وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد خيضر –بسكرة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

العدالة التعاقدية مبادئ مستحدثة في القانون المدني

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالب

مرايصي سفيان

إشراف الأستاذة الدكتورة

لعور بدرة

أمام لجنة المناقشة المتكونة من السادة الأساتذة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د بوستة إيمان	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	رئيسا
أ.د لعور بدرة	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
د. قرفي ياسين	أستاذ محاضر – أ –	جامعة بسكرة	ممتحنا
د. نموشية سامية	أستاذ محاضر – أ –	جامعة الوادي	ممتحنا
أ.د محمودي سماح	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي بريكة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2025/2024

شكر وعرفان

الحمد لله وحده على منّه وكرمه، فهو الذي بيده الأمر كلّه علانيته وسرّه، أسبل علينا من النّعم وآتانا من كلّ ما سألناه، فاللهمّ لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضى، حمدًا كثيرًا طيّبًا مباركًا فيه.

والشكر للأستاذة المحترمة " لعور بدرة " على قبولها الإشراف على هذا العمل وباقي الأعمال العلمية التي أُنجزت طيلة سنوات، فلقد كانت نِعمَ المشرفة بنصائحها وتوجيهاتها التي كان لها الأثر البالغ في أعمالنا وتطوير الملكات الفكرية لدينا، كما أشكرها على طول بالها وصبرها علينا في أحلك الظروف.

والشكر موصول كذلك لأعضاء لجنة المناقشة كلّ باسمه ووسمه، على قبولهم مناقشة هاته الأطروحة وتكبّدهم عناء القراءة والتمحيص والتصويب، ونستسمحهم على أخذنا بعضًا من وقتهم الثمين.

كما لا يفوتني التوجّه بأسمى عبارات الاحترام والتقدير للأسرة الجامعية ببسكرة على احتضانها لنا وعلى الإمكانات التي وفّرتها لتسهيل عملية البحث، دون أن أنسى الأسرة الجامعية بسطيف التي لم تتخلّى عنّا يومًا على الرغم من التكوين خارجها.

هذا وإلى كلّ سكان سُكّرة (بسكرة)، الذين غمروني بحسن تعاملهم ووافر كرمهم أقول:

أَحبَبتُ سُكّرةَ والمُقَامَ بها مِنْ بَعْدِ ما خِبْرَةٍ وتَجْرِيبٍ

يَحْظَى بَاغِي المُقامِ بها بِثَلاثٍ هُنّ مِن بَعْدِ تَرْتِيبِ

أَبْوابُ خَيْرٍ مُفتَّحَةٌ لَهُ وحُسْنُ جِوَارٍ وخَيرُ تَرْحِيبِ

إهداء

إلى سبب وجودي في هاته الحياة، ومن لا تحلو هذه الأخيرة إلّا بوجودهما، إلى من أوصلاني إلى ما أنا عليه بعنايتهما وتربيتهما ودعواتهما ... أمّي وأبي

إلى سندي وواحتي الضليلة التي أسكن إليها، إلى عفّتي ومستودع أسراري ... زوجتي

إلى بهجتي وقرّة عيني وهبة الرحمان لي التي وهب ... ابنتي أريج

إلى وردات بيتنا الثلاث ... أخواتي وإلى دعائم بيتنا الأربع ... إخوتي

إلى كلّ من علّمني حرفًا، إلى كلّ من ساهم وأعان على إنجاز هذا العمل المتواضع من قريب أو من بعيد، بتوجيه بنصيحة بكلمة بدعاء، إلى كلّ الأصدقاء والزملاء، إلى كل من يعرفني، إلى كلّ طالب علم، إلى كلّ هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع الذي هو ثمرة جهدي وعمل سنوات من عمري

قائمة المختصرات

Bull. Civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres civiles.

Bull. : Bulletin.

Cass. Civ. : Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation.

Cass. Com. : Arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

Ch : Chambre.

Civ. : Civil.

Com. : Commercial.

Ibid. : Même référence.

JORF : Journal Officiel de la République Française.

Juris. : Jurisprudence.

L.G.D.J. : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

N° : Numéro

Op.cit. : Référence précédemment citée.

p. : Page

pp. : De la page a la page.

Rev. : Revue

Vol. : Volume.

مقدمة

مقدمة:

كان لتكتّل عدد من دول أوروبّا والتي شكّلت الاتحاد الأوروبّي تداعيات جمّة على عدّة مستويات، خاصّة لجهة التأثير في المجال الاقتصادي ليس على الحيّز الإقليمي فحسب بل على المستوى العالمي ككل، وإنّ هذا العمل الذي حظي بأهميّة بالغة بالنّظر إلى الصعوبة التي أحاطت به، والتي تأتي من التنوّع الذي تشهده دول هذا الكيان، فقد احتاج التوفيق أو الجمع بين مختلف هاته الأطياف إلى توحيد الجهود بالأخص لضبط المعاملات داخل هذا الكيان وخارجه، فضلًا عن محاولة توفير أكبر قدر من الحماية الفعّالة للمتعاملين داخله في ظلّ العروض التي أوجدتها السوق الحرّة، وضعٌ احتاج إلى توفير بيئة قانونية ملائمة، ذلك أنّ مرافقة القانون لعالم المال والأعمال والاقتصاد بشكل عام ضرورة يفرضها واقع المعاملات، التي لا يمكنها أن تنشأ وتستمر بل ولا يمكنها أن تزدهر إلّا تحت الرعاية القانونيّة، ولقد كانت من بين الأهداف التي سعى الاتحاد إلى تحقيقها في هذا الجانب هو تحقيق الأمن القانوني، الذي تأثّر بالتنوّع القانوني الذي تكشف عنه حالة الاختلاف الموجودة بالطّبيعة بين المنظومات القانونية للدول الأعضاء، ومن هنا جاءت فكرة الحاجة إلى توحيد القانون خاصّة لجهة المعاملات والمبادلات التي تمرّ عبر آلية العقود.

وبالفعل بدأت عملية الإرساء لهذا التحوّل القانوني، حيث جسّدتها عدّة مشاريع فقهية عملت على توحيد قانون العقود على مستوى الاتحاد الأوروبي، ولعلّ من أهم هاته الأعمال هو المشروع الذي وضعته المجموعة التي ترأّسها البروفيسور الدانماركي "Ole Lando"، تمخّض عن هذا العمل صدور المشروع في شكل مدّونة باللغة الإنجليزية، تحت مسمّى " Principles of European Contract Law" مبادئ قانون العقود الأوروبي، ثمّ تمّ نشر نسخة منه لاحقًا باللغة الفرنسية في 2003، وليست ترجمة للنسخة الأولى حيث جرى العمل باللغتين جنبًا إلى جنب، وهو ما اصطلح على تسميته بمشروع "Lando"، وقد كان هذا العمل محلّا للمناقشة الفقهية على نطاق واسع، وهو ما أفرز ظهور مسودّة لقانون العقود

الأوروبي باللغة الفرنسية "Code Européen des Contrats"، وكان ذلك على يد السيد "Guiseppe Gandolfi" في 2004، هذا العمل حاز على أهميّة كبيرة بالنّظر إلى المحتوى الذي انطوى عليه، ما جعله محلّ اعتراف من البرلمان الأوروبي وإشادة من المفوضية الأوروبية، واعتباره عملًا أصيلًا يجسّد بقوّة فقه العقود الأوروبي إلى جانب المبادئ التي تبنّاها مشروع "Lando".

إنّ هذا التسلسل في الأحداث جرّ مختلف الدّول المشكّلة للاتّحاد الأوروبي إلى السعي إلى إعادة النّظر في المنظومة القانونية على المستوى الدّاخلي، بما يستجيب للتطورات الحاصلة وبالأخص القانون المدني الذي هو الحاضن الأكبر لنظريّة العقد، وبطبيعة الحال تأتي فرنسا على رأس هاته الدّول، مكانة تتبوّءها بفضل قانونها المدني العتيق الذي تمّ وضعه قيد الخدمة في عام 1804 على يد "نابليون"، وهو مُلهم الكثير من الدّول داخل الاتّحاد وخارجه، وقد تنبّأ المشرف على هذا العمل بأهميّته حيث عبّر عن ذلك بقوله: "مجدي الحقيقي لا يتلخّص في الأربعين معركة التي فزت بها، فما لا يمكن محوهُ حقًّا وسيبقى خالدًا هو تقنيني المدني"[1]، لكنّ هذا القانون وبمرور الوقت بدى عليه بعض التصدّعات التي عملت الكثير من الدول على تجاوزها، لكنّ المشرّع المدني الفرنسي بقي يُراوح مكانه إلى غاية 2004 أين تمّ وضع حجر الأساس لضرورة التغيير، وهو ما تمّ تجسيده في مشاريع فقهية كان من أبرزها المشروع التمهيدي "Avant-projet Catala"، وهو العمل الفقهي لمجموعة من الأكاديميين يأتي على رأسهم الفقيه "Pierre Catala"، فيما تمثل المشروع الثاني في العمل الذي صاغه الفقيه "François Terré" وهو ما سميّ"Avant-projet Terré"، والعمل الذي قامت به وزارة العدل الفرنسية والذي قُدّم في شكل مشروع

[1]- « Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code ». Discours de M. Jacques Chirac Président de la République, sur le code civil, la modernisation du droit civil, notamment le droit des obligations, l'effort de codification et de simplification des droits français et communautaires et le rayonnement du droit français à l'étranger, le 11 Mars 2004 sur : https://www.vie-publique.fr/discours/148887-discours-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-le-code-c .visité le 11/09 2021.

تمهيدي وهو ما اصطلح على تسميته "Avant-projet de la chancellerie"، تغيير يعد بالكثير خاصّة لجهة المواءمة مع المشاريع الأوروبية، ولجهة تكريس الأمن القانوني والعدالة التعاقدية، وهو ما تمّت الإشارة إليه في التقرير المرفوع لرئاسة الجمهورية الفرنسية ذي الصلة بإصلاح القانون المدني[1]، هذا الأخير شكّل في أحد أبرز جوانبه تبريرًا للفلسفة التي تبنّاها واضعوا الإصلاح الذي دخل حيّز النّفاذ في سنة 2016، وهذا الإصلاح سيكون بدوره محور هاته الدّراسة التي ستقتصر على صبّ تركيزنا على مظاهر العدالة التعاقديّة " Justice Contractuelle" التي جسّدها إصلاح قانون العقود الفرنسي.

والعدالة التعاقدية أو العقدية مصطلح مركّب من كلمتين، أولاهما العدالة وهي الأصل وتمتاز بمعنى واسع، وكما قال فيها بعض فقهاء القانون المدني الفرنسي "إنّ العدالة يصعب تعريفها، كما يبدو من المستحيل قياسها وضبط حدودها..."[2]، وقد اعتبرها ذات الفقهاء على أنّها من بين أهمّ المبادئ التوجيهية لقانون العقود إلى جانب الحريّة والمنفعة أو الفائدة[3]، هذا وقد قال البعض[4] في شأنها " في الأصل لا يجد القانون مضمونه الخاص والمحدّد إلّا في العدالة، وهي مفهوم لا يمكن اختزاله ولا تعريفه، لكن يبدو أنّه يشير في أساسه ليس فقط للمبادئ الأوّلية التي تتضمّن عدم إلحاق الضرر بأي شخص، فضلًا عن نسبة كل شيء إلى صاحبه، بل تشير إلى فكر أعمق يتجسّد في إيجاد توازن بين المصالح المتضاربة، لضمان النظام الأساسي الذي يسهر على حفظ المجتمع البشري وتقدّمه"، وهو ما يعني محاولة إحلال نوع من العدالة على مستوى العقود، مع ضرورة مواءمة هاته العدالة مع

[1]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.
[2]- Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, **La formation du contrat**, Tome1 : Le contrat- Le consentement, 4e édition, LGDJ, paris, France, 2013, p 273.
[3]- Jacques Ghestin et des autres, op.cit. p 135.
[4]- François Geny, **Science et technique en droit positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique**, tombe l, Paris, Recueil Sirey, 1914. Citer par Marie Annik Grégoire, Liberté ; **responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle**, Thèse de doctorat en droit civil, Faculté de droit Université McGill, Canada, 2007, pp 14-15.

المنفعة المشروعة وقبل ذلك مع الحريّة العقدية التي تنبثق عن سلطان الإرادة، أمّا التعاقدية فهي نسبة العدالة إلى العقد الذي هو اتفاق طرفيه باتجاه إرادتهم إلى إحداث أثر قانوني معيّن، هذا وتشير العدالة التعاقدية في معناها العميق إلى فكرة جديدة تمامًا بالمقارنة مع المسلّمات الليبيرالية التي سادت على الأقل في القرنين الماضيين، حيث تشير إلى ضرورة إضفاء قدر معيّن من التوازن على العقود، هاته العدالة التي تمّ اختزالها في مجرّد التعبير عن الإرادة من خلال الإيجاب والقبول الذي يُشكّل ركن التراضي في العلاقة العقدية، وبهذا يكون العقد عنوانًا للعدالة، وقد قامت هذه الفكرة على أساس أنّ الشخص إذا اتّخذ قرارًا بشأن غيره من الأشخاص يمكن أن يكون قراره هذا جائرًا ومنافيًا للعدالة، لكن من المستحيل أن يتخذ قرارًا غير عادل في حقّ نفسه، وهي الفلسفة ذاتها التي قام عليها القانون المدني الفرنسي لعام 1804، حيث حالت الحريّة الفردية دون إعمال العدالة التعاقدية في مفهومها العميق، إذ بدى لواضعي القانون أنّه من المنطقي جدًّا أن لا يأتي إنسان عاقل بتصرّف قانوني بما يتنافى مع مصالحه أو بما يلحق الضرر بها، فهو أقدر النّاس على تقدير وحفظ مصلحته، ذلك أنّ أيّ علاقة عقدية تكشف عن نشوء التزامات معيّنة، تشكّل محتوى العقد المتمثّل في بنوده وشروطه يتمّ تحديده من قِبل الأطراف بحريّة وبمحض إرادتهم، وهو ما تمّ التعبير عنه من قبل الفقيه " كانط " بسلطان الإرادة، وهو التعبير ذاته الذي – وحسب رأي البعض[1] – أُسيء فهمه واستخدامه لتجسيد أساس القوّة الملزمة للعقد وقدسيته، وبالتالي فلا مجال للرقابة على شروط العقد ولا على تكافؤ الأداءات فيه، بل استوجب حصر هاته الرقابة على سلامة الرضا لا غير، إذ بات من المسلّم به أنّ هذا الأخير هو الذي يعكس الإرادة المشتركة للأطراف، ووجب احترام هاته الإرادة التي تعكس بدورها العدالة وعليه فإنّ رياح

[1]- Jean Pascal Chazal, « **Justice contractuelle** », Cadiet, Loïc. Dictionnaire de la justice, Presses Universitaires de France (PUF), 2004, p 3. https://sciencespo.hal.science/hal-01027783v1

الليبيرالية البحتة التي كانت تهبّ آنذاك، هي التي كانت وراء توجيه فلسفة القانون المدني الفرنسي هاته، والتي يمكن تلخيصها في المقولة الشهيرة " من قال عقدًا فقد قال عدلًا "[1].

إنّ أيّ علاقة عقدية تدعو دومًا للتساؤل من زاوية العدالة عن الظروف التي أحاطت بها، من بداية التحضير لها إلى غاية نهايتها، كما تحتاج أيضًا لمعرفة طينة الأشخاص التي شكّلت حدّيها، ذلك أنّه إذا كان الأشخاص متساوون من الناحية القانونية فإنّ هاته المساواة سرعان ما تندثر، إذ أنّ الواقع يثبت خلاف ذلك بالنّظر إلى الاختلاف والتفاوت بينهم من حيث القوّة والقدرة على التفاوض والإقناع، ومع التقدّم والتطوّر الكبير الذي عرفته البشرية جمعاء في شتّى المجالات وما حمله معه من اتساع في رقعة المعاملات وتشعّبها وتنوّعها، أبان عن تفاوت من نوع آخر إلى جانب سابقه تجسّد في المعرفة الفنّية والتقنية، التي تظهر من خلال إحاطة أحد الأطراف بطبيعة العقد وعلمه بخباياه في ظلّ قلّة أو انعدام هاته الميزة لدى الطّرف الآخر، وهو الأمر الذي كشف عن وجود طرف ضعيف في العلاقة العقدية، ما ينتج عنه في الغالب الأعم فروقات بين الحقوق والالتزامات في العقد، وهو الأمر الذي يؤدّي عادة إلى تحمّل أحد الأطراف تبعة اللامساواة التي أوجدتها ظروف معيّنة، جرّت معها تهديدًا يعمل على تشويه التكافؤ والتوازن المفترض في العلاقات العقدية، ولقد كانت عقود العمل مسرحًا لنموّ الفروقات واستعراض قوّة أرباب العمل، وليست عقود الاستهلاك التي تجمع بين المحترفين والمستهلكين ببعيدة عن سابقتها، هذا الوضع هو الذي أملى ضرورة توفير الحماية لبعض الشرائح في المجتمع، الأمر الذي نتج عنه سنّ قوانين أضحت تُعنى بحماية هاته الفئات الهشّة، وهي ما اصطلح على تسميتها بالتشريعات الخاصة التي استقلّت بذاتها عن القانون المدني الذي شابه القصور في الكثير من الجوانب.

[1]- « qui dit contractuel dit juste ». Alfred Fouillée, **La Science Sociale Contemporaine**, Paris, Hachette, 1880, p410. Cité par : François Chénedé, « **De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité** », Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey, Vol 4, 2012, p 170. https://shs.hal.science/halshs-01071905

ويبدو أنّ العدالة التعاقدية في معناها أو مدلولها ذو البعد الفلسفي تسمح بأن تكون غاية ووسيلة في نفس الوقت، فهي وسيلة بالنّظر إلى الآليات التي توفّرها بل وتضعها في يد الطرف الضعيف لتحرير نفسه من العقد غير العادل، أي ذلك العقد الذي يفتقر إلى العدالة وتكشف عن ذلك الاصابة التي تطال توازنه، فهاته الآليات تمنحه القدرة على إعادة نوع من التوازن إلى العلاقة أو وضع حدّ لها، ولا يكون ذلك إلّا عن طريق طرف ثالث يكون في الغالب بتدخلّ القاضي، هذا الأخير لم يعد متفرّجًا على النّزاعات ولم يبقى أسيرًا لمبدأ سلطان الإرادة، الذي بموجبه يُمنع عليه المساس بمضمون العقد ولو بغرض إعادة التوازن أو رفع الضرر، بل يستوجب عليه أن يبقى محترمًا للشّروط الواردة فيه، لقد سمحت العدالة التعاقدية في جانبها الوسائلي للقاضي بالتدخل ليكون طرفًا ثالثًا في العقد، بحيث تصبح المحاكمة بمثابة مكان وزمان لإبرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه، كما تُشكّل العدالة التعاقدية غاية أيضًا بكونها هدف يتوق المشرّع للوصول إليه دومًا، ولا أدلّ على ذلك من سعيه المستمّر في سنّ تشريعات والعمل على تنقيحها، بالنّظر إلى العقد على أنّه ظاهرة اجتماعية يجب أن يتّسم بالعدالة بين أطرافه، بتكريس نوع من التوازن والتكافؤ بين الأداءات النّاشئة عنه، وفي إطار هذا التوجّه وتجسيدًا لهذا المفهوم فإنّ المشرّع المدني الفرنسي قد عمل على وضع آليات واستحداث تقنيات قانونية لتقصّي العدالة التعاقدية، يكون القاضي هو الأداة الحقيقية والفاعلة لتكريسها، ولا يوجد معيار ثابت في مجال السلطة الممنوحة للقاضي لتقدير ما هو عادل ممّا هو ليس كذلك، دليل على ثقة المشرّع في قضائه كيف لا وهذا الأخير قد كان له الفضل في إلهام المشرّع والأخذ بيده لمواكبة الأحداث ومسايرة التطورات الحاصلة من حوله، ولهذا بدى من المناسب فحص مختلف الآليات القانونية المستحدثة من طرف المشرّع في سبيل تحرّي العدالة التعاقدية في العلاقات العقدية من نافذة القانون المدني الفرنسي.

لا يمكن بأيّ حال من الأحوال التنكّر لموقف المشرّع الفرنسي ولا للقيمة التاريخية والعلمية لقانونه المدني، وإن ظهر عليه التشبّع بالنّزعة الليبيرالية المتجسّدة في تبنّي مبدأ سلطان الإرادة والأسس التي بُني عليها، والذي لم يتوانى في الاستجابة لمختلف التحولات والتطورات الحاصلة من حوله، تطورات أفضت إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة القائم على الحريّة، ما دفع بالمشرّع إلى العمل على تهذيب هذا المبدأ بنزع رداء القدسية عن العقد لصالح العدالة، والعمل أيضًا على ضمان التعايش السلمي ضمن العقد بين الحريّة ومختلف مظاهرها وبين العدالة بجميع أبعادها، وعليه فإنّ لسان الحال يدعونا إلى طرح الإشكالية التالية:

ماهي مظاهر تكريس العدالة التعاقدية ضمن المبادئ المستحدثة في القانون المدني الفرنسي ؟

تكتسي هذه الدّراسة أهميّة بالغة تظهر من ناحية قانونية وأخرى موضوعيّة، أمّا من النّاحية القانونية فهي تكشف عن التطوّر في الفكر القانوني للتشريع المدني الفرنسي، الذي لم يمنعه تشبّعه بالنّزعة الليبيرالية ووفاءه لمبدأ سلطان الإرادة من التحوّل في الكثير من المواقف، بعد أن أدرك التحوّلات الحاصلة من حوله في جميع المجالات، وعلى رأسها المنظومة القانونية التي كانت من أبرز هذه التحوّلات، حيث عمل المشرع المدني الفرنسي على ضمان استمرارية التأثير الذي صنعه القانون المدني الفرنسي على مرّ السنين، وبالفعل تمّ إطلاق مشروع إصلاح القانون المدني الذي كان على لسان الرئيس الفرنسي " Jacques Chirac" في عام 2004، ولم يتمّ الإفراج عن هذا الإصلاح إلّا بعد مرور مدّة زمنيّة معتبرة حيث كان ذلك بتاريخ 10 فيفري 2016، وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يدلّ العناية الكبيرة التي أولاها المشرّع لهذا العمل، والذي تمّ إسناده إلى فقهاء القانون المدني الفرنسيين، ولنا أن نتصوّر حجم هذا العمل والمسؤولية التي أخذتها هذه الأسماء على عاتقها، حيث بدى بأنّها تتناول ترميم قطعة أثرية ثمينة جدًّا فاق عمرها قرنين من الزّمن، ويتشارك ملكيتها جميع

الفرنسيين وطائفة كبيرة جدًّا من غير الفرنسيين، فشهد إصلاح هذا القانون صراعات بين الأفكار والآراء الفقهية، التي اختلفت حدّتها باختلاف المواضيع ووجهات النّظر حولها، اختلاف غذّته بعض الضغوطات من داخل فرنسا وخارجها، بالنّظر إلى البعد السياسي المشمول به هذا العمل، ومن هنا تنبع الأهميّة القانونية لهذا البحث.

وأمّا من النّاحية الموضوعيّة فإنّ فكرة العدالة التعاقدية من الأهميّة بمكان، كيف لا وهي مطلب كلّ طرف يشعر بالضعف أو الظلم في علاقاته العقدية، وغاية عليا لا تسمو عليها غاية بالنّسبة للتشريع والقضاء في سبيل حفظ حقوق الأشخاص في حقل العقود، فالعدالة التعاقدية تقتضي توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف في العقد، بحمايته من الاستغلال أو التعسّف الذي يمكن أن يُمارس عليه في مختلف تعاملاته، سواء لقلّة علم ومعرفة وتبصّر أو لضعف وخوف على المصالح والتوقعات المشروعة التي يسعى إليها ويرجو تحقيقها من وراء العلاقة العقدية.

نباشر هاته الدّراسة بعدّة أهداف متباينة، حيث يأتي بالدّرجة الأولى إبراز المبادئ التي عمل المشرّع المدني الفرنسي على استحداثها، والتي تمّ توجيهها لإرساء أواسر العدالة التعاقدية، والكشف عن أهم التعديلات الموجّهة لذات الغاية التي طالت القانون المدني الفرنسي الذي تمّ وضعه قيد الخدمة في عام 1804 من طرف نابليون، والذي لا تزال قواعده سارية المفعول في الكثير من الدّول خاصة العربية منها، لقد تمّ هجر الكثير من الأفكار وتغيير الكثير من المفاهيم بموجب هذا الإصلاح، والتي حلّت مكانها أفكار ومبادئ جديدة يتمّ استحداثها لأوّل مرّة، فضلًا عن تجديد البعض منها وإظهار البعض الآخر صراحة بعدما كان يُستشفّ ضمنًا، وهو الأمر الذي دفعنا إلى الإيمان بضرورة الوقوف على هذه التعديلات، ووضعها قيد التحليل والموازنة في حدود الاستطاعة.

أمّا الغاية الثانية من هاته الدّراسة فتكمن في محاولة تنوير المشرّع الجزائري، ولفت انتباهه إلى ما يحصل من حوله من مستجدّات في المجال التشريعي، إن هو أبان عن إرادته في ركوب موجة التغيير التي نراها ضرورة حتمية لا مفرّ منها، هاته الضرورة تنبع من عدّة عوامل، يأتي في المقام الأول العامل التاريخي واستلهام أغلب قواعد قانونا المدني ذات الصلة بالعقود من النموذج الفرنسي، فضلًا عن الموقع الجغرافي الذي تتمتّع به الجزائر بانتمائها إلى دول البحر الأبيض المتوسّط وما يجرّه ذلك من احتكاك خاصّة في مجال المبادلات الاقتصادية، هاته الأخيرة لا يمكنها أن تتمّ إلّا عن طريق التصرفات القانونية المتجسّدة في العقود، ناهيك عن كونها بوّابة لقارّة أفريقيا وإن لم تكن البوّابة الوحيدة إلّا أنّها تبقى الأفضل بكلّ المقاييس.

علاوة على ما تمّت الإشارة إليه، فإنّ هاته الدراسة تسعى أيضًا للكشف عن بعض النقاط والمسائل التي لا تخلو من إثارة أبحاث أخرى، إذ تعطي بعض الأفكار العامّة والتساؤلات الجزئية التي تتعلّق بها، مع العلم بأنّها ليست محطّ إجماع بين مختلف أطياف الفقه الفرنسي في حدّ ذاته، كالمسؤولية النّاشئة عن المرحلة السابقة على التعاقد، والتنفيذ القسري للوعد بالتعاقد أحادي الجانب ومدى دستوريته، إلى جانب بعض النقاط الأخرى التي تفتح آفاقًا للبحث في المستقبل.

وبالنّسبة للدراسات السابقة وفي حدود ما تمّ الاطّلاع عليه ومُكنة الوصول إليه، فقد وجدنا بعض الدّراسات التي تتوافق مع موضوع بحثنا هذا، ومن أبرز الدراسات التي حظيت باهتمامنا وساهمت في تكوين تصوّرنا للموضوع نذكر منها:

1- أطروحة دكتوراه للباحث " **زمام جمعة** " والتي جاءت بعنوان " **العدالة العقدية في القانون الجزائري** "، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، 2013-2014.

تناول الباحث في الجزء الأول من أطروحته المفهوم الحديث للعدالة العقدية، الذي تطوّر بناءً على المعطيات التي آلت إليها الحياة العقدية بصفة عامّة، والتي تجاوزت بل وعملت على هجر مفهوم العقد في ثوبه الكلاسيكي، الذي اكتسى النّزعة الليبيرالية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما أسفر عن ظهور أزمة العقد، بحيث أضحى لا يستجيب للمأمول منه كأداة قانونية لتداول الثروات في ظلّ تطور البيئة التي تحتضن العقود، وهو ما استدعى الاستنجاد بالمبادئ الأخلاقية لتهذيب العقد بما يستجيب للتطورات الحاصلة ووفقًا لمقتضيات العدالة، وهذا لا يكون إلّا من خلال النّصوص القانونية التي قامت على مبادئ لطالما وُجّهت لتحكم العقد، هاته الأخيرة تُعبّر عن أخلاق أنجبتها العدالة وتبنّتها نظرية العقد، كالمساواة والثقة المشروعة والتضامن بين الأطراف، ومبادئ العدالة والإنصاف.

أمّا في الجزء الثاني من الأطروحة يعرض الباحث الآليات التي تسمح بتكريس العدالة في حقل العقود، بهدف التصدّي لكلّ أشكال الأنانية والتسلّط في هذا الحيّز الذي تلتقي فيه إرادات الأطراف، ويشير الباحث إلى آليتين يمكنهما تكريس العدالة جنبًا إلى جنب، حيث تكمن الأولى في التشريع بصفته الراعي لمصالح الأطراف، والذي يعرف حركية مستمّرة في سبيل هاته الغاية من خلال قابليته للتطوّر، وسعيه الدّائم لحماية العلاقات العقدية من خلال توفير الحماية لإرادة الأطراف وضمان المنفعة المشروعة والمرجوة من العقد، وسهره على ذلك من خلال نصوص تشريعية خاصة بعيدًا عن الشريعة العامّة التي تبقى في الاحتياط، وهذا راجع إلى القصور الذي طال نصوص القانون المدني، هذا وتمثّلت الآلية الثانية في القضاء الذي يسهر على تطبيق النّصوص القانونية، فهو بمثابة اليد التي يستعملها المشرّع لفرض نوع من العدالة على العقود، ويكشف الباحث عن الطريقة التي يتدخّل بها القاضي في هذا السياق، من خلال التوفيق بين القانون الصارم للعقد النّاشئ عن القوة الملزمة للعقد، وبين عدالة العقد التي تتجسّد في مقتضيات التعاون والتضامن والاستقامة في التعامل.

وتتفق دراستنا مع الدراسة السابق ذكرها في كونها تكشف عن مظاهر ومقتضيات العدالة التعاقدية، والتي تتجلّى في هجر بعض المفاهيم التي تجاوزها الزمن والتي سادت لفترة معتبرة، وتبنّى مقاربة جديدة أملتها التحولات الحاصلة في حقل العقود بسبب التطوّر الذي شهده هذا الأخير، والذي أدّى إلى التضييق على مبدأ سلطان الإرادة وحصره في إطار ضيّق لكن ليس لدرجة إقصائه، بل العمل على التوفيق بينه وبين العدالة بمختلف أبعادها، إلّا أنّ موضوع دراستنا يختلف مع الدّراسة السابقة في كونه انصبّ على دراسة القانون المدني الفرنسي، والذي عمل المشرّع على تدارك ما فاته بالمقارنة مع التشريعات الخاصة، كما أنّنا نتناول مرحلة المفاوضات التي لم تتطرّق لها الدراسة السابقة إلّا في إشارات إليها فقط، فضلًا عن تطرّقنا للقانون المدني دون غيره من التقنينات الفرنسية إلّا ما كان بشكل عرضي، على عكس الدّراسة السابقة التي خصّصت جانبًا للتشريعات الخاصّة.

2- أطروحة دكتوراه للباحثة "**Marie Annik Grégoire**" والتي كانت بعنوان " **Liberté, responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle** "، معهد القانون المقارن لكلية الحقوق بجامعة "McGill" كندا 2007.

تعالج الباحثة العدالة التعاقدية من زاوية مبدأ حسن النيّة، وترى بأنّ هذا الأخير هو الذي يعمل على التوفيق بين المبادئ التوجيهية لنظرية الالتزام بصفة عامّة، والتي تتمحور حول الحريّة، المسؤولية والمنفعة، وهي التي تناولها الفقيه الفرنسي "Ghestin" أعلاه مع إشارة إلى العدالة مكان المسؤولية، وتتساءل الباحثة عن مدى استجابة قانون العقود بصفة عامّة وفي كيبيك بصفة خاصّة لمقتضيات العدالة، حيث ترى بأنّها عدالة مُفترضة في ظلّ سعي كلّ طرف لتحقيق مصالحه ولو على حساب عدالة العقد، وهو الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي بالاستناد إلى مبدأ حسن النيّة، ذلك أنّ العدالة تمنع الأطراف من ممارسة حقوقهم التعاقدية بحرّية مطلقة، بل هي مشمولة بفكرة الممارسة المعقولة التي تكفل ضبط سلوك الأطراف، هذا السلوك الذي قد يأتي على تشويه معنى كل من المساواة والتكافؤ بين

الأطراف، ممّا يحدّ من قدراتهم على رعاية مصالحهم، ثمّ تعمد الباحثة إلى تناول مفهوم مبدأ حسن النيّة، باعتباره الآلية التي تُضفي الشرعيّة على التدخل القضائي، وترى بأنّ التعسّف في استعمال الحق ما هو إلّا صورة من صور انتفاء حسن النيّة في السلوك، وتدعو القضاء إلى عدم التفرقة بينهما، وتعرض الباحثة إلى بعض تطبيقات مبدأ حسن النية.

وتتفق دراستنا مع الدّراسة السابقة في إبراز قيمة مبدأ حسن النيّة باعتباره من بين أهم المبادئ المساهمة في تكريس العدالة التعاقدية، والتي عمل المشرّع المدني الفرنسي على تكريسها بموجب المادة 1134 الشهيرة، وإن كانت مقصورة على تنفيذ العقد فإنّ القضاء قد ساهم في تعميمها، الأمر الذي دفع المشرّع إلى تغيير تمركز هذا المبدأ وهو ما سيتمّ الكشف عنه في متن الموضوع، وتضيف دراستنا بعض الوسائل التي تعمل على تكريس العدالة التعاقدية خارج نطاق حسن النيّة، إذ يمكن في حالات مُعيّنة معاقبة الطرف الذي يلحق الضرر بنظيره المحتمل في العلاقة العقدية على الرغم من عدم ثبوت نيّته السيئة، كما تكشف الدراسة عن تطوّر آلية التشريع بشكل يسمح بالتدخل المباشر للقاضي من دون تبرير تدخّله بمبدأ حسن النيّة، بالنّظر إلى القواعد المستحدثة التي تضفي شرعية أكبر وأوسع من تلك التي يمنحها مبدأ حسن النيّة.

دائمًا ما يتمّ تناول أسباب اختيار الموضوع محل الدراسة من زاويتين، حيث تُنسب هاته الأسباب إلى أسباب موضوعيّة وأخرى ذاتيّة، وبالنّسبة لنا فإنّ الأسباب الذّاتية تكمن في ميولنا للدراسات التي تنصبّ على القانون المدني على العموم، والذي يتناول الكثير من المواضيع على اعتباره أعرق القوانين، ما جعله يكتسب تسمية أبو القوانين بحق، وما يثير اهتمامنا بشكل استثنائي في القانون المدني هو حقلي العقود والشركات، وهذا الاهتمام نابع من الارتباط الوثيق بين الحقلين وبين قانون الأعمال الذي هو مجال تخصّصنا، وقد وجدنا ضالّتنا في البحث بين نصوص القانون المدني الفرنسي، بالنّظر إلى الأسباب التي تمّ ذكرها آنفًا، بالإضافة إلى طابع الحداثة والجدّة التي ميّزت بعض نصوصه، جعلت منه مادّة دسمة

للبحث والتحليل، وهو الأمر الذي ساهم في إشباع شغفنا بالبحث في مجال العقود ورصد المكانة التي وصلت إليها التشريعات المقارنة، حيث لدى استرسالنا في البحث تمكّنا من الاطّلاع على بعض التشريعات ضمن نطاق معيّن، من خلال أبحاثٍ مقارنة لبعض المؤلّفين من خارج فرنسا كبلجيكا وألمانيا وغيرهما. علاوة على ذلك فإنّ رغبتنا في ولوج عالم التوثيق كانت وراء اختيار هذا الموضوع، الذي يساعد بشكل كبير في تنمية ملكاتنا الفكرية وإثراء الجانب المعرفي لدينا، الأمر الذي يساهم بشكل كبير في تسيير هاته الحياة المهنية إن وفّقنا الله إليها.

أمّا بالنّسبة للأسباب الموضوعيّة التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع بالذّات، فتمحورت بالأساس حول الحداثة النسبية للعدالة التعاقدية في المشهد القانوني في الجزائر، والتي يمكن أن تترجمها قلّة الدّراسات التي تعالج هذا الموضوع بالأخص، على العكس منه في بعض الدول التي قطعت أشواطًا في هذا السياق، والأهميّة البالغة لهذا الموضوع الذي أثار اهتمام الكثير من الفقهاء والباحثين، الأمر الذي دفع بالمشّرعين إلى أخذ المبادرة لتنقيح التقنينات المدنية بناءً على مقتضيات العدالة التعاقدية، وهي آخذة في التوسّع على حساب مبدأ سلطان الإرادة، والأسس التي قام عليها كالقوة الملزمة للعقد والحريّة التعاقدية.

لا يمكن الاعتماد على منهج واحد في الدراسات القانونية في الغالب الأعمّ، خاصة إذا تعلّق الأمر بعمل من حجم معيّن، ونعني بذلك رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه، وعليه فإنّ هذا العمل الذي ينصبّ على دراسة العدالة التعاقدية في إصلاح القانون المدني الفرنسي، احتاج إلى إعمال عدّة مناهج في نفس الآن، حيث تمّ اعتماد المنهج التحليلي بالدرجة الأولى الذي يساعد على تحليل النصوص القانونية، للوصول إلى لُبّها ومعاينة جوهرها بغرض الإحاطة بجميع جوانبها، رفقة المنهج الوصفي الذي يُمكّن من عرض وتقصّي آراء الفقهاء ومختلف الباحثين والتعليق عليها، سواء تلك التي استهدفت المواد القانونية أو تلك التي انصبّت على الأحكام القضائية أو التحكيمية.

وقد أدّت طبيعة الدّراسة إلى الاستعانة ببعض المناهج الثانوية إلى جانب المناهج السالف ذكرها، ونرمي بذلك إلى إعمال بعض أدوات المنهج المقارن من حين لآخر بحسب الحاجة، وبالأخص حين يتعلّق الأمر بمقارنة نصوص القانون الجديد بنظيرتها في القانون السابق، أو مقارنة التشريع محل الدراسة ببعض التشريعات الأخرى، للوقوف على مزايا وعيوب القانون المدروس، من خلال كشف مواطن القوّة من جهة ومواطن النّقص من جهة أخرى، فضلًا عن اللجوء إلى المنهج التاريخي بين الفينة والأخرى، والذي يوفّر هو الآخر عدّة ميزات؛ حيث يساعد على الوصول إلى المصدر الأوّل لبعض الأفكار والقواعد القانونية وجذورها، ويُظهر المراحل التي مرّت عليها، كما يكشف عن الظروف والأحداث التي ساهمت في تطوّرها.

وبغرض الإجابة على الاشكاليّة الرئيسة لموضوع هذا البحث التي تمّ طرحها أعلاه، فقد آثرنا التقسيم الثنائي لمضمون الدراسة، والذي يتجسّد في بابين اثنين بحيث يحتوي كلّ باب منهما على فصلين تسبقهما بطبيعة الحال مقدمة، هذا وقد خصّصنا الباب الأول منها لتناول العدالة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، هذه الأخيرة يبدو أنّها أثارت اهتمام التشريع الذي هبّ إلى تنظيمها بموجب نصوص قانونية بعد صمت طويل، وهو توجّه حرّكه إليه الفقه والقضاء من خلال تصدّيهما لهاته المرحلة التي لا تقلّ أهميّة عن باقي المراحل التي تمرّ عبرها جملة من العقود، ويبدو أنّ المشرع المدني الفرنسي قد استفاق هو أيضًا وعالج هاته المرحلة بإسباغ بعض العدالة عليها، من خلال الضمانات التي أحاطها بها والتي عكستها المبادئ التي تقوم عليها، تطوّر يحتاج إلى وقفة لفهم هذا التوجّه الجديد للمشرّع وتحليل الموقف الذي اتخذه في هذا السياق، ولا يكون ذلك إلاّ عن طريق التعرّض للطّريقة التي كرّس بها العدالة التعاقدية في هاته المرحلة، على الرّغم من أنّ العقد لم يتمّ إبرامه بعد.

أمّا الباب الثّاني من هذه الدّراسة فقد تمّ توجيهه لتغطيّة التعديلات التي مسّت إحدى مراحل العقد التي تكتسي هي الأخرى أهميّة كبيرة، والتي تمثّلت في بناء العلاقة العقدية أو

ما يُصطلح عليه بتكوين العقد، حيث عمل المشرّع المدني الفرنسي على إحاطتها بعناية بالغة، بإدخال مستجدّات وتبنّي أفكار لم نعهدها في فكره القانوني، تمّت الاستعانة بها بغرض التوطئة للعدالة التعاقدية، حيث جعل منها أرضيّة صلبة توضع عليها أساسات العلاقة التي يُراد إبرامها من قِبل الأطراف المتعاقدة، فضلًا عن تركيزه عن إعادة التوازن إلى العقود التي تظهر عليها بعض الاختلالات باختلاف مصادرها، وعليه سيكون هذا الباب مسرحًا لتحليل القواعد القانونية التي جسّدت هذا التحوّل التشريعي الفرنسي، والدّوافع والمبرّرات التي كانت خلفه، ليتمّ بعد ذلك تذييل هاته الدراسة بحوصلة عن النتائج المتوصّل إليها، فضلً عن التوصيات المشار إليها في شكل خاتمة.

الباب الأول

انسحاب العدالة التعاقدية

على مرحلة المفاوضات

الباب الأول: انسحاب العدالة التعاقدية على مرحلة المفاوضات

تعتبر المرحلة السابقة عن التعاقد محطة هامة تمر عليها الكثير من العقود، خاصة تلك التي تنطوي على قيمة اقتصادية معتبرة أو تحتاج إلى دراسة معمقة، أو تمتاز بنوع من التشعب والتعقيد، في ظل التطور الذي شهدته العقود واتساع دائرة التعامل في إطار العولمة، وتعدد وسائل الاتصال والتسويق، وبالتالي تأخذ وقتا قد يصل إلى سنوات، كما يمكن أن تستنزف مبالغ مالية توجه إلى إجراء الدراسات وطلب الخبرات، ناهيك عن مصاريف التنقل والإقامة والأجور والحوافز المالية التي يتمّ تخصيصها للمستخدمين في المفاوضات، هذا ما جعل من هذه المرحلة محط اهتمام الفقه والقضاء، فبالنسبة للفقه فيرى فيها مادة للتحليل والتمحيص وإعطاء الآراء في الكثير من الجوانب والإشكالات التي تكتنفها، وأما القضاء فيرى فيها محطة مرجعية لحل النزاعات التي تُرفع إليه، سواء نشأت عن المفاوضات أو عند إبرام بعض العقود أو تنفيذها أو حتّى إنهائها، بحلول مبتكرة تارة وبالاستئناس بالآراء الفقهية تارة أخرى، هذا كله في ظل غياب نصوص تشريعية صريحة تتناول تنظيم هذه المرحلة الحساسة من حياة العقد في القانون المدني الفرنسي، هذا الفراغ التشريعي دفع المشرع الفرنسي إلى مراجعة حساباته، من خلال عزمه على ملأ هذا الفراغ الذي بات أكثر من ضرورة، بالنّظر إلى التقدّم الذي أحرزته مختلف التشريعات الوطنية ليس فقط على المستوى الإقليمي بل على المستوى العالمي، ويكفي الاطّلاع على بعض الدول المجاورة والتي عملت بجدّ لتطوير قوانينها وتحرير نفسها من النموذج الفرنسي القديم، وقد كانت بالأمس القريب تستلهم منه أغلب أحكامها، ويتجلّى ذلك بفحص مختلف هذه المنظومات القانونية التي سبقت المشرع الفرنسي إلى معالجة المرحلة التي تسبق التعاقد، محاولة بذلك إصباغ نوع من العدالة التعاقدية على هاته المرحلة، وعليه يمكننا القول بأنّ المشرّع الفرنسي قد قرّر أخيرًا بل ونفّذ قراره بشأن إعادة النّظر في قواعد القانون المدني، وعمل على معالجة مرحلة التفاوض على العقود، ممّا يدعونا إلى إلقاء نظرة على هذا العمل، لكن قبل ذلك وعلى ضوء

ما تمّ ذكره يجدر بنا في المقام الأوّل التعرّف على الإطار العام للمفاوضات (الفصل الأول)، لننتقل بعد ذلك للحديث عن ضمانات العدالة التعاقدية في هاته المرحلة، والتي كرّسها المشرّع المدني الفرنسي بموجب نصوص وقواعد قانونية مفصّلة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمفاوضات

اتجهت الأنظار إلى المرحلة السابقة عن التعاقد، بعدما كان التركيز منصبًّا على اقتران الإيجاب بالقبول، باعتباره إعلانا عن ولادة كائن قانوني جديد وهو العقد، والذي يعتبر من أهم مصادر الالتزام، ومن ثمّة تنفيذ هاته الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمم أطرافه، والفضل في ذلك يعود إلى التطور الذي عرفته نظرية العقد، متأثرة بظهور عقود لم تكن معروفة من ذي قبل، ناهيك عن الحداثة التي طالت فئة أخرى من العقود، سواء من حيث محلها أو من حيث طريقة إبرامها وحتى من حيث القيمة الاقتصادية لها، حيث تجاوزت طريقة إبرامها العقود التقليدية البسيطة الرضائية بكل المقاييس، فباتت في أمسّ الحاجة إلى مناقشات ومساومات، تدوم فترة معينة من الزمن قد تطول أو تقصر بحسب الظروف وطبيعة العقد، وهي ما أصطلح على تسميتها بمرحلة المفاوضات (Négociation)، أو المحادثات (Les pourparlers)، أو المرحلة السابقة للتعاقد (La phase précontractuelle) وعلى ضوء ذلك سنحاول في البداية التعرض إلى ماهية المفاوضات، من خلال الوقوف على بعض جوانبها القانونية، لنعرج بعد ذلك في معرض حديثنا إلى التصرفات التي تُبرم أو تنعقد بين أطراف التفاوض، والتي تختلف من حيث الهدف والمضمون، مُؤثرةً بذلك في عمليّة إبرام العقد النهائي، وهو ما يستدعي الوقوف على أحكامها وطريقة تنظيمها من طرف المشرّع.

المبحث الأول: ماهية المفاوضات في العقود

لا بد من التعرف على التفاوض في حد ذاته، لضبط بعض المفاهيم تكون قاعدة لما سيتم تناوله فيما بعد، أي يستوجب علينا فهم ما تعنيه المفاوضات خاصّة في الفقه، على اعتبار أنّ المشرّع الفرنسي لم يتناول هاته المسألة بموجب نصوص تشريعية، بل تحدّث عنها على أساس أنّها معروفة على نطاق واسع، وبالفعل تكشف التجارة الدولية عن تطوّر هذا المفهوم، والذي كان عرضة لعدّة دراسات فقهية يمكن الاعتماد عليها لفهمه، فضلًا عن تبنّيه في الكثير من المنظومات القانونية الوطنية، ومنه سنعكف على التطرّق إلى مفهوم التفاوض بحيث يمكننا معالجة مسألة أخرى هي من الأهمية بمكان، والتي تكمن في التطرق لكيفيات تسيير عمليّة التفاوض، والوقوف على مختلف جوانبها القانونية.

المطلب الأول: مفهوم التفاوض

سنركز على ما يعنيه التفاوض وتبيان ما يتعلق أو ما يرتبط به من مميزات، جعلت منه محل اهتمام المضطلعين بالشؤون القانونية في مجال العقود.

الفرع الأول: تعريف المفاوضات

عرفها البعض[1] على النحو التالي:" المفاوضة إجراء مرحلي يسبق إبرام العقد، ويهدف إلى تكوين تصور مشترك بشأن العقد المزمع إبرامه، والإعداد له، ويتصل بعلم طرفيه "، لا يمكن اختزال التفاوض في كلمة إجراء، إذ هو أوسع من ذلك فقد تتخلّله بعض الإجراءات كما يمكن أن تدخل في نطاقه جميع الأعمال التحضيرية لإبرام العقد، بل يمكن إبرام بعض العقود التمهيدية وهي لا ينطبق عليها وصف الإجراء إذ تعتبر تصرفات قانونية بكلّ ما تحمله الكلمة من معنى.

[1] – محمد أحمد عبد النعيم، **مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 39.

وعرفها البعض[1] أيضا على أنها تلك المرحلة التي يتم فيها تبادل المقترحات والمقترحات المضادة، والتي يمكن أن تختلف من حيث دقتها، لكنها تهدف إلى الدخول في محادثات يمكن أن تنتهي بإبرام عقد محدد المعالم والشروط.

كما يرى أحد الباحثين[2] أنّ التفاوض اتفاق صريح أو ضمني، يتم فيه تبادل العروض والمقترحات بشكل مباشر أو غير مباشر، وبذل المساعي المشتركة لتذليل العقبات، والتوفيق بين المصالح المتعارضة، تمهيدا لإبرام عقد ما في المستقبل.

كما عرفها البعض[3] أن المفاوضات عبارة عن تبادل في وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه، ومناقشات وتعبير عن مواقف وعروض وأخرى متقابلة، يتم تبادلها بين الأطراف المتفاوضة وتكون بمثابة تمهيد لمحاولة الوصول إلى إبرام عقد نهائي.

ويرى الأستاذ "بلحاج العربي" أن المفاوضات هي تلك المرحلة التي يتبادل فيها أطراف التفاوض الاقتراحات والمناقشات والمراسلات، ومختلف المحررات والتقارير والأوراق والمستندات، وكذا الدراسات الفنية والمالية وحتى الاستشارات القانونية، مع مكنة الاستعانة في هذا كله بخبراء متخصصين في شتى الميادين والمجالات، بهدف وضع تصور شامل للعقد المزمع إبرامه في المستقبل، ليكون كلى الطرفين على بينة من أمره، وعلى دراية بما يحقق ويضمن مصالحه[4].

وقال فيها أحد الباحثين " يراد بالمفاوضات على وجه العموم، الالتقاء والمناقشة وتبادل وجهات النظر بين أطراف العقد الدّولي، أو من يمثّلهم أو رجال الأعمال الذين تمّ تفويضهم

---

[1] - Schmidt Joanna, « **La période précontractuelle en droit français** », Rev internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. Etudes de droit contemporain. p 546.
https://doi.org/10.3406/ridc.1990.1979

[2] – هلدير أسعد أحمد، **نظرية الغش في العقد**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 134.

[3] – مصطفى العوجي، **القانون المدني (العقد)**، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 164.

[4] – بلحاج العربي، **مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد**، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، ص 13.

للقيام بذلك، في مسائل التعاقدات الدّولية الهامة، إلى حين الوصول إلى توفيق تام بينهم، وإبرام التصرف بما يرضيهم"[1]، لا يمكن بأيّ حال أن يتمّ حصر التفاوض على العقود الدّولية، فحتّى العقود الداخلية بل الكثير منها يمكن أن تخضع لعمليّة التفاوض بحسب حجمها.

ومن خلال ما تقدم، يمكن القول أن التفاوض أو المفاوضات في عمومها، هي تبادل للعروض ووجهات النظر بشتى الوسائل المتاحة، والعمل على التقريب بينها للتوصل إلى توافق يخدم مصالح الأطراف معا، من خلال بعض التسهيلات والتنازلات المتبادلة بغرض إبرام عقد مستقبلي، يكون ثمرة لهاته الجهود والمحادثات.

الفرع الثاني: خصائص المفاوضات

يمتاز التفاوض على العقود باختلافها بعدّة خصائص، هاته الأخيرة تُبرِزُ مَزاياه وتُبرّر الإقبال عليه، وسنحاول تبيان بعضها فيما يأتي.

أولا: خاصية الشمولية (النطاق)

إنّ التطرق لمسألة المفاوضات يتبادر إلى الأذهان تلك المحادثات والأعمال التي تسبق العقد، بسبب الأهمية الكبيرة التي تميّز هاته الفترة الحسّاسة من حياة العقد، والدور الأساسي الذي يلعبه التفاوض كأرضية لتكوين الكثير من العقود، لكن يبدو أنّ التفاوض لا ينحصر في المرحلة التي تسبق التعاقد، ذلك أنّ واقع المعاملات يكشف عن الركون لعمليّة التفاوض في مختلف المراحل التي تمرّ بها حياة العقد، بمعنى أنّ التفاوض بين أطراف العقد يمكن أن يتمّ اللجوء إليه في مختلف مراحل العقد، سواء لحظة إبرام العقد أو في مختلف مراحل التنفيذ وحتّى عند اتجاه إرادة الأطراف لفسخه.

[1] – محمودي مسعود، **أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 93.

إذ عادة ما يتمُّ إدراج شرط التفاوض بهدف إعادة التوازن للعقد، خاصّة بسبب ظروف طارئة غير متوقعة خارجة عن إرادة الأطراف، وقد يرى البعض أنّه لا حاجة لمثل هذا الحل في ظلّ إمكانية الاستعانة بالقضاء لإعادة التوازن للعقد الذي اختلّ توازنه، إلّا أنّه وبسبب الشروط المفروضة للتدخّل القضائي خاصّة ما تعلّق منها بطبيعة الحدث غير المتوقّع، الذي تشترط أغلب القوانين أن يكون عامًّا فيما يمكن أن تتمّ عمليّة إعادة التفاوض حتى ولو كان الظرف المعني خاصًّا، وبهذا يكون شرط إعادة التفاوض ذي الطبيعة الاتفاقية ملزمًا للمتعاقدين[1]، وقد شاع استخدام هذا الشرط في إطار التجارة الدّولية، تحت مسمّى شرط إعادة التفاوض "Clause de renégociation"، بالأخص في العقود ذات التنفيذ المتراخي أو ما يُعرف بالعقود الزمنية[2].

ويمكن في إطار حريّة التعاقد تضمين العقد شرط إعادة التفاوض المقترن بأجل معيّن، أي يتمّ الاتّفاق بين الأطراف على تسوية النزاعات النّاشئة بمناسبة تنفيذ العقد عن طريق التفاوض، قبل إحالتها إلى القضاة أو المحكّمين، وتتمّ هذه الإحالة إمّا لعدم الوصول لحلّ توافقي أو بنهاية المدّة من دون التوصل إلى نتيجة[3].

ثانيا: التفاوض عدالة خاصة

إنّ عمليّة التفاوض التي تحظى بتحضير بشيء من الاهتمام والإعداد بتروّ وتبصّر، في الغالب الأعم تتوّج بإبرام عقد ناجح، وهو ما ينعكس على تنفيذه الذي يتمّ بهدوء وسلاسة، فيتحقّق لكلّ متعاقد ما كان يسعى لنيله من وراء إبرامه[4]، ذلك أن التفاوض على العقود يشبه – إلى حدّ كبير– عمليّة تشييد بناءٍ أو مبنًى معيّن، يتمّ بناؤه من قبل الأطراف

[1] – عبد العزيز المرسي حمود، **الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي**، دون دار ومكان النشر، 2005، ص 50.

[2] – بلحاج العربي، **مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد** ، المرجع السابق، ص 59.

[3] – عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 51.

[4] – أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 31.

بعناية فائقة حجرًا بحجَر، حيث يتمّ وضع الحجارة أو إزالة البعض وإضافة أخرى في هذا المبنى بحسب الحاجة، بما يلبّي رغبات واحتياجات المتعاقدين وبما يتماشى مع مصالحهم، بناءً على المشاورات والأخذ والردّ بينهم، للحصول على بناءٍ أكثر صلابة وانسجاما واحتراما للأهداف المشتركة التي تسعى الأطراف المتعاقدة لتحقيقها[1].

ومنه يمكننا أن نرى بوضوح أنّ المفاوضات الصحيحة والفعّالة، تحقّق في أغلب الأوقات قدرًا كبيرًا من العدالة التعاقدية ، لأن الأطراف المتفاوضة تُمهّد لعقدٍ يُبنى على أرضية مناسبة مع وضع أُسس ودعامات متينة وقويّة، عن طريق جملة من المُحادثات والمُناقشات والمُساومات، بهدف التّقريب بين المصالح لضمان أكبر قدر من التكافؤ، وتحقيق التوازن الاقتصادي في العقد، فبالمفاوضات تختفي مظاهر الإذعان وتتجسّد مظاهر العدالة.

ثالثا: احتمالية نتائج المفاوضات

إنّ احتمالية إبرام العقد المستقبلي من عدمه هو أمر قائم ومؤكّد، فلا يمكن التسليم بفرضية أنّ كل تفاوض يؤدي إلى إبرام العقد المنشود الذي دارت المحادثات بشأنه، فكما يمكن أن تنجح المفاوضات وتتوّج بإبرام العقد النّهائي، يمكنها أيضًا أن تُمنّى بالفشل خاصة عند وصولها إلى طريق مسدود، وهو الأمر المحتمل وقوعه ناهيك عن تنوّع الأسباب المؤدّية لذلك[2]، أي أنّه من البديهي أن تنتهي مرحلة التفاوض على العقد بانعقاد هذا الأخير، كما يمكن أن تنتهي بالفشل حتّى قبل تقديم الإيجاب النهائي والبات أو بعد تقديمه[3]، فالأطراف لدى مباشرتهم لعمليّة التفاوض، لا يوجد ما يجبرهم على إبرام العقد النّهائي، وإنما يستوجب عليهم الالتزام ببدء المفاوضات والاستمرار فيها مصداقًا لمبدأ حسن النية، فإن تمّ الوصول إلى إبرام العقد فذلك هو عين المراد، وفي حالة عدم التوصّل إلى اتفاق مرضي لهم

[1] - Guillemard Sylvette, « **De la phase préalable à la formation de certains contrats** », Rev générale de droit, 1993, 24(2), p 165. https://doi.org/10.7202/1056950ar

[2] – علي أحمد صالح، **المفاوضات في العقود التجارية الدولية**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2012، ص 58.

[3] - Guillemard Sylvette, « **De la phase préalable à la formation de certains contrats** », op.cit. p166.

فلا مسؤولية تترتب على عاتقهم في ذلك، ويسري نفس الحكم على مسألة إعادة التفاوض، حيث إذا تمّ التوصل إلى اتفاق تستمرّ الأطراف في تنفيذ العقد، وفي الحالة العكسية يتمّ فسخ العقد.

المطلب الثاني: طرق تسيير المفاوضات

تحتمل المفاوضات نمطين اثنين في سيرها، فإمّا أن تتمّ بطريقة مباشرة بدخول الأطراف في المحادثات والمساومات، وإمّا أن يلجؤوا إلى إفراغ هاته المحادثات في قالب رسمي، بعقد اتفاق مكتوب تُدرج فيه مختلف جوانب المفاوضات، من خلال النّص على الالتزامات التي يتحمّلها كلّ طرف مع تحديد الإجراءات والأعمال الواجب اتباعها والقيام بها، وعليه سنبادر في البداية إلى الحديث عن التفاوض الحر، ثمّ نعرّج إلى الحديث عن عقد أو اتفاق التفاوض، في إطار ما يصطلح عليه بالتفاوض المنظّم.

الفرع الأوّل: التفاوض الحرّ

ونعني بالتفاوض الحر تلك المفاوضات التي تباشرها الأطراف من دون أي اتفاق بشأنها، أي أنّها لا تُفرغ في قالب معيّن، وثار الإشكال حول تكييف هاته المفاوضات، وعلى ضوء ذلك سنتعرّض للطبيعة القانونية لهذا التفاوض، حيث تباينت الآراء في هذا الشأن، لنتطرّق بعد ذلك إلى أهميّة تحديد هاته الطبيعة، بالاستناد إلى الآثار المترتبة على ذلك.

أولا: الطّبيعة القانونية للتفاوض الحرّ

يرى جانب من فقهاء القانون[1] بضرورة اعتبار التفاوض الحرّ عملًا مادّيًا، وينتج عنه كأصل عام عدم ترتيبه لأي أثر قانوني، وعليه فإنّ الخروج من المفاوضات هو حقّ مكفول لأطرافه، بمعنى أنّ الانقطاع عن المفاوضات لا يرتب أيّة مسؤولية في ذمّة الطرف المنقطع عنها، حتى أنه يعفي هذا الأخير من تقديم أي مبرر عن هذا الانقطاع، إلّا أنّه إذا ترتب ضرر جرّاء هذا القطع العمدي للمفاوضات، أي أنّه يُنسَب إلى خطأ الطرف الذي مارس هذا العدول، جاز للطرف الذي لحقه ضرر المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر ، كتفويت فرصة التعاقد أو الظّفر بصفقة أخرى بالاعتماد على نفس العقد المتفاوض بشأنه، بل ويمكنه المطالبة بالتعويض عن المصاريف المتكبّدة والجهد المستنزف في عمليّة التفاوض، ويقع عليه عبء الإثبات لأنّ البيّنة على من ادّعى.

فيما يرى أحد الباحثين[2] في ذات السياق، أنّ الأطراف المتفاوضة لا يمكنها بأي حال أن تجد نفسها في عملية تفاوضية حول عقد معيّن بمحض الصدفة، أي من دون سابق إنذار، خاصة إذا كانت طبيعة العقد وقيمته الاقتصادية تحتاج بل وتفرض مناقشات ومحادثات وأخذ وردّ ، والتي يمكنها أن تستغرق مدّة زمنيّة معيّنة، وعليه فلا بدّ من الإقرار بوجود اتفاق سابق بين الأطراف، يتضمّن دعوةً للتعاقد أو للتفاوض بشأن عقد يُرجَى إبرامه في المستقبل، وإن كان هذا الاتفاق يُستخلص ضمنًا، ومنه فالمفاوضات أو التفاوض يكون دومًا ذو طبيعة عقدية رضائية.

---

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص172. أنظر أيضا عبدالمنعم فرج الصدة، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974، ص123.

[2] – هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص140.

مبدأيا – ومن وجهة نظرنا – نرى أن هذا الطرح منطقي، إذ أنه ووفقا لمبدأ سلطان الإرادة، ومصداقا للحرية العقدية، لا يوجد ما يمنع من الإقرار بوجود اتفاق أو عقد رضائي بين طرفي التفاوض، إذا كان مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته، فالمشرع الفرنسي لم يتناول أبدا الحديث عن اتفاق التفاوض، لكن الممارسة أثبتت وجوده، فهو عقد من العقود غير المسماة، وبالتالي لا يحتاج إلى إفراغه في قالب معيّن حتى يُعتدّ به كعقد صحيح، ولكن على مستوى معين من العقود، خاصة في إطار التجارة الدولية وحتى بعض العقود الداخلية، ساد عرف كتابة وتحرير اتفاقات التفاوض، لرسم إطار وحدود هاته الأعمال والمحادثات والعروض، حتّى بات من المسلّم به أن المفاوضات التي لا يتمّ تنظيمها وإثباتها بموجب عقد مكتوب، لا تعدو أن تكون إلاّ عملا ماديا، لا يمكن بأيّ حال أن يرقى إلى مستوى اتفاق أو عقد بالمعنى المعروف في مجال العقود.

بينما يرى جانب آخر من الباحثين[1] أن ركن التراضي يطرح إشكالا جوهريا، يتمحور حول كيفية استخلاصه ومدى صحّة أن يكون التراضي ضمنيا بحيث ينطوي على الالتزام المتبادل بين الأطراف بالتفاوض على العقد، وهو ما يدفع قاضي الموضوع إلى البحث عنه من خلال تقصّي الظروف المحيطة بالواقعة بما فيها الأوراق والمستندات والخطابات المتبادلة بين الأطراف.

وقد تواترت الأحكام القضائية في هذا الشأن، على الإقرار بوجود اتفاق التفاوض في أكثر من حكم للمحاكم الفرنسية، ففي نزاع رُفع إلى محكمة "MONTPELLIER" تلخصّت وقائعه في أنّ طبيبًا اتفق مع مالك مبنى، لاستغلال هذا الأخير كعيادة طبيّة شراكة بينهما، وبالفعل باشر الطبيب الأشغال لتهيئة المبنى ليتلاءم والغرض المطلوب، إلاّ أنّه أوقف هاته الأشغال بمجرّد أن عرض عليه صاحب المبنى عقد المساهمة، فحكمت المحكمة بوجوب التعويض له بسبب إخلال الطّبيب بالتزامه، الناشئ عن اتفاق شفهي بين الطّرفين، وأيّدت

[1] – عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص40.

محكمة النّقض الفرنسيّة هذا الحكم[1]، معلّلة ذلك بأنّ محكمة الموضوع أصابت عندما استنتجت وجود الاتفاق على الشركة بين الأطراف، على الرّغم من عدم النّص على نوعها، وأنّ سلوك الطّبيب في عدم مناقشة الصيغة المقترحة من قبل صاحب المبنى، ما هو إلّا إخلال بالتزام ناشئ عن اتفاق ضمني، فحواه الالتزام بالتفاوض على استكمال اتفاق سابق، سببه إبرام عقد مستقبلي[2]، وفي حكم آخر صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1931، قامت شركة « Valisere » بتسريح أحد العمال عبر رسالة له، جاء فيها أنّ تعاونه مع الشركة سينتهي بنهاية شهر أفريل 1928، لكنّه سيتلقى دعوة في شهر ماي من نفس السّنة، تتضمن عروضًا جديدة، فقبل العامل ذلك إلّا أنّه لم يتلقّى هاته العروض في الوقت المحدّد، بل عُرض عليه منصبًا أقلّ بكثير من منصبه في شهر جويلية، ما دفعه إلى رفع دعوى قضائية بالتعويض، واستجابت محكمة الموضوع لطلبه، وأيّدت محكمة النقض هذا الحكم[3]، لكنّ المحكمة لم تحدّد طبيعة المسؤولية التي أقرّت على أساسها هذا التعويض، وإنّما أشارت إلى أنّ الشركة قد أخلّت بتعهدها، ويؤكد بعض روّاد الفقه الفرنسي على أنّ لفظ التعهدّ في هذا المقام، إنّما قصدت به المحكمة عقد التفاوض، لأنّ الشركة قد تعهدت نحو العامل بالتفاوض معه لاحقًا، لكنّها أخلّت بالتزامها العقدي[4].

ثانيا: المسؤولية النّاشئة عن التفاوض الحر

إنّ النتيجة المترتبة على مسألة تحديد الطبيعة القانونية للتفاوض الحرّ، هي الوصول إلى نوع المسؤولية الّتي تنشأ عن إتيان سلوك خاطئ، والذي يصدر عن أحد الأطراف المتفاوضة مُلحقاً ضررًا بالمتفاوض الآخر، فإذا اعتبرنا أنّ التفاوض الحرّ هو مجرّد عمل

---

[1]- Cass. Civ., 8 octobre 1963, N° 419, Bull Civil p 359.

[2] – مصطفى محمد الجمال، **السعي إلى التعاقد**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 264.

[3]– المرجع نفسه، ص 263. هامش رقم 01.

[4]- Coherier (A), **Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats**, thèse paris 1939. p 163. نقلًا عن علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 358.

مادّي، ترتبت عنه المسؤولية التقصيرية، ويستوجب ذلك إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية، أمّا إذا استندنا إلى الرأي القائل بالطبيعة العقدية للتفاوض الحرّ، فتكون المسؤولية عقدية، وعليه يجب إثبات عدم تنفيذ الالتزام العقدي، أو التأخر فيه على نحو يُلحق الضرر بالطرف الآخر.

بينما يرى البعض[1] أنّ الالتزامات النّاشئة خلال فترة المفاوضات، إنّما يكون مصدرها الاتفاق الضمني أو الصّريح بين أطراف التفاوض، لأنّ هاته الالتزامات ليست واجبات قانونية عامة بعدم الانحراف عن السلوك المألوف المعتاد، بل هي اتفاقية والإخلال بها يكون من طبيعة عقدية دائمًا، وإن كان التطور الذي شهدته القوانين المدنية، وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي، قد جعل من بعض الالتزامات واجبات قانونية في مرحلة المفاوضات، حتى ولو لم تتناولها الأطراف المتفاوضة في اتفاق التفاوض، مثل الالتزام بالتفاوض بحسن النية، الذي لا يمكن التغاضي عنه أو حتى استبعاده بموجب الاتفاق، على نحو ما سنراه في مجريات هاته الدراسة.

الفرع الثاني: تفاوض اتفاقي (تعاقدي)

إنّ فترة المفاوضات محفوفة بالمخاطر، فالمفاوضات التي تدوم فترة طويلة تستنزف عادة أموالا معتبرة، وقد تنتهي إلى لا شيء، بسبب قطعها أو عدم الجديّة أثناءها، وهذا ما يدفع الأطراف إلى تنظيم المفاوضات التي تدور بينها بموجب عقد، وذلك لإضفاء نوع من الجدّية عليها، وإصباغ بعض الانضباط التفاوضي فيها، حيث يتمّ النص على الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف، وعليه سنتطرق لمفهوم اتفاق التفاوض، ثمّ نتعرض للآثار القانونية التي يرتبها.

[1]– أكرم محمود حسين البدو، " **أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات** "، مجلّة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع والثلاثون، السنة السادسة عشر، 2011، ص 429.

أولا: مفهوم اتفاق التفاوض

ونتطرق في البداية إلى تعريف اتفاق التفاوض، لنأتي على التعرّض لأركانه، ثمّ نحاول استخلاص أهمّ الخصائص التي يتميّز بها هذا العقد، والذي أضحى من العقود المتداولة بكثرة، خاصّة في إطار التجارة الدولية.

1- تعريف اتفاق التفاوض:

لم يتعرّض المشرّع المدني الفرنسي إلى اتفاق التفاوض على الإطلاق، حتّى بمناسبة التعديل الأخير، لذا سنحاول البحث في التعاريف التي وضعها الفقه في هذا السيّاق، فضلًا عن التعريفات القانونية التي وضعتها بعض المراكز التحكيمية لهذا الاتفاق.

أ – التعريف الفقهي لاتفاق التفاوض:

عرّفه البعض[1] بأنّه " التفاوض عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته، أو تنظيم سير المفاوضات، بغرض التوصّل إلى إبرام عقد في المستقبل"، وهو بذلك يتّسع مفهومه ليشمل كل تعهد اتفاقي ملزم لأطرافه، وينصب على التفاوض في جميع مراحله، بدئها والسير فيها إلى انتهائها، وكلّ طرف يُخلّ بالتزاماته التفاوضية، يكون عرضة للمسؤولية العقدية.

في حين يرى البعض الآخر[2] أنه عقد ينظم العلاقات فيما بين الأطراف، أثناء مرحلة المفاوضات حول العقد النهائي، تحدد من خلاله حقوق والتزامات الأطراف في هذه المرحلة.

[1] – أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، المرجع السابق، ص 97.

[2]- Christian Larroumet, **droit civil : les obligations le contrat**, 3e édition, tome 3, economica, paris, France, 1996, p262.

ب- التعريف القانوني لاتفاق التفاوض:

جاء تعريف اتفاق التفاوض في حكم التحكيم لغرفة التجارة الدولية، على أنّه "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعة التفاوض، بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلّا بطريقة جزئية، لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده "[1].

وقد عرّفته محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 23 ماي 1992، على أنّ عقد المفاوضة هو عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية، حول شروط عقد يبرم في المستقبل[2].

2- أركان اتفاق التفاوض:

يعتبر عقد التفاوض من العقود غير المسماة، فلم يتناوله المشرع الفرنسي بالتنظيم، وعليه فهو يخضع للنظرية العامة للعقود، والتي من خلالها يمكن أن نقف على أركانه وشروط صحّته[3]، فلا مناص إذن من توافره على ركن التراضي، ومحل وسبب مشروعين، بالإضافة إلى أهلية أطرافه لإبرام هكذا تصرّف، دون أن نغفل الحدث الذي صنعه المشرع الفرنسي بتخلّيه عن ركني المحل والسبب، ودمجهما في مصطلح مضمون العقد، والذي سيكون أحد المحاور الهامّة في هاته الدراسة، وارتأينا أن نتناول أركان العقد كما وردت في كلّ المراجع، ومردّ ذلك لأنّ المشرع أبقى على خصائص الأركان المحذوفة، على أن نعود إلى هاته المسألة في حينها بأدقّ التفاصيل.

---

[1]- Sentence arbitrale, chambre commerce internationale, l'affaire n° 3131 le 26 octobre 1979 R arb. 1983, pp 525-531.

نقلا عن عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 31.

[2]- المرجع نفسه، ص 32.

[3]- بوطبالة معمر، **الإطار القانوني لعقد التفاوض في عقود التجارة الدولية**، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2016-2017، ص 29.

أ- ركن التراضي في اتفاق التفاوض:

يستوجب هذا الركن وجود إرادة معبّر عنها، وقد اتجهت هاته الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، ويجب في المقابل أن توجد إرادة أخرى مطابقة لها، بما يحقق التوافق بينهما وبالتالي ينعقد التصرف القانوني المسمى العقد[1]، وعليه فإنّ اتفاق التفاوض ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين أطراف التفاوض، حيث يتضمنّ الإيجاب دعوة للدخول في التفاوض، حول شروط وبنود عقد يرجى إبرامه في المستقبل، عن طريق مقترحات وعروض تكون قابلة للتطوير والتغيير خلال مرحلة التفاوض، فيأتي القبول من الطرف الآخر مطابقًا لذلك الإيجاب، أي أنّ القبول يأتي موجهًا للموجب، منصبًا على قبول الدعوة إلى التفاوض، وحول العقد الذي عناه وقصده مُصدر الإيجاب[2]، ويمكن في هذه الحالة وطبقًا للقواعد العامة، أن يكون التعبير عن قبول الدعوة إلى التفاوض ضمنيًا، بدخول الطرف الذي وجّه إليه الإيجاب في التفاوض مباشرة من دون إعلان قبوله، إذ تعترف كل التشريعات بالتعبير الضمني عن الإرادة، عن طريق اتخاذ موقف معيّن لا يدع مجالًا للشك في قبول الإيجاب أو الدعوة، كما يجب أن تكون إرادة الأطراف خالية من العيوب، والّتي تؤثر في التراضي كالإكراه والتدليس وغيرها.

ب- السبب في اتفاق التفاوض:

طبقًا للقواعد العامّة، يقصد بالسبب الدّافع أو الباعث على التعاقد، بمعنى الغرض الذي يرمي إليه المتعاقد من إبرام التصرف القانوني، وعادة ما يتمّ البحث عنه بطرح السؤال لماذا التزم المدين؟، ويشترط في السبب أن يكون مشروعًا، أي يجب أن لا يكون مخالفًا للنظام العام والآداب، كما لا يكون بهدف الإضرار بالغير، كأن يرمي صاحبه إلى المضاربة أو المنافسة غير المشروعة.

[1] – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 92.

[2] – بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 30.

والسبب في اتفاق التفاوض هو إتمام العقد النّهائي المزمع إبرامه[1]، وبهذا يرتبط سبب عقد التفاوض بالعقد المراد إبرامه، وعليه فإنّ مشروعية السبب في هذه الحالة من مشروعية العقد المتوخى، فإذا كان هذا الأخير غير مخالف للنظام العام والآداب، ولا يقصد من ورائه الإضرار بالغير، كان سبب عقد التفاوض مشروعًا، وإذا كان عكس ذلك أثّر على السبب ويقع عقد التفاوض باطلًا، لعدم مشروعيّة السبب.

ج- المحل في اتفاق التفاوض:

والمحل كما هو معروف هو ذلك الشيء الّذي ينصبّ عليه العقد، فإذا كان العقد بيعًا كان محلّه الشيء المبيع والثمن، وإذا كان عقد إيجار فمحلّه العين المؤجرة وبدل الإيجار، ويشترط في المحل أن يكون مشروعًا، أي يجب أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب، كما يشترط فيه أن يكون معيّنًا أو قابلًا للتعيين، وموجودًا أو قابلًا للوجود، وأن يكون ممكنًا، فإذا تخلّف أحد هاته الشروط وقع العقد باطلًا.

ومحل اتفاق التفاوض هو تحديد طريقة وشروط التفاوض، بهدف تأمين الوصول إلى إبرام العقد النهائي[2]، فمحلّ عقد التفاوض ينصبّ على عمليّة التفاوض في حدّ ذاتها، وهو الدّخول والبدء بهذه المفاوضات، مع الحرص على الاستمرار فيها وبحسن نيّة، بغرض إبرام العقد النهائي، وهذا المحل يكون دائمًا ممكنًا ومشروعًا ما دام العقد النهائي المزمع إبرامه ممكنًا ومشروعًا، بحيث لا يكون مخالفًا للقانون والنظام العام و الآداب، وتحديد محلّ عقد التفاوض يتمّ من خلال تحديد المطلوب من الطرفين، للوصول إلى إبرام العقد النهائي، وهو

[1] – أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، المرجع السابق ص 98. أنظر أيضا علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 367. أنظر أيضا بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 32.

[2]- « L'objet du contrat de négociation est simplement de déterminer les conditions et les modalités de cette négociation, dans le but de parvenir à toute sécurité désirable pour la conclusion du contrat définitif ».Christian Larroumet, op.cit. p 262.

رسم المخطط الذي يعتمده الطرفان في تفاوضهما، أثناء تنفيذ عقد التفاوض[1]، فيما يرى البعض أنّ محل عقد التفاوض هو محاولة التوصّل إلى إبرام عقد مستقبلي، تشير الدلائل إلى إمكانيّة إبرامه، أي أنّ المحل يكمن في سعي الأطراف إلى إبرام العقد النهائي[2].

ومن خلال ما تقدّم لمسنا وجود بعض التداخل بين المحلّ والسبب في اتفاق التفاوض، فلا يمكن إنكار حقيقة أنّ سبب العقد في هذه الحالة هو إبرام العقد المستقبلي، فهو الدّافع إلى الدّخول في المفاوضات، سواء عن طريق عقد صريح أو ضمني، ولو أنّ هذا الأمر احتمالي الوقوع، إذ يمكن أن تصل المفاوضات إلى طريق مسدود، وبالتالي تُمنّى بالفشل، وتحول بين الأطراف وإبرام العقد المنشود، أمّا بخصوص محل عقد التفاوض، ورغم وجود بعض التباين في الآراء، إذ يرى البعض أنّ المحلّ هو المفاوضات والمحادثات في حدّ ذاتها، فيما يرى البعض الآخر أنّ المحل هو ذلك السعي والمحاولات التي تهدف إلى التوصل إلى توافق لإبرام العقد النهائي، ومهما يكن من أمر، فإنّ التعبير عن المحل والسبب يكاد يكون نفسه، حتى إذا سلمنا بأنّ المحل هو التفاوض في حدّ ذاته، فإنّ هذا لا ينفي ذلك الارتباط الوثيق بين التفاوض والعقد المزمع إبرامه، فالتقدّم في المفاوضات عبر الاتفاق على النقاط والعناصر الجوهرية والثانوية منها، يشكّل في الغالب مكوّنات هذا العقد، أي أنّها عبارة عن أجزاء تدخل في تكوين العقد المنشود.

بالإضافة إلى هاته الأركان، ولكي يكتمل البناء القانوني لاتفاق التفاوض، لا بدّ من توافر شرط الأهلية، ويثور التساؤل حول نوع وطبيعة الأهلية الواجب توافرها في الأطراف؟

---

[1]– عقيل فاضل حمد الدهان و منقذ عبد الرضا الفردان، " **الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني** "، مجلّة أهل البيت، العدد الثامن، 2009، ص 65.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، المرجع السابق ص 98. أنظر أيضا علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 366. أنظر أيضا بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 31.

د- الأهلية المطلوبة في اتفاق التفاوض:

كما هو معلوم ومصداقًا للقواعد العامّة، الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمّل الالتزامات، وكذا مباشرة التصرفات القانونية، والأهلية نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء، أمّا أهلية الوجوب فهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمّل الالتزامات، وأمّا أهلية الأداء فتكمن في قدرة الشخص على أن يباشر بنفسه التصرفات القانونية، التي من شأنها أن تكسبه حقوقًا أو ترتبّ في ذمّته التزامات على نحوٍ يُعتدّ به قانونًا، ومناط الأهلية التمييز، فإذا كان الشخص فاقد التمييز كانت أهليته في حكم العدم، أمّا إذا كان مميزًا ودون سنّ الرشد، فيعتبر ناقص الأهلية وتصرفاته القانونية تكون صحيحة إذا كانت تعود عليه بالنفع المحض، وتقع باطلة إذا كانت ضارة له، وتكون قابلةً للإبطال لمصلحته تلك التصرفات الدّائرة بين النّفع والضرر[1]، إنّ اتفاق التفاوض وكباقي العقود تنجم عنه التزامات، وعليه وجب توافر أهليّة تحمّل الالتزامات لدى المتفاوض، فإذا انعدمت أهليته أو أصابها مانع أو عارض فإنّ هذا سيؤدي بالضرورة إلى بطلان عقد التفاوض، وكذا بطلان العقد المنشود في حالة إبرامه، وأمّا نقص الأهلية فيجعل من عقد التفاوض وبحسب ما تقدّم قابلًا للإبطال لفائدة ناقص الأهلية، وعليه فإذا اقترن الإيجاب بالتفاوض بقبول مطابق له، وكان الأطراف أهلًا للتفاوض، مع خلوّ الإرادة من العيوب، انعقد اتفاق التفاوض صحيحًا، ورتّب أثره القانوني[2].

يبدو هذا التحليل منطقيًا، ولو أنّ لنا تعقيبًا على الأمر، فبالنظر إلى طبيعة عقد التفاوض، الذي لا ينشئ التزامات تمس بأصل الحقوق، ونظرًا لمدّة المفاوضات والتي تصل في بعض الأحيان إلى سنوات، يمكن أن يستكمل ناقص الأهلية أثناءها أهليته القانونية،

[1]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – العقد والإرادة المنفردة**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2019، ص 152 وما بعدها.

[2]- علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 368.

ومنه يزول السبب الذي يجعل من العقد عُرضة للبطلان، كما أنّ اتفاق التفاوض لا يعني بالضرورة وجوب إبرام العقد النهائي، ممّا يخول لناقص الأهلية الانسحاب من المفاوضات في أي وقت شاء من دون مسؤولية تُذكر، مستندًا إلى نقص الأهلية الذي يعترف له به القانون، فهو أولى بالحماية، كما أنّ للطرف الثاني أن ينسحب من المفاوضات إذا علم بنقص الأهليّة لدى المتعاقد معه بعد إبرام اتفاق التفاوض، من دون أيّ مسؤولية على ذلك، إلاّ أنّه وحسب رأينا، يمكن لناقص الأهلية المطالبة بالتعويض عن القطع التعسفي للمفاوضات، إذا أثبت أنّ الطرف الآخر كان عالمًا بنقص أهليته، أو كان ذلك العلم مُفترضًا فيه، أي كان من السهل عليه تبيُّن نقص أهليّة المتعاقد معه.

3- خصائص اتفاق التفاوض:

من خلال ما تمّ تناوله، يمكن أن نقف على بعض الميزات والخصائص التي يتميّز بها اتفاق التفاوض، وسنحاول التركيز على الأهمّ منها.

أ- **اتفاق التفاوض عقد رضائي:** ومفاد ذلك أنّ اتفاق التفاوض ينعقد مباشرة بتبادل أطرافه التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، فهو لا يحتاج إلى إفراغه في شكل معيّن، حتّى وإن كان العقد المستقبلي المراد إبرامه، من العقود الشكلية التي تتطلّب إفراغها في قالب رسمي، بالإضافة إلى إجراءات التسجيل والإشهار القانوني[1]، ولو أنّ الممارسة أثبتت إفراغ المفاوضات في قالب رسمي، خاصة في إطار العقود ذات القيمة الاقتصادية المعتبرة، لضبط الكثير من الجوانب القانونية والتنظيمية والمالية للمفاوضات، مما يصبغ عليها طابعًا من الجديّة والانضباط، ويكون وسيلة للرجوع إليها في حالة الخلاف، كما تكون وسيلة إثبات ومرجعًا للقضاء في حالة تطور الخلافات وارتقائها إلى مصاف النزاعات، ناهيك على أنّها تُعدّ بمثابة مخطط لسير المفاوضات بهدوء وسلاسة لبلوغ الهدف المنشود.

[1]- بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 28.

ب- اتفاق التفاوض عقد مؤقت: بمعنى أنّ اتفاق التفاوض يتمّ إبرامه لمدّة محددّة، وهي تلك المدّة الّتي تحتاج إليها المفاوضات بين الأطراف، أو من المتوقّع أن تستغرقها هاته المفاوضات، وعليه ينتهي هذا العقد بين أطرافه بإبرام العقد المنشود خلال مدّة سريانه، أو بنهاية المدّة المحددة بموجبه، ويزول كلّ أثر لاتفاق التفاوض[1].

لا يختلف اثنان في مسألة كون اتفاق التفاوض عقد مؤقت، سواء تمّ تحديد مدّته في مضمونه أو لا، فهو آيل إلى الزّوال لا محالة، سواء بإبرام العقد المنشود أو بفشل الأطراف في بلوغ هاته الغاية، لكن مسألة زوال كل أثر لعقد التفاوض ليس أمرًا مؤكدًا بهذه البساطة.

إنّ اتفاق التفاوض يمكن أن يكون له أثر لاحق على زواله، سواء تمّ إبرام العقد النهائي أو باءت المفاوضات بالفشل، فهو له أهميّة تفسيرية في الحالة الأولى، أمّا في الحالة الثانية فيبقى مصدرًا للمسؤولية فيما إذا أخلّ أحد الأطراف بالالتزامات النّاشئة عنه[2]، فإذا ثار نزاع بخصوص العقد النهائي، وتمّ رفعه إلى القضاء أو التحكيم، أمكن للجهة التي تنظر النزاع المطروح بين يديها، الرّجوع إلى اتفاق التفاوض إذا رأت بُدًّا في ذلك، حيث يمكن من خلاله أن تستشف نوايا الأطراف، وتستند إليه في حلّ النزاع، وقد يكتشف أحد الأطراف إخلال الطّرف الآخر المتفاوض معه بأحد الالتزامات الناشئة عن اتفاق التفاوض لاحقًا، بعد انتهاء المفاوضات بالفشل في الوصول إلى إبرام العقد النهائي، ويتوافر لديه دليل دامغ على ذلك، كأن يجري مفاوضات موازية مع طرف ثالث، رغم وجود بند في العقد يحظر ذلك، أو يكتشف أنّه قد سرّب معلومات سريّة أو استعملها شخصيّا من دون إذن، أو من دون انتهاء المدّة الاتفاقية أو المدّة المعقولة التي تسري على طابع السرية، فإنّ هذا يخوّل للطرف المتضرر مساءلة الطرف المخل بالتزامه، على أساس اتفاق التفاوض رغم انتهاء هذا العقد،

---

[1]- حمدي بارود، "**المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدّولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها (مبدأ حسن النية ومقتضياته – دراسة تأصيلية تحليلية)**"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد السادس عشر، العدد الأول، 2008، ص 849.

[2]- عقيل فاضل حمد الدهان و منقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 60.

وهو أمر وارد الحدوث في الواقع العملي، على أن تتمّ المطالبة في أجل معقول ووفقًا للإجراءات المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق، وعليه يمكن القول أنّ زوال كلّ أثر لاتفاق التفاوض، هو أمر نسبي.

ج- **اتفاق التفاوض عقد تمهيدي:** أي أنّه يمهّد ويُحضّر لما يأتي بعده، فجوهر الالتزام في اتفاق التفاوض هو التفاوض في حدّ ذاته فقط، بهدف التوصل إلى إبرام العقد المستقبلي، إن سارت المفاوضات بحسن النيّة[1]، فاتفاق التفاوض ليس غاية في ذاته، بل هو وسيلة لبلوغ العقد النهائي، والذي يحتاج عادة لمدّة زمنية لإبرامه، تستغرقها محادثات ومشاورات ودراسات وتنقلات وغيرها من الأمور، التي على إثرها ترتسم معالم العقد المنشود.

وهذا الطّابع التمهيدي لا يُكسب الأطراف حقًّا نهائيًّا ذو طبيعة مالية تتعلّق بالعقد المستقبلي، فهو على – سبيل المثال- لا يخول للشخص حقًا عينيًا يقيد من سلطات المالك على الشيء موضوع التفاوض[2]، إذ يمكن وفي إطار احتمالية نتائج المفاوضات أن لا يتمّ التوصل إلى إبرام العقد المنشود، إذ لا يوجد ما يفرض الالتزام بإبرام العقد النهائي، فاتفاق التفاوض يفرض الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه بحسن نيّة فقط.

ثانيا: آثار اتفاق التفاوض

مثله مثل باقي العقود، فإن عقد التفاوض إذا انعقد صحيحًا مستوفيًا جميع الشروط، يرتبّ آثاره القانونية فيما بين الأطراف، والّتي تتمثّل في الالتزامات والحقوق الناشئة عنه، وسنتطرّق فيما يلي لأهمّ الالتزامات التي يرتبها هذا العقد، ونخصّ بالذكر الالتزامات التي تحويها كل عقود التفاوض، وللأطراف إضافة ما يشاؤون من التزامات وفقًا لحريّة التعاقد،

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، المرجع السابق، ص 99.

[2]- عقيل فاضل حمد الدهان و منقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 69.

فالعقد شريعة المتعاقدين، لنتعرض بعد ذلك إلى الطبيعة القانونية لهاته الالتزامات التي تنشأ عن اتفاق التفاوض.

1- الالتزامات الناشئة عن اتفاق التفاوض:

يرتب اتفاق التفاوض على العموم ثلاث التزامات رئيسية، تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة حول العقد، وتتمحور حول الالتزام بمباشرة أو بدء المفاوضات، الالتزام بالاستمرار ومواصلة التفاوض وإدارة هذا الأخير وفقًا لمقتضيات حسن النيّة، وهي التزامات تنشأ عن اتفاق التفاوض، بمجرد انعقاده صحيحًا مستوفيًا جميع أركانه وشروط صحته، حتّى ولو لم يتضمنها اتفاق التفاوض[1]، أي أنه حتّى ولو لم يتمّ النصّ عليها صراحة في عقد التفاوض، إلّا أنّ الأطراف يجب أن تتقيّد بها، فهي مطالبة باتخاذ كل ما من شأنه أن يساهم في سيرورة المفاوضات على أحسن وجه، وسنحاول التطرق لمضمون هاته الالتزامات، انطلاقا من الدخول والبدء في المفاوضات، مرورًا بالاستمرار فيها، لننتهي إلى ضرورة الالتزام بالتفاوض بحسن نيّة.

أ- الالتزام ببدء المفاوضات:

يعتبر بدء المفاوضات بمثابة الخطوة الأولى التي تخطوها الأطراف في سبيل إبرام العقد النهائي، وفي أغلب العقود والاتفاقات التي تنظّم عمليّة التفاوض، وحتّى في المفاوضات المجرّدة من الاتفاق، تعكف الأطراف على تحديد موعد لانطلاق عمليّة التفاوض، فإن أغفلا ذلك وجب عليهما البدء في المفاوضات في أجل معقول[2]، على أنّه إذا بادر أحد الأطراف ببدء المفاوضات فإنّه يقع على عاتق الطرف الآخر الاستجابة لهذه المبادرة، وإلّا يعتبر مخلًّا بالتزام عقدي، إلّا إذا كان ذلك مبررًا على نحو شرعي مقبول.

---

[1]- هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 145.

[2]- عبد المجيد قادري و مراد عمراني، " **التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد** "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2019، ص 786.

والبدء بالمفاوضات التزام يقع على عاتق كلى الطرفين، فكلّ طرف ملزم بالتقدّم لمكان التفاوض المتفق عليه مسبقًا، مع احترام الوقت المحدد لافتتاح مجريات التفاوض، وقد يحدث في بعض الأحيان وأن يقع هذا الالتزام على أحد الأطراف، بحيث يكون هو الملزم ببدء وافتتاح المفاوضات، كتوجيه الدعوة إلى التفاوض للطرف الآخر، أو تقديم عرض أو عروض معينة، أو إجراء دراسات تكون بمثابة نقطة انطلاق للمفاوضات، كأن يكون ربّ العمل هو الملزم ببدء التفاوض مع من تقدّم لشغل المنصب المعلن عنه، بشرح طبيعة وشروط وظروف العمل الذي هو بحاجة إليه، أو أن يكون بدء التفاوض من قبل مستورد لأجهزة إلكترونية كالحواسيب والأنظمة المعلوماتية، وذلك بتقديم الدراسة المبدئية التي تحتوي على احتياجات مشروعه، ونوعية وطاقة الأجهزة المراد الحصول عليها، فتنطلق المفاوضات من هاته الدراسة المقدّمة[1].

وعليه وجب على الأطراف عدم إهمال هاته العناصر في اتفاق التفاوض، حتّى لا يكون مفرغًا من محتواه، فالاتفاق على التفاوض من دون تحديد بعض الأمور الأساسية، لا يشكل قيدًا على حريّة التفاوض، والتي من شأنها أن تخرج بالمفاوضات عن الغاية المرجوّة منها، والتي جاء هذا العقد لتأطيرها ووضع بعض القيود لها، فشتان بين اتفاق التفاوض الذي يصاغ بدقّة، متضمنًا بدء التفاوض من عمل معين يقوم به أحد الأطراف، أو من إجراءات محددة يلتزم بها الطرفين، وبين اتفاق التفاوض العاري من أي مضمون محدد، فعدم التمييز بين النوعين من الاتفاق، هو ما يبرر حذر جانب من الفقه من التسليم بالصبغة العقدية للاتفاق على التفاوض، وإنكار الالتزام بالتفاوض النّاشئ عنه[2].

[1]– عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ص 69–70.

[2]– مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 243.

ب- الالتزام بمواصلة التفاوض:

يعتبر الالتزام بالاستمرار أو مواصلة التفاوض التزاما متبادلًا، إذ أنّه لا يفي بالغرض إن كان من جانب واحد في ظلّ عزوف الطرف الآخر، بحيث يقع على عاتق الطرفين معًا على أن يكون وفقًا للأمانة والإخلاص وشرف التعامل[1]، ويقتضي هذا الالتزام عدم الانسحاب منها أو قطعها، من دون سبب جدّي أو مبرر شرعي، وإن أتى بمثل هذا السلوك كان عرضةً للمسؤولية العقدية، ذلك أنّ التفاوض يقوم على وجود مصالح مشتركة، وأن كل طرف يعمل على تحديد مصالح كلى الطرفين، والوقوف على احتياجاتهما واهتماماتهما، وتبيّنِ مخاوفهما ورغباتهما التي تقف وراء نقاط اختلافهما، والعمل على تذليل تلك العقبات والبحث عن الحلول التي من شأنها أن تقرب بين وجهات النظر، وتوفق بين المصالح المتضادة، ومنه الوصول إلى المبتغى بإبرام العقد النهائي، والحصول على الفائدة المرجوة للأطراف[2]، لأن التقدّم شيئًا فشيئًا في المفاوضات إنّما هو بناء جزء معيّن ولو كان ضئيلًا من العقد المستقبلي، وهذا ما يُحدث تضاربًا لدى أطراف التفاوض، حول ضرورة الحفاظ على الحريّة العقدية، أي حريّة عدم المواصلة لإبرام العقد، وبين ضمان أمن الأجزاء التي تمّ التفاوض بالفعل بشأنها [3]، بحيث ينشأ ذلك الشعور لدى الأطراف المتفاوضة بنوع من إلزامية الاستمرار في التفاوض ومواصلة مجرياته، مع مرور الوقت وسير المفاوضات بشكل جيّد، وقد تتوصّل الأطراف إلى الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، على أن يتمّ التفاوض على المسائل والعناصر الثانوية في وقت لاحق، وهنا يمكن أن يعتبر العقد النهائي مبرمًا، إلّا إذا اتجهت نيّة الأطراف إلى عكس ذلك، أي لا ينعقد العقد النهائي حتّى يتمّ الفصل في المسائل الثانوية[4].

---

[1]- بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 71.

[2]- علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص ص 388-389.

[3]- Schmidt Joanna, « **La période précontractuelle en droit français** », op.cit. p 546.

[4]- أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، المرجع السابق، ص 104.

ومهما يكن من أمر فإنّ الالتزام بالاستمرار في التفاوض، يجب أن لا يخرج عن نطاقه، إذ أنّ الحريّة العقدية واحتمالية نتائج المفاوضات، تقتضي إمكانية الخروج منها وفي أي وقت أو في أيّ مرحلة كانت عليها، فهذا حقّ مكفول بموجب النصوص القانونية، على أن لا يكون بأي شكل من أشكال التعسّف في ممارسة هذا الحق، فينقطع أحد الأطراف عن المفاوضات بالاستناد إلى مبرر مشروع، كالوقوف على بعضٍ من عدم جدّيته في التفاوض أو عدم نيّته في التعاقد من الأساس، كما يمكن أن يكون هذا الانقطاع بسبب لا يد للمدين فيه، كالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ مثلًا، فلا مجال حينها للاستمرار في التفاوض، وللمحكمة السلطة التقديرية في ذلك.

ج- الالتزام بالتفاوض بحسن نية:

إنّ الالتزام بالتفاوض بحسن نيّة يُعدّ التزامًا جوهريًا في المفاوضات، وركيزة أساسيّة لبناء علاقة تعاقدية ناجحة، وفحوى هذا الالتزام هو التعامل بصدق وأمانة وإخلاص، وهو ما أخذت به أغلب التشريعات، والتي تسعى دومًا إلى تكريس التعاون و التفاهم في مختلف العقود التي تتمّ بين الأطراف، بهدف استقرار المعاملات وضمان الصالح العام والخاص، والمحافظة على كيان المجتمع، وعليه كان لزامًا على كل متعاقد أن يكون حسن النيّة تجاه الطرف الآخر، فلا ينوي به شرًّا ولا يلحق به ضررًا، عن سوء نيّة أو نتيجة لإهمال منه، وهذا يكون نتاج التصرف بحكمة وتبصّر واهتمام لشؤون ومصالح الطرف الآخر، وبهذا تتحقق العدالة التعاقدية فيما بين الأطراف، وتستقر وتزدهر المعاملات والمبادلات[1].

إن الحديث عن حسن النيّة في إبرام العقود، لا يمكن أن تحتويه بعض السطور، خاصة في ظلّ تحول العلاقات التعاقدية من تضارب المصالح إلى التوفيق بينها، وتحول

[1]- عبد المجيد قادري و مراد عمراني، المرجع السابق، ص 788.

العقد إلى مجال للتعاون والتفاهم والتقريب بين المصالح، وعليه ستكون لنا عودة للتعرض لحسن النيّة بشيء من التفصيل، فيما سيأتي من هذا العمل البحثي في أوانه.

2- الطبيعة القانونية للالتزامات الناشئة عن اتفاق التفاوض:

تدور الطبيعة القانونية للالتزامات التي يرتبها اتفاق التفاوض، بين الالتزام ببذل عناية وبين الالتزام بتحقيق نتيجة، ولو أنّ التفاوض في حدّ ذاته هو التزام ببذل عناية، أمّا النتيجة المتوخاة منه فهي إبرام العقد النّهائي، وهذا الأخير ليس مؤكدًا في ظلّ احتمالية نتائج المفاوضات، والتي يمكن أن تمنّى بالفشل، وتنتهي من دون إبرام العقد المنشود.

فبالنسبة إلى الالتزام ببدء التفاوض فهو التزام بتحقيق نتيجة، أي يجب على المدين به أن يدخل في المفاوضات في الموعد المحدد لها، أو خلال المدّة المعقولة إن لم يتم تحديد ميعاد لها، فإن لم يفعل اعتبر مُخلًّا بالتزام عقدي ويرتب ذلك المسؤولية على عاتقه، ولا يعفيه منها إثبات أنّه بذل العناية اللازمة ولم يرتكب أي إهمال، إلّا إذا كان ذلك بسبب أجنبي حال بينه وبين تنفيذ التزامه بمباشرة التفاوض كالمرض مثلًا، وتكمن أهميّة اعتبار هذا الالتزام التزامًا بتحقيق نتيجة في مجال الإثبات، إذ لا يقع على الدّائن به عبئ إثبات خطأ المدين، بل يكفي إثبات تخلفه عن الموعد فقط[1] .

أمّا بالنسبة للالتزام بالاستمرار في التفاوض فيعتبر التزامًا ببذل عناية، وليس التزامًا بتحقيق نتيجة، فهو يقتضي من الأطراف اتخاذ موقف نشط وإيجابي، وتسخير جهودهم في سبيل بلوغ الغاية المنشودة من التفاوض، وهذا لا يتأتى إلا من خلال تقديم مقترحات جادة فيما يتعلق بالموضوع والأهمية الاقتصادية للعقد، وبذل ما في وسعهم لإنجاح المفاوضات، فإذا تبين لهم أنه من المستحيل التوصل إلى اتفاق بشأن الشروط والعناصر لإبرام العقد النهائي، تعيّن على الأطراف إنهاء المفاوضات في أقرب وقت ممكن، ولا تثريب عليهم في

[1]- عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ص 70-71.

ذلك، ما داموا قد بذلوا العناية اللازمة في سبيل إنجاح المفاوضات، ولم يرتكبوا أية أخطاء[1]، أمّا إذا كان الاستمرار في التفاوض متوقف على عمل معين يقوم به أحد الأطراف، كأن يتمّ إسناد مهمة القيام بدراسة معينة أو تقديم عرض بخصوص مسألة محددة أثناء المفاوضات، وكان الاستمرار في المفاوضات متوقفًا على ذلك، تحوّل الالتزام بمواصلة التفاوض إلى التزام بتحقيق نتيجة، ومنه أيضًا التزام المفاوض بعدم إطلاع الغير على المعلومات المالية أو التقنية التي يحيطه بها علمًا الطرف الآخر، أو التزامه بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير بخصوص العقد نفسه إضرارًا بالطرف المتفاوض معه، فنكون هنا أيضًا بصدد التزام بتحقيق نتيجة، فتنشأ المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بمجرد عدم تحقق النتيجة المتوخاة منه، وفيما عدا هذه العناصر المحددة بموجب اتفاق الأطراف، يبقى الالتزام بمواصلة التفاوض التزامًا بوسيلة أو ببذل عناية لا غير[2].

وأمّا الالتزام بالتفاوض بحسن نيّة فإنّما هو التزام بتحقيق نتيجة، على عكس ما يبدو للبعض بأنّه التزام ببذل عناية، فهذا الالتزام المفروض على الأطراف المتفاوضة، سواء أكان التفاوض بموجب عقد أو خارج إطار تعاقدي، يستوجب على كلّ متفاوض أن يتبع السلوك المألوف والمعتاد في التفاوض، بتحري الأمانة والإخلاص في التعامل، لا أن يعتمد في تفاوضه على الغش والخديعة، فإذا ظهرت هاته الصفات والسلوكيات من أحد الأطراف ستؤدّي إلى فشل المفاوضات، فمعنى الالتزام بالتفاوض بحسن نيّة هو التحلّي بتلك الصفات المرغوبة من أمانة ووفاء وصدق وشرف في التعامل، وعليه فإنّ هذا الالتزام يبقى دومًا التزامًا بتحقيق غاية أو نتيجة[3].

[1]- Schmidt Joanna, **La période précontractuelle en droit français**, op.cit. p 560.

[2]– أكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 426. أنظر أيضا مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 245.

[3]– حمدي بارود، المرجع السابق، ص 853. أنظر أيضا عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثاني: التصرفات المبرمة في مرحلة المفاوضات

تزخر فترة المفاوضات – خاصة الطويلة الأمد منها– بتصرفات جمّة، تظهر من خلال المحررات والمستندات والأوراق التي يتمّ تبادلها بين الأطراف خلال هاته المرحلة، والتي أملتها احتياجات التجارة الدولية، بسبب اختلاف الأنظمة القانونية بين الدول خاصة في مجال تعاملها مع المرحلة السابقة عن التعاقد، والحرص على توضيح وتحديد المقصود من صياغتها، وضمن هذه الغاية تتجه إرادة الأطراف المتفاوضة حول العقود، خاصّة تلك التي يكون محلها المشاريع العملاقة التي تنطوي على قيمة اقتصادية كبيرة، فتعمد الأطراف المتفاوضة إلى صياغة محررات شتّى، تختلف من حيث الطبيعة والقيمة القانونية لها، فمنها ما يكون متعلقًا بمجرد اقتراحات ونوايا الأطراف، ومنها ما يهدف إلى إثبات ما تمّ التوصل إليه في المفاوضات، سواء بشكل جزئي أو مرحلي، ومنها ما يتمّ تحريره بصورة نهائية مُشكّلاً بذلك أرضيّة مهّيئة لقيام العقد الذي دارت المفاوضات بشأنه.

وعلى ضوء هذا سنتطرق بداية إلى خطابات النوايا، باعتبارها أهم وأعرق المحررات المتبادلة بين الأطراف، محاولين الإحاطة بمختلف جوانبها القانونية، ثمّ نعرّج بعد ذلك إلى الاتفاقات الممهدّة لإبرام العقد النهائي، من خلال الوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد، والتي تعتبر عقودًا بالمعنى الكامل لهذا المصطلح، ونستثني في ذلك اتفاق التفاوض، والذي تناولناه عند الحديث عن كيفيات سير المفاوضات أعلاه.

المطلب الأول: خطابات النوايا

تكتسي خطابات النوايا (Lettres d'intention) أهميّة بالغة في مرحلة المفاوضات، بسبب الوظائف التي تؤديها، وتعرف كذلك تحت مسميات أخرى، مثل رسائل النيّة ومذكرات التفاهم، إلاّ أن مصطلح خطابات النوايا هو الأكثر استخدامًا لدى فقهاء القانون اللاتيني عامة، والمنظومة الفرنسية خاصة وإلى جانبهم أغلب الفقهاء والباحثين في البلاد العربية،

وسنحاول فيما يلي التطرق لماهية خطابات النوايا، لننتقل بعدها للحديث عن القيمة القانونية لها، لما لهذه المسألة من أثر على التصرفات والمسؤولية المترتبة عنها.

الفرع الأوّل: ماهية خطابات النوايا

سنحاول في البداية أن نتعرض لمفهوم خطابات النوايا، ثمّ نعرج مباشرة إلى تبيان الصور التي تظهر بها، من خلال التطرق لأنواعها مع تمييزها عن المفاهيم والمصطلحات التي تتشابه معها، وتحديد أوجه التشابه والاختلاف بينها.

أولا: مفهوم خطابات النوايا

قبل التطرق إلى التعاريف التي حظيت بها خطابات النوايا، ارتأينا أن نسلط الضوء على نشأتها، ومعرفة بداية ظهورها.

1- نشأة خطابات النوايا:

نشأت خطابات النوايا في بيئة القوانين الأنجلو أمريكية، لتنتقل بعدها إلى الشرائع ذات الصبغة اللاتينية، فظهرت في البداية في إطار فكرة المستندات قبل التعاقدية، والتي يتم تبادلها أثناء المفاوضات، حيث تعرب الأطراف من خلالها على نيتها ورغبتها في التأكيد على الاهتمام، وطمأنة بعضها البعض باتجاه الإرادة إلى إنجاح العملية التعاقدية، والتأكيد على حسن النيّة في ذلك، مع الحرص على تجريدها من أي مسؤولية تعاقدية، بل تعمل على زرع الثقة بين الأطراف، وتشجيع المعاملات والمبادلات وتنمية الاستثمارات، فهي تستجيب لما تستلزمه مقتضيات التجارة، من إرساء للثقة والسرعة والائتمان[1].

ثمّ بدأت هاته المحررات بالتطور فأضحت تستعمل لأغراض مختلفة، بحسب حاجة مُصدرها، ولهذا لاقت انتشارًا واسعا وأصبحت من الأعراف السائدة في المعاملات، خاصة

[1]- علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص ص 322-324.

في إطار التجارة الدولية، لما توفره من سهولة في التعامل، ويُسر في مجال الإثبات في حال نشوء النزاعات.

2- تعريف خطابات النوايا:

قبل الخوض في سرد بعض التعاريف التي وضعها الفقه لخطابات النوايا، باعتباره المختص في حال إعراض المشرع عن ذلك، بالنظر إلى الغموض الذي يكتنفها وصعوبة وضع تعريف جامع مانع لها، تجدر الإشارة إلى رأي قال به البعض[1] في هذا الشأن، ويتعلق بمصطلح خطابات النوايا، حيث يرى بأن هذا الأخير تعبير مضلل إلى حدٍّ ما، فنيّة الشخص في فعل شيء معين أو الالتزام بأمر محدد، لا تؤخذ على أنّها تعبير بات ونهائي عن الإرادة، بل هو يعرب عن نيّته في فعل ذلك مستقبلاً فقط، دون أن ترقى هذه النيّة لتشكل تعهدًا أو التزامًا بالمعنى الحقيقي.

وقد حاول بعض الفقه تعريفها، فقال بأنها " وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي، تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري، بغية الدخول في عقد مستقبلي"[2].

وقال في شأن تعريفها البعض الآخر " خطابات النوايا هي كل اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي، يتعلق بتنظيم عملية التفاوض "[3].

كما يرى جانب آخر بأنّ خطابات النوايا عبارة عن رسائل بسيطة، يتم تبادلها من قبل الأطراف في عملية التفاوض، والتي تشير إلى نيّتهم في التفاوض أو تأطيره مع تحديد

---

[1]- أحمد السعيد الزقرد، " **نحو نظرية عامة لصياغة العقود – دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد**– "، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، الكويت، 2001، ص 236.

[2]- Schmidt Joanna, « **La négociation du contrat international** », Rev. Droit et pratique du commerce international, 1983, p 239.

– نقلا عن أحمد عبد الكرم سلامة، **قانون العقد الدولي**، مرجع سابق، ص 33.

[3]- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 232.

موضوعه أو طريقة الخوض فيه وغيرها من الأمور، وتشكل هذه الرسائل في أغلب الأوقات تصرفات قانونية ذات طبيعة تعاقدية[1].

ويذهب جانب آخر إلى اعتبارها خطاب أو رسالة موجهة لشخص أو عدة أشخاص، تصدر عن شخص يرغب في التعاقد، يعبّر فيها عن رغبته في التفاوض بشأن عقد معين تمهيدًا لإبرامه، دون أن يحدّد عناصره الجوهرية، وهو يصدر في شكل وثيقة مكتوبة أو دعامة إلكترونية، تهدف إلى الإعراب عن الجدّية في التفاوض حول العقد المستقبلي، مع إبراز خطوطه العريضة ومحاوره الرئيسية[2].

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن أن نلمس الخصائص التي تتمتع بها خطابات النوايا، إذ أن أي مستند لا يتضمن على إبداء الرغبة في التعاقد، ولا يحتوي على الإشارة إلى النقاط الأساسية والمحاور الرئيسية للعلاقة التعاقدية المستقبلية، ولا ينطوي على دعوة الطرف الآخر للالتقاء ومباشرة المحادثات مع تبادل العروض والآراء بشأنها، فلا يمكن اعتبار هذا المحرر أو المستند من خطابات النوايا، وإنما يعتبر مستندًا من طبيعة أخرى يجب أن يسمّى باسمه[3].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد تبنى تعريفًا لخطاب النوايا، وإن كان في إطار الخطابات المتعلقة بالتأمينات الشخصية، المنضوية تحت لواء عقد الكفالة، حيث يرى فيه بأن خطاب النية هو تعهد بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، بغرض دعم المدين لأداء التزامه تُجاه دائنه[4].

---

[1]- Jaques Béguin, Michel Menjucq et des autres, **Droit du commerce international**, 2e édition, Lexis Nexis, Paris, France, 2006, p 425.

[2]– محمد حسين منصور، **العقود الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص ص 41–42.

[3]– أحمد عبد الكرم سلامة، **قانون العقد الدولي**، مرجع سابق، ص 34.

[4]- « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». Article 2322 du code civil français.

ثانيا: أنواع خطابات النوايا

لا يزال الخلاف قائمًا بشأن خطابات النوايا وتأهيلها، ويرجع السبب في ذلك إلى كثرتها وتنوع أشكالها ومحتواها، وكثير ما يتم الرجوع إليها من قبل القضاة لتقييم محتواها وتحديد طبيعة الالتزامات المترتبة في ذمة مصدريها، وفقًا للقواعد العامة للالتزامات[1]، وسنحاول عرض بعض أنواع خطابات النوايا، وهي الأكثر شيوعًا وانتشارا في المعاملات التي تنعقد بين الأشخاص، سواء على المستوى الدولي أو المستوى الوطني.

1- الخطابات المتضمنة التعبير عن الاهتمام:

وهي تلك الخطابات التي يعبّر فيها مصدر الخطاب عن اهتمامه بموضوع الصفقة أو العقد المزمع إبرامه، كأن يكون تقنية جديدة تستعمل في مجال معين كالصناعة أو الزراعة وغيرها، أو تعلق الأمر بوسيلة نقل أو آلة معينة تستخدم لأغراض محددة، ولا ينوي من خلال هذا الخطاب إلزام نفسه بأي شيء، سوى أنّه يظهر للطرف الآخر بأنه مهتم بموضوع العقد، مما يوحي إلى إمكانية التفاوض مستقبلًا حول العناصر المتعلقة بهذا الأخير، مما يستدعي توجيه دعوة صريحة للتفاوض أو التعاقد في المستقبل.

ففي خطاب صادر عن إحدى الشركات تجاه مؤسسة تنتج جهازًا معينًا، ذُكر فيه أنه وبعد الاطّلاع وفحص الوثائق المتعلقة بالجهاز المقدمة من قبل الصانع، وبناءً على الاجتماعات التي انعقدت بينهما، فإن الشركة مصدرة الخطاب يهمها تبليغ نظيرتها بنيتها في أن تطلب الجهاز محل العقد في المستقبل، وأضافت وبهدف رفع اللبس أن هذا الخطاب الصادر عنها لا يمثل بأي حال من الأحوال طلبًا للجهاز المشار إليه[2].

[1]- Manuella Bourassin, « **L'efficacité de la lettre d'intention confortée** », Rev Gazette du Palais, Vol 139, N° 36, 2019, p.64. https://hal.parisnanterre.fr/hal-03009607v1/document

[2]- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 407.

ويتضح من الخطاب ومضمونه أنّ مصدره يعبّر عن اهتمامه بمحل الصفقة، أي أن الجهاز قد أثار اهتمامه وهو بصدد التفكير بالتعاقد عليه مستقبلًا، وبذلك لا يمكن لهذا الخطاب أن يشكل التزامًا باقتناء الجهاز المعني، لأنه لا يعبر عن إرادة حالّة وباتة، بل وأكّد على ذلك حين أشار إلى أن هذا الخطاب لا يشكل طلبًا للجهاز، ولو أنّ الخطاب نفسه يشير صراحة إلى وجود اجتماعات تم تنظيمها بين الطرفين، مما يوحي بوجود مفاوضات جادة قد أجريت بشأن الجهاز المعني بهدف التعاقد عليه مستقبلًا، كما يقرّ الخطاب بجودة هذا الأخير من خلال الاطّلاع على مواصفاته[1].

2- الخطابات المتضمنة الدعوة إلى التعاقد:

ويقصد بها تلك الخطابات التي يعرب فيها أحد الأطراف عن رغبته في التعامل مع الطرف الآخر، هذا التعامل مفاده محاولة إبرام عقد معين وفقًا للعناصر والظروف التي يتضمنها هذا الخطاب، عن طريق رسم خطوات ومراحل تعد بمثابة إطار المفاوضات التي ستتم في هذا الشأن، وتحديد بعض جوانبها كوقت البدء في المحادثات ومدتها، والدراسات والأعمال الأخرى ذات الصلة التي يتحملها كل طرف، وضبط الكثير من الجوانب الفنية والمالية والتقنية للعلاقة التعاقدية المزمع إبرامها[2]، وبهذا لا يمكن أن نعتبر هاته الدعوة إيجابا بالمعنى الدقيق، والذي ينعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق له، إذ أن هاته الدعوة لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد عادة، أو أنه توجد عدة اعتبارات لم يحط بها العارض علمًا بعد، ويتوقف اتجاه إرادته إلى التعاقد على تبين هاته الاعتبارات والجوانب، التي يمكن من خلالها الإقبال على العقد أو الانصراف عنه[3].

[1]- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 408.

[2]- المنظمة العربية للتنمية الإدارية، **العقود الدولية – القواعد والإعداد والصياغة** -، القاهرة، مصر، 2012، ص 31.

[3]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 122.

3- خطابات البدء في التفاوض:

وهو ذلك الخطاب الذي يدعو محرره من خلاله الطرف الآخر لمباشرة المفاوضات، حول العقد المزمع إبرامه[1]، حيث يمكن أن يتضمن موعدا محدد الزمان والمكان لبدء التفاوض، والمدة التي تستغرقها هاته المفاوضات واللغة المستعملة فيها، وغيرها من الأمور التي تشكل محورا للتفاوض أو تكون ذات أهمية بالنسبة للأطراف[2]، وتكون للطرف محرر الخطاب كامل الحرية في وضع مختلف الشروط والأوضاع التي تحكم البدء في التفاوض، وفقًا لمبدأ حرية التفاوض، وقد يكون مباشرة المفاوضات يتم بناءً على طلب إعداد دراسة معينة أو أي عمل آخر، من شأنه أن يكون نقطة انطلاقة لها، فإذا قبل الطرف الآخر بهاته الشروط وقع على الوثيقة وأعادها لمصدرها، مما يدل على قبوله التفاوض وفقا لما جاء في الخطاب، واستعداده البدء والمضي فيه قُدمًا بما يقتضيه حسن النية والشرف والنزاهة في التعامل.

4- خطابات تحديد النقاط المتفق عليها في المفاوضات:

ويقصد به ذلك الخطاب الذي يوجهه أحد الأطراف لنظيره في المفاوضات، ويتم بموجبه تحديد بعض الالتزامات المترتبة في ذمة الأطراف بمناسبة التفاوض، كالالتزام بعدم الدخول في مفاوضات موازية، أو إضفاء السريّة على المفاوضات أو المعلومات التي يتم الكشف عنها أثناء التفاوض، وهي التزامات مستقلة بحد ذاتها عن العقد النهائي المزمع إبرامه، وهذا النوع من الخطابات كثير الاستعمال في مجال المفاوضات التي تنصب حول عقود نقل التكنولوجيا وحقوق المعرفة الفنية، وتتجه إرادة الأطراف إلى جعلها في شكل اتفاق

[1]- المنظمة العربية للتنمية الإدارية، **العقود الدولية – القواعد والإعداد والصياغة** –، المرجع السابق، ص31.

[2]- علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 328.

حقيقي بالمعنى القانوني السليم، بحيث تترتب المسؤولية العقدية في ذمة الطرف الذي يخل بها أو يخالفها[1].

5- خطاب الاتفاق المبدئي الحر:

قد يلجأ أحد الأطراف أو كليهما إلى الاحتفاظ بالحق في تأجيل توقيع العقد النهائي، رغم الاتفاق على كل العناصر الجوهرية الخاصة به، وعادة ما يتم تحديد موعد لتوقيع العقد وجعله بذلك نافذًا في حق الأطراف، بحيث يتم مراجعة العقد خلال هاته الفترة وترتيب بعض الأمور، على أن لا يكون الغرض من ذلك هو قطع المفاوضات وتفادي ما يرتبه ذلك من مسؤولية على عاتق الطرف الذي يُقدمُ على هذا الفعل[2].

وخطاب الاتفاق المبدئي الحر يصدر عن صاحبه عند بلوغ المفاوضات مرحلة متقدمة، وقطعها شوطا كبيرا يتم معه التوصل إلى أشياء وأمور أساسية ارتضاها مصدر الخطاب، مع استبعاد القوة الإلزامية لهذا الخطاب ورهنها بتوقيعه، أي أنه لا يكون ملزمًا إلا بعد توقيع العقد النهائي، وهذا ما تعنيه العبارة الإنجليزية "subject to contract" أي أنّ الأطراف سيكونون غير ملزمين بهذا الخطاب، وتستخدم هاته العبارة في القوانين والمنظومات الأنجلوسكسونية، ففي منظور القانون الإنجليزي أو الأمريكي لا يكتسي الخطاب المتضمن لهذه العبارة أية قوة ملزمة، وبالتالي لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا أثبت من يدعي خلاف ذلك أنه تمّ التوصل إلى اتفاق بشأن العناصر الجوهرية والأساسية للعقد، وأن التوقيع

[1]- أحمد عبد الكرم سلامة، **قانون العقد الدولي**، المرجع سابق، ص 43.

[2]- أحمد السيد البهي الشوبري، " **التفاوض التعاقدي – إطاره القانوني وأثره في الالتزام** "، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد الرابع، الجزء الأول، القاهرة، مصر، 2019، ص 1198.

على الوثيقة المكتوبة ليس إلا عنصرا إضافيا، حينها يمكن للقضاء أن يحكم بإلزامية الخطاب حتى ولو لم يتم التوقيع على العقد النهائي[1].

ثالثا: تمييز خطابات النوايا عن المفاهيم المجاورة

بعدما تعرفنا – ولو بشكل وجيز – على مدلول خطابات النوايا، ومختلف الوظائف التي تؤديها، سنعمد إلى التفرقة بينها وبين بعض المفاهيم المشابهة لها، مثل التعهدات الشرفية، والبروتوكولات الاتفاقية، والتي تتقارب من عدة جوانب مع هاته الخطابات ويتم الاستعانة بها في مرحلة المفاوضات.

1- تمييز خطاب النية عن اتفاق التفاوض:

بناءً على ما تمّ تناوله سابقا من تعاريف، يتضح جليّا أن عقد التفاوض وخطاب النية يشتركان في خاصية الانتماء إلى دائرة العقود التمهيدية أو التحضيرية، والتي تهدف إلى إبرام العقد النهائي، أي أن الأطراف تستعملها كوسيلة لا غير فليست هي الغاية في حدّ ذاتها، بل تضفي على المفاوضات طابع الجديّة وتزرع الثقة ونوع من الطمأنينة بين الأطراف المتفاوضة[2]، كما أن العرف جرى على تحريرها سواء في شكل محررات ورقية أو على دعامات إلكترونية يتم تبادلها بمختلف وسائل التواصل، بغرض الكشف عن نية الأطراف في بدء التفاوض بجدّية والاستمرار فيه بحسن نية، وإبداء الرغبة في السعي إلى إبرام العقد النهائي، كما تعدّ بمثابة إثبات لما تحتويه هاته المحررات، في حال نشوء نزاع مستقبلًا بين الأطراف، فيتم الرجوع إليها ولو على سبيل الاستئناس، فكثيرًا ما تحمل في طيّاتها حلولًا لكثير من القضايا المطروحة على القضاء أو التحكيم.

[1]- بوجلال بن يعقوب و عليان عدة، " **خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية – دراسة مقارنة –** "، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السابع، العدد الثاني، 2021، ص 544.

[2]- بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 46.

إلا أن هذا التشابه لا ينفي وجود بعض الاختلاف بينهما، فخطاب النية مصدره الإرادة المنفردة، أي أنّه عمل إرادي انفرادي يلزم صاحبه فقط إذا ما تضمن التزامًا معينًا، ويصبح تبادليًا إذا قبله الطرف الآخر، سواء كان هذا القبول صريحًا بالتوقيع عليه أو كان ضمنيًا بتنفيذ ما جاء فيه، بينما اتفاق التفاوض هو عقد حقيقي ينعقد بتوافق إرادتين أو أكثر مستوفيًا جميع أركانه وشروط صحته، وهذا ما يكسبه قيمة قانونية حقيقية تُستمدّ من القوة الإلزامية للعقد، بحيث يرتب التزامات واضحة ومحددة في ذمم أطرافه، تستوجب قيام المسؤولية العقدية في حال الإخلال بتلك الالتزامات، وهذا ما لا يوجد في خطابات النوايا كأصل عام بحيث لا تكون لها قيمة ملزمة من الناحية القانونية، بل لا تعدو أن ترتب التزامات أدبية معنوية لا ترقى إلى مرتبة الالتزام المدني[1].

وتجدر الإشارة إلى أن تعدد مضامين خطابات النوايا ومحتوياتها، بحيث تتحكم فيها رغبة مُصدرها وغايته من اللجوء إليها، قد تكون مجرد تعبير عن الاهتمام أو دعوة للتفاوض أو التعاقد وغيرها من الأمور على الوجه الذي تمّ بيانه سابقًا، كما يمكنها أن توثق لمرحلة معينة من المفاوضات فتشكل بذلك اتفاقا مرحليًا أو جزئيًا من العقد النهائي، فهي تؤدي الكثير من الوظائف وقد ذكرنا بعضها على سبيل المثال لا الحصر، بينما يبقى عقد أو اتفاق التفاوض محصورًا في تنظيم سير المفاوضات وتحديد التزامات الأطراف الاتفاقية والقانونية، هاته الأخيرة التي تنشأ ولو لم يتم النص عليها في العقد كالتفاوض بحسن نية، والمحافظة على سرية المعلومات، هذا كما يمكن تأهيل خطابات النوايا لتكون اتفاقات تفاوض إذا ما احتوت على طريقة سير المفاوضات وتضمنت التزامات الأطراف فيها، وإصباغ صفة الإلزام عليها من خلال التوقيع المتبادل بين الأطراف.

[1]– بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 47.

2- تمييز خطاب النية عن البرتوكول الاتفاقي:

يشترك كل من خطاب النية و البرتوكول الاتفاقي في الصياغة، أي أن كلى الوثيقتين تتم صياغتهما كتابة، سواء كان ذلك على صفحات ورقية أو دعائم إلكترونية، كما يشتركان في المحتوى أو المضمون، بحيث يمكن أن يتضمن كل منهما عناصرًا من العقد المستقبلي، قد تم التوصل إلى اتفاق بشأنها، إلّا أنها لا تكفي لانعقاده فتسعى الأطراف إلى توثيقها بغرض إثباتها وعدم العودة إليها[1].

كما أنهما يختلفان من حيث وقت تحرير كل منهما، فخطاب النية يمكن تحريره في مختلف مراحل المفاوضات، منذ بدايتها حتى المشارفة على انتهائها كما يمكنها أخذ صفة العقد النهائي، على العكس منه في البرتوكول الاتفاقي والذي في الغالب ما يكون تحريره وصياغته عند الاتفاق على بعض المسائل المتعلقة بالعقد، وليس كل المسائل الأساسية للعقد، ومن جهة أخرى فإنّ البرتوكول الاتفاقي له شكل نموذجي معين، ويتم إعداده شراكة بين أطراف العقد، ويتم التوقيع عليه في آن واحد من قبلهم، على خلاف خطاب النية الذي ليس له شكلًا معينًا، ويتم صياغته والتوقيع عليه من جانب واحد وإرساله إلى الطرف الآخر، الذي بدوره يوقع عليه ويعيده إلى مصدره مع الاحتفاظ بنسخة منه[2].

3- تمييز خطاب النية عن الاتفاق الأدبي أو التعهد الشرفي:

يرى جانب من القانونيين أنّ الاتفاقات الأدبية أو تعهدات الشرف " Engagement d'honneur " تأخذ شكل الالتزام المعلق على المشيئة، فهي تجسد صورة من صور الالتزام الطبيعي، الذي لا يمكن للدائن به مطالبة المدين بالوفاء به، فإن شاء هذا الأخير وفّى به

[1]- محمد صلاح عبد اللاه محمد، " **المرحلة قبل التعاقدية ودورها في إبرام عقود التجارة الدولية** "، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، العدد السادس، 2021، ص 223.

[2]- المرجع نفسه، ص 224.

وإن شاء أعرض عن ذلك دون أن تترتب في ذمته أي مسؤولية[1]، فالأطراف تسعى من وراء ذلك إلى تجريد المحرر من الصفة العقدية، واستبعاد كل قيمة قانونية له فيبقى بذلك مستندًا إلى الثقة الموجودة بين الأطراف[2]، ويبدو من خلال هذه النظرة السطحية للاتفاقات الأدبية أو تعهدات الشرف وإخراجها من دائرة القانون، أنّ الأطراف ترمي إلى الاحتكام في تنفيذها إلى الضمير وقدرته على تحريك الإرادة في اتجاه التنفيذ، إلّا أنّ حقيقة الأمر هي أبعد من ذلك فالأطراف تحتكم في أغلب الحالات إلى السمعة المهنية، أو البنية التنظيمية للبيئة التي ينتمي إليها الأطراف، فهاته الاتفاقات تعتبر أداةً لتحريك الإرادة عن طريق ضغوط اقتصادية ومهنية واجتماعية، يتحملها الطرف الذي يخلّ بالالتزامات الواردة فيها وعدم تنفيذها، أكثر منها أداةً لتحريك الإرادة باتجاه التنفيذ، وبهذا فإنّ الاتفاقات الأدبية ليست مجرد اتفاقات تنشئ التزامات معلقة على المشيئة، فهي كأصل عام تنشئ التزامات نهائية، وإن كانت تبقى حبيسة الأدبيات المهنية وما تثيره مخالفتها من ردود فعل اجتماعية تؤثر على الأطراف وسمعتهم في الوسط المهني[3].

وبناءً على ما تقدم فإن الاتفاقات الأدبية أو التعهدات الشرفية تتشابه مع خطابات النوايا من حيث الكتابة كما سبقت الإشارة إلى باقي المحررات، كما أنها تتشابه معها من حيث صفة الإلزام، ولو أنّ هذا الالتزام يختلف من حيث المصدر والحماية إذ أن خطابات النوايا في كثير من الحالات تكون ملزمة للأطراف بعد توقيعهم عليها، والقانون يرتب آثارًا عليها ويتدخل وفقًا لذلك كلما لجأت الأطراف إلى القضاء أو التحكيم لفض النزاعات الناشئة بينهم، بينما على النقيض منه بالنسبة لتعهدات الشرف التي عكف أصحابها على إبقائها خارج دائرة القانون وتجريدها من كل قوّة عقدية.

---

[1]– مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 371.

[2]- Luiz Fernando Kuyven, **La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondements et règles applicable dans perspective d'harmonisation**, Thèse de doctorat en droit des affaires, Université de Strasbourg, 2010, p 62.

[3]– مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 379.

الفرع الثاني: القيمة القانونية لخطابات النوايا

تختلف القيمة القانونية لخطابات النوايا من خطاب لآخر، ويكون ذلك بحسب ما يتضمنه الخطاب في حدّ ذاته، والذي يستشف من العبارات التي اعتمدها مصدره والظروف المحيطة بالمفاوضات، وعليه سنتطرق في المقام الأول لصياغة خطابات النوايا، ثم نتناول تأثير الصياغة على القيمة القانونية لها.

أولا: صياغة خطابات النوايا

يكتسي تحرير وصياغة خطابات النوايا أهمية بالغة في مختلف المعاملات، فهي المعيار الذي يحدد ويقاس به قيمة أي وثيقة أو مستند أو محرر، وعليه سنتطرق لمفهوم الصياغة، لننصرف بعدها إلى الوقوف على أهم المراحل التي تمرّ بها.

1- مفهوم الصياغة:

في البداية نورد تعريفًا للصياغة ولو بشكل مقتضب، لنتطرق بعد ذلك لطرق وأنواع صياغة خطابات النوايا المعروفة في بيئة المتعاملين في حقل العقود.

أ- تعريف الصياغة:

عرفها البعض[1] بقوله: " الصياغة هي الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي، فهي ببساطة أداة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح حقيقة اجتماعية يجري التعامل على أساسها، وتطبيقًا لذلك فإن الصياغة تعني في الأخير التعبير عمّا يريده أطرافها بطريقة تنقل المعنى المراد بشكل مكتمل ودقيق مما يقيم تواصلًا بحيث لا تظهر معه النزاعات بينهم...".

[1]- المنظمة العربية للتنمية الإدارية، **العقود الدولية – القواعد والإعداد والصياغة** -، المرجع السابق، ص 190.

فيما يرى البعض[1] الآخر أنّ الصياغة هي الطريقة التي يتم التعبير بها عن حقيقة إرادة الأطراف، أي أنها التجسيد المادي للاتفاق أو الصورة المادية له، لهذا وجب على من يتولى أمر الصياغة أن يتحرى الطرق المناسبة للتعبير الصحيح والدقيق، الذي يتماشى مع الإرادة ويحقق الغاية المنشودة لها.

ب- أنواع الصياغة في خطابات النوايا:

توجد العديد من أنواع وطرق الصياغة القانونية لمحررات ما قبل التعاقد، فقد تكون الصياغة جامدة أو مرنة، كما يمكن الجمع بين الصياغتين في محرر واحد وهو ما يعرف بالصياغة المختلطة، وتوجد بعض الطرق الأخرى مثل الصياغة بذكر الأهداف والصياغة النموذجية.

ففيما يخص الصياغة الجامدة، فهي تلك الصياغة التي تأتي على التعبير المحدد والقطعي عن الإرادة، فلا تدع بذلك مجالًا للشك والتأويل، وتستعمل فيها الأرقام والأعداد لتحديد المواعيد وتواريخها والكميات والأحجام والنسب المئوية وغيرها، كما تستخدم فيها أساليب الحصر والتحديد لتبيان التزامات الأطراف وحدودها الشخصية والزمنية وغيرها[2]، ومثال ذلك كأن يطلب صاحب المصنع من المورد بإيفاد فريق من الفنّيين والتّقنيين للإشراف على تشغيل المصنع أو صيانته، في تاريخ محدد وبعدد معين، أي بطاقم مكون من عشرة أفراد خمسة منهم بصفة مهندس وخمسة بصفة ملاحظ، أو يطلب آلة تصنع مادة بكثافة 50% أو بطاقة شدّ أو ثني بوزن معين، فهذه أمور لا تحتاج إلى تأويل لأنها لا تحتمل الشك، فيجب الوفاء بالالتزام على الوجه الذي تم ذكره، فلا يمكن للمورد أن يرسل طاقمًا أقل

[1]- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 186.

[2]- المرجع نفسه، ص 1177.

عددًا من المتفق عليه، كما لا يمكنه التخلف عن الموعد المحدد بدقة، وإلّا اعتُبر مخلّا بالتزاماته وترتبت المسؤولية على عاتقه[1].

أمّا فيما يتعلق بالصياغة المرنة فتكون باستخدام ألفاظ وعبارات تتسم بالمرونة، بحيث ينطوي على تحديد مدلولها الكثير من التقدير، ويكون ذلك في الغالب بذكر الموجهات والأسس العامة أو العناصر والغايات التي ينبغي مراعاتها، كأن تتضمن بندًا مفاده التزام المقاول تسليم المنشأة أو المبنى في وقت مناسب لظروف صاحب العمل، أو على المقاول إخلاء الموقع في أسرع وقت ممكن، وغيرها من العبارات التي لا تحدد الالتزام على وجه الدقّة بربطه بتاريخ معين أو نسبة ثابتة[2]، ففي المثال السابق يمكن لصاحب المصنع أن يجعل من الميعاد المحدد لإيفاد الطاقم مرنًا، من خلال استبدال التاريخ بعبارة في "الأشهر الثلاثة الأولى من مطلع العام المقبل"، ولا يتم النص على عدد الطاقم واستبدال ذلك بعبارة "طاقم كافٍ للإشراف على تشغيل أو صيانة المصنع"، أو يقوم صاحب المصنع بطلب آلة تنتج مادة بما يتوافق مع متطلبات السوق، وعليه يمكن للمدين بالالتزام اختيار الموعد خلال الثلاثة الأشهر المذكورة، مع وضع طاقم وفق ما يراه مناسبًا للمهمة الموكلة إليه من حيث العدد والكفاءة، وكذلك بخصوص الآلة المطلوب فلا تهم مواصفات المادة التي تنتجها بقدر ما يتعلق باستجابتها لمتطلبات السوق.

ولا يوجد ما يمنع من المزج بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة، وذلك بحسب ما يتناسب وطبيعة الالتزامات التي يتضمنها المحرر أو الخطاب، وهو الأمر الغالب على الكثير من الاتفاقات والوثائق والمستندات المتبادلة خلال المفاوضات، حيث يتم استعمال

[1]– محمد إبراهيم دسوقي، **الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود**، الإدارة العامة للبحوث بالرياض، المملكة العربية السعودية، 1995، ص 129.

[2]– أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 187.

الصياغة الجامدة عند ذكر بعض الالتزامات كالثمن أو الأجر، بينما تصاغ بعض الالتزامات والضمانات بعبارات مرنة[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّه ومن جانب التفرقة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة، أنها تكاد تتطابق مع التمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، ففي المثال المذكور سلفًا يكون المدين مُخلًا بالتزامه إذا لم يحقق العدد أو الرقم المطلوب في الصياغة الجامدة، أمّا بمقتضى الصياغة المرنة لا يكون المدين مُخلًّا بالتزامه إلاّ إذا جانب تحقيق الأهداف أو الأوصاف المتفق عليها، ففي الصورة الأولى تكون العبرة بالعدد أو الرقم، بينما في الصورة الاخرى تكون العبرة بالهدف، وهناك فارق آخر بين الصياغتين هو من الأهمية بمكان، ويتعلق بعبء الإثبات بحيث يكفي أن يثبت الدائن بالالتزام أن مدينه تخلف عن الموعد أو لم يحقق الرقم أو العدد المتفق عليه حتى تقوم مسؤوليته، على العكس منه في الصياغة المرنة إذ يتعين عليه إثبات أنّ المدين لم يحقق المواصفات والغايات التي تم الاتفاق عليها، أي أنّ مردّ تخلف المدين عن أداء التزامه يرجع لخطأ المدين أو تقصيره[2].

والمقصود من الصياغة بذكر الأهداف، أن يأتي المستند أو الوثيقة على ذكر الغرض أو الهدف من تحريرها، وعادة ما يكون ذلك في الديباجة لهذا المحرر أو المستند، خاصة ذلك الذي يحتوي على عدّة التزامات فرعية يمكن أن تغطي أو تضلل عن الالتزام الرئيسي فيه، فيحول ذلك بينه وبين التحديد الدقيق له، وبذلك يصبح الالتزام الرئيسي أو الغاية المتوخاة من المستند أو الخطاب بمثابة عنوانًا له يُدرج في ديباجته[3]، وبذلك فإن الذي يُعهد إليه تحرير وكتابة مستندات ومختلف وثائق ما قبل التعاقد، عادة ما يلجأ إلى طريقة الصياغة بالأهداف كلّما دعت الضرورة إلى ذلك، لا سيما في تلك التي تمتاز بشيء من

[1]– أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 191.

[2]– محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ص 129– 130.

[3]– أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 192.

التشعب والتعقيد، خاصة فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية أو العقود التي يكون محلها صفقات ضخمة، والتي تسهل عمل القضاة والمحكمين في تفسير بنودها وتحديد التزامات الأطراف عند نشوء النزاع سواء في مرحلة المفاوضات أو بعد إبرام العقد، على العكس منه في حالة الاعتماد على الصياغة العامة.

أما الصياغة النموذجية فتكون في شكل نماذج يتم إعدادها مسبقًا، وتعمل على وضعها الاشخاص الاعتبارية كالشركات والبنوك والمنظمات الجماعية وغيرها، أو تلك التي تضعها جهات غير حكومية في شكل عقود نموذجية يمكن ملأها مباشرة إذا كانت تتماشى مع متطلبات الوثيقة المراد تحريرها، أو الاستعانة بها لما توفره من قواعد أساسية في تحرير العقود النهائية أو التمهيدية. فهي بذلك توفر الجهد والوقت والنفقات، كما تتيح للأطراف الاستعمال الصحيح للمصطلحات والعبارات القانونية، والابتعاد عن الألفاظ والعبارات غير المألوفة التي تثير الكثير من الإشكالات، كما أنّها تساهم بشكل كبير في توحيد بنود العقد، وتعجّل بمرحلة المفاوضات وتغطي النقص الذي قد يعتري نصوص القانون المدني أو التجاري خاصة النصوص القديمة منها، التي لا تستجيب في بعض الأحيان للأمور المستجدة في الواقع العملي، مع العمل على توخي الحذر فيما يخص بعض البنود التي يتضمنها النموذج والتي يمكن أن تتعارض مع النظام العام لقانون معين، خاصة في العقود التي تبرم داخل الدولة الواحدة[1].

2- المراحل التي تمرّ بها الصياغة:

تمر صياغة مختلف الخطابات والمحررات بعدّة مراحل قبل اكتمالها وإرسالها إلى المتلقّي، وهذا ما يؤكد الأهمية البالغة التي توليها الأطراف لها، من خلال حرصها على

[1]- أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص ص 193-195.

أدائها الوظيفة المرجوة منها وعدم خروجها عن الإطار الذي خُصّص لها، ولذلك فهي تمر بعدّة مراحل تبدأ بالتحضير ثمّ المراجعة للوصول إلى الشكل النهائي للخطاب.

أ- مرحلة الإعداد والتحضير:

تبدأ هاته المرحلة من خلال التفاعل بين طالب الصياغة والقائم بها، بحيث ينقل طالب الصياغة كل المعلومات الأمور المتعلقة بمحل الوثيقة أو المستند المراد تحريره، لتحديد طريقة الصياغة والقالب القانوني الذي يمكن صبّه فيه، مع ضرورة توافر بعض الصفات في الشخص الذي يتولّى عملية الصياغة كالتخصص والإلمام بأصول الصياغة القانونية السليمة، حتّى يتسنّى لفت انتباه المعني إلى مواطن التعارض بين رغاباته والنصوص القانونية أو مصلحته الشخصية، وبناءً على هذا التفاعل يتمّ إعداد مسودة في البداية للمحرر أو المستند المطلوب، بحيث تضيء الطريق لإنتاج محرر في أفضل صورة وتفادي التناقض والغموض أو التكرار [1]، ويمكن أن يلجأ طالب الصياغة لأهل التخصص من المحامين والموثقين وغيرهم، كما يمكن أن يتوافر المكلف بالصياغة في الطاقم المعهود له إدارة المفاوضات، خاصة لدى الشركات الضخمة أو الدولة في معاملاتها التجارية، فعادة ما يضم الطاقم المكلفين بالشؤون القانونية والذين يسهرون على صياغة مختلف الوثائق والمستندات خلال المفاوضات وكذا العقود النهائية.

ب- مرحلة المراجعة:

تلعب مرحلة المراجعة دورًا مهمّا في اكتشاف الأخطاء وبعض النقائص، التي قد تشوب موضوع المحرر أو المستند من ناحية، والشكل الذي يتخذه من ناحية أخرى، فبخصوص المضمون والمحتوى يمكن تهذيب النص من خلال فحص انسياب الأفكار وتسلسلها بشكل منطقي، وضبط بعض المصطلحات والعبارات لتتواءم مع النص النهائي،

[1]- المنظمة العربية للتنمية الإدارية، **العقود الدولية – القواعد والإعداد والصياغة** -، المرجع السابق، ص ص 83-84.

كما تشمل المراجعة مختلف أجزاء الوثيقة والتأكد من وجود التناسق بينها، والوقوف على الملاحق ومختلف المرفقات التي قد تفرضها طبيعة المحرر في حدّ ذاته[1].

ج- مرحلة الكتابة النهائية:

بعد اجتياز مرحلة المراجعة وإجراء التعديلات التي نتجت عنها، تكتمل الصورة النهائية للوثيقة أو المستند أو الاتفاق الذي تمحورت حوله، ويصبح بذلك جاهزًا للتعامل معه سواء بإرساله إلى الطرف الآخر بغرض الاطلاع والتوقيع عليه وإرجاعه، وهو ما يكون في أغلب الأحيان مع خطابات النوايا، أو يكون اتفاقًا بين الأطراف تتراوح قيمته بين الإلزام وعدمه بحسب طبيعته، كأن يتخذ شكلًا معينًا من الأشكال التي تم ذكرها، عقد تفاوض أو تعهد شرف وما إلى ذلك.

ثانيا: تأثير الصياغة على القيمة القانونية لخطابات النوايا

تتأرجح القيمة القانونية لخطابات النوايا بين الإرادة والقانون، إذ يمكن للأطراف بإرادتهم المشتركة جعلها ملزمة لهم أو تجريدها من صفة الإلزام، بالنص على ذلك صراحة في مضمون هاته الخطابات، أمّا إذا كانت تلك الإرادة المعبّر عنها في الخطابات مبهمة أو يكتنفها بعض الغموض بما يثير النّزاع، فإنّ الفصل في قيمتها يعود للقانون الواجب التطبيق، وتأسيسًا عليه يقضي المحكم أو القاضي بمدى إلزاميتها.

1- التحديد الإرادي للقيمة القانونية لخطابات النوايا:

وفقًا لمبدأ سلطان الإرادة الذي تتمخّض عنه الالتزامات، فإنّ للأطراف حريّة التعامل بخطابات النوايا، وفي غالب الأحيان تختار أطراف التفاوض عن وعي إصدار خطابات غير ملزمة لهم، كما يمكنهم جعلها ملزمة وفقًا لطبيعة الغاية التي يرمون إليها من ورائها.

[1]- المنظمة العربية للتنمية الإدارية، **العقود الدولية – القواعد والإعداد والصياغة** -، المرجع السابق، ص 86.

أ- خطابات النوايا غير الملزمة:

طالما أن خطابات النوايا هي عمل إرادي محض، يسعى مُصدره من خلاله إلى دعوة الآخرين للتفاوض بخصوص عقد معين يُرجى إبرامه في المستقبل، ومنه فهذا الخطاب لا يلزم صاحبه بإبرام العقد النهائي، كما يخوله الانسحاب من تلك المفاوضات فالإرادة تبقى حرة طليقة في ذلك، ولو كان ذلك يثير المسؤولية التقصيرية عن الضرر الناجم عن الإخلال الأساسي بمراعاة حسن النية في مرحلة المفاوضات وانحرافه عن السلوك الطبيعي للرجل المعتاد[1]، ومنها أيضًا خطابات النوايا التي تتضمن مجرد التعبير عن الاهتمام، على النحو الذي تم بيانه عند التعرض لأنواع هذه الخطابات، ففي مثال عنها كتبت إحدى المؤسسات خطابًا إلى نظيرتها تنتج نوعًا محددًا من الأجهزة، ذكرت فيه أنّه بناءً على فحص الوثائق المقدمة من طرف المؤسسة المنتجة والاجتماعات التي دارت بينهما، فإنّها تبلّغها بنيّتها أن تطلب جهازًا في المستقبل، ثم تضيف عبارة مفادها أنّ هذا الخطاب لا يشكّل بأي حال طلبًا للجهاز المذكور، فالخطاب لا يعبر عن إرادة حالة وباتة في طلب الجهاز، ولا ينشئ التزاما في ذمة مرسله، فهو مجرد تعبير عن الاهتمام بالجهاز والتفكير في التعاقد عليه، لكن الخطاب يثبت في نفس الوقت وجود مفاوضات جادّة دارت أطوارها بين الأطراف، وانتهت بإقرار المؤسسة مصدرة الخطاب بجودة المواصفات التي يتمتع بها الجهاز، فيما يُمكّن المنتج من مساءلتها عن قطع المفاوضات في ظل عدم إمكانية الاستناد إلى مواصفات الجهاز في حدّ ذاتها كسبب لذلك[2]، ففيما يخص الصيغة التي جاء بها الخطاب فهي واضحة ولا تحتمل التأويل بما لا يدع مجالًا للشك، فإرادة مصدر الخطاب لم تتجه إلى عقد الصفقة بدليل العبارة الأخيرة التي تجرد الخطاب من الإلزام، وهذا هو الشاهد من المثال باتجاه إرادة الأطراف إلى نفي صفة الإلزام على الخطاب، خاصة إذا تمّ توقيعه من قبل

[1]- بوجلال بن يعقوب و عليان عدة، المرجع السابق، ص 546.

[2]- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 408.

الطرف الآخر، أمّا بخصوص قطع المفاوضات وعدم طلب الجهاز المعني في المستقبل، فلم يتم تحديد موعدًا لهذا الطلب من جهة، كما يمكن أن يكون قطع المفاوضات بالاستناد إلى أسباب أخرى بظهور جهاز أفضل لدى مؤسسة أخرى، أو وجود مفاوضات موازية تكلل بالنجاح محلها جهاز مماثل، إذا لم يوجد اتفاق يحظر إجراء مفاوضات موازية.

وبنفس النيّة تمت صياغة خطاب النوايا الصادر عن أحد الأطراف بناءً على اقتراح من الطرف الثاني، مفاده بيع أغلب الحصص في عدّة شركات، فجاء فيه: " يشرفنا أن نؤكد لكم اهتمامنا بإمكانية شراء أغلبية الحصص والتي يمكن أن تصل إلى حدّ أقصاه ...% في الشركات التالية (....)، سيكون علينا بالطبع مناقشة تفاصيل كل هذه الوثائق (....)، لكن إذا بدى لكم أنّ اقتراحنا هذا كأساس للمفاوضات، يُرجى منكم إعادة نسخة من هاته الرسالة مذيلة بتوقيعكم المسبوق بعبارة " خطاب نوايا فقط، دون أن تكون تعاقدية ""، فهاته الرسالة تهدف إلى دعوة للتفاوض مع ذكر بعض العناصر التي يتم اعتمادها أو اتخاذها كأرضية لمباشرة المحادثات، والتي لا تحمل أي طابع الزامي ولا تعاقدي[1].

ويدخل في نطاقها أيضًا خطابات النوايا الصادرة في مجال الائتمان، فالخطاب الصادر عن الشركة القابضة إلى البنك، والموقع عليه من طرف المدير أو رئيس مجلس الإدارة، والذي يستحسن من خلاله عملية منح قرض إلى أحد فروع الشركة، أو يُبيّن فيه انحيازه من حيث المبدأ إلى منح الائتمان إلى الفرع المعني ويعرب عن رضاه عن تلك العملية، فهذا الخطاب لا يتسم بالإلزام، ولا يجعل من الشركة ضامنًا لوفاء الفرع بديونه، ولا

[1]- « Nous avons l'honneur de vous confirmer que nous sommes intéressés par la possibilité d'acheter une participation majoritaire qui pourrait aller jusqu'à un maximum de ...% dans les sociétés suivantes [⋯] Nous aurions, bien sûr, à discuter les détails de tous ces documents [...]; mais si notre proposition vous semble être une base pour des négociations, nous vous prions de bien vouloir nous retourner le double de la présente lettre revêtu de votre signature, qui doit être précédée de la mention suivante « Bon pour lettre d'intention seulement, sans être contractuel » - Guillemard Sylvette, « **De la phase préalable à la formation de certains contrats** », op.cit. p 171.

يكون بذلك كفيلًا له فيسدد الدين عنه في حالة العجز عن الوفاء[1]، إذا تمت صياغة الخطاب بما يفيد ذلك، كأن يشيد بسمعة الفرع، أو يشير إلى تعاملاته السابقة التي أبان فيها عن استقامة في التعامل والوفاء بالتزاماته، على أن تكون هاته المعلومات صحيحة غير مغلوطة.

ب- خطابات النوايا ذات الطابع الإلزامي:

يمكن للأطراف في إطار مبدأ سلطان الإرادة إصدار خطابات مصبوغة بصبغة الإلزام، وتكشف المعاملات عن وجود نوعين من خطابات النوايا في هذا الطرح، فبعض خطابات النوايا يكون لها أثر نهائي بات، مشكلة بذلك في الغالب اتفاقات أوليّة ملزمة للأطراف بشكل نهائي، مهما كانت نتيجة المحادثات أو المفاوضات، وهي تختلف قطعًا عن خطابات النوايا ذات الأثر المؤقت، بحيث تولد هاته الأخيرة التزامات تنتهي بانتهاء المحادثات، سواء أدّت أو لم تؤدي إلى إبرام العقد النهائي[2].

فقد تفرض طبيعة العقد في بعض الحالات إجراء بعض الدراسات، مثل دراسة الجدوى من المشروع محل العقد المتفاوض بشأنه، وبناءً على نتيجة هاته الدّراسة التي تلقى على عاتق أحد الأطراف يتمّ المضي قُدمًا في المفاوضات، وعليه تعكف الأطراف على التعامل في هذا المجال بموجب خطابات النوايا، التي تتضمن تنظيم الأمور والمسائل المتعلقة بهاته الدراسة وسداد تكاليفها[3]، وبهذا يكون خطاب النوايا ملزمًا لأطرافه تعبيرًا عن الإرادة التي اتجهت إلى جعله كذلك، حيث يتم النص على الطرف الذي يتحمل تكاليف الدراسة في حالة إبرام العقد، أو يتحملها الطرفين مناصفةً في الحالة العكسية، أو بحسب ما تمليه الأعراف أو

[1]- سمير عبد السميع الأودن، **خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 13.

[2]- Filali Osman, **Les principes généraux de la lex mercatoria à l'étude d'un ordre juridique national**, L.G.D.J, Paris, France, 1992, p59.

[3]- Guillemard Sylvette, « **De la phase préalable à la formation de certains contrats** », op.cit. p 172

تقتضيه طبيعة المعاملة في حدّ ذاتها، فهذا الالتزام الذي تضمنه خطاب النوايا ينتهي بانتهاء المفاوضات سواء تمّ إبرام العقد أم لا.

أمّا بخصوص خطابات النوايا ذات الأثر الملزم للأطراف مهما كانت نتيجة المفاوضات، فهي تلك التي يمكن فصلها عن العقد وتمتد آثارها إلى ما بعد المفاوضات، وبصرف النظر عن كون المفاوضات قد توجت بإبرام العقد أو أنّها باءت بالفشل، ومنها الخطابات المتعلقة بالالتزام بالسريّة بخصوص المعلومات المتحصل عليها أثناء المحادثات، والتي عادةً ما ترتبط بمدّة زمنية معيّنة لا تنتهي بانتهاء التفاوض على العقد، وبغضّ النظر عن النتيجة التي آلت إليها تلك المحادثات[1].

2- قيمة خطابات النوايا من منظور القانون الواجب التطبيق:

يحدث وأن تأتي عبارات خطابات النوايا منضوية على بعض الغموض، والذي قد ينبع عن قلّة دراية وخبرة في تحرير مثل هاته الوثائق قبل التعاقدية، أو يتمّ إسناد مهمّة تحريريها لغير أهل الاختصاص من مهندسين وفنّيين وخبراء في مجالات شتّى، من الذين لا يتقنون لغة القانون ولا يحسنون اختيار واستعمال المصطلحات القانونية، كما يمكن أن تتعمّد بعض الأطراف ذلك بغرض التملّص ممّا تتضمّنه هاته المحررات من تعهدات والتزامات[2]، وبناءً على المسائل ذات الصلة الوثيقة بالمفاوضات، يجب تفعيل مبدأ سلطان الإرادة، والذي هو المصدر الأول للالتزامات، ثم بعد ذلك النظر إلى العقد الذي أنتجته هاته الإرادة، فبالنسبة للمحكمين فإن العقد يشكل مصدر سلطتهم، أي أن إرادة الأطراف هي التي أوجدت سلطتهم، فهم مطالبون باحترام هذه الإرادة فيما اتجهت إلى إحداثه من أثر، لكن النزاع الناشئ يعتمد فضه على العقد الذي يربط الأطراف، ومنه كان حريًّا بالمحكم أو القاضي تقصّي النية

[1]- Filali Osman, op.cit. p 66.

[2]- جاك غستان، **تكوين العقد**، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، ص 356.

المشتركة للأطراف، ومنه يستوجب على المحكم أو القاضي الاستئناس بخطابات النوايا، والتي قد تكشف عن وجود التزامات ولو تم نفي وجودها من طرف مُصدرها، والتي تستشف من سلوك الأطراف في الوقائع الممهدة للعلاقة التعاقدية[1]، فالمحكم أو القاضي ينظر بالضرورة إلى القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة العقدية بين الأطراف، وتتجه أغلب التشريعات إلى تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم النزاع النّاشئ عن تلك العلاقة خاصة عند وجود شرط التحكيم، وفي غياب تلك الإرادة الصريحة يثور الإشكال بخصوص القانون الواجب التطبيق والذي تتنازعه عدّة قوانين في العلاقات التي تعرف حركة مدّ وجزر عبر الحدود، أي تلك التي تتجاوز حدود الدّولة الواحدة ناهيك عن اختلاف جنسيات الأطراف، وكثيرًا ما يتم الاستنجاد بالقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، ويبقى تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا مرهون بمدى اعتراف القانون الواجب التطبيق بإلزامية خطابات النوايا، أو عدم إعطائها أية قيمة قانونية.

أ- قيمة خطابات النوايا في أنظمة القانون الأنجلوسكسونية:

ويوعز الإشكال في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا إلى اختلاف القوانين الوطنية والقانون العام للعقود، وتباين الأنظمة القانونية في حدّ ذاتها، بين النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني، حول التأهيل القانوني لخطابات النوايا، ومدى الزاميتها خاصة في إطار التجارة الدولية[2]، فبخصوص هذه المسألة بالذّات وفي الفقه الإنجليزي لا تكتسي خطابات النوايا قيمة قانونية لدرجة احتوائها على التزام، فمضمونها يشير فقط لنيّة الأطراف في إبرام عقد مستقبلي، ومنه فهما يعتزمان إعلان موافقتهما والتزامهما بموجب عقد قانوني رسمي، وبذلك وجب نفي صفة الإلزام على موافقتهما الحالية[3]، ويستند هذا الاتجاه إلى فكرة مفادها أنّ عامل المخاطرة والاحتمال هما اللذان يسودان مرحلة المحادثات، والتي يمكن لها أن

[1]- Filali Osman, op.cit. p56.
[2]- Ibid. p59.
[3]- Atiyah (p.c), **An introduction to the law of contract**, Clarendon press, Oxford, third edition, 1981, p136. Citer par Filali Osman, op .cit. p57.

تُختتم بإبرام العقد أو تنتهي بالفشل، وعليه بات من الضروري أن يتحمّل كل طرف مفاوض تلك المخاطر التي تلفّ المفاوضات، بحيث أي محرر أو مستند شأنه شأن خطابات النوايا لا يرتبّ أي حق أو التزام في ذمّة من أصدره قبل توقيع العقد النهائي[1]. أمّا بالنسبة للقانون الأمريكي فلا يعدو أن يكون خطاب النوايا بمثابة تعهد بسيط بالتفاوض بحسن نية، فهو لا يعترف لها بالقوة الإلزامية مثله مثل القانون الإنجليزي، إلا أنّه ليس بنفس الصرامة بخروجه في بعض الأحيان عن هذا المبدأ بحسب الظروف والملابسات التي تحيط بالمفاوضات، حيث يمكن أن ترتب عليها آثارًا تعاقدية[2]، ومن مظاهر هذا الاتجاه تبنّيه لفكرة عدم جواز مخالفة الشخص لما صدر منه من أقوال وأفعال، أي أنّه لا ينبغي للشخص أن يتمسك أمام القضاء بموقف مخالف للموقف السابق الذي ظهر به، وبناءً على هذا السلوك أو المظهر الذي ظهر به أو أعطاه لحالة واقعية نتجت وتولدت عنه ثقة لدى الطرف الآخر، بما يسبب الضرر لهذا الأخير وهذا ما يعرف بمبدأ (Estoppel)[3].

ب- قيمة خطابات النوايا في القانون الفرنسي:

أمّا في القانون الفرنسي وعلى العكس منه في كثير من القوانين الوطنية، والتي ربما يكون البعض منها قد اتخذ خيارات مختلفة، نجد أنّ خطاب النوايا ووفقًا للقانون الفرنسي يكون دومًا مصدرًا لالتزامات محددة يستوجب القيام بها، وهي تدور بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، بحسب خطاب النوايا والظروف والملابسات المحيطة بكل واقعة، وفي حال النّكول عن تنفيذ هاته الالتزامات التي تمّ التعهد بها، ترتبت المسؤولية العقدية في

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، " **النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية** "، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد السادس والخمسون، 2000، ص 21.

[2]- حفيظة السيّد الحدّاد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 200.

[3]- المرجع نفسه، ص 796. أنظر أيضا أحمد عبد الكريم سلامة، " **النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية** "،المرجع السابق، ص 23.

ذمّة مصدر الخطاب[1]، وتؤول للقضاة سلطة تقييم وتحديد طبيعة هذه الالتزامات بحسب مضمونها ووفقًا للقواعد العامة للالتزامات[2].

المطلب الثاني: الاتفاقات الناشئة عن المفاوضات والمقيّدة من حريّة التعاقد

رأينا أنّه – وبحسب الطبيعة الاحتمالية للمفاوضات[3] – يمكن أن يتمّ إبرام العقد المستقبلي النهائي، كما يمكن أن تُمنّى المحادثات بالفشل، وبالتالي تحول بين الأطراف و الغاية المرجوّة منها، فيمضي كلّ منهما في سبيل حاله، لكن الواقع العملي أثبت وجود حالة بين الحالتين، بحيث تتوصل الأطراف من خلال المفاوضات إلى اتفاق تمهيدي، ويتعلق الأمر بالوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد، وهو ما يجرّنا لتناول مضمونهما باعتبارهما من مفرزات المرحلة التي تسبق العقد والتصرفات القانونية الناجمة عنها.

الفرع الأول: الوعد بالتفضيل

يعتبر الوعد بالتفضيل (Pacte de préférence) من بين العقود التمهيدية التي تناولها المشرع الفرنسي في نصوص القانون المدني، ويحدث هذا للمرة الأولى بموجب المادة 1123 من الأمر 131–16[4]، وهو من بين المستجدات التي حملها هذا الإصلاح لقانون العقود، ولو أن الفضل في ذلك يعود للسوابق القضائية والاجتهادات الفقهية التي أصّلت لهاته التقنية التعاقدية التي جاءت نتاج المعاملات التعاقدية، وسنسعى للإحاطة بمختلف جوانب هذا العقد من خلال التطرق لمضمونه، ثم الآثار التي تنجم عنه في حدود المراجع المُتاحة.

---

[1]- Jobard-Bachellier et Marie-Noëlle, « **Les lettres d'intention en droit international privé** », Rev du Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 12e année, 1993-1995. 1996, p128. doi : https://doi.org/10.3406/tcfdi.1996.1051
https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1996_num_12_1993_1051.

[2]- Manuella Bourassin, op.cit. p64.

[3] – أنظر الصفحة 24 من الأطروحة.

[4]- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035.

أولا: مفهوم الوعد بالتفضيل

بادئ ذي بدء نتطرق لتعريف الوعد بالتفضيل، ثم نحاول تبيان شروطه، لنعكف بعد ذلك إلى الفرقة بينه وبين حق الشفعة.

1- تعريف الوعد بالتفضيل:

قيل أن الوعد بالتفضيل هو اتفاق يتعهد بموجبه 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[1]،، أو هو اتفاق بين المالك والمستفيد يلتزم بمقتضاه الأول إذا رغب في بيع العين بتفضيل الثاني شريطة أن يقبل بنفس الثمن الذي يعرضه الغير[2]، ويبدو من خلال التعريفين السابقين أنهما يأخذان بالمفهوم الضيق لعقد الوعد بالتفضيل، حيث تم حصره في عقد البيع دون باقي العقود، إذ يمكن له أن يشمل عقودًا أخرى في مجالات عدّة.

ويعرفه البعض على أنه عقد تمهيدي، يتعهد بموجبه أحد أطراف بإبرام العقد النهائي مع شخص المستفيد بالأفضلية عن غيره، في حال قرر فعلًا التعاقد[3].

وعرفه المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1123 على أنّه:" الوعد بالتفضيل هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بإعطاء الأفضلية للمستفيد من الوعد، في التعامل معه إذا ما قرر الواعد التعاقد "[4]، ومن خلال ما تقدم يمكن الوقوف على حقيقة مفادها أن الوعد بالتفضيل بات من العقود المسماة التي يتبنّاها المشرع الفرنسي، بعدما فرضه عليه منطق المعاملات وتصدي القضاء لمختلف النزاعات التي ثارت بين أطرافه في بعض

[1]- شهيدي محمد سليم و لغواطي عباس، " **الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة مع قانون العقود الفرنسي الجديد**–"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد السابع، العدد الثاني، 2021، ص 405.

[2]- المرجع نفسه، ص 405.

[3]- Christian Larroumet, op.cit. 263.

[4]-« 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… », Article 1123 du code civil français.

الحالات، وأنه عقد حقيقي يسمّى طرفه الأول بالواعد، أمّا الطرف الثاني فيسمى المستفيد، حيث يلتزم فيه الواعد بتفضيل المستفيد إذا اتجهت إرادته إلى التعاقد في المستقبل.

وعليه فإن للوعد بالتفضيل جملة من المميزات التي يجب أن لا يخلو منها أي تعريف، فهو من جهة اتفاق بين الواعد والمستفيد، ينصب على منح هذا الأخير الأفضلية لإبرام عقد معين في المستقبل إذا قرر الواعد التعاقد، ومن ناحية أخرى يكون مضمون العقد المستقبلي غير محدد بصورة كاملة[1]، وجدير بالذكر أن من بين مميزات الوعد بالتفضيل هو عدم اليقين الذي يلقي بظلاله على هذا العقد، فالواعد لم تتجه إرادته بعد إلى إبرام التصرف في الشيء محل العقد، بل هو مجرد وعد باللجوء إلى المستفيد في حال ما إذا قرر التعاقد، كما أن عزم الواعد على التصرف في ماله وعرض ذلك على الموعود له بتوجيه الدعوة للتعاقد، لا يعني بالضرورة إبرام العقد المستقبلي، بل يبقى مرهون بالتوصل إلى اتفاق على العناصر الجوهرية وربما الثانوية أيضًا للعقد النهائي، والتي يمكن أن تمر بفترة المفاوضات التي قد تطول أو تقصر بحسب طبيعة العقد، وقد تكلل بالنجاح أو تُمنّى بالفشل.

2- شروط الوعد بالتفضيل:

سنعالج هاته الجزئية بالتطرق للشروط الموضوعية للوعد بالتفضيل، ثم نعرج بعد ذلك للحديث عن الشروط الشكلية.

أ- الشروط الموضوعية للوعد بالتفضيل:

على اعتبار أن الوعد بالتفضيل عقد حقيقي، فلا مناص من توافر الأركان العامة المعروفة في العقود، وهي التراضي والمحل والسبب، فضلًا عن مدة الوعد بالتفضيل والتي

[1]- بناسي شوقي، " **ضرورة تنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، 2022، ص 88.

هي محل خلاف بين الفقهاء بشأن تحديدها من عدمه[1]، ولو أننا نتحفّظ على ركني المحل والسبب، لكون المشرع الفرنسي قد استعاض عنهما بمصطلح مضمون العقد، والذي سيكون لنا عودة إليه لدى الحديث عن هذا التعديل الذي جاءت به المادة 1128، وإلى ذلك ارتأينا المحافظة على المفهوم السابق لدى الحديث عن الوعد بالتفضيل، والوعد بالتعاقد.

أ1- التراضي في الوعد بالتفضيل:

فأمّا بخصوص التراضي، فيجب أن تتجه الإرادتين إلى إبرام العقد نفسه، أي الوعد بالتفضيل وليس عقدًا آخر مشابه له، كأن يعتقد أحد الأطراف بأنه يبرم وعدًا بالتعاقد – رغم الاختلاف الواضح بين العقدين–، كما يجب أن تتوافق الإرادتين حول نفس العقد المستقبلي، وفيما إذا كان بيعًا أو إيجارًا على سبيل المثال أو الإثنين معًا، ومثال ذلك إذا كان محل العقد المستقبلي عقارًا فيمكن أن يكون الوعد بالتفضيل منصبّا على بيعه أو إيجاره، بحسب ما اتجهت إلي إرادة الواعد في المستقبل، فإذا رغب هذا الأخير بإبرام أحد التصرفين وجب عليه الرجوع إلى المستفيد بعرض المعاملة عليه.

أ2- المحل والسبب في الوعد بالتفضيل:

أمّا بالنسبة للمحل والسبب أو ما بات يعرف بمضمون العقد، فيستوجب توافر الشروط المعروفة في القواعد العامة، فبخصوص السبب فيجب دائمًا أن يكون مشروعًا، أمّا محل الوعد بالتفضيل فيجب أن يكون موجودًا أو قابلًا للوجود، وأن يكون ممكنًا ومشروعًا أي غير مخالف للنظام العام والآداب، وبالتالي يكون الوعد بالتفضيل باطلا إذا كان محل العقد المراد

[1]– شهيدي محمد سليم و لغواطي عباس، المرجع السابق ص 406.

إبرامه باطلا أو مستحيلًا، فلا يكون محل العقد المستقبلي مما لا يجوز التعامل فيه، مع ضرورة تمتع الواعد بحق التصرف في الشيء الذي ينوي إبرام العقد بشأنه[1].

أ3- الأهلية المطلوبة في الوعد بالتفضيل:

أمّا فيما يتعلق بالأهلية وما دام الوعد بالتفضيل لا ينطوي على أي تعهد بإبرام العقد النهائي، فإنّه يكفي توافر أهلية القيام بأعمال الإدارة[2]، وتبقى العبرة بإبرام العقد المستقبلي الذي على ضوءه تتحدد طبيعة الأهلية الواجب توافرها في طرفي الوعد بالتفضيل.

أ4- المدّة الزمنية في الوعد بالتفضيل:

جاء نص المادة 1123 خاليًا من أي إشارة إلى المدة الزمنية التي يستغرقها الوعد بالتفضيل، ممّا يوحي بأن عنصر الزمن ليس من العناصر التي تدخل في إبرام هذا العقد، على العكس من ذلك في بعض العقود ومنه فالأمر متروك بيد أطراف العقد إن شاؤوا ضمّنوا عقد الأفضلية بندًا يحدد مدّة الوعد وإن شاؤوا أعرضوا عن ذلك. ولو أن البعض يرى بضرورة تحديد المدة الزمنية للوعد بالتفضيل، حتى لا يبقى الواعد أسيرًا لهذا الالتزام، وما يحمله ذلك من إرغام له على تنفيذ الاتفاق بعد وقت طويل من إبرامه، بحيث يسقط الاتفاق تلقائيًا بوصول الأجل المنصوص عليه[3]، ويثور التساؤل حول خلوّ عقد الوعد بالتفضيل من عنصر الزمن وكيفية التعامل معه، وفقًا للقانون العام للعقود فإنه يجوز إنهاء اتفاق الوعد بالتفضيل غير محدد المدّة من جانب واحد، أمّا إذا كان هذا الاتفاق جزءًا من عقد أو اتفاق

---

[1]- أحمد إبراهيم الحياري، " **التنظيم التشريعي للوعد بالتفضيل – دراسة مقارنة** –"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد الثامن، العدد الثالث، 2016، ص 59.

[2]- بناسي شوقي، " **ضرورة تنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري** "، المرجع السابق، ص 93.

[3]- Dimitri Houtcieff, **Droit des contrats**, 4e édition, bruylant, Paris, France, 2018, p 171.

رئيسي، فيكون لهما بذلك نفس المدّة أي أن بقاء الوعد بالتفضيل مرتبط ببقاء العقد الرئيسي[1].

ب- الشروط الشكلية للوعد بالتفضيل:

ترتبط الشكلية في الوعد بالتفضيل بنوع العقد المستقبلي المزمع إبرامه، فإذا كان هذا الأخير من العقود التي يشترط القانون لها شكلية معينة، وجب على الأطراف إفراغ هذا العقد في ذلك القالب (سواء كانت هذه الشكلية رسمية أو عرفية) ، أمّا إذا انتفى هذا الشرط في العقد النهائي فتكفي الرضائية في الوعد بالتفضيل، ولو أنّ الواقع العملي أثبت إصباغ هذا الأخير بطابع الشكلية لما يوفره من فوائد جمّة خاصة لجهة الإثبات، فحتّى لو كان العقد الرئيسي رضائيًا فإن إفراغه في قالب رسمي يوفر على المستفيد عبء إثبات وجوده في حال نشوء النزاع، هذا من ناحية أولى، كما أنّه يضمن الدعاية لوجوده في مواجهة الغير – في كثير من الحالات – الذي يقدم على إبرام العقد مع الواعد في ظل وجود اتفاقية التفضيل، متجاهلًا بذلك حقوق المستفيد[2].

3- أهمية الوعد بالتفضيل:

يلعب الوعد بالتفضيل دورًا بالغ الأهمية في أغلب المعاملات، فيتم إبرامه في كثير من الحالات بهدف ضمان بقاء المال محل العقد أو بعض الممتلكات بين أفراد العائلة، خاصة تلك التي تمتاز بقيمة معنوية أو رمزية، فيتم عقد الاتفاق بالتفضيل لفائدة أحد أفراد العائلة أو مجتمعين خاصة خارج الشيوع، كما يتم إبرامه بين الشركاء في بعض الشركات لبقاء رأس مالها بينهم، كما يمكن الوعد بالتفضيل أن يكون وسيلة فعّالة للبلديات مثلًا للحدّ من المضاربات العقارية على أراضيها، باشتراطها إبرام الوعد بالتفضيل لمصلحتها في عقود بيع العقارات في حال رغب المشتري في البيع مستقبلا، وبسعر لا يمكن أن يتجاوز السعر

[1]- Dimitri Houtcieff, op.cit. p 171.
[2]- Jacques Ghestin et des autres, op.cit. p 582.

المعتمد من طرفها وقت إعلان البيع من قبل الواعد، سواء بالنسبة للأفراد أو في إطار الصفقات العمومية، بهدف السماح للأشخاص بشراء هاته العقارات عن طريق آلية السوق المحمية[1]، وقد اعتبرت المحكمة أنّ إدراج مثل هذا الشرط في عقد البيع، لا يشكل بأي حال من الأحوال تعديًّا على حق الملكية[2].

ثانيا: آثار الوعد بالتفضيل

مثله مثل باقي العقود فإن الوعد بالتفضيل إذا انعقد صحيحًا رتّب آثارًا، سنتناولها من نواحٍ ثلاث، بالنسبة لطرفيه كلًّا على حدى، ثم بالنسبة للغير.

1- آثار الوعد بالتفضيل بالنسبة للواعد:

يلتزم الواعد ببقائه على وعده بتفضيل المستفيد عن غيره في حال أبدى رغبته في التعاقد، بحسب ما تضمنه عقد الوعد بالتفضيل، فإذا كان موضوع هذا الأخير بيع أو غير ذلك وجب على الواعد تقديم العرض للمستفيد، سواء من تلقاء نفسه أو وفقًا لما تم عرضه عليه من قبل طرف ثالث، وإذا انتهك حق المستفيد تحمّل المسؤولية العقدية عن ذلك.

ومنه لا تترتب مسؤولية الواعد إذا تصرف في الممتلكات أو المال محل الوعد بالتفضيل، في غير التصرف الموعود به، أي أنه إذا كان عقد الوعد بالتفضيل منصبّا على البيع فقط، فلا مجال لإثارة مسؤولية الواعد إذا تصرف في هذا المال بالهبة، أو الإيجار أو تقديمه كحصّة في الشركة وغيرها من التصرفات التي يمكن أن ترد على هذا المال، إلّا إذا كانت مدرجة في عقد الوعد، أو كانت طبيعة الوعد بالتفضيل تفرض ذلك، كتلك التي ترد على حقوق الملكية الفكرية[3]، كما لا يمكن إثارة مسؤولية الواعد عن عدم تقديمه عرضًا لفائدة

[1]- Jacques Ghestin et des autres, op.cit. p 579.
[2]- Cass. Com. 7 janvier 2004, n° 00-11692.
[3]- Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence -**, Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, 2022-2023, p 98.
https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20231108/ob_f07406_droit-des-contrats-pr-mainguy-eds-l2-g.pdf

الموعود له، إذ أن الأمر متعلق برغبة الواعد في تنفيذ مضمون هذا الاتفاق باتجاه إرادته للتعاقد، كما لا يمكن تصور إجباره على فعل ذلك، أي أن الالتزام الناشئ عن اتفاقية التفضيل لا يخضع للتنفيذ العيني، بإجبار الواعد على تقديم إيجاب للمستفيد ولو طالت المدة[1].

ويمكن أن يتقدم الواعد بعرض للمستفيد في صيغة إيجاب، من دون أن يدعوه للتفاوض كأن يحدد ثمن الشيء المبيع أو بدل الإيجار بحسب طبيعة المعاملة، فإذا قبل المستفيد بهذا العرض انعقد الاتفاق وأبرم العقد، وإن رفض المستفيد العرض المقدم برأت ذمّة الواعد وزال كل أثر لعقد الوعد بالتفضيل.

ويثور التساؤل في حال رفض المستفيد العرض المقدم من طرف الواعد، وإبرام هذا الأخير للعقد مع طرف ثالث مع تغيير بعض الشروط بناءً على عرض تقدم به هذا الطرف الثالث، فهناك من يرى أنّه على الواعد إعطاء الأفضلية للمستفيد فإذا لم يقبل بالشروط الجديدة انعقد العقد بينه وبين الطرف الثالث، وهناك من يرى بأن الواعد قد برأت ذمّته مع تقديم العرض الأول، وبالتالي لم يعد ملزمًا بتقديم عرضٍ ثانٍ رغم تغير الشروط، والتي قد تكون أكثر فائدة وملائمة للمستفيد[2].

2- آثار الوعد بالتفضيل بالنسبة للمستفيد:

من بين أهم الحقوق التي يخولها عقد الوعد بالتفضيل للمستفيد، هو منحه أولوية ورتبة تفضيلية في إبرام العقد المستقبلي، إذا أبدى الواعد رغبته في التعاقد، وقبل ذلك لا يحق للمستفيد مطالبة الواعد بتوجيه إيجاب أو حتّى دعوة للتفاوض، لأنّ طبيعة الالتزام في هذه الحالة هي الامتناع عن القيام بعمل، بمعنى أن الواعد يمتنع عن التعاقد أو التصرف في الشيء محل العقد النهائي قبل عرضه على المستفيد أولًا، أو إحالة العرض المقدم من الغير

[1]- Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence**. op.cit. p 98.
[2]- Jacques Ghestin, et des autres, op.cit. p 587.

إلى هذا الأخير، وله مطلق الحريّة في القبول أو الرفض، شريطة أن يكون التصرف الذي ينوي الواعد إبرامه مشمولًا بعقد الوعد بالتفضيل[1].

وينتقل حق المستفيد هذا إلى ورثته ويمكن نقله وتحويله إلى الغير، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، فيجوز للمستفيد من الوعد بالتفضيل أن يتنازل عن صفته كطرف في هذا العقد – سواء كان ذلك بمقابل أو من دون مقابل– إلى طرف ثالث يسمى المحال إليه، شريطة موافقة الواعد والتي يمكن أن تكون قبلية، أي أن المستفيد على اتفاق سابق مع الواعد بشأن حوالة الحق فلا حاجة لأن يحيطه علمًا بذلك، وهذا ما يؤكده نص المادة 1216 من القانون المدني الفرنسي[2].

3- آثار الوعد بالتفضيل بالنسبة للغير (ممارسة الدعوى الاستفهامية):

ابتكر المشرع الفرنسي تقنية أو آلية قانونية لتوفير الأمن القانوني وتكريس العدالة التعاقدية، حيث وضعها في يد الغير لتلافي الشك الذي يحوم حول وجود اتفاقية التفضيل ومدى توافر نيّة الاستفادة منها من قبل المستفيد، وهذا ما أتت على ذكره الفقرة الثالثة من المادة 1123 السالفة الذكر بقولها: "...يجوز للطرف الثالث أن يطلب كتابيًا من المستفيد التأكيد خلال المهلة التي يحددها والتي يجب أن تكون معقولة، وجود الوعد بالتفضيل وما إذا كان ينوي الإفادة منه..."[3]، ويبدو من خلال هذا النص القانوني أن المشرع قد اشترط الشكلية في هذا الاستفسار أو الاستجواب، وذلك من خلال اشتراطه الكتابة دون توضيحات

[1]- Radu Stancu, **L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle -comparaison entre le droit civile français et le droit roumain à la lumière du droit européen-**, thèse de doctorat au droit privé, Université de Strasbourg, 2015, p 396.

[2]- « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.
Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte… ». Article 1216 du code civil français – Not de Dimitri Houtcieff, op.cit. p171.

[3]- « … 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… » Article 1123 du code civil français.

أخرى، ما دفع بالبعض[1] إلى الإلحاح على ضرورة أن تكون ممارسة هاته الدعوى الاستفهامية عن طريق المحضر القضائي، وهو ما نؤيده بالنظر لما توفره هاته الطريقة من حجية وضمان لتبليغ الطرف المعني. فيما ينصح البعض الآخر[2] بضرورة إرسال الاستجواب كتابة عن طريق خطاب مسجل مع إشعار بالاستلام على الأقل، وهي الحد الأدنى من ضمان وصول الاستجواب وإقامة الحجة على المستفيد.

ويفترض لممارسة الدعوى الاستفهامية من طرف الغير الذي ينوي التعاقد مع الواعد، علمه – أي الغير– بوجود عقد الوعد بالتفضيل، أو على الأقل قامت لديه شكوك حول وجود هذا العقد، فإن لم يقم لديه العلم أو الشك في هذا الشأن، فلا داعي لممارسة هاته الآلية[3]، ولو أننا نرى بأن الغير يمكنه الاستفسار لدى الواعد في حدّ ذاته عند الشك، كما أن هذا الأخير يمكنه أن ينهي إلى علم الطرف الثالث بوجود اتفاق الأفضلية في حال جهله بذلك.

وقد سكت المشرع عن الشكل الذي يأخذه ردّ المستفيد، وما إذا كان يخضع لقاعدة توازي الأشكال أو يأتي الردّ بالطريقة التي يراها المستفيد مناسبة، وإذا جاء ردّه بنفي نيّته في الإفادة من الوعد بالتفضيل وبالتالي عدم اتجاه إرادته إلى إبرام العقد المستقبلي، وما إذا كان هذا النّفي يبرء ذمّة الواعد أم أنّه يثبت حسن نيّة الطرف الثالث فقط، في ظلّ صعوبة إثبات غش هذا الأخير، إذ يتعيّن على المستفيد إثبات علم الطرف الثالث بوجود اتفاقية التفضيل، بالإضافة إلى علمه بنيّة الموعود له في الاستفادة من الأفضلية، وما يثيره هذا الأمر الثاني من صعوبة[4]، وهذا في الحقيقة قد يدفع بالطرف الثالث – إذا كان سيء النية – إلى الإقبال

---

[1]– بناسي شوقي، " **ضرورة تنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري** "، المرجع السابق، ص 103.

[2]- Hacene Anaïs, « **La formation du contrat dans l'ordonnance du 10 février 2016 : une codification, des évolutions, mais pas de révolution** », Rev juridique de l'Ouest, 2017, p54.
doi : https://doi.org/10.3406/juro.2017.4893

[3]– أشرف جابر، " **الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية– لمحات في بعض المستحدثات**– "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد الخامس، العدد الثاني، ملحق خاص، 2017، ص 301.

[4]- Hacene Anaïs, op.cit. pp 54-55.

على إبرام العقد مع الواعد، بالرغم من قيام شكوك عنده حول وجود عقد الوعد بالتفضيل أو حتّى علمه بوجوده، إذا كان يعلم مسبقًا بصعوبة وصول المستفيد إلى إقامة الدليل على علم الطرف الثالث بالاتفاقية ونيّته في التمسك بها، وهو ما أسماه البعض بشرط الإثبات المزدوج[1]، وهو ما اشترطه المشرع بنص المادة 1123 في فقرتها الثانية[2]، حيث أكد على ضرورة إثبات هاتين القرينتين لأجل ممارسة حقّه، وهو الأمر الذي قد يوحي للطرف الثالث بالالتفاف حول إجراء الدعوى الاستفهامية، إذا وقع في نفسه شك أو يقين أن ممارسة هذا الإجراء سيكون بمثابة حافز للمستفيد، يدفعه إلى إبرام العقد المستقبلي في حال تردّده، ممّا يفوت الفرصة عليه في الاستفادة من هذا التردد والظفر بالصفقة.

أمّا في حال سكوت المستفيد عن الرد عن الدعوى الاستفهامية، فهذا يعتبر بمثابة تنازل عن حقّه في الاستفادة من الوعد بالتفضيل، وهو ما يتماشى واتجاه المشرع في تعميم مبدأ حسن النيّة في العلاقات السابقة عن التعاقد، وهي غاية تسمو على المصالح الضيقة لبعض الأطراف، وفيها ما يعزز الأمن القانوني والعدالة التعاقدية التي يسعى المشرع إليها[3].

الفرع الثاني: الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد

أقرّ المشرع المدني الفرنسي بوجود عقد الوعد الملزم لجانب واحد أو الوعد أحادي الجانب كما يسميه البعض، ولم يتطرق للوعد بالتعاقد الملزم لجانبين، وسنحاول التعرض لمفهوم هذا العقد، ثمّ نبين الآثار التي تنجم عنه.

---

[1]– شهيدي محمد سليم و لغواطي عباس، المرجع السابق ص 408.

[2]- « …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… ». Article 1123 du code civil français.

[3]– محمد عرفان الخطيب، " **المبادئ المؤطّرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، 2019، ص 213.

أولا: مفهوم الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد

سنحاول في هذه الجزئية الوقوف على تعريف هذا العقد، لنعكف بعد ذلك على تبيان شروطه، لننتهي إلى التفرقة بينه وبين الإيجاب الملزم.

1- تعريف الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

جاء في مشروع أولي لتعديل القانون المدني الفرنسي بأنّ " الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو ذلك الاتفاق الذي يتعهد بموجبه أحد طرفيه للآخر، والذي يقبل مبدأيًا هذا التعهد المتعلق بإبرام عقد تحددت عناصره الأساسية، ولا ينقص لانعقاده إلاّ قبول المستفيد "، ومن خلال هذا التعريف يظهر أن التزام الواعد بإبرام العقد النهائي ، الذي هو موضوع الوعد، إنما هو التزام فوري وقطعي من حيث المبدأ، إذ لا حاجة إلى انتظار تعبير جديد عن الإرادة من الواعد لينعقد العقد، لأنه قد تمّ بالفعل إعلان إرادته وإبداء موافقته على العقد النهائي، ولم يبق إلّا موافقة الموعود له[1].

هذا وقد عرفه المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1124 من القانون المدني على أنه: " الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو ذلك العقد الذي يمنح بمقتضاه أحد الطرفين يسمى الواعد، الطرف الآخر ويسمى المستفيد، الحق في إبرام العقد المستقبلي والذي تحددت عناصره الأساسية، ولا ينقص لإبرامه إلّا قبول المستفيد "[2]، ومن خلال هذا التعريف يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد حصر الوعد بالتعاقد في صورة واحدة، وهي صورة الوعد الملزم لجانب واحد، وجاء هذا انعكاسًا لقناعته بأن الوعد الملزم لجانبين لا يحتاج إلى تنظيم، ومردّ

[1]- « La convention par laquelle une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de conclure un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire », Article 34 du projet de réforme du droit des contrats, Jacques Ghestin, et des autres, op.cit. pp 595-596.

[2]- « 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… ». Article 1124 du code civil français.

ذلك لاحتوائه على جميع الشروط التي يحتاجها العقد النهائي، بما في ذلك رضا الطرفين[1]، والشيء الملاحظ كذلك هو عدم ربط الوعد بالتعاقد أحادي الجانب بعقد البيع كما هو الحال في بعض التشريعات، وفي القانون المدني الفرنسي قبل التعديل، بل جاء شاملًا لجميع العقود، وبذلك يمكن للأطراف إبرام عقد الوعد الذي يحتاجونه وفقًا لمبدأ سلطان الإرادة.

ويرى البعض[2] أنه كان حريًا بالمشرع الفرنسي أن لا يخوض في صياغة التعريفات في قانون العقود، تماشيًا مع القوانين المدنية المقارنة الحديثة، ولأن التعريفات هي من صلب أعمال الفقهاء، أضف إلى ذلك حقيقة أن أي تعريف لا يمكن أن يخلو من العيوب والنقائص، وهو ما يجعله في مرمى الانتقادات.

جاء الوعد بالتعاقد أحادي الجانب في إطار إصلاح المنظومة القانونية الفرنسية، لمواءمة القانون المدني مع القوانين الأوربية الأخرى وتدوين بعض السوابق القضائية التي درج القضاء الفرنسي على تبنيها، ومهما يكن من أمر فإن الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، هو من العقود التمهيدية التي تسبق إبرام العقد، والغرض منها هو التعاقد اللاحق، وتظهر فائدته في الحالات التي يتفق فيها الأطراف على العناصر الأساسية للعقد، في حين يبدو من غير المناسب إبرامها في الحال أو إذا كان هناك عائق يحول بينهم وبين إبرام العقد النهائي[3]، وهو ما يصبّ في مصلحة المستفيد الذي يحتفظ بمنفعة الوعد، من خلال الإبقاء على حريته في إبرام العقد النهائي من عدمه، ومن هذا المنظور يكون له الوقت الكامل والكافي لدراسة الفرصة المتاحة له، واتخاذ كافة التدابير اللازمة لتنفيذ العملية التعاقدية

[1]– شهيدي محمد سليم، " **الوعد بالتعاقد في ظل الاتجاهات الحديثة في قانون العقود** "، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد الثامن، العدد الثاني، 2021، ص 766.

[2]– بلحاج العربي، " **الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016** "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، إصدار دوري إضافي، العدد الثالث، 2021، ص 204.

[3]- Radu Stancu, op.cit. pp 307-308.

المخطط لها[1]، كما يجوز تضمين عقد الوعد الملزم لجانب واحد الأسباب الكامنة وراء إبرامه، أو الأمر الدافع إلى ذلك والذي حال بين الأطراف وإبرام العقد النهائي، كأن يكون إبداء رغبة المستفيد الموعود له متوقف على الحصول مثلًا على تصريح إداري أو قرض، فإذا تحقق هذا الأمر سيتم إبرام العقد، وإن كان العكس برئت ذمّة الواعد وأمكنه ذلك من التعامل مع الغير أو صرف نظره عن التعاقد نهائيًا[2].

2- شروط الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

ونستهل الحديث عن هاته الشروط بتلك المتعلقة بالموضوع، لننتهي إلى الشروط التي تهم شكل العقد في حدّ ذاته.

أ- الشروط الموضوعية للوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

بما أن الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو عقد فلا بدّ أن تتوافر فيه الأركان المعروفة في القواعد العامّة، بدءًا بالتراضي وهو تبادل الإيجاب والقبول بين الواعد والموعود له، على أن ينصبّ قبول الموعود له للوعد فقط دون إبداء الرغبة بإبرام العقد النهائي، على عكس الواعد الذي يعرب عن قبوله إبرام العقد النهائي من خلال عقد الوعد، أمّا مضمون هذا الأخير فيتسّجد من خلال توافر العناصر الجوهرية للعقد المستقبلي، ويتوقف هذا الأمر على طبيعة العقد في حدّ ذاته، فإذا كان العقد المستقبلي بيعًا وجب تحديد الشيء المبيع تحديدًا نافيًا للجهالة، و كذا تحديد الثمن الذي يجب دفعه، مع وجوب مراعاة المشروعية وعدم مخالفة النظام العام والآداب.

[1]- Jacques Ghestin et des autres, op.cit. p 597.
[2]- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, **Droit des contrats spéciaux**, 8e édition, LGDJ, paris, France, 2016, p 94.

أ1- الأهلية المشترطة في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

وبالنسبة للأهلية فهي تختلف من طرف لآخر، ففيما يخص الواعد فيجب توافر الأهلية اللازمة لإبرام التصرف الموعود به وقت صدور الوعد من جانبه، أي أن العبرة بوقت إبرام العقد التمهيدي، فإذا كان الوعد ضارًا به ضررًا محضًا وجب توافر أهلية التبرع فيه، وأمّا بخصوص الموعود له فتكفيه أهلية التمييز ما دام لا يلتزم بأي شيء في هذا العقد التمهيدي، ويحتاج للأهلية الكاملة وقت إبداء الرغبة في التصرفات الضارة أو تلك الدائرة بين النفع والضرر، مع ضرورة خلوّ إرادة الطرفين من العيوب، سواء عند إبرام الوعد أو عند إبداء الرغبة[1].

أ2- المدّة الزمنية في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

لم يأتي النص على ذكر المدّة التي يبقى فيها الواعد ملتزمًا بوعده، والتي تعتبر من بين الأمور المهمّة التي يجب النّص عليها في عقد الوعد، حتّى لا يكون هذا الأخير مصدرًا للنزاع مستقبلًا، وحجة للتهرب من الالتزام المترتب عن عقد الوعد والتملص منه، كما أنّه لا يمكن لأحد أن يبقى ملتزمًا مدى الحياة في إطار ما يعرف بالالتزامات المؤبّدة، وهو ما يتنافى والنصوص القانونية التي تكرس الحريّة الشخصية[2]، ومنه يمكن أن نستنتج أنّ المدّة ليست من أركان العقد ولا شروط صحته، أي أنّ عدم النص على المدّة في هذا الشأن لا يؤثر على صحّة العقد، بل يكون العقد صحيحًا مرتبًا لكافة آثاره.

مبدئيًا عادة ما يتم تحديد مدّة الوعد من قبل الأطراف، فإذا لم يتم تحديد هاته المدة جاز للواعد وبعد مدّة معقولة أن يخطر المستفيد بضرورة ممارسة حقه، سواء عن طريق

[1]- بلحاج العربي، " **الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016** "، المرجع السابق، ص 213.

[2]- Hacene Anaïs, op.cit. p 57.

إبداء الرغبة أو إبراء ذمّة الواعد بالتخلي عن هذا الحق[1]، وهو ما درج القضاء عليه في هذا الشأن، حيث أقرت السوابق القضائية في حال خلوّ عقد الوعد من المدّة، مكنة تقديم إشعار رسمي من طرف الواعد للمستفيد، لاتخاذ موقف من عقد الوعد خلال مدّة زمنية محددة بموجب هذا الإشعار، خاصة وأنّ المشرع لم يذكر تقنية الاستجواب كما فعل حين تناول الوعد بالتفضيل، وبالتالي تبرأ ذمّة الواعد بانقضاء هاته المدّة[2]، وإن لم يتم إخطار المستفيد، فإنّ هذا الحق يسقط مثل أي حق شخصي بمضي 05 سنوات، طبقًا لنص المادة 2224 من القانون المدني، كما يمكن للمحكمة أن تستشف من ظروف معينة أنّ الموعود له قد تخلّى عن ممارسة حقه من الوعد[3]، وكان بإمكان المشرع النص على المدّة في نص المادة 1124، لكنه فضّل استبعادها مؤكدًا بذلك على الثقة التي يضعها في قضاءه وطريقة تعامله مع هذه المسألة من خلال السوابق والأحكام المتواترة، كما يعدّ بمثابة توسعة لإرادة الأطراف بإعطائهم حرية أكبر تتماشى وتوقعاتهم المشروعة من العقد، والتي قد تضطرّهم – أحيانًا – لأسباب أو لأخرى عدم تحديد هذه المدّة، على الرغم من وجود نص المادة 1210 الذي يحظر الالتزامات المؤبدة[4].

ب– شرط الشكلية في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

لم يتعرض المشرع المدني للشكلية في نص المادة 1124، والتي تناولت عقود الوعد بالتعاقد الملزمة لجانب واحد بصفة عامة، ممّا يوحي بضرورة تطبيق النصوص الخاصة فيما يتعلق بكلّ عقد على حدى، وهذا ليس بالغريب على نصوص الشريعة العامة التي يتم الرجوع إليها في حالة اللبس، ولما توفره من حلول بالنظر لما تكتسيه قواعدها من عمومية وتجريد، ولو أنّ الواقع العملي والتطور الذي شهدته المعاملات أثبت لجوء أطراف الوعد

[1]- Philippe Malaurie et des autres, **Droit des contrats spéciaux**, op.cit. p88.
[2]- Hacene Anaïs, op.cit. p 57.
[3]- Philippe Malaurie et des autres, **Droit des contrats spéciaux**, op.cit. p88.
[4]– شهيدي محمد سليم، المرجع السابق، ص 768.

بالتعاقد إلى الكتابة، والتي تكون في أغلبها رسمية لتلافي أيّة مشاكل أو نزاعات مستقبلية، بالاعتماد على خبرة وحنكة أهل الاختصاص.

لكن المشرع أوجب تسجيل كل الوعود بالتعاقد التي ينصب محلّها على الحقوق العقارية بكافة أنواعها، بما في ذلك البيع، ويسري نفس الشيء على تداول مختلف الأصول التجارية، ونصت على ذلك المادة 1589-2[1] من القانون المدني الفرنسي، والتي حلّت محل المادة 1840، على أن تتم عملية التسجيل في غضون عشرة (10) أيام من تاريخ انعقادها تحت طائلة البطلان، ويسعى المشرع بهذا الحكم إلى محاربة التهرب الضريبي، خاصة عند نقل الحقوق المتحصل عليها بموجب عقد الوعد إلى الغير بطريقة خفيّة[2]، ولو أن البعض يرى في عقوبة البطلان كأثر على عدم تسجيل عقد الوعد خروج عن بعض المبادئ التي استقر عليها المشرع، خاصة ما تعلّق بالقوة الملزمة للعقد التي يقدسها في هذا الشأن، وكان حريًا بالمشرع أن يرتب على ذلك عقوبات جبائية مع الإبقاء على صحة العقد[3].

3- الوعد بالتعاقد أحادي الجانب والإيجاب الملزم:

إذا عبّر الموجب له عن قبوله للإيجاب، انعقد العقد متى اتصل هذا القبول بعلم من صدر منه الإيجاب، ونفس الشي بخصوص عقد الوعد، فإذا عبّر الموعود له عن رغبته بالقبول، انعقد العقد مباشرة باتصال هذا التعبير بعلم الموجب، ولذلك قد يتبادر إلى الأذهان

[1]- « Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date. » Article 1589-2 du code civil français.

[2]- Radu Stancu, op.cit. p 312. Voir aussi Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence -**, op.cit. p 88.

[3]- شهيدي محمد سليم، المرجع السابق، ص 769.

أن الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد و الإيجاب الملزم هما وجهان لعملة واحدة[1]، لكونهما يتضمنان العناصر الأساسية للعقد ناهيك عن ارتباطهما بمدّة زمنية، ينعقد العقد بإعلان الطرف الثاني قبوله خلالها، إلاّ أن هذا التشابه لا يغني عن حقيقة الاختلاف الموجود بينهما، ومواضع هذا الأخير متعددة، فمن حيث المصدر ينشأ الإيجاب الملزم عن الإرادة المنفردة، على عكس الوعد الذي هو عقد بالمعنى القانوني الكامل، إذ ينشأ بتطابق الإرادتين بين الواعد والموعود له، كما يختلفان من حيث الجزاء المترتب عن الرجوع أو العدول، ففيما يخص الإيجاب الملزم الذي يرجع فيه صاحبه يترتب عليه التعويض قصرًا، إذ لا مجال إلى إعمال التنفيذ العيني ما لم يعلن الموجب له قبوله، ناهيك عن اتصال هذا القبول بعلم من صدر منه الإيجاب الذي ينعقد به العقد، على العكس منه بالنسبة للوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، والذي قد تصل عقوبة النكول عنه إلى حدّ التنفيذ العيني، أو حلول الموعود له مكان الطرف الثالث عملًا بالقوة الملزمة للعقد إذا ما توافرت الشروط التي يتطلبها الحلول[2].

ثانيا: آثار الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد

إذا انعقد الوعد بالتعاقد أحادي الجانب صحيحًا مستجمعًا كل الأركان والشروط، فإنه لا محالة من ترتّب عدّة آثار عليه، تكون في شكل التزامات وحقوق بين أطرافه، وسنحاول فيما يأتي بيانه التطرق لها في مرحلتين أساسيتين، يكون إبداء الرغبة من قبل المستفيد هو الحدّ الفاصل بينهما.

[1]– لخضاري محمد، **العقود الممهدة في البيوع العقارية والحماية القانونية للمتعاقدين**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2020–2021، ص 29.

[2]– بلحاج العربي، " **الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016** "، المرجع السابق، ص ص 207–208.

1- آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الرغبة:

خلال المدّة الصريحة أو الضمنية التي يستغرقها الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، يبقى الواعد في انتظار أن يمارس المستفيد الخيار بإبرام العقد من عدمه، ويظل هو المالك وصاحب الحقوق ولو كان العقد الموعود به ناقلًا للملكية[1]، وعليه يحق للواعد الاستئثار بثمار الشيء محل العقد، كما أنه يتحمّل تبعة الهلاك، إلاّ أنّه لا يحق له التصرف فيه لأنّ تصرّفه هذا يكون سيكون تحت طائلة البطلان النسبي.

إن منع الواعد من التصرف فيما يملك بموجب عقد الوعد بالتعاقد يمكن أن يكون مكلفًا بالنسبة للمستفيد، إذ يحق للواعد في هذا السياق أن يطلب مبلغًا من المال كمقابل لغلّ اليد عن التصرف، وهو ما يعرف بمبلغ التجميد "Indemnité d'immobilisation" أو مبلغ التثبيت، فإذا قرر المستفيد التعاقد يدخل هذا المبلغ في قيمة الصفقة، أمّا إذا انقضت مدّة الوعد دون إعلان المستفيد رغبته بالتعاقد خسر هذا المبلغ[2]، وبخصوص هذا المبلغ وطبيعته القانونية، يرى فيه البعض بأنّه يشبه إلى حدّ كبير الشرط الجزائي، من حيث إمكانية مراجعته عن طريق القضاء، حيث يمكن تخفيضه في حال كانت قيمته كبيرة نسبيًا، ولو أن الشرط الجزائي ذو طابع عقابي غرضه جبر الضرر، على عكس مبلغ التجميد[3]، فيما يرى البعض الآخر بأنّه يشبه إلى حدّ كبير العربون، وهو الأمر الذي نميل إليه ببعض التحفظ، لما لمبلغ التثبيت من خصوصية، تكمن في تنظيمه من طرف المشرع في 2009 بموجب القانون المتعلق بالتعبئة من أجل السكن ومكافحة الإقصاء، حيث أضاف نص المادة 290 من تقنين البناء والإسكان ذات الصلة بالبيع العقاري، التي أكّدت فقرتها الثانية على ضرورة إيداع

[1]- Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence -**, op.cit. p 89.
[2]- Radu Stancu, op.cit. p 311.
[3]- Daniel Mainguy**, Droit des contrats - Des cours de licence -**, op.cit. p 87.

مبلغ للتعويض عن التثبيت أو التجميد لدى الموثق المعني بتحرير المعاملة، والذي يجب أن لا يقل عن 5% من ثمن البيع المتفق عليه بين الأطراف[1].

وطالما لم يمارس الموعود له حق الخيار، فإن العقد الموعود به لا ينعقد ولا يكون للمستفيد حقّا على محل العقد، وإنّما يكون له حق شخصي في ذمّة الواعد وهو حق المطالبة بإبرام العقد، على أن لا تكون المطالبة خارج الأجل، غير أن هذا لا يمنع من اتخاذ إجراءات احترازية من طرف الموعود له للمحافظة على الشيء محل العقد، هذا ويمكن للورثة الحلول مكان المستفيد حال موته بانتقال كل الحقوق الناشئة عن الوعد بالتعاقد إليهم، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك[2]، أمّا إذا تصرف الواعد في الشيء محل الوعد إلى طرف ثالث قبل إبداء الرغبة وقبل انتهاء المدّة، جاز للمستفيد المطالبة بإبطال العقد المبرم مع الطرف الثالث، بشرط إثبات سوء نيّة الطرف الثالث الذي يتجسد من خلال علمه بوجود عقد الوعد[3]، وفي حال عجزه عن الإثبات فلا يكون له إلاّ الرجوع بالتعويض على الواعد على أساس المسؤولية العقدية، مع استرجاع مبلغ التثبيت إن كان دفعه للواعد.

2- آثار الوعد بالتعاقد بعد إبداء الرغبة:

إذا صدر القبول عن الموعود له واتصل بعلم الواعد انعقد العقد مباشرة في لحظة العلم هاته، ويرتب العقد النهائي جميع آثاره، وتنتقل ملكية الشيء محل العقد إذا كان هذا الأخير ناقلًا للملكية، وعليه يكون للمستفيد ما يكون للمالك من حقوق، إذ يحقّ له التصرف في

---

[1]- « La promesse unilatérale de vente mentionnée à l'article L. 290-1 prévoit, à peine de nullité, une indemnité d'immobilisation d'un montant minimal de 5 % du prix de vente, faisant l'objet d'un versement ou d'une caution déposés entre les mains du notaire » . Article L.290-2 du **code de la construction et de l'habitation** du Loi n°2009-323 du 25/3/2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.

- أنظر شهيدي سليم، المرجع السابق، ص 764 وما بعدها.

[2]- Philippe Malaurie, et des autres, **Droit des contrats spéciaux**, op.cit. p 86. Voir aussi Daniel Mainguy**, Droit des contrats - Des cours de licence -**, op.cit. p 89.

[3]- « …Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. », Article 1124 du code civil français.

الشيء على أي وجه يراه مناسبًا، كما أنّه يستأثر بثماره ويتحمّل تبعة الهلاك إبتداءًا من ذلك التاريخ، ما لم يكن الهلاك بخطأ الطرف المتعاقد معه[1].

وثار الجدل بخصوص نكول الواعد عن إبرام العقد النهائي، حيث استقرت السوابق القضائية على تشجيع الرجوع عن الوعد من خلال منح تعويضات بسيطة للمستفيد، عوض الحكم بالتنفيذ القسري أو الجبري للعقد، لكن بعد الحكم الذي قررته المادة 1124 من القانون المدني الفرنسي، يمكن القول أنّه بات من الصعب النكول والرجوع عن الوعد، حيث خولت للموعود له حال ممارسة حقه بالخيار المطالبة بالتنفيذ الجبري للعقد الموعود به[2]، ففي حكم[3] صدر عن الدائرة المدنية لعام 1993، رفضت بموجبه المحكمة التنفيذ الجبري للالتزام بإبرام العقد الموعود به، لدى نكول الواعد بوعده خلال المدّة المقررة لعقد الوعد، ولو أن المستفيد لم يعلن عن رغبته في التعاقد بعد، لكن حال تلقيه خبر الرجوع لجأ إلى المحكمة لتنصفه، فبررت هذه الأخيرة رفضها بأن تراجع الواعد يمنع تطابق الإرادتين، معتبرة التزام الواعد بمثابة التزام بالقيام بعمل، ولا يمكن إجباره على ذلك لأن هذا يتنافى ونص المادة 1142 مدني قبل إصلاح 2016، وفي الفقه الفرنسي هناك اتجاهان بشأن التنفيذ الجبري العيني للعقود التمهيدية بصفة عامة، بين مؤيد لهذه الفكرة ومعارض لها.

أ- الاتجاه الرافض للتنفيذ الجبري للعقود التمهيدية:

ففيما يذهب الجانب المعارض للتنفيذ القسري للعقد إلى اعتبار أنه يجوز للواعد النكول عن وعده، مستندًا في ذلك على حجّة المساس بالحريّة الشخصية، ناهيك عن أنّ الأسباب التي تدفع بالواعد إلى الرجوع عن وعده، ستكون حتمًا – وكأصل عام – أسبابًا وجيهةً، نظرًا

[1]- Radu Stancu, op.cit. p 330.

[2]- Mustapha Mekki, « **Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? (1re partie – Le contrat)** », p 9 sur le lien : https://mustaphamekki.openum.ca › 2016/12. Visité le 21/09/2023 à 12:30.

[2]- Civ. 3, 15 Décembre 1993, 91-10.199.

لتغير الظروف التي زامنت إبرام العقد التمهيدي، فيما ذهب بعض الباحثين[1] المعارضين لهذه الفكرة قبيل التعديل الذي مس القانون المدني الفرنسي إلى أبعد من ذلك، إلى اعتبار التنفيذ الجبري للوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد من طرف المشرع بأنه سيكون غير دستوري، لأنه ببساطة يتنافى مع المادة الرابعة من حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، إذ يتمّ إجبار الشخص على نقل ملكية الأموال التي يحوزها، في حين لم يعد يرغب في ذلك معلنًا هذا الأمر صراحة، وقبل إعلان المستفيد رغبته بالتعاقد، وبالتالي يتم إجباره على أداء التزام شخصي رغمًا عنه، وهو ما يشكل تدخلًا غير مناسب في حريّة التعاقد.

ب- الاتجاه المؤيّد للتنفيذ الجبري للعقود التمهيدية:

يذهب الاتجاه المساند للتنفيذ الجبري للعقد الموعود به، أن هاته العقوبة المطبّقة على الواعد الذي نكل بوعده، إنّما هي ترجمة حتمية ونتيجة ضرورية لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لأنّ الواعد قد أبدى رغبته وعبّر عن إرادته تعبيرًا باتًّا غير قابل للرجوع فيه[2]، وهو الرّاجح والمستقرّ عليه الأمر فقهًا وقضاءً، ذلك أنّ إعمال فكرة التراجع عن العقود التمهيدية بصفة عامّة؛ يهدّد استقرار المعاملات والمراكز القانونية النّاشئة عنها.

حاولنا في هذا الجزء من البحث، أن نحيط ولو بشكل مختصر بالجانب النظري للمرحلة التي تسبق التعاقد، وذلك بالعمل على إبراز معنى مختلف المصطلحات والوقوف على تبيان أغلب التصرفات التي تتخلل هذه المرحلة الحساسة من حياة كمّ هائل من العقود، والتي باتت محل اهتمام مختلف التشريعات، هذا الاهتمام الذي أصبح ضرورة أملتها ظروف قانونية واقتصادية، دفعت بالقانون وخاصة قانون العقود إلى مواكبة التطورات الحاصلة في

[1]- Muriel Fabre-Magnan, **De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente**, dernière plaidoirie avant adoption du projet de réforme du droit des contrats, D. 2015, p. 826. Citer par : Hacene Anaïs, op.cit. p 58.

[2]- Damien Grimaud, **L'exécution forcée des avant-contrats** , communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007, p 142.

هذا المجال، حيث تعرضنا لبعض المفاهيم كالمفاوضات و طرق سيرها، ومختلف التصرفات التي تنعقد بمناسبتها، بداية من اتفاق التفاوض مرورًا بخطابات النوايا لننتهي إلى بعض العقود النهائية، والتي تمهّد بشكل كبير لانعقاد العقد المستقبلي، الذي باشرت الأطراف التفاوض لأجل إبرامه، والتي تجسدت في الوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد.

الفصل الثاني: ضمانات العدالة التعاقدية في مرحلة المفاوضات

بعدما تطرّقنا للجانب المفاهيمي للمفاوضات ولو بشكل مختصر إلى حدّ ما، وتعرّفنا على طرق سيرها بين الأطراف مع تبيان مختلف التصرفات القانونية التي يمكن أن تتخلّلها، سنسعى فيما يأتي من مجريات هاته الدّراسة إلى تناول مختلف الضمانات التي جاءت لتكريس العدالة التعاقدية في هذه المرحلة الحسّاسة من حياة العقد، ضمانات عمل المشرّع المدني الفرنسي من خلالها على سدّ الفراغ التشريعي وكسر صمته المطبق على العمليّة التفاوضية برمّتها لما يزيد عن قرنين من الزّمن، عرفت فيها العقود بصفة عامة طفرة من التطوّر وبوتيرة متسارعة فرضت على المشرّع مسايرة الوضع والاستجابة لهاته المعطيات، واقتناعه أنّه بات من الضروري فرض التزامات قانونية تكفل العدالة بين الأطراف، تكون بمثابة الدعامات والركائز التي تُبنى عليها المفاوضات، ويكون بذلك قد أرسى لاستحداث المبادئ التي تحكم هذه المرحلة، والتي ستكون بمثابة المحطّة الأولى في هذا الفصل، حيث سنعمد إلى التعرض لهاته المبادئ محاولين الإحاطة بمختلف جوانبها، مع إظهار الجانب الحداثي فيها، لنخصّص المحطّة الثانية من هذا الفصل للوقوف عن الآثار المترتّبة عن مخالفة هاته المبادئ والاخلال بمضمونها، والتي تتمثّل في المسؤولية المدنية النّاشئة عنها، وسنعمل على إظهار موقف المشرّع من طبيعة المسؤولية في مرحلة المفاوضات، وتبيان مختلف الأضرار التي يمكن أن تفرزها، والإشارة إلى الحدود التي يمكن أن تصل إليها العقوبات المقررة بشأنها.

المبحث الأول: المبادئ الّتي تحكم المفاوضات

تضمّن القانون المدني الفرنسي الجديد ثلاثة مبادئ أساسية تقوم عليها المفاوضات، حيث استحدث المشرّع صراحة المبدأ الأول المتعلق بالحرية التفاوضية، فأكّد في هذا الإطار على حرية الأطراف في التفاوض، وعدم إلزامهم بإبرام العقد الذي دارت المفاوضات بشأنه، كما شدّد المشرع على ضرورة التفاوض بحسن نيّة، بعدما كان هذا المبدأ محصورًا في مرحلة تنفيذ العقود في القانون القديم، واستحدث ولأول مرة المبدأ الثالث في نصوص القانون المدني، والذي جسّده في الالتزام بالإعلام وما يفرضه بدوره من التزامات على الدائن به، وسنحاول التعرض لهاته المبادئ المؤطرة لمرحلة المفاوضات في مطالب ثلاث، ولو أنّ هاته المبادئ كان قد استقرّ عليها الفقه والقضاء، ولكنّ المشرّع قد عمل على تقنينها بموجب النّصوص القانونية، وهو ما يضع حدّا للخلافات الفقهية حول بعض المسائل المثيرة للجدل، كما يعمل على انتاج أحكام قضائية متماثلة ومتناسقة.

المطلب الأول: مبدأ حريّة التفاوض

إن الحديث عن حريّة التفاوض يجرّنا بالدرجة الأولى إلى تناول الحريّة التعاقدية، والمشتقة من مبدأ سلطان الإرادة والذي يبدو أنّه ومن حيث الأصل لا يوجد خلاف حول تشبّع القانون المدني الفرنسي به، إذ كان يستشف من بين ثنايا نصوصه، ولو أن المشرع الفرنسي وبعد الإصلاح الجذري لمدونة نابليون، مال إلى النصّ عليه صراحة في إطار السياسة التي تبنّاها الإصلاح، أو على الأقل هذا ما تمت الإشارة إليه في التقرير المرفوع لرئاسة الجمهورية الفرنسية، والذي يَدعم فكرة الأمن القانوني والعدالة التعاقدية، بضرورة جعل نصوص القانون المدني أكثر وضوحًا و انسجامًا وجاذبية، وكان بوسعنا أن نتناول مبدأ سلطان الإرادة ككل، لكنّنا آثرنا أن نتعرض للحريّة التعاقدية على اعتبارها من أهم المبادئ التي تقوم عليها فكرة التعاقد بصفة عامّة والتفاوض على العقود بصفة خاصة، وعليه

سنسعى إلى تبيان تفرعات هاته الحريّة التعاقدية، التي أتت على ذكرها المادة 1102[1] والتي بالضرورة أو من باب الأولى أنّها تشمل التفاوض على العقود، ولو أنّ هاته الحريّة لن تكون مطلقة مما يدفعنا إلى الحديث عن الحدود التي تقف عندها هاته الحريّة، دون أن نهمل نص المادة 1112 والذي جاء بدوره للتأكيد على حريّة التفاوض.

الفرع الأول: مظاهر الحريّة التعاقدية

قضت المادة 1102 بأنّه: " لكل شخص الحرية في التعاقد من عدمه، وفي اختيار الشخص المتعاقد معه، وتحديد مضمون وشكل العقد... "، لم تشهد نصوص القانون المدني مثل هذا الوضوح الذي يلقي بظلاله على الكثير من المواد، فقد أتى على تفصيل الحريّة العقدية بتناول جميع جوانبها والتي سنعرضها فيما يلي.

أولًا: حريّة إنشاء الالتزام العقدي من عدمه

أكدّ الفقه ومنذ زمن بعيد على أن الحريّة هي الأساس الذي تقوم عليه جميع الحقوق المدنية، من خلال عدّة تطبيقات لها كأن يكون الشخص سيّدًا على نفسه، وأن يمتلك أموالًا تلبي احتياجاته، عن طريق التعاقد بحيث يكون قادرًا على التصرف بنفسه في جميع أمواله[2]، وحق الملكية مكفول وتتم حماية حرية المالك من خلال ضمان حريته في ممارسة مختلف التصرفات الواردة على ملكيته، بمعنى أن القانون يحمي حق الشخص في التصرف في أصوله، إذا ما رغب في وضع هذه الأخيرة للتداول[3]،وعلى اعتبار أنّ العقد أهم مصدر

---

[1]- « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.
La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. » Article 1102 du code civil français.

[2]- Cambacérès, Rapport fait à la convention sur le deuxième projet, 13 fructidor an II (9 septembre 1794), Fenet, t. 1, p. 100. Citer par David Deroussin, « **Le contrat à travers le Code civil des Français** », Rev « Histoire de la Justice », Éditions Association Française pour L'histoire de la Justice, 2009, p259. Visité le 18/10/2023. Sur : https://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2009-1-page-247.htm

[3]- Yves-Marie Laithier, **La distinction entre " intérêt positif " et " intérêt négatif " à l'épreuve des avant-contrats**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007, p 169.

للالتزام، فقد أعطى المشرّع للشخص الحريّة في الدخول في علاقة تعاقدية من عدمه، فالإرادة هي التي تقوم على إنشاء الالتزام أو تعديله أو تحويله أو إنهائه، بحيث وسّع من خيارات هاته الحرية بشكل كبير، مراعيًا في ذلك ضرورة تماشيها مع التطورات الحاصلة وحالة الانفتاح الاقتصادي التي أسفرت عن بروز أشكال جديدة من التعاقد لم تكن في موجودة في زمن واضعي القانون المدني الفرنسي القديم[1]، وعليه تكون للشخص كامل الحريّة في التصرف فيما يملك من عقارات أو منقولات، مهما كان نوع التصرف سواء عن طريق البيع أو الإيجار أو الهبة، ولا يوجد كأصل عام ما يمنعه من مباشرة هاته التصرفات، وإبرام ما يشاء من العقود على النحو الذي يريد وفي الوقت الذي يراه مناسبًا[2].

ففي إحدى القضايا التي رفعها الأبوين ضد مدرسة خاصة، بعدما تلقّيا خطابًا من هذه الأخيرة التي أعلمتهما بقرار عدم تسجيل ابنيهما للسنة المقبلة، وتمّ تأسيس الطلبات على تعسف المدرسة في هذا القرار الذي – يجب حسبهما – اتخاذه بإرادة مشتركة، كما أنّها لم تقدّم أي مبرر لذلك ورفضت في ذات الوقت تجديد العقد، وقد رأت المحكمة بمشروعية التصرف الذي أقدمت عليه المدرسة الخاصّة، حيث استندت في ذلك لحق يكفله لها القانون، فهي قد مارست حقّها في إطار حريّة عدم التعاقد، لأنّ العقد الأول الذي يجمعهم ينتهي بنهاية العام الدراسي موضوع العقد، ولا يمكن الحديث عن خرق عقد جديد لم يتم ابرامه بعد، علاوة على ذلك ليست مجبرة على تبرير موقفها هذا[3]، ومن خلال هذا الحكم نستشف اعتراف القضاء بحريّة الأشخاص في عدم التعاقد، وهومن بين الحريات الممارسة في مجال

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، المرجع السابق، ص 197.

[2]– مرايصي سفيان ولعور بدرة، " **تأثير مبدأ سلطان الإرادة على العدالة التعاقدية** "، مجلّة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2023، ص 357.

[3]- Cass. Civ. 1ere, 11 septembre 2013, N° 12-20844.
https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20130911-1220844

العقود، وعلى هذا الأساس يمكن لأيّ شخص أن يرفض الإيجاب الموجّه إليه، أو الدعوة للتعاقد أو التفاوض مهما كان العقد المراد إبرامه، وهو ما جسّده المشرع في المادة أعلاه.

ومهما يكن من أمر فإن الالتزام العقدي ينشأ وفقًا لمشيئة الشخص، ذلك أنّ طبيعة العقد هي التي تقتضي أن يكون الشخص دائنا أو مدينا أو قد يجمع بين الصفتين في آنٍ واحد، وتظهر هذه الأخيرة في عقود المعاوضة، أما أن يكون مدينا فقط فمثال ذلك في عقود التبرع، كأن يكون العقد عقد هبة ويكون هو الواهب، ويكون دائنا في ذات العقد إذا كان هو الموهوب له وقبل تلك الهبة[1].

ثانيًا: حريّة اختيار المتعاقد معه

يبدو أن اختيار شخص المتعاقد معه من بين أهم الفروع التي أنتجتها الحريّة التعاقدية، وللسوابق القضائية يد في ذلك ممّا يوحي بتأثيرها على المشرع الذي نص عليها صراحة في صلب المادة أعلاه، ولو أن هناك من يرى بأفضلية عدم إدراج هذه الحرية بهذا الشكل، وسنعطي مثالًا على تبني القضاء للفكرة من خلال قضية دارت أطوارها حول حرية الأشخاص في اختيار الطرف المتعاقد معه.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن جمعيتين تعمل إحداهما على مساعدة العجزة، أمّا الأخرى فتعمل على مساعدة النساء المسؤولات عن الأسر، وكانت هاتين الجمعيتين تقتني احتياجاتها من المواد شبه الطبية من صيدليتين موجودتين على مستوى الحي، وبمناسبة انتخابات جهوية نشأ خلاف بين زوج صاحبة إحدى الصيدليتين ورئيس البلدية، هذا الأخير يترأس في ذات الوقت الجمعتين سالفتي الذكر، بعد هذا الخلاف قطعت الجمعيتان التعامل مع الصيدلية المعنية مما دفع بصاحبتها إلى اللجوء إلى القضاء، بعدما تأثرت تجارتها بقرار

[1]– سعدون يسين، **أثر الظروف الاقتصادية على العقد**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2017–2018، ص 25.

وقف التعامل معها والتعامل حصرًا مع منافستها مطالبةً الجمعيتين بالتعويض، ألغت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف الذي يدين الجمعيتين ويحملهما المسؤولية، حيث رأت أنّ القضاة قد خالفوا القانون بهذا الحكم، وأقرّت بأحقية الجمعيتين في اختيار الشخص المتعاقد معه مصداقا للحرية الممنوحة لها في ذلك[1].

ويكشف هذا القرار عن تمسّك محكمة النقض بمبدأ الحريّة التعاقدية، من خلال حرية الشخص في اختيار الطرف المتعاقد معه، دون انكار وجود خلاف بين رئيس الجمعيتين والصيدلية التي تم رفض التعامل معها، وهو ما يؤكد على أن حرية اختيار الشخص لنظيره في العلاقة التعاقدية وحريّة التعاقد بصفة عامة، لا تتأثر بالظروف الخارجية التي تحيط بالتعبير عن الإرادة، مكرسة بذلك حرية كل طرف في اختيار الشخص المتعاقد معه دون أن يكون ملزمًا بتقديم مبرر لذلك[2].

وفي ذات السياق يرى الاستاذ "عرفان الخطيب"، أنّ النص الصريح على حرية اختيار الشخص المتعاقد معه بهذا الشكل، ينبئ بإدخال العمليات التعاقدية في دائرة الاعتبار الشخصي، وهو الأمر غير المرحب به في المادة المدنية، إذ وفي بعض الأحيان قد يكون بدافع التمييز بين الأشخاص، والذي دأب المشرع الفرنسي على محاربته منذ أمد بعيد، من خلال إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، ولو أن البعض قد يرى بأن هذا الأمر غير وارد، كون المشرع قد قيّد ممارسة هذا الحق بعدم مخالفة القانون، وهو ما ختم به المشرع نص المادة 1102 أعلاه، إلّا أن هذا يبدو غير كافٍ لتفادي الهواجس التي تنجم عن تطبيق هذه المادة، من خلال رفض مُصدر الإيجاب إبرام العملية التعاقدية بالاستناد إلى شخص الطرف الآخر، دون أن يكون جوهر العلاقة التعاقدية قائم على الاعتبار الشخصي،

[1]- Cass. Com. 05 juillet 1994, N° 92-20.064, Bull. Civ. N° 2, 1994, p. 204.

[2]– عثماني بلال، **أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النيّة**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 31.

وبالتالي يجعل هذا السبب مشروعًا لاتخاذ موقف بعدم التعاقد، وكان أحرى بالمشرع عدم إدراج هذه الحرية في نص المادة أعلاه[1].

ثالثًا: حريّة تحديد مضمون العقد وشكله

تمّ تكريس الإرادة كمصدر للالتزام جنبًا إلى جنب مع القانون، بإعطاء الأطراف كامل الحريّة في تحديد محتوى الالتزامات في العقد بالإضافة إلى كيفيات تنفيذها، ولا يجوز التعدي على هاته الحريّة إذ يعتبر المساس بها من المسائل المتعلقة بالنظام العام[2]، فلجهة حرية تحديد مضمون العقد فإن المشرع قد ساوى بين الإرادة والقانون[3]، وفي ذلك تنبيه من المشرع لأطراف العقد بضرورة الانتباه إلى مضمون العقد، والذي يعتبر بمثابة القانون الذي يحكم العلاقة التي تربطهم، فهم عندما يعملون على تدوين بنود العقد إنما هم بصدد كتابة قانونهم الخاص، الذي يسري على العلاقة التعاقدية التي تربط بينهم والتي تلزمهم وتمنع الغير من التدخل فيها، حتى ولو كان القضاء في حدّ ذاته.

وفي هذا الإطار يمكن الاستشهاد بحكم صادر عن الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة التمييز الفرنسية، حيث تتلخص وقائع القضية حول عقد إيجار لعقار بين طرفيه لمدّة تسع (09) سنوات، والذي جاء في البند الثاني منه أنّه سيتمّ تجديد العقد بنفس الشروط والضوابط بعد انقضاء مدّة الإيجار، إلّا أنّ البند الخامس نص على إمكانية إعادة النظر في بدل الإيجار عند التجديد، الشيء الذي رفضه المستأجر ودفع بالمؤجر للجوء إلى القضاء المختص، فأمرت المحكمة بانتداب خبير أشرف على عملية تقدير بدل الإيجار، وبناءً على ذلك يتمّ تجديد العقد، وبالرّغم من أنّ الخبير وعند تقديره لبدل الإيجار قد أخذ في الحسبان

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، المرجع السابق، ص 199.

[2]- Ali Filali, « **le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats** », les Annales de l'université d'Alger, N° 27, Tome : 2, juillet, 2015, p 22.

[3]- « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. » Article 1103 du code civil français.

الموقع الممتاز للمبنى وحالته، وبالمقارنة مع المباني المماثلة وكلّ الظروف المحيطة بالوقائع، إلّا أنّ محكمة النقض نقضت هذا الحكم، بداعي أنّ تحديد بدل الإيجار خاصة وتحديد مضمون العقد عامة هو حق أصيل للأطراف، وبذلك يكون القضاة قد خالفوا القانون عندما تدخّلوا لتحديد بدل الإيجار، ولو كان ذلك عن طريق الخبرة التي أعدّها أهل الاختصاص[1]، وفي هذا تجسيد لأحد أهم الجوانب ذات الصلة بالحريّة التعاقدية، والتي تنصبّ على محتوى أو مضمون العقد وتحديد الغاية الاقتصادية منه، والذي يضمن القاضي احترامه وبالتالي درء التدخل فيه إذ يبقى حكرًا على أطرافه، مما يستوجب عدم تدخل القضاء ولو كان بطلب من أحد الأطراف، بالإضافة إلى حريتهم في تنظيم عقدهم وفقًا لما يقتضيه السلوك التعاقدي المتولّد عن العلاقة التعاقدية نفسها التي تربط الأطراف[2].

ومن بين مظاهر حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد، اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم، وهذه الاستقلالية أو الحرية تعرف في عمومها قبولًا من طرف الولايات القضائية في العالم ولو أنها ليست مطلقة، وتختلف من ولاية قضائية لأخرى، ويحظى الأطراف بجانب كبير من الحريّة في ذلك بالمقارنة بالقضاء[3]، وفي نفس الاتجاه يمكن للأطراف المتعاقدة استبعاد القضاء من الفصل في النزاعات التي تثور بينهم واللجوء إلى التحكيم، وذلك بإدراج بند في مضمون العقد يفيد رفع النزاعات التي يمكن أن تثار إلى جهة تحكيم معينة، عوض أن ترجع إلى القضاء الذي يبقى ضامنًا لتنفيذ تلك الأحكام، شريطة أن تستوفي شروطًا محددة.

وأمّا بخصوص الشكلية فإنّه في الأصل لا تتطلب العقود شكلية محددة، إذا يكفي وجود إرادتي الطرفين وتطابقهما، يمكنهما بناءً على ذلك اختيار شكل التعبير عن الإرادة

[1]- Cass. Civ. 3eme, 8 février 2006, N° 05-10.724, Bull. Civ. N° 3, 2006, p. 21.

[2]- Jacquet Jean-Michel, « **Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT »,** Rev de droit uniforme, Rome, vol 13, 2008, p 188.

[3]– لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، **الدليل القانوني إلى الصكوك الموحدة في مجال العقود التجارية الدولية**، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، فينا، النمسا، 2021، ص ص 12–13.

والشكل الذي يأخذه العقد، سواء بشكل شفهي أو بشكل كتابي رسمي أو عرفي[1]، ومنه ما أسلفنا ذكره لدى الحديث عن اتفاق التفاوض، والذي لم يتناوله المشرع في نصوص القانون رغم وجوده بقوّة في الواقع العملي، فقد ساد العرف بتحرير هذا الاتفاق لما له من أثر قانوني وما يلعبه من إصباغ المفاوضات بطابع الجديّة والانضباط، وعليه وفي إطار حرية تحديد شكل العقد لا يوجد مانع من تحرير العقود وكتابتها، سواء كتابة عرفية أو رسمية كلّما ارتأت الأطراف ذلك.

الفرع الثاني: حدود حريّة التعاقد

تناولنا قبل قليل الحريّة التعاقدية بمختلف تفرعاتها والتي احتوتها المادة 1102 أعلاه، إلّا أنّ المشرع قد بيّن حدود هذه الحريّة في ذات المادة، إذ يجب أن لا تتجاوز الحدود التي يرسمها القانون، كما أكّد على عدم السماح بانتهاك قواعد النظام العام بمبرر الحريّة التعاقدية، وعلى ضوء ما تقدّم فبات من الضروري أن نتطرق لكلى القيدين بشيء من التفصيل كلّ على حدى.

أولا: القانون كضابط لحرية التعاقد

وجدت الحرية الكبيرة التي منحت للأطراف في القرنين الماضيين صدًى كبيراً، وبشكل طبيعي في نهج عدم التدخل الذي دعت إليه النزعة الاقتصادية الليبيرالية التي كانت رائجة آنذاك، وهذا ما جعل من السوق في تلك الحقبة أفضل وسيلة لتوزيع الثروة، فشجّع على ترك الأمر بيد الأطراف ومنطق السوق الذي يحدد التزاماتهم المتبادلة، ويقتصر دور الدّولة على فعالية هذه الالتزامات وضمان تنفيذها بين الأطراف[2]، لكن رؤية المشرع في عام 1804 وهو الوقت الذي كانت فيه المجتمعات الغربية زراعية بالأساس، سرعان ما اصطدمت تلك الرؤية

[1]- Muhannad AJJOUB, **La notion de liberté contractuelle en droit administratif français**, Thèse de doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas Paris II, 2016, p18.

[2]- Alexandre Rigolet, « **La liberté contractuelle – Les réformes passent le principe reste** », Rev de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, De Boeck et Larcier, Bruxelles, Belgique, 2018, p 312. https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/245232/1/Libert%C3%A9%20contractuelle_article%20RFDL_2018.pdf

بالواقع، فبسبب الثورة الصناعية وصعود الرأسمالية التي شهدتها أوروبا، سمحت لبعض الجهات الاقتصادية باكتساب قوة كبيرة، أفرزت تجاوزات خطيرة مورست تحت مظلّة الحريّة التعاقدية، فوضعت العمّال تحت رحمة أرباب العمل، فأصبحوا يخضعون في علاقاتهم لشروط أقلّ ما يمكن أن يقال عنها في وقتنا الحالي أنّها غير إنسانية[1]، كما أصبحت العلاقة الاستهلاكية عملية اقتصادية دقيقة تجمع بين طرفين غير متساويين، طرف ضعيف وهو المستهلك وطرف قوي وهو المحترف أو المتدخل، ممّا خلق هوة كبيرة بين طرفي العقد خاصة في مجال المعرفة الفنيّة والتقنية، ما أتاح الفرصة لزيادة نسبة عدم التوازن العقدي[2]، ولقد أصاب بحق من قال أنّ: " بين الضعيف والقوي؛ الحريّة هي التي تضطهد والقانون هو الذي يحرر "[3]، وهذا ما دفع بالدولة إلى تغيير موقعها من الحراسة إلى التدخّل، وهو ما أبان عن ظهور ما يعرف بالتشريعات الخاصة، والتي جاءت خصيصًا لإنصاف هذه الفئة الهشّة في مختلف العقود، بدافع خلق نوع من التوازن العقدي وتوفير بعض المساواة بين الأطراف بقوّة القانون ولو بشكل نسبي من خلال تقييد الحريّة التعاقدية بمختلف تفرعاتها.

يُنظر بشكل عام إلى وضعية الضعف التي يحتلها العامل في عقد العمل، على أنّها حقيقة تصيبه بالشلل في الدفاع عن مصالحه الخاصة، وبالتالي يفقد القدرة على التفاوض التعاقدي، ممّا يمكن أن ينتج عنه خلل في العقد في حدّ ذاته، فبين ربّ العمل والعامل يتجلّى هذا التفاوت بكل وضوح، والذي يتجسد من خلال اللامساواة بين طرفي العقد، وما يميّزه هو علاقة التبعية بغض النظر عن كون العقد قد تمّ التفاوض عليه أم لا، ممّا يدفع بالعامل المتقدم لشغل منصب العمل تحت هاجس خشية الرفض، إلى قبول العقد تحت رحمة رب العمل، ويبقى طيلة حياة العقد في حالة التبعية التي تسلبه حقّه في التعبير عن

[1]- Alexandre Rigolet, op.cit. p 313.
[2]- Ali Filali, « **le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats** », op.cit. p 5.
[3]- « entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère » Citer par Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence -**, op.cit. p45.

إرادة حرّة حقيقية[1]، وهو ما دفع بالمشرع إلى التفكير في وجوب توفير حماية خاصة لهذه الفئة، من خلال تنظيم علاقة العامل برب العمل بقواعد آمرة، كتلك المتعلقة بتحديد الحدّ الأدنى للأجر القاعدي والحدّ الأقصى لساعات العمل، ومنع استخدام القصّر مع تنظيم عمل بعض الفئات الاخرى كالنساء والأجانب[2]، وبنفس الخطى اتجه المشرع لحماية المستهلك ودعمه المتواصل لتمكينه من ممارسة حريته التعاقدية بطريقة مستنيرة في مواجهة الفاعلين الاقتصاديين، والبحث عن أفضل العروض المقدمة من طرف المتدخلين في السوق، هذا التوسع في البحث عن أفضل السلع والخدمات، هو ما يعمل على تشجيع مختلف الشركات والمؤسسات على تقديم الأفضل بزيادة المنافسة بينهم، ممّا يعزز النظرية السائدة في المنافسة والتي تهدف لإضافة مكاسب إنتاجية يستفيد منها المجتمع ككل، وبهذا يكون هدف المشرع ليس حماية المستهلك من تجاوزات السوق فقط، بل تمكينه من تحقيق أقصى استفادة منه[3].

وتجدر الإشارة إلى أن لفظ القانون جاء موسعًا في نص المادة ، إذ لم يُشر المشرع إلى أيٍّ من نصوص القانون التي تحدُّ هذه الحريّة، ممّا يوحي بأنّه لن يكون محصورًا بين ثنايا القانون المدني ولا حتى في القانون الخاص، بل يشمل كل النصوص القانونية التي تتضمنها المنظومة القانونية الفرنسية بشقيها الخاص والعام، والتي تساهم مجتمعة في رسم حدود هاته الحريّة بشكل لا يسمح لها بأن تتخطّاه، بل ويكون احترامه لها على وجه الالزام[4]، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدل على أنّ الحريّة العقدية أضحت نسبية لا غير، بالنظر إلى

[1]- Gérard COUTURIER, **Les relations entre employeurs et salariés en droit français**, LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LES RAPPORTS CONTRACTUELS «COMPARAISONS FRANCO-BELGES », Ouvrage présenté par: Le Centre de droit des obligations (URA/CNRS 1471) de l'Université de Paris I, L.G.D.J, 1996, p 147.

[2]– همام محمد محمود زهران، **الأصول العامة للالتزام– نظرية العقد** –، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 19.

[3]- Alexandre Rigolet, op.cit. p 313.

[4]– محمد عرفان الخطيب، " **المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، المرجع السابق، ص 200.

القيود المفروضة عليها والتي هي في توسع مستمر، ومنها العقود القسرية أو الجبرية في مواجهة حرية إبرام العقد من عدمه، كعقود التأمين الالزامي ونزع الملكية الخاصة لفائدة الملكية العامة، وممارسة حقّ الشفعة بالنسبة لاختيار الشخص المتعاقد معه، والعقود المنظّمة بنصوص آمرة كعقد الشركة وعقود العمل وعقود الرهن والإيجار فيما يتعلّق بحرية الأشخاص في تحديد مضمون العقد، بالإضافة إلى شكل العقد الذي قد يخضع كذلك لقواعد آمرة، والتي تتعلق بشروط صحّة بعض العقود كتلك التي ترد على العقارات[1].

ثانيا: ملازمة النظام العام للحرية العقدية

لا يمكن حصر مفهوم النظام العام في تعريف، إذ تتمحور فكرته العامّة حول سيادة المجتمع على الفرد، فالنظام العام يعبّر عن إرادة الأمّة في الحياة والتي قد تتعرض للتهديد من خلال بعض المبادرات الفردية في شكل عقود، ولا ينبغي الخلط بين النظام العام والقانون العام، فلا شكّ في أنّ فروع القانون العام (القانون الدستوري، القانون الإداري وغيرهما) هي عادةً قوانين النظام العام، لكنّها بعيدة كل البعد عن تمثيل النظام العام برمّته، فالعديد من فروع النظام الخاص هي من النظام العام[2]، إلّا أنّ نص المادة 1102 قد أشار إلى القانون ثمّ خصّ بالذكر قواعد النظام العام، وهو ما يمكن تفسيره على أنّه اعتراف صريح من المشرع بوجود نظام عام يتجاوز القانون بالمعنى الدّقيق، أي أنّه لا يتعلق بالنصوص القانونية التشريعية، بل يتعلّق بالاجتهاد القضائي بالأساس[3]، وهو ما يكشف الستار عن نظام عام بهوية مزدوجة، هوية نصيّة مقننة تنصهر في النصوص التشريعية على اختلافها، وهوية

[1]- Mustapha Mekki, « **La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus** », septembre 2015, p 3, sur https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/formation-du-contrat-S%C3%A9oul.pdf visité le 28/09/2023.

[2]- Jean Carbonnier, **Droit civil : les biens & Les obligations,** tome second, 4e édition, presses universitaires de France, 1964, p 386.

[3]- Rose-Noëlle SCHÜTZ, **Le nouveau droit français des contrats**, Séminaire tenu à la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, Liban, du 22 février au 2 mars 2017, p13.

ذات دلالة قضائية غير مكتوبة خاضعة للاجتهاد[1]، ولا يجب علينا أن نخشى من هذا التوجه في الفكر القانوني، والنظر إلى أنّ تبنّي هذا الطرح إنّما هو تجزئة للنظام العام، فهذا الأخير يبقى فكرة موحدة تمتاز بالمرونة التي تستجيب للتغير المستمر والتطور الدّائم، وهو ما يقف حائلًا بين المشرّع وتقييد أو حصر النظام العام في النصوص القانونية، لأنّه ببساطة يتنافى مع المنطق القانوني الذي تقوم عليه فكرة النظام العام، والذي يتأثر بمؤثرات الزمان والمكان، وللقضاء الدور الأبرز في تطويع هذا المفهوم ليتماشى مع ما تمليه المستجدات والتطورات الحاصلة في المجتمع[2].

والشيء الملاحظ على نص المادة 1102 هو اختفاء مصطلح الآداب العامة الذي يعدّ مرادفًا للنظام العام، رغم أنّ المشرع لم يتخلّى عنها في نص المادة السادسة من القانون المدني، والأرجح أنّ المشرّع قد ترك ذلك بيد القضاء ليدرج العقود المخالفة لها ضمن دائرة النظام العام[3]، أم أنّ إرادة المشرع اتجهت إلى عدم الارتقاء بالآداب العامّة من النص إلى القاعدة كما تعامل مع النظام العام، وذلك لجعل مفهوم الآداب العامة لصيقًا بالنص ليسري على كافة الاتفاقات الخاصة، والتي تبقى محكومة بنص المادة السادسة من القانون المدني، دون إغفال الخاصية التي باتت تميز هذا المفهوم في المجتمعات الغربية، مجسدة في النسبية التي طغت عليه وجعلت منه مفهومًا شديد التغير والتأثر بالبيئة الأوروبية عامة، وهو ما يجعل الاحتفاظ به كقيد على الاتفاقات الخاصة دون العقود يتلاءم مع ما يشهده المجتمع الفرنسي من تطور ثقافي على وجه الخصوص والمجتمع الغربي بشكل عام[4].

---

[1]- محمد عرفان الخطيب، " **المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، المرجع السابق، ص 201.

[2]– المرجع نفسه، ص 201.

[3]- Rose-Noëlle SCHÜTZ, **Le nouveau droit français des contrats**, op.cit. p 13.

[4]– محمد عرفان الخطيب، " **المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، المرجع السابق، ص 202.

ويشير أحد الباحثين[1] إلى نقطة جديرة بالاهتمام، مفادها أن النظام العام يضع حدودًا لحرية التعاقد بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص، سواء أتعلّق الأمر بضمان المصلحة العامة أو بفئة معينة من المصالح العامة، ذلك أنّ حماية بعض الفئات يعتبر من المصلحة العامة، والتعدي على حقوقها يعتبر كذلك من قبيل النظام العام، ويدور الأمر حول حماية الممارسة الفعالة لحريّة التعاقد لبعض الأطراف في مواجهة الإدارة، أي حماية الأطراف الضعيفة من تعسّف الإدارة، دون أن ننسى في نفس النسق أنّ التعسّف في استعمال الحق الذي يُعدّ أيضًا من بين القيود الواردة على الحريّة التعاقدية ويكون موجبًا للمسؤولية، هذا هو الاعتقاد السائد لدى جانب واسع من الفقه والرّاسخ في القضاء، ليس بفعل ممارسة الحق في حدّ ذاته بل بالنظر إلى الطريقة التي مُورس بها، فمُصدر الايجاب غير الملزم الذي يسحب عرضه دون منح فرصة للمتلقي، يكون قد مارس حقّه المكفول له في العدول عن الايجاب ما لم يقترن بقبول من وُجّه إليه، والخطأ هنا ليس في سحب الايجاب أو العرض بل في سحبه على عجل، وهو الأمر الذي يلحق الضرر بالطرف الآخر الذي تولّد لديه نوع من الثقة والتوقّع المشروع تجاه صاحب العرض[2]، وهو ما يعرف بمبدأ التناسبية الذي استقرّ عليه القضاء، والذي مؤدّاه التوفيق بين ممارسة الحق وعدم الاضرار بالغير، الذي شكّل تحولًا قانونيًا جديدًا لمفهوم التعسّف في استعمال الحق الذي تعتمد عليه الكثير من التشريعات، وجاء غيابه في نصوص القانون المدني على عكس التوقعات مخيبًا للآمال خاصة في هذا الموضع بالذات، وهو ما كان دومًا محلّ انتقاد للمشرع المدني الفرنسي من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان[3].

---

[1]- VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, « **L'ordre public et le contrat : Étude de droit comparé interne** », Archives de philosophie du droit, (Tome 58), 2015, p224.
https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2015-1-page-215.htm

[2]- Xavier DIEUX & Marcel FONTAINE et des autres, **Les obligations contractuelles**, Editions du Jeune Barreau, BRUXELLES, 1984, p 39.

[3]– محمد عرفان الخطيب، " **المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، المرجع السابق، ص 203.

تسري ما تمّت الاشارة إليه بخصوص حريّة التعاقد على حريّة التفاوض، أي أنّ الشخص يمكنه التفاوض أو رفض الدعوة التي تتضمن ذلك، كما يمكنه اختيار الشخص المتفاوض معه على أساس دعوة يوجهها هو أو يتلقاها من غيره، كما تكون له الحريّة في الطريقة التي يراها مناسبة ويرتضيها الطرف الآخر في سبيل إبرام العقد النهائي المنشود، على أن يكون هذا الأخير غير مخالف للتشريع المعمول به ولا للنظام العام على الوجه الذي بيّناه آنفًا، إلّا أنّه كما للشخص الحريّة في دخول المفاوضات يحتفظ بحقّه في الخروج منها، ومن دون أن تقوم مسؤوليته في ذلك، وهذا ما جاء به نص المادة 1112 في فحواه مقررًا أنّه: " تخضع المبادرة بالمفاوضات السابقة للتعاقد والسير فيها أو قطعها لمبدأ الحريّة، مع ضرورة استجابتها لمتطلّبات حسن النيّة "[1]، وعليه تكون هاته الحريّة مرافقة للأطراف من بداية المفاوضات إلى اللحظة الأخيرة منها[2]، ولو أنّ الأخذ بهذا الأمر على إطلاقه غير مرحّب به، فالعدول عن المفاوضات أو الخروج منها قد يحمل في طيّاته بعض الأضرار للطرف الآخر، سيما في مفاوضات العقود ذات القيمة الاقتصادية المعتبرة والامكانات المخصصة لها، ناهيك عن الجهد المبذول فيها والوقت الذي قد تستغرقه، ممّا يجعل من هذا العدول مكلفًا في بعض الحالات، وعليه كان لابدّ من فرض ضابط لهذه الحريّة للتخفيف من أضرارها[3]، وهذا ما دفع بالمشرع إلى وضع قيد آخر لهذه الحريّة حتى لا تخرج عن نطاقها في المرحلة التي تسبق العقد، حيث ألحّ على ضرورة استجابة ممارسة هذا الحق لمقتضيات حسن النيّة، وهو ما سنتطرق إليه فيما يأتي باعتباره ثاني المبادئ التي تقوم عليها المفاوضات التي تسبق التعاقد.

---

[1]- « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi…. ». Article 1112 du code civil français.

[2]– بوكريريس سهام، **التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الالكترونية – دراسة مقارنة –**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبوبكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2021–2022، ص 30.

[3]– نبيل إسماعيل الشبلاق، " **الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)** "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد التاسع والعشرون، العدد الثاني، 2013، ص 318.

المطلب الثاني: مبدأ حسن النيّة في مرحلة المفاوضات

لقد ظلّ مبدأ حسن النيّة مقتصرًا على تنفيذ العقد في نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل الإصلاح الذي عرفه هذا الأخير سنة 2016، وقد عمل المشرع على تمديده ليطال كافة مراحل التعاقد وهذا ما أتت على ذكره المادة 1104 مدني، والتي جاء في فحواها ما يلي: " يجب أن يتمّ التفاوض على العقود وابرامها وتنفيذها بحسن نية، هذا المبدأ من النظام العام "، تعزز هذه المادة ضمانة على قدر كبير من الأهمية لتكريس العدالة التعاقدية في مرحلة التفاوض، فعلاوة على تعرّض المشرع للفترة السابقة على التعاقد التي كانت تشهد فراغا تشريعيًا، فقد عمل على توسيع المبدأ ليشمل هاته المرحلة المهمّة من حياة العملية التعاقدية، بل وأشار صراحة إلى تعلّقه بالنظام العام، ثمّ عاد ليؤكّد على ضرورة استجابة العملية التفاوضية لمقتضيات مبدأ حسن النيّة سواء من ناحية الاستمرار فيها أو قطعها على النحو الذي بينته المادة 1112 أعلاه، والذي يبقى حقًّا مكفولًا للأطراف، وعليه سنتطرق لمفهوم هذا المبدأ في مقام أوّل، لنعكف بعد ذلك إلى السلوكيات التي قد تصدر عن الأطراف المتفاوضة، مشكلة خروجًا عن مقتضيات هذا المبدأ.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النيّة في حقل العقود

لا يمكن صرف النّظر عن المكانة التي يتبوّءها مبدأ حسن النيّة، وانتشاره على نطاق واسع خاصة في المسائل التعاقدية، سواء في القوانين الوطنية أو في قواعد التجارة الدولية، على الرغم من غموض الفكرة وعدم الدقّة الذي يُخيّم عليها في كثير من الأحيان[1]، إذ لم يغامر المشرع المدني الفرنسي بالخوض في تعريف مبدأ حسن النيّة، وحسنًا فعل إذ ترك المجال للفقه الذي يعتبر هذا العمل من صميم اختصاصه، ناهيك عن كون هذا المبدأ من المصطلحات المستعصية على التعريف، وعليه سنبادر بعرض بعض التعريفات التي حظي

[1]- Yessad Houria, **Le contrat de vente internationale de marchandises**, Thèse de doctorat au droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, 2008, p 31.

بها هذا الأخير، لننصرف بعد ذلك للتعرض لأهم الأوجه والصور التي يظهر بها والأدوار التي يؤديها هذا المبدأ، والمتجسدة في عدّة واجبات مفروضة على أطراف العلاقة العقدية.

أولًا: تعريف مبدأ حسن النيّة

لم يُعرف المشرع حسن النيّة في المفاوضات ولم يُعطي أي أمثلة له، على النقيض منه في مشروع "Terré" الذي أشار إلى أن مباشرة التفاوض أو الاستمرار فيه دون وجود نيّة التعاقد يعتبر من الأمور التي تتنافى مع مقتضيات حسن النيّة، وهي بلا شك تفاصيل زائدة عن الحاجة، وهو ما أدّى بالمشرع إلى التخلّي عنها في نص المادة 1112[1]، وقد وجهت عدّة انتقادات لإدراج هذا المبدأ بهذا الشكل في القانون المدني في المشاريع الأولية، وتركيز المشرع على سهولة الوصول إلى المدوّنة ووضوح نصوصها وقابليتها للقراءة والفهم، كما أبدى بعض المنتقدين تخوفهم من استغلال القاضي لهذا المبدأ وجعله أداة للتحايل على قواعد العقود أو خلق قانون خاص بها من صنعه، وهي بطبيعة الحال حجة واهية، كون قواعد القانون المدني تنطوي على سلطات شتّى للقاضي، إلا أن هذا الأخير لم يقم باستغلالها وخلق هذا القانون المدّعى به، أمّا بالنسبة لسهولة الوصول للقوانين وقابليتها للقراءة والفهم فهي ليست حكرًا على المتمرسين أو فئة معينة بالذات، وهذا ما يبرر دمج بعض المبادئ فيها بهذا الشكل، ثمّ لماذا ينزعج هؤلاء من إدراج مبادئ التي هم أنفسهم يستعملونها بانتظام في أروقة المحاكم[2]، ثمّ كيف لهؤلاء أن يتناسوا أنّ معظم الاجتهادات القضائية أو ما يعرف بالسوابق القضائية، هي التي أصّلت للكثير من النصوص القانونية التي استحدثها المشرّع في نصوص القانون المدني، وكيف تصدّى القضاء للمرحلة التي تسبق التعاقد بحلول مبتكرة في ظلّ الصمت التشريعي المطبق، وعليه لا يمكن أبدًا التشكيك

[1]- Rose-Noëlle SCHÜTZ, **La conclusion du contrat en droit français**, Colloque La Réforme du droit des contrats en France : regards croisés franco-libanais, organisé par la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, Liban, 11 mars 2016, p 22.

[2]- Mustapha Mekki, **« La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 »**, septembre 2015, p 3, sur : https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf. Visité le 25/11/2023.

في القضاء والدور الايجابي الذي يلعبه في سبيل تحقيق العدالة بصفة عامة والعدالة التعاقدية بشكل خاص.

وبالعودة إلى التعريف فقد حظي مبدأ حسن النيّة بعدة تعاريف، حيث يرى البعض أنّ "حسن النيّة" مصطلح مركّب من كلمتين، فأمّا النية فتعني القصد لدى الغالبية، فهي تشير إلى إرادة باطنة، تظهر للعلن إذا ارتبطت بسلوك أو تصرّف خارجي أو علامات ودلائل وقرائن، وهو ما يسمح للقانون أن يعتدّ بها ويعترف بأثرها، وأمّا الحسن والسوء فما هما إلّا وصف توسم به النيّة، ذ يتعلّق في جوهره بالقيم والعادات والأخلاق السائدة في مجتمع ما وفي زمن معيّن، وتتجلّى صفة الحسن في الاستقامة والأمانة والنزاهة والتعاون والثقة، بينما يظهر السوء من خلال الغش، الخيانة، الغدر وغيرها من الصفات المذمومة[1].

وقد قال فيه أحد القضاة : " حسن النيّة وكما هو معلوم إنّما هو مفهوم تصعب الإحاطة به، إذ يحتاج إلى تقييم سلوك الأطراف في ظلّ مجموعة معقّدة من الظّروف، والتي لا تكون نفسها دومًا لسبب أو لآخر، إذ يتطلّب الأمر أن نأخذ بالاعتبار طبيعة ونوعية العلاقة بين أطراف العلاقة العقدية، نوع الاتفاقية المبرمة وخبرة كل طرف في المجال، وكذا التطور الواقعي لعلاقتهم، وغيرها من الأمور[2].

[1] – عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، **حسن النيّة وأثره في التصرفات**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 86.

[2]-« La bonne foi est, comme on le sait, une notion difficile. Elle demande d'apprécier une conduite par rapport à un ensemble souvent complexe de circonstances qui ne sont jamais les mêmes d'une cause à l'autre. Elle exige de tenir compte de la nature et de la qualité des rapports entre les contractants, du type de convention, de 1'expertise des parties en la matière et du déroulement factuel de leurs relations, entre autres choses. » Citer par Marie Annik Grégoire, **Liberté ; responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle**, op.cit. p274.

فيما عرّفه أحد الباحثين في مجال التفاوض على العقود بأنّه: " سلوك أطراف العقد المراد إبرامه الأمانة والصدق والاستقامة، بحسب ما يفرضه القانون في تبادل الآراء والمناقشات والمساومات للوصول إلى أكبر قدر من منافع العقد "[1].

وعليه يمكن استخلاص بعض الخصائص التي يتميز بها مبدأ حسن، فضلًا عن كونه يقاس بمعيارين اثنين أوّلهما ذاتي، فيما يشكّل المعيار الثاني الجانب الموضوعي فيه وسنتطرق لهاته الخصائص لنعمل بعدها على توضيح المعايير التي يقاس بها حسن النيّة في مجال العقود.

1- الخصائص المميزة لحسن النيّة في حقل العقود:

يتميّز حسن النيّة بعدّة خصائص إذ يتعلّق بالدرجة الأولى بالجانب النفسي، وهو ما يجعله من طبيعة ذاتية يُستدلّ عنها من المواقف التي يتخذها الشخص على الوجه الذي سنبيّنه.

أ- حسن النيّة ذو طبيعة ذاتية:

ومعناه أن حسن النيّة هو عنصر نفسي نابع من ذات الانسان المعني بالحكم على سلوكياته وتصرفاته بالحسن أو السوء، فهو شيء كامن في النفس لا يمكن الاستدلال عليه إلّا إذا لابس هذا الوصف تصرف الشخص المعني، من خلال الأمارات والقرائن التي تحيط بالتصرف نشأةً وتنفيذًا[2].

---

[1]- أحمد حسين كاظم الياسري، " **المسؤولية المدنية عن الاخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)** "، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، العراق، 2022، ص 543.

[2]- عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، المرجع السابق، ص 97.

ب- حسن النيّة موقف عمدي:

يكون حسن النية موقفًا عمديًا لأنه يأتي من قصد صاحبه وعزمه وقراره، ولهذا يكون صاحبه دومًا قادرًا على الاستيعاب والتفكير ثمّ العزم واتخاذ القرار، وعليه لا يمكن الحديث عن حسن النية لدى المجنون أو الطفل غير المميز أو فاقد الوعي ومن يدخل في دائرتهم[1].

ج- مبدأ حسن النية ذو أصل أخلاقي:

يعتبر حسن النية من صميم الأخلاق التي وجدت طريقها إلى الحياة القانونية، فصار من أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون، ولو أن هذا الأخير قد يؤدي بالمبدأ إلى الانفصال عن معناه الأخلاقي استثناءً، بحيث يرى المشرع في هذا السياق أن حسن النية المنفصل عن الأخلاق أولى بالحماية من حسن النيّة الممتزج بها[2].

د- حسن النيّة لا يمكن تقديره بمعزل عن عنصره النفسي:

بما أن حسن النيّة من طبيعة ذاتية فإنه لا يمكن تقديره باستقلال عن العنصر النفسي، ذلك أنّ العنصر النفسي والعنصر الموضوعي اللذين يتكون منهما حسن النيّة هما عنصران متكاملان، والعنصر الموضوعي يعتبر بمثابة دليل على العنصر النفسي، إلّا أنّه دليل يقبل إثبات العكس بالقرائن في حالات استثنائية[3].

[1] – عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، المرجع السابق، ص 97.

[2] – المرجع نفسه، ص 98.

[3] – المرجع نفسه، ص 98.

2- معايير تقييم حسن النيّة في التصرفات القانونية:

يرى جانب من الباحثين أنّ مبدأ حسن النيّة يقاس بمعيارين اثنين يتمثل الأول في معيار ذاتي متعلق بنية المتصرف وقصده، والثاني موضوعي مرتبط بموضوع التصرف وشكله الظاهر.

أ- المعيار الذاتي لتقييم حسن النيّة في التصرفات القانونية:

ويتجسد المعيار الذاتي لمبدأ حسن النية في القانون من خلال اتجاه نيّة الشخص المعني إلى الالتزام بالأحكام القانونية وقيم المجتمع وأخلاقياته، في تصرف جائز قانونًا في الأصل، ويدخل في نطاق هذا المعيار اتجاه ارادة الشخص المتعاقد إلى عدم الاضرار بالغير، سواء كان متعاقدًا معه أو ممن تنصرف إليهم آثار العقد، كما أنّه لا يرمي إلى تحصيل منفعة أو تحقيق مصلحة غير مشروعة[1]، فهذا المعيار يتعلق بالأساس بماهية الاعتقاد الداخلي للشخص، والحالة الذهنية التي يكون عليها، ومدى استعداده لمراعاة مصالح نظيره في العلاقة التعاقدية، والتعامل وفقًا لما يحققها بحرص يضاهي حرصه على تحقيق مصالحه[2].

ب- المعيار الموضوعي لتقييم حسن النيّة في التصرفات القانونية:

وأمّا بخصوص المعيار أو البعد الموضوعي لمبدأ حسن النيّة فيتجلّى من خلال سلوكيات الطرف المعني، بحيث يستوجب العمل على التحقق من مدى سلامة السلوك، الذي يكون مؤشرًا على قصد صاحبه وما إذا كان يتجه إلى الخروج عن حكم القانون وعن قيم المجتمع أم أنّه لا يسعى إلى ذلك، فالسلوك هو الذي يشير إلى حسن النيّة أو سوئه، وهذا

---

[1]- عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، المرجع السابق، ص 294.

[2]- محمود فياض، " **مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد** "، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، أفريل 2013، ص 230.

الأمر في الغالب الأعمّ لا يكون عسيرًا؛ فكما يمكن تبيّن وجود النية من عدمه عن طريق استخلاص ذلك من القرائن والدلائل، يمكن أيضًا الاستدلال على الوصف الذي يلحق هذه النيّة من القرائن، وهو يحتاج في ذلك فقط لبعض الاجتهاد[1]، فالبعد الموضوعي إذن يتعلّق بالمؤشرات الخارجية التي تسمح باستخلاص مدى استجابة السلوك لمقتضيات ومتطلبات مبدأ حسن النيّة، من خلال التأكد من وجود التوازن العقدي بين الاطراف في مرحلة التفاوض على بنود العقد وشروطه خاصة، وفي باقي مراحل العقد عامة[2].

ثانيًا: الأوجه المختلفة لمبدأ حسن النيّة

بالنسبة للبعض الخوف من التوبيخ الأخلاقي واستهجان المجتمع وحده يعتبر كافيًا لتقويم سلوك الأفراد، أمّا بالنسبة للبعض الآخر فإن التوبيخ الأخلاقي وحده قد لا يكون مجديًا، بما يكفل السيطرة على تصرفات الإنسان والحدّ من بعض السلوكيات التي تتعارض مع ما تتطلبه المعاملات، ولهذا يعمل القانون على ربط بعض المبادئ بعقوبات ممّا يصبغ عليها طابع الالزام لدرء الاخلال بها، وضمان فعاليتها بجبر ضرر الضحيّة كرد فعل للقانون تجاه هذا الاخلال[3]، وكما هو معلوم فإنّ مبدأ حسن النيّة يوسّع من سلطات القاضي تجاه العقد وأطرافه، وبفضل هاته السلطة الواسعة أضحت الكثير من الواجبات تشكل السمة الأخلاقية التي تضفي على العقود طابعًا من التوازن والعدالة التعاقدية، خاصة في ظلّ اقتران الاخلال بهذه الوجبات بالجزاء، ما يوحي بحقيقة تحولها من واجبات أخلاقية إلى التزامات قانونية بكل ما تحمله هذه العبارة من معاني، فبفضل حسن النيّة الذي يشكّل وعاءً للكثير منها كواجب الاخلاص والوفاء في المعاملات، وواجب التعاون والتضامن والتكافل،

---

[1]– عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، المرجع السابق، ص 294.

[2]– محمود فياض المرجع السابق، ص 230.

[3]- Sylvette Guillemard, « **Tentative de description de l'obligation de bonne foi en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles** », Rev générale de droit, Vol 24(3), 1993, p 374. https://doi.org/10.7202/1056927ar

بالإضافة إلى النزاهة والشفافية وغيرها[1]، والشيء الملاحظ على هذه الواجبات أو الالتزامات التي باتت مفروضة على الأطراف بموجب حسن النيّة أنها تتشابك وتتداخل فيما بينها، بشكل قد يصعب معه الفصل بينها في كثير من الأحيان، كما أنّ دائرتها تضيق على نحو يؤدي إلى اتساع نطاق المسؤولية بالتقدّم في مرحلة المفاوضات والمراحل التي تليها[2]، وسنحاول التطرق لبعض هذه الواجبات بمزيد من التفصيل.

1- واجب الإخلاص في التعامل:

يعتبر الإخلاص والولاء والوفاء في التعامل مرادفًا لحسن النيّة، ومنه أيضًا الشرف والاستقامة والنزاهة، فلطالما كان القانون والأخلاق مرتبطين ارتباطا وثيقا، وليس من السهل غالبًا تحديد أيهما يؤثر في الآخر[3]، وقد يعود سبب وجود خلل في التوازن العقدي إلى اعتبارات أخلاقية بالأساس، إذ لا يصعب كذلك الفصل بين الأخلاق والمنفعة الاقتصادية المرجوة من العقد، إذ في كثير من الأوقات تقتضي المعاملات اتخاذ مواقف معينة تجاه الطرف الآخر تجاه العقد في حدّ ذاته أو تجاه الطرف الآخر، ومنها عدم الإساءة إلى الطرف المتعاقد معه على نحو يضرّ بالعقد أو يمسّ بشعور أو كرامة المتعاقد معه.

ففي شركة مدنية للمحاماة أبرم أحد الشركاء فيها وهو محامٍ بطبيعة الحال، عقدًا مع أحد الزبائن انصب محله على تقديم المشورة والمساعدة القانونية لمدّة سنة كاملة من تاريخه، وخلال مدّة سريان العقد يتولّى محامٍ آخر من نفس الشركة مهمة المرافعة ضدّ هذا الزبون في نزاع مطروح أمام القضاء، فمن ناحية لا يمكن التشكيك في جودة وفائدة الاستشارات والمساعدة القانونية المقدمة من طرف الشركة، والتي يبدو أنها لن تتأثر، لكن هل هذا الأمر منطقي؟ إذ أنّه ومن باب تحرّي حسن النيّة الذي يفترض الإخلاص في المعاملات، لا يمكن

---

[1]- Jean Pascal Chazal, « **Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?** », Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France. P14. https://sciencespo.hal.science/hal-01053544/document

[2]- هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 166.

[3]- Sylvette Guillemard, « **Tentative de description de l'obligation de bonne foi en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles** », op.cit. p 372.

لهاته الشركة المدنية ولا للشركاء فيها إتيان مثل هذا السلوك المهين، فمن غير المنطقي التأسّس في قضية ضدّ زبون يربطه بها عقد من هذا النّوع، ممّا قد يؤدي إلى المطالبة بالتعويض علاوة على فسخ عقد الاستشارة القانونية على الفور[1]، وهنا لا يمكن استبعاد احتمالية لجوء الزبون إلى الشركة في حال عدم تأسس أحد محاميها في القضيّة المطروحة بين أيدي القضاء، ولمّا كانت هذه الحال بات من العبث الاعتماد على الشركة، التي يستحيل عليها التوفيق والجمع بين وظيفتين متناقضتين.

ويندرج تحت واجب الوفاء والتناغم في المواقف كذلك، ضرورة التزام الشخص بعدم الخروج عن سلوكياته السابقة، أي أنه يستوجب عليه أن لا يأتي بسلوك يناقض سلوكه السابق أو يتنافى معه، وهذه الفكرة مستوحاة من الفقرة الأولى من المادة 06 من مشروع "Terré" والتي جاء فيها أنه: "لا يجوز لأي طرف أن يتصرف بما يتعارض مع تصريحاته وسلوكياته السابقة، والتي اعتمد عليها الطرف المتعاقد معه بشكل مشروع"[2]، وهو مبدأ مستقر عليه الفكر القانوني الأنجلوسكسوني، وتبنّيه من طرف فقهاء القانون الفرنسي يعرب عن فكرة مؤداها أن هذا الأخير لا يجد حساسية تجاه الأفكار والمبادئ التي استقرت عليها التشريعات المقارنة، إذ لا يرى مانعًا في احتضان الأفكار البنّاءة، وعليه فإن هذا الواجب يمكنه توجيه الحريّة التفاوضية، خاصة إذا كانت مدّة المفاوضات والسلوكيات الصادرة عن الأطراف تُنبئ – على قدر كبير– بإمكانية إبرام العقد المنشود[3]، وخير مثال يضرب في هذا السياق خطابات النوايا التي تعمل على تقييم مرحلة معيّنة من المفاوضات، والتي يتمّ بموجبها تحديد النتائج المتوصل إليها إلى غاية تحرير الخطاب، فهي تتضمن التزاما بحسن النيّة يكاد يكون صريحا، ولو أنه يحمل في طيّاته تعهدًا ضمنيًا بعدم التشكيك في تلك المكتسبات، ومواصلة

[1]- Jean Pascal Chazal, op.cit. p 16.
[2]- Mustapha Mekki, « **La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013** », op.cit. p 7.
[3]- Denis Mazeaud, **Les dix commandements du droit français contemporain des contrats**, Conférences Roger-Comtois, 4e édition, organisé par Faculté de droit Université de Montréal, Québec, 2005, p 17.

التفاوض على العناصر العالقة، والعمل على عدم التناقض مع تلك العناصر التي حصل الاتفاق بشأنها[1].

2- واجب التعاون بين الأطراف:

تمتد جذور مصطلح التعاون إلى أصل لاتيني "Cumlaborare"، وهي تشير إلى تذكير أطراف العلاقة التعاقدية بضرورة تظافر جهودهم باتباع سلوك تكافلي، لتحقيق التوافق حول المصالح المشتركة المرجوة من العقد، وهذا هو المنتظر منهم[2]، وعليه يتمّ تعريف التعاون على أنّه ذلك الواجب الذي يقع على عاتق كلى الطرفين، للعمل معًا وبشكل فعّال ونشط لتحقيق المنفعة المبتغاة من العقد، وهذا ما يميّزه عن واجب الإخلاص أو الوفاء في التعامل، الذي يتجسد من خلال اتخاذ موقف سلبي كما سبقت الاشارة إليه، فالتعاون هو رفض لتلك السلبية ودفع الأطراف للعب دور أكثر ديناميكية في سبيل الوصول إلى الغاية المسطّرة للعقد[3]، ومنه بات من المسلّم به أنّ واجب التعاون هو أحد المكونات الأساسية والعناصر الضرورية لمبدأ حسن النيّة، كما أصبح له دورًا لا يمكن الاستهانة به في العقود، خاصة في وقتنا الحاضر الذي طغت عليه الأنانية[4]، ولا يوجد أفضل من تقديم عقد الشركة كنموذج على روح التعاون والتكافل بين الأطراف وتقارب مصالحهم، بل يمكن القول بوجود مصلحة واحدة مشتركة تحرك الشركاء في نفس الاتجاه وتوحد جهودهم لنفس الغاية[5]، وبهذا يبدو أنّ الفكرة الحديثة للتعاون تقبع في مكانٍ وسطي بين النموذج الكلاسيكي للبحث عن أقصى قدر

---

[1]- Sylvette Guillemard, « **Tentative de description de l'obligation de bonne foi en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles** », op.cit. p 381.

[2]- François DIESSE, « **Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat** », APD. 1999, p 274. Sur : http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/71.pdf. Visité le 29/05/2023.

[3]- LEBRUN Christine, **Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat**, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, université de Montréal, 2011, p 16.

[4]- حامق ذهبية، **النظرية العامة للعقد: تصور جديد**، ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يوسف بن خدّة الجزائر 1، يومي 24 و25 أكتوبر 2016، مجلة حوليات الجزائر، العدد 16/05، ص 97.

[5]- François DIESSE, op.cit. p 272.

من الفائدة والإيثار المحض، فالتعاون ليس أداء ما على الطرف في العملية التبادلية، أو العمل على جعل أداء الطرف الآخر ممكنًا للحصول على منفعة العقد، بالتعاون بهذا المفهوم الجديد يتموضع بين السعي غير المقيّد لتحقيق المصلحة، وبين التبعية غير المقيّدة لتلك المصلحة[1].

وقد يعمل القاضي على تصحيح العقد بالاستناد إلى واجب التعاون المفترض بين الأطراف بموجب مبدأ حسن النيّة، ويكون تصحيح العقد بتصحيح سلوك أحد أطراف العلاقة العقدية، سواء كان هذا في مرحلة المفاوضات أو في مرحلة التنفيذ، كأن يحول هذا السلوك دون إبرام العقد رغم توافر جميع عناصره وشروطه، أو ينعقد مع بقائه مهددا بالإبطال بسبب السلوك السيء لأحد الاطراف، كالتمسك بالغلط على نحو يتنافى ويتعارض مع حسن النيّة، حين يبدي الطرف الآخر نيّته في التصحيح والابقاء على العقد[2]، ويرى بعض الباحثين بأنّ هذا الواجب لا يمكن تعميمه، بل يبقى مقتصرًا على فئة معيّنة من العقود، ويمكن أن يكون هذا النطاق المحدود هو الذي يفسّر عدم الاشارة إلى هذا الواجب صراحة في نصوص القانون المدني الفرنسي، وهو ما يفيد إيمان المشرّع بكفاية مبدأ حسن النيّة لتغطية الفرضيات التي يلعب فيها واجب التعاون هذا دوره بين الأطراف[3].

3- واجب التضامن مع الطرف المتعاقد معه:

التضامن مع الطرف المتعاقد معه فكرة تتعارض مع التوجه الفقهي الكلاسيكي المتشبّع بالنزعة الليبيرالية، وبالتالي يكون هذا الطرح منافيًا للمنطق الذي بنيت عليه، إذ أنها لا تأخذ بالحسبان أن الطرف المتعاقد يجدر به مراعاة مصالح الطّرف الآخر في العلاقة العقدية[4]،

---

[1]- Jacques Ghestin, « **Le contrat en tant qu'échange économique** », Rev d'économie industrielle, vol. 92, 2e et 3eme trimestres, 2000, p 95. https://doi.org/10.3406/rei.2000.1039

[2]- حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 99.

[3]- Mustapha Mekki, « **La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013** », op.cit. p 7.

[4]- Denis Mazeaud, **Les dix commandements du droit français contemporain des contrats**, op.cit. p 13.

والتضامن هاهنا إنّما هو مفهوم وسطي يتموقع بين الليبيرالية بسلبياتها والاشتراكية المتفاقمة، بمعنى أن التضامن هو وسط بين السوق والاحسان وبين المنافسة والمساعدة، والذي يبدو للوهلة الأولى أنّه ضرب من المستحيل بسبب الجمع بين هاته الثنائيات المتضادة في عالم العقود، وإن كان التطور الذي شهدته هاته الأخيرة يمكن أن يذلّل الصعاب ويجعل من المستحيل ممكنًا، فمن المهم جدًّا الجمع بين العقد والتضامن للوصول إلى إنشاء نظام اجتماعي جديد، الأمر الذي يسمح بإعادة التأسيس للروابط الاجتماعية وتعزيز الوعي بضرورة تبنّي التصور الجديد للعقد[1]، وهذا لا يتأتّى إلّا من خلال العمل على توجيه القانون للقيام بالوظائف الاجتماعية، بهدف إعادة التوازن العقدي الذي أصابه الخلل، والذي يظهر بدوره من خلال التفاوت البيّن والواضح بين حقوق والتزامات الأطراف، ما يفرض واجبًا جديدًا بالتضامن بين أطراف العقد لضمان العدالة التعاقدية وتحقيق نوع من السلم والاستقرار في المجتمع ككل[2].

لقد أخذت هذه الفلسفة الجديدة للعقود منحًى آخر ومنذ مدّة في السوابق القضائية الفرنسية، ففي حكم[3] صادر في جانفي 1996، رأت محكمة النقض الفرنسية أنّه يجب على المتعاقد أن يتضامن مع الطرف الآخر ولفت نظره إلى الخطأ الذي وقع فيه، وهو عدم إدراجه لبعض مصاريف الخدمات التي قام بتقديمها إليه، وأنّ هذا الاختباء وراء هذا النقص للامتناع عن دفع ثمن تلك الخدمات التي نسي الطرف المعني فوترتها، يعتبر إخلالًا بواجب التضامن وفيه مساس بمبدأ حسن النيّة، وفي حكم[4] آخر بتاريخ 11 جوان 1996، حمّلت المحكمة المسؤولية لإحدى شركات الصيانة التي لم تبلّغ الطرف المتعاقد معه بوجود أسعار تفضيلية في الخدمات، وعليه كان يفترض بالشركة أن تبدي بعض التضامن مع نظيرها في

[1]- Mustapha Mekki, « **Le contrat : entre liberté et solidarité** », Collège de France, pp 93-120, sur : https://books.openedition.org/cdf/5199?lang=fr. Visité le 20/12/2023.

[2]– حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 86.

[3]- Cass. Civ, 23 Janvier 1996, n° 93-21.414

[4]- Cass. Civ, 11 Juin 1996, n° 94-18.250

العقد، بتمكينه من الاستفادة من تلك الأسعار، فهذه الأحكام المتوالية تدلّ على اتجاه القضاء إلى إرساء واجب التضامن الذي يجب أن تبديه الأطراف المتعاقدة، ومنه ضرورة أداء جميع الالتزامات بحسن نيّة بما يضمن استخراج جميع الفوائد الممكنة من العملية التعاقدية، وكلّ المنفعة المتوقعة من العقد[1]،فعنصر التضامن يعكس فكرة الواجب الأخلاقي المتمثل في المساعدة المتبادلة بين الأطراف، من خلال المشاركة الفعّالة في بناء العلاقة العقدية وتنفيذ الالتزامات النّاشئة عنها، وذلك بمراعاة مصالح الطّرف الآخر أو وضع نفسه مكانه، وهكذا يتأكد ضمان أكبر قدر من المساواة والتوازن العقدي[2]، فقد كان بحق التضامن في السابق يتعارض مع مفهوم العقد، الذي يُنظر إليه على أنّه وسيلة أو أداة للتبادل الاقتصادي يتمّ استغلالها لفترة زمنية محددة، إلّا أنّ هذا المفهوم يبدو أنّه عفى عنه الزمن، واستحالة التضامن في العقود قد بدأ يتلاشى بظهور أشكال جديدة من العقود تضمّ فكرة تقارب المصالح أكثر من تعارضها، وبالنّظر أيضًا للوظائف التي أضحت تؤديها بعض المعاملات والتي جعلت من العقد رمزًا للحريّة وفي ذات الوقت رمزًا للالتزام والاحترام، دون إغفال حقيقة كون العقد مصدرًا للقانون الناشئ بين الأطراف، والذي تتمّ صياغته بإرادتهما المشتركة من خلال التفاوض على بنوده وشروطه، وهذا كلّه برعاية القانون الذي يعمل على إرساء هذا التضامن، من خلال محاربة تجاوزات الليبيرالية ودكتاتورية السوق، وهو ما يجسده بالفعل قانون المنافسة، قانون التقييس وقانون الاستهلاك وغيرها من التشريعات الخاصة، التي تواكب هذا التغيير في فلسفة العقود وتحولها من التعارض إلى التعاون والتضامن، وبالتالي حلّ معادلة الجمع بين الأضداد[3].

[1]- Denis Mazeaud**, Les dix commandements du droit français contemporain des contrats**, op.cit. p 14.
[2]- François DIESSE, op.cit. p 272.
[3]- Mustapha Mekki, « **Le contrat : entre liberté et solidarité** », op.cit. p 101.

الفرع الثاني: مظاهر التفاوض بسوء نيّة

أشرنا فيما سبق إلى أنّ النيّة من مكنونات النفس، وأنّ سلوك الشخص هو الذي يسمح بالحكم عليها، وبناءً عليه فإنّ سلوكيات الأطراف المتفاوضة هي التي تدلّ على مدى التزامهم بمبدأ حسن النيّة، ويكشف التعامل عن عدّة مظاهر للتفاوض بسوء نيّة بأهداف وغايات متباينة، فقد يُقدم أحد الأطراف على التفاوض دون اتجاه إرادته للتعاقد، كما قد يُقبل على قطع المفاوضات دون سابق إنذار ولا تقديم مبرر مشروع، أو يعمد إلى إجراء مفاوضات بالتوازي مع المفاوضات الجارية رغم وجود مانع يحول بينه وبين ذلك، وسنحاول التعرّض لهذه المظاهر بشيء من التفصيل، وهي على سبيل المثال لا الحصر، كونها تعدّ هي الأبرز في هذا الإطار.

أولاً: التفاوض دون وجود نيّة التعاقد

إنّ التفاوض بنيّة عدم إبرام العقد يعني دخول المفاوضات باستخفاف دون التخطيط أو العمل الجادّ على اختتامها بإبرام العقد النهائي، وهي نيّة مبيّتة مسبقًا من طرف بعض المتفاوضين ذوي النوايا السيّئة، بحيث تختلف أهدافهم من وراء هاته السلوكيات بين عدّة غايات، كصرف نظر الطرف الآخر عن اقتراح مثير للاهتمام، أو الحصول منه على بعض المعلومات المهمّة وغيرها [1]، وهي سلوكيات أقلّ ما يمكن أن يقال عنها أنّها تكشف عن غشّ وخداع الطرف المفاوض، هذا الأخير يعمد إلى استعمال طريقة مشروعة والتي تكمن في التفاوض في حدّ ذاته لتحقيق أغراض غير مشروعة، وهو ما يستدعي قيام مسؤولية مدنية شديدة وصارمة، لما في ذلك من إضرار بالطرف المتفاوض معه وإهدار للثقة

[1]- Goran Georgijevic, « **L'obligation de faire dans la phase précontractuelle en droit civil mauricien** », Rev juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2021, p.47. https://hal.univ-reunion.fr/hal-03328961v1/document _Sylvette Guillemard, « **Tentative de description de l'obligation de bonne foi en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles** », op.cit. p 382.

المشروعة التي تنشأ عادة بين الأطراف المتفاوضة[1]، وسنتطرق لبعض الغايات التي يرمي إليها الطرف المتفاوض بسوء نيّة.

1- التفاوض بنيّة التجسس على الطرف الآخر:

وهو ذلك التفاوض الذي يهدف من خلاله أحد الأطراف إلى معرفة بعض الأسرار الصناعية أو التجارية للمتفاوض معه، أو تحسس وضعيته المالية والاقتصادية في السوق، ومنه أيضًا دخول إحدى الشركات في مفاوضات مع عدّة أطراف بغرض معرفة الأسعار وظروف ووضعيات منافسيها والمستوى الفنّي والتكنولوجي الذي يتمتّعون به، وقد تتجه نيّة الشركة إلى الدعاية من خلال المفاوضات، كأن تعرض إبرام عقود مع موزعين محتملين لمنتوجاتها، وبعد تحقيق الغرض تنسحب من المفاوضات[2]، ومجمل القول أنّه عادة ما يكون هذا التفاوض بغرض الحصول على معلومات معيّنة يتمّ استغلالها لصالح المتفاوض في حدّ ذاته، أو لفائدة طرف آخر أو جهة معيّنة، أو تحليل تلك المعلومات المتحصّل عليها لوضع استراتيجية أو اتخاذ موقف معيّن في السوق، وهي كلّها أفعال تخلّ بالمنافسة المشروعة وتلحق الضرر بالمتعاملين.

2- التفاوض بنيّة تفويت فرصة التعاقد مع الغير:

وهذا التفاوض يرمي الطرف سيء النيّة من ورائه إلى إعاقة وعرقلة الطرف المتفاوض معه، وصرف نظره عن التفاوض مع الغير أو تلقي العروض من مفاوضين آخرين مهتمين بنفس الصفقة، ويضرب أحد الباحثين[3] مثالًا عن ذلك بالمتفاوض الذي يسعى إلى التفاوض مع مالك محلّ تجاري، على نحو تظهر عليه الجديّة والاستقامة بشكل يبعث على الاعتقاد بإمكانيه ابرام العقد قطعًا، وهو في حقيقة الأمر لا ينوي شراء ذلك المحل إطلاقًا وإنّما يهدف

[1]- هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 168.

[2]- شيرزاد عزيز سليمان، **حسن النية في ابرام العقود**، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008، ص 342.

[3]- محمود فياض المرجع السابق، ص 239.

إلى إبعاد أحد المنافسين له، هذا الأخير الذي ينوي التقدّم للتفاوض أو يكون قد وجّه دعوة لمالك المحل لذات الغرض، وما إن تنصرف رغبة هذا المنافس عن شراء ذلك المحل، تزول خشية المتفاوض سيئ النيّة على تجارته وينهي تلك المفاوضات سواء بتقديم مبرر لذلك أو من دون سابق إنذار، ويرى البعض[1] في نفس السياق أنّ إطالة أمد المفاوضات وإيهام الطرف المتفاوض معه بوجود احتمال كبير لإبرام العقد النهائي، رغم أنّ الاحتمال الفعلي في ذلك يبقى ضئيلًا، يعتبر من السلوكيات التي تتنافى ومبدأ حسن النيّة، ومنه أيضًا تقديم طلبات أو مقترحات غير منطقية أو غير معقولة، بحيث تؤدي حتمًا إلى فشل ووقف المفاوضات هو كذلك من قبيل سوء النيّة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ نيّة عدم التعاقد كما يمكن أن تكون مبيّتة قبل المفاوضات، يمكن كذلك أن تنشأ بعد بدء المفاوضات، فقد يكتشف المتفاوض في وقت مبكّر استحالة إبرام العقد النهائي، أو وجود فرص ضئيلة جدًّا في أحسن الأحوال، إلّا أنّه يواصل التفاوض بالرغم من ذلك، وهو ما يزرع الأمل في نفس الطرف الآخر بإمكانية التوصل إلى إبرام العقد، مما يجعل من المفاوضات وسيلة لإهدار الجهد والمال ومضيعة للوقت لفرصٍ أخرى للتعاقد[2].

ثانيًا: القطع التعسفي للمفاوضات

إنّ التخلّي عن المفاوضات أو قطعها هو ممارسة لما يعرف بحريّة التعاقد، وبشكل أدق هو تعبير عن حريّة التفاوض، ومنه لا يمكن مساءلة الطرف الذي يمارس هذا الحق لأنّه لا يشكلّ أي خطأ، إذ أنّ الأمر يتعلّق بالظروف التي أحاطت بممارسته، وبالتحديد بسلوك الطرف الذي مارس هذا الحق ومدى استجابته لمقتضيات حسن النيّة، وفي حالة

[1]- Sylvette Guillemard, « **Tentative de description de l'obligation de bonne foi en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles** », op.cit. p 382.

[2]- شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 344.

العكس تقوم مسؤولية مسبب هذا الانقطاع[1]، فعادة عندما تكون المفاوضات في بداياتها يكون للأطراف هامشًا كبيرا من الحريّة فيما يتعلّق بوضع حدّ لها، ودون الحاجة فعلًا إلى إبداء أسباب الانقطاع أو المبررات التي دعت إلى ذلك، ففي ذات السياق حكمت الغرفة التجارية لمحكمة النقض في حكم لها بتاريخ 12 جانفي 1999، بأن قطع المفاوضات لا يشكّل على الإطلاق خطأً يستوجب قيام المسؤولية، في وقت كانت فيه الأطراف بصدد وزن المخاطر والفرص من العقد محل التفاوض، ويمكنها أن تنسحب من المفاوضات دون أن تكون ملزمة بأن تقدمّ مبررا بشأن ذلك[2]، وما يمكن فهمه مما تمّ ذكره أن مدّة المفاوضات قد تكون معيارًا يقاس به مدى حسن النيّة في المفاوضات، فكلّما تقدمت المفاوضات وأخذت مدّة زمنية معتبرة ينشأ بموجب ذلك التزاما في ذمّة الأطراف المتفاوضة، إن لم يكن بمواصلة هاته المفاوضات والعمل على تتويجها بالعقد المراد إبرامه، فعلى الأقلّ عند قطعها من أحد الأطراف يكون ممارس هذا الحق ملزمًا بتقديم مبرر مشروع لذلك، فإذا صاغه الطرف الآخر انصرف كلّ في طريقه، وفي الحالة العكسية تكون للقضاء مهمّة تقدير مدى مشروعيّة الأسباب التي قدّمها الطرف الذي انسحب من المفاوضات، وعلى حدّ قول أحد الباحثين[3] " إنّ العدول عن تفاوض يجد فيه أحد الأطراف المتفاوضة أنه لم يحقق أهدافه، أفضل بكثير من تعاقد يدخل الطرفين في مشاكل يكون من الصعب إزالة آثارها، فخطبة فاشلة خير من عقد زواج فاشل ".

ويرى بعض الباحثين أنّه يمكن لسوء النيّة أن يتجاوز الحدود، إذ استند الطرف المنسحب من المفاوضات إلى سبب من الأسباب المجرّمة في قانون العقوبات، كأن يتعلّق الأمر بأصل الأشخاص الطبيعية أو جنسهم أو وضعهم العائلي، أو يتمّ الاستناد في ذلك

[1]- François 't KINT, **Négociation et conclusion du contrat**, Conférences « Les obligations contractuelles », Editions du jeune barreau, Bruxelles, 1984, p 17.

[2]- Cass.com, 12 janvier 1999, N°96-14604. Jacques Ghestin, et des autres, op.cit. p 515.

[3]- عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، المرجع السابق، ص ص 325-326.

إلى أمور تتعلّق بالآراء السياسية أو الأنشطة النقابية وغيرها، والتي يمكن أن تشكل جريمة في حق الطرف المتفاوض معه[1].

ثالثا: إجراء مفاوضات موازية

التفاوض مع عدّة أطراف في آن واحد جائز في الأصل، وتتفق على ذلك الكثير من الأنظمة القانونية، فالتفاوض مع عدّة جهات أو أطراف في نفس الوقت له فائدته، إذ يضمن الحصول على أفضل الصفقات، سواء من حيث شروط التعاقد أو من حيث نوعية السلع والخدمات، فلا يوجد كأصل عام ما يلزم أي طرف على الإبلاغ عن وجود مفاوضات موازية[2]، وتشير السوابق القضائية إلى عدم وجوب الإبلاغ عن وجود مفاوضات موازية، ومن باب الأولى ما يمنع من مباشرتها إلّا إذا كانت بنيّة عدم إبرام العقد مع الطرف الذي يجهل بوجود المفاوضات، أو صاحب هذا الإخفاء نيّة الإضرار بالطرف الآخر[3]، ولو أنّه ومن باب تحرّي الصدق والأمانة في التعامل، يستحسن على الطرف المعني بها أن ينهي إلى علم الطرف الآخر وجودها، ممّا يضع الطرف المقابل في الصورة ويمكنّه من أخذ ذلك في الحسبان، إذ أنّ وجود هذا الأمر قد يدفع به إلى تغيير استراتيجيته في التفاوض وفقا لهذه المعطيات، وبالتالي التصرف بحكمة في ظلّ وجود منافسين على نفس الصفقة، ناهيك عن زرع نوع من الثقة بين الأطراف بالتأكّد من توافر متطلبات حسن النيّة[4]، ويبقى مبدأ حريّة التفاوض هو السائد في هذا السياق ولو أنّه يمكن تقييده في حالتين، سواء عن طريق

[1]- Mikaël Benillouche, **Le droit pénal de la période précontractuelle**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007, p 119.

[2]– محمود فياض المرجع السابق، ص 242.

[3]- Mohamed Salim Chehidi, « **La bonne foi en droit des contrats -étude comparative des droits Algérien et français-**» , Rev de droit public Algérien et comparé, Vol. 07, N° 01, Juin 2021, p 84.

[4]– شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 394.

الاتفاق على عدم إجراء مفاوضات موازية، أو إذا بلغت المفاوضات مرحلة لا يمكن معها إجراء أيّة مفاوضات موازية[1]، وسنتطرق لكلّ من هاتين الحالتين بشيء من التفصيل.

1- حالة اشتراط حصريّة التفاوض:

تكشف الممارسة خاصة في مجال التجارة الدولية عن وجود عقود أوّلية تعرف بالعقود الحصرية، والتي تهدف إلى منع أحد الأطراف أو كليهما من إجراء مفاوضات موازية على نفس الصفقة أو العقد، وهو ما يعني تقييد الحريّة التعاقدية بحصرية إبرام العقد المستقبلي على شخص بعينه، هذا إذا كللت المفاوضات بالنجاح طبعًا، فالالتزام الذي تُنشؤه هذه العقود الأوّلية هو التفاوض الحصري[2]، كما يمكن النّص على هذا الالتزام خارج العقد، ويكون ذلك بموجب خطابات النوايا التي تتضمنّ تعهدات الأطراف خلال المفاوضات، حيث يعمد مُصدر الخطاب إلى طلب عدم إجراء مفاوضات موازية من الطرف المقابل على نفس العقد، طيلة مدّة المفاوضات الجارية بينهما والتي يمكن تحديدها في صلب الخطاب بشكل مستقل[3]، ومن بين الأسباب التي تدفع بفرض هذا الالتزام واشتراط حصرية التفاوض، تلك المتعلّقة بتسريع وتيرة المفاوضات، وتنّجب المماطلة والتأخر عن المواعيد وحضور الجلسات[4]، ولو أنّ الأسباب في حقيقة الأمر قد تكون أعمق من ذلك، إذ يعمل صاحب هذا الاشتراط على إبعاد المنافسين والاجتهاد في الفوز بالصفقة بعيدًا عن كلّ الضغوطات، كما قد يكون هذا الاشتراط بسبب الخشية من تسريب معلومات سريّة تتعلق بالأساس بالمعرفة الفنيّة أو الأسرار التجارية بصفة عامّة، رغم وجود مكنة الاتفاق على الالتزام بالسريّة إلا أن

---

[1]- محمد حميداني، " **مبدأ حسن النيّة في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي** "، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد السادس والعشرون، جوان 2019، ص 311.

[2]- Luiz Fernando Kuyven, op.cit. p 79.

[3]- Sylvette Guillemard, « **De la phase préalable à la formation de certains contrats** », op.cit. p 172.

[4]- الفهد أحمد بن فهد حمين، " **مفاوضات عقود التجارة الدولية: دراسة فقهية** "، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الثامن والثلاثون، السعودية، 2017، ص 401.

الحصرية في التفاوض تزيد في هذه الضمانة، وتمنع إفشاء هاته المعلومات الذي يمكن أن يكون عن غير قصد.

وفي حالة الفشل في الحصول على الالتزام بحصرية التفاوض، تسعى بعض الأطراف إلى إلزام الطرف المقابل بالكشف عن المفاوضات الموازية، بل وحتّى الكشف عن هويّة الأطراف المتفاوض معها، وفي هذه الحالة ينبغي التعامل بحذر مع مثل هذه التصرفات، التي قد تنتهك الالتزام بالسريّة الذي يتضمّن عدم الكشف عن الهوية، كما يمكن أن يكون هذا التصرف مخالفًا للأخلاقيات التجارية وواجب الإخلاص والوفاء والاستقامة في التعامل، فإن كان ولابدّ من الكشف عن وجود المفاوضات الموازية، يبقى الكشف عن هوية الأطراف متعلّقًا باتفاق الأطراف بالدرجة الأولى، ثمّ بما تقتضيه طبيعة التعامل[1].

2- بلوغ المفاوضات مرحلة إبرام العقد:

ويقصد ببلوغ المفاوضات مرحلة توحي بحتمية إبرام العقد، اتفاق الأطراف المتفاوضة على العناصر الجوهرية والعناصر الثانوية للعقد، ولم يتبقّى إلّا التوقيع عليه الذي في غالب الأوقات يتمّ تحديد تاريخ معيّن له[2]، ووفقًا لمقتضيات حسن النيّة والإخلاص في التعامل، ينبغي على الأطراف وقف كل المفاوضات الموازية التي تستهدف العقد ذاته، ناهيك عن أنّه من باب الأولى لا يمكن لأي طرف ولوج مفاوضات جديدة مع أطراف أخرى لنفس الصفقة، وعلى الأرجح يتمّ إعلام الأطراف المعنية بالوصول إلى اتفاق مع الطرف الذي سيتمّ توقيع العقد معه.

ففي بعض الأحيان التي يتمّ التفاوض فيها بين مهنيين، يستوجب ترك قدر معين من المرونة في التعامل، وتشير قواعد المنافسة الحرّة على سبيل المثال، إلى أنّ الدعوة إلى

[1]- Luiz Fernando Kuyven, op.cit. p 216.

[2]- محمود فياض، المرجع السابق، ص 242.

استقبال العروض يتمّ إرسالها إلى أكثر من طرف في آن واحد، وهو ما ينجرّ عنه استمرار المفاوضات إلى مراحل متقدّمة، ممّا يستدعي إجراء دراسات معيّنة من قبل جميع الأطراف، سواء صاحب الدعوة أو مقدمي العروض، دون أن يكون الطرف المعني قد اختار الشخص المتعاقد معه، وهذا أمر منطقي عند إطلاق دعوة عامة بالبحث عن شريك، خاصة في إطار المناقصات التي يبحث فيها الطرف المعني عن أفضل العروض من حيث السعر والجودة[1]، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي حين رفضت محكمة الاستئناف (Versailles) طلبات المدّعي بالتعويض، وجاء رفض هذه الطلبات المؤسسة على إجراء الطرف المتفاوض معه لمفاوضات موازية بشأن نفس العقد، بأنّ المدّعى عليه قد أطلق عرضه أو دعوته تحت عنوان "البحث عن شريك"، وبالتالي احتمالية تقدّم أكثر من طرف للتفاوض أمر وارد، كما أنّ المدّعي لم يشترط حصرية التفاوض مع صاحب العرض، وعليه فلا مجال للتشكيك في حسن نيّة هذا الأخير ولا يمكن أن تثار مسؤوليته في هذه الحالة[2].

وعلى العكس منه في قضيّة (Manoukian) الشهيرة، والتي اعترف فيها القضاء بحقّ المدّعي في التعويض، وتعود وقائع القضيّة إلى أنّ الشركة المدّعية تقدّمت لشراء أسهم شركة أخرى، وبعد وصول المفاوضات إلى مرحلة متقدّمة جدًّا بات معها إمضاء العقد وشيكًا، قامت الشركة مالكة الأسهم بنقل ملكية هذه الأخيرة إلى طرف ثالث بتاريخ 10 نوفمبر 1997، رغم أنّها كانت على موعد مع شركة (Manoukian) لتوقيع العقد بتاريخ 15 نوفمبر 1997، وكان ينبغي عليها وقف المفاوضات الدّائرة حول هاته الصفقة، ناهيك عن عدم قبول أي عرض أو إجراء مفاوضات جديدة[3].

تطرقنا لبعض مظاهر سوء النيّة في المفاوضات، وهي من أهم المظاهر التي حظيت بالدراسة وكانت محلًّا لأحكام قضائية في فرنسا، ويبقى المجال مفتوحًا لاكتشاف أنماط

[1]- François 't KINT, op.cit. p 18.

[2]– محمود فياض، المرجع السابق، ص 243.

[3]- Cass. Com. 26 Novembre 2003, N° 00-10.243 et N° 00-10.949.- Luiz Fernando Kuyven, op.cit. p 279.

أخرى للتفاوض بسوء نيّة، سيكون القضاء والفقه وواقع الممارسات كفيلًا بالكشف عنها، ويثور التساؤل حول مدى وجود فرق بين سوء النيّة وتخلّف حسن النيّة، حيث يرى بعض الباحثين[1] أنّ الردّ يكون إيجابيًا على هذا التساؤل، فغياب حسن النيّة يتجلّى من خلال عدم وجود عنصر من عناصر النيّة السيّئة، كأن يكون نتاجًا لإهمال أو عدم تبصّر أي أنّه يأتي عفويًا، بينما سوء النيّة فيكون بكل تأكيد عن قصد من صاحبه، أي أن هذا الأخير قد اتجهت إرادته إلى فعل يتنافى مع السلوك السويّ في المعاملات.

المطلب الثالث: مبدأ الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات

يعتبر الالتزام بالإعلام من بين أهم المبادئ التي تعبّر بصدق عن العدالة التعاقدية، وهو يشكّل ضمانة لها في المرحلة السابقة عن التعاقد، وسنحاول الإحاطة بمختلف جوانبه بالتعرض لمضمونه في المقام الأول، لنستهدف بعد ذلك الآثار التي تترتبّ عن قيامه، من خلال الوقوف على الحقوق التي تنشأ للدّائن به والالتزامات التي تشغل ذمّته.

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام

يتمثل دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في وجوب تقديم المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد، والذي يقع على عاتق الطرف الذي يحوزها، هذه المعلومات كفيلة بتنوير وتبصير الطرف المتفاوض معه، لغرض تكوين تصور صحيح وواضح حول العلاقة العقدية المزمع إبرامها، ومن ثمّة يمكنه اتخاذ القرار بإبرام العقد المعني أو الانصراف عنه[2]، فتعايش الحقوق والمصالح مفاده أنّ الطرف الذي لديه معلومات بحكم ظروف معيّنة أو بحكم مركزه المميز في العلاقة العقدية، يُحتّم عليه تقديم البعض من هاته المعلومات للطرف الآخر، لتمكينه من

[1]- Marie Annik Grégoire, « **Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat** », Rev du Notariat, 104(2), 2002, p 178. Https://doi.org/10.7202/1046005ar

[2] – محمد عبد الظاهر حسين، " **الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد** "، مجلّة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، 1998، ص 733.

الاعتناء بمصالحه بشكل مناسب، ولا يعني ذلك أبدًا أنّه يقع على عاتقه واجب الاعتناء هو نفسه بمصالح غيره[1]، وعليه سنسعى لعرض مبررات نشأة هذا الالتزام، لنتناول بعدها طبيعة المعلومات التي يجب الإفضاء بها والإفصاح عنها.

أولا: مبررات نشأة الالتزام بالإعلام:

سنحاول من خلال ما يأتي الوقوف على نشأة الالتزام بالإعلام في التشريع الفرنسي، في لمحة تاريخية مختصرة، لننصرف بعدها إلى توضيح أسباب ودواعي فرض هذا الالتزام ليس فقط في التشريع الفرنسي بل في التشريعات المقارنة قاطبة.

1- نشأة الالتزام بالإعلام في القانون الفرنسي:

تعود جذور نشأة الالتزام بالإعلام في المنظومة التشريعية الفرنسية لعام 1867، حيث تناوله المشرع في أوّل قانون متعلّق بالشركات، والذي نصّ بموجبه على حقّ المساهمين في الاطلاع على المعلومات ذات الصلة بالشركة، ثمّ أخذ هذا الواجب بالتطوّر شيئا فشيئا، ومن مظاهر هذا التطوّر صدور قانون الشركات لسنة 1966، والذي وسّع بشكل لافت للانتباه من حقّ المساهمين في الاطّلاع على المعلومات المتعلقة بالوضعية العامة للشركة والبيانات المالية التي تخصّها، هذا وقد سعت لجنة عمليات البورصة **(COB)*** ومنذ نشأتها سنة 1967 وإلى غاية يومنا هذا، إلى التّأكيد على احترام مبدأ الإفصاح والشفافية، بل وسهرت على حسن تطبيقه من قبل الأطراف والجهات المختصة الملزمة به[2].

---

[1]- Marie Annik Grégoire, **Liberté ; responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle**, op.cit. p 332.

* La Commission Des Opérations De Bourse.

[2]– صالح أحمد البربري، **الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية**، الطبعة الأولى، مركز المساندة القانونية، القاهرة، مصر، 2001، ص ص 29–30. نقلا عن جمال عبد العزيز العثمان، **الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة – دراسة مقارنة –**، دار النهضة العربية، مصر 2010، ص 128.

وصيغت مختلف القواعد والأحكام القانونية بعدها بالنّص على ضرورة الالتزام بالإعلام، سواء في قطاع الخدمات والوظيفة العامة ذات الصلة، أو في حقل إبرام العقود في إطار ما يعرف بالتشريعات الخاصة، ففي قانون تطوير الأنشطة المالية الفرنسي رقم 597-96، أكّد المشرّع بموجب المادة 58 منه على ضرورة امتثال مقدّم ومؤدّي خدمات الاستثمار لقواعد حسن السلوك، والتي تهدف حسبه إلى ضمان حماية المستثمرين وانتظام المعاملات ذات الصلة بالخدمات التي يؤدّونها، وأشار من خلال هاته المادة إلى عدّة قواعد على سبيل المثال لا الحصر، فأكّد في القاعدة الخامسة (5) منها على ضرورة الحرص والالتزام بتوصيل المعلومة المهمة والمفيدة، من طرف مؤدي خدمة الاستثمار إلى زبونه أثناء التفاوض معه[1]، كما نظّم المشرع الالتزام بالإفصاح من خلال ثلاثة مواد، في قانون الاستهلاك رقم 93-949، تحت مسمى الالتزام العام بالإعلام، وأكدّ من خلالها المشرّع على ضرورة التزام كل متدخل أو محترف يعرض مالًا للبيع أو يقدّم خدمة معينة، بتنوير إرادة المستهلك عن طريق إحاطته بالبيانات اللّازمة والخصائص الأساسية لذلك المال أو تلك الخدمة، وذلك قبل إتمام العلاقة العقدية[2].

وبالعودة إلى القانون المدني الفرنسي، فقد كان أوّل ظهور لهذا المبدأ في إصلاح قانون العقود بموجب الأمر 16-131، حيث تناوله المشرّع صراحة بنصّ المادة 1112-1 في مرحلة المفاوضات، بعدما كان يُستشف ضمنًا في الشريعة العامة، وتجسيده بمقتضى التطبيقات القضائية التي تستمد تأسيسها من مقتضيات مبدأ حسن النيّة، فأصبح الالتزام

[1]- « …Elles obligent notamment à : … 5° Communiquer, d'une manière appropriée, les informations utiles dans le cadre des négociations avec leurs clients… » Article 58 du la loi N° 96/597 du 2 Juillet 1996.-publier sur le lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000193847 Visité le 04/05/2023.

[2]- « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat ; mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service. » Art. l. 111·1 du la loi N° 93/949 du 26 Juillet 1993.-publier sur le lien : https://wipolex-res.wipo.int › lexdocs › laws

بالإعلام مستقلًا بذاته عن مبدأ حسن النيّة، واتسمّ النص عليه بالوضوح من خلال الإشارة إلى كلّ ما يتعلّق به، مما يضفي عليه سهولة في الوصول إليه سواء من طرف القضاة أو من طرف المتعاقدين.

2- حاجة القانون لمبدأ الالتزام بالإعلام:

أشرنا لدى الحديث عن اللمحة التاريخية لنشوء الالتزام بالإعلام في المنظومة التشريعية الفرنسية، إلى أنه ظهر على فترات غير متزامنة، وفي تقنينات مختلفة على غرار قانون الشركات وقانون الاستهلاك، وغيرها من التقنينات الأخرى، ويوعز الأمر في ذلك إلى القصور الذي شاب الشريعة العامة، وعدم قدرتها على مواكبة التطورات المستجدّة والمتسارعة، فعكفت التشريعات الخاصة على سدّ الفراغات التشريعية، وبات من المسلّمات أن الخاص يقيد العام في حال تعارض نصوص هذه التشريعات مع الشريعة العامة، فهل كان المشرع بحاجة لإدراج الالتزام بالإعلام في نصوص القانون المدني بعدما أصبح مكرسًا في تلك النصوص؟ وعليه سنعكف على عرض المبررات التي أدّت إلى فرض هذا الالتزام في التشريعات الخاصة، ثمّ نتطرّق بعدها للأسباب الكامنة وراء إدراجه في الشريعة العامة، والتي شكّلت خصوصيته في القانون المدني.

أ- دواعي سنّ الالتزام بالإعلام في التشريعات الخاصة:

يرى بعض الباحثين في إطار التطورات المتسارعة التي شهدها حقل العقود، واتساع نطاقها وتوسّع حدودها الجغرافية والزمنية، ناهيك عن التعقيدات التي باتت تتخلل الكثير من العقود والمعاملات، بقيت التقنينات المدنيّة بعيدة عن تأطير الكثير منها، وبعيدة عن الإحاطة بحيثيات توفير بيئة حمائية تحول دون وقوع الغش والاستغلال الممارس من قبل الطرف القوي في مواجهة الطرف الضعيف، هذا الأخير الذي يجهل بخبايا ومختلف جوانب العقد المزمع إبرامه، ممّا يجرّ معه تأثيرًا سلبيًا على العلاقة التعاقدية برمّتها، من خلال

انهيار التوازن العقدي بشكل لافت للانتباه[1]، إذ أنّه لا مناص من الاعتراف بظهور نوع من عدم التّكافؤ الطّبيعي، أي أنّه ليس بفعل فاعل بل كان نتاج وضع أفرزه واقع المعاملات، يتجسّد في الخبرة والمعرفة المكتسبة من قبل أحد المتعاقدين دون الآخر، هذه هي الحال عند حصول تفاوض بين مهني أو محترف مع مستهلك، أوبين مهني ومهني آخر غير متخصص، ومن هنا بزغت فكرة فرض بعض الواجبات، والتي من وُجّهت لضمان احترام أكبر قدر من التعايش بين المصالح، بالعمل على الحدّ من الممارسة المطلقة للحقوق والتأكّد من أن الطرف القوي لا يسعى لإلحاق ضرر غير ملائم بحقوق ومصالح نظيره في العقد[2]، إذن إنّ من دواعي تعزيز الدور الحمائي للقانون، هو ظهور شريحة ضعيفة تحتاج إلى الحماية بالنّظر إلى مركزها الهش في العلاقات التعاقدية، هذا الضعف كان نتاج اتّساع الهوة المعرفية بين الأطراف، وهو ما تكشف عنه العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، أو تلك التي تنعقد بين المهنيين أنفسهم خارج تخصص أحدهما، فتزيح الستار عن نوع من عدم التوازن بسبب الضعف النّاجم عن قلّة المعرفة أو الوضع الاقتصادي والمالي، وهو ما تُظهره هيمنة كبريات الشركات على الأسواق، وبالتالي فرض منطقها على المتعاملين الاقتصاديين معها، أو بعض الشركات المنضوية تحت لوائها في إطار ما يعرف بالتبعية الاقتصادية، ولهذا عملت التشريعات الخاصة على خلق آليات بعيدا عن الشريعة العامة، التي هي مصدر هذه التشريعات.

وتظهر أهميّة الالتزام بالإعلام والحاجة إليه على مستوى العقود الدولية، كونها تكشف أيضا عن تفاوت كبير، ذي صلة بالأساس بالمعرفة الفنية والتقنية، والتي يتميّز بها – عادةً – أحد الاطراف في ظلّ نقصها أو انعدامها عند الطرف الآخر[3]، وهذا ما يظهر بشكل جليّ

[1]– هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 157.

[2]- Marie Annik Grégoire, **Liberté ; responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle**, op.cit. p 154.

[3]– قارون سهام، " **القيمة القانونية لعدالة التفاوض في العقود الدولية** "، مجلة دراسات وأبحاث، السنة الثانية عشر، العدد الثالث، جويلية 2020، ص 578.

في عقود نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، في إطار العقود المبرمة بين الدول في حدّ ذاتها أو تلك التي تُبرمها الدّولة مع كبريات الشركات العالمية، في مجالات عدّة كتلك المتعلّقة بإنجاز المشاريع الكبرى من موانئ ومطارات وسدود ومصانع، أو بيع السفن والطائرات وغيرها، أو أعمال شق الطرق في المناطق ذات التضاريس الصعبة، وعقود الحفريات والتنقيب عن الثروات الباطنية.

ب- خصوصيّة الالتزام بالإعلام في القانون المدني:

بادئ ذي بدء لا يمكننا غضّ الطرف عن التبرير الوارد في التقرير المرفوع لرئاسة الجمهورية الفرنسية في هذا الشأن، حيث جاء فيه أنّ من بين الأسباب التي أدت إلى تبنّي الالتزام بالإعلام في نصوص القانون المدني، على الرّغم من وجوده في قوانين خاصة كقانون الاستهلاك، تبنّيه على نطاق واسع في السوابق القضائية من خلال الأحكام المتواترة في القضاء الفرنسي، وعليه بدى أنّه من المناسب تكريسه في الشّريعة العامّة بشكل مستقل عن مبدأ حسن النيّة، ذلك أنّ هذا الالتزام ضروري للمحافظة على التوازن العقدي. أضف إلى ذلك كون هذا الالتزام قد تضمّنته أغلب المشاريع الفقهية الأوروبية التي عنت بإصلاح قانون العقود، فضلًا عن مساهمته وبشكل كبير في تحقيق الأمن القانوني والتوطئة للعدالة التعاقدية، كما أنّه يُبدّد مخاوف المستثمرين والمتعاملين الاقتصاديين بصفة عامة[1].

وعليه فقد أضحى تضمين الالتزام بالإعلام في نصوص القانون المدني من الضرورة بمكان، بالنّظر إلى الوظيفة التي يؤدّيها في إطار المرحلة السابقة عن التعاقد، باعتباره أداة وقائية تحتضن الإرادة فتوفر لها الحماية القبلية أو الاستباقية، ليكون هذا الالتزام جنبا إلى جنب مع نظرية عيوب الإرادة، وبذلك يعمل على سدّ مواطن النقص في هذه النّظرية، ويعالج الضّيق الذي شاب دائرتها بسبب شدة شروطها[2]، وهو ما يفسّر إجماع أغلب أعلام

[1]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 06.

[2]- حمدي بارود، المرجع السابق، ص 856.

الفقه الفرنسي، ومن خلال المشاريع الفقهية التي أتت على إصلاح القانون المدني، على ضرورة سنّ هذا الالتزام كواجب عام في الشريعة العامة، فالمهنيين يمكنهم اللجوء إلى هذه الشريعة لضمان حقوقهم، في ظل ضيق دائرة التشريعات الخاصة واقتصارها على فئة معينة من الأشخاص، فالمهني أو المحترف لا يمكنه المطالبة بحقوقه تأسيسًا على قانون الاستهلاك مثلا، كما يعمل هذا الالتزام على تغطية النّقص أو الفراغ الذي قد يعتري بعض التشريعات الخاصة.

ففي قانون التأمين الفرنسي، وبالضبط نص المادة L.113-2 التي أتت فقرتها الثانية على إقرار أنّ المؤمّن له ملزم بالإجابة وبدقّة على الأسئلة التي يطرحها المؤمّن، لاسيما في نموذج الإعلان عن المخاطر محل التأمين، الذي تُعدّه شركة التأمين عند إبرام العقد ذي الصلة بالظروف التي يتم من خلالها تقييم المخاطر التي تتحملها الشركة، ويثور التساؤل حول تلك المخاطر التي لم يتناولها المؤمّن ولم يشملها الاستبيان المُعدّ سلفًا، هل المؤمّن له ملزم بالإدلاء بها أو أنّه تبرأ ذمته على اعتبار أن شركة التأمين هي الطرف المهني والمحترف، وتتحمل نتائج أخطائها وإغفالها في مضمون العقد التي وضعته بمفردها؟

تكشف السوابق القضائية عن حكم صادر في قضية مماثلة، رأى بموجبه القضاة أنّه لا يمكن لوم المؤمّن له عن عدم الإدلاء بالمعلومات التي تتجاوز الأسئلة التي أعدتها شركة التأمين عند إبرام العقد[1]، بينما رأت المحكمة في حكم آخر بعد هذا الحكم بمدة طويلة أن شركة التأمين لا تستطيع السيطرة على تحريف المعلومات أو الإحجام عن الإدلاء بها من قبل المؤمن له، من خلال استمراره في الإجابة عن الأسئلة التي قدمتها شركة التأمين على سبيل الحصر[2]، إن هذا القصور الذي يعتري هذا النّص يجد علاجا له في نصّ المادة 1112-1 إذا تم تأسيس الطلبات عليها، إذ يمكن للمؤمّن الاحتجاج بكون المعلومات التي

[1]- Cass. Civ. 1e, 17 mars 1993, RGAT 1193.547.
[2]- Cass. Ch. mixte, 7 février 2014, n° 12-85107, Juris-Data n° 2014-001528.

تمّ تفادي الإدلاء بها خارج نطاق الاستجواب، هي بمثابة معلوماتٍ حاسمةٍ له، والتي بناءً عليها يكون في وُسع شركة التأمين إعادة النّظر في التزاماتها وحقوقها في عقد التأمين أو الانصراف عنه نهائيا، ولكن الإشكال يكمن في كيفيّة تطبيق النّص العام في ظلّ وجود نص خاص؟ هذا التساؤل تجيب عليه المادة 1105 من القانون المدني، والتي قضت أنّ كلّ العقود سواء كانت مسمّاة أم غير مسمّاة، تخضع للعنوان الفرعي الخاص بالعقد، والذي يشمل بطبيعة الحال المرحلة السابقة للتعاقد، وبالتالي تطبق مع مراعاة النّصوص الخاصّة، وبهذا يكون نص المادة1112-1 واجب التّطبيق ليُكمّل النقص الذي يشوب النص الخاص، وبهذا يستعيد القانون المدني دوره ومكانته[1].

ثانيا: نطاق الالتزام بالإعلام من منظور المادة 1112-1

جاء نص المادة 1112-1 من القانون المدني المُوسّع من حيث محتواه، والدّقيق من حيث صياغته، على تحديد المعلومات المتعلقة بالالتزام بالكشف عنها، وكذا إظهار الحدود التي يمكن أن تبلغها، وبالتالي سنوجّه تركيزنا على طبيعة المعلومات التي يشملها هذا الالتزام، لنسلط الضوء بعدها على المعلومات التي تخرج من دائرته.

1- طبيعة المعلومات الواجب الإدلاء بها:

إن السلوك الذي يتنافى مع العدالة التعاقدية يكمن في عدم الإدلاء بالمعلومات التي تكون بحوزة أحد الأطراف المتفاوضة، والتي تتسم بقدر من الأهميّة للطرف الآخر، كونها تحدّد مدى ملائمة العملية التعاقدية بمختلف جوانبها بالنسبة له، خاصة تلك المتعلّقة بأمور فنية أو تقنية تحتاج إلى تخصّص، في حين افتقار المتفاوض الآخر لذات التخصص، فإذا ما تمّ اطلاعه عليها كان رضاه مستنيرا على العكس منه في حال حجبها عنه، مما يؤثر

[1]- Arnaud Magerand, « **La nouvelle obligation d'information précontractuelle** », Publier le 10/03/2017, pp 4-5. sur le lien : http://www.tribune-assurance.fr/article/6795 Visité le 28/05/2023.

بالسلب على استقرار المعاملة ويهدد العلاقة التعاقدية، ناهيك عن خسارة الجهد والمال[1]، هذه المعلومات هي التي وصفها المشرع بالحاسمة بالنسبة للطرف الذي يجهلها، وأكد على وجوب علاقة بينها وبين محتوى العقد أو صفة الأطراف، كما وضع المشرع شروطا لها في شكل واجبات تقع على الدائن بهذا الالتزام.

أ- تعلّق المعلومات بمضمون العقد أو صفة الأطراف:

بدى لبعض الباحثين أنّ المشرع قد قدّم في نص المادة 1112-1 تعريفا للمعلومات الجوهرية أو الحاسمة، بقوله أنّها تهم تلك التي لها علاقة مباشرة بمضمون العقد أو صفة الأطراف، وبطبيعة الحال تكون ضرورية لتكوين رضا سليم للدائن بها، فهذا التعريف غير كافٍ كونه يكشف عن نوع من الصعوبة في التقدير لهاته المادة الجديدة في نصوص القانون المدني، والتي سيكون أمرها رهين بما ستكشف عنه تطبيقاتها في الاجتهادات القضائية، أي أنه متروك للعمل التفسيري[2]، وإن كنّا من جانبنا نتفق مع هذا الرأي في شق ونختلف معه في شق آخر، فأمّا بخصوص أنّ المشرّع يعطي تعريفا للمعلومات الحاسمة فإننا لا نتفق مع هذا الطّرح، لأنّنا نرى بأنّ إرادة المشرع اتّجهت إلى تحديد نطاق المعلومات فقط، أي أنها بمثابة معيار لتحديد نوع المعلومات الواجب الإفصاح والكشف عنها، ووضعها كنقطة ارتكاز لعمل القضاة لمعالجة كل نزاع على حدى، أمّا بخصوص جهة الاتفاق مع هذا الرأي، فتكمن في أن الأمر رهين بالسلطة التقديرية للقضاة، الذين يعملون على تطويع المادة الأولية للقانون، ونعني بذلك تلك التي تمتاز بالعمومية والتجريد، وهي ميزة أساسية متجذّرة في نصوص القانون المدني، كما أنّ المشرع الفرنسي بهذا يؤكّد على كفاءة قضائه، كيف لا والكثير من النصوص القانونية التي جاء بها الإصلاح استلهمها من السوابق القضائية.

[1]- أكرم محمود حسين البدو، المرجع السابق، ص 407 وما بعدها.

[2]- Arnaud Magerand, op .cit. p 3.

وقد ذهب البعض الآخر إلى أبعد من هذا، باعتباره أنّه لا يمكن التسليم بأنّ الالتزام بالإعلام يقتصر على المعلومات والبيانات الجوهرية دومًا، بل العبرة بالدور الذي تلعبه المعلومة في تكوين رضا سليم، ولو كانت هاته المعلومات ثانوية طالما أنها تُعد هي الدافع إلى التفاوض أو التعاقد[1]، هذا ولا يجوز أن يعمل المدين بالالتزام بالإعلام على انتقاء المعلومات، فيفضي بتلك التي تخدم مصالحه دون غيرها، فهذا السلوك يتنافى مع الغاية من هذا الالتزام ومقتضيات حسن النيّة، بل يجدر به الكشف عن كل المعلومات التي تُساعد الطرف الآخر في اتّخاذ قراره وفقا للنزاهة وشرف التعامل[2]. كما أن الأمر لا يتعلق بصفة الأطراف في حقيقة الأمر، بل هو متعلّق بالأساس بوضعهم ومركزهم في العلاقة العقدية، وهذا تظهره حالة ثبوت تواجد أحدهما في وضع هش من حيث المعرفة وحيازته معلومات ذات علاقة وطيدة وبالغة الأهميّة بالعقد[3].

ب- شروط قيام الالتزام بالإعلام:

تناولت المادة 1112-1 شروط قيام الالتزام بالإعلام، وهي تلك الواجب توافرها في شخص الدائن بها، لكن قبل ذلك كانت قد أشارت إلى معرفة المدين بها، حيث استهل المشرع نص المادة أعلاه بعبارة: « Celle des parties qui connait une information… » فمن بين أهم الشروط التي يُؤسّس عليها قيام الالتزام بالإعلام، هو توافر هاته المعلومات لدى المدين بها، أو على الأقل يكون ذلك مُفترضًا فيه.

ويقتضي الأمر أن يكون المدين حائزا للمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد ومضمونه، وعالما بأهمية وضرورة هاته المعلومات للطرف المتفاوض معه ومدى تأثر إرادته بها[4]،

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 305.

[2]- Marie Annik Grégoire, **Liberté ; responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle**, op.cit. p 330.

[3]- Ibid. p 328.

[4]- جاك غستان، **تكوين العقد**، ترجمة منصور القاضي، المرجع السابق، ص 694.

وعليه فإن الطرف الذي يحوز المعلومة قد لا يكون دومًا الطرف القويّ في العلاقة التعاقدية، والذي يتمتع بمركز يتفوّق به على المتعاقد الآخر، فقد يكون الطّرف الضعيف في العقد هو حائز المعلومة والمدين بتقديمها، مثل المؤمن له في مواجهة شركة التأمين في حال إخفاء بعض المخاطر، أو ربّ العمل الذي يتفاوض مع شخص لشغل منصب عمل معين، والذي يمكنه إخفاء بعض المعلومات عن ربّ العمل، لو انتهت لعلم هذا الأخير لأعرض حتمًا عن التعاقد معه، كتلك التي تتعلق بالكفاءة المهنية أو السوابق القضائية وغيرها.

أمّا الدائن بهذا الالتزام وحسب نص نفس المادة فيجب أن يكون على جهل بهاته المعلومات، وعلاوة على ذلك يجب أن يكون جهله هذا على نحو مشروع، أو أنه يضع كامل ثقته في الطرف المتعاقد معه. فبخصوص مشروعية جهل المدين للبيانات المتعلقة بالعملية العقدية، فإنه لا يعتد به إلا إذا استحال عليه الإحاطة والعلم بهاته المعلومات والبيانات، وهي تتأرجح بين استحالة موضوعية واستحالة شخصية، فأما هاته الأخيرة فتتحقق بالنظر لحالة الشخص، من خلال عدم تخصصه في مجال العقد المزمع إبرامه، وأمّا الاستحالة الموضوعية فتتعلق بالأساس بموضوع ومحل العقد، إذ لا يمكن للطرف الوقوف على المعلومات والبيانات، إلاّ من خلال تمكينه من الشيء محل العقد[1].

أمّا بخصوص الثقة في الطرف المتعاقد معه، فهي تتولد عادة بناءً عن طبيعة العلاقة التي تربط الأطراف المتعاقدة، كتلك التي تُبرم بين أفراد تجمعهم روابط عائلية، وقد تنشأ من كثرة المعاملات وتكرارها بين نفس الأطراف، كالمُنتج وعملائه أو البنوك والمؤسسات المصرفية مع زبائنها وغيرها من العلاقات التي تنشأ في مختلف المجالات[2].

[22]– علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 422 وما بعدها.

[2]- Marie Annik Grégoire, **Liberté ; responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle**, op.cit. p 337.

2- المعلومات المستثناة من واجب الإعلام:

يجب التوفيق بين العدالة التعاقدية والمساواة التي يتعين استعادتها بين الأطراف وبين المنفعة الاجتماعية، الأمر الذي يتطلب توفير نوع من الأمن القانوني وقدر من العدالة، وهو ما يجسده فرض واجب الإعلام على الطرف القوي حائز المعلومات، لكن ليس هناك ما يجعله ملزمًا أو مجبرًا على الإدلاء بالمعلومة المتوافرة لديه حول قيمة الصفقة، ولا حتّى تصحيح التقدير الخاطئ لقيمة العقد من قبل الطرف المتعاقد معه[1].

هذا الطرح الذي تبنّاه الفقه حول الالتزام بالإعلام ذي الصلة بقيمة الصفقة، تؤكدّه بعض السوابق القضائية الفرنسية، ففي قضية بيع عقار، طلب البائع من القضاء إبطال العقد على أساس أنّ المشتري تعمّد عدم الكشف عن معلومات أساسية تتعلق بالثمن الحقيقي للعقار محل البيع، بالنّظر إلى أنّ المشتري محترف في هذا المجال، قضاة الموضوع حكموا بإبطال العقد، معلّلين حكمهم بجهل البائع، أي أن البائع في حدّ ذاته لم يكن يدرك قيمة العقار، وأنّ صمت المشتري وعدم إحاطة البائع علمًا بذلك يُشكّل إخلالًا بالالتزام بالإعلام، ويتنافى مع متطلّبات الوفاء والإخلاص في التعامل، ووصفت صمته هذا بالتدليس السلبي، أي الامتناع عن القيام بعمل، تأسيسًا على نص المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي القديم. الغرفة المدنية الثالثة نقضت هذا الحكم، وأسست نقضها على أنّ المهني أو المحترف غير ملزم بإعلام الطرف المتعاقد معه عن قيمة العقد، أو قيمة الممتلكات التي حازها بموجب العقد، وبهذا أسست المحكمة لقاعدة مفادها أن الالتزام بالإعلام لا يشمل المعلومات المتعلقة بقيمة الصفقة، وهو بذلك لا يشكل خرقًا لهذا الواجب ولا لمبدأ حسن النية، مهما كانت صفة المتعاقد معه أو مركزه، فإن حائز هاته المعلومة ليس ملزمًا بالإفصاح عن هذه النقطة بالذات[2].

---

[1] -Jacques Ghestin et des autres, p 1116.

[2]- Denis Mazeaud, **La période précontractuelle en droit positif et prospectif français, européen et international: comparaisons**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat,

وهذا ما رسّخه المشرع المدني الفرنسي بنص الفقرة الثانية 02 من المادة 1112-1 أعلاه، بحيث استثنى صراحة قيمة الصفقة أو العقد من المعلومات الواجب الإدلاء بها، من طرف المدين بالالتزام بالإعلام، حيث جاء فيها: «... Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation... ».

الفرع الثاني: الآثار الناشئة عن الالتزام بالإعلام

بعدما تطرقنا لمضمون الالتزام بالإعلام بمفهوم المادة 1112-1، نواصل تحليلنا لنص هاته المادة لتقصّي الأثر الذي ينجم عن قيام هذا الالتزام، حيث كلما كان هذا الأخير واجب الوفاء به، نشأت عنه حقوقا للدّائن به، كما أن الالتزام بالإعلام يرتب التزامات في ذمّة الدائن به، ينبغي عليه العمل على الوفاء بها.

أولا: حقوق الدائن بالالتزام بالإعلام عند الإخلال به

إذا تمّ الاخلال بواجب الإفصاح عن معلومات مهمة وحاسمة في المفاوضات، حق للدائن بها أن يقطع المحادثات الدائرة بشأن العقد دون أن تترتب في ذمّته أيّة مسؤولية، بل قد تترتب المسؤولية على عاتق الطرف الآخر باعتباره سيء النية، خاصة إذا كانت المفاوضات قد قطعت شوطا كبيرا، وما تحمله معها من استنزاف للمال والجهد[1]، وبالتالي ينشأ حق الدائن به في المطالبة بالتعويض، أمّا بعد إبرام العقد فيمكنه المطالبة بفسخ العقد، لكن قبل ذلك فإنّه يتحمّل عبء الإثبات.

actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007, pp 18-19.

[1]- مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 197.

1- عبء الإثبات:

أشارت المادة 1112-1 إلى ضرورة إثبات الإخلال بهذا الالتزام من طرف المدعي، أي أن من يرى بأنه دائنًا بمعلومات مهمة وحاسمة حول العقد، وكانت هاته المعلومات بحوزة المتعاقد معه أو كان ذلك مفترضًا فيه، بالنّظر إلى صفته ومركزه أو طبيعة العقد في حدّ ذاته، فعليه أن يثبت مديونية الطرف الآخر بها، وعلى هذا الأخير أن يقيم الدليل على تقديم هاته المعلومات لدرء المسؤولية عنه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد أكّد على عدم الحدّ أو تقييد هذا الالتزام أو استبعاده نهائيا، كأن يضع الأطراف قائمة بخصوص المعلومات الحاسمة التي يجب الإفصاح عنها، وبالتالي كل ما يندرج ضمن هاته القائمة لا تكون الأطراف ملزمة به، فهذا يتنافى مع حكم الفقرة الخامسة من المادة أعلاه، إذ يُعدّ بمثابة تقييد للالتزام بالإعلام[1]، وفي هذه الحالة يقوم القاضي باستبعاد هاته القائمة نهائيًا من العقد بمخالفتها للمادة أعلاه، وينظر إلى المعلومات الواجب الإفصاح عنها، وما إذا كانت حاسمة وجوهرية في العقد أو صفة الأطراف، وكذا مدى تأثيرها على إرادة الطرف المحروم منها، وبناءً على ما يتوصل إليه القاضي يمكنه تأسيس حكمه، فهل بات الالتزام بالإعلام من النظام العام؟

في هذا الشأن يرى الأستاذ "عرفان الخطيب" أن مسألة اعتبار الالتزام بالإعلام من النظام العام أمر غير وارد، حتى في ظلّ الحكم ببطلان كل اتفاق مسبق يقضي بتقييد هذا الالتزام أو استبعاده، فإن التنازل اللاحق عن التمسك به مستقبلا يبقى قائمًا، وهذا على

[1]- Zouhal Adra, « **Réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles** », Rev juridique de l'Ouest, 2016-3. P60. https://doi.org/10.3406/juro.2016.4878

خلاف ما تقوم عليه القواعد المتعلقة بالنظام العام، وهذا ما يبرر عزوف المشرع الفرنسي عن النص صراحة على تعلقه بالنظام العام، على خلاف تعامله مع مبدأ حسن النية[1].

2- المطالبة بالتعويض:

إنّ الالتفاف حول الالتزام بالإعلام والإخلال به في التشريعات الخاصة كقانون الاستهلاك مثلًا، لا يمكن أن يتمّ كشفه إلّا بعد إبرام العقد في أغلب الحالات، أي أنها قليلة هي الحالات التي يتم فيها اكتشاف هذا الأمر قبل التعاقد، وإن حدث ذلك فلا قيام للمسؤولية في هذه الحالة، على العكس منه في القانون المدني حيث يمكن للإخلال بالالتزام بالإعلام أن يكون مصدرًا للمسؤولية وبالتالي يكون مُوجبًا للتعويض، فعلى سبيل المثال الطرف الذي يتفاوض لمدّة معتبرة ثمّ يكتشف في وقت معين وقبل إبرام العقد؛ أنّ نظيره في العلاقة التعاقدية المزمع إبرامها قد أخلّ بالتزامه بتقديم معلومات حاسمة ومهمة بالنسبة له، فيمكنه أن يرفض إبرام العقد مع المطالبة بالتعويض، وللمحكمة السلطة التقديرية في ذلك[2]، ويكون التعويض على الوقت والجهد المبذول في المفاوضات وكذا المصاريف التي تكبدها المعني في سبيل إبرام العقد، ولا يمكن أن يشمل التعويض الفائدة المرجوة من العقد ولا ضياع الظفر بصفقة أخرى، لأنّ ذلك يتعارض مع نص المادة 1112، التي تعترف للمفاوضات بطابعها الاحتمالي، إذ لا يمكن الجزم بإبرام العقد المستقبلي، فإذا كانت الآمال قائمة على المفاوضات بأن تكلل بالنجاح وإبرام العقد، يمكن كذلك أن تمنّى بالفشل وتحول دون إبرام العقد.

[1]- محمد عرفان الخطيب، " **المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، المرجع السابق، ص 209.

[2]- Zouhal Adra. Op.cit. p 61.

3- إبطال العقد:

عادة ما تظهر الآثار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام بشكل عام بعد إبرام العقد، ويتم التعامل مع هذه المسألة بموجب قانون العقود، بالإحالة على نظرية عيوب الإرادة، إذا ما أثبت المدّعي النيّة الاحتيالية للطرف الذي يحوز المعلومات ومختلف البيانات، هاته النيّة يترجمها عدم الإدلاء بهذه المعلومات، وهذا ما يشكل تدليسا بمفهوم المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي القديم، حيث يترتبّ عليه بطلان العقد لمصلحة المدّعي في هذه الحالة[1]، هكذا هي نظرة الفقه الفرنسي للإخلال بواجب الإفصاح والكشف عن المعلومات، ونلمس جليًّا تجسيد المشرع لهذا الطرح الذي يتبناه القضاء أيضا، من خلال النص عليه في نص المادة 1112-1 من القانون المدني الحالي، والتي تحيلنا إلى نص المادة 1130 والمواد التي تليها المعنية بعيوب الإرادة، حيث يقرّ المشرّع بإمكانية إبطال العقد وفقًا للشروط المنصوص عليها بموجب هذه المواد، لأن العيب المتجسّد في الإخلال بهذا الواجب والذي يشوب رضا أحد الأطراف، يخوّله إبطال العقد إذا كانت المعلومات التي تمّ إخفاؤها عنه حاسمة بالنسبة له، أي أنّه لم يكن ليتعاقد لو وصلت إليه هاته المعلومات في وقتها، فيتم إبطال العقد لمصلحته دون المساس بحقّه في المطالبة بالتعويض عمّا لحقه من ضرر.

ثانيا: الواجبات المترتبة على عاتق الدّائن بالالتزام بالإعلام

إنّ للدائن بالالتزام بالإعلام واجبات عليه التقيّد بها تجاه المدين بهذا الالتزام، وتتمحور بالأساس حول المعلومات والبيانات التي يحصل بمناسبة التفاوض على العقد، وهذا ما يجرّنا للعودة إلى نصّ المادة 1112-2 من القانون المدني الفرنسي، والتي أتت على الإشارة إلى

[1]- Schmidt Joanna, « **La période précontractuelle en droit français** », op.cit. p 552.

الالتزام بالسرّية، لكن قبل ذلك يجدر بنا الإشارة إلى واجب هو من الأهميّة بمكان، ونرمي بذلك إلى واجب الاستعلام عن الجوانب المتعلّقة بالعملية التعاقدية المراد إبرامها.

1- واجب الاستعلام:

حقيقة أنّ المهني أو المحترف الذي يتمتّع بمركز قوي في العلاقة العقدية، يحتّم عليه توفير بعض المعلومات لفائدة نظيره في هذه العلاقة لا يمكن التنكر له، لكن من جهة أخرى لا يمكن إلزام المهني بتمكين الطرف المتعاقد معه بمعلومات هي في متناوله، أي تلك التي في امكانه الوصول إليها بوسائله الخاصة وبأقلّ جهد، إذ يقع على عاتقه بذل العناية اللّازمة في سبيل ضمان مصالحه، وأن لا يتّخذ من الالتزام بالإعلام مطيّة لتبرير إهماله أو تقاعسه[1]، ومفاد ذلك أن لا يكون هذا الجهل راجع لتقصير الدائن بالالتزام بالإعلام، وأن لا تكون الثقة التي وضعها في الطرف الآخر مُفرطًا فيها، إلى درجة عدم الطّلاع على بنود العقد مثلًا، وهذا ما يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في مجال العمل على الموازنة بين التزامين متقابلين، التزام حائز المعلومات بالإعلام والتزام الطرف الآخر بالاستعلام[2].

ولنا في هذا الشأن أن نستشهد بحكم صادر في قضيّة ثارت بشأن عقد امتياز تجاري، والذي انصبّ محلّه على توريد علامة معيّنة من السيّارات، حيث أنّ المدّعي كشف عن تقديم معلومات مغلوطة من قبل المُورّد، والتي تمثّلت على وجه الخصوص في عرض توقعات لحجم المبيعات التي يمكن تحقيقها في السنة المقبلة، حيث قدّر المورّد بأنها ستصل إلى حوالي 370 سيارة، إلّا أنه وبعد إبرام العقد لم يتمكن الوكيل إلّا من بيع 130 سيارة خلال تلك السنة، بعد التراجع الذي شهده سوق السيارات ذلك العام، حيث طالب المدّعي التعويض من المورّد تأسيسا على نص المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي القديم، على اعتبار أنّ المدّعى عليه قد أتى سلوكا خاطئا من خلال تزويد الوكيل

[1]- هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 161.

[2]- أشرف جابر، المرجع السابق، ص 298.

بمعلومات غير دقيقة عن تطورات السّوق، إلّا أن المحكمة رفضت هذا الطلب وأرجعت السبب في ذلك إلى أنّ المدّعي محترف، وكان في مقدوره التحقّق والحصول على معلومات مؤكّدة بنفسه[1]، وبهذا تُقرّ السّوابق القضائيّة بوجود التزام بالاستعلام يخفّف من أعباء حائز المعلومة، بإعفائه من الإدلاء بالمعلومات التي يكون في وسع الطرف الآخر الإحاطة بها أو قيام مسؤوليته عن معلومات تقوم على توقّعات احتمالية تحقّقها غير مؤكّدة، بحكم سهولة الوصول إليها أو بحكم صفة هذا الطرف.

ويرى البعض أنّه وبالنّظر إلى دقّة الخط الفاصل بين ما يستطيع المتفاوض أن يعلمه بنفسه وما لا يستطيع تحصيله إلاّ عن طريق المتفاوض الآخر، ومن باب الحيطة والوقاية يجدر بحائز المعرفة الفنية أو المعلومات بشكل عام، إعلام الطرف الآخر بها حتى وإن اعتقد أنّه عالمًا بها أو هذا ما يُفترض فيه، طالما يمكن لهاته المعلومات أن تلعب دورا في تكوين رضاه[2]، وهذا بهدف المحافظة على استقرار المعاملات وتحقيق أكبر قدر من المنفعة المرجوّة من إبرام العقود، ولو أن البعض يُحذّر من خطر تزويد المتفاوض معه بكمّ كبير من المعلومات، مما يولّد لديه بعض الاضطراب بسبب الغرق في هاته الأخيرة، ما يخلق نوعًا من عدم التّركيز لديه فتفلت من بين يديه المعلومات الأهم[3].

2- واجب الالتزام بالسريّة:

إنّ مسألة الالتزام بالإعلام تجرّنا ضمنًا لتناول نص المادة 1112-2، التي تكرس الالتزام بالسرية وعدم إفشاء المعلومات للغير أو الإفادة منها دون إذن، كضمانة للإفصاح والكشف عن المعلومات، لكن ليست كلّ المعلومات محتاجة لإحاطتها بالسرية، وعليه يتحتّم

[1]- Schmidt Joanna, « **La période précontractuelle en droit français** », op.cit. p 553.

[2]- عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص78.

[3]- Zouhal Adra. Op.cit. p 53.

علينا تحديد طبيعة المعلومات التي يشملها هذا الالتزام، لنقف بعدها على معرفة نطاق السريّة الذي تستغرقه هذه المعلومات.

أ- طبيعة المعلومات التي يطغى عليها طابع السريّة:

في هذا السياق نعمل على التفرقة بين نوعين من المعلومات التي يطغى عليها طابع السريّة، فهناك معلومات تتعلّق بالجانب الموضوعي للعملية التعاقدية برمّتها، أي أنها تتعلق بالأساس بمضمون أو محتوى العقد، كما توجد معلومات تهمّ الأشخاص المتفاوضة في ذواتهم.

أمّا بخصوص المعلومات التي تهمّ العقد، فلنأخذ على سبيل المثال المعلومات والبيانات التي يضطر مورّد التكنولوجيا للكشف عنها للمستورد، لتمكينه من الإحاطة بقيمتها وجدواها وبالتّالي الوقوف على مدى استجابتها للغرض أو الغاية المنشودة منها، ويكون هذا الأمر في أغلب الأحيان على درجة كبيرة من الخطورة، بسبب طبيعة المعلومات والتي يمكن أن تأخذ أشكالًا متعددة، كأن تكون معرفة فنيّة أو آلات وأجهزة في طور التّصنيع، أو براءة اختراع أو علامة تجارية جديدة لم تكتمل بعد جميع جوانبها ومراحلها، ولم توضع بعد قيد الحماية القانونية المعروفة في هذا المجال[1]، والأمثلة على المعلومات التي تستدعي إصباغ طابع السرية عليها كثيرة، خاصّة في ظلّ التطوّر الحاصل في مختلف المجالات التي قد تكون محلًّا للكثير من العقود، وفي إطار التهديدات التي تحيط بالمعلومات والبيانات المتبادلة بين الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الأنترنت، وهو ما يبرر تنقّلات الأطراف المتفاوضة، وتفضيلها في بعض الأحيان تبادل المعلومات من خلال اللّقاءات وجهًا لوجه، لما توفّره هذه الأخيرة من حماية للأسرار الصناعية والتكنولوجية والتجارية.

[1]- بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 134.

هذا ويمكن للأطراف أن تضفي طابع السريّة على المفاوضات في حدّ ذاتها، من حيث سيرها ومراحل تقدّمها، والمسائل التي تمّ الوصول إلى اتفاق بشأنها وغيرها من الأمور والجوانب التي مازال التفاوض جاريًا عليها[1]، وللأطراف الحريّة الواسعة في ذلك خاصّة إذا تعلّق الأمر بصفقات شراء الأسلحة والمعدّات العسكرية، أو إنشاء مشاريع ومنشآت تحتاج إلى إحاطتها بتكتّم كبير، لكونها تتعلّق بإستراتيجيات الدول وسيادتها أو وجود منافسة شرسة حولها في السوق.

وأمّا المعلومات المتعلّقة بالمتفاوضين أنفسهم، فتكتسي الكثير منها طابع السريّة، والكشف عن هذه المعلومات قد يُلحق الأذى بالشعور من خلال الضرر المعنوي، كما يمكنه إلحاق الضرر بالمركز الاقتصادي في السوق، فالأمور الشخصية للمتفاوضين لا يجوز الكشف عنها بأي حال من الأحوال، كالأمراض أو المشاكل التي يعانون منها إلّا بإذن من ذوي الشّأن، لأنّ الكشف عنها يمسّ بالحقّ في الخصوصية، وكذلك الحال بخصوص الوضع المالي والاقتصادي للأشخاص الطّبيعية والاعتبارية، وقد يتمّ حظر الكشف عن أسماء العملاء ووضعيّاتهم والأزمات التي يمرّون بها، فكلّ هذه الأمور تُعدّ من قبيل المعلومات المشمولة بالالتزام بالمحافظة عليها، وعدم كشفها للغير[2].

وتجدر الإشارة إلى أنّه في كثير من الأحيان، وعند مباشرة تفاوض حول عقود ذات قيمة اقتصادية كبيرة، أو تلك التي تنطوي على نقل معلومات حسّاسة بسبب طبيعتها، فإنّ الأطراف يمكنها أن تنظّم مسألة السريّة تعاقديًا، ويفعلون ذلك عادةً لتفادي تدخّل القاضي، لأنّه في غياب هذا الاتّفاق حول المعلومات السرية، سيجعل الأمر متروكًا للسلطة التقديرية للقضاء، في مسألة تحديد أيّاً من المعلومات يتمتّع بطابع السريّة من عدمه، وبناءً عليه

[1]– بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 134.

[2]– محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 99.

تسعى الأطراف إلى إبرام عقود تمهيدية في أسرع وقت ممكن، كلّما انصبّت المفاوضات على عقد حساس[1].

ب- نطاق المعلومات المشمولة بطابع السريّة:

ونميّز في هذا المقام بين نوعين اثنين من المعلومات التي يمكن أن يشملها طابع السريّة؛ النطاق الشخصي والنطاق الزمني .

ب1- النطاق الشخصي:

ويتعلق النطاق الأوّل بطبيعة الأشخاص المعنية بالاطّلاع على المعلومات، إذ أن عمليّة التفاوض في حدّ ذاتها قد تتطلب فريقا متكاملا من المتخصّصين في بعض المجالات بحسب كل حالة، كالقانون والمحاسبة والمعلوماتية وغيرها، وهذا الفريق يعمل تحت لواء المتفاوض الحقيقي ولحسابه، فيشترط صاحب المعرفة الفنية أو حائز المعلومات والبيانات، تحديد نطاق الأشخاص الذين يُخوّل لهم حقّ الاطّلاع على هاته الأسرار حماية بقصد توفير أكبر قدر من الحماية لها، وهذا التضييق في دائرة النّطاق الشخصي يعمل على تسهيل تحديد المسؤولية عن تسريب المعلومات خاصة لفائدة الدّائن بها، في حين أن مالك المعلومة يمكنه الرجوع بالمسؤولية على المتفاوض الحقيقي، في إطار مسؤولية المتبوع عن التابع[2].

وقد يكون الإذن باستعمال واستغلال المعلومات والأسرار التي تم الكشف عنها، مُنحصرًا في الشّخص الذي يتمّ تحديده لا غير، كأن يكون مسموحًا به لفرع معيّن من فروع الشركة الأم، فلا يجوز حينها كشفه لهاته الأخيرة، أو كشفه لشركة أخرى ضامنةً لذات الفرع في مختلف تعاملاته.

[1]- Dimitri Houtcieff, op .cit. p155.

[2]- بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 151.

ب2- النطاق الزمني:

وأمّا النطاق الزّمني فهو مرتبط بالمدّة المقرّرة لحماية المعلومات، وقد اختلفت الآراء حول هاته المسألة بين من يرى أن الالتزام بعدم الكشف عن هذه الأسرار هو التزام أبدي، لا تحدّه حدودًا زمنية إلّا إذا كشف عنها صاحبها أو سمح للغير بفعل ذلك، ومن يرى بضرورة تقييد هاته المدّة سواء بموجب اتفاق بين الأطراف، وفي حالة غيابه يكون لمدّة معقولة بحسب طبيعة المعلومات، مع مراعاة التطوّرات المتسارعة التي يمكن أن تجعل من التستّر على المعلومات من دون جدوى[1]، وتبقى الأطراف ملزمة بالمدّة الزمنية المنصوص عليها في الاتفاق، وفي ظلّ عدم وجود الاتفاق تؤول السلطة في تقدير المدّة لقاضي الموضوع.

[1]- علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 495 وما بعدها.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية النّاشئة عن مرحلة المفاوضات

بعدما تطرّقنا للمبادئ التي تحكم مرحلة المفاوضات، والتي باتت بشكل جليّ التزامات عامّة يفرضها القانون، ويسهر على استجابة الأطراف المتفاوضة لمقتضياتها من خلال الرقابة القضائية التي يتمّ اللجوء إليها في حال الإخلال بها، سنسعى فيما يأتي من هذا العمل البحثي إلى الوقوف على ضمانة أخرى للعدالة التعاقدية في مرحلة المحادثات هي من الأهميّة بمكان، وهي تحصيل حاصل للانتهاكات التي تطال المبادئ السالفة الذكر، ونعني بذلك المسؤولية التي تترتّب عن تلك التجاوزات التي يُقدم عليها أحد الأطراف في حقّ نظيره في العملية التفاوضية، إذ لا بدّ من توافر شروط المسؤولية المدنية في مواجهة الطرف المُخلّ في مقام أوّل، وهو ما يؤدّي بطريقة آلية إلى ترتيب عقوبات وجزاءات يتحمّلها هذا الأخير في مواجهة الضحيّة في مقام آخر.

المطلب الأوّل: شروط قيام المسؤولية في مرحلة المفاوضات

تختلف طبيعة المسؤولية الناشئة عن التجاوزات التي تُرتكب في مرحلة المفاوضات، باختلاف الطريقة التي ارتأت الأطراف بأن تسيّر بها المحادثات والمناقشات المتعلقة بالعقد المستقبلي، فإذا بادرت الأطراف إلى التفاوض الحر كانت المسؤولية تقصيرية (خارج العقد)، أمّا إذا عملت الأطراف على تنظيم المفاوضات بإفراغها في اتفاق صريح، فإنّ المسؤولية حينها تكون مسؤولية عقدية، وسنحاول التطرق لكلّ من المسؤوليتين في فرع خاص، دون أن نُغفل الحديث عن مشروع تعديل أحكام المسؤولية المقترح لسنة 2017، في جانبه ذي الصلة بالمسؤولية عن المفاوضات ولو بشكل مختصر في فرع ثالث.

الفرع الأول: مرحلة المفاوضات كمصدر للمسؤولية التقصيرية

كل من سبب ضررًا للغير بخطأه أو إهماله يكون مسؤولًا عن جبر هذا الضرر، هذا هو الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية والذي تتضمنه المادتين 1240 و1241 من

القانون المدني الفرنسي، وبما أنّ المفاوضات التي تتمّ خارج إطار تعاقدي في خضمّ التفاوض الحر، فإنها تخضع للمسؤولية التقصيرية من وجهة نظر التشريع الفرنسي[1]، وعليه سنتطرق للعناصر التي تقوم عليها هذه المسؤولية، والمتجسدة في الضرر، الخطأ والعلاقة السببية.

أولا: الضرر

تركز أغلب الدراسات التي تتناول المسؤولية في مرحلة المفاوضات على القطع التعسفي لعملية التفاوض، خاصة في مراحلها المتقدّمة التي تتولّد عنها توقعات إبرام العقد المستقبلي، وهذا لا يعني بأنّه السبب الوحيد وإن كان شائعًا، إذ توجد أسبابا أخرى كالإحجام عن الإدلاء بمعلومات مهمة وحاسمة للطرف الآخر، وكذا إفشاء بعض الأسرار، أو إجراء مفاوضات موازية وغيرها من السلوكيات التي تستوجب المساءلة لما تخلّفه من أضرار، وممّا لا شكّ فيه أنّها – وإلى جانب الوقت والجهد – تستنزف أموالًا يختلف مقدارها من حالة إلى أخرى، وهذا ما يسمّى بالضرر المادي أو الاقتصادي، ولكن التساؤل يكمن فيما إذا كان للضرر المعنوي مكانًا في مرحلة التفاوض على العقد.

1- الضرر المادي (الاقتصادي):

عادة ما يتمّ الحديث عن الضرر المادي على أنّه ذلك الذي يمسّ بمصالح الملكية، والذي يمكن تقديره بشكل مباشر، أي أنّه قابل للتقييم المباشر بالمال بطبيعته، فهو يكون في شكل خسارة متكبدة تؤدي إلى الانتقاص من الذمّة المالية للضحية، وتدخل ضمن النفقات غير الضرورية التي كان من الممكن تفاديها[2]، ومن منظور اقتصادي يؤدي القطع التعسفي للمفاوضات إلى خسارة جميع الموارد التي استثمرها الضحيّة في عمليّة التفاوض، معتقدًا أنّ

[1]- « …Cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle, sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture… » Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 06.

[2]- Patrice Jourdain, **Les principes de la responsabilité civile**, 5e édition, DALLOZ, Paris, France, 2000, p138.

العقد النهائي سيتمّ حتمًا إبرامه بحسب الظروف التي صاحبت عملية التفاوض[1]، وتتمثل هاته النفقات في مصاريف التنقّل والإقامة، وإجراء مختلف الدراسات وطلب بعض الاستشارات وبعض الخبرات، وإبرام بعض العقود مع أطراف مختلفة لذات الغرض، وكذا مصاريف تسخير الإمكانيات البشرية والمادية في الكثير من الأحيان، وغيرها من النفقات التي يتحمّلها الأطراف بمناسبة المفاوضات.

كما أنّ الضرر الاقتصادي يمكن أن يشمل الكسب الفائت أو المنفعة المرجوة من العقد، والذي يتمّ حرمان الضحية منه رغم أنه كان يأمل في ذلك بشكل معقول، من خلال عدم إتمام صفقة أو عقد كان على وشك الإبرام، بسبب القطع التعسفي للمفاوضات[2]، وإن كان هذا لا يشكّل يقينًا وإنّما يبقى احتمالا قائمًا لا غير، إذ يفترض أن يكون الضرر مؤكّدًا علاوة على وجوده، وفي هذا المقام بالذات يبدو أنّ ضياع الفرصة مشكوكًا فيه من حيث اليقين، سواء تعلّق الأمر بالمنفعة المتوقعة من العقد الذي تمّ فقدانه أو الفشل في إبرامه، أو بإبرام عقود أخرى مماثلة مع طرف ثالث، ولهذا يشترط في الضحية إثبات وجود احتمال كبير ومعقول لحدوث فرصة التعاقد الضائعة، مع الأخذ في الحسبان درجة تقدّم المفاوضات من أجل ذلك[3]، هذه هي الفلسفة الفقهية التي كانت سائدة في فترة معيّنة في المنظومة القانونية الفرنسية، وكذلك الفكر الذي قامت عليه السوابق القضائية فيها قبل أن تشهد تحوّلًا جذريًا، كانت بدايته في قضية (Manoukian) التي أشرنا إليها أعلاه وتبنّي المشرع الفرنسي هذا الحلّ في إصلاح القانون المدني.

ويبقى في الأخير أن نشير إلى أنّ انهيار المفاوضات ليس المسبب الرئيس للضرر، فالضرر الاقتصادي قد ينجم مثلًا عن إفشاء بعض الأسرار، خاصة في عقود نقل

[1]- Grégory Maitre, **La rupture précontractuelle à l'épreuve de l'analyse économique du droit**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007, p 134.

[2]- Patrice Jourdain, op.cit. p138.

[3]- Schmidt Joanna, **« La période précontractuelle en droit français »**, op.cit. p 549.

التكنولوجيا ومختلف الأسرار الصناعية والتجارية، والتي يمكن استغلالها من طرف المتفاوض نفسه أو من قبل أطراف أخرى إذا تمّ اطلاعها عليها، سواء عن قصد أو عن مجردّ إهمال، حيث يمكن لهذا الخطأ أن يلحق أضرارًا اقتصادية بليغة بالضحية، قد يؤدي إلى زعزعة استقرار وضعيتها في السوق.

2- الضرر المعنوي:

ظهر في السابق تيّار مناهض لمنطق تخصيص مبلغ من المال للضرر المعنوي، بحجة أنه إثراء غير مبرر لأصول الضحيّة، كما أنّه لا يمكن دمج شيئين متناقضين لا مجال للمقارنة بينهما، إذ أنّ المال لا يمكن أن يقارن بالشرف والسمعة والألم وغيرها من الأمور المعنوية، فهي تخلّف نوعًا من التأثّر والمعاناة لا يمكن محوها وإزالة آثارها بالمال، لكن القضاء قد درج على منح تعويضات في شكل غرامات مالية بهدف التخفيف من حدّتها بجبر بعض الضرر ومعاقبة المتسبب فيه[1]، ويمكن في إطار المفاوضات أن يطالب الطرف بجبر بعض الأضرار التي تأخذ هذا الوصف، ومنها جعل الشخص المتفاوض يظهر بمظهر الساذج الذي يسهل خداعه، أو أنّ الأخطاء التي ارتكبها الطرف الآخر تمسّ بالسمعة التجارية للضحيّة وتؤثر عليها، وكذا الضرر الذي ينشأ من خلال إفشاء بعض الأسرار الشخصية للمتفاوض، والتي تدخل ضمن انتهاكات الخصوصية الشخصية أو تلك التي تطلبها بعض الأطراف كعدم الكشف عن هويتها لأطراف أخرى.

ثانيا: الخطأ قبل التعاقدي

لا يوجد تعريف تشريعي للخطأ بصفة عامة، وقد عرّفه الفقيه (PLANIOL) على أنّه "انتهاك لالتزام سابق"، إلّا أنه لا يجب أخذ الالتزام بالمعنى الفنّي الذي يفترض أنه يجمع بين دائن ومدين مثل ذلك الذي ينشأ بموجب عقد، بل يجب أن يُفهم بالمعنى الواسع، ومنه

[1]- Jean Carbonnier, op.cit. p 584.

وبتعديل بسيط للتعريف السابق يصبح تعريف الخطأ على أنّه انتهاك لواجب موجود مسبقًا[1]، أمّا بخصوص الخطأ قبل التعاقدي فيعرّفه بعض الفقه على أنّه " ذلك الانحراف في السلوك، الذي لا يأتيه الإنسان السويّ عادة عندما يكون في نفس الظروف "، ومنه فالسلوك المرجعي في هذه الحال هو سلوك الرجل السويّ، الذي يتفاوض بنزاهة وإخلاص أو بوجه عام بحسن نيّة، ممّا ينتج عنه بالضرورة أن الخطأ قبل التعاقدي هو نتاج التفاوض بسوء نيّة[2]، بمعنى أنّ معيار المسؤولية للطرف الذي ينهي المفاوضات يكمن في حسن أو سوء النيّة في العلاقة التي تربط الأطراف، ومن بين أهمّ الأخطاء تلك المتعلّقة بمدى وجود نيّة إبرام العقد النهائي من الأصل، التي عادة ما تكون بأهداف مختلفة ، ثم يتمّ إنهاء المفاوضات على نحو مفاجئ بإرادة منفردة، بعد أن بعث في نفس نظيره أملًا وثقة كبيرة في إبرام العقد، من خلال اتّخاذ بعض المظاهر التي توحي بذلك، بالإضافة إلى التغاضي عن تقديم معلومات تكون حاسمة في تكوين رضا الطرف الآخر، أو حجبها عمدًا بالإحجام عن الإدلاء بها[3].

وفيما يركّز أغلب الباحثين على أن قطع المفاوضات يستند في وجوده إلى سوء النيّة، يرى جانب آخر من الباحثين[4] أن الخطأ يتمّ الكشف عنه بالاستناد إلى معيار آخر، والذي يكمن في التعسف في استعمال الحق، أي التعسف في قطع المفاوضات، وهو الحل الذي تقدّمه السوابق القضائية كمعيار مرجعي في قيام المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض على العقد، فالخطأ المعاقب عليه ليس القطع في حد ذاته، لأن هذا الأخير حق مكفول بصريح النص القانوني، ولكن التعسف في ممارسة هذا الحق هو الذي يستحق العقوبة.

وقد يكون الاستمرار في التفاوض هو الخطأ بعينه، ويشير إلى وجود خلل في السلوك، إذ يتعيّن على الطرف الذي يكتشف وجود عقبة توحي بعدم إمكانية إبرام العقد، أو أنّ

[1]- Patrice Jourdain, op.cit. p 48.
[2]- Schmidt Joanna, « **La période précontractuelle en droit français** », op.cit. p 550.
[3]– سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 133.
[4]- Zouhal Adra, Op.cit. p 58.

احتمالية ذلك ضئيلة جدّا، يتعيّن عليه قطع هذه المفاوضات سريعًا مع ضرورة إعلام الطرف بهذا الأمر، ومن حسن النيّة كذلك الكشف عن الأسباب وعدم الاحتفاظ بها لنفسه، وبهذا يكون الانفصال عن المفاوضات وإنهاؤها – والذي قد يكون اتفاقيا – أولى من الاستمرار، ممّا يساهم في العمل على الحدّ من إهدار الوقت والجهد والمال، ناهيك عن التوجه للبحث عن فرص أخرى للتعاقد[1].

إذن يمكن القول أنّ الخطأ قبل التعاقدي لا يمكن أن يكون مردّه إلى سوء النيّة فقط، إذ يقدّم نص المادة 1112 قراءتين مختلفتين، فمن ناحية يبدو أنّ الخطأ ينشأ من عدم استجابة السلوك لمقتضيات حسن النيّة والامتثال لها، ومن ناحية أخرى يُنظر إلى الخطأ على أنّه ينشأ من مصادر أخرى، كالتعسف في استعمال الحق أو الإهمال، ويبدو هذا منطقيًا جدًّا وإلا ما كنّا بصدد الحديث عن المسؤولية التقصيرية، كما أن حصر الخطأ في سوء النيّة وحده، يمكن أن يؤدي إلى مسؤولية مظهرية فقط، يصعب معها إثبات سوء النيّة في حدّ ذاته[2].

ثالثا: العلاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية توافر الخطأ والضرر، بل يجب أن يتوافر شرط ثالث يعدّ بمثابة رابطة بين العنصرين السابقين، وهو ما يصطلح على تسميتها بالعلاقة السببية، فمن جهة يجب أن يكون الفعل المزعوم هو سبب الضرر الذي لحق بالممتلكات أو بشخص الضحيّة، ومن ناحية أخرى يجب أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه هو نتيجة لهذا الاعتداء[3]، وعليه لابدّ من إثبات أن الخطأ الشخصي كان له دور سببي مباشر

[1]- Alain Bénabent, **Rapport de synthèse**, lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007, p 194.
[2]- Zouhal Adra, Op.cit. p 58.
[3]- Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck, **Les obligation**, 2e édition, DEFRÉNOIS, 2005, p 43.

في إحداث الضرر، وأن لو لا ذلك الفعل لم يكن الضرر ليحصل[1]، ويبدو أنّه لا بدّ من أن نأخذ في الاعتبار أن تفعيل المسؤولية في مرحلة المفاوضات يرتكز أيضا على وجود علاقة مباشرة ومؤكّدة بين الخطأ قبل التعاقدي والضرر، ولكي تكون الصلة بين الخطأ والضرر مباشرة يجب أن يكون الدافع وراء الضرر حصرًا هو تصرفات ورغبات الطرف المخطئ أثناء المفاوضات، أي تلك السلوكيات التي أدت إلى إنفاق المال وإهدار الوقت والجهد دون طائل، ومنه يمكن القول أنه لو لا سلوكيات الطرف المخطئ لما كان الطرف الآخر قد تولّد لديه اليقين ولو نسبيًا بإمكانية إبرام العقد، وأمّا بخصوص وجوب أن تكون الصلة بين الخطأ قبل التعاقدي والضرر مؤكدة، فهذا يعني بالضرورة استبعاد الضرر النّاجم عن المخاطرة التجارية، فالمصاريف التي يتحمّلها الطرف المفاوض في سبيل البحث عن فرصة للتعاقد، لا يمكن أن تكون نتيجة لانهيار المفاوضات، كمصاريف السفر إلى مقر شركة أخرى ونفقات إجراء الدراسات الأولية لفحص فرص التعاقد، وحتى التحضيرات التي قد يبادر باتخاذها قبل وجود ضمانات واقعية وحقيقية لإبرام العقد النهائي، والتي تعتبر ناجمة عن تسرع وعدم تبصر وسوء توقّع للعواقب[2].

الفرع الثاني: مرحلة المفاوضات كمصدر للمسؤولية العقدية

تناولنا في بدايات هاته الدراسة تنظيم المفاوضات بين الأطراف بموجب عقد، وهو ما يعرف باتفاق التفاوض، والذي يحمل في مضمونه عادة الكثير من الالتزامات المتبادلة بين الأطراف، ما يجعل من المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض من طبيعة عقدية، وما تتميّز به هذه العقود بالإضافة إلى تضمّنها الالتزامات العامة التي يفرضها القانون كالتفاوض بحسن نيّة، احتواؤها لبعض الالتزامات الخاصّة والمباشرة التي تدرجها الأطراف في الاتفاق، والتي لا يمكن إثبات الاخلال بها قبل إثبات وجودها أصلًا، وعليه ولقيام مسؤولية الطرف

[1]- Jean Carbonnier, op.cit. p 593.
[2]- Luiz Fernando Kuyven, op.cit. pp 263-265.

المتفاوض ينبغي على الطرف الآخر إثبات وجود اتفاق تفاوض صحيح في المقام الأوّل، ثمّ الخطأ الذي ارتكبه المتفاوض بعدم تنفيذ الالتزام والضرر الناشئ عن هذا الخطأ، ناهيك عن وجود علاقة سببية ذات خصوصية في هذا المقام.

أولا: وجود اتفاق التفاوض

إذا كان اتفاق التفاوض صريحًا ومثبتًا بالكتابة، فإنّه لا يثير أيّة إشكالات قانونية من حيث الوجود، إذ يسهل إثبات وجوده بتقديم نسخة منه للقضاء أو التحكيم بحسب كل حالة، أمّا في حال عدم وجود هذا العقد فإنّ موقف المشرّع الفرنسي صريح في هذا الشأن، وهو ما أشار إليه التقرير السالف الذكر الذي تمّ رفعه لرئاسة الجمهورية[1]، بحيث تتبنّى فكرة العمل المادي بالنسبة للمفاوضات، وبالتالي ترى بأن المسؤولية المترتبة هي مسؤولية خارج العقد، أي أنها مسؤولية تقصيرية، إلّا أن الإشكال الذي يطرح نفسه هو تذرّع أحد الأطراف بوجود عقد محلّه التفاوض، من خلال وثيقة معيّنة أو عدّة وثائق تشكّل في مضمونها اتفاق تفاوض، وحينها يتعيّن على القاضي فحص الأدلّة للكشف عن مدى إمكانية توافر أركان العقد المزعوم، وما إذا كانت تلك الأدلّة كافية لتكوين قناعة لدى القاضي، وقد أشرنا عند حديثنا عن خطابات النوايا، أنّه يمكن تأهيلها لتكون اتفاقًا من حيث المبدأ، أي أنّها تحتوي على العناصر الجوهرية والأركان الضرورية لقيام عقد أو اتفاق التفاوض، ومنه تكون كل الالتزامات المدرجة فيها واجبة التنفيذ وفي حال العكس ترتبت المسؤولية العقدية في ذمّة الممتنع عن التنفيذ، وهذا هو موقف القضاء والتشريع الفرنسيين على خلاف بعض التشريعات الوطنية الأخرى.

كما أن التفاوض في حدّ ذاته قد يؤدي إلى إبرام عقود مرحلية أو جزئية، تسعى الأطراف من ورائها إلى إعداد الاتفاق النهائي، والتي تتضمن التزامات معيّنة تكون واجبة

[1]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 06.

التنفيذ ويكون الإخلال بها موجبًا لقيام المسؤولية التعاقدية[1]، وهو الحال كما أشرنا سابقًا إلى إمكانية تضمن هذه العقود القيام بعمل معيّن على وجه التحديد، كإجراء دراسة معيّنة أو إعداد مخططات وخرائط لمواقع محددة وغيرها من الأعمال، وبشكل عام التهيئة لإبرام العقد النهائي بأي شكل من الأشكال.

وعليه فإنّ أي وثيقة يمكن أن تكون دليلًا على وجود عقد أولي، ما دامت تعبّر بطريقة كافية وواضحة على نيّة الارتباط بالتزام محدد، وبالتالي فإن الأمر يتعلق بتفسير نيّة الأطراف المتفاوضة والمعبّر عنها بموجب هذه الوثيقة، والتي يمكن أن تبعث على نوع من الشك وعدم اليقين، بسبب الغموض الذي يوعز إلى نقص الدقّة في التعبير[2].

ثانيًا: عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي

تشير بعض المراجع إلى عدم التنفيذ (L'inexécution) بعبارة (faute contractuelle) الخطأ التعاقدي، في الوقت الذي يبدو أنّه لا توجد صلة مشتركة بينهما، وأن التعبير الأصح عن عدم أداء المدين لما عليه من التزامات تعاقدية، إنما هو عدم تنفيذ وليس خطأ، كما أن هذا الوضع أفرزه التقليد التاريخي في المسائل المدنية، حيث وصف واضعو القانون المدني الفرنسي القديم الانتهاكات التي تطال الالتزامات التعاقدية على أنّها أخطاء، وتمّ الاستقرار على هذا الأمر في قرارات القضاء وأعمال الفقه[3]، والتي عملت على مواءمة شروط المسؤولية التعاقدية مع شروط المسؤولية التقصيرية، هذه الأخيرة التي فرضت منطقها تحت ضغط وغزو تمت ممارسته على المسؤولية التعاقدية، ممّا يستوجب البحث عن الخطأ التعاقدي والضرر والعلاقة السببية بينهما، والخطأ التعاقدي هاهنا يكمن في عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه الذي يلحق الضرر على نحو ما بالضحيّة[4]، وعليه صرنا نتحدّث عن خطأ

[1]- Schmidt Joanna, « **La période précontractuelle en droit français** », op.cit. p 555.
[2]- Ibid. p 557.
[3]- Geneviève Viney, **Introduction à la responsabilité**, 3e édition, L.G.D.J, Paris, France, 2009, p 424.
[4]- Dimitri Houtcieff, op .cit. p 656.

المحامي والمهندس المعماري والبائع والصانع وغيرهم تجاه زبائنهم، والذين تربطهم بهم العلاقة التعاقدية التي تنبثق عنها العديد من الالتزامات، إذ أنه وفي كثير من الأحيان يغطي هذا الخطأ واقعًا من الإهمال أو عدم التفاني والإخلاص في تنفيذ هذه الالتزامات التعاقدية، وهو الأمر الذي تكشف عنه المحاكم في الكثير من أحكامها ذات الصلة بالمسؤولية المدنية[1].

وتظهر مشاريع تعديل قانون المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي تباينًا في هذا الشأن، فقد كشف مشروع (catala) الذي يجمع بين المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية) تحت عنوان واحد، أنه يفرّق بينهما من خلال الاعتراف بوجود المسؤولية التعاقدية، على أنّها على علاقة وطيدة مع المسؤولية التقصيرية، هذه الأخيرة وحسب واضعي المسودّة تشكّل في الواقع المبدأ، في حين تعتبر المسؤولية التعاقدية بمثابة الاستثناء الذي يهدف فقط إلى تنظيم التعويض عن الضرر، الذي بدوره ينتج عن الاخلال بالتزام تعاقدي منسوب إلى المدين بتنفيذه[2]، بينما يذهب مشروع (Terré) إلى أبعد من ذلك في محاولة دمج المسؤوليتين، وبالتالي تطبيق نفس الشروط بطريقة مباشرة[3]، وقد لعبت هذه المشاريع التي تهدف إلى إصلاح الأحكام المتعلقة بالمسؤولية المدنية دورها، حيث ساهمت في إخراج المشروع النهائي الذي تمّ الكشف عنه بتاريخ 13 مارس 2017، من طرف وزير العدل حافظ الأختام (Jean-Jacques Urvoas).

وبالعودة إلى المفاوضات واتفاق التفاوض بالتحديد، فإن له خصوصية في هذا الشأن خاصة في جانب الالتزامات التي تتمخّض عنه، والتي تناولناها بشيء من التفصيل لدى الحديث عن اتفاق التفاوض، ويمكن في هذا الموضع التفرقة بين الالتزامات العامة التي

[1]- Geneviève Viney, op .cit. p 424.
[2]- Denis Mazeaud, « **Les réformes du droit français de la responsabilité civile** », p 20, janvier 2016, sur : https://dspace.uni.lodz.pl/bitstream/handle/11089/39101/13-32_Mazeaud.pdf?sequence=1&isAllowed=y Visité le 02/11/2023.
[3]- Ibid. p 21.

يفرضها القانون دون وجوب النص عليها، وتلك التي تكون محلّ إدراج من قبل الأطراف في إطار حرية تحديد مضمون العقد، وما إذا كانت طبيعة الالتزام في حّد ذاتها تنطوي على بذل عناية أو تحقيق نتيجة، وما ينجرّ عنه من إثبات عدم التنفيذ في الحالتين.

يُعدّ الالتزام بالتفاوض في حدّ ذاته الالتزام الجوهري لعقد التفاوض، والذي لا يستقيم هذا الأخير في ظلّ غيابه، ومن ثمّة يمكن القول بأنه لا يمكن لأي طرف التملّص من المفاوضات دون ترتب المسؤولية في ذمّته إذا تمسّك بذلك الطرف الآخر، وكذلك الشأن بالنسبة للاستمرار في التفاوض[1]، فتخلّف أحد الأطراف عن موعد ومكان انطلاق المفاوضات المتفق عليهما، يعتبر في الأصل إخلالًا بالتزامات عقدية تستدعي قيام المسؤولية، ومنه أيضًا قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع ومقبول، إذ أن الأطراف قد قيّدت من حريتها في قطع المفاوضات بموجب اتفاق التفاوض، على العكس منه في التفاوض الحرّ الذي يستدعي قيام المسؤولية فيه إلى شروط ومعايير محددة تلعب فيها سلطة القاضي الدّور الأبرز. والالتزام بالتفاوض بحسن نيّة والذي قد تعرضنا له بشيء من التفصيل يعتبر كذلك من قبيل الالتزامات العامّة، والتي يفرضها القانون من دون الحاجة إلى النّص عليها، والتي تكون دومًا خاضعة لسطلة القاضي حالها حال الالتزام بالإعلام، هذا الأخير الذي تسلّل إلى نصوص القانون المدني، وبات التزامًا مستقلًا عن مبدأ حسن النيّة، ويخضع كذلك للسلطة التقديرية للقاضي في مدى الوفاء به من عدمه، بالنظر إلى طبيعة المعلومات التي يشملها.

بالإضافة إلى الالتزامات الرئيسية التي تمّت الإشارة إليها، يمكن للأطراف النص صراحة على التزامات إضافية بحسب الحاجة وطبيعة العقد النهائي، ومن بين هاته الالتزامات عدم إجراء مفاوضات موازية بخصوص نفس العقد أو الصفقة، وهو شرط شائع الاستخدام خاصة في مجال التجارة الدولية، بالإضافة إلى الالتزام بالسريّة ولو أنّ المشرع

[1]– عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 68.

الفرنسي قد أدرجه في المنظومة المدنية بشكل مباشر، فقد تسعى الأطراف لتحديد المعلومات المشمولة به، والتي يتمّ إخراجها من دائرة السلطة التقديرية للقضاء أو التحكيم[1]، وعليه يمكن القول بأنّ إجراء مفاوضات موازية أو إفشاء معلومات سرية اتفاقية، إنّما هو انتهاك لالتزامات تعاقدية تستدعي قيام مسؤولية الطرف المخل، وكذلك التخلّف عن القيام بعمل معيّن بموجب اتفاق التفاوض أو التأخر عن القيام به من دون مبرر مشروع، ينجر عنه ترتب المسؤولية التعاقدية في ذمّة الطرف الممتنع عن التنفيذ.

وممّا سبق يبدو أن الخط الفاصل بين الخطأ وعدم تنفيذ الالتزام يكمن في الإثبات، ففي المسؤولية العقدية يعتبر الخطأ التعاقدي مفترضًا، وعلى المدين به أن يثبت أنّه أدّى ما عليه من التزامات، أو أنّ عدم الأداء كان نتيجة عارض لا يد له فيه، كأن يكون نتاج القوة القاهرة أو بسبب الغير أو عن طريق إثبات خطأ الدّائن نفسه، وقد أدرجت السوابق القضائية فروقًا دقيقة في هذا الشأن، فإذا احتجّ الدائن بالأداء الجزئي أو الأداء المعيب فإنّ عبء الإثبات ينتقل من المدين إلى الدّائن، ويضيف القضاء أنّ موضوع الإثبات يختلف باختلاف طبيعة الالتزام، فإذا كان الالتزام يهدف إلى تحقيق نتيجة يكفي إثبات عدم تحققها، أمّا إذا كان ببذل عناية لا غير فمن الضروري إثبات الخطأ في التنفيذ[2].

ثالثا: الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام

تطرقنا لدى حديثنا عن الضرر في مجال المسؤولية التقصيرية أو خارج العقد كما أضحى يسمّيها المشرع الفرنسي، ويبدو أنّ الأضرار ستكون نفسها تقريبًا سواء تعلّق الأمر بالضرر المادي أو المعنوي، إذا ما استبعدنا حاجة الأطراف إلى النّص على بعض الالتزامات الخاصّة، كالحصرية في التفاوض أو تنظيم بنود السريّة وغيرها من الأعمال التي لا تحتويها الالتزامات العامة التي يفرضها القانون، على الأقلّ من وجهة نظر أطراف عقد

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، " **النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية** "، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

[2]- Geneviève Viney, op .cit. pp.433-434.

التفاوض، هذا الأخير الذي تضيق معه دائرة حرية الأطراف بتقييد إرادتيهما على نحو معيّن، إذ يتعيّن عليهم تنفيذ الالتزامات المتمخضّة عن اتفاق التفاوض وفي حالة إخلال أحدهم بها قامت مسؤوليته، وعلى الطرف الضحيّة إثبات الضرر اللاحق على عدم التنفيذ.

وبناءً على ما سبق يثور تساؤل يتمحور بالأساس حول عدم حصول الضرر من عدم التنفيذ، أو عدم القدرة على إثباته والذي سيكون من دون شك في حكم العدم، هل سيتمّ استبعاد مسؤولية الطرف الذي امتنع عن تنفيذ الالتزام رغم إثبات هذا الامتناع، بالأخص إذا كان التزاما بتحقيق نتيجة؟

يرى في هذا الصدد جناح من الباحثين أنّ هذا التشدّد في إثبات الضرر وإن كان يتماشى مع قواعد المسؤولية غير التعاقدية أو التقصيرية، فإنّه يجب التحفّظ عليه لدى الحديث عن قيام المسؤولية التعاقدية، إذ يتعيّن على المشرّع بالدرجة الأولى والقائمين على حلّ النزاع في المقام الثاني أن يعكفوا على إعفاء الضحية من عبء إثبات الضرر، بل يجب على الأقل نقله بطريقة مباشرة إلى المدين به، لإثبات أنّ المتضرر لم يلحقه أي أذى جرّاء عدم تنفيذ الالتزام، وذلك إذا كانت المسؤولية التقصيرية تُبنى على أساس براءة ذمّة المدين حتّى يثبت انشغالها، فإنّ المسؤولية التعاقدية تقتضي العكس، أي أنّ ذمّة المدين منشغلة بالتزام وعليه أن يثبت أداءه في وقته وعلى أكمل وجه، وفي حال عدم التنفيذ أو التنفيذ النّاقص عليه أن يثبت أنّ الدّائن لم يلحقه أي ضرر[1]، ونحن من جانبنا نؤيّد هذا الرأي ذلك أنّ على من يدّعي خلاف الأصل أن يثبت ذلك، فالذمّة في المسؤولية التقصيرية الأصل فيها البراءة من مسببات الضرر، وعلى من يدّعي خلاف هذا أن يقيم الدليل، بينما في المسؤولية التعاقدية الأصل أنّ عدم تنفيذ الالتزام يلحق الضرر بالطرف الآخر، لذا يجدر

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها "دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي" في ضوء مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية "PLRRC Urvoas 2017"** "، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد الحادي عشر، العدد الرابع، 2019، ص 22.

بالمدين بالتنفيذ إثبات عكس ذلك، وفي حال لم يلحق الضحية ضررًا حالًّا أو محتملًا، يمكن للمدين أن يتملّص من المسؤولية، وهو ما يفتح الباب أمام المفاوضات غير الجادّة، ناهيك عن إفراغ عقد التفاوض من محتواه، وعليه تتساوى المفاوضات المنظمة بموجب عقد مع المفاوضات خارجه.

كما أنّ من شروط قيام المسؤولية العقدية وفقًا للقواعد العامة أن يكون الضرر مباشرًا ومحققًا ومتوقعًا، وإن كان الشرط التوقّع الذي تناولته المادة 3-1231 من القانون المدني الفرنسي[1]، يبعث على نوع من الصعوبة في هذا السياق، لأنه يستدعي الرجوع إلى الوراء وبالضبط عند إبرام اتفاق التفاوض، وما دامت المحكمة هي التي تتولّى تحديد مقدار الأضرار المترتبة عن عدم التنفيذ، كان حريًا بها أن تسأل نفسها عن الأضرار التي يمكن لأي طرف توقعها، وهذا بدون أدنى شك سيكون صعبًا للغاية، كمن يطلب من زوجين حديثي العهد بالزواج، أن يفكّرا في المشاكل القادمة وعواقب الطلاق في الوقت الذي يحلمان فيه بشهر العسل[2].

رابعًا: مدى الاعتداد بالعلاقة السببية في المسؤولية التعاقدية

إنّ التعويض عن الضرر في ظلّ المسؤولية العقدية يقتضي وجود العلاقة السببية، والتي تربط بين عدم تنفيذ الالتزام والضرر الناجم عنه، حتّى ولو كان ناشئًا عن خطأ جسيم في السلوك أو بشكل تدليسي بمنطق المادة 3-1231 من القانون المدني الفرنسي[3]، وتكشف السوابق القضائية في كثير من الأحيان عن افتراض وجود علاقة السببية، والتي ترمي من ورائها إلى تيسير مهمّة الإثبات للضحيّة في حالات معيّنة، كأن تكون الظروف المتعلّقة بالضرر الحاصل تجعل من وجود العلاقة السببية أمرًا مفترضًا أو محتملًا، أو أنّ

[1]- « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat… ». Article 1231-3 du code civil français

[2]- Sylvette Guillemard, « **Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi** », Rev générale de droit, 25(1), 1994, p 74. https://doi.org/10.7202/1056403ar

[3]- Dimitri Houtcieff, op .cit. p 667.

هذه الظروف نفسها تجعل من مَهمّة الإثبات صعبة على نحو ما، ومن بين أهم هاته الافتراضات تلك التي تُعنى بالمسؤولية التعاقدية، إذ تعمل المحاكم على إعفاء الطرف المتضرر من إثبات وجود علاقة سببية بين الخطأ (عدم تنفيذ الالتزام) والضرر، فيكفي إثبات محتوى الالتزام والضرر النّاتج عنه، لأنّ هذا الأخير سيكون بطريقة ما انعكاس لعدم تنفيذ الالتزام[1]، ويتمّ تقييم العلاقة السببية بطريقة مقيّدة نسبيًا، وهي تخضع بشكل سيادي لقضاة الموضوع، الذين يبدون بعض الاهتمام في توصيفها في حالات معيّنة وقد تلجأ لافتراضها في حالات أخرى، على أن تكون الأضرار نتيجة فورية ومباشرة لعدم التنفيذ[2]، ومنه فإنّ إفلاس أحد الأطراف المتفاوضة بعد انهيار المفاوضات بخطأ الطرف الآخر، لا يدخل ضمن الأضرار التي يشملها التعويض، حتّى ولو كان إبرام العقد المستقبلي سيُجنّب الطرف الذي أُشهر إفلاسه، لانتفاء العلاقة السببية بين شهر الإفلاس وعدم تنفيذ الالتزام العقدي المتمثل في الاستمرار في التفاوض، بغضّ النظر عن مدّة المفاوضات والثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف الضحيّة.

الفرع الثالث: لمحة عن مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية في المنظومة الفرنسية

بعد أن صنع المشرع الفرنسي الحدث بإصلاح نصوص القانون المدني لسنة 2016، وخاصة في الشقّ المتعلّق بنظرية الالتزام ونظرية العقد، أطلق المسودّة الأوليّة لإصلاح قواعد وأحكام المسؤولية المدنية بعد قرابة السنة وبالتحديد في مارس 2017، والذي كشف عنها وزير العدل وحافظ الأختام الفرنسي "Jean-Jacques Urvoas"، حيث تضمّن مشروع الإصلاح 83 مادة، وسنحاول الإشارة إلى الأحكام ذات الصلة بشروط قيام المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات، بالقدر الذي تحتاجه هاته الدراسة لا غير، حيث بدى لنا أنّه

[1]- Patrice Jourdain, op.cit. p 74.
[2]- Dimitri Houtcieff, op .cit. p 667.

من المناسب فعل ذلك لمواكبة الأحداث ولو بشكل مختصر، والوقوف على بعض مظاهر التجديد سواء على المستوى الهيكلي (الشكلي) أو الموضوعي.

أولا: إعادة تنظيم قواعد المسؤولية في المشروع

جاء مشروع تعديل قانون المسؤولية ثمرة لجهود مختلف الأطياف الضليعة بالقانون، التي تشكل أطراف الحوار الأزلي الدائم بين المشرع والقضاء والفقه، كما يجب الإقرار بالدور الكبير الذي لعبته المشاريع الأوّلية لهذا الإصلاح، والتي أسندت إلى القوى المبدعة في القانون، حيث ترأست هاته القوى عدّة لجان عملت على بلورة وصقل القواعد القانونية المتعلقة بالمسؤولية، لجعلها تتماشى مع التطورات الحاصلة على الصعيد الوطني أو الإقليمي، على غرار "P.Catala" و "F.Terré" وغيرهما، هذه الأعمال توّجت بصدور المشروع النهائي في شكل مسودة كشف عنها وزير العدل الفرنسي بغرض عرضها للنقاش، حيث عمل واضعوها على التوفيق بين مختلف المشاريع السالفة الذكر مع تفضيل واضح لمشروع "P.Catala"، ومن خلال الاطلاع على المسودّة يظهر أنّ المشروع المقترح ليس فرنسيًّا محضًا، بل تمّ تهجينه من خلال إلقاء نظرة على الجيران وبالأخص القانون الألماني، وبعض مبادئ القانون الأوربي الموحد الخاص بالمسؤولية[1].

ويبدو من خلال النظرة الأولية للمشروع وبالضبط عند الاطلاع على الفصل الثاني الذي يحمل عنوانه شروط المسؤولية وهو ما يمهنا في هاته اللمحة، يبدو أن المشرع قد أدرج في القسم الأول من هذا الفصل الذي عنونه بأحكام مشتركة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية خارج العقد، حيث خصص القسم الفرعي الأول للحديث عن الضرر القابل للإصلاح، أمّا القسم الفرعي الثاني منه فقد جعله المشرع للعلاقة السببية. هذا البناء الهيكلي

[1]- Mustapha Mekki, « **Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile** », publier en juin 2016, p 02, sur : https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/06/redaction-definitive.pdf. Visité le 05/11/2023.

المستحدث من طرف المشرع في تناول شروط المسؤولية، دفع ببعض الباحثين[1] المهتمين بالقانون المدني الفرنسي إلى اعتبار موقف المشرع هذا بالمفاجئ، حيث جاء مخالفًا للتوقعات باستبعاده عنصر الخطأ من أركان أو شروط قيام المسؤولية، التي باتت تقوم على شرطي الضرر والعلاقة السببية، وهو ما يوحي أيضًا بتحوّل المسؤولية المدنية من المسؤولية الخطئية إلى المسؤولية الضررية، أي من مسؤولية مبنية على الخطأ إلى مسؤولية تقوم على الضرر، وإن كنّا نساند هذا الرأي من جانب الظهور الجلي لهذا التحول في فلسفة المشرع المدني، خاصة فيما يتعلق بقيام المسؤولية على عنصر الضرر، وهذا يحسب للمشرع في نهجه الذي يصبو من خلاله إلى الانتقال من المذهب الشخصي إلى المذهب المادي، وما فيه من تكريس للعدالة التعاقدية، إلّا أنّ استغناء المشرع الفرنسي عن الركن الثالث فإنّه يبدو سابق لأوانه بعض الشيء، رغم التحليل الذي يقدّمه الباحث والحجج التي يبني عليها استنتاجاته، فمن حيث تناول المشرع لعنصري الضرر والعلاقة السببية في القسم الأول من الفصل الثاني تحت شروط المسؤولية، إنّما أراد أن يتحدّث عن الشروط المشتركة بين المسؤوليتين، فالضرر هو ما يدفع بالضحيّة إلى المطالبة بالتعويض وهو نتيجة الفعل أو السلوك الخاطئ، كما أنّ العلاقة السببية شرط لابدّ من توافره وإن كان في بعض الأحيان يمكن الاستغناء عنه بافتراضه، وهما شرطان أساسيان في كلتى الحالتين، ففي المفاوضات يكون الضرر نفسه في الغالب الأعم، سواء تعلّق الأمر بالتفاوض الحر أو التفاوض المنظّم، كضياع المال والجهد والوقت وغير ذلك، وكذلك بالنسبة للعلاقة السببية، والتي يجب توافرها بين الفعل المنشئ للمسؤولية والضرر، وغنيّ عن البيان أن كلى العنصرين لا يتغيران بتغير نوع المسؤولية عقدية كانت أو خارج العقد، وهذا في اعتقادنا هو سبب تناول المشرع لهما في القسم الأول الذي أسماه بأحكام مشتركة، لكنّه فرّق بعدها بين المسؤوليتين في القسمين

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها "دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي" في ضوء مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية "PLRRC Urvoas 2017"** " ، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها.

الثاني والثالث، ففي القسم الثاني الذي عنونه بأحكام خاصة بالمسؤولية خارج العقد، تعرض المشرع للحديث عن الخطأ، لينتقل في القسم الثالث الذي حمل عنوان أحكام خاصة بالمسؤولية العقدية، إلى الحديث عن عدم تنفيذ الالتزام، مبرزًا بذلك أنّ جوهر الاختلاف بين المسؤوليتين الفعل أو السلوك الموجب لقيام المسؤولية، في الوقت الذي مازال ضمن الفصل الثاني والحديث عن شروط المسؤولية، وخلاصة القول أنّ المشرع تناول الشروط المشتركة بين المسؤولية العقدية وخارج العقد، ثمّ تناول كلّ مسؤولية على حدى، وإذا كان المشرع قد استغنى عن الشرط الثالث لقيام المسؤولية والذي يكون الخطأ في المسؤولية خارج العقد، وعدم التنفيذ في المسؤولية العقدية، فما فائدة التفرقة بين المسؤوليتين حينئذٍ ؟

كما جعل المشرّع المدني الفصل الثالث في نظرية المسؤولية للحديث عن الأسباب التي تحدّ من المسؤولية أو تستبعدها، أمّا الفصل الرابع فقد جعله المشرع لمعالجة آثار المسؤولية، حيث تعرّض في القسم الأول للمبادئ التي تتضمن وتحدد هذه الآثار، وتناول التنفيذ العيني في المقام الأول، وحسنًا فعل المشرع باعتبار هذا الأخير هو الأصل، لينتقل بعد ذلك للحديث عن التعويض عن الأضرار وكيفية التعامل معه، كما حدّد في القسم الثاني للفصل الرابع القواعد الخاصة بالتعويض عن كل نوع من أنواع الضرر، فبدأ بالضرر الجسدي ثمّ الضرر المادي ثمّ تناول الضرر البيئي، لينتهي إلى الضرر المترتب عن التأخر في سداد الدين النقدي.

وقد جاء مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي على قدر كبير من التنظيم، وهو ما أشاد به الكثير من الباحثين خاصة أنّه عكف على معالجة نظرية المسؤولية بطريقة أرست لتوضيح معالمها، حيث أعطت لكل نصّ مجاله الطبيعي المحدد والواضح، بعدما كانت متناثرة في عدّة نصوص، وتمّ جمعها بشكل منطقي مع ترتيبها بتسلسل يستجيب لمتطلّبات العصر والتطور الواقعي لنظام المسؤولية، ناهيك عن هجر

بعض المصطلحات التي عفا عنها الزمن كالمسؤولية التقصيرية والمسؤولية عن الحيوانات والبناء وغيرها من المصطلحات[1].

ثانيا: مضمون الجانب الموضوعي لمشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية

نجدد مرّة أخرى تأكيدنا على حصرية هاته الدراسة للجانب المتعلّق بالمسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات، إذ أنّ مشروع الإصلاح قد تناول المسؤولية المدنية كنظرية متكاملة، وعليه سنحاول أن نتعرّض للشروط التي يتطلّبها قيام المسؤولية في هذه المرحلة وفقًا للبناء الهيكلي والمنهجي الذي جاء به المشروع، والذي لم يخرج عن الشروط المعروفة للمسؤوليتين مع بعض التطورات التي طرأت عليها، والتي سنعمل على إبراز الجانب الحداثي فيها، من خلال عرض الأحكام المشتركة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية خارج العقد، ثمّ نوجّه تركيزنا على الأحكام الخاصة بكلّ منهما.

1- الأحكام المشتركة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية خارج العقد:

يرى المشرع المدني الفرنسي أن الضرر هو أوّل القواسم المشتركة بين المسؤوليتين، وهو الدّافع الرئيسي للمطالبة بقيام المسؤولية لغرض إصلاحه، وكذلك العلاقة السببية باعتبارها مفهومًا مجردًا ينطبق على كلتى المسؤوليتين، وهذا ما جعل المشرع يتحدّث عنهما بلغة واحدة ويعالجهما تحت مسمًى واحد، وسنحاول فيما يلي التعرض للضرر القابل للإصلاح، لنعرج بعد ذلك للعلاقة السببية.

أ- الضرر القابل للإصلاح:

لدى اطلاعنا على الكثير من المراجع باللغة الفرنسية رأينا أنّها - أغلبها إن لم نقل كلّها - تعبّر عن الضرر بمصطلحين اثنين "dommage" و "préjudice"، وحتّى لدى

[1]- محمد عرفان الخطيب، " **إضاءة على مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: المبررات والنتائج** "، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد العاشر، العدد الأوّل، 2019، ص 23.

الاعتماد على الترجمة سواء الإلكترونية أو مختلف المعاجم الورقية لمسنا نفس الشيء، بينما بالنسبة لمشروع إصلاح قانون المسؤولية يبدو أنّ المشرع يرى خلاف ذلك أي أنّه أصبح لكلّ مصطلح معنًى خاصّا به، وهذ ما يؤكّده نص المادة 1235 من المشروع[1]، وعليه بات من الضروري أن نفرّق بين المصطلحين، فيصبح الأذى تعبيرًا عن لفظ "préjudice" ويبقى الضرر للتعبير عن مصطلح "dommage"، على اعتبار أنّ الأوّل هو نتاج الثاني أو من مفرزاته، سواء في الجانب الشكلي أو الجانب الموضوعي ما يجرّنا للتساؤل رفقة بعض الباحثين عن حكم هذه الخطوة وما إذا كانت إصلاحية أم تعقيدية؟[2]، ويبدو جليّا أن هذا التمييز يستدعي وجود علاقة سببية أخرى غير تلك التي تحدّث عنها المشرع صراحة، ونعني بها في هذا المقام تلك الرابطة بين الأذى والضرر، طرحٌ يُثير بعض المخاوف عند التفكير في كيفية تطبيق هذا المنطق الجديد[3]، وموقف يمكن أن يجرّ معه بعض التعقيد بسبب تداعياته التي قد تؤثر على الأمن القانوني، وتُجافي سياسة البساطة والوضوح التي ترمي إليها الإصلاحات التي طالت القانون المدني بصفة عامة، على حدّ تعبير أصحاب التقرير المرفوع لرئاسة الجمهورية الفرنسية.

فيما يرى البعض الآخر أنّ نص المادة 1235 إنّما جاء شاملًا لمختلف الأضرار التي يمكن أن تنتج عن انتهاك المصالح المحمية بموجب القانون، وهو ما يعزز مبدأ العمومية، هذا الأخير الراسخ في العقيدة الفرنسية تجاه نظرية المسؤولية، كاشفًا عن بنية الأذى الذي يختلف عن الضرر في طبيعته، فبعض الأذى يكون واضحًا بحيث ينتج بطريقة مباشرة دون

---

[1]-« Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial. » Article 1235, Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017.

[2]– محمد عرفان الخطيب، " **المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها "دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي" في ضوء مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية "PLRRC Urvoas 2017"** "، المرجع السابق، ص 24.

[3]- Arnaud Thomas, « **Le dommage et le préjudice (avant-projet, art. 1235)** », Les travaux de centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457) Université Paris-Ouest Nanterre la défense, avant-projet de loi - réforme de la responsabilité civile- "Analyses et contrepropositions", p 08.

وجود ضرر أوّلي، وهذا الأذى الذي ينشأ عن انتهاك حق شخصي أو الأذى الاقتصادي البحت كالذي ينجم عن القطع التعسفي للمفاوضات، وهو ما أشار إليه المشرع لدى حديثه عن الحقوق المحمية التي يتمّ الاعتداء عليها، سواء تلك التي تدخل في الذمّة المالية أو التي تكون خارج دائرتها، وسواء أكان التعدّي جماعيًا أو فرديًا[1].

ويبقى أن نشير إلى عدم التمييز بين الضرر المادي والضرر المعنوي، يستشف من العبارة الأخيرة لنص المادة 1235، رغم بعض الانتقادات التي طالت هذا الاتجاه إلاّ أن المشرع بقي وفيًّا لمبادئه، وعليه تخضع عملية تقدير الأذى والضرر للسلطة التقديرية للقاضي في مجال المفاوضات، وهو الأمر الرّاسخ في السوابق القضائية، فيما تناولت المادة 1236 من المشروع تأكيد إمكانية جبر الضرر المستقبلي والشروط التي يخضع لها، والتي يمكن أن يتمّ تطبيقها في المسؤولية الناشئة عن المفاوضات في حالات محددة، أمّا بالنسبة للمادة 1238 والتي تتناول الفرص الضائعة فتبقى رهينة بالاجتهاد، والذي ستكشف عنه الأحكام الفاصلة في النزاعات ومدى توافر شروط تطبيقها.

ب- العلاقة السببية:

لأول مرّة يتناول المشرع الفرنسي عنصر العلاقة السببية بهاته الصراحة في نصوص القانون المدني، وذلك بنص المادة 1239 من المشروع[2]، وقد أكّد المشرع على أنّ قيام المسؤولية يفترض وجود علاقة سببية بين الفعل أو السلوك المنسوب إلى المدّعى عليه والضرر، ويشير في الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أنّ هذا العنصر يتمّ إثباته بكلّ الطرق.

[1]- Mireille Bacache, **La recodification des principes classiques**, LA SEMAINE JURIDIQUE "Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile Observations et propositions de modifications", Lexis Nexis, JUILLET 2016, p 24.

[2]- « La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen. » Article 1239, Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017.

مادة جديدة لكنّها لم تأتي بالجديد فيما هو ثابت بالنسبة للفقه والقضاء على حدّ سواء، فالسوابق القضائية تحرص دومًا على تقصّي وجود هذه العلاقة بين الخطأ والضرر، والشيء الملاحظ في هذا المقام يتمحور حول نقطتين أساسيتين، تكمن الأولى في كون أن المشرع لم يتكلّم عن الخطأ، بل استعمل مصطلح الفعل المنسوب للمدّعى عليه، وهو أوسع من مصطلح الخطأ إذ يشمله ويشمل عدم تنفيذ الالتزام العقدي، بل هو مصطلح يمتاز بالمرونة يمكنه أن يشمل سلوكيات أخرى، كما أنّه يؤكّد مرّة أخرى على نيّة المشرّع في تغيير ملامح القانون المدني الفرنسي، بالتحول إلى المذهب المادي على حساب المذهب الشخصي، وهو يخدم أو بالأحرى يساهم في تكريس العدالة التعاقدية.

أمّا النقطة الثانية فتتعلّق بالإثبات، حيث قضت الفقرة الثانية من ذات المادة بحريّة إثبات وجود العلاقة السببية بكافة الطرق، وهو ما يمكن فهمه على أنّ المدّعي هو من يجب عليه إثبات وجود هاته العلاقة بين فعل المدّعى عليه والضرر الحاصل، ومنه حقّ لنا أن نتساءل عن مدى بقاء السلطة التقديرية للقضاء في الحكم على الدليل فقط، أم أنّ له السلطة في البحث عن هذا الدّليل في الوقائع في حال عجز المدّعي على ذلك؟ سؤال ستكون الأحكام القضائية كفيلة بالإجابة عليه في القادم من الأيام في حال وضع هذا القانون حيّز النفاذ.

فيما يرى بعض الباحثين المضطلعين بخبايا القانون المدني الفرنسي، أنّ الشيء الملاحظ بالنسبة لشرط العلاقة السببية أنّه انتقل من كونه عنصرًا اجتهاديًا مكرّسًا بموجب الأحكام الرّاسخة في السوابق القضائية، إلى مصاف القواعد القانونية وبات له بعد تشريعي، أي أنّه انتقل من الاجتهاد إلى التشريع[1]، إلّا أنّ هذا لا يمنع من أن تقوم المسؤولية حتّى في

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها "دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي" في ضوء مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية "PLRRC Urvoas 2017"** "، المرجع السابق، ص 32.

ظلّ غياب العلاقة السببية والتي تكون مفترضة ما دام هناك ضرر محقق، وهذا هو الجانب الحداثي لهذا المشروع، فإذا كانت المسؤولية المدنية في السابق تقوم على أركان أغلبها محقّقة، أضحت تقوم على أركان أغلبها مفترضة، ويُقصد بذلك الخطأ والعلاقة السببية، في حين يبقى الركن الوحيد الواجب تحققه هو ركن الضرر[1]. وبالرجوع إلى المفاوضات في هذا الشأن، فإنّ الشيء المؤكّد أنّه في أغلب الحالات يمكن إثبات العلاقة السببية بين الضرر والخطأ قبل التعاقدي أو عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن اتفاق التفاوض، سواء من طرف الضحيّة أو من طرف الجهة المكلّفة بالفصل في النزاع.

2- الأحكام المتعلّقة بالشرط الثالث في المسؤولية بنوعيها:

تطرّق المشرع المدني للضرر والعلاقة السببية في الأحكام المشتركة بين المسؤوليتين، ثمّ أفرد لكلّ مسؤولية أحكامًا خاصّة بها، انصبّت بشكل عام حول الركن الثالث الذي يميّز المسؤولية العقدية عن تلك التي تكون خارج العقد، وسنحاول فيما يأتي الوقوف على هذا التقسيم الذي جاء به المشروع.

أ- عنصر الخطأ بالنسبة للمسؤولية خارج العقد:

تناول المشرع عنصر الخطأ في القسم الفرعي الأوّل تحت عنوان الفعل المنشئ للمسؤولية خارج العقد بموجب ثلاثة (03) مواد، ويبدو أنّ المشرع قد حافظ على نهجه المعتاد حين تناول نص المادتين 1241 و1242 في مشروع التعديل، واللّتان ستحلّان محل المادتين 1240 و1241 في القانون الحالي مع بعض التغيير في الصياغة، ومن خلال القراءة يظهر جليًّا أنّها أضحت تمتاز ببعض الدقّة والوضوح، فالمادة 1241 من المشروع تعتبر كل شخص مسؤول عن الخطأ الذي يرتكبه، في الوقت الذي يأتي فيه نص المادة

[1]- محمد عرفان الخطيب، **المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها "دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي" في ضوء مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية "PLRRC Urvoas 2017"**، المرجع السابق، ص 34.

1242 من نفس المشروع بتعريف الخطأ في حدّ ذاته، حيث جاء في فحوى المادة أنّه يشكّل خطأً كل انتهاك لواجب قانوني أو الإهمال والتقصير في أداء واجب عام يقتضي اليقظة والحرص[1]، ويبدو أنّ التعريف يحمل في طيّاته معايير موسعة، تمكّن القاضي من المناورة في مجال استخلاص الخطأ من سلوك الطرف المعني، فهي تشمل جميع الأخطاء سواء أكانت مقصودة أو غير مقصودة، أي حتّى تلك النّاشئة عن عدم اتخاذ الحيطة والحذر أو الإهمال[2]، وكذا انتهاك قاعدة سلوك يفرضها نص قانوني أو تنظيمي أو واجب عام، وعليه يمكن القول بأنّ الواجبات التي يفرضها القانون في مرحلة المفاوضات خارج العقد، أي تلك التي تنعقد في ظلّ غياب اتفاق التفاوض، أو أي خطأ آخر ينجم عن التقصير أو الإهمال، يكون محلّا للمساءلة إذا ما رتّب ضررًا للطرف الآخر.

ب- عدم تنفيذ الالتزام بالنسبة للمسؤولية العقدية:

يرتكز قيام المسؤولية العقدية في ركنها الثالث على عدم تنفيذ العقد، وهو ما تؤكده المادة 1250 والتي جاء في مضمونها أنّ كلّ عزوف عن تنفيذ العقد سبّب ضررًا للدّائن يستوجب من المدين الردّ[3]، فيما يرى البعض أنّ مصطلح عدم تنفيذ العقد يجب الاستعاضة عنه بمصطلح انتهاك أو خرق العقد "manquement contractuel"، لأنه يتميّز بتعبير أكثر موضوعية من عدم تنفيذ العقد أو الخطأ، إذ أنّ الإخلال بالعقد قد يكون شيئًا آخر غير عدم التنفيذ الذي يشمل الالتزامات الناشئة عن العقد، وأنّ مسألة تحديد محتوى العقد هي مسألة على قدر كبير من التعقيد في بعض الأحيان، لكن معظم الباحثين لم يعودوا يلاحظوا عيب هذا المصطلح، بسبب اعتيادهم على ربطه بالمسؤولية العقدية[4]، ويعكس البناء اللغوي للجملة

[1]- « Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence. » Article 1242, Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017.
[2]- Mireille Bacache, op .cit. p 22.
[3]-« Toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre. » Article 1242, Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017.
[4]- Jean-Sébastien Borghetti, **L'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle**, LA SEMAINE JURIDIQUE "Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile Observations et propositions de modifications", Lexis Nexis, JUILLET 2016, p 18.

الأخيرة من المادة أعلاه نص المادة 1382 من قانون نابليون، كما أنّ هذا التعريف الموجز للفعل المنشئ أو المولّد للمسؤولية "عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي" قد هجر فكرة تناول ما إذا كان الالتزام المعني يتعلق بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية فقط، إذ أنّ المشرع قد اقتنع بكون هذا التمييز يحمل على تكريس بعض الارتباك[1]، كما أنّ "عدم التنفيذ" يضفي بعض الضبابية التي تحتاج في بعض الحالات إلى التوضيح أكثر فأكثر، فالعقد في حدّ ذاته الذي يستوجب أداء الالتزامات النّاشئة عنه في إطار القوة الملزمة للعقد، يفرض بالمقابل بعض الواجبات الأخرى كالوفاء والاجتهاد وتقديم بعض المعلومات وحتى المشورة، ولذا بات من الضروري التعبير عن هذا كلّه بمصطلح يضمن التفسير الواسع، ويشمل كل الواجبات التي يمكن أن يحتويها العقد بما فيها الأداء الضعيف أو النّاقص[2]، ومن خلال إسقاط هذه الفكرة على عقد التفاوض، يمكننا القول بأنّ عدم تنفيذ الالتزامات التي يتضمنها هذا الأخير يمكن أن يكون محلًّا لمساءلة المدين، وبالطبع مع ضرورة وجود الضرر وتوافر عنصر السببية، وهذا ما يدفعنا مرّة أخرى إلى التساؤل عن فائدة وجود اتفاق التفاوض، في حال انتهاك التزام عقدي كالبدء في التفاوض في ظلّ عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر، إذ أنّ الأمر منطقي بالنسبة للتفاوض الحرّ لكنّه – ومن وجهة نظرنا – يبدو على العكس منه في إطار التفاوض المنظّم بموجب عقد. وتجدر الإشارة إلى المادة 1251 التي تنص على أنّه باستثناء الخطأ الجسيم أو التدليس، لا يُلزم المدين إلّا بجبر عواقب عدم التنفيذ التي كانت متوقّعة عند إبرام العقد، وهي نسخة من المادة 3-1231 من القانون المدني الحالي، والتي أشرنا إليها أعلاه وإلى الانتقاد الذي طالها من طرف بعض الباحثين.

[1]-Philippe Stoffel-Munck, **La singularité de la responsabilité contractuelle**, LA SEMAINE JURIDIQUE "Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile Observations et propositions de modifications", Lexis Nexis, JUILLET 2016, pp 31-32.

[2]- Mireille Bacache, op .cit. p 23.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على قيام المسؤولية في المفاوضات

إذا ما توافرت شروط المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أو خارج العقد، رتّبت أثرها في مواجهة الطرف المُخلّ، هذا الأخير يكون ملزمًا بجبر الضرر الذي ألحقه بالضحيّة، وفي مجال التفاوض على العقود يثير التنفيذ العيني للالتزامات بعض التحفظات بالنظر إلى الخصوصية التي تتمتع بها المفاوضات، حيث يبدو أنّ التعويض يهيمن على أغلب الجزاءات التي يخلّفها قيام المسؤولية المدنية فيها، ناهيك عن بعض الجزاءات التي يمكن الحكم بها في بعض الحالات، كتلك المتعلقة بانتهاك بعض الاتفاقات الملزمة للأطراف التي تمّ ابرامها في مرحلة التفاوض.

وقد تناول مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية مسألة جبر الضرر، وذلك في الفصل الرابع تحت عنوان آثار المسؤولية، وبالضبط في قسمه الأوّل المعنون بالمبادئ والذي حوى مادتين 1258 و1259، حيث بيّن في الأولى الغرض من جبر الضرر والذي تمحور حول وضع الضحيّة – قدر الإمكان – في وضع كان سيجد نفسه فيه لو لم يقع الفعل الضار، أمّا في المادة الثانية فأشار إلى الشكل الذي يمكن أن يأخذه جبر الضرر، وحصر ذلك في التنفيذ العيني والتعويض، مع إمكانية الجمع بينهما لضمان الجبر الكامل للضر، إذا ما كان ذلك ممكنًا، وهذا سيكون متروكًا للسلطة التي تتولّى الفصل.

ومرّة أخرى يحتكم المشرع الفرنسي إلى القاعدة الذهبية التي تقضي بضرورة التكافؤ بين التعويض والضرر، والتي تقدّم نفسها على أنّها من المبادئ العامّة للقانون، والتي تقوم حسب الفقيه "Carbonnier" على جعل الضرر يبدو كما لو كان مجرد حُلمٍ، وإعادة التوازن – قدر الإمكان – الذي أخلّ به الضرر، ووضع الضحية في الوضع الذي كان سيجد فيه نفسه قبل وقوع الفعل الضار[1].

[1]- Lapoyade Deschamps Christian, « **La réparation du préjudice économique pur en droit français** », Rev internationale de droit comparé. Vol 50, N°2, Avril-juin 1998, p 369.

الفرع الأول: مدى إمكانية إعمال التنفيذ العيني

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا، وهذا ما يطالب به عادة الطرف الدائن بتنفيذ الالتزام العقدي، ويتمّ إجبار المدين الممتنع أو المتراخي على تنفيذه إذا كان ذلك ممكنًا، وهذا من بين الخيارات والحلول التي تُتيحها المادة 1217 من القانون المدني، لكن الإشكال الذي يطرح نفسه بقوّة هاهنا هو مدى إمكانية فرض التنفيذ العيني للالتزامات التي يفرضها التفاوض، أو بالأحرى تلك التي يتضمنها اتفاق التفاوض في حدّ ذاته والتي تمّت الاشارة إليها لدى الحديث عن هذا العقد؟

يجمع أغلب الفقه في هذه المسألة على ضرورة استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض على العقود، حتّى ولو كان ذلك ممكنًا وغير مرهق للمدين به، لأنّه وببساطة عندما يكون الالتزام الواجب الوفاء به هو التفاوض على العقد المستقبلي، فإنّ التنفيذ العيني لهذا الالتزام لا يكون مجديًا، لأنّ التفاوض القسري لا يشكّل إلّا فرصة ضئيلة جدًّا للنجاح[1]، فالالتزامات العامة التي يقتضيها التفاوض تتنافى مع هذا المبدأ، ففي حالة الالتزام بحسن النيّة المفروض على أطراف التفاوض، يبدو أيضًا غير قابل للتطبيق الجبري في المرحلة السابقة على التعاقد، سواء تعلّق الأمر بجانبه الإيجابي كاحترام المواعيد المحددة، أو جانبه السلبي كالالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية وعدم الكشف عن الأسرار التجارية أو الصناعية، أي أنّ إجبار المدين المتمرد أو الممتنع عن القيام بشيء معيّن يرفض القيام به طوعًا هو أمر في غاية الصعوبة، إذ يمكن للمرء أن يجلب حصانًا إلى الماء عنوةً لكن لا يمكنه أن يجعله يشرب الماء[2]، هذه هي الحال عند دفع أحد الأطراف إلى طاولة التفاوض عنوةً، لأنّ المفاوضات حول إبرام عقد مستقبلي تقتضي الأخذ والعطاء، وإبداء بعض التعاون والتضامن بين الأطراف، والتحلي بالأمانة والشرف والنزاهة في التعامل، وهاته المواصفات لا

[1]- Schmidt Joanna, « **La période précontractuelle en droit français** », op.cit. p 564.
[2]- Sylvette Guillemard, « **Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi** », op.cit. p 61.

يمكن إطلاقًا جعل أي شخص يتحلّى بها إذا لم يُرد هو ذلك، وبالتالي يتمّ التفاوض في جوّ يسوده القلق والتوتّر لا يساعد أبدًا على إبرام عقد. كما أنّ جرّ أي طرف يأبى الدخول في المفاوضات أو حتّى الاستمرار فيها، يعدّ من قبيل المساس بالحريّة الشخصية والتعدّي عليها[1]، وهذا بالطبع يتنافى مع مبدأ حريّة التفاوض المكفول بنص المادة 1112 والذي يمنح للأشخاص حق المبادرة للتفاوض من عدمه، ناهيك عن حقّ الخروج منها في أي مرحلة من مراحلها، مالم يتم التوصّل إلى إبرام العقد النهائي، ولو أنّ هذا العزوف عن التفاوض أو الانقطاع عنه في مراحل متقدّمة يعرّض صاحبه للمسؤولية إذا ما توافرت شروطها.

وخلاصة القول أنّ الالتزامات العامّة التي يفرضها التفاوض على العقود، لا يمكن بأي حال أن تكون محلًّا للتنفيذ العيني من وجهة نظر المنظومة القانونية الفرنسية، مهما كانت المرحلة التي بلغتها هذه المفاوضات، وهذا ما بات مستقر عليه القضاء الفرنسي بعد قضيّة (Manoukian) أو ما اصطلح على تسميته بالفقه المانوقي، في حين تذهب بعض المنظومات القانونية الأخرى إلى أبعد من ذلك، فالقانون الهولندي يسمح للقاضي بأن يأمر بمواصلة المفاوضات في حال الانقطاع التعسفي عنها، بالنظر إلى المرحلة المتقدّمة التي بلغتها وحجم الأضرار التي يمكن أن يخلّفها هذا القطع[2]، وإن كان هذا الحلّ يمكن أن يكون مسوغًا في العقود الفورية، فإنّنا نرى بأنّه لن يكون على نفس الحال في العقود المستمرّة أو الزمنية، والتي يتطلّب تنفيذها إبداء الرغبة في التعاون والتضامن وبعض التكافل، وهذا ما لا يمكن ضمانه بعد الإجبار على مواصلة التفاوض والوصول إلى إبرام العقد النهائي.

وتجدر الإشارة إلى أنّه يمكن معالجة بعض الالتزامات التي يتضمّنها اتفاق التفاوض بآلية التنفيذ العيني، كتلك المتعلّقة بنفقات التفاوض والتي قد يكون الاتفاق جاري على أنّ

[1]– علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 760.

[2]- John Cartwright, **Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organisé par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007, p 38.

الطرف المنقطع هو الذي يتحمّلها، أو ردّ المخططات وبعض الأوراق التي تحمل معلومات سريّة تمّ تبادلها بمناسبة إجراء المفاوضات، وكذا وقف استغلال بعض المعلومات المتعلّقة بالأسرار الصناعية أو التجارية أو بعض البرامج الالكترونية وغيرها، على أن يتمّ توجيه إعذار رسمي إلى المدين قبل المطالبة بالتنفيذ العيني بحسب ما اتجهت إليه المادة 1221 من القانون المدني الحالي.

كما لا يفوتنا الحديث عن مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية، والذي تناول الجبر العيني في القسم الفرعي الأول من القسم الأول من الفصل الرابع ذي الصلة بأثار المسؤولية، حيث عالجه في مادتين 1260 و1261، فجاءت الأولى للتأكيد على الهدف من الجبر العيني، والذي يسعى المشرع من خلاله إلى إزالة الضرر أو التقليل منه قدر الإمكان، وهو ما يفي بالغرض بالنسبة للضرر المادي والضرر المعنوي الذي لا يمكن إزالته تماما، فيما تطرق في الثانية إلى موانع الأخذ بهذا الحل في حالات الاستحالة أو عدم التناسب، وفتح الباب على مصرعيه لاجتهاد القضاء في ذلك.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل (التعويض)

رأينا أنّ التنفيذ العيني للالتزامات الرئيسية التي يمليها التفاوض لا يؤتي ثماره على الوجه الذي يرمي إليه الطرف المتضرر من عدم التنفيذ، بالنظر إلى الخصوصية التي تتمتّع بها المفاوضات أو اتفاق التفاوض في حدّ ذاته، ممّا يدفعنا إلى البحث عن حلول أخرى لمعالجة الضرر الذي لحق بالضحيّة، ولا مناص من اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أو ما يعرف بالتعويض في هذه الحالة، ولقد لمسنا لدى بحثنا وجود نوعين من التعويض في هذا الشأن، تعويض قضائي يحكم به القاضي وتعويض اتفاقي يتمّ تقديره من قبل الأطراف، وهذا ما سنحاول التفصيل فيه فيما يأتي.

أوّلا: التعويض الاتفاقي

آثرنا تناول التعويض الاتفاقي كونه لا يثير الكثير من الإشكالات في الأصل، خاصة إذا كان بعد فشل المفاوضات أين تتمّ تسوية مسألة التعويض ودّيًا، إلّا أن التعويض الذي يتم الاتفاق عليه عند بداية المفاوضات فيما يُعرف بالشرط الجزائي قد يكون مصدرًا لنشوء النزاعات، ممّا يستدعي تدخل القضاء للفصل فيها.

يُعدّ اتفاق التفاوض فسحة لإدراج عدد معيّن من واجبات ما قبل التعاقد، وفرصة كذلك لتحديد تكاليف وأعباء التفاوض وتوزيعها، ففي هذا الشأن قد تتفق الأطراف على ضرورة اقتسام الأعباء في حالة فشل المفاوضات، على أن يتحمّلها طرف بعينه في حال إبرام العقد، أو أن يكون مناصفة في كلّ الأحوال، هذا في الحالات العادية لنهاية المفاوضات، أمّا بخصوص انتهاك أحد الالتزامات كالحصرية في التفاوض أو القطع التعسفي للمفاوضات فيتمّ معالجته عن طريق الشرط الجزائي في بعض الأحيان، والذي يطرح مسألة مدى تناسب قيمة هذا التعويض مع الأضرار الناشئة عن الانتهاك الحاصل[1]، فيمكن حينها للطرف المتضرر من قيمة الشرط الجزائي، والذي يمكن أن يشكّل بدوره تهديدا لمصلحة أحد الأطراف، ممّا يخوّله اللجوء إلى القضاء الذي يضعه تحت النظر، للحكم عليه إذا ما كان يحتاج إلى تعديل أو أنّه يشكّل أمرًا نهائيًّا[2]، ويخوّل القانون بصريح المادة 5-1231 من القانون المدني للقاضي تعديل الشرط الجزائي، بالزيادة فيه إذا كان تافهًا وبالإنقاص منه إذا كان مبالغًا فيه.

وقد حافظ المشرع على نفس النص في مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية، مع تغيير موضع المادة ورقمها، حيث تمّ إدراجها في الفصل الخامس المعنون بالبنود المتعلّقة

[1]- Marianne Faure-Abbad, **L'impact des règles de la réforme du droit des contrats sur la conclusion des contrats de construction**, Conférence prononcée lors du colloque « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et le droit immobilier », Organisé par L'Association française de droit de la construction, siège de la FFB, Paris le 1er avril 2016, p 4.
[2]- Filali Osman, op .cit. p 81.

بالمسؤولية والتي يتمّ النّص عليها في العقود، في القسم الثاني من هذا الفصل تحت مسمّى الشروط الجزائية، الذي حوى مادة واحدة وهي المادة 1284.

ثانيًا: التعويض القضائي

إذا افتقر اتفاق التفاوض للشرط الجزائي ولم يحصل اتفاق على تسوية الأمر وديًّا، أو كان التفاوض غير منظّم بموجب عقد ونشأ نزاع حوله، فإنّ السلطة الكاملة في تحديد التعويض تؤول للقضاء إذا ما توافرت شروط قيام المسؤولية في المفاوضات، على النحو الذي أسلفنا بيانه والتي تخضع لفحص القاضي، ويعتمد هذا الأخير على أمور عدّة لتقدير قيمة التعويض وتحقيق أكبر قدر من العدالة وجبر الضرر ما أمكنه ذلك، ناهيك عن اجتهاده في إحصاء الأضرار التي يمكن أن تدخل في دائرة هذا التعويض.

1- معايير تقدير قيمة التعويض عن الضرر في مرحلة المفاوضات:

تعتمد الجهة التي تختص بالنظر في النزاع النّاشئ عن المرحلة التي تسبق التعاقد، على عدّة معايير لتقدير قيمة التعويض المخصص لجبر الضرر في هذه المرحلة، ولعلّ أهم العناصر التي يجب أخذها في هذا الموقف، هي المدّة التي استغرقتها المفاوضات في حدّ ذاتها والمرحلة التي آلت إليها، وما ينجم عنه من ثقة مشروعة بين أطراف التفاوض، دون أن نغفل سلوك الأطراف وفحص نيّتهم الذي يلعب دورًا لا يستهان به في هذا الشأن.

أ- المراحل المتقدّمة التي بلغتها المفاوضات:

أشرنا سابقًا إلى أنّ الخروج من المفاوضات أو قطعها إنّما هو حق مكفول للأطراف بموجب النصوص القانونية، لكن يمكن لهذا القطع أن يكون مدعاةً للمساءلة، عند الأخذ في الاعتبار موقف صاحبه والظروف المحيطة به، والسوابق القضائية تدعم هذا الطرح، ففي حكم صادر عن محكمة الاستئناف الفرنسية بتاريخ 20 مارس 1972، أدانت بموجبه هذه

الأخيرة القطع الذي طال مفاوضات بلغت مرحلة متقدّمة، من قبل أحد الأطراف ومن دون تقديم سبب مشروع لذلك[1]، ويبدو من خلال هذا الحكم الذي تلته أحكامًا عدّة، وأيضًا من خلال التحليل الذي قدّمه المؤلف أن المعيار المعتمد في إدانة الطرف الذي بادر بقطع المفاوضات، إنّما هو المرحلة المتقدّمة التي وصلت إليها المفاوضات وبالنظر المدّة التي استغرقتها، والتي قد تدوم لسنوات بحسب طبيعة كل العقد، وهي بذلك تلعب دورًا هامًّا في الحكم بالتعويض وتؤثر في عمليّة تقديره، ما لم يقدّم الطرف المعني سببًا مشروعًا ومقنعًا للجهة التي تفصل في النزاع، وهذا كلّه هو عين المنطق.

إنّ طول مدّة المفاوضات وبلوغها المراحل المتقدّمة يتولّد عنه نوع من الثقة المشروعة، أي أنّ مدّة وكثافة المفاوضات كافية لحمل أحد أطراف التفاوض على الاعتقاد بشكل مشروع بالوصول إلى الهدف، ومنه الإيمان بإمكانية إبرام العقد المستقبلي محلّ التفاوض، وهذا ما يدفع به إلى بذل المزيد من الجهد وتحمّل المشقّة والنفقات[2]، على أن لا يتمّ التوسع في هذا المعيار لكي لا يشمل المتفاوض المهمل، أو يأتي بتأثير سلبي على حريّة التفاوض، وعليه يكون جديرًا بالجهة التي تتولّى الفصل في النّزاع أن تتوخى الحذر في تطبيقه، وتحتاط عند إقرار وجود ثقة مشروعة، على أن تتسّم هاته الأخيرة بالمعقولية[3]، إذ أنّه من المهمّ استبعاد التعويض من الأساس عن قطع المفاوضات، عنما تكون نتاج اعتقاد خاطئ من قبل الطرف الذي وقع ضحيّة لهذا القطع، ليس لأنّ الطرف الآخر جعله كذلك بل لاعتقاد خاطئ وقع فيه من تلقاء نفسه، وعليه لا يجوز جرّ الطرف الآخر إلى دفع التعويض عن خطأ لم يرتكبه، أو عن عدوله عن إبرام عقد رأى فيه شيء من عدم الفعالية الاقتصادية[4]، فإذا رأى أحد الأطراف المتفاوضة في وقت ما من المحادثات، أنّه يستحيل إبرام العقد النهائي أو أنّ هذا الأمر ضئيل جدًّا، أو حتّى عند اكتشاف سببًا يُعدّ كافيًا لقطع المفاوضات، فإنّه ينبغي

[1]- François 't KINT, op.cit. p 17.
[2]- Lapoyade Deschamps Christian, op.cit. p 370.
[3]– أكرم محمود حسين البدو و محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 436.
[4]- Grégory Maitre, op.cit. p 134.

عليه إبلاغ الطرف الآخر به فورًا، وإن لم يفعل قامت مسؤوليته ويتحمّل تبعة ذلك، ويكون التعويض في هذه الحال مستحقًا للطرف الضحيّة عن الخسائر المتكبّدة من تاريخ اكتشاف السبب المفضي لقطع المحادثات، أو العلم باستحالة إبرام العقد أو تضاؤل فرص ذلك[1].

وقد رأت محمة باريس في حكم لها بتاريخ 12 مارس 2019، فصلت بموجبه في نزاع ثار بشأن المسؤولية عن قطع المفاوضات، بناءً على طول المدّة التي استغرقتها هاته الأخيرة، والتي دارت بين شركة "ماكدونالد" ومالك أحد المحلات التجارية، وقد قدّمت الشركة عرضًا ماليًا لشراء المبنى والمحل التجاري، وخصّصت مبلغًا للمبنى وآخر للمحل التجاري، فكان الردّ من المالك بالموافقة على العرض مع زيادة في قيمة المبنى، وبعد مناقشات قرّرت شركة "McDonald's" قطع المفاوضات، طالب المدّعي الشركة بالتعويض عن هذا القطع بالاستناد إلى المدّة التي استغرقتها المحادثات، والتي دامت حوالي العشرة (10) أشهر، فيما رأت المحكمة ببراءة الشركة، معلّلة ذلك بكون المدّة التي استغرقتها المفاوضات هي مدّة معقولة بالنّظر لقيمة الصفقة، وعلاوة على ذلك كان بإمكان المدّعي إجراء مفاوضات موازية مع منافسين محتملين، في الوقت الذي لم تضع فيه شركة "ماكدونالد" شرط الحصرية في خطابها[2].

ب- سلوكيات الأطراف المتفاوضة:

تؤثر سلوكيات الأطراف أثناء التفاوض على عمليّة تقدير التعويض، ويستند القانون الفرنسي في هذه المسألة إلى انتهاك التزام التفاوض بحسن نيّة، فيما تستند بعض القوانين إلى إسناده إلى الخطأ في تكوين العقد[3]، فعند الحديث عن العدول عن التفاوض أو قطع مفاوضات جارية، نكون بصدد التعبير عن حق حريّة التعاقد أو عدم التعاقد، وبالتالي يكون

[1]- John Cartwright, op .cit. p 34.
[2]- Olivier BEDDELEEM, **ESSAI SUR LA RUPTURE DES POURPARLERS EN DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS - Analyse pluridisciplinaire de la jurisprudence -**, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, le 16 novembre 2022, p 50.
[3]- Olivier BEDDELEEM, op.cit. p 35.

الخطأ في كيفية ممارسة هذا الحق في حدّ ذاته، وبالتحديد في سلوك صاحب الحق الذي يجب فحصه، سواء أكان هذا السلوك سابقًا لعمليّة قطع المفاوضات أو مرافقًا لها، فالتفاوض وكما هو معروف يتطلب التحلي بالنزاهة والوفاء أو بحسن النيّة بكل ما يحمله المبدأ من معنى[1]، فحتّى وإن لم تستغرق المفاوضات مدّة طويلة، ويتمّ قطعها على نحو يوحي بأنّ هذا القطع يبدو عاديًا أو منطقيًا بالنظر إلى طبيعة التفاوض، إلّا أنّه يمكن أن يكون غير بريء، إذا حقّق الطرف سيء النيّة الهدف الذي يرمي إليه من خلال ولوج هاته المفاوضات، كأن يكون هدفه من التفاوض هو الحصول على بعض المعلومات، أو لصرف نظر أطراف أخرى منافسة عن إبرام ذات العقد، وما إن يحقق الهدف الذي يرمي إليه حتّى يعمد إلى وضع حدّ لهذه المحادثات، في الوقت الذي يكون الطرف الآخر قد تكبّد بعض المصاريف، وتفويت فرص أخرى للتعاقد مع الغير.

فكذلك الأمر عند تقدير التعويض عن فوات الفرصة، وبغض النظر عن الصعوبات التي تثيرها هذه المسألة، إلّا أنّه يمكن التعويض عنها بشروط معينة، إذ أنّ الضحيّة يكون بإمكانه إبرام نفس العقد مع طرف آخر، لو لا دخوله في مفاوضات مع الطرف المعني بالقطع من دون سبب مقنع، وقد يكون مبلغ التعويض ضئيلًا إذا كان خطأ المسؤول عن فشل المحادثات يسيرًا، كأن يهمل بعض الأمور التي تكون سببًا في ذلك، وبالتالي تنتهي المفاوضات في وقت مبكّر من دون إحراز أي تقدّم[2]، ممّا يوحي بإمكانية زيادة مبلغ التعويض إذا كان الخطأ المرتكب جسيمًا أو متعمّدًا، دون إدارة الظهر للظروف المحيطة بالمفاوضات في حدّ ذاتها، كأن يكون الطرف المعني بالقطع قد اشترط حظر أيّة مفاوضات موازية، وهذا بالتأكيد ما يَدعمُ فكرة تأثير سلوكيات الأطراف على عمليّة تقدير قيمة التعويض من طرف الجهة التي تعمل على فضّ النزاع.

[1]- François 't KINT, op.cit. p 17.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، المرجع السابق، ص 123.

ففي إحدى القضايا[1] التي كان محلّها نزاع بشأن عدول شركة فرنسية عن المفاوضات مع شركة سعودية، هاته الأخيرة كانت ستكون وكيلًا حصريًا للأولى لتوزيع منتجاتها في السعودية، وهو بالفعل ما يؤكده آخر خطاب صادر عن الشركة الفرنسية وفي حضور ممثلها القانوني على أراضي السعودية، الذي وقّع على مسودّة العقد بعد الاتفاق على العناصر الأساسية، واعتبار الشركة السعودية وكيلا عن الشركة الفرنسية في انتظار الاتفاق على بعض العناصر الثانوية، وهو ما دفع بالشركة السعودية إلى مباشرة التحضيرات وبعض الإجراءات، وفتح اعتماد مستندي بمبلغ كبير لاستيراد الدفعة الأولى من المنتجات، لم تتجاوب الشركة الفرنسية وألغت الاعتماد وقطعت المفاوضات، لجأت الشركة السعودية إلى هيئة التحكيم بناءً على شرط التحكيم المتضمن في العقد، مطالبة الشركة الفرنسية بالتعويض على أساس العقد المبرم، وأضافت أنّه في حال رأت الهيئة بعدم وجود العقد فهي تتمسّك بالخطأ عند تكوين العقد، وكان ردّ الشركة الفرنسية بعدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود العقد من الأساس، وأنّ ممثلها غير مخوّل له التوقيع على أيّ عقد، فيما أجابت هيئة التحكيم بأنّ وجود شرط التحكيم وصحّته مسألة لا نقاش فيها، وتأسيسًا عليه ينعقد لها اختصاص الفصل في النّزاع، وحمّلت الشركة الفرنسية المسؤولية وحكمت عليها بالتعويض لصالح الشركة السعودية، كما حكمت عليها بمبلغ من المال للوسيط الذي كان بين الشركتين مقابل أتعابه، وحمّلتها ثلثي تكاليف التحكيم على أن تتحمّل الشركة السعودية الثلث الباقي، ويبدو أنّ سلوك الشركة الفرنسية الذي يكشف عن سوء نيّتها قد أثّر على تكاليف التحكيم علاوة على مبلغ التعويض.

هذا ويظهر أيضًا تأثير سلوك أطراف التفاوض على عمليّة تقدير التعويض، من خلال عدم الوفاء بالالتزام بالإعلام والذي قد يكون مقصودًا، وهو ما يعرف بالسكوت التدليسي، فإذا ثبت ذلك قامت مسؤولية الطرف المخلّ به، بغضّ النظر عن الوقت الذي وقع فيه

[1]– أنظر سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

والوقت الذي تمّ اكتشافه فيه، إذ أنّ العبرة بدوره في العمليّة التعاقدية برمّتها وما تفرضه طبيعتها بضرورة الوفاء بهذا الالتزام، ومدى تأثيره على الاستفادة من المزايا المرجوّة من العقد[1].

2- الأضرار التي يشملها التعويض في مرحلة المفاوضات:

إنّ الأضرار التي تحصل في مرحلة المفاوضات متعددة، فهي ترتبط في الغالب بالتكاليف التي يتحمّلها كل طرف، ناهيك عن الوقت والجهد الذي تستنزفه خصوصا في العقود التي تمتاز بقيمة اقتصادية كبيرة، أضف إلى ذلك ضياع فرص أخرى للتعاقد والمساس بالسمعة التجارية، وهي تعتبر من بين أهمّ الأضرار التي تنشأ في مرحلة التفاوض على العقود، وعليه وبالنّظر إلى هذا التنوّع في الأضرار المحتمل وقوعها بمناسبة فشل المفاوضات، سينصبّ تركيزنا على أكثرها شيوعًا.

أ- التعويض عن نفقات التفاوض:

الثابت في التفاوض على العقود أنّها تحتاج لبعض التكاليف لغايات جمّة، وقد ذكرنا الكثير منها سابقًا وتحدثنا عن اختلاف قيمتها من عقد لآخر، ولا يمكن المطالبة بالتعويض عنها إلّا عند قطع المفاوضات من قبل أحد الأطراف دون الآخر، وفقًا للمعايير الذكورة أعلاه، على أن يتمّ الحكم بتعويض جزء منها بل وقد يكون من الواجب تعويضها بالكامل في بعض الحالات. فإذا أثبت الطرف الضحيّة لقطع المفاوضات أنّ الطرف الآخر لم تكن له نيّة التعاقد من الأساس عند دخوله عمليّة التفاوض، فإنّ أغلب المنظومات القانونية بما فيها الفرنسية تحكم بتعويض كافة النفقات التي تكبّدها الضحيّة بشكل معقول بمناسبة المفاوضات، فيكون هذا الخطأ المتعمّد هو مصدر كلّ التكاليف، وبعبارة أخرى ما كانت لتكون هاته المصاريف لو لا خطأ الطرف الآخر[2]، أمّا في حال ظهور نيّة عدم التعاقد أو اكتشاف استحالة إبرام العقد في وقت معيّن من المفاوضات، فإنّ التكاليف والنفقات المتكبّدة

[1]- محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 189.

[2]- Radu Stancu, op.cit. p 182.

بشكل معقول من طرف الضحيّة تكون واجبة التعويض، ونعني بذلك التكاليف التي تحمّلها الطرف الضحيّة من تاريخ الذي اكتشف فيه الطرف المسؤول هذا الحائل أو توافرت فيه تلك النيّة، أمّا النفقات التي كانت قبل هذا التاريخ فتبقى نفقات عادية تتطلبها طبيعة المفاوضات[1]، شأنها في ذلك شأن النفقات التي يتمّ تحمّلها على سبيل المخاطرة التجارية، كتلك التي يتمّ تكبّدها عند السفر إلى بلد أجنبي للبحث عن فرص للتعاقد، ولا يتمّ المطالبة بها حتّى عند فشل المفاوضات بسبب خطأ الطرف الآخر[2]، شأنها شأن النفقات والتكاليف المتكبّدة زيادة عن الحدّ المعقول، إذ يتمّ التغاضي عنها بأخذ الخطأ المساهم للضحيّة في تفاقم الأضرار التي لحقته، وهو ما يمنح وسيلة للطرف الآخر تمكنّه من التذرع بسذاجة الضحيّة ودخوله المفاوضات باستخفاف وقلّة تبصّر، في الوقت الذي لم يكن من المستحيل توقّع فشل المحادثات[3]، وقد استبعدت السوابق القضائية مسؤولية أحد الأطراف عن قطع المفاوضات بسبب سذاجة الطرف الآخر، معلّلة ذلك بأنّه ينبغي على الأطراف دومًا الأخذ في الاعتبار إمكانية فشل المفاوضات، بالنّظر الاحتمالي لها في الحالات العادية[4]، ويحدث في بعض الأحيان أن يُقدم الضحيّة على إبرام عقود مع أطراف أخرى، تحضيرًا لتنفيذ العقد المستقبلي الذي يتمّ التفاوض بشأنه، وهو ما يجرّه إلى تحمّل التزامات زائدة عادةً ما يكون في غنًى عنها، خاصة إذا لم تكن المفاوضات قد بلغت مرحلة معيّنة ولم تكن هاته العقود تتمتّع بطابع الاستعجال، وإن كان لا بدّ من ذلك فعلى الأقل يمكنه إخضاعها للشرط الواقف، مفاده إبرام العقد الذي تدور المفاوضات بشأنه، أي ربط نفاذ تلك العقود بالعقد النهائي المتوخى إبرامه، وهو احتياط متاح في جميع الأنظمة القانونية، ومعمول به على نطاق واسع في

[1]- Denis Mazeaud, « **La période précontractuelle en droit positif et prospectif français, européen et international: comparaisons** », op.cit. p 24.

[2]- Luiz Fernando Kuyven, op.cit. p 209.

[3]- Sylvette Guillemard, « **Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi** », op.cit. p 58.

مجال العقود[1]، وعليه يستوجب على الأطراف أن يقصروا نفقاتهم على المتطلّبات المعقولة أثناء المفاوضات، ومسايرة المحادثات مرحلة بمرحلة من دون مخاطرة أو استباق الأحداث وتكبّد نفقات مبالغ فيها، ومن يفعل ذلك فهذا سيحوّله من دون شك إلى المسؤول الوحيد عنها، ولا يتمّ إيعاز ذلك إلى الطرف الذي بادر إلى قطع المفاوضات، بل إلى الموقف غير الحكيم الذي اتخذه الضحيّة.

ب- التعويض عن ضياع الوقت:

تفترض المفاوضات استغراق فترة زمنية معينة قد تطول أو تقصر بحسب الحاجة، وهي قابلة للتقدير بالمال، وهذا ما يتماشى مع تطلعات المتعاملين الاقتصاديين الذين يقدّسون الوقت لدرجة مساواته بالمال إن لم نقل يؤمنون باعتباره مالًا حقيقيًا[2]، فالتعويض عن الوقت يشبه إلى حدّ كبير التعويض عن الضرر المعنوي، ومكمن وجه التشابه بينهما في أنّ كليهما يتمّ التعويض عنه بمبلغ من المال، فلا سبيل لإصلاح هذا الضرر إلاّ عبر هذا الطريق، فالوقت الذي يمضي لا يمكن بأي حال من الأحوال استرجاعه، وهو ما يستوجب تقديره بالمال، وتؤول السلطة الكاملة في ذلك للجهة التي تفصل في النزاع[3]، وهذا ما يفسّر المعنى الحقيقي لفكرة أنّ عالم المال والأعمال أو الحقل التجاري، يقوم على السرعة والائتمان، وما كان الحديث عن السرعة إلّا للدلالة عن القيمة التي يكتسيها الوقت في هاته المعاملات، بالأخص من منظور المتعاملين الاقتصاديين، وما لذلك من فعالية في مجال التفاوض خاصة ومجال العقود عامّة.

وقد استجابت محكمة النقض الفرنسية للطرف الذي استأنف الحكم الذي أصدره القضاة، والذي قضى بعدم تعويضه عن ضياع الوقت الذي قضاه في انتظار الطرف الآخر

---

[4]- Cass. Com, 04 octobre 1982, Juris-Data : 1982-702028. Luiz Fernando Kuyven, op.cit. p 265.

[1]- Sylvette Guillemard, « **Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi** », op.cit. p 58.

[2]- Radu Stancu, op.cit. p 145.

[3] - Sylvette Guillemard, « **Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi** », op.cit. p 60.

إثر تمديد مدّة الإيجاب، هذا الأخير الذي انصبّ على بيع عقار، وتمّ تقديم طلب من الطرف الآخر مفاده إمهاله مدّة زمنية بغرض الحصول على التمويل الكافي للشراء، وبعد ثلاثة أشهر من الانتظار تمّ رفض الإيجاب بصفة نهائية والعدول عن التعاقد، فرأت محكمة الاستئناف بوجوب تعويض الضحيّة عن المدّة التي قضاها في انتظار الطرف الآخر، ولم يتصرّف في العقار طيلة تلك المدّة[1].

ج- التعويض عن الفرص الضائعة:

إذا كان التعويض عن المنفعة السلبية أو الخسارة التي لحقت ضحيّة الإنهاء التعسّفي للمفاوضات محلّ إجماع، فإنّ التعويض عن المنفعة الإيجابية لا تزال محلّ جدال وخلاف بين مختلف شرائح الفقهاء، في حين تعرف السوابق القضائية وتيرة متسارعة في هذا الشأن، في ظلّ وجود أحكام لا يبدو أنّها متناسقة فتارة تميل إلى تجنّب التعويض عن فوات الفرصة، فيما ترى بضرورة التعويض عنها في حالات أخرى، ومردّ هذا التباين في الأحكام إنّما يوعز إلى توافر الشروط والأسباب الكافية من عدمه.

أعطت محكمة النقض تعريفًا لفوات الفرصة على أنّه: " زوال مؤكّد لاحتمال قائم "، والذي مفاده الحصول على منفعة أو كسب معيّن، أو أنّه يتعلق بالحدّ من الخسارة[2]، ويبدو أنّ هذا الاجتهاد القضائي قد وجد طريقه إلى التشريع، وما يَدعَم ذلك إدراجه ضمن مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية، أين احتوته المادة 1238[3] في القسم الفرعي الأوّل تحت مسمّى الضرر القابل للإصلاح، متموضعًا في القسم الأول الذي ضمّ الأحكام المشتركة للمسؤوليتين (العقدية وخارج العقد)، تحت لواء الفصل الثاني الذي يحمل عنوان شروط

[1]- Cass. Civ. 19 janvier 1977. DALLOZ. 1977. P 593. NOTE. JOANNA-SCHMIDT.

- علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 771.

[2]- Pierre SIAMER, « **Le préjudice économique résultant d'une perte de chance** », publier le 11 octobre 2018. sur : https://www.cnejge.org/sites/default/files/documents/public/p.siamer_perte_de_chance.pdf. Visité le 04/05/2024.

[3]-«Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. » Article 1238, Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017.

المسؤولية، وقد حدّد المشرع بموجب هاته المادة وحدة قياس الضرر، والسقف الذي يمكن أن تبلغه قيمة التعويض، مع الإبقاء على السلطة التقديرية بيد القضاء.

عند الحديث عن إهدار الفرص في مجال المفاوضات، يطفو إلى السطح وجود احتمالين اثنين، أوّلهما إبرام العقد الجارية بشأنه المفاوضات مع طرف محدد بعينه، فيما يتعلّق الاحتمال الثاني بإمكانية إبرام العقد مع طرف ثالث، حالت المفاوضات الأولى بينه وبين إجراء مفاوضات مع هذا الأخير، ممّا يستوجب منّا البحث عن كيفية التعامل مع الحالتين.

فأمّا التعويض عن عدم إبرام العقد مع الطرف المتفاوض معه، فهو بمثابة تعويض عن المنفعة الاقتصادية المتوقعة من عقد لم يبدي كلى الطرفين رغبته في إبرامه بعد، وهذا فيه تعدّي صارخ على الحريّة العقدية من خلال الإجبار على التعاقد، حتّى ولو كان التخلّي عن التفاوض يثير مسؤولية الطرف المعني بالقطع، إذ لا يمكن الحديث عن وجود العقد من الأساس، وهو ما يتنافى مع تعريف العقد الذي يتطلّب توافق الإرادتين، ومن ناحية أخرى لم يحصل اتفاق على العناصر الأساسية للعقد، والتي لا تزال محلّ أخذ وعطاء بين الأطراف، ولم يتم التوصل إلى صياغة إيجاب تام من الأصل[1]، والسوابق القضائية قضت بذلك على نطاق واسع من الأحكام، إذ تواصل التأكيد أنّ الخطأ المرتكب في ممارسة الحق في إنهاء المفاوضات السابقة على التعاقد من جانب واحد، ليس سببًا في الضرر المتمثل في تحقيق المزايا التي كان سيوفرها العقد لو تمّ إبرامه[2]، لأنّ الانسحاب المفاجئ من المفاوضات ومن دون تقديم مبرر مشروع لذلك، يكون موجبًا للمسؤولية بالنسبة للطرف المعني بالانسحاب، لكن حتّى ولو تمّ التفاوض على العقد وبحسن نيّة، لا يمكننا الجزم بأنّ هذا سيؤدّي بالضرورة إل إبرام العقد النهائي، وإذا تبنّينا الحل المعاكس فإنّ ذلك يؤدّي إلى تفعيل العقد الذي لم يتمّ

[1]- Goran Georgijevic, op. cit. p 54.
[2]- Cass. com. 26 novembre 2003, D. 2004, Juris-Data. p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne.

إبرامه[1]، فالطّابع الاحتمالي للمفاوضات؛ وكذا الحريّة المكفولة للأطراف في إطار ممارسة الانسحاب من المحادثات في أي وقت مسألتان لا جدال فيهما، ويبقى التعويض عن القطع التعسفي الذي يشمل بعض النفقات المتكبّدة أو معظمها، هو الصورة التي تهيمن على العقوبات في أغلب الحالات التي تمّ فحصها، منذ التحوّل الذي أحدثته قضيّة (Manoukian) ومهما كان السلوك الذي صاحب ممارسة الحق في الانسحاب، أو الخطأ الذي أدّى إلى فشل المفاوضات، وهو الحل الذي كرّسه المشرع المدني الفرنسي بصريح العبارة في نص المادة 1112 في الفقرة الثانية منها[2].

وأمّا التعويض عن فرصة إبرام ذات العقد مع طرف ثالث، فإنّ الوضع الحالي للقانون الفرنسي لا يجد حرجًا في الاعتراف بوجود هذه الصورة من الضرر، ولا يرى مانعًا في التعويض عنها، تعويض يُعزى للقطع التعسفي للمفاوضات الذي أفضى إلى خسارة المزايا المرجو تحقيقها من وراء العقد، سواء أكانت المفاوضات منظمة بموجب اتفاق التفاوض أو خارج الإطار التعاقدي[3]، رأي تمّ إثباته من طرف واضعي مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية، من خلال إدراج نص المادة 1238 أعلاه ضمن الأحكام المشتركة للمسؤوليتين في مجال الضرر القابل للإصلاح، مع مراعاة الشروط التي تمّت صياغتها في نص المادة عند ممارسة سلطة تقدير التعويض.

هذا ويتطلّب التعويض عن خسارة فرص أخرى لإبرام ذات العقد إقامة الدليل، أي يجب إثبات أنّ الضرر مؤكّد من خلال إثبات وجود الفرصة في حدّ ذاتها، والتي يمكن تجسيدها بالعروض المقدّمة أو دعوات التفاوض، إلّا أنّ الأمر الأكثر إلحاحًا يكمن في إثبات أنّ من

---

[1]- Denis Mazeaud, « **Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ? »,** Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2012, p 02. sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr › OCTOBRE_2012 Visité le 04/05/2024

[2]- « …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. » Article 1112 du code civil français.

[3]- Julie Parmentier, « **L'indemnisation de la perte de chance en cas de rupture abusive des pourparlers** », Bulletin des arrêts de la Cour d'appel de Lyon [En ligne], 4 | 2013, publier le 18 février 2014, sur : https://publicationsprairial.fr/bacaly/index.php?id=1209 Visité le 04/05/2024.

دون المفاوضات الجارية، كانت الفرصة الضائعة ستؤدي إلى إبرام العقد المتوخّى، وهو ما يتمّ التعبير عنه بالعلاقة السببية، وهو أمر من الصعوبة بمكان[1]، لكنّه ليس بالمستحيل إذا عمل الضحيّة على اتّخاذ الاحتياطات اللازمة، وذلك بإبرام اتفاق التفاوض وتدوين كلّ الشروط المتفق عليها لتأطير عمليّة التفاوض، فبوجود شرط الحصرية في التفاوض من قبل الطرف المعني بقطع المفاوضات على نحو مفاجئ، وفي ظلّ تواجد منافسين على نفس الصفقة قد يكون سببًا كافيًا لتكوين قناعة لدى القاضي بوجود سوء نيّة، وبالتالي يسمح له ذلك بالحكم بالتعويض عن الفرصة الضائعة.

د- التعويض عن الضرر المعنوي:

عند الادّعاء بوجود ضرر معنوي تؤول السلطة للمحاكم، من حيث وجوده أو إنكار ذلك، ومنه أيضًا في مسألة تقييم هذا الضرر وتقدير مبلغ التعويض عنه، وهي سلطة أوسع بكثير لدى تقدير التعويض عن الضرر المادي[2]، والضرر المعنوي الأكثر شيوعًا الذي يكون نتاج القطع التعسفي للمفاوضات، يكمن في الأثر النفسي على المتفاوض وخاصة ذلك الأثر الذي يمسّ بسمعة المتفاوض في حدّ ذاته، إذ يمكن أن يدفع منافسيه على الاستثمار في هذا الأمر، أو يبعث بشيء من الاعتقاد في نفسيّة المتعاقدين المحتملين معه بهشاشة الوضعية المالية للضحيّة أو تدهور وضعيته في السوق[3].

تطرقنا في هذا الفصل الثاني من الباب الأوّل إلى ضمانات العدالة التعاقدية في مرحلة التفاوض على العقود، من خلال تبيان المبادئ التي تقوم عليها المفاوضات، والتي انطوت على ثلاثة ركائز أساسية، تجسّدت في مبدأ حريّة التعاقد المنبثق بدوره عن المبدأ العتيق "سلطان الإرادة"، والذي لا يمكن الاستغناء عنه في مجال العقود مهما بلغ حدّ القيود التي

[1]- Sylvette Guillemard, « **Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi** », op.cit. p 59.
[2]- Jean Carbonnier, op.cit. p 584.
[3]- Denis Mazeaud, « **Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ? ».** Op.cit. p 04.

وضعت له، ومبدأ حسن النيّة الذي بات من المبادئ الأخلاقية المتسللة للقانون، بحيث لا يمكن إبعاده من حقل العقود، بل وجد مكانة بحيث لا تكاد تخلو منه كل مرحلة من مراحل تكوين العقد، ناهيك عن كونه في توسع ملحوظ سواء لجهة النّطاق أو لجهة المفهوم، دون أن ننسى مبدأ الالتزام بالإعلام الذي اقتحم القانون المدني لأول مرّة، واضعًا لنفسه مكانًا مستقلّا بعدما انسلخ من مبدأ حسن النيّة. ثمّ وجّهنا تركيزنا إلى ضمانة أخرى للعدالة التعاقدية في إطار التفاوض على العقد، إذ تعرّضنا للمسؤولية النّاشئة عن الاختلالات التي تهزّ استقرار المفاوضات، من خلال تبيان شروط قيام المسؤولية سواء أكانت عقدية أو خارج العقد، وناقشنا الآثار المترتبّة عن قيامها مع الإشارة إلى ما حواه مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية في التشريع الفرنسي، وبالقدر الذي يخدم الدراسة في الجانب ذي الصلة بالتفاوض على العقود.

وفي هذا الإطار يمكننا أن نرى بوضوح تأخّر المشرّع المدني الجزائري في معالجة مرحلة حسّاسة من حياة العقد، حيث لم يتطرّق المشرّع لهاته المرحلة وهو الموقف الذي كان عليه نظيره الفرنسي، والذي كان محلّ انتقاد خاصّة بالنّظر إلى التشريعات المقارنة، فالمشرع الجزائري لا يزال يقصر حسن النّية على تنفيذ العقد دون المراحل الأخرى وهو ما كرّسه بموجب الفقرة الأولى من المادة 107، كما أنّه لم يتبنّى المبدأ القاضي بحريّة التفاوض والحدود التي تنظّمه، فضلًا عن أنّه لم يتطرّق للالتزام بالإعلام وهو المبدأ الّذي كرّسه المشرّع بموجب المادة 1112-1، وعليه فهو لا يشير إلى المسؤولية النّاشئة في مرحلة المفاوضات.

الباب الثاني

العدالة التعاقدية كأساس

لبناء العلاقة العقدية

الباب الثاني: العدالة التعاقدية كأساس لبناء العلاقة العقدية

كنّا قد تناولنا في الباب الأول من هاته الدراسة المرحلة السابقة عن التعاقد، وقد بيّنا الموقف الذي تبنّاه المشرع المدني الفرنسي من هاته المرحلة الحسّاسة من حياة العقد، بعد الصمت الذي كان يطبق على نصوص القانون المدني لأزيد من مائتي عام، وقد عالج المشرع هذا الفراغ التشريعي بجملة من المواد ضمّت أهم المبادئ التي تحكم هاته المرحلة، مع ترتيب المسؤولية في ذمّة كل من تسوّل له نفسه العبث بمصالح الأشخاص والتلاعب بأموالهم أو سمعتهم، إذ أضفى نوعًا من العدالة على كل التصرفات والسلوكيات حتّى لا تخرج عن الإطار القانوني الذي رسمه لها ولا تتجاوز الحدود التي أقرّها لمنع وقوع الضرر أو جبره في الحالة العكسية، في استجابة من المشرّع للأصوات الفقهية المتعالية بضرورة إصلاح المنظومة القانونية المدنية عامة ونظرية العقد خاصة تحت ضغط الانفتاح القانوني على المستوى الأوروبي والعالمي، وأثر التحولات الاقتصادية التي شهدها العالم ككل في ظلّ العولمة والتطور المتسارع واللامتناهي في المعاملات، وبنفس الخطى يواصل المشرع حرصه على تكريس أواصر العدالة التعاقدية على باقي مراحل العلاقة العقدية، لمواكبة الأحداث وإعادة البريق للقانون المدني الفرنسي الذي يبدو أنّه فقد بعضه إن لم نقل الكثير منه، ولو أنّ التعديل هذه المرّة أتى بشيء مختلف على مستوى مرحلة تكوين العقد، إذ وعلى غير العادة التي عهدناها فيه والتي وسمها المشرع بإثراء النصوص القانونية بإضافة أحكام وتبنّي مبادئ جديدة، فاجأنا المشرّع بتخلّيه عن بعض الأركان لطالما كانت من الثوابت المميّزة للقانون المدني الفرنسي، حيث عمد إلى تقليص أركان العقد في سابقة في تاريخ التشريع الفرنسي، وسط استحسان البعض وامتعاض البعض الآخر، خطوة جريئة أخرى للمشرع تحتاج بحقّ لوقفة تأمّل وتحليل (الفصل الأول)، كما تفطّن المشرّع إلى ضرورة مجابهة النّقائص التي شابت القانون المدني لجهة حماية الطرف الضعيف، حيث عمل على تدارك ما فاته في هذا الجانب المهمّ من حياة العقد، مهتديًا في ذلك بالتشريعات الخاصّة لإضفاء

المزيد من العدالة عن طريق تبنّي توجه جديد، تمثّل في التصدّي للاختلال الواضح الذي يُخلّ بالتوازن العقدي (الفصل الثاني)، معتمدًا في ذلك على العين التي لا تنضب ومستأنسًا بالتحليل الذي لا يُغفل أدقّ الأمور، ونعني بذلك السوابق القضائية والآراء الفقهية، ثنائية كان لها الفضل في بلورة الفكر التشريعي وتغذية هذا الإصلاح الذي صنع ولا يزال يصنع الحدث.

الفصل الأول: أثر العدالة التعاقدية على إعادة النّظر في أركان العقد

من أهم الاصلاحات التي طالت نظرية العقد في التشريع الفرنسي، ما جاء به نص المادة 1128 من القانون المدني، هاته الأخيرة انتقلت بركائز العقد من أربعة أركان إلى ثلاثة فقط، مع تنظيم محكم للمواد وإعادة تنظيمها وجمعها بشكل يساهم بقدر كبير في الوصول إليها، ناهيك عن التسلسل المنطقي في صياغة المواد والانتقال من فكرة لأخرى، ففيما كان العقد يقوم على التراضي، المحل، السبب وأهلية التعاقد، بموجب المادة 1108 من القانون المدني قبل التعديل، يبدو أنّه بات يعتمد في قيامه على ثلاثة أركان، إذ تمّ التخلّي عن ركني المحل والسبب والاستعاضة عنهما "بمضمون العقد" أو "محتوى العقد"، هذا التوجّه الذي سلكه المشرّع والذي أثار الجدل بين مختلف أطياف الفقه في فرنسا وخارجها، بين معارض لهذا الموقف الذي يرى فيه البعض أنّ فيه مساس بثوابت القانون المدني الفرنسي، وبين مؤيّد لهذا التوجّه على اعتبار أنّ المحلّ والسبب من بين المعوّقات التي ساعدت على النّفور من القانون المدني الفرنسي، بل وتقف عائقًا في طريق تألّقه واحتلاله المراتب الريادية في الساحة الإقليمية والعالمية، وسنحاول التعرض لهاته الأركان بشيء من التفصيل لاستظهار الجديد الذي أتى به المشرّع، سالكين مسلكه في البناء المنهجي لطرح الأفكار، حيث سنعمد إلى عرض الأركان الثابتة في بداية الأمر، لنعرّج بعد ذلك للحديث عن الركن الجديد الذي تبنّاه المشرّع لقيام العقد.

المبحث الأوّل: الأركان الثّابتة لقيام العقد

حافظ المشرع المدني على ركن التراضي في المقام الأوّل لقيام العقد، كما أكّد على ضرورة توافر أهلية التعاقد لدى أطراف العلاقة التعاقدية في هذا الشأن، وسنفرد لكلّ ركن منهما مساحته الخاصة، وسنسعى إلى تحليل المواد التي عالج بها المشرع كلّ ركن على حدى، مع رصد الآراء الفقهية بخصوص نهج المشرّع، وتبيان الجانب الحداثي سواء تعلّق الأمر بالجانب الشكلي (البناء الهيكلي) أو الجانب الموضوعي.

المطلب الأوّل: ركن التراضي

استهلّ المشرع المدني الفرنسي تناوله لركن التراضي بالحديث عن وجود هذا الأخير، وقد أتى على معالجته بموجب نص المادة 1129 في العنوان الفرعي الأول، وخصّص العنوان الفرعي الثاني لصحّة التراضي بدءًا من المادة 1130 إلى المادة 1144، ويتحتّم علينا المرور بتأطير المشرع لمبدأ الرضائية في العقود، ثمّ نتحوّل إلى تناول عيوب الإرادة التي قد تشوب التراضي، ومختلف الأحكام التي أقرها المشرع في هذا السياق.

الفرع الأول: تأطير مبدأ الرضائية في العقود

إنّ أوّل ما يلاحظه المطّلع على الاصلاح الذي مسّ القانون المدني الفرنسي في هذا الموضع بالذّات، تأكيد المشرّع على الدّور التقليدي للإرادة بمفهومها المشترك في العمليّة التعاقدية واحترام البعد الليبيرالي للإرادة فيها[1]، ولعلّ إعادة النّظر في تعريف العقد هي أوّل المؤشرات الدّالة على ذلك، ففي نص المادة 1101 من القانون المدني قبل التعديل، كان المشرع يرى في العقد بأنّه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدّة أشخاص، نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء معين، وهو ما جعله عرضة للانتقاد

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي "دراسة نقدية تأصيلية مقارنة**" "، المجلّة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، 2019، ص 90.

كونه أقرب لتعريف الالتزام منه إلى تعريف العقد، ناهيك عن أنّه يعرب عن خلط بين العقد والاتفاق غير المفضي لإبرام العقد[1]، وعليه بات تعريف العقد على أنّه توافق إرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء الالتزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها[2]، وهو ما لاقى قبولًا على نطاق واسع لدى فقهاء القانون، لأنّه أضحى يفرّق بين الالتزام ومصدره، وعكف على هجر بعض المصطلحات التي عفا عنها الزمن، كإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن ذلك، مصطلحات تمّ وصفها بالكلاسيكية التي وجب التخلّي عنها، وهو ما عبّر عنه صراحة التقرير المرفوع لرئاسة الجمهورية[3]، وهكذا ترك المشرّع المجال مفتوحًا أمام أطراف العلاقة التعاقدية، في تحديد مضمون الالتزام وعدم ربطه بمنح شيء أو القيام بعمل معيّن أو الامتناع عنه، وإنّما حدّد التصرفات التي يمكن أن تُمارس على هذا الالتزام، من بين أربع فرضيات حصرها في الإنشاء و التعديل والتحويل أو الإنهاء، فيما يرى البعض على أنّها على سبيل المثال والتشبيه لا على سبيل الحصر والتقييد على حدّ قولهم[4].

وبالعودة إلى مبدأ الرضائية يبدو ومن خلال الموضع الذي تناوله المشرع فيه، أنّه تراجع عن المكانة التي كان يحتلّها ضمن نصوص القانون المدني، أضف إلى ذلك أنّه يثير مسألة أخرى تتمحور حول مدى تعلّقه بصحّة العقد، ووجود خلط بين صحّة الرضا في حدّ ذاته وبين وجوده من الأصل، خاصة لجهة الآثار المترتبة على كلّ حالة، ولكن قبل هذا كلّه يجدر بنا إلقاء نظرة على أصل التراضي في المقام الأول، والذي يعود في الواقع إلى ارتباط الإيجاب بالقبول وتبيان الجديد الذي جاء به المشرّع في هذا الشأن.

---

[1]– بن خدة حمزة، " **قراءة في أهم مستجدّات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي** "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، 2018، ص 430.

[2]- « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. » Article 1101 du code civil français.

[3]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 05.

[4]– محمد عرفان الخطيب، " **الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي "دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"** "، المرجع السابق، ص 91.

أولا: أحكام ارتباط الإيجاب بالقبول

الجديد الذي جاء به تعديل القانون المدني الفرنسي، هو تنظيم الإيجاب والقبول بشكل صريح في القسم الفرعي الثاني بعد المفاوضات، المندرج تحت القسم الأول المعنون بإبرام العقد من الفصل المتعلّق بتكوين العقد، حيث عمد المشرّع إلى معالجة الأحكام المتعلّقة بالإيجاب والقبول بموجب عشرة (10) مواد، بدءًا بالمادة 1113 وانتهاءً بالمادة 1122.

وقد كرّس المشرع المدني العمل الفقهي في هذا الشأن، فضلًا عن تبنّي قرارات وأحكام قضائية شهيرة في لتنظيم أحكام الإيجاب والقبول[1]، ويبقى الشيء الذي يميّز القانون الفرنسي عن بعض الأنظمة الوطنية وقواعد توحيد قانون العقود، هو تشبّع القانون المدني الفرنسي بفكرة أسبقية الإرادة الحقيقية (الباطنة) عن الإرادة المعلنة (الظاهرة)، مشيرًا بذلك إلى الإرادة التعاقدية على مستوى واقعها النّفسي، وهو ما يَدعمه وجود قواعد لتفسير العقد متضمّنة في قواعد القانون المدني الفرنسي، وما يؤكّد تجسيد هاته الأفكار تلك الأحكام التي منحها المشرّع بموجب مختلف النصوص، والمتعلّقة بالأساس بنفاذ الإيجاب والقبول، وامكانية التراجع عن كليهما وكيفيات ممارسة ذلك، وكذا القيود الواردة على هاته المكنة[2]، وعلى قدر حرص المشرع على الإحاطة بمختلف جوانب عنصري الإيجاب والقبول، وتكريس العمل الفقهي والاجتهاد القضائي، إلّا أنّ ثمرة هذا الجهد لم تسلم من الانتقاد، وسنحاول التعرض لكلّ عنصر على حدى.

1- الإيجاب:

قرّرت المادة 1113 أنّ العقد يتكوّن من ارتباط إيجاب بقبول، يبدي الأطراف من خلالهما نيّة الالتزام، ولا يهم إذا كانت هاته الإرادة معلنة صراحة أو تُستشفّ ضمنيًّا، من

[1]- بن خدة حمزة، " **قراءة في أهم مستجدّات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي** "، المرجع السابق، ص 432.

[2]- Jacquet Jean-Michel, **Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT**, op.cit. p 182.

خلال سلوك لا لُبس فيه من حيث دلالته على مقصود صاحبه، فالإيجاب هو عرض صادر عن إرادة منفردة للتعاقد مع طرف آخر حول موضوع محدد بأوصافه، أي يجب أن يكون هذا العرض منطويًا على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، على أن يكون باتًّا ونهائيًّا، فإذا تخلّف أحد هاته الشروط فلا يعدو إلّا أن يكون دعوة للتفاوض[1]، وهو ما تؤكّده المادة 1114 من القانون المدني الحالي، أمّا المادة 1115 فقد أتت على تأكيد حريّة مصدر الإيجاب في سحبه أو الرجوع عنه، مع اشتراط عدم وصوله إلى المتلقّي في دلالة على سقوط حقّ السحب في الحالة العكسيّة، وخصّص المشرّع المادة 1116 للإيجاب الملزم الذي يحدّد له صاحبه أجلًا معيّنًا، حيث نهى صاحبه عن سحبه قبل انقضاء المدّة، وإلّا قامت مسؤوليته عن ذلك مع تبيان حدود هاته المسؤولية، لينهي تناوله للإيجاب بنص المادة 1117 والتي بيّنت الحالات التي يسقط فيها الإيجاب. إنّ هذه المادة الأخيرة قد حسمت الخلاف الفقهي وقضت على تردد السوابق القضائية بشأن موت مقدّم العرض أو مُصدر الإيجاب، بين من ينادي بسقوطه ومن يرى ببقائه وبالتالي انتقال آثاره إلى الخلف العام، وبين من ينظر في ذلك إلى شخصية الأطراف وما إذا كانت محلّ اعتبار أم لا[2]، حيث قضى المشرع بسقوط الإيجاب بموت من صدر عنه أو فقده للأهلية، ويسقط كذلك بموت المتلقي، ولم يقل المشرع بفقده للأهلية فيما يُفهم منه أنّه يمكن للخلف قبول العرض، وانعقاد العقد إذا أرادو ذلك ولم تكن شخصية الهالك محلّ اعتبار، وفي هذا تأصيل لفكرة العدالة التعاقدية، إذ أنّ سقوط الإيجاب في حال موت مُصدره أو فقدانه للأهلية، يُتيح الفرصة لخلفه لاتخاذ زمام الأمور، والاقبال على التصرّفات التي تخدم مصالحهم وفقًا لوجهة نظرهم لا لوجهة نظر مورّثهم، إذ لكلٍّ طريقة تفكير وطريقة عمل.

[1]– مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 233.

[2]- Daniel Mainguy, op.cit. p 102

وقد انتقد البعض طريقة تناول المشرع لأحكام الإيجاب، ففيما يخص المادة 1115 التي تناولت مسألة غاية في الأهميّة، حيث تطرقت إلى نظرية الوصول التي تُفهم من المصطلح الذي أورده المشرع "Parvenue"، أو أنّ المقصود منه هو نظرية العلم والتي تُستشفّ من مصطلح "Connaissance"، ومدى تأثير ذلك على حريّة سحب الإيجاب أو التراجع عنه، مع الأخذ في الاعتبار إمكانية علم المتلقّي به وقبوله قبل أن يصل إليه، وعليه تصبح حريّة الانسحاب موضع شك، وتُثار مسألة أخرى في هذه الحالة، والتي مفادها مدى اعتبار العقد منعقدًا بين طرفيه قبل استلام العرض، في حال العلم به وقبوله[1]، وإن كنّا نتحفّظ على هذه النقطة بالذّات، إذ أنّه من غير المنطقي أن نتقبّل فكرة علم المتلقّي بالإيجاب قبل وصوله إليه، حتّى وفي ظل إمكانية العلم قبل الوصول بطريقة أو بأخرى بالنّظر إلى التطوّر الكبير الذي تشهده وسائل الاتصال والتواصل، إلّا أنّنا لا نميل إلى هذا الأمر إذ لا يمكن لمُصدر الإيجاب أن يغفل عن هاته المسائل باعتباره على دراية مسبقة بإمكانية حدوث هذا الأمر، أي علم المتلقي بالإيجاب قبل الوصول.

وتُثار مسألة أخرى في حال مخالفة نص المادة 1116 والتي تعترف بترتّب المسؤولية في ذمّة مصدر الإيجاب، إذا عمد إلى سحبه عرضه قبل انتهاء المدّة الاتفاقيّة أو المدّة القانونية له، والتي اعتبرها المشرّع مسؤولية خارج العقد بصريح العبارة، ألم يكن في وُسع واضعي القانون تصوّر إعلان المتلقّي قبوله خلال المهلة الزمنية المحددة للإيجاب؟، حتّى بعد سحب هذا الأخير أو التراجع عنه، ومدى اعتبار العقد قائمًا في هذه الفرضية[2]، سؤال في محلّه ستكون السوابق القضائية كفيلة بالإجابة عليه في القادم من الأيام.

[1]- Mustapha Mekki, « **La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus** », op.cit. p 04.
[2]- Ibid. p 05.

2- القبول:

القبول وبكلّ بساطة هو إظهار متلقّي الإيجاب موافقته على إبرام العقد[1]، وهو تقريبًا نفس التعريف الذي تقدّمه المادة 1118 مع تحرّي بعض الدقّة، حيث جاء في فحواها أنّ القبول هو تعبير عن إرادة ورغبة مصدره أو صاحبه في الالتزام بمضمون الإيجاب (العرض)، وتضيف أنّه يجوز سحبه أو التراجع عنه بكلّ حريّة شريطة عدم وصوله إلى الموجب، وتؤكّد في الأخير على أنّ القبول المخالف للإيجاب، أي ذلك الذي يغيّر من الإيجاب ولا يكون مطابقًا له، لا يعدو إلّا أن يكون إيجابًا جديدًا يحتاج إلى قبول لإبرام العقد، ومجمل القول في هذا المقام أنّ سلطة إبرام العقد تنحصر في يد المتلقي، وما عليه إلّا إعلان إرادته في المدّة الاتفاقية أو في أجل معقول، ومعيار المعقولية في هذا الشأن هو سلطة خالصة للقاضي، مع ضرورة وصول القبول إلى الموجب.

أمّا المادة 1119 فتشير إلى الشروط العامّة التي يتذرّع بها أحد الطرفين في مواجهة الطرف أو الأطراف الآخرين، وتؤكّد على ضرورة لفت نظر الطرف الآخر إليها مع قبوله بها، وإلّ فإنّها تكون عديمة الأثر، ونفس الحكم يسري على الشروط غير المتوافقة، أي تلك التي تكشف عن وجود تناقض بين الشروط العامّة للعقد والشروط الخاصة فيه، مع ترجيح هاته الأخيرة في حال التعارض بينهما. ومن خلال هاته المادّة يعالج المشرّع بحكمة أهم مصادر النّزاع عند إبرام العقود، والمتعلّقة بالاحتجاج ببعض الشروط العامّة في العقد، حيث يُصرّ المشرّع على ضرورة لفت انتباه الطرف الآخر لهذه الشروط مع ضرورة قبولها، إذ لا يكفي لفت انتباهه إليها فقط، وفيما يتعلّق بالتعارض بين الشروط العامة والشروط الخاصة، فإنّه من النّادر أن يتمّ التمسّك بهذا الدفع بين الأطراف بسبب ندرة حدوثه في الواقع، وإن بدى أنّه من المناسب تناول مسألة التعارض بين الشروط العامة التي يقدّمها أحد الأطراف إلى الآخرين لتسري على عقودهم، وبين الشروط الخاصّة التي قد تتخلّل بعض هاته العقود،

[1]- Christian Larroumet, op.cit. p 230.

إذ وعلى صعيد السوابق القضائية يتمّ إعطاء الأولوية للشروط الخاصة على حساب الشروط العامة في حال التعارض والتناقض[1].

وأمّا نص المادّة 1120 فقد تناول قاعدة فقهية شهيرة " لا يُنسب لساكت قول "، في إشارة إلى عدم صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة، مع ذكر الاستثناءات الواردة على هاته القاعدة، كأن ينصّ القانون على خلاف ذلك، أو وجود عرف سائد يقضي بخلاف ذلك، فضلًا عن العلاقات التجارية المتواترة بين الأطراف، أو وجود ظروف معيّنة أخرى تُفيد بأنّ السكوت يُنّم عن القبول، وهو ما يزيد في توسعة السلطة التقديرية للمحكمة. ويتجسّد هذا الطرح من خلال عقود التأمين على سبيل المثال، واستلام البضاعة وعدم ارجاعها أو الاحتجاج على زيادة الثمن سواءً أكان مبررًا أم لا، أو وجود شرط ضمني في العقد يقضي بتجديده، فإنّ الصمت في هاته الحالات يُعتبر بمثابة قبول ينعقد به العقد[2]، هذا ويمكن في هذا المقام الإشارة إلى استثناءين كلاسيكيين لم يتناولهما المشرّع في نص هذه المادة، أولهما عندما يتفق الطرفان على أنّ سكوت متلقي الإيجاب يُشكّل صراحة قبولا من جانبه، وثانيهما عندما يتمّ تقديم الإيجاب لمصلحة المتلقي حصريًا، ولو أنّ عبارة " الظروف المعيّنة " تُبقي القائمة مفتوحة أمام الكثير من الحالات[3].

فيما جاء مضمون المادّة 1121 خصّيصًا لإظهار زمن ومكان إبرام العقد، حيث قرّر بأنّ هذا الأخير ينعقد بوصول القبول إلى الموجب، وفي المكان الذي تلقّى فيه هذا الأخير القبول، وهو بذلك يحلّ مسألة غير ثابتة المعالم تتعلّق أساسًا بتاريخ ومكان قيام العقد بين غائبين، بعدما كان الأمر متروكًا لسلطة القاضي على اعتباره مسألة وقائع، ممّ يؤدّي إلى

[1]- Mustapha Mekki, « **La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus** », op.cit. p 05-06.
[2]- Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence -,** op.cit. p 105.
[3]- Lucas Bettoni, **Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016)**, Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016, p 63.

صدور أحكام متباينة[1]، وهذا التوضيح هو موضع ترحيب في مواجهة السوابق القضائية، والتي تفتقر في بعض الأحيان إلى الثبات والتناغم، ممّا يؤثر سلبًا على الأمن القانوني، ففي حكم صادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ 16 جوان 2011، قضى بأنّ العقد لا يتمّ تشكيله بشكل نهائي إلّا في يوم علم الموجب بالقبول "Connaissance" ، فيما قضى حكم آخر صادر بتاريخ 17 سبتمبر 2004، بأنّ الموجب يمكنه سحب عرضه الذي قُدّم في إطار إعلان نيّة التصرف، ما دام قبول صاحب حقّ الشفعة لم يبلغه " Ne lui avait pas notifiée"[2].

ويختتم المشرّع معالجته لأحكام الإيجاب والقبول بنص المادة 1122، والتي أتت على تحديد مهلة للتفكير، هاته الأخيرة وحسب المشرّع يمكن أن تكون بنصّ القانون كما هو الحال في قانون حماية المستهلك، كما يمكن أن تكون اتفاقية خاضعة لإرادة الأطراف، وتقرّر المادة عدم امكانية تثبيت القبول أو سحبه خلالها، أي يجب أن يتمّ الإعلان عن الإرادة النهائية تزامنًا مع انتهاء المدّة التي تمّ تخصيصها للتفكير سواء بنصّ القانون أو باتفاق الطرفين. فيما يرى البعض أنّه بالنسبة للمهلة الاتفاقية كان حريّ بالمشرع أن يتركها بيد الأطراف، إذا ما قرّروا خلاف ذلك، بحيث يكون الأمر أكثر تماشيًا وانسجامًا مع الحرية التعاقدية في هذا الشأن[3]، والغرض الأساسي لإدراج فترة التفكير هو السماح للطرف الضعيف بتحرير نفسه من تحمّل الالتزامات على سبيل التسرّع والتهوّر، فضلًا عن أنّه يُشكّل أداة أو وسيلة فعّالة للحماية من ضغوط معيّنة، كالإغراء الذي يمارسه المحترف ضدّ

[1]- Eric SAVAUX, **Présentation générale de la réforme**, La Réforme du droit des contrats en France : regards croisés franco-libanais, Colloque organisé par la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, 11 mars 2016, p 15.

[2]- Cass. 3ème civ. 16 juin 2011, Bull. civ. III, n° 103 : « la formation du contrat était subordonnée à la connaissance de l'acceptation de l'offre par le pollicitant ». Cass. 3ème civ. 17 septembre 2014, n° 13-21824, cité par : Mustapha Mekki, **« La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus »**, op.cit. p 06.

[3]- N. Molfessis, **Droit des contrats : l'heure de la réforme**, J.C.P. (G), n° 7, 16 Février 2015, doctr. 199. Cité par : Mustapha Mekki, **« La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus »**, op.cit. p 06.

المستهلك قليل الخبرة، كما أنّ هذه الآلية تساعد على إعادة النظر في الالتزام بعد أن يأخذ وقته في مراجعته، وبالتّالي يدخل في صلب العلاقة العقدية عن قناعة وتبصّر[1].

ثانيا: نزع صفة المبدأ العام عن مبدأ الرضائية

على الرغم من كون المادة 1129 قد تعرّضت لمفهوم الرضائية في العقود، إلّا أنّ المشرّع قد تناولها ضمن الفصل الخاص بصحة العقد، وكان ذلك في القسم المخصص للرضا، ممّا يُفهم منه على أنّه شرط من شروط الصحّة، كما أنّه لم يتعرض له ضمن القواعد العامة الحاكمة لنظرية العقد، والتي أتى على ذكرها في الفصل الأول من الباب الفرعي الأول، من الكتاب الثالث من الباب الثالث من القانون المدني الجديد، وهو دليل على نزع صفة المبدأ العام عن مبدأ الرضائية[2]، وهذا الموقف يتماشى مع توجهات جانب من الفقه الفرنسي، والذي يرى في مسألة الرضا على أنّها شرط من شروط العقد يستوجب توافره لحظة إبرام هذا الأخير لا غير، أي أنّه يتمّ الاستغناء عن النظر إليه في باقي مراحل العقد[3]، وهذا ما يفسّر عدم تناوله ضمن المبادئ العامّة المؤطرة لنظرية العقد، واعتباره من المبادئ ذات الطبيعة الخاصة، إذ ما يدخل في الاعتبار هو انعقاد العقد صحيحا، حيث يبقى كذلك حتّى في ظلّ انعدام الرضا بعد ذلك، إذ أنّ العبرة بلحظة تكوين العقد لا بالمراحل التي تليها، ورغم صحّة هذا التوجه الذي يعترف بحقيقة مفادها أنّ تبدّل الرضا اللاحق على إبرام العقد لا يمكن أن يطعن في صحّته، إلّا أنّه لا يوجد ما يمنع من إيراده ضمن المبادئ العامّة التي

[1]- Française DOMONT-NAERT, **Les relations entre professionnels et Consommateurs en droit belge**, LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LES RAPPORTS CONTRACTUELS «COMPARAISONS FRANCO-BELGES », Ouvrage présenté par: Le Centre de droit des obligations (URA/CNRS 1471) de l'Université de Paris I, L.G.D.J, 1996, p 227.

[2]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131–2016** "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الأول، السنة السادسة، مارس 2018، ص ص 253.

[3]- Julie Klein, **Le consentement**, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations-Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21, LexisNexis, 25 mai 2015, p 14.

تحكم العقود[1]. وبهذا الخيار الذي اتخذه المشرع المدني الفرنسي يكون قد فتح بابًا آخر للانتقاد، بحيث تُثار مسألة وجود خلط بين وجود الرضا في حد ذاته من جهة وبين صحة الرضا من جهة أخرى.

ثالثا: مسألة الخلط بين وجود الرضا وصحّته

يرى جانب من الفقه الفرنسي بضرورة التمييز بين تبادل الإيجاب والقبول، بمعنى تطابق الإرادتين الذي يُشكّل التراضي، وبين مدى مطابقة ثمرة هذا التبادل للمشروعية، أي قيام هذا التبادل على وجه صحيح، إذ أنّ عمليّة تبادل التعبير عن الإرادتين تدخل ضمن إجراءات تكوين العقد، بينما الثانية هي التي تدخل ضمن نطاق صحّة العقد، وهذا ما تجسّده النصوص المعتمدة في المشاريع الإصلاحية، فرضا الطرفين ليس شرطًا لصحة العقد وإنّما هو شرط لإبرامه، وعليه فالخلل الذي يُعدم التراضي يتعدّى بشكل مباشر إلى إعدام العقد في حدّ ذاته[2]، ويبدو أن المشرع لم يستوعب المسألة بالنظر لخلطه بين وجود الرضا وصحّته سواء عند إبرام العقد أو بعد ذلك ، بمعنى أنّ انعدام الرضا وقت إبرام العقد يجعل من العقد باطلًا بطلانًا مطلقًا، فيما أنّ عدم صحّة الرضا تجعل من العقد قابلًا للإبطال، إذا شابه عيب من عيوب الإرادة[3]، وما يؤكد ويزيد من الانتقادات التي طالت اتجاه المشرّع في هذا الشأن، هو ربطه تطبيق المادة 1129 بالتوافق مع نص المادة 414-1، هاته الأخيرة التي جاء في فحواها ضرورة تمتع الشخص بسلامة العقل للقيام بأي تصرف قانوني، وأنّه على من يدّعي بطلان التصرف لهذا السبب أن يثبت وجود الاضطراب العقلي، إذن يبدو أنّ المسألة هاهنا تتعلّق بالأساس بالأهلية لا بعيوب الرضا، ممّا يجعل من هذا الربط موضع

---

[1]- محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 254.

[2]- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, **Les obligations**, 12e édition, Dalloz, Paris, France, 2019, 166.

[3]- محمد عرفان الخطيب، المرجع نفسه ص 254.

استغراب، وعليه فالاختلاف بينهما واضح وكان على المشرع تفادي هذا الربط، إذ أنّ المادتين تختلفان من حيث التصرفات فالمادة 414-1 أوسع من المادة 1129، فالأولى تشمل جميع التصرفات القانونية في حين أن الثانية تخص نظرية العقد، كما تختلفان من حيث الفئة المحمية بموجب كلّ منهما، فالأولى وُجدت لحماية الأشخاص المحجور عليهم، فيما يُفترض في الثانية أنّها موجهة لحماية الأشخاص كاملي الأهلية[1].

الفرع الثاني: عيوب الإرادة بين الأصالة والتجديد

في هذا الموضع بالذات شدّني رأي أحد الباحثين وأنا أقرأ مقاله، إذ يرى أنّ الإصلاح الذي عرفه القانون المدني الفرنسي لم يأتي بالجديد على مستوى نظرية عيوب الإرادة، وقد عبّر عن ذلك بعبارة مستعارة من مقال أُلقي في خضمّ أشغال أحد المؤتمرات ذات الصلة بإصلاح قانون العقود والالتزامات، حيث قال: "في زرقة الفجر لا يزال من الممكن رؤية احمرار الغسق"، في إشارة إلى احتفاظ المشرّع بالعيوب الكلاسيكية المعروفة من غلط، تدليس و إكراه، وأنّه لم يحدث ثورة في هذا الشأن بل لم يأتي بأي جديد يُذكر[2]، رأي لا نتفق معه على الإطلاق، فبالنسبة لاحتفاظ المشرّع بالعيوب الكلاسيكية يفنّده تخلّي المشرع عن عيب الغبن كأصل عام، وحسنًا فعل على اعتبار أنّ هذا الأخير لا يتعلّق بعيوب الإرادة ولا يرقى للمساس بصحّة العقد، بل هو يمسّ باختلال الأداءات التي تؤثّر على التوازن العقدي لا غير، والذي يمكن معالجته ولو عن طريق تدخّل القاضي لإعادته إلى الحدّ المعقول الذي يحدده القانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكننا غضّ النظر عن تبنّي المشرّع لنوع جديد من العيوب، ونعني به الإكراه الاقتصادي الذي سيكون محورًا رئيسًا في هذا المقام،

[1]- محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص ص 255-256.

[2]- Le Moulec Éliaz, « **Réforme du droit des obligations : quelques éléments relatifs aux vices du consentement** », Rev juridique de l'Ouest, 2016, p 39. doi : https://doi.org/10.3406/juro.2016.4877

كما يُضاف إلى ذلك طريقة تناول المشرع لهاته العيوب وكيفية معالجتها، والتي تكشف عن الجانب الحداثي للإصلاح برمّته.

بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي قبل الإصلاح، يظهر جليًّا مدى سطحيّة النصوص القانونية المؤطرة لنظرية عيوب الإرادة بالنّظر إلى التطورات الحاصلة، لأنّ مفاهيم الغلط، التدليس والإكراه قد شهدت تحوّلات عميقة تمّت ترجمتها من خلال السوابق القضائية الوفيرة والدقيقة لجهة إثراء النّظام القانوني لها، تفاعل الفقه معها بجعلها محلًّا للنقاش، ممّا أوصلها إلى درجة كافية من النّضج ليكون مصدر إلهام لصياغة نصوص جديدة تتصدّى لنظرية عيوب الإرادة، من خلال تبنّي أحكام جديدة أكثر وضوحًا وصلابة تتعلّق بوجود الرضا وسلامته[1]، ولعلّ أولى الملاحظات هي تلك المتعلّقة بإعادة ترتيب هاته العيوب، حيث كان المشرّع يبدأ بالغلط ثمّ الإكراه لينتهي إلى التدليس، فعمد إلى تقديم التدليس على الإكراه، حيث أنّه في حالة الغلط والتدليس يتمّ اتخاذ موقف إيجابي من التعاقد بسبب رؤية الأمور على غير حقيقتها، سواء وقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه أو عن طريق سلوك لا يد له فيه، أمّا بالنسبة للإكراه فنكون بصدد سلب الإرادة، أي أنّ الحالة التعاقدية واضحة المعالم أمام المتعاقد، إلّا أنّه يتخذ موقفًا مخالفًا لإرادته[2]، أمّا ثاني الملاحظات هي وضع نصّ قانوني لمهل التقادم الخاصة برفع الدعاوى القضائية للمطالبة بإبطال العقد في حالة ثبوت وجود أحد هاته العيوب، وذلك ضمن النصوص الخاصّة بالأهلية، فضلًا عن جعل نصّ المادة 1144[3] للحديث عن سريان مدّة التقادم، والتي تبدأ من تاريخ اكتشاف

[1]-Yves Lequette, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, **Validité du contrat – Consentement (art. 1108 à 1115-1)**, AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, sous la direction de Pierre Catala, p 19.

[2]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131–2016** "، المرجع السابق، ص 257.

[3]- « Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé. » Article 1144 du code civil français.

العيب بالنسبة للغلط والتدليس، وأمّا بالنسبة للإكراه فيكون من اليوم الذي يتوقف فيه هذا الإكراه[1].

بمادة وحيدة في القانون المدني القديم تناول المشرع عيب الغلط وهي المادة 1110، مقابل خمس مواد بعد التعديل (1131 إلى 1136)، حيث كان يقتصر الغلط على جوهر العقد بالإضافة إلى الغلط في شخص المتعاقد، ومن الواضح أنّ هاته الأحكام لم تكن كافية في ظلّ وجود أنواع أخرى من الغلط[2]، ويبدو أنّ المشرّع قد تفطّن لهذا النقص وعمل على تداركه، باستغنائه عن فكرة "جوهر الشيء محل العقد" لفائدة فكرة "العناصر الرئيسية للأداء موضوع العقد"، وهو ما يُعرب عن توسّع ملحوظ في مفهوم الغلط، يشمل كلّ أنواعه بل يتعدّى ذلك ليشمل الغلط في المتوقّع من الالتزام المأمول من المتعاقد الآخر، ممّا يمنحه قدرة على الخروج من التوصيف المادي للغلط إلى التوصيف المعنوي، وهذا بدوره يفتح الباب على مصرعيه أمام الاجتهاد القضائي في هاته المسألة[3]، كما أنّ فكرة التحليل الاقتصادي للقانون يوفّر الفرصة والأدوات التي تساعد وتساهم في إعادة بناء بعض النظريات وفقًا للمفهوم الاقتصادي، وكانت مبررات كافية لإعادة النّظر في عيوب الإرادة بصفة عامّة، ذلك أنّ العقد المشوب بأحد العيوب سيعمل – لا محالة – على تحسين وضع أحد الأطراف بتوفير ميزة مفرطة غير مستحقّة[4]، فكرة آمن بها المشرع المدني الفرنسي وجسّدها في هذا الموضع، من خلال تبنّي فكرة الغلط ذي المفهوم الاقتصادي في نص

---

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131–2016** "، المرجع السابق، ص 259.

[2]- François Terré et des autres, op.cit. p 310.

[3]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131–2016** "، المرجع السابق، ص ص 260–262.

[4]- Frédéric Rouvière, « **L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique** », Rev de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2008, pp 1-2. https://shs.hal.science/halshs-00710983

المادة 1136[1]، فوفقًا لهذه المادة فإنّ الغلط المتعلّق بالعائد من الأداء يمكن وبشكل عام الاحتجاج به لإبطال العقد، ما دام قد استند إلى تقييم اقتصادي صحيح مع تعلّقه بالعناصر الجوهرية للعقد، أمّا إذا كان هذا التقييم في حدّ ذاته غير صحيح، أي أنّه جاء بخطأ المضرور، فلا يُعتدّ به حينها كسبب للبطلان، وهي مادة تحتاج إل توضيح أكبر من المشرّع، كونها قد تكون مصدرًا للتأثير السلبي على الأمن القانوني بسبب الغموض الذي يحيط بمفهومها[2].

أمّا بخصوص التدليس وبخلاف القانون المدني السابق الذي يعالجه بموجب المادة 1116، فإنّه بات موضوعًا لثلاث مواد (1137 إلى 1139)، جمعت بشكل أساسي التراث الفقهي والقضائي في هذا الشأن، مع إعطاء تعريف للتدليس الذي كان غائبًا في نصوص القانون المدني قبل التعديل، والشيء الملاحظ أنّ التعريف الذي جاء في صلب المادة 1137 يشمل جميع السلوكيات الاحتيالية، بما ذلك الكذب وحجب معلومات ذات أهميّة للطرف الآخر عمدًا[3]، وبهذا يكون المشرّع قد ميّز بين التدليس الإيجابي الذي ينصب على الإدلاء بمعلومات مغلوطة أو القيام بتصرفات معيّنة، من شأنها تضليل الطرف الآخر ودفعه بذلك إلى التعاقد، وبين التدليس بمفهومه السلبي الذي يعمد فيه "المدلّس" إلى إخفاء معلومات يعلم بمدى أهميّتها للطرف الآخر، وحسنًا فعل لتفادي الخلط بين التدليس السلبي والإخلال بواجب الإعلام، اللذان عادةً ما يتمّ الخلط بينهما من قبل الفقه والقضاء، في حين

[1]- « L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. » Article 1136 du code civil français.

[2]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131–2016** "، المرجع السابق، ص 263.

[3]- Cathie-Sophie Pinat, **Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016)**, Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016, p 85.

أنّ لكلّ منهما دلالته ونطاقه[1]، فيما عالجت المادة 1138 فرضية وقوع التدليس من طرف الغير، كأن يكون من ممثّل المتعاقد أو مدير أعماله وغيرهم، كما تطرقت في فقرتها الثانية إلى التدليس الممارس من قبل طرف ثالث، سواء أكان متواطئًا أم لا على اعتبار على أنّ مجرد العلم به من طرف المتعاقد يكفي ليكون سببًا في إبطال العقد، لأنّه يُنمّ عن قصده لاستغلال الوضع والذي يتنافى مع حسن النيّة[2]، لينهي المشرّع معالجته بنصّ المادة 1139، والتي عمل من خلالها على إظهار العلاقة الموجودة بين التدليس والغلط، لما يكون هذا الأخير نتاجًا للأوّل، فإنّه يكون مبرّرًا بالضرورة ولو تعلّق بقيمة الأداء فقط، ناهيك عن مُكنة إثبات المناورات والسلوكيات التي تصدر عن "المدلّس" بكافة الطرق، وإن كانت ليست هي من تُفسد الرضا وإنّما الغلط النّاشئ عنها[3]، ولو أنّ هذا النص يرى فيه البعض توضيح زائد عن الحاجة، إذ كان الأجدر بالمشرع عدم إدراج نماذج تطبيقية للتدليس مع الغلط، فالفرق بينهما واضح، ففيما يقوم الغلط في جوهره على البعد الاقتصادي للأداءات المتقابلة في العقد، ممّا يجعله ذو مدلول اقتصادي قانوني، فإنّ التدليس يتعلّق بوجود حسن النيّة من عدمه، وبذلك يكون ذو مدلول أخلاقي قانوني[4].

وأمّا بالنسبة لعيب الإكراه فقد تطرّق له المشرع في أربع مواد (1140 إلى 1143)، كانت كافية للإحاطة بجميع جوانبه مع إحداث تحوّلات هامّة فيه، فالإكراه وعلى عكس الغلط والتدليس يكون صاحبه واعيًا تمامًا، أي أنّه على علم تام بأنّه يتخذّ قرارًا يتعارض مع مصلحته، تحت تأثير الرهبة التي بُعثت في نفسه والتي يمكن أن يختلف مصدرها ومحلّها[5]، بمعنى أنّ الإكراه كما قد يمارس من طرف أحد المتعاقدين يمكن أن يمارس من الغير عن

---

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 266.

[2]- Cathie-Sophie Pinat, op.cit. p 85.

[3]- Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence -**, op.cit. p 116.

[4]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 270.

[5]- Frédéric Rouvière, op.cit. p 08.

طريق التواطؤ، فيدفعه للتعاقد تحت الخوف من تعريض شخصه أو ثروته أو أحد أقربائه وأحبّائه لضرر كبير، وهو ما تجسده المادتان 1140 و 1142من القانون المدني، في حين تتحدّث المادة 1141 عن الإكراه بالقانون، ولقد تمّ الحكم من قبل بأنّ المرأة التي تعلم بأنّ زوجها مهدد بالملاحقة القضائية، فتلزم نفسها بأن تكون ضامنة له، لا تعتبر مسلوبة الإرادة تحت وطأة الإكراه[1]، وبالمثل بالنسبة للمدين الذي يوقّع على إقرار بالدّين أو يُقدم على بيع ممتلكاته خوفًا من المتابعة القضائية[2]، ومنه أيضًا الاتفاق المبرم بين العمّال وربّ العمل تحت ضغط الإضراب لا يشوبه عيب الإكراه وإنّما المقصود بالإكراه بالقانون هو انحراف استخدام سبل الانتصاف أو المطالبة القانونية عن هدفها، مع التهديد بهذا الانتصاف أو المطالبة والتعسّف فيها للحصول على مزايا مفرطة[3]، فيما خصّص المشرع المادة 1143[4] "لإكراه الحاجة" أو ما يصطلح على تسميته "بالإكراه الاقتصادي" وسنحاول فيما يأتي أن نتعرّض له بشيء من التفصيل، على اعتباره من الأمور المستحدثة في هذا المقام، حيث ولأول مرّة يرد في نصوص القانون المدني، وعليه سنحاول التطرق لمفهومه، شروطه، لننتهي إلى الآثار التي تترتب عند قيامه.

أولا: مفهوم الإكراه الاقتصادي

يحدث الإكراه عادة لدى وقوع شخص تحت وطأة التهديد المفضي إلى تعريضه لضرر كبير، ممّا يولّد لديه شعورًا بالخوف، هذا الأخير يكون بمثابة الدّافع إلى التعاقد رغم أنّ الالتزام الذي تعطي الضحيّة موافقتها عليه ليس في صالحها[5]، وعليه قيل بأنّ الإكراه هو ضغط تتأثّر به إرادة الشخص فيندفع على إثره إلى التعاقد، وليس الضغط في حدّ ذاته هو ما يفسد الرضا، أي أنّ الوسائل المادية المستعملة في ذلك ليست هي التي تفسد الرضا،

[1]- Civ. 25 février 1879, DP 79. 1. 273 ; comp. Paris, 31 mars 1906, D. 1907. 2. 366.
[2]- Civ. 1re, 5 juin 1961, Bull. civ. I, n° 289
[3]- François Terré et des autres, op.cit. p 351.
[4]-« Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, 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 ». Article 1143 du code civil français.
[5]- François Terré et des autres, op.cit. p 349.

وإنّما مردّه إلى الرهبة التي تنتج عنها[1]، ولكنّ المشرع قد خرج عن هذا المفهوم التقليدي للإكراه إلى مفهوم مغاير بتخلّيه عن العنصر المادي المباشر للإكراه، فبعدما كان هذا الأخير يصدر عن شخص معيّن بذاته بسلوكيات معيّنة، ممّا يتولّد عنه رهبة في نفس الضحيّة فتحمله على اتخاذ قرار مخالف لإرادته، أصبح ينجم عن استغلال ظروف معيّنة لا يد للمتعاقد القويّ فيها، وإنّما هي ظروف وُجدت مسبقًا وأحاطت بالعقد، عمل المتعاقد الذي يتمتّع بمركز قوي على استغلالها لصالحه للظفر بمزايا ما كان ليحصل عليها.

ويبدو أنّ الإكراه الاقتصادي قد تعرّض في بدايات ظهوره لانتكاسة بسبب رفضه بشدّة، سواء من طرف الفقه أو القضاء[2]، فقد ظهر اتجاه رافض لفكرة الاعتراف بالإكراه الاقتصادي بمكانته كعيب من عيوب الإرادة، في ظلّ وجود آليات قانونية تكفل الحماية للطرف الضعيف، وتضمن له الوصول إلى نفس النتائج التي يوفرها إعمال الإكراه الاقتصادي، سواء تلك المتضمّنة في القانون المدني كمبدأ حسن النيّة، نظرية السبب والاستغلال والغبن، أو ما تزخر به التشريعات الخاصّة وعلى رأسها قانون المنافسة وقانون الاستهلاك وغيرهما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الجزاء المترتّب عن قيام هذا العيب الذي يشوب الرضا، والمتجسّد في البطلان النسبي إذا تمّ الحكم به، وما ينتج عنه كأثر إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، لا يتماشى مع طبيعة بعض العقود، فضلًا عن تأثيره بشكل ملفت على المراكز القانونية[3]، كما تؤكدّ السوابق القضائية رفض القضاء في بدايات أحكامه لتبنّي فكرة الإكراه الاقتصادي وقد عبّر عن ذلك في عدّة مناسبات، نذكر منها على سبيل المثال لا

---

[1]– عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، من دون سنة النشر، ص 334.

[2]-François Chénedé, « **De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité** », Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey, 2012, p 173. Sur : https://shs.hal.science/halshs-01071905 . Visité le 04/05/2024.

[3]– منى أبو بكر الصديق محمد حسان، " **الإكراه الاقتصادي – نحو مفهوم مستحدث للإكراه كعيب في الإرادة "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني الفرنسي الجديد** "، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد السابع، العدد الثاني، كلية الحقوق لجامعة السادات، مصر، ديسمبر 2021، ص 37 وما بعدها.

الحصر الحكم الصادر بتاريخ 20 ماي 1980[1] الذي تمّ بموجبه نقض الحكم المنطوق به بتاريخ 27 سبتمبر 1977، في نزاع نشأ بين شركة "ANF" و شركة "AUDI FRANCE"، بشأن عقد امتياز حصري لبيع السيارات على اعتبار الشركة الأولى هي مانحة الامتياز، والتي أملت شروطها عند تجديد العقد قبلتها الشركة المتلقيّة رغم أنّ هاته الشروط لا تخدم مصالحها، لتتفادى الضرر الأكبر وهو إغلاق الشركة ووقف نشاطها التجاري، وبالتالي بقيت تحت رحمة المتعاقد الآخر الذي تعسّف في استغلال قوّته الاقتصادية وحالة التبعية التي كان فيها نظيره في العلاقة التعاقدية، فالحاجة هي التي دفعت هذا الأخير للانصياع وتقبّل التزامات ما كان ليقبل بها في ظلّ الظروف العادية، ورأت المحكمة بأنّ قضاة الموضوع قد عملوا على استنتاج العناصر التي تُشكّل عيب الإكراه، دون تحديد كيف كانت تصرفات الشركة غير مشروعة، وعليه فإنّ حكم قضاة الموضوع يفتقر إلى الأساس القانوني.

ورغم هذا الرفض الفقهي والقضائي كان جانب من الفقه يتوقّع ازدهار فكرة "الإكراه الاقتصادي" في القانون العام، لارتباطها بعقوبة على الاستغلال التعسّفي لحالة التبعيّة، فهي آخذة في التوسّع واكتساب مكانة لها ضمن عيوب الإرادة، مهما كان مستقبل القانون المدني الفرنسي[2]، هذا الأخير الذي يبدو تأثره بالقانون الروماني واضحًا في هذا الشأن، حيث انتقلت إليه قاعدة مفادها أنّ الإكراه عمل غير مشروع، أمّا في حال ما تهيّأت ظروفه من تلقاء نفسها فلا مسؤولية لأحد ولا يوجد أيّ جزاء، في حين يجب النّظر إليه على أنّه عيب يمسّ الرضا، بمعنى أنّه يجب التساؤل عمّا إذا كانت إرادة المدين حرّة مختارة أم أنّها صدرت تحت ضغط دافع للتعاقد، بغضّ النّظر عمّا إذا كان الدائن ملوم أو غير ملوم، وبالتالي فإنّ الإكراه قائم ولا حاجة للتمييز بين الإكراه الصّادر عن شخص بعينه أو الذي أوجدته ظروف

[1]- Cass. com. du 20 mai 1980, 78-10.833.

[2]- Denis Mazeaud, **Les dix commandements du droit français contemporain des contrats**, op.cit. p 25.

خارجية[1]، وعليه فإنّ التحوّلات الاقتصادية أثبتت تراجع الفكر الكلاسيكي في تعاطيه مع عيب الإكراه سواء بالنسبة للفقه في المقام الأوّل أو بالنسبة للقضاء في مقام آخر، الذي غيّر نظرته إليه والتي باتت تشمل الإكراه الاقتصادي، وقد دحض أنصار هذا الأخير الحجج التي استند إليه أعداءه، فبالنسبة لكفاية الآليات القانونية الموجودة كتلك المنضوية تحت لواء الشريعة العامّة قد أثبتت عجزها حيال ذلك، كمبدأ حسن النيّة الذي يعتبر ذو دلالة غير منضبطة لارتباطه بالجانب النفسي والأخلاقي، وعدم استقرار تطبيقه لاختلاف تقديره من قاضي لآخر، أمّا بالنسبة لتطبيق نظرية السبب فهو يخدم مصلحة الطرف القوي أكثر من مصلحة الطرف الضعيف، إذ يسمح للطرفين بالتمسك بالبطلان المطلق الذي يترتّب عن انعدامه، وكذلك بالنسبة للاستغلال والغبن، فهذا الأخير يتّسم بالقصور أمام معالجة الضرر النّاجم عن الإكراه الاقتصادي، بسبب القيود التي تحيط بتطبيقاته على المستويين الشخصي والموضوعي[2]، أمّا بخصوص التشريعات الخاصّة ومدى فعاليتها في مسألة التصدّي لعيب الإكراه الاقتصادي، فممّا لا شك فيه أنّ قانون المنافسة هو وسيلة تخدم العدالة التعاقدية بشكل أو بآخر، فضلًا عن تأثيره على القانون المدني عامّة وقانون العقود بشكل خاص، لكن ليس بالإمكان دمج القانونين معًا، فإذا كان القانون المدني يستوحي من التشريعات الخاصّة بصفة عامّة، فيجب أن لا ننسى أنّ هذه الأخيرة قد انطلقت من الشريعة العامّة[3]، وهذا أمر بديهي كون القانون المدني سابق الوجود عن باقي التشريعات الخاصة، وغنيّ عن البيان استنجاد هاته التشريعات به كلّما دعت الحاجة إلى ذلك، دون إنكار حقيقة أنّ القانون المدني يستلهم من التشريعات الخاصّة لسدّ النقائص التي تشوبه وملأ الفراغات القانونية، وذلك طبعًا مع مراعاة الخصوصية التي تتمتّع بها قواعده ونصوصه من عمومية وتجريد.

---

[1]– عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 353.

[2]– منى أبو بكر الصديق محمد حسان، المرجع السابق، ص 69 وما بعدها.

[3]– علاء أحمد صبح، " **أثر الاكراه الاقتصادي على التوازن العقدي (دراسة مقارنة)** "، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الثالث، كلية الحقوق لجامعة دمياط، مصر، جانفي 2021، ص 646.

فقانون المنافسة يسعى لتنظيم السّوق وحمايته من التجاوزات النّاجمة عن استغلال وضعية الهيمنة، ولا يركّز على حماية إرادة الطّرف الضعيف ما دامت لا تمسّ أو تخلّ بحريّة المنافسة، ناهيك عن اختلاف المعايير المعتمدة في تقدير الممارسات ومدى استغلال وضعية الهيمنة وحالات التبعية، وكذلك الشأن بالنسبة لقانون الاستهلاك، فمن بين ما يعاب عليه تركيزه على طائفة معيّنة من المخاطبين به، فهو لا يفي بالغرض بين المهنيين.

أمّا بالنسبة للقضاء فلم تكن الحالات التي تمّ إبطال العقود فيها بسبب عيب الإكراه الاقتصادي كثيرة، وكان الطريق طويلًا وشاقًا أمام الاعتراف القضائي بإساءة استخدام التبعية وترسيخ هذا التطبيق الجديد لعيب الإكراه[1]، حيث عرفت السوابق القضائية تحوّلا في نهجها وتعاطيها مع الإكراه الاقتصادي، وتجسدت من خلال حكمين لمحكمة النقض أوّلهما بتاريخ 30 ماي 2000 وكان الثّاني في 03 أفريل 2002، اعترفت بموجبهما المحكمة بأنّ الاستغلال التعسفي لحالة التبعية الاقتصادية، باستغلال الخوف من خطر يهدّد بشكل مباشر المصالح المشروعة لأحد أطراف العقد، يتيح لهذا الأخير المطالبة بإبطال هذا العقد بالاستناد إلى هذا العيب الذي شاب إرادته[2]، ففي الحكم الثاني الذي تعلّق بنزاع نشأ بخصوص عقد أحد طرفيه السيّدة "Kannas"، حيث كانت تعمل محررة لدى شركة للنّشر وكانت قد عملت على إعداد قاموس من خالص تأليفها أسمته "للمبتدئين الصغار"، والذي تنازلت عن حقوق استغلاله لربّ العمل بموجب عقد، وبعد أن تمّ الاستغناء عن خدماتها وفصلها من العمل، رفعت دعوى قضائية ضد النّاشر للمطالبة بإبطال العقد مستندة لعيب الإكراه، معلّلة ذلك بكونها كانت تحت الضغط بسبب وجود نيّة صريحة من ربّ العمل بتقليص عدد العمّال، ما ولّد رهبة في نفسها وخوفًا من فقدان عملها، وهو ما منعها من مناقشة شروط العقد أو عرض عملها على ناشر منافس، أجابت محكمة الاستئناف طلبها

[1]- Salma Laachir, « **L'introduction de l'abus de dépendance en tant que vice de violence en droit commun** », publier en 2017, sur : https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01653388. Visité le 20/05/2024.

[2]- Denis Mazeaud, « **La réforme du droit des contrats** », Rev juridique Thémis 44-1, le 14 Mars 2010, p 250, sur : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/315_mazeaud.pdf Visité le 22/05/2024.

بموجب حكم قضائي، هذا الأخير نقضته المحكمة مبيّنة شروط الأخذ بعيب الإكراه الاقتصادي الواجب توافرها[1].

ثانيا: شروط التمسّك بعيب الإكراه الاقتصادي

من خلال نص المادة 1143 والذي جاء في فحواه أنّه: " نكون بصدد الإكراه أيضًا؛ عندما يُقبل أحد الأطراف على استغلال وضعية التبعية التي يوجد فيها الطرف الآخر تجاهه، ليحصل منه على التزام ما كان لقبل به في غياب هذا الضغط، يسعى من وراء ذلك لكسب ميزة مفرطة بشكل واضح "، هذا النّص يبدو أنّه مستوحى من اجتهاد المحكمة في تبيان شروط الإكراه الاقتصادي في القضيّة بين المؤلفة والنّاشر أعلاه، والتي قررت بأنّ الاستغلال التعسّفي لحالة التبعية الاقتصادية، بقصد الاستفادة من الخوف النّاجم عن خطر يهدّد بصفة مباشرة المصالح المشروعة للشخص، هو ما يمكن وصفه بالإكراه الذي يشوب الإرادة[2]، ومن خلال ما سبق يمكننا أنّ نستنتج شروط قيام عيب الإكراه الاقتصادي، والتي تتجسّد في وجود حالةٍ من التبعيّة في المقام الأوّل، مع استغلالها على سبيل التعسّف في مقام ثانٍ، لتحقيق ميزة مفرطة في مقامٍ أخير، ولو أنّنا نرى بأنّ هذا الشرط الأخير هو تحصيل حاصل للشرط لما قبله، وسنحاول التعرض لكل شرط على حدى.

1- وجود حالة التبعية:

إنّ حالة التبعية التي أشار إليها نص المادة 1143، تستهدف حالةً من الضعف النسبي التي يكون عليها أحد المتعاقدين في مواجهة الطرف الآخر، وهذا بخلاف قواعد المنافسة التي تعمل على قمع إساءة استخدام التبعية الاقتصادية، ذلك أنّ المشرّع لم يقيّد لفظ التبعية بشيء معيّن بل تركه على إطلاقه ممّا يجعله أوسع نطاقًا، سواء من حيث نوعية

[1]- Cass.1e Civ, 30 mai 2000, Bull. Civ. I, n°169, p.109, Cass.1e Civ., 3 avr. 2002, D.2002., p.1880.

[2]- « …Attendu, cependant, que seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ; … ». Article 1143 du code civil français.

التبعية في حدّ ذاتها أو من حيث الطّائفة المشمولة بها، وبهذا يمكنها أن تشمل الأفراد وليس الشركات في علاقاتها مع بعضها فحسب[1]، لكن المشرّع لم يعطي تعريفًا للتبعية وحتّى المحكمة لم تفعل، إلّا أنّها عملت على ربطها بالقيد الاقتصادي، والافتقار للاستقلالية المالية والاقتصادية بشكل عام، مع مراعاة حالة الأشخاص الاقتصادية وكذا الظروف التي تمت فيها الموافقة على إبرام العقد[2]، في حين عرّف البعض التبعية الاقتصادية على أنّها إحدى آثار القوّة الاقتصادية، التي تخلق نوعًا من الارتباط في مجال العقود، يظهر من خلال خضوع الطرف الضعيف للطرف الأقوى، فيصبح بذلك تابعًا له سواء من حيث وجوده الاقتصادي أو استمراره في هذا الوجود[3]، وقد تناول المشروع الإصلاحي الفرنسي إلى جانب التبعية لفظ الضرورة "Nécessité" والذي جاء في نص المادة 1134-3، حيث يرى المشرّع أنّه يوجد أيضًا الإكراه إذا أقدم أحد الأطراف على استغلال حالة الضرورة أو التبعية التي يكون عليها نظيره في العلاقة التعاقدية، للظفر بميزة مفرطة بشكل واضح[4]، لكنّ المشرع قد تخلّى عن حالة الضرورة وأبقى على حالة التبعية فقط، وكان من الأفضل الإبقاء على حالة الضرورة بسبب الاختلاف الواضح بينهما، فضلًا عن كون استغلال حالة الضرورة يتنافى مع مقتضيات مبدأ حسن النيّة، الذي يسعى المشرّع إلى تعميمه.

2- الاستغلال التعسّفي لحالة التبعية:

إنّ شرط استغلال أحد الأطراف لحالة التبعية على سبيل التعسّف، تسري عليه الأحكام العامة لعيب الإكراه التي كانت منظّمة بموجب المادة 1111 وما بعدها، وهو ما تمّت إحالته

[1]-Matthieu Poumarède, **Agissements fautifs dans l'exercice des droits et abus de droit**, p 37/159, Droit de la responsabilité et des contrats, Ouvrage collective sous la direction de Philippe le Tourneau Dalloz action, France, 2023.

[2]- MATHILDE CHARRIÈRE, **Faut-il s'inquiéter de la violence économique ?**, Colloque « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017, p 21.

[3]-Jean-Pascal CHAZAL, **DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE EN DROIT DES OBLIGATIONS**, Thèse de doctorat, Faculté de droit - U.F.R. - GRENOBLE II Université PIERRE MENDES FRANCE, 1996, p 43.

[4]- « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. » Article 1134-3 de l'avant-projet français de réforme.- Denis Mazeaud, **Les dix commandements du droit français contemporain des contrats**, op.cit. p 25.

لمضمون المادة 1140 من القانون المدني الحالي، والتي تعتدّ بالإكراه في حال وقوع الرهبة في نفس الطرف الضعيف، الذي يخشى فوات فرصة التعاقد أو انقطاع علاقة عقدية قائمة، كخوف أعضاء نقابة العمّال من توقيف رواتبهم الذي يدفعهم إلى ترك مطالب معيّنة، أو اختيار أحد العمّال إنهاء عقد العمل خشية نشر أخطائه المهنية من طرف ربّ العمل[1]، فمازال مفهوم الإكراه مرتبطًا بالرهبة والخوف النّاجم عن تهديد يستهدف المصالح المشروعة للضحيّة، هذا الضغط الممارس بشكل عفوي من قبل الطرف القوي هو ما يعرف بالاستغلال التعسفي، والاشكال لا يثيره مفهوم الاستغلال التعسفي ولكن التساؤل الذي يثور في هذه الحالة يكمن في كيفية الاستدلال على الاستغلال التعسفي لحالة التبعية؟، أو بالأحرى متى يمكننا القول والاقرار بوجود استغلال تعسفي من عدمه؟، ولهذا يرى البعض[2] بأنّ التساؤل الرئيسي يتعلّق بالرابطة الموجودة بين الاستغلال والمدى الذي يمكن أن تصل إليه حريّة الإرادة، ولو أنّ الإجابة عليه تصعب كثيرًا فلسفيًا وقانونيًّا، ذلك أنّ المشكل ليس في إساءة استغلال الضغط الذي يوجد فيه المتعاقد الآخر، فقد لا يبطل القاضي عقدًا تمّ إبرامه تحت ضغط معيّن حتّى ولو انطوى العقد على استغلال هذا الضغط والرهبة المتولّدة عنه، وإنّما تكمن الإساءة أو التعسّف في الميزة المفرطة وغير الطبيعيّة التي يُحصّلها الطرف القوي.

3- تحقيق ميزة مفرطة:

بعدما تطرّقنا لمدلول الاستغلال التعسّفي لحالة التبعيّة، وبيّنا بأنّ الاستدلال على وجوده يكون عن طريق الميزة المفرطة بشكل واضح، واعتبار هذه الأخيرة بمثابة مقياس لحالة التعسّف، يطفو إلى السطح إشكال يتعلّق بالأساس بتقدير الميزة المفرطة.

---

[1]- بن خدّة حمزة، **أثر الاجتهاد القضائي في تغيير ملامح القانون المدني الفرنسي (التصرف القانوني نموذجا)**، ملتقى وطني " تطور قانون العقود : واقع وتحديات "، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، يوم 10 ماي 2023، الجزائر، ص 147.

[2]- Jean-Pascal CHAZAL, « **Violence économique ou abus de faiblesse ?** », Publier le 26 novembre 2014, sur : https://cadra.fr/wp-content/uploads/Violence_economique_droit_et_patrimoine_2014.pdf . Visité le 22/07/2024

فعلى حدّ تعبير البعض[1] أنّ التساؤل يكون حول المعيار المعتمد في تقدير قيمة ما يحصل عليه الطرف الذي يستغلّ حالة التبعية التي يوجد فيها نظيره في العقد، ذلك أنّ الأمر يتعلّق بما يمكن اعتباره مفرطًا وما هو غير مفرط، فضلًا عن قياس نسبة هذا الإفراط في حدّ ذاته بالنسبة للفائدة أو الميزة – أيًّا كانت تسميتها – المحصّلة من العقد، وتقييم مدى تجاوزها للحدّ المعقول بموجب القانون، وكردّ على هذا التساؤل يرى بعض الباحثين[2] أنّ فكرة " الميزة المفرطة " تتعلّق في جوهرها بوجود خلل كبير في العقد، ولتقييم هذا الخلل يستوجب على القضاة دراسة العقد ككل، ومنه العمل على مراقبة التناسب في الأداءات والحقوق النّاشئة عنه. ومن جانبنا نقرّ بأنّ السلطة التقديرية للقاضي ستلعب دورًا كبيرًا في تقييم الميزة المفرطة، ويمكنه الاستعانة بالخبرة التي تُعدّ من بين الصلاحيات الممنوحة له في هذا الشأن إذا دعت الضرورة إلى ذلك، في حين يبقى عبء إثبات وجود الإكراه الاقتصادي مرهونًا بإثبات توافر شروطه، إثبات يبدو أنّه ملقًى على عاتق الضحيّة الذي سيجد صعوبات كبيرة في ذلك، مع الأخذ في الحسبان كلّ حالة على حدى.

ثالثا: الأثر المترتّب على ثبوت عيب الإكراه الاقتصادي في العقد

إنّ الأثر الذي ينجم عن قيام عقد شاب رضا أحد أطرافه عيب الإكراه الاقتصادي هو البطلان النسبي، وهذا مصداقًا لنص المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي الحالي، حيث قضت بأنّ عيوب الإرادة هي بمثابة سبب للبطلان النسبي للعقد. وهذه العقوبة ليست مفروضة من باب اختلال التوازن العقدي الذي يفرزه العقد المبرم تحت وطأة الإكراه الاقتصادي، وإنّما يرمي المشرّع من ورائه إلى معاقبة السلوك اللاأخلاقي الذي يأتي على استغلال حالة الضعف لدى الطرف الآخر عمدًا، والذي يعاني من التبعية أو شيء من الحاجة وغيرهما، وهو سلوك يكشف عن وجود نيّة الإساءة والتعسّف من خلال المزايا

[1]- Nicolas Ferrier, « **Violence économique et droit de la distribution** », Association " Henri Capitant". La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Dalloz, 2017, p 07. https://hal.science/hal-02334810

[2]- MATHILDE CHARRIÈRE, op.cit. p 21.

المفرطة التي يسعى لتحقيقها من وراء العقد[1]، ذلك أنّ المعاقبة على أساس الخلل التعاقدي أو اللاتوازن العقدي هو بمثابة إدانة لاقتصاد السوق، والذي يقوم على قاعدة مفادها أنّه لكلّ متدخل في السوق الحقّ في تحقيق الأرباح من المبادلات والمعاملات الاقتصادية، بل من حقّه السعي إلى تحقيق أكبر قدر من الربح، وهو ما يكون بالضرورة على حساب الآخرين، ثمّ يأتي من يسعى إلى إبطال هاته التصرفات ضاربًا بالأمن القانوني عرض الحائط، وعلى حساب أهمّ القواعد التي يقوم عليها اقتصاد السوق، ومعاقبة الطرف القويّ على قوّته الاقتصادية التي صنعها بعد جهد جهيد لفترة معتبرة من الزمن، ومنه وعلى المستوى الواقعي وفي العالم الحقيقي، ربّما سيكون من الضّار السعي إلى تحقيق التوازن المثالي في العقود، بل يجب أن نكتفي بالحدّ الأدنى في إبطال العقود، من خلال تحريك العقوبة لمجابهة الاختلالات الواضحة والصارخة فقط، أي تلك التي تكون مرفوضة اجتماعيًّا[2].

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنّ هذا التوجّه التشريعي سيسمح للقاضي بالتحكّم في الرصيد التعاقدي، مع بروز تساؤل عن حدود العقوبة التي يمكن أن يحكم بها هذا الأخير، وما إذا كانت ستبقى مقتصرة على البطلان بتطبيق نص المادة 1131 أعلاه، أم أنّه سيسمح لنفسه بالحكم بالتعويض تأسيسًا على الفقرة الرّابعة من المادة 1178؟[3]، هذا ونأمل من خلال هذا العرض رفقة البعض أن يعمل المشرّع الجزائري على تبنّي هذا الشكل الجديد للإكراه في نصوص القانون المدني، بالنّظر إلى الأهميّة التي يكتسيها لجهة مكانته العمليّة بالدّرجة الأولى، وبالنّظر إلى كونه يثري نظرية عيوب الإرادة بتجاوزه المفهوم التقليدي للإكراه الذي يبدو أنّه في تراجع مستمر في الواقع العملي أمام تنامي هذا المفهوم الجديد[4].

---

[1]-Faustine Jacomino, **Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence**, Thèse de doctorat, Faculté de droit et Sciences Politiques Economiques et de Gestion, Université Côte d'Azur, 2018, p 19.

[2]- Jean-Pascal CHAZAL, « **Violence économique ou abus de faiblesse ?** », op.cit. p 03.

[3]- Matthieu Poumarède, op.cit. p 38/159.

[4]– زمام جمعة، **العدالة العقدية في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كليّة الحقوق بجامعة الجزائر 1، 2013–2014، ص 417.

المطلب الثاني: أحكام الأهلية في التعاقد

تعتبر الأهلية ثاني أركان العقد وشرط ضروري لصحّته بموجب النّص الصّريح للمادة 1128 أعلاه، أي أنّه لا بدّ أن يصدر التعبير عن الإرادة من طرف شخص يتمتّع بالأهلية لإبرام العقد، ولهذا عمد المشرّع المدني إلى إعادة تنظيم أحكام الأهلية في الإصلاح الأخير، حيث تناول في القسم الفرعي الثاني المعنون "بالأهلية والنيابة" أحكام الأهلية بموجب ثماني مواد (1145 إلى 1152)، وأحكام النيابة في التعاقد بموجب تسع مواد (1153 إلى 1161)، في القسم الثاني تحت مسمّى "صحّة العقد" المندرج ضمن الفصل الثاني الخاص "بتكوين العقد"، وعليه سنبادر إلى عرض أحكام تعاقد الشخص أصالة عن نفسه، لننصرف بعدها إلى الحديث عن النيابة في التعاقد.

الفرع الأول: تعاقد الشخص أصالة عن نفسه

إنّ لفظ الشخص يجمع بين الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية (المعنوية)، إلّا أنّ هذا لا ينفي حقيقة وجود اختلاف كبير بينهما، وهو ما عمل المشرّع على تأكيده في هذا الإصلاح، وعليه سنحاول التطرّق للتفرقة بين أهلية الشخصيتين أوّلًا، لننتقل بعدها إلى الحديث عن تعاقد الأشخاص الطبيعية تحت نقص الأهلية أو الحجر.

أولا: التفرقة بين أهلية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي

استهلّ المشرع المدني معالجته لأحكام الأهلية بالتفرقة بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، وذلك بمضمون نص المادة 1145 في خطوة كانت محلّ ترحيب من جانب الفقه، على خلاف القانون المدني السابق الذي كان لا يفرّق بينهما رغم الفروقات الواضحة التي تدعو إلى هذا التمييز، وسنسعى فيما يأتي إلى التطرق لكلّ منهما بشكل مستقل.

1- أهلية الشخص الطبيعي:

تذكّر الفقرة الأولى من المادة 1145 من القانون المدني بالمبدأ المستقّر في هذا الشأن، والذي يقضي بأنّ لكلّ شخص طبيعي أهلية التعاقد إلّا في الحالات المنصوص عليها في القانون، والتي تمّت الإشارة إليها في نص المادة التي تلتها، وهم القُصّر غير المأذون لهم والأشخاص المحميون بمفهوم نص المادة 425 من نفس القانون، وهي تدابير وقائية تتعلّق أساسًا بالسنّ وضعف القدرات العقلية، وهي منّظمة بموجب القانون ولا يمكن بأيّ حال أن تكون ذات طابع اتفاقي[1]، ويبقى الأصل في التصرفات القانونية التي يبرمها الشخص الطبيعي هو عدم التحديد، أي أنّ قائمة التصرفات في هذا الصدد لا حصر لها فهي تبقى مفتوحة، بالاستناد إلى فكرة أنّ الأصل في القانون المدني الإباحة في إتيان التصرفات القانونية، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك[2].

إنّه لمن المهم الإحاطة بمضمون المبدأ أو القاعدة العامّة لدى التعرّض لأيّ حكم من أحكام القانون، بيد أنّ الاستثناءات الواردة على المبادئ عادة ما تستقطب الاهتمام وتستدعي التركيز، من خلال التصدّي لها بالتحليل والشرح والتمحيص، وهذا ما يدفعنا إلى التعرّض لتعاقد القصّر والمحجور عليهم والأحكام التي تسري على تصرفاتهم بعدما نتناول أهلية الشخص الاعتباري.

2- أهلية الشخص المعنوي:

تمّت الإشارة من واضعي مشروع إصلاح القانون المدني إلى أنّ النشاط القانوني للأشخاص الاعتبارية يقتصر على مبدأ التخصص، والذي يحظر عليها القيام بأعمال لا

[1]- Julien Roque, **La capacité**, Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016), Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016, p 94.

[2]- محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 282.

علاقة لها بالغرض الذي أُنشأت لأجله، تَوَجّهُ أثار مخاوف أهل الاختصاص في هذا المجال، فهو يعمل على التضييق على هاته الكيانات القانونية بربط صحّة التصرفات التي تبرمها بشرط مطابقتها لغرضها، في حين ومن خلال هذا الطرح يتمّ استبعاد التصرفات التي تتمتّع بطابع مفيد أو مساعد على تحقيق الأهداف التي وُجدت لأجلها، ممّا يوحي بوجود تشكيك في حقيقة الأشخاص المعنوية، ولهذا تمّت كتابة الفقرة الثانية من المادة بهذا الشكل، فهي تؤكّد على ارتباط أهلية الكيانات القانونية بالقواعد المطبّقة على كلّ منها، ما يفيد بتطبيق قانونها الأساسي إلى جانب القانون الخاص[1]، فهي على عكس الشخص الطبيعي الذي يتمتّع بسلطات غير محدّدة في التصرف كأصل عام، إذ يسعى الممثل القانوني للشخص الاعتباري على عدم تجاوز سلطاته وعدم الخروج بالتصرفات القانونية عن تلك المحددة بموجب النصوص القانونية، أو تلك التي يتضمّنها القانون الأساسي والعقد المنشئ لهذا الكيان[2]، ومنه فإنّ فكرة حصر التصرفات القانونية المخوّلة للشخص الاعتباري، تبدو أكثر منطقية وتماشيًا مع طبيعة هذا الأخير، فأهليته ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالعقود والإجراءات ذات الصلة بكينونته، وتتجسّد أيضًا في الصكوك اللاحقة على إنشائه، والتي يمكن أن تُصاغ طيلة حياته[3].

ثانيا: حكم تعاقد القاصر والمحجور عليه

كنّا قد نوّهنا إلى الأشخاص اللذين ليسوا أهلًا للتعاقد من منظور القانون، وهم القصّر والمحجور عليهم، وعلى من يتعامل مع هاته الفئة أن يكون على استعداد لتحمّل التبعة، هاته الأخيرة التي أتت على توضيحها المادة 1147 من القانون المدني، حيث جعلت من تلك التصرفات عُرضة للبطلان النسبي. إنّ إخضاع شخص طبيعي للمنع من مباشرة

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 186.
[2]- Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence** -, op.cit. p 127.
[3]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 282.

التصرفات بشكل مطلق يعتبر بمثابة إخضاعه لوفاة مدنية، ناهيك عن حرمانه من شخصيته القانونية والتمتّع بذمّته المالية، ولذلك كان من المفيد أن يقتصر نظام المساعدة في إتيان التصرفات القانونية؛ على التصرفات التي يمكن أن تُلحق الضرر البليغ بذمّته المالية، وهو ما يسمح بقدر معيّن من الممارسة للشخص المعني[1]، وكانت الفرصة مواتية في مشاريع الإصلاح لإدراج هاته الفكرة، بعدما كشفت السوابق القضائية على وجوب ترك هامش للشخص المحمي للقيام بالتصرفات العادية، والتي يسمح بها القانون أو العرف، وقد بدا أنّه من المرغوب فيه لو عملت هاته المشاريع على توضيح الحدود الفاصلة بين هاته التصرفات وبين تلك التي تحتاج إلى النّيابة[2]، وهو ما تمّ تكريسه بموجب المادة 1148 من القانون المدني الحالي، حيث قضت بإمكانية إتيان التصرفات العادية من طرف غير المتمتّعين بالأهلية الكاملة، إذا كانت محلّ إجازة من القانون أو العرف، وتمّت في شروط أو ظروف طبيعية. ويرى البعض في هذا السياق أنّه كان ينبغي على المشرّع توضيح المقصود من وراء عبارة "الشروط الطبيعية"، التي تواكب التصرفات المبرمة من طرف القاصر ومن في حكمه، فبهذا التفسير يسهل ربط الحكم الذي جاءت به هاته المادة بالحكم الذي جاءت به المادة 1149 التي تلتها، والتي تسمح للأشخاص المحمية بالمطالبة بإبطال هذه التصرفات الاعتيادية استنادًا للغبن البسيط[3]، أم أنّ المشرّع قصد من وراء إدراج عبارة "التصرفات الاعتيادية التي تتمّ في ظروف عادية" إعطاء السلطة للقاضي، من خلال إبطال التصرف الذي يبدو أنّه لم يحترم بما فيه الكفاية المصالح المشروعة للشخص المحمي، على أساس

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 187.

[2]- Jean Hauser, Guillaume Wicker, **Validité – Capacité et pouvoir (art. 1116 à 1120-2)**, AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, sous la direction de Pierre Catala, p 23.

[3]– محمد عرفان الخطيب، **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131–2016**، المرجع السابق، ص 287.

معالجة حالة بحالة، أم أنّ الأمر بسيط ويتمّ تفسيره بناءً على نص المادة 1149، والتي تسمح برفع دعوى البطلان بسبب الضرر النّاتج عن هذه التصرفات[1].

وعليه سنتطرّق لدعوى البطلان التي جعلها المشرّع وسيلة لحماية القُصّر ومن في حكمهم، كما أنّ المشرّع قد سخّر وسائل لكامل الأهلية حسن النيّة لتفادي إبطال التصرّف.

1- التمسّك بالبطلان:

للتمسّك ببطلان التصرّف القانوني لا بدّ من توافر ضرر يلحق بالذمّة المالية للشخص المحمي، وقد أكّد المشرّع المدني على أنّ الغبن ولو كان بسيطًا يمكن أن يكون أساسًا للمطالبة بالبطلان، ممّا يفيد أنّ الغبن الفاحش يأخذ نفس الحكم من باب أولى، وهو يكشف في ذات الوقت عن حقيقة مفادها أنّ العقد المبرم من طرف القاصر أو المحجور عليه، لا يمكن المطالبة بإبطاله في حال انتفاء علّة الغبن، بمعنى أنّه لا يمكن المطالبة بإبطال العقد في ظلّ عدالته وتوازنه الاقتصادي[2]، وعليه فإنّ الأمر يتعلّق بالإثبات في مجمله، فعلى من يدّعي وجود الغبن أن يثبت ذلك، لكن قبل هذا ألا يجدر بمن يطالب بالبطلان أن يثبت بأنّ الضحيّة يدخل في نطاق الأشخاص المحمية بموجب القانون؟، فإذا كان إثبات القصر لا يثير الصعوبات، فإنّ إثبات عجز كامل الأهلية عن مباشرة بعض التصرفات فيه ما يُقال، وهذا ما يعيدنا لنصّ المادة 1129 وربطها بنص المادة 414-1 حين تناولنا الرضا، وكنّا قد ضممنا صوتنا للرأي الذي عاب على المشرّع هذا الربط كونه جاء في غير محلّه، إذ كان الأجدر بالمشرّع تناوله في الجزء المتعلّق بالأهلية.

تشير المادّة 414-1 إلى ضرورة توافر السلامة العقلية كشرط لصحّة التصرف القانوني بشكل عام، وبما أنّ هذا الأخير يصدر عن شخص يتمتّع بالأهلية الكاملة، فإنّ

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 187.

[2]- محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 286.

سلامة العقل هي أمر مفترض، وعلى من يدّعي خلاف ذلك ويطالب بالبطلان أن يثبت وجود الاضطراب أو الخلل العقلي في الطرف الضحيّة، مع وجوب الأخذ في الاعتبار أنّ درجة العجز ستكون أقل أو أكثر اتساعًا، بحسب الظروف التي تعتمد بالأساس على درجة خطورة كل حالة[1]، فضلًا عن عدم اشتراط أن يكون هذا الاضطراب دائم الوجود في الشخص المعني، كأن يكون التغيير في القدرات العقلية كلّيًّا بشكل يحرم المعني من ممارسة التصرفات القانونية، بل يكفي أن يكون مؤقتًا من قبيل الاضطرابات النفسية وبعض حالات الضعف الجسدي ذات التأثير على القدرات العقلية، وتعاطي المخدّرات والإفراط في تناولها وما إلى ذلك، ويشترط للأخذ بهذا الاضطراب العقلي كسبب للبطلان أن يتزامن مع إتيان التصرف، أي يجب أن يكون معاصرًا لنشوئه، وهي واقعة قانونية تخضع لحريّة الإثبات كشهادة الشهود والقرائن وغيرها[2]، هذا وقد ميّزت المادة 414-2 بين حالتين للمطالبة بإلغاء التصرف المبرم من قِبل الطرف الذي يعني من اضطراب عقلي، وترتبط الحالة الأولى بحياة الشخص المعني، فيما تختصّ الحالة الثانية بوفاته.

فأمّا في الحالة الأولى فإنّ المادة أعلاه تحتفظ للشخص المعني بحقّه في المطالبة بإبطال التصرف، على أن يتمّ رفع الدّعوى خلال خمس (05) سنوات، وبما أنّه هو المخوّل بإثبات أنّه كان تحت اضطراب عقلي، فمن المرجّح أن تتمّ المطالبة عند توقف هذا الاضطراب كي تكون فعّالة، وفي حال عدم زوال الاضطراب فيحتسب الأجل من تاريخ الحكم بالتدبير وتعيين الشخص المسؤول عن حماية المحجور عليه[3]، وأمّا بعد وفاة الشخص الذي أبرم التصرف القانوني تحت وطأة الاضطراب العقلي، فإنّه يجوز لورثته الاستمرار في الدّعوى المرفوعة من طرف مورّثهم، دونما حاجة لتوفير شروط إضافية في هذا الشأن، بينما في حال رفع الدعوى بعد وفاة مبرم التصرف ومنشئ الالتزام، فهي تخضع لنظام أكثر تقييدًا،

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 192.
[2]- Ibid. p 193.
[3]- Ibid. p 194.

فلا يمكن حينها رفع الدعوى إلّا في الحالات التي أقرّتها المادة 414-2 على سبيل الحصر، إذ تتعلّق الحالة الأولى بشرط مفاده أن تكون طبيعة التصرّف في حدّ ذاتها تحمل دليلًا على وجود اضطراب عقلي، فيما تتعلّق الثانية بإثبات أنّ المعني أبرم هذا التصرّف أثناء تواجده تحت الحماية القضائية، وأمّا الحالة الأخيرة إذا كان أصحاب الحق قاد باشروا إجراءات وضع مورّثهم تحت الوصاية أو القوامة، ممّا يوحي بوجود اضطراب عقلي لدى المعني[1]، دون إغفال نص المادة 1152 الذي جاء على تبيان كيفيات احتساب الآجال، والتي فرّق فيها بين القاصر والمحجور عليه، أو ذوي الحقوق من الورثة في حال الوفاة، كما لا يفوتنا التذكير بأنّ الالتزامات التي تعهّد بها القاصر في إطار مهنته، لا يمكنها أن تكون محلًّا للمطالبة بالإلغاء، وهذا مصداقًا لما جاءت به الفقرة الثالثة من المادة 1149.

2- حالات تفادي البطلان:

فصّل المشرّع في حالات تفادي البطلان التي يمكن بموجبها للطرف الذي تعاقد مع أحد الأشخاص المحمية بنص القانون أن يلجأ إليها، وهي أربع حالات، ثلاثة منها يأخذ فيها كامل الأهلية موضع الدّفاع، وحالة وحيدة يبادر فيها هو لتلافي دعوى البطلان والمطالبة بتثبيت التصرّف، فضلًا عن عدم إمكانية الاحتجاج بالتصريح البسيط بكمال الأهلية الذي يدلي به القاصر، تأسيسًا على الفقرة الثانية من نص المادة 1149.

فإذا طالب الشخص المحمي أو من يمثّله بإبطال التصرّف بناءً على وجود غبن أو ضرر لحق بالذمّة المالية للقاصر أو المحجور عليه، جاز للمتعاقد كامل الأهلية أن يدحض هذا الادّعاء بإثبات أنّ التصرف كان مبرمًا على نحوٍ مفيد للشخص المحمي، أو أن يثبت أنّ التصرّف لا ينطوي على أي غبن ولو كان بسيطًا، أو أن يثبت أنّ هذا التصرّف سيعود بالفائدة على الطرف الآخر، وهي الحالات التي كرّسها المشرع بموجب نص المادة 1151

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 195.

في فقرتها الأولى، فيما منحت الفقرة الثانية منها الحق لكامل الأهلية في المطالبة بتثبيت التصرّف، في مواجهة القاصر عند بلوغه أو عودة الأهلية للمحجور عليه، ابتكار من المشرّع أثار حفيظة البعض[1] كون الأمر لا يتعلّق بحماية العقد في حدّ ذاته، بل يتعلّق بحماية الرضا، فشرط الأهلية هاهنا يجب أن يوجّه لحماية الإرادة لا لإجبارها على اتخاذ قرار مخالف للإرادة بعد البلوغ، حتى وإن رأى الطرف الآخر أو القاضي بأنّ العقد كان في صالح الشخص المحمي، وأراد هذا الأخير إبطال التصرّف وجب على القاضي الحكم بالبطلان، رأي وإن بدى مؤسّسًا إلّا أنّنا لا نتفق معه ونؤيّد المشرّع في توجّهه، ذلك أنّ القانون يعمل على الإنصاف وتحقيق العدالة، فإذا كان العقد الذي أبرمه الشخص المحمي يتسمّ بالعدالة بين طرفيه ولا يشوبه خلل اقتصادي فما المانع من تثبيته؟، ثمّ أليس من الإجحاف جعل العقد مهدّدا بالإبطال رغم انتفاء علّة ذلك وجعل هذا الأمر مرتبطًا بالأهواء؟.

كما ثار التساؤل عن مدى إمكانية المطالبة بتثبيت التصرف القانوني المشكوك في توازنه الاقتصادي، الذي يتقدّم به كامل الأهلية في مواجهة القاصر الذي لم تكتمل أهليته بعد، بتوجيه هذا الادّعاء للشخص المكلفّ بإدارة شؤون القاصر أو المحجور عليه، حيث يرى البعض أنّه لا وجود لمانع يحول دون ذلك، رغم أنّ المشرّع لم يتطرّق لهذه الفرضيّة، إلّا أنّه وبالنسبة للإبطال فقد جعله من الحقوق الحصرية لناقص الأهلية، فيما سكت عن المطالبة بالتثبيت ، وبما أنّ الأصل في المواد المدنية الإباحة فلا وجود لأي مانع[2].

[1]- Romain BOFFA, **La validité du contrat en droit français**, Séminaire tenu à la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, Liban, du 22 février au 2 mars 2017, p 60.

[2]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 290.

الفرع الثاني: تعاقد الشخص نيابة عن غيره

الأصل في التعاقد أن يُبرَم العقد من قِبل طرفيه، فيتمّ التعبير عن التراضي بإيجاب وقبول يتبادله أطراف العقد، لكن يحدث وأن يتعذّر على أحد الأطراف على الأقل إتيان التصرّف بنفسه، لأيّ سبب من الأسباب المعروفة في هذا الشأن، كأن يكون الشخص قاصرًا أو محجورًا عليه، أو يكون غير حاضر أو لا يرغب في الحضور رغم أهليته للتعاقد، وقد يكلّف شخصًا ليتعاقد مكانه بالنّظر لخبرة وحنكة هذا الأخير في مجال معيّن، وهذا هو ما يعرف في مفهوم القانون بالنيابة، والتي عمل المشرع المدني الفرنسي على التصدّي لها لأوّل مرّة بشكل مستقل، وبعدّة مواد حاول من خلالها الإحاطة بمختلف جوانبها، وعليه سنحاول التعرض لهاته الأخيرة من خلال الوقوف على معناها العام، لننتقل بعدها إلى الحديث عن الآثار التي تترتبّ عن نشوئها.

أولا: النيابة في التعاقد بشكل عام

إنّ تخصيص حيّز تشريعي للحديث عن النيابة، يعكس بحق الرغبة في توضيح تقنية قانونية لم تتمّ دراستها إلّا قليلًا وبشكل نسبي، بحجّة أنّ أيّة نيابة ستكون أشبه بالوكالة، وهو أمر غير صحيح على الأقل بالنسبة للنيابة القانونية أو القضائية، الأمر الذي أحدث ارتباكًا كبيرًا بما في ذلك بالنسبة للقضاء، وهو ما عمل المشرع على توضيحه في قلب هذا الإصلاح[1]، إلّا أنّ المشرع لم يعطي تعريفًا أو مفهومًا عامًّا للنيابة وهو ما يجعل موقفه هذا في مرمى النّقد، وبقدر ما بذله المشرّع من مجهود أفرد به النيابة بنظام خاص، فهذا لا يحجب حقيقة أنّ قواعدها مستوحاة إلى حدّ كبير من نظام الوكالة، ما يجعل من خطر الخلط بين المفهومين أمرًا قائمًا[2]، وإن كنّا نقرّ بأنّ عزوف المشرّع عن تقديم تعريف في

[1]- Jean Hauser, Guillaume Wicker, op.cit. p 23.

[2]- Julien Roque, **La représentation** , Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016), Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016, p 111.

بعض المواضع خير من العكس، فالتعاريف كما أسلفنا الذكر هي من عمل الفقه والقضاء في أغلب الأحيان، كما أنّ خوض المشرّع في هذا الأمر قد يجعله عُرضةً للانتقاد بسبب صعوبة ضبط بعض التعاريف وتداخلها بشكل كبير مع المفاهيم المشابهة، ممّا يجعل سكوته عنها أفضل وأسلم له، ومهما يكن من أمر سنسعى إلى تبيان التعريف الفقهي للنيابة، ثم نبيّن مختلف أنواعها.

1- تعريف النيابة:

النيابة هي الآلية القانونية التي يتمتّع من خلالها شخص يسمّى النّائب، بسلطة إبرام تصرّف قانوني كالعقد على سبيل المثال، مكان شخص آخر يسمّى الأصيل، ويمكن لهاته السلطة أن تنشأ عن القانون أو عن القضاء، كما يمكن أن تجد مصدرها في عقد بين طرفيه وهي ما يُطلق عليها النيابة الاتفاقية[1]، أو هي تلك التقنية التي تسمح لشخص بإدارة أصول شخص آخر، بحيث يكون هذا الأخير غير قادر على فعل ذلك بنفسه كالقاصر أو المحجور عليه، كما أنّها مفيدة بشكل فعّال للأشخاص الذين لا يرغبون في السفر لإتمام بعض التصرفات القانونية، أو أنّهم في مزاج لا يساعدهم على مناقشة بنود التصرف أو لا يملكون الوقت الكافي لفعل ذلك[2]، فيما قال عنها الأستاذ السنهوري أنّها " حلول إرادة النّائب محلّ إرادة الأصيل، مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل، كم لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو "[3]

[1]- Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence** -, op.cit. p 127.
[2]- Jean Carbonnier, op.cit. p 453.
[3]- عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 189.

2- أنواع النيابة:

من خلال التعاريف السابقة و نص المادة 1153 التي جاء في مضمونها أنّ الممثّل القانوني أو القضائي أو الاتفاقي لا يمكنه التصرّف إلّا في حدود السلطات المخوّلة له، نستشفّ أنّ النيابة ثلاث أنواع، يتمّ التفرقة بينها من خلال مصدرها، وعليه توجد النيابة القانونية التي تجد مصدرها في القانون، كما توجد النيابة القضائية التي تنشأ بموجب حكم قضائي، كما أنّه يمكن أن تكون نتاج عقد بين الأطراف فتسمّى النيابة الاتفاقية، وإن كانت هاته الأخيرة تتسمّ بشيء من التعقيد، بالنّظر إلى السلطات المنبثقة عنها والمدى الذي يمكن أن تبلغه، فهي على عكس النيابة القانونية على سبيل المثال التي تكون محلّ تنظيم بنصوص قانونية، فيمكن لأيّ كان معرفة نوعها وحدودها، فيما تبقى السلطات المتمخضة عن النيابة الاتفاقية معروفة بشكل جليّ بين الأصيل والنّائب، وليس للغير أن يعلم بحدودها[1]، وتكشف المادة 1154 عن نوعين من النيابة في هذا الشأن، وهي ما يصطلح الفقه على تسميتها بالنيابة الكاملة أو المكتملة والنيابة غير الكاملة، وسنبيّن كلًّا منها على حدى.

أ- النيابة الكاملة:

جاء في فحوى الفقرة الأولى من المادة 1154 أنّه عندما يقوم النّائب بالتصرف في حدود النيابة باسم الأصيل ولحسابه، فإنّ هذا الأخير هو من تنصرف إليه آثار التصرف المبرم، بمعنى أنّ الأصيل وحده هو من يلتزم تجاه الغير المتعاقد معه، وهنا يكون الارتباط بعقد الوكالة واضحًا، ذلك أنّه في هذا العقد من الرّاسخ تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي أبرمها الوكيل باسم ولحساب موكّله، فالالتزامات والحقوق النّاشئة عن التصرف الذي قام به الوكيل تنتقل بشكل آلي إلى الموكّل[2]، فالنّائب في النيّابة الكاملة يكشف عن اسم الأصيل للطرف

[1]- Daniel Mainguy, **Droit des contrats - Des cours de licence -**, op.cit. p 128.
[2]- Julien Roque, **La représentation**, op.cit. p 107.

الآخر، ويعلن بأنّه يتصرّف باسم الأصيل ولحسابه، أي أنّ الأثر الذي ينشأ عن التصرّف يلحق بذمّة الأصيل مباشرة[1].

ب- النيابة غير المكتملة:

جاء في مضمون الفقرة الثانية من المادة 1154 أنّه إذا أعلن النّائب أنّه ينوب عن غيره، إلّا أنّه يتصرّف باسمه الخاص، ففي هذه الحالة يكون هو الملتزم الوحيد أمام المتعاقد الآخر، وهنا يمكن ملاحظة نوع من الارتباط بين النيابة وعقد العمولة، إذ أنّ في هذا الأخير يكون الوكيل بعمولة هو الملتزم الشخصي في مواجهة الغير[2]، ورغم إعلان النّائب عن كونه يمثّل الأصيل، نلاحظ أنّ المشرّع قد جعل من النّائب هو الملتزم القانوني بالعقد أمام الغير، ممّا يوحي بأنّ مسألة علم هذا الأخير بأنّ النّائب يتصرّف أو يعمل لحساب الأصيل، إنّما هي مسألة ثانوية لا تؤثر بأي حال على العملية التعاقدية الأصلية، في ظلّ تعاقد النائب باسمه الخاص لا باسم الأصيل، وبالتالي تنتفي فيه صفة الوسيط التي تظهر في النيابة الكاملة[3].

ثانيا: آثار النيابة في التعاقد

إنّ الأثر القانوني للنيابة يكمن في نقل سلطات الأصيل إلى النّائب، ممّا يخوّل هذا الأخير إتيان تصرفات تؤثر في ذمّة الأصيل، وسنحاول فيما يأتي التعرّض إلى حدود هاته السلطات، وكذا حكم تجاوز السلطات الممنوحة للنّائب، فضلًا عن مناقشة حالة تضارب المصالح والتي لم يغفل عنها المشرع.

---

[1]- Paul Alain FORIERS, **ASPECTS DE LA REPRÉSENTATION EN MATIÈRE CONTRACTUELLE**, LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES, ÉDITIONS DU JEUNE BARREAU DE BRUXELLES 2000, p 195.

[2]- Julien Roque, **La représentation**, op.cit. p 108.

[3]- محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 294.

1- حدود صلاحيات النّائب:

يبدو أنّ المشرّع قد أرجع معرفة حدود سلطات وصلاحيات النّائب إلى النيابة في حدّ ذاتها، فمن خلال العبارات المستعملة فيها يمكن الوقوف على المدى الذي يمكن أن تبلغه هاته الصلاحيات، حيث قضت المادة 1155 بأنّه في حال كانت صلاحيات النّائب عامّة فإنّها تشمل الأعمال الاحترازية وأعمال الإدارة، وفي حال كانت صلاحيات النّائب محددة على نحو خاص؛ فلا يجوز له القيام إلّا بالتصرفات المحدّدة وتلك المرتبطة بها. وأوّل ما يلاحظ على هذا النص أنّه تكرار للفقرة الأولى من نص المادة 1988 من نفس القانون، مع إضافة عبارة "الإجراءات الاحترازية" في نطاق صلاحيات النّائب الذي يتمتّع بالسلطة العامّة[1]، وقد وصف البعض الحكم الذي أصبغه المشرع على صلاحيات النّائب في حال كانت النيابة عامّة بالمقيّد، خاصة فيما يخصّ الممثلين القانونيين، حيث ومن هذا المنطلق يستوجب على النّائب الرّجوع للأصيل في كلّ مرّة ينوي القيام بتصرّف قانوني للحصول على الإذن أو التصريح، رغم كون الصلاحيات أو السلطات الممنوحة له تفيد العموم[2]، فيما يرى البعض الآخر أنّ السماح للنّائب بالقيام بالأعمال المحدّدة الموكلة إليه أمر طبيعي، إلّا أنّ إضافة عبارة "الأعمال المرتبطة بها" أو تلك التي تتصف بالتبعية للتصرف الأصلي، يصبّ في خانة توسّع صلاحيات النّائب بشكل مفرط، فهي تسمح بإتيان تصرفات حتى ولو كانت مرتبطة بالتصرف الأصلي بشكل بسيط، ممّا يمكن أن يؤدي إلى تجاوز نوايا الأصيل، ولذلك كان في متناول المشرّع معالجة المسألة بشيء من الصّرامة، من خلال قصر هاته

[1]- Julien Roque, **La représentation**, op.cit. p 108.

[2]- MARIE-ANNE LE FLOCH, **CAPACITÉ ET REPRÉSENTATION DES SOCIÉTÉS APRÈS LA RÉFORME DES CONTRATS : DROIT COMMUN OU DROIT SPÉCIAL ?**, Colloque « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017, p 06.

التصرفات على تلك التي تكون ضروريّة لإتمام الأعمال المعهود بها للنّائب، أي تلك التي تتّسم بطابع الضرورة لتحقيق المهام المنوطة به لا غير[1].

2- حكم تجاوز النائب لسلطاته أو التصرّف من دون نيابة:

أثار المشرّع مسألة من الأهميّة بمكان، وتتعلّق بحالة تجاوز النّائب للصلاحيات أو السلطات الممنوحة له بموجب النيابة أو التصرف من دون وجود نيابة أصلًا، حيث أقرّ بموجب نص المادة 1156 بعدم جواز الاحتجاج بالتصرفات التي يتجاوز فيها النّائب سلطاته في مواجهة الأصيل، ونفس الحكم يسري على تلك التي تتمّ في غياب التكليف، ما لم يكن قد وقع في نفس الغير اعتقاد على نحو شرعي وبحسن نيّة؛ أنّ النّائب لم يتجاوز صلاحياته بسبب تصريحات هذا الأخير أو سلوكياته. وإذا كان الغير يجهل أنّ التصرف تمّ من دون تفويض أو قد كان خارج سلطات النّائب، جاز للغير التمسّك بالبطلان غير أنّه يسقط حقّه في ذلك إذا أقرّ الأصيل هذا التصرّف.

يرى بعض الباحثين أنّ المشرّع قد ميّز بين حالتين بشأن تصرفات النّائب غير النّافذة في حقّ الأصيل، فالأولى تتعلّق بتصرف النّائب من دون وجود نيابة، وهي تقع باطلة بالنسبة للأصيل كونها لم تكن محلّ اتفاق بينهما، ما لم يمنع الأصيل هذا البطلان بالموافقة اللاحقة، أمّا الحالة الثّانية فتتعلّق بالتصرف بتجاوز النّائب للصلاحيات أو السلطات الممنوحة له بموجب النيّابة، فإنّ هذا التصرّف لا يكون باطلًا بل يكون غير نافذ وموقوف على إقراره من طرف الأصيل[2]، وإن كان التدقيق فيه يكشف عن بعض الغموض، لأنّ المشرّع وبنص المادة 1156 أعلاه قد أتى على ذكر الحالتين دون التمييز بينهما في الحكم،

[1]- Guillaume Wicker et Nicolas Ferrier, **La représentation - Articles 1152 à 1160**, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations-Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21, LexisNexis , 25 mai 2015, p 29.

[2]- محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 295.

فقد منح للغير حسن النيّة التمسّك بنفاذ التصرف لدى تجاوز النّائب لسلطاته و التصرف من دون تكليف، وكان الأحرى به أن يفرّق بينهما على نحو أوضح، بأن يُخرج التصرف من دون تفويض من نص المادة أو أن يخصّص فقرة للحكم على التصرّف من دون تفويض، حتى وإن كان الغير لا يعلم بعدم وجود النيّابة، مع تحميل النّائب المزعوم المسؤولية الكاملة عن فعله، من دون إغفال منح الأصيل الحقّ في إجازة التصرف مصداقًا للحريّة التعاقدية، أمّا بخصوص الفقرة الأخيرة من نفس المادّة فهي ابتكار نثمّنه، ذلك أنّها تصبّ في مجرى العدالة التعاقدية، إذ أنّه لا طائل من إبطال العقد إذا أقرّه الأصيل، خاصّة في ظلّ إفادة النّائب منه. والإقرار أو الإجازة هي تصرّف بإرادة منفردة، يوافق بموجبه الشخص المعني على تحمّل الالتزامات والحقوق النّاشئة عن تصرّف قانوني أُبرم باسمه، إمّا بواسطة وكيل أو نائب تجاوز صلاحيّته، أو بواسطة طرف ثالث من دون تفويض أو في ظلّ عدم وجود نيابة، سواء بتقديم نفسه على أنّه نائبًا عن الأصيل، أو عن طريق الوعد بجعل الشخص المعني بالموافقة والتصديق على التصرّف، ويتحمّل المسؤولية في حال فشله في ذلك[1]، إلّا أنّه وفي حال تصريحه بأنّه سيسعى لإقناع الشخص المعني بإقرار التصرّف، وفشل في ذلك تبرأ ذمّته أمام الطرف المتعاقد معه[2]، كما تمّ طرح إشكالية التجاوز الجزئي للسلطة الذي يمارسه النّائب لإبرام تصرّف معيّن، حيث تكشف السوابق القضائية عن قيام مسؤولية الأصيل في تنفيذ الالتزامات في إطار السلطات الممنوحة له، فيما تبرأ ذمّته في الشقّ الذي تمّ تجاوز السلطة الممنوحة للنائب[3]، ومن وجهة نظرنا سيجدي هذا الطرح نفعًا في حال كان التصرّف قابلًا للتجزئة، أمّا إذا كان عكس ذلك فلا يمكن حينها إعماله، ويتمّ التعامل معه على أساس المواد التي تحكم النيابة في التشريع الحالي.

[1]- Paul Alain FORIERS, op.cit. p 234.
[2]- Ibid. p 245.
[3]- Civ. lre, 26 janvier 1999, n°96-21192. - Pierre Lambret, **« La validité du contrat »**, Rev juridique de l'Ouest, 2017, p 68. https://doi.org/10.3406/juro.2017.4894

وتشير المادّة 1157 إلى إلحاق الضرر بالأصيل من طرف النّائب الذي يسيء ممارسة سلطاته، ومدى جواز تمسّك الأصيل ببطلان التصرّف المعني، حيث جعل المشرّع هذا الحقّ رهينًا بتواطؤ الغير الذي يتعاقد معه النّائب، بمعنى أنّه يتحتّم على الأصيل إثبات علم الغير بهذه الإساءة والضرر النّاجم عنها، أو أنّه كان من السهل أو في مقدور الغير العلم بهذا الأمر، وتضيف المادّة 1158 آلية الاستجواب في هذا الشأن، حيث تسمح هذه التقنية بتلافي الشك وتحرّي استقرار المعاملات، من خلال وضعها بيد الغير الذي يشكّ في حدود سلطة النّائب، للاستفسار كتابةً من الأصيل عن مدى تمتّع النّائب بسلطة إبرام التصرّف، على أن يُضمّن هذا الاستجواب مدّة معقولة للردّ، وفي حال انقضاء المهلة من دون ردّ أُعتبر النّائب مخوّلًا لإبرام التصرّف المعني.

إنّ آلية الاستجواب تشكّل صورة من صور الرّقابة السابقة التي تخدم الأمن القانوني، وهي بذلك تتماشى مع توجّهات المشرّع وهدف الإصلاح الذي جاء به، على عكس الرقابة اللاحقة التي تعصف باستقرار المعاملات، كما خرج المشرّع عن قاعدة " لا يُنسب لساكت قول " والتي كرّستها المادة 1120 أعلاه، التي لا تعتدّ بالسكوت كتعبير عن القبول إذ جعل من عدم الردّ على الاستجواب في المهلة الممنوحة للأصيل بمثابة قبول بإبرام التصرف المُستفسر عنه[1]، وقد تساءل البعض عن معايير التقييم التي تخضع لها المدّة الزمنية الممنوحة لردّ الأصيل على تمتّع النّائب بسلطة إبرام التصرف أم لا، إذ يُفترض أن يتمّ تحديدها وفقًا لطبيعة التصرّف بالدّرجة الأولى، وبالنّظر أيضًا إلى طبيعة نشاط الأطراف، ثمّ من حيث مضمون الاستجواب وما يمكن أن يحمله في طيّاته، هل تكفي الإشارة إلى التصرف المزمع إبرامه فقط؟ أم أنّه يستوجب الإشارة إلى العناصر الأساسية له أو تضمين

[1]- Julien Roque, **La représentation**, op.cit. p 110.

الاستجواب نسخة كاملة من التصرف؟، إنّ هذا الإجراء العملي سيشكّل من دون شك جوهر الممارسة المهنية والتقاضي المحتمل في المستقبل[1].

فيما تعرّضت المادة 1159 لفكرة تجريد الأصيل من ممارسة السلطات أو التصرفات التي تمّ منحها إلى النّائب طوال مدّة النيابة، وهذا في إطار النيابة القانونية والنيّابة القضائية، على أن لا يسري هذا الحكم على النيابة الاتفاقية، بحيث أجازت للأصيل ممارسة السلطات الممنوحة للنائب في ذات الوقت. وهذا الحكم يُشكّل نقطة قطيعة مع الوكالة وحدًّا فاصلًا بينها وبين النيابة، ذلك أنّه في الوكالة يمكن للموكل ممارسة مختلف التصرفات إلى جانب الوكيل، وهذا وارد في الوكالة من دون أجر والتي أضحت نادرة في الواقع العملي حاليًا، فإنّ الأمر على النّقيض منه في الوكالة بأجر والوكالة المهنية، حيث أصبحت القاعدة السّائدة فيها هي وجوب ترك الوكيل يقوم بواجباته، فمن غير الجائز الحلول مكانه في إطار المهام الموكلة إليه، وهذا الالتزام شائع العمل به على نطاق واسع[2]، كما تناولت المادة 1160 حالة وضع حدّ لسلطات النّائب بفقد أهليته أو في حال تمّ الحجر عليه، حيث تنتهي النيابة بطريقة آلية، والمشرّع لم يتعرّض لفرضية عزل النّائب، وكذا حكم التصرفات التي يبرمها بعد عزله، وما إن كان قد انتهى إلى علمه وعلم الغير نبأ العزل أم لا؟ كما تساءل البعض[3] عن فرضية الحلول التي لم يتطرّق إليها المشرّع، إذا أناب النّائب عنه شخصًا آخر هل يكون مسؤولًا عن الإجابة عنه أم لا؟ وهل يمكن للأصيل اتخاذ إجراء مباشر ضدّ الشخص الذي حلّ محل النّائب؟، هذه الأسئلة وأخرى قد تحتاج إلى إجابة، أم أنّه يجب انتظار ما يُسفر عنه القضاء، مع وجوب الإشارة إلى أنّ المشرّع قد تعرّض لهاته الفرضيات، بمقتضى المادة 1994 من القانون المدني لدى تناوله لعقد الوكالة.

[1]- HANNA SELLAM, **Les actions interrogatoires : une innovation de la réforme du droit des contrats**, Colloque « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017, p 12.
[2]- Julien Roque, **La représentation**, op.cit. p 108.
[3]- Ibid. p 111.

3- النيابة وتضارب المصالح:

عالج المشرّع إشكالية تعارض المصالح، حيث قضت المادّة 1161 في هذا المقام ببطلان التصرفات التي يبرمها الشخص نيابة عن عدّة أشخاص طبيعيّة في نفس الوقت، وجعلت نفس الحكم يسري في حالة تعاقد الشخص نيابة عن غيره وأصالة عن نفسه، في صورة من صور التعاقد مع النّفس، وتُستثنى من البطلان التصرفات التي يجيزها القانون أو يقرّها الأصيل. فالتعاقد مع النّفس تثير مخاوف التضحية بمصلحة الأصيل لفائدة المصلحة الخاصّة للنّائب، وكذلك الأمر في ظلّ تعاقد النّائب عن أصيلين في ذات الوقت، تثار مخافة محاباة مصلحة أصيل على الآخر، ولكنّها تخضع للبطلان النّسبي وهو مكفول للأصيل في حال التعاقد مع النّفس، ولإرادة أطراف التصرف معًا في حال التعاقد نيابة عنهما في نفس الوقت[1]، ويمكن ملاحظة أنّ الحظر الذي قرّرته هذه المادة كان مسموحًا به، وقد كان للقضاء دور في الموازنة بين المصالح[2]، ويبدو أنّ المشرّع ترك الأمر بيد الأصيل في مجال النيابة الاتفاقية، وبنص القانون في حالة النيابة القانونية، في سحب السلطة في هذا الشأن من يد القضاء، وما يُفهم من نصّ المادّة أنّ الأمر يخصّ الأشخاص الطبيعية، ومنه فإنّ الأشخاص الاعتبارية تخرج من هذا الحكم، وتكون حالات التعاقد نيابة عن عدّة أطراف أو مع النّفس خارج اهتمامات القانون المدني.

[1]- Guillaume Wicker et Nicolas Ferrier, op.cit. p 30.
[2]- Rose-Noëlle SCHÜTZ, **LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS**, op.cit. p 48.

المبحث الثاني: "مضمون العقد" الركن الجديد لقيام العقد

أنهينا للتوّ الحديث عن الأركان الثّابتة لصحّة العقد من منظور المادة 1128 من القانون المدني، والطريقة التي عالج بها المشرع هذه الأركان التي شكّلت الجانب الحداثي للتعديل، والشيء الملاحظ أنّها لم تُثر أيّ لغط، على العكس من الركن الأخير الذي استحدثه المشرّع بموجب نفس النص، والذي أبان عن تحوّل كبير بتخلّيه عن ركني المحل والسبب، اللذين يُعتبران من ثوابت القانون المدني الفرنسي، لصالح " مضمون العقد " أو " محتوى العقد " وهو ما عبّر عنه بمصطلح "Un contenu licite et certain"، وسط استحسان البعض وامتعاض جانب آخر من الفقه، خاصّة وأنّ أغلب المشاريع الإصلاحية التي تمّ إعدادها حافظت على وجود المحل والسبب، لتتفاجأ بخلوّ الاصلاح منهما بعد صدوره ووضعه حيّز النّفاذ واعتماد مشروع المستشارية الذي مهّد الطريق لإقصائهما، الأمر الذي أحدث ضجّة وأسال الكثير من الحبر، وهذا يجرّنا إلى التصدّي لهاته المسألة من خلال تتبّع الأسباب الكامنة وراء هذه الخطوة التي أقبل عليها المشرّع، ومختلف التبريرات التي قدّمها، كما يستوجب علينا إلقاء نظرة على هذا الركن الجديد خاصّة لجهة الشروط الواجب توافرها فيه، والتي رأى فيها البعض بأنّها تعبّر عن المحلّ والسبب من خلال الإبقاء على خصائصهما، رغم عدم النّص عليهما صراحة.

المطلب الأول: أسباب ومبررات التخلّي عن ركني المحل والسبب

لا يمكن بأيّ حال أن نغضّ الطّرف عن وجود تيّار معادي لفكرة السبب كركن من أركان العقد، بالأخصّ من داخل فرنسا ومنذ وقت بعيد، وبهذا عرفت نظرية السبب جدلًا فقهيًا كبيرًا أثّر بشكل أو بآخر في تطويرها، لعب فيه الفقه دورًا كبيرًا وتمّ إقحام القضاء الفرنسي للتوسّع في مفهومه، وعلى الرّغم من هذا كلّه بقي السبب نقطة سوداء في المنظومة القانونية الفرنسية من منظور التشريع المقارن، وهو ما يفسّر حذفه بشكل نهائي من القانون

المدني الفرنسي، وبشكل مخفّف نسبيًّا لاقى المحلّ تقريبًا نفس المصير، على الأقلّ في المادة 1128 التي حدّدت أركان العقد، إذ اعتبر المشرّع أنّه من الأجدر التخلّي عنهما وتعويضهما بمفهوم يحتويهما في آن واحد، وسنحاول التذكير بما كان عليه الحال قبل الإصلاح، بحيث نعرض ولو بشكل وجيز نظرية السبب باعتباره الغائب الأكبر في إصلاح قانون العقود، لنتفرّغ بعده للحديث عن محلّ العقد، على أمل إحصاء الإشكالات التي يثيرها المفهومان، باعتبارها نقطة ارتكاز التحوّل المشهود في القانون المدني الفرنسي.

الفرع الأول: نظرية السبب في القانون المدني الفرنسي

عُرف ركن السبب في العقد عند الرومان في مراحل متأخرة، وكان ذلك إثر التحوّل من الشكلية إلى الرضائية ومختلف تطبيقاتها في عقود البيع والإيجار والشركة وغيرها، وقد انتقلت الفكرة إلى فقهاء القانون في فرنسا ابتداءً من القرن السابع عشر، على يد الفقيه "Domat" ومن بعده "Pothier"، لتجد لها مكانًا في مدوّنة نابليون في عام 1804[1]، وأتى المشرّع على ذكره كشرط أو ركن لقيام العقد بنص المادة 1108 من القانون المدني قبل التعديل، ثمّ خصّص له ثلاث مواد للتفصيل في أحكامه (1131 إلى 1133)، اعتبرها البعض غير كافية للإحاطة بمصطلح يحتاج إلى الكثير لكي يتمّ فهمه على نحو صحيح، فنظرية السبب تتمتّع بسمعة راسخة في التجريد والغموض، والأصل أنّه توجد نظريتان مختلفتان لم يتمّ الفصل بينهما بوضوح، وقد عمل الفقه على الفصل بينهما بمعيّة القضاء، وكان لهما الفضل في تطوير الفكرة وتهيئتها للاستجابة للمستجدات والتصدّي للانتقادات[2]، وسنعرض للنظرية التقليدية في السبب ثمّ للنظرية الحديثة من باب التوطئة، مع الإشارة إلى موقف المشرّع منهما.

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 219.

[2]- Louis JOSSERAND, **Cours de Droit Civil positif Français**, 3e édition, RECUEIL SIREY, Paris, 1939, p 72.

أولا: النظرية التقليدية في السبب

ترى هذه النظرية أنّ السبب هو تلك الغاية المباشرة "Fin directe" أو الغرض المباشر "But immédiat" الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه[1]، وعليه يكون الهدف القريب للمتعاقد هو الذي يُعتدّ به ولا حاجة لنا بالبحث عنه خارج العقد، أي أنّ السبب هو أمر موضوعي يرتبط بالأساس بموضوع العقد ولا يتعلّق بشخصية المتعاقد، وهذا يدفع بنا للبحث عنه في العقد وليس بعيدًا عنه، ويكون بهذا ثابت لا يتغيّر في نفس الفئة من العقود[2]، على النحو الآتي ذكره.

ففي العقود بعوض و العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التزام الطرف الأول هو التزام الطرف الثاني، وسبب التزام هذا الأخير هو التزام الطرف الأوّل، وبهذا يكون سبب التزام البائع بتسليم الشيء المبيع في عقد البيع؛ هو التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام هذا الأخير هو التزام البائع بالتسليم، وهكذا تكون الأسباب متبادلة كما الحال في الالتزامات[3].

أمّا في العقود العينية فيكون سبب الالتزام هو تسليم الشيء محل الالتزام، كما هو الحال في عقد العارية أو عقد الرهن الحيازي أو عقد القرض، ففي هذا الأخير يكون سبب التزام المقترض بردّ المبلغ هو كونه قد تسلّمه من قبل، وهو الغرض المباشر الذي قصد تحقيقه من وراء التزامه[4].

---

[1]– عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 438.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 220.

[3]- Henri Léon et Jean Mazeaud, « **La cause en droit français** », McGill Law journal, Vol 3, septembre 1956, p 11. https://lawjournal.mcgill.ca/article/la-cause-en-droit-franais/

[4]- Ibid. p 12.

وأمّا في عقود التبرّع فيكون سبب الالتزام هو النيّة الحرّة في التبرّع في حدّ ذاتها، فالمتبرّع يرمي من وراء التزامه لتحقيق غرض مباشر يتجسّد في تقديم معروف للموهوب له، وهذا هو السبب في تبرّعه[1].

وقد تعرّضت هذه النظرية إلى انتقادات كبيرة من طرف بعض فقهاء القانون المدني، سواء من داخل فرنسا أو من خارجها، أدّت إلى زعزعة استقرارها وساهمت في تطويرها لتكشف عن وجه جديد لها.

ثانيا: النظرية الحديثة في السبب

إنّ المفهوم التقليدي للسبب ضيّق للغاية، بحيث أنّه يحتفظ بفئة معيّنة من الدوافع تتجسّد في تلك التي تتوافق بشكل مباشر مع الغرض من الالتزام، وبالتالي يدير الظهر لمجموعة كاملة من الدّوافع الأكثر تنوّعًا والأكثر إثارة للاهتمام، فإذا أعطى أحد ما لشخص معيّن مبلغًا من المال، يمكن القول بأنّ روحه كانت تنبض بالإحسان والرغبة في فعل الخير، وهذا هو سبب التصرّف من منظور المفهوم الكلاسيكي للسبب، لكن يجب التساؤل بعمق أكبر لماذا أقدم الشخص على هذا التصرّف؟ ولماذا وافق الطرف الآخر على هذا السخاء والكرم؟ ربّما كان تحت وطأة الشعور بالحبّ والمودّة أو الاعتراف بالجميل أو بعض العواطف الأخرى، وكذلك الشأن بالنسبة لعقد القرض، فسبب الالتزام فيه هو الحصول على المبلغ الذي يجب سداده، لكن لماذا هذا القرض؟ وفي أيّ مناسبة تمّ إبرامه وتنفيذه؟ وما سبب تخصيص هذا المبلغ؟ ربّما بغرض سداد ديون عالقة، أو لتطوير عمل تجاري وتوسيعه، وقد يكون بغرض المقامرة أو ارتكاب جريمة ما، وكلّها دوافع فردية تتعارض مع المفهوم الكلاسيكي لنظرية السبب الذي يتّسم بالضيق والتحديد[2]، وبهذا فإنّ نافلة القول أنّ

[1]– عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 439.

[2]- Louis JOSSERAND, op.cit. p 83.

النظرية الحديثة في السبب قد توسّعت في مفهومه، بل وقد فرّقت بين نوعين من السبب في حدّ ذاته، فمفهوم يتعلّق بسبب الالتزام ومفهوم آخر يتعلّق بسبب العقد.

فأمّا سبب العقد فهو ذلك الدّافع أو الباعث على التعاقد، أي تلك الدّوافع التي جعلت الأطراف يبرمون عقدًا معيّنًا، ويتمّ الاستدلال عليها بطرح السؤال التالي: لماذا تعاقد الأطراف؟ وهي بطبيعة الحال دوافع مختلفة باختلاف الأشخاص، وتكون هاته الدوافع حيّة ملموسة في الغالب الأعم على الرّغم من أنّها تشكّل الجانب النّفسي، لماذا يشتري الشخص منزلًا؟ قد يكون من أجل العيش فيه، أو لغرض إعادة بيعه، أو لتأجيره وما إلى ذلك، وهذا الدافع بالتحديد هو فردي، بمعنى أنّه لا يرتبط بدافع الطرف الآخر الذي يسعى لتحقيق غرض شخصي بحت من العقد، كما أنّه يختلف في نفس الفئة من العقود باختلاف الأطراف[1].

وأمّا سبب الالتزام فهو الدّافع أو الباعث الذي حمل الشخص على تحمّل التزام أو تعهّد معيّن وتنفيذه، ويتمّ الوصول إليه كذلك بطرح السؤال الآتي: لماذا تحمّل الطرف الالتزام؟ ويكون الجواب نفسه دائمًا بالنسبة لنفس النّوع من العقود، ففي عقد البيع مثلًا يتعهّد البائع بتسليم الشيء ليقبض الثمن، ويلتزم المشتري بدفع الثمن للحصول على المبيع، وبهذا يكون سبب الالتزام منفصل عن شخصية كل طرف، وبالتالي يكون متماثلًا بالنسبة لكلّ فئة من العقود، ومنه يكون سبب الالتزام مختلفًا عن سبب العقد[2].

ثالثا: موقف المشرّع المدني الفرنسي

ويبدو من خلال نص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي القديم؛ أنّ المشرّع قد تبنّى النظرية التقليدية في السبب ولم يعمد إلى تغيير موقفه على الرّغم من الانتقادات التي طالتها، ناهيك عن توسّع القضاء في مفهومه، حيث أكّدت الفقرة الأخيرة من المادة على

[1]- Henri Léon et Jean Mazeaud, op.cit. p 07.
[2]- Ibid. p 07.

ضرورة توافر سبب مشروع في الالتزام "Une cause licite dans l'obligation"، ولا زالت تلك هي الحال إلى غاية الاصلاح الجذري لسنة 2016. وقد يتبادر إلى الأذهان أنّه وبعد تكوين العقد لا يبقى أيّ دور للسبب يلعبه، بالنّظر لنص هاته المادة التي تعتبره شرطًا لتكوين العقد، ولا يزال الفقه يربط بين الالتزامات النّاشئة عن العقد الملزم لجانبين ونظرية السبب، والذي استلهمت منه المحكمة أحكامها، وكانت النتيجة هي أنّ زوال السبب في العقد الذي يتجسّد من خلال حدوث فشل في تقديم الخدمة، أو تجريد العقد من جدواه وإفراغه من محتواه، يؤدّي بالضرورة إلى انهيار العقد الذي تمّ تشكيله بالفعل، والعلّة في ذلك هي زوال السبب فيه، وهذا ليس بالاستناد إلى البطلان وإنّما عن طريق الفسخ[1]، ففي حكم صادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 04 أفريل 2006[2]، حكم القضاة بضرورة إنهاء العقد لزوال سببه، حيث كان مرتبطًا بعقد آخر لتشغيل نظام تدفئة المشفى، وبعد قرار المدير بالاستعانة بنظام جديد "التدفئة المركزية"، وبالتالي فسخ العقد مع الشركة التي تعمل على تشغيل النظام القديم للتدفئة، بات من الضروري إنهاء العقد ذي الصلة، وهو الذي يربط الشركة المعنية بشركة "Gaz de France"، لزوال السبب الذي قام عليه وهو ما يُعرف بالسبب الموضوعي[3]، كما تشير المحكمة في نفس السياق؛ إلى أنّ المتعاقد كان يعلم أو في مقدوره العلم بوجود عقد آخر يستند في قيامه إلى العقد محلّ النزاع، أي أنّه من المنطقي أن تعلم شركة " Gaz de France" بوجود عقد يربط الشركة المعنية بالمستشفى، ولا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تحتجّ بعدم العلم في هذه الحالة بالذّات، ذلك أنّه في المعاملات الاقتصادية التي تبلغ حجمًا معيّنًا لا يمكن لأيّ طرف الادّعاء بعدم معرفته بأنّ العقد الذي أبرمه إنّما هو جزء من كلّ، أي أنّه عبارة عن حلقة في سلسلة من العقود يلعب فيها دورًا أساسيًّا لكنّه ليس كافيًا

[1]- Jean Carbonnier, op.cit. p 371.
[2]- Civ. 1ère, 4 avril 2006, RDC 2006, n°3.
[3]- Faustine Jacomino, op.cit. p 102.

بذاته، وعليه يكون ومنذ البداية قد قبل المخاطر المرتبطة بهذا التداخل التعاقدي، وهو ما يُطلق عليه السبب الذّاتي[1].

وتشير المادة 1131 إلى الشروط الواجب توافرها في السبب، حيث جاء في فحواها أنّ كلّ التزام لا يستند في وجوده لسبب، أو استند لسبب غير صحيح أو غير مشروع، لا يكون له أيّ أثر، وخلاصة القول ولكي يُعتدّ بالسبب يجب أن يكون موجودًا، صحيحًا ومشروعًا، وهي نفسها الشروط التي استقرّ عليها أنصار النّظرية التقليدية، وسنحاول التفصيل فيها فيما يأتي بيانه.

1- ضرورة وجود سبب للالتزام:

ومن بين الأمثلة التي يضربها الفقه لغياب السبب وعدم وجوده سندات المجاملة، كأن يُقدم شخص على سحب سفتجة على أحد أصدقائه من دون وجود علاقة الدائنية بينهما، فيحصل الساحب على القيمة الثابتة بالسند من خلال تحويل هذا الأخير إلى الغير، ثمّ يعمل على دفع المبلغ إلى المسحوب عليه لاحقًا، كي يتمكّن من سداد الدّين الثّابت لحامله في تاريخ الوفاء، ويكون هذا السند باطلًا لعدم وجود سبب الالتزام[2]، ومن قبيله أيضًا عندما يحجز الشخص غرفة في فندق لقضاء فترة راحة، ثمّ يُدرك أنّ هاته الراحة يكدّر صفاءها ضجيج السكّة الحديدية المحاذية للفندق، يحقّ له إبطال العقد لانتفاء السبب[3].

2- صحّة السبب:

يكون السبب غير صحيح إذا كان موهومًا أو صوريًّا، ويكون كذلك في إذا تعهّد وارث بوفاء دين عن مورّثه، ثمّ يكتشف أنّ هذا الدّين قد انقضى لسبب من أسباب الانقضاء، ومنه

[1]- Faustine Jacomino, op.cit. p 104.
[2]- Louis JOSSERAND, op.cit. p 75.
[3]- Henri Léon et Jean Mazeaud, op.cit. p 18.

يكون المعني قد وقع في غلط في وجود السبب ويبطل العقد[1]، وأمّا السبب الصوري فمثاله عقد بيع يُخفي عقد الهبة، وسبب الالتزام الحقيقي هنا هو نيّة التبرّع، وهذا لا يبطل العقد وإنّما يجعلنا نعتدّ بالسبب الحقيقي، فإذا كان غير صحيح بطل العقد، كأن يتعهّد بدفع دين على أنّه قرض ثمّ يتبيّن أنّه دين قمار[2].

3- مشروعيّة السبب:

ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفًا للنظام العام والآداب العامّة، وقد ألغت المحكمة العديد من عقود التبرّع بالاستناد إلى الغرض من ابرامها، فإذا كان سبب الالتزام (النيّة المجرّدة) لا يمكن الحكم عليه بعدم المشروعية، فإنّ الباعث أو الدّافع الذي حرّك الواهب أو الموصي غالبًا ما يكون مخالفًا للآداب، ولذا اتّجهت الأحكام القضائية إلى إبطال عقود التبرّع عندما تكون ناجمة عن تكوين أو استمرار العلاقات غير الأخلاقية[3]، ولقد تولّت المحاكم توضيح مفهوم الآداب وكذا النّظام العام، واستطاعت بعيدًا عن المشرّع أن تمنح هذه المفاهيم مرونة كبيرة، بالنّظر إلى المبادئ والأعراف التي يقوم عليها المجتمع وثقافته، من خلال تكييف النّظام العام مع احتياجات الأمّة والمجتمع[4].

الفرع الثاني: المحل في القانون المدني الفرنسي

أتت المادة 1108 من القانون المدني قبل الإصلاح على ذكر المحل كشرط أو ركن لقيام العقد، ليتمّ بعدها تخصيص خمس مواد للبتّ في أحكامه (1126 إلى 1130)، وسنسعى إلى التعرّض لمفهوم هذا الركن في البداية، لننتهي إلى الحديث عن الشروط الواجب توافرها فيه.

---

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 222.

[2]- المرجع نفسه، ص ص 222- 223.

[3]- Henri Léon et Jean Mazeaud, op.cit. p 21.

[4]- Ibid. p 22.

أولا: مفهوم ركن المحل

تتناول المادة 1108 وعلى وجه التحديد محلّ الالتزام بقولها بضرورة وجود محل مؤكّد يُشكّل مادة التعهّد " Un objet certain qui forme la matière de l'engagement"، ومن خلال هذا النّص العام للمادة المذكورة يبدو جليًّا أنّ المشرع المدني يعتدّ بمحلّ الالتزام، إلّا أنّه يعود بعدها إلى التفرقة بين نوعين من المحل، محل العقد بموجب المواد (1126-1128)، ليتناول محلّ الالتزام بمقتضى المادتين (1129-1130)[1]، ذلك أنّه غنيّ عن البيان وجود فروقات بينهما، إلّا أنّهما يرتبطان بموجب علاقة الجزء بالكلّ، فضلًا عن إمكانية اتحاد المحلّين في الالتزام والعقد، أي يمكن أن يكون محلّ الالتزام هو نفسه محل العقد، كما هو الحال في عقد الهبة.

ومحلّ الالتزام هو ذلك الشيء الذي يستوجب على المدين القيام به، والذي ينصبّ حول نقل حقّ عيني أو القيام بعمل معيّن أو الامتناع عن القيام به، ويُلاحظ أنّ نقل حق عيني هو التزام بالقيام بعمل، ولمّا كان الأصل في هذا الالتزام هو أن يتمّ تنفيذه عند نشوئه، أصبح من المستقرّ عليه القول أنّ محل الالتزام بنقل حق عيني هو ذلك الحق ذاته، فإذا كان مضمون هذا الأخير حقّ ملكية امتزج بالشيء المملوك وأضحيا شيئًا واحدًا، وعليه يكون محل الالتزام هو الشيء الذي يتمّ نقل ملكيته للدّائن[2]، وهذا ما يحدث في عقد البيع حيث يلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع مهما كان نوعه وكيفية انتقال ملكيّته، وقد يكون محلّ الالتزام إنشاء حقّ عيني، كأن يتعلّق الأمر بإنشاء حق الرّهن أو حق من حقوق الارتفاق، أمّا بخصوص القيام بعمل فمثاله التزام فنّان بأداء دور في مسرحيّة أو في فيلم أو مسلسل أو التزام رسّام بإنجاز لوحة فنّية، ومنه أيضًا قيام مهندس معماري بإنجاز تصاميم

[1]- Jean Carbonnier, op.cit. p 363.

[2]- عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 375.

ومخطّطات في مجال العمران، وأمّا بالنسبة للامتناع عن القيام بعمل فيحدث بالتزام الفنّان بعدم التمثيل في فرقة أخرى، أو امتناع بائع المحل التجاري عن منافسة المشتري في نطاق جغرافي معيّن أو في فترة زمنية محدّدة، ومنه كذلك التزام مشتري قطعة أرضية بعدم تشييد مصنع أو شيء من هذا القبيل عليها [1].

وأمّا محل العقد فيرى البعض بأنّه في الأصل يتعلّق بالعمليّة القانونية " L'opération juridique"، أي أنّه يتعلّق بالتصرف القانوني الذي ارتضاه الطّرفان وعملا على تحقيقه كالبيع والإيجار والتأمين وغيرها[2]، في حين يرى جانب من الفقه الفرنسي بأنّ محل العقد يختلف و يتعدّد بتعدد الالتزامات التي ينطوي عليها العقد ذاته، فالالتزام المندرج في هذا الأخير يحتمل محلًّا واحدًا، أي أنّه في حال احتواء العقد على عدّة التزامات في نفس الوقت، والتي بدورها تكون متباينة بشكل أو بآخر من حيث محلّها، فإنّه يكون للعقد أكثر من محل، ففي عقد البيع مثلًا يكون محلّ التزام البائع تسليم الشيء المبيع، ومحلّ التزام المشتري هو دفع الثمن، وعليه يكون محل العقد هو الشيء المبيع والثمن[3]، وقد يبدو تناول محلّ العقد بمثابة تعقيد من غير الضروري الخوض فيه، بل يجب التركيز على محلّ الالتزام لا غير، ومنه يجب توضيح هذا الأخير من حيث محتواه، وقد بيّنت المادة 1126 من القانون المدني القديم ذلك من خلال نصّها على أنّ كل عقد يكون محلّه شيء يتعهّد أحد الطرفين بإعطائه أو منحه للطرف الآخر، أو يتعهّد أحدهما بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام به، على أن لا يُؤخذ لفظ الشيء "La chose" في هذا المقام بمفهومه المادّي البحت[4]، بل يجب ترجمته إلى عدّة معانٍ، بحيث يأخذ شكل الشيء في حقيقته كلّما تعلّق الأمر بالعطاء أو التسليم أو الإرجاع، ويكون حينئذ الشيء هو السلعة أو العقار أو المنقول الذي ينصبّ عليه

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 205.

[2]– المرجع نفسه، ص 204.

[3]- Christian Larroumet, op.cit. p 340.

[4]- Ibid. p 342.

نقل الملكيّة أو الحيازة كالبيع والإيجار والعارية وغيرها، وقد يكون الشيء أيضًا مبلغًا من النّقود، كالثمن وبدل الإيجار والرّاتب أو الأجرة وغيرها[1]، ومن خلال ما تقدّم يبدو جليًّا أنّ المشرّع يخلط بين محلّ العقد ومحلّ الالتزام، إذ أنّ محلّ العقد هو دومًا ميلاد التزام معيّن أو أكثر، وهذا المحلّ ليس هو المقصود بالمعنى الذي تشير إليه المادة 1126 وما بعدها، بل هي تتناول محل الالتزام لا غير[2].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحل

ولكي يُعتدّ بالمحل كركن لقيام العقد لا بدّ من توافر بعض الشروط فيه، وسنحاول التعرض لها من خلال ما نصّ عليه المشرع المدني قبل الإصلاح، دون إغفال ما جادت به أقلام الفقهاء والباحثين، وما أقرّته السوابق القضائية في هذا الشأن.

1- شرط الوجود:

إنّ معنى الوجود المشترط في المحل هو وجوده عند نشأة الالتزام، أو على الأقلّ يمكن أن يكون موجودًا بعد نشوء الالتزام؛ على أن تتوافق الإرادتان على هاته الحالة، إذ يقع العقد باطلًا إذا اعتقد أحد الأطراف أنّ المحل موجود فيما تتجه نيّة الطرف الآخر إلى إمكانية وجوده في المستقبل[3]، ويبدو أنّ عدم وجود المحل المعقود عليه هو احتمال غير وارد، إذ لا يمكن للأطراف التعاقد في الفراغ، ومع ذلك فإنّ السوابق القضائية والقانون نفسه يقدّمان أمثلة على ذلك، فهلاك الشيء المبيع قبل نشوء الالتزام يجعل منه في حكم العدم، ونفس الحكم يسري على الالتزام بسداد دين انقضى بالتقادم أو لأي سبب آخر، أو براءة اختراع انتهت مدّة

[1]- Jean Carbonnier, op.cit. p 363.
[2]- Louis JOSSERAND, op.cit. p 63. Voir aussi Christian Larroumet, op.cit. p 340.
[3]- عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 376.

الحماية المقررة لها، أمّا هلاك الشيء بعد نشوء الالتزام أي بعد إبرام العقد فهو يخضع لأحكام أخرى[1].

هذا وقد أجازت المادة 1130 من القانون المدني القديم التعاقد على محل مستقبل، حتّى ولو لم يكن من المؤكّد أنّه سيوجد يومًا ما، ومنه بيع المحاصيل الزراعية قبل حلول موسم حصادها، ومنه أيضًا بيع أو إيجار بعض السكنات قبل إتمام بنائها، فإذا لم يتحقق وجود الشيء المتفق عليه زال كلّ أثر للعقد ما لم يكن بخطأ المدين، ويمكن أن يظلّ العقد قائمًا كالذي ينصبّ على شراء الصيد الذي يحصل عليه الصيّادون، حتّى وإن عادو من رحلة الصيد من دون سمك، إذ أنّه في هذه الحالة لا يتعلّق الأمر بالشيء المستقبلي نفسه، بل هو الفرصة والأمل في الحصول عليه[2]، كما تحظر نفس المادة في فقرتها الثانية التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، وترجع جذور هذا الحظر إلى القانون الروماني لما فيه من مضاربة على حياة المورّث، والذي يتنافى مع النظام العام والآداب، إلّا أنّهم كانوا يجيزون التصرّفات التي يكون المورّث طرفًا فيها، لأنّهم كانوا يهدفون لتقرير نوعٍ من الحماية لمصلحة المورّث وحده، في حين أنّ القوانين الحديثة بما فيها القانون الفرنسي، فهي تسعى لحماية مصلحة المورّث والورثة معًا، فإذا كان أحد الورثة معلومًا عليه تبديد المال، يمكن أن تمتدّ يده لما هو من المحتمل أن يملكه مستقبلًا، وعليه فإنّ هاته التصرفات تكون عرضة للبطلان المطلق[3].

2- شرط التعيين:

قضت المادة 1129 بضرورة أن يكون المحل معيّنًا تعيينًا نافيًا للجهالة، أو على أقلّ تقدير يكون قابلًا للتعيين، فإذا تعلّق محل الالتزام بشيء فإنّه يمكن أن يكون محدّدًا بذاته،

[1]- Louis JOSSERAND, op.cit. p 65.
[2]- Jean Carbonnier, op.cit. p 364.
[3]- عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 370.

وإن كان ما يسمّى بالشيء المثلي وجب تعيينه بجنسه ونوعه ومقداره، أمّا الشيء المحدد أو المعيّن بذاته فمثاله عقار يتمّ ذكر موقعه ومساحته وباقي الأوصاف التي تميّزه عن غيره، وأمّا الشيء المثلي فمثاله المحاصيل الزراعية، كأن يكون مقدارًا محدّدًا من القمح الاسترالي مع الإشارة إلى درجة جودته، ولو أنّه في حال عدم ذكره هاته الأخيرة وجب تقديم محصول ذي جودة متوسطة، والتعيين ضروري لنشوء الالتزام فإذا لم يحصل واستحال الوصول إليه فإنّ العقد يقع باطلًا[1]، إلّا أنّ طبيعة بعض العقود تقتضي عدم تحديد أو تعيين محل الالتزام إلّا بعد وقوعه، ومثاله الناقل الذي يتعامل مع زبائنه، إذ لا يتمّ تحديد أجرة النّقل حتّى يتمّ قطع المسافة وبالنّظر إلى مؤشّر العدّاد، وقد يتمّ تحديد الأجرة جزافًا قبل الانطلاق، وكذلك هو الحال بالنسبة لكميّة الخبز التي يستهلكها الزبون في المطعم، أو كميّة الماء المُستهلكة عند الاغتسال في مرش عمومي[2].

ويتمّ الاستناد في تعيين المحل بعد نشوء الالتزام في المقام الأوّل لإرادة الأطراف، والتي يتمّ استنتاجها من البنود التي تضمّنها العقد، ومن الملابسات والظروف التي أحاطت بإبرام هذا الأخير، كما يمكن أن تُسند إلى أحد الأطراف كما يحدث في بعض الأحيان، حين لا يتمّ تحديد السعر أو الثمن الذي يكون مُؤجلًا لوقت لاحق، على أن يتمّ تحديده من البائع أو مُقدّم الخدمة، ومنه أيضًا إسناد مَهمَّة تقدير نصيب الشركاء في الأرباح والخسائر، أي محل حقوقهم والتزاماتهم لأحد أطراف في عقد الشركة بمقتضى المادة 1854 من القانون المدني القديم، أضف إلى ذلك مُكنة إسناد التعيين لشخص ثالث، كأن يتفق الطرفان على تكليف خبير بتحديد سعر الخدمة أو الشيء الذي انصبّ عليه الالتزام، مع ضرورة تزويده بالعناصر أو المعايير المعتمدة في هذا التقدير[3].

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 212.

[2]- Jean Carbonnier, op.cit. p 365.

[3]- Paul Alain FORIERS, **L'OBJET ET LA CAUSE DU CONTRAT**, Conférences « Les obligations contractuelles », Editions du jeune barreau, Bruxelles, 1984, p 118.

وقد تؤول سلطة تعيين المحل إلى القاضي الذي تظلّ السوابق القضائية شاهدة على تصدّيه لهاته المسألة، ففي هذا السياق أقرّت محكمة الاستئناف الفرنسية في حكم صادر لها بتاريخ 24 نوفمبر 1982، أنّ الالتزام الذي قدّمه البنك تجاه ناقل بحري؛ والذي كان محلّه ضمان الأضرار النّاتجة عن الاضطرابات والتذبذبات في مواعيد تسليم البضائع المنقولة، يبقى صحيحًا وقائمًا على الرّغم من أنّ الاضرار التي لحقت هذا النّاقل كانت غير متوقّعة جزئيًّا، فإنّها مع ذلك تُعتبر قابلة للتحديد[1]، بينما في حكم آخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 19 أفريل 1983، قرّرت أنّ محكمة الاستئناف التي لاحظت أنّ الوثيقة المتضمّنة الالتزام بالضمان؛ قد احتوت عبارات عامّة للغاية، فضلًا عن أنّها لم تحمل أيّة تفاصيل سواء عن طبيعة الدّيون أو حتّى مقدارها، ناهيك عن عدم الإشارة إلى الحساب البنكي الذي يمكن المطالبة بسداد قيمة الضمان منه، وعليه قرّرت بأنّ محل هذا الالتزام لم يتمّ تحديده بشكل كافٍ، ومنه يكون قرارها صائبًا بعدم نشوء الالتزام صحيحًا وعدم استفائه الشروط القانونية المتطلّبة التي أقرّتها المادة 2015 من القانون المدني[2].

3- شرط الإمكان:

ويُقصد بشرط الإمكان أن يكون محل الالتزام ممكنًا، فإن كان شيئًا استطاع المدين تقديمه أو نقل ملكيته، وإن كان عملًا أمكن للمدين القيام به أو تأديته، ويقع العقد باطلًا إذا كان محل الالتزام مستحيلًا وقت تبادل الرضا، ولا ينبغي لنا التفكير في بيع قطعة أرض على سطح القمر، بل توجد فرضيات أكثر قبولًا في الواقع العملي، وفي كلّ الأحوال فإنّ الاستحالة المطلقة هي التي تُؤخذ بعين الاعتبار وليس الاستحالة النسبية (الذاتية)، هذه الأخيرة التي تُمثّل العجز الشخصي[3]، وهي نسبية لأنّها تُنسب للمتعاقد نفسه، كونه لا يستطيع تنفيذ الالتزام فيما يمكن لغيره القيام به، كأن يتعهّد برسم لوحة زيتية في حين أنّه

[1]- Paul Alain FORIERS, **L'OBJET ET LA CAUSE DU CONTRAT**, op.cit. p 116.
[2]- Ibid. p 117.
[3]- Jean Carbonnier, op.cit. p 366.

يجهل الرّسم، لكن يمكنه إسناد المَهمّة لرسّام، أو أن يلتزم بنقل ملكيّة منزل مملوك لغيره، وفي ظلّ استحالة الوفاء بذلك من طرف المدين، فإنّه يوجد من يمكنه القيام بذلك، وعليه يمكن القول بأنّ الاستحالة النسبية لا تحول دون قيام العقد، على عكس الاستحالة المطلقة التي تمنع قيام العقد من الأساس، كأن يتعهّد شخص بنقل ملكيّة منزل تهدّم وزال، أو تعهّد محامي باستئناف حكم انقضى أجل استئنافه، أو أنّه ممّا لا يسمح القانون استئنافه أصلًا[1].

4- شرط المشروعيّة:

وهذا الشرط معترف به منذ القدم، ويتمّ إخضاعه لمعيار النظام العام والآداب، وقد عبّرت عنه المادة 1128 بجعل محلّ العقد ممّا يمكن تداوله، أي كلّ ما يمكن أن يكون مادّةً للمعاملات التجارية، فلا يمكن أن يكون المحلّ هو ارتكاب جريمة، وكذلك الأمر بالنسبة للاتفاقيات المتعلّقة بجسم الانسان[2]، كما لا يمكن أن يكون محلًّا للإتّجار بين الأفراد كلّ من الخدمات العامّة وحقّ التصويت، ويُحظر مناقشة أسعار بعض المواد التي هي محل تسعير من طرف الدولة، بالمثل بالنسبة للرواتب والأجور التي لا يمكن أن تقلّ عن الحدّ الأدنى، ويكون هذا التدخل من طرف السلطات المعنية بغرض حماية فئة اجتماعية معيّنة، أو لأغراض اقتصادية بحتة، وهو ما أصبح يُعرف بالنظام العام الاقتصادي[3]، ويُعدّ تحويل الزبائن (المرضى) الذين يعالجون لدى طبيب معيّن من الأمور الواقعة تحت الحظر، ومردّ ذلك إلى الثقة التي يقوم عليها اختيار طبيب معيّن وهي خارج إطار التعامل التجاري، أو لأنّ مثل هاته الاتفاقيات والعقود لا تخلو من المخاطر على الزبائن، غير أنّه يجوز للطبيب أنّ يتعهّد ببعض الالتزامات، كالتنازل عن عقد إيجاره، والتوقّف عن ممارسة عمله ضمن نطاق جغرافي معيّن، وتقديم خليفته في العيادة للزبائن[4]، ويبدو أنّ المحاكم تميل شيئًا فشيئًا

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 206-207.

[2]- Corinne Renault-Brahinsky, **L'essentiel du Droit des Obligations**, 11e édition, Lextenso éditions, France, 2015, p 52.

[3]- Jean Carbonnier, op.cit. p 367.

[4]- Louis JOSSERAND, op.cit. p 71.

إلى إباحة نقل العملاء المدنيين في المهن الحرّة (كالطبّ والمحاماة)، مع وجوب إخضاعها لحريّة العميل، شأنها في ذلك بيع العملاء التجاريين الذي تمّ قبوله منذ زمن بعيد، على اعتبار أنّه يُشكّل أحد أهمّ العناصر المُكوّنة للمحل التجاري[1]، وتجدر الإشارة إلى أنّ النظام العام والآداب يشهد حركية وتطوّرًا باستمرار، ويختلف بحسب الزمان في الحيّز الجغرافي نفسه، فبعض المسائل التي كانت محظورة بموجبه، أضحت تحظى بقبول على نطاق واسع، وكمثال على هذا التطوّر التأمين على الحياة الذي كان يُعتبر في السّابق مخالفًا للنّظام العام والآداب، قد أصبح يُمارس اليوم بشكل شائع وعلى نطاق واسع، بل ويتمّ تشجيعه بحق[2].

الفرع الثالث: الإشكالات التي يثيرها ركني المحل والسبب

لقد حاول واضعوا قانون 1804 تخصيص مجال معيّن يمكن للحريّة التعاقدية أن تتحرّك فيه، سواء لجهة مصلحة الأطراف أو المصلحة العامّة، وبهذا يتمّ تشكيل العقد بما يُلبّي متطلّبات معيّنة، حيث تمّ التعبير عن هذه المتطلّبات من خلال مفهومي المحل والسبب، في حين أنّ الأوّل يجب أن يكون محدّدًا ومشروعًا، كما يجب أن يكون الثاني موجودًا ومشروعًا كذلك، ففيما يتعلّق بمسألة وجود السبب والمحل المحدّد؛ قصد واضعوا المدوّنة حماية مصالح الأطراف، أمّا بالنسبة لمشروعيّة كل منهما فقد سعى واضعوها للدّفاع عن المصلحة العامّة، وبعبارة أخرى كان المحل والسبب بمثابة الأدوات التي قدّمها القانون لوكلاء الحياة القانونية، لضمان احترام العقود لمصالح الأطراف دون المساس أو الإضرار بالمصلحة العامّة للمجتمع[3]، ولدى الاطّلاع على التطور التاريخي لمفهوم السبب فقهًا واجتهادًا، ندرك أنّ كلًّا من أنصار السببية والقضاء قد عملوا على تطوير هذا المفهوم مرّات عديدة، محاولين جعله يتكيّف مع مختلف الظروف والتغيّرات القانونية التي صاحبت تطور بعض العقود بالأخص، ونظرية العقد بشكل عام، وبذلك تمّ نقل السبب من البعد الموضوعي

[1]- Corinne Renault-Brahinsky, op.cit. p 52.
[2]- Louis JOSSERAND, op.cit. p 70.
[3]- François Terré et des autres, op.cit. p 385.

الذي تجسّد في مقابل الالتزام، إلى البعد الشخصي المتمثل في الباعث على التعاقد، وهو ما أحيى مسألة جدوى الإبقاء على السبب ذي المفهوم الفلسفي المعقّد إلى جانب المحل، والبحث عن أدوات قانونية أخرى تُؤمّن الوصول إلى نفس الغاية[1]، وعليه كان من المستساغ التطرق لغموض فكرة السبب في حدّ ذاته بالدرجة الأولى، فضلًا عن تداخله مع المحل في بعض المواضع، أضف إلى ذلك غرابة المصطلح للكثير من التشريعات المقارنة.

أولا: الغموض الذي يكتنف السبب

تعرّضت نظرية السبب في القرن التاسع عشر لهجوم مزدوج من قبل الفقه، ومن أبرز المناهضين لها الفقيه "Marcel Planiol"، الذي اعتبر أنّ النظرية تقوم على أسس تجافي المنطق، ففي العقود الملزمة لجانبين أو ما يُعرف بعقود المعاوضة، لا يمكن اعتبار سبب التزام أحد الأطراف هو الالتزام المقابل للطرف الآخر، فالأخذ بهذا المنطق يقتضي أن يكون أحد الالتزامين سابق على وجود الآخر، وهذا مستحيل كونهما ينشآن في ذات الوقت، أضف إلى ذلك أنّ اعتبار نيّة التبرّع في العقود بدون عوض (كالهبة) هي سبب الالتزام لا يستقيم مع الواقع القانوني، ذلك أنّ نيّة الواهب تجد مكانها في الرضا، إذ أنّ هذا الأخير لا يكون قد رضي بالهبة إلّا إذا اتجهت إرادته إلى التبرّع للموهوب له بالشيء محل الهبة[2]، وبشأن هاته الأخيرة رأى أحد الباحثين في مؤلّفه الذي انصبّ على دراسة السبب في العقود بصفة عامّة، أنّ البحث عن السبب في عقود الهبة لا يمكن أن يكون قانونيّا بحتًا، بل وقد يبدو للوهلة الأولى بعيدًا عن التحليل القانوني بالنّظر إلى الطابع الاجتماعي الذي يطغى عليها، ذلك أنّ خصوصية هاته التصرفات تصطدم لدى البحث عن السبب فيها بعقبة الغموض الجوهري

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الاعتبار الموضوعي": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، السنة السادسة، جويلية 2018، ص 368.

[2]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 224.

للكرم والسخاء[1]، ويرى بأنّ هذا الغموض ينشأ من الترابط الدّقيق بين الإيثار والمصلحة، فمن جهة من المسلّم به وجود نظير أو مصلحة من وراء أيّ تصرّف قانوني حتّى ولو كان تبرّعًا، ومن جهة أخرى يجب أن لا يُفسد هذا المعتقد إمكانية وجود من يعطي دون مقابل، بالمعنى المثالي للتبرّع الذي يحرّكه حب الخير أو المودّة، فإذا كان السخاء أو الكرم مرتبطًا بعوض، فإنّ خصوصيته تكمن في كون هذا العوض لا يُطلب لذاته، بل لما يعنيه في العلاقة بين الواهب والموهوب له، إذ أنّه عادةً ما يقوم على علاقة كانت موجودة من قبل وسوف تستمّر بعد ذلك[2]، وقد اعترف أنصار السببية بأنّ فكرة السبب المجرّد لا فائدة منها في حقل عقود التبرّع، فإذا كانت نيّة التبرّع غائبة، فإمّا أن يكون التصرّف بعوض أو أنّ المتبرّع يعاني من خطب ما كالجنون مثلًا[3]، ومن خلال ما تقدّم وجب الاعتراف بالقصور في الإحاطة بالسبب الحقيقي لنيّة التبرّع، وأنّ البحث عنه يمكن أن يُحدث تشوهات له أو قد يخرجه عن نطاقه لدى ممارسة الرّقابة عليه، ومنه لا يمكن فهمه إلّا بالرّجوع إلى العلاقة الأساسية التي قد يصعب الوصول إليها[4].

وقد جاء الردّ من أنصار السببية على النّقد الذي تضمّن التشكيك في صحّة القول بأنّ سبب الالتزام في العقد هو سبب التزام الطرف الآخر، كونهما ينشآن معًا وفي وقت واحد، ذلك أنّ الشخص يلتزم بأداء ما عليه على اعتبار أنّه يتصوّر أنّ الطرف الآخر سيصبح مدينًا بأداء الالتزام الذي يترتّب في ذمّته بموجب العقد، وعليه يكون السبب سابقًا للنتيجة[5]، ثمّ ينتقلون بهذا المفهوم الموضوعي للسبب إلى المفهوم الذّاتي له، ويرون بوجود سبب للالتزام وآخر للعقد، إلّا عن هذا التبرير يصطدم ببعض الغموض عند إسقاطه على بعض أنواع العقود، ففي عقود الغرر يتموضع فيها السبب بمكان وسطي بين سبب الالتزام والذي هو السبب المقابل، وسبب العقد والذي هو الباعث على التعاقد، والذي يتجسّد في فكرة

[1]- Judith ROCHFELD, **Cause et Type de Contrat**, L.G.D.J, Paris, France, 1999, p261.
[2]-Ibid. p 262.
[3]- Henri Léon et Jean Mazeaud, op.cit. p 13.
[4]- Judith ROCHFELD, op.cit. p 270.
[5]- Henri Léon et Jean Mazeaud, op.cit. p 13.

المخاطرة، هاته الأخيرة التي تحتاج بدورها لتوصيف قانوني دقيق، من حيث طبيعتها ومكانتها داخل العقد، بين إمكانية اعتبارها سببًا للعقد أم أنّها لا تعدو أن تكون إلّا سببًا للالتزام، أم أنّه لا هذا ولا ذاك وبالتالي يكون تموضعها مختلف عن الفرضيتين[1]، وفي الأخير فإن الحقيقة التي يجب التسليم بها هي أنّ القانون ليس معنيًّا بالتحقّق من وجود السبب وصحّته في المقام الأوّل، لأنّ وجود سبب صحيح مفترض إلى غاية أن يتمّ إثبات العكس، فمن المستقر عليه وجود سبب للالتزام أو للعقد سواء علمنا به أو لم نعلم، بمعنى هل يمكن أن نعتبر أنّ التزامًا مُعيّنًا هو من دون سبب إذا لم نعلم به؟ وهل غياب هذا السبب ينفي وجود الالتزام رغم موافقة المدين به؟ إنّ هذا التوجّه لهو تدخل من القانون بالنوايا، مع أنّه من الثابت أن لا يلقي القانون بَالًا للنيّة من جهة الوجود وعدمه، وإنّما يستوجب عليه أن يهتمّ بها لجهة الأثر المترتب عنها لا غير[2].

ثانيا: تداخل السبب مع المحل

يكشف الواقع العملي عن وجود تداخل بين السبب والمحل في بعض المواضع، فعلى سبيل المثال لا الحصر يتمّ التعامل مع عدم مشروعيّة المحل بالموازاة مع عدم مشروعية السبب، ذلك أنّ المسألتان مرتبطتان وتتلخّصان في عدم مشروعيّة الالتزام[3]، ففي الاتفاق على ارتكاب جريمة ما بمقابل، يكون سبب التزام الطرفين غير مشروع، سواء مرتكب الفعل أو من يعطي مكافأة مقابل ذلك، وتكون العمليّة التعاقديّة باطلة برمّتها بالاستناد إلى محلّها غير المشروع، وعليه تكون الخدمة المقدّمة نفسها محلًّا وسببًا للعقد في ذات الوقت[4]، وبعيدًا عن هذا المجال وبالعودة إلى واقع العقود، تُعدّ فكرة المقابل المأمول في الالتزام موجودة على

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الاعتبار الموضوعي": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 367.

[2]– المرجع نفسه، ص 369.

[3]- Paul Alain FORIERS, **L'OBJET ET LA CAUSE DU CONTRAT**, op.cit. p 103.

[4]- Louis JOSSERAND, op.cit. p 80.

مستوى محل العقد كما في السبب، فإذا قلنا بأنّ سبب الالتزام خاصة في عقود المعاوضة أو العقود الملزمة لجانبين؛ هو الالتزام المقابل وأنّ هذا الأخير إذا انتفى فإنّه يفيد انتفاء العقد، فهذا التصوّر الذي تمّ إلحاقه بالسبب هو في الحقيقة يتعلّق بمحل العقد، ذلك أنّ انتفاء مقابل الالتزام في العقد إنّما يؤدّي إلى بطلانه، والمقابل الذي انصبّ عليه الالتزام هو محلّ العقد في حدّ ذاته[1]، وكنّا قد أشرنا لهذا التداخل لدى حديثنا عن اتفاق التفاوض، والذي يتفق الكل على أنّ سببه هو السعي إلى إبرام العقد المستقبلي، ولكن عند الحديث عن محلّه يبدو جليًّا اختلاطه بالسبب، إذ يتمّ تقديمه على أنّه محاولة إبرام ذات العقد المستقبلي، ممّا يكشف عن صعوبة الفصل بينهما في مواطن كثيرة.

ثالثا: تجاهل التشريعات المقارنة لركني المحل والسبب

تعترف القوانين ذات الصبغة اللاتينية بركن السبب، وتعتبره شرطًا ضروريًّا ولازمًا لصحّة العقد، حيث تؤكّد المادة 1325 من القانون الإيطالي على ضرورة وجود السبب إلى جانب المحل والتراضي في العقد، بالإضافة إلى الشكلية إذا نصّ عليها القانون، هذا وتحدّد المواد (1343-1345) من نفس القانون مفهوم السبب غير المشروع، والشروط الواجب توافرها فيه والتي يؤدّي تخلّفها إلى البطلان، أمّا القانون اللبناني فقد ربط بين التراضي والسبب، بمعنى أنّه إذا ارتضى أيّ طرف الالتزام فلا بدّ أن يكون ذلك بالاستناد إلى سبب، وهذا ما أشارت إليه المادة 177 من القانون المدني اللبناني، مع تمييزه بين سبب الالتزام بمقتضى نص المادة 195 وما بعدها، وسبب العقد بموجب المادتين (200-201)، خلافًا لأغلب الأنظمة التي لا تميّز بين سبب الالتزام وسبب العقد[2]، إلّا أنّ أنظمة القانون العام تتجاهل فكرة السبب والوظيفة التي تؤدّيها في القانون المدني الفرنسي، والتي تتمحور حول

[1]- محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الاعتبار الموضوعي": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 261.

[2]- Christian Larroumet, op.cit. p 421.

تبرير الالتزام النّاشئ عن العقد (سبب الالتزام)، والرقابة المفروضة على العقد لجهة توافقه مع النظام العام (سبب العقد)، فالسعي إلى تحقيق غرض غير مشروع أو غير أخلاقي، يُعاقب عليه في هذه الأنظمة من دون اللجوء إلى فكرة السبب بالمعنى الفرنسي للمصطلح، أمّا التبرير الاقتصادي للالتزام فيتمّ تحقيقه من خلال مفهوم مختلف للسبب وهو "الاعتبار"[1].

إنّ مختلف القوانين الأجنبية خاصة تلك التي تتبنّى النّظام الأنجلوساكسوني، بالإضافة إلى أغلب دول الإتحاد الأوروبي، لا تحوي منظوماتها المفاهيم المتضمّنة في القانون المدني الفرنسي، ونعني بذلك المحل والسبب، وهو ما يدفع بالمشرّع إلى إعادة النّظر فيها، إن هو أراد أن يجعل من القانون المدني الفرنسي أكثر وضوحًا وأكثر جاذبيّة، وبالتالي يكون أداةً لجلب المستثمرين الأجانب، ناهيك عن إقبال المتقاضين على اختياره ليُطبّق على نزاعاتهم، فضلًا عن إمكانية اعتماده كنموذج للقانون الأوربي الموحّد[2]، وعليه فقد بات واضحًا بأنّ الأسباب الكامنة وراء هجر فكرة السبب بالأخص، ممّا يستوجب معه التخلّي عن فكرة المحل بالضرورة، هاته الأخيرة فرضها تبنّي مصطلح أوسع يحتويهما معًا وهو "محتوى العقد"، كان بدافع أنّ الفكرة مربكة وعاملٌ لانعدام الأمن القانوني، كونه يضع سبل التحكّم في العقد بين أيدي القضاة، كما أنّ المفهومين أصبحا يشكّلان معًا عائقًا أمام جاذبيّة القانون المدني الفرنسي، ويحولان دون مواءمته مع الأنظمة القانونية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، والمشاريع ذات الصلة بتوحيد القوانين التي يدعو لها الإتحاد خاصة قانون العقود، الأمر الذي وضع المشرّع الفرنسي بين مواكبة التطوّر الحاصل في المنطقة، وتمسّكه ووفائه لتقاليده القانونية، ويبدو – كما عبّر عن ذلك البعض[3] – أنّ التوافق الأوروبي والمنافسة بين الأنظمة قد تغلّبا على أحد المفاهيم الرمزية لقانون العقود الفرنسي، وهذا ما يجرّنا لتناول هذا الركن الجديد وكيفية تعامل المشرّع معه.

---

[1]- Christian Larroumet, op.cit. p 419.

[2]- Eric SAVAUX, **Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170**, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations-Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21, LexisNexis , 25 mai 2015, p 21.

[3]- Rose-Noëlle SCHÜTZ, **LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS**, op.cit. p 48.

المطلب الثاني: فحص ركن مضمون العقد

يرى جانب من المضطلعين بقانون العقود الفرنسي بأنّه رغم تخلّي المشرّع عن ركن السبب بداعي الغموض والارباك، إلّا أنّ شبحه لا يزال يخيّم في كلّ مكان من القانون، وبالأخص ما حوته المادة 1162 من القانون المدني، ولا سيما بالنظر إلى مصطلح " son but" أي الغرض أو الهدف من العقد، الذي يعبّر ضمنًا على السبب والوظائف التي يؤدّيها[1]، ومهما يكن من أمر فإنّ مختلف الوظائف التي كان يؤدّيها كلًّا من المحل والسبب، أصبحت تُمارس من طرف شخصية قانونية واحدة وهي مضمون العقد[2]، على العكس من هذا يرى البعض الآخر أنّ المشرّع قد أخلط الأوراق، وزاد من الإرباك والغموض بتبنّيه هذا الركن وتخلّيه عن المحل والسبب اللذين ألفهما الفقه والقضاء، وأدخل مصطلحات أخرى غامضة ومتباينة التفسير، ثمّ يقول في التقرير المرفوع لرئاسة الجمهورية أنّه ما من داعٍ للقلق، وأنّ القسم المخصص لمحتوى العقد إنّما يتناول الحلول التي كرّستها السوابق القضائية، ومن ثمّة فإنّ قانون العقود يبقى على حاله رغم التخلّي عن شرط السبب، ويصفون هذا التبرير بالأسلوب المُقيت الذي ألفه المشرّع الفرنسي على حدّ قولهم، كونه يجعل النّاس يعتقدون أنّ كلّ شيء يتغيّر من دون تغيير شيء[3]، وفي خضمّ هذا كلّه وجب علينا فحص الركن الجديد من خلال الشروط الواجب توافرها فيه، وهي تلك التي كشفت عنها المادّة 1128 أعلاه، فضلًا عن المواد التي خصّصها له المشرّع، لنتبيّن مدى محافظة هذا الأخير على مفهوم المحل والسبب بالنّظر إلى الإبقاء على خصائصهما، وأنّ حذفهما لفائدة مضمون أو محتوى العقد ما هو إلّا خطوة شكلية لا غير، أم أنّ الأمر على خلاف

[1]- Daniel Mainguy, **LE CONTENU DU CONTRAT**, Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016), Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016, p 112.

[2]- Aurélien Bamdé, **« La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public »**, publier le 28 Février 2017, sur : https://aurelienbamde.com/2017/02/28/la-liceite-du-contenu-du-contrat-ou-la-conformite-de-ses-stipulations-et-de-son-but-a-lordre-public/ Visité le 20/05/2024.

[3]- Rose-Noëlle SCHÜTZ, **LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS**, op.cit. p 49.

ذلك، لكن قبل ذلك دعونا نتأمّل في مضمون العقد أو محتوى العقد، هذا المصطلح الذي كان يتردّد على أفواه القانونيين بصفة عامّة، لكن بعيدًا عن كونه ركنًا من أركان العقد، وعليه سنتناول مفهومه قبل التطرّق للشروط التي أخضعه إليها المشرّع.

الفرع الأول: مفهوم مضمون العقد

يُعتبر محتوى أو مضمون العقد الوافد الجديد على مكوّنات العقد، وهو ما جعله عرضة لأقلام الفقهاء والباحثين، من خلال البحث عن معناه سواء في المنظومة الفرنسية أو خارجها، وسنسعى إلى الوقوف على تعريفه بداية في المنظومة القانونية الفرنسية، ثمّ نعمل على تتبّع تعريفه في التشريع المقارن.

أولا: تعريف مضمون العقد في القانون الفرنسي

لقد أقرّ المشرّع الفرنسي صراحة بأنّ فكرة مضمون أو محتوى العقد ليست من بنات أفكاره؛ بل هو المصطلح الذي اعتمدته العديد من الأنظمة ومشاريع التنسيق القانوني الأوروبي، وهو في نفس الوقت ما يتمّ التعبير عنه بالمحل والسبب في صلب القانون الفرنسي، ويضيف المشرّع أنّ تحديد معالم مفهوم مضمون العقد يتمّ بالاستناد إلى القواعد المنصوص عليها في القسم الفرعي المخصص له، على غرار الكيفية التي تمّ التعامل بها مع شرطي التراضي والأهلية[1]، وعليه فقد أصبح مصطلح مضمون العقد فكرةً مركزية بتموضعها في نص المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي، وسيكون من المناسب معرفة ما تعنيه بالضبط في هذا المقام، حيث أنّه لا يوجد نص تشريعي يعطي تعريفًا لهذا المصطلح يُمكّننا من فهم محتواه، ومع ذلك توجد عدّة أشياء شديدة التنوّع قد تتيح فعل ذلك لكن بشكل غير مكتمل[2]، ومن بين هاته الأشياء نذكر مكوّنات المضمون العقدي، والتي عمل المشرّع على حصرها في بنود العقد أو شروطه "Stipulation" وهدفه أو الغرض منه

[1]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 11.
[2]- Eric SAVAUX, **Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170**, op.cit. p 21.

"But"، والتي أشار إليها بموجب نص المادة 1162 من نفس القانون[1]، فيما يرى البعض بأنّ القضاء قد وجّه تركيزه ومنذ مدّة على المنفعة أو المصلحة من العقد، وهو ما يُعرف في لغة القانون الحديثة باقتصاد العقد، وقد يبدو هذا المصطلح غامضًا ومبهمًا كونه لا يتسمّ بالدّقة، ومع ذلك فإنّ هذا المفهوم يوفّر مزايا تساعد على تجسيد محتوى أو مضمون العقد، ذلك أنّ المصطلح يسمح بتحديد الالتزام الأساسي من دون البحث أكثر في إرادة الأطراف المشتركة، من خلال عناصر ماديّة بحتة أكثر اتّساعًا ووضوحًا من المفهوم الكلاسيكي للسبب[2].

أمّا الفقيه "François Terré" فيؤكّد على أنّه من أجل تكوين عقد بشكل صحيح؛ لا بدّ من توافق بين إرادتي طرفيه، وهذا الاتفاق لا يحدث بشكل مجرّد، بل ينصبّ على محتوى معيّن، وهذه العبارة التي تبدو غامضة في حدّ ذاتها، وبمعناها الأكثر شيوعًا فهي تشير إلى جوهر العقد ومضمونه، ومن خلال المادة 1101 من القانون المدني التي تشير إلى تعريف العقد، وتقرّ بأنّه اتفاق إرادات على إنشاء أثر قانوني يتمخّض عنه التزامات، وعليه يمكننا القول بأنّ مضمون أو محتوى العقد الذي جعل منه المشرّع ركنًا في العقد، إنّما هو تلك الالتزامات التي تنشأ عنه[3]، لكن تحليل هاته الالتزامات لا يسمح بالحصول على تصوّر دقيق للمصطلح، حيث أنّ القانون الذي تمّ إصلاحه لا يوفّر الأدوات التي تسمح باختراق ما يغطيه "مضمون العقد"، خاصّة في ظلّ اختفاء تصنيف الالتزامات الذي احتواه قانون 1804، من دون أن يحلّ محلّه أي شيء[4]، ويرمي الفقيه في هذا المقام إلى حذف محتوى الالتزام الذي يتمثّل في إعطاء شيء، القيام بعمل أو الامتناع عن القيام به.

---

[1]– حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، " **مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016** "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد السابع عشر، العدد الأول، 2018، ص 672.

[2]- PHILIPPE LE TOURNEAU, **Droit de la responsabilité et des contrats "Régimes D'indemnisation"**, 13e édition, DALLOZ ACTION, 2023/2024, p 15/124.

[3]- François Terré et des autres, op.cit. p 384.

[4]- Ibid. p384.

ومن خلال ما تقدم يبدو لنا أنّ المشرّع قد تعامل بذكاء مع عمليّة تمرير الفكرة، وحسنًا فعل حين تحاشى تقديم تعريف لمصطلح "مضمون العقد"، لأنّ هذا من صلب عمل الفقه كما هو معلوم لدى العام والخاص، وقد لمّح المشرّع إلى ذلك عندما أكّد على أنّ مدلول هذا المصطلح يُفهم من خلال الأحكام التي خصّها به، كما نوّه إلى مسألة تبنّي المصطلح من طرف مشاريع مواءمة القوانين الأوروبية، وهي رسالة واضحة لمن يتمسّكون برمزية وقدسية القانون المدني، مفادها أنّ هاته المبرّرات قد عفى عنها الزمن ولا يمكن أن تقف حجر عثرة في طريق التقدّم رفقة التكتّل الاقتصادي الأوروبي، والذي تحتلّ فيه فرنسا مكانة لا يمكن الاستهانة بها، ثمّ لماذا هذا اللوم كلّه على المشرّع بداعي عدم تقديم تعريف لمضمون العقد؟ مع العلم أنّنا لم نسمع بأنّ المشرّع قد قدّم تعريفًا تشريعيًّا للسبب ولا حتّى للمحل، كما أنّ الفكرة متداولة على نطاق واسع في الفقه الفرنسي وقضائه، وليست على هاته الدّرجة من الغرابة للمنظومة القانونية الفرنسية، وقد أشار إليها ومنذ أكثر من ستّين (60) سنة الفقيه "Jean Carbonnier"[1]، واعتبره مرادفًا لمحلّ العقد في لغة القانون الحديثة على حدّ تعبيره.

ثانيا: تعريف مضمون العقد في التشريع المقارن

إذا كان شرط أو ركن مضمون العقد يُعتبر غريبًا عن التشريع الفرنسي، فإنّه على النّقيض منه في التشريعات المقارنة، حيث تُعتبر فكرة متأصّلة في هاته الأخيرة على غرار القانون الإسباني، البرتغالي، الألماني والهولندي وغيرها، ويبقى القانون الإنكليزي على رأس هاته التشريعات على مستوى الإقليم الأوروبي، فضلًا عن كونه أحد عناصر العقد في قانون العقود الأوروبي[2]، وسنأخذ تعريف مضمون العقد من القانون الإنكليزي على اعتباره يأتي في قمّة هرم التشريعات الأنجلوسكسونية، والتي تعتمد على السابقة القضائية كمصدر للقانون،

[1]- « Dans le langage moderne, on parlerait, plus concrètement, du contenu du contrat. Le langage du code civil peut sembler indécis, puisqu'il y est question indifféremment tantôt de l'objet du contrat, tantôt de l'objet de l'obligation… ». Jean Carbonnier, op.cit. pp 362-363.

[2]– حشلاف ملوكة، " **مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي** "، مجلّة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022، ص 1423.

حيث يعتبر هذا النّظام البنود التي يدرجها الأطراف في عقدهم بمثابة المادة التي تشكّل محتوى أو مضمون هذا الأخير، فهي التي تعبّر عن إرادة الأطراف، سواء كان العقد شفهيًّا أو اتّخذ شكلًا مكتوبًا، وسواء أكانت هاته البنود صريحة أو ضمنية، ووفقًا لها سيتمّ تنفيذ هذا المحتوى الذي يُعبّر عن حقوق والتزامات الأطراف[1]، وتنقسم هذه البنود إلى عدّة أنواع، حيث يتمثّل النّوع الأول في الشروط التي يتحدّد على ضوئها ما لكلّ طرف وما عليه، وينشأ عن الإخلال بهاته الشروط حق فسخ العقد في مواجهة الطرف المخل، أمّا النّوع الثاني فيتجسّد في الضمانات والتي تخول لصاحب الحق طلب التعويض دون فسخ العقد، خاصّة في حالات التنفيذ النّاقص، غير أنّ المشرع الفرنسي يرى أنّه في حال إغفال جودة الأداء، مع عدم الإشارة إلى كيفية التعامل مع هذه المسألة في العقد، يستوجب تقديم أداء يستجيب لتطلّعات أو توقّعات الدائن المشروعة من العقد، ويكون ذلك بالنّظر إلى طبيعة التعامل والأعراف السّائدة[2]، أمّا النّوع الثالث فيتعلّق ببنود الإعفاء من المسؤولية أو الحدّ منها، وشرط الإعفاء من المسؤولية يتمّ تقريره لفائدة طرف دون الآخر، مثل انتفاء مسؤولية الناقل أو صاحب الفندق عن الأمتعة والأغراض الثمينة غير المصرّح بها، والحدّ من المسؤولية كتقييد التعويض في حدود مبلغ معيّن، كما تفعل بعض شركات التأمين على سبيل المثال، أمّا النّوع الأخير فيتعلّق ببنود واتفاقات تسوية المنازعات، حيث تتضمّن طرق حل وتسوية النّزاعات التي يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد والجهات المعنية بذلك[3].

تضمّن الفصل السادس من مدوّنة مبادئ قانون العقود الأوروبي (PDEC) الإشارة إلى مضمون العقد، حيث اعتبر أنّ أوّل مكوّناته هي تصريحات الأطراف وإقراراتهم، وهي تلك

---

[1]– يونس صلاح الدين علي، " **مضمون العقد كركن جديد من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي – دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الإنكليزي والعراقي** "، مجلّة الرافدين للحقوق، المجلد التاسع عشر، العدد الثامن والستون، 04 أكتوبر 2018، ص 07.

[2]– حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، المرجع السابق، ص ص 676–678.

[3]– المرجع نفسه، ص 679 وما بعدها.

التي تنشأ عنها التزامات سواء كانت في مرحلة التفاوض أو عند إبرام العقد، وقد ساوى بين الالتزامات الصريحة والالتزامات الضمنيّة التي تُستشفّ من إرادة الأطراف وسلوكهم، كما أشار إلى مسألة السعر ومختلف الأحكام التي على ضوئها يتمّ تحديده، سواء كان بطريقة مباشرة في العقد أو ضمنيًّا من خلال النّص على طرق تحديده، كما يمكن أن يُسند هذا الأمر إلى أحد الأطراف أو طرف ثالث خارج عن العقد[1]، هذا وقد تناول الباب الثالث من قانون العقود الأوروبي، الخصائص الواجب توافرها في مضمون العقد والتي تتعلّق أساسًا بالمصلحة أو المنفعة التي يرمي كلّ طرف إلى تحقيقها، مع ضرورة أن يكون المضمون ممكنًا ومعيّنًا أو قابلًا للتعيين، بالإضافة إلى طبيعته المشروعة وخلوّها من أيّ تعسّف[2]، وفي الأخير يمكن القول بأنّ مضمون العقد هو بشكل عام الالتزامات التي يتضمّنها العقد بحدّ ذاته، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، صريحة أو ضمنيّة تُستشفّ من إرادة الأطراف المشتركة أو الظروف التي أحاطت بالعمليّة التعاقدية، على أن لا يتنافى موضوع وتنفيذ هاته الالتزامات مع النّظام العام والآداب، فضلًا عن كون محلّها ممكنًا وموجودًا أو قابلًا للوجود، معيّنًا أو على الأقلّ قابلًا للتعيين.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في ركن " مضمون العقد "

بالرّجوع إلى المادة 1128 من القانون المدني نجد أنّ المشرّع قد نصّ صراحة على الشروط الواجب توافرها في ركن مضمون العقد، حيث أشار إلى ضرورة أن يكون المضمون مشروعًا ومؤكّدًا، وهذا هو مربط الفرس، فشرط المشروعيّة هو الذي كان مرتبطًا بركن السبب في المادة 1108 من القانون المدني القديم، وفي نفس الوقت تشير المادة ذاتها إلى ضرورة أن يكون المحل مؤكّدًا، وهذا ما جعل جانبًا كبيرًا من القانونيين الفرنسيين وغير الفرنسيين، يُقرّون بأنّ شيئًا لم يتغيّر ما عدا الحذف المصطلحي لركني المحل والسبب، إلّا

[1]- LES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS, sur : https://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/pecl_part1e2_francese.pdf .Visité le 06/10/2024.
[2]- Eric SAVAUX, **Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170**, op.cit. p 21.

أنّ هناك من يرى بخلاف ذلك، وهذا ما يدعونا لاستعراض هاته الآراء من خلال ما قدّموه من مبررات لإثبات وجهات نظرهم، على ضوء المواد التي شرح بها المشرّع فكرة مضمون العقد، وهذا بالتطرّق لشرط المشروعية ثمّ الوقوف على فحوى المضمون المؤكّد.

أولا: شرط مشروعية مضمون العقد

يرى البعض من الذين لم يهضموا الإصلاح الذي طال القانون المدني الفرنسي في مسألة أركان العقد، أنّ التخلّي عن السبب إنّما هو خطأ استراتيجي مزدوج ارتكبه المشرّع، ففي المقام الأوّل هو بمثابة ضرب للاستقرار والتماسك الذي يمتاز به القانون المدني، والذي تمّ بناؤه عبر عقود من الزمن، وإن كان قد احتاج إلى الإصلاح في بعض جوانبه، لكن ليس لدرجة أن يصل الأمر إلى التخلّي عن أحد المكوّنات العملية والرمزية للقانون المدني الفرنسي، فضلًا عن كونه أداة رقابية فعّالة في يد القاضي لحماية المصلحة الخاصة والمصلحة العامّة معًا[1]، أضف إلى ذلك أنّه يمسّ بالتأثير الدولي للقانون الفرنسي، خاصة في ظلّ تبنّي الفكرة من طرف العديد من الدول في العالم، سواء بالنّسبة لدول أمريكا الجنوبية والدول الأفريقية، بل وحتى جنوب وشرق أوروبا، وعليه فإنّ التخلي عن السبب يبعث برسالة فرنسية غير ناطقة، تعلن أنّ فرنسا لم تعد تنوي أن تكون نموذجًا لدول العالم في مجال القوانين، وبالأخص في القانون المدني[2]. كما أنّ العبارة التي صيغت في المادة 1162 الجديدة، والتي تؤكّد على ضرورة عدم مخالفة هدف أو غرض العقد للنظام العام هي أكثر إشكاليّة، فالهدف ليس له علاقة بالمحتوى، ذلك أنّ ما يجب أن نأخذه في الاعتبار هو التصرّف في حدّ ذاته، والذي يمكن الوقوف على مشروعيته من خلال تفعيل تقنية "السبب"، أي أنّ محتوى العقد أو مضمونه لا يوصلنا إلى سبب إبرامه، فالمضمون والهدف منه لا يمكنهما أداء وظيفة السبب، وما إن يتمّ تمييز الهدف (الغاية) عن المضمون الذي هو بمثابة

[1]- Romain BOFFA, **La validité du contrat en droit français**, op.cit. p 61.
[2]- Ibid. p 62.

الوسيلة، فإنّ هذا المفهوم الذي تقرّه المادة أعلاه يتزعزع[1]، ومن خلال هذا التحليل يبدو لنا أنّ صاحب الفكرة يرى أنّ الارتباط بين المحتوى أو المضمون وبين الهدف لا يرقى إلى أداء الوظيفة التي كان يؤدّيها السبب، ويبدو أنّ جانبًا كبيرًا من الفقه ومختلف الباحثين يرون عكس ذلك، وهو الرأي الذي نسانده بالنّظر إلى الحجج التي يستند إليها، ويكفي أن نرجع إلى بعض التعاريف الفقهية التي حظي بها السبب حتّى نلمس التطابق شبه الكامل بين السبب والهدف، وكنّا قد أشرنا إلى التعريف الذي أورده الأستاذ "السنهوري"، كما أنّ جانبًا من الفقهاء الفرنسيين يقرّ ذلك، حيث يرى أغلبهم أنّ السبب يُفهم على أنّه الهدف الذي يسعى إليه الطرفان المتعاقدان[2]، وعليه يستوجب أن يكون مشروعًا وهذا ما أشارت إليه المادة 1162، وسنسعى إلى توضيح محافظة المشرّع على موقفه في هذا الجانب، من خلال الإبقاء على آليات الرقابة والنقاط المستهدفة منها.

1- وسائل الرقابة على مشروعية العقد:

لطالما كان النّظام العام معيارًا لقياس مدى مشروعية التصرفات القانونية عامّة، والعقود على وجه الخصوص، ويبدو أنّ المشرّع المدني قد حافظ على هذا المصطلح في نص المادة 1162 أعلاه، لكنّه وبالمقارنة بالقانون السابق يبدو جليًّا أنّه تخلّى عن مصطلح الآداب "Les bonnes mœurs"(الأخلاق الحميدة)، على الأقل بالنّسبة لهاته المادة في الجانب المصطلحي، فهل يكون قد أسقطها سهوًا أو أنّ ذلك كان لسبب وجيه؟ سنحاول تقصّي الإجابة بالتطرّق للآداب العامّة بعد أن نتناول النظام العام من منظور فقهي.

أ- النظام العام:

من دون الخوض في تعريف النّظام العام أو تقصّي مفهومه بشكل خاص، فضلًا عن كون الخصائص التي يتمتّع بها هذا المصطلح كفيلة بجعلنا نتفادى التعمّق في هاته

[1]- Eric SAVAUX, **Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170**, op.cit. p 22.
[2]- François Terré et des autres, op.cit. p 586.

المسألة، ولذا يبقى من المستحسن دومًا معرفة محتوى هذا الأخير والغرض منه، بمعنى أنّه يجب علينا التساؤل عن القواعد التي تشكّل النّظام العام، والمصلحة التي يرمي إلى تحقيقها أو يسعى إلى حمايتها، وسيكون الجواب ومن دون تردد أنّ القواعد التي تشكّل النظام العام تنقسم إلى قسمين اثنين، قواعد ذات صبغة تشريعية وأخرى يتمّ تحديد طبيعتها من طرف القضاء، والتي تهدف بالأساس إلى حماية المصلحة العامة[1]، ما يعني أنّ النظام العام بات بهويّة مزدوجة كما أشرنا سابقًا لدى حديثنا عن الحريّة التعاقدية، وضرورة احترامها لقواعد هذا الأخير، حيث تكمن الهويّة الأولى في النّصوص والقواعد القانونية المكتوبة، وهي التي يكون مصدرها التشريع، وأخرى غير مكتوبة يتمّ تحديد معالمها من طرف القضاء وبالتالي هي من طبيعة اجتهادية غير مكتوبة، وكما يرى البعض بحق أنّه لا يجب الاعتقاد بأنّ كل القواعد ذات الأصل التشريعي هي من النّظام العام، إذ يجب التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكمّلة، هاته الأخيرة التي يمكن الاتفاق على مخالفتها، كما أنّ الأولى يمكن الاستفادة من الاستثناءات الواردة عليها[2]، وأمّا المفاهيم المتعلّقة باجتهادات القضاة تبقى السلطة التقديرية فيها للقضاء في حدّ ذاته، وعلى الرغم من أنّها تخضع للرقابة لكنّها تبقى دومًا في إطار محصور، تحت إشراف المبدأ المستقر عليه وهو التقاضي على درجات.

وبشكل عام وبالنّظر إلى خاصيّة التطوّر التي يتميّز بها النّظام العام، والتي تقتضي بالضرورة تغيّر محتواه على مرّ الزمن باستمرار، يجب دائمًا مراجعة محتوى هذا الأخير، وتبقى بعض المسائل ذات موقف ثابت تجاه العمليات التعاقدية، وهي استحالة إبرام عقود تخالف النظام المتعلّق بالقانون الدستوري أو العمل الإداري للدولة، وغيرها من المسائل ذات الصلة بكيان الدولة وأمنها وسيادتها، والتي لا يمكن حصرها في بضعة أسطر، وقد ظهرت

[1]- Aurélien Bamdé, **La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public**, op.cit. p 4-5.
[2]- Ibid. p 04.

عدّة مصطلحات تدلّ على التنوّع الذي وصل إليه النّظام العام، كالنّظام العام المهني والنّظام العام الاقتصادي والنّظام العام الدولي وغيرها[1].

ب- الآداب العامّة:

لقد تمّ الاستغناء عن مصطلح الآداب العامة في صلب المادة 1162 أعلاه، وهذا ما يثير اليوم الكثير من الخلافات بشأنه، ومردّ ذلك إلى المطالبة بضرورة وجود معالجة قانونية لبعض الممارسات اللّاأخلاقية التي تُفرغ في شكل عقود واتفاقيات، وعليه يتمّ إدماج الآداب في قواعد النّظام العام بحيث يكون اللجوء إلى هذا الأخير مُغنيًا عن غيره، ومنه يكون كل ما هو ليس بممنوع في الغالب العام غير منافي للآداب، وهذا ما يجب النّظر إليه على أنّه مظهر من مظاهر تنامي الحريّات الفردية والشخصية[2]، هذا التوجّه كفيل ببناء تصوّر عن أنّ حذف الآداب من المادّة 1162 كان عن قصد من طرف المشرّع، وما يزيد التأكيد على هذا الأمر حذفه من المادة 1102 عند تناوله للحريّة التعاقدية، ويبدو أنّ المشرّع قد اعتبر هذا من الألفاظ التي عفى عنها الزمن، وأنّ القضاء قد تخلّى عنه تدريجيًّا لصالح مفهوم النّظام العام[3]، مع العلم بأنّ جانبًا من الفقه أيضًا يَدعم هذا الطّرح، حيث يرى بأنّ الأخلاق الفاضلة ما هي إلّا جزء من النّظام العام أو على الأقلّ تمثّل جانبًا من قواعده، فالالتزامات غير الأخلاقية هي التزامات من طبيعة خاصة، أي أنّ طابعها المذموم يرجع إلى معيار الأخلاق وليس لنص القانون، ولكنّها تُشكّل جزءًا لا يتجزأ من النّظام العام، وأنّ صمت المشرّع عنه في هذا الموضع لا يعني بالضرورة التخلّي عنه[4]، ومنه يثور التساؤل عن إمكانية إبرام عقود غير أخلاقية وتتنافى مع الآداب؟ تتأتي الإجابة عن هذا التساؤل بالنّفي؛ إذ أنّه من الخطأ التسليم بإمكانية إقبال الأطراف على إبرام عقود تنتهك القيم الأخلاقية

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 563.
[2]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, droitdescontrats.fr, année/numéro de mise à jour (ex. 2024/2), sur : https://droitdescontrats.fr/Grimaldi.edit.html. Visité le 25/09/2024.
[3]- François Terré et des autres, op.cit. p 575.
[4]- PHILIPPE LE TOURNEAU, op.cit. p 5/112.

الأساسية بشكل واضح ومفرط، لأنّه سيكون للقضاة دائمًا السّلطة لإخضاع هذه الاتفاقيات والعقود للآداب والقيم الأخلاقية، إمّا باسم النّظام العام بتوسيع مفهومه، أو من خلال التطبيق المباشر للمادة السادسة (06) من القانون المدني، التي لا تزال مُحافظةً على ضرورة خضوع الاتفاقيات الخاصة للآداب في صلب نصّها، أو حتّى تطبيق المبادئ العامّة للقانون أو ربّما لجوء القضاة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان[1]، وفي الأخير وعلى حدّ قول أحد الأساتذة الفرنسيين، يجب أن نأسف لزوال الآداب من نص المادة 1162، رغم أنّه من الممكن أن تندرج تحت لواء النّظام العام، إلّا أنّ مظاهرها يبدو أنّها أصبحت أكثر ندرة، فالفكرة أضحت محلّ تجاهل بالنسبة لمشاريع القوانيين الأوروبية، على الرغم من أنّها تعكس وجود قيم عليا للإلهام الأخلاقي، الذي يجب علينا دومًا التذكير به، في زمن بات يواجه موجة من التسليع لكل الأشياء ومختلف الأنشطة، بل وتعدّى الأشياء إلى أمور أخرى لا تدخل في دائرتها، في مشهد طغت فيه النظرة الماديّة المجردة على القيم والمبادئ، وحتّى الاحترام الضروري أو اللازم لبعض الحقوق الأساسية المتعلّقة بكرامة الإنسان[2]، هاته الأخيرة التي يجب على الجميع أن يعلم بأنّها بمثابة صخرة؛ يجب أن تنحني أمامها وتقف دونها كلّ الممارسات والسلوكيات، خاصة تلك التي كانت محظورة في المجتمع وتمّت استباحتها تحت مسمّى الحريّات الفردية أو الشخصية، لأنّ حماية كرامة الإنسان تتمتّع بقيمة دستورية[3].

2- العناصر التي تستهدفها الرقابة (المشروعيّة):

من خلال حكم المادة 1162 والتي أكّدت على عدم جواز مخالفة العقد للنظام العام، من خلال شروطه ومن خلال الهدف منه، سواء كان هذا الأخير معلومًا لدى جميع الأطراف أم غير معلوم، يبدو جليًّا من عبارات النّص الواضحة أنّ العناصر المستهدفة بالمشروعيّة هي شروط العقد وهدفه، وسنسعى لدراسة كلّ عنصر على حدى.

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 558.
[2]- Eric SAVAUX, **Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170**, op.cit. p 22.
[3]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, op.cit. p 326.

أ- مشروعيّة شروط العقد:

إنّ عبارة يجب أن لا يحيد العقد عن النّظام العام بشروطه في المادة 1162، تعني بداهة ما يسمّى في صلب القانون السابق بمحل الالتزام، الذي أتى على ذكره المشرع بموجب المادة 1108 من القانون السابق، فلفظ الشروط يعبّر عن مادة الالتزام التعاقدي برمّته، إذ يشمل الأشياء التي يتمّ تحديد مشروعيتها بحسب كونها تندرج في نطاق المعاملات التجارية أو هي خارجها، وكذلك الأداءات المتقابلة للأطراف وحتّى التوقّعات التعاقدية لهم، وهو ما يفهم منه وجوب مشروعيّة العمل المراد القيام به أو الامتناع عنه، ويمكنها أن تشمل حتّى بنود العقد، وفي هذا الشأن أقرّت المادّة 1304-1 وجوب مشروعيّة الشرط صراحة وإلّا اعتبر الالتزام باطلًا[1]، وفي الواقع العملي تبدو عمليّة الرقابة على الشروط بصفة عامّة بعيدة عن إثارة الصعوبات، فالسلع أو المنتجات المقلّدة مثلًا لا يمكن أن تكون محلًّا للبيع، ونفس الشيء يسري على نقل أو تحويل البيانات الشخصيّة للعملاء غير المصرّح بها للغير، لأنّها تقع خارج نطاق التعامل، غير أنّ الصعوبات قد تنجم عن تقييم أو تحديد الطبيعة القانونية لبعض الأداءات، فمن المبالغ فيه اعتبار شيء ما تمّ تصنيعه أو تعديله أو تشييده من دون التراخيص المطلوبة، خارج نطاق التعامل وبالتالي إبطال العقد الذي انصبّ عليه، فإذا كان بيع المخدرات واضحًا، فالأمر ليس كذلك في حال بيع شقّة تمّ بناؤها دون رخصة البناء[2].

لقد بدى واضحًا أنّ الإصلاح الذي شهده القانون المدني يُكرّس ما اتجهت إليه السوابق القضائية ودعت إليه الآراء الفقهيّة، من حيث مشروعيّة محل الالتزام الذي يجعل الطرف الآخر ملتزمًا في عقود المعاوضة، خاصة من حيث فهمه على أنّه الأداء المقابل، وبهذا يكون قد أزال الغموض الذي كان في القانون القديم، خاصة لجهة تداخل مشروعيّة السبب

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 586. Voir aussi Aurélien Bamdé, « **La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public »,** op.cit. p 14.
[2]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, op.cit. p 331

مع مشروعيّة المحل، وجمع في ذات الوقت بين مشروعيّة محل الالتزام ومشروعية محل العقد، وأنّ مشروعيّة هذا الأخير يتمّ تقديرها على ضوء ما ورد فيه من شروط[1].

ب- مشروعية هدف العقد:

بالإمعان جيّدًا فيما جاءت به المادة 1162 خاصّة لدى إشارتها لهدف العقد الذي يستوجب عدم مخالفة النّظام العام، ندرك جليًّا أنّ المشرّع نفى التخلّي المزعوم عن ركن السبب، إذ عمل على تحويله فقط إلى لفظ الهدف، محتفظًا في نفس الوقت بالمعنى والوظيفة التي يؤدّيها السبب[2]، أو بالأحرى مجموع الوظائف التي لا يمكن أبدًا إزالتها، فالمعنى الذي تضمّنته المادة أعلاه ما هو إلّا تعبير عن سبب العقد وفقًا لما هو سائد في الرقابة على صحّة العقد، أمّا الإشارة التي انطوى عليها نص المادة 1169 من القانون المدني، والتي أقرّت بأنّ العوض أو المقابل المتفق عليه إذا كان وهميًّا أو تافهًا، فإنّه يجعل من العقد الملزم لجانبين باطلًا، فهذا الحكم لا يعدو إلّا أن يكون سببًا للالتزام، فضلًا عن حكم المادة 1170 والتي جعلت من كلّ بند أو شرط يُفرغ الالتزام الأساسي للمدين من محتواه أو جوهره كأن لم يكن، أي أنّه في حكم العدم، وما هذا إلّا تكرار للحكم القضائي الصادر في إحدى القضايا الشهيرة في القضاء الفرنسي في حق شركة النقل السريع "Chronopost"، والتي تمّ الفصل فيها على أساس زوال سبب الالتزام[3]. وبالرجوع إلى نص المادة 1162 وبالضبط إلى لفظ الهدف فإنّه يعكس مفهوم السبب ولا مجال للشك في ذلك، وبهذا تدعو المادة إلى معنى شمولي للسبب، بمنحه مرادفًا يسمح للقاضي ببسط رقابته كما في السابق، فالهدف بصفة عامّة سواء أكان القريب المباشر أو البعيد غير المباشر، يخاطب النيّة الأساسية للأطراف بمعنى الدّوافع التي أملت الالتزام وبعثت على التعاقد، فتحليل

[1]- Aurélien Bamdé, « **La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public** », op.cit. p 15.
[2]- Daniel Mainguy, **LE CONTENU DU CONTRAT**, op.cit. p 113.
[3]- Mustapha Mekki, « **La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus** », op.cit. p 13.

الدّوافع يعني بالضرورة تجاوز مجرد البحث عن وجود نظير الالتزام، وهو ما يفسح المجال أمام الهدف بجعله عنصرًا لتقييم العقد، ليس من حيث فعاليته فقط، ولكن من حيث مشروعية المعاملة بشكل عام[1]، وبهذا يكون واضعوا الأمر المتعلّق بإصلاح قانون العقود الذين تخلّوا عن السبب في لفظه، قد عملوا على حماية المصلحة العامّة إلى جانب المصلحة الشخصية للأطراف، بتوسيع مظلّة المشروعيّة لتشمل السبب الموضوعي والسبب الشخصي أو الذاتي في نفس الوقت في نص واحد[2]، وإن كان البعض يرى بأنّ التوجّه الذي كان يقوم عليه البعد الذّاتي البحت للسبب قد تمّ تجاوزه من قبل المشرّع، من حيث الاستعاضة عن ركني السبب والمحل بمضمون العقد، وتبنّي مصطلح الهدف في نص المادة 1162، فالهدف من العقد هو ذلك المأمول منه، أي الهدف القريب ذو الصبغة الموضوعيّة، والذي من المحتمل أن يتمّ التصريح به من قبل الأطراف بحيث يكون معلومًا بينهم، بينما تكمن الغاية من التعاقد في الهدف البعيد الذي يسعى إلى تحقيقه كل طرف، وهو ما يضفي عليه صبغة شخصية، والتي لا تحتاج إلى التصريح بها في مضمون العقد في الغالب الأعم[3].

ثانيا: شرط المضمون المؤكّد

رغم تخلّي المشرّع عنه رسميًّا في نص المادة 1128 من القانون المدني الحالي، يعود مصطلح "المحل" في صلب المادة 1163 من نفس القانون، وهو ما يدلّ على أنّ إزالته أصعب من إزالة السبب[4]، لكنّ يبدو أنّ المشرّع قد تناوله في هذا الموضع بغرض الإشارة إلى "الأداء"، حيث يقرّ بأنّ هذا الأخير يمكن أن يكون محلًّا للالتزام بموجب نصوص

[1]- Hania Kassoul, **L'après-contrat**, Thèse de doctorat, Université côte d'azur, 10 novembre 2017, p 101.
[2]- François Terré et des autres, op.cit. p 600.
[3]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الاعتبار الموضوعي": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 397.
[4]- Luc GRYNBAUM, « **Réforme du droit des contrats : synthèse du droit français et convergences avec le droit européen** », Rev LAMY, N° 124, Mars 2016, p 42.

القانون المدني، والشيء الملاحظ أنّ المشرّع لم يتطرّق إلى مفهوم الأداء ولم يعمل على تعريفه من الأصل، كما أنّ هذا الوافد الجديد لا يحظى بتفسير واحد على مستوى الفقه، وقد ألحق به المشرّع الأوصاف التي كانت مقررة للمحل قبل الإصلاح الذي مسّ قانون العقود، خاصّة لجهة التعيين الذي يمكن إسناده لعدّة معايير بل ويمكن تحديد السعر من جانب واحد، وهو الأمر الذي قد ينجم عنه التخفيف من قواعد التعيين في العقد من قبل الأطراف[1]، هكذا يرى جانب من المناهضين للتوجّه الجديد للمشرّع، والرافضين لفكرة التحوّل في تعامله مع العقد بمعطيات جديدة تتماشى مع التحولات الاقتصادية والقانونية الحاصلة، ويبدو أنّهم يديرون الظّهر للمجهود المضني الذي بذلته عدّة أطياف قانونية في هذا الشأن، ثمّ إنّ عمليّة تحديد الأداء النقدي لن تُترك بلا رقابة بدون شك، ناهيك عن كونها مسألة وليدة الممارسة الميدانية واكبتها اجتهادات قضائية، كان لها الفضل في إرساء بعض المبادئ التي كرسها إصلاح 2016، على الرّغم من عدم استقرار السوابق القضائية في هذا الشأن في البداية، لتهدأ بعدها الأوضاع وتستقرّ المحاكم على حلول موحّدة.

بداية لا يمكن بأي حال من الأحوال غضّ الطّرف عن المحتوى الثّري لنص المادة 1163، والذي جمع مختلف الخصائص أو الأوصاف التي يستوجب توافرها في الأداء، هذا الأخير يبدو جليًّا أنّه أخذ مكان محلّ الالتزام بصريح النّص، وعليه قضت هاته المادة بإمكانية أن يكون الأداء حالّا أو مستقبلًا، وقد تناول المشرّع المحل المستقبل بنص المادة 1130 من القانون السابق، وقد تطرقنا لهاته المسألة لدى تعرّضنا لشروط المحل ولا داعي لتناولها بدافع تفادي التكرار، ويبقى الشيء الملاحظ هو تخلّي المشرّع عن الإشارة إلى التصرّف في تركة شخص على قيد الحياة، ثمّ تُلحّ نفس المادة على وجوب أن يكون هذا الأداء ممكنًا ومعيّنًا أو قابلًا للتعيين في فقرتها الثانية، وهاته الفكرة كانت مكرّسة بنص المادة 1129 من القانون السابق، مع تخلّي المشرّع عن لفظ "الشيء" الذي يبدو أنّه يُضيّق

[1]- Rose-Noëlle SCHÜTZ, **LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS**, op.cit. p 49.

واسعًا، هذا ولم يغفل المشرّع عن جودة الأداء التي خصّص لها نص المادة 1166 من القانون المدني الحالي، حيث قضت بأنّه في حال لم تكن جودة الأداء معيّنة مسبقًا أو قابلة للتعيين بموجب العقد، التزم المدين بأداء ذي جودة تتفق مع التطلّعات أو التوقعات المشروعة للأطراف، مع وجوب مراعاة طبيعة الأداء في حدّ ذاته والأعراف السائدة دون إهمال قيمة الأداء المقابل، وعليه يمكننا القول بأنّ المشرّع قد عمل على ذكر جميع الشروط الواجب توافرها في "الأداء"، وهي نفسها الواجب توافرها في "المحل" في السابق، والتي استقر عليها الفقه والقضاء. هذا ويبدو أنّ حالة الأداء النقدي قد استحوذت على قدر معيّن من اهتمام المشرّع، وهو ما نلمسه من حجم المواد التي عالج بها ركن مضمون العقد، وسنحاول التعرض لهذا العنصر الذي يشكّل الرصيد الاقتصادي للعقد، كما أنّه من بين الأمور المستحدثة في إصلاح قانون العقود، وذلك من خلال معالجة طريقة تعيين الأداء النقدي، ثمّ الانصراف إلى الرقابة المفروضة على عمليّة تعيينه.

1- طرق تعيين الأداء النقدي:

تقتضي المعاملات التي تتمّ في شكل عقود المعاوضة؛ نشوء الالتزام بدفع مبلغ معيّن من النقود، هذا الأخير قد يأخذ عدّة أشكال، كما أنّه يندرج تحت بعض المسمّيات بحسب نوع العقد، كالثمن في عقد البيع وبدل الإيجار في عقد الإيجار، والراتب قي عقد العمل والعمولة في بعض عقود الوكالة وغيرها، ويتعلّق هذا المبلغ إمّا بالشيء محل الأداء أو بالخدمة المقدّمة[1]، وقد كان من المستقرّ عليه وجوب تحديد مقدار هذا المبلغ مسبقًا، ليس عند إبرام العقد بل عند صدور الإيجاب من أحد الأطراف، إذ يُعتبر الإيجاب خاصة في عقد البيع قائمًا بالمعنى القانوني إذا تضمّن العناصر الأساسية للعقد، وإذا خلا من أحدها عُدّ مجرّد دعوة للتعاقد، لكن التطوّرات الحاصلة كشفت عن عقود يمكن إبرامها من دون تحديد الأداء النقدي فيها، وهي تدخل في نطاق الفقرة الثالثة من المادة 1163 التي جاءت على

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 409.

عمومها، حيث بيّنت المعايير التي يستند إليها تعيين الأداء بما فيها الأداء النّقدي، ولم يكتفي المشرّع بذلك بل سمح بإمكانيّة تحديد مبلغ الأداء من جانب واحد، أي من قبل أحد أطراف العقد.

أ- معايير تعيين الأداء النقدي:

إنّ الإشكال الذي يظهر عادةً فيما يتعلّق بالأداء النقدي؛ هو أنّ هذا الأخير لا يعرف الاستقرار، فلا يمكن أن يكون السعر أو الثمن ثابتًا دومًا، سواء أتعلّق الأمر بشيء من الأشياء أو بخدمة معيّنة فهي عرضة للتقلّبات، بمعنى أنّ السعر أو الثمن المعلن عنه اليوم لا يمكن أن يكون هو نفسه في الغد، وهو ما يجعل من العقود الزمنيّة تعاني من الصعوبة في تحديد المقابل النقدي فيها لحظة إبرام العقد[1]، أمّا بالنسبة لعقود الخدمات فإنّه من المنطقي أيضًا إرجاء تحديد قيمة الأداء النّقدي فيها، ومردّ ذلك إلى طبيعة الكثير من الخدمات التي لا يكون من السهل تقدير قيمتها إلّا بعد أدائها، بالنّظر إلى عدم معرفة الوقت الذي تستغرقه والجهد الذي تستنزفه الإجراءات والأعمال التي تتطلّبها، ومثال ذلك العقد النّاشئ بين المحامي وموكّله في أنواع معيّنة من القضايا، حيث يكون من البداهة عدم القدرة على تحديد قيمة الأداء النّقدي فيها مسبقًا[2]، ولقد كان لشرط تعيين الأداء النقدي أو تحديد الثمن والسعر ماضٍ مضطرب، إذ كان يرتكز على تطبيق المادة 1129 من القانون المدني السابق، والتي تستهدف جميع العقود دون تمييز، لكنّ المادة 1591 من نفس القانون والتي قضت بأنّ الثمن في عقد البيع يجب تحديده من قبل الأطراف مسبقًا، وبهذا يبدو أنّ الثمن ركن أساسي في عقد البيع ومتى تمّ صرف النّظر عن تحديده جاز الحكم ببطلانه، ومع

[1]- Aurélien Bamdé, « **L'exigence de détermination du prix et la réforme des obligations** », Le 13 Mars 2017, sur : https://aurelienbamde.com/2017/03/13/lexigence-de-determination-du-prix-et-la-reforme-des-obligations/. Visité le 31/10/2024.

[2]- Elodie Garoux, « **L'ARTICLE 1163 DU CODE CIVIL : LA CONSÉCRATION LÉGALE DE L'INDÉTERMINATION DU PRIX ?** », Le 16 Juillet 2021, sur : https://www.village-justice.com/articles/article-1163-code-civil-consecration-legale-indetermination-prix,39689.html . Visité le 31/10/2024.

ظهور العقود الإطارية ظهرت عقود التوزيع على وجه الخصوص، والتي يمكن اعتبارها سلسلة من المبيعات المحدّدة إلى حدّ ما، ومن هنا ثار التساؤل حول مدى إمكانيّة خضوع هاته الأخيرة لنص المادة 1591[1]، والواقع يثبت سعي المحاكم الفرنسية لإدخال نطاق هذه المادة على العمليّات التي لا تشكّل مبيعات حقيقية، ولكنّها تنتج نفس الآثار التي تنتجها عقود البيع اللاحقة عليها، وهو ما يؤكّده الحكم الصادر في 27 أفريل 1971 عن محكمة النّقض، والذي تمّ الحكم بموجبه ببطلان عقد الإطار لأسباب تتعلّق بالأداء النقدي، وعلى نفس النّهج أعادت الغرفة التجارية ذات الحلّ في حكمها الصادر بتاريخ 12 فيفري 1974 من أجل التحقق من صحة أحد العقود الإطارية، وقد تعرّضت هاته المواقف لانتقادات شديدة من قبل الفقه، والتي استنكرت تطبيق نص المادة 1591 على العقود التي لم يكن هدفها بيع منتجات معيّنة، بل كانت الغاية منها تحديد إطار لإبرام عقود لاحقة[2]، ويبدو أنّ هاته الانتقادات قد آتت ثمارها من خلال التغيّر الملحوظ في نهج المحاكم الفرنسية، حيث رفضت محكمة النّقض في حكمها الصادر في 09 نوفمبر 1987 الاعتراف ببطلان عقد التوزيع بالاستناد إلى عدم تحديد الثمن، لتعترف صراحة على لسان الغرفة التجارية في حكم لها صدر بتاريخ 16 جويلية 1991، بأنّه لم يعد من الضروري أن يتمّ تحديد الثمن في عقد الإطار، على أن يتمّ ذلك بحريّة بين الأطراف، حيث يخضع للمناقشة وقت إتمام البيع[3].

ومهما يكن من أمر فإنّ المشرّع قد وضع معايير عدّة لجعل مضمون العقد مُؤكّدًا، بما في ذلك الأداء النقدي الذي يمكن أن يكون قابلًا للتعيين، حيث جاء المعيار الأوّل ذاتيًا بامتياز، إذ يمكن استخلاصه من التوافق الإرادي للأطراف، أي من العقد في حدّ ذاته، كما تمّت الاستعانة بعدّة معايير أخرى، تتجسّد في الأعراف السائدة في التعامل، أو بالرجوع إلى العلاقات العقديّة التي سبق تكوينها بين الأطراف من دون الحاجة إلى اتفاق جديد، ناهيك

[1]- Elodie Garoux, op.cit. p 8.
[2]- Aurélien Bamdé, « **L'exigence de détermination du prix et la réforme des obligations** », op.cit. p 04.
[3]- Cass. com. 9 Novembre 1987, n°86-13.984. - Cass. com. 16 juill 1991. Aurélien Bamdé**, « L'exigence de détermination du prix et la réforme des obligations »,** op.cit. p 06.

عن المعايير المذكورة آنفًا والتي تضمّنتها المادة 1166، حيث قضت بإمكانية الاستعانة بالتوقعات المشروعة للأطراف من العلاقة العقدية، وطبيعة الأداءات المتبادلة مع التركيز على قيمة العائد منها[1]، وإن كانت هذه المعايير الأخيرة تتعلّق بجودة الأداء، أمّا تلك التي تضمّنتها المادة 1163 فهي تنطبق على الأداء النّقدي لأنّ المشرّع لم يستثنيه منها، رغم وجود من يرى بعكس ذلك، هذا وتضيف المادة 1167 حلًّا آخر في حال النّص على مؤشّر مساعد على تحديد الثمن أو تعيين أي عنصر آخر في العقد، وكان هذا المؤشّر غير موجود مسبقًا لسبب من الأسباب، أو أصبح غير موجود أو غير مُتاح لحظة التحديد أو التعيين، فإنّه يتمّ استبداله بأقرب مؤشر له، ولم يذكر المشرّع من يتولّى تحديد هذا الأخير، ويبدو من المنطقي أن يتمّ الاستناد إلى مؤشر يرتضيه الأطراف معًا أي بناءً على الإرادة المشتركة لهم، وفي حال عدم الاتفاق يتمّ اللجوء إلى القضاء الذي تكون له السلطة التقديرية في ذلك.

ب- تحديد الأداء النقدي من جانب واحد:

تناول المشرّع المدني الفرنسي مسألة تحديد الأداء النقدي من جانب واحد صراحة، وكان ذلك في موضعين اثنين، حيث جاء الأوّل بموجب نص المادة 1164 التي قضت بمُكنة الاتفاق على انفراد أحد الأطراف بتحديد الثمن في عقود الإطار، فيما كان الموضع الثاني بمقتضى نص المادة 1164 التي أجازت تحديد الثمن من طرف الدّائن به في عقود الخدمات، وقد جاءت هاته الأحكام على سبيل الحصر بالنسبة للعقود التي يسمح فيه القانون بتحديد الأداء النقدي من جانب واحد، وقد برّر واضعو إصلاح قانون العقود هذا النهج الذي ساروا عليه، بمراعاة تطور العقود من خلال الممارسة وواقع المعاملات الاقتصادية، فضلًا

[1]- منى نعيم جعاز وجليل حسن الساعدي، " **أثر استحداث فكرة مضمون العقد على ركني المحل والسبب - دراسة في القانون المدني الفرنسي** -"، مجلّة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، مصر، العدد التاسع، أكتوبر 2021، ص 13.

عن السوابق القضائيّة التي تطوّرت هي كذلك في هذا السياق، خاصّة منذ صدور الأحكام الأربعة ذات الصلة بتحديد قيمة الأداء النقدي بتاريخ 01 ديسمبر 1995، والتي تناولت مسألة تحديد الثمن من جانب واحد في عقود الإطار، وهو الأمر الذي تسمح به أغلب الدول الأوروبية، وعلى نفس المنوال وتكريسًا للسوابق القضائية التي أقرّت بإمكانيّة تحديد الثمن من جانب واحد في عقود الخدمات، عندما لا يتمّ تحديده قبل تنفيذ هذه الأخيرة[1]، ويُعرّف عقد الإطار على أنّه اتفاق يحدّد بموجبه الأطراف القواعد الأساسية التي ستخضع لها عمليّة إبرام العقود اللاحقة، هذه الأخيرة سيتمّ تنفيذها وفقًا لما تضمّنه عقد الإطار، أي أنّ الأطراف تسعى إلى وضع قالب لعلاقاتهم المستقبلية، وهذا القالب يتّسم بالمرونة الكافية التي تسمح بتكييف العلاقات التي ستستمرّ مدّة من الزمن، ووضعها في إطار واحد يُتيح صياغة الكثير من العقود المتتالية، مع بعض التغييرات الطفيفة بحسب الحاجة[2]، وهو تقريبًا نفس المعنى الذي جاءت به المادة 1111 من القانون المدني، التي أعطت تعريفًا لعقد الإطار على أنّه ذلك الاتفاق الذي تتجه فيه إرادة الطرفين إلى تحديد الخصائص العامّة لعلاقاتهما التعاقدية المستقبلية، التي ستكون بمثابة عقود تطبيقية لعقد الإطار تتضمّن شروط تنفيذه، والشيء الملاحظ هو عدم تطرّق المشرّع لتعريف عقد الخدمة في نصوص القانون المدني، على الرّغم من أهميّته، مكتفيًا بالتعرّض لقد الإطار عند تناوله للعقود المسمّاة.

لم يكن إرجاء تحديد الأداء النقدي محلّ إجماع من طرف الفقه، ناهيك عن تعرّضه لاضطرابات على مستوى السوابق القضائية، بالنّظر إلى المخاوف التي يثيرها وفضلًا عن تخييم نوع من عدم الأمن القانوني الذي ينتج عنه بالنسبة للعلاقات العقدية، وإن كان المشرّع

[1]- « Pour tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1er décembre 1995 (no 91-15578, no 91-15999, no 91-19653 et no 93-13688) sur la fixation du prix, il est précisé que dans les contrats cadre, le prix peut être fixé unilatéralement par un des contractants, si les parties en ont convenu, conformément à ce que permettent la plupart des Etats européens,… » - Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 11.

[2]- Leclerc Frédéric, **« Le contrat cadre en droit international privé »**, Rev Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 16e année (2002-2004), 2005, p 04. https://doi.org/10.3406/tcfdi.2005.1133

قد فصل في الأمر بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 1163، فإنّ مسألة تحديد الأداء النقدي من جانب واحد التي تبنّاها المشرّع تزيد من حدّة النّقاش الفقهي، خاصّة وأنّ المشرّع قد حصر نطاقه في عقدين اثنين عقد الإطار وعقود تقديم الخدمات، ما يدعونا إلى التساؤل عن مدى التشكيك في بعض المسائل ذات الصلة، والتي تتعلّق بتحديد الأداء النقدي في بعض العقود كعقد القرض على سبيل المثال، والذي يُعترف فيه للدّائن بتحديد قيمة أو مقدار الفائدة، وكذا تحديد التعويض عن التأخر في السداد من جانب المقترض[1].

2- الرقابة على تحديد الأداء النقدي:

لم يتعرّض المشرّع لآلية الرقابة على طرق تعيين الأداء النقدي بصفة عامّة، إلّا أنّه خصّ التعيين الذي يكون من جانب واحد بأحكام رقابية، تجسّدت في ضرورة تبرير عمليّة تحديد قيمة الأداء النقدي، وفي حال ثبوت تعسّف من يملك سلطة التعيين؛ قامت مسؤوليّته وترتّبت حقوق لفائدة الطرف الآخر في ذمّته، كانت بمثابة جزاء على تعسّفه.

أ- آلية تبرير التعيين الأحادي الجانب للأداء النّقدي:

إنّ الالتزام بتقديم أسباب ومبرّرات تحديد قيمة الأداء النّقدي من جانب واحد، وهو الدّائن في عقود تقديم الخدمات وقد يكون المورّد في عقد الإطار، جاء من أجل حماية مصلحة المدين من تعسّف الدائن في ذلك، ولم يتطرّق المشرّع في الوقت الرّاهن للأحكام التي تؤطّر هذا الالتزام[2]، ويظهر جليًّا أنّ هذا الالتزام بتبرير الثّمن أو السعر لكل من العقدين المنصوص عليهما في المادّتين 1164 و1165 لا يُطلب لذاته، بل تتمّ المطالبة به عند نشوء النّزاع، الذي يُبنى على أساس الادّعاء بوجود تعسّف في عمليّة تقدير الأداء

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 422.

[2]- Guillaume Mallen, « **RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS : FOCUS SUR LA DÉTERMINATION UNILATÉRALE DU PRIX (ARTICLES 1164 ET 1165 NOUVEAUX)** », publier le 06 Juin 2016, sur : https://www.village-justice.com/articles/Reforme-droit-des-obligations,22339.html. Visité le 31/10/2024.

النّقدي بصفة عامّة، أي أنّ الطرف أو الجهة التي قامت بتحديد وتقدير قيمة الأداء، ليست ملزمة بتقديم مبرر لهذا التقدير لحظة قيامها بتلك العمليّة، بل يستوجب عليها الوفاء بهذا الالتزام عند الاحتجاج بالتعسّف، وفي حال عدم وجود هذا الأخير فما من داعٍ للوفاء به، ولم يقدّم القانون ما يفيد كيفيّة تبرير قيمة المبلغ المحدّد[1]، غير أنّ التقرير المرفوع إلى رئاسة الجمهورية يشير إلى ذلك، بحيث يرى بأنّ التبرير يكون عن طريق شرح كيفيّة حساب الثمن، مع الأخذ في الاعتبار التوقعات المشروعة للأطراف[2].

ب- الجزاءات المترتّبة على ثبوت حالة التعسّف في تحديد الأداء النقدي:

بادئ ذي بدء تجدر الإشارة إلى هوية الشخص الذي يتحمّل عبء الاثبات، إذ من المستقرّ عليه أن يقوم المدّعي بإثبات ادّعاءاته في مواجهة المدّعى عليه، غير أنّ المشرّع المدني قد عكس الأمر بنقل هذا العبء للمدّعى عليه، حيث تقضي كل من المادة 1164 و1165 من القانون المدني، بضرورة تقديم التبرير من قبل الطرف الذي يتولّى تحديد الأداء النّقدي في مواجهة المدّعي، وهو ما يستوجب إثبات أنّ الثمن الذي تمّ تحديده ليس مُبالغًا ولا مُتعسَّفًا فيه، أي أنّ عبء الاثبات يقع على من يملك سلطة تحديد الأداء النقدي[3].

أمّا بخصوص العقوبات المقرّرة في حال ما إذا ثبت تعسّف الطرف المعني بتحديد الثمن أو السعر، أو أنّ المعني لم يقم بتقديم تبرير لهذا التقدير، فإنّ العقوبة هي المطالبة بالتعويض بالنسبة للعقود التطبيقية لعقد الإطار، وبالمثل بالنسبة لعقود تقديم الخدمات، فهي عقوبة مشتركة بين المادتين السالفتي الذكر، ولا يعطي المشرّع سلطة مراجعة العقد للقاضي في هذا الموضع كأن يتدخّل لتخفيض الثمن مثلًا[4]، بل تنحصر سلطته في حدود مطالبة

[1]- Elodie Garoux, op.cit. p 08.
[2]- « … c'est-à-dire exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties… » - Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 11.
[3]- Clément François, **Présentation des articles 1162 à 1171 de la nouvelle sous-section 3 (Le contenu du contrat)** », publier le 30 Mai 2016, sur : https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu%20contrat/. Visité le 31/08/2024.
[4]- Daniel Mainguy, **LE CONTENU DU CONTRAT**, op.cit. p 115.

صاحب الحق، حتّى وإن لم يتم النّص على الأداء النقدي في العقد، فقد منح المشرّع السلطة للدّائن على عكس السوابق القضائيّة التي منحت هاته السلطة للقاضي[1]، كما أقرّ المشرّع عقوبة فسخ العقد لصالح من وقع ضحيّة التعسّف في تحديد الثمن، وتقتصر المطالبة بها في عقود الإطار دون عقود الخدمات، ذلك أنّ هذه الأخيرة يستحيل فيها إعادة الحال على ما كانت عليه قبل التعاقد بعد تقديم الخدمة، وهو أمر منطقي، فيما يرى البعض[2] أنّ الجمع بين العقوبتين في عقد الإطار سيكون محلّ ترحيب.

وبهذا نكون قد أنهينا هذا الفصل الذي تمّ تخصيصه لتقليص أركان العقد بتخلّي المشرّع عن ركني المحل والسبب، وإذابتهما في ركن واحد تحت مسمّى "مضمون العقد"، هذا الوافد الجديد يُعتبر من المسائل الدخيلة على المنظومة المدنية الفرنسية خاصة لجهة الأركان التي يستند إلى قيامها العقد، على العكس منه تمامًا بالنسبة للتشريعات المقارنة التي يُعتبر من الثوابت فيها وعلى رأسها تلك التي تتبنّى النظام الأنجلوساكسوني، ويبدو أنّ المشرّع المدني الفرنسي قد حاول الخروج من الغموض والإرباك الذي يسبّبه ركن المحل وبالأخص ركن "السبب"، الذي يُنظر إليه على أنّه عائق أمام الفهم الصحيح لكينونة العقد، وحائل بين ريادة القانون المدني الفرنسي وجاذبيته على المستويين الإقليمي والعالمي، واستبداله رفقة المحل بمصطلح أقرب للفهم بالنّظر إلى البعد الموضوعي الذي يتّسم به، على حساب البعد الشخصي الذي يُخيّم على جانب كبير من المفهوم السابق، وما لذلك من أثر إيجابي على استقرار المعاملات وعدالتها بين الأطراف، كما اغتنم المشرّع الفرصة لإعادة تنظيم ركني التراضي والأهلية، وكذا أحكام النيابة في التعاقد بترسيخ بعض الحلول القضائية، والفصل في بعض المسائل التي لا تحظى بإجماع الفقه وتشهد تباينًا في السوابق القضائية، كتلك التي تتناول مصير الإيجاب الذي مات مُصدره أو أُصيب بفقدان أهليته، حيث أقرّ المشرّع

[1]- Cass. 1ère civ. 24 novembre 1993, n°91-18.650. - Aurélien Bamdé, **« L'exigence de détermination du prix et la réforme des obligations »**, op.cit. p 16.
[2]- Clément François, op.cit. p 7.

بسقوطه قبل انعقاد العقد، وفي هذا الحكم ما يفيد باتجاه نيّة المشرّع إلى إضفاء نوع من العدالة العقدية.

أمّا بالنّسبة للمشرع الجزائري فلا يزال معتمدًا نهج المشرّع الفرنسي قبل إصلاح 2016، حيث يعتبر كل من المحل والسبب كركنين مستقلّين في العقد، ويخصّص في هذا السياق المواد من 92 إلى 95 لركن المحل، والمادتين 97 و 98 لركن السبب، وسيكون علينا انتظار ما تسفر عن الأيّام حول ما إن كان المشرّع سيتبنّى هذا الطّرح أو أنّه سيبقي الأمر على حاله، دون أن ننسى الإشارة إلى كما أنّ المشرّع الجزائري لا يزال محتفظًا بالتعريف القديم للعقد الذي ينطبق على الالتزام أكثر منه على العقد بمقتضى المادة 54، والذي عمل المشرّع الفرنسي على تصحيحه بموجب المادة 1101.

الفصل الثاني: معيارية العدالة التعاقدية في إعادة التوازن إلى العقد

بعدما أنهينا الحديث عن الجديد على مستوى أركان العقد أو شروط صحّته على حدّ تعبير المشرّع المدني الفرنسي، واستعراض أهم الأفكار والمبادئ التي جاء بها، وتبيان صلتها بإرساء أواسر العدالة التعاقدية، نسلّط الضوء على جانب آخر في العقد يحتاج إلى رقابة، هاته الأخيرة تؤمّن الحماية لبعض الشرائح الضعيفة التي تقع ضحيّة لهيمنة وقوّة المتعاقد معها، إذ في كثير من الأوقات يتمّ الكشف عن اختلال التوازن العقدي الذي يظهر على العقد في مرحلة التنفيذ خاصّة، على الرّغم من وجوده بوقت سابق عليها، أو قد يأتي من خلال تغيّر الظروف التي واكبت إبرام العقد، والذي يكون على الأغلب مصدرًا لنشوء النّزاع، ما يجرّنا إلى التعرّض للمستجدّات التي جاء بها إصلاح القانون المدني في هذا الشأن، وكيفية تعامله مع الفئتين من الاختلالات بين الحقوق والالتزامات العقدية بين الأطراف، إذ يتعلّق الأمر في التفرقة بينهما بالنّظر إلى مصدر هاته الأخيرة، حيث يكشف التحليل عن النّوع الأوّل الذي يكون مصدره العقد في حدّ ذاته، أي أنّ اختلال التوازن العقدي يعود في أصله إلى تكوين العقد وبفعل أحد الأطراف، فيما يكون النّوع الثاني نتيجة لظروف خارجة عن إرادة الأطراف، أي أنّ الأطراف لا يد لها في حدوث هذا الاختلال، ووجب علينا تناول هاته النّقطة بالذّات مع علمنا المسبق بأنّها تخرج عن تكوين العقد، لكونها ترتبط ارتباطًا وثيقًا بمسألة التوازن العقدي، فضلًا عن استحداثها من طرف المشرّع المدني الفرنسي بعد عزوف طال أمده، وعليه كان من المفيد التعامل مع كلى النّوعين من أجل إعادة مقدار معيّن من التوازن العقدي ولو بشكل نسبي، وهذا ما دفع بالمشرّع إلى تناول هاته الاختلالات والتصدّي لها بقواعد آمرة، وهو ما يستدعي منّا تقصّي موقفه للكشف عن الكيفية التي عالج بها هذه الآفة التي تلحق بالعقود، بحيث سنسعى في البداية إلى التعرّض لاختلال التوازن النّاشئ عن العقد، لننتقل بعدها لتناول الاختلال الخارج عن العقد.

المبحث الأول: اختلال التوازن العقدي النّاشئ عن العقد ذاته

يتجسّد الخلل الذي يصيب توازن العقد من خلال الشروط التعسفيّة المتضمّنة فيه، والتي يمليها أحد الأطراف على نظيره في العلاقة التعاقدية، مستغلًّا ضعف هذا الأخير وحاجته للتعاقد أو عدم الدراية وقلّة الخبرة لديه ليفرض منطقه في التعاقد، وقد عكفت التشريعات الخاصّة على مجابهة هاته التجاوزات والتصدّي لها، لحماية شرائح معيّنة تحت منطق حماية الطرف الضّعيف على غرار المستهلك في مواجهة المحترف، غاية انتقلت إلى الشريعة العامّة على الرّغم من وجودها مسبقًا فيها، لكن بشكل أقلّ ما يقال عليه أنّه لم يعد كافيًا في ظلّ التحولات والتطورات الحاصلة، وهو ما لمسناه لدى تحليلنا لمبدأ الالتزام بالإعلام، والذي فرضه المشرّع في مرحلة التفاوض على العقود، لتضييق الهوة المعرفية بين الأطراف، وها قد جاء الدّور على الاختلال الواضح في توازن العقد، فكان نصّ المادة 1171 فضاءًا لكسر شوكة الشروط التعسّفية في عقود الإذعان، لكن ماذا عن باقي العقود؟ أي تلك التي لا ينطبق عليها هذا الوصف، وعليه سنحاول الآن التعرّض للأحكام التي خصّ بها المشرّع عقود الإذعان، لننصرف بعدها لتقصّي مصير اختلال التوازن في باقي العقود بعيدًا عن عقد الإذعان.

المطلب الأول: تأطير الشروط التعسفيّة في عقد الإذعان

تعتبر محاربة الشروط التعسّفيّة إحدى أنجع الوسائل لتحقيق وتعزيز العدالة التعاقدية، حيث أدركت السلطات العامّة وعلى رأسها القضاء حجم الخطر الذي يهدّد الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، فعملت على إزالته أو على الأقلّ التخفيف من آثاره إلى حدّ ما يمكن التسامح فيه، وقد وُلدت هاته القواعد القانونية التي تسمح بتتبّع هذا التعسّف وهي في تطوّر مستمر، ويبدو أنّها قد ألهمت المشرّع المدني بظهور نص المادة 1171 ضمن إصلاح

2016[1]، هاته المادة قضت بأنّ كلّ عقد إذعان يحوي شرطًا يخلق اختلالًا كبيرًا في التوازن بين حقوق أطرافه والتزاماتهم، يعتبر غير مكتوب، إلّا أنّ تقدير هذا الاختلال لا يرد على المحلّ الرئيسي للعقد ولا على مدى ملائمة المقابل المالي للأداء[2]، ومن خلال هذا المحتوى يمكننا أن نلاحظ بأنّ المشرّع قد فرض رقابة على الشروط التعسفيّة في عقد الإذعان، وهي تلك التي تُحدث خللًا واضحًا بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، إلّا أنّه استثنى من ذلك المحل الرئيسي للعقد والأداء النّقدي، كما قد قرّرت المادة عقوبات في حال ثبوت وجود شروط تعسفيّة تُخلّ بتوازن العقد، وعليه سنستعرض في البداية شروط تطبيق نص المادة 1171، لننتقل بعد ذلك إلى الحديث عن الجزاء الذي يترتّب على مخالفة الحكم الذي أتت به.

الفرع الأول: شروط تطبيق نص المادة 1171 من القانون المدني

يأتي على رأس هاته الشروط طبيعة العقد في حدّ ذاته، بمعنى أنّه يجب في البداية أن يكون هذا الأخير عقد إذعان، ثمّ ليست كلّ البنود التي تخلق اختلالًا في التوازن فيه مستهدفة بنصّ المادة، أي أنّ هاته الأخيرة قد بيّنت البنود التي تدخل ضمن نطاقها.

أولا: حصر نطاق تطبيق المادة 1171 على عقد الإذعان

لقد كان مشروع الإصلاح يهدف إلى تطبيق حكم المادة أعلاه على كافّة العقود، سواء تمّ التفاوض بشأنها أم لا، ولم تكن هذه الفكرة غير شرعيّة فقط، بل لا تتلاءم مع المشاريع الأوروبيّة فضلًا عن خطورتها على الأمن القانوني[3]، وقد تمّ تجنّب هذا التأثير الكارثي

[1]- Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, **« Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) – commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil-»**, Editions Dalloz, 2015. Sur : https://memoiredudroit.fr/fr/droit-moderne-xx-xxie-siecles/8581-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-du-regime-general-et-de-la-preuve-des-obligations-rendu-public-le25fevrier-2015-.html . Visité le 04/05/2024.

[2]- « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.
L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. » Article 1171 du code civil français.

[3]- Romain BOFFA, **La validité du contrat en droit français**, op.cit. p 63.

بحصر هذا الحكم على عقود الإذعان، حيث لو تمّ الإبقاء عليه لكان بمثابة طارد مطلق ومُنفّر من تطبيق القانون المدني الفرنسي على مستوى العقود الدولية، وهو ما يتنافى مع التطلّعات التي يرمي إليها المشرّع من وراء الإصلاح[1]، ويبدو أنّ المشرّع قد تدارك الوضع بتوجيه نص المادة إلى عقود الإذعان دون غيرها من العقود، ووصفها في تقريره المرفوع لرئاسة الجمهورية بكونها الحقل المثالي لتنامي هاته الشروط، كما تعرّض المشرّع لتعريف عقد الإذعان بمقتضى نص المادة 1110 من القانون المدني في فقرتها الثانية، حيث جاء في فحواها أنّ عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يتضمّن مجموعة من الشروط غير القابلة للتفاوض، والتي يتمّ تحديدها مُسبقًا من قبل أحد الطرفين، ويثير هذا الأمر مسألة تكييف العقد على أنّه عقد إذعان، فيما ينصبّ التركيز على أيضًا على فئة عقود الإذعان المعنية بتطبيق نص المادة 1171 في مواجهة التشريعات الخاصة.

1- سلطة تكييف العقد:

في البداية لا بأس أن نبدأ بالتذكير أو الإشارة إلى أوّل من انتبه إلى الإذعان في العقود، إذ يرجع الفضل في ذلك إلى الفقيه "Raymond Saleilles"، حيث تناول الحديث عن الإذعان في كتابه الموسوم بالإعلان عن الإرادة "De la déclaration de volonté" في 1901، وأشار إلى العقود النموذجية التي يتمّ إعدادها مسبقًا، حيث لاحظ الفقيه أنّ الطرف ينضمّ إلى العقد دون مناقشة بنوده، وبالتّالي فإنّ هذا الشخص لا يُعبّر عن إرادته بالمفهوم الحقيقي للمصطلح، وإنّما يُعلن قبوله فقط بسبب الحاجة الملحّة للتعاقد[2]، وبالعودة إلى تعريف المشرّع لعقد الإذعان، يبدو أنّه جاء مختصرًا، لكنّ ما يميّزه هو دلالته الواسعة، ما

[1]- Martine Behar-Touchais, **Le Déséquilibre Significatif Dans Le Code Civil**, LA SEMAINE JURIDIQUE ÉDITION GÉNÉRALE - N° 14 - 4 AVRIL 2016, p 665.
https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier4.pdf

[2]-R. Saleilles, **De la déclaration de volonté : Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand**, 1901, p 229. Citer par : Hélène Villain, **Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-québécoise**, Thèse de doctorat, Université de Lille, France, 2022, p 03.

يجعل من مهمة القضاة في التعامل معه تتسم بشيء من الصعوبة لجهة التطبيق[1]، لكن الأهم من ذلك هو ضرورة وقوفهم عند إرادة المشرّع، حيث تكشف هاته المادة عن وجود معيارين اثنين يتمّ الاعتماد عليهما في تكييف العقد على أنّه عقد إذعان، ففيما يعتمد المعيار الأوّل على الصياغة المسبقة لبنود العقد وشروطه، والتي تكون من إنتاج أحد الأطراف دون الآخر، ينصبّ موضوع المعيار الثاني على غياب التفاوض حول هاته الشروط، وهذا المعيار يبدو أكثر فاعليّة بالنّظر إلى سابقه[2]، فالصياغة المسبقة لا تعني بالضرورة أنّ العقد المعني هو عقد إذعان، حيث أنّه من الشائع استخدام نماذج لعقود تمّ إبرامها سابقًا، والتي عادةً ما تكون مطبوعة ومحفوظة بشكل يتيح استخدامها مرّات عدّة، سواء بين نفس الأطراف أو مع أطراف أخرى، وهي ترمي إلى تسهيل مهمّة الصياغة وتوفير الجهد والوقت، حالها حال تلك النماذج التي يستعملها الموثّق لإبرام وصياغة نفس النّوع من العقود، مع إجراء بعض التغييرات في كلّ مرّة بحسب الحاجة[3].

ويثور التساؤل حول عقود التبعية الاقتصادية أو تلك التي تنعقد بين طرفين لا يتمتّعان بنفس القوّة، ومدى إمكانية اعتبارها عقود إذعان بمفهوم المادة 1110 من القانون المدني، وفي هذا النّص التماس لتطبيق حرفيّة النّص على حساب روحه، والذي يبدو أنّه أكثر ملاءمة، ما يمكّن من الدّفاع عن فكرة كون كلّ العقود غير المتوازنة بما فيها عقود التبعية؛ تندرج تحت لواء عقود الإذعان، وليست العقود الاستهلاكيّة فقط[4]، وقد قام بعض القضاة بتكييف عقود التبعية على أنّها عقود إذعان[5].

---

[1]- Daniel Mainguy, **LE CONTENU DU CONTRAT**, op.cit. p 121.
[2]- François Chénedé, **Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil**, LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 27 - 4 JUILLET 2016, p 1337.
https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier5.pdf
[3]- Ibid. p 1337.
[4]- Ibid. p 1337.
[5]- Cass. Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, inédit.

2- الحدّ الفاصل بين اختصاص القانون المدني والتشريعات الخاصة:

جاءت التشريعات الخاصّة التي انشقّت عن القانون المدني بأحكام لا تتوافر في هذا الأخير، وكان ذلك في مواطن عديدة، وعقود الإذعان هي إحدى المسائل التي عملت على معالجتها هاته التشريعات، وأفضل مثال على ذلك قانون الاستهلاك الذي عمل على حماية المستهلك على اعتباره الطرف الأضعف في مواجهة المحترف، بالإضافة إلى قانون التجارة وقانون المنافسة، ولهذا بدى من المهمّ إثارة التساؤل حول النّطاق المخصص لتطبيق نص المادة 1171 في مواجهة التشريعات الخاصّة، فضلًا عن عدم إمكانية إدارة الظهر لنص المادة 1105 التي تعترف بأولوية النصوص الخاصة في التطبيق على حساب الشريعة العامّة.

من النّاحية الرمزية يظهر جليًّا أنّ نص المادة 1171 لا يفتقر إلى الأهميّة، إذ من المناسب وجود نص ينتقد الشروط التعسفيّة في نصوص القانون المدني، خاصة في فصله المخصص لصحة العقد بشكل عام، رغم حصر هذا الحكم في عقود الإذعان فقط، وذهبت طائفة من أنصار مبدأ سلطان الإرادة والحريّة التعاقدية، بمعيّة الذين أعربوا عن أسفهم تجاه إدراج هكذا نص في الشريعة العامّة، بشكل يُظهر تأثّر قانون العقود بالمنطق الاستهلاكي، وهو ليس بالأمر المرحب به ولا المرغوب فيه، في حين ظلّت طائفة أخرى وعلى النّقيض من سابقتها تتساءل بحق عن المساهمة التي يقدّمها هذا النّص، خاصّة وأنّ أغلب عقود الإذعان تندرج تحت لواء قانون الاستهلاك وقانون الأعمال بصفة عامّة[1]، بالنسبة للبعض وفي خضمّ هذا التساؤل لم يبقى إلّا مجال ضيّق النّطاق لتطبيق نص المادة 1171 من القانون المدني، إذ أنّ أغلب عقود الإذعان تخصّ العقود الاستهلاكيّة، وعليه فلا مناص من تطبيق نص المادة L. 212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي تحكم العلاقة بين المحترفين أو المهنيين والمستهلكين، أضف إلى ذلك تطبيق نص المادة L. 442-6, I, 2°

[1]- Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, op.cit.

من القانون التجاري الفرنسي على الروابط العقدية النّاشئة بين التجّار والمهنيين والحرفيين، فماذا تبقّى لنص المادة 1171 إذن؟ غير حيّز محدود جدًّا ينحصر في نسبة قليلة من الروابط العقدية، كتلك المتعلّقة بالمهن الحرّة مثل العقد الذي يربط طبيبًا بمصحّة استشفائية خاصّة، أو العلاقة العقدية بين عون اقتصادي أو تجاري ووكيله، وبعض العلاقات أو الروابط العقدية التي تنعقد بين الأفراد وتتوافر فيها شروط عقد الإذعان على الرّغم من قلّتها[1]، لا يختلف اثنان على وجاهة هذا الرأي والتحليل المنطقي الذي أورده، إلّا أنّه وإن اتّسم نطاق تطبيق هذا النّص بالضيق، فهذا لا يعني افتقاره للفعالية القانونية، إذ أنّه يعمل على تعميم الحماية التي جاءت بها التشريعات الخاصّة في هذا المجال، فمن جهة هو يُلبّي حاجة هاته العقود إلى إضفاء العدالة، والتي يمكنها أن تخرج من نطاق التشريعات الخاصة وتفلت من رقابتها، ومن جهة أخرى سيبقى ملاذًا للفئات الضعيفة في مجال التعاقد في حال ظهور أنواع أخرى من العقود، إذ أنّ العموميّة التي تتّسم بها قواعد القانون المدني تسمح بمواكبة المستجدات. فبالنسبة للحالة الأولى تشير السوابق القضائية إلى إمكانية الإفلات من التشريعات الخاصّة في بعض الحالات، حيث رأى القضاة في حكم بارز أنّ أحد المرقّين العقاريين؛ وإن كان يُعتبر مُحترفًا ومتخصّصًا في مجال العقارات، فإنّه لا يُعتبر كذلك في مجال البناء، وبالتالي فهو يخرج من نطاق تطبيق المادة L. 212-1 السالفة الذكر، وبناءً عليه لا يمكن إبطال الشرط الذي يُعفيه من المسؤولية التضامنية على أساس أنّه شرط تعسفي[2]، وهو ما فيه إحياء خطير لمعيار الكفاءة[3]، فضلًا عن طغيان الجانب الشخصي لقانون الاستهلاك، الذي يسلّط تركيزه على صفة الأطراف لا على العقد في حدّ ذاته، شأنه في ذلك شأن القانون التجاري وهو ما لم يأخذ به نص المادة 1171 من القانون المدني، هذا الأخير الذي يُركّز على طبيعة العقد وحده من دون النّظر إلى صفة الأشخاص[4]. أمّا

[1]- Martine Behar-Touchais, op.cit. p 664.
[2]- Civ. 3e, 4 février 2016, n° 14-29. 347
[3]- Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, op.cit.
[4]- أشرف جابر، المرجع السابق، ص 316.

فيما يخصّ الحالة الثانية فلم تعد عقود الإذعان محصورة في العقود المعروفة تقليديًّا، والتي عادةً ما تكون مقدّمة لشريحة واسعة معيّنة بذاتها، أو تتمّ بمخاطبة الجمهور بصفة عامّة من دون تحديد، كعقود التزويد بالكهرباء والغاز، أو تلك المتعلّقة بخدمات الهاتف والأنترنت، إذ أنّ الواقع أثبت وجود عقود إذعان من فئة أخرى وهي آخذة في التوسّع والتطوّر، كبعض عقود الإنتاج وعقود التوزيع الحصري وعقود الامتياز التي تضع أحد الطرفين في موقف ضعف في مواجهة نظيره في العقد، ومنه يمكن أن يكون الطرف الضعيف مذعنًا[1]، أضف إلى ذلك بعض العقود التي تمّ إخراجها من نطاق المادة L. 442-6, I, 2° من القانون التجاري، على الرّغم من كونها عقود إذعان بكلّ ما تحمله الكلمة من معنى، بداعي أنّها لا تشكّل أو لم تؤسّس لشراكة حقيقية بين الأطراف المتعاقدة، على غرار تأجير الموقع الإلكتروني، العقود التي تُنشئ الحسابات البنكية المهنية لدى المؤسسات المصرفيّة، عقود التأمين المهني وإعادة التأمين، عقود تأمين وحراسة المؤسسات العمومية والخاصة وغيرها[2].

ثانيا: الشروط التعسفية المستهدفة بنص المادة 1171

إنّ المتأمّل في نص المادة 1171؛ يمكنه أن يرى بوضوح مسلك المشرّع المدني في التعامل مع الشروط التعسّفية في عقد الإذعان، حيث جعل – كما سبق وأن أشرنا – من كلّ شرط يُحدث خللًا واضحًا في التوازن العقدي في حكم العدم، وكان هذا بمثابة الأصل أو المبدأ من منظور المادة أعلاه، ليعود في الفقرة الثانيّة منها لإخراج ما تعلّق منها بالمحل الرّئيسي للعقد وملاءمة الثمن للأداء من حكمها، وهو ما يستدعي التوقّف عند هاته النّقطة بالذّات، والتي تعتبر حجر الزّاوية في هاته المادة، لما تثيره من اشكالات قانونيّة هامّة، لكن قبل هذا يجدر بنا معرفة المقصود بالشرط التعسفي.

[1]- François Chénedé**, Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil**, op.cit. p 1335.
[2]- Ibid. p 1336.

1- مفهوم الشرط التعسفي:

لقد عرفت الشروط التعسفيّة ومنذ مدّة انتشارًا كبيرًا، وهي آخذة في التوسّع بحيث مسّت العقد في جميع جوانبه وعلى اختلاف مراحله، وهو ما أدّى إلى اعتبار صياغة هذا الأخير مسبقًا من جانب واحد بمثابة تعسّف في حدّ ذاته، سواء أكان العقد في صورة نموذج مطروح للتعاقد أو تمّت صياغته للمرّة الأولى، وهو ما يستدعي مراقبة بنوده والشروط التي يتضمّنها، لتوفير الحماية للطرف الضعيف منها في حال تأثيرها البيّن على توازن العلاقة العقدية[1]، وقد كان لقانون الاستهلاك الفضل في الإشارة إلى الشروط التعسّفية والعمل على محاربتها، ويمكن الرّجوع إليه للوقوف على التعريف القانوني للشرط التعسفي، حيث جاء في فحوى المادّة 132-1 من القانون رقم 59-96 المتعلّق بحماية المستهلك؛ على أنّه كلّ بند أو شرط في عقد مبرم بين مهني و غير المهني أو المستهلك، يخلق أو يهدف إلى خلق اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف، بما يؤثّر سلبًا على مصلحة الطرف الضعيف، والذي يكون عادة المستهلك أو غير المهني في مواجهة المهني. كما وردت الإشارة إلى الشرط التعسفي في التوجيه الأوروبي لعام 1993، والذي يرمي إلى إنشاء سوق داخلية للاتحاد الأوروبي، والتي سعى من خلالها إلى حماية المستهلك من تسلّط المحترفين، حيث اعتبر أنّ العقود الاستهلاكيّة هي النموذج الأمثل لعقود الإذعان، وقد عمل على تعريف عقد الإذعان بموجب المادة الثالثة (03) من التوجيه، والتي يبدو أنّها تناولت تعريف الشرط التعسفي، حيث جاء في صلبها أنّ الشرط الذي يندرج ضمن عقد معيّن، والذي يتمّ إعداده مسبقًا ولا يكون محلًّا للتفاوض، ومن دون أن يتمكّن المستهلك من التأثير على محتواه، يكون من بلا أدنى شك عقد إذعان[2]، ويكمن الخلل في التوازن العقدي بين أداءات الأطراف في عدم

---

[1]- عزت عبد المحسن سلامة، " **نحو تكييف حديث للإذعان (في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016 والتطبيق على التعاقد الإلكتروني)** "، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصادية، العدد السبعون، جامعة عين شمس، مصر، ديسمبر 2019، ص 1227.

[2]- Hélène Villain, op.cit, p 105.

المعاملة بالمثل، فالشروط المجحفة تعمل على توفير ميزة في اتجاه واحد، أي أنّها تعمل دومًا لصالح الطّرف القويّ، في حين لا تتوافر هاته الميزة للطرف الآخر[1]، ويبدو من خلال ما تقدّم أنّ الشرط التعسّفي يتمّ تعريفه بأثره، حتّى في القانون المدني يتحدّث المشرّع عن ذلك، حيث يُستشف بأنّه كل شرط يخلق اختلالًا واضحًا أو جسيمًا بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

2- المبدأ والاستثناء:

لدى تطبيق نص المادة 1171 والذي هو من صميم عمل القضاة، على مختلف القضايا والفصل في النزاعات المتعلّقة بعقود الإذعان، يتحتّم عليهم تحديد طبيعة الشرط أو الشروط المتنازع عليها، فالبداية تكون بمعرفة الشرط التعسفي وما إذا كان يتعلّق بالمحل الرئيس للعقد، أو الأداء النقدي (الثمن أو السعر كما أسماه المشرّع)، أم أنّه خارج هذا النّطاق، ثمّ يتعيّن عليهم العمل على تقييم الشرط من حيث الخلل الذي يحدثه، وما إذا كان يخلّ بالتوازن العقدي بشكل واضح أم لا.

ومن خلال الحكم الذي تبنّته المادة 1171 أعلاه، بات من المستقرّ عليه أنّ ما لا يشكّل جوهر عقد الإذعان هو المعني بالرّقابة، أي أنّ هاته الأخيرة سيتمّ فرضها خارج الشروط الأساسية وعليه فهي تتعلّق عمليًّا بشيء آخر، ولابدّ من التذكير في هذا الشأن بأنّ العقد ستنشأ عنه التزامات أخرى تتضمّن أداءات تنظمّ وتؤطّر العلاقة التعاقدية[2]، وقد عمل بعض القانونيين خلال سنوات قليلة على تقديم نظام قانوني متكامل لعقد الإذعان، بدءًا بتحديد المصدر المحتمل للانتهاكات العقدية بدقّة، وقد لاحظوا بأنّ الخطر أو الضرر لا يأتي من الأداءات والخدمات الرئيسيّة في العقد، والتي غالبًا ما تكون مفيدة بشكل أو بآخر للطرف المذعن ومقبولة لديه على نطاق واسع، وإنّما الإشكال والخطر يكمن في الشروط

[1]- Hélène BRICKS, « **Les clauses abusives** », Rev Les Cahiers de droit, L.G.D.J, Vol 27, N° 3, Paris, 1982, p 713. https://doi.org/10.7202/042767ar

[2]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, op.cit. p 316.

الإضافية أو الثانوية، هاته الأخيرة عادةً ما تكون غير واضحة أو غير مقروءة، وبالتّالي من شأنها أن تؤدّي بشكل خفيّ إلى اختلال جسيم في التوازن العقدي[1]، والشروط أو البنود الثانوية لا حصر لها وإنّما تُعطى بعض الأمثلة عليها، كتلك المتعلّقة بالحدّ من المسؤولية أو تضييق نطاقها، وإلغاء الضمان نهائيًّا أو المغالاة في شروط استحقاقه، ومنه أيضًا البنود التي تعطي الحق للطرف القويّ في تعديل العقد أو إنهائه تعسّفًا من جانب واحد، هذا وقد يتضمّن العقد بندًا يُفيد أنّ الطرف الضعيف قد قرأ جميع الشروط والبنود التي تضمّنها العقد وقبل بها وصادق عليها، في حين أنّ شيئًا من هذا لم يحصل، بحيث لم يحظى بوقت كافٍ لفعل ذلك أو أنّه لم يتمّ تمكينه من هذا الأمر أصلًا[2]، كما يشير واقع المعاملات إلى بعض الشروط التي يمكن أن تأخذ صفة التعسّف، حال الشرط الجزائي المبالغ فيه أو التّافه، بالإضافة إلى بعض الواجبات التي يستوجب الوفاء بها، كممارسة إجراء الاستجواب والردّ عليها، ووجوب إخطار المدين قبل مباشرة إجراءات التقاضي في حقّه وغيرها من الواجبات[3].

إنّ الإشكال الذي يثور عند تطبيق نص المادّة أعلاه على النّزاع، يكمن في صعوبة تمييز الشروط أو البنود الرئيسيّة عن تلك التي تعتبر ثانويّة، فهي تحتاج إلى التفسير الذي يمارسه القاضي بناءً على مضمون العقد، حيث يتمّ تفسير الشروط المتفاوض عليها لفائدة المدين، في حين يكون تفسير المفروضة منها ضدّ مؤلّفها في عقود الإذعان، وهو الحكم الذي قضت به المادة 1190 من القانون المدني، وهنا تثور صعوبة أخرى تظهر في طبيعة بعض العقود، والتي قد لا تسمح بالتجزئة بشكل يفرض تفسيرها معًا من أجل حلّ الإشكال المتعلّق بالبند أو البنود المتنازع عليها[4]، وما يزيد الأمر تعقيدًا هو الانتقادات التي طالت المادة 1171 خاصة لجهة التعبير عن جوهر العقد، أو على ما يُفهم أنّه الشروط أو البنود

[1]- François Chénedé, **Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil**, op.cit. p 1334.
[2]- Hélène BRICKS, op.cit. p 713.
[3]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, op.cit. p 317.
[4]- Cyril Grimaldi, « **Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats** », publier le 27/10/2016 sur : https://www.actu-juridique.fr/civil/les-limites-a-la-libre-determination-du-contenu-du-contrat-dans-le-nouveau-droit-des-contrats/. Visité le 09/12/2024.

الأساسية فيه الذي بدى عليه بعض الغموض، وبتعبير أدق الالتزامات الرئيسيّة والتي أطلق عليها المشرّع المحل الرئيسي للعقد والالتزام النّقدي فيه، حيث رأى البعض بحق على مستوى العبارة الأولى أنّ "المحل" لايزال يقاوم ويصارع من أجل البقاء ضمن نصوص القانون المدني، على الرّغم من إعلان المشرّع صراحة عن إقصائه من بموجب نص المادّة 1128، وإذابته رفقة "السبب" ضمن مفهوم أو مصطلح واحد وهو ما أسماه محتوى العقد أو مضمونه، وليس من الذكاء في شيء ما فعله المشرّع، خاصّة وأنّه ذكره في أكثر من موضع[1]، ملاحظة في محلّها؛ ففي هذا الموضوع بالذّات لم نتوصّل إلى مبرّر مقنع حول عودة المشرّع إلى ذكر المحلّ، سواء أكان محل العقد أو محل الالتزام إذ يفترض أنّه استغنى عنه لصالح الأداء، وقد عبّر عن ذلك صراحة – كما ذكرنا آنفًا – بنص المادة 1163 من القانون المدني، حيث نقل كلّ خصائص المحل إلى الأداء والمتمثلة في الإمكان والتعيين أو القابلية للتعيين، وكان هذا التوجه محمودًا ومبرّرًا ناهيك عن كونه قد لاقى استحسانًا وقبولًا من طرف جانب كبير من القانونيين، الأمر الذي جعل البعض[2] منهم يبدي امتعاضه حول عبارة المحل الرئيسي للعقد، ويصفها بالغموض بالنّسبة لنصوص الشريعة العامّة، فهو من المصطلحات الغريبة عنها، وعند تتبّع مصدر هذا التعبير يبدو أنّ أوّل ظهور له كان في القانون 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995، المتعلّق بالشروط التعسفيّة وتنظيم مختلف الأنشطة الاقتصادية والتجارية، والمستوحى من التوجيه الأوروبي رقم EEC/93/13 بتاريخ 05 أفريل 1993، حيث ورد هذا المصطلح بخصوص العقود المبرمة مع المستهلكين، وكان جديرًا بالمشرّع تحرّي الدّقة في هذا الشأن، أمّا بخصوص الاستثناء الثاني الذي انصبّ على الأداء النّقدي، فقد كان محلّ إشادة من طرف أغلب المتتبّعين والمهتمين بالإصلاح، حيث استحسنوا عمل المشرّع على إخراج الأداء النّقدي من دائرة تطبيق نص المادة 1171 أعلاه، لأنّ هاته الحالة بالذّات قد فصل فيها القضاء منذ مدّة وفي أكثر من مناسبة، فضلًا عن

[1]- Martine Behar-Touchais, op.cit. p 665.
[2]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, op.cit. p 316.

كون هذا الحكم يصبّ في مجرى المبدأ الذي تبنّته المادة 1168 من القانون المدني، والتي تعتبر الخلل الذي يمسّ الأداءات في مجال العقود الملزمة لجانبين خارجًا عن أسباب بطلان العقد[1]، وبهذا يكون المشرّع قد حرص على ضمان تحقق المقابل في الأداء في سبيل إرساء قواعد المضمون المؤكّد، فالنسبة للعقود الملزمة لجانبين، أقرّ بقاعدة مفادها أنّ أساس التزام أحد الأطراف هو التزام نظيره في العلاقة العقدية، لكن من حيث الوجود فقط من دون التركيز على التعادل أو التكافؤ، وبهذا لا يكون عدم التكافؤ في الأداءات مطيّة لطلب الإبطال، إذ يمكن أن تنشأ العقود وتُنفّذ على هاته الحال، إذ يقتضي هذا النّوع من العقود وجود التزامات متقابلة من دون النّظر إلى تكافؤها، إلّا إذا نصّ القانون على خلاف ذلك استثناءً، وهو ما سعى من خلاله المشرّع إلى تكريس مبدأ الحرّية التعاقدية[2]، ومهما يكن من أمر فإنّ مسألة تمييز الشروط المتضمّنة في عقد الإذعان، أضحت تشكّل تحدّي كبير بالنّظر إلى التوجه المفاهيمي للشروط التعسفيّة التي تحدث نوعًا من اللاتوازن العقدي، والمجهودات التي تبذلها المنظومات القانونية لمختلف الدّول في سبيل محاربتها، وعلى رأسها دول القانون العام[3]، ومن هذا المنطلق يمكننا تصوّر حجم العمل الذي ينتظر القضاة في مسألة تمييز الشروط التي تخضع لنص المادة السالفة الذكر من عدمها، خاصة عند نظر العقود المركّبة والمتشعّبة التي يتمّ تحريرها في عشرات الأوراق أو يمكن أن تصل إلى المئات، ناهيك عن التداخل بين البنود والشروط التي يمكن أن تشكّل كلًّا لا يتجزأ.

إذا كان هذا هو الحال بالنّسبة لمسألة تمييز الشروط والبنود العقدية التي تتأرجح بين شروط أساسية وأخرى ثانوية، يبقى أن نتصدّى للإشكال الثاني الذي ينصبّ بالأساس حول مدى إمكانية اعتبار الشرط أو البند التعسفي بأنّه مصدرًا للإخلال الجسيم أو الواضح بين

[1]- Martine Behar-Touchais, op.cit. p 665.

[2]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الاعتبار الموضوعي": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 381.

[3]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, op.cit. p 318.

حقوق الأطراف والتزاماتهم، وقد لاحظ البعض[1] بأنّ المشرّع لم يُدرج أيّ عبارة في أحكام القانون المدني تكشف عن كيفيّة التعامل مع عمليّة تحديد الطبيعة التعسفية لهاته الشروط، بمعنى أنّ المشرّع لم يتناول المعايير المعتمدة في تقييم الخلل الذي ينتج عنها، ومنه معرفة الشروط التي تستوجب المعاقبة عليها من تلك التي تُحدث خللًا متسامحًا فيه، ويرى بعض الباحثين أنّه في كثير من الأحيان؛ يُقدّم القضاة الشرط أو البند على أنّه تعسّفي من دون تفسير لذلك، لكنّهم يعملون دومًا على مقارنة الشرط المفترض أنّه غير عادل بما تعتبره المحاكم عادلًا أو معقولًا من أجل تبرير تدخّلها، إذ يُعتبر الشرط على عمومه متعسّفًا فيه إذا كان لا يحقّق العدالة المرجوّة منه، ويمكن اعتبار الميزة المفرطة معيارًا للشرط التعسّفي الذي يوفّر تلك الميزة لطرف على حساب الآخر[2]، فهي ترتبط بالأساس بسلطة أحد الأطراف وقوّته في العقد، ممّا يؤدّي بالضرورة إلى عدم وجود توزيع عادل للأعباء من دون مبرّر، خاصّة وأنّ الإصلاح يتحدّث عن الثقة التي يضعها أحد المتعاقدين في الطرف الآخر، وهذا التوجّه يُبقي مسألة تقييم الخلل أو اللاتوازن الذي يصيب العقد من طبيعة ذاتية للغاية، كما أنّ المشرّع المدني لم يفعل كما فعل مع قانون الاستهلاك، حيث أقرّ في هذا الأخير أنّ الطبيعة التعسّفية يتمّ تقييمها بالرّجوع إلى لحظة إبرام العقد، والظروف المختلفة التي أحاطت بها، وبالنّظر إلى جميع بنود العقد الأخرى[3]، أي أنّ العبرة في تقييم وتقدير وجود الاختلال الواضح في التوازن العقدي بين أطراف العقد، تكون بالنّظر إلى التوازن الاقتصادي في العقد بوجه عام، وليس بالنّظر إلى كلّ شرط على حدى[4]، بمعنى أنّ عمليّة تقييم الخلل الذي يلحق بالتوازن العقدي؛ تتمّ بالنّظر إلى العقد على أنّه كيان متكامل غير قابل للتجزئة، بحيث

[1]- Martine Behar-Touchais, op.cit. p 664.

[2]- Nathalie CROTEAU, « **LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI** », RDUS Rev de droit Université SHERBROOKE, Vol 26, N° 2, 1995-1996, p 417. doi : https://doi.org/10.17118/11143/12872

[3]- Martine Behar-Touchais, op.cit. p 664.

[4]– أشرف جابر، المرجع اسابق، ص 314.

يتمّ على إثر ذلك تقدير مدى وجود الاختلال في الرّصيد الإجمالي للعقد وليس على مستوى بند من بنوده.

وممّا سبق يمكننا القول بأنّ الحِمل الكبير سيُلقى على كاهل القضاء، الذي سيكون أمامه عمل كبير جدًّا، سواء لجهة تحديد الخط الفاصل بين مختلف المفاهيم التي جاء بها المشرّع، أو لجهة تعامله مع تطبيق هاته النّصوص، والتي من دون أدنى شك ستلعب دورًا حاسمًا في التوصيف القانوني لهاته العقود، والذي سيتمّ بناءً عليه تقرير وجوب توفير الحماية للطرف المعني من عدمه[1].

الفرع الثاني: أثر تطبيق نص المادة 1171 من القانون المدني على النّزاع

بعدما عرضنا أهم المسائل المتعلّقة بتطبيق نص هاته المادة، سواء لجهة تمييز الشروط التي تندرج ضمن نطاقها من تلك التي تفلت منه، أو لجهة تقييم الشرط في حدّ ذاته من حيث طبيعته التعسّفية، نركن الآن إلى معالجة مسألة أخرى لا تقلّ أهميّة عن سابقتها، والتي تتمحور بالأساس حول العقوبة التي تقرّرها هاته المادة في حال توافر شروط تطبيقها، لكن يجدر بنا إثارة مسألة أخرى قبل ذلك، تتعلّق بمدى إمكانية المطالبة بتطبيق نص المادة أعلاه على نزاع يدخل ضمن نطاق التشريعات الخاصة، بمعنى هل يمكن لأي طرف اختيار الأساس القانوني لدعواه؟ أم أنّ الأمر على خلاف ذلك.

أولا: امكانية تطبيق المادة 1171 على النزاعات المحكومة بنصوص التشريعات الخاصة

يرى البعض أنّ مسألة تطبيق أحكام المادة 1171 من القانون المدني في مواجهة التشريعات الخاصة، قد لا تحظى إلّا بقدر قليل من الاهتمام، إذ أنّ القوانين الخاصّة تكون

[1]– محمد عرفان الخطيب، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الاعتبار الموضوعي": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، المرجع السابق، ص 388.

على الأغلب أكثر ملاءمة وفائدة للضحيّة، ومع ذلك يبقى احتمال لجوء ضحيّة عقد استهلاكي جائر أو ضحيّة منافسة تقييدية أو معاملة تجارية معيّنة، إلى آلية الحماية المقرّرة في الشريعة العامة، يبقى احتمالًا واردًا لطرح النّزاع على هذا الأساس[1]، وهو ما يثير بعض التساؤلات تتعلّق بطبيعة العقود التي ثار بشأنها النّزاع، ومدى اختصاص القاضي وقدرته على نظر النّزاع أو يحكم بعدم اختصاصه، وما إذا كان سيطبّق نصوص التشريعات الخاصّة عملًا بنص المادّة 1105 من القانون المدني، أو أنّه يلتزم بتطبيق نص المادة 1171 من نفس القانون نزولًا عن طلب الضحيّة.

في هاته المسألة قال البعض بأنّ النزاعات المرفوعة للقضاء؛ والتي يكون أطراف الدّعوى فيها يربطهم عقد استهلاكي فلا إشكال يطرح بشأن الاختصاص القضائي، والعلّة في ذلك أنّ الجزاء الذي تقرّره المادة 1171 من القانون المدني؛ هو نفسه الذي يقرّره نص المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي تعتبر الشرط التعسّفي كأن لم يكن، حيث عبّر عنه المشرّع بأنّه يعتبر غير مكتوب "Non écrite"، وعليه سينطق القاضي بنفس الحكم، سواء طبّق نصوص القانون المدني أو نصوص قانون حماية المستهلك[2]، أمّا بخصوص تطبيق نص المادة 1171 على نزاع يدخل في نطاق المادة 442-6 من القانون التجاري ففيه ما يقال، وذلك بالنّظر إلى العقوبة التي تقرّرها هاته الأخيرة والتي لا تتوافق مع سابقتها، لا يمكن الجزم بإمكانية السماح للأطراف باختيار ما يشاؤون من النّصوص القانونية لتُطبّق على النّزاع النّاشئ بينهم، الأمر الذي قد يكون الدّافع وراءه الهروب من الولايات القضائيّة المتخصّصة، وعليه يمكننا القول بأنّ هاته الحالة هي التي يفقد فيها القاضي غير المتخصص سلطة الفصل في هذا النّوع من النّزاعات[3]، لكن هل سيعمد القاضي إلى ذلك من تلقاء نفسه؟، أو أنّه يجب أن يتمسّك أحد الأطراف بتطبيق نصوص

[1]- Cyril Grimaldi, « **Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats** », op.cit. p 02.

[2]- أشرف جابر، المرجع السابق، ص 317.

[3]- Martine Behar-Touchais, op.cit. p 663.

التشريعات الخاصّة، وحينها لا ندري إن كان القاضي سينظر النّزاع أو يحيله إلى القاضي المختص، مع العلم بأنّ البعض[1] يرى بأنّ السماح بنظر مثل هاته النّزاعات من طرف محكمة غير متخصّصة، قد ينبئ بتأثير سلبي على الأمن القانوني، كونه لا يساهم البتّة في إنتاج سوابق قضائية متجانسة.

ثانيا: الجزاء المترتب على تطبيق نص المادة 1171

عبّر المشرّع عن العقوبة المقرّرة في نص المادة أعلاه بالنسبة للشرط التعسفي بأنّه غير مكتوب، وهو الأمر الذي يدعونا للتساؤل عن هذا الحكم الغريب عن نصوص القانون المدني، ومقصود المشرّع من وراء إدراجه في هذا الأخير من جهة، كما تثار مسألة خضوع الدعوى للتقادم من هذا المفهوم من جهة أخرى.

1- مفهوم اعتبار الشرط التعسّفي غير مكتوب:

يرى بعض الباحثين أنّه كان حريّ بالمشرّع تبنّي تعبيرًا أقلّ غموضًا من العبارة التي لخّص بها العقوبة التي أقرّتها المادة 1171، والتي اعتبرت الشرط غير مكتوب " Non écrite"، لأنّ هذا المصطلح يدعو إلى الرّيبة ويثير بعض الشكوك، إذ يمكن لهذه العبارة أن توحي بضرورة التعامل مع العقود المكتوبة فقط، مع العلم أنّ الكتابة لا تُعدّ ركنًا في كثير من العقود والمعاملات في الواقع، أم أنّ المشرّع يرى في العقود الرضائية التي لا يلجأ الأطراف إلى صياغتها ولو في شكل صكوك عرفية؛ لن ترقى إلى النّزاعات التي تصل إلى أروقة المحاكم، أمّا العقود التي تبلغ قدرًا معيّنًا من الأهميّة وإن كانت رضائيّة، ستكون من دون أدنى شك محرّرة مع احتفاظ كلّ طرف بنسخة من العقد[2]، هذا من جهة، ومن جهة

[1]- Cyril Grimaldi, « **Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats** », op.cit. p 02.
[2]- Daniel Mainguy, **LE CONTENU DU CONTRAT**, op.cit. p 125.

أخرى يثور التساؤل حول مدلول العبارة بشكل عام، وما إن كان المشرّع قد قصد بها البطلان أو شيئًا آخر.

قدّم واضعوا إصلاح القانون المدني الفرنسي تبريرًا لتبنّي فكرة اعتبار الشروط التعسفيّة غير مكتوبة في عقد الإذعان، حيث اعترفوا في تقريرهم المرفق حول الإصلاح بأنّ هذا الحكم مُستوحى من قانون الاستهلاك، الذي يعتبر كلّ شرط تعسّفي يخلق خللًا جسيمًا في التوازن العقدي بأنّه غير مكتوب، مع مراعاة الاستثناء الذي أورده في هذا الشأن[1]، وكأنّهم يدعون القضاة والمحاكم بصفة عامّة إلى التحرّك في الاتّجاه الذي تمّ تبنّيه في النّظام الاستهلاكي، وقد علّق البعض على هذا الحكم بكونه وإن كان يتماشى مع نصوص قانون الاستهلاك، والذي يعني حذف الشروط أو البنود الثانوية التي تنتج خللًا واضحًا بين حقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك، فإنّه لا يصلح إدراجه ضمن نصوص القانون المدني التي لا يناسبها هذا الطّرح، والذي يجب أنّ يتخذ شكلًا من أشكال البطلان وهو ما يُعرف بالبطلان الجزئي[2]، وهذا الأخير وإن بدى أنّه متطابق مع اعتبار الشرط غير مكتوب، يمكن أن يختلف معه في بعض المسائل، بحيث يتعلّق البطلان الجزئي أساسًا بعدم المشروعيّة، أي عدم قانونيّة بند من بنود العقد لمخالفته قاعدة قانونيّة معيّنة، والتي يمكن أن تتعلّق بالنّظام العام وما ينتج عنه من أثر، في حين أنّ الشرط التعسّفي لا يتعلّق بالنّظام العام في الغالب، لكن الإشكال يكمن في تأثيره على التوازن العقدي، فهو بهذا يتعلّق بالمصلحة الخاصة لا بالمصلحة العامّة[3]، ولعلّ من بين الأسباب العميقة الكامنة وراء اختيار هذه العقوبة من طرف المشرّع، وتفضيلها على لفظ أو مصطلح البطلان في القانون الاستهلاكي، إنّما جاء لمنع المهني أو المحترف من الاحتجاج بطبيعة الشرط التعسّفي لإبطال العقد في مجمله، وهو الأمر الذي لا يناسب المستهلك في كلّ الأحوال، فاعتبار الشرط غير مكتوب

[1]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 11.
[2]- Daniel Mainguy, **LE CONTENU DU CONTRAT**, op.cit. p 122.
[3]- D'Adda Alessandro, « **Nullité partielle, clause réputée non écrite et intégration corrective du contrat : perspectives de droit européen** », Rev internationale de droit comparé, Vol 67 N°4, 2015, p 908. doi : https://doi.org/10.3406/ridc.2015.20562;

يحافظ على كينونة العقد ويحمل في ثناياه عقوبة للطرف القوّي[1]، وقد أعرب المشرّع عن هاته النيّة صراحة في الفقرة الثانية من المادة 1184 من القانون المدني، حيث أكّد على استمرارية العقد عند اعتبار الشرط غير مكتوب، وبهذا يبدو أنّه يميل إلى المحافظة على استقرار المعاملات وثبات المراكز القانونية، لصالح الطّرف الضعيف، فيما أشاد البعض بخصوص اعتبار الشرط التعسّفي غير مكتوب في العقد، وهو ما يسمح للقاضي برفضه بكلّ بساطة، واعتباره كأن لم يكن في مضمون العقد، وبهذا يكون المشرّع قد قيّد من سلطة القاضي في هذا الشأن بغلّ يده عن مراجعة الشرط التعسفي، لأنّ منحه هاته السلطة سيزيد من إصرار الأطراف القويّة على إدراج مثل هذه الشروط، لأنّهم سيقبلون بتخفيض العائد من الشرط دون أن يفقدوا كامل فائدته، وعليه ستظلّ الأطراف القويّة تميل إلى استخدام شروط مجحفة في مواجهة الطرف الضعيف في العقد[2].

2- تقادم دعوى إلغاء الشرط التعسفي في عقد الإذعان:

إنّ العقوبة التي تقرّرها المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي، تثير إشكالًا قانونيًّا لجهة تقادم الدعوى النّاشئة بخصوص إلغاء الشروط التعسفيّة في عقود الإذعان، وما إذا كانت تخضع لأحكام التقادم التي تقرّرها نصوص القانون المدني الفرنسي لدعوى البطلان، أم أنّ اعتبار الشرط غير مكتوب لا يمكن أن يخضع للتقادم، وقد أقرّ البعض[3] بتصدّي القضاء لهاته المسألة، حيث تميل السوابق القضائيّة إلى عدم إخضاع دعوى إلغاء الشرط التعسفي للتقادم على خلاف البطلان الجزئي، فالطبيعة غير المكتوبة تؤدّي إلى الحفاظ بشكل منهجي على العقد مجرّدًا من هذا الشّرط فقط، أي يتمّ بتر الشرط من أصله، وعليه يكون العقد غير ملوّث بالبطلان وإنّما يعتبر الشرط غير موجود فيه أصلًا، ويبدو أنّ هذا

[1]- Signat Carine, « **Le dispositif de protection contre les clauses abusives : regards croisés franco-allemands** », Rev internationale de droit comparé, Vol 68, N°4,2016, p 880. doi : https://doi.org/10.3406/ridc.2016.20734;

[2]- Cécile Delforge, « **Conditions générales et clauses abusives** », publier en 2018 sur : https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/222529/1 .Visité le 09/12/2024.

[3]- Rose-Noëlle SCHÜTZ, **LE NOUVEAU DROIT FRANÇAIS DES CONTRATS**, op.cit. p 53. - Martine Behar-Touchais, op.cit. p 663.

من أهم الفروقات الواضحة بين بطلان الشرط التعسفي واعتباره غير مكتوب. وكان هذا في عدّة مناسبات في القضاء الفرنسي وقد كان محلّ ترحيب من المحكمة الأوروبيّة، فيما تعلّق بالشروط التعسّفية في عقود الاستهلاك[1]، لكن يبدو من الضروري الاعتراف بأنّ ما يعتبر غير مكتوب في الشريعة العامّة؛ لا يجب أن يتبع نفس النّظام في التشريعات الخاصّة، ففي نصوص القانون المدني وبالنّظر إلى خصوصيتها يمكن أن يوجد ما يُكمّل هاته العقوبة، وعليه لا يجوز إخراجها من الأحكام المتعلّقة بالتقادم، بمعنى أنّه يجب أن تخضع للتقادم لتوفير نوع من الاستقرار أو الأمن القانوني بشكل أعم[2]، ومن جانبنا نرى أنّه ما كان ليضرّ المشرّع الفرنسي تبنّي نصّ صريح في هذا الشأن.

وفي الختام لا يسعنا إلّا أن نضمّ صوتنا لمن ينظر إلى النّصف المملوءة من الكأس، ممّن يرون أنّ المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي ستبقى من دون أدنى شك أحد النصوص والابتكارات البارزة في هذا الإصلاح، بالنّظر إلى القيمة القانونية التي انطوت عليها والإضافة التي جاءت بها لصالح العدالة التعاقدية، من خلال جعلها نصًّا عامًّا للتحكّم في الشروط غير العادلة أو المبالغ فيها، أو تلك الشروط غير المتناسبة ومقتضيات التوازن العقدي، وأيًّا كان التعبير المختار في هذا الشأن إلّا أنّه يبقى أسلوبًا عامًّا لإلغاء هاته الشروط، ولا يهم نوع العقد طالما أنّه يحتمل وصف الإذعان[3]، فهي تكشف عن آلية جديدة للحماية من هيمنة الأطراف القويّة على العقد عن طريق وضع شروط مجحفة، حيث يمكن تطبيق نص المادة أعلاه بشكل بديل عن النّصوص المقرّرة بموجب التشريعات الخاصّة، وهو الأمر الذي يمكن أن يفتح أمام المتقاضين نظامًا أوسع من العقوبات[4]، كما أنّ هذا النّص سيكون بمثابة حماية استباقيّة للطّرف الضّعيف، لأنّه سيجبر الطّرف القوّي على

[1]- Cass. civ. 1re 13 mars 2019, n°17-23169 ; Cass. civ. 3e 19 nov. 2020, n°19-20405 ; Cass. civ. 1re 30 mars 2022, n°19-17996.
[2]- Sarah Bros, **Les sanctions de l'article 1170 du code civil**, Cycle de conférences : La substance de l'obligation essentielle, 13 mai 2024, Cour de cassation, Grand' chambre, bjda.fr 2024, n° 94, p 05. https://bjda.fr/wp-content/uploads/2024/09/VGR240iu_Colloque_Art_2.pdf
[3]- Daniel Mainguy, **LE CONTENU DU CONTRAT**, op.cit. p 120.
[4]- Signat Carine, op.cit. p 881.

الحرص على تفادي وضع شروط تخلّ بالتوازن العقدي بشكل واضح، هاته الشروط التي لا يمكن أن تكون محلًّا للمراجعة من طرف القاضي إذا تمّ إثبات طبيعتها التعسّفية، وستكون في حكم العدم بكلّ بساطة، حيث يتمّ إسقاطها من العقد مع الحفاظ على كينونته.

المطلب الثاني: البحث عن عدالة تعاقدية أكثر فعالية في باقي العقود

لم يدّخر المشرّع المدني الفرنسي جهدًا في سبيل تحقيق أكبر قدر من العدالة بين أطراف العقد بحماية الطرف الضعيف فيه، وبعدما تناولنا عقد الإذعان الذي يتميّز باحتوائه على مناخ مناسب لانتشار الشروط التعسّفية، يبدو أنّ حرص المشرّع على حماية الطرف الضعيف منها بإسقاطها من العقد، قد فاق أو تجاوز عقود الإذعان من خلال محاربة هاته الشروط خارج نطاق المادة 1171 من القانون المدني، حيث أقرّ حكمًا يبدو أنّه أوسع نطاقًا من سابقه، فهو يرى بمقتضى نص المادّة 1170 من نفس القانون؛ أنّ كلّ شرط يفرغ الالتزام الأساسي من محتواه يُعدّ كأن لم يكن في العقد، وهو ما عبّر عنه باعتبار الشرط غير مكتوب، وعليه فإنّ تتبّع اختلال التوازن العقدي يدعونا من جديد إلى فحص هذا النّص الذي يحتاج إلى تحليل، على أن نتناول ماهية الالتزام الأساسي في البداية، لننصرف بعدها إلى الأثر الذي خلّفه استحداث نص المادة 1170 من القانون المدني.

الفرع الأول: ماهية الالتزام الأساسي في العقد

درج كلّ من الفقه والقضاء على استعمال مصطلح الالتزامات الأساسية والالتزامات الثانوية للعقد، وهذا بغرض التفرقة بين ما يمثّل جوهر العقد وما يخرج عنه، وفي أغلب الأحوال يكون الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد بمثابة انعقاد هذا الأخير، إلّا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى أمر آخر، وسنعمل على إظهار فحوى الالتزام الأساسي من خلال الإشارة إلى نشأته وتطوّره، لنعكف بعد ذلك إلى الوقوف على تبلور مفهومه، لننتهي إلى الإشكالات التي تُثار عند العمل على تحديده من بين الالتزامات التي يتضمّنها العقد.

أولا: نشأة وتطوّر مصطلح الالتزام الأساسي في العقد

"لا يمكن أن نلتزم ولا نلتزم في نفس الوقت"[1]، إنّ تطبيق هذا القول المأثور أدّى إلى نشأة فكرة الالتزام الأساسي، وقد جاء بهدف حماية الالتزام والقوّة الملزمة للعقد، ويبدو أنّ بدايات تطوّر هاته الفكرة كانت في القانون البحري الانجليزي، حيث عمل القضاة بالاستناد إليها على استبعاد البنود والشروط التي تحدّ من المسؤولية، والتي تؤثر بشكل أو بآخر على مضمون العقد، وبالتالي تحرم الدائن من المنفعة المرجوة من الالتزام والعقد بصفة عامّة[2]، وبالنسبة للمشرع الفرنسي والذي تبنّى مصطلح الالتزام الأساسي بموجب نص المادة 1170 من القانون المدني، فقد أقرّ بأنّ هذا الحكم مستوحى من اجتهادات محكمة النّقض التي تعتبر الشرط الذي يتعارض مع الالتزام الأساسي؛ أو يؤثر عليه بشكل يُفرغه من محتواه في حكم العدم، وهو ما دلّ عليه تعبيرها باعتبار هذا الشرط غير مكتوب، وقد أكّد المشرّع على ذلك من خلال التقرير المرفق بإصلاح القانون المدني، حيث أشار إلى القضية الشهيرة التي ورد فيها هذا الحكم والتي تُعرف بقضية "Chronopost"[3]، هاته الأخيرة التي تلخّصت وقائعها في أنّ إحدى الشركات أرادت المشاركة في إحدى المناقصات، ولجأت إلى شركة "Chronopost" المتخصّصة في النقل السريع بغرض إيصال ظرف المشاركة في المناقصة على جناح السرعة، لكن هذه الرسالة لم تصل في الوقت المطلوب بل وصلت متأخّرة إلى وجهتها، وهو الأمر الذي حال بين الشركة المعنية وبين مشاركتها في المناقصة، وعليه طالبت بتعويض الضرر الذي لحقها جرّاء هذا التأخير، فاحتجت شركة النّقل "Chronopost" بوجود بند في العقد يحصر مبلغ التعويض في حدود ثمن النّقل المدفوع، واعتبرت محمة

---

[1]- « On ne peut pas à la fois s'engager et ne pas s'engager ». - François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, **Droit civil : Les obligations**, 11e édition, Dalloz, Paris, France, 2013, p 660. Citer par Stéphanie GHOZLAN, **« La notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives :Étude des systèmes juridiques français et québécois »**, Rev juridique Thémis, Faculté de droit - Université de Montréal Québec, vol 49, N° 2, 2016, p 405.
https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/15558_RJTUM-49-GHOZLAN.PDF

[2]- Ibid. p 405.

[3]- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, op.cit. p 11.

النّقض الفرنسية أنّ هذا الشرط غير مكتوب، لأنّه يناقض مضمون التزام مضمون الشركة المتخصّصة في النّقل السريع[1]، وقد أبدى البعض أسفه حيال الاستعانة بهذه الفكرة على اعتبار أنّها غير واضحة، إذ أنّ المشرّع عمل على تنحية السبب لنفس العلّة، أي أنّه يتّسم بنوع من الغموض وما ينجم عن ذلك من تأثيرات سلبية على الأمن القانوني، ولا يبدو أنّ مصطلح الالتزام الأساسي ببعيد عن هذا الانتقاد، ناهيك عن عدم تحقيقه للغرض الذي يرمي إليه المشرّع، إذ يمكن لهذا الأخير أن يؤثّر على الأمن القانوني، كما أنّه لا يرقى لأن يكون عنصرًا للتأسيس لنظرية متينة في هذا الشأن، تساهم في تطوير العدالة التعاقدية[2]، وإن كنّا لا نرى بأنّ الفكرتين تتشاركان نفس الغموض، بالنّظر إلى المعنى الذي يحتمله التوصيف القانوني لكلّ فكرة على حدى، حيث يكشف التحليل عن أنّ الالتزام الأساسي أوضح وإن كان يثير بعض الاشكالات القانونية، كما أنّه يتميّز ببعده المادّي على عكس السبب الذي لا يمكن تجريده من بُعده الشخصي، فضلًا عن كونه قد أوجد مكانته في التشريعات المقارنة التي ترفض فكرة السبب، وهو في تطوّر مستمر وسط استحسان وقبول على نطاق واسع.

ثانيا: مفهوم الالتزام الأساسي

يعتبر الالتزام الأساسي في العقد بمثابة الموضوع الرئيسي له، بحيث يشكّل المحور الذي يقوم عليه توازن العقد واقتصاده، وهاته الرؤية تقوم في الواقع على الارتباط الموجود بين الالتزام الأساسي والعقد الذي أوجده أو أنشأه، وهو ما يُمكّن من معرفة حقيقة الالتزام الأساسي الذي يتجسّد في الأداء الذي يحدّده، ومدى استجابة هذا الأخير لتلبية الغرض المقصود من إبرام العقد[3]، وعلى الرّغم من هذا المفهوم الذي يتميّز بعدم الدّقة فقد اشتهر هذا

[1]- Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632

[2]- Florian MAUME, **Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle**, Thèse de doctorat en droit, Université d'Evry-Val-d 'Essonne, juillet 2015, p 204.

[3]- Alain Lagadec, **De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat**, Thèse de doctorat en droit, Université de Toulon, France, Avril 2017, p114.

المصطلح وشاع استخدامه على نطاق واسع، وأمّا المشرّع الفرنسي الذي عمل على تبنّي هذا المصطلح إلّا أنّه تحاشى تقديم أي تعريف له، ويبدو أنّ المصطلح القانوني مركّب من كلمتين، أمّا الالتزام فمعناه واضح وهو متداول منذ زمن بعيد في النصوص التشريعية، وأمّا " أساسي " فهو ليس كذلك، حيث يشير الواقع العملي والتحليل القانوني للعقود إلى وجود ثلاث حقائق في هذا الشأن، فالالتزام الأساسي قد يستهدف الالتزامات التي تحدّد رضا الأطراف، أي تلك التي لها علاقة مباشرة بالتراضي، فهي ضرورية لنشأة العقد في حدّ ذاته، ثمّ تأتي الالتزامات الضرورية لتحديد نوع العقد، أي تلك التي يمكن أن تربط العقد بفئة معيّنة من العقود، أمّا الحقيقة الأخيرة فتشير إلى تلك الالتزامات التي يفرضها القانون، وهي متعلّقة بالأساس بالحفاظ على النّظام العام[1]، ومهما يكن من أمر ومهما بلغ الخلاف حول مفهوم الالتزام الأساسي، فإنّه لا يمكن إنكار حقيقة أنّ هذا الأخير غير قابل للانتقاص، كما أنّه يشكّل حدّا معيّنًا من الرصيد التعاقدي الذي يمكن للأطراف أن تتوقّعه بشكل مشروع من العلاقة القائمة بينهم، فهو بمثابة جوهر العقد الذي لا يمكن بحال من الأحوال اختزاله إلى لا شيء؛ من دون أن يؤدّي ذلك إلى خلق تناقض داخلي في العقد أو تشويهه، وعليه يكون أداة للعدالة التعاقدية تعمل على توصيف العقد وتُمكّن من فهم الهجوم أو التعدّي على جوهره، ممّا ينجم عنه اختلال صارخ في العقد، يعطّل قوّته الملزمة، ويحرم الطّرف الضحيّة من الفائدة المشروعة التي يرجوها من العلاقة العقدية[2]، وعليه يمكننا القول بأنّ الالتزام الأساسي يُعدّ بمثابة قلب العقد، أي أنّه جوهر العلاقة العقدية ولبّها، وهو ما يوصل إلى نتيجة مفادها أنّه ضروري بشكل كبير لوجود العقد، وبالتالي يكون غير قابل للحذف أو عدم التنفيذ، ولا حتى الانتقاص منه بشكل يجعله في حكم العدم أو قاب قوسين من ذلك، وإذا تمّ المساس بالالتزام الأساسي على الأوجه التي ذكرنا؛ انجرّ عن ذلك القضاء على الالتزام وبالتالي القضاء على فعالية العقد في حدّ ذاته.

[1]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, op.cit. p 320.
[2]- Stéphanie GHOZLAN, op.cit. pp 421-422.

ثالثا: اشكالية تحديد الالتزام الأساسي في العقد

من أجل فرض رقابة على الشروط التي تؤثر على الالتزام الأساسي بشكل يعمل على إفراغه من مضمونه، ويهدّد الالتزامات والحقوق النّاشئة عن طبيعة العقد في حدّ ذاته، ممّا ينعكس سلبًا على العلاقة العقدية برمّتها، يجب أن نعمل في بداية الأمر على تحديد الالتزام الأساسي في العقد[1]، ويبدو أنّ هاته المسألة تكتنفها بعض الصعوبات بالنّظر إلى طبيعة العقد، وما إذا كان يندرج تحت لواء فئة معيّنة من العقود أم لا، ففي حال كانت العلاقة بين الأطراف تنتمي إلى العقود المسمّاة، كعقد البيع أو عقد الإيجار أو عقد القرض أو الوديعة وغيرها من العقود التي دأبت الأشخاص على إبرامها، فإنّ الأمر لا يطرح إشكالات كبيرة لأنّ الالتزامات الأساسية عادة ما تكون معروفة فيها سلفًا، أمّا بالنسبة للعقود غير المسمّاة فهي تكشف عن صعوبة في بعض الأحيان لجهة تحديد الالتزام الأساسي فيها، لأنّ إرادة الأطراف هي التي تعمل على تحديد ما هو أساسي من عدمه، ممّا يستدعي في هاته الحالة اعتماد القاضي على إرادة الأطراف بشكل جوهري في توصيف العقد أو تفسيره، في ظلّ انعدام مرجعيّة واضحة وثابتة مثلما هو جاري العمل به في نطاق العقود المسمّاة[2]، ولتحديد الالتزامات الأساسية في طائفة العقود غير المسمّاة، يحتاج الأمر إلى اجتهاد من طرف القاضي، حيث يستوجب عليه فحص العقد وما إذا كان بالإمكان إدراجه أو تقريبه من عقد مسمّى لاستخلاص الالتزام الأساسي، وإن لم يصل إلى نتيجة في هذا السياق عمل على تحديد هذا الأخير بعيدًا عن العقود المسمّاة، وله أن يستعين في ذلك بمضمون العقد الذي يشكّل مادّة فعّالة في الوصول إلى تحديد الالتزام الأساسي فيه، وقد تساهم بعض العناصر في تيسير عمل القاضي كعنوان العقد الذي اختارته الأطراف أو الديباجة التي تأتي

[1]- Signat Carine, op.cit. p 878.
[2]- Alain Lagadec, op.cit. p 113.

كافتتاحيّة للعقد، ويتعيّن على القاضي أن ينظر إلى هذا الأخير على أنّه موضوع المعاملة التي تصوّرتها الأطراف، من خلال فحص البنود والشروط التي تمّ وضعها وإدراجها في مضمون العقد، مع ضرورة التأكّد من عدم وجود تناقض بينها، أو وجود أخطاء في الصياغة التي يمكن أن ينشأ عنها بعض الغموض، سواء كان ذلك مفتعلًا أو عن غير قصد منهم[1]، وهذا ما يجعل القضاة يعتمدون بحكم تخصّصهم على معيار طبيعة الأشياء في تصنيف الالتزامات التي تضمّنها العقد، بغضّ النّظر عن توصيف الأطراف لهاته الالتزامات أو حتى الاسم الذي اختاروه للعقد، لأنّ ترك هذه السلطة بيد الأطراف من شأنه أن يودّي إلى توسيع مفهوم الالتزام الأساسي، ما يمكن أن يجرّ معه فقدان هذا الأخير لخصوصيته وفائدته، وعليه كان لزامًا أن تؤول الكلمة والسلطة في تقدير وتحديد الالتزام الأساسي إلى القضاء، وإن كان هذا الأمر قد يزعج إلى حدّ ما أولئك الذين يدافعون عن الحريّة العقدية ويدعون إلى الليبيرالية[2]، ومجمل القول فإنّ سلطة تحديد الالتزام أو الالتزامات الأساسية في العقد، هي من صميم عمل القاضي وله وحده السلطة الكاملة في ذلك، سواء تعلّق النّزاع بعقد من العقود المسمّاة أو غير المسمّاة، ومهما كان حجم العلاقة العقدية سواء أكانت بسيطة أو مركّبة.

الفرع الثاني: أثر استحداث نص المادة 1170 في القانون المدني الفرنسي

يعتبر استحداث المادة 1170 في نصوص القانون المدني الفرنسي من الأمور الملفتة للانتباه، ومن المواضيع التي استقطبت اهتمام الباحثين المتخصصين في هذا المجال، فعلى خلاف نص المادة 1171 التي حصرها المشرّع في فئة معيّنة من العقود، فإنّ نص المادة 1170 يبدو أنّه يهدف إلى تغطية نطاق أوسع، كما يظهر أنّ هذا النّص قد ساعد على إعادة التوازن للعقود التي نشأت بشأنها عدّة نزاعات، وهو ما تشهد عليه مختلف الأحكام

[1]- Alain Lagadec, op.cit. p 112.
[2]- Stéphanie GHOZLAN, op.cit. p 409.

القضائية المنطوق بها في هذا السياق، وعليه سنسعى فيما يأتي بيانه إلى إظهار نطاق تطبيق هاته المادة، لنستعرض بعدها بعض التطبيقات القضائية التي عمل القضاة من خلالها على حماية الالتزام الأساسي من الشروط التي تجرّده من مضمونه.

أولا: نطاق تطبيق نص المادة 1170 من القانون المدني الفرنسي

إنّ العموميّة التي ميّزت نص المادة 1170 تمنح لهاته الأخيرة خصوصية لجهة نطاق تطبيقها في الواقع، ويظهر ذلك على النّطاق المادّي كما يظهر على النّطاق الزمني لها،

1- النّطاق الموضوعي لتطبيق نص المادة 1170:

لا ينحصر النّطاق المادي للنص القانوني أعلاه في فئة معيّنة من العقود، حيث تمّ توسيع حقل الحماية التي توفّره ضدّ الشروط التعسّفيّة بما يتجاوز عقود الإذعان، لأنّ هذا النص وخلافًا لنص المادة 1171 من القانون المدني لم يحدّد المشرّع نطاقه، وعليه فإنّ هذا التوسّع في مواجهة الشروط التعسّفيّة يطال العقود التي تمّ التفاوض عليها بالفعل، وهذا يحمل في ثناياه خطر التأثير السلبي على الأمن القانوني، هذا من جهة، فيما يظهر من جهة أخرى تحوّل نص المادة 1170 لأداة تسمح بالتحكّم في شروط العقد وبنوده من خلال مفهوم الالتزام الأساسي، الأمر الذي يُمكّن من التحايل ليس فقط على نص المادة 1171 السالفة الذكر، بل يسمح بالتحايل على نص المادة 1168 من نفس القانون، والتي ترفض الاستجابة للضرر النّاشئ عن العقد خارج الحالات التي ينصّ عليها القانون[1]، ومهما يكن من أمر فإنّه يستوجب لتطبيق نص المادة 1170 أعلاه توافر شرطين، إذ يجب في المقام الأول أن يتعلّق الشرط محل النّزاع بالالتزام الأساسي، أي أنّه يستوجب أن يكون الشرط على ارتباط مباشر ووثيق بجوهر العقد أو موضوعه الرئيسي، فالشرط الذي يؤثر على الالتزامات الثانوية كتلك المتعلّقة بزيادة ساعات العمل، أو التي تنصبّ على التنقلات والتحويلات في

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 555.

عقد العمل، والتي تمنح قدرًا من السلطة لأحد الأطراف، لا تكون عرضة لتطبيق نص المادة 1170، على عكس الشروط والبنود التي تخوّل سلطة إنهاء العقد لأحد الأطراف دون الآخر، أو سلطة تحديد السعر من جانب واحد، فهي لا محالة ترتبط بالالتزامات الأساسية في العقد[1]، أمّا بالنسبة للشرط الثاني فيتمحور حول المساس بالالتزام الأساسي بشكل يعدمه أو يقرّبه من العدم، أي أنّ استدعاء العقوبة المقرّرة بنص المادة 1170 أعلاه يتطلّب المساس بجوهر الالتزام الأساسي بإفراغه من مضمونه، وعليه وبمفهوم المخالفة فإنّ الشرط الذي يلحق الالتزام الأساسي دون أن يؤثّر على محتواه لا يستوجب تطبيق هذا النّص، ممّا يُفهم منه أنّه هناك قدر من المساس أو التأثير على الالتزام يمكن التسامح فيه، وعلى أيّ حال فإنّه لا يمكن السماح لأحد الأطراف بتحرير نفسه من الالتزام، عن طريق التقليل من الأداء المفروض عليه بموجب العقد لدرجة يفقد معها هذا الأخير روحه وفائدته، فنص المادة 1170 يمنع أن يستردّ أيّ طرف من أطراف العقد بيده ما أعطاه باليد الأخرى من دون وجه حق[2]، كما أنّه ومن خلال السوابق القضائية التي سارت على هذا النّهج والتدقيق في نص المادة 1170، يبدو أنّ هاته الأخيرة توحي بفرض رقابة ليس فقط على الشروط التي تسمح بالتعدّي على الالتزامات الأساسية، وإنّما تتجاوز ذلك إلى المعاقبة على عدم تنفيذ الالتزام الأساسي في بعض الأحيان، والمطالبة بالتعويض من قبل الضحيّة على عدم التنفيذ[3].

2- النّطاق الزمني لتطبيق نص المادة 1170:

لا تشير المادّة 1170 من القانون المدني إلى النّطاق الزمني لتطبيق هذا النّص، على خلاف المادة 1169 التي تحدّد هذا النّطاق، على اعتبار وجود الخلل في التوازن والتكافؤ بين الالتزامات، يجب أن يعاصر تكوين العقد ممّا يفهم منه أنّ التفاوت الذي يظهر بعد ذلك لا يستدعي تطبيقها، وبهذا يكون نص المادة 1170 جاهزًا للتطبيق في مرحلة التنفيذ، ولا

[1]- Marc Cassiède, **Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé**, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, France, novembre 2018, p 435.
[2]- Ibid. p 437.
[3]- Cyril Grimaldi, **Droit des contrats**, op.cit. p 321.

يستهدف سوى عواقب الشرط المتنازع عليه، على اعتبار أنّ عمليّة تنفيذ هذا الأخير هي التي تكشف عن تأثيره على الالتزام الأساسي بشكل يجرّده من مضمونه، وبالرجوع إلى السوابق القضائية التي أنشأت هذا الحكم، يمكن ملاحظة أنّ الاستنجاد بنص المادة المعنية إنّما يأتي في مرحلة التنفيذ الذي يفقد الالتزام الأساسي فعاليته، أو يتمّ تنفيذه بشكل يتناقض مع ما تعهّد به المدين[1]، ويجدر بنا في هذا المقام المتعلّق بالنطاق الزمني التذكير بمسألة التقادم التي تناولناها لدى الحديث عن المادة 1171، على اعتبار أنّها تستوجب نفس العقوبة رفقة المادة 1170، والتي تعتبر الشروط المستهدفة بأنّها غير مكتوبة.

ثانيا: تطبيقات الرقابة على الشروط التي تفرغ الالتزام الأساسي من مضمونه

يبدو جليًّا من خلال النطاق الموضوعي والمادّي لنص المادة 1170 من القانون المدني، أنّ العمومية هي التي تطغى على نوعية الشروط المستهدفة بحكم هاته الأخيرة، حيث أشارت صياغتها إلى كلّ شرط من دون تحديد نوع هذا الشرط، وهو الأمر الذي يدعونا إلى الجزم بحقيقة أنّ القضاة لن يقفوا عند حدود أصل هذا النص، والذي يعود مصدره إلى الحكم القضائي المذكور آنفًا والذي جاء لمحاربة الشروط التي تحدّ من المسؤولية أو تعفي منها، كما تمّت الاشارة إليه في التقرير المرفق بإصلاح القانون المدني، ويبدو أنّه توجد شروط أخرى إلى جانب تلك المتعلّقة بالمسؤولية يمكنها أن تطال الالتزام الأساسي وتؤثّر عليه بشكل يجرّده من محتواه، والسوابق القضائية خير شاهد على ذلك في عدّة مناسبات.

1- شروط الحدّ من المسؤولية أو الإعفاء منها:

في إطار الحريّة التعاقدية والقوة الملزمة للعقد، يمكن للأطراف تضمين عقدهم بعض البنود التي تقلّص من بعض الالتزامات المترتبة في ذمّتهم، أو إدراج بعض الشروط التي

[1]- Marc Cassiède, op.cit. p 438.

تحدّ من مسؤولياتهم التعاقدية أو حتّى الإعفاء منها، هاته الشروط يمكن أن تؤثر بشكل واضح على التوقعات المشروعة من العقد، ممّا يجرّ معه تأثيرًا سلبيًّا على العدالة التعاقدية، وقد درج القضاء على التعامل مع هاته الشروط بأساليب متباينة، حيث عمل على تنحيتها باسم الضرورات المعاصرة في العلاقات التعاقدية، والتي تجسّدت تحت لواء حسن النيّة والعدالة والإنصاف أو بداعي إعادة التوازن العقدي[1]، حيث تتمحور هاته الشروط حول إعفاء المدين من التعويض عن بعض الاضرار، أو تحديد قيمة التعويض بشكل يجعل من هذا التقدير غير منصف وغير عادل، ما ينتج عنه المساس بالالتزام ومردود العقد.

ففي حكم صادر عن محكمة فرساي الفرنسية[2]، قرّرت بمقتضاه إلغاء بند في عقد إيجار أحد المتاجر، وكان موضوع هذا البند يتمحور حول حرمان المستأجر من الرّجوع بالتعويض على المؤجّر، في حال حدوث حريق أو سرقة أو أي ضرر آخر يرجع سببه إلى المياه أو الرطوبة أو أي ظرف آخر من شأنه أن يؤثّر على الممتلكات الخاصّة، مع العلم أنّ هذا المتجر كان يتعرّض بصفة دورية للفيضانات والرّطوبة، وعليه رأت المحكمة بأنّ هذا الشرط يفرغ الالتزام الأساسي من مضمونه أو محتواه، ذلك أنّه من بين الالتزامات الأساسية في هذا العقد، التزام المؤجّر بضمان الاستعمال والانتفاع السلمي بالعين المؤجّرة على الوجه الذي ينبغي لفائدة المستأجر، وبناءً على هذا الأساس تمّ استبعاد هذا الشرط مع الإبقاء على العقد.

2- بنود التنازل عن بعض الحقوق:

يمكن دومًا للأطراف في ظلّ الحريّة التعاقدية؛ أن يضعوا في العقد بعض البنود التي تنصبّ حول التنازل على حق من الحقوق، والتي عادة ما تكون مكفولة بموجب القانون أو تلك الناتجة عن طبيعة العقد في حدّ ذاته، كحقّ فسخ العقد أو حق اللجوء إلى التنفيذ

[1]- Marine Goubinat, **Les principes directeurs du droit des contrats**, Thèse de doctorat en droit privé, Université Grenoble Alpes, Février 2016, p 89.
[2]- CA Versailles, 11 Mai 2023, n°22/05486

الجبري (القسري) للالتزام، كما هو الحال في العقود الملزمة لجانب واحد كالوعد بالتفضيل أو الوعد التعاقد أحادي الجانب، إلّا أنّ هاته الشروط أو البنود تخضع لرقابة القاضي في حال النّزاع، والذي يعمل على ضمان احترام حقوق الأطراف، وعليه يمكن للقاضي استبعاد شرط التنازل هذا إذا أخلّ بالالتزام الأساسي في العقد، تأسيسًا على نص المادة 1170 من القانون المدني[1].

ويمكن في هذا الإطار الاستشهاد بحكم صادر عن محكمة "Rimo"[2] والذي تعلّق بإلغاء بند في عقد وديعة، حيث انصبّ مضمون هذا البند على تنازل مالك حصان عن حقّه في الرّجوع على المودع لديه، في حال وقوع حادث للحصان مهما كان نوعه أو أثره، وبالتالي عدم متابعة السيّدة التي تولّت رعاية هذا الحصان من طرف المودع وعدم تحميله أيّة مسؤوليّة، وقد قرّرت المحكمة إسقاط هذا الشرط من عقد الوديعة على اعتبار أنّ التزام المودع لديه بالحراسة والمحافظة على الوديعة هو التزام أساسي في هذا العقد، وبالتالي فإنّ هذا الشرط يفرغ الالتزام الأساسي من مضمونه ويؤثّر على العلاقة العقدية بشكل واضح، إلّا أنّ هذا لا يعني بأي حال من الأحوال حظر الشروط المتعلّقة بالتنازل عن بعض الحقوق في العقد، لأنّ تعميم هذا الحكم لن يكون مناسبًا أبدًا في مختلف العلاقات والمعاملات، إنّما يتمّ حظر الشروط التي تمس بالالتزام الأساسي بحيث يؤثّر على مضمونه بشكل لافت[3]، وقد رفضت محمة النقض الفرنسية[4] إلغاء شرط في أحد العقود، هذا الأخير الذي كان موضوعه حول تخزين المواد الصيدلانية بين طرفيه، وجاء في صلب الشرط تنازل الأطراف عن اتخاذ أي إجراء ضدّ بعضهم البعض في حال فقدان بعض المواد المخزّنة، أو تعرّضها للحريق أو

[1]- Melchior LAPLANE, **Le renouvellement des sanctions de l'inexécution du contrat dans la réforme du droit des contrats du régime général des obligations et de la preuve**, « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017, p 56.
[2]- CA Riom, 16 Jan 2024, n°22/00475
[3]- Cédric de Pouzilhac, **« Les clauses soumises à l'article 1170 du code civil »**, publier en septembre 2024, sur : https://bjda.fr/wp-content/uploads/2024/09/gt68kiHY14_ART_1.pdf .Visité le 04/12/2024.
[4]- Cass. Com. 26 avril 2017, n° 15-23239

التلف وغيرها من المخاطر التي تهدّد عمليّة التخزين، حيث رأت بأنّ هذا الشرط لا يخلّ بتوازن العقد ولا بالالتزامات الأساسية النّاشئة عنه، لأنّ العمليّة التعاقدية اتّسمت بتوزيع عادل للمخاطر بين الأطراف، وهو العرف الجاري به العمل في مثل هاته العلاقات العقدية.

3- بنود نقل الالتزامات من طرف لآخر:

تشتهر عقود الإيجار بأنّها الحقل المناسب لانتشار مثل هذه البنود، بحيث يتمّ نقل بعض الالتزامات الملقاة على عاتق أحد الأطراف إلى الطرف الآخر، وهو أمر وارد الحدوث في الواقع العملي ومسموح به على نطاق كبير، على أن لا ينجرّ عن هذا النقل أي تأثير جسيم على الالتزام الأساسي في العقد، ممّا يؤدّي إلى تجريده أو إفراغه من محتواه[1].

وتشير السوابق القضائية إلى وجود مثل هاته الحالة، حيث قضت محكمة الاستئناف في "Amiens"[2] بتاريخ 14 مارس 2024 بإلغاء بند من هذا النّوع في إحدى القضايا المرفوعة إليها، وتعود تفاصيل القضيّة إلى نزاع نشأ بخصوص عقد انصبّ موضوعه على إيجار عقار لغرض استغلاله لممارسة نشاط الإطعام، حيث واجه المستأجر مشكلة في أرضية المبنى ممّا حال بينه وبين مباشرة نشاطه، وكان من ضمن بنود العقد أنّ تهيئة العقار تقع على عاتق المستأجر دون الرجوع على المؤجّر، وقد سعى المستأجر للمطالبة بوقف دفع بدل الإيجار من خلال لجوئه للقضاء، بالنّظر إلى استحالة مباشرة نشاطه، واستجابت المحكمة لطلباته كون الشرط المتضمّن في عقد الإيجار يفرغ أحد الالتزامات الرئيسية فيه من محتواه، شأنه شأن الشروط الاخرى التي تنتج نفس الأثر، وقد أشارت المحكمة إليها بشكل مباشر على النحو الآتي:

- الشرط الذي ينص على أنّ المستأجر يأخذ العقار على حاله، دون مطالبة المؤجر بإجراء أعمال تمكّنه من الانتفاع بالعين المؤجرة.

[1]- Cédric de Pouzilhac, op.cit. p 4.
[2]- CA Amiens, 14 mars 2024, n°23/02271

– البند الذي يجبر المستأجر على الحصول أو استصدار التراخيص الإدارية لأعماله الشخصية، في حال كانت هذه الأخيرة لا يتمّ منحها إلّا لمالك الرقبة.

– البند الذي يعفي المؤجّر من مباشرة الأعمال والاجراءات الضرورية لمعالجة خلل أو عيب في العقار أو المبنى محل العقد.

4– البنود ذات الصلة بالقوة القاهرة:

تتجسّد القوة القاهرة ذات الصلة بالمسائل التعاقدية في ذلك الحدث غير المتوقع حصوله، والذي يقع بعد إبرام العقد، لكنّه يتميّز بتأثيره على هذا الأخير بشكل يجعل من الالتزامات النّاشئة عنه ضربًا من المستحيل، من دون أن يكون لأحد الأطراف يد في حدوثه، وعليه يعتبر بمثابة إعفاء المدين من تنفيذ الالتزام ولو مؤقتًا، كما أنّه يعفيه من تحمّل أيّة مسؤوليّة تجاه الدّائن[1]، ولا يوجد ما يمنع من تناول الشروط المتعلّقة بالقوة القاهرة عند تكوين العقد، إذ يمكن للأطراف معالجتها وترتيبها على نحو استباقي تعاقديًا، لكن لا ينبغي للشروط او البنود المتعلّقة بها أن تصل إلى حدّ إفراغ الالتزامات الأساسية من محتواها، وهو ما يمكن أن يجعلها ضمن نطاق حكم المادة 1170 من القانون المدني[2].

وفي هذا السياق يمكننا الاستشهاد بحكم لمحكمة الاستئناف بباريس[3] بتاريخ 09 سبتمبر 2022 بخصوص عقد أبرمته إحدى الوكالات المتخصّصة في تنظيم التربصات المهنية والأسفار والرحلات عن طريق الحافلات والطائرات مع إحدى شركات الطيران، وكان من ضمن بنود هذا العقد ما يهدف إلى تنظيم حالة القوة القاهرة، وتضمّن هذا الشرط إعفاء شركة الطيران من المساءلة في حال التأخير أو الإلغاء الكلّي للرحلات بسبب مشاكل فنيّة، أو مشاكل تتعلّق بالسلامة خاصّة توتّر طاقم الطائرة، وعليه لا يتمّ تحميل شركة الطيران

[1]- Jean-François Germain, Yannick Ninane et Jean Van Zuylen, « **La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles** », publier en 2013 sur : http://hdl.handle.net/2078.3/124980 .Visité le 03/01/2024.
[2]- Cédric de Pouzilhac, op.cit. p 5.
[3]- CA Paris, 09 septembre 2022, n°21/01060

المسؤولية في ظلّ إبلاغ العميل او الزبون بشكل صحيح وبأسرع وقت بالمشكلة الحاصلة، والحلول البديلة المقترحة مع توفير أكبر قدر من الاحترام ومراعاة مصالح الزبون، وقرّرت المحكمة إلغاء الشرط على اعتبار أنّ هذا الشرط يفرغ الالتزام الأساسي من جوهره، خاصة بالنظر إلى التأخيرات المتكرّرة والمفرطة التي لوحظت على تنفيذ هذا العقد.

كما يتناول حكمًا آخر صادر عن محكمة "Lille"[1] في قسمها التجاري، تمّ الفصل بموجبه في نزاع ثار بشأن بند في أحد العقود المتعلّقة بخدمة تقدّمها إحدى الشركات عبر مواقعها على شبكة الأنترنت، حيث انصبّت هاته الخدمة على توفير نسخ وحفظ احتياطي للبيانات، إلّا أنّ البند محل النّزاع ينصّ على عدم تحمّل مقدّم الخدمة المسؤولية في حال انقطاع التيّار الكهربائي، أو حصول انفجارات أو فيضانات أو حرائق، وهو ما رأت فيه المحكمة أنّ الخدمة المقدّمة مع هذا الشرط لا معنى لها إذا كانت لا تضمن الحفظ الاحتياطي للبيانات عند وقوع هاته الأحداث، وهو ما يفرغ الالتزام الأساسي من محتواه.

ويرى الفقيه "François Terré" أنّه في ظلّ المبالغة في محاربة الشروط التعسّفية والالتماس المفرط للحدّ منها، يبدو من المناسب جدًّا احترام التوجيه الذي أدرجه المشرّع في نص المادة 1105 من القانون المدني، ففي حالة وجود عقد استهلاكي بين مهني ومستهلك يكون دومًا من الأفضل تطبيق نص المادة 212-1 من قانون الاستهلاك، أمّا في حال وجود نزاع بخصوص عقد بين المتعاملين الاقتصاديين أي في الحقل التجاري، فيرجى تطبيق نص المادة 442-6 من القانون التجاري، وما تبقّى من نزاعات خارج نطاق التشريعات الخاصّة سيكون تطبيق القانون المدني مجديًا، وذلك بالنّظر إلى طبيعة العلاقة العقدية بين الأطراف، فإن كان عقد إذعان تمّ تطبيق نص المادة 1171 من القانون المدني، وإن لم ينطبق عليه وصف الإذعان جاز تطبيق نص المادة 1170 من نفس القانون[2].

[1]- T. com. Lille, 26 janvier 2023, SAS France Bati Courtage / SAS OVH
[2]- François Terré et des autres, op.cit. p 556.

وبالعودة إلى المشرّع المدني الجزائري يبدو أنّه عالج فكرة التصدّي للشروط التعسّفية في عقود الإذعان بموجب نص المادة 110 ق م ج بقولها: "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"، ويبدو من خلال هذا الحكم أنّ المشرّع الجزائري قد أعطى سلطة تعديل هاته الشروط للقاضي، على عكس المشرّع الفرنسي الذي عمل على حرمان القاضي من هاته السلطة، باعتبار الشروط التعسّفية في عقد الإذعان غير مكتوبة على الوجه الذي بيّناه وللغاية التي ذكرنا، وقد أشار أحد الباحثين[1] في أطروحته إلى موقف المشرّع الجزائري الذي تنبئ به هاته المادة، على أنّه يضع الأطراف رفقة القاضي في حيرة من حيث الخيارات المتاحة بموجب المادة أعلاه في سبيل مواجهة الشروط التعسّفية، وذلك بالنّظر إلى الخصوصية المميّزة لعقد الإذعان في قانون الاستهلاك الجزائري عن قانونه المدني، فيرى بأنّ المادة 110 تفتقر إلى الفعالية بالقارنة مع التشريعات الخاصّة. أمّا بالنّسبة للمادة 1170 من القانون المدني الفرنسي، والتي تحارب الشروط التي تفرغ الالتزام الرئيسي من مضمونه، فلم نجد ما يقابلها في التشريع المدني الجزائري، وهو ما يُعاب على المشرّع الجزائري الذي حصر مجابهة الشروط التعسفيّة بموجب نصوص الشريعة العامة في عقود الإذعان، وهو ما لا يمكن معه تمديد الحماية إلى شريحة واسعة من المحترفين، من أصحاب الشركات والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مواجهة الشركات الكبرى، إذ من المفترض التمسّك بمقوّمات العدالة التعاقدية في سبيل تحقيق نوع من التكافؤ في مضمون العقد، من خلال التكافؤ النسبي في الأداءات بغضّ النظر عن وجود التكافؤ بين الأطراف من عدمه[2].

[1]- زمام جمعة، المرجع السابق، ص ص 63-64.

[2]- المرجع نفسه، ص 170.

المبحث الثاني: اختلال التوازن العقدي الخارج عن العقد (نظرية الظروف الطارئة)

لا يمكننا إنكار حقيقة أنّ اختلال التوازن العقدي الذي يحدث جرّاء تغيّر الظروف يطرح في مرحلة تنفيذ العقد، وهو ما يفسّر اتجاه الفقه والتشريع إلى الحديث عنه ومعالجة أحكامه عند تناول آثار العقد، إلّا أنّ التطرّق إليه من جانبنا في هذا الباب له ما يبرّره، ففي المقام الأول يبدو أنّ الظرف الطاّرئ الذي يُحدث نوعًا من التأثير على توازن العقد يدخل في نطاق دراستنا، على اعتبار أنّ اختلال التوازن العقدي على صلة وثيقة بالعدالة التعاقدية والتي هي بدورها جوهر هذا العمل البحثي، كما أنّ وقوع الظرف الطّارئ الذي يعيد الأطراف إلى نقطة البداية على نحو ما سنرى، فينجم عنه شكلًا من أشكال إعادة بناء للعلاقة العقدية على أساس العدالة، لأنّ هاته الأخيرة التي كانت تخيّم على العقد ولو بشكل نسبي، كانت محلّ قبول واستحسان من قبل الأطراف، وكنّا قد شبّهنا العقد في مرحلة المفاوضات على أنّه بناء يتمّ تشييده بين الأطراف حجر بحجر، فإذا تأثّر هذا البناء عملت الأطراف على ترميمه بل وإعادة بنائه إذا تطلّب الأمر ذلك، على رأي البعض[1] في هذا الشأن يجب أن لا ننسى بأنّ العقد بالإضافة إلى كونه نتيجة لتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فالعقد هو أيضًا نتيجة لتوافق مصالح تنطلق من الظروف الاقتصادية التي نشأ وترعرع فيها، أي ذلك المناخ الملائم الذي زامن وواكب تكوين العلاقة العقدية وربّما بعض مراحل تنفيذها، وهاته المصالح يجب إعادة ضبطها بما يتماشى مع الظروف الجديدة التي نالت من التوازن بين المصالح وأصابه الاختلال، وبناءً على ما تقدّم سنسعى إلى إبراز مكانة نظرية الظروف الطّارئة في التشريع الفرنسي ككل قبل إصلاح القانون المدني، لنعمد إلى دراسة النظرية وتبيان طريقة تناولها من طرف المشرّع المدني الفرنسي.

[1]– زمام جمعة، المرجع السابق، ص 135.

المطلب الأول: واقع نظرية الظروف الطارئة قبل إصلاح 2016

لا يمكن التنبّؤ بالمستقبل في مجال العقود الزمنية إلّا ضمن حدود معيّنة، ومع ذلك تعمل الأطراف المتعاقدة على تفادي الخوض في المجهول وتصبّ كلّ تركيزها على لحظة إبرام العقد، لكن الواقع يثبت أنّ مستقبل العقد قد لا يكون مثل حاضره، ومردّ ذلك إلى التغيّرات التي يمكن أن تحدث للظروف التي زامنت إبرامه، هذه الظروف قد تؤدّي إلى اختلال التوازن العقدي ممّا يثقل كاهل أحد الأطراف بزيادة التزاماته بشكل مرهق له، ويستدعي هذا الموقف تدخل الأطراف بالدّرجة الأولى لإعادة التوازن للعقد، وقد يستدعي تدخّل القاضي لإعادة الأمور لنصابها، وهذا هو المعمول به في أغلب التشريعات الوطنية التي تعترف بضرورة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإن كان الأمر كذلك في كثير من التشريعات فإنّه ليس كما هو عليه بالنسبة للتشريع الفرنسي وقضائه في هذا الشأن قبل إصلاح 2016، وعليه سنحاول فحص موقف القضاء الفرنسي كخطوة أولى، لننتقل بعدها إلى كيفيّة سير الأمور بالنّظر إلى الموقف الذي أخذه القضاء من نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة

إنّ المنازعات التي تنشأ عن العقود تستدعي تطبيق القانون الخاص، ممّا ينجرّ عنه اللجوء إلى القضاء العادي، ويبدو أنّ هذا الأخير يرفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لكن يظهر من خلال السوابق القضائية أنّ للقضاء الإداري كلمة أخرى في هذا المجال، وهو ما يجرّنا بالضرورة إلى التمييز بين القضاءين.

أولا: رفض نظرية الظروف الطارئة في القضاء العادي

لقد كان لمحكمة النّقض الفرنسية الدور الأساسي في هاته المسألة، باتخاذها موقفًا سلبيًا من نظرية الظروف الطارئة برفض تطبيق أحكامها، وكان حكمها الشهير في 06 مارس 1876 والمعروف بحكم قناة دو كاربون "Arrêt Canal de Carponne"؛ بمثابة

تأسيس للاتجاه الرّافض لفكرة التدخل القضائي لمراجعة العقد المتأثّر بتغيّر الظروف، الذي نقضت به حكم محكمة الاستئناف الذي تبنّى فيه القضاة تطبيق النّظرية، وسنتطرّق لوقائع القضيّة أعلاه، لننتقل بعدها للحديث عن الأساس القانوني الذي برّرت به محكمة النّقض حكمها.

1- وقائع قضيّة "Canal de Carponne"[1] :

تعود وقائع القضيّة إلى التعهّد الذي كان محلّه إنشاء قناة لتزويد إحدى المناطق بالمياه بغرض السقي، حيث قام المهندس "Adam de Carponne" بإنشاء هاته القناة مقابل مبلغ من المال يتمّ دفعه دوريًّا من طرف المستفيدين منها، وبعد مرور مدّة زمنية معتبرة جاوزت ثلاثة قرون، عمل أصحاب القناة على المطالبة بمراجعة العقد وإلزام المنتفعين بزيادة ثمن الخدمة المقدّمة، خاصّة في ظلّ ارتفاع تكاليف صيانة القناة بمرور الزمن، فضلًا عن كون المبلغ المتفق عليه في العقد أصبح ضئيلًا جدًّ، استجابت محكمة "AIX" لطلب مالك القناة على اعتبار أنّ مطالبه مشروعة ومنطقيّة، وكان ذلك بموجب حكمها الصادر في القضية بتاريخ 31 ديسمبر 1873، وهو الأمر الذي دفع المستفيدين إلى الطعن في هذا الحكم أمام محكمة النّقض الفرنسية، التي جاء حكمها مخالفًا لمحكمة الاستئناف حيث رأت بضرورة إبقاء العقد على حاله وثبات السعر المتفق عليه، إذ لا يحقّ للمحاكم أن تعمل على تعديل اتفاق الأطراف، من خلال استبدال البنود التي قبلها المتعاقدون ببنود أخرى جديدة، وبهذا تكون المحكمة قد انتهكت المادة 1134 من القانون المدني، هاته الأخيرة التي تضع قاعدة عامّة ومطلقة، فهي تحكم كلّ العقود حتّى تلك التي يتطلّب تنفيذها فترة من الزمن، وعليه فلا يجوز للمحاكم ولو بدى أنّ قرارها عادلًا ومنصفًا أن تتدخل لمراجعة العقد، معلّلة ذلك بمدّة العقد وتغيّر الظروف.

[1]- Arrêt de la Cour de Cassation, 6 mars 1876 (Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix, 31 décembre 1873) sur : https://mafr.fr/IMG/pdf/canal_de_craponne.pdf . Visité le 03/01/2025.

2- الأساس القانوني لحكم "Canal de Carponne":

أسست محكمة النّقض حكمها في هاته القضيّة على نص المادة 1134 من القانون المدني المعمول به آنذاك، وهاته المادة معروفة بحكمها الذي يجعل من بنود العقد بمثابة قانون لأطرافه، ولا يوجد ما يسمح بمراجعة هاته البنود إلّا إذا رغبت الأطراف المتعاقدة في ذلك، وبما أنّه لا يوجد ما يمنع من تنفيذ الالتزام كحالة القوة القاهرة، ولا يوجد عيب يرجع إلى تكوين العقد، فإنّه يستوجب تنفيذ هذا الأخير على ما هو عليه، ولا يمكن لحدث عرضي غير متوقّع يحصل من خارج العلاقة أن يسمح بمراجعة العقد أو حتّى إنهائه، وهو الموقف الذي تمسّكت به محكمة النّقض تكريسًا لمبدأ القوّة الملزمة للعقد[1]، موقف أشادت به في نفس الوقت المحكمة العليا، واعتبرت بأنّ غلّ يد القضاة عن التدخل في العقود عن طريق التعديل هو الخيار الأفضل، فتدخل القضاة سيكون بمثابة مساس باستقرار العلاقات العقدية، كما يمكن أن يحمل معه تهديدًا للأمن القانوني حال اتخاذ قرارات غير صائبة من طرفهم[2]، هذا وقد أشارت أيضًا محكمة النّقض إلى تنفيذ العقد بحسن نيّة، وهو المبدأ الثاني الذي حوته المادة 1134 التي تم اعتمادها كأساس قانوني لنقض حكم محكمة الاستئناف، لكنّه يبدو أنّ حسن النيّة الذي رمت إليه المحكمة كان بمثابة حجّة على الضحيّة وليس في صالحها كما ينبغي له أن يُفهم، ذلك أنّه حسن النّية وكما هو معلوم يقتضي التكافل والتعاون والتضامن بين أطراف العقد، فكيف يمكن بأيّ حال أن نتخلّى عن الشريك في العلاقة التعاقدية في عزّ أزمة أوجدتها الظروف، ثمّ نقول أنّ هذا من حسن النيّة.

إنّ تدخل القاضي في حال حدوث ظروف طارئة لم يكن في الوسع توقّعها لهو أمر مرغوب، على الأقل إن أردنا وضع حدّ للصورة غير المنطقية التي تمّ تشكيلها عن العقد، إذ أنّ هذا الأخير يجب أن يُنظر إليه على أنّه كائن حيّ حسّاس للبيئة المحيطة به، فهو يرتبط

[1]- Jean Carbonnier, op.cit. p 496.
[2]- Salma Seifelnasr, **Regards croisés sur la théorie de l'imprévision en droit des pays arabes et en droit français**, Thèse de doctorat en droit, Université Montpellier, France, 2020, p 40.

بشكل أو بآخر بالواقع السياسي، الاجتماعي والاقتصادي، وعلى الأرجح أنّه يتأثر على هذا النّحو بالظروف والتطوّرات والتغيّرات الحاصلة من حوله، وعليه فإنّ السلطة الاستثنائية للقاضي تعمل على جبر اختلال التوازن النّاشئ عن التغيّر في الظروف التي عايشها الأطراف عند إبرام العقد، والتي تغيّرت بشكل ملحوظ بات يهدّد كيان العقد واستمراريته[1]، كما أنّه في الحقيقة لا يوجد سبب وجيه؛ يدعو إلى عدم الاعتراف بحقّ المدين المتضرّر من تغيّر الظروف التي زامنت إبرام العقد، في إعادة النّظر في العلاقة العقدية أو حلّ المشكلة التي تواجهها، إذ يستوجب علينا أن لا ننظر إلى مسألة تغيّر الظروف على أنّها خطأ، ومن ثمّة يبدو من المناسب جدًّا عدم معاقبة من يعاني منها، بل ما يجب فعله هو محاولة الوصول إلى حلّ توافقي في المقام الأول، ثمّ الانتقال إلى الحل الذي يضع حدًّا للعلاقة العقدية، ذلك أنّه من غير المنصف أن يتحمّل أحد الأطراف وحده حملًا نشأ عن ظروف معيّنة خارجة عن إرادته[2].

ثانيا: تكريس نظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري

يبدو من خلال السوابق القضائية أنّ القضاء الإداري وعلى خلاف القضاء العادي؛ قد أخذ بنظريّة الظروف الطّارئة، حيث مهّد مجلس الدولة الفرنسي الطريق أمام المحاكم الإدارية لتبنّي توجه جديد في هذا الشأن، وكان ذلك من خلال قراره الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في القضيّة الشهيرة المعروفة بغاز بوردو "Gaz de Bordeaux"، حيث أقرّ بأحقيّة الطرف المتضرر في التعويض، وسنعرض وقائع القضيّة وكيفية التعامل معها من قبل مجلس الدولة، والشروط التي أقرّها للأخذ بنظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية.

[1]- Denis Mazeaud, « **L'arrêt canal « moins » ?** », publier en 2010 sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/06_2016/denis.pdf .Visité le 03/01/2025.

[2]- Fischer-Achoura Eva, « **La vigueur de la consécration de la théorie de l'imprévision en droit allemand et en droit privé français** », Rev internationale de droit comparé, Vol 71, N°3, 2019, p 643. doi : https://doi.org/10.3406/ridc.2019.21115;

1- وقائع قضيّة "Gaz de Bordeaux"[1]:

أبرمت شركة "Compagnie général d'éclairage de Bordeaux" عقدًا مع مصالح بلدية بوردو في عام 1904 ويدوم لمدّة 30 سنة، انصبّ هذا العقد على تزويد المدينة بالغاز وتمّ تحديد السعر لهاته الخدمة في العقد، وقد توقّعت الأطراف بالنّظر إلى مدّة العقد ارتفاع سعر الفحم الذي يُعدّ المادة الأوّلية في صناعة الغاز، واتخذت بذلك التسعيرة بناءً على إمكانية ارتفاع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي إلى 28 فرنك، لكن في اعقاب اندلاع الحرب العالمية الأولى، طالبت الشركة من المصالح المعنية إعادة النّظر في العقد الذي يربطهما، بزيادة أسعار تقديم الخدمة بسبب الارتفاع الكبير في أسعار الفحم الذي فاق 70 فرنك، رفضت الجهة المعنية طلب الشركة بحجّة أنّ عقد الامتياز بين المستفيد منه ومانحه ينصّ على تحمّل الطرف المستفيد من الامتياز تنفيذ التزاماته إلى نهاية العقد، وقد تمّ أخذ تغيّرات السوق في الحسبان سواء بالانخفاض أو الارتفاع، وعليه لا يحقّ لأيّ طرف المطالبة بتعديل العقد.

باءت محاولات الشركة بالفشل وبعد استنفاذها جميع السُبل لجأت إلى مجلس الدّولة، حيث رأى هذا الأخير أنّه وبالنّظر إلى الظرف الحالي الذي أسفر عن احتلال العدوّ للجزء الأكبر من المناطق المنتجة للفحم في قارة أوربا، ناهيك عن الصعوبة الكبيرة في نقل المادّة المعنية بسبب طبيعة الحرب، الذي أدّى بطريق آلية إلى زيادة في أسعار الفحم ليس بشكل استثنائي فقط، بل فاق كل التوقعات وتجاوز كل الحسابات التي كان بالإمكان تصورها لحظة إبرام العقد، وعليه ومن خلال الظروف التي تمّ ذكرها فإنّ اقتصاد العقد وتوازنه يختلّ بشكل كبير جدًّا، وبهذا تكون مطالب الشركة المعنية مبرّرة ويحقّ لها الحصول على التعويض عن الخسائر الفادحة التي تلحقها جرّاء الظروف الاستثنائية، مع إلزامها بضرورة

[1]- Décision n° 59928. Conseil d'Etat le 30 Mars 1916, sur : https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETAEXT000007629465/ . Visité le 05/01/2025.

تقديم الخدمة من دون انقطاع، إذ أنّ سيرورة المرفق العمومي بانتظام هو الهدف المنشود والأسمى لهذا النّوع من العقود.

2- شروط الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري:

إنّ نظرية الظروف الطارئة تشكّل وسيلة لإدارة الطوارئ التي من شأنها التأثير على العقد الإداري، فهي تمكّن العقد من التصدي لهاته المخاطر ومنه ضمان استمراريته التي تسمح بتقديم الخدمة العامّة للجمهور بانتظام، فهاته النظرية كانت بمثابة ابتكار للقاضي الإداري الفرنسي الذي أنشأها خارج أي نص تشريعي او اجتهاد قضائي، بل كان ذلك في ظلّ بيئة معادية لهاته النظرية على مستوى القضاء العادي والقانون المدني[1]، وقد تمّ تبرير موقف شركة "غاز بوردو" بالطبيعة الخاصة للعقد الإداري وبشكل أكثر دقّة لعقد الامتياز ذي الصلة بمتطلّبات الخدمة العامة، لذلك فهو يفلت من الاستناد إلى قواعد القانون المدني ويتعلّق بقواعد القانون الإداري، حيث أنّ المصلحة العامّة التي يهدف إلى تحقيقها المرفق العام؛ هي التي تبرّر إقصاء مبدأ القوة الملزمة للعقد وتخفّف من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومنه فإنّ القواعد التي تحكم العقود الإدارية تختلف عن غيرها من العقود، حيث تملي الضرورة منطق التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة[2]، لكن لتطبيق هاته النظرية يبدو أنّ مجلس الدولة قد وضع شروطًا يجب توافرها، تتعلق بالأساس بطبيعة الظرف الطارئ، وكون هذا الأخير يؤثر على العقد بشكل يُحدث اختلال في توازنه، من خلال الخسارة التي تهدّد الطرف المتضرر.

[1]- Hélène Hoepffner et Marion Ubaud-Bergeron, « **La théorie de l'imprévision : retour vers le futur** », publier en 2022 sur : https://fad4.ubordeaux.fr/pluginfile.php/1985656/mod_folder/content/0/La%20th%C3%A9orie%20de%20limpr%C3%A9vision%20AJDA%202022%20Retour%20vers%20le%20futrur.%20pd .Visité le 03/01/2025.

[2]- Ibid. p 01.

أ- طبيعة الظرف الطارئ:

لكي يُعتدّ بالظرف الطارئ يجب أن يكون مفاجئًا وغير متوقّع حدوثه وقت إبرام العلاقة العقدية، بالنّظر إلى النّسق الطبيعي لسير الأمور، كما يجب أن يكون ممّا لا يمكن تفاديه ولا دفعه بأي شكل من الأشكال[1]، فعندما يواجه أحد الأطراف ظرفًا استثنائيًّا يتجاوز الحدود القصوى لتوقعات الأطراف، كما هو الحال في قضيّة غاز بوردو حيث تجسّد هذا الظرف في اندلاع الحرب، لكن مجلس الدّولة لم يحدّد نوع الظرف الموجب لإعمال النظرية، ممّا يوحي بأنّ هذا الظرف يمكن أن يأخذ أشكالًا متعدّدة بعيدًا عن الحروب والصراعات، ومنها أيضًا الأزمات الصحيّة كتفشّي وباء كورونا والتدابير المتخذة بمناسبة ذلك، وغيرها من الظروف، وسيحدّد المستقبل مدى إمكانية دمج ظروف أخرى كتلك المتعلّقة بظاهرة الاحتباس الحراري وتأثيرها على بعض الأنشطة[2]، ويقع على الضحيّة إثبات عدم إمكانية توقّع حدوث الظرف الاستثنائي، أو أنّ تداعياته لا يمكن من المُتصور أن تبلغ حجمًا معيّنًا بما يضرّ بتوازن العقد، ممّا يُستشف منه إمكانية إبرام العقد بعد وقوع الظرف لكن عواقبه لم تكن لتبلغ هذا الحدّ، وتكون للقاضي الإداري السلطة الكاملة للتحقيق فيما إذا كانت هناك إشارات تحذيرية للأزمة وقت إبرام العقد، أو أنّ الخطر والأثر الذي خلّفته ما كان ليتوقّعه المتعاقد الحريص والمُطّلع[3]، وهذا ما حصل بالضبط إعمال نظرية الظروف الطارئة في جائحة كوفيد – 19، خاصة ما تعلّق بالعقود التي تمّ إبرامها في بدايات تفشّي هذا الوباء، هذا الأخير الذي عرفت تطوّراته منحى آخر، وأثرت بشكل لم يسبق له مثيل ولم يكن أبدًا بأي حال من الأحوال في الوسع توقّعه[4]، وعليه يمكننا القول بأنّه لتطبيق نظرية الظروف الطّارئة على العقود الإدارية

---

[1]– يوسف عبد المحسن عبد الفتاح، " **الظروف الاقتصادية الطارئة وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ضوء فكرة التوقع المشروع (معالجة المشرع المصري لآثار تحرير سعر الصرف نموذجا)** "، مجلّة القانونية، العدد التاسع، جانفي 2019، ص 101.

[2]- Hélène Hoepffner et Marion Ubaud-Bergeron, op.cit, p 05.

[3]- Dimitri Meunier, « **L'application de la théorie de l'imprévision** », publier le 01 Juin 2022 sur : https://blog.acpformation.fr/2022/06/01/lapplication-de-la-theorie-de-limprevision/ .Visité le 03/01/2025.

[4]- Hélène Hoepffner et Marion Ubaud-Bergeron, op.cit, p 05.

يجب أن يكون الحدث غير متوقّع لحظة إبرام العقد، أو أنّ عواقبه هي التي لم يكن في الإمكان توقّع بلوغها حدًّا يُخلّ بالتوازن العقدي بشكل فادح، كما يجب أن يكون خارج نطاق إرادة الأطراف ولا طاقة لهم بردّه أو تفادي آثاره، فضلًا عن كونه عامًّا بمعنى أن لا يكون متعلّقًا بموت المتعاقد أو إفلاسه مثلًا.

ب- تأثير الظرف الطارئ على توازن العقد:

يتجسّد أثر الظرف الطارئ من خلال المشقّة التي يتحمّلها المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو ما يتمّ التعبير عنه بشرط الإرهاق، وقد اتخذ منه الفقه وسيلة للتمييز بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة، فإن كانتا تشتركان في كون الحدث غير متوقع ولا يمكن درؤه، فإنّ الاختلاف بينهما يكمن في كون القوّة القاهرة تحول دون تنفيذ الالتزام، بجعله مستحيلًا من دون مسؤولية تُذكر في حقّ المدين به، على عكس الظرف الطارئ الذي يجعل من تنفيذ الالتزام مُرهقًا بالنسبة له، ويرى البعض[1] بأنّ شرط الإرهاق هو من بين أهم الشروط التي المطلوبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، هو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الإداري، فالصعوبة التي تكتنف الوفاء بالالتزام العقدي لا يمكن أن يُعتدّ بها إلّا إذا كانت تهدّد المتعاقد بخسارة فادحة، والخسارة الفادحة هي التي تخرج عن المألوف، ويتمّ تقديرها أحيانًا بما ينفقه المدين في سبيل تنفيذ التزامه وما يحقّقه من وراء ذلك، فيما يؤكّد بعض الباحثين[2] على أنّ للقاضي الإداري أن يطلب من المتعاقد الذي يعاني من الإرهاق في تنفيذ الالتزام، تقديم تبريرات مالية ومحاسبية عن الوضعية التي آلت إليها وضعيته، لتقييم المشقة ومدى تأثيرها على اقتصاد العقد، إذ أنّ التعويض الذي تحق المطالبة به سيكون بناءً على التكاليف الاستثنائية وغير المتوقّعة، فهو لا يشمل كل الخسائر

[1]- دلاور صالح محمود، **شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي**، مجلة كليّة القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الثاني والثلاثون، 2020، ص 322.

[2]- Dimitri Meunier, op.cit. p 02.

المتكبدة ولا الأرباح التي كان من المنتظر تحصيلها، فعلى المتعاقد مع الإدارة أن يكون يقظًا لأنّ الزيادة التي تمسّ تكلفة الخدمات المقدّمة بموجب عقد إداري، لا يمكنها أن تكون كافية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وتجدر الإشارة إلى أنّه لا يمكن الاستعانة بنظرية الظروف الطارئة في المواد الإدارية؛ إلّا إذا استمرّ الطرف ضحيّة الظروف الاستثنائية في تنفيذ التزامه، وقد تبنّى مجلس الدولة هذا الشرط وعبّر عن ذلك صراحة في قراره أعلاه، ويأتي توجّهه هذا في إطار ضمان استمرارية المرفق العام في تقديم الخدمات للجمهور من دون توقف ولا انقطاع، فهو يهدف كما تمّ التنويه إليه للحفاظ على المصلحة العامة التي تكون ضمن أولويات الإدارة[1].

الفرع الثاني: كيفية التعامل مع الوضع في ظلّ رفض الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة

إنّ أهم إشكال يُطرح في ظلّ الموقف الرّافض وبشدّة لنظرية الظروف الطارئة من طرف محكمة النقض والقضاء العادي بصفة عامّة، هو كيفية معالجة الحالات المتعلّقة بكمّ معتبر من العقود التي يعترض تنفيذها ظرف استثنائي، ويبدو أنّ الأطراف المتعاقدة قد اهتدت إلى تنظيم هذه المسألة تعاقديًا، إلّا أنّ هذا الحل لا يكفي بأي حال من الأحوال لاحتواء كلّ المشاكل التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المتعاقدة، وهو ما أبان عن بداية التحول التدريجي سواء بالنسبة للمشرّع الفرنسي أو لقضائه العادي في موقفه تجاه النظرية، خاصّة في إطار الاعتراف الواسع بالنظرية سواء على مستوى قانون التجارة الدولية أو التشريعات الوطنية.

أولا: التنظيم الإرادي لنظرية الظروف الطارئة في العقد

لم تقف الأطراف المتعاقدة مكتوفة الأيدي حيال الوضع القائم في المنظومة القانونية الفرنسية، وبالأخص أمام الموقف القضائي الرّافض لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وقد

[1]- Hélène Hoepffner et Marion Ubaud-Bergeron, op.cit. p 06.

عملوا على إنشاء قوانينهم الخاصة دون انتظار إصلاح قانون العقود، وكان ذلك باستغلال الحريّة التعاقدية والقوة الملزمة للعقد.

لقد أتاحت حريّة تحديد مضمون العقد إدراج الكثير من البنود في هذا الأخير بحسب رغبة الأطراف، وكانت هاته الفرصة سانحة لتلافي خطر الظروف الطارئة التي من شأنها أن تعترض التنفيذ السلس للالتزامات العقدية، وبالفعل تم وضع بنود إعادة التفاوض على العقد في حال وقوع ظرف استثنائي، وكذا بنود تخصّ مراجعة الأسعار في حال حدوث تقلّبات كبيرة أو تلك التي تبلغ حجمًا معيّنًا في السوق، أو البنود التي تتعلّق بالضمانات المنصوص عليها في العقد سواء كانت شخصية أو عينية في حال ما طرأ أيّ طارئ[1]، وعلى الرّغم من اختلاف المسميّات المتعلّقة بهاته البنود التي يتمّ وضعها بعناية في العقود، والتي تبدو أنّها متقاربة إن لم نقل متشابهة إلى حدّ ما، إلّا أنّها تستهدف مواقف وحالات تعاقدية مختلفة، سواء تعلّق الأمر بالعقود التي تنعقد في إطار التجارة الدولية أو تلك المتعلّقة بحقل الأعمال داخل الدول وغيرها من العقود، ومهما يكن من أمر فإنّ هاته البنود تسمح للأطراف بإيجاد مخرج لها في حالة حدوث تغيّر كبير في الظروف التي واكبت إبرام العقد، خاصّة ما تعلّق بالظروف الاقتصادية أو تلك التي تؤثّر على اقتصاد العقد، بشكل يجعل من تنفيذ الالتزامات النّاشئة عن هذا الأخير مرهقًا بالنّسبة لأحد الأطراف، وفي الواقع العملي يبدو أنّ لشرط إعادة التفاوض الحظّ الأوفر في هاته العقود بالنّظر إلى المزايا التي يوفّرها[2] وهو ما يُعرف أيضًا بشرط مراجعة العقد، إذ يجوز بمقتضاه لأيّ طرف أن يطلب المراجعة من نظيره في العلاقة العقدية، إمّا في أيّ وقت بسبب الظروف الاستثنائية التي تطرأ فجأة حاملة معها تأثيرات سلبية على تنفيذ العقد، وإمّا أن تتمّ المراجعة في نهاية فترات محدّدة بمجرد ملاحظة تغيرات في الظروف الاقتصادية أو بمرور مدّة زمنية معيّنة، والأمر

[1]- Arienne CLEMENT, **L'imprévision en droit des contrats une révolution de façade**, Colloque « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017, p 49.
[2]- Ibid. p 49.

متروك لإرادة الأطراف لتحديد الأوقات والمعايير التي تحكم هذه المراجعة، والهيئات أو الجهات التي تُسند إليها المهمّة في ذلك، إذ عادةً ما تتمّ الاستعانة بالخبراء خاصّة في حال فشل التسوية الوديّة[1]، كما تضمّنت بعض العقود شرط التغيير التلقائي لقيمة الالتزام، وهو ما يُعرف بالأداء النّقدي، بحيث يمكن لهذا الأخير أن يتغيّر تلقائيًّا بتغيّر المؤشّرات التي تتحكّم فيه، من دون حاجة لتدخّل القاضي أو حتّى الأطراف[2].

ثانيا: بداية التحوّل التدريجي لموقف القضاء تجاه نظرية الظروف الطارئة

تُظهر السوابق القضائية بداية الانفراج لأزمة التنكّر لنظرية الظروف الطارئة على مستوى القضاء العادي في فرنسا، وإن كان بشكل مُحتشم وعن طريق تبريرات مختلفة بالاستناد إلى أسس قانونية غير تلك التي تعترف صراحة بتطبيق النّظرية أعلاه، وهذا أمر منطقي إذ أنّه من غير المألوف أو المقبول التحوّل المفاجئ في المواقف القضائية من دون سابق إنذار إلّا نادرًا، وسنلقي نظرة على هاته السوابق من خلال نموذجين اثنين في قضيّتين تمّ التخفيف من خلالهما من الموقف المعروف لمحكمة النقض تجاه الظروف الطارئة.

تتلخص وقائع القضيّة[3] الأولى في عقد أبرمه السيّد "Huard" مع إحدى الشركات النفطية، وكان ذلك في عام 1970 ويدوم العقد لمّدة 15 سنة، بمقتضى هذا الأخير تعمل الشركة المعنية على تزويد نظيرها في العلاقة العقدية بالمنتجات النفطية، وبعد مُضيّ مدّة معتبرة تمّ تحرير أسعار المنتجات النفطية التي كانت مُقنّنة، وهو ما فتح المجال أمام تنافسية كبيرة في هذا القطاع، عرضت الشركة النفطية على الطرف الآخر أن يكون وكيلًا لها فرفض هذا الأخير عرضها، ولم يتمكّن الموّزع من الصمود أمام المنافسة بل وتعرّض لأضرار بسبب عدم تخفيض أسعار التوريد من طرف الشركة، قام الموّزع المعتمد "Huard" بطرح القضيّة أمام محكمة باريس، التي أقرّت بأحقيّة المعني بالتعويض في حكمها الصادر

[1]- Jean Carbonnier, op.cit. p 497.
[2]- Ibid. p 497.
[3]- Cass. Com. 03 Novembre 1992, n° 90-18.547

بتاريخ 31 ماي 1990 على أساس خرق الشركة لمبدأ حسن النيّة في تنفيذ العقود، على اعتبار أنّ العقد يتضمّن شرط التوريد الحصري، وأنّ السعر المعتمد مع الضحيّة أعلى من السّعر الذي باعت به الشركة المعنية نفس المنتجات للمستهلكين عبر وكلائها، فضلًا عن رفضها إعادة التفاوض مع العميل.

طعنت الشركة في الحكم أمام محكمة النقض، على اعتبار أنّها لم تخل أبدًا بمبدأ حسن النيّة في تنفيذ بنود العقد، خاصة وأنّ هاته الأخيرة لا يوجد من بينها بندًا ينصّ على ضرورة إعادة التفاوض أصلًا، ناهيك عن كون الضرر الذي لحق الطرف المتعاقد معه هو جرّاء ظروف خارجة عن إرادة كلى الطرفين، ولا يمكن بأيّ حال أن ينسب إليها كخطأ يستوجب الحكم بالتعويض.

جاء الردّ من محكمة النّقض في حكمها الصادر في 03 نوفمبر 1992 مؤيّدًا لمحكمة باريس، على اعتبار أنّ الشركة لم تنفّذ التزاماتها وفقًا لحسن النيّة، إذ أنّها لم تضع في متناول نظيرها في العلاقة العقدية الوسائل اللازمة لعرض أسعار تنافسية، ولم تهيّء له الظروف لفعل ذلك، كما أنّ عزوفها عن إعادة التفاوض بسبب الظروف التي تغيّرت بشكل غير مُتوقّع هو خطأ يتعارض ومبدأ حسن النيّة، حتّى في ظلّ غياب بند في العقد يقضي بضرورة إعادة التفاوض تحت وطأة الظروف الاستثنائية.

ويرى بعض الباحثين[1] أنّ هذا الحكم يتعارض مع الموقف العتيق لمحكمة النقض الذي كرّسه حكم "Canal de Carponne"، إلّا أنّه لا يمكن الحكم عليه بأنّه تكريس لنظرية الظروف الطّارئة، بل جاء في شكل تخفيف فقط للسوابق التي أنتجها موقفها السابق، والاختلاف واضح بين القضيّتين، فمن جهة يبدو أنّ في قضية "Canal de Carponne" كان التغيّر في الظروف الاقتصادية نتيجة لحدث خارج عن إرادة الأطراف، على العكس منه في

[1]- Maxime BIZEAU, « **L'arrêt Huard du 3 Novembre 1992** », publier le 02 Décembre 2019 sur : https://fiches-droit.com/arret-huard .visité le 07/01/2025.

قضيّة "Huard" فإنّ التغيّر في الظروف يُنسب إلى الشركة التي باعت المنتجات البترولية للعميل بسعر أعلى من الذي باعت به لوكلائها، كما أنّ محكمة النّقض لم تمنح سلطة مراجعة العقد للقضاة، فهي من خلال تأييدها للحكم تعترف فقط بضرورة الالتزام بإعادة التفاوض على العقد في إطار حسن النيّة، والمعاقبة على الخطأ وتعسّفها بضرورة التعويض، وإن كنّا من جانبنا نرى أنّ المصدر الحقيقي لبداية النّزاع يكمن في تغير الظروف حتّى وإن أخطأت الشركة المعنية، ذلك أنّ بداية المشكلة كانت بتحرير أسعار المنتجات النفطية، والتي جاءت بعد مدّة معتبرة من الزمن، وهي بذلك تُشكّل ظروفًا استثنائية تؤثّر بشكل كبير على اقتصاد العقد، بغضّ النظر عن طريقة تعامل الاطراف المتعاقدة مع الوضع الجديد.

وفي قضيّة[1] أخرى يظهر التحوّل في موقف محكمة النّقض بشكل بارز، في حكمها الصادر بتاريخ 29 جوان 2010، بنقض حكم محكمة باريس بخصوص عقد أبرمته شركة "SOFFIMAT" التي تحترف الصيانة، مع إحدى شركات التدفئة الفرنسية "Société SEC"، حيث انصبّ موضوع العقد حول صيانة محرّكين تعود ملكيتهما لهاته الأخيرة، نشب نزاع بين الشركتين بسبب تنفيذ هذا العقد، وقد انتقدت محكمة النّقض محكمة باريس لعدم عمل قضاتها على التحقيق في مسألة تغيّر الظروف الاقتصادية، وبالأخص الزيادة التي شهدتها أسعار المواد الخام وعلى رأسها المعادن منذ عام 2006، والتأثيرات التي حملتها معها على أسعار قطع الغيار، ممّا يعود بالأثر السلبي على تنفيذ العقد من خلال ضرب توازنه، بالنّظر إلى نوايا الأطراف عند توقيع العقد في عام 1998.

المطلب الثاني: تكريس نظرية الظروف الطارئة بموجب إصلاح قانون العقود

قرّر أخيرًا المشرّع الفرنسي الانفصال عن الموقف الكلاسيكي لمحكمة النّقض تجاه نظرية الظروف الطّارئة، وكان هذا بموجب إصلاح قانون العقود لعام 2016 من خلال

[1]- Cass. Com. 29 juin 2010, n°09-67.369

تبنّيه لفكرة معالجة اختلال التوازن العقدي النّاجم عن تغيّر الظروف، وتحقّق هاته الثورة الصغيرة انسجامًا في القانون الفرنسي الداخلي، ولكن ما يجب تحقيقه فعلًا هو التناسق والانسجام مع القوانين المقارنة، وبالأخص على المستوى الأوروبي على الأقلّ، وُظهر الإصلاح ككل أنّ هاته المسألة هي من أولويات واهتمامات المشرّع الفرنسي[1]، وهذا ما يُجسّده نص المادة 1195 من القانون المدني[2]، والتي جاء فحواها أنّه: " إذا طرأ تغيّر في الظروف لم يكن في الإمكان توقّعه وقت إبرام العقد، وترتّب عن ذلك أن أصبح تنفيذه مرهقًا لأحد الأطراف، الذي لم يرضى بتحمّل هذه التبعة، يمكن لهذا الأخير أن يطلب إعادة التفاوض على العقد من الطرف المتعاقد معه، مع ضرورة استمراره في تنفيذ التزاماته أثناء عمليّة إعادة التفاوض.

في حالة رفض أو فشل عمليّة إعادة التفاوض، يمكن للأطراف الاتفاق على فسخ العقد في التاريخ وبالشروط التي يحدّدونها، أو أن يطلبوا باتفاقهم المشترك من القاضي تعديل العقد، وفي حال عدم الاتفاق في أجل معقول يمكن للقاضي بناءً على طلب أحد الأطراف، مراجعة العقد أو وضع حدّ له، في التاريخ وبالشروط التي يحدّدها."، ويعمل إدخال هذا النّص ضمن نصوص الشريعة العامّة، على ضمان الموازنة بين مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والعدالة التعاقدية، وذلك عن طريق إعادة التفاوض كإجراء أوّلي بالنّظر إلى كون العقد الذي يجمع الأطراف وعبّروا فيه عن إرادتهم بكل حريّة، وارتضوا أخذ الالتزامات النّاشئة عنه على عاتقهم، وعليه كان من المناسب ترك الأطراف تتولّى إعادة ترتيب هاته العلاقة بما يتناسب ويتماشى مع المستجدّات الحاصلة والتغيّرات التي طالت الظروف

[1]-Fischer-Achoura Eva, op.cit. p 627.

[2]- « 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. ». Article 1195 du code civil français.

المحيطة بالعقد[1]،فيما يتساءل البعض[2] عن جدوى إدراج هذا النّص ضمن القانون المدني الفرنسي، إذ يكشف واقع المعاملات عن أنّ المتعاقدين قد ألفوا موقف المشرّع المعادي لنظريّة الظروف الطارئة، كما أنّهم اعتادوا على استحداث آليات بديلة واتّخاذ تدابير واجراءات احترازية تجاه المخاطر التي يمكن أن تطرأ على تنفيذ علاقاتهم العقدية، وإدارة العواقب النّاجمة عن تغيّر الظروف، وهذا ما قد يدفع بالأطراف المتعاقدة إلى استبعاد نص المادة أعلاه والاستغناء عنه نهائيًّا، وبعيدًا عن هاته الآراء المتباينة تجاه الموقف الجديد للمشرّع الفرنسي من نظرية الظروف الطّارئة، فإنّ نص المادة 1195 أعلاه يستحقّ حقًّا بعض التحليل بالنّظر إلى الصياغة التي جاء بها، وبالنّظر أيضًا إلى طوله النسبي بالمقارنة مع بعض النّصوص الأخرى، وسنسعى في البداية إلى الوقوف على الشروط التي أشارت إليها المادة من أجل تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لنتفرّغ بعده إلى الحلول التي كرّستها نفس المادة ووضعتها بيد أطراف العقد عند تغيّر الظروف.

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطّارئة من منظور المادة 1195

أشار المشرّع من خلال نص المادة 1195 من القانون المدني إلى الشروط التي يجب توافرها لإعمال نظرية الظروف الطارئة في المسائل المدنية، وحسم الأمر بموجب الفقرة الأولى منها، ويبدو أنّ المشرّع قد حدّدها بثلاثة شروط، حيث تحدّث عن الطبيعة الاستثنائية للظرف الذي يؤثر على العلاقة العقدية، كما أشار إلى شرط الإرهاق الذي يثقل كاهل أحد الأطراف، فضلًا على وجوب استمرار الضحيّة في أداء ما عليه من التزامات أثناء عمليّة إعادة التفاوض.

[1]- Caroline Asfar-Cazenave, « **Le nouveaux droit français des contrats** », Rev juridique Thémis, Vol 49, N° 3, le 29 Juillet 2016, p 733. https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/13587_C_Asfar-Cazenave.pdf

[2]-Maud Manon et Isabelle Eid, « **La théorie de l'imprévision du projet d'ordonnance portant réforme du Code civil** », publier le 8 juillet 2015 sur : https://www.cercle-montesquieu.fr/global/gene/link.php?doc_id=529&fg=1 . visité le 07/01/2025.

أولا: شرط الظرف الاستثنائي غير المتوقّع

" إذا طرأ تغيّر في الظروف لم يكن في الإمكان توقّعه وقت إبرام العقد ... "، هكذا استهلّ المشرع المدني الفرنسي نص المادة 1195، كاشفًا بذلك عن الشرط الأوّل الذي يُعزى إليه تطبيق نظرية الظروف الطّارئة، ويرى بعض الباحثين[1] أنّه سيتعيّن علينا انتظار توضيحات محكمة النّقض حول هاته العبارة، لأنّ هذا التعبير قد يُثير بعض الجدل، فمن جهة يمكن أن تكون الظروف التي تؤثّر على تنفيذ العقد سابقة على وجوده، أو على الأرجح قد تكون زامنت إبرامه، لكنّها لم تكن معروفة لدى الأطراف، أو أنّها لم تصل إلى علم أحد الأطراف على الأقل، أو أنّ الأطراف كانت على علم بها، إلّا أنّها لم تتوقّع وصول عواقبها إلى الحدّ الذي أضحى معه تنفيذ العقد مُرهقًا بالنسبة لأحد الأطراف، وما من شك في أنّ القضاة سيعملون بجدّ بخصوص هاته المسألة، إذ سيتعيّن عليهم فحص هاته الظروف للتأكّد من أنّه كان بالإمكان توقّعها أم لا، وكذلك بخصوص توقّع عواقبها كم أشرنا آنفًا إلى جائحة كورونا، لأنّ السلطة التقديرية للقضاة واسعة في هذا النّطاق، كما أنّ المشرّع لم يعطي مفهومًا لمعنى عدم التوقّع، ومن المرجّح أن القضاة سيلجؤون إلى التعريف الذي أشار إليه المشرّع لدى تناوله للقوة القاهرة[2]، بحيث يرى المشرع المدني الفرنسي أنّ الحدث غير المتوقّع هو ذلك الحدث الخارج عن سيطرة المدين، ولم يكن احتمال حصوله في المستقبل واردًا على نحو معقول وقت إبرام العقد، ولا يكون بالإمكان دفع آثاره ولو عن طريق اتّخاذ التدابير اللازمة[3].

[1]- Lhaut Nicolas, **« La théorie de l'imprévision : première approche de l'article 5.77 du nouveau code civil Belge »**, publier en 2020 sur : http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:24417 . visité le 07/01/2025.

[2]- Fischer-Achoura Eva, op. cit. p 631.

[3]- « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. ». Article 1218 du code civil français.

ثانيا: شرط الإرهاق

تنصّ المادة 1195 على أنّ الظرف الاستثنائي لا يُعتدّ به لإعمال نظرية الظروف الطّارئة؛ إلّا إذا كان يؤثّر بشكل كبير على توازن العقد، ويبدو أنّ المعيار المعتمد في تقدير العبء المُفرط الذي يتحمّله المدين هو موضوعي بحت، فلكي يكون هناك إرهاق في تنفيذ الالتزامات النّاشئة عن العقد، يستوجب هذا بالضّرورة أن يتكبّد ضحيّة تغيّر الظروف خسائر تخرج عن المألوف، سواء بزيادة كلفة الأداءات التي يقدّمها أو بانخفاض قيمة المقابل منها[1]، ويبقى هذا الشرط خاضعًا لسلطة القاضي الذي ستكون له من دون شك مساحة واسعة في هذا الشأن، ويبدو أنّ المشرّع المدني يرمي من خلال تبنّي هذا الشرط إلى إعادة التكافؤ بين الالتزامات في عقود المعاوضة بشكل عام، وهو الذي أشار إلى ضرورة وجود هذا التكافؤ في الأداءات المتقابلة بنص المادة 1168 من القانون المدني، إلّا أنه وكما أسلفنا الذكر قد قيّده من حيث النّطاق الزمني، حيث جعل من ذلك التكافؤ مرتبطًا بلحظة إبرام العقد فقط[2].

ثالثا: التزام الطرف ضحيّة تغيّر الظروف بالاستمرار في تنفيذ العقد

نوّه المشرّع إلى ضرورة استمرار المدين ضحيّة الظروف الاستثنائية في أداء التزاماته التعاقدية، على الرّغم من الارهاق الذي يعاني منه والخسائر التي يتكبّدها جرّاء ذلك، والحكمة من فرض هذا الشرط، هي عدم السماح لهذا الأخير باستعمال نظرية الظروف الطارئة على نحو احتيالي، بجعلها حجّة للتوقّف عن الوفاء بالتزاماته[3]، والشيء الذي يمكن ملاحظته هو أنّ هذا الشرط يختلف مع نظيره في القانون الإداري، بحيث أنّ شرط مواصلة تنفيذ الالتزامات من قبل الطرف ضحيّة تغيّر الظروف في العقد الإداري، إنّما كان بهدف الحفاظ على المصلحة العامة من خلال ضمان السير الدّائم والمنتظم للمرفق العام، في حين

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 717.
[2]- Fischer-Achoura Eva, op. cit. p 637.
[3]- Frédéric BICHERON, **L'inexécution du contrat en droit français**, La Réforme du droit des contrats en France : regards croisés franco-libanais, Colloque organisé par la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, 11 mars 2016, p 82.

أنّ في العقود التي يحكمها القانون المدني تكون الغاية هي حماية المصلحة الخاصة للدّائن بالالتزام.

الفرع الثاني: الحلول التي يجسّدها المشرّع بنص المادة 1195

يرى المشرّع من خلال نص المادة 1195 من القانون المدني، أنّه يجوز للطرف الذي وقع ضحيّة تغيّر في الظروف أن يطلب إعادة التفاوض من نظيره في العلاقة التعاقدية، وفي حالة رفض أو فشل هاته العمليّة يمكنهما الاتفاق على فسخ العقد، وهذا ما نصطلح على تسميته بالحل الودّي، وفي حال فشل الأطراف للوصول إلى تسوية بموجب هذا الأخير، يمكنهم اللجوء إلى الحل القضائي، وسنتطرّق لكلّ منهما فيما يأتي بيانه مع العلم بأنّ هذا الأخير هو الذي أثار اهتمامنا بشكل استثنائي.

أولا: الحل الودّي

من السهل أن نتصوّر المشهد الواقعي في حال حدوث ظروف غير متوقّعة تخلّ بالتوازن العقدي بشكل فادح، إذ أنّه من الشائع بل ومن المنطقي أن يطلب الطرف الذي أصبح تنفيذ التزاماته التعاقدية مرهقًا بشكل كبير؛ من المتعاقد الآخر إعادة النّظر في العلاقة العقدية، من خلال التماس إعادة التفاوض مع تقديم تبرير لذلك من خلال شرح الأسباب والدوافع، ولنا أن نتوقّع النتائج التي لا تخرج عن فرضيتين، إذ يُحتمل أن يرفض الدّائن بتنفيذ الالتزام فكرة إعادة التفاوض من الأصل، سواء بداعي استمرار تنفيذ الالتزامات رغم الارهاق بالاستناد إلى القوة الملزمة للعقد، أو بداعي مباشرة إجراءات إنهاء العلاقة العقدية، أمّا الفرضية الثانية فتكمن في احتمالية ركون الدّائن إلى طاولة المفاوضات، والتي يمكن لها أن تنجح وتَتوّج بتعديل العقد وفقًا للظروف المستجدّة، أو أنّ تُمنّى بالفشل ويكون الحلّ الأنسب حينها هو وضع حدّ لهاته العلاقة، وفي حال عدم حصول اتفاق بين الأطراف أيٍّ

من الحلول السابقة، سيتعيّن عليهم اللجوء إلى الطرق المعروفة لتسوية النزاعات، إذا كان هذا الأمر معروف لدى العام والخاص؛ فلِمَ تناوله المشرّع الفرنسي بنص المادة 1195؟

قد يعتقد البعض أنّ النّص على ضرورة إعادة التفاوض بين الأطراف بمقتضى المادة أعلاه هو بمثابة تفاصيل زائدة عن الحاجة، ولكن على ما يبدو أنّ رفض أو فشل عمليّة إعادة التفاوض هي خطوة أساسية لإحالة الأمر إلى القاضي المسؤول عن فضّ النزاع، ويمكن التخمين في الحيلة التي استعملها المشرّع، ليس لتقييد الأطراف بل بهدف تشجيعهم على إعادة ترتيب العلاقة العقدية، لأنّ هذا الحل سيكون الأنسب إليهم فهم الأدرى بطبيعة العلاقة بينهم والأقدر على رعاية مصالحهم، ويمكن للحلّ القضائي أن يكون حافزًا لهم من أجل العمل على إنجاح عمليّة إعادة التفاوض[1].

ثانيا: الحل القضائي

من أجل اللجوء إلى القضاء في حال حدوث ظروف استثنائية، لا بدّ من توافر بعض الشروط الخاصّة غير تلك التي تناولناها أعلاه، إذ أنّها تتعلّق بالنّزاع النّاشئ بين الأطراف لا بنظريّة الظروف الطارئة في حدّ ذاتها، وإن كان القاضي سيعمل على فحص شروط تطبيق النّظرية المعروفة على سبيل التأكّد قبل مباشرة أيّ إجراء، وسنعمل على تبيان هاته الشروط التي تسمح بتبنّي الحل القضائي، لننصرف بعدها لدراسة السلطات الممنوحة للقاضي في إطار تطبيق نظرية الظروف الطّارئة.

1- الشروط الخاصّة لتطبيق نظريّة الظروف الطّارئة في القضاء الفرنسي:

قبل تطرّق القاضي إلى أصل النّزاع لابدّ من فحص العقد للتحقّق في المقام الأول من قائمة المخاطر، والتي يمكن أن تتضمّن معالجة لمسألة تغيّر الظروف، أو مختلف المخاطر

[1]- Olivier Deshayes, **Les effets du contrat entre parties**, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations-Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21, LexisNexis , 25 mai 2015, p 45.

التي يمكن أن تكون محل تنظيم اتفاقي بين الأطراف، ثم ينصرف القاضي بعد ذلك إلى التحقق من وجود فاصل زمني بين المطالبة بالتدخل القضائي والحلّ الودّي.

أ- التحقق من قائمة المخاطر:

يجب التذكير دومًا بأنّ العقد إنّما هو تصرف قانوني يستوجب على أطرفه التحلّي بالبصيرة قدر المستطاع، إذ عليهم العمل على حماية اتفاقهم من تغيّر الظروف التي قد تعترض تنفيذ العقود خاصّة طويلة الأجل منها، وسيكون الحلّ الأنسب هو إعادة التفاوض فلا أفضل منه بالنّظر إلى الطبيعة الاتفاقية لهذا الكيان القانوني، كما يمكن لهذا التبصّر استبعاد أيّ تدخلّ مهما كان نوعه في علاقتهم العقدية، وفي حالة صمت الأطراف عن ذلك ، فإنّ الإشراف القضائي سيكون من دون شك ذا جدوى في هاته الحالة من أجل تعديل ومراجعة العقد[1]، وقد رغب البرلمان الفرنسي في تعديل نص المادة 1195 بإلغاء تدخّل القاضي بداعي مراجعة العقد، مع الابقاء على سلطة الفسخ فقط، وتحرّك هذه الرّغبة فكرة وحيدة تتجسّد في التخفيف من حدّة الهجوم على مبدأ سلطان الإرادة، إذ من المفروض ترك إرادة الأطراف حرّة إلى الحدّ فقط الذي لا يمكن فيه الاستمرار في العلاقة العقدية، أي عندما يكون الإنهاء هو الحل الوحيد والأنسب، فحينها لا بأس أن يكون على يد القاضي وفقًا للتاريخ والشروط التي يراها مناسبة[2]، وعلى أيّ حال فإنّ معالم وفاء المشرّع لمبدأ سلطان الإرادة تلقي بظلالها على نص المادة أعلاه، إذ يُفترض تحقّق القاضي من مسألة تناول طريقة التعامل مع الظروف الاستثنائية في العقد، ممّا يُصبغ على المادة صفة القاعدة المكمّلة، فإذا رأى القاضي أنّ الظرف الاستثنائي هو محلّ معالجة عقدية فلا مناص من الوقوف عند إرادة الأطراف وتبنّي الحلّ الذي اتجهت إليه هاته الإرادة[3]، وهذا ما تؤكّده عبارة

[1]- Alain Ghozi, **Effet des conventions, Interprétation Qualification (art. 1134 à 1143)** , AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, sous la direction de Pierre Catala, p 35.
[2]- Fischer-Achoura Eva, op. cit. p 628.
[3]- Lhaut Nicolas, op.cit. p 07.

"... qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque,.."، والتي توحي بإمكانية قبول المخاطر بموجب العقد، وفي هاته الحالة لا يمكن إعمال نظريّة الظروف الطارئة، لأنّ قبول مثل هذه المخاطر يُعتبر بمثابة تنازل عن المطالبة بتطبيقها، وعليه يتمّ تحويل مسألة تغيّر الظروف إلى تنظيم اتفاقي عن طريق آلية توزيع المخاطر، ممّا ينجرّ عنه عدم حاجة الأمر إلى الاستعانة أو اللجوء إلى المراجعة أو تعديل العقد، ويشير التقرير المرفوع إلى رئاسة الجمهورية إلى الطابع التكميلي للمادة 1195، عند اتجاه إرادة الأطراف إلى الاستغناء عنها بتوزيع المخاطر صراحةً أو ضمنًا[1].

إنّ لصياغة بنود قبول المخاطر عدّة أشكال إذا لا يوجد ما ينظّم ذلك، بل إنّ المسألة تخضع للحريّة المطلقة للأطراف على أن تودّي المعنى، كأن تضع الأطراف بندًا في العقد مفاده أنّ الأطراف وبعد الاطلاع على نص المادة 1195، وعلمهم بالحقوق التي تخوّلها لهم هاته الأخيرة، فإنّهم يقبلون بالمخاطر التي يمكن أن تنشأ عن تغيّر الظروف ويتنازلون بمحض إرادتهم عن الحقوق المكرّسة بنص المادة سالفة الذّكر، إلّا أنّه يجب الحذر في هاته الحالة إذ يمكن للقاضي أن يعتبر الشرط غير مكتوب بالنّظر إلى طبيعة العقد، الذي يمكن أن يكتسي طابع الإذعان أو أن يدخل في نطاق عقود الاستهلاك أو عقود التبعية، فضلًا عن ضرورة مراعاة العقود ذات الطابع الاحتمالي أو ما يُعرف بعقود الغرر[2].

ب- المدّة الزمنية الفاصلة بين الحلّ الودّي والتدخّل القضائي:

في الواقع يُعتبر الوقت الذي يتم استغراقه بين وقوع الحدث الطارئ وطلب المراجعة القضائية أو فسخ العقد، بمثابة شرط إجرائي في القانون المدني الفرنسي، ومن ثمّة فإنّ تقدير هاته المدّة إنّما يرجع للسلطة التقديرية للقضاء، والتي تكون مرهونة بمدى استعداد

[1]- François Terré et des autres, op.cit. p 718.
[2]- Brunie Juliette, « **Les effets du contrat entres les parties après l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats** », Rev juridique de l'Ouest, 2017, p72.
doi : https://doi.org/10.3406/juro.2017.4903

الدّائن بالالتزام بإعادة التفاوض وبحسن نيّة على العقد، إذ أنّ الدّائن يعلم علم اليقين أنّ العقد الآن قد أضحى غير متوازن، ومن الطبيعي أن تأخذ عمليّة إعادة التفاوض مدّة زمنية معيّنة قد تطول أو تقصر بحسب طبيعة العقد[1]، وهذا بالضبط ما أشار له المشرّع من خلال عبارة "... A défaut d'accord dans un délai raisonnable, ... " حيث أنّه يرى بضرورة وجود فاصل زمني يستهلكه الحل الودّي، وهذا ما يمكن تسميته بالشرط الإجرائي لقبول مباشرة الحل القضائي، وهذا الطرح غير واضح المعالم إذ لا يوجد ما يشير إلى وجود فشل أو رفض لإعادة التفاوض[2]، وعليه فإنّ هذا الحل يصلح للحالة التي يتمّ فيها اللجوء إلى القضاء سواء لطلب المراجعة أو الإنهاء القضائي، بشكل مباشر ومن دون أن تتمّ التسوية الوديّة وهو أمر نادر الحدوث، فمن غير المعقول أن يتمّ اللجوء إلى القضاء من دون حاجة لذلك، فإمّا أن يكون الضحيّة قد طلب إعادة التفاوض من نظيره في العلاقة العقدية، إلّا أنّ هذا الأخير قد رفض الفكرة من أساسها، أو أنّ عمليّة إعادة التفاوض قد باءت بالفشل، وعلى أيّ حال يُفترض من المدّعي إقامة الدليل في كلتى الحالتين، ويجب الانتباه أيضًا إلى موقف الدّائن الذي يمكن أن يعمل على إطالة أمد المفاوضات، ليس بغرض التوصل إلى حل وإنّما لأنّه يعلم أنّ المدين سيستمّر في أداء التزاماته بقوّة القانون.

ومن النّاحية العملية يجب التعامل مع المدّة الزمنية بشيء من الاهتمام البالغ، إذ قد لا يكون للطرف ضحيّة الظروف الاستثنائية الموارد اللازمة لتنفيذ التزاماته لفترة طويلة نسبيًا، خاصّة إذا كان هذا الارهاق على قدر كبير من الجسامة، ممّا ينجرّ عنه إضعاف الضحيّة وتعريضه لعواقب وخيمة كالإفلاس[3]، هذا وقد أعاب البعض على الطابع التكميلي لنص المادة 1195، إذ أنّها لم تفرض على الأطراف الالتزام بإعادة التفاوض، من خلال إجبارهم

[1]- Fischer-Achoura Eva, op. cit. p 640.
[2]- Lhaut Nicolas, op.cit. p 09.
[3]- Daniel Mainguy, **CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES ECONOMIQUES**, Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016), Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016, p 161.

على الجلوس إلى طاولة المفاوضات بغرض التوصّل إلى حل، إذ تقرّ بإمكانية رفض التفاوض من الأصل وهو الأمر الذي يكشف عن بعض التناقض داخل القانون المدني، حيث يفرض تنفيذ العقود بحسن نيّة من جهة، ثمّ يسمح في حالة تغيّر الظروف برفض التفاوض على العقد من جهة أخرى، خاصّة إذا كان هذا الرّفض تعسّفيًا ويحمّل الطرف ضحيّة الظروف الاقتصادية السيّئة المسؤولية، وهذا يتنافى مع السوابق القضائية التي وضعت أو أسّست للالتزام بإعادة التفاوض في حال تغيّر الظروف مثلما رأينا في حكم محكمة النقض في قضيّة "Huard"[1]، ومن جانبنا نحاول أن نذكّر بأنّ الإجبار على التفاوض هو أمر غير جائز قانونًا، وقد تناولنا هاته المسألة لدى الحديث عن المسؤولية المدنية في المفاوضات، إذ أنّه وفي اتفاق التفاوض لا يمكن مطالبة أي طرف بالتنفيذ العيني للالتزام بالتفاوض، ويسري نفس الحكم في هاته الحالة بحيث لا يمكننا دفع أي طرف للتفاوض عنوة، بل يجب دعوته لفعل ذلك طواعية وإن أبى فلا مجال لفعل شيء ما عدا معاقبته في حدود المسؤولية المدنية، والمشرّع في هذا الشأن يكون قد أشار إلى موقف يمكن للدّائن أن يتّخذه وهو رفض التفاوض، وبما أنّ هذا الاحتمال وارد الحدوث فإنّ المشرّع يعطي الحل لهذا الإشكال ولا يعني ذلك بوجود أي تناقضات في موقفه.

2- سلطات القاضي في إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يستمدّ القاضي سلطاته من النصوص القانونية بشكل عام، ومن خلال استقراء نص المادة 1195 نستشفّ طبيعة السلطات الممنوحة له في إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإذا ما توافرت الشروط الموجبة لذلك انعقد الاختصاص للقاضي الذي تتراوح سلطاته بين مراجعة العقد أو وضع حدّ له في التاريخ وبالشروط التي يراها مناسبة، ولا يوجد ما يفرض عليه اتخاذ إجراء معيّن بحيث يمكنه معالجة كلّ حالة على حدى، لكنّ المشرّع قد تناول المراجعة قبل الفسخ، وهو الأمر الذي يبدو أنّه يوحي بأنّ المشرّع يهدف إلى المحافظة

[1]- Caroline Asfar-Cazenave, op .cit. p 736.

على العلاقات العقدية قدر المستطاع، ولا نشكّ أبدًا بأنّ القضاة سيقفون عند إرادة المشرّع، وعليه سنتطرق للمراجعة القضائية لنعرّج بعدها إلى الإنهاء القضائي للعقد.

أ- المراجعة القضائية للعقد:

عند الحديث عن المراجعة القضائية تُثار الكثير من التساؤلات في هذا الشأن، ذلك أنّ العقد هو من نتاج الأطراف وأنّ إرادتهم الحرّة هي التي عملت على بناء هاته العلاقة، وربّما لم يكن يخطر ببال أحدهم عند إبرام العقد أنّه في يوم ما سيكون هناك طرف ثالث يعمل على إعادة ترتيب هاته العلاقة، وسنسعى فيما يلي إلى الوقوف على طريقة المراجعة، لننتهي بعدها إلى الأهداف التي ترمي إليها هاته الأخيرة.

أ1- كيفية سير المراجعة القضائية:

إذا ارتأى القاضي من خلال الظروف المحيطة وبالأخص مواقف الأطراف؛ أنّ المراجعة القضائية للعقد هي الحل الأنسب، فمن دون أدنى شك أنّه ستكون له مساحة واسعة في وضع الأحكام الجديدة التي يمكن تضمينها في العقد، ذلك أنّ المشرّع لم يعطي توضيحات حول هاته المسألة ولا توجيهات يمكن الاستعانة بها في هذا الشأن، بل ترك الأمر بيد العدالة لكي تعمل عملها وتأخذ مجراها، وفي هذا السياق يرى البعض[1] بأنّه في الغالب الأعم يعمل القضاة على مراجعة الأداءات المالية (السعر أو الثمن أو مقابل الأداء بصفة عامة)، وهو ما يقتضي الاعتماد على المبدأ التوجيهي العام في مثل هاته المسائل، والذي يتجسّد من خلال اقتسام الأرباح والخسائر النّاتجة عن الظرف أو الحدث غير المتوقّع، ويعمل هذا النّهج على إعداد تقييم لاحق، وهناك نهج آخر يمكن إعماله أيضًا في هاته الحالة، يبدو أنّه أكثر احترامًا لمبدأ سلطان الإرادة على الرّغم من صعوبة تطبيقه، ويتمثّل في وضع الطّرف المتضرّر في لحظة إبرام العقد، والتساؤل عن موقفه من مضمون

[1]- Fischer-Achoura Eva, op.cit. p 643.

العقد في حال توقّعه حدوث هذا الظرف، أي التساؤل عن ردّة فعله التي تعبّر عنها الاجراءات والتدابير التي كان سيتخذها عند توقّع هاته المخاطر.

أ2- أهداف المراجعة القضائية:

إنّ السماح للقاضي بمراجعة العلاقة العقدية يهدف إلى استمرارية هاته العلاقة واستقرارها، ولا يمكنه اللجوء إلى هذا الخيار إلّا إذا علم جدواه، بالاستناد إلى طبيعة العلاقة في حدّ ذاتها والظروف والملابسات التي تلفّها، وبالنّظر أيضًا إلى استعدادات أطراف العلاقة لفعل ذلك، من خلال إبداء بعض المرونة في التعاطي مع فكرة استمرارية العقد، ويشير هذا التوجّه الجديد الذي سلكه المشرّع المدني الفرنسي إلى التطوّر العميق في موقفه تجاه نظرية الظروف الطّارئة، بإخضاعه القوّة الملزمة للعقد للاعتدال القضائي، بمعنى أنّ المشرّع الفرنسي قد سمح أخيرًا بإعطاء جرعة لموازنة العقود باسم العدالة التعاقدية في ظروف معيّنة، هاته الأخيرة التي يمكن أن تؤدّي إلى التأثير بشكل واضح على بعض المعاملات ممّا يفقدها التوازن الذي بُنيت عليه[1]، وعليه فإنّ المشرّع الفرنسي يسعى إلى المحافظة على العلاقات العقدية خاصّة المفيدة منها، بالنّظر إلى الآثار المترتبة عنها والتي يمكنها أن تتجاوز أطراف العلاقة العقدية في كثير من الحالات، كتلك المتعلّقة بالاستثمار وعالم الأعمال بصفة عامّة، لما لها من تأثيرات ايجابية خاصّة لجهة البعد الاقتصادي والبعد الاجتماعي، وعلى الرّغم من الطريقة التي عالج بها المشرّع هاته النّظرية، والتي تبدو أقلّ قوّة من التشريعات المقارنة، بسبب وفائه لمبدأ سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد، يمكن القول بأنّ الحلقة التي كانت تنقص القانون المدني الفرنسي قد اكتملت[2].

[1]- Maud Manon et Isabelle Eid, op.cit. p 09.
[2]- Fischer-Achoura Eva, op. cit. p 644.

ب- الإنهاء القضائي للعلاقة العقدية:

إنّ المدين الذي يعاني من الإرهاق في تنفيذ التزاماته التعاقدية بسبب تغيّر الظروف، لا يملك سلطة إنهاء العقد من جانبه ولا يكون ذلك إلّا عن طريق القضاء، على خلاف الدّائن الذي يمكنه إنهاء العقد في حال توقّف المدين عن تنفيذ العقد، مع ضرورة إخطار المدين بذلك وفقًا لنص المادة 1126 من القانون المدني الفرنسي، ومن الشائع أنّ المدين لا يلجأ إلى القضاء إلّا إذا توصّل إلى قناعة حول ضرورة وضع حدّ للعلاقة العقدية، وعلى القاضي أخذ هذا الأمر في الاعتبار، إذ أنّ اللجوء إلى القضاء يأتي في الغالب بعد محاولات عديدة من المدين لأجل الوصول إلى حلّ توافقي مع نظيره في العقد[1].

إذا فشلت عمليّة التفاوض ولم يتوصّل أطراف العلاقة التعاقدية إلى وضع حدّ لها، فإنّه من المنطقي أن تتمّ المطالبة بالإنهاء القضائي للعقد من طرف المدين ضحيّة تغيّر الظروف، لكن إذا تمّ رفض التفاوض من الأصل هل يدعو القاضي من جديد الأطراف لفعل ذلك؟ من وجهة نظرنا لا يبدو الأمر مناسبًا لدعوة الأطراف إلى التفاوض بل من الأحسن إنهاء العلاقة العقدية، لأنّ احتمال نجاح العمليّة سيكون ضئيل جدًّا وسيكون الوقت المستغرق فيها مكلفًا بالنسبة للمدين ومن دون وجود ضمانات، وعليه يمكننا أن نتصوّر وجود اختلاف في الحكم القضائي بين الحالتين، أي في حالة فشل المفاوضات وحالة رفض إعادة التفاوض من طرف الدّائن، وذلك بموجب السلطة الممنوحة للقاضي في هذا السياق، حيث أتاح له المشرّع إنهاء العقد في التاريخ وبالشروط التي يحدّدها، ومن خلال هاته الشروط التي يضعها القاضي يمكن التفرقة في طريقة التعامل بين رفض إعادة التفاوض وبين رفضها من الأساس.

[1]- Fischer-Achoura Eva, op. cit. p 640.

تمّ تخصيص هذا الفصل للحديث عن التوازن العقدي بشكل عام، وهو بطبيعة الحال أحد المظاهر التي تجسّد فكرة العدالة التعاقدية بقوّة، من خلال العمل على تكريس هاته الأخيرة بالتصدّي لكل أشكال التجاوزات التي يمكن أن تخلّ بهذا التوازن، سواء عن طريق إرادة أحد الأطراف أو بفعل خارج عن هاته الإرادة، وقد جسّد المشرّع المدني الفرنسي هذا التوجّه في أرض الواقع بموجب نصوص قانونية، تمثّلت في نص المادّة 1171 التي تمّ تخصيصها لمحاربة الشروط التعسّفية في عقود الإذعان، كما عمل على التصدّي لنفس الشروط التي تخلّ بالالتزام الأساسي عن طريق إفراغه من محتواه أو مضمونه، وكان ذلك بمقتضى المادة 1170 والتي شمل نطاقها كل العقود على عكس سابقتها، ممّا يوحي بتأكيد المشرّع وكشفه عن نيّته في البحث الدّائم والمستمر عن عدالة تعاقدية فعّالة في كافّة العقود، هذا دون أن نُغفل تبنّي المشرّع المدني ولأوّل مرّة نظرية الظروف الطّارئة في المواد المدنية بنوع من الخصوصية، بعد إدارة الظهر لها لمدّة زمنية تزيد عن القرنين من الزمن، وكان هذا بوجب نص المادة 1195 ليكتمل بذلك بناء القانون المدني الفرنسي، بعدما كان مبتورًا بسبب رفضه لنظريّة تُعتبر من بين أهم النّظريات المعروفة في حقل العقود.

وتجدر الإشارة هاهنا إلى أنّ المشرّع الجزائري قد تناول نظرية الظروف الطارئة قبل المشرّع الفرنسي، وكان ذلك بموجب المادة 107 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء في صلبها أنّه: "... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وتبدو بعض الفروقات واضحة بين النّص الفرنسي والنّص الجزائري، فهذا الأخير يوحي بأنّ المادة 107 هي قاعدة آمرة على عكس نص المادة 1195 التي تعتبر قاعدة مكمّلة، كما أنّ المشرّع

الجزائري لم يمنح سلطة إنهاء العقد للقاضي على عكس المشرّع الفرنسي الذي عبّر عن ذلك صراحة.

الخاتمـــة

الخاتمة:

تمّ تسليط الضوء من خلال هاته الدراسة على حدث قانوني كانت له تداعيات جمّة، والذي تجسّد في إصلاح القانون المدني الفرنسي وإصلاح قانون العقود بالأخصّ، حيث أسال هذا الحدث الكثير من الحبر داخل فرنسا وخارجها، وبالنّظر إلى الكمّ الهائل من المواد التي مسّها هذا الإصلاح، فقد حاولنا معالجة مفرزاته من زاوية العدالة التعاقدية، والتي كانت من بين الأسس التي تدعم هذا العمل الكبير الذي أُسنِدَ إلى أعلام القانون المدني الفرنسي في هذا العصر، دون أن ننسى طرحه للنّقاش على عدّة مستويات، لعبت فيه الجامعات الفرنسية الدّور الأبرز، حيث كرّس هذا الاصلاح بعض المبادئ التي ساهمت بشكل أو بآخر في إرساء وتعزيز أواسر العدالة التعاقدية.

إنّ الشّيء اللّافت للانتباه في مجال نظرية العقد هو تنظيم المشرّع المدني الفرنسي لمرحلة المفاوضات، بعد أن أيقن بأنّ هاته المرحلة هي الانطلاقة الحقيقية للكثير من العقود بل ولأهمّها، سواء بالنّسبة للأطراف أو بالنسبة لبعدها الاقتصادي والاجتماعي على حدّ سواء، وقد عمل على تنظيم هاته المرحلة عن طريق الإشارة إلى المبادئ التي تحكمها، وربطها بالنّظام العام ممّا يوحي بعدم إمكانية مخالفتها، فقد أسّس لمبدأ حريّة التفاوض وهو ما يعكس تشبّعه العقلاني بمبدأ سلطان الإرادة، ذلك أنّ التفاوض حول العقود يجب أن يستند إلى الحريّة، ويتجلّى ذلك من خلال قبول الدّعوة إلى التفاوض أو رفضها وكذا ولوج المفاوضات والخروج منها أي وقت، شريطة أن لا تؤدّي ممارسة هذا الحقّ إلى إضرار بالطرف الآخر، هذا وقد استحدث المشرّع أيضًا مبدأ الالتزام بالإعلام في هاته المرحلة، ولا يخفى علينا الدّور المنوط بهذا المبدأ خاصّة من ناحية تضييق الهوّة المعرفية بين الأطراف المتعاقدة، وقد أدرك المشرّع المخاطر التي تَلفّ عملية تطبيق هذا المبدأ والتي يمكن أن تُخرجه عن سياقه، أو تلك التي يمكنها أن تَلحق الضرر بالمدين به، فعمل على إحاطته بآليتين لحماية هذا الأخير، حيث تجسّدت الأولى بفرض الالتزام بالاستعلام بالنّسبة للدّائن

به، بينما اتّجهت الثانية إلى فرض الالتزام بالسريّة التي تستهدف المعلومات المتحصّل عليها، وحظر إفشائها إلى الغير أو الاستعمال الشخصي أو الاستفادة منها بأيّ شكل من الأشكال، ويمكننا تصوّر العمل الكبير الذي قام به المشرّع في هذا الصدد، والذي من دون أدنى شك يعكس بحقّ مظاهر العدالة التعاقدية.

كما أنّ المشرّع قد وسّع من المظلّة الحمائية لمبدأ حسن النيّة، بجعله شاملًا لجميع مراحل العلاقة العقدية، هذا وقد تركه المشرّع على عمومه من دون تعريف ولا تفصيل في مختلف جوانبه، ممّا يدلّ على وفائه لمبدأ العمومية والتجريد المتأصّلة في قواعد القانون المدني، فضلًا عن المرونة التي تساعد القضاة على التعاطي مع مضمونه لحلّ مختلف النّزاعات، حيث جعل منه معيارًا لقيام المسؤولية عن المفاوضات، وقد اعتبر المسؤولية النّاشئة عنها أنّها مسؤولية خارج العقد، وهي التي كانت تُعرف بالمسؤولية التقصيرية فيما قبل وتمت الاستعاضة عنها بهذا المصطلح الجديد، إلّا أنّ المشرّع قد وضع حدودًا لهاته المسؤولية بالإشارة إلى التعويض عن الضرر النّاشئ، والذي يجب أن لا يصل إلى العائد من العقد المزمع إبرامه، بمعنى عدم تساوي قيمة التعويض مع ما كان سيحقّقه إبرام العقد لو تمّ ذلك بالفعل.

ويبدو أنّ الموقف الفقهي العتيق الذي يقرّ بضرورة التفرقة بين القانون ومسألة الأخلاق آخذ في الانحسار والتراجع، أمام تسلّل المبادئ الأخلاقية إلى القانون وهي آخذة في التوسّع، وهو ما نستشفّه من خلال تمديد مبدأ حسن النيّة لكافة مراحل العقد وتعميمه عليها، خاصّة وأنّ المشرّع قد تحاشى إعطاء تعريف له وتفادى الخوض في مفهومه أصلًا، فاسحًا المجال أمام القضاة للتوسّع في تطبيقه بالنّظر إلى المرونة التي يتّسم بها، باستخراج واجبات لم نعهدها في حقل العقود، كتلك التي يجسّدها التضامن والتعاون والتكافل والوفاء والصدق والأمانة وغيرها من المصطلحات التي تصبّ في نفس المعنى، وهذا التطوّر الملحوظ في

الرؤى المنصبّة على العقد، هو الذي فتح الباب على مصرعيه أمام العدالة التعاقدية كفكرة فلسفية مجرّدة لتتجسّد في أرض الواقع.

تكشف الدراسة أيضًا عن سابقة في تاريخ التشريع المدني الفرنسي، تمثّلت في تخلّيه عن ركني المحل والسبب، ثنائية لطالما شكّلت أحد رموز القانون المدني وثوابته، حيث تمّت الاستعاضة عنهما لفائدة ركن وحيد " مضمون العقد "، هاته الشخصيّة الجديدة تُظهر تحوّل المشرّع المدني من المذهب الشخصي الصّرف إلى تبنّي المذهب المادّي في التعاطي مع أركان العقد، ونبذ البحث عمّا يختلج داخل النّفس من نوايا، ذلك أنّ النوايا لا يعتدّ بها القانون ولا يُرتّب عليها أيّ أثر، إلّا إذا تمّ الكشف عنها من خلال السلوكيات والمواقف التي يأتيها أو يتّخذها صاحبها، وبهذا يبدو أنّ النزعة الماديّة باتت تطغى على تكوين العقد وهو ما فيه تكريس للعدالة التعاقدية.

ويتجلّى كذلك من موضوع هاته الدّراسة الموقف الصّارم الذي اتّخذه المشرّع المدني من الشّروط التعسّفية، هاته الأخيرة التي تؤدّي إلى اختلال التوازن العقدي بخلق تفاوت بين الحقوق والالتزامات في العقد، ممّا يفسح المجال أمام العدالة العقدية لتعلب دورها من خلال السلطة التي وضعها المشرّع بيد القاضي، هذا الأخير تمّ غلّ يده عن تعديل الشّروط التي يقدّر بأنّها مصبوغة بالتعسّف، وعندما يتأكّد من وجود التعسّف في شرط من شروط العقد، فلا مجال إلّا لإعفاء المدين من هذا الشرط على اعتبار أنّ حكمه هو العدم، مع الأخذ في الحسبان طبيعة كلّ عقد ومراعاة النّصوص القانونية التي عبّرت عن ذلك (المادة 1170 والمادة 1171)، هاتان المادّتان أكّد فيهما المشرّع على العقوبة المقرّرة تُجاه هذه الشروط والتي تُعدّ غير مكتوبة، موقف يدعو المتعاقدين إلى التفكير مَليًّا قبل وضع شروطهم وإحاطتها بعناية فائقة تشبه إلى حدّ ما وضع الأحجار الكريمة على الحُليّ.

تبنّى المشرّع لأوّل مرّة نظريّة الظروف الطّارئة في القانون المدني، في قطيعة مع موقف محكمة النّقض الرّافض لها، وهذا الموقف من المشرّع لا يُعتبر بالجديد في المشهد القانوني، كما أنّه لم يُحدث أيّ زخم إلاّ بالقدر الذي تكشف عنه المادة (1195) لجهة شروط تطبيق النّظرية من طرف القضاء، حيث وضع المشرّع شرط الرّكون إلى التفاوض عند وقوع ظروف استثنائية، وجعل المدّة التي يستغرقها وقوع الظرف واللجوء إلى القضاء دليلًا على ذلك ما لم يطلب تقديم أدلّة أخرى، ويبدو أنّ هذا الموقف من نظرية الظروف الطارئة قد شكّل الحلقة التي كانت تنقص القانون المدني الفرنسي، وهي من دون شكّ دليل على اهتمامه الكبير بتحقيق أكبر قدر من العدالة في العقود.

علاوة على ما تمّ ذكره فإنّ الدّراسة قد خلصت إلى بعض النتائج التي هي على صلة وثيقة بالعدالة التعاقدية، والتي نوردها فيما يلي:

-أدرج المشرّع المدني الفرنسي عيبًا جديدًا لعيوب الإرادة، ويتعلّق الأمر بالإكراه الاقتصادي الذي يُعدّ بمثابة مكسب جديد لصالح العدالة التعاقدية، وقد لاقى استحسانًا على نطاق واسع في فرنسا وخارجها.

-أقرّ المشرّع بأحقيّة الطرف المتعاقد مع أحد الأشخاص المحمية بموجب النصوص القانونية، في تلافي إبطال العقد المتّزن، من خلال دحضه ادعاءات الضحيّة المحتملة أو من ينوب عنه، بإثبات أنّ العقد نافع للقاصر أو المحجور عليه، بإثبات خلوّه من الغبن أو إثبات أنّه ذو فائدة للشخص المحمي، ابتكار يُحسب لجهة العدالة التعاقدية.

-اهتدى المشرّع لآلية الاستجواب التي مثّلت ابتكارًا مرحّبًا به، والتي نصّ عليها في أكثر من موضع لتلافي الشك وتأكيدًا على استقرار المعاملات، خطوة تصبّ في خانة الأمن القانوني وتخدم بشكل أو بآخر العدالة التعاقدية.

-قضى المشرّع على التردّد الذي ميّز بعض الأحكام القضائية والاختلاف الفقهي بخصوص موت من صدر عنه الإيجاب أو فقده للأهلية، حيث حكم بموجب القانون بسقوط هذا الإيجاب لصالح الورثة مالم يقترن بالقبول، وهو ما يكرّس العدالة التعاقدية بحق، إذ يمكن أن يكون للورثة مسلك آخر في المعاملات غير نهج الهالك، فلا يمكن بأيّ حال أن تسود إرادة هذا الأخير بعد موته في العلاقة العقدية.

-أكّد المشرّع على ضرورة تكافؤ وتناسب أداءات أطراف في عقد المعاوضة، بحيث رتّب بطلان هذا الأخير في حال كان المقابل الذي يتلقّاه أحد الطرفين وهميًّا أو تافها وقت إبرام العقد، وكان ذلك بمقتضى نص المادة (1169) التي لم تدع مجالا للشك في كون هذا الحكم هو روح العدالة العقدية.

إنّ هذا التطوّر الملحوظ الذي كشف عنه إصلاح القانون المدني الفرنسي، والذي جاء بعد انتظار طويل، ينسجم بنسبة عالية مع الحلول المبتكرة والمستحدثة من طرف القضاء الوطني والتحكيم التجاري الدولي، وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يدلّ على أنّ الإصلاح بشكل عام يهدف إلى الاستجابة لمتطلّبات العدالة التعاقدية، حيث أثبت من خلاله تفتّحه وقابليته للتعديل وتبنّي المبادئ والأفكار البنّاءة في سبيل هاته الغاية، وقد لمسنا ذلك منه في موقفين، يتعلّق الأوّل بكونه لا يرى مانعًا في الاستلهام من التشريعات الخاصّة بالقدر الذي يتماشى وخصوصية نصوص القانون المدني، وأنّ هذا لا يُعتبر مركّب نقص لديه بل على العكس منه تمامًا، وخير دليل على ذلك استعانته بمبدأ الالتزام بالإعلام، واستعارته العقوبة المقرّرة للشروط التعسّفية من التشريعات الخاصّة، فيما يتجلّى موقفه الثّاني من خلال تفتّحه على التشريعات المقارنة، ولا أدلّ على ذلكم من تخلّيه عن ركني المحل والسبب باعتبارهما أقوى رموزه القانونية، فضلًا عن تبنّيه لنظرية الظروف الطّارئة.

ومن هذا المنطلق نتوجّه مباشرة إلى المشرّع الجزائري برسالة، ندعوه من خلالها إلى إعادة النّظر في القانون المدني، ونقول ألم يئن الأوان على الأقلّ لمعالجة الفراغ التشريعي

ذي الصلة بالمرحلة السابقة عن التعاقد (المفاوضات)؟، بالنّظر إلى الأهميّة التي تكتسيها هاته المرحلة، ناهيك عن التصرفات القانونية التي تزخر بها، على غرار خطابات النوايا والعقود التمهيدية كالوعد بالتفضيل، وترقية مبدأ الالتزام بالإعلام إلى نصوص القانون المدني لما له من دور في حماية الطرف الضعيف خارج نطاق التشريعات الخاصة، إنّ إعادة النّظر في منظومتنا المدنية هي ضرورة أضحت تمليها الحاجة إلى المعاملات سواء على المستوى المحلّي، أو المستويين الإقليمي والعالمي، لأنّ الاحتكاك مع مختلف الفاعلين الاقتصاديين خاصّة إذا أردنا استقطاب الاستثمارات، يحتاج إلى تحيين المنظومة القانونية ككلّ والقانون المدني بالأخص، على الأقل من أجل مجاراة باقي القوانين والقدرة على فهمها بتقريب قانونا منها، وها هو المشرّع الفرنسي قد فعل ذلك وتخلّى عن الكثير في سبيل المواءمة ومجاراة التشريعات المقارنة، ولنا رجاء لدى السلطة المكلّفة بالتعديل أو بالأحرى التي ستُشرف على ذلك، حيث كلّنا أمل أن تحذو حذو المشرّع الفرنسي ليس باستيراد قانونه كما هو، وإنّما علينا الاقتداء به في الطريقة التي عمل بها على الإصلاح، لمَ لا يتمّ إسناد مهمّة التحضير للإصلاح إلى لجنة مكوّنة من كوادر جزائرية متخصّصة؟، من الأساتذة والقضاة الذين ثبتت كفاءتهم لوضع مشروع التعديل، ليتمّ بعدها طرح المشروع للمناقشة والتعليق على مستوى الجامعات، على أخذ هاته المبادرة على محمل الجدّ.

وفي نفس السياق ندعو القضاء الجزائري إلى التحلّي بالشجاعة الكافية للمساهمة في تطوير المنظومة القانونية بصفة عامّة، والقانون المدني على وجه الخصوص، من خلال مزاحمة المشرّع في سنّ القوانين عن طريق الأحكام القضائية، فإنّ القضاء الفرنسي قد أخذ على عاتقه هاته المهمّة ونجح فيها إلى أبعد الحدود، كيف لا وقد كان له الفضل في التوطئة للكثير من المبادئ والحلول التي تبنّاها المشرّع الفرنسي في إصلاحه، وأقل ما يمكن أن يُقال عنه أنّ مساهمته كان لها دور محوري في عمل المشرّع، ولا ندري إلى أي سبب يمكننا أن نردّ الشُّح والنّدرة في الأحكام القضائية الجزائرية التي يشكو منها الكثير من

الباحثين الجزائريين على اختلاف مشاربهم، وما إن كان ذلك يوعز إلى نقص القضايا وعدم لجوء الأطراف المنازعة إليه أو أنّ هناك أسبابًا أخرى.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: باللغة العربية

أ- النصوص القانونية:

1. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **المتضمن القانون المدني الجزائري**، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 78 في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم.
2. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، **الدليل القانوني إلى الصكوك الموحدة في مجال العقود التجارية الدولية**، مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، فينا، النمسا، 2021.

ب- الكتب

1. أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
2. بلحاج العربي، **مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد**، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017.
3. جاك غستان، **تكوين العقد**، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000.
4. جمال عبد العزيز العثمان، **الإفصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالأوراق المالية المتداولة في البورصة – دراسة مقارنة** –، دار النهضة العربية، مصر 2010.
5. حفيظة السيّد الحدّاد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

6. خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.

7. سمير عبد السميع الأودن، **خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

8. شيرزاد عزيز سليمان، **حسن النية في ابرام العقود**، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008.

9. عبد الحليم عبد اللّطيف القوني، **حسن النيّة وأثره في التصرفات**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.

10. عبد الرزّاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، من دون سنة النشر.

11. ـــــــــــــــــ، **الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

12. عبد العزيز المرسي حمود، **الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي**، دون دار ومكان النشر، 2005.

13. عبدالمنعم فرج الصدة، **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية**، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974.

14. علي أحمد صالح، **المفاوضات في العقود التجارية الدولية**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2012.

15. محمد إبراهيم دسوقي، **الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود**، الإدارة العامة للبحوث بالرياض، المملكة العربية السعودية، 1995.

16. محمد أحمد عبد النعيم، **مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

17. محمد حسين منصور، **العقود الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

18. محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – العقد والإرادة المنفردة**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2019.

19. محمودي مسعود، **أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

20. مصطفى العوجي، **القانون المدني (العقد)**، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

21. مصطفى محمد الجمال، **السعي إلى التعاقد**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.

22. المنظمة العربية للتنمية الإدارية، العقود الدولية – **القواعد والإعداد والصياغة** –، القاهرة، مصر، 2012.

23. هلدير أسعد أحمد، **نظرية الغش في العقد**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

24. همام محمد محمود زهران، **الأصول العامة للالتزام– نظرية العقد** –، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

ج– أطروحات الدكتوراه:

1. بوطبالة معمر، **الإطار القانوني لعقد التفاوض في عقود التجارة الدولية**، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2016–2017.

2. بوكريريس سهام، **التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الالكترونية – دراسة مقارنة –**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبوبكر بلقايد بتلمسان، الجزائر، 2021–2022.

3. زمام جمعة، **العدالة العقدية في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كليّة الحقوق بجامعة الجزائر 1، 2013–2014.

4. سعدون يسين، **أثر الظروف الاقتصادية على العقد**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2017–2018.

5. عثماني بلال، **أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النيّة**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري بتيزي وزو، الجزائر، 2018.

6. لخضاري محمد، **العقود الممهدة في البيوع العقارية والحماية القانونية للمتعاقدين**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2020–2021.

د– المقالات:

1. أحمد إبراهيم الحياري، " **التنظيم التشريعي للوعد بالتفضيل – دراسة مقارنة** – "، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد الثامن، العدد الثالث، 2016.

2. أحمد السعيد الزقرد، " **نحو نظرية عامة لصياغة العقود – دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد**– "، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، الكويت، 2001.

3. أحمد السيد البهي الشوبري، " **التفاوض التعاقدي – إطاره القانوني وأثره في الالتزام**"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بدمنهور، العدد الرابع، الجزء الأول، القاهرة، مصر، 2019.

4. أحمد حسين كاظم الياسري، " **المسؤولية المدنية عن الاخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)** "، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، العراق، 2022.
5. أحمد عبد الكريم سلامة, " **النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية** "، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد السادس والخمسون، 2000.
6. أشرف جابر، " **الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية– لمحات في بعض المستحدثات–** "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد الخامس، العدد الثاني، ملحق خاص، 2017.
7. أكرم محمود حسين البدو، " **أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات**"، مجلّة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث عشر، العدد التاسع والثلاثون، السنة السادسة عشر، 2011.
8. الفهد أحمد بن فهد حمين، " **مفاوضات عقود التجارة الدولية: دراسة فقهية** "، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد الثامن والثلاثون، السعودية، 2017.
9. بلحاج العربي، " **الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016** "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، إصدار دوري إضافي، العدد الثالث، 2021.
10. بن خدة حمزة، " **قراءة في أهم مستجدّات الاصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي** " ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، 2018.
11. بناسي شوقي، " **ضرورة تنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، 2022.

12. بوجلال بن يعقوب و عليان عدة، " **خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية – دراسة مقارنة** – "، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السابع، العدد الثاني، 2021.

13. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، " **مضمون العقد دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016** "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد السابع عشر، العدد الأول، 2018.

14. حشلاف ملوكة، " **مفهوم ومشروعية مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي** "، مجلّة الفكر القانوني والسياسي، المجلد السادس، العدد الثاني، 2022.

15. حمدي بارود، " **المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدّولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها " مبدأ حسن النية ومقتضياته – دراسة تأصيلية تحليلية** " "، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد السادس عشر، العدد الأول، 2008.

16. دلاور صالح محمود، " **شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي** "، مجلة كليّة القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد التاسع، العدد الثاني والثلاثون، 2020.

17. شهيدي محمد سليم و لغواطي عباس، " **الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة مع قانون العقود الفرنسي الجديد**– "، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد السابع، العدد الثاني، 2021.

18. شهيدي محمد سليم، " **الوعد بالتعاقد في ظل الاتجاهات الحديثة في قانون العقود** "، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد الثامن، العدد الثاني، 2021.

19. عبد المجيد قادري و مراد عمراني، " **التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد** "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2019.

20. عزت عبد المحسن سلامة، " **نحو تكييف حديث للإذعان (في ضوء تعديلات القانون المدني الفرنسي 2016 والتطبيق على التعاقد الإلكتروني)** "، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصادية، العدد السبعون، جامعة عين شمس، مصر، ديسمبر 2019.

21. عقيل فاضل حمد الدهان و منقذ عبد الرضا الفردان، " **الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني** "، مجلّة أهل البيت، العدد الثامن، 2009.

22. علاء أحمد صبح، " **أثر الاكراه الاقتصادي على التوازن العقدي (دراسة مقارنة)** "، مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الثالث، كلية الحقوق لجامعة دمياط، مصر، جانفي 2021.

23. قارون سهام، " **القيمة القانونية لعدالة التفاوض في العقود الدولية** "، مجلة دراسات وأبحاث، السنة الثانية عشر، العدد الثالث، جويلية 2020.

24. محمد حميداني، " **مبدأ حسن النيّة في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي** "، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد السادس والعشرون، جوان 2019.

25. محمد صلاح عبد اللاه محمد، " **المرحلة قبل التعاقدية ودورها في إبرام عقود التجارة الدولية** "، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، العدد السادس، 2021.

26. محمد عبد الظاهر حسين، " **الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد**"، مجلّة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، 1998.

27. محمد عرفان الخطيب، " **إضاءة على مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: المبررات والنتائج** "، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد العاشر، العدد الأوّل، 2019.

28. ـــــــــــــ، " **الجديد في ركائز العملية التعاقدية في التشريع المدني الفرنسي "دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"** "، المجلّة الأردنية في القانون و العلوم السياسية، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، 2019.

29. ـــــــــــــ، " **المبادئ المؤطّرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد** "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثاني، 2019.

30. ـــــــــــــ، " **المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها "دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي" في ضوء مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية "PLRRC Urvoas 2017"** "، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد الحادي عشر، العدد الرابع، 2019.

31. ـــــــــــــ، " **نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث "الثابت والمتغير": قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم 131-2016** "، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الأول، السنة السادسة، مارس 2018.

32. محمود فياض، " **مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد** "، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، أفريل 2013.

33. مرايصي سفيان ولعور بدرة، " **تأثير مبدأ سلطان الإرادة على العدالة التعاقدية** "، مجلّة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2023.

34. منى أبو بكر الصديق محمد حسان، " **الإكراه الاقتصادي – نحو مفهوم مستحدث للإكراه كعيب في الإرادة "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني الفرنسي الجديد** "، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد السابع، العدد الثاني، كلية الحقوق لجامعة السادات، مصر، ديسمبر 2021.

35. منى نعيم جعاز وجليل حسن الساعدي، " **أثر استحداث فكرة مضمون العقد على ركني المحل والسبب – دراسة في القانون المدني الفرنسي** – "، مجلّة بحوث الشرق الأوسط، جامعة عين شمس، مصر، العدد التاسع، أكتوبر 2021.

36. نبيل إسماعيل الشبلاق، " **الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)** "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد التاسع والعشرون، العدد الثاني، 2013.

37. يونس صلاح الدين علي، " **مضمون العقد كركن جديد من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي – دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الإنكليزي والعراقي** "، مجلّة الرافدين للحقوق، المجلد التاسع عشر، العدد الثامن والستون، 04 أكتوبر 2018.

هـ- المقالات الخاصة بالتظاهرات العلمية:

1. بن خدّة حمزة، **أثر الاجتهاد القضائي في تغيير ملامح القانون المدني الفرنسي "التصرف القانوني نموذجا"**، ملتقى وطني " تطور قانون العقود : واقع وتحديات "، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، يوم 10 ماي 2023، الجزائر.

2. حامق ذهبية، **النظرية العامة للعقد: تصور جديد**، ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة يوسف بن خدّة الجزائر 1، يومي 24 و25 أكتوبر 2016، الجزائر.

ثانيا: باللغة الأجنبية

A- Les Lois :

1. Code civil français, 117eme éd., Dalloz, Paris, 2018.
2. LES PRINCIPES DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS, sur : https://www.unisob.na.it/universita/facolta/giurisprudenza/age/pecl_part1e2_francese.pdf .Visité le 06/10/2024.
3. La Loi N° 93/949 du 26 Juillet 1993 3 relative au code Français de la consommation.- publier sur le lien : https://wipolex-res.wipo.int › lexdocs › laws
4. La Loi N° 96/597 du 2 Juillet 1996 de modernisation des activités financières en France -publier sur le lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000193847
5. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035.

B- Les Ouvrages :

1. Cathie-Sophie Pinat, **Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016)**, Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016. https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_d6a1ee_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf
2. Christian Larroumet, **droit civil : les obligations le contrat**, 3e édition, tome 3, economica, paris, France, 1996.
3. Daniel Mainguy **(Après l'ordonnance du 10 février 2016)**, Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016. https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_d6a1ee_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf
4. Daniel Mainguy, **LE CONTENU DU CONTRAT**, Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016), Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016. https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_d6a1ee_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf
5. Daniel Mainguy, **CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES ECONOMIQUES**, Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016), Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016.

6. Dimitri Houtcieff, **Droit des contrats**, 4e édition, bruylant, Paris, France, 2018.
7. Filali Osman, **Les principes généraux de la lex mercatoria à l'étude d'un ordre juridique national**. L.G.D.J, Paris, France, 1992.
8. Française DOMONT-NAERT, **Les relations entre professionnels et Consommateurs en droit belge**, LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LES RAPPORTS CONTRACTUELS «COMPARAISONS FRANCO-BELGES », Ouvrage présenté par: Le Centre de droit des obligations (URA/CNRS 1471) de l'Université de Paris I, L.G.D.J, 1996. https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/fontaine-protectionpartiefaible-1996.pdf
9. François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, **Droit civil : Les obligations**, 11e édition, Dalloz, Paris, France, 2013.
10. _____, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chénedé, **Les obligations**, 12e édition, Dalloz, Paris, France, 2019.
11. Geneviève Viney, **Introduction à la responsabilité**, 3e édition, L.G.D.J, Paris, France, 2009.
12. Gérard COUTURIER, **Les relations entre employeurs et salariés en droit français**, LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LES RAPPORTS CONTRACTUELS «COMPARAISONS FRANCO-BELGES », Ouvrage présenté par: Le Centre de droit des obligations (URA/CNRS 1471) de l'Université de Paris I, L.G.D.J, 1996. https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/fontaine-protectionpartiefaible-1996.pdf
13. Jacques Ghestin, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, **La formation du contrat**, Tome1 : Le contrat- Le consentement, 4e édition, LGDJ, paris, France, 2013.
14. Jaques Béguin, Michel Menjucq et des autres, **Droit du commerce international**, 2e édition, Lexis Nexis, Paris, France, 2006.
15. Jean Carbonnier, **Droit civil : les biens & Les obligations**, tome second, 4e édition, presses universitaires de France, 1964.
16. Judith ROCHFELD, **Cause et Type de Contrat**, L.G.D.J, Paris, France, 1999.
17. Julien Roque, **La capacité**, Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016), Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016. https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_d6a1ee_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf
18. Julien Roque, **La représentation**, Le nouveau droit français des contrats du régime général et de la preuve des obligations (Après l'ordonnance du 10 février 2016), Ouvrage électronique publié par : UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Faculté de droit et science politique, Université de Montpellier, Sous la direction scientifique de Daniel Mainguy 2016. https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20160704/ob_d6a1ee_mainguy-dir-le-nouveau-droit-franc.pdf

19. Louis JOSSERAND, **Cours de Droit Civil positif Français**, 3e édition, RECUEIL SIREY, Paris, 1939.
20. Matthieu Poumarède, **Agissements fautifs dans l'exercice des droits et abus de droit**, Droit de la responsabilité et des contrats, Ouvrage collective sous la direction de Philippe le Tourneau Dalloz action, France, 2023.
21. Patrice Jourdain, **Les principes de la responsabilité civile**, 5e édition, DALLOZ, Paris, France, 2000.
22. Paul Alain FORIERS, **ASPECTS DE LA REPRÉSENTATION EN MATIÈRE CONTRACTUELLE**, LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES, ÉDITIONS DU JEUNE BARREAU DE BRUXELLES 2000.
23. PHILIPPE LE TOURNEAU, **Droit de la responsabilité et des contrats "Régimes D'indemnisation"**, 13e édition, DALLOZ ACTION, 2023/2024, p 15/124.
24. Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck, **Les obligation**, 2e édition, DEFRÉNOIS, 2005.
25. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, **Droit des contrats spéciaux**, 8e édition, LGDJ, paris, France, 2016.
26. Xavier DIEUX & Marcel FONTAINE et des autres, **Les obligations contractuelles**, Editions du Jeune Barreau, BRUXELLES, 1984. https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/jbb-lesobligationscontractuelles-1984.pdf

C- Les Thèses :

1. Alain Lagadec, **De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat**, Thèse de doctorat en droit, Université de Toulon, France, Avril 2017.
2. Faustine Jacomino, **Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel**, Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, Thèse de doctorat, Faculté de droit et Sciences Politiques Economiques et de Gestion, Université Côte d'Azur, 2018.
3. Florian MAUME, **Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle**, Thèse de doctorat en droit, Université d'Evry-Val-d'Essonne, juillet 2015.
4. Hania Kassoul, **L'après-contrat**, Thèse de doctorat, Université côte d'azur, 10 novembre 2017.
5. Hélène Villain, **Contrat d'adhésion et justice contractuelle : étude comparée franco-québécoise**, Thèse de doctorat, Université de Lille, France, 2022.
6. Jean-Pascal CHAZAL, **DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE EN DROIT DES OBLIGATIONS**, Thèse de doctorat, Faculté de droit - U.F.R. - GRENOBLE II Université PIERRE MENDES FRANCE, 1996.
7. Luiz Fernando Kuyven, **La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : fondements et règles applicable dans perspective d'harmonisation**, Thèse de doctorat en droit des affaires, Université de Strasbourg, 2010.

8. Marc Cassiède, **Les pouvoirs contractuels : étude de droit privé**, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, France, novembre 2018.
9. Marie Annik Grégoire, **Liberté ; responsabilité et utilité : la bonne foi comme instrument de justice contractuelle**, Thèse de doctorat en droit civil, Faculté de droit Université McGill, Canada, 2007.
10. Marine Goubinat, **Les principes directeurs du droit des contrats**, Thèse de doctorat en droit privé, Université Grenoble Alpes, Février 2016.
11. Muhannad AJJOUB, **La notion de liberté contractuelle en droit administratif français**, Thèse de doctorat en Droit public, Université Panthéon-Assas Paris II, 2016.
12. Olivier BEDDELEEM, **ESSAI SUR LA RUPTURE DES POURPARLERS EN DROITS FRANÇAIS ET ANGLAIS - Analyse pluri-disciplinaire de la jurisprudence -**, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, le 16 novembre 2022.
13. Radu Stancu, **L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle -comparaison entre le droit civile français et le droit roumain à la lumière du droit européen-,** thèse de doctorat au droit privé, Université de Strasbourg, 2015.
14. Salma Seifelnasr, **Regards croisés sur la théorie de l'imprévision en droit des pays arabes et en droit français**, Thèse de doctorat en droit, Université Montpellier, France, 2020.
15. Yessad Houria, **Le contrat de vente internationale de marchandises,** thèse de doctorat au droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, 2008.

D- Les Mémoires :

- LEBRUN Christine, **Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat**, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit, université de Montréal, 2011.

E- Les Articles :

1. Alexandre Rigolet, « **La liberté contractuelle – Les réformes passent le principe reste- »**, Rev de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, De Boeck et Larcier, Bruxelles, Belgique, 2018.
2. Ali Filali, « **Le droit de la consommation : une adaptation du droit commun des contrats »**, les Annales de l'université d'Alger, N° 27, Tome : 2, juillet, 2015.
3. Brunie Juliette, « **Les effets du contrat entres les parties après l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats »**, Revue juridique de l'Ouest, 2017, p72. doi : https://doi.org/10.3406/juro.2017.4903

4. Caroline Asfar-Cazenave, « **Le nouveaux droit français des contrats** », Rev juridique Thémis, Vol 49, N° 3, le 29 Juillet 2016. https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/13587_C_Asfar-Cazenave.pdf
5. D'Adda Alessandro, « **Nullité partielle- clause réputée non écrite et intégration corrective du contrat : perspectives de droit européen** », Rev internationale de droit comparé, Vol 67 N°4, 2015. doi : https://doi.org/10.3406/ridc.2015.20562;
6. David Deroussin, « **Le contrat à travers le Code civil des Français** », Rev « Histoire de la Justice », Éditions Association Française pour L'histoire de la Justice, 2009, p259. Consulté le 18/10/2023. Sur : https://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2009-1-page-247.htm
7. Fischer-Achoura Eva, « **La vigueur de la consécration de la théorie de l'imprévision en droit allemand et en droit privé français** », Rev internationale de droit comparé, Vol 71, N°3, 2019. doi : https://doi.org/10.3406/ridc.2019.21115;
8. François Chénedé, « **De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité** », Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey, Vol 4, 2012. https://shs.hal.science/halshs-01071905
9. Frédéric Rouvière. « **L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique** », Rev de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2008. https://shs.hal.science/halshs-00710983
10. Goran Georgijevic, « **L'obligation de faire dans la phase précontractuelle en droit civil mauricien** », Rev juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2021. https://hal.univ-reunion.fr/hal-03328961v1/document
11. Guillemard Sylvette, « **De la phase préalable à la formation de certains contrats** », Rev générale de droit, 1993, Vol 24 (2). https://doi.org/10.7202/1056950ar
12. Hacene Anaïs, « **La formation du contrat dans l'ordonnance du 10 février 2016 : une codification ; des évolutions ; mais pas de révolution** », Rev juridique de l'Ouest, 2017.
13. Hélène BRICKS, « **Les clauses abusives** », Rev : Les Cahiers de droit, L.G.D.J, Vol 27, N° 3, Paris, 1982. https://doi.org/10.7202/042767ar
14. Henri Léon et Jean Mazeaud, « **La cause en droit français** », McGill Law journal, Vol 3, septembre 1956. https://lawjournal.mcgill.ca/article/la-cause-en-droit-franais/ https://hal.science/hal-02334810
15. Jacques Ghestin, « **Le contrat en tant qu'échange économique** », Rev d'économie industrielle, vol, 92, 2eme et 3eme trimestres, 2000. https://doi.org/10.3406/rei.2000.1039
16. Jean Pascal Chazal, « **Justice contractuelle** », Cadiet, Loïc. Dictionnaire de la justice, Presses Universitaires de France (PUF), 2004. https://sciencespo.hal.science/hal-01027783v1
17. Jobard-Bachellier et Marie-Noëlle, « **Les lettres d'intention en droit international privé** », Rev du Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 12eme année, 1993-1995. 1996. https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1996_num_12_1993_1051

18. Lapoyade Deschamps Christian, « **La réparation du préjudice économique pur en droit français** », Rev internationale de droit comparé. Vol. 50 N°2, Avril-juin 1998. Etude de droit contemporain. doi : https://doi.org/10.3406/ridc.1998.1167
19. Le Moulec Éliaz, « **Réforme du droit des obligations : quelques éléments relatifs aux vices du consentement** », Rev juridique de l'Ouest, 2016. doi : https://doi.org/10.3406/juro.2016.4877
20. Leclerc Frédéric, « **Le contrat cadre en droit international privé** », Rev Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 16e année (2002-2004), 2005. https://doi.org/10.3406/tcfdi.2005.1133
21. Luc GRYNBAUM, « **Réforme du droit des contrats : synthèse du droit français et convergences avec le droit européen** », Rev LAMY, N° 124, Mars 2016.
22. Manuella Bourassin, « **L'efficacité de la lettre d'intention confortée** », Rev Gazette du Palais, Vol 139 N° 36, 2019, p.64. https://hal.parisnanterre.fr/hal-03009607v1/document
23. Marie Annik Grégoire, « **Les sanctions de l'obligation de bonne foi lors de la formation et de l'élaboration du contrat** », Rev du Notariat, Vol 104, N° 2, 2002. Https://doi.org/10.7202/1046005ar
24. Mohamed Salim Chehidi, **« La bonne foi en droit des contrats -étude comparative des droits Algérien et français-»**, Revue de droit public Algérien et comparé, Vol. 07, N 01, Juin 2021.
25. Nathalie CROTEAU, **« LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI »**, RDUS Rev de droit Université SHERBROOKE, Vol 26, N° 2, 1995-1996. doi : https://doi.org/10.17118/11143/12872
26. Nicolas Ferrier, **« Violence économique et droit de la distribution »**, Association " Henri Capitant". La violence économique à l'aune du nouveau droit des contrats et du droit économique, Dalloz, 2017.
27. Pierre Lambret, **« La validité du contrat »**, Rev juridique de l'Ouest, 2017. https://doi.org/10.3406/juro.2017.4894
28. Schmidt Joanna, **« La négociation du contrat international »**, Rev Droit et pratique du commerce international, 1983.
29. _____, **« La période précontractuelle en droit français »**, Rev internationale de droit comparé, Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. Etudes de droit contemporain. https://doi.org/10.3406/ridc.1990.1979
30. Signat Carine, **« Le dispositif de protection contre les clauses abusives : regards croisés franco-allemands »**, Rev internationale de droit comparé, Vol 68, N°4,2016. doi : https://doi.org/10.3406/ridc.2016.20734;
31. Stéphanie GHOZLAN, **«La notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : Étude des systèmes juridiques français et québécois »**, Rev juridique Thémis, Faculté de droit - Université de Montréal Québec, vol 49, N° 2, 2016.

https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/15558_RJTUM-49-GHOZLAN.PDF

32. Sylvette Guillemard, « **Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi** », Rev générale de droit, Vol 25, N° 1 1994. https://doi.org/10.7202/1056403ar
33. _____, « **Tentative de description de l'obligation de bonne foi en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles** », Revue générale de droit, Vol 24, N° 3, 1993. https://doi.org/10.7202/1056927ar
34. VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, « **L'ordre public et le contrat : Étude de droit comparé interne** », Archives de philosophie du droit, (Tome 58), 2015, p224.
35. Zouhal Adra, « **Réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles** », Rev juridique de l'Ouest, 2016-3. https://doi.org/10.3406/juro.2016.4878

F- Les Contributions :

1. Alain Bénabent, **Rapport de synthèse**, lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007.
2. Arienne CLEMENT, **L'imprévision en droit des contrats -une révolution de façade-**, Colloque « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017.
3. Arnaud Thomas, **Le dommage et le préjudice (avant-projet, art. 1235)**, Les travaux de centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457) Université Paris-Ouest Nanterre la défense, avant-projet de loi - réforme de la responsabilité civile- "Analyses et contrepropositions".
4. Damien Grimaud, **L'exécution forcée des avant-contrats**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007.
5. Denis Mazeaud, **Les dix commandements du droit français contemporain des contrats**, Conférences Roger-Comtois, 4e édition, organisé par Faculté de droit Université de Montréal, Québec, 2005.
6. _____, **La période précontractuelle en droit positif et prospectif français**, européen et international: comparaisons, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007.
7. Eric SAVAUX, **Le contenu du contrat - Articles 1127, 1161 à 1170**, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations-Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21, LexisNexis , 25 mai 2015.

8. _____, **Présentation générale de la réforme**, La Réforme du droit des contrats en France : regards croisés franco-libanais, Colloque organisé par la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, 11 mars 2016.

9. François Chénedé, **Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du code civil**, LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 27 - 4 JUILLET 2016, p 1337.
10. François 't KINT, **Négociation et conclusion du contrat**, Conférences « Les obligations contractuelles », Editions du jeune barreau, Bruxelles, 1984.
11. Frédéric BICHERON, **L'inexécution du contrat en droit français**, La Réforme du droit des contrats en France : regards croisés franco-libanais, Colloque organisé par la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, 11 mars 2016.
12. Grégory Maitre, **La rupture précontractuelle à l'épreuve de l'analyse économique du droit**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007.
13. Guillaume Wicker et Nicolas Ferrier, **La représentation - Articles 1152 à 1160**, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations-Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21, LexisNexis , 25 mai 2015.
14. HANNA SELLAM, **Les actions interrogatoires : une innovation de la réforme du droit des contrats**, Colloque « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017.

15. Jean Pascal Chazal, **Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ?**, Colloque "La nouvelle crise du contrat", May 2001, Lille, France. https://sciencespo.hal.science/hal-01053544/document
16. Jean-Sébastien Borghetti, **L'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle**, LA SEMAINE JURIDIQUE "Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile Observations et propositions de modifications", Lexis Nexis, JUILLET 2016. https://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2017/04/sjg1699.pdf
17. John Cartwright, **Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organisé par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007.
18. Julie Klein, **Le consentement**, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations-Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21, LexisNexis, 25 mai 2015.

19. Marianne Faure-Abbad, **L'impact des règles de la réforme du droit des contrats sur la conclusion des contrats de construction**, Conférence prononcée lors du colloque « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction et le droit immobilier », Organisé par L'Association française de droit de la construction, siège de la FFB, Paris le 1er avril 2016.
20. MARIE-ANNE LE FLOCH, **CAPACITÉ ET REPRÉSENTATION DES SOCIÉTÉS APRÈS LA RÉFORME DES CONTRATS : DROIT COMMUN OU DROIT SPÉCIAL ?,** Colloque « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017.
21. Martine Behar-Touchais, **Le Déséquilibre Significatif Dans Le Code Civil**, LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 14 - 4 AVRIL 2016. https://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2016/dossier4.pdf
22. MATHILDE CHARRIÈRE, **Faut-il s'inquiéter de la violence économique ?**, Colloque « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017.
23. Melchior LAPLANE, **Le renouvellement des sanctions de l'inexécution du contrat dans la réforme du droit des contrats du régime général des obligations et de la preuve**, « REGARDS CROISÉS SUR LE NOUVEAU DROIT DES CONTRATS », Organisé par : LE BULLETIN CHEUVREUX Notaires, ÉDITION SPÉCIALE N°5 - JUIN 2017.
24. Mikaël Benillouche, **Le droit pénal de la période précontractuelle**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007.
25. Mireille Bacache, **La recodification des principes classiques**, LA SEMAINE JURIDIQUE "Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile Observations et propositions de modifications", Lexis Nexis, JUILLET 2016. https://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2017/04/sjg1699.pdf
26. Olivier Deshayes, **Les effets du contrat entre parties, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats ; du régime général et de la preuve des obligations-,** Observations et propositions de modifications, La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 21, LexisNexis , 25 mai 2015.
27. Paul Alain FORIERS, **L'OBJET ET LA CAUSE DU CONTRAT**, Conférences « Les obligations contractuelles », Editions du jeune barreau, Bruxelles, 1984.
28. Philippe Stoffel-Munck, **La singularité de la responsabilité contractuelle**, LA SEMAINE JURIDIQUE "Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile Observations et propositions de modifications", Lexis Nexis, JUILLET 2016. https://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2017/04/sjg1699.pdf

29. Romain BOFFA, **La validité du contrat en droit français**, Séminaire tenu à la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, Liban, du 22 février au 2 mars 2017.
30. Rose-Noëlle SCHÜTZ, **Le nouveau droit français des contrats**, Séminaire tenu à la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, Liban, du 22 février au 2 mars 2017.
31. _____, **La conclusion du contrat en droit français**, Colloque La Réforme du droit des contrats en France : regards croisés franco-libanais, organisé par la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik, Liban, 11 mars 2016.
32. Sarah Bros, **Les sanctions de l'article 1170 du code civil**, Cycle de conférences : La substance de l'obligation essentielle, 13 mai 2024, Cour de cassation, Grand' chambre, bjda.fr 2024, n° 94, p 05.
33. Yves-Marie Laithier, **La distinction entre " intérêt positif " et " intérêt négatif " à l'épreuve des avant-contrats**, communication présentée lors de journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », organiser par Centre de recherche en droit privé et sciences criminelles d'Amiens (CEPRISCA) et le Master II «Droit privé approfondi», le 04 Avril 2007.

G- Jurisprudences :

a) Jurisprudence du Conseil d'Etat Français :

- Décision n° 59928. Conseil d'Etat le 30 Mars 1916, sur :
https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETAEXT000007629465/

b) Jurisprudence de la cour de cassation Française :

1. Cass. Civ. 19 janvier 1977. DALLOZ. 1977. P 593. NOTE. JOANNA-SCHMIDT.
2. Cass. Com, 04 octobre 1982, Juris-Data : 1982-702028.
3. Cass. com. 9 November 1987, n°86-13.984.
4. Cass. Civ. 1e, 17 mars 1993, RGAT 1193.547.
5. Cass. 1ère civ. 24 Novembre 1993, n°91-18.650.
6. Cass. Com., 05 juillet 1994, N° 92-20.064, Bull. Civ. N° 2, 1994
7. Cass. Civ, 23 Janvier 1996, n° 93-21.414
8. Cass. Civ, 11 Juin 1996, n° 94-18.250
9. Cass.com, 12 janvier 1999, N°96-14604.
10. Civ. 1re, 26 janvier 1999, n°96-21192.
11. Cass.1e Civ, 30 mai 2000, Bull. Civ. I, n°169, p.109
12. Cass.1e Civ., 3 avril 2002, D.2002., p 1880.
13. Cass. com. 26 Novembre 2003, D. 2004, Juris-Data. p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne.
14. Cass. Com. 26 Novembre 2003, N° 00-10.243 et N° 00-10.949.
15. Cass. Civ. 3eme, 8 février 2006, N° 05-10.724, Bull. Civ. N° 3, 2006.
16. Cass. Com. 29 juin 2010, n°09-67.369

17. Cass. 3ème civ. 16 juin 2011, Bull. civ. III, n° 103
18. Cass. Civ. 1ere, 11 septembre 2013, N° 12-20844.
19. Cass. Ch. mixte, 7 février 2014, n° 12-85107.
20. Cass. Com. 26 avril 2017, n° 15-23239
21. Cass. civ. 1re 13 mars 2019, n°17-23169
22. Cass. civ. 3e 19 November 2020, n°19-20405
23. Cass. civ. 1re 30 mars 2022, n°19-17996

c) Discisions de Cours d'Appel Françaises

1. Civ. 1re, 5 juin 1961, Bull. civ. I, n° 289
2. Civ. 3e, 4 février 2016, n° 14-29. 347
3. CA Paris, 09 septembre 2022, n°21/01060
4. CA Versailles, 11 Mai 2023, n°22/05486
5. CA Riom, 16 Janvier 2024, n°22/00475
6. CA Amiens, 14 mars 2024, n°23/02271

H- Les sites :

1. Arnaud Magerand, « **La nouvelle obligation d'information précontractuelle** », Le 10/03/2017, pp 4-5. Publier sur le lien : http://www.tribune-assurance.fr/article/6795 Visité 28/05/2023.
2. Aurélien Bamdé, « **La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public** », Publier le 28 Février 2017, sur : https://aurelienbamde.com/2017/02/28/la-liceite-du-contenu-du-contrat-ou-la-conformite-de-ses-stipulations-et-de-son-but-a-lordre-public/ Visité le 20/05/2024.
3. _____, « **L'exigence de détermination du prix et la réforme des obligations** », Publier le 13 Mars 2017, sur : https://aurelienbamde.com/2017/03/13/lexigence-de-determination-du-prix-et-la-reforme-des-obligations/. Visité le 31/10/2024.
4. Cécile Delforge, « **Conditions générales et clauses abusives** », publier en 2018 sur : https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/222529/1 .Visité le 09/12/2024.
5. Cédric de Pouzilhac, « **Les clauses soumises à l'article 1170 du code civil** », publier en septembre 2024, sur : https://bjda.fr/wp-content/uploads/2024/09/gt68kiHY14_ART_1.pdf Visité le 04/12/2024.
6. Clément François, « **Présentation des articles 1162 à 1171 de la nouvelle sous-section 3 « Le contenu du contrat » »,** publier le 30 Mai 2016, sur : https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect3-contenu%20contrat/. Visité le 31/08/2024.
7. Cyril Grimaldi, « **Droit des contrats** », droitdescontrats.fr, année/numéro de mise à jour (ex. 2024/2), sur : https://droitdescontrats.fr/Grimaldi.edit.html. Visité le 25/09/2024.

8. _____, **« Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats »**, publier le 27 Octobre 2016 sur : https://www.actu-juridique.fr/civil/les-limites-a-la-libre-determination-du-contenu-du-contrat-dans-le-nouveau-droit-des-contrats/. Visité le 09/12/2024.
9. Daniel Mainguy, **« Droit des contrats - Des cours de licence –** », Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1, 2022-2023. https://data.over-blog-kiwi.com/0/93/50/08/20231108/ob_f07406_droit-des-contrats-pr-mainguy-eds-l2-g.pdf Visité le 09/12/2024.
10. Denis Mazeaud, **« L'arrêt canal « moins » ? »**, publier en 2010 sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/06_2016/denis.pdf . Visité le 12/01/2025.
11. _____, **« La réforme du droit des contrats »**, publier le 14 Mars 2010, sur : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/315_mazeaud.pdf. Visité le 22/05/2024.
12. _____, **« Les réformes du droit français de la responsabilité civile »**, publier en janvier 2016, sur : https://dspace.uni.lodz.pl/bitstream/handle/11089/39101/13-32_Mazeaud.pdf?sequence=1&isAllowed=y .Visité le 02/11/2023.
13. _____, **« Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins... ? »** Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2012, p 02. sur : https://actu.dalloz-etudiant.fr›OCTOBRE_2012 . Visité le 04/05/2024.
14. Dimitri Meunier, **« L'application de la théorie de l'imprévision »**, publier le 01 Juin 2022 sur : https://blog.acpformation.fr/2022/06/01/lapplication-de-la-theorie-de-limprevision/ .Visité le 03/01/2025.
15. Discours de M. Jacques Chirac Président de la République, sur le code civil, la **«modernisation du droit civil »**, notamment le droit des obligations, l'effort de codification et de simplification des droits français et communautaires et le rayonnement du droit français à l'étranger, le 11 Mars 2004 sur : https://www.vie-publique.fr/discours/148887-discours-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-sur-le-code-c .visité le 11/09 2021.
16. Elodie Garoux, **« L'ARTICLE 1163 DU CODE CIVIL : LA CONSÉCRATION LÉGALE DE L'INDÉTERMINATION DU PRIX ? »,** publier Le 16 Juillet 2021, sur : https://www.village-justice.com/articles/article-1163-code-civil-consecration-legale-indetermination-prix,39689.html Visité le 31/10/2024.
17. François Chénedé, **« De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité »**. Droit et philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey, publier en 2012. Sur : https://shs.hal.science/halshs-01071905 . Visité le 04/05/2024.
18. François DIESSE, **« Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat »**, publier par APD en1999. Sur : http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/71.pdf . Visité le 04/05/2024.
19. Guillaume Mallen, **« RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS : FOCUS SUR LA DÉTERMINATION UNILATÉRALE DU PRIX (ARTICLES 1164**

ET 1165 NOUVEAUX) », publier le 06 Juin 2016, sur : https://www.village-justice.com/articles/Reforme-droit-des-obligations,22339.html. Visité le 31/10/2024.

20. Hélène Hoepffner et Marion Ubaud-Bergeron, **« La théorie de l'imprévision : retour vers le futur »**, publier en 2022 sur : https://fad4.ubordeaux.fr/pluginfile.php/1985656/mod_folder/content/0/La%20th%C3%A9orie%20de%20limpr%C3%A9vision%20AJDA%202022%20Retour%20vers%20le%20futrur.%20pd .Visité le 03/01/2025.
21. Jean-François Germain, Yannick Ninane et Jean Van Zuylen, **« La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles »**, publier en 2013 sur : http://hdl.handle.net/2078.3/124980 .Visité le 03/01/2024.
22. Jean-Pascal CHAZAL, **« Violence économique ou abus de faiblesse ? »**, Publier le 26 novembre 2014, sur : https://cadra.fr/wpcontent/uploads/Violence_economique_droit_et_patrimoine_2014.pdf . Visité le 22/07/2024
23. Julie Parmentier, **« L'indemnisation de la perte de chance en cas de rupture abusive des pourparlers »**, Bulletin des arrêts de la Cour d'appel de Lyon [En ligne], 4 | 2013, Le 18 février 2014, sur : https://publicationsprairial.fr/bacaly/index.php?id=1209 Consulté le 04 mai 2024.
24. Lhaut Nicolas, **« La théorie de l'imprévision : première approche de l'article 5.77 du nouveau code civil Belge »**, publier en 2020 sur : http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:24417 . visité le 07 01 2025.
25. Maud Manon et Isabelle Eid, **« La théorie de l'imprévision du projet d'ordonnance portant réforme du Code civil »**, publier le 8 juillet 2015 sur : https://www.cercle-montesquieu.fr/global/gene/link.php?doc_id=529&fg=1 . visité le 07/01/2025.
26. Maxime BIZEAU, **« L'arrêt Huard du 3 Novembre 1992 »**, publier le 02 Décembre 2019 sur : https://fiches-droit.com/arret-huard .visité le 07/01/2025.
27. Mustapha Mekki, **« La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 »**, publier en septembre 2015, sur : https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf. visité le 25/11/2023
28. _____, **« La formation du contrat et la réforme du droit des obligations Entre vices et vertus »**, septembre 2015, p 3, sur : https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/formation-du-contrat-S%C3%A9oul.pdf visité le 28/09/2023.
29. _____, **« Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile »**, publier en juin 2016, sur : https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/06/redaction-definitive.pdf. visité le 07/01/2023
30. _____, **« Le contrat : entre liberté et solidarité »**, Collège de France, sur : https://books.openedition.org/cdf/5199?lang=fr. visité le 20/12/2023.
31. _____, **« Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? »,** (1re partie – Le contrat) sur : https://mustaphamekki.openum.ca › 2016/12 .visité le 21/09/2023.

32. Nicolas DISSAUX et Christophe JAMIN, « **Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016) – commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil-»,** Editions Dalloz, 2015. Sur : https://memoiredudroit.fr/fr/droit-moderne-xx-xxie-siecles/8581-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-du-regime-general-et-de-la-preuve-des-obligations-rendu-public-le25fevrier-2015-.html . visité le 04/05/2024.
33. Pierre SIAMER, « **Le préjudice économique résultant d'une perte de chance** », publier le 11 octobre 2018. sur : https://www.cnejge.org/sites/default/files/documents/public/p.siamer_perte_de_chance.pdf . visité le 04/05/2024.
34. Salma Laachir, « **L'introduction de l'abus de dépendance en tant que vice de violence en droit commun** », publier en 2017, sur : https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01653388. Visité le 20/05/2024.

I- Les Rapportes :

1. Alain Ghozi, Effet des conventions, **Interprétation, Qualification (art. 1134 à 1143)** , AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, sous la direction de Pierre Catala. https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
2. Jean Hauser, Guillaume Wicker, **Validité – Capacité et pouvoir (art. 1116 à 1120-2),** AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, sous la direction de Pierre Catala. https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf
3. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016.
4. Yves Lequette, Grégoire Loiseau et Yves-Marie Serinet, **Validité du contrat – Consentement (art. 1108 à 1115-1),** AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, sous la direction de Pierre Catala. https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	**1**
الباب الأول: انسحاب العدالة التعاقدية على مرحلة المفاوضات	**18**
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمفاوضات	**20**
المبحث الأول: ماهية المفاوضات في العقود	**21**
المطلب الأول: مفهوم التفاوض	**21**
الفرع الأول: تعريف المفاوضات	**21**
الفرع الثاني: خصائص المفاوضات	**23**
أولا: خاصية الشمولية (النطاق)	**23**
ثانيا: التفاوض عدالة خاصة	**24**
ثالثا: احتمالية نتائج المفاوضات	**25**
المطلب الثاني: طرق تسيير المفاوضات	**26**
الفرع الأوّل: التفاوض الحرّ	**26**
أولا: الطّبيعة القانونية للتفاوض الحرّ	**27**
ثانيا: المسؤولية النّاشئة عن التفاوض الحر	**29**
الفرع الثاني: تفاوض اتفاقي (تعاقدي)	**30**
أولا: مفهوم اتفاق التفاوض	**31**
1- تعريف اتفاق التفاوض	**31**
أ – التعريف الفقهي لاتفاق التفاوض	**31**
ب- التعريف القانوني لاتفاق التفاوض	**32**
2- أركان اتفاق التفاوض	**32**
أ- ركن التراضي في اتفاق التفاوض	**33**
ب- السبب في اتفاق التفاوض	**33**
ج- المحل في اتفاق التفاوض	**34**
د- الأهلية المطلوبة في اتفاق التفاوض	**36**

3- خصائص اتفاق التفاوض	**37**
أ- اتفاق التفاوض عقد رضائي	**37**
ب- اتفاق التفاوض عقد مؤقت	**38**
ج- اتفاق التفاوض عقد تمهيدي	**39**
ثانيا: آثار اتفاق التفاوض	**39**
1- الالتزامات الناشئة عن اتفاق التفاوض	**40**
أ- الالتزام ببدء المفاوضات	**40**
ب- الالتزام بمواصلة التفاوض	**42**
ج- الالتزام بالتفاوض بحسن نية	**43**
2- الطبيعة القانونية للالتزامات الناشئة عن اتفاق التفاوض	**44**
المبحث الثاني: التصرفات المبرمة في مرحلة المفاوضات	**46**
المطلب الأول: خطابات النوايا	**46**
الفرع الأوّل: ماهية خطابات النوايا	**47**
أولا: مفهوم خطابات النوايا	**47**
1- نشأة خطابات النوايا	**47**
2- تعريف خطابات النوايا	**48**
ثانيا: أنواع خطابات النوايا	**50**
1- الخطابات المتضمنة التعبير عن الاهتمام	**50**
2- الخطابات المتضمنة الدعوة إلى التعاقد	**51**
3- خطابات البدء في التفاوض	**52**
4- خطابات تحديد النقاط المتفق عليها في المفاوضات	**52**
5- خطاب الاتفاق المبدئي الحر	**53**
ثالثا: تمييز خطابات النوايا عن المفاهيم المجاورة	**54**
1- تمييز خطاب النية عن اتفاق التفاوض	**54**
2- تمييز خطاب النية عن البرتوكول الاتفاقي	**56**

3- تمييز خطاب النية عن الاتفاق الأدبي أو التعهد الشرفي	**56**
الفرع الثاني: القيمة القانونية لخطابات النوايا	**58**
أولا: صياغة خطابات النوايا	**58**
1- مفهوم الصياغة	**58**
أ- تعريف الصياغة	**58**
ب- أنواع الصياغة في خطابات النوايا	**59**
2- المراحل التي تمرّ بها الصياغة	**62**
أ- مرحلة الإعداد والتحضير	**63**
ب- مرحلة المراجعة	**63**
ج- مرحلة الكتابة النهائية	**64**
ثانيا: تأثير الصياغة على القيمة القانونية لخطابات النوايا	**64**
1- التحديد الإرادي للقيمة القانونية لخطابات النوايا	**64**
أ- خطابات النوايا غير الملزمة	**65**
ب- خطابات النوايا ذات الطابع الإلزامي	**67**
2- قيمة خطابات النوايا من منظور القانون الواجب التطبيق	**68**
أ- قيمة خطابات النوايا في أنظمة القانون الأنجلوسكسونية	**69**
ب- قيمة خطابات النوايا في القانون الفرنسي	**70**
المطلب الثاني: الاتفاقات الناشئة عن المفاوضات والمقيّدة من حريّة التعاقد	**71**
الفرع الأول: الوعد بالتفضيل	**71**
أولا: مفهوم الوعد بالتفضيل	**72**
1- تعريف الوعد بالتفضيل	**72**
2- شروط الوعد بالتفضيل	**73**
أ- الشروط الموضوعية	**73**
أ1- التراضي في الوعد بالتفضيل	**74**

أ2- المحل والسبب في الوعد بالتفضيل	**74**
أ3- الأهلية المطلوبة في الوعد بالتفضيل	**75**
أ4- المدّة الزمنية في الوعد بالتفضيل	**75**
ب- الشروط الشكلية للوعد بالتفضيل	**76**
3- أهمية الوعد بالتفضيل	**76**
ثانيا: آثار الوعد بالتفضيل	**77**
1- آثار الوعد بالتفضيل بالنسبة للواعد	**77**
2- آثار الوعد بالتفضيل بالنسبة للمستفيد	**78**
3- آثار الوعد بالتفضيل بالنسبة للغير (ممارسة الدعوى الاستفهامية)	**79**
الفرع الثاني: الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**81**
أولا: مفهوم الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**82**
1- تعريف الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**82**
2- شروط الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**84**
أ- الشروط الموضوعية للوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**84**
أ1- الأهلية المشترطة في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**85**
أ2- المدّة الزمنية في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**85**
ب- شرط الشكلية في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**86**
3- الوعد بالتعاقد أحادي الجانب والإيجاب الملزم	**87**
ثانيا: آثار الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد	**88**
1- آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الرغبة	**89**
2- آثار الوعد بالتعاقد بعد إبداء الرغبة	**90**
أ- الاتجاه الرافض للتنفيذ الجبري للعقود التمهيدية	**91**
ب- الاتجاه المؤيّد للتنفيذ الجبري للعقود التمهيدية	**92**
الفصل الثاني: ضمانات العدالة التعاقدية في مرحلة المفاوضات	**94**
المبحث الأول: المبادئ الّتي تحكم المفاوضات	**95**

المطلب الأول: مبدأ حريّة التفاوض	**95**
الفرع الأول: مظاهر الحريّة التعاقدية	**96**
أولًا: حريّة إنشاء الالتزام العقدي من عدمه	**96**
ثانيًا: حريّة اختيار المتعاقد معه	**98**
ثالثًا: حريّة تحديد مضمون العقد وشكله	**100**
الفرع الثاني: حدود حريّة التعاقد	**102**
أولا: القانون كضابط لحرية التعاقد	**102**
ثانيا: ملازمة النظام العام للحرية العقدية	**105**
المطلب الثاني: مبدأ حسن النيّة في مرحلة المفاوضات	**109**
الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النيّة في حقل العقود	**109**
أولًا: تعريف مبدأ حسن النيّة	**110**
1- الخصائص المميزة لحسن النيّة في حقل العقود	**112**
أ- حسن النيّة ذو طبيعة ذاتية	**112**
ب- حسن النيّة موقف عمدي	**113**
ج- مبدأ حسن النية ذو أصل أخلاقي	**113**
د- حسن النيّة لا يمكن تقديره بمعزل عن عنصره النفسي	**113**
2- معايير تقييم حسن النيّة في التصرفات القانونية	**114**
أ- المعيار الذاتي لتقييم حسن النيّة في التصرفات القانونية	**114**
ب- المعيار الموضوعي لتقييم حسن النيّة في التصرفات القانونية	**114**
ثانيًا: الأوجه المختلفة لمبدأ حسن النيّة	**115**
1- واجب الإخلاص في التعامل	**116**
2- واجب التعاون بين الأطراف	**118**
3- واجب التضامن مع الطرف المتعاقد معه	**119**
الفرع الثاني: مظاهر التفاوض بسوء نيّة	**122**
أولاً: التفاوض دون وجود نيّة التعاقد	**122**

1- التفاوض بنيّة التجسس على الطرف الآخر	**123**
2- التفاوض بنيّة تفويت فرصة التعاقد مع الغير	**123**
ثانيًا: القطع التعسفي للمفاوضات	**124**
ثالثا: إجراء مفاوضات موازية	**126**
1- حالة اشتراط حصريّة التفاوض	**127**
2- بلوغ المفاوضات مرحلة إبرام العقد	**128**
المطلب الثالث: مبدأ الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات	**130**
الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام	**130**
أولا: مبررات نشأة الالتزام بالإعلام	**131**
1- نشأة الالتزام بالإعلام في القانون الفرنسي	**131**
2- حاجة القانون لمبدأ الالتزام بالإعلام	**133**
أ- دواعي سنّ الالتزام بالإعلام في التشريعات الخاصة	**133**
ب- خصوصيّة الالتزام بالإعلام في القانون المدني	**135**
ثانيا: نطاق الالتزام بالإعلام من منظور المادة 1112-1	**137**
1- طبيعة المعلومات الواجب الإدلاء بها	**137**
أ- تعلّق المعلومات بمضمون العقد أو صفة الأطراف	**138**
ب- شروط قيام الالتزام بالإعلام	**139**
2- المعلومات المستثناة من واجب الإعلام	**141**
الفرع الثاني: الآثار الناشئة عن الالتزام بالإعلام	**142**
أولا: حقوق الدائن بالالتزام بالإعلام عند الإخلال به	**142**
1- عبء الإثبات	**143**
2- المطالبة بالتعويض	**144**
3- إبطال العقد	**145**
ثانيا: الواجبات المترتبة على عاتق الدّائن بالالتزام بالإعلام	**145**
1- واجب الاستعلام	**146**

2- واجب الالتزام بالسريّة	**147**
أ- طبيعة المعلومات التي يطغى عليها طابع السريّة	**148**
ب- نطاق المعلومات المشمولة بطابع السريّة	**150**
ب1- النطاق الشخصي	**150**
ب2- النطاق الزمني	**151**
المبحث الثاني: المسؤولية المدنية النّاشئة عن مرحلة المفاوضات	**152**
المطلب الأوّل: شروط قيام المسؤولية في مرحلة المفاوضات	**152**
الفرع الأول: مرحلة المفاوضات كمصدر للمسؤولية التقصيرية	**152**
أولا: الضرر	**153**
1- الضرر المادي (الاقتصادي)	**153**
2- الضرر المعنوي	**155**
ثانيا: الخطأ قبل التعاقدي	**155**
ثالثا: العلاقة السببية	**157**
الفرع الثاني: مرحلة المفاوضات كمصدر للمسؤولية العقدية	**158**
أولا: وجود اتفاق التفاوض	**159**
ثانيًا: عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي	**160**
ثالثا: الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام	**163**
رابعًا: مدى الاعتداد بالعلاقة السببية في المسؤولية التعاقدية	**165**
الفرع الثالث: لمحة عن مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية في المنظومة الفرنسية	**166**
أولا: إعادة تنظيم قواعد المسؤولية في المشروع	**167**
ثانيا: مضمون الجانب الموضوعي لمشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية	**170**
1- الأحكام المشتركة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية خارج العقد	**170**
أ- الضرر القابل للإصلاح	**170**

ب- العلاقة السببية	**172**
2- الأحكام المتعلّقة بالشرط الثالث في المسؤولية بنوعيها	**174**
أ- عنصر الخطأ بالنسبة للمسؤولية خارج العقد	**175**
ب- عدم تنفيذ الالتزام بالنسبة للمسؤولية العقدية	**175**
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على قيام المسؤولية في المفاوضات	**177**
الفرع الأول: مدى إمكانية إعمال التنفيذ العيني	**178**
الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل (التعويض)	**180**
أوّلا: التعويض الاتفاقي	**181**
ثانيًا: التعويض القضائي	**182**
1- معايير تقدير قيمة التعويض عن الضرر في مرحلة المفاوضات	**182**
أ- المراحل المتقدّمة التي بلغتها المفاوضات	**182**
ب- سلوكيات الأطراف المتفاوضة	**184**
2- الأضرار التي يشملها التعويض في مرحلة المفاوضات	**187**
أ- التعويض عن نفقات التفاوض	**187**
ب- التعويض عن ضياع الوقت	**189**
ج- التعويض عن الفرص الضائعة	**190**
د- التعويض عن الضرر المعنوي	**193**
الباب الثاني: العدالة التعاقدية كأساس لبناء العلاقة العقدية	**196**
الفصل الأول: أثر العدالة التعاقدية على إعادة النظر في أركان العقد	**197**
المبحث الأوّل: الأركان الثّابتة لقيام العقد	**198**
المطلب الأوّل: ركن التراضي	**198**
الفرع الأول: تأطير مبدأ الرضائية في العقود	**198**
أولا: أحكام ارتباط الإيجاب بالقبول	**200**
1- الإيجاب	**200**
2- القبول	**203**

ثانيا: نزع صفة المبدأ العام عن مبدأ الرضائية	**206**
ثالثا: مسألة الخلط بين وجود الرضا وصحّته	**207**
الفرع الثاني: عيوب الإرادة بين الأصالة والتجديد	**208**
أولا: مفهوم الإكراه الاقتصادي	**213**
ثانيا: شروط التمسّك بعيب الإكراه الاقتصادي	**218**
1- وجود حالة التبعية	**218**
2- الاستغلال التعسّفي لحالة التبعية	**219**
3- تحقيق ميزة مفرطة	**220**
ثالثا: الأثر المترتّب على ثبوت عيب الإكراه الاقتصادي في العقد	**221**
المطلب الثاني: أحكام الأهلية في التعاقد	**223**
الفرع الأول: تعاقد الشخص أصالة عن نفسه	**223**
أولا: التفرقة بين أهلية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي	**223**
1- أهلية الشخص الطبيعي	**224**
3- أهلية الشخص المعنوي	**224**
ثانيا: حكم تعاقد القاصر والمحجور عليه	**225**
1- التمسّك بالبطلان	**227**
2- حالات تفادي البطلان	**229**
الفرع الثاني: تعاقد الشخص نيابة عن غيره	**231**
أولا: النيابة في التعاقد بشكل عام	**231**
1- تعريف النيابة	**232**
2- أنواع النيابة	**233**
أ- النيابة الكاملة	**233**
ب- النيابة غير المكتملة	**234**
ثانيا: آثار النيابة في التعاقد	**234**
1- حدود صلاحيات النّائب	**235**

2- حكم تجاوز النائب لسلطاته أو التصرّف من دون نيابة	**236**
3- النيابة وتضارب المصالح	**240**
المبحث الثاني: "مضمون العقد" الركن الجديد لقيام العقد	**241**
المطلب الأول: أسباب ومبررات التخلّي عن ركني المحل والسبب	**241**
الفرع الأول: نظرية السبب في القانون المدني الفرنسي	**242**
أولا: النظرية التقليدية في السبب	**243**
ثانيا: النظرية الحديثة في السبب	**244**
ثالثا: موقف المشرّع المدني الفرنسي	**245**
1- ضرورة وجود سبب للالتزام	**247**
2- صحّة السبب	**247**
3- مشروعيّة السبب	**248**
فرع الثاني: المحل في القانون المدني الفرنسي	**248**
أولا: مفهوم ركن المحل	**249**
ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحل	**251**
1- شرط الوجود	**251**
2- شرط التعيين	**252**
3- شرط الإمكان	**254**
4- شرط المشروعيّة	**255**
الفرع الثالث: الإشكالات التي يثيرها ركني المحل والسبب	**256**
أولا: الغموض الذي يكتنف السبب	**257**
ثانيا: تداخل السبب مع المحل	**259**
ثالثا: تجاهل التشريعات المقارنة لركني المحل والسبب	**260**
المطلب الثاني: فحص ركن مضمون العقد	**262**
الفرع الأول: مفهوم مضمون العقد	**263**
أولا: تعريف مضمون العقد في القانون الفرنسي	**263**

ثانيا: تعريف مضمون العقد في التشريع المقارن	**265**
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في ركن " مضمون العقد "	**267**
أولا: شرط مشروعية مضمون العقد	**268**
1- وسائل الرقابة على مشروعية العقد	**269**
أ- النظام العام	**269**
ب- الآداب العامّة	**271**
2- العناصر التي تستهدفها الرقابة (المشروعيّة)	**272**
أ- مشروعيّة شروط العقد	**273**
ب- مشروعية هدف العقد	**274**
ثانيا: شرط المضمون المؤكّد	**275**
1- طرق تعيين الأداء النقدي	**277**
أ- معايير تعيين الأداء النقدي	**278**
ب- تحديد الأداء النقدي من جانب واحد	**280**
2- الرقابة على تحديد الأداء النقدي	**282**
أ- آلية تبرير التعيين الأحادي الجانب للأداء النّقدي	**282**
ب- الجزاءات المترتّبة على ثبوت حالة التعسّف في تحديد الأداء النقدي	**283**
الفصل الثاني: معيارية العدالة التعاقدية في إعادة التوازن إلى العقد	**286**
المبحث الأول: اختلال التوازن العقدي النّاشئ عن العقد ذاته	**287**
المطلب الأول: تأطير الشروط التعسفيّة في عقد الإذعان	**287**
الفرع الأول: شروط تطبيق نص المادة 1171 من القانون المدني	**288**
أولا: حصر نطاق تطبيق المادة 1171 على عقد الإذعان	**288**
1- سلطة تكييف العقد	**289**
2- الحدّ الفاصل بين اختصاص القانون المدني والتشريعات الخاصة	**291**
ثانيا: الشروط التعسفية المستهدفة بنص المادة 1171	**293**

1- مفهوم الشرط التعسفي	**294**
2- المبدأ والاستثناء	**295**
الفرع الثاني: أثر تطبيق نص المادة 1171 من القانون المدني على النّزاع	**300**
أولا: امكانية تطبيق المادة 1171 على النزاعات المحكومة بنصوص التشريعات الخاصة	**300**
ثانيا: الجزاء المترتب على تطبيق نص المادة 1171	**302**
1- مفهوم اعتبار الشرط التعسّفي غير مكتوب	**302**
2- تقادم دعوى إلغاء الشرط التعسفي في عقد الإذعان	**304**
المطلب الثاني: البحث عن عدالة تعاقدية أكثر فعالية في باقي العقود	**306**
الفرع الأول: ماهية الالتزام الأساسي في العقد	**306**
أولا: نشأة وتطوّر مصطلح الالتزام الأساسي في العقد	**307**
ثانيا: مفهوم الالتزام الأساسي	**308**
ثالثا: اشكالية تحديد الالتزام الأساسي في العقد	**310**
الفرع الثاني: أثر استحداث نص المادة 1170 في القانون المدني الفرنسي	**311**
أولا: نطاق تطبيق نص المادة 1170 من القانون المدني الفرنسي	**312**
1- النّطاق الموضوعي لتطبيق نص المادة 1170	**312**
2- النّطاق الزمني لتطبيق نص المادة 1170	**313**
ثانيا: تطبيقات الرقابة على الشروط التي تفرغ الالتزام الأساسي من مضمونه	**314**
1- شروط الحدّ من المسؤولية أو الإعفاء منها	**314**
2- بنود التنازل عن بعض الحقوق	**315**
3- بنود نقل الالتزامات من طرف لآخر	**317**
4- البنود ذات الصلة بالقوة القاهرة	**318**

المبحث الثاني: اختلال التوازن العقدي الخارج عن العقد (نظرية الظروف الطارئة)	**321**
المطلب الأول: واقع نظرية الظروف الطارئة قبل إصلاح 2016	**322**
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة	**322**
أولا: رفض نظرية الظروف الطارئة في القضاء العادي	**322**
1- وقائع قضيّة "Canal de Carponne"	**323**
2- الأساس القانوني لحكم "Canal de Carponne"	**324**
ثانيا: تكريس نظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري	**325**
1- وقائع قضيّة "Gaz de Bordeaux"	**326**
2- شروط الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري	**327**
أ- طبيعة الظرف الطارئ	**328**
ب- تأثير الظرف الطارئ على توازن العقد	**329**
الفرع الثاني: كيفية التعامل مع الوضع في ظلّ رفض الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة	**330**
أولا: التنظيم الإرادي لنظرية الظروف الطارئة في العقد	**330**
ثانيا: بداية التحوّل التدريجي لموقف القضاء تجاه نظرية الظروف الطارئة	**332**
المطلب الثاني: تكريس نظرية الظروف الطارئة بموجب إصلاح قانون العقود	**334**
الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطّارئة من منظور المادة 1195	**336**
أولا: شرط الظرف الاستثنائي غير المتوقّع	**337**
ثانيا: شرط الإرهاق	**338**
ثالثا: التزام الطرف ضحيّة تغيّر الظروف بالاستمرار في تنفيذ العقد	**338**
الفرع الثاني: الحلول التي يجسّدها المشرّع بنص المادة 1195	**339**

أولا: الحل الودّي	**339**
ثانيا: الحل القضائي	**340**
1- الشروط الخاصّة لتطبيق نظريّة الظروف الطّارئة في القضاء الفرنسي	**340**
أ- التحقق من قائمة المخاطر	**341**
ب- المدّة الزمنية الفاصلة بين الحلّ الودّي والتدخّل القضائي	**342**
2- سلطات القاضي في إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة	**344**
أ- المراجعة القضائية للعقد	**345**
أ1- كيفية سير المراجعة القضائية	**345**
أ2- أهداف المراجعة القضائية	**346**
ب- الإنهاء القضائي للعلاقة العقدية	**347**
الخاتمة	**351**
قائمة المراجع	**359**
الفهرس	**384**

الملخص:

إنّ الأهميّة التي أولاها المشرّع الفرنسي للعدالة التعاقدية تلقي بظلالها على نصوص القانون المدني في شقّه الخاص بنظرية العقد، إذ عمل على تمديد هاته العدالة لتشمل مرحلة المفاوضات، من خلال تناوله ولأوّل مرّة المبادئ التي تحكم هاته الأخيرة، والتي تمثّلت في مبدأ حريّة التفاوض وهو أوّل المبادئ المستحدثة، رفقة مبدأ الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي الذي استلهمه من التشريعات الخاصّة، دون أن نغفل مبدأ حسن النيّة الذي كان مقتصرًا على مرحلة التنفيذ بمقتضى القانون المدني قبل التعديل، كما رتّب على الإخلال بهاته المبادئ مسؤولية مدنية في حقّ الطرف المُخلّ، وقد اعتبر المشرّع هاته المسؤولية من طبيعة عقدية إذا تمّ تنظيم المفاوضات بموجب اتفاق صريح، وعدا ذلك تكون المسؤولية خارج العقد.

كما عكف المشرّع المدني على إعادة النّظر في أركان العقد، وأبرز ما ميّز ذلك تخلّيه عن ركني المحل والسبب والاستعاضة عنهما بمضمون العقد، خطوة تصبّ في خانة العدالة التعاقدية بتحوله من المذهب الشخصي إلى المذهب المادي، وتبنّيه الاكراه الاقتصادي ضمن نظرية عيوب الإرادة، هذا وقد عمل على تحقيق أكبر قدر من التوازن العقدي من خلال محاربته الشروط التعسّفية في العقد، فضلًا عن تبنّيه نظرية الظروف الطّارئة بعد القطيعة بينه وبينها لعقود من الزمن.

الكلمات المفتاحية: العدالة التعاقدية، القانون المدني الفرنسي، المفاوضات، أركان العقد، التوازن العقدي.

Abstract :

The importance given by the French legislator to contractual justice casts a shadow on the texts of the Civil Code in its section on the theory of contract, as he extended this justice to include the negotiation phase, by addressing for the first time the principles governing the negotiations, which were represented in the principle of freedom of negotiation, the first of the new principles, the principle of the information obligation in the pre-contractual phase, which was inspired from the special legislations, without forgetting the principle of good faith, which was limited to the performance phase under the Civil Code before the amendment, and the breach of these principles incurs civil liability against the breaching party, and the legislator considered this liability to be of a contractual nature if the negotiations are formalized by an explicit agreement, between parties, otherwise the liability is extracontractual.

The civil legislator has also been reconsidering the pillars of the contract, most notably the abandonment of the pillars of object and cause and replacing them with the content of the contract, a move in favor of contractual justice by shifting from the subjective to the materialistic doctrine, and adopting economic violence (duress) within the theory of defects of consent, and achieving the highest degree of contractual balance by prohibiting abusive clauses in the contract and adopting the theory of hardship after decades of estrangement from it.

Keywords: Contractual justice, French civil code, negotiation, pillars of a contract, contractual balance.