والثقة في التعامل، فإخفاء المفاوض على الطرف الآخر قيامه بمفاوضات موازية مع الغير بشأن ذات الصفقة التي أجراها معه، قد يعد من قبيل سوء النية ويتعارض مع مسلك المتفاوض العادي الذي أساسه حسن النية في التعامل، وتجدر الإشارة إلى أن تقدير وجود شرط قصر التفاوض أو حظره يتم اعتمادا على الظروف والملابسات أثناء عملية التفاوض، وهو ما يستخلصه القاضي عبر أعمال سلطته التقديرية.

وفي ذات السياق نستدل بالقرار الصادر عن محكمة استئناف فيرساي في الحكم الذي صدر في 21-9-1995 وهذا في القضية التي جمعت بين شركة Poleval والتي أعلنت عن تطويرها لطريقة مبتكرة من أجل تحضير دواء معين وفي 1987 عرفت نموذجا يمهد لهذه الطريقة لشركة Sandoz الفرنسية والتي بدورها أخطرت الشركة الأم في سويسرا المسماة Sandoz Suisse وبتاريخ 21-11-1987 تم عقد اجتماع في مدينة بال أخطرت عبره الشركة السويسرية شركة Poleval برغبتها في التعاون معها إذا تم الاتفاق على الشروط الخاصة الفنية والمالية الأمر الذي جعل الشركة المبتكرة لطريقة الدواء تشترع في إعداد دراسات تتعلق بصناعة ماكينة الدواء في المقابل بدأت شركة Sandoz تعد الدراسات المتعلقة بإمكانية تنفيذ هذا المشروع وعام 1989 أعلنت شركة Sandoz السويسرية من جديد لشركة Poleval بصفة كتابية عن صلاحية إعداد الدواء ورغبتها في إبرام العقد مع بعض التحفظات وأرسلت إليها مشروع العقد الذي وافقت عليه شركة Poleval مبدئيا.

بعد تقدم عملية التفاوض وفي عام 1990 قامت شركة Sandoz السويسرية بقطع المفاوضات نهائيا مما أدى بشركة Poleval إلى رفع دعوى على الشركتين السويسرية والفرنسية لتطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقها نتيجة عدم تنفيذ العقد، الذي أبرم بينهما وقطع

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

المفاوضات بصفة تعسفية بعد مرور أربع سنوات من التفاوض، هذا وقد كان قطع هذه المفاوضات والانسحاب منها لا علاقة له بطبيعة المنتج، بل كانت له دوافع داخلية تتعلق بالشركة.

على إثر هذه الوقائع قامت محكمة فرساي بتوضيح الأمر بأن للشركات نية للقيام بتنظيم تعاقدى للمفاوضات، ويتضح ذلك من خلال تبادلهم لمشاريع العقود وتراجع شركة Sandoz لأسباب داخلية خاصة بها أسفر عن ضرر كبير لشركة Poleval الذي قدرته المحكمة بـ 4 مليون فرنك كتعويض عن الضرر لاحق بها<sup>1</sup>.

فلوج الأطراف في التفاوض عبر وصولهم لمرحلة متقدمة في المناقشات وتبادل الآراء، كون لديهم اعتقادا كبيرا بقرب إبرام العقد النهائي توافقا مع مبدأ حسن النية، الذي يقضي بالشرف والثقة بين الأطراف، وبالتالي فإن الفقه قد اختلف بشأن القرارات القضائية، من يذهب منهم للقول بوجود وجود اتفاق صريح يحضر التفاوض الموازي، ومنهم من لا يأخذ بهذا المبدأ ويرجعه لمبدأ حسن النية.

وبالرجوع للقوانين الجزائية والتشريعات نجدها تخلو من تنظيم هذا الشرط، فقد تركت لإرادة الأطراف المتفاوضة الحرية في أن يكون ذلك في شكل اتفاق صريح في شكل مكتوب، فيخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وقد يكون كشرط ضمني يخضع للعرف التجاري.

وبالعودة لقواعد الشريعة الإسلامية نجدها قد حرمت التفاوض على التفاوض، ومن الأدلة على ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: " لا يسم الرجل على سوم أخيه "، وفي حديث آخر عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ص أنه قال: " لا تحاسدوا ولا تتاجشوا ولا تباغضوا ولا يبيع بعضكم على بيع بعض".

فقد حرمت الشريعة الإسلامية المساومة على المساومة، التي تعد من وسائل التفاوض فلا يمكن الدخول في مفاوضات قائمة بين طرفين بغرض إفسادها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> C.APP,de versailles ,12è ch,21septembre 1995 affaire stè civile poleval C.Sarl, laboratoires Sandoz, in R.J.D.A, A996, 2, N178 °. Note Loncle ey Trochon .

<sup>2</sup> سلطاني نبيلة، المرجع السابق، ص 687.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

وترى الباحثة أن التحلي بحسن النية والالتزام بها يقتضي من الأطراف البوح بجميع التصرفات التي يبرمانها والكشف عنها، لاسيما إذا تعلق الأمر بذات الصفقة التي تم التفاوض بشأنها، فإخفاء أحد الطرفين لقيامه بمفاوضات موازية بشأن نفس الصفقة التي أجرى بشأنها مرحلة من المفاوضات بغية الوصول لإبرام العقد، يعد من قبيل سوء النية والخداع وهو ما يتنافى مع أخلاقيات التفاوض والتعاقد بصفة عامة، الذي يقتضي توفر الثقة والشفافية والتعاون، زيادة على وجوب التحلي بالاستقامة من كلا طرفي المفاوضات، حتى تحقق الغاية المرجوة منها ألا وهي تتويج هذه الأخيرة بالنجاح و الوصول لإبرام العقد النهائي.

### **ثالثا: الطبيعة القانونية للالتزام بعدم القيام بمفاوضات موازية.**

بالبحث في الطبيعة القانونية للالتزام الذي يقضي بعدم إجراء مفاوضات موازية نجد أنه التزام سلبي مفاده الامتناع عن القيام بعمل معين، إذ أن هذا الالتزام لا يشمل القيام بعمل ايجابي واستنادا لهذا نجد أغلب الفقه يذهب للقول بأن الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية هو التزام بتحقيق النتيجة المرجوة منه، وهي نجاح مرحلة التفاوض وبالتالي التوصل إلى إبرام العقد المتفاوض عليه، ولا يتسنى ذلك إلا من خلال إحاطة الطرف المقابل في هذه المفاوضات العقدية بالدخول في مفاوضات موازية، مع طرف أو عدة أطراف أخرى<sup>1</sup>.

وبناء على ما سبق يمكننا القول أن الأصل في التفاوض هو حرية أطرافه في الولوج إليه من عدمه، مع الاحتفاظ بحقهم في إجراء مفاوضات موازية، خاصة فيما يتعلق بعقود الأعمال وعقود التجارة الدولية التي تحوز على أهمية اقتصادية وتجارية، والتي قد يسعى من خلالها الأطراف للحصول على أفضل العروض بأحسن الأسعار، إلا أنه قد يخشى الطرفين أو أحدهما من عدم جدية الطرف الآخر أو سوء نيته، الذي قد يضيع عليه فرصة الحصول على صفقة أفضل، لذلك يلزم الأطراف أنفسهم أو أحدهم بقصر التفاوض وحظر إجراء مفاوضات موازية

<sup>1</sup> بوكريريس سهام، المرجع السابق، ص 201، 202.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

مع طرف ثالث بشأن نفس الصفقة، خلال مدة محددة لا تتجاوز مدة العملية التفاوضية، مما يعد استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بحرية المفاوضات<sup>1</sup>.

### **الفرع الثاني: موقف الفقه و القضاء من الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.**

لم يخض التشريع الجزائري بمختلف قوانينه في مسألة إجراء مفاوضات موازية ومدى مشروعيتها من عدمه، مكتفياً بالإشارة إلى مبدأ حسن النية، فبذلك أفسح المجال للفقه لإبداء آرائه حولها، لذلك نعرض على موقف الفقه من هذا الالتزام ثم نسلط الضوء على القضاء الفرنسي الذي خاض في هذه المسألة.

#### **أولاً: موقف الفقه من الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.**

اختلف الفقه فيما بينه حول هذه المسألة، فانقسم إلى ثلاثة آراء متباينة أولاً: الاتجاه الفقهي الأول يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار أنه من مقتضيات مبدأ حسن النية عدم إجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر من الغير، الذي يكون خارج العلاقة التفاوضية ويكون هذا طيلة مدة إجراء المفاوضات وسريانها.

ثانياً: الاتجاه الفقهي الثاني يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار أن حسن النية في التفاوض لا يفرض الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، فإجراء هذه الأخيرة مشروع توافقا مع القاعدة العامة التي تحكم المفاوضات، والتي تقضي بحريتها التامة، فالقول بمنع الدخول في مفاوضات موازية على إطلاقه هو قول غير صحيح، ولا يتم تطبيقه إلا في حالات خاصة ويعتبر من ضمن هذه الحالات الخاصة: الحالة الأولى هي وضع شروط معينة ألا وهي شرط القصر الذي هو اتفاق عقدي على الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير، وكذلك شرط الصدق والإخلاص الذي هو اتفاق عقدي بأن يفصح الطرف المتفاوض للآخر، عن أية مفاوضات يكون قد أجراها أو سوف يجريها مع طرف ثالث.

أما الاتجاه الفقهي الثالث فيقضي أن ما يفرضه حسن النية في مرحلة التفاوض لا يستوجب منع الدخول في مفاوضات موازية مع الغير، ولكن يجب الإفصاح عن الدخول في

<sup>1</sup> سلطان بن نبيلة، المرجع السابق، ص 688.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

هذه الأخيرة وفقاً للشفافية وذلك بحجة أن مبدأ حسن النية لا يتعارض مع إجراء مفاوضات موازية والدخول في هذه الأخيرة لا يعتبر خطأ ولكن الخطأ هو عملية إخفائها، ويذهب هذا الجانب الفقهي إلى تأكيد رأيه عبر قوله أنه: " يبدو أن مبدأ حسن النية يتطلب من المفاوض توخي بعض الحذر في إجراء مفاوضات موازية مع عدة أطراف وهذا من خلال إعلامهم بدخوله في مفاوضات مع عدة أطراف على نفس موضوع التفاوض"<sup>1</sup>، ويبدو أن الرأي الأخير هو الأقرب للصواب لكونه يتفق مع مبدأ حرية التفاوض التي تعد أساساً ومبدأً رئيسياً في المفاوضات، من دون الإخلال بمبدأ حسن النية.

### ثانياً: موقف القضاء من الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.

إن القضاء الفرنسي كان سابقاً لتفعيل الالتزام بحظر المفاوضات الموازية في مرحلة المفاوضات في غياب النصوص القانونية الصريحة التي تمنعه، ومن أهم القرارات القضائية التي فعلت هذا الالتزام ما قضت به محكمة الاستئناف الفرنسية باريس التي جرت بتاريخ 5-3-1992 في قضية Gallay et Alvat بقولها عدم وجود تعهد من جانب الشركة الفرنسية Gally بالامتناع عن التفاوض مع الغير عن الحصص محل النزاع، وعليه فإن هذه الشركة لم تخالف أي التزام من شأنه إلحاق الضرر بالشركة الانجليزية التي سبق وأن تم التفاوض معها.

حيث أن ملخص وقائع القضية يتمثل في أن إحدى الشركات الفرنسية المسماة Gally دخلت في مفاوضات مع شركة بلجيكية تسمى Alvat بهدف إبرام عقد التنازل بموجبه في الشركة الأولى للثانية عن 70% من الحصص التي تملكها بأحد فروعها، حيث أنه وبعد عدة جلسات من التفاوض بين ممثلي الشركتين المذكورتين التي رست على وضع الشروط الملائمة لكل منهما بهدف إبرام العقد، الذي تم التفاوض بشأنه علمت الشركة البلجيكية Alvat أثناء سير هذه المفاوضات أن الشركة الفرنسية Gally أجرت مفاوضات موازية مع شركة أخرى انجليزية على نفس موضوع التفاوض الأصلي، الأمر الذي جعلها تقطع السير في المفاوضات مع الشركة الفرنسية وإنهائها لترفع مباشرة دعوى قضائية ضد هذه الأخيرة أمام محكمة باريس

<sup>1</sup> بوكرييس سهام، المرجع السابق، ص 195، 196.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

بصفة أصلية التنفيذ العيني المتمثل في مضمون التفاوض، وهو نقل نسبة 70% من الحصص التي تم الاتفاق عليها مع إلزام الشركتين الفرنسية والانجليزية، بالتضامن بدفع التعويض عن الأضرار التي لحقتها نتيجة قيام الشركة الفرنسية بمفاوضات موازية مع الشركة الانجليزية أثناء السير في التفاوض بينهما وبين الشركة الفرنسية، بحيث أن محكمة باريس وأثناء النظر في النزاع المعروض عليها وافقت على هذه الطلبات بموجب حكم إلا أنه تم استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الفرنسية فرساي التي قامت بإلغاء حكم المستأنف فيه والتصدي من جديد للنزاع على أساس عدم ثبوت وجود اتفاق بصفة صريحة على منع إجراء مفاوضات موازية وحظرها<sup>1</sup>.

ومن هنا يستخلص أن الشركة الفرنسية لم تخالف أي التزام وذهبت محكمة الاستئناف إلى أبعد من ذلك، حيث أن الشركة الفرنسية كانت قد وجهت عرضا عاما إلى مختلف الشركات بغية البحث عن شريك، ولم يكن هذا العرض موجها فقط للشركة البلجيكية وحدها وبالتالي ومع حكم محكمة الاستئناف الذي سبق لنا عرضه يمكن تبريرها على أساس أن مضمون العرض الموجه من طرف الشركة الفرنسية إلى نظيرتها الشركة البلجيكية، قد تضمن عرضا عاما موجها لجميع الشركات في كل دول العالم للدخول في مفاوضات موضوعها تنازل الشركة الفرنسية عن حصتها المقدرة بنسبة 70% من الحصص التي تملكها لصالح الشريك الذي يتعاقد معها بالفعل، فكان أمام هذه الوقائع على الشركة البلجيكية أن تبرم اتفاق تلزم فيه الشركة الفرنسية بالامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع شركة أخرى.

من خلال هذه القضية وغيرها من القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي، يتضح لنا أن القضاء الفرنسي قد استقر على هذا الحظر في حالات معينة، وهي شرط القصر أي

<sup>1</sup> C. App.de Versailles 12ch.05 Mars 1992.

حكم مأخوذ عن معمر بوطباله، المرجع السابق، ص 167.

## الباب الأول: التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام

بموجب اتفاق على الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير<sup>1</sup>، وكذلك الاتفاق على تاريخ معين لإبرام العقد محل التفاوض وهو ذاته ما استقر عليه القضاء والفقه الفرنسي وكذلك الفقه المصري الذي حذا حذوه<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> يذهب في هذا الصدد جانب من الفقه للقول أنه من الصعوبة بما كان استخلاص وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية استناداً إلى مجرد حسن النية بالتفاوض، في غياب وجود نص صريح يقضي بذلك، كما يعلق جانب آخر على حكم المحكمة بأن التقدم الحاصل بين الشركتين الفرنسية و البلجيكية يوحي بوجود القدر الكبير من الثقة الكافية لإبرام العقد النهائي بين الطرفين، إلا أن المحكمة لم ترى أن ذلك كافٍ كأساس يفرض الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 167.

<sup>2</sup> بوكرييس سهام، المرجع السابق، ص 198، 199.

## الباب الثاني

العقود التمهيديّة والمسؤوليّة

المتّربّة عن المفاوضات



## الباب الثاني:

### العقود التمهيدية والمسؤولية المترتبة عن المفاوضات.

يعد موضوع العقود التمهيدية التي تسبق إبرام العقد النهائي من المواضيع الشيقة والتي تنطوي على مشقة في الوقت ذاته، فبقدر ما تلفت انتباه المختصين والممارسين لتقنيات تحرير العقود بالبحث فيها والتعمق في أصولها القانونية والأسس الفلسفية لها، فهي من جهة أخرى كذلك تعتبر مصدر قلق وإزعاج لهم إثر محاولتهم فهمها وتفسير مضمونها، فيتداخل الأمر فيما بينه مما يصعب مهمة الفقهاء والقضاة على حد سواء ولكن هذا لا ينقص من الأهمية البالغة التي تكتسبها، فهي تحضر لإبرام العقود النهائية مما من شأنه أن يمنح لأطراف العلاقة فرص إضافية للتفكير والتمعن والتأمل في النتائج التي تترتب عن إبرام العقد النهائي<sup>1</sup>.

ومن زاوية أخرى قد تستغرق المفاوضات قبل التعاقدية مدة زمنية ليست بالهينة تتسبب في هدر المال والوقت وحتى الجهد، كما قد ينجر عنها عواقب وخيمة إذا تم قطعها أو الانسحاب منها من غير مبرر مشروع أو حتى الإخلال بأحد التزاماتها، ولذلك يقودنا المنطق للتعريج على المسؤولية المدنية التي تنجر عما سبق، ونوعها ومدى تطرق المشرع الجزائري لها في فترة المفاوضات التي تسبق التعاقد، كل هذا نعكف على دراسته من خلال فصلين:

#### الفصل الأول: العقود التمهيدية.

#### الفصل الثاني: المسؤولية المترتبة عن المفاوضات.

<sup>1</sup> عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية، دراسة مقارنة، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، الرباط، المغرب، 24 مارس 2017، ص 63، 64.

## الفصل الأول:

### العقود التمهيدية

أدت كثرة المبادلات التجارية وتعدد الآراء الفقهية إلى نشوء العديد من العقود خلال القرن العشرين، والتي استغنت عن المفهوم البدائي الذي كان يثير الجدل، فقد أضحى مفهوم العقد التمهيدي أكثر تطوراً نشأت معه اختلافات فقهية تباينت بين تيارين مختلفين، أولهما يعتبر أن العقود التمهيدية هي الوعد بالتعاقد فهو يربطها بهذا الأخير، وهو تيار الفكر الكلاسيكي من بين مؤيديه البروفيسور Mirène Geninet في حين التيار الثاني يستبعد الوعد بالتعاقد من العقود الممهدة للعقد النهائي<sup>1</sup>، من ضمنهم البروفيسور Ghestin الذي اعتبر العقود التمهيدية تشمل الاتفاقات الجزئية وهي تختلف عن الوعد بالتعاقد وهو تيار الفكر الحديث.

بناء على ما سبق يعتبر تحديد تعريف دقيق لهذه العقود أمر صعب، لكونها فكرة واسعة ومعقدة وهو ما أكدته البروفيسور Ghestin حيث أن مفهوم العقد التحضيري غير محدد بدقة فكل مؤلف يدافع عن المفهوم القريب من نوع العقد الذي ينوي تحليله<sup>2</sup>.

وتطرح دراسة هذه العقود إشكالية رئيسية تتمثل في: هل العقود التمهيدية تتولد عن المفاوضات؟ أم أنه يمكن إبرام عقد تمهيدي من دون أن تسبقه مفاوضات بين الأطراف؟ وفي إطار الإجابة عن هذه الإشكالية هنالك فرضين:

الفرض الأول وهو الأكثر شيوعاً في الممارسة العملية في فرنسا، هي أن إبرام عقد تحضيري يمكن أن يتم بعد مفاوضات ناجحة بين المتفاوضين أو في نهايتها، فيكون ذو طبيعة تحضيرية يهدف إلى إعداد وتسهيل وضمان إبرام العقد النهائي، وغالباً ما يكون الوقت المثالي لهذا العقد في مرحلة التفاوض الذي يسبق العقد أو في نهايته فبذلك يضمن المتفاوضون نجاحهم في هذه الأخيرة ويحسنون من فرصهم في إبرام العقد المنشود.

<sup>1</sup> Peter Sarvary-bene, Réflexions sur la notion de contrat préparatoire, thèse pour obtenir le grade de docteur, droit privé et sciences criminelles, université de Montpellier, 2016, p 58.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsahly, La période précontractuelle-Etude comparée des régimes français et égyptien, Thèse de doctorat, Ecole doctorale droit et science politique, Université de Toulouse, 2018, p 232, 233.

وبعبارة أخرى فالعقد التمهيدي هو تعبير صادق أثناء فترة المفاوضات أو في نهايتها بأن المفاوضات جادون في إبرام العقد النهائي، كما أنه يمثل دليلا على حسن نواياهم ورغبتهم في إبرام العقد النهائي المرجو الوصول إليه.

أما الفرض الثاني فهو حالة إبرام العقد التمهيدي خارج إطار المفاوضات ولكن في ظل فترة ما قبل التعاقد، وهو ما يحدث بكثرة في الواقع العملي في الجزائر وبالتالي يكون إبرامها بشكل بسيط وخارج أي تفاوض على العقد فيكون عقدا تمهيديا من غير أن تسبقه مفاوضات الغاية منه في نهاية المطاف أن يتم إبرام العقد المرتقب بشكل يرضي الطرفين، وقد يكون هذا العقد التمهيدي في فترة سريعة وقصيرة تمر في لمح البصر ويتم بعدها مباشرة إبرام العقد النهائي، وقد تطول مدته ليمتد العقد التمهيدي إلى أشهر أو سنوات<sup>1</sup>.

على الرغم من كون القانون المدني الفرنسي وكذلك نظيره الجزائري قد تناول بعض العقود التحضيرية، إلا أنهما لم يذكر مفهوم العقد التحضيري أو التمهيدي في أي نص تشريعي تاركين المجال للفقه في ذلك.

لا شك أن العقود التمهيدية أو ما يصطلح عليه بالعقود الأولية هي عبارة عن عقود تقع قبل العقد النهائي وتحضر له، يبرمها الأطراف قبل هذا الأخير فتعد عقودا مرحلية يسعى من خلالها الأطراف الوصول للعقد النهائي وبلوغه، فهي تلحق مرحلة التفاوض وتسبق مرحلة التعاقد<sup>2</sup>.

فلا ريب أن دور هذه العقود يبرز فيما يسمى بفترة المشروع وهي التي تعقب فترة المفاوضات وتسبق مجلس العقد النهائي، وعادة ما تبرم هذه العقود بعد أن تكمل المفاوضات بالنجاح، ويتم التوصل على إثرها إلى مشروع العقد الذي اتفق بشأنه الطرفان تمهيدا لإبرام العقد النهائي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Mahmoud Elsayhly, op.cit, p 239, 240.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دار هومة، سنة 2019، ص 317.

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2016، ص 71.

وقد أثبت الواقع العملي في الجزائر بصفة أخص بأن العقود النهائية غالبا ما يتم التمهيد لها بجملة من العقود الأولية لاعتبارات عديدة أبرزها ضمان إبرام العقد النهائي<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد تجدر بنا التفرقة بين العقد التمهيدي وبين العرض بالتعاقد الذي يعتبر عملا إراديا منفردا وقد أشرنا إلى ذلك في ما سلف، فبما أن الطرف الآخر لم يصدر منه قبول، فليس هناك عقد ولم يتحقق تطابق الإرادتين<sup>2</sup>، بناء على ما ورد في المادة 59 من القانون المدني<sup>3</sup>، وفي هذا الشأن نبرز مدى إلزامية هذه العقود المؤقتة التي تسبق العقد النهائي وتعد عقودا ممهدة له، وهو ما يستدعي منا التدقيق في مضمونها وعباراتها وطريقة صياغتها ولذلك سنسلط الضوء على أهم وأبرز العقود التي من شأنها التمهيد لإبرام العقد النهائي لاسيما في القانون الجزائري.

---

<sup>1</sup> لخضاري محمد، العقود الممهدة في البيوع العقارية، والحماية القانونية للمتعاقدين، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، سنة 2020، 2021، ص 457.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 318.

<sup>3</sup> الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 لسنة 1975.

## المبحث الأول:

### الوعد بالتعاقد تجسيد لحق التفكير في مرحلة ما قبل التعاقد

على إثر التمهيد للعقد النهائي والتحضير له يلج الطرفان في مرحلة يرتبطان فيها ارتباطاً مؤقتاً، يحددان من خلالها العناصر الجوهرية والأساسية للعقد النهائي المرجو إبرامه حتى يضمنان بذلك عدم تضييع الفرصة<sup>1</sup>، ومن أبرز صور المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد الذي يكرس فعليا الحق في التفكير والتدبير للعقد النهائي المبتغى الوصول إليه، وبغية الإحاطة بهذا الأخير لابد من تحديد ماهيته في المطلب الأول، ومن خلالها التطرق لمفهومه وأبرز صورته وشروطه مع تسليط الضوء على أحكام الشكالية فيه التي خصصنا لها المطلب الثاني.

### المطلب الأول: ماهية الوعد بالتعاقد.

لا شك في أن الوعد بالتعاقد يعد من أهم وأبرز العقود التمهيدية التي تحضر لإبرام العقد النهائي، غايته تمكين الأطراف من الاستعداد جيداً، أو الحصول على التراخيص الضرورية أو تلك التمويلات أو حتى التأمينات المطلوبة، وعادة ما يتم في هذا الشأن إبرام الوعد بالتعاقد ويمكنه أن يكون ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبين<sup>2</sup>، وتبرز أهميته في كونه من الناحية العملية يسد حاجة اقتصادية تملئها ظروف المعاملات داخل المجتمع<sup>3</sup>، نسلط الضوء على مفهومه ونبرز المقصود به من خلال الفرع الأول، ثم نمر إلى أهم صورته في الفرع الثاني دون أن نتغاضى عن الشروط التي يتطلبها وذلك في الفرع الثالث.

<sup>1</sup> كهيبة قونان، الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد، حوايات جامعة الجزائر 1، مجلد 34، عدد 04، ديسمبر 2020، ص 73.

<sup>2</sup> علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، سنة 2015، ص 143.

<sup>3</sup> جابر محجوب علي، محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، النظرية العامة للالتزام، ط 1، ج 1، سنة 2022، كتاب الكتروني، رقم الإيداع 13869-2022، ص 130.

## الفرع الأول: مفهوم الوعد بالتعاقد.

للإحاطة بمفهوم الوعد بالتعاقد لابد لنا من تقديم تعريف له، وتسليط الضوء على الأهمية البالغة التي يكتسبها.

أولاً: تعريف الوعد بالتعاقد.

عرف المشرع الجزائري الوعد بالتعاقد بمقتضى المادة 71 من القانون المدني، والتي جاء فيها أن: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فيها.

و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

من خلال التمعن في هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أقر بالوجود المستقل لعقد الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين تزامناً مع عقد الوعد الملزم لجانب واحد، وهو ذات الأمر الذي اعترفت به التشريعات العربية وجسدته في قوانينها<sup>1</sup>.

ويعرف الوعد بالتعاقد بأنه: "اتفاق بين شخصين يعد بمقتضاه أحدهما الآخر بإبرام عقد معين خلال مدة معينة ويقبل الطرف الآخر هذا الوعد مرجئاً اتخاذ قراره بالارتباط بهذا العقد أو رفضه إلى وقت لاحق".

وهذا الوعد بالتعاقد يعد ملزماً لجانب واحد فهو عقد لكونه يقوم على الإيجاب والقبول بين الواعد والمستفيد من هذا الوعد ومن غير وجود قبول نكون أمام إيجاب فقط وليس عقد ولذلك هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الواعد<sup>2</sup>.

ويعرف كذلك الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد بأنه: "الوعد الذي يلزم الموجب بمسك إيجابه، ويبقى للطرف الآخر حرية التعاقد أو خلافه ويمكن أن يعلق الإيجاب على أجل محدد

<sup>1</sup> شهيد محمد سليم، المرجع السابق، ص 763.

<sup>2</sup> محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، ط2، ج 1، مكتبة الوحدة، طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، سنة 1993، ص 82.

كما يمكن أن يبقى بدون أجل، فلا يرفع الإيجاب في هذه الصورة إلا بعد إعلام الموجب طبق الإجراءات القانونية<sup>1</sup>.

كذلك تم تعريف الوعد بالتعاقد بأنه: " عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بإبرام العقد الموعود به في المستقبل، متى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها، كأن يتعهد شخص لآخر أن يبيعه قطعة أرض مملوكة له عندما يبدي الطرف الآخر رغبته في شرائها خلال المدة المحددة"<sup>2</sup>.

وبالتالي يمكن القول بأن الوعد بالتعاقد هو عبارة عن خطوة تمهيدية للتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وهو يتطلب لإبرامه تلاقي إرادتين متطابقتين حاله حال أي عقد آخر، ومن أمثله أن يتعهد شخص لآخر أن يبيعه عقارا مملوكا له، إذا أبدى رغبته في شرائه خلال مدة محددة، وهذا يدعى بالوعد بالبيع العقاري.

أما فيما يخص التشريع الفرنسي في القانون المدني القديم لسنة 1804 أي قانون نابوليون لم ينص على عقد الوعد بالتعاقد ضمن القواعد العامة بل أشار إلى تطبيق من تطبيقاته المتمثل في عقد الوعد بالبيع، وكان ذلك في الفقرة الأولى من المادة 1589 والتي جاء فيها بأن: " الوعد بالبيع يعتبر بيعا عندما يتواجد بين الطرفين رضا متبادل على المبيع والثنى"<sup>3</sup>.

وقد انقسم الفقه الفرنسي في تفسيره لمضمون هذه المادة وفحواها فمنهم من ذهب إلى أنها تطبق على الوعد الملزم لجانبين، لأن عبارة تبادل الرضا بين الطرفين على المبيع والثنى لا تتوافق إلا مع عقد الوعد المتبادل باعتباره يضمن جميع أركان البيع فيعد بيعا ويرتب كذلك الآثار التي تنجر عنه.

ومنهم فريق آخر ذهب إلى أن المادة 1589 لا تنطبق على الوعد المتبادل بالبيع والشراء ولكنها تطبق على عقد الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، لأن الوعد في حقيقته بيع تام،

<sup>1</sup> علي كحلون، المرجع السابق، ص 143.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 319.

<sup>3</sup> Art 1589 du C.C.F de 1804: "La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix."

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1582 من القانون المدني على عقد البيع ولذلك لا يحتاج إلى إذن أن يعيد نصها في مادة أخرى من جديد، حيث ذهبوا إلى أن عبارة الرضا المتبادل يقصد بها اتفاق الطرفين على المبيع والثلث وليس تبادل الوعد الملزم لجانبين.

وهناك من كان له رأي آخر من الفقهاء حيث اعتبر أن المادة السالفة الذكر من القانون الفرنسي لسنة 1804 إنما يقصد بها عقد الوعد بالبيع بشكل عام سواء كان ملزماً لجانب واحد أو لجانبين، فالوعد في كلتا الحالتين يترتب آثار البيع<sup>1</sup>.

وبالرجوع للقانون المدني الفرنسي الجديد لعام 2016 نجد أنه قد نص صراحة على عقد الوعد من خلال المادة 1124 في فقرتها الأولى منه بالقول بأن: "الوعد من جانب واحد هو العقد الذي يمنح بموجبه أحد الأطراف (الواعد) الطرف الآخر (المستفيد) حق الخيار في إبرام عقد تتم تحديد عناصره الجوهرية، ولا ينقص إبرامه سوى رضا المستفيد"<sup>2</sup>.

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد قام بحصر الوعد بالتعاقد في صورة الوعد الملزم لجانب واحد، لكونه لم يقتنع بوجود سبب يدعو إلى تنظيم عقد الوعد الملزم لجانبين، لكونه يتوافر على جميع شروط العقد، كما هو الحال في الوعد بالبيع الملزم للجانبين. تعرض تعريف المشرع الفرنسي للوعد بالتعاقد من جانب واحد إلى الانتقاد لكونه جعل الحق في الخيار الممنوح للمستفيد موضع اهتمام وأساس يقوم عليه عقد الوعد، في حين أن الأساس لا بد أن يكون تعهد الواعد بالبقاء على وعده طول المدة التي تم تحديدها<sup>3</sup>.

وعليه فمرسوم 10 فبراير 2016 يقدم حلين وابتكارين في مجال الوعد بالعقد، فمن ناحية فهو يدمج الوعد بالتعاقد من جانب واحد في القانون المدني، ومن ناحية أخرى فهو يحدد نظام الوعد التركيبي، فهو بذلك يضع حداً للسوابق القضائية المتقلبة، ويعزز اليقين القانوني في مجال الوعد بالتعاقد، فقد كرس واضعو هذا المرسوم أنفسهم للتكثيف من قوة الوعد بالتعاقد من

<sup>1</sup> شهيد محمد سليم، الوعد بالتعاقد في ظل الاتجاهات الحديثة في قانون العقود، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، مجلد 08، عدد 02، 08 نوفمبر 2021، ص 763، 764.

<sup>2</sup> Art 1124 du C.C.F : "La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire".

<sup>3</sup> شهيد محمد سليم، المرجع السابق، ص 766.



جانب واحد، لاسيما من خلال اعترافهم صراحة بعدم قابلية إلغاء الالتزام بالوعد، وكذلك الوعود المتجانسة للعقد<sup>1</sup>.

ثانياً: أهمية الوعد بالتعاقد.

يكتسي الوعد بالتعاقد كمرحلة تسبق التعاقد بالغ الأهمية ولاسيما من الناحية العملية، إذ تتمخض عن الوعد بالتعاقد باعتباره نظاماً قانونياً فوائده جمة<sup>2</sup> أهمها:

قد يرغب أحد الأشخاص في الإقبال على إبرام عقد، مثاله شراء منزل من دون أن يكون مستعداً لذلك، فقد يفترق للقدرة على هذا الشراء فوراً نظراً لنقص في ماله أو وجود قصور في بياناته ومستنداته أو المعلومات التي تتعلق به، فيلجأ إلى الوعد بالتعاقد فيتحصل عليه من الطرف الآخر، وذلك خلال فترة من الزمن تسمح له بالتشاور وتكرس حقه في التفكير المتأنى حول العقد الذي هو بصدد إبرامه، فيحضر نفسه قبل أن يقبل على الشراء وإبرام العقد النهائي.

كذلك تبدو الحاجة الملحة للوعد بالبيع في المجال العقاري، حيث تظهر بصفة جلية في عقود الإيجار بحيث قد يتحصل المستأجر في العين المؤجرة على وعد بالبيع من قبل صاحبها خلال مدة معينة، يمكنه من خلالها توفير وتجميع ثمن الشراء، إضافة إلى تمكنه من تجربتها عبر إقامته فيها فيكتشف إن كانت تصلح للسكن قبل الإقدام على شرائها<sup>3</sup>.

فقد يسبق الوعد بالتعاقد أي نوع من العقود وبالأخص عقد البيع فتكون الغاية الرئيسية منه إلزام أحد الطرفين على انتظار عنصر ضروري لإتمام البيع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Alice Lécuyer, Le Renforcement de la sécurité juridique dans le domaine des promesses de contrat depuis l'ordonnance du 10 février 2016, Le bulletin de cheuvreux notaires, Édition spéciale n 5, Jun 2017, p 14.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة 2010، ص 323.

<sup>3</sup> بوزيد عدنان، أحكام الوعد بالبيع العقاري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، سنة 2018، 2019، ص 18، 19.

<sup>4</sup> Muriel Fabre-Magnan, Droit des Obligation, Contrat et engagement unilatral, 6 eme edition, Union distribution, 2021, p 277.

وتتضح أيضا أهمية الوعد بالتعاقد في حالة وجود أحد الموانع القانونية التي قد تقف عائقا في سبيل إبرام العقد النهائي فورا، ومثاله وجود شرط يمنع التصرف خلال فترة محدودة ومنها القيام بإجراءات كالحصول على إذن من المحكمة، وفي مثل هذه الأحوال يلجأ الطرفان إلى الوعد بالبيع إلى غاية زوال هذه العقبات والموانع.

وفي ذات السياق فالوعد بالتعاقد يسمح للقصر بإبرام العقود قبل بلوغهم السن القانوني، فيسمح لهم بأن يصبحوا مالكيين دون لجوئهم لإجراءات الترشيد أو الحصول على موافقة ممن يتولى أمرهم، إذا كانت العقود تعود عليهم بالنفع.

كما لا يمكننا التغاضي عن الفوائد الاقتصادية التي يحققها الوعد بالتعاقد، ومنها التشجيع على التعاقد، وتنشيط المعاملات البنكية، فغالبا ما يلجأ الأطراف للقروض العقارية فيمول الاستفادة من سكنات جاهزة للسكن<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: صور الوعد بالتعاقد.

يتخذ الوعد بالتعاقد في الحياة العملية صورة الوعد الملزم لجانب واحد وكذلك قد يتخذ صورة الوعد الملزم لجانبين<sup>2</sup>، ففي الوعد الملزم لجانب واحد يتفق الطرفان على عناصر البيع والأجل ولكن أحد الطرفين وفي الغالب يكون المشتري المستقبلي، يرغب في الاستفادة من فترة تفكير أو مهلة ليمارس فيها حقه في التعاقد من عدمه<sup>3</sup>، ولذلك يحتفظ بحريته في اتخاذ قراره. أما في الوعد الملزم لجانبين فيعتبر أكثر تقدما لكون الطرفان قد قررا إبرام عقد البيع، وليس لهما حق الخيار، وعليه يعد البيع تاما، وهنا تجدر الإشارة إلى أن حق الخيار هو معيار التمييز بين الوعدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص 19، 20.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 322.

<sup>3</sup> Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves Marie Serinet, La formation du contrat, tome 1 Le contrat- le consentement, 4 em édition, LGDJ, le 05-11-2013, p 596.

<sup>4</sup> Mahmoud Elsayhly, op.cit, p 367.

ومن الناحية العملية نجد الوعد الملزم لجانب واحد هو الصورة الغالبة، والأكثر تطبيقاً على وجه الخصوص الوعد بالبيع، فهو شائع بكثرة بين الموثقين بحيث قد يتوقع شخص أن تكون حاجته إلى قطعة أرض معدة للبناء يكون بحاجة إليها من أجل إقامة مسكن عائلي أو تشييد معمل أو غيره، ويتعذر عليه شرائها في الحين ولذلك يكتفي بالوعد بالتعاقد، فيتعهد صاحب الأرض ببيعها له إذا أبدى رغبته في شرائها خلال فترة معينة<sup>1</sup>، وهو ما نسعى لتوضيحه من خلال ما يأتي:

### أولاً: الوعد الملزم لجانب واحد.

لم يعرف المشرع الجزائري الوعد الملزم لجانب واحد، وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجده هو الآخر لم يقم بتعريفه، ولكن بالعودة إلى الفقه نجد الفقيه كورنو قد عرفه بأنه " اتفاق الإرادتين التي يتم بموجبها عقد يلتزم فيه شخص ما على الفور بإبرام عقد معين معه، وفق شروط محددة ويكون للمستفيد من هذا الالتزام حق الخيار لفترة معينة تبقى فيها إرادته حرة في عدم إبرام العقد المنشود أو قد يبرمه مع ممارسة الخيار في المدة"<sup>2</sup>.

وعلى إثره يقوم أحد الطرفين بوعده الطرف الآخر بإبرام عقد معين عندما تتوفر شروط معينة، في حين يحتفظ الطرف الثاني الذي هو الموعد له بحريته التامة في ذلك.

ويعتبر الوعد بإرادة منفردة عقداً بمعنى الكلمة، لأنه يتحقق بتلاقي الوعد بالقبول الذي يقع على الوعد بذاته، وبذلك يحول العرض إلى عقد، وهنا لا يجب الخلط بين العرض والوعد بالعقد، لكون الوعد بالعقد يقترن بفترة معينة للموعد له، يكون له حق الخيار فيبدي رغبته في إبرام العقد بصفة نهائية، وفي هذه الحالة يكون ملزماً بأن يبرم العقد أو له الخيار في عدم إبرائها، فيكون بذلك العرض واضحاً في شكل كتابي أو شفاهة كما قد يكون بصفة ضمنية كعرض سلع على واجهة زجاجية.

<sup>1</sup> براهمي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2014، ص 68.

<sup>2</sup> Gérard cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri capitant, 12 éd, 2018, p 818.

قد يتم كذلك توجيه العرض للجمهور ومثاله: الإشهار في الجرائد أو على الانترنت كما قد يكون في مواجهة شخص معين، وفي حالة توجيهه للجمهور قد يكون عبارة عن دعوة يلتقي فيها أطراف المفاوضات مع صاحب العرض الذي يكون غير ملزم بإبرام العقد مع الشخص الأول الذي يتفاوض معه، فيختار بذلك الشخص الذي يناسبه ليبرم العقد معه<sup>1</sup>.

وقد يحدث أن يرغب شخص بأن ينشئ مصنعا على أرض معينة سيقوم باستئجارها من مالكاها ويقيم عليها المصنع، ويحصل في ذات الوقت على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه في فترة معينة إذا رغب في شرائها، وإذا هو حصل المال اللازم للشراء وأبدى رغبته في أن يشتريها يقع البيع، ولذلك قد أتيح له الوقت الكافي لتدبير الثمن.

وكذلك قد يحدث أن يرغب أحد في بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك، ويتطلب أن يقع البناء على قطع متجاورة من أرض لملاك مختلفين، فيلجأ من يريد البناء إلى الحصول على وعد بالبيع من كل مالك على حدى، حتى إذا اكتمل له وعود جميع الملاك أبدى رغبته في الشراء، فيقع البيع في جميع القطع اللازمة للبناء<sup>2</sup>.

وبالرجوع للمواد 71 والمادة 123 مكرر من القانون المدني<sup>3</sup> نجد أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو عقد تمهيدي ولا يحل محل العقد النهائي<sup>4</sup>، ويعتبر أحد تطبيقات الوعد بالتعاقد يستدعي لانعقاده توافق إرادتي الواعد والموعود له من إيجاب وقبول<sup>5</sup>، يتعهد بمقتضاه

<sup>1</sup> براهيمى فايضة، المرجع السابق، ص 68، 69.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة-، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2009، ص 57.

<sup>3</sup> ورد في المادة 71 من القانون المدني بأن الاتفاق الذي يقوم كلا المتعاقدين بالإعداد له لإبرام عقد في المستقبل ليس له أثر إلا في حالة تعيين كل المسائل الجوهرية للعقد المرجو إبرامه إضافة إلى المدة.

أما المادة 123 مكرر التي ورد فيها جواز التصرف بالإرادة المنفردة وينطبق عليها ما ينطبق على العقد باستثناء القبول.

<sup>4</sup> قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 24-05-2000، ملف رقم 223852، م ق 2001، عدد 01، ص 138، 23-05-2001.

<sup>5</sup> François Collart Dutilleul, Philippe Delebecque, contrats civils et commerciaux, 11e éd, D, France, 2019, p 67.

صاحب الشيء ببيعه للطرف الآخر إذا أراد شرائه فهو ينطوي على التزام من طرف واحد، وتقيد الواعد بالتزامه يتوقف على إبداء الموعد له رغبته في الشراء خلال فترة معينة.

وكذلك بالعودة إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الوعد بالعقد هو بالضرورة ملزم لجانب واحد فقط، باعتباره تصرفاً انفرادياً لا يعد عقداً فهو يجري بإرادة منفردة.

وبناء على ما سبق فإن العقد الملزم لجانب واحد المتمثل في الواعد الذي يتقيد بالعقد، نجد فيه أن الموعد له لا يلتزم بشيء ولا يتقيد بالعقد، ولكن في حالة اقتران إرادته بإرادة الطرف الآخر، نكون أمام عقد كامل الأركان ويكون كل منهما ملزم بتنفيذ ما التزم به، ولذلك يترتب عليه عند التنفيذ، إما إتمام العقد أو على الأقل قيام دعوى التعويض، وهو ما أشارت إليه المواد 59 و 72 وكذلك 106 و 123 مكرر 124 مكرر من القانون المدني.

فتعاس الواعد بالبيع على سبيل المثال يمكن الموعد له من إجباره على تنفيذ الالتزام الواعد بإنشاء العقد النهائي، ويحل محل البيع الحكم الصادر<sup>1</sup> وهو ما أشارت إليه المادة 72 من القانون المدني<sup>2</sup>، فيمكنه بعد أن يعذره طلب تنفيذ العقد، ولو كان ذلك عن طريق التنفيذ الجبري، وكذلك يمكنه الفسخ مع التعويض إذا تطلب الحال ذلك<sup>3</sup>.

فالوعد بالبيع من جانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد بل هو عقد لابد فيه من إيجاب وقبول بين كل من الواعد والموعد له، ومثاله أن يتصور أن صاحب الدار يصدر منه إيجاب لبيع الدار لشخص آخر، ويحتوي الإيجاب على فترة معينة لقبوله فيكون إيجاباً ملزماً ولكن لا يكون الوعد بالبيع الذي يقصد منه، فالفرق بينهما أن الوعد بالبيع هو أمر وسط بين هذا الإيجاب الملزم والبيع النهائي، ففي الوعد بالبيع يتفق الطرفان المتمثلان في الواعد والموعد له على أن يبيع الواعد الدار، إذا أبدى الموعد له رغبته في شرائها خلال فترة معينة، فهو أكثر من إيجاب ملزم لأن الإيجاب قد يقترن به القبول من الطرف الآخر، ولكن لا يزال

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 325، 326، 327، 328.

<sup>2</sup> ورد في المادة 72 من القانون المدني بأنه: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، 328.

دون البيع النهائي، لأن كل من الإيجاب والقبول لا يقع على البيع ذاته، بل يقع على مجرد وعد بالبيع ولذلك يكون الوعد مرحلة من غير البيع النهائي، وفوق الإيجاب الملزم ففي الإيجاب الملزم لم يلتزم الموجب وعدا بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه في المدة المحددة، ومن الناحية العملية نجد أن الوعد للبيع هي مرحلة أقوى وأكثر ثباتا في التزام الواعد من الإيجاب الملزم، وفي العادة نجد أن المدة المحددة في الوعد بالبيع أطول من المدة التي يتم تعيينها في الإيجاب الملزم<sup>1</sup>.

يمكننا التمييز بين العقود التعاقدية الملزمة لجانب واحد، وكذلك الوعود الملزمة للجانبين من خلال التقسيم التقليدي بين العقود الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد<sup>2</sup>، وذلك وفقا للمواد 55 و 56 من القانون المدني.

### ثانيا: الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين.

الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين يدعى كذلك بالوعد التبادلي للعقد وبذلك نكون أمام وعد متبادل من جانبين، أي عقد حقيقي وتام بين الطرفين فيعد بمثابة عقد ابتدائي في حالة اتفاق الأطراف على جميع المسائل الرئيسية للعقد النهائي المراد إبرامه خلال الفترة التي تم الاتفاق عليها، ومن ذلك تحديد الثمن وتعيين المحل الموعود به، وعليه فإن الطرفان يلتزمان بإبرام العقد النهائي المزمع إبرامه في حالة عدم إقرارهما بشروط أخرى أرادا تعيينها حتى ينعقد الوعد بالبيع، زيادة على الأركان الرئيسية المتمثلة في المبيع والثمن، إضافة إلى عدم اشتراطهما أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية ومن أمثلتها وقت التسليم، في هذه الحالة يعد العقد قد تم وذلك استنادا إلى المادة 65 من القانون المدني.

وعلى ذلك فيعد الوعد التبادلي بالبيع بين الطرفين ثنائيا تبادليا، ومثاله أن يعد البائع ببيع عقار معين كما يعده في ذات الوقت المشتري أن يشتري منه هذا العقار بثمن معين، فور

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 59، 60.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 329.

استخراج بعض الوثائق الضرورية عبر ميعاد تم الاتفاق عليه، ليحرر العقد النهائي بينهما فهو بذلك يعد عقدا ابتدائيا.

وفي حالة تحديد جميع المسائل الرئيسية للعقد المنشود، يرتب آثاره القانونية ذاتها التي تترتب على البيع، لاسيما كون الالتزامات كاملة فهو عقد بيع كامل الأركان ملزم لأطرافه متى دلت طبيعته على ذلك، فكل من الطرفين قام بإلزام نفسه بالوفاء بالتزامه لا يقبل التراجع فيه، وبذلك فانتقال الملكية مرهون بإتمام الإجراءات النظامية التي يتطلبها قانون التسجيل، وعندما يسجل العقد الابتدائي يتحول الاتفاق إلى نهائي بين الأطراف، ولذلك اصطلح عليه بالعقد النهائي<sup>1</sup> وهو ما أشارت إليه المادة 106 من القانون المدني<sup>2</sup>.

فقد يرغب شخص ما في شراء منزل معين فيتفق على إثر ذلك مع مالكة على هذا الشراء، فيبرمان عقد بيع ابتدائي يتفقان فيه على جميع شروط البيع مع تحديد أجل معين لإبرام العقد النهائي، الغرض من هذا الأجل منح المشتري فترة للتفكير في مدى إمكانية تدبير الثمن والتقصي عن حالة المبيع، إضافة إلى إمكانية تأكده من أنه ليس مثقل بحقوق عينية للغير، إضافة إلى إعطاء البائع فرصة لإعداد مستنداته اللازمة حتى ينقل الملكية، أو يبحث عن منزل آخر يقيم فيه كما قد يتعهد ببيع السيارة للمشتري بمبلغ معين إذا وافق على شرائها خلال مدة محددة، ويعدده المشتري بشرائها إذا أبدى رغبته خلال تلك الفترة تبادل الالتزامات، وهو ما يميز عقد الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين، عن عقد الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد - دراسة فقهية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويت، إصدار دوري إضافي، السنة التاسعة، عدد 3، يوليو 2021، ص 196، 197.

<sup>2</sup> تضمنت المادة 106 من القانون المدني بأن العقد شريعة المتعاقدين وعلى إثر ذلك لا يمكن نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما أو بما يقره القانون.

<sup>3</sup> كهينة قونان، المرجع السابق، ص 76.

### **الفرع الثالث: شروط الوعد بالتعاقد.**

كما سبق لنا الإشارة أن الوعد بالتعاقد يتم من خلاله تطابق إرادتي الطرفين، فيعد أحدهما الآخر بإبرام أحد العقود مستقبلا إذا أعلن الطرف الآخر رغبته في ذلك، خلال فترة معينة، فبذلك يستفيد الواعد من هذا الاتفاق من غير أن يتقيد الموعد له بشيء، فهو عقد منجز بكافة عناصره ما عدا الموافقة من طرف من وضع لمصلحته، وبالتالي لا بد له أن يتوفر على جميع شروط التعاقد، ولو وقعت الموافقة من طرف من استفاد من الوعد فبذلك يبرم العقد نهائيا في نفس التوقيت الذي تم فيه الحصول على هذه الموافقة، هذا زيادة على شروط أخرى ترتبط بخصوصية هذا الوعد.

#### **أولاً: الشروط العامة لانعقاد العقد.**

يعد الوعد بالتعاقد عقد يلتزم فيه الواعد بإتمامه متى أبدى الطرف الآخر الموعد له إرادته ورغبته في التعاقد، ولذلك لا بد من توافر الشروط العامة التي يبرم بها العقد والتي تتجلى في الرضا والمحل إضافة إلى السبب<sup>1</sup>.

**أ- شرط التراضي.**

حتى يقوم الوعد بالتعاقد صحيحا لا بد من توافر ركن التراضي، ويقصد بذلك تطابق الإيجاب والقبول ولا بد له أن يكون صحيحا، ونقصد بذلك أن يكون مصدره من شخص صاحب أهلية، وكذلك أن يخلوا من جميع عيوب الإرادة والتي منها الإكراه والغلط والتدليس، وكذلك الغبن لأن أحد هذه العيوب وقت إبرام العقد يجعل الرضا غير سليم، إلا في حالة إقرار الوعد بالتعاقد وقت إبرام العقد النهائي.

وحتى يحدد الوقت المطلوب الذي يشترط فيه صحة التراضي لا بد من التمييز بين كون الوعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين، ففي حالة كونه ملزما لجانبين لا بد أن تكون الأهلية التي تشترط لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين مطلوبة في وقت إبرام

<sup>1</sup> هناك من يسميها بالشروط العامة للوعد بالتعاقد، ومنهم من يصطلح عليها بالأركان العامة للوعد بالتعاقد.



الوعد، أما في حالة كونه ملزما لجانب واحد، فلا بد أن يتوفر في الواعد في زمن إبرام الوعد الأهلية التي تلزم لإبرام العقد النهائي.

ويتم النظر كذلك في ذات الوقت إلى عيوب الإرادة بالنسبة له، لكونه لا يصدر منه رضا بعد ذلك، فالتعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له، أما الأهلية فتؤجل إلى حين إبرام العقد النهائي لا من وقت الوعد بالتعاقد<sup>1</sup>.

### ب- شرط المحل.

يقصد به العقد النهائي الذي يراد إبرامه، ولا بد أن تتوافر في المحل تلك الشروط التي عهدناها فيه، كالوجود وكذلك أن يكون ممكنا إضافة إلى المشروعية فإذا كان العقد مثلاً وعدا بالبيع يجب أن يكون هذا البيع ممكنا وكذلك مشروعاً<sup>2</sup>.

فإذا كان المحل مشروعاً وقت الوعد، ولكنه أصبح غير ذلك وقت العقد النهائي اعتبر هذا العقد باطلاً، ومن أبرز الأمثلة على الوعد بالتعاقد في هذه الحالة، ما يقع على أملاك الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، بما أن له صفة المال العام فانتهاء هذه الصفة يجعل الوعد بالتعاقد جائزاً، كما أنه يعد باطلاً عقد الوعد الذي يكون محله أشياء يمنعها القانون أو يتطلب أخذ ترخيص لها، ومن أمثلتها المواد المخدرة أو الأسلحة وغيرها.

### ج- شرط السبب.

حتى يصح الوعد بالتعاقد ويعتبر نافذاً لا بد أن يتوفر شرط السبب ويقصد به الدافع إلى التعاقد والباعث إليه ولا بد أن يكون السبب مشروعاً حتى يصح العقد، فإذا كان الدافع للتعاقد يخالف الآداب والنظام العام كان الوعد بالتعاقد باطلاً، وإذا لم يذكر السبب في العقد يفترض أنه موجود ومشروع إلا إذا ثبت عكس ذلك.

<sup>1</sup> كهينة قونان، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> براهيم فيزة، المرجع السابق، ص 77.

**ثانيا: الشروط الخاصة بالوعد بالتعاقد.**

زيادة عن تلك الشروط العامة للعقد لابد أن تتواجد شروط أخرى خاصة تتجسد أساسا في شرط تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعد بإبرامه<sup>1</sup>، إضافة إلى تعيين المدة التي يتم خلالها إبداء الرغبة في التعاقد.

والمرجع الجزائري بدوره اشترط في القانون المدني توافر شروط قانونية من ضمنها أهلية الواعد الكاملة، ووجب أن تتوفر في الواعد أهلية الأداء في زمن صدور الوعد من جانبه لكونه يلتزم نهائيا بمجرد الوعد، ومن ثم يجب قانونا أن يتم النظر إلى وقت الوعد بالنسبة لأهليته وذلك للشروع في مباشرة العقد الموعد به، كما وجب أن تكون إرادته خالية من العيوب وهو ما سبق لنا الإشارة إليه.

أما بالنسبة للموعد له وبصفة خاصة في الوعد الملزم لجانب واحد فتكفيه أهلية التمييز وقت الوعد لكون الوعد بالتعاقد يصب في مصلحته.

زيادة على ما سبق نعرض على الشروط الخاصة والتي نذكر فيها:

**أ- الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المرجو إبرامه.**

لا شك في أن الوعد بالتعاقد يعتبر عقدا تاما، يتم بتطابق الإيجاب والقبول وهو أكثر من كونه إيجاب ولو كان أقل من العقد النهائي، والوعد إما أن يقع ملزما لجانب واحد أو ملزم لجانبين ولذلك لا بد من تطابق إرادتي الطرفين على طبيعة عقد الوعد بأحد صورتيه، وحتى ينعقد الوعد بالتعاقد صحيحا لابد أن يتضمن تحديدا دقيقا لكافة العناصر الجوهرية<sup>2</sup>.

ونقصد بهذه المسائل الجوهرية أن يحدد موضوع العقد الموعد به وكذلك أركانه الرئيسية التي لا يمكن الاستغناء عنها في العقد، وذلك تماشيا مع المادة 71 من القانون المدني في فقرتها الأولى التي سبق لنا الإشارة لها، حتى يسهل إبرام العقد النهائي في المستقبل دون الحاجة إلى اتفاق آخر.

<sup>1</sup> كهينة قونان، المرجع السابق، ص 77، 78.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، 377، 379.

ففي حالة كون العقد ينصب على البيع مثلا، لابد من الاتفاق على الثمن والمبيع وطريقة التعيين والتحديد في عقد البيع، كما يجب أن تذكر المدة التي يبرم خلالها العقد الموعود به.

ومما لا شك فيه أن الوعد بالتعاقد لا يقع صحيحا إلا إذا اشتملت صياغته على طبيعة العقد المرجو إبرامه في المستقبل، عبر تحديد عناصره الجوهرية والمسائل الرئيسية التي لا يمكنه أن ينعقد دونها<sup>1</sup>، وذلك تماشيا مع المادة 71 من القانون المدني السالفة الذكر، وكذلك المادة 65 من ذات القانون، التي جاء فيها: "إذا اتفق الطرفين على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليهما اعتبر العقد منبرما..."<sup>2</sup>.

وهو ذات الأمر الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها حيث جاء في أحد قراراتها أنه لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني إلا إذا عينت جميع المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه في المستقبل، وتم تحديد المدة التي يتم فيها إبرام العقد النهائي.

تماشيا مع ما سبق فإن انعدام العناصر الرئيسية للعقد النهائي المرجو إبرامه مستقبلا، وإغفال المدة التي يجب أن يظهر خلالها الرغبة في التعاقد ينفي عن العقد صفة الوعد<sup>3</sup>، ومنه ما قضت به المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر عن الغرفة المدنية في 22-12-1993 ببطلان الوعد بالبيع نظرا لتخلف الثمن فيه الذي يعد شرطا أساسيا من شروط قيام عقد البيع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 330، 329.

<sup>2</sup> في حالة قيام خلاف حول المسائل التي لم يجري الاتفاق بشأنها، فإن المحكمة تقضي فيها حسب طبيعة المعاملة.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 331.

<sup>4</sup> قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، بتاريخ 23-05-2001، ملف رقم 247607، مجلة قضائية، عدد 02، لسنة 2004، ص 119.

ب- تعيين المدة التي يتم خلالها إبداء الرغبة في التعاقد.

بالرجوع للقانون الفرنسي نجد أنه لم يشترط تعيين المدة في عقد الوعد بالبيع التي يبدي خلالها الطرف الموعود له رغبته في التعاقد أو الشراء، وذلك بالرجوع للمادة 1589 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى<sup>1</sup>، فهو لا يعد المدة ركنا في عقد الوعد بالبيع ولم يرتب عليها بطلان العقد فالوعد المطلق في نظرهم صحيح يمكن للموعود له أن يقبل الشراء في أي وقت، وكذلك يمكن للواعد أن يلجا إلى القضاء حتى يضع حدا لهذا الوعد، فإذا عين القاضي المدة يجب على الموعود له أن يبدي رغبته في الشراء خلال هذه المدة حتى لا يسقط الوعد بالتعاقد<sup>2</sup>.

وعلى اعتبار أن شرط المدة لم يرد في المادة 1124 من قانون العقود الفرنسي السالفة الذكر، بذلك فعقد الوعد صحيح ولو لم يتفق الأطراف على المدة التي يبديان فيها الرغبة في التعاقد ولكن قد يبدو الأمر غير منطقي فلا يمكن للواعد أن يلتزم لمدة غير محدودة ولكن بالعودة إلى نص المادة 1210 من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup>، نجد أنها معنونة بمدة العقد La durée du contrat الذي تم استحداثه بموجب تعديل 2016 نكتشف فيه أن المشرع الفرنسي قد منع الالتزامات المؤبدة Les engagements perpétuels فإذا لم يتفق الأطراف على المدة التي يتم فيها تنفيذ العقد يتولى ذلك القاضي من خلال تحديده لمدة معقولة<sup>4</sup>.

أما المشرع الجزائري فنجد أنه قد ألزم تحديد المدة التي يلتزم خلالها الموعود له بإبداء رغبته في التعاقد إما بالقبول أو الرفض سواء كان ذلك بصفة صريحة أو كان بصفة ضمنية وهو ما يتضح من خلال المادة 71 من القانون المدني في فقرتها الأولى التي أسلفنا ذكرها.

<sup>1</sup> Art 1589-1 du C.C.F: "La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix..."

<sup>2</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 82.

<sup>3</sup> Art 1210 du C.C.F: "Les engagements perpétuels sont prohibés."

Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée".

<sup>4</sup> شهيد محمد سليم، المرجع السابق، ص 768.

وقد وفق المشرع الجزائري عند اشتراطه تحديد المدة في عقد الوعد بالبيع حيث عدّها من الأمور والمسائل الجوهرية التي يتفق عليها المتعاقدان، فالمدة تساهم في استقرار العلاقة التعاقدية التي يرتبط بها الطرفان بغية إبرام العقد النهائي، وإن تخلف شرط المدة، يعدّ عقد الوعد بالبيع باطلا بطلانا مطلقا، زيادة على كون شرط المدة يحلّل الواعد من رحمة الموعد له، حتى لا يبقى تحت سيطرته لمدة غير معلومة، فيمكن للواعد التصرف في المبيع بانقضاء تلك المدة، فإن لم يتمّ تحديدها يتحول ذلك إلى عبء على هذا الأخير.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن تستخلص المدة من طبيعة الظروف إذا كانت بصفة ضمنية، ويتكفل بذلك القاضي عند عدم النص عليها لاسيما في عقد الإيجار، بحيث تنتهي مدة الوعد بالبيع بانتهاء عقد الإيجار<sup>1</sup>.

وبالعودة لقرارات المحكمة العليا نجد أنها قضت في قرار مشهور لها بأنه: " من المقرر قانونا طبقا للمادة 71 من القانون المدني الجزائري أن الاتفاق الذي يعدّ له كلا الطرفين أو أحدهما بإبرام عقد معين لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.

حيث أن المدة الواجب تحديدها في العقد يمكن أن تحدد بالتاريخ أو باتفاق ضمني أو بحصول أمر معين، إلا أنه بالرجوع إلى الوعد بالبيع محل الدعوى الحالية، فقد تمّ تحديد موضوع العقد وهو محل تجاري، كما قدر الثمن من الإشارة إلى أن الواعد يتعهد بإبرام العقد بعد توافر الشروط القانونية، وهي عبارة لا تفيد ولا تعين المدة لا صراحة ولا ضمنا مع أنها من البيانات الجوهرية، وباغفالها لا ينعقد العقد، ويقع باطلا ولا يترتب عليه أي أثر قانوني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 83، 84.

<sup>2</sup> قرار رقم 1104886 عن الغرفة المدنية، بتاريخ 15 مارس 2018 مأخوذ من الموقع: [www.coursupreme.dz](http://www.coursupreme.dz)

وبالتالي ما يمكننا استخلاصه أن تعيين المدة يعتبر من المسائل الجوهرية في عقد الوعد بالبيع، ويشترط أن تكون في أجل معقول لا يتعدى مده التقادم الطويل المقدّر بـ 15 سنة<sup>1</sup>، وهو ما أشارت إليه المادة 308 من القانون المدني<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أحكام الشكالية في الوعد بالتعاقد.

يحوز موضوع الشكالية على بالغ الأهمية وقد أحاطه المشرع الجزائري في إثبات جميع المواد بعناية خاصة، وأولى له أهمية مزيلا بذلك اللبس والغموض الذي يكتنفه، كما أكد على ضرورته في الوعد بالتعاقد، وهو ما نسعى لتوضيحه من خلال التطرق للمبادئ العامة التي تحكم الشكالية في الوعد بالتعاقد مع التعرض إلى أهم التطبيقات العملية للوعد بالتعاقد.

### الفرع الأول: المبادئ العامة التي تحكم الشكالية في الوعد بالتعاقد.

يعد ركن الشكل في الوعد بالتعاقد من الشروط الخاصة التي يستوجبها هذا الأخير بحيث إذا كان العقد الموعود به عقدا شكليا كعقد الشركة وبيع العقار أو الرهن الرسمي في القانون المدني فيعد الشكل ركنا فيه، ألا وهو الكتابة سواء كان بطريقة رسمية أو عرفية أمام الموثق تماشيا مع القانون المدني ويعد كذلك ركنا في الوعد بالتعاقد<sup>3</sup>، وهو ما ذكر في الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني<sup>4</sup>.

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد هذا الشكل يعد باطلا، ففي عقد الشركة إن لم يتم في ورقة رسمية كان باطلا، أما إذا كان العقد رضائيا فالوعد بالتعاقد فيه يكون رضائيا، حتى ولو قام المتعاقدان باشتراط أن يكون العقد الموعود به مكتوبا في ورقة رسمية، فتعد شرطا يخص المتعاقدان ولم يشترطها القانون.

<sup>1</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup> أشارت المادة 308 من القانون المدني إلى تقادم الالتزام بانقضاء 15 سنة واستثنت من ذلك الحالات التي ورد بشأنها نص خاص.

<sup>3</sup> هالبي خيرة، تريح مخلوف، أحكام الشكالية في الوعد بالتعاقد في ظل القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، عدد 02، 30 سبتمبر 2017، ص 357.

<sup>4</sup> نصت الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني على أنه: "...وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

وكذلك بالنسبة للرهن الرسمي وجب إفراغه في شكل رسمي، فإن لم يتم ذلك لا يمكن إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً، فهو يتطلب تدخل الواعد تدخلاً شخصياً حتى يتم رسمية الرهن، وهذا الإجبار ممتنع ولا يمكن أن يحصل الموعد له على حكم يقوم مقام عقد الرهن الرسمي الذي تم الوعد به، نظراً لتخلف الشكلية فيه فيعد باطلاً ولو حصل الطرفان على حكم، رغم عدم توفر الشكلية في هذا الوعد، فلا يمكنهما الوصول بطريق غير سوي إلى إبرام الوعد بالرهن من غير الرسمية، فيقتصران بذلك على وعد بالتعاقد ليس له طابع رسمي، يتم استصدار حكم به يقوم مقام عقد الرهن الرسمي.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من تخلف ركن الشكلية في الوعد بالتعاقد إلا أنه يرتب أثراً قانونياً يعد في هذه الحالة عقداً غير مسمى يرتب في ذمة الواعد التزاماً شخصياً بإنشاء حق الرهن.

وحري بنا التنويه إلى أن الشكلية التي اشترطها المشرع الجزائري في القانون المدني تعد ركناً في العقد، إذا انعدمت يعد العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإذا كان الوعد مثلاً ينصب على بيع عقار ولن تكتمل بعض الإجراءات ولم يستوف المبيع بعض الشروط وأن المشتري لم يستلم المبيع تطبق عليه نفس الإجراءات وهو ما جاءت به المادة 324 مكرر<sup>1</sup>، وأيدته المحكمة العليا في قرارها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> نصت المادة 324 مكرر 1 على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسة صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

<sup>2</sup> جاء في قرار المحكمة العليا أنه من المقرر قانوناً أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرراً أمام الموثق محتوي على أصل الملكية، مكرس لاتفاق الطرفين محدداً للمحل تحديداً نافياً للجهالة، معاًين لتسديد المبلغ أمام الموثق مسجل ومنشور لدى مصالح الشهر العقاري، قرار رقم 68467 مؤرخ في 21-10-1990، م ق 1992، عدد 01، ص 84، مأخوذ عن جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2014، ص 64.

وفيما يخص الآثار التي تترتب عن ركن الشكلية في الوعد بالتعاقد فإذا قام الوعد بالتعاقد صحيح مستوفيا لجميع شروطه، فإنه ينشئ التزاما في ذمة الواعد بإبرام العقد، ويقابله حق شخصي للموعد له إذا قام بإعلان رغبته في إبرام العقد، يتم العقد من غير أن يكون بحاجة إلى رضا جديد من طرف الواعد.

يتضح لنا مما سبق ذكره أنه لا بد من التفرقة بين مرحلتين ألا وهما المرحلة الأولى التي تكون مرحلة قبل إظهار الموعد له رغبته في إبرام العقد النهائي، أما فيما يخص المرحلة الثانية فهي مرحلة ما بعد إظهار الرغبة في إبرام العقد النهائي.

لا شك في أن الوعد بالتعاقد لا يترتب سوى التزام على عاتق الواعد بإبرام العقد الذي وعد به، وفي المقابل فإن الموعد له لا يلتزم بأي شيء، ووفقا لذلك فإن الواعد لا يقوم بأي عمل يمنع إبرام العقد النهائي، وفي حالة إخلال الواعد بهذا الالتزام تترتب في ذمته مسؤولية عقدية، يلتزم على إثرها بتعويض الضرر الذي تعرض له الموعد له، وحال دون استفادته من عقد الوعد، وبالتالي ينتقل إلى ورثة الواعد، ويرتب على الموعد له حق شخصي لاحق عيني نظرا للاعتبارات التالية:

- يكون للواعد ملكية المال وذلك في عقد الوعد بالبيع الموعد ببيعه، كما يترتب عليه أن تكون ثماره ومحصوله ملكا للواعد، وفي حالة القوة القاهرة ينقضي التزام الوعد نظرا لاستحالة الوفاء به، كما ينقضي في ذات الوقت حق الموعد له للتمسك بالوعد.
- وكذلك للموعد له حق شخصي وليس حقا عيني، فعقد الوعد بالبيع لا يخضع لإلزامية التسجيل ولو كان محله عقارا، وفي ذات الوقت يجوز للموعد له التصرف في حقه الشخصي طبقا لأحكام حوالة الحق.
- كذلك إضافة إلى ما سبق فإن حق الموعد له ينتقل إلى ورثته، وهذه الآثار تتعلق بالمرحلة الأولى.

أما فيما يخص الآثار التي تترتب على المرحلة الثانية من التعاقد أي بعد إظهار الرغبة في التعاقد نذكرها فيما يأتي:



- يكون الموعود له ملزما دون حاجته لرضا جديد من الواعد في حالة أظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد خلال الفترة المتفق عليها، ويرتب ذلك التزامات لكلا الطرفين فإن كان العقد الموعود به ينصب على عقد البيع، وأبرز الموعود له رغبته في التعاقد يترتب آثار عقد البيع، وبذلك يصبح البائع ملتزما بتسليم المبيع والمشتري ملزما هو الآخر بدفع الثمن. زيادة على ما سبق فإن المادة 72 من القانون المدني جاء فيها أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوفرة قام الحكم مقام العقد.

ما يمكن استخلاصه من هذه المادة هي أن المشرع قام بوضع قاعدة قانونية في حالة توافر الأركان الجوهرية التي يتم بها العقد، خاصة ما يتعلق بركن الشكل وتراجع الواعد عن تنفيذ وعده، يمكن للطرف الآخر أن يرجع إلى القضاء تصدر فيه المحكمة حكما بالبيع النهائي، وتلزم فيه الأطراف بالتنفيذ العيني لهذا الأخير، كما تأمر الموثق بتسجيل هذا العقد وإشهاره<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أهم التطبيقات العملية للوعد بالتعاقد.

تتعدد تطبيقات الوعد بالتعاقد في الواقع العملي نسعى لتسليط الضوء على أبرزها:

#### أولا: الوعد بالبيع العقاري.

نتعرض لتعريفه وأهم الخصائص التي تميزه

#### أ- تعريف عقد الوعد بالبيع العقاري.

بالرغم من بالغ الأهمية التي يحوزها عقد الوعد بالبيع العقاري فإن المشرع الجزائري لم يعرفه وإنما اكتفى بذكر القواعد العامة التي تتعلق بالوعد بالتعاقد، التي سبق لنا ذكرها في المادتين 71 و 72 من القانون المدني، على خلاف المشرع الفرنسي الذي أقر أن الوعد بالبيع يعد بيعا إذا كان هناك رضا متبادل من الطرفين على المبيع وعلى الثمن<sup>2</sup>، وهو ما نصت عليه

<sup>1</sup> هالبي خيرة، تريح مخلوف، المرجع السابق، ص 358، 359، 360.

<sup>2</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 14.

المادة 1589 من قانون المدني الفرنسي<sup>1</sup>، وعلى إثر الفراغ القانوني الذي لم يتكفل بتعريف عقد الوعد بالبيع العقاري قام الفقه بتعريف عقد الوعد بالبيع فعرّفه الأستاذ جمال بدري بأنه: " عقد يلتزم بمقتضاه شخص هو الواعد، بأن يبيع عقارا إلى شخص آخر، هو الموعود له، إذا رغب في شرائه خلال مدة معينة"<sup>2</sup>.

كما عرفه آخرون بأنه: " عقد يلتزم فيه أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد وهو يتم بإيجاب وقبول ولكنه تمهيدي يراد من وراءه إبرام العقد الأصلي الموعود في المستقبل بحيث إذا أبدى الموعود له رغبته تم العقد دون حاجة إلى تدخل إرادة الواعد من جديد"<sup>3</sup>.

ومن خلال ما سبق يمكننا تعريف عقد الوعد بالبيع العقاري بأنه الاتفاق الذي يعد بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بأن يبرم عقدا لبيع عقار في المستقبل، إذا وقع الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية للعقد المرجو إبرامه مستقبلا، وكذلك المدة التي يقع إبرامه فيها كما يصب هذا التراضي في عقد رسمي حتى يستوفي عنصر الشكالية المطلوبة في القانون.

### ب- خصائص الوعد بالبيع العقاري.

يمتاز عقد الوعد بالبيع العقاري بعدة خصائص نذكر أبرزها فيما يأتي:

#### 1- الوعد بالبيع العقاري يعد عقدا قائما بذاته.

بالرجوع للقانون المدني ولاسيما المادتين 71 و 72 منه اللتين نصتا على الوعد بالتعاقد نجد أنهما وردتا ضمن الفصل الثاني تحت عنوان العقد وذلك في الباب الأول من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود، وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري قد عد الوعد

<sup>1</sup> Art 1589 : " La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix

Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain.

La date de la convention, même régularisée ultérieurement, sera celle du versement du premier acompte".

<sup>2</sup> جمال بدري، المرجع السابق، ص 17.

<sup>3</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 20.

بالتعاقد عاما والوعد بالبيع يعد أحد تطبيقاته، وهو عقد يتطلب تطابق إرادتين لانعقاده تتمثلان في الإيجاب من الواعد والقبول من الموعد له.

### 2- الوعد بالبيع العقاري عقد غير مسمى.

العقود المسماة هي التي خصها المشرع بتنظيم معين وحدد لها أحكاما خاصة بينما العقود الغير مسماة لم يتكفل بتنظيمها وتحديد أحكامها، وهذه الأخيرة تنطبق على عقد الوعد بالبيع العقاري، فالمشرع لم يتولى تنظيمه في القانون المدني، واكتفى بالنص على العموم على الوعد بالتعاقد.

### 3- الوعد بالبيع العقاري عقد تمهيدي.

عقد الوعد ببيع العقار ليس عقدا نهائيا باعتبار أن الموعد له لم يبدي رغبته بصفة نهائية في التعاقد، فهو يعد من العقود الممهدة وهناك من يسميه بعقود فترة المشروع .

### 4- عقد الوعد بالبيع العقاري عقد شكلي.

يعد عقد الوعد بالبيع العقاري عقدا يتطلب القانون فيه شكلا معين فلا يكفي مجرد التراضي لانعقاده، حتى يمكن الدولة من بسط رقابتها على التصرفات الواردة على العقارات زيادة على كون الأطراف يستفيدون من الإرشادات التي يوجهها الموثق لهم، حتى يكونون بمأمن وعلى أتم الثقة في التصرف الذين يقبلون عليه.

### 5- الوعد بالبيع العقاري لا ينقل الملكية.

نقل الملكية العقارية يرتبط بعدة مراحل تستهل بتحرير العقد أمام الموثق وتسجيله على مستوى مصالح الضرائب، وكذلك إيداعه بالمحافظة العقارية بقصد شهره حتى يتم الاحتجاج به في مواجهة الغير، غير أن الوعد بالبيع العقاري مجرد عقد تمهيدي لا يمكنه نقل ملكية العقار.

### 6- الوعد بالبيع العقاري هو عقد معلق على شرط.

بالرجوع إلى القوانين السابقة للتشريع الجزائري نجد أنه اعتمد على مبدأ الرضائية ثم بدأ يتخلى عنه تدريجيا، فبعد أن كان يعترف بالعقود العرفية في المعاملات العقارية أصبح يفرض فيها ركن الشكلية.

## 7-الوعد بالبيع العقاري عقد زمني.

لابد من توفر ركن الزمن ويحتل عنصر الزمن في الوعد بالبيع العقاري مكانته خاصة فهو من خصوصياته، ومقتضاه أن إبرام هذا العقد يتم بعد مرور فترة من الزمن، وذلك قصد منح الموعود له فترة للتروي والتفكير في العقد الذي سيقبل على إبرامه<sup>1</sup>.

## ج-الشكلية في عقد الوعد بالبيع العقاري.

يسجل أهم فارق بين عقد بيع العقار والعقد المنصب على بيع المنقول ووجوب إ فراغ العقد الناقل للملكية العقارية في قالب رسمي، ولا شك أن غياب هذا الركن يترتب عليه البطلان المطلق<sup>2</sup>، فعقد الوعد بالبيع الذي يكون محله عقارا ينتمي إلى العقود التي لا يكفي مجرد التراضي لانعقادها، لذلك أخضعه المشرع الجزائري لمجموعة إجراءات وجب إتباعها منها الشكلية<sup>3</sup>، التي نصت عليها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني حيث جاء فيها: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية أو محلات تجارية.... في شكل رسمي".

يعتبر الشرط وصفا للالتزام بأمر مستقبلي غير محقق الوقوع ينتج على تحققه وجود الالتزام أو زواله ويعتبر معظم الفقه أن هذا العقد معلق على شرط واقف يتجلى في استعمال الموعود له حقه في الشراء، وينتج عنه سريان قبول الموعود له بأثر رجعي إلى حين إبرام الوعد في الوقت نفسه، فالوعد لا يترتب قبل تحقق الشرط أي اثر في ذمه الواعد.

وبداية التغيير جسدها القانون الصادر في 1965 المتضمن قانون المالية الذي فرض وجوب الشكلية في بعض التصرفات، من غير أن يترتب على تخلفها البطلان ولكن الأمر تغير

<sup>1</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 22، 23، 24.

<sup>2</sup> حسناوي أسماء، مزيان محمد أمين، الوعد بالبيع العقاري بين التشريع والاجتهاد القضائي، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، مجلد 10، عدد 01، 06، 01، جوان 2022، ص 421.

<sup>3</sup> جمال بدري، المرجع السابق، ص 65.

بصدور قانون التوثيق الذي فرض الشكلية كركن للانعقاد في كل العقود المنصبة على العقار<sup>1</sup>، وهو ما أكدته المادة 12 من قانون التوثيق<sup>2</sup> فقد نصت على أنه: "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها.

كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم ويبين لهم الآثار والالتزامات التي يخضعون لها والاحتياجات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم". وبصدور الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي، وبالخصوص المرسوم التطبيقي له رقم 63-76 بمقتضى المادة 61 منه<sup>3</sup> على أنه: "يقدم الشكل الرسمي كل عقد يكون موضوع إشهار"، وتدارك المشرع الجزائري الفراغ المتضمن عدم تنصيبه على الشكل في العقار بصفة رسمية، فاستدركه بإدراج المادة 12 التي سلف ذكرها بكاملها ضمن المادة 324 مكرر 1 من القانون 14-88 المؤرخ في 3-5-1988 المعدل والمتمم لقانون المدني الجزائري التي جاء فيها عنصر الشكل كركن رسمي للانعقاد.

ولكن في ظل هذه الظروف عرف الواقع العملي نوعا من التناقض في تفسير النصوص كلما تعلقت المعاملة ببيع عقارية مبرمة بطريقة عرفية، فانقسم على إثر ذلك القضاء إلى فريقين:

أحدهما أدرج العقود العرفية ضمن العقود التي لها كامل الحجية في نقل الملكية العقارية، وقد عد الرسمية مجرد شرط للإثبات، وليست ركنا للانعقاد<sup>4</sup>.

في حين أن الفريق الآخر من القضاء ذهب إلى أنه لا بد من احترام نص المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، وأكد ذلك من خلال عدة

<sup>1</sup> حسناوي أسماء، مزيان محمد أمين، المرجع السابق، ص 421.

<sup>2</sup> قانون رقم 02-06 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، ط1، د.و.أ.ت. 2006.

<sup>3</sup> الأمر 74-75 المؤرخ في 12 أكتوبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري، ج ر عدد 92، لسنة 1975.

<sup>4</sup> حسناوي أسماء، مزيان محمد أمين، المرجع السابق، ص 422.

### اجتهادات قضائية<sup>1</sup>.

وفي ظل هذا التناقض الصريح بين قرارات المحكمة واتجاهات القضاء استدعى ذلك انعقاد الغرف مجتمعة بالمحكمة العليا للنظر فيه، تم على إثرها إصدار قرار يؤكد ضرورة احترام المادة 324 مكرر 1 وبالأخص التركيز على ركن الرسمية لصحة العقود، وتعدى ذلك في قراره إلى أنه يتعين إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد العرفي<sup>2</sup>.

### د- وجوب تضمن المحرر الرسمي للوعد بالبيع العقاري بيانات إلزامية.

يجدر بنا التنويه إلى أن المحرر الرسمي الذي يحرره الموثق في عقد الوعد بالبيع العقاري لا بد أن يكون وفق شكليات معينة يوجبها التشريع المعمول به، فهي تضيف على هذا المحرر الطابع الرسمي وتساهم في ترسيخ الثقة والاطمئنان إليهم، وعلى ضوء ما سبق فرض المشرع الجزائري بيانات إلزامية يلتزم بها الموثق عند تحرير عقد البيع العقاري، ونفسها تنطبق على الوعد والبيع العقاري لأنه مرحلة تمهد لعقد البيع النهائي وتتعلق هذه البيانات بالتصرف

<sup>1</sup> وهو ما أكدته المحكمة العليا عبر قرار لها جاء فيه بأنه: " من المقرر قانوناً أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع، وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي، وإلا كان باطلاً". قرار رقم 136156 مؤرخ في 18-02-1997، م ق 1997، عدد 01، ص 10.

وكذلك ذهبت المحكمة العليا في قرار آخر لها بأنه: " إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع. ومتى ثبت في قضية الحال انعدام وجود وعد رسمي لبيع فيلا ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض، كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني لا تتوفر فيه الشكلية القانونية، وأن استجابة القضاة لمطالبها وإصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي، يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون، وفهم اجتهادات المحكمة العليا مما يتوجب نقض قرارهم بدون إحالة"، قرار رقم 154760 مؤرخ في 17-04-1996، م ق عدد 01، 1996، ص 99.

قرارين مأخوذتين عن جمال بدري، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> حسناوي أسماء، مزيان محمد أمين، المرجع السابق، ص 422، 423.

حيث ينبغي ذكر موضوعه مع تعيين مكان هذا العقار وحدوده ومساحته ومميزاته<sup>1</sup>، وهذا ما نوهت له المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني<sup>2</sup>.

وقد أشارت المادة 29 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة توثيق السالف الذكر، إلى البيانات الأخرى الضرورية يجب أن يحتويها العقد الرسمي للبيع والوعد المتعلق به<sup>3</sup>، وتعتبر جملة البيانات التي لا بد أن يتضمنها المحرر الرسمي للوعد بالبيع العقاري تحت طائلة البطلان.

وزيادة على هذه المعلومات لا بد أن يكون هذا المحرر مكتوباً باللغة العربية، وإن كان أحد الأطراف يجهل اللغة العربية يستعين الموثق ب مترجم، وكذلك يجب على الموثق أن يتجنب الشطب أو إضافة كتابة في الهامش أو المحو أو الكتابة بين الأسطر، حتى لا يتعرض محرره لعدم القبول.

<sup>1</sup> بوزيد عدنان، الرسمية في الوعد بالبيع العقاري، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، مجلد 07، عدد 13، جوان 2019، ص 116.

<sup>2</sup> نصت المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني على أنه: "يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ والتحويلات المتتالية".

<sup>3</sup> ذكرت المادة 29 من القانون 06-02 المتضمن مهنة التوثيق أبرز البيانات والتي تمثلت في:

- اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه.
- اسم ولقب وصفه وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف (الواعد والموعود له) وجنسياتهم.
- اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء.
- تحديد موضوع العقد (الوعد بالبيع العقاري).
- المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه.
- وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل.
- التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به.
- توقيع الأطراف والموثق والمترجم عند الاقتضاء.

ونشير كذلك زيادة على ما سلف ذكره أنه لا بد من حضور شاهدين، فقد اعتبرت المادة 29 من القانون 06-02 السابق الذكر حضور شاهدين بيان إلزامي في المحررات الرسمية، على عكس ما ذهبت إليه المحكمة العليا التي عدت حضورهما غير إلزامي.

وحري بنا التنويه إلى أن المحرر الرسمي لا بد أن يحتوي على بعض البيانات الخاصة بموضوع العقد، منها تحديد نوع التصرف القانوني الذي يصبوا الطرفان لإبرامه ألا وهو الوعد البيع، ومن ذلك تحديد طبيعته وحالته وحدوده وأصل ملكية الوعد للعقار، وبقية البيانات الرئيسية من ذكر الثمن، ومدة الوعد تحت طائلة البطلان.

وبعد انتهاء التوثيق يتلو الموثق على مسامع أطراف العقد النصوص التشريعية الخاصة بالضرائب، ويقرأ محتوى المحرر الرسمي على الحاضرين، يحيطهم دراية بمضمونه، ويوقع عليه الموثق والأطراف والمترجم إن وجد، ويمكن أخذ بصماتهم إن كان أحدهم لا يمكنه التوقيع.

كل هذه البيانات التي سبق لنا ذكرها إنما اشترطها المشرع الجزائري ضمانا لجدية العقد والحد من تهرب أطراف الوعد من الالتزامات التي فرضها القانون، وسعيا منه للمحافظة على حق الموعود له، مما يلزم الواعد بالإبقاء على وعده طوال الفترة التي التزم بها<sup>1</sup>.

### 1- التسجيل كشرط شكلي للوعد بالبيع العقاري.

بعد أن يتم تحرير المحررات الذي يكون قبل مرحلة الشهر العقاري المتضمن الوعد بالبيع العقاري أوجب القانون تسجيله لدى مصلحة التسجيل وفقا لما جاء به القانون، وبالتالي نحدد المقصود بالتسجيل وأهميته.

#### أ. المقصود بالتسجيل.

يعرف التسجيل من طرف الفقه فالمشرع الجزائري لم يقدم له تعريفا وبالتالي التسجيل هو إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي، يملكه موظفو التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا فهو إجراء إداري تقوم به إدارة عمومية مختصة إقليميا تابعة لوزارة

<sup>1</sup> بوزيد عدنان، المرجع السابق، ص 116، 117، 118.



المالية عن طريق مفتش التسجيل<sup>1</sup>، وهو ما يتضح لنا من خلال نص المادة 180 من قانون التسجيل<sup>2</sup>.

وهذا الإجراء يكون ضروريا وإجباريا تحت طائلة البطلان، فعدم احترامها يؤدي للخضوع لعقوبات جبائية، وفي هذا الصدد فإن التشريع الجبائي فيما يخص الحقوق المتعلقة بالتسجيل لا يتم النظر إلى صحة التصرف المرجو تسجيله سواء كان صحيحا أم باطلا فهو لا يؤثر على عملية التسجيل<sup>3</sup>.

### II. أهمية التسجيل.

الهدف الأول الذي تصبو إليه الدولة من وراء التسجيل هو تحقيق المقابل المالي، ويتضح لنا ذلك من خلال الأمر 76-105 الذي يتم تعديله ويتم مرتين في السنة بموجب قانوني المالية الأول والتكميلي الذي له أهداف مالية بل تتعداها إلى مقاصد قانونية.

وزيادة على ما سبق ذكره فالتسجيل يعد مرحلة من مراحل نقل الملكية العقارية وهو إجراء ملزم، حيث تستخلص رسوم العقود قبل إتمام إجراء التسجيل<sup>4</sup>، استنادا إلى المادة 82 من قانون التسجيل، وقد أُلزم كذلك المشرع في نص المادة 393 من القانون المدني المشتري بدفع قيمة الرسوم التي تترتب عن إجراءات التسجيل.

وتدعيما لما سبق فقد نص كذلك المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون التوجيه العقاري السابق الذكر، على أنه: " تثبت الملكية العقارية الخاصة والحقوق العينية بعقد رسمي وتخضع لإجراءات الشهر العقاري، كما أن تسجيل العقارات له دور رئيسي في إثبات تاريخ العقود العرفية التي يلجا إليها بينهم دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي"، وهو ما تدعمه المادة 328 من القانون المدني بقولها أنه: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه

<sup>1</sup> حسناوي أسماء، مزيان محمد أمين، المرجع السابق، ص 424.

<sup>2</sup> قانون رقم 76-105 المتضمن قانون التسجيل، المؤرخ في 9 ديسمبر 1976، ج ر عدد 81، صادرة في 1977، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> جمال بدري، المرجع السابق، ص 74.

<sup>4</sup> حسناوي أسماء، مزيان محمد أمين، المرجع السابق، ص 425، 426.

إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله أو ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، أو التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء..."

### 2- شهر الوعد بالبيع لدى المحافظة العقارية.

نسعى لتوضيح المقصود بالشهر العقاري والأهمية التي يحوزها إضافة إلى إلقاء الضوء على مسألة الشهر في الوعد بالبيع العقاري ورأي المشرع الجزائري في ذلك.

#### I. المقصود بالشهر العقاري.

يعرفه البعض أنه مجموعة القواعد القانونية التي تهدف لإعلام الغير بكل تصرف منشئ ناقل ومنهي للحقوق العينية العقارية، وكذا التأمينات الممنوحة، لبعض الدائنين بموجب نص القانون أو اتفاق الأطراف<sup>1</sup>.

#### II. أهمية إجراء الشهر العقاري.

إن الغرض الأساسي من الشهر العقاري هو إخراج الحقوق العقارية إلى العلانية من حيث وجودها، وكذلك ما طرأ عليها من تغيرات من حيث المضمون، وكذلك من حيث صاحبها سواء نتجت عن تصرفات قانونية أو غيرها حتى يتمكن جميع من يهتم بالأمر من معرفة الوضع القانوني الحقيقي للعقار، فالشهر وسيلة تهدف إلى الإعلام بغية تحقيق الثقة في المعاملات، وبموجبها يصبح الحق محل الإشهار نافذا في مواجهة الغير، حتى يكون حجة له وعليه في الوقت ذاته.

وبالتالي فعملية الشهر العقاري تؤمن المعاملات العقارية، وتنقص من المنازعات التي تشور بشأنها، فتتطور عجلة الاقتصاد وتنتشر الطمأنينة في المعاملات، وهو ما يشجع المؤسسات المالية ومختلف البنوك على الاستثمار من خلال القروض العقارية.

<sup>1</sup> Alain Fournier, Encyclopédie juridique, répertoire droit civil, T:VIII, Recueil publicité foncière, division générale, D, France, 2009, p 05

إن الأساس من إيجاد نظام الشهر العقاري إنما هو إنشاء حالة مدنية حقيقية للممتلكات العقارية فتسجل وتقيّد جميع التصرفات التي ترد على العقار لدى المحافظة العقارية، ولا يدعى بوجود الحق العيني إلا من وقت إشهاره، وبذلك يصفى العقار من جميع الشوائب ويسند لصاحبه الحقيقي، فيتم منح دفتر عقاري لصاحبه بعد تأسيس سجل عقاري على مستوى إدارة الشهر العقاري، كما أن البطاقة العقارية تمثل النطاق الطبيعي له.

ولكن يثور الإشكال بشأن الوعد بالبيع الذي ينصب على عقار هل يتم إخضاعه للشهر العقاري أم لا ؟

اختلف الفقهاء بشأن هذا الموضوع، فظهر اتجاهان أحدهما يؤيد فكرة شهر عقد الوعد بالبيع المنصب على العقار، بينما موقف آخر يعارض هذه الفكرة، ثم نحاول التعرّيج على موقف المشرع الجزائري من ذلك.

فيرى الاتجاه الأول أنه يجب شهر عقد الوعد ببيع العقار بالمحافظة العقارية بالرغم أنه يرتب حقا شخصيا حتى يمكن الإبقاء على حق الموعود له قائما، وتمكينه من المحافظة عليه عينا في حالة أبدى الموعود له رغبته في الشراء خلال المدة المحددة<sup>1</sup>، فالمشرع الجزائري أخضع بعض الحقوق الشخصية لنظام الشهر العقاري بنص صريح، ومن ضمنها عقود الإيجار التي تزيد مدتها عن 12 سنة وهو ما جاء به الأمر 75-74 السالف الذكر، من خلال المادة 17 منه<sup>2</sup>.

فمن الضروري شهر عقد الوعد بالبيع متى كان موضعه عقار حتى يتمكن الموعود له أن يحتج بوعده اتجاه الغير، وكذلك في المقابل يبقى الواعد ملتزما بوعده خلال المدة المحددة.

<sup>1</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> نصت المادة 17 من الأمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري بأن: " الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها".

أما الاتجاه الثاني يرى بعدم جدوى شهر عقد الوعد بالبيع العقاري، فهو لا يشهر بإدارة الشهر العقاري، لأن الالتزام الذي يرتبه على عاتق الواعد هو التزام بعمل يتجسد في إبرام عقد البيع النهائي متى اظهر الموعود له رغبته في الشراء خلال المدة التي تم الاتفاق عليها، فحق الموعود له خلال هذه الفترة هو حق شخصي ولذلك لا يشهر عقد الوعد بالبيع العقاري، فالمحافظة العقارية لا تشهر سوى الحقوق العينية الأصلية والتبعية<sup>1</sup>، طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني التي جاء فيها: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من مسألة شهر الوعد بالتعاقد العقاري، نطلع عليه باستقراء مواد القانون المدني فنجد أنه يخلو من نص قانوني يفرض إخضاع عقد الوعد بالبيع الذي ينصب على عقار لإجراء الشهر العقاري، ولكن قانون المالية لسنة 2004 قد نص في المادة 353 في فقرتها الثانية من قانون التسجيل على أنه يطبق الرسم المنصوص عليه في المادة 353 - 1 أعلاه كالاتي:

- 1% تحسب على قيمة العقار أو العقارات المصرح بها في الوثيقة التي تشهر بالنسبة للعقود، حتى ولو كانت مثقلة بشرط موقف، والأحكام القضائية المتضمنة أو المعاينة بين الأحياء نقل أو تأسيس الحقوق العينية العقارية مشاعة أو غير مشاعة من غير الامتيازات أو الرهون العقارية، وكذا عقود الوعد بالبيع التي يجب أن يذكر فيها تحت طائلة الرفض سعر البيع المتفق عليه، والأجل المحدد من قبل الأطراف لإتمام هذا البيع.

يتضح من نص هذه المادة أنه نتيجة للطلبات المتزايدة من قبل الموثقين الذين تعودوا على شهر عقود الوعد ببيع العقار، زيادة على التناقض والتضارب في المحافظات العقارية بين الحاصلين على رسم ثابت، وبين من يحصل على رسم نسبي، وفي غياب وجود نص صريح يحدد الرسم الذي يخضع له العقد تمت صياغة المادة سابقة الذكر.

<sup>1</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 110.

ناهيك على أن القضاء أصبح متوسعا في تكييف طبيعة عقد الوعد بالبيع العقاري، فتكثر نتيجة لذلك القضايا على مستوى المحاكم المرفوضة شكلا والتي تطالب بالحماية القانونية لعقود الوعد بالبيع العقاري التي لم يتم إشهارها، وقد اقتنع القضاء بذلك نظرا لقيام الموثقين على مستوى واسع بشهر عقد الوعد بالبيع بالمحافظة العقارية<sup>1</sup>.

كما أن المادة سالفة الذكر لم يرد بها تنصيص على إلزامية شهر عقد الوعد ببيع عقار، فهي تخص الجهة المحصلة ألا وهي مصلحة الضرائب، وفرض نسبة 1% من الثمن الذي تم التصريح به في العقد إذا كان الوعد ببيع عقار ينصب موضوعه على حق عيني ينقل الملكية إلا أنه في الحقيقة يرتب حقوقا شخصية<sup>2</sup>.

يحاول المشرع الجزائري من خلال إجراء الشهر العقاري ضمان الحماية القانونية اللازمة لتلك الحقوق التي تنشأ عن عقد الوعد بالبيع العقاري، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ليس بالإمكان الاحتجاج على الموعد له بالتصرفات التي تصدر من الواعد بخصوص العقار الموعد به، طالما أن الشهر قد تم بعد هذه التصرفات خلال المدة المعينة في عقد الوعد. وبذلك يكون الموعد له في أمان تام خلال هذه الفترة من كافة التصرفات الضارة التي تقع من طرف الواعد، والتي محلها العقار الموعد به، فيمكننا القول بأن الشهر يعد قيدا حقيقيا على الملكية العقارية محل الوعد بالتعاقد<sup>3</sup>.

ما يمكننا استخلاصه هو أنه لا بد أن نفرق بين الشكالية للانعقاد والشكالية للإشهار، فالقانون يتطلب الشكل عبر تحرير العقد أمام الموثق، الذي يعد ركنا من أركان العقد يترتب على تخلفه بطلان العقد بطلان مطلقا، في حين أن الشهر بالمحافظة العقارية ليس ركنا للعقد

<sup>1</sup> كذلك نصت المادة 353 فقرها الثالثة والأخيرة على أنه: " يخضع العقد المتضمن تكملة أو تفسيراً أو تصحيح الأخطاء المادية أو قبولا أو تخليا بلا قيد أو شرط أو تأكيدا أو موافقة أو تصديقا أو تصحيح أو إلغاء لشروط موقفة أو تحقيق وعده بالبيع إن لم يكن يحتوي على إجراء يخضع لرسم نسبي لرسم ثابت قدره 1000 دج ".

<sup>2</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 111.

<sup>3</sup> جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2008، 2009، ص 66.

وتخلفه لا يبطل هذا الأخير فعقد الوعد بالبيع الذي لم يتم إشهاره هو عقد صحيح، إلا أنه غير نافذ تجاه الغير<sup>1</sup>.

وهو ما يؤكد قرار المحكمة العليا<sup>2</sup>.

### هـ- انقضاء عقد الوعد بالبيع العقاري.

نميز فيما يتعلق بانقضاء عقد الوعد بالبيع العقاري بين الطرق الخاصة لانقضائه، وكذلك ينقضي بالأسباب العامة لانقضاء الالتزامات.

#### 1- الطرق الخاصة لانقضاء الوعد بالبيع العقاري.

أما فيما يتعلق بالطرق الخاصة نتطرق من خلالها لما يأتي:

##### أ. انقضاء المدة:

ينقضي الوعد بالبيع العقاري عند انتهاء مدته دون إبداء الموعود له رغبته في إبرام عقد البيع النهائي، وبذلك يتحلل الواعد من وعده<sup>3</sup>، وهو ما أيدته المحكمة العليا<sup>4</sup>، وهذا في حالة كون المدة محددة بصفة صريحة في عقد الوعد بالتعاقد، أما في حالة تحديدها بصفة ضمنية عبر استخلاصها من ظروف الحال، فعدم ظهور ما يدل على قبول الموعود له بإبرام العقد النهائي يسقط عقد الوعد تبعا لذلك، ومثال ذلك كأن تكون مدة الوعد هي مدة الإيجار، وعند انقضاء عقد الإيجار يقوم المستأجر بإخلاء العقار الموعود له ويستأجر عقار آخر.

<sup>1</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> ورد في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث إن الشهر يكون في العقود الناقلة للملكية وأن الوعد بالبيع ليس ناقلا للملكية وبالتالي لا يشترط فيه الشهر، وأن المادة 10 من قانون المالية لسنة 2004 اعتبرت من العقود التي تخضع لرسم الشهر ولم تعتبر الشهر لصحته وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وبذلك عرضوا قرارهم للنقض والبطالان".

قرار رقم 0987553 صادر عن الغرفة المدنية، مؤرخ في 16-06-2016 [/https://www.coursupreme.dz](https://www.coursupreme.dz)

<sup>3</sup> جمال بدري، المرجع السابق، ص 140.

<sup>4</sup> جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "إن المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت المشتري الطاعن مهلة يعلن خلالها عن رغبته في الشراء، وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع، لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء مما جعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر، وهو تصرف سليم من الناحية القانونية".

قرار رقم 223852 مؤرخ في 24-05-2000، م ق عدد 01، 2001، ص 138.

وبوسع الواعد في حالة عدم تحديد المدة بصفة صريحة في عقد الوعد بالبيع بأن يقوم بإعذار الموعود له، أن يبدي رغبته في إبرام العقد النهائي خلال مدة يتولى الواعد تحديدها وعلى الموعود له أن يعترض أمام القضاء على هذا التحديد، وكذلك بوسعه أن يلجأ بصفة مباشرة إلى القضاء بغية تحديد هذه المدة، في حالة عدم وجود اتفاق آخر بشأن ذلك بين الطرفين، ومن خلال تحديد المدة وانقضائها دون إبداء الموعود له رغبته في الشراء، ينقضي عقد الوعد بالبيع، ويتحلل الواعد من وعده، وهو ذات الأمر في حالة إعلان الموعود له عن عدم رغبته في الشراء قبل انقضاء تلك المدة.

### II. إبداء الموعود له رغبته في الشراء أو رفضه لذلك.

يملك الموعود له واسع الحرية في إبدائه رغبته في إبرام العقد النهائي، أو رفضه لذلك في أي حين شاء، شريطة أن يقع ذلك ضمن المدة المحددة في عقد الوعد بالبيع، وفي حالة إبداء رغبته في شراء للعقار الموعود به خلال مدة الوعد، ينتقل بذلك الطرفان إلى مرحلة إبرام العقد النهائي، وينقضي عقد الوعد بالبيع العقاري في حالة رفضه إتمام البيع خلال المدة المحددة فينقضي الوعد ويتحرر منه الواعد، وقد يقع إبداء الرغبة بصفة صريحة أو ضمنية من طرف الموعود له، وقد يكون في شكل معين إذا اتفق الطرفان على ذلك.

### 2- انقضاء الوعد بالأسباب العامة لانقضاء الالتزامات.

نذكر فيما يأتي الأسباب العامة التي ينقضي بها الوعد والتي تتمثل في:

#### 1. إبطال عقد الوعد.

ينعقد الوعد بالبيع العقاري بتوافر كل أركانه والمسائل الجوهرية فيه، وأي اختلال في تلك الأركان والشروط يؤدي إلى إبطال العقد، ومن ذلك عدم تطابق إيجاب الواعد مع قبول الموعود له في عقد الوعد تطابقا تاما، يفضي إلى تخلف ركن الرضا، فيكون العقد باطلا، وينطبق ذات الأمر في حالة تخلف ركن المحل أو السبب، أو في حالة عدم الاتفاق على المدة صراحة أو ضمنا في عقد الوعد، وزيادة على ذلك باعتبار عقد الوعد بالبيع العقاري شكليا، فهو يحتاج إلى

إفراغه في طابع رسمي أمام الموثق، وتخلف هذا الركن يبطل عقد الوعد<sup>1</sup>، وهو ما أيده المحكمة العليا في قراراتها<sup>2</sup>.

كذلك الأمر إذا تخلف أحد الشروط الضرورية ومنها شروط السبب أو المحل مما يؤدي إلى عدم قيام ذلك الركن أصلاً، فيبطل العقد تلقائياً، وكذلك في حالة قابلية عقد الوعد بالبيع العقاري للإبطال ومثاله: إذا كان رضا أحد المتعاقدين مشوب بعيب من عيوب الإرادة أو طراً عليه نقص الأهلية مثلاً، فإن العقد يبقى قائماً إلى حين تمسك من قرر الحق لمصلحته باستعماله في حال توافرت لذلك الشروط القانونية، وفي حالة رفع دعوى قضائية لإبطال العقد استناداً لتلك الأسباب، وحكم بذلك فالحكم في الوعد العقاري يكون نفس حكم العقد الباطل بطلان مطلقاً، فيعود على إثره المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

### II. هلاك المحل الموعود به.

قد يتعرض الموعود به إلى الهلاك بصفة كلية، ومثاله أن يتعرض العقار للتهدم من جراء حريق أو زلزال، وقد يرجع سبب هلاكه إلى فعل من الواعد، وفي كل من الحالتين فالهلاك الكلي للعقار ينقضي به عقد الوعد بالبيع العقاري نظراً لغياب محل العقد، وفي حالة كون الهلاك مرده لقوة قاهرة لا يد للواعد فيها، هنا ينقضي الوعد وليس للموعود له المطالبة بالتعويض، مما يتحقق معه انفساخ عقد الوعد بالبيع العقاري، أما إذا كان سبب الهلاك يرجع

<sup>1</sup> جمال بدري، المرجع السابق، ص 141، 142، 143، 144.

<sup>2</sup> جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقرها القانون ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الوعد بالبيع قد تم بعقد عرفي بتاريخ 3 جانفي 1974 بعد صدور قانون التوثيق معلقاً على شرط حصول البائعة على رخصة من الجهات الإدارية للتجزئة وقد رفضت السلطات المختصة منح هذه الرخصة برسالة من الوالي إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بضم الدعاوى الثلاثة والإشهاد بحياسة الشيء المبيع وأداء ثمنه، والقول أن الوعد بالبيع المبرم في 3 جانفي 1974 صحيح، وأن الحكم يعتبر عقد رسمي قد خالفوا القانون.

قرار رقم 33528 مؤرخ في 03-04-1985، م ق 1989 عدد 04، 48.



إلى فعل الواعد، كتسببه في إحراق العقار هنا يجوز للموعد له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ الواعد التزامه<sup>1</sup>، وهو ما أشارت له المادة 176 من القانون المدني<sup>2</sup>. ويجدر بنا التنويه إلى أنه في حالة انقضاء الوعد بالتعاقد لأي سبب من الأسباب، لا بد من التوجه إلى المحافظة العقارية التي تم إشهاره فيها، لإلغاء هذا الشهر بواسطة التأشير، مما يحرر الواعد من القيود التي كانت مفروضة عليه بفعل التزامه<sup>3</sup>.

### ثانياً: الوعد بالهبة.

يحتل موضوع العقد المنصب على الهبة مكانة خاصة لكونه مصدرا من المصادر الإرادية للالتزام، إذ يعد تصرفا من التصرفات التبرعية التي تضي على الإقدام على التصرف في المال المملوك لشخص من غير مقابل، وهو بحاجة إلى ضوابط قانونية خاصة به، بالرغم من كون الواهب يسعى إلى عمل الخير عند إبرامه لعقد الهبة، ولكن بالرغم من ذلك تتجر عنه خطورة لكون الواهب يتصرف في أموال الغير، ومن ثم قد يحرم الورثة من إرثهم<sup>4</sup> قبل التطرق للوعد بالهبة فهو موجود في الواقع العملي، بحيث قد يكون المال مستقبليا أو غير مملوك للواهب في اللحظة التي ينوي أن يهبه فيها، فلا يمكنه أن يلجأ لعقد الهبة، وعليه يمكن لعقد الوعد بالهبة في هذه الحالة أن يفي بالغرض تمهيدا لعقد الهبة النهائي.

وللإلمام بتفاصيله لا بد من تعريفه وتسليط الضوء على أبرز تطبيقاته ألا وهو الوعد بهبة عقار، لكون المشرع الجزائري لم يعالج هذا الوعد بنصوص صريحة ضمن مواد القانون المدني، بل تركه لأحكام القواعد العامة، كما أنه لم ينل اهتماما من طرف الباحثين بالرغم من

<sup>1</sup> جمال بدري، المرجع السابق، ص 145، 146.

<sup>2</sup> أشارت المادة 176 من القانون المدني إلى أنه في حالة استحالة تنفيذ الالتزام من قبل المدين عينا يحكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذه لالتزامه ما لم يثبت أن هذه الاستحالة نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

<sup>3</sup> جمال بدري، المرجع السابق، ص 147.

<sup>4</sup> نصار، إيناس مكي عبد، الوعد بهبة العقار، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، مجلد 2020، عدد 47، 30 يوليو، 2020، ص 207، 208.

كونه ينطوي على نتائج مهمة في المجتمع كان لابد من إحاطتها بنصوص خاصة، تنظم طريقة انعقاده وكذلك تنفيذه والآثار المترتبة عنه.

### أ- تعريف الوعد بهبة عقار.

قد يظهر للمتعاقدین في بعض الظروف عدم إبرام عقد نهائي، والمرور بمرحلة تمهيدية تسبق اللجوء للعقد النهائي، فيقتصر التزامهما على الوعد بإبرام عقد الهبة إذا رغب المتعاقد الآخر في ذلك خلال مدة معينة.

ويمكننا تعريف الهبة من الناحية اللغوية أنها العطية الخالية من الأعواد والأغراض فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا وهو يفيد المبالغة والوهاب من صفات الله تعالى<sup>1</sup>، ومن ذلك قوله تعالى عز وجل في كتابه المنزل: بسم الله الرحمان الرحيم " لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور " صدق الله العظيم<sup>2</sup>.

أما اصطلاحا هي التبرع والتفضل على الغير دون مقابل، والعطاء بغرض الإحسان، كما أنها عقد من عقود التبرعات تتم بين الواهب والموهوب له يتنازل بموجبها عن كل أو بعض ممتلكاته أو ماله<sup>3</sup>.

وقد عرفها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 202 من قانون الأسرة<sup>4</sup> بما يلي: " الهبة تمليك بلا عوض..."

وكذلك ورد في المادة 206 من ذات القانون أنه: " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ".

<sup>1</sup> مروان العطية، معجم المعاني الجامع، مأخوذ من الموقع: <https://www.almaany.com>

<sup>2</sup> الآية 49 من سورة الشورى.

<sup>3</sup> علي عمارة، كاملي مراد، الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلد 12، عدد 02، أكتوبر 2020، ص 781.

<sup>4</sup> قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

أما بقية التشريعات المقارنة ولاسيما العربية منها، أدرجت عقد الهبة ضمن قانونها المدني، حيث عرفها القانون المدني المصري في المادة 486 منه بأنها: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض على أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين"<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لتعريف العقار فنجد أنه تم تعريفه في الفقه بأنه: الشيء الثابت الذي لا يمكن نقله من مكانه دون تلف وهو يشمل الأرض والنباتات ما دامت تمتد جذورها في الأرض وجميع أجزاء البناء التي لا يتم إلا بها، كالأبواب والنوافذ والمصاعد وغيرها<sup>2</sup>.

بالعودة للقانون الجزائري وباستقراء مواد القانون المدني، نجد أن المادة 683 من القانون المدني عرفت العقار بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف".

وبالرجوع للقوانين الجزائرية سواء القانون المدني أو قانون الأسرة، نجده يخلو من النص على عقد الوعد بالهبة تاركاً ذلك للفقه والاجتهادات القضائية، التي طبقت عليها قواعد الوعد بالبيع.

كذلك بالرجوع إلى المادة 206 من قانون الأسرة السالف الذكر، نجد أنها تنص على وجوب تحرير عقد الهبة في الشكل الرسمي والشهر، وهو ذات الأمر الذي جاء في قرار المحكمة العليا التي طبقت نص المادة 206.

حيث جاء فيه أنه لا تتعد الهبة إلا إذا تم تحرير العقد في شكل الرسمي، ولا يجوز للقاضي أن يطبق ما هو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية المتعلقة بشروط انعقاد الهبة، ويترك النص التشريعي بحيث أن قضاة الموضوع عندما اعتبروا أن تحرير عقد الهبة بمعرفة الموثق وشهره يعدان الشرطين الأساسيين لصحة الهبة شرعاً، وبذلك يكون قضاة الموضوع قد

<sup>1</sup> قانون رقم 131 لسنة 1948 يتضمن القانون المدني المصري، صادر بقصر القبة في 09 رمضان 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر أ، صادرة في 29 يوليو 1948.

<sup>2</sup> نصار، إيناس مكي عبد، المرجع السابق، ص 209.

خالفوا الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعيبه الطاعنون على القرار المطعون فيه في غير محله، ذلك أن القاضي لا يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية إلا إذا لم يوجد نص تشريعي، وبالرجوع لنص المادة 206 فهي توجب تحرير عقد الهبة في الشكل الرسمي والشهر، وبالتالي لا تتعد الهبة إلا إذا تم تحرير العقد في الشكل الرسمي، ومن ثم لا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يطبق ما هو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية المتعلقة بشروط انعقاد الهبة وي طرح النص التشريعي، مما يتعين معه التصريح برفض هذا الوجه<sup>1</sup>.

### ب- شروط الوعد بهبة العقار.

حتى ينعقد عقد الوعد بالهبة صحيحا لابد من توفر شروطه الجوهرية والأساسية التي نص عليها القانون، سواء كان وعدا بالإيجاب أو بالإيجاب ويقصد بالأول بأنه وعد شخص غيره بالهبة له، أما الإيجاب فهو أن يكون الشخص موعودا بالحصول على المال الموهوب، وحتى ينعقد الوعد بهبة العقار لابد أن تعين المسائل الجوهرية لعقد الهبة الذي يراد إبرامه، وكذلك تعين المدة فيه، فهو يعد عقدا كاملا وليس مجرد إيجاب، ولكنه يعتبر عقدا تمهيديا وليس عقدا نهائيا، ولذلك لابد أن يتم بيان المال الموعود بهبته بيانا كافيا، ويشترط كذلك أن يكون موجودا وقت الوعد ولكن وقت ظهور رغبة الموعود له في إبرام الهبة، ولكن لا يشترط كذلك أن يكون المال مملوكا وقت الوعد للواعد في الوعد بالإيجاب، أو الموعود له في الوعد بالإيجاب.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أنه لابد من وجود التراضي الذي يعد ركنا أساسيا في العقد وفي الوعد من تطابق إيجاب وقبول، ولابد أن يكون الموهوب به مملوكا للملتزم وقت ظهور الرغبة، كشرط حتى تنفذ الهبة في حق المالك.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا رقم 1002784 الصادر بتاريخ 21-09-2016، مأخوذ من الموقع:

[www.notairealgerien.com](http://www.notairealgerien.com)

إضافة إلى ما سبق ذكره لابد أن يتضمن الوعد المراد إبرامه إذا كان مقترنا بعوض أو التزامات، ذكر هذه الالتزامات وقيمة العوض ونوعه، ومن الضروري أيضا أن يتم تعيين المدة التي يجب خلالها إبرام العقد، سواء كان ذلك بصفة صريحة أو دلالة، وإذا كانت المدة قابلة للتحديد ومعقولة يمكن الاعتداد بها، وإذا وقع خلاف بين الطرفين لتحديد المدة يتكفل بذلك القاضي<sup>1</sup>.

ويشترط في العقار الموهوب أن يكون موجودا، والعبرة من الوجود وقت تحرير العقد، كأن يعد شخص بأن يهب منزله لآخر ثم يتضح أن منزله قد تهدم قبل ذلك، زيادة على أن العقار لابد أن يكون معينا وقابلا للتعامل فيه، فلا يكون تابعا للأملاك الوطنية العمومية كالمتاحف والمباني العمومية، كما لا يجوز أن ينصب الوعد بالهبة على الأموال الوقفية<sup>2</sup>. كما وجب أن يكون العقار الذي وقع عليه الوعد بالهبة مملوكا للواهب، وهو ما جاء في نص المادة 205 من قانون الأسرة السالف الذكر، التي نصت على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا"<sup>3</sup>.

أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية لعقد الوعد بهبة العقار فلا بد أن يفرغ في قالب رسمي وإلا يبطل الوعد، لكون عقد الهبة من العقود الشكلية وهو ما جاء في القانون المدني من خلال الفقرة الثانية من المادة 71 السالفة الذكر.

<sup>1</sup> نصار، إيناس مكي عبد، المرجع السابق، 210.

<sup>2</sup> حيث جاء في قرار المحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرهما وليس للمحبس إلا حق الانتفاع".

قرار رقم 157310 بتاريخ 16-7-1997، مجلة قضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص 34.

<sup>3</sup> رحايمية عماد الدين، الشكلية في عقد هبة العقار، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البلدية، سبتمبر 2010، ص 27.

كذلك أشارت إليه المادة 324 مكرر 1 وما يليها من القانون المدني السالفة الذكر، إضافة إلى المادة 61 و 62 و 63 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 25-03-1976 المعدل والمتمم<sup>1</sup>.

كذلك يشترط التسجيل في عقد الوعد بهبة العقار الذي عرفه الفقه فالمشرع الجزائري لم يقدم له تعريفاً، وعليه فالتسجيل هو " إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي، يملكه موظفو التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسماً جبائياً، فهو إجراء إداري تقوم به إدارة عمومية مختصة إقليمياً تابعة لوزارة المالية عن طريق مفتش التسجيل "<sup>2</sup>، إذ يسجل الموثق عقد الوعد بهبة العقار لحساب الخزينة العمومية عبر تسديد رسوم التسجيل، ويقوم بإثبات انجاز هذه العملية في عقده ولو كان ذلك من دون مقابل أي مجاني<sup>3</sup>.

أما فيما يتعلق بشهر الوعد بهبة العقار فقد ذهبت المحكمة العليا في اجتهادها حول عقد الوعد بالهبة بأن " العقد محل دعوى الإبطال استوفى أوضاعه الشكلية، بحيث أنه محرر أمام موثق ولا يستوجب شهره باعتباره يرتب التزام شخصي "<sup>4</sup>.

وبذلك فإن المشرع الجزائري لا يشترط الشهر فيما يتعلق بعقد الوعد بهبة العقار، ويعتبره صحيحاً وتاماً بمجرد استيفائه للرسمية عبر تحريره أمام الموثق، فالشهر بالمحافظة العقارية ليس ركناً للعقد وتخلفه لا يبطل هذا الأخير، فعقد الوعد بالهبة على غرار عقد الوعد بالبيع الذي لم يتم إشهاره هو عقد صحيح، إلا أنه غير نافذ تجاه الغير<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> المرسوم 63-76 مؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر للجمهورية، صادرة في 13 ربيع الثاني 1396، معدل ومتمم.

نصت المادة 61 منه على أنه: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

<sup>2</sup> حسناوي أسماء، مزيان محمد أمين، المرجع السابق، ص 424.

<sup>3</sup> عبد الرحمان خلادي، إشكالات توثيق عقد هبة العقار في التشريع الجزائري - دراسة عملية نقدية -، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، عدد 04 جوان 2016، ص 282.

<sup>4</sup> قرار رقم 68467 مؤرخ في 21-10-1990، م ق 1992، عدد 01، ص 84.

<sup>5</sup> لخضاري محمد، المرجع السابق، ص 210.

وبالتالي يخضع عقد الوعد بهبة العقار لذات الأحكام التي يخضع لها عقد الهبة باستثناء الشهر الذي لا يستوجبه باعتباره يرتب التزاما شخصيا، وهنا لا يفوتنا أن ننوه لضرورة تخصيص نصوص خاصة ضمن القانون المدني تعنى بعقد الوعد بالهبة بدلا من إخضاعه للقواعد العامة.

### المبحث الثاني:

#### أبرز تطبيقات العقود التمهيدية

تتباين وتتعدد العقود الأولية الممهدة للعقد النهائي، التي تكون لاحقة للتفاوض وتسبق إبرام العقد النهائي، فنجد عدة نماذج في الواقع العملي قد تحد من حرية الطرفين في التعاقد التي هي الأصل، ليجد نفسه مقيدا للتعاقد مع أطراف محددة قد يكون هو المسؤول عن اختيارهم والحد من حريته، وللتفصيل في ذلك نتناول في المطلب الأول الوعد بالتفضيل، بينما نخصص المطلب الثاني لدراسة كل من التعاقد بالعربون والعقد الابتدائي.

#### المطلب الأول: الوعد بالتفضيل.

لم ينظم المشرع الجزائري عقد الوعد بالتفضيل ضمن قوانينه، وعليه ساهم تنظيم التشريعات المعاصرة للوعد بالتفضيل في بعث جدل قانوني جديد حول طبيعة الأحكام التي تنظم هذا الأخير، وحول فعاليتها كذلك، ومن أبرزها التشريع الفرنسي الذي نظم عقد الوعد بالتفضيل وعقد الوعد الملزم لجانب واحد باعتبارهما نظامين مختلفين، ولذلك نسعى لتسليط الضوء على الوعد بالتفضيل من خلال تعريفه و إبراز طبيعته القانونية والآثار المترتبة عنه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> شهيد محمد سليم، لغواطي عباس، الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قانون العقود الفرنسي الجديد، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، مجلد 07، عدد 02، سنة 2021، ص 404.

## الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للوعد بالتفضيل.

الوعد بالتفضيل وليد الممارسة التعاقدية انتقل إلى البعض من التشريعات الحديثة، وقد تغاضى المشرع الجزائري عن تنظيمه مكتفيا بالوعد بالتعاقد<sup>1</sup>، وعليه فهو يعتبر عقدا مسمى في القانون الفرنسي بينما هو عقد غير مسمى في القانون الجزائري ولا يفوتنا أن ننوه بأن الوعد بالتفضيل يعد قييدا على الحرية التعاقدية، لأنه وفقا للقواعد العامة لكل شخص حرية التعاقد من عدمه، والحرية في اختيار المتعاقد معه ولكن في الوعد بالتفضيل فالواعد يقيد نفسه وبمحض إرادته<sup>2</sup>، وهو ما أيدته به محكمة النقض الفرنسية<sup>3</sup>، ولذلك نسعى لتعريفه وإبراز أحكامه لإزالة الغموض واللبس الذي يكتنفه.

### أولا: المقصود بالوعد بالتفضيل.

يعرف الوعد بالتفضيل بأنه: " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص إذا ما قرر التعاقد في المستقبل على شيء أو عمل أن يفضل شخصا معينا على غيره من سائر الراغبين في التعاقد معهم، فهو اتفاق كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، إلا أنه يمهد للعقد المحتمل إبرامه "<sup>4</sup>.

ويعرف كذلك الوعد بالتفضيل بأنه: " اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعود له على غيره إذا قرر التصرف في العين بالبيع ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد "<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> شوقي بناسي، ضرورة تنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، مجلد 13، عدد 02، سنة 2022، ص 84.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsayhly, op.cit, p 318, 319.

<sup>3</sup> قضت محكمة النقض الفرنسية بأن أثر العقد لا يكون إلا في تقييد صاحب العقد في اختياره للمشتري إذا قرر بيع البئر. Cass.3 ch.civ, 16 mars 1994, n 91-19.797.bull.civ.3 n58, pris de Mahmoud Elsayhly, op.cit, p 319.

<sup>4</sup> إبراهيمي فايزة، المرجع السابق، ص 94.

<sup>5</sup> شهيد محمد سليم، لغواطي عباس، المرجع السابق، ص 405.



وفي تعريف آخر هو: " اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعد له على غيره في حالة تصرفه في المبيع ويكون الثمن في هذه الحالة الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد، والأصل أن يكون شخص الموعد له في الوعد بالتفضيل محل اعتبار في التعاقد"<sup>1</sup>.

هذين التعريفين يأخذان بالمعنى الضيق لعقد الوعد بالتفضيل حيث تحصر الوعد بالتفضيل على عقد البيع دون باقي العقود، في حين أننا نجد من الناحية العملية قد يقع في عقود أخرى ومنها عقد القرض أو الإيجار وغيرها.

وتم تعريفه من طرف جانب فقهي آخر بأنه: " اتفاق يعد بموجبه الشخص شخصا آخر بأن يفضل في التعاقد إذا ما قرر فعلا إبرام العقد وقبل بنفس الشروط التي ارتضى بها الغير ".

وهذا التعريف يأخذ بالمعنى الواسع للوعد بالتفضيل إذ لم يحصره في عقد البيع فحسب بل وسعه ليشمل عقوداً أخرى<sup>2</sup>.

وفي غياب تنظيم المشرع الجزائري في القانون المدني للوعد بالتفضيل ارتئينا التطرق له من خلال القانون الفرنسي مع التركيز على الأحكام المستحدثة بموجب تعديل قانون العقود لسنة 2016.

لم يكن لميثاق الأفضلية أو التفضيل دائما نفس المعنى في القانون الفرنسي لكونه خضع لتكييف الدور الذي يلعبه في الممارسة العملية في الوقت نفسه، فكانت طبيعة هذا المفهوم عرضه للتطور فقد ولد مفهوم ميثاق التفضيل في الواقع العملي، وتطور مع مرور الوقت من مفهوم يرتبط ارتباطا وثيقا بالمبيعات والعقارات فقط، إلى مفهوم أوسع يمكنه أن يسبق أي عقد، ومن مفهوم غير مقنن إلى مفهوم تم تقنينه في القانون المدني الفرنسي، ولذلك لابد من التعرّيج على مفهوم ميثاق الأفضلية في القانون الفرنسي قبل الإصلاح.

<sup>1</sup> عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1971، ص 187.

<sup>2</sup> شهيد محمد سليم، لغواطي عباس، المرجع السابق، ص 405.

لم يعترف القانون المدني الفرنسي لعام 1804 رسمياً بميثاق الأفضلية، ولهذا السبب كان دائماً عملاً قانونياً معقداً ودقيقاً، فأخذت العقيدة والفقه مهمة تحديد هذا الميثاق. ويعرف في القانون الفرنسي بشكل عام ميثاق التفضيل على أنه: " اتفاق يتعهد بموجبه المتعهد في حالة ما إذا قرر إبرامه أن يعرض أولوية للمستفيد من اتفاقية التعامل معهم"<sup>1</sup>.

ويرى بعض الفقه الفرنسي الآخر بأنه: " اتفاق يتعهد بموجبه شخص ما تجاه شخص آخر بعدم إبرام عقد محدد مع أطراف ثالثة قبل أن يقترح عليه إبرام العقد "<sup>2</sup>. وقد عرف البروفيسور غيستين ميثاق التفضيل على أنه: " الاتفاق الذي بموجبه يتعهد الطرف بتقديم المستفيد كأولوية للتعامل معه في حالة عدم التعاقد معه"<sup>3</sup>.

وبالنسبة للفقه المصري نجد أن الفقهاء المصريين يفضلون استخدام مصطلح الوعد بالتفضيل، بدلاً من مصطلح ميثاق الأفضلية الذي يعد سائداً في الفقه الفرنسي، فهو حسب رأيهم نوع من الوعد بالعقود، فالفقه المصري الكلاسيكي يعتد بالمفهوم الضيق لاتفاق الأفضلية فحدده على أنه العقد الذي يتعهد بموجبه الطرف أن يقدم لطرف آخر سلعة ذات أولوية إذا قرر بيعها، وهنا نجد أن الفقه المصري قد تأثر بالفقه الفرنسي من حيث تعريفهم لميثاق الأفضلية<sup>4</sup>.

وبالعودة لتعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 نجد أنه عرف الوعد بالتفضيل من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 1123 من هذا القانون حيث جاء فيها: " الوعد بالتفضيل هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد الأطراف أن يعطي الأفضلية للمستفيد من الوعد في أن يتعامل معه في حال قرر الواعد التعاقد"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Gérard Cornu, op.cit, p 730.

<sup>2</sup> Cité par: Mahmoud Elsahly, op.cit, p 311.

<sup>3</sup> Le professeur Ghestin a défini le pacte de préférence comme: " la convention par laquelle une partie s'engage a proposer prioritairement a son bénéficiaire de traiter avec lui au cas ou elle déciderait de contacter " , cité par: Mahmoud Elsahly, op.cit, p 311

<sup>4</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p 312.

<sup>5</sup> Art 1123 du C.C.F: " Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter..."

من خلال هذا النص القانوني يتضح لنا أن الوعد بالتفضيل غير ملزم للواعد بالتفاوض، وإنما يوجه الدعوة إلى الموعد له بالأفضلية على غيره في حالة عزمه على التفاوض لإبرام أحد العقود.

وهو ذات الأمر الذي اعتمده الاجتهاد القضائي الذي ساد قبل تعديل قانون العقود، إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه بالنظر إلى طبيعة الوعد بالتفضيل يعتبر الأطراف غير ملزمين بالاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد المرجو إبرامه في المستقبل كالثمن والمدة مثلاً، فهو يولد فقط حق أفضلية للتفاوض حوله مما يجعله مختلفاً عن الوعد بالتعاقد الذي يلتزم فيه الواعد بإبرام العقد النهائي مع الموعد له في حالة إبداء رغبته، في حين لا يكون ذلك في الوعد بالتفضيل، باعتبار الوعد بالبيع على هذا الأساس هو وعد بات في حين أن الوعد بالتفضيل يعد وعداً معلقاً على شرط واقف، أي أنه ذو طبيعة خاصة، ويعتبر مستقلاً عن الوعد بالتعاقد، فهو يجسد الحرية التامة التي يتمتع بها الواعد في التعاقد مع المستفيد، وكذلك في تحديد المدة والثمن وغيرها من المسائل الأخرى<sup>1</sup>.

أقرت الفقرة الثانية والثالثة من المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ما يصطلح عليه بالدعوى الاستفهامية فجاء فيها ما يلي: "ويمكن للغير أن يطلب كتابياً من المستفيد تأكيد وجود وعد بالتفضيل وما إن كان ينوي التمسك به وذلك خلال مدة يحددها والتي يجب أن تكون معقولة، ويذكر في الكتابة أنه عند تخلف الإجابة في هذه المدة لا يستطيع المستفيد من الوعد المطالبة بالحلول في العقد المبرم مع الغير أو المطالبة ببطان العقد"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> شهيد محمد سليم، لغواطي عباس، المرجع السابق، ص 405، 406.

<sup>2</sup> Art 1123 du C.C.F : "...Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.

Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir.

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat".

وفقا لنص هذه المادة يكون بإمكان الغير الذي تردد في التعاقد مع الواعد، أن يكتب المستفيد ليتأكد من وجود الوعد بالتفضيل، ويكتشف إن كان المستفيد لا يزال متمسكا بالوعد. ولا بد أن يحتوي الطلب الكتابي على تعيين المدة المعقولة للرد، ويبرز أن عدم الرد خلال هذه الفترة يحرم المستفيد من رفع دعوى الحلول في العقد الذي تم إبرامه مع الغير، أو حتى بالنسبة لرافع دعوى البطلان.

وجهت عدة انتقادات لنص المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي، والتي جاء فيها بأن هذه المادة قد جعلت المطالبة الكتابية جوازية بالنسبة للغير، في حين يجب أن تكون إجبارية، فالغير الذي يعلم بوجود الوعد بالتفضيل لن يقوم بسؤال المستفيد عن نيته بالتمسك به، لكون هذه المسألة تصبح حجة عليه لو أقدم على إبرام العقد محل الوعد مع الواعد، فبذلك يستطيع المستفيد أن يتمسك بالبطلان أو الحلول، لاسيما وأنه قد ثبت لديه أن الغير كان عالما بوجود الوعد وبنية المستفيد في التمسك به، ومن جهة أخرى نلمس غموضا يتعلق بعبارة: " إذا كان ينوي التمسك به" فهل يقصد بها تمسك المستفيد بالوعد بالتفضيل بغية إبرام العقد النهائي ؟ أم التمسك بالوعد من أجل أن يعرض عليه الواعد إيجابا وفقا للوعد بالأولوية على الغير؟

كذلك إضافة إلى ما سبق لم تراعي هذه المادة ما هو معمول به في بعض المجالات من إدراج بند يمنع المستفيد من أن يخبر الغير بوجود الوعد بالتفضيل، بالرغم من أن مشروع 2015 قد جاء به فقرة تجيز للمستفيد بصفة صريحة أن يمتنع عن إخبار الغير بوجود الوعد، دون أن يفقد حقه في رفع دعوى البطلان أو حتى الحلول محل الغير<sup>1</sup>.

### ثانيا: الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل.

وقع جدال بين الفقه حيث تباين في تحديد الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل فاتجه منهم الفقه العربي الكلاسيكي إلى إدراجه ضمن صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد، بينما ذهب بعض الفقه الفرنسي الحديث إلى اعتباره حق شفعة اتفاقي وهو ما نحاول استعراضه فيما يأتي:

<sup>1</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 101، 102.

أ- اعتبار الوعد بالترفضيل صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد.

أيد هذا الاتجاه الفقه العربي الكلاسيكي، إذ عد أن الوعد بالترفضيل هو صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، فلا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشيء إذا أظهر الموعد له رغبته في شرائه، إنما يلتزم إذا هو رغب في بيع شيء أن يعرضه أولاً على الموعد له تفضيلاً له على غيره، فإن قبل الموعد له شرائه تم بيعه، فما يميز هذه الصورة عن الصورة الأخرى في الوعد بالبيع هو أن الواعد لم يلتزم ببيع الشيء، وكل ما التزم به هو أنه إذا رغب في بيع الشيء وجب عليه أن يعرضه أولاً على الموعد له، فلا يتم البيع النهائي إلا إذا اجتمع أمرين هما: أن يريد الواعد بيع الشيء وأن يرغب الموعد له في شرائه، ويكون التزام الواعد بعرض الشيء على الموعد له معلقاً على شرط هو أن يريد بيعه.

فمن خلال رأيهم يتضح أن الوعد بالترفضيل صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد، وكذلك التزام الواعد في هذه الصورة يعد التزاماً معلقاً على شرط واقف، وهو إرادة البيع من الجهة الأخرى.

قد تعرض هذا الرأي للانتقادات من ناحيتين:

أولاً وجود فوارق جوهرية بين الوعد الملزم لجانب واحد، والوعد بالترفضيل إلى درجة أنه لا يمكن القول بأن الوعد بالترفضيل صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد، حيث أن أبرزها أنه: يكون الواعد في الوعد الملزم لجانب واحد ملزماً بإبرام العقد النهائي في حالة إبداء المعروض له رغبته في ذلك، في حين أن الواعد في الوعد بالترفضيل غير ملزم بإبرام العقد إنما يعد ملزماً إذا رغب في التعاقد بإعطاء الأولوية للموعد له.

كذلك من ناحية أخرى يشترط في الوعد الملزم لجانب واحد أن يتم الاتفاق على المسائل الأساسية للعقد المرجو إبرامه، وكذلك الفترة التي يتم إبرامه فيها، إلا أن ذلك لا يشترط في الوعد بالترفضيل إلا بالنسبة لتحديد الشيء محل الوعد.

إضافة إلى ما سبق يشترط أهلية التصرف في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد عند إبرام الوعد بينما لا تشترط هذه الأهلية عند إبرام الوعد بالترفضيل، ولكن تشترط عند ممارسة

التفضيل، زيادة على ذلك فإن مسؤولية الواعد تنهض في الوعد الملزم لجانب واحد في حالة تعلق الوعد بالبيع إذا تصرف في الشيء الموعود به للغير كأن يقوم ببيعه أو هبته، في حين لا تنهض مسؤولية الواعد في الوعد بالتفضيل إذا تصرف في الشيء بغير البيع.

وقد ذهب البعض بأن الوعد بالتفضيل ليس وعدا معلقا على شرط واقف نظرا لأنه لا يمكن اعتبار الرغبة في عرض العين للبيع من طرف الموعود له تشكل شرطا واقفا بما أنها تتعلق بالإرادة، والإرادة عنصر جوهري في العقد له علاقة بركن التراضي بينما يعد الشرط أمرا عارض يضاف إلى العقد بعد توفر أركانه، إضافة إلى أن إبداء الرغبة بعده شرطا واقفا يجعل الشرط في حكم الشرط الإرادي فيكون الأمر جميعه بيد الموعود له<sup>1</sup>، وهو ذات الأمر الذي أشارت إليه المادة 205 من القانون المدني<sup>2</sup>.

### ب- اعتبار الوعد بالتفضيل حق شفعة اتفاقي.

يذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى اعتبار الوعد بالتفضيل حق شفعة اتفاقي يتم بين الواعد والمستفيد، وذلك لأنه يمنح هذا الأخير الأفضلية على المتعاقدين الآخرين، وهو ذات الأمر الذي يمنحه حق الشفعة المعروفة في القواعد العامة، وكذلك في بعض التشريعات فقط، وقد تعرض هذا الرأي كذلك لبعض الانتقادات وذلك للأسباب التالية:

يعد القانون مصدرا للشفعة فلا تتم إلا بنص قانوني، في حين أن مصدر الوعد بالتفضيل هو العقد لأنه اتفاق بين الوعد والمستفيد.

كذلك تعتبر الشفعة طريقة من طرق كسب الملكية بينما يمثل الوعد بالتفضيل ممارسة تعاقدية في عدة مجالات.

<sup>1</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 89، 90، 91.

<sup>2</sup> نصت المادة 205 من القانون المدني على أن الالتزام لا يكون قائما إلا في حالة تعليقه على شرط واقف يجعل الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم.

تعتبر الشفعة قيذا من القيود التي ترد على الحرية التعاقدية، بينما الواعد بالتفضيل يحافظ على حريته التعاقدية، فيقرر التعاقد من عدمه ويختار المتعاقد معه<sup>1</sup>، فالوعد بالتفضيل هو أحد التطبيقات الواضحة لمبدأ سلطان الإرادة<sup>2</sup>.

كما أن الشفعة تعد رخصة تسمح بالحلول محل المشتري مع بعض الضوابط التي تحكمها، بينما الوعد بالتفضيل يشكل عقدا تمهيديا بغية إبرام عقد مستقبلي إذا قرر الواعد ذلك. وفضلا عما سبق فإن الشفعة تخضع لجملة من الشروط بضوابط دقيقة وصارمة، بينما ينعدم ذلك في الوعد بالتفضيل، لكونه يتسم بالمرونة نظرا لحيوية الممارسات التعاقدية والشفعة أيضا لا تنتقل بالحوالة لكونها تتصل بشخص الشفع، بينما الوعد بالتفضيل يمكن فيه ذلك وفقا لضوابط معينة.

### ج- اعتبار الوعد بالتفضيل يشكل اتفاقا تمهيديا من نوع خاص.

يعد الوعد بالتفضيل أسلوبا وتقنية وليدة الممارسة التعاقدية في بلاد الغرب، ولذلك لا يمكن تحديد طبيعته القانونية في خضم القواعد العامة، لأنه يعتبر اتفاقا يمهد للعقد وهو من نوع خاص، يقارب بعض الأنظمة القانونية لكنه لا ينطبق معها، فنجد أنه يقترب من الوعد الملزم لجانب واحد بوجود واعد ومستفيد فيه، ولكنه في ذات الوقت يتباين ويختلف عنه في جوهره، وكذلك نجد أنه يقترب من الشفعة في فكرة وجود الأفضلية، ولكنه في لبه وجوهره يتميز عنها جذريا ونظرا لذلك لابد من الإقرار باستقلاليته عن الأنظمة القانونية السائدة في القواعد العامة، فهو بذلك بحاجة إلى تنظيم خاص ومستقل في القانون المدني، يبرز حقيقته ويوضح الأحكام التي يخضع لها، مع التركيز على الفكرة الأساسية التي يقوم عليها ألا وهي منح المستفيد الأفضلية على الغير بالتعاقد، مع احتفاظ الواعد بحريته لاتخاذ قرار التعاقد من عدمه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 91، 92.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 507.

<sup>3</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 92.

## الفرع الثاني: أحكام الوعد بالتفضيل.

نحاول في هذا الفرع التطرق للمدة التي تعتبر أثرا مهما يترتب عن الوعد بالتفضيل، هذا دون الإغفال عن ذكر شروطه.

### أولا: المدة في الوعد بالتفضيل.

يتمتع الواعد في الوعد بالتفضيل بحريته التامة في اختياره للتعاقد أو عدم التعاقد، ولكنه من جانب آخر فإن الوعد يعتبر قيذا يفرض على إرادة الواعد في عدم التعاقد مع الغير، لذلك لابد من تحديد المدة فيه.

يمكننا تعريف مدة الوعد بالتفضيل على أنها: " الفترة الزمنية التي يبقى الواعد ملتزما خلالها بعدم التعاقد مع الغير وإعطاء الأفضلية إذا ما عقد العزم على إبرام العقد محل التفضيل، فالواعد يبقى ملتزما بوعده طوال هذه الفترة فإذا ما قرر إبرام العقد محل التفضيل في أي وقت خلال هذه المدة فإنه يلتزم بتوجيه إيجاب إلى المستفيد ".

وتختلف المدة المتعلقة بالوعد بالتفضيل ومدة إبداء الرغبة التي هي المدة التي تبدأ من وقت إخطار الواعد للمستفيد بأنه قرر إبرام العقد محل التفضيل، والتي ينبغي على المستفيد خلالها أن يطلع الواعد على موقفه وذلك إما في رغبته في إبرام العقد النهائي محل التفضيل أو عدم رغبته في ذلك.

ونجد أن هناك اختلاف في الفقه حول مسألة إلزامية تحديد مدة الوعد بالتفضيل، فهناك اتجاه فقهي يؤيد ضرورة تحديد هذه المدة لكون العقد بالتفضيل ينعقد بذات الطريقة التي ينعقد بها الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، وبذلك وجب تحديد المسائل الجوهرية لاسيما الشيء الموعود به والثلث والمدة، التي يقرر خلالها الواعد بيع الشيء الذي عرضه على المستفيد تفضيلا له على الغير<sup>1</sup>.

فيرى بعض فقهاء القانون أنه لابد من تحديد مدة الإجابة حتى لا يلحق بالواعد أيضا أو يحدث فوات لمصلحة قد ينتفع بها.

<sup>1</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 507، 508.



وهناك من يرى أنه لا يشترط لصحة الوعد بالترفضيل تحديد أجل معين لإبداء الرغبة بالتعاقد، فلا ضرورة لتحديد مدة معينة للوعد بالترفضيل، ولا مدة لخيار الموعد له لكونه لا يستطيع أحد أن يجزم بوجود الخيار أو تحققه، بل يحتمل أن يظل الواعد عازفاً عن إبرام العقد محل الوعد مع أي شخص كان، ولكن يمكن الاتفاق على تحديد مدة الوعد أو مدة لممارسة خيار التعاقد الممنوح للمستفيد في الوعد بالترفضيل<sup>1</sup>.

فالالاتجاه الفقهي الذي لا يؤيد تعيين المدة في الوعد بالترفضيل يبرر ذلك بقياسها على الوعد بالبيع، لكون الوعد بالترفضيل لا يتوقف على إرادة الموعد له، كما هو الحال بالنسبة إلى الوعد بالبيع، إضافة إلى أن الواعد لا يلتزم بإبرام العقد النهائي، وإنما يلتزم بالتفاوض مع الموعد له، حتى يصيغه عرض يتعلق بإبرام العقد النهائي كما يعطيه أولوية على غيره في التعاقد عند تقريره إبرام عقد مستقبلاً.

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد أنه في المادة 1123 من قانون العقود السابقة الذكر، لم يذكر شرط المدة ولم يتطرق له، وبالتالي نكتشف أنه أيد الاتجاه الذي لا يلزم بالاتفاق على مدة للوعد بالترفضيل، بل اعتبر تحديدها محبذ لكونه يحقق الأمن القانوني للأطراف عبر الاستجابة لتوقعاتهم بشأن العقد المراد إبرامه<sup>2</sup>.

### ثانياً: شروط الوعد بالترفضيل.

لا مناص من توافر شروط شكلية وشروط موضوعية حتى يقع الوعد بالترفضيل صحيحاً نرجع عليها فيما يأتي:

#### أ- الشروط الشكلية.

فيما يتعلق بالشروط الشكلية لابد من توفر الرضا المنصوص عليه في القانون المدني، إلا أنه تجدر الإشارة أنه في حالة كون الوعد بالترفضيل محل عقد مستقل فإنه في هذه الحالة يكتفي بالرضائية ما دامت هي الأصل، أما في حالة كون الوعد بالترفضيل عقداً تابعاً

<sup>1</sup> www.jordan-lawyer.com, 17-09-2022 على الموقع عقد الوعد بالترفضيل في القانون الأردني، Jamal Marey،

<sup>2</sup> شهيد محمد سليم، لغواطي عباس، المرجع السابق، ص 406، 407.

لعقد آخر رئيسي، فهنا قد يكون شكليا إذا كان العقد الرئيسي شكليا، وفي حالة الالتزام بالشكلية قد تكون رسمية أو عرفية.

### ب- الشروط الموضوعية.

فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لا وجود لقواعد خاصة بالوعد بالفضل، فهو يخضع للشروط الموضوعية العامة في تكوين العقود، التي تتجسد في التراضي الذي يتحقق بتوافق الإيجاب والقبول بين الواعد والمستفيد، والمحل الذي لابد أن يكون معينا وتحدد طبيعة العقد موضوع الوعد بالفضل، سواء كان عبارة عن بيع أو إيجار أو غيره وكذلك المحل الذي يقع عليه العقد الاحتمالي الذي لا ضرورة لتحديد شروطه الجوهرية بدقة، لكون الأطراف لم تتراضى بعد على هذا العقد النهائي، ولابد أن يكون المحل ممكنا ومشروعا وكذلك السبب الذي لابد أن يتوفر فيه عنصر الوجود والمشروعية.

وقد سبقت الإشارة إلى المدة التي لا تشترط في عقد الوعد بالفضل، خلافا للوعد بالتعاقد ولكن لا مانع من إدراجها كشرط في حالة نظم المشرع الجزائري مستقبلا الوعد بالفضل ولكونه ما زال عقدا غير مسمى فلا يمكن افتراضها<sup>1</sup>.

### ثالثا: النتائج المترتبة عن الوعد بالفضل.

في حالة نشوء الوعد بالفضل بصفة صحيحة يترتب عنه التزام بالفضل في ذمة الواعد بحيث يقابله حق شخصي بالفضل والأفضلية للمستفيد، وعدة آثار تبرز من خلال مرحلتين:

المرحلة الأولى تتجلى في فترة ما بعد إبرام عقد الوعد بالفضل وقبل إبداء الواعد رغبته في إبرام العقد النهائي:

كما سبق الإشارة بأن عقد الوعد بالفضل هو عقد رضائي يقوم بالالتزام الواعد بإعطاء حق الأفضلية للمستفيد عندما يرغب في إبرام العقد مع الغير وينتج عن ذلك ما يلي:

<sup>1</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 93، 94.

1- التزام الواعد التزاما سلبيا بأن يمتنع عن إبرام العقد النهائي مع الغير قبل عرضه على المستفيد، وبذلك يلتزم المستفيد بموجب هذا العقد بإعطاء أولوية للمستفيد كمتفاوض في حالة قرر مستقبلا إبرام الاتفاق محل التفضيل، وهنا يستوي الوعد بالتفضيل مع الوعد بالعقد فلا يترتب التزامات وحقوق العقد النهائي.

2- يمكن للمستفيد إحالة حقه وينتقل إلى ورثته إلا في حالة وجود شرط يقضي بخلاف ذلك، أو كان للواعد اعتبارات شخصية خاصة.

3- لا يترتب على المستفيد أي التزام إلا باكتسابه حق الأفضلية، وليس لهذا الأخير إجبار الواعد على إبرام العقد، ولكن استثناء إذا دفع المستفيد مقابلا لحق الأفضلية فهنا يتحول العقد إلى عقد ملزم لجانبيين، ويملك فيه الواعد محل التعاقد ملكية تامة.

4- لا ريب في أن التزام الواعد هو التزام ايجابي يعرض إبرام العقد النهائي مستقبلا على المستفيد، فعندما يرغب في إبرام العقد مع الغير لا بد له من إبلاغ المستفيد ومنحه أفضلية على غيره.

المرحلة الثانية وذلك بعد إبداء الواعد رغبته في إبرام العقد النهائي:

تستهل هذه المرحلة عند إبداء الواعد رغبته في العقد النهائي بإصدار الإيجاب إلى الموعود له، فتحدد فترة للقبول التي خلالها ليس للواعد أن يبرم العقد مع الغير ففي حالة إبداء الموعود له رفضه وعدم رغبته في إبرام العقد، يكون بوسع الواعد أن يعقد مع الغير، وفي حالة أظهر موافقته وصدر منه قبول، هنا يكون عليه إبرام العقد النهائي مباشرة<sup>1</sup>.

يترتب عن الوعد بالتفضيل جملة من الحقائق الثابتة التي لا يمكن إنكارها أبرزها: كون الوعد بالتفضيل لا يرتبط بعقد البيع بل يعد ممارسة تعاقدية تمتد لجميع العقود المسماة، ولذلك يتعين تنظيمه من خلال أحكام العقد.

<sup>1</sup> نيبال محمد العتوم، فايز محمد البوريني، رندة عبد الكريم العمري، عقد الوعد بالتفضيل في ضوء الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، مجلة جرش للبحوث والدراسات، جامعة جرش، الأردن، مجلد 23، عدد 01، سنة 2022، ص 958.

كما أن الوعد بالتفضيل ليس صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد<sup>1</sup>، وقد فصله المشرع الفرنسي في التعديل الأخير للقانون المدني عن الوعد الملزم لجانب واحد حيث نص على هذا الأخير في المادة 1124<sup>2</sup>، بينما نص على الوعد بالتفضيل في المادة 1123 السالفة الذكر، فهذا الأخير يعد اتفاقاً من نوع خاص، يجمع بين الواعد والمستفيد ولا يكفي استناداً للقواعد العامة فهو نتيجة الممارسات التعاقدية.

ومما لا ريب فيه أن الوعد بالتفضيل يتميز بنوع من المرونة فيما يخص شروط تكوينه، وبالأخص عند عدم اشتراط توفر شروطه الجوهرية، وكذلك عند عدم تحديد المدة، فينتج على ذلك بقاء الواعد مبدئياً حراً في التعاقد مع الغير، عبر عمليات عقدية من غير تلك التي هي محل الوعد بالتفضيل، كما أن المستفيد كذلك يتمتع بحق إرادي يسمح له بقبول التعاقد أو رفضه مع الواعد.

وعلى إثر ما سبق فلا بأس من الاستفادة من التجربة الفرنسية في تنظيم الوعد بالتفضيل، اقتداء بتعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016 مع تقادي الانتقادات الموجهة له<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: التعاقد بالعربون والعقد الابتدائي.

يرغب معظم الناس وبالأخص في تلك العقود التي تحضى بأهمية بالغة في عدم الاتجاه مباشرة لإبرام العقد النهائي، وعليه كان لابد لهم من المرور عبر مرحلة تبرم فيها عقود تمهد للعقد النهائي، والغاية الأساسية من ذلك التثبيت من الوضعية القانونية، إضافة إلى تحصيل التمويل الكافي، ومن أبرز نماذج العقود الممهدة في التشريع الجزائري، التعاقد بالعربون والعقد الابتدائي، وهما ما نسعى لاستعراضهما والوقوف على أبرز النقاط القانونية

<sup>1</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 102، 103.

<sup>2</sup> Art 1124 du C.C.F : "La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire..."

<sup>3</sup> شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 103.

الخاصة بهما، إذ نخصص الفرع الأول للتعاقد بالعربون، أما الفرع الثاني نتطرق فيه للعقد الابتدائي.

### الفرع الأول: التعاقد بالعربون.

لا ريب في أن المعاملات المالية ضرورة ومطلب إنساني لا يستغني عنه الفرد ليلبي حاجته المتجددة، كما تحتم ضرورة الاجتماع الإنساني تبادل السلع والمنافع بين الأفراد ولذلك شرعت له عقود عديدة، وطور الإنسان هذه المعاملات حسب تغير احتياجاته وظروفه، ومن بين هذه المعاملات التعاقد بالعربون، وقد يحتاج الشخص إلى إجراء عقد ما إلا أن نيته لا تكون جازمة على إنشائه في الحال، ولذلك يحتاج إلى التروي والمشورة وكذلك التدبير، فاهتدى الإنسان إلى تقديم عربون كوسيلة لإظهار وإبراز رغبته في التعاقد، مع إعطائه حق الخيار في العدول عن العقد، واعتبار ما قام بدفعه تعويضاً للطرف الآخر عن الانتظار وعدم تصرفه في محل العقد إلى غاية إبداء الطرف الأول قراره النهائي، وقد عرف في كتب الفقه الإسلامي باسم "بيع العربون"<sup>1</sup>، وهو ما نسعى لإبرازه من خلال ما يأتي:

#### أولاً: مفهوم التعاقد بالعربون.

التعاقد بالعربون ليس وليد المعاملات الحديثة إنما هو عبارة عن ممارسة قانونية تمتد جذورها إلى العصور القديمة، فكان يجري التعامل به عند الآشوريين والفينيقيين والقرطاجيين وبلاد الرافدين وحتى عند اليونان، فكان يعد ضماناً لتنفيذ العقد أو الوعد، وتم التعامل به كذلك في العصر العلمي، الذي امتد من 130 سنة قبل الميلاد إلى 284 ميلادية وكذلك في عصر الإمبراطورية الرومانية، وكان يمثل آنذاك وسيلة إثبات وضمنان، فهو عبارة عن وسيلة تمكن من إثبات عقد البيع إذا ثار خلاف حوله، كما يشكل ضماناً للبائع بأنه لن يفقد الثمن كله، فيعتبر جزءاً من الثمن الكلي الذي على ذمة المشتري، وكان التعاقد بالعربون في هذه الحالة يعطي كذلك الحق للعدول عن العقد أو الصفقة.

<sup>1</sup> زكريا محمد فالح القضاة، التعاقد بالعربون وتطبيقاته العملية دراسة فقهية قانونية، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، مجلد 21، عدد 2، سنة 2019، ص 1001.

أ- تعريف التعاقد بالعربون.

بالنسبة للفقهاء الإسلاميّ فإنّ العربون يعطي للمشتري حقّ العدول عن إتمام الصفقة دون البائع، فيترتب فقدانه في حالة اختار أن لا يتم الصفقة.

فقد تم تعريفه في الفقه الإسلاميّ بأنه: " أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة أو يتكاري الكراء ثم يقول للذي اشترى منه أو تكاري منه، أنا أعطيك ديناراً أو درهماً أو أكثر من ذلك أو أقل على أني إن أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت السلعة أو الكراء فما أعطيتك، فهو لك باطل بغير شيء ". وكذلك تم تعريفه بأنه: أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسبه من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع.

وبالنسبة للقوانين المعاصرة والفقه الحديث فإنّ العربون مال يقدمه أحد المتعاقدين للآخر عند التعاقد، يترتب عنه منح الحق لأي منهما في العدول عن إتمام تنفيذ العقد عند القوانين اللاتينية ومن حدا حذوها، وكذلك هو مال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر دليلاً على أن العقد أصبح باتاً<sup>1</sup>.

وكذلك يعرف العربون على أنه: " مبلغ من المال أو أي شيء منقول آخر، يدفعه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر وقت انعقاد العقد ودفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك "<sup>2</sup>.

وفيما يتعلق بالصورة العملية للبيع بالعربون فإنه حينما يبرم الطرفان بيعاً ابتدائياً، ويحددان ميعاداً لإبرام العقد النهائي، ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه البائع للمشتري، فإذا امتنع المشتري عن إبرام العقد النهائي في الميعاد المحدد، خسر العربون الذي دفعه للبائع وسقط البيع الابتدائي، وإذا كان الذي امتنع عن إبرام العقد النهائي هو البائع، ترتب

<sup>1</sup> سمير شيهاني، ضريفي الصادق، اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرها على التعاقدية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد 06، 26 ماي 2017، ص 454، 455.

<sup>2</sup> أيمن أحمد الدلوع، جهاد مغاوري شحاتة، شامل سليمان عسلة، الممارسات القانونية والتدريبات العملية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2019، ص 178.

عن امتناعه نفس الجزاء المتقدم، فيسقط البيع الابتدائي، ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذه منه ومعه مثله<sup>1</sup>.

**ب- دلالة العربون في القانون المدني الجزائري.**

لا بد من إبراز دلالة العدول وفحواه في التعاقد بالعربون، مع تسليط الضوء على موقف المشرع الجزائري من ذلك من خلال القانون المدني.

**مضمون دلالة العدول.**

لا شك في أن الأصل في مضمون ودلالة العربون هو ما جرى الاتفاق عليه بين العاقدين، إلا أن المشرع الجزائري افترض دلالة العدول في حالة غياب هذه الإرادة، ولذلك لا بد لنا من تحديد مضمون دلالة العدول.

مضمون دلالة العدول يقصد به أن يكون الغرض من دفع العربون هو حفظ الحق لكلا المتعاقدين في الرجوع والعدول عن البيع، مقابل أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر. ويعد العدول وسيلة في متناول كلا المتعاقدين بهدف اللجوء إليها في المدة المحددة والمتفق عليها، فيعتبر العربون عبارة عن عرض للتعاقد عند توفر العناصر الجوهرية للعقد إلى غاية إبرامه بعد انقضاء المهلة أو الفترة التي غالبا ما تسمح للمتعاقد بعد التفكير للإقبال أو الابتعاد عن التعاقد، وكذلك الأثر القانوني المترتب عن هذه الدلالة، أنه الطرف العادل عن العقد والذي دفع العربون يفقده ويرده ومثله من قبضه وعدل عن إتمام العقد، لذلك يعد العربون جزاء للعدول عن دفعه، فيصطلح عليه بعربون العدول، ويتضح من ذلك أن المتعاقدين لم يقصدا أن يرتبطا بالعقد بصفة نهائية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام -، المرجع السابق، ص 86.

<sup>2</sup> شارف بن يحيى، دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهادات والأحكام القضائية، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة الجزائر -، مجلد 34، عدد 02، سنة 2020، ص 936، 937.

بالرجوع إلى نص المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري، نجد أنها تنص على أنه: "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون ففقد.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله، ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر".

لم يكن القانون المدني القديم لسنة 1975 ينص على التعاقد بالعربون فقد كان متروكا للعرف والقواعد العامة، إلا أن المشرع الجزائري استدرك ذلك ونص عليه القانون المدني لعام 2005.

ومن خلال المادة 72 مكرر السالفة الذكر، نجد أن دفع العربون يعد وسيلة للعدول و للاختيار إذ يفيد ثبوت خيار العدول لكلا العاقدين، فثمن العدول هو مبلغ العربون، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، فمن عدل عن دفع العربون خسره، أما في حالة إذا عدل من قبضه رده مثله ولو لم ينجر عن العدول أي ضرر.

فالغاية من دفع العربون وفقا للمادة السالفة الذكر هو إمكانية العدول عن إتمام العقد قبل أن يتم الارتباط به نهائيا، كما أنها قرينة قابلة لإثبات العكس، وخسارة قيمة العربون ورد مثله لم تعتبر وفقا للنص المادة 72 مكرر من القانون المدني تعويضا عن العدول عن التعاقد، ويتضح ذلك من الفقرة الأخيرة التي جاء فيها: "... ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر " في حين أن مبلغ التعويض يتم الحكم به في حالة ترتب الضرر.

وللخوض في تفاصيل أكثر حول التعاقد بالعربون لابد من توضيح طبيعته القانونية وكذلك أحكامه.

**ثانيا: الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون.**

لا ريب في أن العربون هو مبلغ جزافي من المال يدفعه أحد العاقدين للآخر وقت الاتفاق المبدئي يمهد للتعاقد مستقبلا.



ونجد ذلك بصفة خاصة وغالبة في عقود البيع والإيجار ويكثر من الناحية العملية،  
فإما أن يتم العقد نهائيا ويكون الهدف من دفع العربون هو تأكيد العقد وليضمن كذلك تنفيذه،  
وإما أن يحتفظ كل من المتعاقدين بخيار العدول عن العقد، وغالبا ما يتم تحديد مبلغ العربون  
مسبقا بين العاقدين<sup>1</sup>.

وبالعودة للقانون الفرنسي نجد أنه عمل بدلالة العدول المتوقع أي احتفاظ كل من  
المتعاقدين بخيار العدول الاختياري عن العقد، وهو من جاء في نص المادة 1590 من  
القانون المدني الفرنسي لعام 2016، التي ورد فيها بأنه: " إذا جاء الوعد بالبيع مصحوبا  
بعربون يحق لكل من المتعاقدين العدول عن العقد، فإذا عدل عن دفع العربون فقدمه وإذا عدل  
عن قبضه رده مضاعفا"<sup>2</sup>.

وقد تم تأكيد هذا القانون من المشرع الفرنسي من خلال قانون الائتمان، الذي صدر  
في 13 جويلية 1979، وكذلك قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 18 جانفي 1992 من  
خلال المادة الأولى L114 الفقرة الرابعة على أنه: " أي مبلغ يدفعه المستهلك في عقود شراء  
الأموال المنقولة أو الخدمات عربونا، يعطيه حق العدول عن العقد، إلا إذا نص الاتفاق على  
ما يخالف ذلك "<sup>3</sup>.

وبالرجوع للمادة سالفة الذكر من القانون الفرنسي، نجد أن دفع العربون يستفاد منه  
حق كلا المتعاقدين في العدول عن العقد، ومن ذلك يستطيع أي من طرفي العقد استعمال

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 378، 379، 380.

<sup>2</sup> Art 1590 du C.C.F: "Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir,

Celui qui les a données, en les perdant,

Et celui qui les a reçues, en restituant le double".

<sup>3</sup> Depuis une loi de 1992, tout versement anticipé par un consommateur est présumé constituer des arrhes ( C. consom.fr,art.L.114-1,al.4) مأخوذ عن بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية ( C. consom.fr,art.L.114-1,al.4) في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 382.

حريتهم وسلطتهم في التحلل من التزاماتهم التعاقدية بإرادة منفردة، فمن قبض العربون يرد ضعفه ومن دفعه يفقده.

وبالعودة للقانون الجزائري نجد أنه إذا قصد المتعاقدان من دفع العربون تأكيد العقد وتنفيذه، عدّ العربون عندئذ بمثابة تنفيذ جزئي للعقد، ولذلك يتعين على المتعاقدين إتمام تنفيذه في المواعيد المحددة<sup>1</sup>، وهو ما يتماشى مع مقتضى المادتين 106 و 107 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

عند التمعن في نص المادة 72 مكرر من القانون المدني، نجدها تحتوي على دلالة التوكيد، وعند اقتران العقد مع عربون التوكيد يعد ذلك دليلا أن العقد قد تم إبرامه على وجه بات لا يمكن العدول عنه، إلا إذا اتضح أن المتعاقدين قد أرادا صراحة أو بصفة ضمنية أن يعد العربون جزاء للعدول عن العقد.

فالعربون التوكيد هو جزء من الثمن يشكل القسط الذي هو وفاء جزئي يدفعه أحد الطرفين وقت انعقاد العقد، وقبل أن ينفذ الطرف الآخر التزامه، ويتقبل هذا القسط فيصبح الطرفان مرتبطين نهائيا بالعقد، وينفذان على إثره التزاماتهما بصفة دقيقة.

واستنادا لما سبق فإن عربون القسط له وظيفة عكسية لعربون العدول حيث أن عربون القسط يعتبر بدءا في تنفيذ العقد من جهة وكذلك فإن المبلغ المدفوع، سيتم خصمه من الثمن الإجمالي الذي تم الاتفاق عليه.

ويتضمن عربون القسط توكيدا للعقد ويتسم بكونه باتا فلا يمكن للمتعاقد الذي يدفع العربون التخلص من التزامه بترك المبلغ الذي دفعه للمتعاقد الآخر، وهنا نقع بين فرضين:

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 379 ، 382.

<sup>2</sup> فقد تضمنت المادة 106 من القانون المدني بأن العقد شريعة المتعاقدين ولا يسعهما نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما أو لأسباب يقرها القانون، أما المادة 107 فقد ورد فيها ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وعليه يمكننا القول بأنه في حالة لم يتم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، بإمكان الطرف الذي لحقه الضرر المطالبة بالتنفيذ العيني بالرجوع للقواعد العامة أو طلب الفسخ أو اللجوء لطلب التعويض تناسبا مع الضرر وليس بقدر العربون.

الأول يتمثل في تنفيذ الالتزام واستكمال ما تبقى من الثمن بعد خصم قيمة العربون. والثاني حينما يقوم برفض تنفيذ التزامه فإن المسؤولية التعاقدية تقوم في حقه، ويكون مطالبا بالتعويض الذي يفوق قيمة العربون الذي قام بدفعه عند إثبات الضرر، ويعد في هذه الحالة العربون جزءا من هذا التعويض.

وذاات الأمر يخضع له متلقي العربون، لأنه توكيد للعقد بالنسبة له، فلا يمكنه رفض تنفيذ العقد للاحتجاج برد ضعف ما أمسكه من عربون فيكون مسؤولا عقديا، والعربون جزء من الثمن وهو كذلك بمثابة بدء في تنفيذ العقد، ولا يمكن للمتعاقدین العدول عنه.

إضافة إلى ما سبق فدلالة العدول ليست دلالة قطعية بل هي قرينة بسيطة يمكن دحضها إذا تم الاتفاق في العقد على ما يخالفها، سواء كان ذلك بصفة صريحة أم تم بصفة ضمنية، وعبر الكشف عن النية المشتركة للطرفين من ظروف التعاقد، لكون الدلالة المفترضة في العربون سواء كان أساسها العدول أو التوكيد فإن قرينتها بسيطة يتولى كشفها القاضي حسب الظروف المحيطة والعرف السائد.

وفي حالة الشك فإنه يفترض بأن العربون قد دفع لجواز العدول، وذلك استنادا إلى حرفية المادة التي جاء فيها: "... إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك"، فهي قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس<sup>1</sup>.

### ثالثا: الفرق بين العربون والشرط الجزائي.

قد يتداخل المعنى بين كل من الشرط الجزائي والعربون فنجد أن كل منهما له طابع التبعية لاتفاق سابق، وكذلك لا يستحقان إذا ترتب فسخ العقد برضا الطرفين، أو تم الحكم ببطلانه، وكذلك في حالة استحالة تنفيذ العقد بسبب أجنبي لا يد لهما فيه، وهذه النقاط المتشابهة هي التي أدت إلى الخلط بينهما من طرف القضاء، وكذلك لدى البعض من الفقه لذلك يتضح الفرق بينهما من خلال ما يأتي:

<sup>1</sup> شارف بن يحيى، المرجع السابق، 941، 950، 951.

1- يعتبر الشرط الجزائي تعويضا اتفاقي يقدر مقداره مسبقا باتفاق الأطراف عن الضرر الذي قد يصيب الدائن، كنتيجة لإخلال المدين بالتزامه فيستحق بوقوع الضرر، الذي هو من أحكام الالتزام، إضافة إلى كونه التزاما احتياطيا لا يتم اللجوء إليه إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام عينيا، ولكن على النقيض من ذلك فإن العربون يعد صورة خاصة من صور التراضي، كما أنه يدخل ضمن المرحلة التمهيدية للعقد، فيتم على إثره المبادرة لإبرام العقد المرجو الوصول إليه، ليضمن عدم ضياع الفرصة على صاحبها ويعتبر من مواضيع مصادر الالتزام، إذ يعد مبلغا من المال يدفعه أحد الطرفين للآخر وقت إجراء التعاقد وقبل التنفيذ.

2- يجدر بنا كذلك التنويه إلى أن دفع العربون مفاده ثبوت خيار العدول لكل من الطرفين، إلا في حالة الاتفاق على ما يخالف ذلك، فعدول من دفع العربون يجعله يفقده، وعدول من قبضه يردده و مثله ولو لم ينجر عنه أي ضرر.

ففي الشرط الجزائي لا يمكن للمتعاقد أن يتحلل من التزامه الأصلي وهو تنفيذ العقد عبر دفعه للمبلغ المقدر إتفاقيا مسبقا ليعوض عن ضرر محتمل بالشرط الجزائي، بدلا من تنفيذه إلا في حالة كان ممكنا تنفيذه، لكون الشرط الجزائي ليس التزاما تخيريا فلا يفرض على المتعاقد في حالة إمكانية التنفيذ العيني.

3- كذلك الاتفاق على العربون يتباين عن الشرط الجزائي لكون التعويض لا يحكم به القانون إلا في حالة ترتب الضرر وطالب به المضرور وإثباته أمام المحاكم ويخضع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، في حين أن العربون اتفاق تحضيري يهدف لإتمام العقد النهائي بين العاقلين إذا عدل الطرف الذي دفعه لا يستردها من المتعاقد الآخر وفي حالة عدول قابضه يردده مضاعفا حتى ولو يترتب عليه ضرر<sup>1</sup>، ولا يجوز الإلغاء أو التخفيض فيه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 390، 391، 392.

<sup>2</sup> الشرط الجزائي الذي يستند إلى الضرر للمحكمة سلطة تخفيضه حتى يتساوى ويتلاءم مع الضرر الحاصل.

4- إعمالاً لقاعدة العقد وشريعة المتعاقدين، الشرط الجزائي هو شرط صحيح يجب الوفاء به في المعاملات المالية لكون الأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي لا تمنع وجود هذا الشرط إلا في حالة كونه مفضي إلى الربا أو كان الغرض منه مجرد التهديد المالي، بعيداً عن قواعد الشريعة ومبادئ الإنصاف والعدالة فيتم في هذه الحالة العودة إلى أهل الخبرة والنظر فيه. فمعظم فقهاء الفقه الإسلامي اتفقوا على صحة الشرط الجزائي خاصة إذا لم ينفذ الالتزام من طرف المدين، فأجمعت المذاهب الفقهية على صحته<sup>1</sup>، واستندوا لقوله عز وجل: بسم الله الرحمن الرحيم " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " صدق الله العظيم<sup>2</sup>.

وكذلك حديث النبي عليه الصلاة والسلام الذي قال: " المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ".  
أما بالنسبة للعربون فيعد شرطاً فاسداً عند جمهور الفقهاء الفقه الإسلامي لأنه أخذ

بغير عوض، ولا يمكن جعله تعويضاً عن الانتظار أو حتى يعوض عن التأخر في التعاقد.  
5- يمكن للمحكمة أن تخفض الشرط الجزائي بناءً على أحد الطرفين حتى يساوي الضرر الحاصل، ويقع باطلاً كل اتفاق بخلاف ذلك، إلا أن المحكمة لا يمكنها تخفيض مبلغ العربون فهو يستحق ولو لم يتواجد الضرر.

6- زيادة على ما سبق فإن الشرط الجزائي لا يتم استحقاق مبلغه إلا بعد إعذار المدين<sup>3</sup>، بضرورة تنفيذ ما التزم به عينياً<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 393.

<sup>2</sup> سورة المائدة، الآية 01.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 394، 395.

<sup>4</sup> تم التنصيص على مسألة الإعذار في المادتين: 179 و 180 من القانون المدني، بحيث جاء في المادة 179: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك".

كما نصت المادة 180 على أنه: "يكون إعدار المدين بإنذاره أو ما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

**رابعاً: مآل العقد عند ممارسة العدول في التعاقد بالعربون.**

ممارسة العدول في التعاقد بالعربون يشبه الشرط الواقف الذي يتعلق بتنفيذ العقد ممن تقرر لصالحه الخيار في الرجوع، وكذلك يشبه الشرط الفاسخ عندما يتعلق بمصير العقد، فهو يستوجب عدم تنفيذ العقد ممن له الحق في العدول والتوقف عن تنفيذ التزامه بصفة مؤقتة حسب ما تم الاتفاق عليه والفترة التي تم تحديدها، ذلك لكون المتعاقد قد يتأثر بتنفيذه للعقد مما يفضي به إلى التردد في اختيار العدول أو الإبقاء على العقد وبذلك لا يكون اختياره حراً بشكل تام.

وقد تؤدي ممارسة العدول إلى فسخ العقد ولذلك أضحي اختيار العدول في التعاقد بالعربون محل نزاع واختلاف بين الفقه حول زوال العقد مستقبلياً فحسب، أم أنه يقوم بفسخ العقد بالنسبة للماضي والمستقبل في آن واحد، فالعدول يؤدي إلى زوال العقد بجميع آثاره.

**أ- مآل مبلغ العربون عند العدول عن التعاقد.**

بالرجوع لنص المادة 72 مكرر نجد أنها تبرز لنا أن مصيره يختلف باختلاف الطرف الذي قام بالعدول ولذلك لابد من التفريق بين:

**1- حالة فقدان مبلغ العربون إذا كان العدول ممن قام بدفعه.**

نجد في أغلب الأحيان أن العدول يتم من طرف المشتري فإن عدل هذا الأخير عن تنفيذ العقد خلال الفترة التي تم تحديدها ينقضي التعاقد ويفقد المشتري قيمه العربون الذي قام بدفعه للبائع وصار من حقه الاحتفاظ به دون أن يحدث ضرر للبائع.

فالعدول عن التعاقد والعربون حق ثابت للمتعاقد، قدر المشرع الجزائري جزاءه بخسارة العربون ممن قام بدفعه فهو بمثابة ثمن يدفعه المتعاقد لقاء العدول وليس تعويضاً عما أصاب المتعاقد من ضرر<sup>1</sup>.

ولكن بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده قد رفض فكرة الأخذ بفقد العربون جزاء نظير العدول عن التعاقد، ويتضح ذلك جلياً من خلال قرار المحكمة العليا الصادر في 19

<sup>1</sup> شارف بن يحيى، المرجع السابق، 945، 946، 947.

فيفري 1986 الذي قام بإبطال القرار المطعون فيه والقاضي بفسخ البيع بخطأ من المشتري، وإبقاء العربون لصالح البائع مع رفض التعويض<sup>1</sup>.

## **2- حالة رد العربون ومثله عند العدول من طرف من قبضه.**

يعد رد العربون ومثله نتيجة لممارسة حق العدول من طرف القابض فإن كان العدول يفضي لزوال العقد، فلم يعد أي سبب يبرر احتفاظه به فهو كسب وإثراء بلا سبب على من قبضه أن يرده لدافعه تماشياً مع القواعد العامة، كما أن دفع مثله معه يعد مقابلاً لمباشرة خيار العدول، حسب قاعدة العدول المتعلقة بالتعاقد بالعربون حتى ولم يكن مصحوباً بضرر.

فعملية رد العربون ومثله تعد أثراً رجعياً للفسخ، فيعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل العقد، ويتحول العقد إلى منعدم الوجود، وذلك اقتداء بالقضاء الفرنسي القديم .

ولعل الحكمة كذلك من رد العربون ومثله هي إعمال قواعد العدالة والإنصاف في الرابطة التعاقدية، فليس من العدل ترك مبلغ العربون للبائع الذي يستأثر به برغم ممارسته للعدول ويكتفي برد مبلغ العربون فقط لكون ذلك يؤدي إلى نتيجة مفادها أن هذا المتعاقد لم يخسر شيئاً مقابل عدوله، وفضلاً عن ذلك فهو يعد حماية للمشتري دافع العربون<sup>2</sup>.

وبالرجوع للقضاء الجزائري نجد أنه رفض الأخذ بقاعدة رد العربون ومثله في العديد من قرارات المحكمة العليا، مثلاً قد جمع القضاء الجزائري بين رد العربون والحكم بالتعويض في قرار أصدرته محكمة باتنة عن قسمها المدني في 15 نوفمبر 1992 حكماً بإلزام البائع برد المبلغ الذي قبضه من المشتري المقدّر بـ 44,000 دينار مع تعويض قدره 5000 دينار وقد تم المزج والجمع بين رد العربون والتعويض بالرغم من عدم وجود نص قانوني يطبق حول العربون، ولكن في ذلك مخالفة صريحة للقواعد التي تم التعارف عليها في القانون في

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، ملف رقم 43103، صادر عن الغرفة المدنية، القسم الثاني، بتاريخ 19-02-1986، فهرس رقم 57، ص 2.

<sup>2</sup> شارف بن يحيى، المرجع السابق، ص 947، 948، 949.

تطبيق جزاء العدول عن التعاقد، والقاضية بأنه في حالة عدول قابض العربون يردّه ومثله من دون أي تعويض<sup>1</sup>.

وكذلك صدر قرار عن المحكمة العليا في 11 ديسمبر 1996 جاء فيه أنه قضى بإلزام المدعى عليه برد مبلغ العربون المقدّر بـ 150,000 دينار جزائري للمدعية، كيفت فيه محكمة الحراش بالجزائر المبلغ المدفوع على أنه عربون عدول، وألّزمت البائع برد مبلغ العربون فقط دون مثله، تطبيقاً للعرف السائد في الجزائر ولكن قضاة المجلس والمحكمة العليا لم يسايروا هذا الطرح ورفضوه كما رفض طلب المتقاضين لعدم التأسيس<sup>2</sup>.

### ب- مآل التعاقد بالعربون عند تأكيد العقد.

بشروع المتعاقدين في تنفيذ العقد فإن ذلك معناه أنهما قد تنازلا عن خيار العدول، وكذلك في حالة تم تنفيذ العقد من طرف واحد سقط خيار هذا الطرف، ويتوجب على الطرف الآخر إما تنفيذه أو العدول عنه، ويفقد من جراء ذلك العربون إن كان قام بدفعه أو رد ضعفه في حالة قبضه.

وفي حالة عدم التمكن من التراجع عن التعاقد بالعربون، سواء انقضت المدة التي تم الاتفاق عليها، أو أن المتعاقدين قد تنازلا عن حقهما في العدول، فيتحول العقد في هذه الحالة إلى عقد بات ونهائي، ويصبح تاريخ إنشاء العقد وتكوينه هو ذاته تاريخ إبرامه، ويكون ملزماً وبذلك فإنه يرتب جميع آثاره القانونية، ويصبح الطرفان ملزمين بتنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وإن أخلا بها تقوم المسؤولية العقدية على المتعاقد الذي ارتكب خطأ عقدي وأخل بالتزامه.

لا ريب في أن عدم ممارسة العاقدين لحقهما في العدول عن التعاقد يعني تأكيدهم العقد، ولا يجوز الرجوع عنها، وقد اختلف الفقه حول تحديد مآل العربون في حالة عدم ممارسة العدول إن كان جزءاً من الثمن أم يرد لمن دفعه.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، ملف رقم 133307، صادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 13-03-1996، فهرس رقم 429، ص 02.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا، ملف رقم 139895، صادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 11-12-1996، رقم الفهرس 2215، ص



ولكن الموقف الغالب اعتبر في هذه الحالة العربون جزء من الثمن، وبداية لتنفيذ العقد فيتوجب إكمال ما تبقى من الثمن تماشياً مع القواعد العامة، وبالأخص إن كان مبلغاً من المال فإنه يخصم من الثمن حيث يتحول إلى قسط معجل.

وفي حالة كونه عبارة عن منقول من نوع مختلف لابد من رده إلى الطرف الذي قدمه ويتوجب أن يفي بجميع الثمن.

فما يمكن الوصول إليه هو التباين بين عربون القسط وعربون العدول، فهو يشمل اختلافاً في القواعد المطبقة فعربون القسط وسيلة للوفاء بالالتزام الذي ينقضي جزئياً<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: العقد الابتدائي.

لم تصدر تسمية العقد الابتدائي في القانون الجزائري بصفة صريحة، إلا أنه أورد تطبيقاته وهو ما نحاول الوقوف عليه من خلال توضيح المقصود بالعقد الابتدائي، مع إبراز الفرق بينه وبين ما يشته به من العقود، هذا مع تسليط الضوء على الآثار القانونية التي تترتب عنه، وذكر أمثلة من الواقع العملي عن العقد الابتدائي، دون الإغفال عن التطرق للمسؤولية المترتبة عن مخالفة التزامات هذا الأخير.

### أولاً: المقصود بالعقد الابتدائي.

العقد الابتدائي هو عقد تام تتواجد فيه جميع أركان وشروط صحته ولذلك فهو يرتب جميع آثاره القانونية<sup>2</sup>.

وكذلك في تعريف آخر هو: "عقد حجز العقار بمقتضاه يحتجز المشتري عقاراً في طور الانجاز مقابل ضمان الحجز"<sup>3</sup>.

ومما يؤخذ على هذه التعاريف بأنها قاصرة في تعريفه وغير ملزمة بجوانبه.

<sup>1</sup> شارف بن يحيى، المرجع السابق، ص 949، 950، 951.

<sup>2</sup> يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 425.

<sup>3</sup> محمد لشقار، درجات التراضي في البيوع العقارية، عقد البيع الابتدائي نموذجاً، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، عدد 06، جانفي 2016، ص 02، 03.

فالعقد الابتدائي كما يتضح من خلال تسميته، هو عبارة عن مشروع عقد يسبق بمفاوضات عقدية تخلص بمشروع محدد، يقوم بإلزام أطرافه على إبرام العقد النهائي في الوقت المحدد الذي سبق الاتفاق عليه، فهو قد استكمل عناصر العقد وشروط الصحة وكذلك الأركان الخاصة به، والتي منها التسجيل الناقل للملكية أو المقرر لحق عيني آخر على العقار، فيثبت بذلك أطراف العقد حقيقة إرادتهم في وثيقة عرفية تعد أولية وتدعى بالعقد الابتدائي، وذلك شريطة أن يعاد تحريرها وفقا لما يستدعيه القانون عند التسجيل، فينقلب العقد الابتدائي بتسجيله إلى عقد نهائي.

ويجدر بنا التنويه كذلك إلى أن العقد الابتدائي في البيع مثلا يتفق أطرافه على موعد معين لإبرام عقد البيع النهائي، وحتى يقع صحيحا لابد من تواجد الأركان الخاصة به، وشروط صحة عقد البيع النهائي<sup>1</sup> الذي قد يكون في شكل محرر عرفي<sup>2</sup>، قبل أن يتم تسجيله ليجري نقل الملكية وفقا لما يستدعيه الشهر العقاري والتسجيل.

كذلك لا بد للعقد الابتدائي أن يحتوي على جميع العناصر الجوهرية للعقد النهائي، من تحديد المدة التي يجب إبرامه فيها، كما لابد له أن يستوفي الشكل الذي يتطلبه القانون في بعض العقود، زيادة على توفر الأهلية في كلا العاقدين، وهذا مرده لكونه ملزم للجانبين، ويكفي أن تتوفر فيهما عند الاتفاق الابتدائي أو عند إبرام العقد النهائي، ففي حالة توفر الأهلية عند الاتفاق الابتدائي ثم طرأ عليها نقص فإن هذا النقص لا يؤثر على صحته لكونه عقد بمعنى الكلمة، وقد تم بتوافق الإرادتين، وإذا لم تتوفر في الاتفاق الابتدائي ولكنها توفرت عند إبرام

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 417.

<sup>2</sup> وفي هذا الصدد صدر قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: " يحرر عقد حفظ الحق في مجال الترقية العقارية في شكل عقد عرفي، ويخضع لإجراءات التسجيل، ويرتب التزامات متبادلة بين المتعاقدين، مع مراعاة المادة 107 من القانون المدني"، قرار رقم 372339 صادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 20 جوان 2007، م ق عدد 02، صادرة سنة 2007.

العقد النهائي، فإن إبرام العقد النهائي يعد إجازة للاتفاق الابتدائي<sup>1</sup>، وهو ما أيدته محكمة النقض المصرية<sup>2</sup>.

ثانياً: التفرقة بين العقد الابتدائي وما يشته به.

قد يتداخل العقد الابتدائي مع بعض العقود والاتفاقات التي تقترب منه في المعنى، نحاول إبراز الفرق بين كل من الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي، ومن ناحية أخرى نسلط الضوء على أوجه الاختلاف بين العقد الابتدائي واتفاقات المبادئ.

أ- الفرق بين العقد الابتدائي والوعد بالتعاقد.

يرى بعض الفقه أن الوعد الملزم لجانبين والعقد الابتدائي شيء واحد<sup>3</sup>، وهو ما كرسه المشرع الكويتي ضمن قانونه<sup>4</sup>، في حين أن العقدين يختلفان فيما بينهما من حيث أن عقد البيع الابتدائي يعتبر عقداً تاماً وكاملاً فور انعقاده ولو تأجل تنفيذه، إذ يمهد للعقد النهائي المبتغى الوصول إليه، وفي الأغلب تترتب عليه جميع آثاره التي تتجلى في الحياة والتسليم وكذلك المنفعة، إذا تضمن في صياغته على طبيعة العقد وموضوعه وعناصره الرئيسية.

بناءً على ما سلف فالعقد الابتدائي يعد مشروعاً لعقد كامل يتفق العاقدان فيه على تاريخ معين يبرمون فيه العقد النهائي الذي يلزمهم، في حين أن نقل الملكية يتأخر لوقت

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> قضت في هذا الصدد محكمة النقض المصرية بأنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين".

نقص مدني مصري 1993-05-23 مأخوذ عن محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 77.

<sup>3</sup> جابر محبوب علي، محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، المرجع السابق، ص 132.

<sup>4</sup> كرس المشرع الكويتي في تشريعه هذا الاتجاه بحيث أنه نظم العقد الابتدائي من خلال المواد 70 71 من التقنين المدني ثم نظم الوعد الملزم لجانب واحد ضمن المواد 72 73 من القانون المدني الكويتي، فاعتبر العقد الابتدائي يساوي الوعد الملزم لجانبين فهو بذلك يغني عنه، ونشير إلى أن العقد الابتدائي هو عقد تام ولازم ولكن القانون أو اتفاق هو ما يفرض إعادة صياغته في صورته نهائية لكي ينتج الآثار التي لا ينتجها العقد الابتدائي، مأخوذ عن جابر محبوب علي، محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، المرجع السابق، ص 132.

التسجيل، سواء كان ذلك عبر وثيقة رسمية أو وثيقة عرفية، توافقا مع ما يستدعيه القانون حسب الأوضاع والأحوال.

في حين أن الوعد بالتعاقد يتمثل في كونه وسيلة تمهيدية أو تحضيرية للوصول إليه، إذ يعد تعهدا بفعل شيء وهو عمل، ومثاله: البيع فلا تترتب آثاره بمجرد الاتفاق ولو كان هذا الاتفاق يحتوي على جميع المسائل الرئيسية للعقد المرجو إبرامه، إذ لا يعد عقدا نهائيا فلا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين، ولا يمكنه كذلك نقل الملكية في الحال لكون الوعد بالتعاقد يقتصر على إلزام الواعد بإبرام العقد المرجو الوصول إليه إذا طلب الموعد له ذلك خلال فترة الوعد، فلا يترتب عليه التزامات قانونية وقت انعقاده كذلك التي تترتب على العقد النهائي، فلا نجد إلا تلك الالتزامات الشخصية لكلا طرفيه للوصول إلى إبرام العقد المرجو إبرامه من الطرف الآخر في الفترة والميعاد المحددين.

وتجدر الإشارة أنه لا بد من أن يتفق الطرفين كل من الواعد والموعد له على كل العناصر الأساسية للعقد الموعد به مستقبلا من أركان وشروط التي لا يمكن للعقد أن يتم من غيرها، زيادة على المدة التي سبق لنا الإشارة إليها، إذ وجب على الموعد له إظهار استعداداته للتعاقد خلالها حتى يسهل إبرام العقد النهائي بين الطرفين من غير الحاجة لاتفاقات أخرى، فيتحول بذلك الوعد إلى عقد تام<sup>1</sup>، وهو ما سبق لنا الإشارة إليه وقد دونته المادتين 71 و 72 من القانون المدني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 417، 418.

<sup>2</sup> أشارت المادة 71 من القانون المدني إلى تعيين العناصر الجوهرية في العقد المراد إبرامه مستقبلا وكذا المدة وفي حالة اشتراط شكل معين في العقد فهو ينطبق كذلك على الوعد بالتعاقد. في حين أشارت المادة 72 من ذات القانون إلى قيام الحكم مقام العقد في حالة وعد شخص بإبرام عقد ثم تراجع عن ذلك وقضاه الطرف الآخر طالبا التنفيذ مع توافر الشروط التي يتطلبها العقد وبالأخص الشكل.

ب- الفرق بين العقد الابتدائي واتفاقات المبادئ.

يتباين العقد الابتدائي عن اتفاقات المبادئ بحيث أن العقد الابتدائي كما أسلفنا الذكر عبارة عن عقد تام ملزم طالما أن أركان العقد وعناصره الأساسية قد توفرت فيه، في حين أن اتفاقات المبادئ هي عبارة عن اتفاقات في مرحلة المفاوضات، أي أنها سابقة على التعاقد الهدف منها تحديد المسائل التي بوسع الأطراف الاتفاق عليها فهي ليست ملزمة إلا إذا اشتملت على عناصر أساسية يمكنها أن تشكل عقدا مستقبلا<sup>1</sup>، فهو بمثابة مشروع للعقد المنشود، يعبر عن تراض مؤقت لكل من الطرفين على هذا العقد<sup>2</sup>، وهو ما أشارت إليه المادة 65 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة أن اتفاقات المبادئ لا تعد عقدا ابتدائيا من الناحية القانونية لكونها مجرد مرحلة لإعداد العقد النهائي، لاسيما في حالة توصل الأطراف إلى اتفاق على بعض العناصر الرئيسية التي انصبت عليها المفاوضات.

وبالتالي فإن العقد الابتدائي لا يحوز على الصفة الإلزامية إلا في حالة اشتمال صياغته على طبيعة العقد وعناصره الرئيسية، من غير إغفال لتلك الإجراءات الرسمية للعقود الشكلية، كتلك الواقعة على بيع العقار، الرهن الرسمي، وكذلك الشركات ففي حالة وقوع العقد الابتدائي وإبرامه لعقد شكلي بمنأى عن الإجراءات الشكلية التي فرضها القانون، يعد ذلك العقد الابتدائي باطلا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 420.

<sup>2</sup> مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002، ص 270.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 421، 420.

ثالثاً: أمثلة عن العقد الابتدائي.

من أبرز الأمثلة في الواقع العملي للعقد الابتدائي نجد عقد البيع الابتدائي الذي ينصب على العقار، وكذلك عقد حفظ الحق، أو ما يصطلح عليه في التعديل الأخير عقد البيع على التصاميم، نحاول تقديم لمحة عن كليهما.

أ- عقد البيع الابتدائي الواقع على العقار.

كما سبقت لنا الإشارة فإن العقد الابتدائي هو عبارة عن عقد يلتزم بموجبه بائع العقار ببيع عقاره إلى المشتري، وفي نفس الوقت يلتزم المشتري بشراء العقار، ويسبق إبرام العقد الابتدائي مرحلة تمهيدية من المفاوضات والمساومات التي تتم بين البائع والمشتري، بحيث يتم الاتفاق في هذه المرحلة بين طرفي عقد بيع العقار على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية الخاصة بالعقد<sup>1</sup> الذي اتجهت نية الطرفين إلى إبرامه<sup>2</sup>، وهذه المسائل الجوهرية تعد في الحقيقة أركاناً لعقد البيع من كل نواحيه.

وقد يحدث في الحياة العملية أن يكون البائع والمشتري أكثر من واحد، فقد يكون البائعون متعددون وعبرة عن شركاء في العقار، يملكونه ملكية شائعة وقد اتفقوا على بيعه، ولذلك تبرز أسماء الشركاء في سند الملكية، وكذلك قد لا تظهر أسمائهم لكون العقار لا زال باسم مورثهم، ولم تتم بعد عملية الانتقال إلى أسمائهم وفقاً لشهادة المالك الأصلي في حالة كان العقار يتمثل في دار سكنية أو عمارة ذات طابع تجاري، أو أرض وكذلك قد تتم معاملة الانتقال وفقاً لتقسيم النظام في حالة كون العقار بستاناً أو عبارة عن أراضي زراعية، واتفاق طرفي العقد هو مشروع عقد بيع، كما أنه عقد غير ملزم لأي من طرفيه وليس بإمكان أي من

<sup>1</sup> غزوان محمود غناوي الزهيد، إجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل حق الملكية العقارية، ط1، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، كتاب رقمي منشور بتاريخ 2017، تحت رقم 9796500316826، ص 46.

<sup>2</sup> أشارت المادة 65 من القانون المدني إلى أنه في حالة اتفاق الطرفين على كل المسائل الجوهرية في العقد واحتفظاً بتلك المسائل التفصيلية فينتقان عليها فيما بعد ولم يقوماً باشتراط أنه لا أثر للعقد إذا لم يتم الاتفاق عليها فيعتبر العقد على إثر ذلك منبرماً.

الطرفين إجبار الآخر على تنفيذه حسب بنود هذا المشروع، ولكلاهما الحق في إظهار رغبته بتغيير أي بند من بنوده أو تعديله، كما يمكنهما إلغاء هذا المشروع جملة.

كما قد يتكرر الاتفاق على هذا المشروع بين بائع العقار وعدد من المشتريين لأزيد من مرة واحدة قبل أن يتم إبرام عقد البيع النهائي مع واحد منهم أو أكثر، ولذلك فإن عقد البيع الابتدائي الواقع على العقار ليس له شكل محدد ومعين يتوجب على الأطراف التقيد به إلا أنه لابد أن يحتوي على العناصر الجوهرية وكذلك على مسائله التفصيلية، وكل ما يتعلق بالعقار المبيع من تفاصيل وشروط، ولا مناص من مراعاة الشكلية إذا كان القانون قد اشترطها حتى يكون العقد نافذا.

وتجدر الإشارة إلى أن العقد الابتدائي قد يتضمن شرطا جزائيا، هو شرط تم التعارف عليه بين الناس، كغرامة لتعويض الطرف المتضرر من تراجع الطرف الآخر عن عدم تنفيذ التزامه بموجب عقد بيع العقار، التي تستهل بإبرام عقد البيع الابتدائي، ثم مرحلة عقد البيع النهائي.

وغالبا ما نجد أن بنود عقد البيع الابتدائي تكون هي الأساس الذي يعتمد عليه الطرفان المتعاقدين في تدوين وكتابة المعلومات المتعلقة بطرفي العقد وبالعقار، التي تملء في استمارة التسجيل العقاري الخاصة بنقل ملكية العقار المبيع من البائع إلى المشتري<sup>1</sup>.

### ب- عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.

من الأمثلة المذكورة في القانون الجزائري عن العقد الابتدائي، هو عقد حفظ الحق الذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب القانون 86-07 المؤرخ في 4 مارس 1986 والمتعلق بالترقية العقارية<sup>2</sup>، وذلك بمناسبة أخذه للبيع المؤجل، إذ نصت المادة 29 من هذا القانون على أنه: "يمكن للهيئة العمومية التي يخولها قانون أساسي انجاز عمليات الترقية

<sup>1</sup> غزوان محمود غناوي الزهيدي، المرجع السابق، ص 46، 47، 48.

<sup>2</sup> القانون رقم 86-07 مؤرخ في 04-03-1986 متعلق بالترقية العقارية، ج ر عدد 10، مؤرخة في 5-3-1986، ملغى بموجب المرسوم التشريعي 93-03.

العقارية، أن تقترح البيع على مخططات تمت الموافقة عليها طبقا لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير والمستخلصة من دفتر الشروط".

كما يمكن للمكتب انجاز إحدى عمليات الترقية العقارية الذي يستوفي القانون جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بها، أن يقترح البيع بناء على تصاميم تمت الموافقة عليها طبقا لقواعد البناء، التي تمر بها المصالح المكلفة بالتعمير والمستخلص من دفتر الشروط.

وكذلك ورد في نص المادة 30 من نفس القانون على أنه: " يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحرير عقد حفظ الحق الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية".

من هنا نرى أن المشرع الجزائري لم يستقر على تسمية واحدة، فتارة يسميه عقد حفظ الحق وتارة أخرى يسميه العقد التمهيدي أو الابتدائي، وهو ما ذهب إليه التشريع الفرنسي.

ثم قام بإلغاء القانون السالف الذكر وأصدر المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري<sup>1</sup>، وهو الذي جاء بصيغة جديدة وهي البيع بناء على التصاميم، منظمة بأحكام خاصة.

ثم صدر القانون 11-204<sup>2</sup>، الذي قام بإعادة تنظيم عقد حفظ الحق من جديد وعرفه بموجب المادة 27 منه كالاتي: " عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بنائه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير، يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون، يحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم".

ومما يمكن فهمه من خلال المادة التي ذكرت أعلاه، أن عقد حفظ الحق هو عقد ابتدائي لبيع عقار في طور البناء، لا يكون المشتري ملتزما فيه بصفة نهائية بإبرام العقد الناقل

<sup>1</sup> مرسوم تشريعي رقم 93-03، مؤرخ 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري ج ر، عدد 14، صادرة بتاريخ 03 مارس 1993، ملغى بموجب القانون 04-11.

<sup>2</sup> قانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14، الصادرة في 6 مارس 2011.



لملكية البناية المنجزة، حتى يقف على جدية المشروع ومدى توافقه مع المواصفات الأساسية للبناية التي تم الاتفاق عليها مع المرقى العقاري، في حين يتمكن كذلك المرقى العقاري من دراسة عملية البناء من جوانب مختلفة مالية كانت أم تقنية وغيرها، وخصوصاً ما يتعلق كذلك بتمويل المشروع إذ يجوز للمرقى العقاري الاستفادة من قروض لتمويل مشروعه، إذا لجأ إلى تقنية عقد حفظ الحق ولكنه يمنع عليه ذلك إذا تعلق الأمر بعقد البيع بناء على التصاميم، لأنه في هذا الأخير يتم الاعتماد على الأقساط المدفوعة دورياً من طرف المشتري، حتى يتم بها المرقى عملية البناء، ومصطلح الحجز الوارد في القانون الفرنسي والذي تطرق له المشرع الجزائري من خلال المادة 27 من قانون 11-04 الذي يحدد القواعد المنظمة للترقية العقارية السابق الذكر، يقترب من طبيعة العقد، فيتضح من خلاله أنه عقد تمهيدي يتم حجز البناية فيه محل التشييد<sup>1</sup>.

وبالعودة إلى عقد البيع بناء على التصاميم نجد أن المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري السابق الذكر، لم يقم بتعريفه فقد ترك المجال بذلك للفقهاء الذي يرى البعض منه بأن: "بيع العقار بناء على التصاميم هو عقد يرد على محل لم يتم إنشائه بعد وبموجب هذا العقد يتعهد البائع بإنشاء عقار معين، وفقاً لنماذج معينة تحددها وثائق العقد كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار إلى المكتتب، وتسليمه إياه هذا في مقابل نقدي يدفعه له".

وبالتالي نرى أن معظم التعاريف قد ركزت على عناصر في هذا العقد المتمثلة في عقد بيع عقاري ومحلّه غير منجز أو في طور الانجاز، فيتكفل البائع بانجازه وفقاً لنموذج وتصميم مصادق عليه، خلال فترة تم الاتفاق عليها بالعقد، ويسلمه للمشتري ويكون ذلك مقابل تسبيقات على دفعات مجزئة يدفعها المشتري حسب الأشغال التي تقع في الفترة ما بين إبرام العقد وتسليم العقار<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> خاثره سامية، التزامات المكتتب وصاحب حفظ الحق في القانون 11-04، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد 06، جوان 2018، ص 95، 96.

<sup>2</sup> لحرش دنيا زاد، العربي فريدة، التنظيم القانوني لعقود البناء والتصاميم، المجلة العصرية للدراسات القانونية-الكلية العصرية الجامعية- رام الله فلسطين، مجلد 01، عدد 02، سنة 2023، ص 272، 273.

ويسمى الشخص الذي يتكفل بانجاز هذا العقار بالمرقي العقاري الذي عرفه القانون 04-11 السالف الذكر بأنه: " يعد مرقياً عقاري في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر العمليات بناء مشاريع جديدة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التداخلات وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها ".

وبالعودة للقانون الفرنسي نجده قد أضاف المادة 1601-3 إلى القانون المدني الذي قام بتعديله سنة 2016 حيث نصت على أن: " بيع العقار تحت الإنشاء هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء أو إقامة عقار أو تشييد عقار خلال مدة محددة بالعقد بينما يلتزم المشتري بدفع الثمن حسب مقتضيات العقد المبرم " <sup>1</sup>.

فقد يستخدم المشرع الفرنسي الالتزام بالبناء حتى يميزه عن البيع، فهما يشتركان في نقل الملكية، وبالتالي يجب أن يبرم عقد ابتدائي وجب الالتزام به حسب رغبة الطرفين إلى غاية الانتهاء من وضع الأساس لإبرام البيع النهائي، وقد نظم القانون الفرنسي عقد البيع الابتدائي بتفاصيله، على عكس المشرع الجزائري الذي تكلم فقط على عقد البيع بناء على التصاميم، فهو عقد يقترب من عقد المقاوله أكثر من عقد البيع، فيتسم بكونه عقداً مسمى زمني يعد عنصر الزمن فيه فعلاً، لأن العقار لم يشيد بعد وإنما هو قيد التشييد <sup>2</sup>، ويعتبر عقد إذعان لكون القبول فيه يقتصر على التسليم بشروط العقد، لا تقبل المناقشة أو التعديل وهو ما سبق لنا التطرق له بالتفصيل <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Art 1601-3 du C.C.F : "La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux.

Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux."

<sup>2</sup> لحرش دنيا زاد، العربي فريدة، المرجع السابق، ص 273، 274.

<sup>3</sup> أنظر: الصفحة 96 من الأطروحة التي تطرقت فيها إلى تطبيقات الحماية في أهم صور عقد الإذعان، أين ذكرت فيها حماية المشتري في مفاوضات بيع العقار على التصاميم.

رابعاً: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد الابتدائي.

ينشئ العقد الابتدائي التزامات في ذمة طرفيه بإبرام العقد النهائي، المرجو الوصول إليه في الفترة المحددة التي تم الاتفاق عليها في العقد، أو في فترة معقولة بذات الشروط الواردة في العقد الابتدائي، ما لم يتم الاتفاق على تعديلها عبر اتفاق لاحق للعاقدين أو تطابقاً مع المعاملة والظروف، ويعد التزاماً بعمل من الناحية القانونية.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد البيع العقاري الابتدائي ينشئ جميع آثار البيع من الناحية القانونية من وقت صدوره، في حين أن نقل ملكية المبيع في العقارات تتأجل لغاية إجراءات التسجيل التي وردت في القانون، وذلك أمام مصالح التسجيل العيني العقاري.

وفي حالة إخلال أحد طرفي العقد الابتدائي بالالتزامات التعاقدية التي يفرضها العقد، يحكم القاضي في مواجهته بصحة ونفاذ العقد الابتدائي، ويقوم هذا الحكم الذي يتضمن الصحة والنفاذ للعقد الابتدائي مقام العقد النهائي، من غير الإخلال بما فرضه القانون، من ضرورة توافر الشروط الشكلية التي تتعلق بالتسجيل، وكذلك بالشهر العقاري.

هذا إلى جانب حقه في طلب فسخ العقد، كما يمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، فإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته يؤدي إلى التعويض الاتفاقي عند وجود الشرط الجزائي، فهو التزام ينشئ عن المسؤولية العقدية.

ويجدر بنا التنويه إلى أن امتناع أحد الطرفين من غير مبرر مشروع عن أدائه لالتزاماته من إبرام العقد النهائي، فإن ذلك يجيز للطرف الآخر أن يجبره قانوناً على تنفيذ التزاماته من خلال استصداره لحكم قضائي يقوم مقام العقد النهائي، وينقل بذلك ملكية العقار المبيع للمشتري عند تسجيل هذا الحكم وفقاً لإجراءات التسجيل.

ولا شك في أن مسودة التعاقد أو ما يسمى بمشروع العقد الذي يجسد فيه الأطراف حصول التفاهم بينهم مشتركاً، إذا لم يكن مسبقاً بعقد ابتدائي يلزم طرفيه بإبرام العقد النهائي،

فإنه لا يصل من الناحية القانونية إلى حد اعتباره عقدا ملزما لأي من الطرفين ويمكنهما العدول عنه وعدم إبرامه.

بناء على ما سبق فمسودة التعاقد أو ما يصطلح عليه بمذكرة " التفاهم المشترك "، تعد مجردة من قيمتها القانونية الملزمة، فلا يمكن لأي من الطرفين مطالبة الآخر أن ينفذ أي التزام أو شرط ورد في المسودة المذكورة، فلا يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي وقع عليه من جراء رفض الجانب الآخر إبرام العقد الوارد في مسودة التعاقد<sup>1</sup>.

### - الإخلال بالتزامات في عقد حفظ الحق.

قد يتقاعس الطرفان فيخل أحدهما بالتزاماته المفروضة عليه، فيتم توقيع جزاءات عليه من جراء ذلك وعليه سنتطرق لجزاء إخلال كل من المكتب وصاحب حفظ الحق بالتزامتهما.

### - إخلال المكتب بالتزاماته.

بالعودة للقواعد العامة نجد أن المشتري ملزم بدفع الثمن وفقا لما تم الاتفاق عليه، وفي حالة امتناعه عن دفع أحد الأقساط أثناء مرحلة تشييد البناء، أو حالة كونه قد رفض دفع القسط الأخير عند التسليم، يمكن للبائع أن يطالبه بالتنفيذ العيني مع التعويض إذا تطلب الأمر ذلك، ويمكن كذلك للبائع طلب فسخ العقد وطلب التعويض المحدد سابقا في العقد، ففي حالة حكم القاضي بالفسخ لابد أن يحكم بدفع التعويض الذي يتم تحديد قيمته في العقد، حتى ولو لم يترتب الضرر للبائع من جراء هذا التأخير في دفع الثمن، وهذا يختلف عن التعويض العادي الذي يقدره القاضي تناسبا مع جسامه الضرر، ويجوز للقاضي أن يحكم فيه بالفسخ دون الحكم بالتعويض إذا لم يقع أي ضرر.

وحري بنا التنويه إلى أن فسخ عقد البيع على التصاميم يلزم فيه البائع برد المبالغ المدفوعة إلى المشتري<sup>2</sup>، وهو ما أشار إليه المرسوم 94-58<sup>1</sup>، بوجوب تحديد عقد الفسخ عند

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 421، 422.

<sup>2</sup> خواتمة سامية، المرجع السابق، ص 115.

الموثق مهما كانت أسبابه إذا تم هذا الفسخ اتفاقياً، أما إن كان الفسخ قضائي فلا بد من إيداع هذا الحكم لدى الموثق، بحيث يخضع لإجراء الشهر العقاري.

واستناداً للمرسوم 11-04 السابق الذكر، نجد المادة 53 منه تنص على أنه: " يتعين على المكتتب في عقد البيع على التصاميم، دفع التسديدات التي تقع على عاتقه في الآجال المنصوص عليها، وفي حالة عدم التسديد يحتفظ المرقى العقاري بحق توقيع عقوبة على المبلغ المستحق.

يترتب على عدم تسديد دفعتين متتاليتين فسخ العقد بحكم القانون، بعد اذارين مدة كل واحد منهما خمس عشر (15) يوماً، يبلغان عن طريق محضر قضائي ولم يتم الرد عليهما ".

حسب ما أشارت إليه المادة فإن إخلال المكتتب بالتزام دفع الأقساط يختلف إذا لم يتم بالتسديد دفعة واحدة فإن المرقى ينفذ عقوبة على المبلغ المستحق، أما إذا لم يدفع قسطين متتاليين يترتب على ذلك فسخ العقد بقوة القانون، بشرط الإذار على مرتين، ومدة كل إذار تقدر ب 15 يوم ويتم ذلك عن طريق المحضر القضائي<sup>2</sup>.

- إخلال صاحب حفظ الحق بالتزاماته.

بالرجوع إلى المادة 32 من القانون 11-04 نجدها قد نصت على أنه: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال انجاز المشروع العقاري.

- بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر.

- بطلب من صاحب حفظ الحق وفي هذه الحالة يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع

بنسبة 15 % من مبلغ التسبيق المدفوع.

<sup>1</sup> مرسوم رقم 94-58، المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم، الملغى بالمرسوم التنفيذي 13-431، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجلها وكيفية دفعها، ج ر عدد 66، صادرة في 25 ديسمبر 2013.

<sup>2</sup> خاتمة سامية، المرجع السابق، ص 115.

- بطلب من المرقّي في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته وذلك بعد إعدارين (2)، مدة كل واحد منهما شهر واحد (1) ولم يرد عليهما، يبلغان عن طريق محضر قضائي".

يثور التساؤل حول التزامات صاحب حفظ الحق من غير التسبيق الذي تم تقديره بنسبة 20% من السعر التقديري للعقار، لدى صندوق الضمان في غياب نص آخر، يقدم التزامات أخرى إضافة إلى أنه لا تتواجد أقساط أخرى أثناء إنجاز العقار ولكن يتم التسديد الكلي لسعر العقار عند إبرام العقد النهائي<sup>1</sup>، وهو ما أشارت إليه المادة 33 من نفس القانون<sup>2</sup>.

وبالعودة إلى المرسوم التنفيذي 12-85<sup>3</sup>، نجد المادة 19 منه تنص على أنه: " يتعهد المرقّي العقاري في إطار نشاطه بعدم الاستلام من المقتنيين أي دفع ودفع جزئي و - أو تسبيق، بأي شكل من الأشكال، إذا كان ذلك غير مفروض وغير ناتج عن إعداد تام لعقد البيع أو البيع على التصاميم أو الحجز كما نصت عليه أحكام القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 والمذكور أعلاه".

التي أكدت على الثمن التقديري الذي يتبقى لا يسدد في شكل أقساط، وإنما يدفع التسبيق الذي يقدر ب 20% عند إبرام عقد حفظ الحق، في حين أن التسديد الكلي لسعر البيع يتم عند إبرام عقد البيع النهائي.

وفي حالة عدم التزام صاحب حفظ الحق بالشراء لاحتمال رجوعه عن إبرام العقد في أي زمن خلال إنجاز المشروع، يترتب عليه جزاء يتمثل في فقد جزء من المبلغ الذي أودعه والذي يقدر ب 15 % من مبلغ التسبيق المدفوع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> خاثرّة سامية، المرجع السابق، ص 116، 117.

<sup>2</sup> نصت المادة 33 من القانون 11-04 على أنه: " يتعين على المرقّي العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناءة أو لجزء منها، بإعداد عقد بيع البناءة المحفوظة أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق".

<sup>3</sup> مرسوم تنفيذي رقم 12-85 يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقّي العقاري، مؤرخ في 20 فبراير 2012، ج ر عدد 11، صادرة في 26 فبراير 2012.

<sup>4</sup> خاثرّة سامية، المرجع السابق، 117.

## الفصل الثاني

### المسؤولية المترتبة عن المفاوضات

قد تنتهي مرحلة المفاوضات إما بتتويجها بالعقد النهائي، وإما أن تبوء بالفشل وتزول المفاوضات بقطعها من خلال أحد أطرافها إذا اتضح له أن الصفقة تتطوي على مخاطر جسيمة، أو أنه من غير المنتظر أن تسفر عن أرباح، كما قد يتكبد المتفاوض عبرها خسائر جمة، فيلجأ لقطعها أو الإنسحاب منها إذا اتضح له أن المتفاوض الآخر يقوم بإجراء مفاوضات موازية بشروط أفضل<sup>1</sup>، أو أنه سيء النية، وكذلك قد يكتشف أنه قد خرق مبدأ السرية الذي يعد اللبنة الأساسية في التزامات التفاوض، كما قد يصدر عن أحد المتفاوضين أعمال خداع أو تقديم معلومات غير صحيحة أو غير كافية لمضمون الأداء الذي يقوم بتقديمه، زيادة على أنه قد يخفي أمرا وجوده يهدد صحة العقد، وفي جميع هذه الفرضيات يتضح جليا بأن حدوث الضرر في حاجة إلى تعويض لجبره<sup>2</sup>.

ومن المسلم به أن حرية التفاوض مطلب رئيسي للأطراف، فهي عنصر أساسي في الأداء السليم لاقتصاد السوق، كما أنها تفترض في مرحلة المفاوضات أنه يمكن للمرء إجراء هذه الأخيرة أو إنهاؤها وقطعها إن كان لا يريد الاستمرار فيها، لأسباب عدة أبرزها أنه قد يكتشف أحد المتفاوضين أن العقد لا يحقق له الفائدة المرجوة، أو قد يدخله في أزمة مالية مفاجئة كما قد يتلقى عرضا آخر أكثر ربحية بفضل ما يعرف بالمفاوضات الموازية، كما قد يكون المتفاوض الآخر غير جدي، وعديد من الأمثلة الأخرى من الواقع العملي.

ولا ريب في أن قطع المفاوضات هو نتيجة طبيعية للحرية التعاقدية التي تتطوي على الحق في عدم التعاقد، وحرية المنافسة، وعليه وكنتيجة طبيعية لا يمكن إجبار المتفاوضين على

<sup>1</sup> حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، غزة، فلسطين، مجلد 20، عدد 02، يونيو 2012، ص 551.

<sup>2</sup> Geneviève viney، ترجمة عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، مدخل إلى المسؤولية، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2011، ص 639، 640.

مواصلة المفاوضات بمنأى عن إرادتهم، وهو ما يتماشى مع التطبيق الأمين لمبدأ الحرية وقواعد العدالة، ومن زاوية أخرى فهو يسمح للأطراف خلال مرحلة التفاوض بمقارنة العروض المختلفة، واختيار العرض الأكثر ملائمة، وهو ما يفضي بالتأكيد إلى إنهاء المفاوضات مع المفاوضين الآخرين<sup>1</sup>.

ولكن كل ما أسلفنا ذكره مرهون بأن لا يتم اعتداء الحرية إلى حد الإضرار بالطرف الآخر في المفاوضات، وهذا لإضفاء الطمأنينة والأمان والاستقرار في ذات الوقت، ولعل الغاية من وضع أحكام خاصة بالمسؤولية هو البحث عن القواعد التي تكفل أقصى حماية للمفاوض المضرور من جراء قطع المفاوضات، انطلاقاً من لحظة نشوء الضرر، إلى غاية الآثار المترتبة عليه، فتضمن له بذلك تعويضاً عادلاً في حالة أصابه ضرر من قطع التفاوض، من غير مبرر مشروع<sup>2</sup>.

وقد أغفلت معظم التشريعات وضع نصوص تحكم مرحلة المفاوضات والمسؤولية المترتبة عن خرق مبادئها<sup>3</sup>، أو الانسحاب منها لاسيما إن كان ذلك من غير مبرر مما قد يكلف المتفاوض خسائر عظمى، وبالأخص إن كان قد تقدم فيها بما يقترب من إبرام العقد المنشود، وقد كلفته مصاريف ونفقات ضخمة.

ومن هذا المنطلق تبرز الإشكالية الرئيسية التي يطرحها هذا الفصل ألا وهي عن كيفية الموازنة بين جانبيين من الواقع يتجلى أولهما في الاعتراف للمفاوض بحريته في التراجع والعدول عن التفاوض تماشياً وتطابقاً مع مبدأ سلطان الإرادة، وثانيهما ضرورة تأمين الحماية القانونية اللازمة للطرف الآخر.

<sup>1</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p 111, 112.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 175.

<sup>3</sup> حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 551.



## المبحث الأول:

### الإطار القانوني للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات

لم يتضمن القانون المدني نصاً صريحاً ينظم مرحلة المفاوضات التي تسبق مرحلة التعاقد، وكذلك لم يتعرض للمسؤولية المترتبة عن هذه المرحلة سواء عبر قطعها بسوء نية أو من غير سبب جدي، هذا مع العلم أن كل متفاوض حر في ذلك كأصل عام، طالما أنه كان متوافقاً مع مقتضيات حسن النية، وعليه يمكن تكييف المسؤولية على أساس طبيعة تعامل التشريعات مع مرحلة المفاوضات، فمنهم من يعتبرها مجرد عمل مادي لا ينجر عنه أي أثر قانوني، بحيث يعتبر المتفاوض حراً في الولوج إلى المفاوضات من عدمه، والانسحاب منها في أي لحظة يشاء ذلك أو يرغب فيه، فيقطعها دون أن يترتب عن ذلك أية مسؤولية، ولكن قد يقترن العدول بخطأ كما قد يتسبب بضرر للطرف المتفاوض معه، فهنا تترتب وتتقرر مسؤولية الطرف الذي ارتكب ذلك الخطأ قصد جبر الضرر الذي تسبب فيه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إذا توفرت شروطها.

في حين أنه مواكبة للتطور الحاصل على مستوى الأدوات الاتفاقية التي يلجأ لها الأطراف حتى يتم تنظيم المفاوضات، التي أنجر عنها وجود اتفاقات وعقود أولية تسبق إبرام العقد النهائي، فأضحى المتفاوض يجد نفسه أمام جملة من الالتزامات لها طبيعة خاصة، غير مألوفة في مجال النظرية العامة للعقود، مما أثار جدلاً فقهيًا وقضائياً حول تلك الطبيعة القانونية للمسؤولية، التي تترتب من جراء قطع المفاوضات.

وقد حاول الفقه تحديد طبيعة المسؤولية المدنية فوقع جدل في هذا الصدد سعى على إثره الفقه مع أواخر القرن 19 للوصول إلى حلول ملائمة، ليحدد طبيعة المسؤولية خلال فترة المفاوضات، مما أفضى إلى ظهور جملة من النظريات حاولت كل منها تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية خلال مرحلة التفاوض على العقد، فتباينت آرائهم إلى فقه تقليدي يرجع المسؤولية إلى أساس عقدي، رغم تشعب الزوايا التي يكيفها من خلاله على هذا الأساس، ولكن

محدودية هذه النظريات وتأثيرها البسيط على التشريعات المقارنة دفعت بالفقه الحديث إلى التنقيب عن حلول جديدة، تتعلق بالأساس الذي تستند عليه المسؤولية في مرحلة المفاوضات حتى يحدد طبيعتها، إن كانت تقصيرية أم عقدية، فميز على إثر ذلك بين تلك المفاوضات المرفقة بعقد تفاوض صريح، والمفاوضات الغير مرفقة باتفاق صريح على التفاوض.

ولتوضيح الأمر بصفة أدق لابد من عرض التطور التاريخي للمسؤولية في فترة المفاوضات مع عرض النظريات المحددة للطبيعة القانونية للمسؤولية التي تترتب في هذه المرحلة، بغية الوصول إلى الرأي الأرجح الذي يتعلق بالحلول حتى تتوحد طبيعتها القانونية، بعيدا عن الازدواجية التي تسودها<sup>1</sup>.

وهو ما نصبوا لإبرازه من خلال عرض موقف الفقه التقليدي من المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات في المطلب الأول، في حين نستعرض موقف التشريعات الحديثة من المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي من المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

نظرا لكون الفقه التقليدي على تباين نظرياته واختلافها، يميل إلى اعتبار المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية ذات طابع عقدي، والتي مفادها عدم تنفيذ الالتزام الذي نشأ عن العقد، وعليه نحاول استعراض أبرز النظريات القائلة بالمسؤولية العقدية، وذلك في الفقه التقليدي على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد.

تعد نظرية الخطأ عند تكوين العقد من أبرز النظريات التي تطرقت لمسؤولية المتفاوض في مرحلة المفاوضات، ويعود الفضل في ذلك إلى الفقيه الألماني إهرنج في نظريته

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2016، 2017، ص 175.

التي أسماها " النظرية التقصيرية أو الخطأ في إبرام العقد " <sup>1</sup> وأساس هذه النظرية يتجلى في اعتبار المسؤولية في مرحلة المفاوضات وحدة غير قابلة للتجزئة <sup>2</sup>.

فالمسؤولية من وجهة نظر الفقيه إهرنج تقوم على تطبيقها في حال عدم قيام العقد النهائي، في حين أنها تطبق عند إبطال العقد بعد إبرامه وذلك ما ينطبق على الاتفاقات الباطلة أو الناقصة في مرحلة المفاوضات.

ففي حالة كون العقد باطلاً أو قابل للإبطال وتقرر إبطاله كإخفاء ناقص الأهلية لأهليته بطرق احتيالية، أو اللجوء للتدليس، فإن تحقق سبب البطلان من أحد الطرفين يتحقق معه خطؤه، ويكون مسؤولاً عن التعويض للطرف الآخر حسن النية عما لحق به من ضرر بسبب البطلان <sup>3</sup>.

فترتكز نظرية إهرنج في أن كل شخص يقدم على التعاقد ويكون هو السبب في بطلانه، إذ يقيم مظهراً كاذباً ليطمئن إليه المتعاقد الآخر، يلتزم بتعويض هذا المتعاقد استناداً إلى العقد الباطل، فالمسؤولية عن هذا الخطأ تعد عقدية استناداً إلى العقد الباطل نفسه.

ولا شك أن الدوافع التي جعلت إهرنج يؤسس المسؤولية في مرحلة المفاوضات على أساس الخطأ عند تكوين العقد، هو كون القانون الروماني قد كان هو المعمول به في ألمانيا في عهده، ولم يكن هذا القانون يسلم بكون كل خطأ يرتب مسؤولية مدنية بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض تقيد بشروط قانون Aquilia فلم يتمكن أن يقرر أن العقد الباطل باعتباره واقعة مادية يعد خطأً يوجب التعويض، ولكنه بحث في نص القانون الروماني فتصادف ببعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين في العقد الباطل على الطرف الآخر بدعوى العقد ذاتها، زيادة على هذه النصوص فقد صدر حكم من محكمة كولونيا

<sup>1</sup> فطيمة زهرة عبد العزيز، أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة العربي تبسي، تبسة، مجلد 06، عدد 01، مارس 2021، ص 30.

<sup>2</sup> R.von Jhering, étude complémentaires de l'esprit du Droit Romain de la faute en droit privé, traduit par O. de meulenaere, paris, p 23.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 432.

بألمانيا، اعتبره هو السبب المباشر الذي وضع على أساسه إهرنج نظريته المسماة بالخطأ عند تكوين العقد.

بحيث أن وقائع هذه الدعوة التي ذكرناها، تتلخص في أن تاجرا أرسل إلى المصرف الذي يتعامل معه برقية يأمر فيها بأن يبيع لحسابه أوراقا مالية، ولكن البرقية التي وصلت إلى المصرف ثبت فيها على سبيل الخطأ بالفعل Kaufen أن يشتري بدلا من الفعل Verkaufen أي يبيع فسقط سهوا من البرقية مقطع فير، فقام المصرف بشراء العدد المحدد من الأوراق المالية لحساب التاجر بدلا من أن يبيع، وحدث أن انخفضت أسعار هذه الأوراق المالية فطالب المصرف الزبون بفارق السعر، لكن التاجر تمسك ببطان الوكالة لعدم مطابقة الإيجاب للقبول، إلا أن المحكمة لم تأخذ بإيداعه وقضت ضده بالتعويض.

ومن هذه الوقائع استخلص إهرنج أن العقد على الرغم من بطلانه فإنه ينشئ التزاما بالتعويض باعتباره عقدا، لا لكونه واقعة مادية إذ قام برسم مبدأ يتجلى في أنه مجرد التقاء طرفين سعيا وراء إبرام عقد معين يعني اتفاقهما ضمنا على عقد أولي، يتعهد كل منهما بمقتضاه بأن لا يأتي من جانبه ما يمكن أن يحول دون التوصل إلى إبرام العقد المنشود صحيحا، منتجا لآثاره المقصودة، فإذا أخفق الطرفان من بعد في الوصول إلى العقد المنشود، أو اتضح بطلان هذا العقد لسبب يرجع إلى أحد طرفيه كان هذا الطرف مسؤولا عن ذلك أمام الطرف الآخر، وكانت مسؤوليته عقدية<sup>1</sup>.

فالفقيه إهرنج يفترض وجود عقد ضمان يقترن بكل محاولة لإبرام عقد، بمقتضاه يتعهد كل طرف في هذه المحاولة أن لا يؤتي من جانبه ما يفضي إلى إعاقة التعاقد، أو ما من شأنه إبطال العقد، ويستند عقد الضمان هذا إلى رضاء ضمني يتم تبادله بين الطرفين المتقدمين على التعاقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2006، ص 41، 42.

<sup>2</sup> عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1971، ص 125.

وبالتالي واستناداً على ما سلف فإن الفقيه إهرنج قد اصبغ على الخطأ والضرر والعلاقة السببية صبغة وطابعا خاصا، فمن واجب المتعاقد أن يعلم كل ما يحول دون التعاقد. وعليه فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الخطأ عند تكوين العقد يتجلى في الالتزام باليقظة عند التعاقد من خلال بذل المتعاقد أقصى ما يمكنه حتى يضمن إبرام عقد صحيح، فلا تتوقف الحماية القانونية من خطأ المتعاقد على العلاقة العقدية القائمة بالفعل بل تتعداها إلى العلاقات العقدية الناشئة في طور الانعقاد أو ما يسمى بمرحلة المفاوضات<sup>1</sup>.

وقد انتقدت هذه النظرية لكون هذا الرأي يقوم على مجرد الافتراض المحض، فالعقد لا ينشأ إلا بإرادة صريحة وباتة، ومن زاوية أخرى فالمتعاقد عند إعلانه عن إرادته فهو يبتغي إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، ولا تتصرف هذه الإرادة إلى إبرام تصرف لم تحدد معالمه أو تلك الالتزامات التي يفرضها، وكذلك العقد الضمني المزعوم إذا كان يهدف إلى عدم إعاقة إبرام العقد الذي جرى التفاوض بشأنه وكان ينشأ لحظة الإيجاب حسب رأي إهرنج، فهذا يعني أن الأطراف تبقى خارج مظلة الإلزام قبل صدور الإيجاب، مما يعني أن كلا من الطرفين يكون حراً في قطع المفاوضات متى شاء، طالما أن الإيجاب لم يصدر بعد<sup>2</sup>.

### أولاً: موقف بعض القوانين الحديثة من نظرية إهرنج.

تأثرت العديد من القوانين الحديثة بنظرية إهرنج على الرغم من الانتقادات التي تعرضت لها، والتي من ضمنها القانون الألماني وكذلك الفرنسي قبل التعديل، إضافة إلى القانون المصري القديم.

#### أ- موقف القانون الألماني من نظرية إهرنج.

أخذ التشريع في ألمانيا بنظرية الخطأ عند تكوين العقد التي جاء بها إهرنج كنظرية عامة في عدة مواضع، وما ساعد إهرنج على استنباط نظريته التي تعلقة بالخطأ في مرحلة التفاوض

<sup>1</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 42، 43.

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، سوريا، مجلد 29، عدد 02، سنة 2013، ص 324.

سنة 1861 هو كون القانون الألماني في تلك الفترة، لم يتضمن نصا عاما ولا خاصا على المسؤولية عن الفعل الضار خلال فترة المفاوضات، بحيث نص في المادة 122 من قانونه المدني أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلا وفقا للمادة 118 أو الطعن في البطلان على أساس المادتين 119 التي تضمنت الغلط والمادة 120 التي تضمنت الخطأ في نقل الإرادة، وعليه فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إن كانت موجهة إلى شخص معين أن يقوم بتعويض هذا الشخص، وفي حالة لم تكن موجهة إلى أي شخص هنا يعوض أي متضرر، نظرا لصحة الإرادة من غير أن يجاوز مقدار التعويض حد ما له من مصلحة في كون الإرادة صحيحة.

وكذلك ينقطع الالتزام بالتعويض في حالة كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب أن يعلم سبب البطلان أو القابلية للإبطال، فعند أخذ القانون الألماني بالنظرية فيما ذكر أعلاه فهو لم يبني المسؤولية على أساس الخطأ العقدي الذي أسسه إهرنج إنما جعلها تقصيرية تارة وعقدية تارة أخرى<sup>1</sup>، و في نفس السياق أيد القضاء الألماني مبدأ حسن النية<sup>2</sup>.

### ب- موقف القانون المدني الفرنسي قبل التعديل من نظرية إهرنج.

ذهب العديد من الفقهاء الفرنسيين إلى اعتماد نظرية إهرنج أبرزهم الفقيه سالي، مستندا في ذلك إلى نص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup>، حيث تنص على أن: "بيع ملك الغير باطل ويترتب عنه التعويض في حالة كان المشتري يجهل أن الشيء مملوكا للغير"، وعليه فإن مصدر التعويض في هذه الحالة من وجهة نظر الفقيه سالي لا يستند على خطأ البائع، لكونه قد يكون حسن النية، ولكنه عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد، فهو في

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 98، 99.

<sup>2</sup> نجد في قضاء المحكمة العليا في ألمانيا إلى أنه أسس المسؤولية في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد على علاقة قانونية أساسها الثقة المتبادلة، وكذلك النزاهة والأمانة بين الطرفين، حيث تلزم أصحابها بمراعاة واجب الحرص والعناية في سلوكهم وحسن النية، ورتب مسؤولية الطرف الذي يقوم بقطع المفاوضات من غير سبب معقول، وألزمت المحاكم بالتعويض كل من تسبب في ذلك عمدا أو بإهمال أوهم الطرف الآخر وبث فيه الثقة بأن التعاقد وشيك رغم علمه أن إبرام العقد مستحيل.

محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 99.

<sup>3</sup> Art. 1599 : "La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui".

حالة إقدام البائع على البيع يكون قد تعهد ضمنا بكفالة صحة العقد، وقد اعترض الفقهاء الفرنسيين على هذه النظرية فالفقه الغالب في فرنسا لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام إلا في حالات خاصة، حيث كانت المسؤولية العقدية تنتج فقط في حالة الإخلال بالالتزامات الناشئة على العقد، فلا مسؤولية عقدية إلا في حالة الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، ولا يعتد بالإرادة المنفردة، وعليه تكون المسؤولية تقصيرية وليست عقدية.

### ثانيا: موقف القانون المصري القديم من نظرية إهرنج.

حذى القانون المصري القديم حذو المشرع الفرنسي من حيث أنه لم يعتد بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، إلا أنه تأثر في ذلك بأحكام القانون الألماني، حيث كان المشروع التمهيدي للقانون المصري يتضمن نصا يقرر نظرية إهرنج<sup>1</sup>، والمتمثل في المادة 204 منه<sup>2</sup>، ولكن سرعان ما تم حذفه لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد عبارة عن نظرية دقيقة، يحبذ عدم الأخذ بها<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: نظريات أخرى حول أساس المسؤولية في مرحلة المفاوضات.

بعد الانتقادات التي وجهت لنظرية إهرنج حول الخطأ في مرحلة تكوين العقد، برزت نظريات أخرى حاولت إيجاد أساس للمسؤولية في مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية، نحاول استعراضها فيما يأتي:

#### أولا: نظرية تحمل التبعة العقدية.

نجد في هذا الصدد العديد من النظريات التي حاولت التنقيب عن أسس أخرى للمسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك حتى لا تقع في نفس نقائص وعيوب نظرية

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> نصت المادة 204 من المشروع التمهيدي للقانون المدني الفرنسي على أنه: " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال فعلى الطرف الذي يتمسك بالبطلان أن يعرض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد دون أن تتجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التي كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحا.

على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد في وقوع هذا البطلان أو كان يعلم بسببه أو ينبغي أن يعلم به "

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 100، 101.

الخطأ في تكوين العقد، ومن أبرز النظريات نظرية تحمل التبعة العقدية، والتي من أهم الفقهاء الذين نادوا بها الفقيه الألماني windscheid وكذلك كل من الفقهاء Labbe و josserand و Saleiellles وذلك في فرنسا، فأساس هذه النظرية يقوم على أن كل مقبل على التعاقد يتوجب عليه تحمل الأضرار التي تنجم عن تبعة النشاط العقدي الذي قام به<sup>1</sup>، مهما كانت الأسباب التي أعاققت قيام العقد أو أفضت إلى بطلان هذا العقد، وتعدت ذلك إلى إدراجها حتى لتلك الأسباب المجهولة تماماً عن العقد، نظراً لكون النشاط التعاقدي يحمل في طياته أخطاراً عديدة قد تلحق الضرر بالقائمين به، ولذلك يجب على البادئ بالنشاط التعاقدي تحمل تبعة هذا النشاط العقدي، وبذلك تتعقد مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدي بمجرد حدوث ضرر منه.

### ثانياً: نظرية الوكالة ونظرية الفضالة.

تعود نظرية الوكالة إلى الفقيه الألماني شورل scheurl بحيث تعد نظرية الوكالة أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن وجهت إليه توكيلاً ضمناً، بأن يتخذ كل الأعمال الضرورية واللازمة للوصول إلى إبرام العقد في حالة فشل المفاوضات وعدم إتمامها، بحيث إذا لم يتم إبرام العقد المرجو الوصول إليه فإن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل جميع النفقات والمصاريف التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة ولم تتوج بالنجاح.

وبالنسبة لنظرية الفضالة فهي تعود إلى الفقيه الألماني تون Thon الذي كان يعد أن الشخص الذي تلقى دعوة إلى التفاوض فضولياً، يدير شأناً لرب العمل الذي وجه إليه هذه الدعوة، وبذلك واستناداً على هذا الأساس فإنه بإمكان الفضولي الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات حتى يسترد ما أنفقه عن طريق دعوى الفضالة، فالنفقات التي أنفقها في سبيل ذلك، حتى يبرم العقد الغاية منها أن يحقق المصلحة المشتركة للطرفين، فحتى لو كان هدفه تحقيق مصلحته الشخصية إلا أنه في ذات الوقت يحقق مصلحة صاحب الدعوة من حقه بالنتيجة أن يسترد المصروفات والنفقات التي بذلها في سبيل صاحب الدعوة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 152، 153.

<sup>2</sup> فطيمة زهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 31.



### ثالثا: نظرية فاجيلا.

تعد نظرية فاجيلا من أبرز النظريات وأشهرها التي تطرقت لموضوع المسؤولية في مرحلة المفاوضات بصفة صريحة، وصاحبها هو الإيطالي المستشار جبريال فاجيلا<sup>1</sup> إذ تركز نظريته على أساس اتفاق بالضمان حين البدء في التفاوض على العقد، حيث يقوم على التعامل وفقا لحسن النية والصدق، وكذلك الأمانة وقواعد العدالة، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار حقوق ومصالح الطرف الآخر، فيلتزم كل طرف بعدم الإضرار بالآخر وعدم قطع المفاوضات من غير مبرر مشروع، لكون القانون يتطلب احترام مبادئ العدالة وحسن النية ضمن ما يسمى بميثاق الضمان<sup>2</sup>، حيث اعتبر جبريال فاجيلا أن الطرفين المتفاوضين يعبران بثلاثة مراحل، وهي كما يأتي تاليا:

مرحلة المفاوضات التمهيدية ومرحلة صياغة الإيجاب وأخيرا مرحلة تصدير الإيجاب، فتعد المرحلة الأولى من الأعمال التحضيرية التي لا تتعدى كونها مجرد مناقشات واجتماعات وتبادل للآراء ووجهات النظر، فليس فيها شيء بات ولا محدد في هذه المرحلة، أما فيما يتعلق بالمرحلة الثانية فيصاغ فيها أحد المتفاوضين مشروع العقد النهائي مستعدا بذلك أن يوجه إلى الطرف الآخر في شكل إيجاب نهائي للعقد، واستنادا على ما سبق يتقدم كل طرف إلى طاولة المفاوضات مع تصوره الخاص، للعقد المرجو إبرامه في المستقبل.

وفيما يتعلق بالمرحلة الأخيرة فيتخذ فيها القرار الحاسم والنهائي، بحيث يرى المستشار بأن لكل مرحلة من هذه المراحل الثلاثة التي تسبق العقد قيمة قانونية حقيقية، وترتب كذلك عنها آثار قانونية خاصة بها، ولذلك فهو يعترف بإمكانية قيام المسؤولية في الفترة التي تسبق التعاقد، وهذه المسؤولية لا يعد أساسها الإهمال أو الخطأ ممن عدل عن الإيجاب بل هي مسؤولية مفترضة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 117، 118.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 438.

<sup>3</sup> فطيمة زهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 31.

وبالرغم من تميز الأفكار التي جاء بها فاجيلا والتي ضمنها نظريته، إلا أنها تعرضت من قبل بعض الفقه لجملة من الانتقادات أهمها:

- التقسيم الثلاثي لمرحلة المفاوضات السابقة للعقد لا يتوافق مع الواقع، بحيث أن هذه المراحل لا يمكننا إيجادها في جميع العقود خلال مرحلة المفاوضات، مثلا ليس بالوسع إيجادها في عقود الإذعان لكونها غير قابلة للتفاوض، وغالبا ما نجد أن مرحلة صياغة الإيجاب تندرج ضمن مرحلة التفاوض التي تتم بصور الإيجاب النهائي، وبذلك يجب النظر إلى التفاوض ككل لا يمكنه أن يتجزء، وليس هناك مبرر لتجديد المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب لكونها تسفر عن مرحلة تعد مشروعا للإيجاب لم يتم الإعلان عنه بعد.

- وكذلك فالأخذ بمعيار غير دقيق للفرقة بين الانسحاب التعسفي والغير تعسفي الذي هو معيار المصلحة الاقتصادية، إذ من شأنه فتح باب التحكم أمام القاضي، حتى يبحث عن النية الحقيقية للطرف الذي قطع المفاوضات، ليسعه اكتشاف إن كان انسحابه مبررا أو غير مبرر، فهذا المعيار قد ينفي المسؤولية في مرحلة المفاوضات لأن من يريد الانسحاب يمكنه أن يخلق لنفسه المبررات الكافية، ومثال ذلك أن يعرض شروطا صعبة ومجفة يعرف أنها لن تقبل من المتفاوض الآخر، أو تؤدي إلى رفض كل ما يعرض عليه بحجة أنها لا تتفق مع مصالحته الاقتصادية، مما يصعب على القاضي اكتشاف السبب الحقيقي لقطع المفاوضات.

- لا ريب في أن إسناد المسؤولية لفكرة وهمية في مرحلة التفاوض التي تتجلى في فكرة الضمان، التي تلزم الطرفين بعدم الانسحاب من التفاوض دون مبرر مشروع، هو أمر وهمي ليس له أساس قانوني واضح وسليم، والالتزام القانوني لا ينشأ إلا بمقتضى نص خاص يقرره القانون، في حين أن القانون يخلو من وجود نص كهذا زيادة على أن التسليم بفكرة الضمان القانوني للمسؤولية في مرحلة المفاوضات هو أمر متناقض لكون فاجيلا يعد هذا الضمان قانونيا وليس اتفاقيا، إلا أنه يشترط وجود الرضا من كلا الطرفين للولوج إلى التفاوض، سواء صدر ذلك بصفة صريحة أم كان بصفة ضمنية مما يترتب عنه التزامهما بالتفاوض وفقا

لحسن النية، ويكفي هذا الاتفاق بذاته لتأسس المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات من دون افتراض ضمان قانوني يشكل أساسا لهذه المسؤولية.

- زيادة على ذلك فإن نظرية فاجيلا تحتوي في طياتها على نوع من التناقض، فهي من جهة تعترف بحق كل طرف في العدول عن التفاوض ولو تم ذلك بعد صدور الإيجاب، وفي ذات الوقت تجعل الموجب مسؤولا بمجرد عدوله عن الإيجاب، حتى ولو لم يكن متعسفا في العدول، وكذلك من ناحية أخرى فهي ترفض قيام المسؤولية على أساس الخطأ، وتشتترط لقيام المسؤولية الانسحاب التعسفي من المفاوضات الذي يجب أن يكون مبررا بصفة موضوعية، حيث تعتبره النظرية بمثابة إخلال بقواعد العدالة، وكذلك يتناقض مع مبدأ حسن النية وفي ذلك رجوع إلى فكرة الخطأ التي تنكرها النظرية ولا تعترف بها<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: موقف التشريعات الحديثة من المسؤولية في مرحلة المفاوضات.

باستعراضنا لرأي الفقه التقليدي فيما يخص المسؤولية في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد يتسنى لنا عرض موقف التشريعات والفقه الحديث، وكذلك القضاء المعاصر لمعرفة رأيه في هذا الصدد، وتجسيدا للحرية التعاقدية وفقا لما يمليه مبدأ سلطان الإرادة فإن العملية التفاوضية يمكن أن تخضع لمبدأ حرية العدول<sup>2</sup>، وعلى إثر ذلك يمكن لأي من الطرفين المتفاوضين إنهاؤها عبر رفضه للتعاقد، ليضع حدا للمفاوضات ولو كانت في مراحل متقدمة، ما دام قد اتضح له أن الشروط التي طرحت للتعاقد غير مناسبة، ولكن بعض الأنواع من العقود قد تتطلب مفاوضات طويلة تتسم بالتعقيد، ويبذل في سبيل إنجاحها تكاليف ونفقات باهظة، ولاسيما ما تعلق منها بالتجارة والتي أسفرت عن ظهور نوع جديد من

<sup>1</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 60، 61، 62.

<sup>2</sup> سبق لنا التطرق إلى الحرية في مرحلة المفاوضات، سواء حرية الولوج إليها وحرية اختيار المتفاوض وكذلك حرية العدول عن التفاوض كأصل عام، انظر: ص 122 من هذه الأطروحة.

الاتفاقات اصطلاح عليها "باتفاقات التفاوض" أو "عقود التفاوض" والتي يستعين بها الأطراف وقد تكون في شكل مكتوب الغاية منها وضع تنظيم اتفاق للمرحلة قبل التعاقدية.

وعليه وبناء على ما سبق فإن الفقه والقضاء الحديثين يفرقان في مرحلة التفاوض التي تصبوا لإبرام العقد بين فرضين ألا وهما:

المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.

والمفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض

وهو ما نسعى لاستعراضه فيما يأتي:

### الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.

يمكننا تعريفها بأنها: " تلك المفاوضات التي تتم بدون أن يكون هناك اتفاق صريح ينظمها وهي دخول الأطراف في المفاوضات دون صياغة اتفاقهما على إجراء التفاوض في ورقة مكتوبة ودون أن يصرح بهذا الاتفاق"<sup>1</sup>.

ويقصد بذلك بأن الطرفين غير معنيين بوضع آلية تنظم عملية التفاوض ولا صياغة اتفاق على إجراء التفاوض ضمن وثيقة مكتوبة من غير وجود اتفاق ينظم علاقة المتفاوضين ولا نص قانوني خاص بذلك<sup>2</sup>.

وفي ظل هذه المعطيات يثار التساؤل حول نوع المسؤولية في هذا النوع من المفاوضات وما طبيعتها؟

اختلف الفقه الحديث حول طبيعة المسؤولية في هذه الحالة ولذلك ظهرت عدة اتجاهات وفي قوانين متباينة، سعت لتكييف هذا النوع من المسؤولية، نحاول استعراض أبرزها فيما يأتي:

<sup>1</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 63.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 135.

أولاً: موقف المشرع الجزائري.

لم ينظم المشرع الجزائري من خلال القانون المدني عملية التفاوض بأية نصوص قانونية، وعليه يتم النظر إلى المفاوضات على أنها مجرد أعمال مادية، وإذا عدل أحد الطرفين عنها واقترن عدوله بخطأ عبر إخلاله بما فرضه القانون عليه من ضرورة عدم الانحراف عن المسلك المألوف، على نحو يلحق الضرر بالغير، يكون بذلك مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وهو ما ورد في المادة 124 من القانون المدني، بحيث تضمنت بأن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض، وتتعلق هذه المادة بالمسؤولية عن الفعل الضار، وتتسع كذلك لتشمل الخطأ المرتكب خلال المرحلة السابقة للعقد، بما فيها الخطأ الذي يتجلى في قطع عملية التفاوض من غير مبرر مشروع، وما يأخذ على نص هذه المادة أنه يتسم بالعمومية، بحيث جاء مطلقاً تعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار.

كما نصت المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية".

وبناء على ذلك فإن التشريع الجزائري يوجب مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، إلى جانب الالتزام بالإعلام الذي ينبثق عن المبدأ الرئيسي المتمثل في حسن النية، ولذلك فهو يتوسع بصفة ضمنية ليشمل المرحلة التي تسبق إبرام العقد<sup>1</sup>.

وقد تضمن كذلك القانون المدني الجزائري النص على الاتفاق الابتدائي والوعد بالتعاقد، وكذلك التعاقد بالعربون في كل من المادتين 65 و 72 و 72 مكرر من القانون المدني، والتي تعد صوراً تمهيدية يليها في الغالب إبرام العقد النهائي<sup>2</sup>، وورد النص كذلك على

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 455.

<sup>2</sup> سبق لنا التفصيل في العقود الممهدة للعقد النهائي اللاحقة للتفاوض في الفصل الأول من الباب الثاني، انظر: الصفحة 277.

سلطة القاضي حين تدخله بهدف تكميل أو إتمام العقد، وكذا تفسيره بشرط أن يكون هذا التكميل الغرض منه إتمام النقص وسد الثغرات حتى تتضح النية المشتركة للطرفين.

وعليه إذا كان أحد الطرفين سببا في بطلان العقد فلا يجب عليه التعويض، إلا إذا كان هذا العمل من جانبه يشكل خطأ طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، في حالة استيفائها لشروطها وهو ما وضحته المادة 124 من القانون المدني السالفة الذكر، فيكون للتعويض أثرا عرضيا للعقد الباطل لكونه واقعة مادية لجبر الضرر لما لحق بالمضرور من خسارة، إضافة إلى ما فاتته من كسب<sup>1</sup>، كذلك تضمنت المادة 103 من القانون المدني بأن المتعاقدين يعادان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، في كل من حالتي بطلان العقد أو إبطاله وفي حالة الاستحالة يجوز أن يتم الحكم بتعويض عادل، كما ورد في فقرتها الثانية بأنه يمكن لناقص الأهلية طلب إبطال العقد لنقص أهليته، كما أنه يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من كان سببا في عدم مشروعيته أو كان عالم به<sup>2</sup>.

### ثانيا: موقف القوانين الرومانية الجرمانية.

كان القانون الألماني القديم Le code prussien يحمل الطرف الذي لا يتقيد بحسن النية أثناء المرحلة التي تسبق التعاقد المسؤولية العقدية، وهو التزام أعيد نقله للمشروع التمهيدي للقانون الألماني من خلال المادة 97 منه.

وكذلك نص القانون المدني الألماني على تطبيقات هذه المادة عبر المواد 122 و 179 و 307 منه التي تضمنت توقيع عقوبة ضد كل من يأتي سلوك يتصف بسوء النية في المرحلة التي تسبق التعاقد.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء في ألمانيا تأثر بنظرية الخطأ عند تكوين العقد التي جاء بها الفقيه الألماني إهرنج، بحيث جرى التسليم لديهم بأنه مجرد الدخول في التفاوض

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 456.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 09-07-1989 ملف رقم 58829، م ق، 1991، عدد 01، ص 79، (انعدام الشكل الرسمي).

بغية إبرام عقد ما تنشئ بين طرفي المفاوضة علاقة قانونية خاصة، تلزم على إثرها الأطراف بمراعاة الأمانة وحسن النية في التفاوض، ومجرد الإخلال بهذه الالتزامات تؤدي لقيام المسؤولية ما قبل التعاقدية، وتعد مسؤولية شبه عقدية وتتنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية<sup>1</sup>، فيكون على إثر ذلك لكل طرف الحصول على تعويض من جراء ما أصابه من ضرر نتيجة خيانة هذه الثقة<sup>2</sup>.

ففي عام 1969 عرضت قضية على القضاء الألماني في هذا الصدد بسبب قيام أحد الأشخاص بقطع إجراءات التفاوض بعد أن قطع الطرفان شوطا كبيرا فيها، بحيث أعلنت المحكمة أنه يمكن الحكم بالتعويض للطرف المتضرر في مثل هذه الحالة إذا لم يكن قطع المفاوضات قد قام على أسباب أو أسس معتبرة، وكان اعتماد الطرف المتضرر على إمكانية إبرام العقد معقولا ومبررا، وكانت هذه الإمكانية قد نشأت عن التصرف الذي قام به الطرف الآخر، وأشارت المحكمة على سبيل المقارنة للمواد 118 من القانون المدني الألماني والخاصة بإعلان بطلان الإرادة إذا لم يكن جديا، وكذلك المادة 119 من ذات القانون، الخاصة بإبطال إعلان الإرادة للغلط في مضمونه، وكذلك المادة 120 التي تعلق بإمكانية إبطال إعلان الإرادة الذي تم نقله بصورة غير صحيحة وأيضا المادة 122 التي ألزمت من صدر عنه الإعلام في هذه الحالات أن يقوم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه نتيجة اعتقاده بصحة إعلان الإرادة، وتؤكد اتجاه القضاء بإقرار مسؤولية الطرف الذي يوهم طرفا آخر بأن هناك عقدا على وشك الإبرام في عدة قضايا لاحقة<sup>3</sup>.

وفيما يخص موقف القانون الإيطالي فقد اهتم القانون في إيطاليا بمرحلة المفاوضات منذ ما يزيد عن القرن، من خلال الفقيه فاجيلا فقد تأثر القانون الإيطالي برأي الفقيه ونظريته

<sup>1</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 63، 64.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 141.

<sup>3</sup> حكم مأخوذ عن نصير يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، العراق، مجلد 07، عدد 03، سنة 2001، ص 215، 216، BGH 12 June 1975 NJW 1975.

التي تجلت من خلال المادتين 1337 و 1338، بحيث نصت المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي على أنه: " يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض وإبرام العقد بحسن نية"<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بالنصوص القانونية التي تتحدث عن المسؤولية في حالة قطع المفاوضات فهي غير موجودة في القانون الإيطالي، وعليه فإن موقف القانون المدني فيه من المفاوضات الغير مرفقة باتفاق التفاوض هو اعتبارها مجرد أعمال مادية غير ملزمة شأنها شأن القوانين الأخرى، بوسع المتفاوضين قطعها من دون التعرض للمسؤولية<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق يتأكد لدينا بأن القانونين الألماني والإيطالي قد اهتمتا بمرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد، وأدرجاها ضمن نصوص القانون المدني<sup>3</sup>.

### ثالثا: موقف القانون الفرنسي.

يتضمن القانون الفرنسي ما يعرف بمبدأ المسؤولية عن فشل المفاوضات وقطعها، وتخصص معظم الأعمال المتعلقة بقانون العقود الفرنسي قسما لهذه المسؤولية، إذ تنشأ المسؤولية عن فشل المفاوضات عندما لا تصل المفاوضات إلى نهايتها.

ويجدر بنا التنويه كذلك إلى أن القانون الفرنسي يقوم على مبدأ الحرية التعاقدية وهو ما تؤكد عليه المحاكم الفرنسية<sup>4</sup> بعدم جواز مطالبة أي أحد بالدخول في المفاوضات لكون ذلك يدخل ضمن الحرية الشخصية<sup>5</sup>.

من الناحية التاريخية فإن البحث عن الطابع القانوني للمسؤولية السابقة للتعاقد في القانون الفرنسي، كانت موضوع نزاع فقهي بين مؤيد للمسؤولية التعاقدية، وغيرهم من المؤلفين الذين يدعون عكس ذلك، ومع مرور الوقت تناولت نظريات مختلفة المسؤولية قبل التعاقدية

<sup>1</sup> المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي الموافق عليه بموجب المرسوم الملكي رقم 262 المؤرخ في 16 مارس 1942.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 140، 141.

<sup>3</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 64، 65.

<sup>4</sup> Cass. Com., 12 mai 2004, n° 00-15618, publié au Bulletin, pris a partir de Olivier Beddeleem , Essai sur la rupture des pourparlers en droits français et anglais, thèse, université paris 1 panthéon Sorbonne, soutenue le 16 novembre 2022, p 39.

<sup>5</sup> Olivier Beddeleem , op.cit, p 39.



ولكن من منظور مختلف لأساس وطبيعة هذه المسؤولية، فيذهب الاتجاه الأول إلى الأساس التعاقدية فيما يختار الاتجاه الثاني أساس الضرر، وهناك من يرى من الفقه في اتجاه مخالف لهما بأن المسؤولية التي تسبق التعاقد ليست ضرورية على الإطلاق، لأن الاختيار بين المسؤولية غير التعاقدية والمسؤولية التعاقدية قد يبدو مسألة سطحية، علاوة على أنها تتسم بكونها تملك نظاما قانونيا وثيقا جدا، ومع ذلك يتجه أغلب الفقه إلى أن الاختيار جد مهم لكونه يختلف من حيث القواعد الإجرائية التي يتم تطبيقها، سواء تعلق ذلك بالأدلة أو القيود أو حتى التعويضات القابلة للجبر أو مقدار التعويض، ومن ثم من الضروري في نظام القانون المدني الفرنسي اختيار ما إذا كانت الدعوى تعاقدية أو تقصيرية قائمة على الضرر، ومرد ذلك إلى استحالة رفع دعوى بموجب النظامين معا.

وعلى ضوء ما سبق فالمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي هي التزام المفاوضات المخالف بإصلاح الضرر الناجم عن عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه، وتتطلب المسؤولية التعاقدية وجود عقد ساري المفعول بين المتعاقدين، الذين سبب عدم أدائهم لالتزاماتهم ضررا لأحدهم.

فالمسؤولية التعاقدية تقوم في حالة وجود العقد أو اتفاق التفاوض في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد، ومن المؤكد أنه في حالة إبرام أحد العقود التحضيرية فإن أي إخلال بأحكامه يؤدي إلى قيام وتحريك المسؤولية التعاقدية، وإنهاء المفاوضات السابقة للتعاقد دون مبرر، قد يؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية للشخص الذي بادر بهذا الإنهاء وأخذ زمام هذه المبادرة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mahmoud Elsahly, La période précontractuelle-Etude comparée des régimes français et égyptien, Thèse de doctorat, Ecole doctorale droit et science politique, Université de Toulouse, 2018, p 117 ; 118, 119.

ويذهب مؤيدي الطرح التعاقدى خلال فترة المفاوضات إلى أبعد من ذلك، حيث أنهم يعتقدون أن جميع المفاوضات والمحادثات التي تسبق التعاقد، تولد بحكم الواقع عقداً ضمناً في الفترة التي تسبق التعاقد<sup>1</sup>.

وقد تأثر القانون الفرنسي بالفقه الألماني والنظرية الألمانية إلا أنه لم يحتفظ بها طويلاً نظراً للانتقادات العديدة التي تعرضت لها، لقد انتقد البروفيسور Tourneau نظرية Jhering قائلاً أن وجود عقد ضمني بين المتفاوضين خلال فترة ما قبل التعاقد هو مجرد خيال، ويرى البعض الآخر أن توسيع نطاق المسؤولية يتعارض مع طبيعة العلاقات التي تسبق التعاقد، لكون الواجبات التعاقدية تنشأ للمعاقبة على عدم الوفاء بالتزام سابق للقيام به أو تقديمه، فمن المستحيل قبول فكرة العقد الضمني أو عقد الضمان بين المتفاوضين في الفترة التي تسبق التعاقد، ففي الواقع العقد غير موجود، ولكنه قد يمثل ببساطة خدعة قانونية، أو ملجأ لبعض المحامين الذين يجدونه حلاً في غياب النصوص القانونية، وعليه فإنه في غياب العقد يبدو الاحتجاج بالمسؤولية العقدية أمراً متناقض وغير منطقي.

وقد أعلن واضعوا مرسوم 2016 أن المسؤولية السابقة للتعاقد ستكون من حيث المبدأ ذات طبيعة غير تعاقدية، وعليه فنظرية المسؤولية التعاقدية غير مقبولة على الإطلاق على المستوى الفقهي والاجتهاد الحالي في فرنسا<sup>2</sup>.

وجدير بنا التنويه إلى أن المشرع الفرنسي بمقتضى قانون العقود الجديد الساري المفعول بتاريخ 1 أكتوبر 2016 نص على مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد، من خلال المواد الخمسة الجديدة التي أدرجها والمتمثلة في المواد 1102، 1104، 1112، 1112-1، 1112-2 والتي تضمنت أهم الأحكام ومبادئ فترة المفاوضات قبل التعاقدية، منها الحرية التعاقدية ومراعاة ما يتطلبه حسن النية أثناء المفاوضات، وكذلك الالتزام بالإدلاء والالتزام بضمان السرية

<sup>1</sup> Comme c'est le cas de Jhering qui a fondé sa théorie sur l'existence d'une convention tacite, cité par Mahmoud Elsayhly, op.cit, p 120.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsayhly, op.cit, p 117, 118, 119.

وكذلك حدود التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ المرتكب في هذه المرحلة الحساسة التي تسبق التعاقد<sup>1</sup>.

وفي مقابل ذلك نجد سكوت المشرع الفرنسي بشأن طبيعة المسؤولية التي تترتب في مرحلة المفاوضات فلا يذكر شيئاً عن أساسها، فهو يؤكد على متطلبات حسن النية ومن المنطقي أن تكون المسؤولية في هذه الفترة خارج نطاق التعاقد، وهو ما يتضح من مقتضى المادة 1112 السالفة الذكر، وبالرغم من أن المشرع الفرنسي لم يحدد صراحة طبيعة المسؤولية خلال فترة التفاوض<sup>2</sup> في مرسوم 2016، إلا أن إرادة واضعي المرسوم ظهرت بوضوح في التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية المتعلقة بالمرسوم، حيث أعلن هذا التقرير أن هذه المسؤولية ستكون من حيث المبدأ ذات طبيعة خارجة عن العقد، ما لم يتم اتخاذ ترتيبات لهذه المرحلة من التفاوض وإنهاءها<sup>3</sup>.

رابعاً: موقف بعض القوانين العربية.

في ظل انعدام مواد صريحة في القوانين العربية التي تشير إلى مرحلة المفاوضات والمسؤولية المترتبة عنها، وندرة القضايا فيها يدفعنا ذلك إلى استطلاع رأي الفقه، حيث ذهب الفقه المصري إلى اعتبار التفاوض لا يغدوا كونه عملاً مادياً لا يرتب أي أثر قانوني، فكل متفاوض بوسعه قطع المفاوضات في الوقت الذي يشاء من غير تعرض لأي مسؤولية، تماشياً مع الحرية التعاقدية التي تمكن كلا الطرفين من الانسحاب في أي مرحلة من التفاوض.

إلا في حالة اقتران هذا العدول بخطأ انجر عنه ضرر لحق بالطرف الآخر، فتقوم المسؤولية على كل من عدل عن التفاوض ولكنها ليست مسؤولية عقدية بل هي مسؤولية تقصيرية، أساسها العدول المقترن بخطأ، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية التي

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 443.

<sup>2</sup> Mahmoud Elsahly, op.cit, p142.

<sup>3</sup> Le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance ce rapport déclaré que: "cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture".

عدت أن المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في أي وقت يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، إلا إذا ثبت وجود خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية وينتج عنه ضرر يلحق بالطرف الآخر، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق الطرف المضرور، كما لا يعتبر العدول عن إتمام المفاوضة هو عنصر الخطأ بل يجب أن يثبت الخطأ من عناصر أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

وقد جاء رأي الدكتور رجب كريم عبد الإله بموقف يخالف كلا من القضاء والفقه في مصر بحيث يرى أنه لا جدوى من التفرقة بين المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض، وغير المصحوبة باتفاق التفاوض، لكون هذه التفرقات تقتصر إلى أساس قانوني سليم ويرى أنه من العدل والمنطق توحيد الطبيعة القانونية للتفاوض دون تمييز بين صورة وأخرى من صور التفاوض، حتى يتم تجنب المشكلات القانونية التي قد تثور في التطبيق العملي بسبب هذه التفرقة، ولذلك أضاف الدكتور على التفاوض الطبيعة العقدية سواء كان هذا التفاوض في شكل اتفاق أو من غير هذا الاتفاق، لكون عقد التفاوض حسب رأيه ينعقد بمجرد تراضي الطرفين صراحة أو ضمناً بالدخول في التفاوض، من غير الحاجة لإفراغه في شكل معين، ويقوم بالزامهما بالتفاوض على العقد، من غير أن يلزمهما بإبرامه وينشئ عن هذا الاتفاق التمهيدي التزامات تبادلية معينة على عاتق الطرفين، التي على رأسها الالتزام بالتفاوض<sup>2</sup>.

وبالتالي نكتشف أن العدول يفضي إلى مسؤولية من قام به إذا اقترن بخطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، وذلك في حالة نتج عنه ضرر أصاب الطرف المتفاوض الآخر ويقع عبء إثبات الخطأ والضرر على عاتق الطرف المضرور.

<sup>1</sup> نقض مدني مصري، 9 فبراير 1967م المجموعة س 18، رقم 52، ص 334، مأخوذ عن محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 137.

<sup>2</sup> مأخوذ عن بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 69، 70.

وكذلك تجدر الإشارة إلى أن الأعمال التحضيرية للعقد أو تلك المتعلقة بمشروع هذا الأخير، تعد مجرد مفاوضة لا تتعدى كونها عملاً مادياً لا يترتب أي أثر قانوني تعاقدى فلا تقوم المسؤولية في حالة إنهاء المفاوضات لأسباب موضوعية التي من أمثلتها عدم التوافق على السعر أو الاختلاف في مسألة الشروط وغيرها.

ولا يفوتنا أن نشير إلى أن المشرع المصري يذهب إلى كون إنهاء التفاوض دون أي مبرر مشروع بما يتنافى مع مبدأ حسن النية والالتزام به لاسيما في حالة وصول المفاوضات إلى مراحل متقدمة لغاية الانتهاء بإبرام العقد المنشود، يعد خطأ تقصيري يستوجب تعويض المضرور، وكذلك الانحراف عن السلوك المألوف من طرف المتفاوض يعد خطأ تقصيري، لكون عدم إبرام العقد المنشود ليس له أثر في قيام المسؤولية<sup>1</sup>.

وقد ذهب القانون التونسي في مجلة الالتزامات والعقود التونسية لعام 1907 والتي دخلت حيز التنفيذ، إذ كانت المعاملات المدنية تتميز ببساطتها، ومن ضمن القواعد التي جاءت بها المجلة، مبادئ الحرية التعاقدية التي لا تتلائم مع إخضاع المرحلة التي تسبق العقد للقانون بحيث أكد santilana في تقريره بهذه المجلة على تبني محرر المجلة بمبدأ سلطان الإرادة بحيث قال في ذلك أن الدين الإسلامي المبني على حسن النية جاء بحكم الضرورة، مفسحاً المجال إلى أبعد حد لإرادة الإنسان ومتخلصاً من التثبيت بالشكليات.

وقد ذهب التشريع اللبناني من خلال الاجتهاد القضائي إلى معالجة مسألة المفاوضات رجوعاً إلى المادة 122 من قانون الموجبات والعقود اللبناني<sup>2</sup>، التي قامت بتحديد مفهوم الخطأ.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 446، 447.

<sup>2</sup> قانون الموجبات والعقود، الاثنان الموافق ل 11 نيسان 1932، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية، دون ناشر، بيروت، لبنان.

فالقانون اللبناني لم يعرف المفاوضات فقد اكتفى في المادة 172 من قانون الموجبات والعقود بذكر أنه " في عقود التاريخ تجري المنافسة والمساومة في شروطها وتوضع الحرية بين المتعاقدين".

هذا إضافة إلى المادة 178 من ذات القانون التي ذهبت إلى أنه لكي يتحقق الرضا في العقود يستلزم مساومات قد تكون طويلة ومعقدة الوجوه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض.

مما لا شك فيه أن الالتزامات لا تترتب على طرفي التفاوض قبل إبرام العقد المرجو الوصول إليه، لكونه مصدر للالتزامات ويفرضها على طرفي المفاوضات التي هي في نظر الفقه التقليدي لا تغدو مجرد عمل مادي، لا تقيم رابطة تعاقدية بين الطرفين، فيستطيع كل طرف العدول عنها ولا يمكن إجباره بإبرام العقد النهائي، ولكن بقاء المفاوضات مرهونة بهذا المبدأ يفضي إلى تحلل كل طرف منها، حتى وإن صاحب ذلك ضرر بالطرف الآخر وهو ما دفع أنصار هذا الاتجاه إلى ترتيبهم مسؤولية للمتفاوض في حالة إخلاله بعملية المفاوضات التي قد تترتب ضرراً يجعل مسؤولية المتفاوض تقصيرية، بما أن العقد لم يبرم بعد ويكون الطرف الآخر ملزماً بإثبات الضرر الذي أصابه نتيجة الانسحاب أو القطع الغير مبرر، وكذلك عليه أن يثبت الخطأ والضرر، ويقوم العلاقة السببية بينهما، لأن لا تتحول المفاوضات إلى باب مفتوح يضيع الجهد والمال والوقت.

بناء على ما سبق فقد تتضمن فترة المفاوضات اتفاقات تكون بصفة صريحة أو ضمنية الغاية منها مناقشة العقد المرجو إبرامه مستقبلاً، فإذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه وانجر عن ذلك فشل المفاوضات لحق على إثره بالطرف الآخر ضرر، يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية توافقاً مع مبدأ حسن النية في إبرام العقود.

<sup>1</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 69، 70، 71.

وفي أغلب الأحيان يكون الاتفاق الذي يرافق عملية المفاوضات مكتوبا، مما يحول هذه الأخيرة من مجرد عمل مادي غير ملزم، إلى تصرف قانوني ملزم يترتب على إثره أثر قانوني على عاتق طرفيه، وتتجم عن الإخلال به مسؤولية عقدية لا تقصرية<sup>1</sup>.

ويراد بالمفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض تلك التي تتطلب اتفاقا صريحا بين أطرافها للولوج إليها، بغية إبرام عقد معين وفي الأغلب يكون هذا الاتفاق مكتوبا حيث ينظم العلاقة بين الطرفين أثناء التفاوض، وكذلك عند فشله وقد عرفت هذه الصورة انتشارا واسعا في العصر الحديث، لاسيما في العقود التي تحوز على أهمية كبرى.

ومن الناحية العملية نجد أن هذا النوع من اتفاقات التفاوض يطلق عليه عدة تسميات أهمها: "الاتفاق المبدئي" و"عقد التفاوض"<sup>2</sup>، وقد سبق لنا التطرق له في الباب الأول<sup>3</sup>، والهدف من لجوء أطراف المفاوضات إلى هذا النوع من الاتفاقات يضمن لهم استمرار العملية التفاوضية كما يلزم الأطراف، حيث أن الإخلال بهذه الاتفاقات يترتب عنه نهوض المسؤولية العقدية، ولذلك لابد لنا من التعرّيج على موقف كل من القانون الفرنسي والقانون الأنجلوساكسوني، وكذلك استعراض موقف أهم القوانين العربية دون إغفال موقف المشرع الجزائري من المفاوضات المرفقة باتفاق التفاوض.

### أولا: موقف القانون الفرنسي.

يرى الرأي السائد في فرنسا أن تطبيق أحكام المسؤولية العقدية يكون في الحالات التي تتجم عن الإخلال بالتزام عقدي ورد في الاتفاقات التمهيدية، أو تلك الاتفاقات المبدئية أو في حالة وجود اتفاق صريح على التفاوض بين الطرفين المتفاوضين، حيث أنه في حالة كانت المفاوضات مصحوبة بعقد تفاوض يقوم بتنظيمها ويتكفل بتحديد التزاماتها فإن الإخلال بأحكامه يؤدي إلى المسؤولية العقدية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 128، 129، 130.

<sup>2</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 71.

<sup>3</sup> أنظر: الباب الأول من هذه الأطروحة، ص 52 وما بعدها.

<sup>4</sup> Jonna Schmidt, La période précontractuelle en droit français, RID com, 1990, Vol.42, p 554.

وننوه أيضا إلى أنه سبق لنا أن أشرنا أنه في حالة الإيجاب الملزم يكون الموجب قد التزم بإرادته المنفردة أن يبقى مستمرا على إيجابه في الميعاد المحدد.

وكذلك لابد من الإشارة إلى أن وجود اتفاقات مبدئية تتعلق بالمفاوضات بحد ذاتها، أو بالوصول لإبرام العقد النهائي يحول عملية التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني يتسم بالإلزامية، وتقلب المسؤولية بخصوصه من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية، بحيث أن إخلال أحد المتفاوضين بتلك الالتزامات التي انبثقت عن الاتفاقات المبدئية أو تلك الاتفاقات التمهيدية يجعله مسؤولا مسؤولية عقدية<sup>1</sup>.

وبمفهوم المخالفة فإنه من غير المتوقع تصور وجود المسؤولية العقدية في غياب العقد أو الاتفاق التمهيدي الخاص بالتفاوض، وسنفصل في المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الفرنسي حين تطرقنا لأركانها لاحقا.

### ثانيا: موقف القانون الانجلوساكسوني.

مما لا شك فيه أن التشريعات الانجلوسكسونية لا تعتمد على القوانين الصادرة عن البرلمان، على غرار ما هو متعارف عليه في الجزائر أو في فرنسا وغيرها من الدول، بل تستند قوانينها على قرارات المحاكم التي أساسها السوابق القضائية<sup>2</sup>، ومن أبرزها كل من القانونين الانجليزي والأمريكي<sup>3</sup>.

فالقانونين السابقين لا يفرضان قيودا على عاتق الأطراف المتفاوضة بل يمنحهم الحرية في التفاوض، لكون هذا الأخير يقوم على عنصر الاحتمال وكذلك ينطوي على مجموعة من المخاطر تفرض على المتفاوضين توخي الحيلة والحذر أثناء هذه المرحلة.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 448، 449.

<sup>2</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 73.

<sup>3</sup> لم يول القانون الأمريكي لاتفاق التفاوض أية أهمية، فلم يعترف به ولم يرتب به جزاء يتلائم مع ذلك، هذا مع انتقاء عنصر المقابل في هذا الاتفاق، محمد شاكر محمود مجد، المرجع السابق، ص 134.



والقانون الانجليزي لا يقوم بفرض التزام عام بالتفاوض بحسن نية، ولكنه يعالج كل حالة على حدى ويقدم حولا فردية تترتب عن الإخلال بالعدالة في مرحلة ما قبل التعاقد<sup>1</sup>. والتشريعات الانجلوساكسونية تخضع مرحلة ما قبل العقد سواء كانت مصحوبة باتفاق التفاوض أو من غير اتفاق التفاوض لحرية الأفراد إلا في حالة اقترانها بغش أو تدليس، وكذلك خيانة ثقة الطرف الآخر أثناء هذه المرحلة، فيترتب على المسؤول عنها إصلاح الضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

وفي الآونة الأخيرة بدأ القضاء الأمريكي بالاعتراف باتفاق التفاوض المكتوب ويتضح ذلك من خلال الأحكام القضائية، من ضمنها الحكم الصادر في الولايات المتحدة في 14 نوفمبر 1985 في القضية المشهورة المتعلقة بشركة تكسكو texco التي تعد من أهم الشركات البترولية في أمريكا آنذاك، بحيث تدخلت هذه الشركة في إفساد صفقة شراء شركة بونزوال penzoil لشركة جيتي getty وذلك بعد أن حرر العقد بين هاتين الشركتين بروتوكول اتفاقي، اتفق فيه على جميع المسائل الجوهرية بما فيها سعر شراء السهم الواحد، ولم يبق إلا موافقة مجلس إدارة شركة جيتي getty وهنا تدخلت شركة texco لتعرض على شركة getty مبلغا أكبر من المبلغ المعروض من طرف شركة pennzoil حيث أن تدخل هذه الأخيرة في مفاوضات مع شركة getty أسفرت عن توقيع خطاب نوايا بينهما، تضمن الاتفاق على شراء شركة texco لشركة getty مع شرط تحمل شركة texco المسؤولية في مواجهة الغير.

وعلى اثر ذلك قامت شركة pennzoil برفع دعوى قضائية ضد شركة texco وذلك بتاريخ 10 جانفي 1984 تطالبها فيه بالتعويض من جراء تدخلها غير المشروع، في إفساد الصفقة التي جرت بينها وبين شركة getty.

فأصدر القاضي بموجب ذلك حكمه التاريخي بإلزام شركة texco بتعويض شركة pennzoil حيث اعترفت على إثره المحكمة بأن الاتفاق المبرم بين هاتين الشركتين عقد ملزم

<sup>1</sup> أنظر: الصفحة 181 وما بعدها من هذه الأطروحة.

لطرفيه رغم أنها اعتبرت الإخلال به يترتب عنه المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

### ثالثاً: موقف التشريعات العربية.

كما سبق لنا التنويه بأن الدول العربية في تقنيناتها المدنية لم تنص بصفة صريحة على مرحلة المفاوضات، ولم تمنح لها الأهمية التي تستحقها، ولكن يثور تساؤل أساسي يتعلق بموقف القوانين العربية في حالة وجود اتفاق تفاوض بين طرفي المفاوضة.

ففيما يخص المشرع الجزائري نجد أنه كغيره من التشريعات العربية، لم يتطرق بصفة صريحة في قانونه المدني إلى فكرة اتفاق التفاوض، والتي تعتبر حالة يلزم فيها الأطراف المتفاوضة أنفسهم باتفاقات تمهيدية، أساسها إلزام الأطراف على مواصلة التفاوض والاستمرار فيه، وكذلك تنظيم عملية التفاوض حتى يتم التوصل إلى اتفاق، ويكون التفاوض ذو طابع جدي<sup>2</sup>.

وبالعودة لنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري، نجدها نوهت إلى أن اتفاق الطرفين على تلك المسائل الجوهرية في العقد، واحتفاظهم بمسائل تفصيلية يتفقان عليها لاحقاً، ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، يعتبر العقد قد أبرم، وإذا اختلفا حول المسائل التي لم يتفقا عليها، فإن المحكمة تقضي فيها استناداً إلى طبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

وكذلك التشريع المصري هو الآخر أورد مادة شبيهة بالمادة السالفة الذكر، تجسدت في المادة 95 من القانون المدني المصري<sup>3</sup>، وبالتالي نستنتج أن خلو الاتفاق من المسائل التفصيلية لا يحول دون انعقاد العقد المنشود.

<sup>1</sup> A .Laude, Le constat judiciaire des pourparlers, RTD. Com.1998, p551 .

<sup>2</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 73، 74، 75.

<sup>3</sup> ورد في المادة 95: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم .

وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة " .

هذا على خلاف ما أخذ به بعض الفقهاء المصريين الذين تأثروا بالقانون المدني الألماني، حينما اعتبر أن الاتفاق على بعض الشروط لا يكفي لانعقاد العقد، حتى ولو كانت تلك الشروط رئيسية، وكذلك تعدى ذلك إلى كون تلك الشروط محررة كتابيا، ففي نظره تظل مرحلة ما قبل التعاقد قائمة حتى تمام الاتفاق على جميع المسائل الداخلة في مضمون العقد، بحيث أن المادة 95 من القانون المدني المصري التي قررت أن الاتفاق على الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية الذي يتم فيما بعد، يعد اتفاقا على التفاوض، وأبرز مناصري هذا الرأي الأستاذ حسام الدين كامل الأهواني الذي رأى أن الاتفاق على الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية التي يتم الاتفاق عليها فيما بعد يلقي على عاتق الطرفين التزاما بالتفاوض حول المسائل المؤجلة، فلا يجوز لأحد الطرفين أن يمتنع عن التفاوض حول هذه المسائل المعلقة، وإلا اعتبر مخلا بهذا الالتزام العقدي.

هذا على خلاف الفقه المصري الحديث الذي لم يتردد في الاعتراف باتفاق التفاوض حيث سلم بأن اتفاق التفاوض لاسيما الصريح منه، ينشئ على عاتق الطرفين المتفاوضين التزاما عقديا بالتفاوض، يجب تطبيقه وفقا لما يوجبه حسن النية<sup>1</sup> وهو ما ورد في المادة 148 من القانون المدني المصري<sup>2</sup> في فقرتها الأولى، حيث إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه بالتفاوض بحسن نية يكون مسؤولا مسؤولية عقدية، وهذا الأمر نوهت له المادة 215 من القانون المدني المصري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بن أحمد صليحة، المرجع السابق، ص 74، 75، 76.

<sup>2</sup> ورد في المادة 148 من القانون المصري ضمن فقرتها الأولى: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" بحيث تقابلها المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي تصب في ذات السياق.

<sup>3</sup> تضمنت المادة 215 من القانون المدني المصري بأنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ".

## المبحث الثاني:

### أحكام المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات

تحوز المسؤولية في مرحلة المفاوضات على العقد أهمية بالغة كما أن لها دور كبير وفعال، حيث تعزز الثقة الواجب توافرها في الوسط التجاري والصناعي، وتعزز ثقة الأطراف ببعضهم فقطع التفاوض من غير أسباب مبررة هو أمر يخالف مسؤولية الشخص العاقل عن أفعاله، وكذلك توفر المسؤولية حماية للطرفين المتفاوضين من الانسحاب المفاجئ لأحدهما بعد قطع شوط كبير من المفاوضات، التي قد تكبد خسائر معتبرة وبالتالي فهذا المبدأ بشكل عام له آثار اقتصادية مفيدة على المجتمع ككل، بحيث أن القول بإنهاء المفاوضات من غير ترتيب مسؤولية عليها قد يفضي إلى خسائر مادية كبيرة، ومن غير جدوى اقتصادية على المجتمع من جراء العدد الكبير من المفاوضات التي تجرى ويتم قطعها<sup>1</sup>.

وعليه لا نتصور وجود مسؤولية عن قطع التفاوض إلا بتوافر شروطها، التي تتجلى في الخطأ والضرر والعلاقة السببية فتواجد الخطأ يترتب عنه ضرر مادي كان أو معنوياً يتحقق من خلال الإخلال بالتزامات التفاوض<sup>2</sup> لاسيما مبدأ حسن النية وما ينبثق عنه من التزامات، كما سبق لنا التنويه لها، فقيام المسؤولية عقدية كانت أم تقصيرية يتحقق بتوفر عناصرها بغض النظر عن أساسها<sup>3</sup>.

### المطلب الأول: شروط المسؤولية في مرحلة المفاوضات.

ينبغي لقيام المسؤولية بصفة عامة تقصيرية كانت أم عقدية، توفر شروط تتجلى في أركانها الأساسية، من خطأ وضرر وكذلك تلك العلاقة السببية التي تجمع بينهم، حيث تعد هذه

<sup>1</sup> نصير يزيد أنيس، المرجع السابق، ص 212.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 176.

<sup>3</sup> جيلالي محمد، أحكام التفاوض في العقود المدنية، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود مدنية وتجارية، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون تيارت، سنة 2020، 2021، ص 170.

الأركان ركيزة حتى تقوم المسؤولية<sup>1</sup>، وينبغي لذلك اجتماعها، وسعياً لتوضيح ذلك لابد من التطرق لكل ركن منها بالتفصيل.

### الفرع الأول: الخطأ في مرحلة المفاوضات.

سعيًا لإزالة اللبس عن الخطأ في مرحلة التفاوض، نتطرق لتعريفه وإبراز المعايير الكفيلة بتحديدته، دون أن نغفل عن تعداد صور الخطأ في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية.

#### أولاً: مفهوم الخطأ في مرحلة المفاوضات.

يتجسد الخطأ العقدي في عدم تنفيذ الالتزام من طرف المدين الذي نشأ عن العقد، بحيث يعد العقد شريعة المتعاقدين، وهو ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني، إذ يتعين على الطرفين تنفيذ ما تعهدا به، وهو ما ورد في نص المادة 160 من قانون المدني، فمخالفة المدين عبر ارتكابه خطأ عقدي سواء كان قاصداً ذلك أو عن إهمال منه، ويستوي فيه عدم التنفيذ الكلي والجزئي وكفي كذلك أن يكون التنفيذ متأخراً أو معيباً فلا يمكن للمتعهد نفي مسؤوليته بسبب خطئه إلا إذا كان مرد ذلك سبب أجنبي لا يد له فيه<sup>2</sup>، وبغية توضيح الخطأ بشكل جلي لابد من تعريفه وإبراز المعايير الكفيلة بتحديدته، إضافة إلى عرض صورته في مرحلة المفاوضات.

#### أ- تعريف الخطأ في مرحلة المفاوضات.

لم يقدم المشرع الجزائري<sup>3</sup> أو الفرنسي<sup>4</sup> أو بقية التشريعات تعريفاً مضبوطاً للخطأ وإنما ترك الأمر لاجتهادات الفقه، الذي لم يفرق في تعريف الخطأ بين الخطأ العقدي والخطأ

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 178.

<sup>2</sup> براهيم فايزة، المرجع السابق، ص 179، 180.

<sup>3</sup> اكتفى المشرع الجزائري بنص المادة 124 من القانون المدني التي أشار فيها إلى الخطأ بحيث اعتبر " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض ".

<sup>4</sup> لم يحدد القانون المدني الفرنسي الخطأ صراحة ولكنه ذكره في الصيغة العامة للمادة 1240.

Art 1240 du C.C.F: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

التقصيري، ولسنا بصدد تحديد مفهوم الخطأ بصفة عامة وتوضيح هذه الآراء إنما نقوم فقط بالوقوف عند ما يخص منها خطأ المتفاوض، فقد ذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى تعريف الخطأ بأنه: " هو الإخلال بالتزام سابق " وقام البعض الآخر بالقول بأنه " إخلال بواجب كان في وسع المخل أن يتبينه وأن يلتزم به " ولكننا نفضل ونحبذ تعريف جانب آخر من الفقه الذي عرفه بأنه: " تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤولية <sup>1</sup> .

وعليه يمكننا تعريف خطأ المتفاوض بأنه: " تقصير في مسلك المتفاوض لا يقع من متفاوض يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي تحيط بالمتفاوض المسؤول <sup>2</sup> .

كما عرفه بلانيول بأنه: " انتهاك للالتزام موجود مسبقاً <sup>3</sup> .

### ب- المعايير الكفيلة بتحديد ارتكاب الخطأ.

لا ريب في أن الخطأ العقدي يتباين بتباين نوعية الإخلال الذي قام به أحد الأطراف، فقد نجده عبارة عن امتناع أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته التي سبق له التعهد بها، كما قد يكون كذلك عبارة عن تأخر في التنفيذ مما يلحق الضرر بالطرف الآخر <sup>4</sup> .

تجدر بنا الإشارة إلى أن الخطأ الواقع في مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية ليس بالضرورة أن يكون فيه نية للإضرار بالطرف الآخر، حيث قد يتعلق أساساً بالإخلال بواجب حسن النية في مرحلة تكوين العقد <sup>5</sup> ، أو ما يتطلبه هذا المبدأ من التزامات أخرى تنبثق عنه،

---

<sup>1</sup> أيمن أحمد الدلوع ، جهاد مغاوري شحاتة، شامل سليمان عسلة، الممارسات القانونية والتدريبات العملية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2019، ص 158.

<sup>2</sup> نرجس البكوري، المسؤولية المدنية للمتفاوض في مرحلة التفاوض، مقال منشور في كتاب " قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة"، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ط1، جامعة القاضي عياض مراكش، سنة 2013، ص 182.

<sup>3</sup> Planiol qui a défini la faute comme: " la violation d'une obligation préexistante", cité par Mahmoud Elsayhly, op.cit, p 168.

<sup>4</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 182.

<sup>5</sup> براهامي فايزة، المرجع السابق، ص 193.

فعلى سبيل المثال قد وجدت أحكام قضائية تعاقب الملتزم بواجب الإعلام إذا أخل بهذا الالتزام، أو لم يدلي بالمعلومات الكافية التي تتعلق بمحل العقد، عن طريق سكوته سواء كان هذا الصمت يقصد به غش أو كان من غير قصد<sup>1</sup>.

وكذلك يقوم الخطأ إما بمخالفة النص القانوني الذي قد يفرض التعامل بحسن نية في مرحلة ما قبل التعاقد، أو عدم تنفيذ إحدى بنود الاتفاقات الجزئية أو التمهيدية في مرحلة المفاوضات، منها اتفاق المحافظة على الأسرار أو اتفاق تقديم المعلومات الكافية حول العقد المرجو إبرامه وغيرها.

وبذلك قد يتحول مبدأ حسن النية إلى معيار يمكن الاستناد عليه في معظم الحالات، بغية تحديد الخطأ التقصيري الذي يتجسد في قطع التفاوض من جانب أحد الطرفين، من غير مبررات مقبولة.

وفيما يخص الخطأ العقدي يقوم في حالة وجود اتفاق صريح على التفاوض وهو ما يعرف بعقد التفاوض، أو ما يسمى كذلك بالاتفاق المبدئي، وكذلك اتفاقات تمهيدية أخرى التي قد يخالفها أحد الأطراف أو يلجأ لقطع المفاوضات من غير سبب مقنع لهذا القطع، وهو ذات الأمر فيما يتعلق بخرق أو تجاوز أثناء التفاوض، وأخطاء مخالفة لبنود عقد التفاوض أو اتفاقات خاصة، ويستوي في ذلك أن يكون الالتزام بها بتحقيق نتيجة أو بذل عناية، وكذلك إن كان ما قد توافق عليه الطرفان من مراحل أو إجراءات محددة للتفاوض يشكل محل التزام محدد بتحقيق نتيجة، ومثله لو اتفق طرفي التفاوض على تقديم عرض محدد كالقيام بدراسة أو العرض يعد التزاما بتحقيق نتيجة، وهو ذات الأمر في حالة التزام أحدهما باطلاع الآخر على المعلومات أو على أسرار معينة، عد هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة، وقد تكون هذه العناصر مجرد توابع للالتزام بالتفاوض تكشف عن قيامه بالفعل.

وننوه كذلك إلى أن عدم توفر الثقة بين الطرفين قد يكون سببا في قيام الخطأ

<sup>1</sup> Cass 1e civ, 6 janvier 1998 (Ossona c- Al Esayi), n° 95-19.199, publié au Bulletin.

التقصيري في مرحلة ما قبل التعاقد<sup>1</sup>، وهذا ما سنفصل فيه لاحقاً.

وكما سبق لنا التنويه إلى أن الخطأ في مرحلة التفاوض قد يتمثل في عدم تنفيذ المتفاوض لالتزامه الناشئ عن اتفاق التفاوض، ويتساوى الأمر في كون الامتناع عن التنفيذ بصفة كلية أو بصفة جزئية، بل يتعدى ذلك لكونه قد يكفي أن يكون التنفيذ متأخراً أو معيباً ولا يسع المتفاوض دفع المسؤولية عن نفسه، إلا في حالة إثبات أن عدم التنفيذ يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه، ومن ثم لا بد لنا من إبراز أهم صور الخطأ في مرحلة التفاوض.

وتتعدد صور الخطأ في مرحلة المفاوضات بحسب نوعية الإخلال أبرزها قطع المفاوضات على نحو تعسفي ومن غير سبب موضوعي وكذلك استقراز المتفاوض ودفعه إلى قطع المفاوضات.

### ثانياً: صور الخطأ في مرحلة التفاوض.

لعل إبرازنا لصور الخطأ في مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية يقتضي منا التفرقة بين صور الخطأ العقدي، وكذلك الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات.

#### أ- الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض.

كما سبقت لنا الإشارة فإن الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض يتجسد في عدم تنفيذ المتفاوض لالتزامه الذي ينشأ عن اتفاق التفاوض، ويستوي في ذلك عدم التنفيذ بصفة كلية أو جزئية<sup>2</sup>، وللخطأ في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية عديد الصور، فبالعودة للقضاء في فرنسا نجد أن القضاة يعتمدون على مجموعة من القرائن والمؤشرات التي من شأنها أن تشكل خطأ في مرحلة المفاوضات، يفضي إلى المسؤولية والتي أبرزها النظر في الالتزامات التعاقدية، وكذلك عدم التصرف بسوء نية أو بصيغة أدق مدى حسن نية الأطراف وانعدام قصد الإيذاء، إضافة إلى النظر إلى إطالة أمد المفاوضات من غير وجود نية لإنهائها بنتيجة ايجابية، زيادة

<sup>1</sup> براهيمى فايضة، المرجع السابق، ص 193، 194، 195.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 178.



على ذلك يتم النظر إذا وجدت مفاوضات موازية بشأن ذات الصفقة كما يأخذ القاضي بعين الاعتبار كذلك مدة المفاوضات والمحادثات، دون أن يتعاضى عن سلوك الطرف المنسحب من المفاوضات أو المنتهك لهذه الأخيرة<sup>1</sup>، ويمكننا التفصيل في أبرز صور الخطأ في فترة التفاوض الذي يسبق العقد من خلال ما يأتي:

### 1- رفض الدخول في التفاوض.

قد يحدث أن يتفق متعاملان بصفة صريحة أو ضمنية، على أن يقوموا بالتفاوض على عملية أو صفقة مستقبلية فيترتب عن اتفاقهما التزام كل منهما أو أحدهما بالدخول فعلا في عملية التفاوض خلال الوقت والموعود المحدد، أو خلال أجل معقول، فإن حدث وأن خالف أحدهما الدخول في التفاوض أو تأخر عنه، عد مخلا بالتزامه العقدي بالتفاوض وعليه تنشأ مسؤوليته العقدية.

ويرى جانب من الفقه أن مجرد الامتناع عن بدء التفاوض يعتبر خطأ عقدي، لكون الالتزام بالدخول في التفاوض يعد التزاما بتحقيق نتيجة، ومن الأمثلة التي يمكن الاستدلال بها الواعد في العقد الذي يرفض التعاقد مع المستفيد، من بعد إظهار رغبته في التعاقد، أو قد يتصرف في محل الوعد بالعقد قبل انتهاء المدة المتفق عليها، فالوعد بالعقد يلزم الواعد بالاحتفاظ بوعده طوال المدة المحددة في العقد، التزاما يمنعه التفاوض مع شخص آخر غير مستفيد، فإن خالف هذا الوعد يكون مخلا بالتزامه، مرتكبا بذلك خطأ تترتب عنه مسؤولية مدنية<sup>2</sup>.

### 2- الدخول في المفاوضات من دون نية إبرام العقد النهائي.

وهو ما يسميه القضاء الفرنسي بالالتزام بالنظر في إبرام العقد، ويقصد بذلك بمفهوم المخالفة أن البدء في مفاوضات من غير نية التوصل إلى عقد، يعتبر من قبيل الخطأ في

<sup>1</sup> Olivier Beddeleem, Essai sur la rupture des pourparlers en droits français et anglais Analyse pluri-disciplinaire de la jurisprudence, Thèses, hal science, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2022. Français, p 44.

<sup>2</sup> براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص 183.

مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية وهو ما طبقته محكمة النقض الفرنسية،<sup>1</sup> في قضية المقاول Ossana ضد Al Essayi بحيث دخل Ossana في مفاوضات لشراء مبنى تابع لـ Al Essayi وكان Ossana قد تحصل على تعهد من Al Essayi بعدم استئجار المبنى في هذه الأثناء وفي يوم توقيع العقد أبلغ Al Essayi أنه ليس لديه ضمان بنكي وأنه لم يتم منح قرض له، ولذلك قطع المفاوضات لهذا السبب.

وقد عاقبت محكمة النقض هذا المقاول الذي بادر إلى المفاوضات لشراء هذا المبنى على أساس أنه أخفى عن البائع أنه سيحتاج إلى اللجوء إلى قرض ولا يملك الوسائل اللازمة للشراء، ففي نظر المحكمة اضطر السيد Ossana إلى اللجوء إلى قرض مصرفي لدفع الثمن بالكامل، دون أن يعلن ذلك للمقاولين المشاركين معه، مما دفعهم للاعتقاد بأنه سيكون قادراً على دفع باقي الثمن من أمواله الخاصة.<sup>2</sup>

### 3- قطع المفاوضات من غير مبرر مشروع.

تعد هذه الصورة من أبرز صور الخطأ في المرحلة التفاوضية التي تسبق العقد ولا سيما في الحياة العملية، فمما تم التعارف عليه أن المفاوضات تركز على مبدأ الحرية<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> Olivier Beddeleem, op.cit, p 44, 45.

<sup>2</sup> Pour la Cour, « M. Ossona était dans la nécessité de recourir à un prêt bancaire pour payer la totalité du prix, sans toutefois en avoir fait état auprès de ses cocontractants, leur laissant croire qu'il serait en mesure de payer le solde du prix à terme avec ses fonds propres ».

Cass 1e civ, 6 janvier 1998 (Ossona c- Al Essayi), n° 95-19.199, publié au Bulletin.

<sup>3</sup> هناك من يقيم المسؤولية في مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية على أساس إساءة استعمال الحق، أو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق، الذي يعرفه كورنو بأنه: "خطأ يتمثل في ممارسة حق الشخص دون مصلحة لنفسه وبقصد وحيد هو الإضرار بالآخرين"، ولذلك يفترض المذهب الكلاسيكي في فرنسا وكما هو الحال كذلك في القانون المدني الجزائري من خلال المادة 124 مكرر، أن كل شخص يملك حقاً ما يتمتع بالحرية الكاملة في ممارسة هذا الحق ولكن ذلك لا يعني أنه مطلق فالمسؤولية تبدأ عند تجاوز حدود القانون فلا تكون ممارسة الحق أو الحرية مسيئة ولا مفرطة.

وبناء على ما سلف يؤيد بعض الفقه في فرنسا توسيع نظرية التعسف في استعمال الحق في وقف المفاوضات السابقة للتعاقد بحيث يؤكدون على أن لكل متفاوض الحق في بدء المفاوضات والانخراط فيها وكذلك الحق في إنهاؤها من غير تعسف، فقد تكون الشروط وقت المفاوضات غير مشروعة تقضي إلى التعويض عن الأضرار اللاحقة بالطرف الآخر، ويعتبر أنصار هذا الرأي أن إنهاء المفاوضات لا يشكل في حد ذاته خطأ ولكنه يمكن أن يكون مؤسسا لخطأ عندما يستخدم صاحب الحق حقه بطريقه مسيئة وهو ما تدعمه المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي،

Mahmoud Elsahly, op.cit, p 152, 153.

لكون المتفاوض يتمتع بحرية مطلقة في الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها أو حتى قطعها<sup>1</sup>.

ولكن هذا لا يعني أن طرفي المفاوضات يمكنهم قطعها وفق مشيئتهم ورغبتهم ونزواتهم الشخصية، في أي وقت يريدون ذلك، بل لابد من الاستناد في ذلك إلى أسباب موضوعية ومشروعة تبرر هذا القطع، وإلا عد ذلك خطأ تترتب عليه المسؤولية العقدية، لكون الواجب العام يفرض على كليهما مراعاة مبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى، مع ضرورة إخطار الطرف الآخر عند إقدامه على قطع المفاوضات قبل التعاقدية، حتى لا يتفاجئ بذلك، ومن بين الأسباب الموضوعية التي تبرر ذلك، إذا لم يقتنع بما عرضه عليه الطرف الآخر وكانت شروطه مبالغ فيها أو كانت مصلحته الاقتصادية لم تتحقق في ظل هذه الشروط المجحفة، ولذلك يعد هذا القطع مشروعاً، لتغليبهم المصلحة الاقتصادية وهو ممكن في التعامل<sup>2</sup>.

ومما لا يدعو مجالا للشك هو أن القانون يتكفل بتنظيم العلاقات والنص على مبدأ الحرية، وبالرجوع للقانون الفرنسي نجد أن المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي<sup>3</sup>، التي جاءت تكراراً للمادة 1102 من ذات القانون، حيث تتكفل بصياغة مبدأ الحرية التعاقدية بما ورد فيها، إذ جاء فيها أن: "المبادرة والتقدم وإنهاء المفاوضات يكون بصفة حرة ويجب أن تفي بمتطلبات حسن النية" في حين نصت المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي على أن: "كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد..."

<sup>1</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 183.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 184.

<sup>3</sup> Art 1112 du C.C.F: "L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi".

Art 1102 du C.C.F: "Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter..."

فالحرية تعني بصفة ضمنية إمكانية قطع أية مفاوضات قد يكون الشخص بدأها، ولكن هذا المبدأ سرعان ما يقيد بالزامية استيفاء متطلبات حسن النية<sup>1</sup>، وهو ما يتوافق مع المادة 1104، فالتفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه يكون وفقاً لمبدأ حسن النية<sup>2</sup>.

وبالتالي فحرية بدء المفاوضات أو مواصلتها وحتى إنهاؤها ليست بصفة مطلقة، ولكنها تخضع فيما يتعلق بالأخطاء المرتكبة في إجراء المفاوضات للمسؤولية<sup>3</sup>، بموجب الشروط التي حددتها الفقرة الثانية من المادة 1112 من ذات القانون<sup>4</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الخطأ الذي يرجح أن تقع مسؤوليته على الطرفين المتفاوضين، لا يقتصر على إنهاء المفاوضات في وقت غير مناسب، وقطعها بحكم حريته في إبرام العقد من عدمه.

إذ تقع مسؤولية قيادة المفاوضات بحسن نية على المتفاوض، كما أن الخلل قد يكمن في سير المفاوضات، أو قد يقع عبر مخالفة أحكام عقود التفاوض التي يرتب عليها القانون الفرنسي، مسؤولية عقدية وليست تقصيرية.

وننوه إلى أن تقدير مسألة الخطأ يكون من اختصاص قضاة الموضوع، بحيث يأخذون بعين الاعتبار حسن نية الأطراف وكذلك سوء نيتهم.

ولا ريب في أن الدراسات الفقهية الفرنسية التي تعلق بالخطأ المؤدي لفشل المفاوضات وقطعها، تتعلق بسير المفاوضات فالإنهاء التعسفي الذي يفتقد للأسباب المشروعة يمكن للقاضي تقديره باستخدام مجموعة من القرائن لوصف خطأ أحد الطرفين<sup>5</sup>.

فقد أشارت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها بأن:

<sup>1</sup> Frédérique cohet, Le contrat, deuxième édition, pug, presses universitaires de Grenoble, janvier 2020, p 29.

<sup>2</sup> Art 1104 du C.C.F : "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi".

<sup>3</sup> Frédérique cohet, op.cit, p 29.

<sup>4</sup> Art 1112 du C.C.F: "...En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu".

<sup>5</sup> Frédérique cohet, Op cit, p 30,31.

"المفاوض الذي قطع من دون سبب مشروع فجأة ومن جانب واحد المفاوضات المتقدمة التي كان يجريها مع شريكه، الذي كان قد تكبد بالفعل التكاليف وأبقاه طوعا فيها إطالة للأمد من خلال جعله يعتقد بأن الصفقة ستبرم لمصلحته، قد انتهك التزامه بحسن النية ويتحمل مسؤولية الضرر المدني نتيجة لذلك"<sup>1</sup>.

وفي بيان حالة:

في 3 يناير 2018 عرض الزوجان Martin شقتهم للبيع من خلال نشر إعلان صغير على مواقع الويب المختلفة، وقد عرضوا سعرا قدره 230,000 يورو وفي 15 مارس التالي عرض السيد Aber شراء الشقة مقابل 200,000 يورو واستجاب البائعون للسيد Aber بإرسال وصف تفصيلي له للشقة وكذلك التشخيصات المختلفة التي يتم إجراؤها. وقد تم التأكيد له بأنه لا يحتاج للحصول على قرض لتمويل عملية الشراء هذه، ثم أخبر الزوجان Martin السيد Aber بأنهما قد اتصلا بالموثق.

السيد Martel الموثق كتب للسيد Aber وللزوجين Martin يقترح تاريخا للتوقيع كما سبق وأن طلبوا ذلك، وكذلك تأكيد سعر البيع طالما لم يتواجد اتفاق قاطع على هذه النقطة، ولم يستجب الزوجين Martin مطلقا ولم يحضرا في اليوم المحدد للتوقيع. لم يكن السيد Aber راضيا عن هذا الأمر ورفض التوقف عند هذا الحد. وفي هذه الحالة نوضح أنه طالما لم يتم الاتفاق على السعر لا يمكن القول بأنه تم تكوين عقد بيع بين الزوجين Martin والسيد Aber.

فالمناقشة التي جرت بينهما لم تسمح بتكوين العقد، ولكنها شرط لإبرامه فهنا نحن أمام مرحلة المفاوضات ولذلك يثور الإشكال حول إمكانية الزوجين Martin قطع المفاوضات من تلقاء نفسيهما ؟ وهل فشل المفاوضات وقطعها من طرف الزوجين يشكل خطأ يترتب المسؤولية المدنية ؟

<sup>1</sup> Cass.com.18 janvier, 2011, n 09-14617.

هنا يمكننا القول بأن تكوين العقد يخضع للحرية التعاقدية أثناء مرحلة المفاوضات ويتضمن ذلك الحرية في التعاقد من عدمه.

والحرية في اختيار المتعاقد.

وكذلك حرية اختيار محتوى العقد.

ومن ثم فإن تطبيق الحرية التعاقدية يجعل من الممكن الاحتفاظ بإمكانية الالتزام من عدمه، خلال مرحلة المفاوضات وهو مبدأ قد نصت عليه المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي السالفة الذكر، التي تحدثت عن حرية إبرام العقد، وحرية إنهاء المفاوضات من جانب واحد فهي لا تثير إشكالا في حالات الإنهاء بالاتفاق المتبادل مادامت تخضع لشرط حسن النية.

إلا أن إنهاء المفاوضات من جانب واحد بسوء نية يعد بمثابة خطأ يحتمل أن يؤدي إلى المسؤولية، ونظرا لعدم وجود العقد فهي تشكل مسؤولية تقصيرية<sup>1</sup>.

وبخصوص حالة الزوجين Martin فبالرجوع إلى الفقه الفرنسي نجد أن المفاوضات إذا توقفت أو تم قطعها بشكل تعسفي كما هو في حالة إطالتها بشكل غير مشروع<sup>2</sup>، أو في حالة إنهاؤها بشكل مفاجئ يشكل تعسفا<sup>3</sup>.

وبناء على ذلك يمكننا تكييف السلوك الصادر من الزوجين على أنه خطأ، فإما أن يكونوا قد استمروا في التفاوض مع المشتري من دون نية البيع أي بسوء نية، أو أنهم قد غيروا رأيهم في البيع عبر انقطاعهم المفاجئ.

وهنا بناء على وجود ضرر قد أصاب المشتري أو الطرف المتفاوض مع الخطأ إضافة إلى وجود العلاقة السببية التي تربط بين الخطأ والضرر، يتحمل الزوجين المسؤولية المدنية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Géraldine Delavaquerie, mes TD de droit, droit des Obligation a jour de réforme du droit des contrat, loi de ratification du 20 avril 2018, Ellipses Edition Marketing s.a, 2019, Paris, page 46 et 47.

<sup>2</sup> Cass.civ.1,6 Janvier 1998, n 95- 19199.

<sup>3</sup> Cass.civ.22 Fivrier 1994, n 92- 13871.

<sup>4</sup> Géraldine Delavaquerie, op.cit, p 47.

وفي ذات السياق أقرت محكمة استئناف باريس في حكم لها صدر في 18 يناير 1996 مبدأ حرية المفاوضات في قضية هامة، بالرغم من وجود عقد بين الشركتين ينظم عملية التفاوض نظرا لأن قطع المفاوضات حدث بحسن نية.

وتتجلى وقائع هذه القضية في اتفاق تم بين شركتين على الدخول في جلسة مفاوضات، حيث قامت إحدى الشركتين بإخطار الشركة الأخرى بانسحابها من المفاوضات، وتم الاتفاق بين الشركتين على اللجوء إلى التحكيم، وصدر قرار التحكيم مقررًا عدم مسؤولية الشركة المنسحبة من التفاوض ولم تقبل الشركة المتضررة بالحكم وطعنت في هذا القرار أمام محكمة استئناف باريس.

حيث بحثت محكمة الاستئناف مسألة مدى حسن نية الشركة المنسحبة وقررت أنه بالرغم من وجود اتفاق تفاوض بين الطرفين ينشئ على عاتقهما التزاما تعاقديا بالتفاوض بحسن نية، إلا أن الشركة المنسحبة لا تتحمل أيه مسؤولية نظرا لأن قطع المفاوضات لا يتضمن إخلالا بقواعد حسن النية السائدة للمعاملات التجارية.

حيث أنها أخطرت الشركة الأخرى في الوقت المناسب بعزمها العدول عن المفاوضات، فضلا عن أن الاتفاق على التفاوض لا يلزم الشركتين إطلاقا بإبرام العقد النهائي.

واستنادا إلى الوقائع السابقة فقد انتهت محكمة الاستئناف إلى تأييد قرار التحكيم هذا في حالة وجود سبب يدعو إلى ذلك، ففي حالة عدم وجود مبرر مشروع أو تم الاستناد إلى أسباب شخصية محضة فلا شك أن قطع التفاوض يكون خاطئ لكونه ينافي قواعد حسن النية والأمانة في التفاوض<sup>1</sup>.

كما يعتبر زمن قطع المفاوضات عاملا رئيسيا في تحديد الخطأ في هذا القطع، فكلما تقدمت المفاوضات وكان قطعها من غير مبرر مشروع تأكد وثبت خطأ المتفاوض المتسبب في ذلك<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 183، 184.

<sup>2</sup> جيلالي محمد، المرجع السابق، ص 212.

#### 4- استفزاز المتفاوض ودفعه إلى قطع المفاوضات.

قد يقرر أحد المتفاوضين قطع المفاوضات في قرارة نفسه، إلا أنه لا يرغب أن يظهر أن القطع تم من جانبه، وذلك لكي ينأى بنفسه عن المسؤولية فيخبئ بذلك ويخفي عزمه الحقيقي، ويستمر بصفة ظاهرية في التفاوض، ثم يفاجئ المتفاوض الآخر بمطالب تستقره وغير مقبولة من الناحية المنطقية والعقلية، كأن يتمسك بثمن باهظ إن كان هو البائع أو كذلك قد يصر على دفع ثمن زهيد إذا كان هو المشتري، ويقوم بهذا كله حتى يجعل المتفاوض الآخر يمل من التفاوض ويفقد الأمل في إمكانية الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وفي ظل هذه الظروف يجد المتفاوض الآخر نفسه يتصرف لكونه مغلوباً عن أمره، ويبدو كأنه هو من قام بقطع المفاوضات، والمتفاوض الآخر يظهر بمظهر الضحية ولكن قد نتساءل هنا عن طبيعة هذا التصرف هل يعد خطأ ينافي مبدأ حسن النية في التفاوض وبالتالي يوجب المسؤولية؟ في حقيقة الأمر هذا التصرف يتنافى مع حسن النية في التفاوض، بحيث على كل من المتفاوضين إبداء قدر كبير من المرونة بغية تجنب الوصول إلى طريق مسدود في مفاوضاتهم.

فلجوء المتفاوض إلى هذا الأسلوب يعد من قبيل سوء النية، ويعتبر خطأ لكونه هو من تسبب في حقيقة الأمر في فشل المفاوضات وبالتالي تقوم مسؤوليته العقدية نظراً لإخلاله باتفاق التفاوض<sup>1</sup>.

#### 5- مخالفة الواجبات التفاوضية.

لا شك أن أساس نجاح المفاوضات يكمن في الالتزام بالواجبات التي تملئها وتفرضها هذه الأخيرة، فلا يسعنا تصور مفاوضات ناجحة بمنأى عن المبادئ والالتزامات والتي أبرزها حسن النية، وما ينبثق عنه من واجبات يترتب عن مخالفتها نهوض مسؤولية الطرف المخالف. يعتبر الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد في مرحلة التفاوض على العقد نموذجاً من نماذج الخطأ التعاقدية خلال فترة المفاوضات، فلا بد من الإفضاء عن كافة البيانات

<sup>1</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 185.



والمعلومات اللازمة المتعلقة بالعملية العقدية ككل، وخاصة تلك التي تتعلق بمضمون العقد من تقديم النصائح وكذلك التحذير، حتى يبصر الطرف الآخر ويحميه، سواء تعلق الأمر بمقتضى التزام اتفاقي أو التزام قانوني، أو كان التزاما مهنيا، فالإخلال به يؤدي إلى قيام المسؤولية<sup>1</sup>، لكون الثقة<sup>2</sup> والأمانة والنزاهة في هذا الشأن، هي التي تبرر قيام الاتزان في مرحلة التفاوض من إخلال بواجب الإعلام بتلك المعلومات المؤثرة والحاسمة في العقد محل التفاوض<sup>3</sup>، والتي نجد أن المشرع الجزائري قد أشار لها في القانون المدني بمقتضى المادة 107 في فقرتها الأولى فتضمنت ضرورة الالتزام بحسن النية أثناء العقد<sup>4</sup> فهي ثقة مشروعة يفرضها القانون، وبصفة أخص في بعض أنواع العقود التي نص عليها قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 المؤرخ في 25-2-2009 من خلال المادتين 17 و 18 منه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 466.

<sup>2</sup> ميز القضاء الفرنسي في هذا الصدد بين المفاوضات التي تجري بين شخص عادي وشخص آخر محترف بحيث قرر بأن على المحترف عدم الاستعجال في وضع ثقته بالمفاوضات والتصرف بموجب هذه الثقة إذا كان لزاما عليه أن يدرك وفق خبرته بأن المفاوضات لا تؤدي إلى إبرام العقد المنشود.

قرار قضائي فرنسي مأخوذ عن محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 180.

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 466.

<sup>4</sup> أشارت المادة 107 من القانون المدني إلى ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل به تماشيا مع مقتضيات حسن النية.

<sup>5</sup> قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم، ج ر عدد 15، صادرة في 8 مارس 2009.

ورد في المادة 17 منه وجوب إعلام المستهلك بجميع المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك من طرف كل متدخل وذلك بواسطة الوسم ووضع علامات أو بوسائل أخرى مناسبة.

أما المادة 18 فقد أوجبت تحرير بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وتلك الشروط المتعلقة بالمنتج والمعلومات المنصوص عليها في هذا التنظيم باللغة العربية أساسا، ويمكن استعمال لغات أخرى تكون سهلة الفهم من طرف المستهلكين عبر سبل مرئية ومقروءة يتعذر محوها.

وكذلك يفرض واجب التبصير عدم السكوت العمدي عن أية واقعة مؤثرة لها دور حاسم في قبول الطرف الآخر للتعاقد<sup>1</sup>، حتى لا يكيف من قبيل التدليس الذي ورد ضمن المادة 86 من القانون المدني، من غير تفرقة بين معاملة وأخرى.

زيادة على أن إفشاء الأسرار التي حصل عليها المتفاوض بمناسبة المفاوضات<sup>2</sup>، أو استغلالها من غير إذن أو أخل بقواعد السرية والأمانة، تشكل سلوكا خاطئا في مرحلة التفاوض، يفضي لقيام المسؤولية المدنية في هذه المرحلة<sup>3</sup>.

وهو ما أيدته المادة 1112-2 من القانون المدني الفرنسي بقولها: " أي شخص يستخدم أو يكشف معلومات سرية تم الحصول عليها أثناء المفاوضات دون إذن يكون مسؤولا بموجب القانون العام"<sup>4</sup>.

يقع عبء إثبات الخطأ العقدي على المدعي، وهو ما أقرته المادة 323 من القانون المدني<sup>5</sup>، وعليه فإن الشخص المضرور يثبت الخطأ العقدي الواقع في مرحلة المفاوضات ما

---

<sup>1</sup> وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد اجتهاداتها بأن إخلال المتفاوض المخطئ بالالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على إثر عدم تقديمه المعلومات الحاسمة الضرورية بمضمون العقد، مما دفع بالطرف الآخر رفضه التعاقد النهائي وعدم الاستمرار في المفاوضات العقدية بعد مدة طويلة، ففي هذه الحالة يمكن للمتفاوض المضرور المطالبة بتعويض الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك، ومنها المطالبة بالتعويض عن النفقات التي تكبدها إبان فترة التفاوض الذي لم ينته على النحو الذي كان يريجه، أو عن فوات فرصة إبرام عقد بديل مع شخص آخر، من غير أن يصل التعويض إلى حد المكاسب التي كان يرجو المتفاوض المضرور تحقيقها في حالة وصوله لإبرام العقد.

نقض مدني فرنسي 28-6-2006 حكم مأخوذ عن بالحاج العربي ص 469، 470.

<sup>2</sup> ورد في المادة (2. 1. 16) من مبادئ اليونيدروا إلزام الطرف المتفاوض بعدم استغلال المعلومات السرية أو إفشائها على نحو غير مشروع سواء تم التعاقد أم لم يتم على أن يلتزم الطرف المخل في مثل هذه الحالة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطرف المقابل والكسب الذي جناه هذا الطرف المخل.

مأخوذ عن محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، عدد 54، أبريل 2013، ص 256

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 447، 466.

<sup>4</sup> Art 1112-2 du C.C.F: "celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue a l'occasion des négociation engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun".

<sup>5</sup> جاء في مقتضى المادة 323 من القانون المدني بأنه على الدائن أن يثبت الالتزام وعلى المدين أن يثبت التخلص منه.

قبل التعاقدية، ويثبت الالتزام المخالف من الشخص الذي تسبب بالضرر بإثبات مصدره الذي يتجلى في العقد التمهيدي أو اتفاق التفاوض، وغالبا قد تكون هذه الاتفاقات شفاهة فيصعب إثباتها ولكن قد يرى البعض أنه لتسهيل هذه العملية، ولكون هذه العقود هي مجرد وقائع مادية يمكن إثباتها بكافة الوسائل وللقاضي السلطة التقديرية في استخلاص وجود العقد التمهيدي، وله السلطة في تقرير القيمة التي يحوز عليها.

وبالعودة للتشريع الجزائري نجد أنه يفرض الكتابة أو الرسمية في بعض العقود منها الوعد بالعقد<sup>1</sup>، الذي نصت عليه المادة 71 من القانون المدني في فقرتها الثانية<sup>2</sup>.

### 6- طرق إثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات.

سبق لنا أن نوهنا بأن الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات يتجلى في عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن اتفاق التفاوض، وعليه لابد لنا من التعرّيج على إثبات الخطأ ومن يقع عليه ذلك من الناحية العملية نتصور أن هذه الدعوى يفترض فيها أن الدائن يسعى لإثبات إخلال المدعى عليه بأحد الالتزامات الواقعة عليه في مرحلة المفاوضات، وفي مقابل ذلك يسعى الطرف الآخر إلى نفي هذا الالتزام، أو إثبات مبررات مشروعة منعه من تنفيذ التزامه، أو قد يثبت كذلك أنه قد وفى بالتزامه.

بناء على ما سبق فإن إثبات الخطأ العقدي يقع في مرحلة المفاوضات على عاتق المدعي في دعوى المسؤولية العقدية والذي يتجلى في الطرف المضرور، وبالحديث عن محل الإثبات في هذه الدعوى فإنه يتم إثبات الالتزام بإقامة الدليل على اتفاق التفاوض الذي قام بإنشائه، الذي يفترض أن يكون مكتوبا في حالة التفاوض العقدي، أو قد يقر المدعى عليه بوجود الالتزام، فيعد حجة تقيم عليه الدليل.

<sup>1</sup> براهامى فايزة، المرجع السابق، ص 185.

<sup>2</sup> ورد في المادة 71 "...وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل ينطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

لا شك أن الإثبات يكون صعبا في حالة انتفاء اتفاق تفاوض مكتوب، ولكن قد يثبت المدعي واقعة الدخول في التفاوض، فمثلا يمكنه أن يدفع بأن المتفاوض المدين قطع المفاوضات بالرغم من الشروط المعقولة التي عرضها عليه والتي تتحقق معها مصلحته الاقتصادية، فإذا تم الإثبات، قام الدليل على خطأ المتفاوض المدين، وليس للمتفاوض الآخر دفعه إلا بتقديمه مبرر مشروع لقطعه عملية المفاوضات<sup>1</sup>.

### أ. إثبات الخطأ العقدي إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة.

إذا كان الإخلال بالالتزام الذي يشكل خطأ عقدي يتمثل في الالتزام بتحقيق نتيجة هنا في هذه الحالة يكون الإثبات سهلا، فيكون على الطرف المضرور أن يثبت فقط أن المدين لم يتمكن من تحقيق النتيجة التي يربتها الالتزام، فمثلا إذا كان الالتزام يتعلق بالدخول في المفاوضات، فعلى الطرف المتفاوض إثبات أن المدين لم يدخل فعلا في المفاوضات، ويمكن للمدين بهذا الالتزام أن يدفع بعكس ذلك، أي بأنه قد دخل في المفاوضات وبذل مساعيه في ذلك، أو أن يثبت بأن عدم دخوله فيها مرده لسبب أجنبي لا يد له فيه، كخطأ المتفاوض الآخر نفسه، أو أن عدم دخوله مرده قوة قاهرة.

### ب. إثبات الخطأ العقدي إذا كان الالتزام ببذل عناية.

إذا كان الخطأ العقدي هو عبارة عن التزام ببذل عناية، هنا يكون الإثبات صعبا فعلى المضرور أن يثبت أن الطرف الآخر لم يبذل العناية الكافية، ومنه قطع المتفاوض الآخر المفاوضات دون أن يكون السبب في ذلك جدي، فأخل بالتزامه الذي يقضي بالاستمرار فيها، هنا عليه أن يثبت مثلا أن الطرف الآخر قطع المفاوضات بالرغم من أن الشروط المعروضة عليه كانت مقبولة وتتوافق مع رغباته التي كان يبتغيها من وراء هذا التفاوض، ففي حالة إثباته ذلك يقع الدليل على خطأ المتفاوض الآخر ويمكنه دفعها بإثباته عكس ذلك، كوجود مبرر مشروع

<sup>1</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 186، 187.

لقطعه هذه المفاوضات أنه بذل كل ما يستطيع من الجهود لينفذ الالتزام، في حين أن مواصلة المفاوضات كان غير ممكن بسبب أجنبي كخطأ المضرور نفسه أو القوة القاهرة<sup>1</sup>.

### ب- الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات.

يفرض التعايش الاجتماعي على الأفراد احترام تلك الضوابط التي يقوم عليها، منها احترام الغير وعدم التعدي على ممتلكاتهم، ويترتب على الإخلال بهذا النظام تحمل تبعات ذلك، وعليه حتى تقوم مسؤولية المتفاوض التقصيرية في مرحلة المفاوضات، يتوجب توافر الأركان المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية<sup>2</sup>.

فيتجلى الخطأ التقصيري في انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف، ومن ذلك لجوئه إلى الغش أو تعمد إحقاق الضرر بالطرف المتفاوض معه، أي إظهار سوء نيته، وبالخصوص إذا كان ولوجه إلى المفاوضات من غير نية جدية للتعاقد، أو إطالتها من دون نية الوصول إلى العقد النهائي وكذلك قطعها بصفة مفاجئة ومن طرف واحد، ويمكننا القول أن سوء النية يتجلى في وضع حد للمفاوضات ضمن ظروف مضرة بالطرف الآخر، بعد أن كان يعتقد أنه سيصل إلى إبرام العقد النهائي<sup>3</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، حيث أكدت أن قطع المفاوضات من طرف واحد بصفة فجائية من غير وجود سبب مشروع، وبعد وصولها إلى مرحلة متقدمة يعتبر مخالفا

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 213.

<sup>2</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 188.

<sup>3</sup> براهيم فايزة، المرجع السابق، ص 186.

لقواعد حسن النية في العلاقات التجارية، وهو يقيم المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

وبالحديث عن معيار تحقق الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات، فهو يقاس في حقيقة الأمر بمعيار موضوعي وليس شخصي، إذ يقارن سلوك المخل بسلوك متفاوض عادي من أوساط الناس، ليس شديد الحرص واليقظة ولا متفاوض غير محترز ومتخاذل، وبذلك يكون وسطا بين هذا وذاك، فإن كان المتفاوض المعتاد قد وضع محل المتفاوض المعتدي ولم يسلك نفس السبيل، هنا يتوفر الخطأ من غير الاعتداد بالظروف الخاصة لشخص المتفاوض المخطئ، لكونها ظروف داخلية تتصل به حتى لا يكون معيار الخطأ شخصيا.

ولجوء المتفاوض إلى الغش بتعمده الإضرار بالطرف الآخر أو ارتكابه لخطأ جسيم يعد انحرافا عن السلوك المألوف، ولا يشترط القضاء توفر نية الإضرار بالمتفاوض الآخر فيكفي الانحراف عن السلوك المألوف لتحقيق الخطأ<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد لا يفوتنا التنويه إلى مسؤولية الغير التقصيرية عن خطئه الغشي، وقبل ذلك لا بد من توضيح مصطلح الغير لكونه مصطلح مبهم وغير واضح المعالم بحيث يتباين مدلوله من نظام قانوني لآخر ويختلف حسب الموضع الذي يرد فيه، فالغير في إطار المسؤولية التقصيرية هو كل شخص ليس طرفا في اتفاق التفاوض الضمني على العقد وليست له أية رابطة قانونية مع أطراف التفاوض، وفي هذا الموضع فإن تحديد الغير في نطاق

---

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض الفرنسية في 03 أكتوبر 1972 تتمثل وقائعه في أن المحكمة فصلت في قضية شركة متخصصة في بيع العقارات تلقت عرضا لبيع طابق أرضي مهيا لاستعمال تجاري من طرف شركة أخرى، شريطة تحمل هذه الأخيرة بعض التعديلات في المكان محل الشراء، فوافقت الشركة على هذا العرض وأعطت الإذن لمهندسي الشركة التي ترغب في الشراء بالتدخل لإجراء دراساتهم، وبالرغم من حالة المفاوضات المتقدمة طبقا للوقائع فإن المشتري الاحتمالي قطع المفاوضات وحل في مكان آخر وطالبت الشركة المشتري الاحتمالي بالتعويض لقطعه المفاوضات بطريقة تعسفية، فرفضت محكمة استئناف "باستيا" طلبها، وعليه فإن أساس رفض المشتري المحتمل انجاز البيع لا يشكل مسؤولية إلا في حالة ما إذا كان القصد من ذلك هو الإضرار بالغير، وبعد أن طعن في القرار بالنقض قررت محكمة النقض مسؤولية الشركة التي قامت بقطع المفاوضات، حتى ولو لم تكن تقصد الإضرار بالغير، حكم مأخوذ عن براهامي فايژه، المرجع السابق، ص 187، 188.

<sup>2</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 189.

المسؤولية التقصيرية للمتفاوض الذي قام بإفساد التفاوض عبر غشه وكل مسؤول عن الضرر عليه أن يضمن تعويض الأطراف المتفاوضة من قطع المفاوضات تعسفياً تعويضاً عادلاً<sup>1</sup>.

لا شك أن قيام المسؤولية التقصيرية يتطلب كأصل عام الإخلال بالتزامات قانونية، ولكن ذلك لا يعني أن تستبعد هذه المسؤولية في الحالات التي لا يتوفر فيها نص قانوني، لكون العنصر المادي للمسؤولية التقصيرية قد يتحقق ولو تم الإخلال بالتزامات غير قانونية ولكنها مستنبطة من ضوابط التعايش<sup>2</sup>.

وينطبق مصطلح الغير على المسؤول المباشر عن الإخلال بالالتزام العقدي الذي يتجلى في اتفاق التفاوض، وكذلك الغير، المسؤول غير المباشر عن الإخلال باتفاق التفاوض<sup>3</sup>، فالأول يتحقق عند تواطؤ الغير بالرغم من علمه بوجود اتفاق تفاوض واستمراره مع أحد الأطراف بهدف إفساده على صاحبه، ليظفر هو بإبرام العقد الجاري التفاوض بشأنه فيكون تدخله سلبياً يخل بواجب عدم الإضرار بالغير، ويرتب بذلك المسؤولية التقصيرية.

أما الثاني تكون فيه مسؤولية الغير التقصيرية بصفة غير مباشرة وهو ما يسمى بالتدخل الايجابي فيتحقق عندما يعتبر تدخل الغير في اتفاق التفاوض من المتطلبات الضرورية لتنفيذ عقد كان محل اتفاق تفاوض، وكمثال على ذلك إذا تفاوض المفاوض الرئيسي مع مفاوض من الباطن أي الغير بشأن تنفيذ أعمال ثانوية للمشروع المراد إنجازه فإذا صدر من المفاوض الباطن أي الأجنبي عن اتفاق التفاوض الرئيسي، غش أو خطأ جسيم تجاه المفاوض الرئيسي أثناء عملية المفاوضات، فبوسع المفاوض الرئيسي بالإضافة إلى رب العمل مقاضاة المفاوض الباطن وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، وليس على أحكام المسؤولية العقدية، ومرد ذلك لعدم ارتباطه بكلا الطرفين بعلاقة عقدية إرادية أي ما يصطلح عليه " اتفاق التفاوض"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 203، 204.

<sup>2</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 189.

<sup>3</sup> هلدبر أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2012، ص 216.

<sup>4</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 204.

ويتخذ الخطأ التقصيري الذي يمكن أن يقتصره المتفاوض إبان فترة المفاوضات عدة صور نستعرض منها الأكثر وقوعاً من الناحية العملية.

### 1- المفاوضات بغاية التجسس.

قد يلج الشخص المفاوضات من غير وجود نية للتعاقد، ولكن غايته من خلف ذلك الاطلاع على أسرار الطرف الآخر وأفكاره، والمعلومات المتعلقة به، وبمجرد حصوله عليها يتراجع عن المفاوضات ويخرج منها.

### 2- المفاوضات بهدف الإعاقة.

يراد بها المفاوضات التي يرجو بمقتضاها أحد المتفاوضين إلى تعطيل الطرف الآخر وصرفه عن إبرام صفقات أخرى، وليست غايته منها التفاوض الجدي بغية تحديد شروط العقد النهائي وإبرامه، ومثال ذلك دخول دار نشر في المفاوضات مع مؤلف بشأن إنتاجه بهدف منعه من التفاوض مع دار نشر منافسة له.

### 3- السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في التعاقد.

يعتبر عدم تبصير المتفاوض الآخر بواقعة من شأنها التأثير في عملية التعاقد من قبيل التدليس والغش المذكور في المادة 86 من قانون المدني، وتعتمد الكتمان بهدف إلحاق الضرر بمصلحة المتفاوض الآخر، واقتناص المنفعة منه على سبيل الغش وإخفاء الحقائق فلو علم بها لانسحب الطرف الآخر من المفاوضات، وهذا الإخفاء يعد خطأ تقصيرياً يترتب عنه الالتزام بالتعويض<sup>1</sup>.

### 4- التفاوض على ملك الغير.

مما لا شك فيه أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير<sup>2</sup>، وذلك يستتبع بالضرورة عدم جواز التفاوض على ملك الغير بغية التصرف فيه بالبيع أو الإيجار، أو استغلاله كحصة في شركة.

<sup>1</sup> براهيمى فايزة، المرجع السابق، ص 191.

<sup>2</sup> نصت المادة 397 من القانون المدني على ما يلي: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه..."



وكنتيجة لذلك فإن دخول شخص في عملية مفاوضات الغاية منها التصرف في مال معين بالذات من غير مالك، ولا تأكيد ماله قبل تمام العقد، يعد خطأ تقصيري يترتب مسؤولية ينجر عنها تعويض المتفاوض الآخر، إذا كان على علم بأن هذا المال غير مملوك له، وبالرغم من ذلك تعدد التفاوض عليه يعد ذلك من قبيل الغش، وإن لم يكن يعلم بذلك فيكيف على أنه خطأ جسيم، لأن التفاوض على شيء من غير التأكد من كونه صاحب الحق فيه يعتبر إهمالا يستوجب المسائلة.

بناء على ما سبق فالطرف الذي تفاوض على ملك الغير يعد مسؤولا عن التعويض تجاه الطرف الآخر الذي تصرف بحسن نية، ويستوي في ذلك أن يكون المتفاوض على ملك الغير حسن النية أو سيء النية<sup>1</sup>.

وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية إثر نقض حكم لمحكمة الاستئناف يلزم المتفاوض على ملك الغير بالتعويض عبر دعوى أن الحكم لم يبين قصد الإضرار أو سوء النية لدى المتفاوض المسؤول<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الضرر في مرحلة المفاوضات.

لا يسعنا القول بتحقيق المسؤولية إلا بتوافر ركن الضرر، فلا يكفي لقيامها وانعقادها وقوع الخطأ في مرحلة المفاوضات فقط بل لابد أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المتفاوض الآخر، فلا مناص من توافر هذا الركن حتى تتحقق المسؤولية المدنية، وقد يكون الضرر ماديا كما قد يكون أدبيا.

ويتجلى الضرر المادي فيما يصيب المتفاوض المضرور من الناحية المادية والمالية، منها تلك النفقات التي تحملها في مرحلة التفاوض على العقد الذي لم يكلل بالنجاح<sup>3</sup>، كنفقات ومصاريف الدراسات الأولية ناهيك عن تقارير الخبراء التقنية منها والفنية وكذا دفتر الشروط

<sup>1</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 192.

<sup>2</sup> Cass.civ, 12 avril 1976, rtd.civ.1977.p127.

حكم مأخوذ عن نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 192.

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 191.

والاتصالات التي يجريها والتنقلات<sup>1</sup>، وزيادة على ذلك ما ضاع منه من وقت وفرص فوتها بسبب ذلك، كما قد يتم إفشاء أسرارها التي حافظ عليها وقد اطلع عليها الطرف الآخر بحكم التفاوض والثقة المتبادلة التي تولدت بينهما، واستغلها الطرف الآخر من غير إذن منه مما كبده خسائر مادية ومضيعة لحقوقه المالية.

ويمكن أن يتجلى الضرر الأدبي في كل ما يمس الطرف المضرور في التفاوض في سمعته كأن يفضي إلى إفشال التفاوض، أو يسيء إلى سمعته التجارية، فهو لا يمس الذمة المالية ولكنه يمس بكرامة الإنسان وسمعته، وكذلك مركزه الاجتماعي<sup>2</sup>. وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الطرح<sup>3</sup>، وقد تمت الإشارة إلى التعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني من خلال المادة 182 مكرر<sup>4</sup>.

### - شروط الضرر في مرحلة المفاوضات.

وفقا لقواعد المسؤولية لابد من شروط ثلاثة في الضرر التي نستعرضها فيما يأتي:

### - أن يكون الضرر مباشرا.

وذلك يتطلب أن يكون نتيجة طبيعية مترتبة عن إخلال المتفاوض بأحد التزاماته التي ترتبت عن المفاوضات، ما لم يتمكن المتفاوض الآخر من دفعه وتقاديه ببذل جهد معقول<sup>5</sup>، فالضرر غير المباشر لا يلتزم المتفاوض المدين بالتعويض عنه، وهذا نظرا لغياب

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 470، 471.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 191، 192.

<sup>3</sup> ورد في حكم القضاء التجاري الفرنسي بأن إنهاء التفاوض بصفة مفاجئة من غير مبرر، من شأنه المساس بالمركز المالي للمتفاوض الذي أصابه الضرر أو قلة خبرته بشأن العقد الذي كان محلا للتفاوض، كما يؤثر في سمعته التجارية وينال منها، في وسطه المهني على نحو يصيبه بأضرار معنوية مؤكدة، مما يوجب على قضاة الموضوع أخذها في الاعتبار عند تقدير التعويض.

نقض تجاري فرنسي 3-10-1978 دالوز، 1980 حكم مأخوذ عن بلحاج العربي، ص 472.

<sup>4</sup> ورد في المادة 182 مكرر من القانون المدني بأن التعويض عن الضرر المادي يشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة.

<sup>5</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 214.

العلاقة السببية بينه وبين الخطأ حتى وإن وقع بمناسبة الخطأ، فمع ذلك يمكن أن يكون نتيجة لأسباب أخرى، ولا يعد نتيجة محققة له، مما ينفي العلاقة السببية بينهما<sup>1</sup>.

ومثاله أن يقوم أحد الأطراف بالتشهير بسمعة الطرف الآخر مما ينجر عنه عدول جهة أخرى عن منح الطرف المشهر به قرضا كانت تنوي منحه إياه، ولكنها سرعان ما وصلت إليها أخبار التشهير، فتراجعت بمقتضاها عن ذلك، وكذلك من الأمثلة المتواجدة بكثرة في الواقع العملي إفصاح المتفاوض عن معلومات سرية كشفها له الطرف الآخر إثر التفاوض معه، بالرغم من أن عقد التفاوض يلزم من تلقى المعلومات ذات الطابع السري أن يحافظ عليها، فإن قام بإفشائها للغير تحقق مع ذلك الخطأ، وترتب عن ذلك أن طرف ثالث رفض الدخول مع الطرف الأول صاحب المعلومات السرية في علاقة عقدية، هنا يكيف الضرر على أنه ضرر مباشر<sup>2</sup>.

- أن يكون الضرر محققا.

يقصد بذلك أن يكون محقق الوقوع أي واقع حالا وقد يكون في المستقبل وتتنجر عنه المسؤولية العقدية أي محققا في المستقبل، ومن الأمثلة على ذلك، تعاقد مصنع للسيارات على استيراد قطع غيار سيحتاج إليها في المستقبل، إلا أن المستورد أخل بالتزامه، فالضرر الذي أصاب صاحب المصنع من وراء ذلك مستقبلي، ولكنه في نفس الوقت محقق الوقوع، ومن شأنه أن يؤثر على سمعة المتفاوض مستقبلا، فيما لو أن مالك المصنع قد ارتبط مع العملاء بعقود شراء السيارات مع عدم توفر قطع الغيار أدى إلى دون ذلك، وبالتالي تشويه سمعته التجارية داخل السوق.

وتجدر الإشارة إلى أن الضرر غير محقق الوقوع لا يمكن تعويضه، ولا تنشأ عنه المسؤولية التعاقدية، وعليه فالمتضرر من القطع ليس بوسعه الحصول على تعويض مما فاته من كسب لكون إبرام العقد أمر احتمالي، وبالتالي فإن فرضية إبرامه يمكن تحققها من عدمه،

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 194.

<sup>2</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 214، 215.

وهي تتدرج تحت ما يسمى الحرية التعاقدية للطرفين، وكذلك نشير إلى أن الضرر لابد أن يصيب مصلحة مشروعة للمفاوض، كان يهدف الوصول إليها، أما إن كان الهدف غير مشروع، فلا يتم التعويض عنه.

- أن يكون الضرر متوقعا.

توقع الضرر هو إمكانية التنبؤ بحدوثه إذا وقع التنبؤ على سببه ومقداره، ويقاس التوقع بمعيار موضوعي مجرد لا عبر معيار ذاتي أو شخصي، وبمعنى أدق أن يكون الضرر مما يمكن توقعه عادة وقت الاتفاق على الدخول في التفاوض، وهو شرط تختص به المسؤولية العقدية، وفي حقيقة الأمر لم تتم معالجته في الفقه والقضاء، ولكن الإقرار بكون المفاوضات ليست مجرد عمل مادي، إنما هي عمل يساهم فيه المتفاوض بإرادته يستدعي منا القول بأن الضرر لابد أن يكون متوقعا فالمفاوضات تمهد للعقد، وتقترب منه لكونها قائمة على التوقع، وقد مرت بعدة مراحل قاربت فيها إبرام العقد فلا يغطي التعويض الضرر غير المتوقع<sup>1</sup>.

وفقا للمسؤولية العقدية في القانون المدني، يسأل عن الضرر الفعلي المباشر المتوقع فقط كنتيجة للإخلال بالتزام عقدي فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية<sup>2</sup>، وقد أشارت له المواد 131، 175، 182<sup>3</sup> وكذلك 182 مكرر السالفة الذكر، في حين أن مسؤولية المتفاوض المخطئ عن أفعاله التقصيرية تمتد إلى الضرر المباشر المتوقع، وغير المتوقع على حد سواء، ويشمل هذا

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 193، 194، 195.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 473.

<sup>3</sup> ورد في المادة 131 من القانون المدني أن القاضي يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب، وفقا للمادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة.

وكذلك نوهت المادة 175 من ذات القانون، إلى أنه إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين وذلك مع مراعاة الضرر الذي أصاب الدائن.

أما المادة 182 من نفس القانون، نوهت إلى أن التعويض الذي لا يكون مقدرا في العقد أو في القانون، يقوم القاضي بتقديره ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وكذلك ما فاتته من كسب، على أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في ذلك، ويعد الضرر نتيجة طبيعية في حالة لم يتمكن الدائن من توقيه ببذل جهد معقول.

هذا وأشارت كذلك ذات المادة إلى أن الالتزام الذي يكون مصدره العقد، فلا يعوض فيه المدين الذي لم يقم بارتكاب الغش أو الخطأ الجسيم إلا الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة زمن التعاقد.

الخسائر التي لحقت بالمضرور والربح الذي فاتته، وهو ما يقدره قاضي الموضوع مع الأخذ بعين الاعتبار تلك الظروف الملازمة للطرف المضرور وهو ما نوهت له المواد 172، 178 وكذلك المادة 182 من القانون المدني.

وعليه يمكن أن يطالب الطرف الذي لحق به الضرر من جراء تقويت فرصة إبرام العقد المرجو الوصول إليه، بشرط أن تكون الفرصة جادة وحقيقية، إلا أن المشرع الفرنسي من خلال المادة 1112 من القانون المدني لعام 2016<sup>1</sup>، أكد أن تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال التفاوض، لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه<sup>2</sup>.

فضلا عن ذلك لا بد أن لا يكون الضرر قد تم تعويضه من قبل، ولو تم ذلك عن طريق غير المدين وتماشيا مع ذلك فالمحاكم الفرنسية عادة ما تقضي بعدم التعويض عن النفقات العادية التي يقدمها المهني في مقابل التفاوض مع العملاء بشأن مهنته<sup>3</sup> لكون هذه النفقات تعد من مخاطر المشروع التي عليه أن يتحملها وحده، بحيث أنها تدخل عادة ضمن النفقات العامة للمنشأة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Art 1112 du C.C.F "... En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages".

<sup>2</sup> صدر حكم عن محكمة استئناف "رين" في أحد قراراتها المشهورة قضت فيه بما يلي: " لا يدخل في حساب مقدار التعويض المزايا التي كان سيحصل عليها المتفاوض، بسبب عدم إبرام العقد مع الطرف الآخر، لأن العمل بغير ذلك يؤدي بطريق غير مباشر إلى ترتيب آثار العقد بالرغم من عدم انعقاده".

استئناف رين 08-07-1929، مأخوذ عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 475.

<sup>3</sup> تطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف كولمار الفرنسية بأن الخرائط والمقاييسات التي ترفق بالإيجاب ليست إلا ملاحق لهم تهدف إلى إبراز مزاياه ومن ثم فإن الأموال التي تتفق عليها تدخل ضمن المصروفات العامة التي يجب أن تتحملها جميع بيوت التجارة والصناعة من أجل التفوق على منافسها.

C.a colmar 5 des.1928 حكم مأخوذ عن نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 196.

<sup>4</sup> نرجس البكوري، المرجع السابق، ص 196.

### الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

بالرجوع للفقه التقليدي نجد أنه يذهب إلى أنه لا يكفي خطأ المتفاوض لتنفيذ الالتزامات التي تملئها عليه قواعد حسن النية، وكذلك ترتب الضرر على ذلك لا يعد كاف، ولكن يتعدى الأمر ذلك إلى تطلبه أن يكون ما نتج من ضرر أصاب المتفاوض هو عبارة عن نتيجة مباشرة لما وقع من خطأ، وهو ما يصطلح عليه بالعلاقة السببية، وتتمثل في ما ينشأ بين الفعل الخاطئ والضرر، فعند ثبوت الضرر بأنه نتيجة مباشرة للخطأ<sup>1</sup>، فذلك يعني قيام علاقة سببية<sup>2</sup>.

وبعبارة أخرى لا بد أن يكون الضرر الحاصل الذي يقوم المدعي بادعائه على صلة مباشرة بالخطأ في مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية، الذي ارتكبه المتفاوض المخطئ نتيجة لقطع مفاوضات العقد أو إخلاله بأحد الالتزامات التي يفرضها التفاوض.

وبمفهوم المخالفة فإن الفعل الضار في حالة كان ناجما عن فعل المتفاوض نفسه، ففي هذه الحالة إما أنه لا مسؤولية لمن صدر منه العدول مما يعفيه منها، أو توزع المسؤولية بين طرفي الخصومة، فانقطاع العلاقة السببية بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو بسبب فعل الغير، أو أن مرد ذلك إلى خطأ المضرور نفسه، يفضي إلى عدم قيام المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات.

وقد يشترك سبب آخر يتعلق بالطرف الأول في قطع المفاوضات ففي هذه الحالة تنطبق عليه أحكام الاشتراك في الخطأ تطبيقا للقواعد العامة حيث تقضي المحكمة بالتعويض تضامنا بينهم أو بالتساوي.

أما إذا كان حدوث الضرر مرده تدخل شخص من الغير أفسد على المتفاوض صاحب المصلحة في هذه المرحلة، هنا تتعقد المسؤولية في حق هذا الغير المتدخل الذي يلزم بتعويض المتفاوض المضرور، لما لحق به من أضرار مادية كانت أم معنوية التي سببها فعله هذا.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 196.

<sup>2</sup> علاقة السببية بهذا المفهوم هي عنصر مستقل عن كل من الخطأ والضرر فهي مبدأ تقليدي من مبادئ المسؤولية المدنية ويستوي في ذلك أن تكون عقدية أم تقصيرية، معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 217.

وبالعودة إلى الواقع العملي نجد أن المتفاوض المدعى عليه نفسه، قد يكون ضحية للطرف الآخر، وذلك بأن يكون هو المضرور عرضة لعدم جديته مضايقته وكذلك الرعونة في تصرفاته التي تعتبر خاطئة، ولكن قد يحصل أن يلحق بأحد الأطراف أضرار أثناء فترة المفاوضات ما قبل العقدية، يرجع مصدرها إلى حوادث خارجية أخرى، لا يد للطرف الآخر فيها، بل تخرج عن إرادته.

وقد يحدث أن يكون أحد الأطراف سيء النية كأن يتخذ عملية التفاوض كسبيل للاطلاع على أسرار الطرف المتفاوض الآخر، أو تعطيله وتأخير إبرام العقد النهائي، كما قد يصرح بتصريحات تسبب ضررا للجانب الآخر، وقد تكون كذلك مقترحاته غير جادة، مما يفضي إلى حصول الضرر، وهنا يتعين على المدعي بالتعويض إقامة الدليل على وجود علاقة سببية بين الخطأ في مرحلة المفاوضات، والضرر الذي ترتب عنه وهو ما توضحه محكمة الموضوع في حكمها، وإلا كان قاصرا يستوجب النقص، فاستخلاص توافر العلاقة السببية يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>1</sup>.

نضيف كذلك بأنه لا يجوز مطلقا الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية التي يمكن أن تتعقد عند فشل المفاوضات، فأى شرط يقتضي الإعفاء أو التخفيف منها يعد باطلا بطلانا مطلقا ولا يتم الاعتداد به<sup>2</sup>، وذلك تطبيقا للمادة 178 من القانون المدني لكونه مخالفا للنظام العام.

### المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن المسؤولية في مرحلة المفاوضات.

يسبب قطع المفاوضات ضررا يضطر معه صاحب الحق الدفاع عن حقه من خلال اللجوء إلى دعوى المسؤولية، التي يطالب فيها المضرور المسؤول عن الضرر بالتعويض من جراء ما أصابه، ولا شك أن الحق في التعويض عن المسؤولية التقصيرية ينشأ منذ وقوع

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 477، 478، 479، 480.

<sup>2</sup> عبيد نجا، المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، مجلد 06، عدد 02، جوان 2023، ص 526.

الضرر، ولا يتم الاعتداد بوقت الخطأ لتقدير التعويض، في حين أنه في المسؤولية العقدية، فإن نشوء الحق بالتعويض يكون من وقت ثبوت إخلال المدين بالتزامه.

### الفرع الأول: دعوى المسؤولية في مرحلة المفاوضات.

لا مناص من أن دعوى المسؤولية تعد سبيلا لحماية الحقوق وضمان تحصيل تعويض عادل وكاف عن الأضرار التي ترتبت عن الأخطاء التي تم ارتكابها، سواء كان ذلك في إطار المسؤولية التقصيرية أم العقدية، وعليه فالحكم الصادر في دعوى المسؤولية له دور فعال في تعزيز وجود الحق وكذلك في تقديره، ولا سيما لكون المتفاوض في المرحلة التي تسبق التعاقد ليس طرفا في العقد، مما يتعذر معه المطالبة بالأضرار التي أصابته من جراء فشل عملية التفاوض بمقتضى دعوى المسؤولية العقدية، وبالأخص إن لم تكن هذه المفاوضات مصحوبة باتفاقات التفاوض، وعليه يلجأ إلى دعوى المسؤولية التقصيرية.

### أولاً: شروط رفع دعوى المسؤولية في مرحلة المفاوضات.

لرفع هذه الدعوى لابد من توافر شروط نذكرها فيما يأتي:

#### أ- شرط المصلحة.

لابد أن يكون رافع دعوى المسؤولية في المفاوضات، له مصلحة تتحقق عند رفعه إياها، لكون الأصل أنه لا دعوى من غير مصلحة، ويقصد بها تلك المنفعة المشروعة مادية كانت أم أدبية، يهدف من خلالها المدعي لضمان الحصول عليها عبر دعواه التي قام برفعها، وتتجلى المصلحة المادية فيما تعرض له المتفاوض المتضرر من خلال قطع المفاوضات من أضرار مادية أصابته نتيجة هذا القطع، من خسارة مالية وتقويت فرصة إبرام عقد آخر مع الغير، أو تضييعه لصفقة كان سيجني منها أرباح، وكذلك المصلحة الأدبية كأن يكون تاجرا مثلاً وتشوهت سمعته التجارية، وخسر عملائه في السوق<sup>1</sup>.

يشترط كذلك المشرع الجزائري توافر شرط المصلحة وقت رفع الدعوى وأن يبقى مستمرا هذا الشرط أثناء إجراءات الخصومة، وهو ما أشارت له المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 232، 233.



والإدارية<sup>1</sup> فإذا زال أثناء إجراءات المتابعة للخصومة، وجب القضاء بعدم القبول لانتفاء شرط المصلحة، وهو ما نصت عليه المادة 67 من ذات القانون<sup>2</sup>.

تجدر بنا الإشارة إلى أن المصلحة تتباين عن الحق ذاته إذ يقصد بها الفائدة المنشودة والمرجوة من الدعوى والتي تحمي الحق، وهذا ما يختلف عن الحق ويمكن أن تتوارى المصلحة رغم عدم اتضاح الحق، كما قد تنعدم بالرغم من ثبوت الحق، ولا ريب في أن قبول الدعوى مرهون بتحقق شرط المصلحة<sup>3</sup>.

### ب- طرفي الدعوى.

الطرفين في رفع دعوى المسؤولية عن قطع المفاوضات هما المدعي والمدعي عليه، فالمدعي هو المضرور الذي يمكنه المطالبة بالتعويض أو نائبه أو خلفه، وذلك أن حق رفع الدعوى لا يقتصر على طرفي التفاوض، وإنما يتجاوز ذلك إلى كل من له حق أو مصلحة مشروعة من وراء ذلك، وقد نجد تعدد المضرورين من جراء خطأ واحد، فيكون قد أصاب كل مضرور ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر، وقد يصيب كذلك خطأ واحد بالضرر شخصين أو أزيد، ولكن ما أصاب أحدهم من ضرر يكون نتيجة للضرر الذي أصاب الآخرين، وهو ما يعرف باتصال الأضرار فيما بينها، أو ما يصطلح عليه اتصال السبب بالمسبب، وفي كلتا الحالتين لكل مضرور الحق في رفع دعوى شخصية خاصة به مستقلة باسمه دون تأثر بدعاوى الآخرين ولا ضامن بين المضرورين، بل يمكن للقاضي تعويض كل منهم على حدى. وقد يحدث أن تقطع المفاوضات استنادا إلى خطأ من شخصين مختلفين وتسبب بضرر لطرف آخر، ومن أمثلة ذلك تلك المفاوضات التي تدور بصورة جماعية متعددة الأطراف وهنا لا يمكن

<sup>1</sup> نصت المادة 13 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادرة في 23 أبريل 2008، معدل ومتمم، على ما يلي: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمه أو محتمله يقرها القانون...".

<sup>2</sup> ورد في المادة 67 من نفس القانون بأن: " الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي كانعدام الصفة وانعدام المصلحة...".

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 233، 234.

القول بأن خطأ أحدهم يستبعد مسؤولية الآخرين، وإن كان المضرور قد ساهم في ذلك بجزء من الخطأ وتسبب فيه بقطع المفاوضات.

أما المدعى عليه المسؤول في الدعوى سواء كان ذلك عن فعله الشخصي أو عن فعل غيره فإذا كان هو المتفاوض في المفاوضات، وتسبب في قطعها مما أدى إلى ضرر للطرف الآخر، هنا يكون مسؤولاً عن هذا الضرر، وقد يقوم مقامه نائبه في حالة كونه قاصراً أو محجوراً عليه، وكذلك إذا كان مفلساً.

### ج- الأهلية.

يشترط في دعوى المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات أن يتوفر في طرفي المفاوضات الأهلية حتى يتمكن من استعمال حقوقهما والدفاع عنها، وانعدام هذا الشرط في أحد طرفي الدعوى يعني أنه لا بد أن يقوم مقامه النائب في استعمال حقوقه، فالأهلية لا تشترط بالضرورة في صاحب الحق، ولكن وجب توفرها في مباشر الدعوى بشكل أساسي.

وننوه كذلك أن السبب الرئيسي لهذه الدعوى هو إخلال المتفاوض المدعى عليه في المفاوضات بصفة مشروعة بالتزام يفرض عليه، ويسبب ضرراً للطرف الآخر في المفاوضات الذي هو المدعي، سواء كان الخطأ عقدياً أو تقصيرياً، ففي كلتا الحالتين يثبت المدعي ويعد من أسباب ووسائل كسب الدعوى.

### ثانياً: تقادم دعوى المسؤولية في المفاوضات.

ينقضي الالتزام بمرور فترة من الزمن، على الرغم من أن الوفاء به لم يتحقق بعد، ولذلك يترتب على المطالبة به بعد هذه المدة زعزعة استقرار المعاملات واختلالها، مما يثير منازعات يصعب التعرف على الحقيقة فيها<sup>1</sup>.

ولم يحدد المشرع الجزائري مدة للتقادم المانع من سماع الدعوى فيما يخص المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات، لكونه يخلو من أي نص ينظم عملية المفاوضات ولذلك لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة التي وردت في القانون المدني، بحيث نصت المادة 308 من

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 235، 236، 237.

القانون المدني التي جاء فيها بأن الالتزام يتقادم بانقضاء 15 سنة فيما عدى الحالات التي ورد فيها نص خاص وكذلك استثناءات أخرى ذكرتها المواد 309، 310، 311، 312 من ذات القانون.

وعلى العموم فالتقادم في المسؤولية المدنية يكون في المسؤولية العقدية بمرور 15 سنة أما المسؤولية التقصيرية تتقادم الدعوى فيها بمرور 15 سنة من يوم وقوع الضرر

### **الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن قطع المفاوضات ومخالفة التزاماتها.**

تترتب المسؤولية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية كجزاء للإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض عبر دعوى عادية طرفاها المدعي والمدعى عليه، اللذان هما المضرور والمتسبب في الضرر، لذلك فإنه في حالة قيام الالتزام قبل التعاقد صحيحا، يجوز إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينيا إذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن<sup>1</sup>، وهو ما تؤكد المادة 164 من القانون المدني<sup>2</sup>.

أما في حالة عدم إمكانية التنفيذ العيني أو كان ممكنا ولم يطلبه الدائن، وفي ذات الوقت لم يقم المدين بعرضه، فليس أمام القاضي إلا الحكم بالتنفيذ عن طريق مقابل، أو بالتعويض النقدي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 481، 482.

<sup>2</sup> جاء في المادة 164 من القانون المدني بأنه: "يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينين متى كان ذلك ممكنا".

<sup>3</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 482.

وهو ما أيدته المادة 176 ، 177 و 178 من القانون المدني<sup>1</sup>.

وعليه يمكننا القول أن التعويض يعد أثراً جوهرياً يترتب على قيام المسؤولية المدنية حتى يجبر ما لحق بالمتفاوض المضرور من أضرار مادية كانت أم معنوية، وقد يجتمع كلاهما، وننوه إلى أن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، وكذلك التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض المادي يعد قاعدة عامة في المسؤولية التقصيرية، وعليه نفصل في كلاهما كما يلي:

### أولاً: التنفيذ العيني.

يقصد بالتنفيذ العيني أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، وغالباً ما نجد هذا في الالتزامات العقدية، في حين أنه في المسؤولية التقصيرية قل ما يمكن أن يجبر المدين على التنفيذ العيني، كما يعد الأصل في تنفيذ الالتزام، وقد يحدث أن يكون هذا التنفيذ مرهقاً للمدين وبذلك قد يقدر القاضي حسب الظروف الحالة، مراعيًا في ذلك العرف ومبدأ حسن النية، فيقتصر بذلك في حكمه على دفع تعويض نقدي<sup>2</sup>.

بما أن التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني فقد ورد في مقتضى المادة 164 من القانون المدني السالفة الذكر، إذ يجب الأخذ به كلما أتيح ذلك، حتى يعاد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل حصول الضرر، الذي يتجلى في قطع المفاوضات ما قبل التعاقدية.

---

<sup>1</sup> ورد في المادة 176 بأنه في حالة استحالة تنفيذ الالتزام من طرف المدين عينا يحكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه في حالة عدم ثبوت أن الاستحالة نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

كما نوهت المادة 177 إلى جواز إنقاص مقدار التعويض من طرف القاضي أو عدم الحكم به إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه.

أما المادة 178 فقد تحدثت عن جواز الاتفاق على تحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. إضافة إلى جواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما نشأ عن طريق غشه وكذلك بخطئه الجسيم بحيث لا يجوز للمدين اشتراط إعفائه من المسؤولية التي تنجم عن الغش والخطأ الجسيم التي تقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 281، 282.

وبالرجوع إلى الفقه المقارن نجد أنه استبعد مسألة التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية، ومرد ذلك هو أن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمواصلة المفاوضات ومتابعتها، والوصول للعقد النهائي بصفة إجبارية، خلافاً لأحد الأطراف عن الأقل، وهذا يتعارض بصفة صريحة مع ما يعرف بمبدأ الحرية التعاقدية.

### أ- مبدأ الحرية التعاقدية.

لا يمكن أن يفرض على المتفاوض الذي أخل بالتزامه على الرجوع إلى التفاوض وإتمامه والسير فيه بالتنفيذ العيني، وهذا توافقاً مع حرية التعاقد وعدم التعاقد، حتى ولو كانت المفاوضات في مراحل متقدمة، وعلى النقيض من ذلك يقوم خطأ المتفاوض وتنهض مسؤوليته المدنية تقصيرية كانت أم عقدية في حالة إخلاله بمقتضيات مبدأ حسن النية في التفاوض، وخيانتته للثقة المشروعة في المعاملات، فحينئذ يكون عليه التعويض النقدي حتى يجبر الأضرار التي ألحقها بالمتفاوض معه<sup>1</sup>.

وهذا ما أيده القضاء الفرنسي في قرار مشهور له، يتجسد في الطعن في مجال فسخ المفاوضات العقدية بطريقة تعسفية، حيث جاء فيه بأن الحرية التعاقدية تقتضي ضمناً فسخ المفاوضات، وأن هذه الأخيرة لا يحدها إلا مبدأ التعسف في فسخ المفاوضات الذي يفترض وجود خطأ نتج عن المساس بثقة الفريق الآخر، ومحكمة الاستئناف التي لم تبين وجود أي واقعة تعتبر خطأ وفقاً لهذا المفهوم، بحيث يكون مخالفاً لحسن النية التعاقدية وتكون قد أفرغت حكمها من السند القانوني، بالنظر لأحكام المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 484، 483.

<sup>2</sup> Cass.com. 26-11-2003, bull.civ, 3, n 186.

قرار مأخوذ عن بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 484.

في حين أن حرية التفاوض تعد مبدأً أساسياً تقوم عليه مرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية، إلا أن قطع هذه الأخيرة لاسيما في ظل وجود شروط خاصة أو اتفاقات جزئية يهدف لتكوين العقد النهائي، من شأنه أن يورط فاعله من الناحية القانونية وبالأخص إذا تم القطع بسوء نية من غير مبرر مشروع، مما يعيق مجرى المفاوضات، ويشكل ذلك خطأً يستوجب تعويض الطرف الذي أصابه الضرر من جراء هذا القطع.

وعليه فإن الالتزام بالتفاوض لا يجبر الأطراف بإبرام العقد النهائي، ولكنه يلزمهم بالتفاوض حوله بسعيهم لإنجاح ذلك وفقاً لحسن النية والأمانة والنزاهة والثقة، وما يندرج عنه من التزامات تفرضها مرحلة المفاوضات، فلا يشكل إنهاء المفاوضات في هذه المرحلة خطأً إذا كان مبرراً ولم يخالف مبدأ حسن النية وما ينبثق عنه من مبادئ، سواء تعلق ذلك بعدم الاتفاق على الثمن، أو ما طرأ من مستجدات وصعوبات اقتصادية أو مالية.

### ب- عدم إمكانية فرض التفاوض على الممتنع.

لا يمكن من الناحية القانونية أن يجبر المتفاوض على أن ينفذ التزامه عينياً، وذلك كقاعدة عامة حتى ولو كان ذلك في متناوله، ممكناً وغير مرهق له، لكون هذا الإلزام يمس بحريته الشخصية وبحرية التعاقد التي ضمنها القانون، فضلاً عن أن ذلك يؤدي إلى فشل المفاوضات لا محالة، وكنتيجة لذلك لا يمكن للمتفاوض أن يلجأ للقضاء حتى يطلب التفاوض على من امتنع عن المفاوضات.

فعرض الولوج إلى المفاوضات ليس عرضاً ملزماً، ومرد ذلك إلى أن عناصر العقد الجوهرية ومسائله الأساسية لم تتضح بعد وليست مضمونة، وعليه لا يسع القاضي الحلول محل أحد

الأطراف في متابعة ما افترض من احتمالات<sup>1</sup>، وهو ما أشادت به المادة 65 من قانون المدني<sup>2</sup>.

وفي ذات السياق حكمت المحكمة العليا في 30 جانفي 2001 بأن تصرف الواعد في العقار الموعود به وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية لا يبقى للموعود له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض، وذلك استنادا إلى المادة 176 من القانون المدني<sup>3</sup>.

### ثانيا: التنفيذ عن طريق التعويض.

ورد النص على التنفيذ عن طريق التعويض ضمن المادة 176 من القانون المدني التي جاء فيها بأنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض الضرر المترتب عن عدم تنفيذ التزامه وكذلك ورد في المادة 182 من ذات القانون، أنه إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره وذلك تناسبا مع ما لحق المضرور من خسارة وكذلك ما فاتته من كسب.

وقد نوهت المادة 182 مكرر من نفس القانون، على أن التعويض يشتمل على الضرر المعنوي أو ما يعرف بالضرر الأدبي كذلك، ومن قبل ذلك ما مس بحرية المضرور في سمعته وشرفه.

ويتمثل التعويض في مقابل نقدي جزافي عادل، يشمل ما لحق الطرف المتفاوض من ضرر ماديا كان أم معنوي، من وراء قطع المفاوضات بسوء نية من غير وجود مبرر مشروع،

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 485، 486، 487.

<sup>2</sup> جاء في المادة 65 من القانون المدني بأنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد منبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة ".

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا، ملف رقم 258113، مجلة قضائية، صادرة في 2001، عدد 02، ص 120.

ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وكذلك ما فاتته من كسب<sup>1</sup>، و ما أضاعه عليه من فرصة إبرام عقد بديل مع الغير، في حين أن المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي قد استبعدت من الضرر القابل للتعويض تلك المزايا التي كان ينتظرها من العقد المشهود الذي لم يبرم إضافة إلى استبعادها للربح الذي كان يأمل فيه<sup>2</sup>

فقد طالبت إحدى الشركات بالتعويض عن ضياع فرصة الحصول على المكاسب الكامنة في إبرام العقد الذي تم التفاوض عليه دون وجه حق، فقد وافقت الغرفة التجارية على قضاة المحكمة الذين رفضوا منح هذا التعويض لكون الظروف التي تشكل خطأ، والتي تم فيها الإنهاء من جانب واحد للمفاوضات ليست هي السبب في الضرر المتمثل في ضياع فرصة تحقيق المكاسب التي يمكن توقعها من إبرام العقد<sup>3</sup>.

### أ - تقدير التعويض.

الأرجح أن يتم الرجوع إلى اتفاق الأطراف لتقدير التعويض فقد يرد شرط يتضمن تقديره في حالة تم الإخلال بالالتزامات التي يربتها العقد، أو قد يكون ذلك من خلال اتفاق لاحق وفي حالة انعدام مثل هذا الشرط فإن القاضي هو الذي تسند إليه مهمة تقدير التعويض المناسب عبر سلطته التقديرية وفقا لما تقضي به القواعد العامة وهو ما أيدته المادة 183 من القانون المدني حيث نصت على أنه: " يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق "

وبناء على ما سبق يتوجب على القاضي حين تقديره لقيمة التعويض أن يرجع إلى اتفاق الطرفين إذا سبق لهما أن حددها في اتفاق التفاوض أو اتفاق لاحق له، إذ يتعين على

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 490.

<sup>2</sup> Art 1112 du C.C.F "... En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages".

<sup>3</sup> Cass.com, 26 nov.2003, tiré par Denis Mazeaud, recueil Dalloz 2006, p 2963.



القاضي الحكم بالمبلغ الذي تم الاتفاق عليه من غير نقصان ولا زيادة، في حالة لم ينفذ المدين التزاماته أو تأخر في ذلك.

وللقاضي السلطة التقديرية في الإنقاص من مبلغ التعويض، إذا اتضح للمدين أن التعويض مبالغ فيه أو أن المدين قد نفذ جزء من الالتزام<sup>1</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني<sup>2</sup>.

ويمكن للقاضي باستخدام سلطته التقديرية كذلك أن يزيد في مبلغ التعويض إذا لاحظ أن الضرر قد تجاوز قيمة التعويض الذي تم الاتفاق عليه مسبقاً، وكذلك إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وهو ما أشارت له المادة 185 من القانون المدني.

وفي حالة قام القاضي بتقدير التعويض لكون الأطراف لم يتفقوا عليه، فيشترط عند تقديره أن يتضمن الضرر المباشر الذي يعتبر نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام، فلم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، فيشمل ما لحق الدائن من كسب، وما فاتته من خسارة، وهو ما سبق لنا الإشارة إليه ونوهت له المادة 182 من القانون المدني.

### ب- تحديد نطاق التعويض.

تتعدد الأضرار التي يمكن أن يطالب بها الطرف المتفاوض الذي لحق به الضرر في هذه المرحلة، ولكن من الناحية العملية غالباً ما نجد الأضرار التي يعوض عنها هي نفقات التفاوض، وكذلك ما ترتب من ضرر عن ضياع الوقت، والمساس بالسمعة التجارية وكذلك التعويض عن ضياع الفرصة<sup>3</sup>، وهو ما سنفصل فيه.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 222، 223.

<sup>2</sup> نصت المادة 184 من القانون المدني على أنه: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه."

<sup>3</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 223.

### 1- تعويض نفقات التفاوض.

يراد بها بصورة عامة تلك المصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور، في سبيل إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، ومنها نفقات الدراسة التمهيدية، والخرائط وتلك الرسومات ومختلف التصاميم، وتقارير الخبرة وكذلك نفقات السفر والإقامة، والاتصالات ونحوها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض، وتعد هذه النفقات خسارة فعلية للطرف المضرور من قطع المفاوضات، وعلى المسؤول عن ذلك أن يقوم بتحملها.

ويجدر بنا التنويه أنه لا بد من وجود علاقة سببية بين هذه النفقات وعملية المفاوضات التي لم تكلل بالنجاح، فتكون هذه النفقات قد تم صرفها بمناسبة عملية التفاوض، ولا مجال لاسترداد ما أنفقته المتفاوض إبان هذه العملية سواء قبل بدء التفاوض أو بعد علمه بانسحاب الطرف الآخر.

ولا يمكن للمتفاوض أن يسترد نفقاته إذا ثبت أنه قد أنفقها بسبب عدم حيظته، وسذاجته وعدم احترازه، فيفقد هذا الحق، وكذلك إذا تمت نتيجة خطأ المضرور نفسه وليس بسبب المتفاوض المسؤول، زيادة على ذلك لا يجب أن تخرج عن نطاق المألوف، وعن ما هو منطقي من النفقات التي تتفق في سبيل المفاوضات التي يتم اجرائها في ذات الظروف، وبنفس الموضوع محل التفاوض.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة كون المتفاوض مهنيًا، ويقوم بالتفاوض في مجال اختصاصه، فلا يعرض عن هاته النفقات ويتحملها المهني، ويضيفها إلى المصروفات العامة لمنشآته، أما في حالة ما إذا أثبت المهني أنه أنفق في سبيل المفاوضات ما يتجاوز حدود النفقات العادية، كما فرغ بعض من أعماله مقابل أجر خاص، أو قام بالاستعانة بمجموعة من الخبراء من الغير بهدف الإعداد لهذا التفاوض الذي لم يكلل بالنجاح، فالعدالة تقضي أن يسترد هذه المصاريف ويتم تعويضه عنها.

كما قد يكون محل التفاوض عبارة عن قيام بعمل، فإن كان العمل المتفاوض عليه يتسم بالاستحالة، كان الالتزام باطلا<sup>1</sup>، وهو ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني<sup>2</sup>.

ولابد أن تكون الاستحالة موضوعية بالنسبة لجميع الناس دون البعض منهم وليست شخصية، لأنه في الحالة الأخيرة يكون العمل مستحيلا على الملتزم فحسب، وهنا لا يترتب بطلان العقد، وما يهمنا هو أن المتفاوض لا يسأل عن إخلاله بالالتزام بالاستمرار في عملية المفاوضات، في حالة كانت هذه الأخيرة تدور حول القيام بعمل يستحيل تنفيذه مطلقا، أما في حالة كون الملتزم كان يعلم بذلك وقت التفاوض، أي بوجود الاستحالة المطلقة ومع ذلك قرر الاستمرار في العملية، ففي هذه الحالة يكون قد غش الطرف الأول في المفاوضات، بعد أن وافق في تنفيذ المدين لالتزامه وتسبب استمراره بالتفاوض في ضرر للطرف الآخر، هنا يكون مسؤولا عن الضرر مسؤولية تقصيرية نظرا لكونه قد ارتكب غشا بسبب خطئه الشخصي، وعلمه بأن الاستحالة مطلقة للعمل الذي التزم بتقديمه.

أما في حالة كون الاستحالة نسبية، هنا يكون مسؤولا عن تعويض النفقات التي استغرقتها عملية التفاوض للطرف الآخر، أما النفقات التي تكبدها هو، فلا مجال لاستردادها لكونه يعلم استحالة تنفيذه للعمل ورغمما من ذلك قرر الاستمرار في التفاوض وخداع الطرف الآخر، فيكون التعويض هنا عن الأضرار الناجمة عن تضييع الوقت الذي استغرقت المفاوضات وعن مصاريف التفاوض التي تم إنفاقها في سبيل الاستمرار في عملية المفاوضات، التي من أمثلتها مصاريف الإقامة ونفقات التنقل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 264، 265.

<sup>2</sup> نصت المادة 93 من القانون المدني على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ".

<sup>3</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 265، 266.

## 2- التعويض عن هدر الوقت.

يعد هدر الوقت وتضييعه من الأضرار التي يتم توقعها عادة في مرحلة المفاوضات، ويستحق أن يعرض عنه في أي مرحلة كانت عليها المفاوضات، إذا قام الدليل على ذلك<sup>1</sup>. وقد يتم تضييع الوقت لفترة تقدر بساعات كما قد تضيع أيام أو شهور، وفي بعض الأحيان قد تستغرق المفاوضات فترة طويلة تصل إلى سنوات مثل ما هو الحال في عقود التجارة الدولية، حيث يبذل الأطراف في سبيلها التنقل من دولة لأخرى للتفاوض حول إبرام العقد المرجو الوصول إليه، ويقع إثبات هدر الوقت على عاتق المتضرر من قطع المفاوضات، فيقيم الدليل على أن ما فقده من وقت كان بسبب المفاوضات التي جرت بين الأطراف، لاسيما وأن الوقت يعد عنصرا له قيمة حقيقية وبالإمكان تقديره بالمال، فيجب التعويض عنه من طرف من تسبب بخطئه في إفشال المفاوضات.

ويستوي في ذلك أن تكون هناك فرصة للتعاقد مع الغير تنتظره مع عدم وجود هذه الفرصة، ويقدر الوقت الضائع من طرف القاضي، لجبر الضرر الذي لحق بالدائن من يوم تحقق إهداره حتى لحظة صدور الحكم به<sup>2</sup>، وهو ما أيده القضاء الفرنسي من خلال قضية في حكم يخص التعويض، تم عرضه في إحدى المحاكم الفرنسية، حيث أعلن فيه زوجان رغبتهما في قبول إيجاب تجسد في طرح عقار للبيع، ثم طلبا تمديد مدة القبول حتى يتمكن من تدبير التمويل اللازم للشراء، وبعد مرور ثلاثة أشهر أخرى أفصحا عن إرادة قاطعة في عدم الشراء، وتمسك موجه الإيجاب بأن الرفض جاء متأخرا، وطالب بالتعويض عن ضياع الوقت، ورفض السداد، فرفض قضاء الموضوع مطلبه لعدم وقوع ضرر يبرر إلزام الزوجين بجبره، ولكن محكمة النقض أبت إلا أن تؤكد على أن مناط الحكم بالتعويض هو عبر البحث عن ما إذا

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 493.

<sup>2</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 267.

كان البائع قد اعتقد في التزامه بالإيجاب الموجه إليه بالفعل، ولم يتصرف في العقار طوال هذه المدة من عدمه<sup>1</sup>.

وفي نفس السياق وفي حكم آخر صادر عن محكمة النقض المصرية بتعويض المتفاوض عن الوقت الذي ضيعه في أوروبا لاختيار الأدوات والآلات اللازمة لإنشاء المصنع المتفق على بنائه مع الطرف الثاني في المفاوضات مما اضطره لإهمال محله التجاري في المدة التي قضاها في الخارج لاختيار الآلات اعتمادا على الطرف الآخر الذي قام بقطع المفاوضات دون إخطار الطرف المتضرر في الوقت المناسب<sup>2</sup>.

### 3- التعويض عن تفويت الفرصة.

لا ريب في كون الطرف الذي يسعى للتعاقد يقلب باستمرار عن فرصة الكسب ويتجنب الخسارة في العملية التعاقدية التي يقبل عليها، فقطع المفاوضات من الطرف الآخر سيفضي حتما إلى تفويت فرصة التعاقد التي كان يصبوا إليها<sup>3</sup>.

ويقصد بتفويت الفرصة الحرمان من فرصة حقيقية وجدية تحقق كسبا احتمالي لكونها ضررا محققا أصاب المضرور ولذلك يقدر التعويض الذي يستحقه من أصيب بالضرر بمقدار هذا الضرر المحقق، وقيمة الفرصة التي ضاعت عليه، وليس بقدر الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب الذي كان يتوقعه المضرور ولكنه أضى مستحيلا، من جراء فوات فرصة حقيقية<sup>4</sup>. وقد اختلف الفقه حول مسألة الفرصة، فكان الفقيه الإيطالي فاجيلا يرى من غير المقبول أن يترتب على عدم انعقاد العقد محل التفاوض حق في تعويض المتفاوض الآخر، بينما ذهب الفقيه الألماني إيهرنج إلى ضرورة الاهتمام بتفويت فرصة إبرام العقد المرجو الوصول إليه،

<sup>1</sup> حكم مأخوذ عن محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 268.

<sup>2</sup> نقض مدني مصري بتاريخ 27 يناير 1966، الطعن 219 لسنة 31 ق جلسة 27 يناير 1966 مكتب فني 17 ج 1 ق 24 ص 182.

<sup>3</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 227.

<sup>4</sup> محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 269.

ويعتد بها لحساب التعويض، لكونها تؤلف إلى جانب نفقات التفاوض وضياع الوقت، وهو ما سماه الفقيه إيهرنج ب " المصلحة التعاقدية السلبية ".

هذا في حين أن القضاء الفرنسي القديم امتاز بالتشدد، حيث أيد بعض الفقه الكلاسيكي أنه لا يقبل التعويض عن ضياع فرصة العقد الذي كان محلا للتفاوض، استنادا إلى أن قبول التعويض عن فوائد فرصة إبرام هذا العقد، يتعارض مع طبيعة مرحلة التفاوض التي أساسها حرية التعاقد وحرية رفضه، مما يستوجب استبعاد فوات فرصة إبرام العقد المنشود، كعنصر من العناصر التي يتم الاعتماد عليها في تقدير قيمة التعويض عن القطع الخاطئ لمرحلة المفاوضات ما قبل التعاقدية.

إلا أن القضاء الحديث في فرنسا يتجه إلى وجوب تعويض المتفاوض الذي أصابه الضرر من القطع الخاطئ للمفاوضات، وحرّم من فرصة إبرام العقد محل التفاوض، بشرط أن تكون هذه الفرصة جادة وحقيقية لكونها تستند إلى أسباب معقولة، وليست مجرد احتمال، فيقتصر بذلك القاضي على التعويض في صورة مبلغ جزافي، من جراء الضرر المؤكد وليس الاحتمالي من غير أن يتم التعويض عن المكاسب والأرباح المأمولة التي كان ينوي المتفاوض تحقيقها إذا ما أبرم العقد النهائي، لكونه يعد ضرر من احتماليا لا يدخل في نطاق التعويض<sup>1</sup>.

فقد تضمن قرار صادر عن الغرفة المدنية لدى محكمة النقض الفرنسية في 28-6-2006 اشترطت فيه لكي تطبق نظرية فوات الفرصة في منازعات وقف التفاوض والحكم بتقدير التعويض واستحقاقه، أن تكون الفرصة جادة وحقيقية، ويثبت الطرف المضرور فيها المكاسب التي يكون قد خسرّها من جراء عدم تعاقدّه مع الغير، إضافة إلى تفضيله التفاوض مع الطرف المخالف، عبر إثباته وجود العلاقة السببية بين فقدان فرصة التعاقد مع الغير وولوج المفاوضات التي تم وقفها من الطرف المسؤول، من غير وجود مبرر مشروع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 497، 498.

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض الفرنسية، 28، 06، 2006، دالوز 2006، مأخوذ عن بلحاج العربي، ص 499.

وعليه فالتعويض لا ينصب على الفرصة في حد ذاتها، لكونها أمر احتمالي، ولكن يقع لتقويت فرصة إبرام العقد المرجو الوصول إليه، والذي يكون محلاً للتفاوض لكونه ضرر محقق أو مؤكد وجب التعويض عنه.

فالمتفاوض الذي قطع المفاوضات من غير سبب مشروع وجدي تسبب في فشل هذه الأخيرة، مما فوت على الطرف الآخر فرصة إبرام العقد وحل التفاوض، وكذلك يفوت عليه فرصة إبرام عقد بديل مع طرف آخر، يتضح من ذلك أن ما يقصده من تقويت الفرصة هو أن يحرم المتفاوض من فرصة جدية وحقيقية من تحقيق ربح احتمالي، وعدم تحقق نتيجة كان المضرور يرغب في تحقيقها<sup>1</sup> وحرمة منها خطأ الطرف المقابل<sup>2</sup>.

وتؤيد بعض أحكام القضاء التعويض عن فوات فرصة إبرام العقد النهائي، بحيث قضت محكمة بروكسل التجارية عام 1988 في أحد أبرز القضايا التي تتلخص وقائعها في أن المفاوضات كانت قد جرت بين شركة بلجيكية تسمى pasquasy وبين شركتين إحداهما فرنسية تسمى L'Oréal والأخرى أمريكية تسمى Cosmar حول التنازل عن امتياز بعض مستحضرات التجميل من بلجيكا ولوكسمبورغ.

هذا وقد انتهت المحكمة في هذه القضية إلى أن تقويت فرصة إبرام العقد النهائي في الحالة المعروضة عليها، هو أمر مؤكد يتوجب التعويض عنه، وقد بررت المحكمة ذلك بأنه قد تم قطع المفاوضات في وقت كانت فيه هذه الأخيرة شبه ناجحة، وكانت العلاقات التجارية بين الطرفين جيدة حيث أبرمت عدة صفقات تجارية بين الطرفين خلال 10 أشهر فقط، بحوالي 14 مليون فرنك بلجيكي، وكانت الظروف الحالة تنبئ عن وجود فرصة حقيقية مؤكدة، بغية إبرام

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 499، 500.

<sup>2</sup> ورد في الفقرة الثالثة من المادة السابعة البند الثالث من مبادئ اليونيدروا الصادرة عام 1994 ما يلي: " تقويت الفرصة يمكن التعويض عنها في حدود احتمال تحقيقها".

العقد النهائي، وضياع المزايا التي كان سيحققها إبرام العقد النهائي لو كان قد تم إبرامه، وهو ما يوجب الحكم بالتعويض<sup>1</sup>.

وبالعودة للقانون الجزائري نجد أن الفقه المدني المعاصر منهم علي فيلاي وعلي علي سليمان وكذلك محمد صبري السعدي، لم يتردد في الأخذ بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة كمبدأ عام، لكون الفرصة وإن كانت أمرا محتملا فإن تفويتها يشكل ضررا محققا قد يصيب الجانب الآخر، ولا بد للقاضي أن يأخذه بعين الاعتبار عند الحكم بالتعويض النقدي الجزافي، وذلك توافقا مع ملابسات كل قضية.

وتجدر الإشارة بأنه لا رقابة للمحكمة العليا على تقدير قضاة الموضوع للضرر الذي ترتب عن تفويت الفرصة، لكونها مسألة واقع وتقدير الضرر مسألة موضوعية، يختص بها قضاة الموضوع.

ويعتبر تفويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة المفاوضات التي يأخذها القانون المدني بعين الاعتبار، وهو ما نوهت له المادة 124 مكرر وكذلك المواد 131، 176 و 182 و 182 مكرر السالفة الذكر، فقطع المفاوضات من دون سبب جدي يحرم المتفاوض المضرور من فرصة جادة تتجلى في فرصة التعاقد التي كان سيحقق من ورائها كسبا احتمالي من وراء إبرام العقد الذي تم التفاوض بشأنه أو إبرام عقد بديل مع الغير.

ويرجع تقدير استحقاق المتفاوض المضرور للتعويض إلى قاضي الموضوع، ويستند في ذلك إلى درجة احتمال تمام هذا العقد، كما يطبق شروط فقدان الفرصة التي يترتب على ضياعها ثبوت الحق في التعويض، زيادة على وجود العلاقة السببية بين فقدان الفرصة، وما أصاب المضرور من ضرر.

<sup>1</sup> حكم مأخوذ عن معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 230، 3 février 1988, Bruxelles



ويمكن للقاضي رفضه في حالة لم يتأكد منه أو كان مشكوكا فيه، ولمحكمة النقض ممارسة رقابتها على صحة الاستخلاص الذي يجريه قاضي الموضوع فيما يتعلق بفرصة إبرام العقد المنشود، وتوافر الشروط القانونية لذلك.

ويعد أمر تقدير التعويض أمرا صعبا في تحديده وتقديره، لأنه يقدر على أساس ضرر احتمالي وليس محققا بذاته، فهو يحدد بذلك نسبة الضرر فقط، ويقدر مدى احتمال تحقق الفرص الضائعة، ونظرا لهذه الصعوبة فالقانون المدني الفرنسي الجديد لعام 2016 لم يمنح المتفاوض المتضرر حق المطالبة بالتعويض عما خسر من مزايا منتظرة من العقد الذي لم تسفر عن إبرامه مرحلة المفاوضات<sup>1</sup>.

### 4- التعويض عن السمعة التجارية.

تقوم المعاملات التجارية على أساس الثقة بين المتعاملين المقبلين على التعاقد، وذلك عبر بحثهم عن متعاقدين لهم سمعة تجارية طيبة في السوق وفي الأوساط التجارية، وذلك يتعلق بمركزهم المالي أو التجاري وكذلك كفاءتهم العالية في إدارة التعامل. ولذلك فإن قطع المفاوضات من طرف أحد المتفاوضين من غير الاعتماد على سبب جدي وموضوعي، قد يسيء إلى السمعة التجارية للطرف الآخر فيبعث الشك حول مركزه المالي، وقدراته على إدارة عملية التفاوض، مما يؤثر سلبيا على أنشطته التجارية كما قد يفضي ذلك إلى خسائر يتكبدها ويصعب تداركها، ويصنف التعويض عن السمعة التجارية ضمن ميدان الضرر المعنوي أو ما يسمى بالضرر الأدبي، الذي لا بد من جبره، ويأخذه القاضي بعين الاعتبار<sup>2</sup>.

ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من خلال حكمها الصادر في 27 جانفي 1966 الذي انتهت من خلاله إلى تعويض التاجر الذي قام بقطع المفاوضات بصفة

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 502، 503، 504.

<sup>2</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 226.

فجائية من دون مبرر عن الضرر المادي والأدبي الذي أصابه من وراء إظهاره بمظهر من يسهل خداعه ولا ثقة فيه، مما ساهم في النيل من سمعته في السوق التجارية<sup>1</sup>.

### ثالثاً: فسخ عقد التفاوض.

يكون مصير عقد التفاوض هو الوفاء في حالة نشأ العقد صحيحاً وكان قد استوفى جميع الأركان والشروط المتعلقة بصحته، في حين أنه في ظروف معينة قد يتخاذل أحد المتفاوضين عن تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض، ولذلك بإمكان المتضرر من عدم تنفيذ هذا الالتزام أن يطالب بفسخ عقد التفاوض، وهو ما سنفصل فيه.

### أ- مفهوم الفسخ.

نحاول تحديد مفهوم الفسخ من خلال تعريفه واستعراض الشروط التي يتطلبها الفسخ.

### 1- تعريف الفسخ.

يعرف الفسخ بأنه: "انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي في العقود الملزمة لجانبين عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه"<sup>2</sup>.

ويمكن للمتعاقد الآخر حل الرابطة العقدية ليتحرر بصفة نهائية من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه، وكنتيجة لذلك، يمكننا القول بأن الفسخ يعد جزاء على إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته.

وقد يرجع انتقاء المتعاقد للفسخ حتى يتحرر من الرابطة العقدية، إلى عدم فعالية إجراءات التنفيذ الجبري، وكذلك التنفيذ بطريق التعويض ولا يجدي الدفع بعدم التنفيذ هو الآخر لكونه موقف سلبي، في مواجهة متعاقد سيء النية يلحق الضرر بالدائن، من جراء طول انتظاره لاسيما إذا كان الدائن قد نفذ التزاماته، وفقاً لحسن النية.

<sup>1</sup> حكم مأخوذ عن معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 227.

<sup>2</sup> هبة حازم خضر كوبري، الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2021، ص 22.

ولكون عقد التفاوض عقدا ملزما لجانبين فإنه يمكن لأحد المتفاوضين طلب الفسخ فيه، إذا أخل الطرف المتفاوض الآخر بالتزاماته<sup>1</sup>، وقد ورد الفسخ في المادة 119 من القانون المدني<sup>2</sup>.

تبرز لنا هذه المادة بأن فسخ العقد هو حق لكل متعاقد في العقد الملزم لجانبين، في حالة لم ينفذ المتعاقد الآخر التزامه، ويتضمن هذا الحق العقد ذاته وإن لم ينص صراحة على ذلك، ولا يمكن حرمان المتعاقدين من هذا الحق وكذلك لا يمكن الحد منه إلا في حالة وجود اتفاق صريح بين الطرفين، ولكن تجدر بنا الإشارة إلى أن عقد التفاوض لفسخه لا بد من توافر شروط وصور وآثار تترتب عن ذلك، نستعرضها فيما يأتي:

### 2- الشروط التي يتطلبها الفسخ.

بما أن الفسخ هو عبارة عن حق مقرر لكل متعاقد، يتجسد عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، فحتى يتمكن الدائن من طلب الفسخ لا بد من توفر المتطلبات التالية:

#### 1. إخلال المتعاقد بالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض.

لا بد أن يكون هنالك إخلال من الطرف المتفاوض الآخر بالتزامه بالتفاوض، ويعتبر كذلك إذا لم يتم بتنفيذ ما هو مطلوب منه خلال الوقت المحدد لذلك، أو إعلانه صراحة حتى قبل حلول الأجل عن نيته في عدم تنفيذ الالتزام، كما يمكن للدائن أن يطلب الفسخ في حالة أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو كان غير مجدي بسبب يرجع لفعل المدين، وقد يكون عدم التنفيذ بصفة كلية عبر الامتناع كلياً عما يفرضه عقد التفاوض، أو قد يكون بعدم التنفيذ الجزئي في حالة تعلق الأمر بجزء من الالتزام أو تم تنفيذه بما لا يتطابق مع ما جرى الاتفاق بشأنه، وقد

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 236، 237.

<sup>2</sup> نصت المادة 119 من القانون المدني بأنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة غالى كامل الالتزامات ".

يتأخر كذلك في التنفيذ، ومن الأمثلة أن يقوم المتفاوض بإخفاء معلومات متعلقة بالعقد المنشود، كان من المفروض أن يفصح عنها، وفي مثل هذه الحالة يكون قد أخل بالتزامه بالإدلاء أو الإعلام الذي يفرضه عقد التفاوض، وبالتالي يمكن للطرف الآخر طلب فسخ عقد التفاوض لكون الطرف الآخر قد أخل بالتزامه سواء كان ذلك بصفة جزئية أو كلية.

### II. وفاء طالب الفسخ بالتزاماته في عقد التفاوض.

من المسلم به أن من يطلب الفسخ في عقد التفاوض لعدم التنفيذ، لا يمكنه ذلك بحجة أن الطرف المتفاوض معه ولم ينفذ التزامه، أو على الأقل أن يكون مستعدا لتنفيذ هذا الأخير، أما في حالة كون المتعاقد طالب الفسخ لم يقم بتنفيذ التزامه أو غير مستعد لذلك، فلا يمكن له طلب فسخ العقد لكونه مقصرا في عدم تنفيذ التزامه، وذلك طالما أنه لم يقم بخطوات إيجابية تبين أنه مستعد لتنفيذ التزامه والدخول في المفاوضات، ومن أمثلة ذلك أن يمتنع عن الذهاب إلى طاولة المفاوضات خلال المدة المتفق عليها، أو خلال مدة معقولة.

### III. ضرورة إعدار المدين.

يشترط على الدائن طالب الفسخ في عقد التفاوض، أن يعذر المدين الذي تفاوض معه، قبل أن يطلب الفسخ لكون المدين لا يعتبر متخلفا عن الوفاء حتى يتم إعداره، وهو ما نوهت له المادة 119 السالفة الذكر، فتلقي المدين للإعذار هو ما يضعه في موقع الإخلال بالتنفيذ.

### ب- صور الفسخ.

قد يتحقق شرط الفسخ إما بصفة تلقائية عند وجود شرط في العقد يقضي بأن يكون العقد مفسوخا بصفة تلقائية في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، وقد يكون الفسخ قضائيا فينتقر بموجب حكم قضائي، وهو ما سنتطرق له.

### 1- الفسخ القضائي.

لا يتقرر الفسخ في الأصل إلا بموجب حكم قضائي في حالة توفر الشروط التي يقتضيها والتي سبق لنا عرضها، ويمكن للقاضي أن يحكم استنادا إليها بفسخ عقد التفاوض.

ويعد القاضي غير ملزم بالحكم بالفسخ حتى ولو توافرت شروطه، لكونه يتمتع في ذلك بوسع السلطة التقديرية في أن يختار الحل الذي يتوافق مع ظروف وملابسات الإخلال بتنفيذ العقد.

وتأكيدا لما سبق نوهت المادة 119 في فقرتها الثانية إلى أن القاضي يمكن له منح أجل حسب الظروف، وكذلك يمكنه رفض فسخ العقد في حالة كانت الالتزامات التي لم يوف بها المدين قليلة الأهمية نظرا إلى كامل الالتزامات، ومن خلال هذا يمكننا القول أن للقاضي ثلاث فروض:

الفرض الأول أن يمنح المدين أجلا حتى يوف بالتزامه الذي فرضه عليه عقد التفاوض، توافقا مع الملابسات والظروف التي أحاطت به عند تنفيذه للالتزام، لاسيما إن كان حسن النية<sup>1</sup>، فمنح المدين أجلا هو ما يعرف بنظرة الميسرة التي تعتبر قاعدة فقهية مردها إلى الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>، قال تعالى: بسم الله الرحمان الرحيم " وإذا كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة " صدق الله العظيم<sup>3</sup>.

كما أن هنالك ظروف تستوجب أن يمهل القاضي بعض الوقت، ولذلك فمسألة تقدير الظروف هي مسألة موضوعية يملك فيها القاضي كامل السلطة التقديرية، من غير رقابة المحكمة العليا ما دام قد استند في ذلك إلى أسباب موضوعية.

أما فيما يتعلق بالفرض الثاني فيتجسد بطلب المتفاوض المتضرر من عدم تنفيذ الالتزام فسخ العقد، وبإمكان القاضي أن يرفض هذا الطلب في حالة كان ما لم يف به المدين ذو أهمية قليلة مقارنة بالالتزامات التي وفى بها، فقد يكون تنفيذه بذلك جزئيا، أي أن تقصيره ليس جسيما لدرجة يستدعي بها الفسخ، فقد يكتفي القاضي بحكم التعويض عن الضرر من جراء الإخلال الجزئي عن تنفيذ الالتزام، أو التنفيذ المعيب لهذا الأخير.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 240.

<sup>2</sup> مصدق فطيمة الزهراء، بقعة عبد الحفيظ، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، مجلد 06، عدد 02، سنة 2021، ص 343.

<sup>3</sup> الآية 280 من سورة البقرة.

وفيما يتعلق بالفرض الثالث هو أن يحكم القاضي بفسخ عقد التفاوض في حالة وجد أسبابا موضوعية تبرره، ورأى أنه لا جدوى من الإبقاء عليه، لاسيما إن كان المدين سيء النية وتعمد أن لا ينفذ الالتزامات على الرغم من إعدار الدائن له، ويحكم كذلك القاضي بالفسخ إذا كان عدم تنفيذ الجزء الأكبر من العقد أو كان تنفيذا معيبا في معظمه أو متأخرا للالتزام بما يتعارض مع الغرض الذي يصبو إليه الطرفين من العقد المنشود.

كذلك ننوه أنه إلى جانب الحكم بالفسخ يمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض نتيجة للأضرار التي تلقاها الدائن من الفسخ الذي ترتب من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تقصيره في ذلك، فيكون هذا التعويض توافقا مع أحكام المسؤولية التقصيرية لكون العقد قد انفسخ وزال، ولا يطبق الشرط الجزائي المتواجد فيه، وهو ما عبرت عنه الفقرة الأخيرة من المادة 119 بقولها: " مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ".

### 2- الفسخ الاتفاقي.

سبق لنا أن قمنا بالتنبؤ به بأن الفسخ القضائي هو الأصل، بحيث لا يكون إلا بحكم القضاء بتوافر شروطه، ولكن قد يحدث أن يفضل المتعاقدان تفاديا لما يتقرر من القضاء فيما يخص العقد الذي تم إبرامه بينهما، أنه في حالة لم ينفذ أحدهما التزاماته بأن يتفقا مسبقا على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد أن يتم الإخلال بالالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد، أو بأحدها ويسمى بالفسخ الاتفاقي، وهناك من يسميه الفسخ التلقائي أو الشرط الفاسخ الصريح، ووجود هذا الشرط في العقد لا يعفي من إعدار المدين، وإلا لن يقع الفسخ<sup>1</sup>.

وهو الأمر الذي أشارت له المادة 120 من القانون المدني<sup>2</sup>، وبذلك يمكننا القول بأن عقد التفاوض قد يتضمن شرطا يقضي بأن هذا العقد يفسخ إذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته بذاتها،

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 242.

<sup>2</sup> نصت المادة 120 من القانون المدني على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، لمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين ".

ومثاله أن يفسخ العقد إذا لم يلتزم المدين بحفظ سرية المعلومات التي تلقاها خلال مدة معينة، ويبرز هذا الشرط بصفة خاصة في عقود نقل التكنولوجيا.

لا شك في أن اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، يوجب معه رفع دعوى لطلب الفسخ وذلك قبل إعدار المدين، لكن على القاضي أن يقضي بالفسخ حينئذ في حالة اتفاق الطرفين على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه، من غير حاجة للجوء إلى القضاء، ولكن إذا وقع نزاع يتعلق بهذا الاتفاق ورفع إلى القضاء، فعلى القاضي أن يقضي بالفسخ، ويعتبر حكمه في هذه الحالة كاشفا وليس منشئا، لكون الفسخ ترتب نتيجة لاتفاق الطرفين ولم يحكم به القاضي، وفي جميع الأحوال، لا يعفي ذلك من إعدار المدين.

وقد يحدث أن يتفق الطرفان بأن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، من غير حاجة إلى حكم أو إعدار، فيقع الفسخ في هذه الحالة بمجرد إخلال أحدهم بالالتزام، من غير حاجة إلى إعدار أو دعوى لاستصدار حكم بذلك، وإذا حدث نزاع بشأن هذا الاتفاق ووصل إلى القضاء، هنا يقضي القاضي بالفسخ وجوبا، ويكون حكمه كذلك كاشفا.

ولابد من التنويه أنه عند تقرر فسخ عقد التفاوض اتفاقيا كان أو عن طريق حكم، فهو يؤدي إلى زوال عقد التفاوض بأثر رجعي، فلا يقتصر أثره على المستقبل، ولكنه يرجع إلى تاريخ إبرام العقد، وبذلك يعد العقد كأن لم يكن، وتزول كل الآثار التي تترتب عليه، كما يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد كل متفاوض ما أخذه من الآخر من وثائق ومستندات وكذلك التصميمات والخرائط والنماذج الصناعية، وكل ما تم تبادله أثناء هذه المرحلة بغية إبرام العقد النهائي، فإن استحال ذلك حكم القاضي بالتعويض<sup>1</sup>، وهو ما ورد ضمن المادة 122 من القانون المدني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 244، 245.

<sup>2</sup> نصت المادة 122 من القانون المدني على أنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

### عقد التفاوض شرط في عقد أصلي.

إذا كان عقد التفاوض شرطاً في عقد أصلي و تم فسخ هذا الاتفاق، يثور التساؤل إن كان يقتصر الفسخ على عقد التفاوض لوحده أم يتجاوز ذلك ليشمل العقد الأصلي مثل ما هو الحال في الشرط الذي يقضي بالالتزام بالتفاوض لإعادة التوازن العقدي، في حالة اختلال هذا التوازن إذا تغيرت الظروف الاقتصادية التي أبرم فيها؟

ورد شرط التفاوض ضمن عقد أصلي في قرار قضائي قضت به محكمة استئناف باريس في قضية تتجلى وقائعها في إبرام عقد بيع أجهزة وبرامج معلوماتية، هذا مع تعهد البائع بالتفاوض مع المشتري حول إبرام عقد صيانة لهذه الأجهزة عند انتهاء فترة الضمان إلا أن البائع لم يقيم بتنفيذ التزامه بالتفاوض، وعلى إثر ذلك رفع المشتري دعوى أمام المحكمة يطالب فيها بفسخ البيع، إلا أن المحكمة رفضت طلب المشتري.

ولما قام برفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس، قضت المحكمة بوجود اتفاق يتضمنه عقد بيع، ومن ثم أقرت المحكمة بمسؤولية البائع عن الإخلال بالتزامه بالتفاوض، التي هي مسؤولية عقدية في حين أن المحكمة انتهت إلى تأييد حكم محكمة الدرجة الأولى بعدم فسخ العقد الأصلي، مستندة في ذلك إلى كون الإخلال بالتزام بالتفاوض حول عقد الصيانة لا يشكل في ظروف الدعوى الحالية خطأ يوجب فسخ عقد البيع، بحيث ثبت أن إصلاح الأجهزة محل العقد لم يكن مستحيلاً<sup>1</sup>.

وعليه ما يمكننا فهمه من خلال هذا الحكم هو أنه عند ورود التفاوض كشرط في عقد أصلي فإن فسخ عقد التفاوض لا يفضي إلى فسخ العقد الأصلي، ما دام أن شرط التفاوض لا يتعلق بعنصر جوهري ضمن العقد الأصلي.

ولكن على النقيض من ذلك إذا اتضح أن عقد التفاوض ورد على مسألة جوهرية في عقد أصلي، وإذا طرأت ظروف معينة فإن فسخ عقد التفاوض في هذه الحالة، يفضي بصورة حتمية إلى فسخ العقد الأصلي، وذلك بحكم أن اتفاق التفاوض هنا يهدف إلى التفاوض لمجابهة

<sup>1</sup> C.App. de paris, ch 5, 1 Octobre 1980.



الصعوبات التي تعترض العقد حتى يتم تنفيذه<sup>1</sup>، لكون العقد الأصلي مرتبط بوجوده على التفاوض بشأنه<sup>2</sup>.

### رابعاً: انفساخ عقد التفاوض.

قد يستحيل على أحد الطرفين تنفيذ الالتزام، ويرجع سبب هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي ليس للمدين فيه يد، هنا لا يتقرر الفسخ ولكن يتوجب انفساخ العقد بقوة القانون<sup>3</sup>، وهو ما ورد ضمن المادة 121 من القانون المدني<sup>4</sup>.

### أ- شروط انفساخ عقد التفاوض.

لابد من توافر جملة من الشروط حتى يفسخ عقد التفاوض والتي تتمثل في:

أ- يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو مستحيل، ويقصد بهذه الاستحالة الموضوعية المطلقة ومن أمثلتها هلاك الشيء المبيع محل العقد المتفاوض عليه، ولا يتم الاعتداد في هذه الحالة بالاستحالة الذاتية التي لها علاقة بالمدين نفسه، كأوضاعه المادية، بحيث لا يمكنه الوفاء بالتزامه، ولابد لهذه الاستحالة أن تكون دائمة فيضحي تنفيذ الالتزام غير ممكن، لكون الاستحالة توقف سريان العقد خلال هذه الفترة، ثم يستأنف سريانه فيما بعد بزوال هذه الاستحالة.

ب- أن تعود الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ويتجلى السبب الأجنبي في القوة القاهرة، التي هي عبارة عن الحدث الذي لا يمكن تقاديه ولا توقعه ولا دفعه، وتختلف هذه المسألة حسب الظروف، ومن أمثلتها الحروب أو الزلازل أو الفيضانات وغيرها.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 244، 245.

<sup>2</sup> كمثال على ذلك اتفاق الطرفان في عقد التفاوض على أن يقوم بفسخ العقد الأصلي عبر إبرامه عقد توريد لمدة خمس سنوات يتضمن شرطاً يقضي بأنه يتعهد الطرفان بالتفاوض في بداية كل عام لتعديل الثمن وفق المتغيرات الاقتصادية الجديدة فإذا لم يتوصل إلى اتفاق في هذا الشأن في ظرف 30 يوم اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، مأخوذ عن معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 245.

<sup>3</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 245.

<sup>4</sup> نصت المادة 121 من القانون المدني على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون ".

لابد من التنويه أن الاستحالة يجب أن تكون مادية بفعل القوة القاهرة كما هو الحال في حالة هلاك المحصول بفعل الفيضانات فيهلك محل عقد البيع المتفاوض عليه، كما قد تكون الاستحالة ترجع لأسباب قانونية، كصدور قرار إداري مثلاً أو قانون يمنع ويحضر تنفيذ الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه.

ج- لابد أن يثبت المدين الاستحالة ووجود السبب الأجنبي، ويقع عليه عبء إثباته<sup>1</sup>، وهو ما أشارت له المادة 176 من القانون المدني<sup>2</sup>.

### ب- الآثار التي تترتب على انفساخ عقد التفاوض.

في حالة توفرت جميع شروط انفساخ عقد التفاوض هنا ينقضي الالتزام، وكذلك ينقضي الالتزام المقابل، مما يفضي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون، من غير حاجة لإعذار المدين، ولا صدور حكم قضائي بذلك، إلا أنه في حالة وجود نزاع وقع حول الاستحالة، وتم رفع القضية إلى القضاء الذي قرر قيام الاستحالة عبر انفساخ العقد، هنا يكون الحكم من طرف القاضي مقرراً للفسخ وليس منشئاً له، ويسري ذلك من وقت حدوث الاستحالة.

وتجدر الإشارة إلى أن الآثار التي تندرج عن انفساخ العقد بقوة القانون، هي ذاتها التي تترتب عن الفسخ، والمقصود من ذلك أن يرد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فتزول بذلك جميع الالتزامات التي نشأت على عقد التفاوض، التي منها تعهد متلقي المعلومة بالسرية، ففشل المفاوضات يزول معه هذا الالتزام.

وفي حالة كان انقضاء الالتزام مرده استحالة تنفيذه من طرف المدين في عقد التفاوض، نظراً لوجود سبب أجنبي، هنا يتحمل تبعة الهلاك المدين بهذا الالتزام، لكونه لا يستطيع مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ هذا الالتزام.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 246.

<sup>2</sup> أشارت المادة 176 من القانون المدني إلى أنه في حالة استحالة التنفيذ من المدين عينا يحكم عليه بتعويض الضرر الذي وقع من جراء عدم تنفيذ التزامه ما لم ترجع الاستحالة لسبب لا يد له فيه وكذلك في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

وفيما يتعلق بالمسؤولية العقدية لابد أن نشير إلى أنه يمكن للأطراف الاتفاق على تنظيم أحكامها وكذلك تعديلها، سواء كان ذلك بالتشديد فيها، أو تخفيفها وحتى الإعفاء منها<sup>1</sup>، وفقا لما يقضي به النظام العام، وقد ورد ذلك في المادة 178 من القانون المدني السالفة الذكر. ولكن ننوه في هذا الصدد أنه لا يجوز الاتفاق على أن يعفى من المسؤولية أو يخفف منها ما كان يخالف النظام العام<sup>2</sup>.

وفقا لما ورد في المادة 178 من القانون المدني السالفة الذكر، فإنه يمكن للطرفان أن يتقعا على تعديل قواعد المسؤولية، حتى ولو وصل ذلك إلى تحميل المدين المسؤولية عن السبب الأجنبي، ويمكن كذلك أن يتم التأمين على المسؤولية العقدية، ويشمل ذلك جميع الأخطاء التي تصدر منه المتعلقة بالالتزامات التي ترتبها المفاوضات، ويستثنى من ذلك حالتي الفعل العمدي وكذلك الخطأ الجسيم، إضافة إلى ما يصدر عن تأمين جميع الأخطاء الصادرة عن أتباعه أو من يستخدمهم المتفاوض في تنفيذ التزامه، وحتى إن كان ذلك عن فعل عمد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 247.

<sup>2</sup> عرف عبد الرزاق السنهوري النظام العام في قوله أن: " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسي أو اجتماعية أو اقتصادية وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت لهم مصالح فردية لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة "، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مجلد 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص 339، 400.

<sup>3</sup> معمر بوطبالة، المرجع السابق، ص 248.

الختامة

### الخاتمة

ما نخلص إليه في الأخير هو أن المفاوضات ما قبل التعاقدية ليست مجرد عملية مادية يتم فيها تبادل وجهات النظر، وإنما هي مرحلة جد مهمة وحساسة لها نظام قانوني خاص بها، بحيث يتقرر فيها وجود العقد ومصيره، وعليه ففترة المفاوضات ليست مجرد إطار زمني، إنما تمثل رحلة المفاوضين وسعيهم نحو إبرام العقد النهائي، ويمكن أن تتخللها عقود جزئية، الغاية منها تنظيمها وهيكلتها وتأمينها لذا فهي فترة تمهد وتحضر لإبرام العقد النهائي والعقد التحضيري يشكل الآداة التي يتم بها ذلك.

بحيث أضحت الدراسات تتجه صوب بداية التعاقد أي لحظة التفكير فيه، وما يليها من سعي حثيث لتحقيقه، لكونها تشكل حجر الزاوية في تكوين العقد من خلال التفاوض على العقد المرجو إبرامه، وما يتخلله من سلوك الأفراد التي تسعى إليه وما يسفر عنه من نتائج.

وبالتالي فمرحلة ما قبل التعاقد هي فترة استكشافية يتبادل من خلالها المتعاقدون المستقبليون وجهات نظرهم وصياغتهم، ومناقشة المقترحات التي يقدمونها لبعضهم قصد تحديد محتوى العقد، فيعدون بذلك للعقد المستقبلي لضمان نجاحه وسيره في أحسن الظروف.

هذا وقد أغفل المشرع الجزائري تنظيم مرحلة المفاوضات في القانون المدني بصفة صريحة، على الرغم من تواجدها في بعض القوانين على غرار قانون حماية المستهلك، وقانون الصحة، وكذا قانون العمل، وقانون التأمين، مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي وفق حين أدرج فترة المفاوضات ضمن نصوص التعديل الجديد لعام 2016، وقد أصاب حينما وضعها تحت تأثير الحرية، وربطها بحسن النية لكون ذلك يجسد العدالة التعاقدية، كما عزز مسألة الشفافية حينما نص على ضرورة الالتزام بالسرية وهذا كله من شأنه تحقيق الأمن القانوني.

**وعليه يمكننا الوصول لجملة من النتائج نذكرها فيما يأتي:**

- على الرغم من الأهمية البالغة التي تحوزها مرحلة التفاوض على العقد لاسيما من حيث تحديدها لحقوق أطرافها، والسعي لحمايتهم بهدف إضفاء التوازن على العقد، وتجنبنا للاختلالات التي قد تطرأ خلال هذه المرحلة، إلا أن المشرع الجزائري لم يقم بتنظيمها

بنصوص قانونية خاصة وصريحة على الرغم من تعديلاته المتتالية، فالقواعد الكلاسيكية الموجودة في القانون المدني من تطابق الإيجاب والقبول الذي يفضي لتكوين العقد، تعد غير كافية للإحاطة بمرحلة المفاوضات.

- مرحلة المفاوضات تعد فترة تمهيدية للعقد، تتميز بغياب اليقين القانوني لأسباب اقتصادية وقانونية، ولذلك يخلق العقد التحضيري رابطا قانونيا ملزما بين أطرافه الذين لا يرغبون في إعادة التفاوض على النقاط التي تم الاتفاق بشأنها، وبالتالي بوسع المتفاوضين تحديد النتائج التي تم التوصل إليها في عقد تحضيري تشكل خطوة متقدمة نحو إبرام العقد النهائي.

- المصطلح المستخدم للإشارة لفترة ما قبل التعاقد يعد مصطلحا فضفاضاً وواسعاً "La période précontractuelle" فمفهوم الفترة التي تسبق التعاقد يشمل المرحلة التحضيرية للعقد من مفاوضات ومحادثات، إضافة إلى تلك العقود الجزئية التي يتم إبرامها أثناء التفاوض، وكذلك العقود التمهيدية والابتدائية الأولية التي تكون لاحقة للتفاوض، وبالتالي قد نقع في لبس وخط يثير العديد من المشاكل القانونية، وبغية تجنب ذلك لابد من ضبط المصطلحات حتى يتضح الأمر بشكل جلي، ففترة ما قبل التعاقد أوسع من فترة المفاوضات، ولذلك لابد لنا من توظيف مصطلح "المفاوضات قبل التعاقدية"، "La négociation précontractuelle" عوض استعمال المصطلح الواسع والفضفاض "مرحلة ما قبل التعاقد" فهو مصطلح مضبوط، يعبر بصفة دقيقة عن مرحلة المفاوضات.

- عملية المفاوضات على العقد تنتهي وقت صدور الإيجاب وصياغته، وتدخل الطرفين في مجلس العقد بهدف إبرام العقد المنشود، فتكون بذلك المفاوضات قد حققت ما هو مرجو منها ووصلت إلى غرضها الأسمى، فيحدد الطرفان الصيغة المقبولة باتفاقهم على جميع المسائل الجوهرية للعقد، فالإيجاب هو الحد الفاصل بين مرحلتي التفاوض وإبرام العقد، فمن باب المنطق أنه حيث وجد الإيجاب انتفى التفاوض، وحيث انعدم الإيجاب بقي الطرفان في مرحلة التفاوض.

- يتوافق تأطير المفاوضات بوضعها في قالب عقدي مع الطريقة المعاصرة التي تهدف إلى تقليل المخاطر والتخفيف منها، فالمفاوضات من غير رسمية تمتاز بطبيعة غير مؤكدة قد تتجر عنها أخطار ينقص منها تقيدها في قالب رسمي، إضافة إلى كون الرسمية تجعل منها تشكل أدلة في حالة التقاضي مستقبلاً، فتخفف عبء الإثبات على الطرف المتضرر.

- تضمن الحرية ما قبل التعاقدية إبداعاً في الشكل وكذا في المحتوى، لاسيما في ما يتعلق بالوثائق التي يتم تبادلها إبان هذه الفترة، والتي تشكل الحرية مصدر الهام لها، فإذا علم المقبلون على التعاقد أنه بإمكانهم اللجوء إلى العقود بحرية، وبإمكانهم كذلك اختيار الطرف الذي يتعاقد معهم، وحريةهم في تحديد محتوى العقد غير مقيد بتلك العقود المسماة التي عددها القانون المدني، يصبحون أكثر ارتياحاً وإقبالاً على التعاقد وهو ذاته ما يتم إسقاطه على التفاوض، هذا من شأنه دفع عجلة الاقتصاد والمساهمة بصفة فعالة في تطوره، ويجدر بنا التأكيد على أن حرية الأشخاص في اختيار الطرف المتفاوض، إنما تعد امتداداً لحرية التفاوض والحرية التعاقدية.

- تتسع كذلك الحرية في مرحلة المفاوضات إلى إمكانية الانسحاب من المفاوضات أو قطعها قبل صدور الإيجاب في أي وقت، شريطة أن يكون ذلك مستنداً إلى أسباب موضوعية ومشروعة تتدرج في إطار حسن النية بعيداً عن الأهواء الشخصية .

- تختلف الطبيعة القانونية لخطابات النوايا وقيمتها حسب صياغتها، فمنها ما لا يترتب أثراً قانونياً ولا يعدو كونه التزام أخلاقي، كالدعوة للتفاوض، والتوقيع بالأحرف الأولى، وتأجيل التوقيع النهائي، ومنها ما يخلق التزامات قانونية حقيقية إذا كانت عباراته تقيد الارتباط العقدي كالاتفاق المؤقت، ويحبذ للأطراف عند تحريرها استعمال ألفاظ تعبر عن عدم إلزاميتها، أي أنها غير عقدية، وذلك حتى لا تصبح سنداً قانونياً يستخدم ضدهم بغية مقاضاتهم.

- إن النشاط الاقتصادي في الجزائر بأشد الحاجة لعقود على غرار العقد الإطار لكونها تحارب النشاط الموازي، كما أنها فعالة في مراقبة جودة ونوعية السلع والمنتجات والخدمات، التي يتم تداولها في الأسواق، وضمان وجود سلع ذات جودة عالية للمستهلك مع ضمان سلامتها، فهي أداة قانونية لتسيير الثروة وتقسيم الأرباح بين المتعاملين، وهو ما من شأنه تثبيت رؤوس الأموال الوطنية.

- بالرغم من الطبيعة الأخلاقية لمبدأ حسن النية، إلا أن انحداره إلى المجال القانوني جعله يكتسب مزايا المبادئ القانونية الراسخة في العقود والتصرفات المادية، مما أضفى عليه هيمنة على كافة مراحل العقد ومنها مرحلة المفاوضات، كما أنه التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، فلا يكفي أن يبذل الشخص ما بوسعه حتى يكون حسن النية، وفي سبيل ذلك يقع على عاتق كلا الطرفين اتخاذهم لموقف ايجابي بسعيهم لإدارة المفاوضات على نحو يبتغون به الوصول لإبرام العقد النهائي .

- إن الالتزام بحسن النية تنبثق عنه التزامات أخرى تعد من مقتضياته، استعرضنا منها الالتزام بالإدلاء الذي لا غنى عنه في مرحلة المفاوضات، زيادة على ضرورة التقيد بالحفاظ على الأسرار التي تستوجب ضمانات حتى تتجسد بصورة فعلية، أبرزها الكفالة المالية والتعهد الكتابي المسبق، وننوه كذلك لأنه التزام بتحقيق نتيجة، وكل هذا نراه من قبيل حسن النية، فلا يتوقع من شخص سيء النية أن يدلي بالمعلومات اللازمة إبان فترة التفاوض أو أن يحافظ على الأسرار التي تلقاها ولا يستغلها لصالحه ولا يفشيها، وكذلك لا يتوقع من سيء النية أن لا يجري مفاوضات موازية مع طرف آخر بشأن ذات الصفقة.

- تحوز العقود التمهيدية على أهمية بالغة فهي تحضر لإبرام العقود النهائية، مما من شأنه أن يمنح لأطراف العلاقة فرص إضافية للتفكير والتمعن والتأمل في النتائج التي تترتب عن إبرام العقد النهائي، كما أنها عقود لاحقة للتفاوض يمكن أن تتم بعد مفاوضات ناجحة بين المتفاوضين كما يمكن أن يتم اللجوء إليها من دون أن تسبقها فترة مفاوضات.



- يعتبر الوعد بالتعاقد من أهم العقود التمهيدية فهو يحقق فوائد اقتصادية أبرزها التشجيع على التعاقد، وتنشيط المعاملات البنكية بحيث تطرقنا لأبرز تطبيقاته على غرار الوعد بالبيع العقاري وعقد الوعد بالهبة الذي لم يسبق البحث فيه، ولم ينص عليه المشرع الجزائري بصفة صريحة على الرغم من الأهمية التي يكتسبها ووجوده عمليا.

**بناء على ما سلف نقدم جملة من التوصيات نستعرضها فيما يأتي:**

- لا مناص من تدخل المشرع لتنظيم مرحلة المفاوضات ضمن نصوص القانون المدني لملء الفراغ التشريعي، وإعطائها القيمة الحقيقية التي تستحقها عبر نقلها من العمل المادي غير الملزم إلى الطبيعة العقدية التي تؤطرها.

- نقترح أن يتم التتصيص على مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد بما في ذلك مرحلة المفاوضات التي تسبق التفاوض، اقتداء بما جاء في تعديل القانون المدني الفرنسي وبناء على ذلك نقترح أن تأتي صياغة المادة كما يلي: **يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية.**

- مما لا شك فيه أن إدراج مبدأ الحرية في التعاقد يحوز على أهمية كبرى وجب تعزيزها نصيا ضمن مواد القانون المدني الجزائري، فبذلك يضمن المشرع وضوحا أكبر للقانون المدني وكذلك بالتتصيص عليها فهو يضمن جاذبية أكبر، واستدراج أكبر للمتعاقدين لاسيما الأجانب، فإذا علم المقبولون على التعاقد أنه بإمكانهم اللجوء إلى العقود بحرية، وبإمكانهم كذلك اختيار الطرف الذي يتعاقد معهم، وحريتهم في تحديد محتوى العقد غير مقيد بتلك العقود المسماة التي عددها القانون المدني، يصبحون أكثر ارتياحا وإقبالا على التعاقد، وهو ذاته ما يتم إسقاطه على التفاوض، هذا من شأنه دفع عجلة الاقتصاد و المساهمة بصفة فعالة في تطوره.

- ضرورة إعادة النظر في تكييف عقد الإذعان، فيكيف على أنه طريقة خاصة من طرق التعاقد، تحتاج إلى الحماية إذا ترتب عنها شروطاً تعسفية، وهذا التفكير يستند إلى أسانيد عديدة لعل أبرزها توفير حماية أكبر للمتعاقد الضعيف، وبالأخص في التعاقد الإلكتروني،

وتوسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتمد إلى أي عقد أو شرط تم وضعه سلفاً أو لاحقاً، ولم يخضع للتفاوض أو المناقشة.

- لا بأس بتخصيص نصوص خاصة ضمن القانون المدني تعنى بعقد الوعد بالهبة كعقد م مهد لعقد الهبة، بدلاً من إخضاعه للقواعد العامة.

- إن إدراج مرحلة المفاوضات ضمن نصوص القانون المدني يجعلها ضمن قالب عقدي، وذلك يستتبع بالضرورة إلزامية النص على المسؤولية المترتبة عن الإخلال بها، وتعيين التعويض عن الإخلال بالتزاماتها، والذي لابد له أن يشمل الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالطرف المضرور، ما لم يثبت أن عدم الوفاء راجع لسبب أجنبي.

- تخصيص مادة تتضمن الالتزامات الواجب التحلي بها أثناء فترة المفاوضات، والتي نقترح أن يكون نصها كآتي: يتفاوض الطرفان على العقد المراد إبرامه مستقبلاً بحرية مع مراعاة حسن نية والالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المستقبلي، إضافة إلى إلزامية المحافظة على الأسرار التي تلقاها الأطراف بمناسبة المفاوضات.

- إدراج المفاوضات كمقياس ضمن المناهج التي يتم تدريسها في القانون الخاص للانتقال من تدريس التعاقد بطريقة كلاسيكية وبسيطة إلى الأساليب المعاصرة والمعقدة، لاسيما في عقود التجارة الإلكترونية والعقود الدولية.

- لا بأس من استحداث مراكز على غرار ما هو موجود في أوروبا، تقدم تكويناً لمفاوضين يملكون المهارات اللازمة لاستقطاب الاستثمار، والمشاركة في المفاوضات المتعلقة بالعقود الدولية.

# قائمة المراجع

## قائمة المراجع:

### القرآن الكريم

#### أولاً: المراجع باللغة العربية

##### أ- المراجع العامة

- أيمن أحمد الدلوع ، جهاد مغاوي شحاتة، شامل سليمان عسلة، الممارسات القانونية والتدريبات العملية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، سنة 2019.
- جابر محجوب علي، محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، النظرية العامة للالتزام، ج1، ط1، لمار للنشر، مصر، سنة 2022.
- جابر محمود على محمد سامي عبد الصادق، طارق جمعة السيد راشد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المصري، ج 01، كتاب رقمي، دار لمار للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 21 يوليو 2022.
- جلال وفاء محبين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
- جهاد محمود عبد المبدى، التراضي في تكوين عقود التجارة الالكترونية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، سنة 2016.
- الحافظ بن رجب، عمر عبد الجبار، الأربعون نووية وتتمتها، الحديث الأول، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- حامد محمد شبيب الجبوري، أهمية الالتزام بالعقود و ضماناتها للحقوق التعاقدية وفقاً للقوانين المدنية العربية، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2021.
- خالد سليمان، التسويق.. فن التحدث والتفاوض والإقناع، وكالة الصحافة العربية، الجيزة، مصر، سنة 2022.
- خلف إبراهيم سليمان الكيكي، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر، دراسة مقارنة، ط1، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2020.
- طارق الياس، التفاوض، أحصل على ما تريد، مركز الخبرات المهنية للإدارة بميك، ط1، القاهرة، مصر، سنة 2017.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 01 مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة-، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، مجلد 08، عقود الغرر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006.
- عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015.
- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2015.
- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- عماد حمد محمود الابراهيم، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2016.
- غزوان محمود غناوي الزهيد، إجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل حق الملكية العقارية، ط1، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، كتاب رقمي منشور بتاريخ 2017، تحت رقم 9796500316826.
- غسق خليل إبراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية الإطاري، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2019.
- فراس جبار كريم الروانق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2017.
- محمد الفاتح محمود بشير المغربي، السلوك التنظيمي، كتاب رقمي منشور من طرف Modern Academy for univer ، سنة 2018.

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2007.
- محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج1، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، سنة 1993.
- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2011.
- محمود أحمد عبيد، الوسيط في شرح قانون التوثيق، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2011.
- مصطفى الخطيب، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، ط مزيده ومنقحة، قرطبة حي السلام، أكادير، المغرب، سنة 2019.
- هدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2012.
- وفاء مزيده فالحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، ، بيروت، لبنان، سنة 2008.
- Geneviève viney، ترجمة عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، مدخل إلى المسؤولية، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2011،

#### ب- المراجع المتخصصة

- براهيمى فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2014.
- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري ( دراسة مقارنة )، دار وائل للنشر، الجزائر، سنة 2010.
- بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، سنة 2019.
- جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2014.

- حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد ( دراسة قانونية مقارنة )، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، سنة 2016.
- خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2019.
- مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002.
- ناصر علي العطوي الجدوع، أحكام عقد الإطار دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2023.
- يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، سنة 2010.
- ج- أطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير
- أطروحات الدكتوراه
- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2014، 2015.
- بن علي صليحة، مبدأ حسن النية في عقد التأمين، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود مدنية وتجارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، سنة 2020، 2021.
- بوزيد عدنان، أحكام الوعد بالبيع العقاري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون مدني معمق، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، سنة 2018، 2019.
- بوكرييس سهام، التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2021، 2022.
- جيلالي محمد، أحكام التفاوض في العقود المدنية، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود مدنية وتجارية، كلية الحقوق، جامعة ابن خلدون تيارت، سنة 2020، 2021.
- زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2017، 2018.

- عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2015، 2016.

- لخضاري محمد، العقود الممهدة في البيوع العقارية، والحماية القانونية للمتعاقدین، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، سنة 2020، 2021.

- معمر بوطباله، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2016، 2017.

#### - رسائل الماجستير

- أوجيني إميل ميشيل كوشكجي، الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2022.

- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2010.

- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2006.

- بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2012، 2013.

- جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2008، 2009.

- رحايمية عماد الدين، الشككية في عقد هبة العقار، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، سبتمبر 2010.

- قايد حفيظة، السر المهني في قانون الأعمال، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2012، 2013.

- محمد غسان صبحي العاني، الإخلال بالالتزام السرية في عقد نقل التكنولوجيا - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2016.



- مهند وليد حامد قنديل، السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، سنة 2019.
- هبة حازم خضر كوبري، الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2021.

#### د- المقالات والمداخلات

- أحمد إبراهيم الحيارى، تعديلات القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقد دراسة مقارنة بالقانون المدني البحريني، المجلة القانونية، المنامة، البحرين، عدد 11، أكتوبر 2022.
- أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، جامعة الوادي، عدد 01، جوان 2010.
- أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2011 المتعلق بحقوق المستهلكين، وقانون الإستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، مجلد 02، عدد 03، 05 جانفي 2016.
- أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، مجلد 02، عدد 10، سنة 2021.
- أمير بوساحية ، نجية بوراس، خطابات النوايا تطور مستمر بأبعاد مختلفة، مجلة النبراس للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي، تبسة، مجلد 06، عدد 03، ديسمبر 2022.
- أوشن حنان، صهيب ياسر محمد شاهين، العدول بين الضمانة وقواعد حماية المستهلك الإلكتروني، دراسة قانونية، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة، مجلد 03، عدد 04، ديسمبر 2020.
- برتيمة عبد الوهاب، المفاوضة الجماعية ودورها في تنظيم علاقات العمل، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مجلد 01، عدد 22، 15 مارس 2015.
- بركان فضيلة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، مجلد 09، عدد 02، سنة 2022.
- بغدادي إيمان، حماية المؤمن له في عقد التأمين، مجلة العلوم الإدارية والمالية، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، مجلد 01، عدد 01، ديسمبر 2017.

- بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد، دراسة فقهية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويت، إصدار دوري إضافي، السنة التاسعة، عدد 03، يوليو 2021.

- بلحاج محجوبة، الالتزام بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تمنراست، مجلد 08، عدد 01، سنة 2019.

- بلعبدون عواد، شروط وخصائص التفاوض الجماعي، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، مجلد 03، عدد 06، جوان 2018.

- بن النوي خالد، بوحالة الطيب، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي بين القانون الجزائري والقضاء الفرنسي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، مجلد 07، عدد 02، سنة 2020.

- بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مجلد 03، عدد 11، 01 سبتمبر 2018.

- بن زرفة هوارية، الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، مجلة معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي غليزان، عدد 04، سنة 2015.

- بن قلة ليلي، النظام القانوني للمزاد الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مجلد 14، عدد 04، 11 ديسمبر 2020.

- بن مسعود أحمد، تجليات فكرة النظام العام الاقتصادي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مجلد 15، عدد 01، سنة 2022.

- بنور سعاد، خصوصية عقد العمل تحت التجربة في التشريع الجزائري والمقارن، مجلة قانون العمل والتشغيل، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، عدد 05، جانفي 2018.

- بوزيد عدنان، الرسمية في الوعد بالبيع العقاري، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، مجلد 07، عدد 13، جوان 2019.

- بوزيد عدنان، نضيرة قماري بن ددوش، تفسير عبارات العقد على ضوء رقابة المحكمة العليا، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة الجيلالي ليايس، سيدي بلعباس، مجلد 11، عدد 03، 31 ديسمبر 2020.
- بوعريوة منصف، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 05، ديسمبر 2018.
- بوعيس يوسف، التراضي في العقود الالكترونية، مجلة ضياء للدراسات القانونية، المركز الجامعي البيض، مجلد 01، عدد 01، سنة 2019.
- بوكرييس سهام، أحمد داود رقية، دور الالتزام بحسن النية في تحقيق أمن التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الالكترونية، دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مجلد 08، عدد 02، سنة 2022.
- بوناح عبد النور، التفاوض على عقود التجارة الدولية - مبدأ حرية التفاوض وحسن النية -، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، مجلد 07، عدد 02، 01 ديسمبر 2022.
- التركي باهي، محمود حياة، الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني دراسة في ضوء القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، مجلد 19، عدد 02، 22-7-2022.
- جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإطار دراسة تحليلية، مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، مجلد 08، عدد 28، سنة 2006.
- جهاد محمود عبد المبدى، تحديد النطاق السلبي للحق في الرجوع عن العقود المبرمة بالوسائل الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر، عدد 44، يناير 2024.
- جيلالي محمد، بن عمارة محمد، دور مبدأ سلطان الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد في التشريع الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مجلد 07، عدد 03، سنة 2021.
- حساني لامية، زكري إيمان، الالتزام بالسرية في المفاوضات العقدية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، مجلد 10، عدد 01، سنة 2023.
- حسناوي أسماء، مزيان محمد أمين، الوعد بالبيع العقاري بين التشريع والاجتهاد القضائي، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، مجلد 10، عدد 01، 06، 01، 2022.

- حسينة شرون، نجاة مهيدي، التزام البنك بالإعلام في عقد الاعتماد المالي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي سي الحواس، بريكة، عدد 02، ديسمبر 2018.
- حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، غزة، فلسطين، مجلد 20، عدد 02، يونيو 2012.
- حمر العين عبد القادر، الالتزام بالتبصير المستنير آلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، مجلد 02، عدد 03، 30 مارس 2018.
- خديجة عبد الله أحمد، مبدأ حسن النية في المعاملات دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، عدد 38، أكتوبر 2021.
- خواثة سامية، التزامات المكتتب وصاحب حفظ الحق في القانون 11-04، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد 06، جوان 2018.
- دبش رياض، الأسعار في الجزائر بين الحرية والتقييد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، مجلد 56، عدد 01، سنة 2019.
- دزيري ابتسام، وهاب حمزة، أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، مجلد 25، عدد 61، سنة 2021.
- رافع لموي، مبدأ حرية المنافسة في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، مجلد 08، عدد 05، جوان 2019.
- رشا موسى محمد الزهيري، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بين الأخلاق والقانون دراسة مقارنة، مجلة المعهد، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، عدد 14، سنة 2023.
- رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة السادات، مصر، مجلد 7، عدد 02، ديسمبر 2021.
- زرارة صالح الواسعة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقد في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، عدد 05، جوان 2012.

- زرارة عيسى، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كآلية وقائية لحماية المستهلك في مرحلة التفاوض، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مجلد 07، عدد 01، 19 مارس 2023.
- زرداوي عبد العزيز، الأسرار التجارية في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مجلد 06، عدد 02، ديسمبر 2021.
- زعبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلد 08، عدد 01، 23 ماي 2013.
- زكري إيمان، مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظاهره وآثاره، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس، المدية، عدد 04، مارس 2018.
- زكريا محمد فالح القضاة، التعاقد بالعربون وتطبيقاته العملية دراسة فقهية قانونية، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، مجلد 21، عدد 02، سنة 2019.
- زهرة جقريف، وسيلة شريط، الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني كضمانة لحماية المستهلك الإلكتروني دراسة على ضوء القانون رقم 81-50 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، مجلد 24، عدد 51، سنة 2020.
- سعاد نويري، الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، عدد 08، جانفي 2016.
- سعاد نويري، دور الإرادة في العقود في التشريع الجزائري، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس، عدد 24، سنة 2014.
- سعد بن سعيد الذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة تبوك، المملكة العربية السعودية، عدد 23، فبراير 2014.
- سعدي محمد أمين، رياحي أحمد، مهلة التفكير كآلية وقائية لحماية رضا المستهلك، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مجلد 09، عدد 01، 26 سبتمبر 2022.
- سلطاني نبيلة، شرط القصر قيد على حرية التفاوض في عقد الفرانشيز، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلد 16، عدد 01، 31 مارس 2023.
- سمية بن الشيخ الفقون، الطبيعة القانونية للإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مجلد 06، عدد 03، 30 جوان 2020.

- سمير شيهاني، ضريفي الصادق، اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثرها على التعاقدية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، عدد 06، 26 ماي 2017.

- سيف هادي عبد الله الزويني، أمل فاضل عبد عنوز، الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر في عقد التأمين، مجلة المنهل الاقتصادي، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، مجلد 04، عدد 02، أكتوبر 2021.

- شارف بن يحي، دلالة العربون وأثرها على مصير التعاقد في القانون المدني الجزائري على ضوء الاجتهادات والأحكام القضائية، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة الجزائر- ، مجلد 34، عدد 02، سنة 2020.

- شهيد محمد سليم، الوعد بالتعاقد في ظل الاتجاهات الحديثة في قانون العقود، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، مجلد 08، عدد 02، 8 نوفمبر 2021.

- شهيد محمد سليم، لغواطي عباس، الوعد بالترفضيل في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قانون العقود الفرنسي الجديد، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، مجلد 07، عدد 02، سنة 2021.

- شوقي بناسي، ضرورة تنظيم الوعد بالترفضيل في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، مجلد 13، عدد 02، سنة 2022.

- شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، حسن النية في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة، المجلة العلمية لجامعة جيهان، السليمانية، مجلد 05، عدد 01، حزيران 2021.

- صدام فيصل المحمدي، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، بغداد، العراق، مجلد 11، عدد 01، سنة 2009.

- عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة العربي تبسي، تبسة، مجلد 06، عدد 03، 3 سبتمبر 2021.

- عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية الرباط، المغرب، 24 مارس 2017.

- عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، مجلد 34، عدد 02، 17-11-2020.
- عبد المجيد قادري، مراد عمران، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مجلد 04، عدد 02، سنة 2019.
- عبدلي أمينة، جبار جميلة، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في مرحلتي ما قبل و أثناء التعاقد، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، عدد 05، جوان 2018.
- عبيد نجاة، المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات العقدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، مجلد 06، عدد 02، جوان 2023 .
- عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي 17،18 فيفري 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- عزت عبد المحسن سلامة، نحو تكييف حديث للإذعان في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016 والتطبيق على التعاقد الإلكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، مجلد 09، عدد 70، ديسمبر 2019.
- عزوز عبد الحميد، حماية المستهلك في القانون الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحيى فارس، المدية، عدد 05، جوان 2018.
- عسالي صباح، مبدأ حسن النية كميّار لحماية التعاقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مجلد 14، عدد 03، 25-09-2021.
- عقوني محمد، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، مجلد 02، عدد 05، في 01 ديسمبر 2017.
- علاق عبد القادر، إشكالية تحديد مفهوم النظام العام، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة، مجلد 10، عدد 04، ديسمبر 2019.
- علي أحمد صالح، بن عيشة عبد الحميد، العدول آلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مجلد 02، عدد 10، جوان 2018.

- علي عمارة، كاملي مراد، الرجوع في الهبة بين النص والاجتهاد في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلد 12، عدد 02، أكتوبر 2020.
- عليان عدة، مدى القيمة الدستورية لمبدأ حرية التعاقد، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، مجلد 50، عدد 03، 1 سبتمبر 2013.
- عمارة أميرة إيمان، نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 05، ديسمبر 2018.
- عماري براهيم، الالتزام بالإعلام وأثره في حماية المستهلك من خطورة المنتج، رؤية فقهية قانونية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، مجلد 01، عدد 01، 01 ديسمبر 2015.
- غزالي نصيرة، رزق الله العربي بن مهدي، حق المستهلك في الحصول على المعلومات لتكوين رضا سليم قبل التعاقد، مجلة الباحث في العلوم الاجتماعية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، مجلد 11، عدد 04، 09 ديسمبر 2019.
- فاطمة الزهراء ربحي تبوب، حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، مجلد 10، عدد 03، ديسمبر 2019.
- فطيمة زهرة عبد العزيز، أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، جامعة العربي تبسي، تبسة، مجلد 06، عدد 01، مارس 2021.
- فنينخ عبد القادر، واجب التكتّم والسرية في إطار الشركات التجارية، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد درارية أدرار، مجلد 02، عدد 01، 01 جوان 2014.
- قلوّاز فاطمة الزهراء، مقارنة الالتزام بالإعلام ببعض المفاهيم القانونية الكلاسيكية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، مجلد 01، عدد 01، 01 ديسمبر 2015.
- قندلي رمضان، العقد الإطار كقالب للعقود المستقبلية اللاحقة، دراسة تحليلية في ضوء القانون المدني الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، مجلد 08، عدد 01، 18-01-2022.
- كاب أمال، لالوش سميرة، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة بحوث في القانون والتنمية، جامعة أحمد بوغارة، بومرداس، مجلد 01، عدد 01، جوان 2021.



- كاضم كريم علي، مبدأ حسن النية في العقود في القانون الإنكليزي بين الرفض والقبول، دراسة في ضوء أحدث القرارات القضائية الإنكليزية، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد ، العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة " للمدة 6-7-11-2019.
- كحلول سامي، زوليخة بن طاية، حماية المستهلك الالكتروني في مرحلة التفاوض، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 14، أبريل 2017.
- كهينة قونان، الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد، حوليات جامعة الجزائر 1، مجلد 34، عدد 04، ديسمبر 2020.
- لحرش دنيا زاد، العربي فريدة، التنظيم القانوني لعقود البناء والتصاميم، المجلة العصرية للدراسات القانونية-الكلية العصرية الجامعية- رام الله فلسطين، مجلد 01، عدد 02، سنة 2023.
- لعجال مدني، مبدأ حسن النية وجزاء الإخلال به في القانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مجلد 06، عدد 02 ، سنة 2022.
- لقمان بومزير، الالتزام بالإعلام في عقد التأمين، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلد أ، عدد 46، ديسمبر 2016.
- ليليا قايدي، رشيد شمشم، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام " قراءة في نص المادة 1112-1 من الأمر 131-2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات "، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثليجي، الأغواط مجلد 06، عدد 01، سنة 2022.
- ماية ويس، دور الالتزام بالإعلام في حماية المستهلك من المواد الصيدلانية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مجلد 32، عدد 02، جوان 2021.
- مجاجي سعاد، تعهدات الشرف في ميزان القضاء الفرنسي، مجلة الفقه والقانون، وجدة، المغرب، عدد 20، يونيو 2014.
- محجوب بوكريس مروي، عليان عدة، نظرية الالتزام في ضوء الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي، دراسة مقارنة بالقانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، مجلد 06، عدد 02.
- محمد الصالح قروي، عليوة رابح، التزام الطبيب بإعلام المريض بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، مجلد 56، عدد 02، 19 نوفمبر 2019.

- محمد جعفر الخفاجي، ميثاق طالب عبد حمادي، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، مجلد 06، عدد 02، 30 جوان 2014.
- محمد حاج بن علي، التزام الطبيب بإعلام المريض، مجلة التواصل في الاقتصاد وإدارة القانون، جامعة باجي مختار، عنابة، مجلد 25، عدد 04، 31 ديسمبر 2019.
- حمداني، الأثر المقيد لقواعد حماية المنافسة على الحرية التعاقدية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلد 13، عدد 01، 31 مارس 2021.
- محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، عدد 26، 01 جوان 2019.
- محمد ربيع أنور فتح الباب، أثر مبدأ حسن النية في إنهاء عقود المدة، المجلة القانونية، كلية الحقوق، فرع الخرطوم، جامعة القاهرة، مصر، المجلد 11، عدد 01، سنة 2022.
- محمد صالح ملفي القضاء، الطبيعة القانونية للإعلانات التجارية عبر الإنترنت، المجلة القانونية، كلية الحقوق، فرع الخرطوم، جامعة القاهرة، مجلد 03، عدد 03، مايو 2018.
- محمد صلاح عبد اللاه محمد، المرحلة قبل التعاقدية ودورها في إبرام عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، مصر، عدد 06، سنة 2021.
- محمد لشقار، درجات التراضي في البيوع العقارية، عقد البيع الابتدائي نموذجاً، مجلة القانون العقاري والبيئة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، عدد 06، جانفي 2016.
- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، عدد 54، أبريل 2013.
- مروة جزيري، عبد الحفيظ بالمهدي، المعلومات السرية القابلة للحماية في التشريع الجزائري و إتفاقية تريبس، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مجلد 06، عدد 03، سنة 2021.
- مصدق فطيمة الزهراء، بقّة عبد الحفيظ، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، مجلد 06، عدد 02، سنة 2021.
- معزوز دليّة، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مجلد 05، عدد 01، سنة 2020.

- مهدي بخدة، الالتزام بالسر المهني في قانون العمل الجزائري، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، مجلد 06، عدد 02، 31 ديسمبر 2015.
- ميمي جمال، الإعلام في عقد التأمين بين الحق و الالتزام، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، عدد 05، مارس 2017.
- نابي مريم، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مجلد 03، عدد 04، 2018.
- نبيل اسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، سوريا، مجلد 29، عدد 02، سنة 2013.
- نبيل الركيك، الالتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب عدد 24، 30 سبتمبر 2018.
- نرجس البكوري، المسؤولية المدنية للمتفاوض في مرحلة التفاوض، مقال منشور في كتاب "قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة"، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ط1، جامعة القاضي عياض مراكش، سنة 2013.
- نصار، إيناس مكي عبد، الوعد بهبة العقار، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، كلية التربية الأساسية، جامعة بابل، مجلد 2020، عدد 47، 30 يوليو، 2020.
- نصير يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، العراق، مجلد 07، عدد 03، 2001.
- نيبال محمد العتوم، فايز محمد البوريني، رندة عبد الكريم العمري، عقد الوعد بالتفضيل في ضوء الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، دراسة مقارنة، مجلة جرش للبحوث والدراسات، جامعة جرش، الأردن، مجلد 23، عدد 01، سنة 2022.
- هادي حسين عبد علي الكعبي، محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، مجلد 05، عدد 02، 31 ديسمبر 2013.
- هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، مصر، عدد 34، ج 03، سنة 2019.

- هلالبي خيرة، تريح مخلوف، أحكام الشكالية في الوعد بالتعاقد في ظل القانون المدني الجزائري،  
المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، عدد 02، 30  
سبتمبر 2017.

- يسعد فضيلة، التزام المنتج بإعلام المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك والمرسوم التنفيذي  
رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك،  
مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 48، ديسمبر 2017.

- يوسف شندي، دور القضاء في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة  
على التعاقد والالتزام بالإعلام، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، القانون أداة للإصلاح والتطوير، 9،  
10، ماي 2017، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ملحق خاص، عدد  
02، نوفمبر 2017.

#### هـ - المحاضرات

- تشوار جيلالي، النظام العام في مجال شؤون الأسرة، محاضرات غير منشورة أقيمت على  
طلبة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2018، 2019.  
- حاج سليمان خراوع هند، محاضرات تقنيات التفاوض الدولي، مطبوعة محاضرات مقدمة  
لطلبة السنة الثالثة تجارة دولية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم  
التجارية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2021 - 2022.

#### و - القرارات والأحكام القضائية

##### - قرارات قضائية صادرة عن المحاكم الجزائرية

- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 43103، صادر عن الغرفة المدنية، القسم الثاني، بتاريخ 19-  
02-1986، فهرس رقم 57.

- قرار رقم 33528 مؤرخ في 03-04-1985، م ق 1989 عدد 04، 48.

- قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 09-07-1989 ملف رقم 58829، م ق،  
1991، عدد 01، ص 79.

- قرار رقم 68467 مؤرخ في 21-10-1990، م ق 1992، عدد 01، ص 84.

- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 80816، مؤرخ في 16-06-1991، المجلة القضائية لسنة  
1993، عدد 04، ص 151.

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 81129، بتاريخ 17 مارس 1992،  
المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 03.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 133307، صادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 13-03-1996،  
فهرس رقم 429
- قرار رقم 154760 مؤرخ في 17-04-1996، م ق عدد 01، 1996، ص 99.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 139895، صادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 11-12-1996،  
رقم الفهرس 2215.
- قرار رقم 136156 مؤرخ في 18-02-1997، م ق 1997، عدد 01، ص 10.
- قرار رقم 157310 بتاريخ 16-7-1997، مجلة قضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص 34.
- قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 07-07-1998، قضية رقم  
592-98.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 24-10-1999، ملف رقم 191705، المجلة  
القضائية لسنة 1999، عدد 2.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 16-02-2000، ملف رقم 213691- المجلة  
القضائية لسنة 2001، عدد 1.
- قرار رقم 223852 مؤرخ في 24-05-2000، م ق عدد 01، 2001، ص 138.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 24-05-2000، ملف رقم 223852، م ق 2001،  
عدد 01، ص 138، 23-05-2001.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 258113، مجلة قضائية، صادرة في 2001، عدد 02، ص 120.
- قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، بتاريخ 23-05-2001، ملف رقم 247607، مجلة  
قضائية، عدد 2 لسنة 2004.
- قرار رقم 372339 صادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 20 جوان 2007، م ق عدد 02،  
صادرة سنة 2007.
- قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، ملف رقم 0880246، مؤرخ في 18-09-2014، المجلة  
القضائية الصادرة سنة 2014، عدد 02.

- قرار رقم 0987553 صادر عن الغرفة المدنية، مؤرخ في 16-06-2016.
- قرار المحكمة العليا رقم 1002784 الصادر بتاريخ 21-09-2016.
- قرار رقم 1104886 عن الغرفة المدنية، بتاريخ 15 مارس 2018.
- قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية، ملف رقم 1181262، بتاريخ 19-04-2018.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1476157، صادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 14-10-2021.

#### - قرارات قضائية صادرة عن المحاكم المصرية:

- نقض مدني مصري بتاريخ 27 يناير 1966، الطعن 219 لسنة 31 ق جلسة 27 يناير 1966 مكتب فني 17 ج 1 ق 24.
- نقض مدني مصري 9 فبراير 1967م المجموعة س 18، رقم 52، ص 334
- نقص مدني مصري 23-05-1993.

#### ز- النصوص القانونية والتنظيمية

##### - النصوص القانونية

-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في 28 فبراير 1989، ج ر عدد 09، المؤرخة في 01 مارس 1989، معدل ومتمم.

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 بتاريخ 07-12-1996، ج ر عدد 76 بتاريخ 8-12-1996، معدل ومتمم.
- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادرة في 07 مارس 2016.

##### - النصوص التشريعية

##### - النصوص التشريعية الجزائرية

- قانون رقم 76-105 مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل، ج ر عدد 81، صادرة في 1977، معدل ومتمم.

- قانون 80-07 مؤرخ في 09 غشت 1980، يتعلق بالتأمينات معدل ومتمم، ج ر عدد 33، صادرة في 12 غشت 1980.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.
- قانون 89-02 مؤرخ في 07 فبراير 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ملغى، ج ر للجمهورية الجزائرية، صادرة في 08 فبراير 1989.
- قانون 89-12 مؤرخ في 5 يوليو 1989، المتعلق بالأسعار الملغى والمعدل، ج ر عدد 89، مؤرخة في 1989.
- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21-04-1990 متعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، صادرة في 25 أبريل 1990، معدل ومتمم.
- قانون 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49 مؤرخة في 1990، المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26، المؤرخ في 25-09-1995، ج ر عدد 55، مؤرخة في 27-09-1995.
- قانون 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، مؤرخة في 27 جوان 2004، معدل ومتمم.
- قانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم، ج ر عدد 11، مؤرخة في 9 فبراير 2005.
- قانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ط1، د.و.أ.ت 2006.
- قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، والمتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 15 صادرة في 12 مارس 2006.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21، صادرة في 23 أبريل 2008، معدل ومتمم.
- قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج ر عدد، 36 مؤرخة في 2 يوليو سنة 2008.

- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المعدل والمتمم، ج ر عدد 15، صادرة في 8 مارس 2009.
- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 46، مؤرخة في 18 أوت 2010.
- قانون رقم 11-04 مؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14، الصادرة في 6 مارس 2011.
- قانون 11-04 مؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14، الصادرة في 6 مارس 2011.
- قانون رقم 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مؤرخ في 1 فبراير 2015، ج ر عدد 06، صادرة في 10 فبراير 2015.
- قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق ل 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، مؤرخة في 16 مايو 2018.
- قانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتمم القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 35 المؤرخة في 13 جوان 2018.
- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، معدل ومتمم، ج ر عدد 46، صادرة في 29 يوليو 2018.
- **النصوص التشريعية الأجنبية**
- قانون الموجبات والعقود، الاثنين الموافق ل 11 نيسان 1932، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية، دون ناشر، بيروت، لبنان.
- القانون المدني الايطالي الموافق عليه بموجب المرسوم الملكي رقم 262، المؤرخ في 16 مارس 1942.
- قانون رقم 131 لسنة 1948 يتضمن القانون المدني المصري، صادر بقصر القبة في 09 رمضان 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948، جريدة الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر أ، صادرة في 29 يوليو 1948.
- قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع، 1996، مع المادة 5 مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك.



- القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، المغربي.

#### ب-الأوامر

- أمر رقم 66-86 المؤرخ في 28 أبريل 1966، ج ر للجمهورية الجزائرية، الصادرة في 12 محرم 1386.

- أمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 لسنة 1975.

- أمر 75-74 المؤرخ في 12 أكتوبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري، ج ر عدد 92، لسنة 1975.

- أمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78 لسنة 1975.

- أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، صادرة في 22 فبراير 1995.

- أمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 والمتضمن قانون التأمينات، معدل ومتمم، ج ر عدد 13، صادرة في 08 مارس 1995.

- أمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادرة في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم.

- أمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق ببراءة الاختراع، ج ر عدد 44، صادرة في 23 يوليو 2003.

- أمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالعلامات، ج ر عدد 44، صادرة في 23 يوليو 2003.

- أمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 غشت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 50، صادرة في 01 سبتمبر 2010.

- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-6-1966 المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، صادرة في 11 يونيو 1966، معدل ومتمم، إلى غاية القانون 16-02 المؤرخ في 19-06-2016.

## - النصوص التنظيمية

### - المراسيم

#### - المراسيم الرئاسية

- مرسوم رئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24-07-2002، والمتضمن الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11-09-2003، ج ر عدد 52.

#### - المراسيم التشريعية

- مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 1 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14 صادرة بتاريخ 03 مارس 1993، ملغى.

#### - المراسيم التنفيذية

- مرسوم تنفيذي 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر للجمهورية، صادرة في 13 ربيع الثاني 1396، معدل ومتمم.

- مرسوم تنفيذي رقم 90-367 مؤرخ في 10 نوفمبر 1990 يتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، ج ر عدد 50، مؤرخة في 4 جمادى الأولى 1411.

- المرسوم التنفيذي رقم 91-37 مؤرخ في 13-02-1991، يتعلق بشروط التدخل في مجال التجارة الخارجية، ج ر عدد 12، مؤرخة في 20-03-1991.

- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52، صادرة في 8 يوليو 1992.

- مرسوم تنفيذي رقم 97-37 مؤرخ في 14 يناير 1997 يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، ج ر عدد 4، مؤرخة في 14 يناير 1997.

- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56، صادرة في 11 سبتمبر 2006.

- مرسوم تنفيذي رقم 12-85 يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، مؤرخ في 20 فبراير 2012، ج ر عدد 11، صادرة في 26 فبراير 2012.

- مرسوم تنفيذي رقم 12-203 مؤرخ في 6 مايو سنة 2012، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، ج ر عدد 28، صادرة في 9 مايو سنة 2012.
- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، مؤرخة في 18 نوفمبر 2013.
- مرسوم تنفيذي رقم 94-58، المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم، الملغى بالمرسوم التنفيذي 13-431، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها، ج ر عدد 66، صادرة في 25 ديسمبر 2013.
- مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24، صادرة في 13 مايو 2015.

#### - الأنظمة

- النظام رقم 13-01 المؤرخ في 8 أبريل سنة 2013 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.
- النظام رقم 20-01 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس سنة 2020 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

#### ح- القواميس

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2008.
- مروان العطية، معجم المعاني الجامع، ط 1، دار غيداء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2018.

#### ثانيا:المراجع باللغة الأجنبية:

#### Les ouvrages généraux en français.

- Alain Fournier, Encyclopédie juridique, répertoire droit civil, Tome VIII, Recueil publicité foncière, division générale, article 18, Dalloz, France 2009.
- Barthélemy Mercadal, Réforme du droit des contrats, Ordonnance du 10 février 2016, édition Francis Lefebvre 2016.
- É, Durkheim, L'éducation morale, Paris, PUF, 1963.

- François Collart Dutilleul, Philippe Delebecque, contrats civils et commerciaux, 11e éd, D, France, 2019.
- Frédérique cohet, Le contrat, deuxième édition, pug, presses universitaires de Grenoble, janvier 2020.
- G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 3 éd., Paris, L.G.D.J.
- Géraldine Delavaquerie, mes TD de droit, droit des Obligation a jour de réforme du droit des contrat, loi de ratification du 20 avril 2018, Ellipses Edition Marketing s.a, 2019, Paris.
- Gérard cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri capitant, 12 éd, 2018.
- Jacques CHEVALLIER – L'État postmoderne. – (Droit et société), Paris, LGDJ, 2003.
- Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau, Yves Marie Serinet, La formation du contrat, tome 1 Le contrat- le consentement, 4 em édition, LGDJ, le 05-11-2013.
- Jean Baptiste coignard, Les Loix civiles dans leur ordre naturel par Jean Domat, Libraire ordinaire du Roy, la bible d'or, Paris, France, 1625-1696.
- Muriel Fabre-Magnan, Droit des Obligation, Contrat et engagement unilatiral, 6 eme edition, Union distribution, 2021.
- R.von Jhering, étude complémentaires de l'esprit du Droit Romain de la faute en droit privé, traduit par O. de meulenaere, paris
- Thibault dowville et des autres, la Réforme du droit des contrats commentaire article par article, Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligation, gualino, lextenso 2016.

### **Thèse de doctorat**

- Aurelia piacitelli-guedj, Le Droit international privé des négociations précontractuelles, Thèse de doctorat, Droit. International, Université Paris 11, 2012. Français, hal open.science, Submitted on 5 Apr 2022.
- Mahmoud Elsahly, La période précontractuelle-Etude comparée des régimes français et égyptien, Thèse de doctorat, Ecole doctorale droit et science politique, Université de Toulouse, 2018.
- Olivier Beddeleem, Essai sur la rupture des pourparlers en droits français et anglais, thèse doctorat, université paris 1 panthéon Sorbonne, soutenue le 16 novembre 2022.

- Peter Sarvary-bene, *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*, thèse pour obtenir le grade de docteur, droit privé et sciences criminelles, université de Montpellier, 2016.
- Sarah Barry, *les pourparlers précontractuels en droit québécois de l'opportunité d'une modification du code civil du Québec à la lumière des récentes réformes française et allemande*, thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en droit, faculté de droit, université de Montréal, 2018.

## **Les articles**

- Adra zouhal, *réforme du droit des obligations: les négociations précontractuelles*, *Revue juridique de l'ouest*.
- A .Laude, *Le constat judiciaire des pourparlers*, *RTD. Com.*1998.
- Alice Lécuyer , *Le Renforcement de la sécurité juridique dans le domaine des promesses de contrat depuis l'ordonnance du 10 février 2016* , *Le bulletin de cheuvreux notaires*, Édition spéciale n 5, Jun 2017.
- Denis Mazeaud, *recueil Dalloz* 2006.
- Hugo M'Baye, *La différence entre la bonne foi et la loyauté en droit des contrats*, *Droit*, Université Montpellier, 2019, Français, Submitted on 6 Jul 2020.
- Isabelle Beyneix, Laurence-Claire Lemmet , *La négociation des contrats*, *Novancia CCI Paris île de France*, *RTD Com.* 2016.
- Joanna Schmidt, *La période précontractuelle en droit français*. In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 42 N°2, Avril-juin1990, *Etudes de droit contemporain*.
- Soufyane Mahsas, *Le contentieux judiciaire en matière d'assurance*, Jan 2016, Ouargla, Algeria. {hal03494496}, <https://hal.science-hal03494496>
- Sylvette Guillemard, *Tentative de description de l'obligation de bonne foi en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles*, *Revue générale de droit*, Volume 24, numéro 3, septembre 1993.
- Mahmoud fayyad, *The Commitment of Comparative Legal Systems of the Principle of Pre- Contractual Good Faith at the Phase of*

Negotiating Contract Terms, journal sharia and law, united Arab Emirates university, volume 2013, number 54, year 27, april 2013.

### قرارات صادرة عن المحاكم الفرنسية

- Cass.ch.civ.18 mars 1933, n 87 ;cass.ch.civ, 9 février 1965 , n 2 ; cass.ch.civ, 2 mai 1979.
- C.App. de paris, ch 5, 1 Octobre 1980.
- Cass, civ, 14janvier1992, Bull, civ, n°16.
- C. App.de Versailles 12ch.05 Mars 1992.
- Cass.civ.22 Fivrier 1994, n 92- 13871.
- C.APP,de versailles ,12è ch,21septembre 1995 affaire stè civile poleval C.Sarl, laboratoires Sandoz, in R.J.D.A, A996, 2, N178.
- Cass.com, du 27 février 1996, n 94-11.241.
- Cass 1e civ, 6 janvier 1998 (Ossoona c- Al Esayi), n° 95-19.199, publié au Bulletin.
- Cass. 1<sup>er</sup> ch.civ,14 juin 2000 n 98-17.494 ;cass.com, 13 octobre2009,n 08Cass.16.634 ;com.18 février 1997, bull, iv, n 61 ;cass, civ.3 mai 2000, bull,i, n 131 ;ca angers ch.com, 11 septembre 2012n 10-0316. ”.
- Cass.com. 26-11-2003, bull.civ, 3, n 186.
- Cass.com, 26 nov.2003.
- Cass.com. 20 septembre 2005, n 03-19.732.
- Cass. Civ. 1ere, 05 juillet 2006, n 05-12.193, Bull.Civ.n 7, 2006.
- Cass.com.18 janvier, 2011, n 09-14617.

### Textes de loi

- Directive 2011-83-UE du du Parlement European et du Conseil 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs ‘modifiant la directive 93-13-CEE du Conseil et la directive 1999-44-CE du Parlement European et du Conseil et abrogeant la directive 85-577-CEE du Conseil et la directive 97-7-CE du Parlement European et du Conseil. Journal officiel de l’Union européenne ,22. 11. 2011.
- L Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 , portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
- Loi n 2018-670 du 30 juillet 018 relative à la protection du secret des affaires, Journal officiel de la république française, Le 31 juillet 2018.

## Dictionnaire

-Le Petit Robert, Paris, 1983.

## Les cite internet

[www.Etudier.com](http://www.Etudier.com)

[www.bibliotdroit.com](http://www.bibliotdroit.com)

<http://www.mohamoon-montada.com-default.aspx?Action=Display&ID=118438&Type=3>

<https://www.mohamah.net-law>

<https://www.arab-api.org>

<https://www.coursupreme.dz>

<https://fiches-droit.com-liberte-contractuelle>

[www.binbaz.org.sa](http://www.binbaz.org.sa)

[www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr)

<https://www.dalloz.fr-documentation-Documents?id=CCIV011407&scroll=CCIV178295>

[https://www.adekwa-avocats.com négociation-pourparlers-gare-a-la-mauvaise foi](https://www.adekwa-avocats.com-negociation-pourparlers-gare-a-la-mauvaise-foi)

<https://www.village-justice.com-articles-bonne-foi-dans-phase-precontractuelle-droit-civil-francais,31989.html>

<https://infonet.fr/lexique/definitions/obligation-legale-de-confidentialite>

<https://www.legalplace.fr/guides/obligation-confidentialite/>

[www.notairealgerien.com](http://www.notairealgerien.com)

[www.jordan-lawyer.com](http://www.jordan-lawyer.com)

<https://www.almaany.com>

# فهرس المحتويات



## الفهرس

|    |                                                                         |
|----|-------------------------------------------------------------------------|
| 1  | مقدمة.....                                                              |
| 13 | الباب الأول:التصرفات التفاوضية بين الحرية التعاقدية وقيود الالتزام..... |
| 14 | الفصل الأول:التفاوض على العقد.....                                      |
| 15 | المبحث الأول:ماهية المفاوضات.....                                       |
| 15 | المطلب الأول: مفهوم المفاوضات.....                                      |
| 15 | الفرع الأول: تعريف المفاوضات.....                                       |
| 19 | أولاً: عوامل النجاح في المفاوضات.....                                   |
| 19 | أ- حسن الإعداد لمرحلة التفاوض.....                                      |
| 20 | ب- التحكم الجيد في إدارة العملية التفاوضية.....                         |
| 21 | ج- التمتع بأخلاقيات التفاوض.....                                        |
| 22 | ثانياً: تقنيات إجراء التفاوض.....                                       |
| 22 | أ- التفاوض مابين حاضرين:                                                |
| 22 | 1- التفاوض وجها لوجه.....                                               |
| 23 | 2- التفاوض عن طريق الهاتف.....                                          |
| 24 | 3- التفاوض عن طريق الشبكة العنكبوتية.....                               |
| 25 | ب- التفاوض بين غائبين.....                                              |
| 26 | الفرع الثاني: أهم خصائص التفاوض وتمييزه عما يشته به.....                |
| 26 | أولاً: أهم السمات التي تمتاز بها الفترة التفاوضية.....                  |
| 26 | أ- المفاوضات ذات طابع ثنائي الجانب على الأقل.....                       |

|    |                                                     |
|----|-----------------------------------------------------|
| 27 | ب- المفاوضات تصرف إرادي.                            |
| 27 | ج- المفاوضات تتم باتفاق أطرافها.                    |
| 27 | د- المفاوضات هي عبارة عن عملية تبادلية.             |
| 28 | هـ- المفاوضات نتائجها احتمالية.                     |
| 28 | و- المفاوضات ذات طابعي وقتي.                        |
| 29 | ز- المفاوضات تستدعي مهارات خاصة.                    |
| 29 | ثانيا: تمييز المفاوضات عما يشبه بها من أنظمة وعقود. |
| 30 | أ- الفرق بين المفاوضات وما يشابهها من أنظمة.        |
| 30 | 1- التفرقة بين التفاوض والمساومة.                   |
| 31 | 2- التفرقة بين التفاوض والتشاور.                    |
| 32 | ب- تمييز عقد التفاوض عن بعض العقود التي تشبهه.      |
| 32 | 1- التفرقة بين عقد التفاوض وعقد الوعد بالتعاقد.     |
| 35 | 2- التفرقة بين عقد التفاوض وعقد الوعد بالتنفيذ.     |
| 36 | المطلب الثاني: نطاق التفاوض.                        |
| 36 | الفرع الأول: الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد.  |
| 37 | أولا: المقصود بالدخول في المفاوضات.                 |
| 39 | ثانيا: المقصود بالإيجاب.                            |
| 39 | أ- التعريف بالإيجاب.                                |
| 42 | ب- القوة الملزمة للإيجاب.                           |
| 43 | ج- الإيجاب الإلكتروني.                              |

|    |                                                                         |
|----|-------------------------------------------------------------------------|
| 46 | د - الطبيعة القانونية للإعلانات التجارية الإلكترونية.....               |
| 49 | هـ-الإيجاب المعلق.....                                                  |
| 51 | الفرع الثاني: قبول الدعوة للتفاوض وقبول الإيجاب.....                    |
| 51 | أولاً: قبول الدعوة للتفاوض: .....                                       |
| 51 | أ- المقصود بقبول الدعوة للتفاوض.....                                    |
| 52 | ب- أهم الوثائق والمستندات التي يتم تبادلها عند قبول الدعوة للتفاوض..... |
| 53 | 1- خطاب النوايا.....                                                    |
| 53 | أ. تعريف خطاب النوايا.....                                              |
| 54 | إ. أهمية خطاب النوايا وشكله.....                                        |
| 54 | إ. صور خطاب النوايا.....                                                |
| 56 | IV. الطبيعة القانونية لخطاب النوايا.....                                |
| 59 | 2- تعهدات الشرف.....                                                    |
| 59 | أ. تعريف تعهد الشرف.....                                                |
| 60 | إ. الطبيعة القانونية لتعهد الشرف.....                                   |
| 61 | 3- الاتفاقات المبدئية.....                                              |
| 61 | أ. العقد الإطار.....                                                    |
| 65 | إ. العقد الجزئي.....                                                    |
| 67 | إ. العقد الوقتي.....                                                    |
| 71 | ثانياً: قبول الإيجاب.....                                               |
| 71 | أ- تعريف القبول.....                                                    |

|    |                                                                               |
|----|-------------------------------------------------------------------------------|
| 73 | ب- خصائص القبول.                                                              |
| 75 | ج- القبول الإلكتروني.                                                         |
| 77 | د- الفرق بين قبول الدعوة للدخول في المفاوضات وقبول الإيجاب.                   |
| 77 | المطلب الثالث: دور المفاوضات في تحقيق التوازن العقدي.                         |
| 78 | الفرع الأول: الحماية التي يكفلها المشرع الجزائري للمتعاقد في مرحلة المفاوضات. |
| 78 | أولا: حماية المتعاقد من الطرق الاحتيالية.                                     |
| 79 | ثانيا: سبل حماية المستهلك في مرحلة المفاوضات.                                 |
| 80 | أ- حماية المستهلك من الإعلانات المضللة.                                       |
| 81 | ب- حماية المستهلك الإلكتروني عبر حقه في الإعلام.                              |
| 81 | 1- تحديد شخصية البائع.                                                        |
| 81 | 2- تقديم البيانات الجوهرية للسلعة أو الخدمة.                                  |
| 82 | ثالثا: حماية المتعاقد في عقود المزايدة والمناقصة.                             |
| 85 | الفرع الثاني: نحو تكييف جديد لعقد الإذعان.                                    |
| 87 | أولا: الحماية المكفولة للطرف المذعن بموجب القانون المدني.                     |
| 87 | أ- إلزامية العلم بشروط العقد ليصدر قبوله صحيحا.                               |
| 88 | ب- تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي.                                         |
| 90 | ج- تفسير العبارات الغامضة لصالح الطرف الضعيف.                                 |
| 90 | ثانيا: تطبيقات الحماية في أهم صور عقد الإذعان.                                |
| 90 | أ- حماية المؤمن له في عقد التأمين خلال مرحلة المفاوضات.                       |
| 92 | ب- حماية العامل في مرحلة التفاوض على العقد.                                   |

|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| ج- حماية المستهلك من المهني في فترة المفاوضات.                | 94  |
| د- حماية المشتري في مفاوضات بيع العقار على التصاميم.          | 96  |
| المبحث الثاني: الحرية التعاقدية كأساس للمفاوضات               | 99  |
| المطلب الأول: مكانة حرية التعاقد في النظام القانوني الجزائري. | 100 |
| الفرع الأول: نبذة عن الحرية التعاقدية في القوانين الجزائرية.  | 100 |
| الفرع الثاني: نطاق حرية التعاقد في قانون المنافسة.            | 105 |
| أولاً: حرية المنافسة تقوم على الحرية التعاقدية.               | 105 |
| أ- مدلول مبدأ حرية المنافسة.                                  | 106 |
| 1- مبدأ حرية الاستثمار والتجارة.                              | 106 |
| 2- تعريف حرية المنافسة.                                       | 107 |
| ب- علاقة حرية المنافسة بالحرية التعاقدية.                     | 108 |
| ثانياً: تفعيل المنافسة عبر الحرية التعاقدية.                  | 109 |
| ثالثاً: تقييد قانون المنافسة للحرية الاقتصادية.               | 110 |
| رابعاً: مظاهر النظام الاقتصادي التنافسي.                      | 110 |
| خامساً: أساليب تقييد الحرية التعاقدية في قانون المنافسة.      | 111 |
| أ- الأساليب العلاجية.                                         | 111 |
| 1- البطلان.                                                   | 111 |
| 2- الغرامات المالية.                                          | 112 |
| ب- الأساليب الوقائية.                                         | 112 |
| المطلب الثاني: ربط حرية التعاقد بفكرة النظام العام.           | 113 |

|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| الفرع الأول: مفهوم النظام العام في التشريع الجزائري.                 | 113 |
| أولاً: دلالة النظام العام في القانون الجزائري.                       | 114 |
| أ- موقف التشريع الجزائري من تعريف النظام العام.                      | 114 |
| ب- العلاقة بين النظام العام وفكرة الآداب العامة في القانون الجزائري. | 116 |
| ثانياً: المعيار المعتمد لتحديد النظام العام في القانون الجزائري.     | 117 |
| الفرع الثاني: ضرورة التنصيص على مبدأ الحرية التعاقدية.               | 120 |
| المطلب الثالث: الحرية التفاوضية.                                     | 122 |
| الفرع الأول: الحرية في التفاوض وعدم التفاوض.                         | 122 |
| الفرع الثاني: الحرية في اختيار المتفاوض.                             | 127 |
| أولاً: انتقاء المتفاوض معه المناسب.                                  | 127 |
| ثانياً: حسن اختيار المتفاوض بحرية من عوامل نجاح المفاوضات.           | 128 |
| ثالثاً: القيود التي ترد على حرية اختيار المتفاوض.                    | 130 |
| أ- قيد اختيار المتفاوض في عقد الوعد بالتفضيل.                        | 131 |
| ب- قيد اختيار المتفاوض في الوعد بالتعاقد.                            | 132 |
| الفرع الثالث: الحرية في العدول عن التفاوض.                           | 132 |
| أولاً: العدول عن التعاقد.                                            | 133 |
| أ- مفهوم العدول عن التعاقد.                                          | 133 |
| 1- تعريف العدول.                                                     | 133 |
| 2- الفرق بين عدول المستهلك عن التعاقد وما يشته به من أنظمة قانونية.  | 134 |
| أ. العدول عن التعاقد والبطلان.                                       | 134 |

|     |                                                   |
|-----|---------------------------------------------------|
| 135 | II. العدول عن التعاقد والفسخ.                     |
| 136 | ب-أساس عدول المستهلك عن التعاقد.                  |
| 136 | 1- التعليق على شرط.                               |
| 136 | 2- التعاقب في إطار تكوين العقد.                   |
| 137 | 3-عدم لزوم التراضي.                               |
| 137 | 4- النص التشريعي.                                 |
| 138 | ج- ضوابط عدول المستهلك عن التعاقد.                |
| 138 | 1- الضابط الشخصي.                                 |
| 138 | 2- الضابط الموضوعي.                               |
| 138 | 3- العقود التي تخضع لأحكام العدول.                |
| 139 | 4- العقود التي تم استبعادها من أحكام العدول.      |
| 141 | د- طريقة العدول عن التعاقد.                       |
| 142 | هـ- الآثار التي يربتها العدول عن عقد الاستهلاك.   |
| 142 | 1- تأثير العدول على التزامات المستهلك.            |
| 143 | 2- تأثير العدول على التزامات المهني.              |
| 143 | و- أمثلة عن تطبيقات العدول في القوانين الجزائرية. |
| 144 | 1- تطبيقات العدول بنصوص قانونية.                  |
| 144 | I. التأمين على الحياة.                            |
| 145 | II. اكتتاب تعهد لدى البنك.                        |
| 145 | 2- تطبيقات العدول بالنصوص التنظيمية.              |

|     |                                                                     |
|-----|---------------------------------------------------------------------|
| 145 | .....ا. القرض الاستهلاكي.                                           |
| 146 | .....II. البيع بالمنزل.                                             |
| 146 | .....ثانيا :حرية العدول عن المفاوضات.                               |
| 149 | .....الفصل الثاني:القيود الواردة على حرية التفاوض.                  |
| 150 | .....المبحث الأول:مبدأ الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات.      |
| 151 | .....المطلب الأول: ماهية مبدأ حسن النية.                            |
| 152 | .....الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.                             |
| 152 | .....أولا: تعريف مبدأ حسن النية.                                    |
| 153 | .....ثانيا: تعريف حسن النية في الشريعة الإسلامية.                   |
| 156 | .....ثالثا: تعريف مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات.                |
| 157 | .....الفرع الثاني: مبدأ حسن النية واجب أخلاقي والالتزام قانوني.     |
| 158 | .....أولا: الجانب الأخلاقي لمبدأ حسن النية.                         |
| 164 | .....ثانيا: الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية.                      |
| 166 | .....الفرع الثالث: أهمية الالتزام بحسن النية أثناء مرحلة المفاوضات. |
| 167 | .....أولا: معايير تقدير حسن النية.                                  |
| 167 | .....أ- تقدير حسن النية بالمعيار الذاتي.                            |
| 168 | .....ب- تقدير حسن النية بالمعيار الموضوعي.                          |
| 168 | .....ج- تقدير مبدأ حسن النية بالمعيارين معا.                        |
| 170 | .....ثانيا: الدور الذي يؤديه مبدأ حسن النية.                        |
| 170 | .....أ- الوظيفة التكميلية.                                          |



|     |                                                                          |
|-----|--------------------------------------------------------------------------|
| 171 | ب- الوظيفة التحديدية.                                                    |
| 171 | ج- الوظيفة التفسيرية.                                                    |
| 172 | د- الوظيفة التكيفية.                                                     |
| 172 | الفرع الرابع: صور مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات.                     |
| 173 | أولا: السلوكات التي تعد من قبيل حسن النية.                               |
| 174 | ثانيا: السلوكات التي تعد من قبيل سوء النية.                              |
| 176 | المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات من حسن النية في مرحلة المفاوضات.       |
| 177 | الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بحسن النية في المفاوضات.    |
| 181 | الفرع الثاني: موقف المشرع الانجليزي من الالتزام بحسن النية في المفاوضات. |
| 186 | الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من الالتزام بحسن النية.              |
| 186 | أولا: مبدأ حسن النية في القانون المدني.                                  |
| 191 | ثانيا: مبدأ حسن النية في قوانين الاستهلاك وعقود الخدمات.                 |
| 193 | ثالثا: مبدأ حسن النية في القانون التجاري.                                |
| 195 | المبحث الثاني: المبادئ المنبثقة عن حسن النية في التفاوض.                 |
| 196 | المطلب الأول: واجب الإدلاء في مرحلة المفاوضات.                           |
| 197 | الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات.                 |
| 197 | أولا: تعريف الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات.                        |
| 200 | ثانيا: الالتزام بالإعلام.                                                |
| 204 | ثالثا: الالتزام بالاستعلام.                                              |
| 205 | رابعا: خصائص الالتزام بالإدلاء.                                          |

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| أ- خاصية النطاق.                                                             | 205 |
| ب- خاصية النشأة.                                                             | 205 |
| ج- خاصية الهدف.                                                              | 206 |
| خامسا: تمييز الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات عما يشته به من الالتزامات. | 206 |
| أ- تمييز الالتزام بالإدلاء في مرحلة المفاوضات عن تقديم الاستشارات الفنية.    | 206 |
| ب- الفرق بين الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء والالتزام التعاقدى بالإدلاء.      | 207 |
| الفرع الثاني: الغاية من تقرير التزام الإدلاء بالمعلومات في مرحلة المفاوضات.  | 208 |
| أولا: مبررات واقعية.                                                         | 208 |
| أ- تحقيق التكافؤ في العلم بين الطرفين.                                       | 208 |
| ب- إعادة التوازن إلى العقد.                                                  | 209 |
| ثانيا: مبررات قانونية.                                                       | 209 |
| الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإدلاء.                     | 211 |
| أولا: شروط الالتزام بالإدلاء في التشريع الجزائري.                            | 214 |
| أ- يجب أن يكون الإدلاء بالبيانات كافيا ومكتوبا باللغة العربية.               | 215 |
| ب- يجب أن يكون الإدلاء بالبيانات واضحا ومرئيا.                               | 215 |
| ج- يجب أن يكون الإدلاء بالبيانات صادقا.                                      | 215 |
| د- لابد أن يكون للمستهلك مهلة للتفكير.                                       | 216 |
| ثانيا: الالتزام بالإدلاء في العقد الإلكتروني.                                | 217 |
| ثالثا: واجب الإدلاء الإلكتروني ما قبل التعاقد المصرفي الإلكتروني.            | 221 |
| رابعا: الالتزام بالإدلاء في مفاوضات عقد التأمين.                             | 225 |

|     |       |                                                                         |
|-----|-------|-------------------------------------------------------------------------|
| 227 | ..... | خامسا: الالتزام بالإدلاء في مرحلة ما قبل التعاقد الطبي.                 |
| 228 | ..... | أ- المقصود بواجب الإدلاء في فترة التشخيص.                               |
| 230 | ..... | ب- المقصود بواجب الإدلاء في مرحلة الإقبال على العلاج.                   |
| 231 | ..... | ج- خصائص الالتزام بالإدلاء في المرحلة التي تسبق العقد الطبي.            |
| 231 | ..... | 1- توجيه الإعلام للمريض.                                                |
| 232 | ..... | 2- ضرورة تقديم المعلومات للمريض من طرف الطبيب.                          |
| 232 | ..... | 3- البوح بالمعلومات وفقا لمعيار الرجل العادي.                           |
| 232 | ..... | سادسا: الالتزام بالإدلاء في المواد الصيدلانية.                          |
| 236 | ..... | الفرع الرابع: الالتزام بالإدلاء خلال فترة المفاوضات في القانون الفرنسي. |
| 241 | ..... | المطلب الثاني: الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات.                     |
| 241 | ..... | الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالسرية.                                    |
| 241 | ..... | أولا: تعريف السر.                                                       |
| 242 | ..... | ثانيا: تعريف السر المهني.                                               |
| 243 | ..... | ثالثا: تعريف السرية في المجال التجاري.                                  |
| 244 | ..... | رابعا: تعريف السرية في المفاوضات.                                       |
| 246 | ..... | الفرع الثاني: مصادر الالتزام بالسرية.                                   |
| 248 | ..... | الفرع الثالث: مضمون واجب السرية.                                        |
| 253 | ..... | الفرع الرابع: الالتزام بالسرية في القانون الجزائري.                     |
| 257 | ..... | أولا: الحفاظ على السرية في قانون العمل.                                 |
| 259 | ..... | ثانيا: الحفاظ على السرية في القانون التجاري.                            |

|     |                                                                              |
|-----|------------------------------------------------------------------------------|
| 260 | الفرع الخامس: الالتزام بالسرية في قانون العقود الفرنسي.....                  |
| 262 | الفرع السادس: الضمانات التي تكفل الالتزام بالسرية.....                       |
| 263 | أولاً: التعهد الكتابي المسبق.....                                            |
| 263 | ثانياً: الكفالة المالية.....                                                 |
| 263 | ثالثاً: ضمانات أخرى يفرضها واقع العمل في ميدان التكنولوجيا.....              |
| 265 | المطلب الثالث: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.....                       |
| 265 | الفرع الأول: الأساس والطبيعة القانونية لحظر المفاوضات الموازية.....          |
| 266 | أولاً: المقصود بحظر المفاوضات الموازية.....                                  |
| 272 | ثانياً: أساس حظر المفاوضات الموازية.....                                     |
| 270 | ثالثاً: الطبيعة القانونية للالتزام بعدم القيام بمفاوضات موازية.....          |
| 271 | الفرع الثاني: موقف الفقه و القضاء من الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية..... |
| 271 | أولاً: موقف الفقه من الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.....                   |
| 272 | ثانياً: موقف القضاء من الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.....                 |
| 276 | الباب الثاني:العقود التمهيدية والمسؤولية المترتبة عن المفاوضات.....          |
| 277 | الفصل الأول:العقود التمهيدية.....                                            |
| 280 | المبحث الأول:الوعد بالتعاقد تجسيد لحق التفكير في مرحلة ما قبل التعاقد.....   |
| 280 | المطلب الأول: ماهية الوعد بالتعاقد.....                                      |
| 281 | الفرع الأول: مفهوم الوعد بالتعاقد.....                                       |
| 281 | أولاً: تعريف الوعد بالتعاقد.....                                             |
| 284 | ثانياً: أهمية الوعد بالتعاقد.....                                            |

|     |                                                                      |
|-----|----------------------------------------------------------------------|
| 285 | الفرع الثاني: صور الوعد بالتعاقد.....                                |
| 286 | أولاً: الوعد الملزم لجانب واحد.....                                  |
| 289 | ثانياً: الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين.....                           |
| 291 | الفرع الثالث: شروط الوعد بالتعاقد.....                               |
| 291 | أولاً: الشروط العامة لانعقاد العقد.....                              |
| 291 | أ- شرط التراضي.....                                                  |
| 292 | ب- شرط المحل.....                                                    |
| 293 | ثانياً: الشروط الخاصة بالوعد بالتعاقد.....                           |
| 293 | أ- الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المرجو إبرامه.....        |
| 295 | ب- تعيين المدة التي يتم خلالها إبداء الرغبة في التعاقد.....          |
| 297 | المطلب الثاني: أحكام الشكلية في الوعد بالتعاقد.....                  |
| 297 | الفرع الأول: المبادئ العامة التي تحكم الشكلية في الوعد بالتعاقد..... |
| 300 | الفرع الثاني: أهم التطبيقات العملية للوعد بالتعاقد.....              |
| 300 | أولاً: الوعد بالبيع العقاري.....                                     |
| 300 | أ- تعريف عقد الوعد بالبيع العقاري.....                               |
| 301 | ب- خصائص الوعد بالبيع العقاري.....                                   |
| 301 | 1- الوعد بالبيع العقاري يعد عقداً قائماً بذاته.....                  |
| 302 | 2- الوعد بالبيع العقاري عقد غير مسمى.....                            |
| 302 | 3- الوعد بالبيع العقاري عقد تمهيدي.....                              |
| 302 | 4- عقد الوعد بالبيع العقاري عقد شكلي.....                            |

|     |                                                                     |
|-----|---------------------------------------------------------------------|
| 302 | 5- الوعد بالبيع العقاري لا ينقل الملكية.....                        |
| 302 | 6- الوعد بالبيع العقاري هو عقد معلق على شرط.....                    |
| 303 | 7- الوعد بالبيع العقاري عقد زمني.....                               |
| 303 | ج- الشكلية في عقد الوعد بالبيع العقاري.....                         |
| 305 | د- وجوب تضمن المحرر الرسمي للوعد بالبيع العقاري بيانات إلزامية..... |
| 307 | 1- التسجيل كشرط شكلي للوعد بالبيع العقاري.....                      |
| 307 | I. المقصود بالتسجيل.....                                            |
| 308 | II. أهمية التسجيل.....                                              |
| 308 | 2- شهر الوعد بالبيع لدى المحافظة العقارية.....                      |
| 309 | I. المقصود بالشهر العقاري.....                                      |
| 309 | II. أهمية إجراء الشهر العقاري.....                                  |
| 312 | هـ- انقضاء عقد الوعد بالبيع العقاري.....                            |
| 313 | 1- الطرق الخاصة لانقضاء الوعد بالبيع العقاري.....                   |
| 313 | I. انقضاء المدة:.....                                               |
| 314 | II. إبداء الموعود له رغبته في الشراء أو رفضه لذلك.....              |
| 314 | 2- انقضاء الوعد بالأسباب العامة لانقضاء الالتزامات.....             |
| 314 | I. إبطال عقد الوعد.....                                             |
| 315 | II. هلاك المحل الموعود به.....                                      |
| 316 | ثانيا: الوعد بالهبة.....                                            |
| 316 | أ- تعريف الوعد بهبة عقار.....                                       |

|     |                                                              |
|-----|--------------------------------------------------------------|
| 319 | ب- شروط الوعد بهبة العقار .                                  |
| 321 | المبحث الثاني:أبرز تطبيقات العقود التمهيدية.                 |
| 322 | المطلب الأول: الوعد بالترفضيل.                               |
| 322 | الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للوعد بالترفضيل.               |
| 323 | أولا: المقصود بالوعد بالترفضيل.                              |
| 327 | ثانيا: الطبيعة القانونية للوعد بالترفضيل.                    |
| 327 | أ- اعتبار الوعد بالترفضيل صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد. |
| 329 | ب- اعتبار الوعد بالترفضيل حق شفعة اتفاقي.                    |
| 330 | ج- اعتبار الوعد بالترفضيل يشكل اتفاقا تمهيديا من نوع خاص.    |
| 330 | الفرع الثاني: أحكام الوعد بالترفضيل.                         |
| 330 | أولا: المدة في الوعد بالترفضيل.                              |
| 332 | ثانيا: شروط الوعد بالترفضيل.                                 |
| 332 | أ- الشروط الشكلية.                                           |
| 332 | ب- الشروط الموضوعية.                                         |
| 333 | ثالثا: النتائج المترتبة عن الوعد بالترفضيل.                  |
| 335 | المطلب الثاني: التعاقد بالعربون والعقد الابتدائي.            |
| 335 | الفرع الأول: التعاقد بالعربون.                               |
| 336 | أولا: مفهوم التعاقد بالعربون.                                |
| 336 | أ- تعريف التعاقد بالعربون.                                   |
| 337 | ب- دلالة العربون في القانون المدني الجزائري.                 |

|     |       |                                                                             |
|-----|-------|-----------------------------------------------------------------------------|
| 339 | ..... | ثانيا: الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون.                                  |
| 342 | ..... | ثالثا: الفرق بين العربون والشرط الجزائي.                                    |
| 344 | ..... | رابعا: مآل العقد عند ممارسة العدول في التعاقد بالعربون.                     |
| 345 | ..... | أ- مآل مبلغ العربون عند العدول عن التعاقد.                                  |
| 345 | ..... | 1- حالة فقدان مبلغ العربون إذا كان العدول ممن قام بدفعه.                    |
| 346 | ..... | 2- حالة رد العربون ومثله عند العدول من طرف من قبضه.                         |
| 347 | ..... | ب- مآل التعاقد بالعربون عند تأكيد العقد.                                    |
| 348 | ..... | الفرع الثاني: العقد الابتدائي.                                              |
| 348 | ..... | أولا: المقصود بالعقد الابتدائي.                                             |
| 349 | ..... | ثانيا: التفرقة بين العقد الابتدائي وما يشته به.                             |
| 350 | ..... | أ- الفرق بين العقد الابتدائي والوعد بالتعاقد.                               |
| 351 | ..... | ب- الفرق بين العقد الابتدائي واتفاقات المبادئ.                              |
| 352 | ..... | ثالثا: أمثلة عن العقد الابتدائي.                                            |
| 352 | ..... | أ- عقد البيع الابتدائي الواقع على العقار.                                   |
| 354 | ..... | ب- عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.                                    |
| 357 | ..... | رابعا: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزامات التي يفرضها العقد الابتدائي. |
| 361 | ..... | الفصل الثاني: المسؤولية المترتبة عن المفاوضات                               |
| 363 | ..... | المبحث الأول: الإطار القانوني للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات          |
| 365 | ..... | المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي من المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.  |
| 365 | ..... | الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد.                                   |



|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| أولا: موقف بعض القوانين الحديثة من نظرية إهرنج.....                        | 368 |
| أ- موقف القانون الألماني من نظرية إهرنج.....                               | 368 |
| ب- موقف القانون المدني الفرنسي قبل التعديل من نظرية إهرنج.....             | 369 |
| ثانيا: موقف القانون المصري القديم من نظرية إهرنج.....                      | 370 |
| الفرع الثاني: نظريات أخرى حول أساس المسؤولية في مرحلة المفاوضات.....       | 370 |
| أولا: نظرية تحمل التبعية العقدية.....                                      | 370 |
| ثانيا: نظرية الوكالة ونظرية الفضالة.....                                   | 371 |
| ثالثا: نظرية فاجيلا.....                                                   | 372 |
| المطلب الثاني: موقف التشريعات الحديثة من المسؤولية في مرحلة المفاوضات..... | 374 |
| الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.....                    | 375 |
| أولا: موقف المشرع الجزائري.....                                            | 376 |
| ثانيا: موقف القوانين الرومانية الجرمانية.....                              | 377 |
| ثالثا: موقف القانون الفرنسي.....                                           | 379 |
| رابعا: موقف بعض القوانين العربية.....                                      | 382 |
| الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض.....                       | 385 |
| أولا: موقف القانون الفرنسي.....                                            | 386 |
| ثانيا: موقف القانون الانجلوساكسوني.....                                    | 387 |
| ثالثا: موقف التشريعات العربية.....                                         | 389 |
| المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.....             | 391 |
| المطلب الأول: شروط المسؤولية في مرحلة المفاوضات.....                       | 391 |

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| الفرع الأول: الخطأ في مرحلة المفاوضات.....                          | 392 |
| أولاً: مفهوم الخطأ في مرحلة المفاوضات.....                          | 392 |
| أ- تعريف الخطأ في مرحلة المفاوضات.....                              | 392 |
| ب- المعايير الكفيلة بتحديد ارتكاب الخطأ.....                        | 393 |
| ثانياً: صور الخطأ في مرحلة التفاوض.....                             | 395 |
| أ- الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض.....                               | 395 |
| 1- رفض الدخول في التفاوض.....                                       | 396 |
| 2- الدخول في المفاوضات من دون نية إبرام العقد النهائي.....          | 396 |
| 3- قطع المفاوضات من غير مبرر مشروع.....                             | 397 |
| 4- استفزاز المتفاوض ودفعه إلى قطع المفاوضات.....                    | 403 |
| 5- مخالفة الواجبات التفاوضية.....                                   | 403 |
| 6- طرق إثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات.....                   | 406 |
| ب- الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات.....                           | 408 |
| 1- المفاوضات بغاية التجسس.....                                      | 411 |
| 2- المفاوضات بهدف الإعاقة.....                                      | 411 |
| 3- السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في التعاقد.....                     | 411 |
| 4- التفاوض على ملك الغير.....                                       | 411 |
| الفرع الثاني: الضرر في مرحلة المفاوضات.....                         | 412 |
| الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.....                 | 417 |
| المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن المسؤولية في مرحلة المفاوضات..... | 419 |

|     |                                                                       |
|-----|-----------------------------------------------------------------------|
| 419 | الفرع الأول: دعوى المسؤولية في مرحلة المفاوضات.....                   |
| 419 | أولاً: شروط رفع دعوى المسؤولية في مرحلة المفاوضات.....                |
| 419 | أ- شرط المصلحة.....                                                   |
| 420 | ب- طرفي الدعوى.....                                                   |
| 421 | ج- الأهلية.....                                                       |
| 422 | ثانياً: تقادم دعوى المسؤولية في المفاوضات.....                        |
| 422 | الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن قطع المفاوضات ومخالفة التزاماتها..... |
| 424 | أولاً: التنفيذ العيني.....                                            |
| 424 | أ- مبدأ الحرية التعاقدية.....                                         |
| 426 | ب- عدم إمكانية فرض التفاوض على الممتنع.....                           |
| 426 | ثانياً: التنفيذ عن طريق التعويض.....                                  |
| 427 | أ- تقدير التعويض.....                                                 |
| 428 | ب- تحديد نطاق التعويض.....                                            |
| 429 | 1- تعويض نفقات التفاوض.....                                           |
| 431 | 2- التعويض عن هدر الوقت.....                                          |
| 432 | 3- التعويض عن تفويت الفرصة.....                                       |
| 436 | 4- التعويض عن السمعة التجارية.....                                    |
| 437 | ثالثاً: فسخ عقد التفاوض.....                                          |
| 437 | أ- مفهوم الفسخ.....                                                   |
| 437 | 1- تعريف الفسخ.....                                                   |

|     |                                                           |
|-----|-----------------------------------------------------------|
| 438 | 2- الشروط التي يتطلبها الفسخ .....                        |
| 438 | أ. إخلال المتعاقد بالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض ..... |
| 439 | أ. وفاء طالب الفسخ بالتزاماته في عقد التفاوض .....        |
| 439 | أ. ضرورة إغذار المدين .....                               |
| 439 | ب- صور الفسخ .....                                        |
| 440 | 1- الفسخ القضائي .....                                    |
| 441 | 2- الفسخ الاتفاقي .....                                   |
| 444 | رابعاً: انفساخ عقد التفاوض .....                          |
| 444 | أ- شروط انفساخ عقد التفاوض .....                          |
| 445 | ب- الآثار التي تترتب على انفساخ عقد التفاوض .....         |
| 447 | الخاتمة .....                                             |
| 454 | قائمة المراجع .....                                       |
| 483 | الفهرس .....                                              |

## ملخص:

تعتبر مرحلة المفاوضات فترة مهمة وحساسة تسبق مرحلة إبرام العقد، فهي تتسم بالمناقشات والمساومات بين الطرفين يسودها جو من التردد والحذر بغية الوصول لأفضل النتائج، وتنتهي لحظة صدور الإيجاب البات الجازم الذي ينقل الطرفين من مرحلة المفاوضات إلى مرحلة التعاقد، وعلى الرغم من الأهمية البالغة التي تحوزها لم يتطرق لها المشرع الجزائري بصفة صريحة في القانون المدني، وتتخلل هذه المرحلة مجموعة من المبادئ أبرزها مبدأ حسن النية الذي اكتفى المشرع بذكره كاللزام عقدي في المادة 107 من القانون المدني، إضافة إلى التزامات أخرى تنبثق عن حسن النية منها الالتزام بالإدلاء، والالتزام بالسرية، وعدم إجراء مفاوضات موازية، ويترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية المدنية.

**الكلمات المفتاحية:** مرحلة المفاوضات، حسن النية، الالتزام بالسرية، العقود التمهيدية، المسؤولية المدنية.

## Abstract:

The negotiation phase is an important and sensitive period preceding the conclusion of the contract. It is characterized by discussions and bargaining between the parties in an atmosphere of hesitation and caution in order to achieve the best results, The moment of firm affirmative action that moves the parties from the negotiation stage to the contracting stage will end. Despite the great importance it possesses, the Algerian legislature has not explicitly addressed it in the Civil Code. This stage is interspersed with a set of principles, most notably the principle of good faith, which the legislator only mentioned as a contractual obligation in article 107 of the Civil Code. In addition to other obligations stemming from good faith, including the obligation of confidentiality and non-parallel negotiations, the breach of which entails civil liability.

**Keywords:** Negotiation stage, good faith, confidentiality, pre-contracts, civil liability.