

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

محاضرات في تطبيقات العقود الخاصة

(مقرر السنة أولى ماستر - تخصص مهن قانونية وقضائية)

إعداد : د. مخالفة كريم

السنة الدراسية 2017-2018

مقدمة

لم يعد يخفى على أحد الدور الهام والحيوي الذي بات يلعبه العقد (le contrat) في إقامة وضمان العلاقات الإقتصادية بين الأفراد في المجتمعات الحديثة. فالإنسان في حياته اليومية يجد نفسه أمام ضرورة اللجوء إلى آلية العقد من أجل قضاء مصالحه وتأمين متطلباته الحيوية والدخول مع غيره في علاقات إقتصادية أو إجتماعية تضمن ديمومة النشاط الإنساني في مختلف أوجهه.

والأفراد في المجتمعات الحديثة وعلى الرغم من غياب الشعور بذلك نسبيا، فإنهم ينشئون يوميا علاقات قانونية بينهم، تأخذ صورة العقد في غالب الأحيان. فالعقود تمثل الشكل القانوني الأساسي والجوهرية الذي تتجلى به تصرفات الأفراد الإقتصادية والإجتماعية في الحياة المدنية المعاصرة ، سواء كانت بسيطة ك شراء تذكرة السفر، أو اقتناء بعض المواد الغذائية، أو كانت معقدة كإبرام عقود نقل التكنولوجيا، أو إبرام صفقات بيع الأسلحة والمعدات والآلات الصناعية الكبرى الأخرى مثلا. فعلى طريق الآلية التعاقدية إذن يستطيع الأفراد إتمام التبادلات الإقتصادية بينهم سواء تعلق الأمر بتبادل الأشياء (les choses) أو الخدمات (les services) وبهذا المفهوم ، اجتمع الفقه المدني على اعتبار أن العقد هو آلية قانونية لتنفيذ مآرب إقتصادية (le contrat est un mécanisme juridique qui vise à concrétiser des besoins économiques).

والعقد أو الإتفاق من الناحية القانونية، هو أن تتجه إرادتان أو أكثر إلى إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام، أو نقله أو تعديله أو إنهائه. ومعيار التفرقة بين المجاملة والعقد (le contrat et la complaisance) هو القصد، وهو مسألة موضوعية. وقد نصت المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أن العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، وهو التعريف المتطابق مع ما أورده المشرع الفرنسي في تعريف العقد من خلال المادة 1101 من التشريع المدني.

والملاحظ أن التعريف الذي أورده المشرع الجزائري، و إضافة إلى خلطه بين مفهوم العقد ومفهوم الإلتزام، قد تمت ترجمته من النص المحرر باللغة الفرنسية ترجمة مادية حرفية، والذي ينص على مفهوم العقد بالصيغة التالية: (le contrat est une convention, par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose) المادة، اتجهت إلى التفرقة بين العقد والإتفاق (le contrat et la convention) وجعلت العقد منحصرًا على إنشاء الحق فقط على حد تعبيرها (بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما). لذلك تعالت الأصوات في الساحة الحقوقية في الجزائر، على وجوب إعادة النظر في الصياغة الفنية القانونية لهذه المادة لجعلها أكثر دقة من الناحية اللغوية و أوضح دلالة قانونية، وقد اقترح البعض على أن يكون تعريف العقد كما يلي: "العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو القيام بعمل، أو الامتناع عنه ". والعقود الخاصة (les contrats spéciaux) هي أدوات قانونية تسمح للأفراد من إتمام وإنشاء عمليات إقتصادية ضرورية لبقاء و صيرورة حياتهم الإجتماعية. والكلام في هذا الصدد عن العقود الخاصة، يفيد أن كل عملية إقتصادية معينة، تتطابق وتتوافق مع عقد معين دون غيره.

كما أن العقود الخاصة هي العقود التي قررت لها التشريعات أسماء وتكفلت بتوضيح أحكامها عن طريق أنظمة خاصة، وهذا بسبب أهميتها وشيوع إبرامها وانتشارها في المعاملات الإنسانية الحديثة. فالعقد الخاص أو العقد المسمى (le contrat nommé) يخضع في الحقيقة للأحكام التشريعية التي قررها القانون المدني بشأنه، وهي قواعد مكملة لا يتم تنفيذها إلا بعد إتفاق الطرفين على ذلك، و لا تطبق القواعد العامة في نظرية الإلتزام الخاصة بالعقد، إلا إذا لم توجد قواعد خاصة بالعقد محل القانون.

ويجمع الفقه المدني الحديث على الأهمية البالغة والضرورة الملحة، لموضوع تصنيف أو تقسيم العقود الخاصة في الدراسات الحقوقية الحديثة (la classification des contrats spéciaux) وهذا اعتبارًا أن هذه العقود هي الأساس الذي يقوم عليه النشاط الإنساني، بالخصوص كل أنواع الأنشطة الإقتصادية. فالعقود الخاصة هي بمثابة

الأدوات الأساسية التي تسمح بالتبادل الإداري للثروات والخدمات والتي بات نطاق استعمالها يتسع أكثر فأكثر مع تزايد الاحتياجات الاقتصادية توازيا مع التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي تعرفه البشرية في الوقت الراهن، الوضع الذي أدى إلى بروز عقود جديدة على الساحة التعاقدية، استوجبت الضرورة العملية والقانونية وضع إطار يوضح مفهومها ويضبط أحكامها.

و إلى جانب الأهمية العملية لفكرة تصنيف العقود الخاصة، السالفة الشرح، فإن هذه الإشكالية القانونية لا تخلو من الأهمية النظرية، فباستثناء المحاولة التي قام بها الفقيه الفرنسي "بلانيول" (Planiol) مع مطلع القرن الماضي في مقاله المنشور في مجلة النقد والتشريع والقضاء لسنة 1904 (صفحة 470) تحت عنوان "التصنيف المركب للعقود" (classification synthétique des contrats) ومن بعده المؤلف الذي أصدره الباحث الحقوقي الفرنسي "جان فرانسيس أوفرستاك" (J.F Overstake) تحت عنوان "محاولات لتصنيف العقود الخاصة" (Essai de classification des contrats spéciaux) مع بداية الستينات من هذا القرن، فإن الساحة الفقهية الغربية منها و العربية لم تخصص مجالا لبحث وتحليل موضوع بتصنيف العقود الخاصة، رغم أهميته البالغة مثلما سبق توضيحه.

لقد اعتادت الدراسات الفقهية، وكذلك التشريعات الحديثة، ومن بينها القانون المدني الجزائري على التطرق إلى موضوع العقود بحسب الترتيب التقليدي المتعارف عليه منذ وروده في قانون نابليون، وذلك عن طريق توضيح القواعد العامة للعقد (المادة 54 إلى المادة 58 م جزائري)، وطريقة تكوينه (المواد من 59 إلى 98 م جزائري)، وآثاره وطرق زواله (المواد من 99 إلى 123 م جزائري)، وهي النصوص التي تنظم النظرية العامة للعقد، والتي كانت تشير بعض مقتضياتها إلى حالات مختلفة، يتصف العقد في كل منها بأوصاف خاصة (caractéristiques spéciales)، منها مثلا عقود المعاوضة (المادة 58 م ج) أو عقود التبرع، والعقود المحددة (المادة 57 م ج)، أو العقود الاحتمالية (المادة 57 فقرة 2 م ج) ، والعقود الملزمة للجانبية (المادة 55 م ج) ، أو العقود الملزمة لجانب واحد (المادة 56 م ج).

كما لجأ المشرع الجزائري إلى جانب هذا إلى تخصيص عدد من العقود بتنظيم مفصل، وجعلها بذلك تخضع لقواعد دقيقة لا يمكن استنباطها من مضمون النظرية العامة للعقد، والمقصود هنا هو العقود الخاصة أو المسماة (contrats spéciaux ou nommés). وقد اتبع القانون المدني الجزائري الصادر سنة 1975 المعدل والمتمم هذه الطريقة، وذلك بتخصيصه الكتاب الثاني لموضوع الإلتزامات والعقود، خص في الباب الأول منه تحت عنوان مصادر الإلتزام إلى أحكام تمهيدية في القسم الأول، تلتها في القسم الثاني والثالث والرابع إلى شروط العقد وآثاره وطرق انحلاله.

كما خصص التشريع المدني الجزائري الباب الثاني لأثار الإلتزام (المواد من 160 إلى 202 م ج)، والباب السابع للعقود المتعلقة بالملكية (les contrats portant sur la propriété) (المواد من 351 إلى 466 م ج) ، والباب الثامن للعقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء (les contrats relatifs jouissance des choses) (المواد من 467 إلى 548 م ج)، والباب التاسع للعقود الواردة على العمل (les contrats portant sur la prestation de services) (المزاد من 549 إلى 611 م ج) ، والباب العاشر لعقود الغرر (les contrats aléatoires) (المواد من 612 إلى 643 م ج)، والباب الحادي عشر لعقد الكفالة (le cautionnement) (المواد من 644 إلى 673 م ج).

ومفهوم تصنيف العقود تولّد من الحاجة العملية والقانونية لهذه الفكرة، وذلك لكون العقود تتصف في حالات عديدة بأوصاف خاصة، تترتب عليها آثار قانونية خاصة، وبالتالي لا يمكن الاكتفاء بتطبيق القواعد العامة في جميع الحالات، بل يتطلب الأمر إلى التمييز بينها، وتحديد الأوصاف المختلفة لتسهيل عملية تطبيق القاعدة الملأمة، ويظهر ذلك جليا حينما يتم التطرق مثلا إلى عقود المعاوضة أو عقود التبرع، والعقود الشكلية أو العقود الرضائية إلى غير ذلك. كما أن كثرة وتعدد العقود في المجال الاقتصادي للأفراد في المجتمع، وضرورة إعطائها الوصف القانوني الصحيح والدقيق، أي منحها التكيف القانوني اللازم، يستوجب تقسيمها وفرزها، والتطلع بالبحث والتحليل عما يفرقها عن بعضها البعض ، أو على العكس ما يقرب بعضها من بعض، وذلك ليتمكن الدارس من إخضاع النوع الواحد منها إلى قواعد قانونية واحدة. هذه هي الغاية أو الحاجة من

تصنيف العقود، أو إلى تقسيمها إلى زمر ومجموعات تختلف وتتميز عن بعضها البعض.

ويتفق الفقه المدني أن فكرة تقسيم العقود الخاصة، لا تعني أبداً فصل كل عقد على حدة بمفرده عن العقود الأخرى، بل المقصود من ذلك هو وضع تصنيفات ومجموعات من العقود تخضع كل منها إلى اعتبارات مختلفة. وعملية تصنيف أو تقسيم العقود لا بد و أن تستند إلى معايير محددة (critères définis)، و إلا كانت وصفا (une description) أو تفسيراً، مثالها معيار طريقة تكوين العقد، أو معيار مدة تنفيذه، أو معيار الآثار بالنسبة إلى المتعاقدين إلى غير ذلك.

لقد سبقت الإشارة إلى أن الهدف الأساسي من عملية تصنيف العقود الخاصة إنما هو تسهيل تنظيمها وترتيبها وعرضها في التشريعات الحديثة، غير أن هذا الجانب العملي ليس هو الغرض الأساسي من تقسيمها، وذلك أن واقعة كثرة وتعدد هذه التصرفات في الساحة التعاقدية الراهنة، أضحت تخلق مشاكل وصعوبات قانونية مختلفة، منها ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق حال قيام النزاع، كأن يكون القانون المدني، أو القانون التجاري، أو القانون الإداري، ومنها ما يتعلق بتحديد القواعد القانونية العامة المطبقة مثلاً على العقود غير المسماة، أو القواعد الخاصة التي يخضع لها نوع معين من العقود استناداً إلى العملية الإقتصادية المرجو تحقيقها، كما في العقود المسماة، إضافة إلى الوصف القانوني للعقد، وهذا ما يستوجب تحديد نوعه، كأن يكون عقد بعوض، أو بغير عوض، وعقد شكلي أو رضائي. فإيجاد الحلول الناجعة لهذه الصعوبات القانونية، سواء على مستوى تنظيم العقود أو بالنسبة إلى مسائل إنشائها أو تنفيذها، يستوجب تقسيم العقود وتصنيفها تصنيفاً واضحاً يكون مستنداً إلى معايير صحيحة ودقيقة.

من المعروف أن محاولات الفقه التقليدي لتصنيف العقود الخاصة، والتي وردت صورها في قانون نابليون، ارتكزت بصورة أساسية على الجانب الفني في العقد، مثل طريقة تكوينه وتنفيذه، وكذا سبل زواله ومدى آثاره، فكانت معايير التصنيف ذات طابع قانوني مرتبطة بقواعد ونصوص، وليس بأوضاع وأعمال مادية ذات صبغة إقتصادية، على الرغم من أن العقود تصبو في مجموعها إلى تحقيق عمليات إقتصادية في شكل

قانوني، وتتمثل هذه العمليات في التبادل الإرادي للمنافع والخدمات. لذلك اتجه بعض من الفقه إلى وجوب تصنيف العقود الخاصة استنادا إلى معايير إقتصادية (critères économiques de classification)، وهذا بتقسيم العقود إلى معاوضة أو تبرع، وعقود ناقلة لحقوق عينية أو منافع، وعقود ملزمة لجانب واحد أو ملزمة لجانبين إلى غير ذلك...

ويؤكد الواقع العملي أن العقود و غن كانت تعبر عادة على عمليات إقتصادية، فهي قبل كل شيء تصرفات ترتب حقوقا و إلتزامات، أي تصرفات قانونية، إلا أن الأمر الهام الذي يجب الإشارة إليه في هذا الصدد هو عدم إهمال مضمونها المالي . وبهذا التحليل تكون معايير التصنيف إذن وبصورة أساسية ذات طابع قانوني، أو قانوني اقتصادي في عدد من الحالات، كما في عقود المعاوضة والعقود المحددة وغيرها.

و على أساس الاعتبارات المختلفة السابقة، اتجه الفقه الفرنسي القديم إلى تصنيف العقود الخاصة استنادا إلى معايير فنية تقنية، تجلت ملامحها في نصوص القانون المدني الفرنسي القديم، ثم امتدت إلى القانون الحالي، و وصفت بالتقسيمات التقليدية للعقود الخاصة، ومثالها تقسيم العقود إلى رضائية وشكلية، و إلى ملزمة لجانب واحد وملزمة لجانبين، و إلى عقود معاوضة وتبرع، و إلى عقود فورية وزمنية و إلى عقود مسماة وغير مسماة الخ ، إلا أن الانتقادات اللاذعة التي لاحقت النظرية التقليدية، والتي مفادها أن اللجوء إلى تقنيات تكوين العقد وتنفيذه لتصنيف العقود يبقى قاصرا، ولا يمكنه أن تجسد تقسيما عاما يحوي كافة العقود، سمحت ببروز محاولات حديثة انتهجت استعمال معايير أخرى لتصنيف العقود الخاصة، كـمعيار المحل (l'objet) ومعيار السبب (la cause).

و في هذه الدراسة سوف نخوض فكرة تطبيقات العقود الخاصة، في ثلاث فصول، الأول نخصه للمعايير المعتمدة من الفقه المدني التقليدي لتصنيف هذه العقود. أما في الفصل الثاني فنتطرق فيه بالتحليل والدراسة للأسس التي اعتمدها النظرية الحديثة في تصنيف العقود وهي المحل والسبب، مع توضيح موقف التقنين المدني الجزائري من هذه المسألة. أما في الفصل الثالث فسوف نبحت أحكام التفاوض ، و أساليب إبرام وكتابة العقود الخاصة في القانون الجزائري والمقارن.

الفصل الأول

المعايير التقليدية لتصنيف العقود الخاصة

Les critères traditionnels de classification des contrats spéciaux

من المتفق عليه فقها وقانونا أن العقود (les contrats) تختلف عن بعضها

البعض، فهي ليست من صنف واحد بسبب اختلاف مضامينها.

فالعملية القانونية (l'opérations juridique) التي يهدف المتعاقدان تحقيقها أملا

في تجسيد مصلحة إقتصادية تختلف من عقد لآخر، فمنها البيع والإيجار والعارية والرهن والكفالة الخ... فالعقود في تنوعها واختلافها لا يمكن بفعل ذلك إخضاعها إلى عملية

تصنيف واحدة (un mode de classification unique). ولذلك عمد الفقه التقليدي وشرح

القانون المدني الفرنسي القديم إلى محاولات، لإيجاد تصنيفات عديدة يمكنهم من خلالها

إدراج العقود الخاصة في مجموعات عملا بالزاوية التي ينظر منها إليها، وطبقا لقواعد

محددة¹.

ويرى الفقه في غالبته أن عملية تصنيف العقود الخاصة من إختصاص الفقه

وليس التشريع²، والدليل على ذلك بعض التشريعات المدنية، لم تتضمن تصنيفات

للعقود الخاصة مثل التشريع المدني المصري والتشريعين السويسري والألماني، علما و أن

المشعر الفرنسي من جهته لم يبادر في هذا الصدد إلا إلى تصنيف جزئي قسم من خلاله

العقود إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد في المواد 1102 و 1103، وعقود

¹-د: عبد المنعم البدرابي"النظرية العامة للإلتزامات" الجزء الأول - مصادر الإلتزام ، ص 45، مكتبة سيد عبد الله وهبة - 1971 القاهرة .

- أنظر كذلك: د- توفيق حسن فرج "النظرية العامة للإلتزام " الجزء الأول - دار المعرف ، ص42 طبعة 1981 - القاهرة .

²- د: عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" مصادر الإلتزام - المجلد الأول - هامش صفحة 162 - منشورات الحلبي الحقوقية - ط2000 بيروت يقول: "... وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: وقد تعدد المشروع إغفال تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التقنيات اللاتينية النزعة ، لأن العناية بها من شأن الفقه. ولذلك رؤى من الأحوط، أن تهمل في نصوص تشريعية".

محددة عقود إحتماالية في المادة 1104 ، وعقود تبرع ومعاوضة في المواد 1105 و1106 من التشريع المدني .

وتصنف العقود الخاصة باعتباره من العمل الفقهي كقاعدة عامة، يسمح للشرح من إستنباط والتوصل إلى المبادئ العامة التي تحكم كل مجموعة من العقود، فتسهل عملية دراستها وتحليل مضامينها القانونية ، لذلك تجنبت بعض القوانين تضمين بنودها بتصنيفها للعقود مثلما تم ذكره.

والواضح في هذا الصدد أن المشرع الجزائري حذى حذو المشرع الفرنسي في تعريف أصناف العقود في القانون المدني الصادر سنة 1975 المعدل والمتمم، لكن مبادرته هذه لم تشمل كل أصناف العقود ، فقد أهمل بعض منها ، مثل العقود الفورية والعقود الزمنية ، وكذلك العقود البسيطة والعقود المختلطة، وذلك لأن هذه العقود لم تكن واضحة المعالم عند واضعي القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804¹.

و إيماننا منها بالأهمية البالغة لمسألة تقسيم العقود الخاصة، فقد عمدت النظرية التقليدية في عملية التصنيف إلى وضع العديد من المعايير تحسبا منها أن تجمع كل ما تشابه في هذه العقود في مجموعات خاصة، وذلك لتتمكن من توضيح القواعد الأساسية التي تنظم كل مجموعة على حدة، وبالتالي تخصيص عدد من العقود التي تنظم مفصل يجعلها تخضع لقواعد دقيقة لا يمكن إستنتاجها من النظرية العامة للعقد² (la théorie général du contrat).

¹- محمد صبري السعدي "الواضح في شرح القانون المدني" النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة الرابعة، ص50- دار الهدى -2009-الجزائر.

-أنظر كذلك : -ed -Ali Bencheneb « Le droit algérien des contrats » données fondamentales universitaires de Dijon -page 29 -2011- France « ... le code civil distingue d'une part les contrats synallagmatiques des contras unilatéraux, d'autre part les contrats commutatifs des contrats aléatoires et , en troisième lieu les contrats à titre gratuit, il invite à distinguer, enfin les contrats négociables des contrats d'adhésion ... »

²-: لخضر بن عزي"محاضرات في تصنيف العقود" محاضرات أقيمت على طلبة قسم الماجستير ، السنة الدراسية 1985-1986 ، صفحة 1- معهد الحقوق والعلوم الإدارية - جامعة الجزائر.

وسنخوض بالدراسة في هذا الفصل مجمل المعايير التي أعتدها رواد النظرية التقليدية في عملية تصنيف العقود الخاصة، ونحاول تبيان القواعد الأساسية التي تحكم كل مجموعة من هذه العقود.

المبحث الأول

تصنيف العقود الخاصة من حيث مبدأ سلطان الإرادة

La classification des contrats spéciaux sur le critère de l'autonomie de la volonté

تقوم النظرية التقليدية للعقد على مبدأ سلطان الإرادة، ويظهر ذلك واضحا في العديد من القواعد، أهمها أنه لا يلتزم المتعاقدان إلا بإرادتهما، فلا يمكن أن يفرض عليهما إلتزاما، كما لا يجوز أن يفرض أحدهما إلتزاما على غيره، إضافة إلى أن الشخص لا يمكنه الإلتزام بعقد لم يكن طرفا فيه، وأن للمتعاقدان إلى جانب ذلك سلطة إنشاء الإلتزامات التي شاء إنشائها، إعتبارا أن الفرد حر في تصرفاته عملا بالقاعدة العامة التي تقضى بالإباحة¹.

وفي هذا المبحث سنعمد بدراسة وتحليل مبدأ سلطان الإرادة فقها وقانونا وسنتطرق للتقسيمات التي إعتدها الفقه المدني التقليدي للعقود الخاصة على أساس هذا المعيار.

المطلب الأول: المضمون الفقهي والقانوني لمبدأ سلطان الإرادة وتطوره في التشريع المدني الجزائري والمقارن

الفرع الأول: الأساس الفقهي لمبدأ سلطان الإرادة

لقد تأثرت نظرية الإلتزامات (la théorie des obligations) بشكل عام بمذهبين مختلفين: المذهب الفردي، والمذهب الجماعي. وقد ظهر ذلك في أهم مصادر الإلتزام وهو العقد .

¹ - Claude Dupouy – Maurice RESSAYRE : « Précis de droit civil » tome 2 (les obligations) page 63 ed Dunod -1980 France : « ...il en résulte que le contrat a force obligatoire entre les parties elles sont liées, comme elles le seraient si la loi en avait ainsi disposé : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » art 1134/1 code civil » .

فأنصار المذهب الفردي يرون أن الإرادة وحدها هي التي تنشئ العقد ، في حين أن أنصار المذهب الجماعي ينكرون على الإرادة كل هذه الأهمية¹ . وقد أدى مبدأ سلطان الإرادة بحسب أنصار المذهب الفردي إلى التسليم، بأنه تكفي الإرادة وحدها لإنشاء العقد، و لأصحاب الرابطة العقدية الحرية في تعيين الآثار التي تترتب على العقد، ويترتب بالتالي على كفاية الإرادة وحدها، أن الشخص حر في التعاقد ، فيلتزم بما يبرم من عقود، كما هو حر في أن يساوم على شروط العقد، و أوصافه وفي إختيار نوع العقد الذي يريده. وهذا ما عبر عنه بعض شراح القانون الفرنسي بالقول nul ne peut être contraint à contracter avec autrui, s'il ne le désire point , et les parties peuvent fixer à leur gré le contenu du contrat et choisir les clauses qui leur semblent les plus appropriées elles peuvent créer toutes les obligations, qui leurs paraissent conformes à leurs intérêts, pourvu toutefois que ces obligations ne soient pas contraires à l'ordre public, et aux bonnes mœurs, aussi le contrat a une existence juridique par la seule volonté des contractants, sans que celle-ci ait besoin d'être exprimée selon telle ou telle forme imposée par la loi² ... »

ويترتب على حرية الإرادة أن المتعاقدين أحرار في ترتيب الآثار الناجمة عن عقدهم، فيجوز لهم الإتفاق على أحكام تخالف القواعد المفسرة إلى درجة أنه بإمكانهم تكييف عقدهم وتحديد آثاره وفقا لقانون أجنبي. كما يترتب على حرية الإرادة أنه في حال إختلاف المتعاقدين حول آثار العقد، يتعين على القاضي أن يبحث عن نيتهم. ومتى إكتشف هذه النية وجب عليه أن يأخذ بها، ويلزمهم بتنفيذها . وعلى ذلك فإنه ليس للقاضي أن يعدل أو يعفي أحدهم من تنفيذ هذه الإرادة، حتى ولو تغيرت الظروف التي أبرم في ظلها العقد³.

¹ د:أحمد السنهوري- المرجع السابق- صفحة 153.

أنظر كذلك : د- محمد حسنين"الوجيز في نظرية الالتزام" مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - صفحة 13- ديوان المطبوعات الجامعية (O.P.U)1983-الجزائر .

أنظر كذلك: --Anbroise Colin et Henri CAPITANT"traite de droit civil" tome II les obligations - page 307- Librairie DOLLOZ. 1959 France

² Claude Dupouy- Maurice Ressayre- op- cit pages 63 et 64

³ د: لخضر بن عزي:محاضرات في تصنيف العقود" المرجع السابق صفحة 6.

و من المعروف أن الهدف في تنظيم المجتمع بالنسبة للمذهب الفردي ، هو حماية الفرد، ذلك أن المصلحة العامة تقوم على مجموعة الأفراد الذين يتألف منهم المجتمع. وينتج مما تقدم أن إرادة الفرد هي وحدها التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه، و أن القانون يجب أن لا يتدخل في حرية الإرادة، ألا في إتجاهها إلى إنشاء إلتزام ولا في تحديد الآثار التي تنتج عن الإلتزام.¹

وقد توصل علماء الاقتصاد في مرحلة من المراحل، إلى ضرورة تقديس الحرية الإقتصادية (le principe de liberté économique)، بإعتبار أنها تشكل الطريق الوحيد لتحقيق سعادة البشر، وقد أدى انتشار هذه الأفكار إلى تدعيم مبدأ سلطان الإرادة²، فالقانون المدني الفرنسي، الذي صدر في أعقاب الثورة الفرنسية جعل هذا المبدأ حجر زاوية فيما أقره من أحكام تنظيم العقد.

الفرع الثاني : التطور القانوني لمبدأ سلطان الإرادة

لقد عرف مبدأ سلطان الإرادة إنتشارا وتوسعا مذهلا، عندما كان المذهب الفردي في أوج مراحل تطوره، وقد ظهر ذلك في التقديس المفرط للإرادة الفردية التي أعتبرت في ظل هذه المرحلة الأساس الجوهرية ودون منافس في إنشاء الإلتزامات، وهي كذلك المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الإلتزامات من آثار³.

ولكن عندما حدثت التطورات الإقتصادية والإجتماعية الجديدة في منتصف القرن التاسع عشر ، والتي إتسمت بظهور الصناعات الكبيرة ، و إختلال التوازن بين القوى الإقتصادية، الأمر الذي مهّد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار، فقد هاجم جمع من الفقهاء مبدأ سلطان الإرادة، إستنادا إلى أن العقد الذي يبدو على أنه توافق إرادتين

¹ Marie- Helene De Laender – Frank Petit : « droit des contrats » 3^{ème} édition- page 6- édition Archétype 82- France.

²د.: أحمد السنهوري- المرجع السابق- صفحة 153 يقول: "... هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث، بعد إنتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية...".

³د.: محمد صبري السعدي- المرجع السابق- صفحة 45- يقول: "... وقد وصل هذا المبدأ إلى ذروة مجده في القرون الثلاثة الأخيرة، أي إبتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر، وكان سبب إزدهارها، ظهور المذهب الفردي خلال تلك الحقبة من الزمن، الذي قام بتبجيل وإحترام الفرد وإعتبره محور القانون و أساسه، وقد سجل واضعو التقنين المدني الفرنسي هذا المبدأ في المادة 1134....".

حرتين، كثيرا ما لا تتوافر فيه هذه الحرية حين يكون أحد أطرافه أقوى من الآخر، فيملي على الطرف الآخر، كما في العقود التي يملي فيها صاحب العمل شروطه على العامل، وكما في عقود الإذعان (les contrats d'adhésions)، حيث تملي الشركات الكبرى شروطها على زبائنها¹. ويقول هؤلاء الفقهاء أيضا أنه في العقود التي تتوافر فيها الحرية الكاملة للمتعاقدين في مناقشة شروط العقد، تفقد الإرادة الحقيقية سلطانها إذا كانت هذه الإرادة ظاهرة وغير واضحة. ويلاحظ هذا الجانب من الفقه أخيرا على مبدأ سلطان الإرادة، بأنه غير عادل²، لأنه لا يسمح بإعادة التوازن إلى التزامات طرفي العقد (l'équilibre des obligations dans le contrat)، فيما إختل هذا التوازن من جراء وقوع حوادث طارئة لم تكن في حساب المتعاقدين، وقت إبرام العقد.

لذلك تأكد الشراح أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مطلقا، بل هو مقيد بحدود عديدة، ويتجلى ذلك في روابط القانون المختلفة. ففي القانون العام تتضح محدودية المبدأ في القيود التي يفرضها صاحب العمل على العامل والشروط المحددة مسبقا والتي لا يجوز لهذا الأخير مناقشتها عند إبرام العقد. كما يتجلى قصور هذا المبدأ في قانون الأسرة مثلا، وذلك عندما قام المشرع بتنظيم الأحوال الشخصية كالزواج والتركة، وقيدها بقواعد خاصة تحد من إرادة أطراف هذه العلاقات. كما يتضح تراجع مبدأ سلطان الإرادة في واقع تدخل الدولة المتزايد والمستمر في تأطير وتنظيم المعاملات بين الأفراد، فتميزت التشريعات الحديثة بفرض قيود شكلية و أخرى موضوعية على تصرفات المتعاقدين³.

و على غرار ما سبق، فإن مبدأ سلطان الإرادة، تأثر في أساسه مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين بأن ظهرت قيود ضربت في العمق مبدأ حرية التعاقد

¹ د : لخضر بن عزي- الم رجع السابق- صفحة 7.

² Marie- Helene De Laender- Frank Petit-op- cit page 9 « ... la liberté contractuelle peut donc parfois être source d'injustice et aussi , nuire à l'intérêt général, lequel n'est pas forcément, lequel n'est pas forcément la somme des intérêts particuliers... »

³ -د: عبد المنعم البدر واي: النظرية العامة للإلتزامات الجزء الثاني صفحة 42 وما بعدها - دار النشر العربي - ط 1968 بيروت.

- أنظر كذلك : د: حسن فرج"النظرية العامة للإلتزامات" الجزء الثاني ، صفحة 54- مطبعة المعارف - 1980 - مصر.التزامات"

وعدم التعاقد الذي يعتبر في الحقيقة وقود هذا المبدأ . فقد وجدت حرية التعاقد أولا خطرا كبيرا في علاقاتها مع ما يسمى بفكرة النظام العام و الآداب « l'ordre public et les mœurs » ، فإذا أبرم عقد مخالف لهذه الفكرة في المجتمع، فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا أثر له من الناحية القانونية. وفكرة النظام العام والآداب مصطلح قديم، أوضحت مضمونه المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي. و إعتبارا أن النظام العام مفهوم نسبي ومتطور من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان، فإنه يلاحظ في الوقت الراهن توسعا كبيرا في نطاقه، فكلما سادت الأفكار الاشتراكية في مجتمع ما إزدادت رقعة النظام العام إتساعا. ومن جانبها فإن حرية عدم التعاقد قد تم تقييدها، فإنتشرت أنماط كثيرة لعقود الإذعان (les contrats d'adhésion)، التي يكون فيها المتعاقد ملزما إلزاما جبريا على إبرامها والأمثلة كثيرة في هذا المجال¹.

وإلى جانب القيود التي واجهها مبدأ سلطان الإرادة والمذكورة سابقا ، فقد إعترض سبيل هذا المبدأ صعوبة أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، تتمثل في الآثار القانونية التي تولدت عن إتساع نطاق الإلتزامات غير الإرادية، التي تنشأ عن مصادر أخرى غير الإرادية، مثلها الإلتزامات الناتجة عن الأفعال غير المشروعة وتلك الصادرة عن القانون (le fait dommageable et la loi).

¹ - د: أحمد السنهوري- المرجع السابق - صفحة 158.

-Marie- Hélène de laneder – Franck – petit- op- cit page 10

كذلك : « ... ainsi , dans l'intérêt général, il existe aujourd'hui des contrats imposés par la loi, la loi supprime la liberté de contracter ou de ne pas contracter comme l'assurance automobile obligatoire pour prendre un exemple connu ... »

لقد عرفت نظرية المسؤولية التقصيرية تطورا فقهيا وقانونيا كبيرا. فبعد أن كان الإلتزام بدفع التعويض، وعن الضرر الذي ينشأ على أساس الخطأ ، فقد إتسعت رقعة صور الإلتزام بالتعويض التي تتجسد دون شرط ثبوت عنصر الخطأ على كاهل المتسبب في إقترافه، وقد كان ذلك نتيجة واضحة للتطور الصناعي ودخول عنصر الآلية الخطير في مجالات النشاط الاقتصادي الحديث¹.

¹ - د:علي علي سليمان " النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري- صفحة 150- ديوان المطبوعات الجامعية- 1993 الجزائر :"...لقد شنت نظرية تحمل التبعة (la théorie du risque) حريا ضاريا، ضد فكرة الخطأ، و كان لها تأثير كبير في الفقه والقضاء والتشريع، ومن هذه الأسباب، الأسباب الاقتصادية: ففي الثلث الأخير من القرن الـ 19، حدث إنقلاب في الاقتصاد، فبعد أن كان إقتصادا زراعيا يقوم على عمل الرجل والحيوان، إنقلب إلى اقتصاد صناعي، يركز على الآلات ، وانتشرت المصانع الكبرى التي تستخدم آلاف العمال، وأصبحت وسائل النقل ميكانيكية تستخدم فيها الأدوات البخارية والكهربائية. إلى جانب ذلك ظهر نظام إقتصادي لم يكن بارزا من قبل، هو نظام التأمين من المسؤولية، و أصبح المسؤول لا يطالب بالتعويض، بل تدفعه عنه شركة التأمين، ويقتصر دوره على دفع أقساط التأمين، سواء أخطأ في ارتكاب الحوادث أو لم يخطئ، ولن يضره شيء إذا دفعت شركة التأمين التعويض...".

المطلب الثاني : عقود المفاوضة وعقود الإذعان

Contrats par négociation et contrats d'adhésion

القاعدة العامة في القانون، أن العقد هو إتفاق يتم بين إرادتين أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني¹، و أنه يتم بتبادل الأطراف التعبير عن إرادتهم المتطابقة². وتفترض هذه القاعدة الأساسية أن المتعاقدين هم متساوون، و أن اقتران إرادة كل منهم بإرادة الطرف أو الأطراف الأخرى ينتج عن مناقشة ومفاوضة بينهم، قد تطول أو تقصر. فالأصل حينئذ في العقود أنها تتم بالمفاوضة. (Contrat par négociation). غير أن التساوي بين المتعاقدين في المرحلة الممهدة لانعقاد العقد قلما يتحقق، ولكن عدم التساوي يتفاوت بدرجات مختلفة، من التفاوت اليسير العادي إلى الحالة التي تستبعد المفاوضة تماما، ويفرض بالتالي أحد المتعاقدين شروط العقد على الآخر، وهذه هي حالة عقد الإذعان³.

وسنتطرق في هذا المطلب إلى جانب عقود المفاوضة أو عقود المساومة، إلى نشأة عقود الإذعان وطبيعتها ومميزاتها إلى جانب مكانتها في المعاملات المدنية الحديثة.

الفرع الأول : عقود المفاوضة أو المساومة

Contrats par négociation

من المعروف فقها وقانونا أن العقود تبرم عادة بعد مرحلة التفاوض، فيتناقش المتعاقدان فيها بكل حرية ويضع كل منهما من الشروط ما يحقق به المصلحة الاقتصادية المرجوة من عملية التعاقد، وتكون الإرادتان فيها في غالب الأحيان متساويتين ومتكافئتين، فلا يكون لأي طرف في مرحلة التفاوض - بسبب الأصل - أي تفوق على

¹ المادة 54 مدني جزائري المقابلة لنص المادة 1101 مدني فرنسي تنص على أنه " العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

² المادة 59 مدني جزائري المقابلة لنص المادة 89 مدني مصري تنص على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

³ د: لخضر بن عزوي - المرجع السابق - صفحة 8.

الطرف الآخر، بل تظهر فيها حرية المتعاقدين في مناقشة شروطها، فتمت المناقشات والمحاورات على قدم المساواة¹.

ويتفق الفقه على أن عملية التفاوض (négociations ou pourparlers pré-contractuels) ، أو المرحلة السابقة على إبرام العقد من أهم مراحلها و أخطرها على الإطلاق، لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم الإلتزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة، لا تزال تثير الكثير من الإشكالات ، سواء ما يتعلق منها بفكرة الإخلال بالتوازن المالي للعقد l'atteinte à l'équilibre financier du contrat) ، والتي يعمد فيها أحد الطرفين - وبطرق مختلفة - تحميل المتعاقد الآخر الإلتزامات مرهقة أو تضمين العقد شروطا تخدم مصالحه على حساب المصالح المالية والإقتصادية للطرف الآخر تحت عناوين واهية، و أما ما تعلق منها بطرق و أساليب الحد من الحرية التعاقدية للأطراف حول مختلف بنود و شروط العقد².

وتستمد الحرية والمساواة في عقود التفاوض مصدرها من مبدأ سلطان الإرادة الذي ساد و إزدهر إزدهارا كبيرا في ظل الأنظمة الإقتصادية الليبرالية خلال القرن الـ 19³.

فعمليات التفاوض في تلك المرحلة الزمنية لا يمكنها ألا أن تتأسس على مراكز قانونية

¹ - د: محمد وجيه شحادة" المدخل للقانون ونظرية الإلتزام" صفحة 156 منشورات جامعة حلب 1979 - الجمهورية العربية السورية.

أنظر كذلك: جميل الشرقاوي " النظرية العامة للإلتزام" الجزء الثاني ، صفحة 55 وما بعدها - دار النشر العربي 1981 - مصر.

- كذلك : د: عبد المنعم البدرابي- المرجع السابق - صفحة 57.

² - F. Terré et Sinler (PH)- et (Y) Lequette « les obligations » édition Dalloz page 181-2002- Paris
- أنظر كذلك - Mel- (D) MAZEAU , Mysters et paradosces de : la période pré-contractuelle » - Mel- GHESTIN – page 637, éditions du progrès- 2001- PARIS .
كذلك : - (J) Schmidt : la période pré- contractuelle en droit français – R.I.D-Comp- page 454- 1990- PARIS

³ - Ambroise COLIN- Henri Capitant : « traite de droit civil » tome II- Librairie Dolloz – page 308-1959 – Paris : « ... en principe dans le droit classique issu du code civil, les individus sont libres dans la conclusion des contrats, libres de faire les contrats qui leurs plaisent tout d'abord, Le code régleme bien certains contrats ... libres sont aussi les individus de passer leurs contrats dans la forme qu'ils choisissent : les contrats sont en principe purement consensuels.. »

والإقتصادية تسودها المساواة والتوافق والحرية، فلم يكن من المقبول إلزام المتعاقد ببند أو شروط لم يرضاها أو لم يوافق عليها خلال المرحلة التفاوضية، وهذا ما عبر عنه بعض من الفقه الفرنسي بالصيغة التالية : la primauté du contrat connue source : «... d'engagement : puisque seul un acte de volonté, libre peut justifier l'engagement, la source principale des obligations ne peut résider que dans l'accord de volonté, c'est-à-dire dans le contrat, les autres sources d'engagement ne peuvent être qu'exceptionnelles , la règle essentielle, est celle de la liberté contractuelle qui se présente sous deux aspects : il faut qu'il y ait dans le contrat un consentement qui s'exprime clairement et librement. Le consentement suffit pour qu'il y ait contrat. C'est le principe du consensualisme la liberté de déterminer le contenu du contrat : les lois .d'ordre public doivent demeurer très exceptionnelles »

ويرى الفقه المدني أن عنصر التفاوض العقدي في ظل المساواة وحرية إبداء المواقف والشروط، يضمن مصالح الأطراف المتعاقدة من جهة، كما يجسد الحقيقة الفعلية والعملية والقانونية لمفهوم العقد (le contrat)، الذي بادرت التشريعات الحديثة على تنظيمه وتوضيح مفهومه وشروطه وكذا أهميته كأداة قانونية لتحقيق مصالح إقتصادية في المجتمع من جهة أخرى¹.

والتفاوض في العقود الخاصة، هي مرحلة أولية تسبق عادة واقعة توافق إرادتي المتعاقدين الرامية إلى إحداث أثر قانوني (un effet juridique)، مثل البيع والإيجار أو العارية أو القرض أو الشركة وغيرها².

فكرة التفاوض هي بمثابة تبادل حر و أولي للآراء والمواقف تسبق مرحلة تكوين العقد، وهذا بغية تشخيص الصعوبات المحتملة وتسوية الإشكالات التي من الممكن أن تعترض سبيل العلاقة التعاقدية المزمع تجسيدها في المستقبل بين الأطراف.

ويصور بعض الفقهاء مرحلة المفاوضة العقدية، بأنها المساحة التي تتناطح فيها أفكار ومواقف وتوجهات ومطالب وإهتمامات المتعاقدين، والجهد الذي يبذله هؤلاء في

¹- د: أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 157 : " فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة تتجلى قوته في العقد. فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما. ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه ، كما لا يكسب أحد حقا من عقد لم يشترك فيه ...".

² - Ali Bencheneb « le droit algérien des contrats » op -cit page 34.

التقريب بينها، بهدف منح الفرص الكاملة لنشوء هذا الكيان القانوني الذي هو العقد ، الرامي إلى تحقيق مصالح إقتصادية لفائدة طرفيه¹ .

وتبدأ مرحلة المفاوضة عادة بعد أن يقوم أحد المتعاقدين، بعرض التعاقد على شخص أو عدة أشخاص، يدعوهم فيه بالتقرب لمناقشة بنود وشروط إتفاق محتمل التجسيد في المستقبل ، وهذا ما يسمى في الفقه المدني بالدعوة إلى التعاقد (l'invitation à contracter)² . و من المحتمل أن يكون موضوع هذه الدعوة هو عقد إتفاق أول هدفه إنشاء رباط بين المعنيين، كما قد يكون موضوعها أيضا تعديل أو تصفية أو تمديد علاقة تعاقدية سابقة.

والدعوة إلى المفاوضة في العقود الخاصة تتصف بالعفوية في غالب الأحيان، فيوجهها صاحبها إلى طرف معين، أو إلى مجموعة من الأطراف محددة أو غير محددة، وقد تأخذ طابعا إختياريا بأن توجه إلى فئة من الأشخاص أو الهيئات الخاصة أو العمومية دون غيرها . كما تأخذ هذه الدعوة أشكالا و أنماطا مختلفة، فقد تكون على صورة ومضات إشهارية أو توجيه شروط عامة للشراء، أو شروط عامة للبيع، أو على شكل جداول للأسعار أو دعوات لتقديم عروض. كما يمكنها أن تأخذ صور مساعي أو إتصالات مباشرة وغير مباشرة، أو إعلانات موجهة إلى عامة الجمهور، أو لفئة معينة، ويمكن أن تأخذ الدعوة إلى المفاوضة العديد من التكييفات، فقد تأخذ شكل الاقتراح

¹ - Jean Marc Mousseron. « Technique contractuelle » édition Francis Lefebvre – 2éme ED) – page 31- 1999 : « ... la négociation consiste en un ensemble d'échanges précédant la formation de l'accord, en vue d'identifier, puis de résoudre les problèmes que posera la relation économique envisagée et d'accorder, ensuite les volontés des intéressés sur la discipline que constitue le contrat. C'est l'entonnoir dans lequel vont s'entrechoquer et se fondre les projets, les préoccupations des différents partenaires... »

² - ويجب في هذا الصدد التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، ولهذه التفرقة أهمية بالغة، لأن الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد، فهو يوجه إلى الطرف الآخر، حتى إذا ما قبله قام العقد ، ولا يستطيع من وجّه الإيجاب أن يتحلل منه . أما الدعوة إلى التعاقد، فما هي إلا طريقة أو وسيلة لحث من وجهت إليه على أن يتقدم لإبرام العقد، ومثاله إرسال شركة التأمين لقائمة تتضمن أسعار خدمات التأمين المختلفة إلى أحد الراغبين في التأمين عندها. لا يعتبر إيجابا، بل مقترحا للتعاقد، لأن عناصر عقد التأمين لا تحدد بصفة نهائية، إلا إذا علم المؤمن بحقيقة الأخطار المطلوب التأمين ضدها على ضوء البيانات التي يقدمها الطالب للتأمين.

البسيط، أو على النقيض تتمثل في عرض حقيقي ينتج في كل حالة آثارا مختلفة حتى قبل وصول قبول المتعاقد.

والقانون في الأصل لا يرتب على هذه المفاوضات الابتدائية أثرا قانونيا¹ ، غير أن عملية مراقبة المفاوضات، قد تفضي إلى قيام المسؤولية الجزائية على كاهل الداعي إلى التفاوض ، في حالة اقترافه لجرائم الاحتيال أو التدليس المنصوص عليها في قانون العقوبات، وكذلك القانون 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، لا سيما منها جرائم الإشهار التضليلي².

و إلى جانب المسؤولية الجزائية، فإن الداعي إلى التفاوض قد يكون محل متابعة على أساس المسؤولية المدنية، في حالة إقترافه لأخطاء تحدث أضرارا ثابتة بالطرف الآخر خلال المفاوضات. مثالها الأضرار الناتجة عن خيبة الأمل التي أصابت الموجه إليه الدعوة، بعدما إكتشف هذا الأخير أن الدعوة إلى المفاوضات لم تكن سوى سرايا أو وهما. وقد سبق للقضاء إقامة المسؤولية المدنية على عاتق الطرف الذي يدعو غيره إلى مفاوضة لا يؤمن بها هو نفسه في الواقع³.

¹-د: أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 221.

²-د: بلحاج العربي - "مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية - صفحة 48- طبعة 2011 . "...يحمي المشرع الجزائري المتعاقد العادي (le contractant profane ou le consommateur) من التدليس أو التغيير أو الخداع في المرحلة السابقة على التعاقد وخاصة في وقتنا الحاضر، مع إتساع وسائل الدعاية والإعلان والإشهار، و إنتشار الطرق الاحتيالية (Mancœuvres dolosives ou frauduleuses وتأثيرها في الأفراد. فإن القانون يفرض على المتفاوضين إلتزامات الأمانة وحسن النية (bonne foi) في مرحلة التفاوض. كما أنه يجوز وفقا لنص المادة 86 من ق م ج إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. إن اللجوء إلى الحيلة والخداع والتضليل ، واستعمال الغش عن طريق السكوت العمدي (la réticence) أو التصريح الكاذب لدفع المتعاقد إلى التعاقد، هي من عيوب الرضا (م 86 و 87 م ج) التي تجيز طلب إبطال العقد..."

³- قرار مجلس قضاء رين الفرنسي الصادر في 8 جويلية 1929، المنشور في دورية القضاء المختلط عدد 241 صفحة 77 - سنة 1930.

الفرع الثاني : عقود الإذعان (Les contrats d'adhésion)

سبق القول أنه طبقا للقواعد العامة في مجال الإلتزامات أن العقد يتم عادة بإرادتين أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني، وهذا ما قرره التشريعات المدنية الحديثة (م 54 م ج - م 1101 م فرنسي) كما أنه يتم بتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين (م 59 م ج - م 89 م مصري). وتفترض هذه القاعدة الأساسية أن المتعاقدين متساويين، و أن إقتران إرادة كل منهما بإرادة الآخر ينتج عن مناقشة ومفاوضة بينهما ، قد تطول أو تقصر. فالأصل حينئذ في العقود أنها تتم عن طريق المفاوضة¹ ، وهذا ما عبر عنه بعض الفقه الفرنسي بالصيغة التالية : "le contrat gré à gré est celui qui est le fruit d'une libre et équilibrée discussion entre les parties contractantes. dans la formation de ces contrats, les contractants se trouvent sur un pied d'égalité à l'occasion des pourparlers: chacun d'eux se trouve en mesure de défendre ses propres intérêts, de telle sorte que le contrat apparait comme un juste équilibre entre les intérêts des contractants ..."²

غير أن التساوي بين المتعاقدين في المرحلة الممهدة لانعقاد العقد، قلما يتحقق ولكن عدم التساوي يتفاوت بدرجات مختلفة، من التفاوت اليسير العادي إلى الحالة التي تستبعد المفاوضة، ويفرض أحد المتعاقدين شروط العقد على الآخر، وهذه الحالة هي عقد الإذعان (le contrat d'adhésion).

فالعقد الإذعان هو حينئذ العقد الذي يتم بدون مفاوضة، والذي يذعن في أحد الطرفين إلى الشروط المحددة مسبقا كليا أو جزئيا من الجانب الآخر، وهذا النوع من العقود كثير الانتشار والتداول في الحياة اليومية في العصر الحديث ، فهي عقود ترتبت على إحتكار بعض المرافق الهامة إحتكارا قانونيا أو فعليا. فقد أصبحت هناك شركات

¹ - د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 8.

كذلك : د: محمد حسنين - المرجع السابق - صفحة 14.

كذلك : د: علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 26.

-Alex Well et François Terré "droit civil" les obligations : 2eme ed. DALLOZ- page 217-
كذلك : 1975

² Claude Dupouy- Maurice Ressayre- op - cit page 61.

تحتكر خدمة من الخدمات الضرورية للمجتمع، كخدمة توزيع المياه أو توفير الكهرباء والغاز أو النقل¹.

والعقود التي تبرم بشأن هذه الخدمات يضعها المحكر ، أو تضعها المصلحة العامة في نموذج موحد (contrat type) لا تقبل شروطها التعديل فيها ، ويجب على المشترك فيها أن يقبلها كما هي دون مناقشة، فإذا وافق عليها أخذ صفة المتعاقد ، و إذا رفضها، فلا يأخذ هذه الصفة. فالإرادتان في عقود الإذعان تفتقد للتساوي، بل أن إحداها تملئ والأخرى تدعن.

ونتيجة لذلك إتجه جزء من الفقه إلى رفض صفة "العقد" على عقود الإذعان خاصة منه فقهاء القانون العام، وإقترح تسميته بـ "النظام" (institution)، غير أن أغلب الفقه المدني فضلوا تسميته العقد، على الرغم من عدم تكافؤ الإرادتان فيه². وقد إعتبرتها القوانين المدنية الحديثة عقوداً، وقد سار المشرع الجزائري على خطى هذه التشريعات، غير أنه فرق بين عقود الإذعان وعقود المفاوضة في العديد من الحالات³.

أولاً: نشأة عقد الإذعان وتطوره

la naissance de contrat d'adhésion et son évolution

من المتعارف عليه تاريخياً أن أساس العلاقات بين الأفراد في المجتمعات الليبرالية هو العقد (le contrat) ، بل أن هذا العقد هو المصدر الأصلي للقانون. وهو يعبر عن حرية الأفراد في المجتمع، و ما تدخل التشريع في حياة هؤلاء إلا نوع من أنواع الحد من هذه الحرية⁴.

¹ - د: احمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 161.

² - د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 26.

³ - المادة 70 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " يحصل القبول في عقد الإذعان، بمجرد التسليم لشروط

مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها ."

- Ali Bencheneb- op- cit page 34 : "...cette destruction est indirectement consacrée par l'article 70 du code civil, qui concerne le seul contrat d'adhésion. Cette disposition insiste sur le fait que dans un contrat se fait sur la base et donc la formation du contrat d'adhésion, l'acceptation et donc la formation du contrat se fait sur la base " d'un projet réglementaire" sans discussion de son contrat, ce qui l'appose aux contrats négociables..."

⁴ F.Rieg- contrats types et contrats d'adhésion- études de droit contemporains T .XXXIII- 1970. page 105- Paris.

غير أنه و ابتداء من القرن التاسع عشر، الذي عرف صحوة"صناعية كبرى وازدهار عمليات المكننة في مختلف مجالات النشاط الإنساني كالصناعة والفلاحة والنقل بمختلف أنماطه، فقد بدأت فئات من المجتمع تفقد قدرتها على التعاقد بحرية، و أصبحت عاجزة عن تحديد مضمون العقد، وبمفهوم آخر بدأت مرحلة جديدة في التعاملات التعاقدية تميزت بتضاؤل قوة وتواجد الإرادة الفردية في هذه التعاملات، و يبرز ذلك في ظاهرتين متواجدين، وإن كانت متناقضتين:

(الأولى ظهور وتكوين قوة إقتصادية خاصة (l'émergence de force économique privée).

الثانية: التزايد السريع والواسع لظاهرة تدخل الدولة في نشاط الأفراد الاقتصادي (l'implication de l'état dans l'économie)، وهذا التطور الهام للمجتمع نتج عنه تطور قواعد المعاملات الإقتصادية بين الأفراد، حيث أصبح الفرد في حالات عديدة يتعاقد بالاقتران على قبول الشروط المفروضة عليه¹.

وعلى الرغم من أن واقعة عدم المساواة بين المتعاقدين، تعتبر من الأفكار القديمة في مجال القانون²، إلا أن عقد الإذعان بمفهومه الحديث، لم يظهر إلا في أوائل القرن

¹ -Michel LE GALCHER - Baron- Droit civil " les obligations"3^{eme} édition Francis le Febvre- page 29-1979- France . "... à l'origine les contrats d'adhésion ont été très souvent conçus comme un instrument de contrainte. celui qui était en position de force imposait ses conditions à son cocontractant qui ne pourrait que les accepter ou refuser de contracteur. Mais l'évolution des circonstances économiques a profondément modifié la physionomie des contrats d'adhésions. Etaient donné la multiplication des échanges, il est apparu irrationnel de discuter des milliers de contrats individualisés pour des opérations similaires. Alors sont apparues les contrats d'adhésions stéréotypes qui sont utilisés dans toutes les relations contractuelles concernant les mêmes produits, quel que soit le contractant..."

² -د: محمد سامي مازن" التعهدات أو الإلتزامات" الطبعة الثانية- مطبعة النهضة - صفحة 104 - سنة 1922. أنظر كذلك:د:حسين النوري"محاضرات في الإلتزام" مكتبة عين شمس، صفحة 87- دون تاريخ طبع. د: أحمد حشمت أبو ستيت" نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد" صفحة 107- طبعة 1954- القاهرة. د:سليمان مرقس"موجز أصول الإلتزامات" مطبعة لجان البيان العربي " صفحة 77- طبعة 1961- القاهرة.

العشرين، ولم يظهر الاهتمام بهذا العقد في مجال الفقه والتشريع إلا بعد ذلك. ولعل أبرز من أطلق تسمية الإذعان على هذا الصنف من العقود هو الفقيه "سالي" ¹. "Saleilles"
ولعل أهم ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، هو أن ظاهرة التطور الاقتصادي والتكنولوجي والإعلامي التي مست أغلب المجتمعات المعاصرة، سواء كان ذلك على مستوى الإنتاج و تكريس تقنيات توحيد المقاييس (l'unification des normes de production) أو على مستوى التسويق عن طريق توحيد التسعيرات والخدمات (l'unification de tarifs et services)، أو حتى على صعيد شروط العمل التي تشمل فكرة توحيد قواعد وقاية العمل (l'unification des règles de protection de l'emploi) أدت إلى إنتشار وتزايد التعامل بعقود الإذعان، الأمر الذي أدى ببعض الفقه من القول أن التعامل بهذه العقود إنتقل من الحالة الاستثنائية إلى الحالة العادية، وهذا لأن أغلب العقود التي تبرم يوميا في كل المجتمعات الحديثة البسيطة والمركبة منها تتصف بطابع الإذعان، مثلها عقود النقل والتأمين وعمليات البنوك، والانتفاع بالخدمات العمومية، كالغاز والكهرباء والهاتف الخ من الخدمات ².

والواضح هنا أن طابع الإذعان في هذه العقود قد يأخذ صورا و أشكالاً مختلفة، فقد يكون على صورة شروط عامة للتعاقد (des conditions générales à contracter) توضع على شكل قائمة إشتراطات تلحق بالعقد، أو تدرج فيه لم يسبق للمتعاقد التفاوض بشأنها بل تملى عليه، وتقتصر مبادرته في التوقيع عليها فقط دون أية مناقشة ، ويكون ذلك في

¹ Salleilles - "de la déclaration de la volonté contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand" - page 43- ed 1901.

² -د : لخضر بن عزي - المرجع السابق- صفحة 10.

أنظر كذلك : -A- Viallard- op - cit page 38: "...dans ce type de contrat, le projet est en réalité l'œuvre exclusive de l'une des parties. la pratique s'en est considérablement développée avec tous les contrats que certains grands organismes offrent à une multitude d'intéressés. Ces grands "offreurs de contrats" (compagnie de transport- assurances- électricité et gaz) ne peuvent et ne veulent pas reprendre la discussion de chaque contrat, les clauses générales que chaque contrat sont rédigées à l'avance et s'imposent au client qui n'a pas la possibilité de les écarter- on parle alors de contrats types ..."

كذلك : د: عبد المنعم البدرابي - المرجع السابق- صفحة 92

د: عبد المنعم فرج الصدة " مصادر الالتزام" مكتبة النهضة - صفحة 47 و 48 - طبعة 1950- القاهرة.

الغالب عن طريق عبارة " بعد الاطلاع والقبول " (lu et approuvé - lu et accepté).¹ وقد تكون هذه الشروط العامة مجرد ورقة تسلم للمتعاقد عند دفعه الثمن بعد استفادته من الخدمة، ولا تحتاج إلى توقيعه، مثاله تذكرة النقل بجميع أصنافه (الجوي والبري والبحري). وصفة الإذعان قد تظهر واضحة في اللوائح والتنظيمات الداخلية لهيئة إقتصادية أو إجتماعية معينة، مثل الجمعيات والمنظمات أو المعامل والمصانع، سواء سلمت للعامل أو أعلنت له عن طريق التعليق.

العقود النموذجية (les contrats types) : هي الأخرى تمثل الطابع الذاعن في هذه العقود، ففي كثير من الأحيان تتضمن هذه العقود عبارات نموذجية (les formules types)، لكن إذا أستعملت لإبرام عقد تصبح عقوداً نموذجية يقبلها المتعاقد المذعن دون مفاوضة، وهذا ما عبر عنه بعض الفقه الفرنسي على الصيغة التالية: "Alors sont apparus des contrats d'adhésions stéréotypés qui sont utilisés dans toutes les relations contractuelles , concernant les mêmes produits, quel que soit le contractants ..."² كم يظهر عقد الإذعان في شكل ورقة أو وثيقة لا تتضمن أي إشتراط، ولكن جرى العرف على أنها تعبر عن قبول المتعاقد بكل الشروط المفروضة على الكافة في نفس الحالة، كتذكرة الدخول إلى دور السينما أو المسارح، أو الملاعب الرياضية.³

ومن المعروف أن غالبية العقود التي تبرم في المجال المالي (les contrats financiers) ، مسماة كانت أو غير مسماة ، قد تتم في شكل عقد إذعان، نتيجة لقوة مركز أحد الطرفين بالنسبة للآخر، ويتجلى ذلك في عقود القروض في غالب الأحيان،

¹ - Ali Bencheneb - op -cit page 35 : " l'absence de négociation réelle fait présumer un déséquilibre initial entre la partie contractante qui impose le contenu du contrat et par conséquent les obligations en résultant et celle qui y adhère, faute de disposer d'un pouvoir économique de négociation pertinent..."

² -Michel Le GALCHER- Baron-op-cit page 29

³ Ambroise Colin- Henri CAPITANT -OP-cit page 322"...pour certains contrats, la réglementation impérative a été poussée si loin que tous, ou presque tous les effets de l'acte, les obligations qui en naissent, ont été prévus à l'avance (ne variateur). il ne reste aux individus que la liberté de contracter, ou de ne pas contracter. il en a été ainsi surtout pour les contrats d'adhésion, en raison d'une part des intérêts collectifs généralement en cause , en raison d'autre part des dangers que la supériorité de fait de l'une des parties fait courir à la justice sociale, la coutume à fait en sorte que le contractant accepte toutes les conditions établies dans le contrats ; le meilleur exemple les tickets d'accès aux salles de cinéma et théâtre etc..."

عندما تفرض البنوك والمصارف بشروطها المذعنة على المستفيد من القرض. غير أن عددا من العقود يظهر عادة في صورة عقد إذعان:

1- **عقود التأمين: les contrats d'assurance** والتي تكون عادة من أبرز عقود الإذعان، وذلك لأن المؤمن له يوافق عليها جملة من دون أن يستطيع مفاوضة المؤمن أو مناقشة شروط العقد، وتبقى حرية المؤمن له محصورة في إمكانية خياره بين صيغ مختلفة من التأمين، كالتأمين على المسؤولية المدنية، أو التأمين بشرط ضمان كافة الأخطار الخ...

2- **عقود النقل (Les contrats de transports)** فعقود النقل سواء البري أو الجوي أو البحري توصف بعقود الإذعان، لأن مقدم خدمة النقل إنما يوفر خدمة عمومية لا يستطيع العامة الاستغناء عنها ، وبالتالي يفقد المستفيد منها حريته في مناقشة شروط وبنود العقد، ويلاحظ في هذا الصدد أن عقود النقل الجوي والبحري تخضع غالبا إلى قواعد تشريعية دولية.

3- **عقود مختلفة** ترتبط بتوفير خدمات عامة للجمهور، وقد تزيد عددها وتكاثر أنماطها في الوقت الراهن، بنقل التقدم الاقتصادي الذي تعرفه دول العالم حاليا، مثلها استعمال مواقف السيارات ، والحصول على خدمات الغسالات العمومية وما يشبه ذلك..

4- **معظم عقود الإيجار (Les contrats de locations)**، حيث تذكر فيها الشروط التي يفرضها القانون، أو البنود التي تضعها هيئات الإيجار، وبذلك يكون المستأجر ملزما بتنفيذها دون مناقشة أو مفاوضة إذ أراد الاستفادة من هذه الخدمة.

5- **عقود متزايد من عقود البيع (Les contrats de vente)**، وخاصة تلك التي تكون مقترنة بقروض (vente par crédit) فمؤسسات القرض هي التي تفرض شروط البيع، سواء كان ذلك بالنسبة للأفراد المستهلكين أو في معاملة صغار التجار . و تأخذ العقود المصرفية بمختلف أنواعها حكم الإذعان أيضا، ما عدا ربما العقود التي تحتوي على مبالغ مالية هامة. وتجب الإشارة في هذا السياق أن الإذعان يطبع عدد لا يمكن حصره من عقود التوريد (les contrats de fourniture)، و عقود الاشتراك (les contrats d'abonnement)، وكذلك العقود التي يبرمها الأفراد مع الفنادق والمنتجعات السياحية

والمطاعم وقاعات السينما والمسارح، وغيرها من العقود التي غزت الحياة اليومية للإنسان الحديث¹.

ثانيا : طبيعة عقود الإذعان (La nature des contrats d'adhésions)

أجمع بعض من الفقه المدني القديم أن عقود الإذعان ولكونها تتم بدون مفاوضة، وتتضمن شروطا موضوعية مسبقا من الطرف المذعن، معروضة على الجمهور من غير تعيين و لا تحديد، ظهرت وكأنها مخالفة واضحة للعنصر الأساسي في العقد، و هو التراضي الحر (le libre consentement) المستمد من مبدأ سلطان الإرادة² (le principe de l'autonomie de la volonté)، ولذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى إنكار على هذه التصرفات بالإذعان صفتها العقدية، واعتبروها مجرد أنظمة (Institution ou statuts)، ينتهي الأمر إلى إستعمالها ، أو إلى الإعراض عنها. ومن أنصار هذا الموقف، فقهاء في القانون العام، مثل "هوريو" Hourio " وبعض أتباعه³ مثال دوجي (Deguit).

و يرى الفقيه "سالي" من جهته أن ما يسمى بعقد الإذعان، ماهو إلا عبارة عن إرادة منفردة تملّي قانونها، وما يترتب على هذا الموقف ، أنه لا عبرة بقواعد تفسير العقد الرامية إلى البحث عن نية المتعاقدين، و إنما يتعين الاتجاه إلى طريقة تفسير القانون التي تركز أساسا على المنفعة الجماعية المقصودة من طرف الإرادة المشتركة⁴.

غير أن مواقف القضاء وجمهور الفقه والتشريعات الحديثة لم تتجه إلى ذلك، بل إستقرت على إعتبار الإذعان عقدا حقيقيا (un véritable contrat)، و إن كانت له

¹ -Michel Le Galcher - Baron- op- cit - page 29 "...actuellement, on assiste à une prolifération des contrats d'adhésions, toutes les formes d'assurances sont en général des contrats d'adhésions, l'assuré souscrivant à une police préétablie. Il en est de même de tous les contrats de transport par terre, par eau ou par air. de tous les contrats d'abonnement à l'eau, le gaz ou l'électricité on peut encor citer la plupart des contrats de services offerts aux consommateurs, comme les contrats de parking, ou les contrats de blanchisserie ou de teinturerie. il est encore ainsi des contrats de leasing, des contrats de vente à crédit, des contrats d'éditions ..."

أنظر كذلك : - د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - ص 12 و 13.

² Baudry- Lacantinerie - traite théorique et pratique de droit civil français " 2ème éditions - par Rodiere- page 306-1952 Paris .

³ Michel le Galcher - Baron: op-cit page 29"...l'expressions de contrat d'adhésion à été inventée par Saleilles(déclarations de volonté- page 29) certains auteurs de droit privé ont soutenu que, en raison de l'absence de pourparlers, et du caractère abstrait de leurs clauses, les contrats d'adhésions ne constituaient pas de véritables contrats. il s'agissait plutôt d'actes unilatéraux émanant d'autorités privées et dont les effets seraient déterminés par la seule volonté de l'offrant. s'agissant de services d'intérêts général, l'offrant disposerait d'un véritable pouvoir réglementaire comparable à celui de l'autorité publique...."

⁴ Déguit"l'état et les droits objectifs» pages 55 et 432 " les transformations du droit privé" -page 123- ed Sirrey - 1952.

مواصفات خاصة به. وقد دافع هذا القسم من الفقه على موقفه بالعديد من الحجج، أهمها أن المخاطر التي يتضمنها عقد الإذعان بالنسبة لأحد الطرفين تتعلق أساساً بأوضاع إقتصادية (des situations économiques)، ولا ترجع إلى قواعد تكوين العقد، فيكون الأمر حينئذ أخلاقياً أو إجتماعياً أكثر منه قانونياً¹، إضافة أن عدم التساوي بين المتعاقدين أو عدم التفاوض بينهما، لا ينفي وجود إرادتين وتلاقيهما، فالطرف المذعن يقبل بإرادته، إذ أنه غير مكره قانوناً على التعاقد.

ويضيف هؤلاء الفقهاء أن عنصر التفاوض لا يمثل شرطاً في إنعقاد العقد أو صحته (l'élément des pourparlers n'est pas une condition pour la création et la validité du contrat)، بل قد يتخلى عنه المتعاقد، أو يخضع لشروط المتعاقد الآخر من غير أن تتغير طبيعة العقد²، إضافة إلى أن إخراج عقود الإذعان من دائرة العقود، لا يكون من شأنه حماية الطرف المذعن، إذ يحرمه من استعمال وسيلة عيوب الرضا لإبطال العقد أو تعديله في صالحه. ويؤكد هذا الجانب من الفقه أيضاً، أن الإبقاء لعقد الإذعان صفته كعقد، لا يمنع المشرع والسلطات العامة من التدخل وفرض شروط عديدة دقيقة، تحد من قوة المشتري وتحمي المدعّن.

ثالثاً: مميزات عقد الإذعان (Les caractéristiques du contrat d'adhésion)

سبق التوضيح أن عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يخضع فيه الطرف المذعن لشروط مفروضة ينفرد بوضعها الطرف الآخر في العقد، ولا يقبل المناقشة فيها (المادة 70 جزائري). فخلافاً لعقد المفاوضة، فإن عقد الإذعان عقد تم تحديد مضمونه بصورة

¹ Marty et Raynaud -op- cit page 285- Volume N°117.

أنظر كذلك : Michel - Le Galcher - Baron-op- cit page 30"... la plupart des auteurs admettent cependant qu'il s'agit de véritables contrats, ce n'est pas, en effet, parce que l'une des parties ne peut pas discuter les clauses d'un contrat d'adhésion, qu'il ne s'agit pas d'un contrat. la partie qui n'a pas rédigé les clauses gardes toujours la possibilité de contracter ou de ne pas contracter. Si elle accepte de s'engager, elle souscrit à toutes les clauses du contrat d'adhésion dont elle a en connaissance. C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence ..."

²د: عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - صفحة 54.

كذلك : د: عبد الودود يحي " دروس في النظرية العامة للإلتزام" - الدار العربية للنشر - ص 274 - طبعة 1974 - القاهرة.

كذلك : د: أحمد حشمت أبو ستيت " نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد" الكتاب الأول - ص 211 - دار النهضة للطباعة والنشر 1954 - القاهرة.

كلية أو جزئية وبطريقة مجردة وعامة (l'élaboration du contrat d'adhésion se fait d'une manière abstraite et générale قبل وقت التعاقد. فهو موجه بنفس الشروط إلى الجمهور، أي إلى متعاقدين غير معنيين و غير محددين¹.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، أن من مميزات عقد الإذعان" توجيه عرض الانتفاع بالسلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط مماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها(مجموعة الأعمال التحضيرية رقم 02- صفحة 69).² وينفي الفقه المدني واقعة إنتفاء إرادة الأطراف في عقود الإذعان، فلو حصل ذلك إنعدم العقد، كما أن عقد الإذعان ليس بعقد مشوب بإكراه كعيب في الرضا الذي يتحقق عادة بتوافر عنصرين أساسيين، هما العنصر المادي المتمثل في إستعمال وسائل تهدد بخطر جسيم، والثاني نفسي وهو الرهبة التي تدفع على التعاقد، وهي الصفات التي لا توجد في عقد الإذعان. فإن ظهر نوع من الإكراه فهو اقتصادي وليس قانوني³.

ويضيف ذات الفقه أن عقود الإذعان ليست بعقود جبرية (contrat force ou imposé) كما يتحقق ذلك في إلزام القانون أو طلبات القاضي بتقديم كفالة مثلا ، كما أن التعامل بالسعر الجبري لا يعتبر من عقود الإذعان، فمن ناحية أولى لا يمنع ذلك التفاوض في الشروط الأخرى، ومن ناحية ثانية فإن عقد الإذعان لا يقف عند السعر، بل يتضمن الشروط إلى جانب الثمن ، منها نوع الإلتزام (لغاية أو بعناية)، وشروط الضمان بأنواعه، وشروط التسليم ومكانه وزمانه إضافة إلى طريقة الوفاء والشروط الجزائية وشروط فسخ العقد، إلى جانب مسائل تحديد القانون المطبق والاختصاص القضائي

¹-: محمد وجيه شحادة- المرجع السابق - ص 156.

²-: أحمد السنهوري- المرجع السابق- هامش صفحة 164 وما بعدها.

³ - Michel Le GALCHER - BARON-op-cit page 30."...le véritable problème posé par les contrats d'adhésion, n'est donc pas celui de leur nature juridique. il est celui de la protection du cocontractant. A cet égard une loi du 10 janvier 1978 sur la protection de l'informations des consommateurs de produits et services a péon, dans son article 35, que des décrets pris après avis d'une commission des clauses abusives, pourraient interdire, limiter ou réglementer certains clauses des contrats passés entre les professionnels et les consommateurs...."

عند قيام النزاع وتحديد المسؤولية الخ من المسائل المتعلقة والمحيطة بعملية التعاقد¹. من الثابت اليوم أن عقود الإذعان هي التي تمثل الإطار العادي للعلاقات بين الأفراد والمؤسسات. ولما كانت هذه العلاقات تسيطر بصورة واضحة على المجريات الاقتصادية والاجتماعية الراهنة، فإن عقود الإذعان أصبحت تشكل مصدرا هاما من مصادر القانون.²

ولما كانت أغلبية الشركات والمؤسسات التي تفرض شروطها على المتعامل اليوم، وخاصة في الجزائر من المؤسسات العامة، التي تقوم و تضمن في معظمها بمرفق عام، فإن عقد الإذعان أضحي يتصف في غالب الأحيان بطابع الصالح العام (l'intérêt général). و فكرة الصالح العام هذه هي التي تؤدي إلى وضع شروط عامة، صالحة بالنسبة إلى متوسط الكافة، دون الوقوف عند المصالح الفردية التي تتفاوت حسب الأشخاص والحالات.

ومما تستوجب ملاحظته في هذا السياق، أن التشريعات و إن كانت تقرر التفاوت في مركز الجانبين (م 70 م ج)، فإنها تحمي الطرف المذعن، إما بقواعد عامة كما في التفسير أو التعسف في شروط العقد، أو في تنظيم العقود الخاصة نفسها، التي يتغلب فيها طابع الإذعان، مثل عقود التأمين والنقل³. وقد إتجه المشرع الفرنسي خلال سنة 2016، وفي إطار توجه يضمن إعادة النظر في قانون العقود، إلى إقحام مفهوم بل تعريف واضح لعقد الإذعان إلى جانب تعريف آخر يخص عقود المفاوضة، قرر فيه

¹-محمد سامي مازن-المرجع السابق- صفحة 117.

كذلك - د:حسن النوري - المرجع السابق 151 وما بعدها.

كذلك- د:حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - صفحة 121.

كذلك-د:لخضر بن عزي - المرجع السابق- صفحة 17.

² - Amboise Colin - Henri Capitant - op -cii pages 321 et 322 "...le droit moderne, a vu promulguer une grande quantité le lois ou de règlements, à caractère impératif, concernant les contrats. cela à été la conséquence des doctrines interventionnistes- l'état prétendant contrôler l'économie son seulement a absorbé, lui même certains secteurs de cette économie...les contrats d'adhésion forment aujourd'hui le cadre normale des relations entre individus et entreprises ils sont devenus une source indiscutable du droit..."

³ - تنص المادة 110 مدني جزائري على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

بطلان كل شروط تعسفية يتضمنها عقد الإذعان، مانحا بذلك حماية مكثفة للمستهلكين والمتعاملين (المواد 1110 و 1171 مدني فرنسي)¹.

ولا يصح الاعتقاد أخيرا، أن عقد الإذعان هو مجرد تشويه لأصل العقد، إنما هو عقد خاص يتم بالإيجاب والقبول، ويتعرض للتفسير وإلى التعديل، إنما تفرضه طبيعة المعاملات وفعاليتها، كما يفرضه في حالات عديدة الصالح العام، أو حتى النظام العام.

رابعا: أهمية التفرقة بين عقود المفاوضة وعقود الإذعان:

L'importance de distinction entre contrats grés à gré et contrats d'adhésion

يجمع الفقه الحديث أن أهمية التفرقة بين هذين النوعين من العقود أن التشريعات المدنية الحالية، بما فيها القانون المدني الجزائري، سمحت للمشرع أن يتدخل في معظم عقود الإذعان عن طريق القواعد الآمرة لحماية الطرف الضعيف، كما هو الحال في عقود العمل والتأمين². بالإضافة إلى ذلك فقد استحدث القانون المدني الجزائري وعلى غرار التقنين الفرنسي حكيمين قصد من ورائهما حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، ويتلخصان فيما يلي:

أولا: نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي، أن يعدل هذه الشروط، أو أن

¹ لقد شدد المشرع الفرنسي في حماية المستهلك والمتعامل الاقتصادي على السواء في التعاملات الاقتصادية التي يصبغها طابع الإذعان، وقد ظهر ذلك واضحا من خلال الأمر الصادر بتاريخ 10/02/2016 المتضمن إصلاح قانون العقود إذ قام بإحكام مفهوم عقد الإذعان في القانون المدني الفرنسي، وفي هذا العدد تقول: (Perrine Pelletier) «... l'ordonnance du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats, introduit la notion de contrat d'adhésion dans le code civil, la notion issue de ce texte est couplée à un régime spécifique destiné à permettre une protection accrue des adhérents, qu'ils soit consommateurs ou professionnels. Cette protection se traduit par l'avènement de la règle d'interprétation (contra proferentum) et la possibilité pour le juge de réputer nulles les clauses abusives contenues dans de tels contrats... »

-Perrine Pelletier – Linked-in : « informe du droit des contrats » Iz contrat d'adhésion- Novembre 2016 –(Fr. linked .com).

² - Ali : BENCHENEB- op –cit- page 35 : « ...cette situation implique donc une protection particulière de la parties adhérente, considérée comme faible au regard de l'autre partie contractante. Elle explique déjà un interventionnisme du juge sur les clauses réputées léonines, c'est – à-dire des clauses qui introduisent un déséquilibre flagrant au détriment de l'adhérent, et des règles d'interprétation spécifiques prévues par le code civil. En effet, lorsque la clause est réputée léonine, le juge peut la modifier, ou l'annuler (art.110) et les clauses obscures d'un contrat d'adhésion s'interprètent toujours au profit de l'adhérent (art 112)... »

يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك¹

ويتضح من هذا النص أن للقاضي سلطة استثنائية تخرج عن طبيعة عمله تجاه العقود. لأن الأصل هو أن ليس للقاضي الحق في تعديل شروط التي قررها المتعاقدين، وإنما تتحصر سلطته في تفسير الغامض من البنود منها. في حين أن سلطة القاضي في عقود الإذعان تتجاوز سلطة التفسير إلى التعديل. فإذا ما تبين للقاضي وجود شروط تعسفية عنها جاز له أن يعدل هذه الشروط، كما له أن يلغيها ويعطي الطرف المذعن من الإلتزام بها. وذلك بحسب ما يظهر له من ظروف العقد وملابساته.

وزيادة على ذلك، فلقد إعتبر التشريع المدني الجزائري في المادة 110 منه هذه المقتضيات من النظام العام، أي أنه لا يجوز الإتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، ويقع مثل هذا الإتفاق باطلا. وفي هذا تأكيد لحماية الطرف الضعيف، أقرها المشرع في عقود الإذعان فقط، فلا ينطبق حكمها على عقود المفاوضة. **ثانيا : كما نصت المادة 112 م ج على مايلي:** "يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"

ويتبين من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد خرج عن القاعدة العامة في عقود التفاوض، حيث تفسير العبارات العامة في مصلحة المدين، وذلك بإقراره قاعدة توجب أن يكون التفسير دائما في مصلحة الطرف المذعن، سواء كان دائما أم مدينا.

ويعود السبب في هذا الاستثناء إلى أن الطرف القوي في عقود الإذعان، هو الذي يفرض شروط العقد. وعلى ذلك، فإن من العدل أن يتحمل وحده نتيجة الغموض الذي يقع فيها. وتظهر الحماية واضحة على صورتين، فهي من جهة تسمح للقاضي بتعديل الشروط التعسفية وحتى إلغائها، ومن جهة أخرى توجب أن يكون تفسير الشروط الغامضة

¹ - وتقابل هذه المادة كل من المادة 150 مدني سوري والمادة 1171 م فرنسي.

في مصلحة الطرف المذعن خروجاً على القاعدة الأصلية التي توجب أن يكون التفسير في مصلحة المدين¹.

ويعيب بعض من الفقه، عدم قيام المشرع الجزائري بوضع تعريف واضح وشامل لعقود الإذعان في القانون المدني، ولجوءه لمحاولة تعريفه في القانون 02/04 المتضمن الممارسات التجارية من خلال المادة الثالثة منه، وهذا ما خلق حسبه واقعة " غياب التنسيق التشريعي"، خلافاً لما ذهب إليه التشريع الفرنسي من خلال الأمر الصادر في 2016/02/10 الذي أقم من خلاله تعريفاً واضحاً لكل من عقود الإذعان وعقود المفاوضة².

¹-د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 27.

² - Ali BENCHENEB- op- cit page 36. « ... dans la loi sur les pratiques commerciales du 23.06.2004, ce souci de moralisation de la relation contractuelle est mis en évidence par des obligations informatives, et par l'émergence de la clause abusive, obstruction faite ici de l'arsenal répressif qui y est prévu, mais ce qu'il importe de relever dans ce cadre des présents développent ne concerne que ce qui est de nature à caractériser, et donc à qualifier le contrat d'adhésion.

Plutôt que d'envisager une modification de l'article 70 du code civil pour améliorer la définition du contrat d'adhésion, la loi du 23 juin 2004 prétend, a hauteur de son article 3, donner une définition du contrat. Ce déficit de coordination est regrettable. Il l'est d'autant plus que ce qui est présenté comme une définition du contrat relève d'avantage de la notion du contrat d'adhésion, avec une approche plus explicite que celle à l'évidence quelque peu daté du code civil ... »

المطلب الثالث : العقود الحقيقية والعقود الصورية

Les contrats apparents et les contrats fictifs.

أولاً : مضمون العقد الصوري :

في كثير من الأحيان ولأسباب عديدة ومختلفة ، يلجأ المتعاقدان ، إلى تعمد إخفاء ما تعاقدوا عليه، وإظهار عقد غير حقيقي ، ونتيجة ذلك ان ينشأ عقدان، الأول ظاهر (Apparent) وهو في الواقع صوري ، أما الثاني فهو عقد حقيقي مستتر يتضمن ما إتفق عليه الطرفان من موضوع وشروط، يسميه الفقه المدني بـ " ورقة ضد" (la contre – lettre ، والصورية في مجال العقود نوعان، إما صورية مطلقة (Simulation absolue) ، وفيها لا وجود للعقد في الحقيقة والواقع، ومثاله كأن يتفق المتعاقدان على إبرام عقد بيع ، ويكتبان في الوقت ذاته سنداً أو وثيقة خفية ومستترة ينصان فيها أن البيع غير حقيقي و لا يلزمهما، و إما صورية نسبية (Simulation relative) وهي التي تفرض وجود عقد ظاهر له أثره، ولكنه أبرم لإخفاء العقد المستتر، أو بعض من شروطه. ويعدد الفقه المدني الطرق الكثيرة والوسائل المختلفة التي يلجأ إليها المتعاقدان لتجسيد الصورية في إبرام العقود² ، فقد يختار هؤلاء طريق التستر (la voie de déguisement) ، مثالها الشائع إنشاء هبة في صورة بيع للتهرب من شروط الهبة التي قررها القانون. أو السبيل المضاد (par voie de contre lettre) ومثاله إظهار عقد بيع يذكر فيه أقل من الثمن المذكور في عقد البيع الحقيقي المستتر أو ورقة ضد. وقد يلجأ المتعاقدان لمحاولة إخفاء الصورية على عقدهم إلى ما يسمى بطريق التسخير (par voie d'interposition de personne) ، حيث يكون المتعاقد المستفيد بالعقد الظاهر، كالموهوب

¹ -WWW- minilex. Fr : « La simulation est un mensonge commun aux parties à un contrat dans le but de cacher leur volonté réelle dans un acte apparent et l'expriment dans un acte secret ou clandestin appelé contre lettre. Le premier contrat (contrat apparent) est institué pour couvrir le contrat secret (le véritable contrat ou contre lettre qui exprime la volonté réelle des parties).

² -Jean Carbonnier : droit civil – Tomme 4 « les obligations PUF- collection THEMIS – page 259 – Paris 1972 « ... la simulation peut aussi consister en un contrat déguisé, par exemple une vente est conclue alors qu'il s'agit en réalité d'une donation – la simulation peut être un contrat fictif, c'est-à-dire porté sur l'existence même de l'acte. La simulation peut aussi porter sur la personne des contractants : le nom d'une personne figure dans l'acte ostensible, l'acte secret prévoit que le contrat produira des effets à l'égard d'une autre personne, c'est l'hypothèse ou une personne achète pour une autres personne qui ne veut pas être connue... »

له غير الشخص المقصود بالعقد، و إنما شخص مسخر يقتصر تدخله في الهبة على نقلها من الواهب إلى الموهوب له .

ثانيا : الآثار القانونية للعقد السوري

ينفق الفقه على أن العقد السوري ينشأ بإرادة المتعاقدين إلى جانب العقد الحقيقي، فهو إتفاق قد يلزم المتعاقدين طبقا للقاعدة. "العقد شريعة المتعاقدين"، غير أنه يتناقض مع عقد آخر أنشأه كذلك نفس المتعاقدان بإرادتهما المتطابقتين، وبالنسبة إليهما بإرادتهما تتجه إلى العقد الحقيقي، ولكن فإن كان تشترط في العقد شكلية معينة، فيتمسك بالعقد الذي توفرت فيه الشكلية.

لقد تعرض المشرع الجزائري لواقعة الصورية في العقود، من خلال نصوص المادتين 198 و 199 من القانون المدني، أسوة بالتشريعات المدنية الحديثة، فقد قررت المادة 198 م ح ما يلي: "إذ أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد السوري". أما المادة 199 م ح فقد نصت على أنه: "إذا أخفى المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي"¹.

يتضح من قراءة المادتين السالفتين، أن المشرع الجزائري أعطى الصلاحية لكل من دائني المتعاقدين والخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد السوري الذي أبرمه المتعاقدان بدلا من العقد الظاهر، كما منح كذلك السلطة الكاملة للخلف العام التمسك بالعقد الحقيقي، إذ بادر المتعاقدان إلى إخفاء هذا العقد بأية طريقة كانت. وهذا ما سار عليه الفقه الفرنسي الحديث².

و آثار الصورية في العقد، قد تمتد إلى المتعاقدين والخلف العام، أو إلى الغير. فبالنسبة للمتعاقدين والخلف العام، يمكن الجزم أنه لا وجود للعقد الظاهر (المادة 199 م ح) وذلك

¹ - تنص المادة 106 مدني جزائري على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"

² -Cindy. Nicolas. Over- Blog: "La simulation"... le droit positif reconnaît le principe de validité de la simulation, sous réserve de la fraude. validité et effet obligatoire de la simulation: l'autonomie de la volonté et l'effet obligatoire des conventions impliquent de reconnaître la validité de la simulation voulue par les parties selon les cas, la contre lettre produira seule ses effets, ou devra être combinée avec l'acte apparent..."

طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، غير أن التمسك بالعقد الحقيقي يستلزم إثباته، و إلا كان العقد الظاهر جدياً لا سورياً¹.

أما بالنسبة للغر، فيجمع الفقه على أنه في هذه الحالة يكون على الغير التمسك بالعقد السوري، أو بالعقد الحقيقي إن كانت له مصلحة في ذلك وهذا ما ورد في المادة 198 م ح المقابلة لنص المادة 1321 مدني فرنسي² ويعتبر غيراً في حالة العقد السوري، كل من كسب على الشيء محل التصرف حقا عينياً من أحد المتعاقدين (الخلف الخاص)، كالمشتري والدائن المرتهن، كذلك الدائنون الشخصيون العاديون (créancier chirographaires) لكل من المتعاقدين طرفي العقد السوري، إضافة إلى دائن البائع له أن يتمسك بالعقد المستتر، لينفذ على أموال البائع، وله أن يتمسك بالعقد السوري ليطعن فيه بالدعوى البولصية، على أن تصرف المدين هبة³. ويشترط من جهة أخرى في التمسك بالعقد السوري أن يكون الغير حسن النية، كأن يعتقد أن العقد الظاهر جدي، فإذا كان عالماً بالصورية وقت التعاقد، فالعقد الحقيقي هو الذي يسري في حقه⁴.

¹-د: حلمي بهجت بدوي " أصول الالتزامات" الكتاب الأول في نظرية العقد- صفحة 217- ط 1943- القاهرة.
كذلك: د- أنور سلطان "الوجيز في النظرية العامة للالتزام" الجزء الأول ، مصادر الالتزام - صفحة 192- ط 1964- القاهرة .

د- أحمد سلامة" مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام - صفحة 134- مؤسسة دار التعاون للطبع - ط1975- القاهرة.3

² - www.COURS- de- droit .net : "B)- le régime de la simulation à l'égard des tiers: "l'article 1321 du code civil prévoit que les contres-lettres n'ont point d'effet contre les tiers. Les tiers bénéficient de mesures de protection, mais ces mesures de protections peuvent "dégénérer" entre conflits entre tiers..."

³-د: لخضر بن عزي - المرجع السابق- صفحة 21.

⁴ - WWW. COURS de- droit .net -op. cit: les tiers peuvent être lésés. les tiers sont les ayants cause à titre particulier (personne qui a acquis de son auteur un élément précis de son patrimoine) exemple un acheteur. ces ayants causes à titre particuliers s'opposent aux ayants causes à titre universel (héritiers).

المبحث الثاني

تصنيف العقود الخاصة من حيث طريقة تكوين العقد

La classification des contrats spéciaux sur le critère de la forme du contrat

لقد سار رواد النظرية التقليدية في تصنيف العقود ومنهم كل من بلانيول (Planiol) وريبير (RIPERT) و إسمان (ESSAMAIN)، وكولان و كبيتان (COLIN ET CAPITTANT) إلى تقسيم العقود الخاصة من حيث طريقة تكوين العقد إلى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية من جهة، وعقود أصلية وعقود تبعية من جهة أخرى. وسنخوض في هذا المبحث المضمون القانوني لهذه العقود في التشريعات المدنية الحديثة بما فيها القانون المدني الجزائري، ونتطرق إلى الأهمية التي أولتها النظرية التقليدية لهذا التقسيم .

المطلب الأول: العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية

Les contrats consensuels formels et réels

الفرع الأول : العقد الرضائي في القانون الجزائري والمقارن

يتفق الفقه المدني على أن العقد الرضائي هو (le contrat consensuel) الذي يتم إنعقاده بمجرد تبادل الطرفين التراضي دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين¹ . ففي هذا العقد يكفي لانعقاده إقتران القبول الصحيح بإيجاب صحيح، فضاء المتعاقدين وحده هو الذي يعطي القدرة للعقد للخروج إلى الحيز القانوني. و أغلب العقود في القوانين الحديثة بما فيها القانون الجزائري رضائية ، مثالها البيع والإيجار والعارية والشركة، وبذلك إتفق الشراح أن العقود الرضائية أصبحت تمثل القاعدة في الحياة الإقتصادية للأفراد، و أن غيرها بات إستثناءا.

¹-د:محمد وجيه شحادة- المرجع السابق - صفحة 155.

أنظر كذلك: د: علي علي سليمان- المرجع السابق - صفحة 21.

د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 54.

كذلك : Antoine Vialard-op-cit page 37 : « ... le contrat consensuel est celui qui se forme par simple échange des consentements, sans que cette échange doive obéir à une forme déterminée. Le principe du consensualisme est la règle (art :59, « le contrat se forme dès que les parties ont échangé leur volontés concordantes... » voir aussi l'article 65) par application de ce principe, la plupart des contrats régis par le code civil sont des contrats consensuels... »

ويمكن للعقد أن يكون رضائيا لكن يشترط في إثباته أن يأخذ شكلا معنيا ، وهذا لأنه يستلزم التفرقة بين وجود العقد وطريقة إثباته¹. فما دام يكفي وجود العقد رضا المتعاقدين، فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو غيرها من الشكليات. وقد يقع أن يتفق طرفي العقد على أن يكون تعاقدتهما كتابة، وهنا قرر مجموع الفقه وجوب كشف إرادة المتعاقدان وهل إتجها أن تكون الكتابة عنصرا للإثبات، فيوجد العقد بمجرد الرضا، أو على العكس إتجهت إرادة الأطراف إلى اعتبار الكتابة عنصرا لإتمام العقد، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد في غياب عنصر الكتابة، ويجوز لكلا الطرفين التراجع عن التعاقد، ما دامت الكتابة لم تتم².

ومبدأ الرضائية مثلما سبق توضيحه سائد في القوانين الحديثة بشكل كبير، وهو حديث العهد نسبيا، لأن هذه القوانين لم تعتمد في نصوصها إلا بعد تطور تاريخي وقانوني طويل. ولقد كان معروفا لدى فقهاء الرومان وفي الممارسات الإقتصادية لديهم أن الإتفاق لم يكن كافيا لإنشاء الإلتزام، وكانت القوانين تشترط على المتعاقدين إفراغ إتفاقاتهم في إحدى الأشكال التي قررتها وإلا كان باطلا، وهذا وفق نظام (Mancipato) وهو الذي يستلزم مثلا حضور الشهود ووضع الميزان، وتلاوة عبارات معينة ، و أما في الشكل فكانوا يسمونه (Injure cessio) أي أمام القضاء.

وأما في الشكل الذي كانوا يسمونه (Traditio) أي التسليم المادي، و إما بوضع اليد الطويلة للتملك بغير العقد، وكانوا يسمونه (Usucapio) بالنسبة للأعيان³.

¹- د: احمد السنهوري- المرجع السابق- صفحة 112 يقول: "...فيكون العقد غير المكتوب موجودا ، ولكن لا توجد وسيلة كتابية لإثباته. والفائدة العملية في تمييز مثل هذا، أنه في حالة ما إذا كانت الكتابة لازمة لإثبات (ad probatium) يجوز إثبات العقد غير المكتوب بالإقرار واليمين. أما إذا كانت الكتابة ركنا في العقد (ad solennitatem) بأن كان شكليا، فالعقد غير موجود ما دامت الكتابة لم توجد حتى عند الإقرار واليمين".

²-أحمد السنهوري- المرجع السابق- هامش الصفحة 113 يقول : "... وسواء إنقلب العقد شكليا أو بقي رضائيا، فإنه يختلف عن العقد الشكلي بحكم القانون، في هذا العقد الأخير (كالهبة مثلا) لا يجوز الاتفاق على جعله رضائيا، أما العقد الشكلي بالاتفاق فيجوز فيه العدول عن هذا الاتفاق والرجوع إلى جعله رضائيا...".

³ Georges Ripert- Jean Boulanger : traite élémentaire de droit civil(de planiol) Tome II-page 27 SGDJ- 1952- Paris.

وقد بقي العقد كآلية قانونية في القانون الروماني يخضع لهذه الشكلية المقدسة، إلا أنها بدئت تخف شيئاً فشيئاً تحت وطأة التطور الاقتصادي وكثرة المعاملات في المجتمع الروماني، إلى أن جاء الفقيه ديمولان (Dumoulin) في أوائل القرن السادس عشر ووضع البذرة الأولى لمبدأ سلطان الإرادة (le principe de l'autonomie de la volonté) وهو بصدد بتكييف عقد نظام مالي . وقد إزدهر هذا المبدأ في نطاق القانون المدني ، وزاد ازدهاره بعد الثورة الفرنسية و إنتشار المذهب الفردي، ووضع تقنين نابليون على أساس هذا المبدأ¹ .

أما في الفقه والشريعة الإسلامية، فإن غالبية شراح المذاهب الأربعة يقررون الرضائية في العقود، و أن العقد لديهم ينعقد بمجرد توافق إرادتي الطرفين، دون إعطاء الاعتبار للطريقة التي تعبر بها الإرادة، فلا يشترط الفقهاء المسلمون في مجموعهم أن تأخذ الإرادة شكلاً معيناً، ويخلو التعبير عن الإرادة في الشريعة الإسلامية من شرط معين، باستثناء ما يشترطه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة من أن تكون الصيغة في عقد الزواج مأخوذة من كلمات مثل الزواج والنكاح² .

والملاحظ من جهة أخرى ، أن المشرع الجزائري تبنى قاعدة رضائية كأصل عام فعنصر الرضا كاف لانعقاد العقد، ما لم توجد مقتضيات قانونية خاصة تقرر خلاف ذلك، فقد جاء في المادة 59 من القانون المدني الجزائري أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل

¹- د: علي علي سليمان- المرجع السابق- صفحة 23 يقول: "...غير أن المذاهب الاشتراكية بدأت تنتشر، و اخذ المذهب الفردي يتقلص ظله، و أصبحت الدولة تتدخل في تنظيم الكثير من العقود، وتحد من سلطان إرادة الأفراد، وتقيداً بمختلف القيود لمصلحة المجتمع، وبالتالي أقل نجم مبدأ سلطان الإرادة في أغلب العقود، وضاق إطار العقود الرضائية..."

²- د: مذكور محمد سلام" المدخل للفقه الاسلامي" صفحة 532 طبعة 1960
كذلك : د: موسى محمد" الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي " صفحة 250، طبعة 1953- مطبعة الشريعة - سوريا.

كذلك : د: مصطفى شلبي "المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه" صفحة 704 - طبعة 1969- دار النهضة العربية- بيروت

المتعاقدان التعبير الصحيح عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالقانون¹، وبهذا يبدو واضحا أن قاعدة الرضائية في القانون الجزائري هي الأصل، أما ما يستوجبه المشرع من شكليات في بعض العقود هو إستثناء، وذلك لتضمن المادة 59 م ج لعبارة " دون الإخلال بالنصوص القانونية"، ومفاد هذه العبارة هو وجوب مراعاة ما ينص عليه القانون، أو ما يشترطه من إجراءات شكلية معنية لانعقاد العقد² . وهذا ما قرره غالبية التشريعات المدنية الحديثة، وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي³ .

الفرع الثاني: العقد الشكلي في التشريع المدني الجزائري

Le contrat solennel en droit Algérien

العقد الشكلي هو العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد تراضي الطرفين، بل يشترط بالإضافة إلى ذلك، القيام بإجراءات شكلية⁴، وبمفهوم آخر لا يكفي التراضي لتمامه، ولكن يجب فيه مراعاة شكلية معينة، كالكتابة الرسمية في بيع العقار مثلا. ويتفق الفقه على أنه لم يبق في القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية، الغرض من الإبقاء عليها هو في غالب الأحيان من أجل لفت إنتباه المتعاقدين وتنبههم إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد كما في عقود الرهن والهبة وبيع العقارات⁵.

¹ - Ali Bencheneb, op-cit- page 43 « ... Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements, aucune formalité n'est imposée pour la validité du contrat, pas même la rédaction d'un acte, ou le signature des parties, contrairement à la croyance populaire ... »

² - د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 57.

والملاحظ في هذا الصدد أن القانون المدني الجزائري تضمن تطبيقات لمبدأ رضائية العقود، ومثاله ما أورده المادة 60 م ج من أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون طريحا.

³ - article 1109 du code civil français stipule : « le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements, quel qu'en soit le mode d'expression... » Ordonnance n° 2016/131 - du 10 février 2016-art2.

⁴ - د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 24.

أنظر كذلك : د: محمد وجيه شهادة- المرجع السابق- صفحة 155.

د: أحمد صبري السعدي - المرجع السابق- صفحة 57 وما بعدها.

د: محمد حسنين- المرجع السابق - صفحة 15

⁵ - د: عبد الودود يحي - المرجع السابق - صفحة 19.

وتختلف الشكلية المعتمدة في القوانين القديمة عن تلك التي تبنتها التشريعات المدنية الحديثة، إذ أصبحت الشكلية القانونية اليوم أكثر مرونة، وذلك تجاوبا والأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها المجتمعات الحديثة¹.

ويجب في هذا الصدد التمييز عند خوض مبدأ الشكلية بين حالتين :

الأولى: الشكلية المشترطة لنهاذ العقد، أو لإثباته وهي لا تؤثر في صحة العقد².

الثانية : الشكلية المشترطة للانعقاد في عدد من الحالات³.

وبهذا تنص المادة 615 مدني جزائري على أنه : "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا، إلا إذا كان مكتوبا، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع". يستخلص من هذا النص أنه إذا كان الثمن في عقد البيع يأخذ صورة إيراد لمدى الحياة (la rente viagère)، وجب في العقد ليكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية أن يتم بالكتابة.

فالكتابة في هذه الحالة لا تشترط لمجرد الإثبات، ولكن لصحة العقد.

وعلى صعيد آخر، لا يكون بيع المحل التجاري صحيحا، إلا إذا تم العقد بسند رسمي، وقد نصت المادة 79 من القانون التجاري الجزائري في هذا الصدد على انه : " كل بيع

¹ - د: عبد الرزاق أحمد السنهاوري - المرجع السابق - صفحة 165 : يقول : "...وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية في القديم، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائيا والقليل هو الشكلي . وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة. وتختلف عنها أيضا، وبوجه خاص، في أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد. فالشكلية الحديثة، إذا كانت لازمة، فهي ليست بكافية. أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هي التي تكون العقد، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس ، أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية ..."

² - د : محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 58- يقول "...ونلفت النظر إلى أنه يجب التمييز بين الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد، والطريقة التي يوجهها القانون لإثباته. فالعقد الذي تزيد قيمته عن مائة ألف دينار جزائري ، يجب إثباته بالكتابة (م 333 م ج)، إنما لا يعتبر العقد في هذه الحالة شكليا، لأن الكتابة ليست ركنا فيه لازما لقيامه، بل مجرد طريقة لإثباته، وكل ما قد يترتب على تخلفها صعوبة إثبات العقد الذي يظل مع ذلك ممكنا بالإقرار مثلا أو باليمين ، بل مد مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن إثباته بالبينة أو بالقرائن ..."

³ - Antoine Vialard - op- cit - page 37 : «... le contrat formel est celui pour lequel le simple échange des consentements est insuffisant- ici l'échange des consentements doit être exprimé dans certaines formes, ou accompagné de certains éléments, sans lesquels le contrat ne se forme pas. Nous retrouverons la question du formalisme dans le contrats. Pour l'instant, il suffit de préciser que la forme imposée est variable selon le contrat considéré il peut s'agir de l'accomplissement d'une solennité pour la naissance du contrat , ou d'une solennité concernant la preuve de l'existence du contrat... ».

إختياري أو وعد بالبيع، وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري، ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو بالمزايدة، أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة، يجب إثباته بعقد رسمي، و إلا كان باطلا...".

ويتضح أن الغاية من إشتراط الرسمية في عملية بيع المحل التجاري هو حماية المشتري مما قد يتضرر منه بسبب تحيّل البائع في حقه، أو كل تهرب محتمل من التنفيذ¹. وقد يحدث أن يشترط القانون في صحة عقد البيع مثلا إجراءات أخرى غير الكتابة الرسمية، فلا يصح البيع في بعض الحالات إلا بالمزاد العلني (la vente aux enchères des immeubles)، كما هو الأمر في التنفيذ على العقار المرهون، وبيع أموال المفلس، وبيع الأموال المحجوزة.

ففي هذه الحالات لا يصح البيع بالتراضي، ولكن ينبغي أن يخضع لكل الإجراءات التي يستوجبها القانون. فالقاعدة حسب المادة 69 من القانون المدني الجزائري تقضي بما يلي: "لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد، ويسقط بمزاد أعلى ولو كان باطلا"، ويتناول قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بالتفصيل إجراءات من هذا النوع من البيوع.

وما تستوجب الإشارة له في هذا الصدد، وبالخصوص، هو ما يحيل إليه القانون المدني الجزائري من مقتضيات و إجراءات متعلقة بالشهر العقاري (la publicité foncière). فيجب حينئذ الاستتجاد بالمواد والنصوص القانونية المنظمة لعمليات الشهر العقاري، والإطار القانوني الأساسي في ذلك هو الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي (le cadastre) والسجل العقاري (le livret foncier)، فقد ورد في المادة 16 منه ما يلي :

¹ - د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 24 وما بعدها .

"إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل، أو تصليح، أو تعديل أو إنقضاء حق عيني (8) لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف، إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية¹."

الفرع الثالث : العقد العيني في التشريع الجزائري

Le contrat réel en droit Algérien

يعرّف العقد العيني فقها بأنه العقد الذي لا يتم إنعقاده إلا بتسليم محل العقد عينيا، وبمعنى آخر هو العقد الذي يعتبر التسليم روكنا فيه، فلا ينعقد بمجرد تراضي الطرفين، بل يجب إضافة على ذلك تسليم الشيء محل العقد². وقد كانت العديد من التشريعات المدنية القديمة تحتوي على العديد من صور العقود العينية تم نقلها من قانون نابليون³، إلا أن غالبية القوانين المدنية الحديثة، ومنها التشريع الجزائري جعلت غالبية هذه العقود رضائية و أصبح تسليم المحل فيها أثر من آثار العقد، لا ركننا فيه، ولم تترك هذه التشريعات بين مقتضياتها إلا عقدا عينيا واحدا هو عقد الهبة الواقعة على المنقول⁴.

¹- الأمر 75-74 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395- الموافق لـ 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري - الجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

²- د : محمد وجيه شهادة- المرجع السابق- صفحة 156.

كذلك د: علي علي سليمان- المرجع السابق- صفحة 23.

د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 59

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق- صفحة 166، يقول: "... أما التقنين المدني القديم، فكان يسير على نهج التقنين المدني الفرنسي، ويجعل إلى جانب هبة المنقول عقودا عينية أخرى أربعة: القرض والعارية والوديعة و رهن الحيازة. وكلا التقنينين ورث عينية هذه العقود الأربعة عن القانون الروماني دون مبرر. فقد كانت هذه العينية مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية، ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في بعض العقود، هذه هي العقود العينية. ولم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية. أما اليوم فقد أصبح التراضي كقاعدة عامة، كافيا لانعقاد العقد فلم يعد هناك مقتضى لإجلال التسليم محل الشكل، وقد قللت بعض التقنيات الحديثة عدد هذه العقود العينية..."

⁴- د: علي علي سليمان - المرجع السابق- صفحة 24.

و على الرغم من الانتقادات التي وجهها بعض من الفقه الفرنسي للعقود العينية¹، إلا أن الملاحظات الأساسية التي أوردتها جزء آخر من الفقه، تؤكد أنه في العقود التي يطبعها وصف العينية لا يتوقف في الواقع تمام العقد على التسليم، الذي هو مجرد عمل مادي (le remise de l'objet du contrat n'est qu'un acte matériel)، يترتب على العقد، بينما قد إنعقد وتم بتبادل إرادتي الطرفين، وهذا ما يظهر حتى في التشريعات مثل القانون الفرنسي، الذي إستقر القضاء والفقه فيه على إعتبار القرض والوديعة والرهن الحيازي من العقود العينية.

والقانون الجزائري ومن جهته، ومن خلال النصوص الواردة في التشريع المدني، لا يتجه إلى إعتبار عقد القرض²، والعارية³، والوديعة⁴، من العقود العينية التي فيها التسليم شرطا لانعقاد العقد. بل أن ما يفهم من الأحكام المنظمة لهذه العقود، أن التسليم من الإلتزامات الناتجة عن العقد، وأنه يمكن المطالبة بتنفيذه الجبري (exécution forcée du contrat) بموجب العقد التام دون تسليم. مع العلم أن الطابع العيني غالبا ما يقرره القضاء لحماية الطرف الذي ينتظر التسليم، والذي قد يجد نفسه ملتزما بالرد، دون أن يتسلم الشيء.

¹ - Ambroise Colin et Henri Capitant : op cit page 318 : « cette conception qui nous vient du droit romain, est du reste contestable. Ou ne b=voit pas pourquoi il est nécessaire que l'objet soit remis à l'emprunteur pour qu'il y ait prêt. Dans le louage d'immeubles , le contrat est formé avant même que le preneur soit entré en possession des lieux loués.. »

² - تنص المادة 450 م ج على أنه : " قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض، أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود، أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة".

³ - تنص المادة 538 م ج على أنه : " العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بل عوض لمدة معينة، أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال".

⁴ - تنص المادة 590 م ج على أنه : " الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة ، وعلى أن يرده عينا".

ويرى الشراح¹، أنه فيما يخص عقد الهبة في المنقول، من خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري²، أن هبة المنقول عقد عيني و أنه يتم بالحيازة بمعنى آخر بتسليم الشيء المنقول إلى الموهوب له، وتمكينه من حيازته. و إذا ما إستوجب القانون في نقل حيازة المنقول بعض الإجراءات، كنقل حيازة سيارة مثلا، وجب إحترام وإستيفاء هذه الإجراءات.

ومن مجمل الآثار القانونية التي تتجر عن التمييز بين العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني، أن العقد الرضائي ينعقد بمجرد تبادل طرفي العقد التراضي الصحيح، عملا بقاعدة العلم بالقبول³، بينما لا يكون للعقد الشكلي أي أثر قانوني، إلا إذا توافر عنصر الشكلية (l'élément de la formalité) المطلوب، مثالها الكتابة الرسمية وغيرها من الإجراءات.

كما قد يترتب من جهة أخرى على العقود الشكلية تكاليف مالية معينة مثل الرسوم (les taxes) يتحملها أحد الطرفين حسب القوانين والتنظيمات السارية المفعول في كل دولة، كما يمكن أن تكون الشكلية المستوجبة في بعض العقود من النظام العام (l'ordre publique) لا يمكن للطرفين أو أحدهما التدخل أو التصرف فيها، مثال ذلك الرسمية والشهر العقاري التي يستوجبها القانون الجزائري في التصرفات ذات الطابع العقاري.

¹ - د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 24.

كذلك : د: محمد وجيه شحادة- المرجع السابق صفحة 155.

كذلك : Claude Dupouy – Maurice Ressayre-op-cit – page 61 : « ... les contrats reels de forment par la remise d'une chose (Res) en latin. Cette remise est l'équivalent d'une formalité sans elle, le contrat ne pourrait maitre du seul accord des volontés. Les principaux contrats réels prévus par le code civil sont : le prêt, le dépôt et le gage. L'article 1919 du code civil à propos du contrat de dépôt que celui-ci « n'est parfait que par la tradition de la chose déposée ». tant que cette remise n'a pas en lieu, l'obligation de restituer ne peut prendre naissance, et par conséquent le contrat ne peut se former... » .

² - تنص المادة 206 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على ما يلي : "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتم الحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات ، والإجراءات الخاصة في المنقولات".

³ - تنص المادة 67 مدني ج على مايلي : " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

المطلب الثاني: العقود الأصلية و العقود التبعية في القانون الجزائري

Les contrats principaux et contrats accessoires en droit Algérien

من المعروف أن الحالة العادية والمألوفة عند نشوء العقود، أنها تتعدّد عادة بصورة مستقلة عن بعضها البعض (la conclusion indépendante des contrats)، وتتميز بالتالي بأطرافها المعينة، وبمحلها الواضح وبسببها الخاص، حتى ولو كانت مقترنة بشرط واقف أو شرط فاسخ، وهذه هي الحالة المعتادة في نشوء العقود. غير أنه من الممكن في الحياة التعاقدية بين الأفراد، أن ينشأ الطرفان عقدا لضمان عقد سابق، مثاله أن يعقد رهنا (الذي هو في الحقيقة عقدا) من أجل تأمين دين (الذي هو عقد سابق)، فيكون عقد الدين (le contrat de créance) بذلك عقدا أصليا (un contrat principal)، ويكون عقد الرهن (le contrat de nantissement) عقدا تبعية ، (un contrat accessoire) يتبع العقد الأصلي وجودا وعدما¹.

فالعقد الأصلي هو ما كان مستقلا في وجوده، غير تابع لعقد آخر، مثاله عقد البيع أو الإيجار أو العارية، أما العقد التبعية هو ما كان تابعا لعقد أصلي وجد ونشأ قبله، مثاله الكفالة والرهن. والعقد الأصلي له وجود مستقل، أما العقد التبعية ، فيتبع في وجوده وصحته العقد الأصلي الذي يستند إليه، فيكون صحيحا أو باطلا، ويبقى أو ينقضي تبعا للعقد الأصلي².

¹د:لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 27.

²د:عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- هامش صفحة 143، يقول : " أنظر في هذا الموضوع ديموج 2 صفحة 912-938، ويورد عادة، إستثناء من قاعدة أن العقد التبعية يكون باطلا ببطلان العقد الأصلي، مثل كفالة القاصر، فهي صحيحة، ولو أن إلتزام القاصر المكفول باطل - (م 605/496).

والصحيح في نظرنا أن كفالة القاصر في هذا الفرض ليست عقدا تبعية بلا هي عقد أصلي، فإن من يكفل القاصر ، إنما يلتزم بدفع الدين الذي في ذمته إذا تمسك القاصر ببطلان العقد الذي باشره. ومعنى هذا أن الكفيل يلتزم إلتزاما أصليا معلقا على شرط ..."

وقد إنتقد الفقه تسمية هذه العقود بالأصلية والتبعية، لأن هذه الأخيرة لا يمكنها أن تكون كذلك¹.

ويتفق الفقه المدني ، أن من آثار التمييز بين العقود الأصلية والعقود التبعية ، إن العقد الأصلي ينشأ بذاته، وينقضي بالأسباب العادية لانقضاء الإلتزام، كالالتنفيذ أو إستحالة التنفيذ لأسباب قاهرة، بينما العقد التبعي ينقضي بانقضاء العقد الأصلي . كما أن العقد التبعي لا يكون بالضرورة بين طرفي العقد الأصلي ، فقد يكون المدني الراهن غير المدين الأصلي مثلا².

¹-د: عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- هامش صفحة 143، يقول : " أنظر في هذا الموضوع ديموج 2 صفحة 912-938، ويورد عادة، إستثناء من قاعدة أن العقد التبعي يكون باطلا ببطلان العقد الأصلي، مثل كفالة القاصر، فهي صحيحة، ولو أن الإلتزام القاصر المكفول باطل - (م 605/496).
والصحيح في نظرنا أن كفالة القاصر في هذا الفرض ليست عقدا تبعيا بلا هي عقد أصلي، فإن من يكفل القاصر ، إنما يلتزم بدفع الدين الذي في ذمته إذا تمسك القاصر ببطلان العقد الذي باشره. ومعنى هذا أن الكفيل يلتزم إلتزاما أصليا معلقا على شرط ..."

²- د: عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق- صفحة 143 يقول : "... و الأصح أن يقال الحق الأصلي والحق التبعي ، لأن العقد لا يكون أصليا ولا تبعيا، بل الحق الذي ينشأ عن العقد هو الذي يتصف بأحد الوصفين (أنظر في هذا المعنى بلانيول (Planiol) 2- فقرة 959)...".

- Georges Ripert – Jean Boulanger –op-cit page 34.

المبحث الثالث :

تصنيف العقود الخاصة من حيث مضمونها

La classification des contrats spéciaux sur le critère du contenu

من المعروف أن العقود الخاصة تنقسم من حيث مضمونها، أو الأثر القانوني الذي يحدثه إنعقادها، إلى عقود ملزمة للجانبين، والتي يسميها القانون الفرنسي بـ les contrats synallagmatiques ou bilatéral ، وعقود ملزمة لجانب واحد والمسماة بـ les contrats unilatéraux ، وهي العقود التي نظمها المشرع الجزائري في نصوص المواد 55 و 56 من القانون المدني الجزائري، واللتي تقابل المادتين 1102 و 1103 من القانون المدني الفرنسي . كما تنقسم العقود على أساس المضمون والأثر كذلك إلى عقود معاوضة وعقود تبرع (contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit) وعقود محددة المدة وعقود إحتتمالية، (contrats commutatifs et contrats aléatoires).

وسنتطرق في هذا المبحث إلى شرح مضامين هذه العقود، وتوضيح أسباب تصنيفها في الفقه والأنظمة المدنية المقارنة والقانون الجزائري.

المطلب الأول: العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد

Les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux

الفرع الأول: العقود الملزمة للجانبين في القوانين المقارنة

لقد عُرف العقد الملزم للجانبين بأنه العقد الذي ينشئ إلتزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فيكون كل منهما دائئا ومدنيا في نفس الوقت¹، مثاله عقد البيع، فكل من البائع والمشتري يكون دائئا ومدنيا في ذات الوقت، فالبائع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه وضمان عدم التعرض، والمشتري يلتزم من جهته بدفع ثمن المبيع. ومن الصفات الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو التقابل القائم ما بين إلتزامات أحد الطرفين، وإلتزامات الطرف الآخر².

والعقد ملزم للجانبين، أو العقد التبادلي عرّفه المشرع الجزائري في القانون المدني³، كما عرفته غالبية التشريعات المدنية الحديثة⁴، وقرّرت أنه العقد الذي ينشأ بموجبه إلتزامات على كاهل الطرفين المتعاقدين تكون متقابلة على عاتق كل من الطرفين، فكل إلتزام من طرف يقابله إلتزام من الطرف الآخر، ومثاله عقد الإيجار الذي يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وضمان الانتفاع خلال مدة العقد، ويلتزم المستأجر

¹- د : توفيق حسن فرج- المرجع السابق- صفحة 42.

كذلك: د: جميل الشرقاوي- المرجع السابق- صفحة 61.

د: احمد سلامة- المرجع السابق- صفحة 68.

-Antoine Vialard-op-cit page 32 : «... il s'agit des contrats dans lesquels « les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres » . c'est -à-dire que le contrat synallagmatique, fait maitre des obligations à la charge de chacun des contractants, c'est à-dire des deux cotés (bilatéral)... » .

-Ali Bencheneb-op- cit- page 29.dans de tel contrat, ou se trouve en présence d'obligation souscrites par chacun des parties, ce qui fait que chaque partie contractante cumule la qualité de créancier et de débiteur... »

-Corine Renault- Brahinsky- op-cit-page 20. « le contrat synallagmatique ou bilatéral (art 1102C.CIV) : il fait naitre des obligations réciproques à la charge de chacun des parties .

(exemple : contrat de vente) – dans le contrat synallagmatique l'écrit probatoire sous seing privé, doit être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties (art 1325 C.CIV)- dans le contrat synallagmatique, les obligations de chacune des parties sont interdépendants, elles se servent mutuellement de cause : possibilité de résolution judiciaire, d'exception d'inexécution... »

²-د: عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق- صفحة 170.

³- تنص المادة 55 مدني جزائري على أنه: "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضا" .

⁴ Article 1102-C-civ français stipule:" le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres."

بدفع أجرة الإيجار، كما يلزم إلى جانب ذلك، بالسعي إلى صيانة والمحافظة على العين المؤجرة، و إرجاعها إلى صاحبها على الحالة التي تسلمها عليها¹.

ويصدق مثال عقد الإيجار على عقد البيع، الذي يعتبر المثال الحي والواقعي للعقود الملزمة للجانبين، وقد عبر بعض الفقه على ذلك بالتالي :

"...l'exemple le plus simple est celui de la vente. dans ce contrat, le vendeur est créancier du prix que doit lui payer l'acheteur et débiteur de l'obligation de délivrance de la chose qu'il lui a vendre. quant à l'acheteur, il est débiteur du prix représentatif de la valeur du bien dont il est créancier en conséquence du contrat conclu avec le vendeur ..."²

الفرع الثاني : العقود الملزمة لجانب واحد في التشريعات الحديثة

يتفق الفقه المدني على أن العقد الملزم لجانب واحد (le contrat unilatéral) أو العقد غير التبادلي ، هو الذي لا ينشئ إلتزامات إلا في جانب واحد، فيكون أحد طرفي العقد دائنا غير مدين، والطرف الثاني مدنيا غير دائن³.
وقد إعتمدت القوانين المدنية الحديثة مقتضيات هذا النوع من العقود في نصوصها، بما فيها القانون المدني الجزائري⁴.

¹د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق- صفحة 60.
كذلك: د: عبد المنعم البدر اوي- المرجع السابق- صفحة 79

-Ambroise Colin- Henri Capitant - op- cit -page 312:"...les contrats synallagmatiques (expression renferment une tautologie, car synalagma veut dire contrat) sont ceux qui font maitre des obligations réciproques à la charge du chacune des parties (art.1102). tels sont la vente, l'échange, le louage, la société, le contrat de travail, d'assurance ..."

² - Ali Bencheneb-op-cit- page 29.

³د: محمد وجيه شحادة- المرجع السابق- صفحة 159.

كذلك: د: محمد حسنين- المرجع السابق- صفحة 16 وما بعدها.

د:لخضر بن عزي- المرجع السابق- صفحة 29.

⁴ - تنص المادة 56 مدني جزائري على أنه : " يكون العقد ملزما لشخص، أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص ، أو عدة أشخاص آخرين دون إلتزام من هؤلاء الآخرين".

-Article 1103 du code civil français stipule: "il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes, sont obligés envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement.

ومثاله الهبة، وعقد الوديعة بدون أجر، فالمودع لديه يلتزم نحو المودع، بأن يتسلم الشيء المودع ، و أن يحافظ عليه، ويلتزم برده عينا دون إلتزام تجاه المودع لديه بأي شيء¹.

والملاحظ في هذا السياق، أن الشراح يجمعون على وجوب التفرقة بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانوني من جانب واحد (l'acte juridique unilatéral) كالوصية والوقف والوعد بجائزة، فالعقد ولو كان ملزما لجانب واحد، إنما ينعقد بإرادتين، أما التصرف القانوني من جانب واحد، فينعقد بإرادة واحدة².

الفرع الثالث: الأهمية القانونية لتقسيم العقود إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد

الواضح هنا، أن للتقسيم بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، أهمية بالغة، ومرجع هذه الأهمية هو أن العقد الملزم للجانبية، أو التبادلي ينشئ إلتزامات متقابلة، وهو ما يسميه الفقه الفرنسي³ بـ (l'interdépendance) و أن هذا التقابل يفرز آثارا ونتائج ذات أهمية لا نجدها في الحقيقة، في العقد الملزم لجانب واحد، حيث لا وجود لهذا التقابل، ومن هذه النتائج نذكر ما يلي :

أولا : سلطة الدفع برفض التنفيذ

معنى هذا، أنه إذا لم يبادر أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين إلى تنفيذ ما تمخض على عاتقه من إلتزامات، فإن للمتعاقد الآخر سلطة رفض تنفيذ إلتزاماته المقابلة

¹-د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق- صفحة 60.

²-د: محمد حسنين- المرجع السابق- صفحة 16.

كذلك: د: عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- هامش صفحة 130- يقول: "...و العقد الملزم لجانب واحد تقدم العقد الملزم للجانبين في الظهور، فإن العقود الشكلية الأولى في القانون الروماني ، لم تكن تنشئ إلا إلتزاما في جانب طرف واحد. ولما وجدت العقود العينية (أولها عقد القرض)، كانت هي أيضا ملزمة لجانب واحد. ولم يظهر العقد الملزم للجانبين إلا في العقود الرضائية، وهذه لم تظهر إلا بعد بعض العقود العينية(عقد القرض) ومع البعض الآخر. ثم ظهرت بعد ذلك العقود غير المسماة، وهي ملزمة لجانب واحد ..."

كذلك: د: لخضر بن عزي - المرجع السابق- صفحة 29- يقول: "...العقد الملزم لجانب واحد يختلف عن التصرف بالإرادة المنفردة، والتصرف بإرادة المنفردة ليس بعقد- فقد ينشئ إلتزاما (الوصية - الوعد بجائزة)، أو ينهي إلتزاما (عزل الوكيل)..."

³-Claude Dupouy- Maurice RESSAYRE: -op-cit page 57"... dans les contrats synallagmatiques , les engagements des deux contractants sont interdépendants, les obligations réciproques se servent mutuellement de cause..."

بدلاً من طلب فسخ العقد، وله أن يمتنع عن التنفيذ، حتى ينفذ الطرف الآخر إلتزامه¹. وقد تضمن القانون المدني الجزائري هذه المقتضيات في نص المادة 123 منه²، والتي كان مصدرها القانون الروماني الذي كان يطلق عليها تسمية (l'exception non adimplete contractus) ولا وجود لهذا الدفع في العقد الملزم لجانب واحد.

ثانياً : صلاحية طلب الفسخ

ومفاد هذا الأثر الثاني، أنه في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من إلتزام، جاز للمتعاقد الآخر اللجوء إلى القضاء وطلب فسخ العقد (la demande de résolution du contrat). وهذا ما سماه الفقه المدني عادة، بالشرط الفاسخ الضمني (condition résolutoire tacite - lecs commissoria) . و قد أورد المشرع المدني الجزائري هذا الحكم في نص المادة 119 م ج والتي قررت أنه : "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه...". و إعتباراً أن الإلتزامات الناتجة عن العقد الملزم للجانبين متقابلة، فإذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ إلتزامه، فإنه من الممكن أن يلتزم الطرف الآخر فسخ العقد.

فالفسخ إذن (la résolution) مرتبط بالعقود الملزمة للجانبين، فكل عقد من هذه العقود يتضمن شرطاً يقضي بالفسخ عند عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه. أما في العقود الملزمة لطرف واحد، فلا مجال للفسخ، فإذا رفض المتعاقد تنفيذ إلتزامه، فلا يسوغ

¹ - Ambroise Colin- Henri Capitant: op-cit page 312 "...dans les contrats synallagmatiques , les obligations réciproques des parties se servent mutuellement de cause, c'est-à-dire de support juridique. il en résulte notamment que, si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre n'est pas obligée d'exécuter la sienne propre (exception non adimpleti contractus)..."

² -تنص المادة 123 مدني جزائري على أنه : "في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه، إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به".

قانوننا أن يطلب الطرف فسخ العقد¹ ، مع إمكانية إلتماس التعويض عن الأضرار المحتملة التي أصابت المتعاقد المضرور².

ثالثا: تحمل تبعه الهلاك

يتفق الشراح على وجوب تطبيق المبدأ القاضي بأن تحمل التبعة (le risque) يكون على المتعاقد الذي إستحال تنفيذ إلتزامه³. ومضمون هذا الحكم، أنه إذا إستحال على أحد المتعاقدين تنفيذ ما نتج عن العقد من إلتزام، وهذا لسبب لا يد له فيه، أي خارج عن إرادته، فإن مصير هذا الإلتزام يكون الانقضاء بفعل إستحالة تنفيذه، والنتيجة المباشرة لذلك هي إنقضاء الإلتزام المقابل له، فيفسخ العقد من تلقاء نفسه. وقد تضمن القانون المدني الجزائري هذا الحكم من خلال المادة 121 منه والتي نصت على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا إنقضت إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه، إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له، ويفسخ العقد بحكم القانون". فبقراءة هذه المادة ، يتضح أن المتعاقد الذي إستحال

¹- د: عبد المنعم البدرابي - المرجع السابق - صفحة 83.

كذلك: د: جميل الشرقاوي - المرجع السابق - صفحة 62 وما بعدها

د: فرج العدة - المرجع السابق - صفحة 72.

د: توفيق فرج - المرجع السابق - صفحة 47.

د: أحمد السنهوري - المرجع السابق - هامش صفحة 131 : يقول : "...الواقع أن بعض العقود الملزمة لجانب واحد، وهي العارية بنوعيتها ورهن الحيازة" يمكن أن تتصور فيها فائدة الفسخ. فإذا كان المستغير لا يحافظ على الشيء المعار (في عارية الاستعمال) ، أو لا يدفع الفوائد (في عارية الاستهلاك)، أو كان الدائن المرتهن يسيء استعمال الشيء المرهون (في رهن الحيازة)، أليس من المفيد أن نقرر حقا للطرف الآخر في فسخ العقد، أو إسترداد الشيء قبل إنتهاء الأجل ؟ لا نرى ما يمنع ذلك، بل نحن نذهب إلى أن العقود المتقدمة، و إن كانت تذكر عادة على أنها عقود ملزمة لجانب واحد، يتبين عند التعامل أنها عقود ملزمة للجانبين...".

كذلك: -Ali Bencheneb : op.cit- page 31. « ...on serait tenté à la lecture de l'article 119 du code civil de trouver un second intérêt à la distinctions entre contrat synallagmatique et contrat unilatéral. Cette disposition, précise en effet que dans les contrats synallagmatiques l'inexécution par l'une des parties de son obligation, l'expose notamment à la résolution de contrat, c'est -à-dire à son anéantissement, et à la réparation du préjudice en découlant ... »

²- د: محمد صيري السعدي - المرجع السابق - صفحة 62.

³- د: محمد حسين - المرجع السابق - صفحة 17.

كذلك: د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 14 و 15.

د: محمد وجيه شحادة - المرجع السابق - صفحة 159.

عليه تنفيذ إلتزامه، هو الذي يتحمل تبعة و آثار هذه الاستحالة. أما في العقد الملزم لجانب واحد، فإن من يتحمل تبعة الهلاك هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذي إستحال عليه تنفيذ إلتزامه. ذلك لأن المتعاقد ينقضي إلتزامه بسبب استحالة تنفيذه، ولا يعوض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئاً، لأنه لم يتعلق في ذمته إلتزام مقابل يسقط بسقوط الإلتزام الأول، فيكون هو الذي تحمل التبعة¹.

الفرع الرابع : العقود الملزمة للجانبين غير التامة

Contrat Synallagmatique imparfait

العقود الملزمة للجانبين غير التامة، أو الناقصة مصدرها القانون الروماني، فقد كان رواده الأوائل يؤمنون بأن العقد الملزم لجانب واحد عند إبرامه، يصبح عقداً ملزماً للجانبين، إذا نشأت بموجبه إلتزامات في ذمة الطرف غير الملزم أثناء سيران العقد، ولكن التبادل فيه ناقص لأنه لم يحدث عند انعقاده، و كانوا يضيفون إلى جانب العقود الملزمة للجانبين الكاملة²، زمرة أخرى أطلقوا عليها تسمية العقود الملزمة للجانبين الناقصة، و لقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي " بلانيول " "Planiol" بالتالي : « certains contrats ... » paraissent successivement unilatéraux ou synallagmatiques, selon le moment auquel on les envisage lors de leurs formations , ils n'engendrent d'obligations qu'à la charge d'une seul les deux parties ; plus tard, une obligations naît à la charge de l'autre partie, de sorte que le contrat unilatéral à l'origine, prend ensuite le caractère synallagmatique. Tels sont le dépôt, le commodat, le gage ... le vrai contrat synallagmatique est celui qui crée par lui-même et en vertu du consentement actuel des parties, des obligations réciproques. Or dans les contrats dit « synallagmatique imparfaits » la

¹ -Ambroise Colin-Henri Capitant : op-cit page 312 « ... la question du risque ne se pose que dans les contrats synallagmatiques en effet, quand, après la conclusion du contrat, il y a part de corps certain qui devrait être livré, ou impossibilité fortuite d'exécution de l'une des obligations, il faut se demander laquelle des deux parties contractantes va supporter la perte , c'est à-dire si l'autre obligation va ou non survivre à l'extinction de la première. Au contraire dans un contrat unilatéral comme, par exemple , le commodat, de dépôt, la même question ne peut se poser. La perte est sans difficulté, pour l'unique créancier, pour le commodat ou le déposant... »

² د: عبد المنعم البدرأوي- المرجع السابق- صفحة 81.

كذلك د: توفيق فرج - المرجع السابق- ص 44.

د: علي علي سليمان - المرجع السابق- صفحة 15.

seconde obligation ne nait pas du contrat, elle dérive d'un fait accidentel, postérieur et indépendant de la convention... »¹

ومن أمثلة العقود الملزمة للجانبين غير التامة، عقد الوديعة بدون أجر فهو عقد ملزم لجانب واحد عند إنعقاده، وذلك لأنه ينشئ على كاهل المودع لديه إلتزاما بصيانة والمحافظة على محل الوديعة، إضافة إلى الإلتزام بإرجاعها لصاحبها، غير أن المودع لديه قد يتكبد مصاريف مالية من أجل صيانة الشيء محل الوديعة، فهنا يلتزم المودع برد هذه المصاريف ، وللمودع لديه صلاحية حبس محل الوديعة، إلى أن يمكنه المودع من المصاريف التي دفعها ، أي أن طرفي عقد الوديعة دون أجر، قد أصبحا ملتزمين تبادليا، غير أن هذا التبادل تطبعه صفة النقصان، وهذا لأنه لم ينشأ منذ انعقاد العقد. وقد كانت المبررات التي دفعت بالرومان إلى ذلك، هو أن العقود الملزمة للطرفين هي وحدها التي كان يشترط تنفيذها بحسن نية ، دون العقود الملزمة لجانب واحد، فقد كانت إرادتهم هي إخضاع العقود الملزمة لجانبين غير التامة لشرط حسن النية، وبما أن التشريعات المدنية الحديثة أصبحت تستوجب عنصر حسن النية في كل العقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، مثلما قرره المشرع الجزائري²، فقد بات التصريح بوجود هذه الزمرة من العقود غير التامة لا جدوى منه. و أجمع الفقه الحديث على أن كل عقد ينشأ عند إنعقاده ملزما لطرف واحد، فإنه يبقى على هذه الحالة القانونية، حتى ولو ظهرت خلال مدة سريانه إلتزامات على كاهل المتعاقد الذي كان غير ملتزم. ويكون مصدر مثل هذه الإلتزامات ليس العقد، و إنما هو في المثال السابق للمصاريف التي أنفقها المودع لديه. الإثراء بلا سبب (l'enrichissement sans causes) وقد يكون الفعل الضار، (le fait dommageable) إذا كان الشيء المودع قد سبب ضررا للمودع لديه يستوجب التعويض³.

¹ - Georges Ripert- Jean Boulanger- op-cit page 29.

² - تنص المادة 107 مدني جزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية".

³ Georges Ripert- Jean Boulanger – op cit – page 29 : « ...or dans les contrats synallagmatiques imparfaits, le seconde obligation ne nait pas du contrat, elle dérive d'un fait accidentel, postérieur et indépendant de la convention : la dépense faite dans l'intérêt de la chose d'autrui , ou le préjudice souffert par l'effet de cette chose , et ce fait aurait crée une action en remboursement, ou en indemnité, même s'il s'était produit entre personnes non liées par un contrat, il y a bien alors deux obligations réciproques , mais une seul d'entre elles à le contrat pour source ... »

وقد سار في الأخير بعض من الفقه إلى إمكانية تحويل العقود الملزمة لجانب واحد إلى عقود ملزمة للجانبين، إذ قرر المتعاقدان ذلك¹.
ويثير بعض الفقه المدني من جانب آخر ، إمكانية أن يجتمع عقدان، كل منهما ملزم لجانب واحد، فيتوهم أنهما عقد واحد ملزم للجانبين ، وذلك كعقد القرض المصحوب بعقد رهن، قد يظن أنهما عقد رضائي واحد ملزم للمقرض وللمقترض. والواجب يضيف ذات الفقه²، التمييز بين العقدين ، فهما عقد واحد رضائي ملزم ، يلتزم فيه المقرض بالإقراض ، والمقترض بالرهن.

¹ - د: عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - صفحة 134 يقول: "...على أن حرية التعاقد تسمح بجعل العقد الملزم لجانب واحد ملزما للجانبين، إذ أراد ذلك المتعاقدان، كالوكيل الذي يشترط أجره على الموكل، وكالمودع يلتزم بدفع أجره لحافظ الوديعة، وكالموهور له يلتزم بعوض عن الهبة وتحديدا ما إذا كان العقد أريد به أن يلزم الجانبين، أو أن يلزم جانبا واحدا ، مسألة موضوعية لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى. ولكن النتائج القانونية التي تترتب على ما يثبت من الوقائع لمحكمة الموضوع، مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 8 مارس 1887) - المنشور بمجلة (سيراي (Sirrey) لسنة 1890 - صفحة 257.

² -Gerges Ripert-Planiol : traité élémentaire de droit civil - 6^{ème} tome- page 43- édition 1952- Paris.

المطلب الثاني : عقود المعاوضة وعقود التبرع في القانون الجزائري
Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit en droit
Algérien

سنتطرق في هذا المطلب إلى عقود المعاوضة والتي تقابلها عقود التبرع وذلك بالخوض في المفهوم القانوني والفقهية لهذه العقود، وموقف المشرع الجزائري منها وكذا الأهمية التي توليها القوانين المدنية الحديثة لتقسيمها.

الفرع الأول : عقد المعاوضة في التشريعات المدنية الحديثة

يقصد بعقود المعاوضة ، أن يتلقى كل من المتعاقدين عوضا عما قدمه إلى الطرف الآخر، وبمعنى آخر ، فإن العقد بعوض، وهو الذي يسمى بالفرنسية (contrat à titre onéreux)، هو الذي يأخذ فيه كل من الطرفين مقابلا لما أعطاه¹، مثاله الواضح عقد البيع، ففيه يأخذ البائع ثمنًا للمبيع الذي يعطيه للمشتري، وهذا الأخير ، يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن الذي يدفعه، كما أن غالبية العقود التي تبرم على الساحة التعاقدية هي عقود معاوضة مثل الكفالة والإيجار والقرض بفائدة إلخ.

وقد عرّف المشرع الجزائري عقد المعاوضة في المادة 58 من القانون المدني والتي نصت على أن : "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما" . و هو التعريف الذي إستلهمه من نص المادة 1106 في القانون المدني الفرنسي² ،

¹- د:حشمت أبو سنييت- المرجع السابق-صفحة 63.

كذلك: د:سليمان مرقس"شرح القانون المدني" الجزء الثاني - الالتزامات، صفحة 51-طبعة 1968- القاهرة.

د:عبد المنعم البدرأوي- المرجع السابق- صفحة 86.

د:محمد حسنين- المرجع السابق- صفحة 17 وما بعدها

² -Article 1106 du code civil français stipule : "le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose".

التي واجهت صياغتها إنتقادا لاذعا من الفقه الفرنسي، الذي إعتبره تعريفا معيبا لا يؤدي المعني بالدقة اللازمة، لأنه تعريف يخلط بين العقد التبادلي، والعقد بعوض¹.

ويرى الفقه، أن التسليم بالنظرية التقليدية في العقود الملزمة للجانبين، والعقود الملزمة لجانب واحد، وإعتبار عقد العارية والرهن الحيازي من العقود الملزمة لجانب واحد، فإنه من الواضح والثابت أن تصنيف العقود إلى معاوضة وتبرع لا جدوى منه إلا في العقود الملزمة لجانب واحد، والسبب في ذلك أن العقود الملزمة للجانبين تأخذ وصف العوض دائما، ولا يوجد بينها عقد التبرع، وهذا لأنها تنشئ الإلتزامات المتقابلة (l'interdependance) ونتيجة ذلك أن يكون كل متعاقد قد إلتزم في مقابل الإلتزام الآخر. وعلى النقيض فإن العقود الملزمة لجانب واحد هي مختلفة، فنجد فيها عقود المعاوضة مثال القرض بفائدة ونجد أيضا عقود التبرع، كعارية الاستعمال. ويضيف ذات الفقه أن مجارة الرأي القائل بأن العارية والرهن هي من زمرة العقود الملزمة للجانبين، فإن القاعدة السابق تحليلها تتقلب، وتكون على ضوء ذلك كل العقود الملزمة لجانب واحد عقود تبرع، وتصبح العقود الملزمة للجانبين، منها عقود معاوضة مثل البيع والإيجار، ومنها عقود تبرع كعارية الاستعمال دون فائدة².

¹-د: عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق-صفحة 135. يقول: "...وعرفه القانون المدني الفرنسي في المادة 1106، بأنه عقد يلزم كل طرف بإعطاء شيء، أو يفعله، وهو تعريف معيب، لأنه أقرب لأن يكون تعريفا للعقد الملزم للجانبين، والأدق في نظرنا، أن يعرف عقد المعاوضة، بأنه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه. فالبيع عقد معاوضة بالنسبة للبائع، لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع. وبالنسبة للمشتري لأنه يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن. والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة للمقرض، لأنه أخذ الفوائد في مقابل إعطاء الشيء لأجله، وبالنسبة للمقترض، لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل إعطاء الفوائد..."

كذلك : "l'article 1106 donne une autre définition du contrat à titre onéreux, en nous disant que ce contrat «assujettit chacune des parties à donner, ou à faire quelque chose». il y a là une inexactitude du code. cette définition est celle du contrat synallagmatique . or s'il est exacte que tout contrat synallagmatique est à titre onéreux, puisque chacun devenant créancier de l'autre se procure ainsi un avantage en échange de celui qu'il concède, la réciproque n'est pas vraie, tous les contrats à titre onéreux ne sont pas synallagmatiques. Ainsi dans notre droit, le prêt à intérêt est unilatéral: il ne se forme que par la remise des deniers au débiteur, et celui-ci seul est tenu d'une obligation, l'obligation de restitution, assortie de celle de payer les intérêts et cependant , le contrat est à titre onéreux puisque le débiteur en retire l'avantage d'avoir la jouissance de la somme prêtée, et que le créancier profite du placement à intérêts de son argent..."

²-د: عبد الرزاق السنهوري- (نظرية العقد)-المرجع السابق- هامش صفحة 135.

الفرع الثاني: عقود التبرع في الأنظمة المدنية المقارنة

يعرّف عقد التبرع (contrat à titre gratuit)، بأنه العقد الذي لا يحصل فيه أحد المتعاقدين على مقابل لما يقدمه، ولا يقدم المتعاقد الآخر مقابلا لما يحصل عليه، وبمعنى آخر هو العقد الذي لا يتلقى فيه أحد طرفيه عوضا عما يقدمه والمثال الواضح للتبرع، عقد الهبة بدون عوض، وعقد الوديعة بدون أجر، وعقد العارية بدون أجر¹.

وعلى خلاف التشريعات المدنية، فإن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا لعقود التبرع في القانون المدني، مكتفيا بتعريف عقود المعاوضة في المادة 58 منه، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي ضمّن القانون المدني تعريفا له².

وقد لاحظ الفقه المدني الفرنسي، وعلى رأسه "ديموج" (Demogue) على التعريف الوارد بنص المادة 1105 مدني فرنسي، أنه ينظر إلى جانب من إغتنى في عقد التبرع، ولا ينظر إلى الطرف الآخر، أي من أفنقر، وكان الأولى النظر إلى الجانب الثاني. وبذلك يكون العقد تبرعا إذا أفنقر شخص دون مقابل. أما إذا أفنقر بمقابل، ومثاله من يتنازل عن نصيبه من الجدار المشترك (le mur commun) حتى لا يشارك مع جاره في تكاليف دعمه و إصلاحه، لا يكون متبرعا، ولو أن الجار قد إغتنى دون مقابل، لأن المتنازل قد أفنقر في مقابل أن يتخلص من تكاليف الإصلاح³.

وتجدر الإشارة في هذا السياق، إلى وجوب وضع تفرقة في عقود التبرع بين

نوعين⁴ :

¹د:لخضر بن عزي - المرجع السابق- صفحة 30.

كذلك:د: علي علي سليمان-المرجع السابق- صفحة 17.

د: محمد حسنين - المرجع السابق- صفحة 17 و 18.

د: احمد سلامة- المرجع السابق- صفحة 70.

² -Article 11105 du code civil français stipule : "le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties, procure à l'autre un avantage purement gratuit"

³د:عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- صفحة 135 وما بعدها.

⁴ -Ambroise Colin -Henri Capitant : op-cit-page 313"...l'article 1105 stipule que " le contrat de bienfaisance, est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit" En réalité , il y a deux sortes de contrats de bienfaisance: a)-transférer de son patrimoine dans celui du donataire, un droit de nature économique, sans recevoir aucun avantage. Le contrat propose donc enrichissement du patrimoine du donataire et appauvrissement de celui du donateur....) -b)- les contrats désintéressés, par lequel un des contractants s'engage à rendre un service gratuit à l'autre partie, sans enrichir son patrimoine par le transfert d'un droit : il en sera ainsi d'un dépôt ou d'un mandat gratuit, d'un commodat ou prêt à usage; d'un prêt d'argent sans intérêt..."

أولاً: عقود التفضيل، وفيها يولى المتبرع للمتبرع له فائدة دون أن يخرج شيء من ماله، مثال ذلك عقود الوديعة والوكالة والكفالة دون مقابل، والقرض دون فائدة، وعارية الاستعمال، فحافظ الوديعة، يتبرع بالمحافظة عليها، والوكيل يتبرع بعمله، والكفيل يتبرع بضمان المدين، والمقرض يتبرع بالفائدة التي تعود عليه من استغلال ماله، والمعير يتبرع بمنفعة الشيء المعار، فيستفيد من ذلك كل من المودع والموكل والدائن و المقرض والمستعير دون أن ينقص من مال المتبرع.

ثانياً: عقد الهبة، وفيها يخرج المتبرع عن شيء من ماله، فالهبات مثلما هو معروف تنقص من أموال الواهب بالمقدار الذي وهبه. ومن هذا يتضح أن الهبة تصرف تطبعه الخطورة، لذلك قررت معظم التشريعات المدينة الحديثة وضع مقتضيات قانونية تنبه الواهب على التصرف الذي سيقدم عليه، واستلزمت بذلك إجراءات شكلية لصحة التصرف مثل الكتابة¹.

الفرع الثالث: أهمية تقسيم العقود إلى معاوضة وتبرع

تبرز أهمية تقسيم العقود إلى تبرع ومعاوضة من خلال النقاط التالية :

أولاً: من حيث الأهلية اللازمة لإبرام العقد

من المعروف أن التبرع يعتبر من التصرفات المفقرة للذمة المالية للمتبرع، ولذلك إشتراط المشرع الأهلية الكاملة في المتبرع خلافا لما يقع في عقود المعاوضة²، إذ أن التبرع هو من الأعمال الضارة ضررا محضا، لذلك يتضح أن تبرع الصبي غير المميز عمل باطل ولا أثر له، خلافا للعقود التي يبرمها بالمعاوضة التي تكون صحيحة، و إن كانت قابلة للإبطال إذا عبر القاصر أو وليه الشرعي عن إرادة إبطال التصرف.

ثانياً: من حيث الإلتزام بالضمان

لقد خصص التشريع المدني الجزائري، على غرار التشريعات الحديثة مسألة الضمان على عقود المعاوضة، ففي عقد البيع مثلا يلتزم البائع أن يضمن للمشتري

¹ - Claude Dupouy - Maurice RESSAYRE-op-cit page 59

كذلك : د: أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 136.

² - تنص المادة 203 من القانون 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المتضمن قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجوز عليه".

الانتفاع بالشيء محل البيع بصورة علانية وهادئة ومستمرة ، ويكون مسؤولاً عن كل تعرض أو إستحقاق أو ظهور عيوب خفية في الشيء المبيع، أما في عقود التبرع، فلا وجود للإلتزام بالضمان كمبدأ عام. ففي عقد الهبة مثلاً ، لا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق محل الهبة، إلا في حالة تعمدته بسبب الاستحقاق، أو إذا كانت الهبة بعوض، كذلك لا إلتزام على كاهل الواهب بضمان العيوب الخفية في الشيء الموهوب، إلا في حالة تعمدته إخفاء العيب، أو ضمانه خلو الشيء من العيوب¹.

ثالثاً: من حيث عدم نفاذ تصرفات المدين

عملاً بأحكام الدعوى البولصية، فإنه لا يجوز للدائن أن يطعن عن طريق دعوى عدم نفاذ تصرفات مدينه إذا كانت هذه التصرفات بعوض، إلا إذا كانت هذه التصرفات قد إنطوت على غش من المدين، وكان المتعاقد معه قد علم بهذا الغش، وهذا ما قرره الفقرة الأولى من المادة 192 مدني جزائري بقولها: "إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن، إذا كان هناك غش صدر من المدين، و إذا كان الطرف الآخر قد علم بذلك الغش، يكفي لإعتباره التصرف منطويًا على الغش، أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره..." ومضمون الغش الذي قصدته هذه المادة أن ينتج عن تصرف المدين إفساره أو الزيادة من إفساره. أما إذا كان تصرف المدين تبرعاً، فليس الدائن بحاجة إلى إثبات الغش، بل يجوز له الطعن بالدعوى البولصية (Action paulienne)، ولو كان المتبرع حسن النية، لا يعلم بأن التصرف يترتب عليه عسر المدين أو الزيادة من عسره.

وقد ورد في الفقرة الثالثة من المادة 192 مدني جزائري على أنه: "...أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين بتبرعاً، فإنه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع حسن

¹-: محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 67.

كذلك د: توفيق فرج - المرجع السابق - صفحة 66

د: جميل الشرقاوي - المرجع السابق - صفحة 69.

النية..."، ولهذا لا يجوز للمدين أن يتصرف عن طريق التبرع، قبل أن يقوم بأداء دينه الذي وصل أجله.¹

رابعاً : مدى مسؤولية المتعاقد عند عدم التنفيذ

يرى الشراح في هذا الأثر² أن مسؤولية المتبرع تكون غالباً أخف من مسؤولية المعاوض، كما أن القانون يشدد في مسؤولية المأجور دون مسؤولية المتبرع، و مثال ذلك في عقد الوديعة تنص المادة 592 مدني جزائري على أنه : " إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، و إذا كانت الوديعة بأجر، فيجب دوماً أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد". فالمودع لديه المتبرع لا يطالب بحفظ الشيء المودع لديه، الا كما يحافظ على ماله الخاص، و لو كانت محافظته على ماله الخاص تتطلب منه أقل من عناية الرجل المعتاد، أما إذا كان مأجوراً فيجب أن يبذل في المحافظة على الشيء المودع عناية الرجل العادي، أي الرجل المتوسط، و لو كان يبذل في المحافظة على ماله الخاص أقل من عناية الرجل العادي (Le bon père de famille).³

خامساً : الغلط في شخص المتعاقد

من المعروف في موضوع عيوب الرضاء أن (les vices de consentement) شخص المتعاقد لا يؤخذ في الاعتبار عادة في عقود المعارضة، و هذا هو الأصل، وإستثناء منه قد تؤخذ شخصية المتعاقد في الاعتبار، كما لو كان المتعاقد معه طبيباً معيناً، أو فناناً

¹-د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 18.

كذلك : "l'action paulienne par laquelle les créanciers peuvent faire tomber les actes de leur débiteur, faire en fraude de leurs droits, est facilitées l'encontre des donations..." -Amboise Colin Capitant : op-cit page 315

²-د: عبد الحي حجازي-المرجع السابق- صفحة 71

كذلك:د: أحمد سلامة- المرجع السابق- صفحة 74.

د: عبد الودود يحي - المرجع السابق- صفحة 23

³د: علي علي سليمان - المرجع السابق- صفحة 19- يقول : "... و بهذه المناسبة ألفت النظر إلى أن القانون الجزائري قد أخطأ حين نص في عقد الوكالة على أنه : " يجب دائماً على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي المادة 576"، فلم يفرق بين الوكيل المأجور و الوكيل المتبرع، مع أن الوكيل المتبرع لا يطالب في تنفيذ الوكالة، إلا بالعناية التي يبذلها في القيام بأعماله الخاصة، و لو كانت هذه العناية أقل عناية من الرجل العادي ...".

معينا، أما عقود التبرع فهي عقود تتم لأشخاص معينين بالذات (Intuitus personae) وينتج على ذلك أن الغلط في شخص المتعاقد (l'erreur en la personne du contractant) في عقود المعاوضة لا يؤخذ في الاعتبار في الأصل بينما الغلط في شخص المتبرع له تؤخذ (l'erreur en la personne du donateur) دائما في الاعتبار، ففي عقد الهبة مثلا، لا يهب الواهب، إلا لاعتبار شخصي فإذا وقع الواهب في غلط في شخص الموهوب له، أعيب عقد الهبة بعيب الغلط، وجاز إبطاله.¹ و لقد عبر الفقيه "بلانيول" "Planiol" على هذا الأثر بالتعبير التالي : « ... erreur sur la personne - la considération de la personne détermine une donation ; elle est en générale indifférente pour les ventes et les échanges. aussi la nullité est-elle plus facilement prononcée pour cette cause dans les contrats gratuits, que dans les contrats onéreux ... »²

¹ - د : أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 175.

كذلك « ... le contrat de bienfaisance est toujours fait intuitu personae » C'est-à-dire en considération de la personne au profit de laquelle il est conclu. Aussi, en cas d'erreur sur cette personne, la nullité de la convention, peut-elle être demandée ... »

² Planiol -op-cit- page 30.

المطلب الثالث : العقود المحددة و العقود الإحتتمالية في القانون الجزائري

Les contrats Commutatifs et les Contrats aléatoires en droit Algérien

سنخوض في هذا المطلب المضمون القانوني لكل من العقود محددة القيمة مثلما يخلو لبعض من الفقه المدني تسميتها، و إلى العقود الإحتتمالية، و ذلك في الفقه والتشريعات المدنية الحديثة، كما سنحاول شرح تقسيمها، إضافة إلى أهمية و آثار هذا التقسيم من الناحية القانونية.

الفرع الأول : العقد المحدد في القانون الحديث

يجمع الشراح أن العقد المحدد هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد- القدر الذي أخذه و القدر الذي أعطاه، و ذلك بغض النظر عن التعادل بين هذين المقدارين¹. و مثاله عقد البيع المبرم بثمن محدد (le contrat de vente à prix fixe)، فالبايع فيه يعرف مقدار الشيء المبيع الذي يسلمه، و مقدار الثمن الذي يتحصل عليه من المشتري بتاريخ العقد، و المشتري من جانبه يعلم علما يقينا مقدار الثمن الذي يدفعه و قيمة المبيع الذي يتحصل عليه، و ليس من الضروري أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسطا، كما أنه ليس من المهم أن يكون تسليم المبيع مؤجلا.

و قد عرّف المشرع الجزائري العقد المحدد في المادة 57 م ج بقوله : " يكون العقد تبادليا متى إلتزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له...". و قد إنتقد بعض الشراح هذه الصياغة التي لم تكن موفقة حسبهم ورأوا وجود خلط بين العقد المحدد و العقد الاحتمالي ، كما أن النص السالف لم يذكر أهم خاصية للعقد المحدد،

¹ - د: جميل الشرفاوي - المرجع السابق - صفحة 71.

كذلك د: حسن فرج الصدة- المرجع السابق- صفحة 79.

د : توفيق فرج- المرجع السابق- صفحة 53.

- Ali Bencheneb - op-cit- page 31.

- Claude Dupouy - Maurice Ressayre- op-cit - page 59.

- Antoine Vialard-op-cit - page 34 : « ... le contrat commutatif est le contrat qui réalise un équilibre entre les présentations de chacune des parties contractantes... la réciprocité des obligations s'accompagne d'une équivalence de ces obligations, et cet équilibre est réalisé au moment de la formation du contrat : les contractants savent d'ores et déjà qu'ils recevront l'équivalent de ce qu'ils doivent ... ».

وهي معرفة كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي، و مقدار ما يأخذ عند التعاقد،¹ مثله مثل النص الذي أورده المشرع الفرنسي.

و قد أعاب بعض الفقه² على نص المادة 1104 مدني فرنسي أن التعريف الذي أورده يقتصر على العقد الملزم للجانبين، مع أن العقد الملزم لجانب واحد قد يكون هو أيضا محددًا أو إحتماليا، إضافة إلى أن هذا التعريف يعتبر أن العقد يكون محددًا إذا أخذ أحد المتعاقدين ما يعد معادلا لما أعطى، و هذا أمر غير صحيح، لأن العقد قد يكون محددًا حتى لو أن ما أخذه أحد المتعاقدين لا يعد معادلا لما أعطى، و قد يكون إحتماليا حتى لو عد كذلك.

و إنما يكون العقد محددًا إذا كان كل من المتعاقدين يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد، القدر الذي أخذ و القدر الذي أعطى، حتى لو كان القدران غير متعادلين، و على ذلك يكون بيع شيء معين بثمن معين عقدا محددًا، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله، مادامت قيمة الشيء المبيع و الثمن يمكن تحديدها وقت البيع.³

الفرع الثاني : العقد الاحتمالي في التشريع المدني

العقود الاحتمالية ، أو عقود الغرر ، هي العقود التي لا يتحدد فيها حين التعاقد مقدار الأداء الذي يلتزم به كل من طرفيها، و ذلك لوجود عنصر إحتمالي فيها (élément aléatoire) ، و بمعنى آخر هي العقود التي لا يعرف فيها كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي، أو مقدار ما يأخذ، و تتوقف فيها هذه المعرفة على حادث مستقبل غير محقق

¹ article 1104 du code civil français stipule : « il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle ... » .

² د: عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 139

³ Ambroise Colin - Henri Capitan : op-cit . page 315 « ... définitions- elles sont données par l'article 1104, mais celles-ci ne sont pas d'une exactitude ni d'une précision parfaites, observons d'abord qu'il s'agit là, en réalité, d'une subdivision l'article 1104 donne une définitions inexacte, car elle pourrait convenir à tout contrat synallagmatique, est celui dans lequel les parties connaissent ou peuvent connaître d'après les éléments du contrats, dès qu'il est conclu, l'étendue des prestations dues par elles, le contrat aléatoire, aux termes de la définitions de l'article 1964, est celui dont les effets quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une d'elles, dépendent d'un événement incertain. le pari est le type du contrat aléatoire ... »

الوقوع¹ ، أو غير محقق تاريخ وقوعه، و مثاله عقد التأمين (Le contrat d'assurance)، ففي عقد التأمين على منزل في خطر الحريق مثلا يقوم المؤمن له بدفع بدل التأمين (القسط) دون أن يعرف الزمن الذي يتلقى فيه تعويض التأمين، لأن ذلك لا يكون إلا في حالة تحقق الخطر المؤمن منه و هو إحتراق المنزل، و هذا أمر غير محقق الوقوع، و بالمقابل تتلقى شركة التأمين أقساط التأمين، و قد تضطر لدفع تعويض التأمين بعد فترة تطول أو تقصر، أو لا تدفع شيئا إذا لم يقع حادث الحريق.

و قد يكون العقد احتماليا فيما إذا أراده الطرفان كذلك، كما في عقد البيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة، فالعقد في هذه الحالة احتمالي لأن البائع ، و إن كان يعرف حين إنعقاد العقد مقدار المال الذي سيقدمه إلى الطرف الآخر، إلا أنه يجهل الثمن الذي سينتقاه مقابل ذلك.

و قد عرّفت الفقرة الثانية من المادة 57 مدني جزائري العقد الاحتمالي بتعريف غير واضح مستوحى من مقتضيات المادة 2/1104 مدني فرنسي بقولها : " ... إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حساب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر " .

و يرى بعض الشرائح² أن عدم وضوح التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للعقد الاحتمالي مرده عدم الدقة، فهو ليس جامعا مانعا، إذ يفهم منه أن كلا المتعاقدين

¹ د : محمد وجيه شحادة - المرجع السابق - صفحة 161.

كذلك: د: محمد حسنين - المرجع السابق - صفحة 18.

د: عبد الودود يحي - المرجع السابق - صفحة 21.

² د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 17.

لا يستطيع تحديد قيمة ما يعطيه و قيمة ما يأخذه وقت إبرام العقد، و هذا أمر غير صحيح على الإطلاق.¹

الفرع الثالث : أهمية تقسيم العقود إلى محددة و احتمالية

تبرز أهمية تقسيم العقود إلى محددة (commutatif) و احتمالية (aléatoire) من خلال ما يلي:

أولاً : يقوم العقد الاحتمالي على عنصر أساسي هو الاحتمال (l'aléa)، أي وجود فكرة الربح و الخسارة (le gain et la perte) ، و ذلك خلافا للعقد المحدد الذي لا يقوم على عنصر الاحتمال أصلا و يترتب على ذلك نتيجة قانونية هامة، و هي أنه إذا افتقد العقد الاحتمالي لعنصر الاحتمال حين إبرام العقد كان العقد باطلا². و مثال ذلك عقد التأمين الذي يبرمه شخص على حياة شخص آخر، ثم يظهر أن هذا الشخص الأخير متوفي.

ثانياً : يجمع الفقه المدني أن أهمية تقسيم العقود إلى محددة و احتمالية تظهر بجلاء في مسألة الغبن³، فالطعن بالغبن أمام المحكمة يكوم مآله الرفض بصورة عامة في العقود الاحتمالية، لأن أساس الطعن بالغبن هو معيار رقمي و حسابي قرره القانون المدني

¹ - د: محمد صبير السعدي المرجع السابق- هامش صفحة 72 يقول: " ... يكفي طبقا للتعريف الذي أوردناه، أن يكون أحد الطرفين دون الطرف الآخر، لا يستطيع تحديد قيمة ما سيأخذه مقابل ما يعطيه حتى يكون العقد احتماليا، ومثال ذلك بيع منزل نظير مرتب مدى الحياة، فالبايع يعلم قيمة ما أعطاه و هو المنزل، و المشتري قيمة ما أخذ ولكن البائع لا يستطيع تحديد قيمة ما سيحصل عليه، و كذلك المشتري لا يستطيع تحديد ما سيقدمه، و هو الثمن لأن مقداره مرتبط بأمر مستقبل غير معروف وقت حدوثه و هو الوفاء، كما نلاحظ في التعريف أنه جعل حظ الربح و الخسارة مرتبط بحادث غير محقق، مع أنه قد يكون الأمر محققا كما في مثالنا السابق و هو الوفاة، و هي محققة، و لكن غير معروف وقت حدوثها .

كذلك :

-Ali Bencheneb - ep-cit- page 31.

Antoine Vialard- ep-cit- page 34 et 35.

² د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 31.

³ د: أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 177، يقول : " ... و مع ذلك انظر المادة 214 من تقنين الموجبات و العقود اللبناني، و قد جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة، أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الغبن، و يمكن حمل ذلك على أن احتمال المكسب و الخسارة في جانب أحد المتعاقدين بعيد عن أي تعادل مع هذا الاحتمال في جانب المتعاقدين الآخر...".

بالخمس¹ ، و باعتبار أن العقد الاحتمالي من خصائصه الجوهرية يوم إنعقاده هو إحتمال الخسارة، و الربح عندما تتحقق الواقعة المستقبلية، فلا يكون المتعاقد الذي أصابه غبن في هذا العقد، أن يقاضي الطرف الآخر، لسبب بسيط و هو علمه و توقعه عند التعاقد بذلك.²

ويرى بعض الشرائح أن هنالك عقود مختلطة (des contrats mixtes) ، يوجد بها عنصر محدد (élément déterminé) وعنصر إحتمالي³ (éléments aléatoire) ، ومثال ذلك إذا دفع المشتري الثمن بعرضه مبلغا معيناً، و البعض الآخر إيرادا مرتبا مدى الحياة، و ينظر في هذه الحالة إلى العنصر الغالب، فيكون العقد محدداً أو إحتمالياً تبعاً لذلك، و قد سائر القضاء هذا الطرح⁴.

و الوقائع التي يؤخذ منها أن العقد محدد أو إحتمالي مسألة موضوعية من حيث ثبوت هذه الوقائع، فتخضع لتقدير القاضي، أما النتائج القانونية التي تترتب على هذه الوقائع، فمسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.⁵

¹ تنص المادة 358 مدني جزائري على أنه : " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فلبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، و يجب لتقرير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع " .

²Ambroise Colin - Henri Capitan : op-cit . page 315 et 316 « ... intérêts de la distinction- l'intérêts de la distinction est assez mince. il est relatif aux causes d'inefficacité du contrat ainsi on peut signaler : - qu'un contrat qui, par exceptions aux principes généraux, peut être annulé pour cause de lésion, par exemple la vente d'immeuble, cesse de pourvoir l'être s'il présente le caractère aléatoire... » .

³ د : أحمد السنهوري - المرجع السابق نظرية العقد - صفحة 142.

⁴ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1899/07/10 المنشور بمجلة (Dalloz) سنة 1899-صفحة 592.

⁵ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1882/04/19 المنشور بمجلة (Dalloz) سنة 1882-صفحة 88.

المبحث الرابع : تصنيف العقود الخاصة من حيث طريقة تنفيذها

Classification des contrats spéciaux sur leurs champs d'application

من المتفق عليه فقها أن العقود الخاصة يمكن تصنيفها من حيث طريقة تنفيذها إلى عقود فورية (contrats instantanés) و عقود زمنية، أو مستمرة (contrats successifs) و سنوضح في هذا المبحث المفهوم القانوني لهذه العقود، و نشرح أسباب تصنيفها في الفقه المدني و في التشريعات المدنية الحديثة، ثم نتطرق للعقود التي يكون فيها الشخص محل إعتبار.

المطلب الأول : العقود الفورية و العقود الزمنية

Les contrats instantanés et contrats successifs

الفرع الأول: العقود الفورية في التشريعات المقارنة

يقصد بالعقود الفورية تلك العقود التي يتم تنفيذها دفعة واحدة، و بمعنى آخر، العقد الفوري هو الذي يكون الأصل فيه أن تنفذ الإلتزامات فور إنعقاده،¹ أي أن العقد الفوري لا يكون عنصر الزمن فيه أساسيا²، فينفذ في الوقت الذي يحدده الطرفان، سواء صاحب التنفيذ إبرامه، أم تماطل إلى أجل أو أجل متتالية.

و المثال الواضح للعقد الفوري هو البيع، حيث يلتزم المشتري بوفاء الثمن، و يلتزم البائع بتسليم المبيع بمجرد إنعقاد العقد، و قد يتدخل عنصر الزمن عرضيا في هذه العقود، كما لو كان تنفيذ العقد مؤجلا إلى تاريخ معين، و سواء أكان هذا التأجيل إختياريا (كإتفاق الطرفين على تأجيل تسليم المبيع أو على تأخير وفاء الثمن)، أو كان التأجيل إجباريا (كأن يكون محل البيع شيئا مستقبلا)، فإن هذا التأجيل لا يؤثر في طبيعة العقد،

¹ Ali Bencheneb : op-cit page 43 : « ... cette distinctions est fondée sur la durée du contrat, le contrat à exécutions instantanée est un contrat dont l'exécution s'effectue en une seule prestations, le plus souvent d'ailleurs cette exécution intervient peu après la conclusion du contrat - c'est le cas des ventes ou comptant de la vie courante ... »

² Ambroise Colin - Henri Capitant : op-cit - page 319 : « ... on appelle contrats successifs des contrats par lesquels les contractants se lient l'un à l'autre ou les uns aux autres pour un certain temps, que ce temps soit fixé à l'avance ou laissé indéterminé. Tels sont louage de choses, le contrat de travail, le prêt, le contrat d'assurance, la société, l'association ect ... la durée est un élément de la convention ... ».

و يبقى عقدا فوريا لأن تدخل عنصر الزمن أمر عارض فيه.¹ و هي الحالة العادية في العقود.²

الفرع الثاني : العقود الزمنية في القوانين المدنية

يعرف العقد الزمني أو المستمر (contrat à exécution continue ou contrat successif) ، بأنه العقد الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد، ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورهما إلا مقترنة بالزمن، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة ، و العمل إذا نظر إليه في نتيجته، أي إلى الشيء الذي ينتجه العمل، كان حقيقة مكانية ، و لكن إذا نظر إليه في ذاته، فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية، مقترنا بمدة معينة.³

فالعقود الزمنية أو المستمرة، هي التي يجري فيها تنفيذ الإلتزام على دفعات مستمرة أو دورية، و مثال الدفعات المستمرة عقد الايجار، حيث يستمر المستأجر بالانتفاع بالعين المؤجرة طيلة مدة العقد، و بذلك فإن الزمن هو المعيار الذي يقاس به عقد الايجار، ونفس الحكم ينطبق على عقد العمل، أو عقد التوريد.⁴

¹ د: توفيق فرج - المرجع السابق - صفحة 61.

كذلك: د: عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - صفحة 73.

د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 19.

د: أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 178: يقول : " ... و يتبين مما تقدم أن العقد الفوري يتحدد محله مستقلا عن الزمن، و أن الزمن إذ تدخل فيه فإنما يتدخل عنصرا عرضيا لا عنصرا جوهريا، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه، ذلك أن محل العقد الفوري - أرضا كان أو بناء أو عروضاً، أو نقداً أو غير ذلك، إنما يمتد في المكان لا في الزمان، أي أن له جرماً إذا هو قيس ، فإنما يقاس بحيز مكاني، لا بمقياس زمني، أو هو كما يقول الدكتور عبد الحي حجازي في رسالته المعروفة، حقيقة مكانية، لا حقيقة زمانية ، و إنما سمي بالعقد الفوري، و لم يسم بالعقد المكاني، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي في إثبات المكان له، بل في نفي الزمان عنه (...).

² د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 31.

كذلك: د: محمد حسنين - المرجع السابق - 18.

³ د: عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - صفحة 179.

⁴ Claude DUPOUY- Maurice RESSAYER : op-cit page 60 : « ... le contrat à exécution successive crée des rapports juridiques qui doivent normalement se prolonger, soit qu'il y ait création d'obligations permanentes (par exemple contrat de bail, contrat de travail, etc...) soit que les prestations prévues au contrat s'échelonnent dans les temps(par exemple l'abonnement à une revue périodique)...".

الفرع الثالث: أهمية التمييز بين العقود الفورية و الزمنية

تتجلى أهمية التفرقة بين العقود الفورية والعقود الزمنية فيما يلي:

أولاً: إذا تم فسخ العقد الفوري، فإن أثر الفسخ يكون ذا أثر رجعي ، أي ينسحب إلى الماضي، وذلك بخلاف العقد الزمني الذي لا ينسحب أثر فسخه إلى الماضي. فإذا تم فسخ عقد البيع مثلا (وهو عقد فوري) بسبب عدم قيام المشتري بدفع الثمن ، جاز للبائع أن يسترد المبيع، وعاد الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، أما في حالة فسخ عقد الإيجار (وهو عقد زمني)، فإن أثر الفسخ لا يطبق بأثر رجعي . وهذا يعني أنه لا يجوز للمستأجر أن يسترد بدلات الإيجار التي دفعها عن الفترة السابقة لتاريخ الفسخ ، لأن هذه البدلات تقابل منفعة العين المؤجرة، وهي من الأمور التي لا يمكن ردها¹.

ثانياً : لا يملك أحد المتعاقدين في العقود الفورية حق إنهاء العقد بإرادته المنفردة. وذلك بخلاف العقود الزمنية التي يجوز إنهاؤها بإرادة منفردة صادرة من أحد الطرفين لأنها غير محددة بمدة معينة. ومثال ذلك عقد العمل غير المحدد الذي يمكن إنهاؤه بإرادة منفردة صادرة عن العامل أو رب العمل² .

ثالثاً: إمكانية إعادة النظر أو تعديل شروط العقد طبقا لنظرية الظروف الطارئة لا يكون في غالب الأحوال إلا في العقود المستثمرة³، فقد يقع أن يتفق الطرفان على سعر محدد

¹-د: لخضر بن عزي - المرجع السابق- صفحة 32.

كذلك : د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق- صفحة 70.

د: جميل الشرقاوي- المرجع السابق- صفحة 70.

-Planiol : op cit page 32: "...ils tiennent entièrement à la durée de l'exécution , et aux effets de la nullité ou de la résolution du contrat. le contrat a été exécuté pendant un certain temps, et on ne peut faire abstraction de cette exécution. la nullité et la résolution ne peuvent donc opérer avec effet rétroactif, et se réduisent à une résiliation opérant pour l'avenir...d'autre part, dans de tels contrats , le déséquilibre des prestations survenant après la conclusion du contrat a posé le problème de la révision du contrat..."

²- د: محمد وجيه شحادة- المرجع السابق- صفحة 162.

³- تنص المادة 107 فقرة 3 مدني جزائري على أنه "...غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

في وقت تكون فيه الأسعار منخفضة، ثم ترفع الأسعار في وقت لاحق ارتفاعا كبيرا لم يكن متوقعا، فيكون بإمكان المتعاقدان اللجوء إلى تعديل شروط العقد، بصورة تتطابق والأسعار الجديدة، أما في العقود الفورية، فلا مجال فيها بصورة عامة لتطبيق هذه النظرية، لأن الإلتزامات تنفذ فيها في الأصل فورا¹.

رابعا : في العقود الفورية، لا تتقابل الإلتزامات تقابلا تاما من حيث كميتها بل يجوز الوفاء بكمية من الإلتزام، واستبقاء ما يقابله من الإلتزام المقابل ومثاله عقد البيع يجوز أن يكون الثمن فيه مقسما على آجال، فلا يدفع المشتري عند التعاقد الأقساط منه، ولكنه يستوفي الشيء المبيع كله عند التعاقد، كما أنه يجوز أن يدفع المشتري الثمن كله، على أن يستوفي الشيء المبيع أجزاء².

خامسا: وينتج عن الفرق السابق ذكره، فرق آخر بين العقد الفوري والعقد الزمني، هو أنه إذا توقف تنفيذ الإلتزامات في العقد الفوري، كما إذا تأخر البائع في تسليم الشيء المبيع، أو تأخر المشتري في دفع الثمن، فإن هذا التأخير لا يؤثر على وجود العقد، وقد وضع المشرع وسائل للتنفيذ في مثل هذه الحالة، وليس الأمر كذلك في العقد الزمني، فإذا توقفت الإلتزامات فيه لوقت ما فإن العقد يتوقف، لأن الزمن مضى خلال فترة التوقف لا يمكن أن يعود، فإذا توقف العامل عن عمله يوما، فإنه لا يستحق منه أجرا، ولا يمكن أن يطالب رب العمل بالقيام بعمله عن هذا اليوم لأنه مضى بل قد يؤدي وقف تنفيذ الإلتزامات في العقد الزمني إلى إنهاء العقد، إذا كان لمدة محددة وانقضت هذه المدة³.

¹- د: علي علي سليمان - المرجع السابق- صفحة 20.

²-د: محمد وجيه شحادة- المرجع السابق- صفحة 163.

كذلك : Ali Benchaneb : op cit page 44: "...en présence d'un contrat à exécution instantanée, il paraît évident que l'équilibre économique du contrat ne peut être rompu, en sorte qu'en pratique l'ajustement des obligations, et par exemple la révision du prix de la prestation ne se cou soit pas. en revanche, dans un contrat à exécution successive les bouleversements économiques , peuvent remettre en cause l'équilibre du contrat initialement voulu par les parties, e, sorte que des mécanismes d'ajustement(révision, imprévision) doivent être trouvés pour permettre le poursuite des prestations"

³-د: علي علي سليمان- المرجع السابق- صفحة 21.

كذلك : -Amboise Colin -Henri Capitant: op-cit page 319:"...le contrat instantané cesse d'avoir effet dès que la prestation est exécutée, les contrats successifs impliquent la notion de durée: il faut alors distinguer, quand la durée du contrat est déterminée, chaque contractant est tenu envers l'autre pour le temps convenu, il ne peut être mis fin au contrat avant le terme convenu que par accord de leurs volontés, quant au contraire , le contrat est conclu pour un temps déterminé, chacune des parties peut y mettre fin, en principe, par sa seule volonté..."

المطلب الثاني : العقود التي يكون فيها الشخص محل اعتبار

الفرع الأول : شخص المتعاقد في العقود

تنص المادة 106 مدني جزائري على أنه : "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقررها القانون"، وهي المقابلة لنص المادة 1134 مدني فرنسي¹.

والواضح من هذه المادة، أن الإتفاق الذي أنشاه المتعاقدان، لا يلزم إلا هؤلاء دون غيرهم، فيتم تنفيذ ما تضمن العقد من موضوع وشروط إلا من كليهما، لأن الإتفاق يأخذ صورة قانون يستنه الطرفان.

وبالتالي يكون من الأجدر أن يحترماه ويطبقا ما إشتمل عليه من بنود.

غير أنه من الممكن أن يدخل شخص ثالث في العلاقة التعاقدية، ويحل محل أحد المتعاقدين وذلك عن طريق العديد من السبل التي حددها القانون، ومن بين هذه الطرق ما يلي :

أولا : النيابة (la représentation) فقد جاء في نص المادة 73 مدني جزائري ما يلي : "إذا تم العقد بطريقة النيابة، كان الشخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار، عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها".

ومهما كانت طبيعة النيابة، سواء أكانت قانونية (الولاية) أو إتفاقية (الوكالة)، فإن القانون يعطي إعتبارا خاصا للشخص المتدخل في العلاقة التعاقدية، خاصة عند الخوض في عيوب الرضا، أو بخصوص الآثار القانونية التي تتمخض عن واقعة العلم بعض المعطيات والظروف المحيطة بالعملية التعاقدية².

¹ -l'article 1134 duc code civil français stipule : " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ..."

² -د: أنور سلطان- "أحكام الالتزام" صفحة 307- دار النهضة العربية طبعة 1980- بيروت.

ثانيا : حوالة الحق (la cession de créance)

فقد ورد في نص المادة 239 مدني جزائري على أنه : " لا يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا منع ذلك نص القانون، أو إتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الإلتزام.، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين" وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضا المدين، فالواضح هنا إمكانية تغيير الدائن الأصلي في العلاقة التعاقدية وحلول شخص يحل محله في هذه العلاقة إلا إذا وردت موانع قانونية، أو رفض المتعاقدين حوالة الحق المتمخض عن العقد، أو كانت طبيعة الإلتزام ذاته تمنع ذلك.

ثالثا : حوالة الدين (la cession de dette) تضمنت المادة 251 مدني جزائري مقتضيات حوالة الدين، فجاء فيها أنه : " تتم حوالة الدين بإتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين" و أضافت المادة 252 مدني جزائري أنه : " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن، إلا إذا أقرّها".

يتجلى في هذا الصدد أن التشريع المدني الجزائري، أجاز إحالة الدين في العلاقة التعاقدية، ويتجسد ذلك عن طريق إتفاق جديد يبرمه المدين مع المحال له الدين، فيصبح هذا الأخير هو المدين عن أداء الدين، بدلا من المدين الأول ، غير أن ذات التشريع إشتراط بعد ذلك الإقرار الصريح للدائن المتضمن موافقته على إحالة الدين، فإذا رفض ذلك، لم يكن للإتفاق المبرم بين المدين الأصلي والمدين المحال عنه الدين، أي أثر قانوني تجاه الدائن¹.

ويرى الشراح أنه يجوز في التصرفات بعوض أن يحل شخص محل أحد المتعاقدين لأن ما يهم كلا المتعاقدين هو الحصول على حقوقه الناتجة عن العقد. ولكن في بعض الحالات لا يقبل التنفيذ إلا من الشخص الذي تم معه التعاقد².

¹-: زهدي يكن- "آثار الإلتزام" الجزء التاسع - دار الثقافة - صفحة 277 طبعة 1970- بيروت.

²-: مصطفى الحمّال- أحكام الإلتزام" ، الدار الجامعية - طبعة 1989 - صفحة 95- الإسكندرية.

الفرع الثاني : الشخص محل إعتبار

قد يكون الشخص محل إعتبار في بعض العقود (la personne du contractant prise en considération) أمرا مقصودا، وذلك إما لطبيعة العلاقة مع المتعاقد، كأن يكون هذا الشخص قريبا، أو يكون لمهارة يكسبها، أو لسمعة يتمتع بها، ككونه طبيبا ماهرا ، أو جراحا معروفا، أو معلم ذي كفاءة علمية عالية. وفي هذه الحالات ، لا يقبل الطرف الآخر في العقد تنفيذ موضوعه إلا من الشخص المتعاقد معه¹.

ويتفق الفقه المدني، أن ما يترتب في الآثار على كون الشخص محل إعتبار في العقد، أن الإلتزام لا ينتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، كما هو معمول به في العقود العادية، كما أنه يجوز للدائن من ناحية أخرى أن يرفض الوفاء من غير المدين وهذا ما قرره التشريعات المدنية الحديثة². كما أنه في حالة الامتناع عن التنفيذ من الشخص المتفق عليه، أو إستحالة هذا التنفيذ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد³.

¹ - د: لخصر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 33.

² - تنص المادة 169 مدني جزائري على أنه: "في الإلتزام بعمل، إذا نص الاتفاق أو إستوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الإلتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين.

³ - د: مصطفى الجمال - المرجع السابق - صفحة 96.

المبحث الخامس : تصنيف العقود الخاصة من حيث تنظيمها التشريعي

Classification des contrats spéciaux sur le critère de l'organisation législative

من المعروف أن العقود الخاصة، يمكن تصنيفها من حيث الطريقة التي نظم بها المشرع هذه العقود في القانون المدني، أو من حيث موضوعها، إلى عقود مسماة (contrats nommés) وعقود غير مسماة (contrats innommés)، وسنتطرق في هذا المبحث إلى شرح المضمون الفقهي والقانوني لهذه العقود، وكذلك نخوض في أسباب تصنيف المشرع لها بهذه الطريقة.

المطلب الأول : العقود المسماة والعقود غير المسماة في الفقه والقانون

Les contrats nommés et contrats innommés

الفرع الأول : العقود المسماة في القوانين المقارنة

يقصد بالعقود المسماة تلك العقود التي أطلق عليها القانون إسما معيناً، ونظمها بأحكام ومقتضيات تفصيلية، كما في عقود البيع والإيجار والشركة، التي وردت أحكامها مفصلة في القانون المدني. وبمعنى آخر ، فالعقد المسمى هو الذي تكفل المشرع بتوضيح أحكامه بعدما وضع له إسماً، وذلك لشيوع هذا العقد بين الأفراد وإنتشار إستعماله في علاقاتهم ومعاملاتهم، فالعقد المسمى يخضع بهذا الطرح إلى القواعد القانونية التي أوردها التشريع بشأنه، وهي قواعد مكملة، لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها¹.

والعقود المسماة متعددة ومتنوعة، وهي تختلف باختلاف الموضوع والغرض منها، فنجد أن هذه العقود ما يقصد به نقل ملكية شيء أو حق على شيء مثل البيع والمقايضة والهبة.

¹-د: أحمد السنهوري - المرجع السابق- صفحة 195.

كذلك :د: أحمد فرج الصدة- المرجع السابق- صفحة 86.

Marie- Helene De Laender- Franck Petit : droit des contrats Archétype 82- 3eme ed : page 17- 2013: "...ces classifications résultent du code civil sans être cependant expressément formulées par lui . il les suggère simplement. on peut déjà citer la distinction faite implicitement par le code civil entre les contrats nommés(art. 1107 cc) et les contrats dénomination particulière de telle ou telle convention réglementée par un teste de loi précis; autrement dit, on applique un critère purement formel, à savoir l'attribution ou non d'un nom' ç l'enveloppe contractuelle" choisie..."

ومن هذه العقود ما يرد على الإنتفاع بالشيء أو الحق، كعقد الإيجار والعارية والقرض الاستهلاكي . ومنها ما يرد على الإنسان، كعقد المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة. ومنها ما يستهدف إستقاء الدائن حقه، كعقد الكفالة وعقد الرهن، ومنها ما يكون موضوعه شيئاً غير محقق، كعقد التأمين والمرتب مدى الحياة، وهي ما تسمى بعقود الغرر¹. (les contrats aléatoires)

وقد تطورت فكرة تقسيم العقود إلى عقود مسماة في القانون الروماني، إذ في هذا القانون، وخاصة في مراحلها الأولى، لم يكن يكفي بالإرادة لإنشاء الإلتزامات العقدية، بل أنه يشترط ليصبح الإتفاق بين شخصين ملزماً، شكلاً أو إجراءً معنياً، فكانت الشكلية حينئذ، المبدأ السائد. والقاعدة أن الإتفاق المجرد، لا يتولد عنه إلتزام، وقد عبّر القانون الروماني عن ذلك بـ (Nudum pactum obligatio non parit)، و أن الإتفاق المجرد لا تتولد عنه دعوى (Ex nudo pacto non actio nascitur).

غير أن مبدأ الشكلية هذا تطور مع المجتمع الروماني، إذ أدى توسع التجارة المتميزة بسرعة التصرفات إلى فرض إستثناءات على هذا المبدأ، فظهرت حينئذ طائفة من العقود تتم بمجرد التراضي، دون إجراء شكلي إضافي - مثل البيع والإيجار والشركة والوكالة . وقد أدى ذلك التطور إلى موقف آخر، بأن أصبح ممكناً للطرف الذي قام بتنفيذ إتفاق مجرد من غير العقود المذكورة أن يطالب المتعامل معه بتنفيذ الإتفاق من جهته، وهذه هي الإتفاقات التي كانت تدعى في القانون الروماني ، بالعقود غير المسماة².

و أنواع العقود المسماة في القانون الروماني يمكن ذكرها كالتالي :

- 1- إما لفظية (contractus verbis) كالتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير.
 - 2- وإما عينية (Contratus re) ومنها العقود التالية :
- القرض (Mutuum)

¹- د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 52.

²- د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 23.

كذلك : د: أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 122

- عقد الائتمان (Fiducia) ومؤداه نقل ملكية شيء من شخص إلى شخص آخر مع الإتفاق على أن يلتزم مكتسب ملكية الشيء برده بعد مدة معينة أو عند تحقق شروط خاصة¹.

- الوديعة (depositum)

- عارية الاستعمال (Commodatum)

-الرهن الحيازي (Pignus)

و إما رضائية (Contratus consensu) وهي عقود ظهرت في مرحلة مؤخرة من تطور القانون الروماني، خروجاً عن مبدأ الشكلية الذي كان سائداً في البداية. ومن هذه العقود التالية:

- البيع ، وكان يطلق عليه اسم مزدوج : شراء -بيع (Emptio- vendito)

- الإيجار ، وكان يعرف أيضاً باسم مزدوج: إيجار - إستئجار (Location- conduction)

-الشركة (Societas)

- الوكالة (Mandatum)

الإتفاقيات التي تخرج عن هذه العقود، لا تعتبر عقوداً، إلا أن بعد تطور القانون الروماني أصبحت هذه الإتفاقيات تنشئ للطرف الذي ينفذها الحق في مطالبة الطرف الآخر بتنفيذها، فيكون الإتفاق عقداً غير مسمى.

وتجب في ذلك الملاحظات التالية:

1- يكون الإتفاق عقداً رسمياً بشريين :

- أن لا يدخل في أنواع العقود المنظمة أي المسماة.

-أن لا يقوم أحد الطرفين بتنفيذ الإتفاق فبنشأ أثر ذلك إلتزام على الطرفين.

2- العقود التي كانت تدعى غير المسماة كانت في الواقع في حالات كثيرة معروفة باسم، كالمقايضة أو الصلح، و إنما بقت غير مسماة لخروجها عن أنواع العقود المنظمة.

¹ - Ambroise Colin- Henri Capitant : op -cit -page 317 "...cette distinction avait une grande importance en droit romain à Rome, les premiers contrats ont été des contrats énumérés limitativement et nommés par l'ancien droit civil ; c'étaient les contrats formels et les contrats réels. puis le droit prétorien et le droit impérial ont sanctionné d'autres contrats que l'on appelait, contrats innommés, bien qu'en général, ils aient en un nom , parce que ils n'avaient pas été nommés par l'ancien droit civil ni sanctionné par lui ..."

3- التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة كان بالغ الأهمية، إذ أن العقد غير المسمى خلافا للعقد المسمى لم يكن يتحول إلى عقد ملزم إلا إذا قام أحد الطرفين بالتنفيذ وطالب الطرف الآخر بالتنفيذ من جانبه¹.

أما العقود غير المسماة، فهي العقود التي لم يرد لها ذكر في القانون، كالعقد بين صاحب الفندق والنزيل، والعقد الذي يعقده تاجر مع أحد المصارف، على أن يزوده بمعلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر، وكذلك الإتفاق بين المستشفى وكلية الطب على وضع أسرة تحت تصرف الكلية للتدريب والبحث العلمي لطلبة الطب. والعقد بين صاحب المسرح والجمهور، والعقد بين مصور أو رسام مع شخص ليأخذ له صورة أو رسمه².

الفرع الثاني :

التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في العصر الحديث

أ- في القانون الحديث كل من العقود المسماة وغير المسماة يتم بمجرد إتفاق المتعاقدين ما عدا في العقود الشكلية والعقود العينية.

و ينحصر التمييز في كون العقود المسماة منظمة في القانون تنظيما خاصا لأهميتها في الحياة العملية، دون العقود غير المسماة التي لا تعرف باسم معين والتي يكتفي فيها بالقواعد العامة في العقد.

ب- العقود المسماة محصورة، إذ حددها القانون ونظمها بالتفصيل، بخلاف العقود غير المسماة التي لا يمكن حصرها.

ج- تحديد العقود المسماة قد يختلف حسب المكان والزمان:

1- اختلاف من تشريع إلى آخر: قد تنظم قوانين بلد ما عقودا تهملها قوانين بلد آخر.

¹- د: لخضر بن عزوي - المرجع السابق - صفحة 38.

²- د: محمد وجيه شحادة - المرجع السابق - صفحة 158.

كذلك -Antoine Vialard :op-cit- page 41: "...les contrats innommés sont ceux que le code civil n'a pas admis: officiellement dans ses dispositions relatives aux contrats. Ces contrats peuvent avoir reçu un nom dans la pratique l'époque contemporaine a vu fleurir une multitude de contrats nouveaux, généralement inventés aux Etats-Unis et dont le nom à une leasing de franchising, de factoring, d'engineering, etc....) mais leurs réglementation de taillée n'apparaît pas dans le code civil ; d'autres contrats, en vertu de la règle de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle , sont fait au gré des besoins particuliers des contractants, et ne correspondent a aucune catégorie ni traditionnelle , ni moderne de telle sorte qu'ils ne peuvent avoir ni dénomination officielle, ni dénomination officieuse.

2- بتطور الزمن: قد يقرر المشرع ضبط أحكام صنف من العقود لأهميتها في المجتمع، فتصبح عقودا مسماة بعد أن كانت غير مسماة، وذلك كعقد التأمين¹.

فائدة التنظيم الخاص لبعض العقود:

يهتم بتنظيم بعض العقود، لأسباب و أغراض مختلفة:

1- عقود يكثر تداولها بين الناس، وتكون مصدر آثار ومشاكل شتى :

تنظيمها بدقة يسهل المعاملات بين الأفراد ويحمي استقرارها.

2- في حالات كثيرة لا تكفي القواعد العامة للعقد للحفاظ على حقوق الأفراد مهما كان

جهد القاضي في تفسير القانون ومراعاة مبدأ العدالة:

فيتعين حينئذ إصدار أحكام قانونية خاصة كما في شأن بيع المريض مرض الموت، وعقد الرهن وعقد العمل.

3- بعض العقود المسماة تخضع إلى إجراءات مالية حسب أهميتها بالنسبة للأطراف

والدولة، كما في نظام الرسوم وتكاليف التسجيل المفروضة على العقود الواردة على عقار².

الفرع الثالث : التقسيمات المختلفة للعقود المسماة

أولا :تقسيم العقود المسماة في القانون المدني الفرنسي

أ- إن فكرة التمييز بين ما يدعي بعقود مسماة و غير مسماة ترجع كما قدمنا إلى القانون الروماني. وقد بقي أثرها في القانون الفرنسي و إن تطور مفهومها وإختلف تدريجيا عما كان يعمل به في العهد الروماني. فأشار التقنين المدني الفرنسي في مادته 1107 إلى أن

¹-د: وجيه شحادة- المرجع السابق- صفحة 159.

كذلك:د: محمد حسنين- المرجع السابق- صفحة 14.

²-د:أحمد السنهوري - المرجع السابق- هامش صفحة 168

كذلك -Michel Le Galcher-Baron:op-cit page 28:"...au contraire, l'interprétation des contrats innommés est beaucoup plus délicate, surtout lorsqu'ils empruntent des éléments à divers contrats nommés. plutôt que de faire une application cumulative de ces différents contrats, la, jurisprudence a tendance à donner la prééminence à l'un des contrats ou, à défaut , à résoudre le problème d'interprétations par un simple appel aux principes généraux du droit des obligations..."

العقود سواء كان لها اسم خاص أم لم يكن لها ذلك، تخضع إلى القواعد العامة الواردة في شأن العقود، و أن الأحكام الخاصة ببعض العقود تدرج في أبواب متعلقة بهذه العقود¹.

المادة 1107 مدني فرنسي :

"Les contrats, soient qu'ils aient une dénomination propre, soient qu'ils n'étaient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce"

والظاهر من هذا النص أن المشرع الفرنسي لم يول هذا التقسيم أهمية كبيرة إذ لم يبق لهذا التمييز الأثر الموجود من قبل في القانون الروماني والفائدة من نص المادة 1107 هي حسبما يفسره الفقه الفرنسي(بلانيول و ريبير ج 6- فقرة 42) التنبية إلى أنه توجد إلى جانب العقود المكيفة والمنظمة من طرف القانون، علاقات عقدية أخرى لم تشر إليها النصوص².

ب- وما نظمه القانون المدني الفرنسي أصلا هي العقود التالية التي مثلت معظم ما تضمنته أبواب الكتاب الثالث:

الباب الثاني : الهبة والوصية

الباب الخامس : عقد الزواج(التقنين المدني الفرنسي،خلاف للتقنيات الحديثة جمع بين نظام الأحوال الشخصية والإلتزامات معا).

الباب السادس: البيع

الباب السابع: المقايضة

¹-: لخضر بن عزي- المرجع السابق- صفحة 47

² -Ambroise Colin- Henri Capitant: op-cit- page317"...à l'heure actuelle, la distinction n'a plus guère d'intérêt. Il y a des contrats auxquels le code civil donne un nom, la vente , le louage, le mandat, la société etc....mais il est possible aux particuliers de passer d'autre contrats dont le code civil ne fait pas mention, mais qui sont soumis aux mêmes règles générales. l'article 1107 fait allusion à cet état de choses... le seul intérêt de savoir que certains contrats ont été nommés et réglementés par le code et dans des lois particulières des règles spéciales qui ne jouent pas pour les autres contrats. Cependant cela même n'a pas d'importance essentielle, parce que la plupart des règles que le code civil contient concernant les contrats spéciaux sont des règles non impératives, auxquelles les contractants peuvent déroger".

الباب الثامن: الإيجار

الباب التاسع: القرض

الباب العاشر: الشركة

الباب الحادي عشر: الوديعة و الحراسة

الباب الثاني عشر: عقود الغرر.

ومنها المقامرة والرهان (Le jeu et de pari)

وعقد المرتب مدى الحياة (Contrat de rente viagère)

الباب الثالث عشر: الوكالة

الباب الرابع عشر: الكفالة

الباب الخامس عشر: الصلح

الباب السادس عشر: التحكيم

الباب السابع عشر: الرهن الحيازي (Le Nantissement) بما يتفرع إليه من رهن المنقول

(Gage) ورهن العقار (Antichrèses)

الباب الثامن عشر : حقوق الامتياز والرهن الرسمي

وتجدر الملاحظة أن هذا الترتيب للعقود لا يعتبر تقسيما قائما على معايير قانونية أو إقتصادية¹.

ج- ولكن هذه القائمة للعقود المسماة لم تبق محدودة إلى هذه الأنواع التي ذكرها تقنين نابليون، بل أن المشرع الفرنسي أضاف إليها عقودا عديدة أخرى منها ما إقتضته متطلبات الحياة العصرية أو الإتفاقات الدولية، كعقد التأمين، وعقد النقل البري والجوي، وعقد العمل، الذي أصبح يكون فرعا من القانون (قانون العمل)، ومنها ما يرجع إلى تطور النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في فرنسا، مثل عقد الجمعية (Contrat d'association) وعقد البناء بالوكالة (Contrat de promotion immobilière) الذي أصبح مخصصا له في التقنين المدني باب ثامن مكرر (Titre VIII bis).

¹-: لخضر بن عزي- المرجع السابق- صفحة 49.

وما يستخلص من هذا التطور أن قائمة العقود المسماة في القانون المدني الفرنسي، أصبحت طويلة جدا يكاد تزايدها يحد من مجال العقود غير المسماة التي هي حسب قاعدة التمييز بين النوعين من العقود غير محصورة. وهذه الظاهرة ليست خاصة بالقانون الفرنسي بل أنها تسود سائر التشريعات الحديثة، ولو اختلفت فيها الاتجاهات والأشكال¹.

ثانيا : تقسيم العقود المسماة في القانون المدني المصري

من المعروف أن القانون المدني المصري القديم أو الجديد، إستمد معظم قواعده من القانون المدني الفرنسي. غير أن القانون الجديد الصادر في سنة 1948، حاول تحسين القانون القديم عملا بتجربة العشرات من السنين، ومراعاة للتطورات الحديثة في المعاملات والنظريات الفقهية والتشريعات المختلفة.

وهكذا فإن القانون المدني المصري الجديد صدر حسب ترتيب حديث وخصص للعقود المسماة، كتابا كاملا من القسم الأول المتعلق بالإلتزامات أو الحقوق الشخصية، وفصله على النحو التالي² :

الكتاب الثاني : العقود المسماة

الباب الأول : العقود التي تقع على الملكية

الفصل الأول : البيع

1- البيع بوجه عام

2- بعض أنواع البيع

- بيع الوفاء

- بيع ملك الغير

¹-د: احمد السنهوري- المرجع السابق- صفحة 171.

- كذلك : MARTY et RAYNAUD: "les obligations" Librairie Sirrey édition 1962- page 294-Paris.
-RIPERT et PLANIOL.: " traite élémentaire de droit civil" les obligations" Tomme 6- page 477- édition 1952 Paris.

²-د: حلمي بهجت بدوي- المرجع السابق- صفحة 79.

كذلك : د: حشمت أبو ستيت- المرجع السابق- صفحة 78.

د: أحمد سلامة- المرجع السابق- صفحة 133 وما بعدها.

- بيع الحقوق المتنازع عليها

- بيع التركة

- بيع المريض مرض الموت

- بيع النائب لنفسه.

الفصل الثاني : المقايضة

الفصل الثالث: الهبة

الفصل الرابع: الشركة

الفصل الخامس: القرض والدخل الدائم

الفصل السادس: الصلح

الباب الثاني : العقود الواردة على الانتفاع بالشيء

الفصل الأول : الإيجار

1- الإيجار بوجه عام

2- بعض أنواع الإيجار

- إيجار الأراضي الزراعية

- المزارعة

- إيجار الوقف

الفصل الثاني : العارية

الباب الثالث : العقود الواردة على العمل

الفصل الأول : المقاومة والتزام المرافق العامة

الفصل الثاني : عقد العمل

الفصل الثالث: الوكالة

الفصل الرابع: الوديعة

الفصل الخامس: الحراسة

الباب الرابع: عقود الغرر

الفصل الأول: المقامرة والرهن

الفصل الثاني : المرتب مدى الحياة

الفصل الثالث: عقد التأمين

الباب الخامس : الكفالة

ج-ملاحظات على هذا التقسيم

1- محاولة لتقسيم حديث يأخذ بعين الاعتبار النظريات الفقهية الحديثة في تقسيم العقود على أساس معيار المحل.

2-إن هذه القائمة للعقود، و إن كانت تمثل ما ورد في الكتاب المخصص للعقود المسماة والمشار إليه آنفا ، لم تحصر في الحقيقة كل العقود المسماة فالرهون بما تنفرع إليه من رهن رسمي ورهن حيازي للمنقول ورهن حيازي للعقار ورهن الدين لم تنظم أحكامه في هذا الكتاب و إنما في الكتاب الرابع المتعلق بالحقوق العينية التبعية¹.

ثالثا : تقسيم العقود المسماة في القانون المدني الجزائري:

أ- إن القانون المدني الجزائري الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم أخذ بالنظريات الحديثة في ترتيب الإلتزام أو العقود، غير أنه تأثر إلى حد بعيد بتقسيم القانون المدني المصري للعقود، فأدرج العقود المسماة في الكتاب الثاني المتعلق بالإلتزامات والعقود، على النحو التالي²:

الباب السابع:العقود المتعلقة بالملكية

الفصل الأول : عقد البيع

القسم الأول : أحكام عامة

القسم الثاني: أنواع البيع

1-بيع ملك الغير

2- بيع حقوق المتنازع عليها

¹-د:عبد الودود يحي - المرجع السابق - صفحة 135.

كذلك:د: إسماعيل غانم:"النظرية العامة للإلتزام: مصادر الإلتزام - طبعة 1986 - صفحة 119 - منشأة المعارف- القاهرة.

²- د: لخضر بن عزي- المرجع السابق- صفحة 50.

3- بيع التركة

4- البيع في مرض الموت

5- بيع النائب لنفسه¹.

الفصل الثاني : عقد المقايضة

الفصل الثالث : عقد الشركة

الفصل الرابع: القرض الاستهلاكي

الفصل الخامس : الصلح²

الباب الثامن : العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء

الفصل الأول :الإيجار

الفصل الثاني : العارية³

الباب التاسع: العقود الواردة على العمل

الفصل الأول : عقد المقاولة

الفصل الثاني : الوكالة

الفصل الثالث : الوديعة

الفصل الرابع: الحراسة⁴

الباب العاشر: عقود الغرر

الفصل الأول: القمار والرهان

الفصل الثاني: المرتب مدى الحياة

الفصل الثالث: عقد التأمين⁵

¹-المواد من 351 م ج إلى 412 م ج المتعلقة بعقد البيع و أحكامه العامة، وأنواع البيوع- المواد من 397 م ج إلى 412 م ج - المتعلقة ببيع ملك الغير، وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة ، والبيع في مرض الموت، وبيع النائب لنفسه.

²-المواد من 413 م ج إلى 466 م ج المتعلقة بعقد المقايضة وعقد الشركة، وعقد القرض الاستهلاكي وعقد الصلح.

³- المواد من 467 م ج إلى 548 م ج والمتعلقة بعد الإيجار وعقد العارية.

⁴-المواد من 549 م ج إلى 611 م ج والمتعلقة بعقد المقاولة وعقد الوكالة ، وعقد الوديعة وعقد الحراسة

⁵-المواد من 612 م ج إلى 653 م ج والمتعلقة بالقمار والرهان، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين.

الباب الحادي عشر: الكفالة¹

مثل القانون المدني المصري فالقانون المدني الجزائري ، نظم الرهون بما تنفرع عنه من رهن رسمي ورهن حيازي للمنقول ورهن حيازي للعقار ، في الكتاب الرابع المتعلق بالحقوق العينية التبعية.

ب- غير أن ترتيب العقود المسماة في القانون المدني الجزائري يستوجب الملاحظات الآتية:

1- القانون المدني الجزائري لم يخصص مثلما ما عمد إليه القانون المدني المصري قسما منفصلا للعقود المسماة، وحسنا ما فعل القانون الجزائري لأن قائمة العقود المسماة لا يمكن حصرها في قسم معين من التقنين المدني، ولا في مختلف أبوابه. فأنواع العقود المسماة تمتد من جهة إلى غير القانون المدني وتتطور من جهة أخرى مع تطور التشريع.

2- أن القانون المدني الجزائري لم يشر باللفظ الصريح كما فعل القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري إلى تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة مع حصر العقود المسماة، وإنما ترك للفقهاء والقضاء هذا النوع من الشكليات التي لا تحتاج إليها النصوص التشريعية.

3- أن القانون المدني الجزائري أخرج من نطاقه تنظيم بعض العقود المسماة وفضل أن تدرج في مجموعات تشريعية أخرى كقانون الأسرة(الوصية- الهبة) أو قانون العمل(عقد العمل).

4- أن القانون المدني الجزائري الذي أخذ بالتحويلات القانونية الهامة التي ظهرت في حياة العالم الريفي إستبعد تنظيم بعض العقود مثل عقد إيجار الأراضي الزراعية² ، وعقد

¹ -المواد من 654 م ج إلى 673 م ج والمتعلقة بعقد الكفالة.

² - القانون المدني المصري المواد من 610 إلى 618

المادة 612: "إذا ذكر في عقد إيجار الأراضي الزراعية أن الإيجار قد عقد لسنة أو لعدة سنوات كان المقصود من ذلك أنه عقد لدورة زراعية سنوية أو لعدة سنوات"

المزارعة¹ و العقد على المواشي² بل أدخل في المعاملات عقدا خاصا باستغلال الأراضي التي تمنحها الدولة وذلك طبقا لقواعد قانون الثورة الزراعية أو التسيير الذاتي.

المطلب الثاني: العقود البسيطة والعقود المركبة في القانون المدني

Les contrats simples et les contrats composés

سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة المفاهيم الفقهية والقانونية لكل من العقود البسيطة (les contrats simples) و إلى العقود المركبة أو المختلطة (les contrats composés)، ونوضح عملية تقسيمها، إلى جانب أهمية و آثار تصنيفها.

الفرع الأول : العقد البسيط في القوانين المدنية الحديثة

العقد البسيط هو ما إقتصر على عقد واحد، ولم يكن مكونا من عقود متعددة، بمعنى أنه العقد الذي يشتمل على أحكام عقد واحد، وبمفهوم آخر يكون العقد بسيطا، إذا كان قائما على محل واحد، سواء تضمن هذا المحل اداء واحد (البيع- الإيجار)، أو أعمالا متعددة مرتبطة ببعضها البعض (عقد العمل- عقد المقاوله). و إن تعددت هذه الأعمال ، فإنها تترتب عادة على عقد واحد، وهذه هي الصورة العادية في العقود³. وقد يكون العقد البسيط عقدا مسمى كالإيجار والعارية، كما يكون غير مسمى، كالعقد الذي توفر بموجبه إدارة مستشفى عدد من أسرة المرضى تحت تصرف كلية الطب.

الفرع الثاني: العقد المركب في القوانين المدنية الحديثة

العقد المركب (le contrat composé ou complexe)، أو المختلط (contrat mixte) هو العقد الذي يتضمن محلا متعددا ، بحيث يظهر كمجموع إتفاقات

¹ -القانون المدني المصري المواد من 619 إلى 627

المادة 619 : " يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجرين في مقابل أخذ المؤجر جزءا معينا من الحصول"

² - القانون المدني الفرنسي، المواد من 1800 إلى 1881

المادة 1800:

"Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles ».

³ - د: أحمد السنهوري- المرجع السابق- صفحة 169.

كذلك: د: علي علي سليمان- المرجع السابق- صفحة 25.

- د: محمد صبري السعدي- المرجع السابق- صفحة 53

(convention multiples)مختلفة، يمكن أن تتم في عقود مختلفة ، وبمعنى آخر فالعقد المركب أو المختلطة هو الذي يشتمل على أكثر من عقد واحد. مثاله العقد المبرم بين إدارة فندق من الفنادق والنزيل (contrat d'hôtellerie)، فهو خليط أو مزيج من عقد إيجار بالنسبة للغرف التي يبيت فيها النزيل، وبيع بالنسبة لما يستهلكه هذا الأخير من أطعمة ومشروبات، وعمل بالنسبة للخدمات ، ووديعة بالنسبة إلى أمتعته¹.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن العقد المركب

يمكن أن يجمع العقد المركب بين العديد من العقود التي تختلف مقتضياتها، وتتباين أحكامها ، وتتزاحم في الموضوع الواحد، مما لا يمكن معه الجمع بينها في التطبيق، وفي هذا الأشكال أجمع الفقه المدني على وجوب تغليب العنصر الجوهري في العقد المركب، وتطبيق أحكام عقد هذا العنصر، وبمعنى آخر، إذا وقع نزاع في القواعد المطبقة، وجب على قاضي الموضوع الاتجاه إلى الصفة الغالبة في العقد (le caractère dominant dans le contrat). ومثاله العقد المبرم بين إدارة الاتصالات السلكية واللاسلكية وبين المشترك في خدمة الهاتف، فالواضح هنا أن العنصر الغالب في هذا العقد هو الخدمة التي تقدمها هذه الإدارة للمشارك، وليس عملية إيجار آلة الهاتف،

فيعتبر حينئذ عقد مقاوله، و ما آلة الهاتف إلا أداة من أدوات تنفيذه³.

ويمكن اختصار الآثار القانونية المترتبة عن العقد المركب بما يلي :

أولاً: يمكن أن تكون شروط العقد المركب كلها محددة في العقد من الطرفين.

¹-د: محمد وجيه شحادة- المرجع السابق-صفحة 158.

²-د: لخضر بن عزي- المرجع السابق - صفحة 47.

كذلك "د: جميل الشراوي- المرجع السابق - صفحة 56.

د: عبد الودود يحي- المرجع السابق- صفحة 18.

³-د: محمد صبري السعدي- المرجع السابق- صفحة 54 : يقول "... وقد أصدر القضاة المصري حكما بذلك، إذ رفض دعوى استرداد الحياة، (دعوى إعادة وضع اليد)، التي رفعها المشترك الذي قطعت عنه مصلحة الهاتف المواصله الهاتفية، مؤسسا دعواه على أن العقد عقد إيجار لآلة الهاتف، وغلب القضاة المصري عنصر الخدمة قائلا: أنه لا يغير من الأمر شيئا وجود آلة الهاتف في حراسة المشترك ومسؤوليته عما يصيبها من تلف سواء بفعله، أو بفعل المسؤول عنها، إذ أن الآلة أداة لتنفيذ عقد المقاوله...".

ثانياً: يمكن أن يحدد القانون طبيعة العقد، مثاله الإيجار المقترن بالبيع (Contrat location Vente) يعتبرها بيعاً¹.

ثالثاً: في حالة التنازع بين الطرفين - مثلما سبق توضيحه- بخصوص القواعد المطبقة، يتجه القاضي إلى الصفة الغالبة في العقد².

¹ - تنص المادة 363 مدني جزائري على أنه: "إذا كان ثمن البيع مؤجلاً، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله، ولو تم تسليم الشيء المبيع. فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقد أن ينفق على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف، أن يحفض التعويض المتفق عليه، وفقاً للفقرة الثانية من المادة 224. وإذا وفي المشتري جمع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع...".

² -Revue " les cahiers de droit" Volume 51, Numéro02- Juin 2010- page 375: "...le détermination de la nature du contrat- passe par l'analyse des obligations, en vu de déterminer l'obligation fondamentale , ou la prestation caractéristique du contrat...".

الفصل الثاني :

المعايير الحديثة لتصنيف العقود الخاصة في النظم المقارنة

**Les critères modernes de classification des contrats
spéciaux en droit comparé**

يشير جزء من الفقه المدني الحديث، أن التصنيفات التقليدية للعقود الخاصة و إن كانت دقيقة، فإنها تبقى غير كافية، و يرى هذا الفقه أن التوجه الذي سارت عليه النظرية التقليدية في هذا المجال، لا يستقيم في الوقت الراهن، فالتصنيفات التي إعتدتها هذه الأخيرة، إما أنها ذات طابع عام (عقود ملزمة بجانب واحد و عقود ملزمة للجانبين) وبالتالي لا تسمح من إعطاء المكان المحدد لكل نوع من العقود، أو أنها اعتمدت على مسألة ثانوية في تكوين التصرف القانوني (عقود فورية و عقود مستمرة)، أو أن هذه التصنيفات جاءت ناقصة وغير كاملة، تاركة في بعض الحالات الأمر الأساسي جانبا.¹ و لم تعرف عملية فكرة تصنيف العقود الخاصة الرواج الذي تعرفه حاليا، إلا بعد أن تم تعميم تدريس هذه المادة في الجامعات و المعاهد، الأمر الذي جعل زمرة واسعة من الباحثين في القانون الخاص ينكبون على دراستها و تحليلها و محاولة إيجاد معايير تصنف على أساسها العقود الكثيرة، ليس بهدف نظري فحسب، بل لضرورة عملية، و هذا بغية التوصل إلى قواعد تطبق على العقود الجديدة التي إجتاحت الحياة الإقتصادية والتعاقدية.

و قد اجتهد الفقه المدني في هذا الصدد في إمكانية إيجاد تصنيفات عامة تجمع كل العقود الخاصة، و ذلك على أساس عناصر أو عوامل أساسية تتغير حسب أنواع العقود²، و قد توصل الفقيه الفرنسي " جان فرانسيس أوفرستاك " Jean Francis Overstake) في كتابه الصادر سنة 1969 تحت عنوان "محاولة لتصنيف العقود الخاصة " إلى كشف نوعين من التصنيفات الأولى أساسية تقوم على المحل الخاص بالعقد (objet caractéristique du contrat) و الثانية ثانوية يكون أساسها الهدف المبتغى من الطرفين و هي سبب العقد، و بذلك تكون عقود البيع و الهبة متشابهة - بسبب محليهما - من العقود الناقلة للملكية، و مختلفة من حيث سببها، فالبيع يصنف في عقود المعاوضة، أما الهبة فهي من عقود التبرع.

¹ J-Brethe de la Gressaye . op-cit-page 5.

² د لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 50.

وقد إستند الفقيه "أفرستاك" في مهمته الكشف على المحل الخاص أو الخصوصي للعقد، إلى البحث أساسا في مضمون محل الإلتزام الرئيسي.

ففي عقد البيع مثلا نجد أن إلتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع هو من خصوصيات هذا العقد أكثر منه إلتزام المشتري من دفع الثمن، و ذلك لأن دفع مبلغ مالي نظير أداء معين هو من الصفات المشتركة لكل عقود المعاوضة الناقلة للملكية أو غير ذلك، فمن الصحيح و الثابت في عقد البيع أو الإيجار الاعتراف بأن محل العقد فيهما هو ذاته محل الإلتزام الرئيسي، لأن هذا الأخير يمثل مركز العقد الذي تدور حوله الإلتزامات الأخرى، و أن في غيابه لا وجود لهذا العقد.

وعملا بهذا ، فإن الإلتزام الرئيسي يكمن أن يأخذ صورا عديدة، منها الإلتزام بإعطاء شيء، أو الإلتزام بالقيام بعمل، أو الإلتزام بالامتناع عن القيام بعمل، و على ضوء ذلك بادر الفقيه " أفرستاك " إلى تصنيف كل العقود بحسب المحل إلى ثلاثة أصناف:

أولا : العقود الناقلة للملكية (les contrats translatifs)

ثانيا : العقود غير الناقلة للملكية (les contrats non translatifs)

ثالثا : العقود غير الناقلة للملكية التي يكون محل إلتزامها الأساسي الامتناع عن القيام بعمل (les contrats non translatifs dont l'obligation principale a pour objet une abstention) و سنتطرق في هذا الفصل، إلى بحث التصنيفات التي وردت على العقود الخاصة، بالنظرة الحديثة، أي على معياري المحل و السبب.

المبحث الأول : تصنيف العقود الخاصة على أساس المحل

La classification des contrats spéciaux d'après l'objet

لا يمكن بأي حال من الأحوال إعتقاد تصنيف العقود الخاصة على أساسا المحل دون التحديد المسبق لمفهوم المحل من الناحية القانونية، فالمعروف أن عنصر المحل هو عامل أساسي و جوهري في قيام العقد، لكن هذا المصطلح و على مر العصور، و في مختلف الدراسات القانونية كان يحوي مفاهيم و مضامين مختلفة، لذا سنتطرق إلى توضيح هذا المفهوم و تحديد معالمه القانونية.

المطلب الأول : المفهوم الفقهي و القانوني للمحل

الفرع الأول : محل الإلتزام L'objet de l'obligation

محل الإلتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به لصالح الدائن، فهو إذن موضوع الإلتزام، و من المعروف أن هذا الموضوع إما أن يكون نقلا لحق عيني أو عملا، أو امتناعا عن القيام بعمل، و قد تبنى هذا التعريف الفقيه البلجيكي "هنري دي باج" ¹ " Henri De Page"، و معه الفقيه الفرنسي "بيدان" "Bidan"، كما أيده الفقيه الدكتور أحمد السنهوري، و معه ثلة من شراح القانون العرب كالأستاذ حشمت أبو ستيت و عبد الحي حجازي و غيرهم.²

و قد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 54 من القانون المدني مفهوما لمحل الإلتزام، حينما أورد تعريف العقد، و الملاحظ أن المشرع الجزائري قد أخلط بين تعريف العقد و تعريف الإلتزام، و هو الخلط الذي وقع فيه قانون نابليون، فجاء فيه أن العقد إنفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو بفعل، أو عدم فعل شيء ما، و بذلك فصور محل الإلتزام لا تخرج عن الثلاثة المذكورة في المادة 54 مدني جزائري.

¹ Henri De Page : « traité élémentaire de droit civile Belge » Tome III – page 247 – librairie de recueil SIRET - Paris

² د: عبد الرزاق السنهوري "نظرية العقد" دار إحياء التراث العربي - طبعة 1984 - صفحات 464 و 465. كذلك د: صبري السعدي ، " النظرية العامة للالتزامات " ديوان المطبوعات الجامعية " الجزائر - طبعة 1993 - صفحة 117.

و مثال الإلتزام بإعطاء شيء (l'obligation de donner) ، أو نقل أو إنشاء حق عيني، إلتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، فهذا إلتزام بنقل حق عيني، أما الإلتزام بإنشاء حق عيني ، فمثاله حق الرهن أو حق الارتفاق ، أما مثال الإلتزام بعمل، إلتزام الممثل بالقيام بالتمثيل في مسرحية معينة، وإلتزام مهندس معماري بإتمام تصاميم هندسية خاصة بمستشفى معين، أما مثال الامتناع عن العمل ، إلتزام ممثل بعدم التمثيل في فرقة مسرحية أخرى، وإلتزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر .

و تجدر الملاحظة في هذا السياق أن النص العربي للمادة 54 مدني جزائري قد وقع في خطأ حينما سمي الإلتزام (بمنح) ظنا منه أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي و في الصيغة الفرنسية للمادة 54 م ج بلفظ (Donner) مفادها الإيعاء أي (Donation) ، مع أن الكلمة الفرنسية (Donner) مشتقة من الكلمة اللاتينية (DARE)، التي تعني نقل الملكية ، و كان من الصحيح في المادة 54م ج استعمال كلمة نقل حق عيني، بدلا من كلمة منح.¹

و على الرغم من أن العادة جرت على التمييز بين نقل الحق العيني و العمل، إلا أن غالبية الفقه الحديث يرى أن الإلتزام بنقل حق عيني، إنما هو في الواقع إلتزام بعمل، وخلاف لما جاء في التشريع الجزائري ، فقد إتبع المشرع المصري هذا التوجه حينما عرف الإلتزام، فلم يذكر نقل الحق العيني، بل أدمجه في الإلتزام بعمل، أما القانون المدني الفرنسي فقد ذكر الإلتزام بنقل حق عيني إلى جانب الإلتزام بعمل.²

¹ د: علي علي سليمان - المرجع السابق- صفحة 10 و 11 : "... يضاف إلى هذين العيين المنقولين عن القانون الفرنسي، عيب ث وقع في النص العربي للمادة 54 و هو أنه سمي الإلتزام (بمنح) و ظن أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي، و في النص الفرنسي للمادة 54 بلفظ Donner مأخوذة من الكلمة اللاتينية DARE التي تعني نقل حق ملكية ..."

² المادة 144/99 مدني مصري - و المواد 1101 و 1128 مدني فرنسي.

وعلى إعتبار أن الإلتزام بنقل حق عيني يتم تنفيذه بمجرد نشوءه وفقا لأحكام القانون الفرنسي¹، فقد إختلط نقل الحق بالحق ذاته، وأصبح من المتفق عليه أن محل الإلتزام بنقل حق عيني هو ذات هذا الحق، كما برز بعد ذلك خلط آخر و تجلى في الحالة التي يكون فيها الحق العيني هو حق الملكية، فالتصق حق الملكية بالشيء الذي يستعمل هذا الحق، و بات شيئاً واحداً، و صار الإلتزام بنقل الملكية موضوعه هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته، غير أن الأصح كان التأكيد أن محل الإلتزام بعمل هو نقل ملكية، أما موضوع هذا العمل فهو حق الملكية، و بالتالي فمحل الإلتزام إذن لا يكون إلا عملاً أو إمتناعاً عن عمل، و بهذه الصورة كان من الأجدر على المشرع الجزائري حذف كلمة (بمنح) ليتخذ محل الإلتزام في المادة 54 صورتي العمل أو الامتناع عن عمل فقط.

الفرع الثاني : محل العقد *l'objet du contrat*

لقد إتجه الفقه إلى وجوب التمييز بين محل الإلتزام و محل العقد، و في هذا الصدد يرى بعض الشراح أن محل الإلتزام هو الأداء الذي يجب على المدين القيام به، أما محل العقد فهو العملية القانونية (*l'opération juridique*) التي يرضى الطرفان تحقيقها من وراء ذلك، و من المعروف أن العقد من الممكن أن يقع باطلاً لأن العملية المقصودة منه محرمة قانوناً، و مثاله ما يقع من تحريم عند التعامل في تركة مستقبلية، مع أن محل كل إلتزام من الإلتزامات التي يولدها العقد يكون في حد ذاته صحيحاً²، و قد إعتنق الفقيه الفرنسي "بودان" (BEUDANT) هذا التمييز، و أعطى مثالا لذلك بعقد الشركة الذي يختلف فيه محل إلتزام كل الشركاء عن محل العقد الذي هو استثمار المال المشترك في المجال التجاري، و من جهته لم يفرق القانون الفرنسي بين محل الإلتزام و محل العقد، وقد إنتقد الفقيه "كاربونييه" (CARBONIER) هذا الخلط السائد في القانون الفرنسي³. أما الفقيه مازو (MAZEAUD) فقد ذهب إلى أن محل العقد هو تلك العملية

¹ article 1138 du code civil français Stipule : l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, elle rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques des l'instant où elle à dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

² د: عبد الحي حجازي: موجز النظرية العامة للإلتزام، طبعة 1955 مطبعة وهبة- صفحة 218- القاهرة.

³ Jean Carbonier : « droit civil » les obligation Tome 4 PUF - Collection THEMIS - Page 53 Paris.

القانونية التي يريد الطرفان تحقيقها، إلا أن هذا التعريف واجه نقدا لاذعا، باعتباره تعريفا واسعا، على إعتبار أن الأطراف أحرار في إنشاء أي عقد، فقد يكون العقد بيعا أو إيجارا أو وديعة... الخ، غير أن جانبا آخر من الفقه مثل "مارتي و رينو" (Marty et Raynaud) انتقدا إتجاه "مازو" و ذهبوا إلى القول أن العقد ليس له محل، لأنه تصرف قانوني ينشئ إلتزامات، و هذه الإلتزامات هي التي يكون لها محل.¹

و يضيف هؤلاء أن محل الإلتزام (l'objet de l'obligation) هو الإجابة عن سؤال : بماذا التزم المدين؟ و عادة ما يعبر عن هذه الفكرة بعبارة "الأداء" أو (la prestation)، فمحل الإلتزام يتكون من الاداء الموعود به، و تختلف الأداءات بحسب إرادة الطرفين، لكونهما أحرارا في تحديد مضمون العقد، غير أن هذه الأداءات لا يمكنها أن تخرج عن إحدى الأمور الثلاثة و هي إعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل.

و عبارة (Donner) لا تعني (Donore)، و لكن (Dare) باللاتينية، أي نقل ملكية شيء مثلما تم توضيحه سابقا، و هكذا يظهر مفهوم محل الإلتزام إذ أن العقد لا ينشئ إلا إلتزامات، و لكل إلتزام محله الخاص، و لكل محل أداءه الخاص.²

¹- Jean Francis _ OVERSTAKE : « Essai de Classification De Contrats Spéciaux » - LGDJ- édition 1969- page 24 « ...selon certains auteurs, principalement NM. HL, et J-MAZEAUD l'objet de contrat serait l'opération juridique envisagée par les parties c'est donc une notion qui peut varier à l'infini puisque les parties sont libres de faire les contrats qui leur plaisent : ce peut être un louage , un échange, une vente, un dépôt, un prêt ect... d'autres auteurs, tels MM. Marty et Raynaud, pensent que le fait de considérer l'objet des contrats comme l'opération juridique pour suivie par les parties ne correspond à rien et ne signifie rien , pour eux le contrat n'a pas d'objet, car c'est un acte juridique qui donne naissance à des obligations , ce sont les obligations elles-mêmes qui auront un objet et non le contrat ... ».

- Marty et Raynaud : a les obligations Librairie Sirrey édition 1962- page 150 - Paris .

كذلك

² Baudry - Lacantinerie : « traité théorique et pratique de droit civil - les obligations - 2eme ed - Par Rene Rodière 1952 -page 226- Paris.

و في هذا السياق لابد من التأكيد أن لكل عقد إلتزامه الرئيسي¹ (l'obligation principale) ، و حول هذا الإلتزام- الذي يعد مركز العقد- تدور الإلتزامات الأخرى، وهو الإلتزام الذي يحدد الطبيعة الإقتصادية للعقد، و يترتب على هذا أنه إذا تخلف الأداء لا يكون العقد موجودا، و لا يفكر الطرفان في إبرامه.

و نظرا لأهمية محل الإلتزام الرئيسي، فإنه يمكن تسميته مجازا بمحل العقد، ففي بيع العقار مثلا، فإن نقل ملكية العقار هي الإلتزام الرئيسي في هذا العقد، و هكذا يتضح مفهوم محل الإلتزام، غير أن هنالك نقطة تستوجب التوضيح في هذا المجال، و هي عند نص المشرع الفرنسي في المادة 1128 من القانون المدني- و التي لا توجد مثلتها في القانون المدني الجزائري- و التي تقضي أن الأشياء المتعامل فيها هي وحدها التي يمكن أن تكون محلا للإلتزامات²، (il n'y a que les choses qui sont dans le commerce, qui puissent être l'objet des conventions) الإلتزام، و لكن يقصد به الشيء محل الأداء، و محل الأداء (l'objet de la prestation) يعتبر من أكثر الألفاظ غموضا، غير أنه يتجسد إذا كان الأداء يتمثل في إعطاء، إذ يكون الشيء هو المال الذي ينصب عليه إنتقال الملكية.³

غير أن التشريعات المدنية إعتادت استعمال لفظ المحل للدلالة على الأشياء محل الأداء، لكن محل الأداء قد يكون عملا أو إمتناعا عن القيام بعمل، كذلك الشيء الذي يرد عليه الأداء، قد يكون ماديا أو معنويا كحوالة الحق مثلا، و لا يشترط أن يكون موجودا وقت إبرام العقد، إذ التعاقد على أشياء مستقبلية جائزة، و ينص المشرع الجزائري في المادة 92 مدني على أنه : " يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا ...". و كل ما يشترطه المشرع أن يكون محل الأداء مما يمكن التعامل فيه، و بهذا فإن مفهوم

¹ Henri MAZEAUD : " leçons de droit civil" tome 2 - volume I les obligations théorie générale - par Michel de Juglast page 427- ed - 1971 - Paris.

² Jean Carbonnier : op - cit - page 55.

³ Antoine Vialard : op- cit - page 170 : « ... pour pouvoir constituer l'objet d'une obligation la chose ou la prestation considérée doit se trouver dans le commerce juridique (attention à la signification particulière du mot « commerce » : ensemble des relations juridiques entre individus) . en effet, différentes raisons ont conduit le législateur, de telle sorte qu'ils ne peuvent plus être l'objet d'une obligation civile , sous peine de nullité de l'engagement (pour illicéité ou pour immoralité) ... ».

محل الأداء هو الذي يفسر المنع في التعامل في الشركات المستقبلية في القانون المدني الجزائري و كذا القانون الفرنسي.¹

المطلب الثاني : تصنيفات العقود الخاصة المستندة إلى المحل

لقد بات من المتفق عليه في الفقه المدني، أن مفهوم المحل يمكن استعماله كمعيار لتصنيف العقود الخاصة، فقد بادر الفقيه " بلانيول " (Planiol) في تقسيمه القديم إلى تصنيف هذه العقود على أساس المحل، إلى عقود متعلقة بالعمل، و العقود المتعلقة بالأشياء و العقود المتعلقة بالحقوق.²

غير أن ما يعاب على هذا التقسيم، أن المحل لا يظهر بمفهوم واحد، فهناك محل الإلتزام الجوهري في العقود المتعلقة بالعمل، و محل آخر يخص الإلتزام بوجه عام بالنسبة للأشياء و الحقوق³، و هنا جاءت محاولة الفقيه الفرنسي " جان فرانسيس أوفرستاك (J.F- OVERSTAKE) التي تضمنت تصنيفا جديدا يقوم هذه المرة على ما يسمى بـ " العملية الإقتصادية"، (une classification basée sur l'opération économique) و معيار نقل حق عيني، بحيث يمكن رد سائر العقود إلى مجموعتين: عقود ناقلة لحق عيني، و أخرى غير ناقلة لحق عيني.⁴

¹ تنص المادة 92 مدني جزائري على أنه : " يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا و محققا، غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطل، و لو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " .

- المادة 1130 مدني فرنسي تنص على أنه: « les chose futures peuvent être l'objet d'une obligation, on ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte ni faire aucune stipulation, sur une pareille succession même avec le consentement de celui de la succession même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit » .

² Planiol : ' classification synthétique des contrats ' Revue critique - 1904- page 470- Paris.

³ د : لخضر بن عزي - المرجع السابق صفحة 53.

⁴ J.F - OVERSTAKE : op-cit page 11

préface de J . BRETHER DE La Gressaye : " ...M. OVERSTAKE a classé tous les contrats suivant leur objet en trios catégories avec des subdivisions, ont pour objet, soit des transferts de droits préexistants (vente, donation, prêt de consommations) ; soit des démembrements de droits réels, principaux (usufruit, servitudes), ou accessoires (constitution de gage ou d'hypothèque) ; soit des promesses de payer (prêt d'argent, effets de commerce) - les contrats non translatifs, dont l'objet principale est celui d'une obligation de faire, sont les contrats ayants pour objet, l'accomplissement d'une travail caractérisé par un effort pénible (contrat de travail, contrat d'entreprise) et à part, ceux dont l'objet est de rendre un service, n'exigeant pas cet effort (louage de choses, dépôt, mandat, assurance) - enfin il y a des contrats non translatifs dont l'obligation principale a pour objet une abstention (transaction, partage) ... » .

و أساس التمييز بين العقود الناقلة لحق عيني (contrats translatifs) ،
والعقود غير الناقلة لحق عيني (contrats non translatifs) يرجع أساسا إلى تحديد مفهوم
المحل وتوضيح تعريفه، فهو إما نقل حق عيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام
بعمل، غير أنه و أمام المفاهيم الكثيرة التي أعطيت لمصطلح المحل مثلما سبق شرحه،
يجعل تصنيف العقود على أساس العملية الإقتصادية أمرا تشوبه الصعوبة، فإذا منحنا
للمحل مفهوم "محل الأداء" (objet de la prestation) فإن هذا المفهوم لا يصلح ليكون
أساسا للتصنيف الذي نادى به "أوفرستاك" ، و ذلك لأن الأشياء تتنوع و تختلف ، ويمكن
إستعمال شيء واحد في عدة عمليات إقتصادية مختلفة عن بعضها البعض، فالعقار
مثلا قد يكون محل أداء في عملية البيع، و قد يكون كذلك محل أداء في عملية الإيجار
... الخ أما إذا كان المقصود من المحل هو محل الإلتزام (l'objet de l'obligation)،
فمع هذا المفهوم نكون أمام وسيلة قانونية، فالإلتزامات الناشئة عن العقد، لها محل يتمثل
في إعطاء شيء، أو عمل إيجابي (Acte positif) ، أو عمل سلبي (Acte négatif)
يتمثل في الامتناع ، كما يمكن تجميع هذه الإلتزامات في ثلاث طوائف، و هي الإلتزام
بإعطاء، و الإلتزام بعمل، و الإلتزام بالامتناع عن عمل¹ ، و بهذا يمكن طرح التساؤل
التالي :

هل يمكن حقا إستعمال مفهوم محل الإلتزام كمعيار للتصنيف حسب العملية
الإقتصادية؟

من المعروف أن العقد (le contrat) هو الوسيلة القانونية الأنجع لتحقيق أي
عملية إقتصادية، أما العقد من جانبه الفني القانوني ، فهو تصرف منشئ للإلتزامات،
وتنفيذ مجموع هذه الإلتزامات الناتجة عن العقد، يؤدي بالضرورة إلى تحقيق العملية
المرجوة لذلك يجزم الفقه بوجود صلة وثيقة بين الإلتزامات المتمخضة عن العقد، والعملية

¹ Antoine Vialard : op-cit page 169 : « ... l'objet de l'obligation peut être une prestation quelconque, une action, ou une abstentions, la variété en est très grande et la notion recoupe la classification des obligations de faire, et des obligations de ne pas faire, telle qu'elle parait dans les articles 164 et suivant – c – civilil peut s'agir d'une actions, d'un fait positif ... mais il peut s'agir aussi bien d'une abstention, de la promesse de ne pas faire quelque chose ... ».

التي يرغب الطرفان تحقيقها بواسطة هذا العقد، و عليه فتجمع الإلتزامات الناشئة عن هذا العقد في ثلاث طوائف، يترتب عليه تجميع العمليات الإقتصادية أيضا في ثلاث طوائف. و لكن يلاحظ أن العقد قد يتكون من إلتزامات لا تنتمي كلها إلى نفس الطائفة، و بعبارة أخرى فعملية إقتصادية واحدة قد تظهر على الصعيد القانوني في شكل إلتزام بإعطاء، و الإلتزام بعمل، و الإلتزام بالامتناع عن عمل، و لا تتحقق العملية إلا بتنفيذ مجموع هذه الإلتزامات، و مثال ذلك البيع باعتباره عملية إقتصادية واحدة، لكن الإلتزامات الداخلة في تكوينه تنتمي إلى طوائف مختلفة، فالإلتزامات البائع هي إلتزام بإعطاء (نقل ملكية الشيء المبيع)، إضافة إلى عدة إلتزامات أخرى بعمل (تسليم المبيع ومنع التعرض والاستحقاق)، و الإلتزام بالامتناع عن عمل (عدم التعرض للمشتري في حيازته للشيء المبيع).¹

و هكذا تدخل هذه الإلتزامات في الطوائف الثلاث السابقة، غير أن العملية الإقتصادية الواحدة يمكن تصنيفها داخل طوائف مختلفة، و هكذا يظهر أن محل الإلتزام لا يصلح كمعيار للتصنيف، إلا إذا كان العقد لا ينشأ فيه إلا إلتزاما واحدا، غير أنه من المعروف الإلتزامات الناتجة عن عقد واحد لا تحتل نفس المرتبة من حيث أهميتها، فهناك إلتزامات توصف بالإلتزامات الثانوية (Les obligations secondaires) بمقارنتها مع إلتزامات أخرى ذات أهمية أكبر تسمى بالإلتزامات الأساسية في العقد (Les obligations principales). و قد أشار الفقه الفرنسي إلى هذا معتبرا أنه يمكن تمييز أداء محل الإلتزام الذي ترتبط به الإلتزامات الأخرى، و يمكن إعتبار هذا الإلتزام بالإلتزام الرئيسي، و عليه إذا تم التوصل إلى استخراج الإلتزام الرئيسي لكل عقد، و تم أخذه بعين الاعتبار، فإنه يمكن توفير الشروط المثلى لإجراء التصنيف.²

كما أنه و بإستعمال الإلتزام الرئيسي لكل عقد تتحقق شروط التصنيف، و لكن يجب الإشارة هنا أن المقصود ليس محل الإلتزام (l'objet de l'obligation)، إذ كما سبقت الإشارة إليه أن محل الإلتزام الرئيسي هو في ذات الوقت محل العقد، أما إذا تعلق الأمر بمحل عقد آخر، فيمكن القول أن محل العقد مثلما عرفه (Ripert et

¹ د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 55.

² Ripert et BOULANGER : op-cit- page 454.

(BOULANGER) ، هو الذي يشكل معيار التصنيف، حيث بمقتضاه يمكن تصنيف العقود بحسب العملية الإقتصادية التي قصدتها الفقيه (J.F OVERSTAKE) ، و لكل عقد محل، و هو محل الإلتزام الرئيسي، و هو كذلك المحل المركزي الذي تدور حوله باقي الإلتزامات.¹

و محل الإلتزام الرئيسي قد يكون إما إعطاء شيء أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل، و كل إلتزام يمكن إدراجه داخل إحدى هذه الطوائف الثلاث، غير أن الإلتزامات تعد الشكل القانوني للعلاقات الإقتصادية، تنشأ إما بين ، أو عن طريق الطوائف المختلفة للإلتزامات، فيصبح من الممكن معرفة الكيفية التي تربط الأفراد بعضهم ببعض، كما تسهل عملية التعرف على الكيفية التي تم بها إنتقال الأموال و الخدمات.²

و بناء على ما سبق، فلا يكون ثمة بيع إذا لم يتم نقل ملكية الشيء المبيع، فإننتقال الملكية هو محل عقد البيع، و هو الأداء الأكثر أهمية الذي يقوم عليه تنظيم العقد، ففي عملية البيع لا ينحصر التفكير إلا في إلتزام البائع، علما أن المشتري سوف يقدم أداء هاما في العقد و هو دفع الثمن³، إذ من دون ثمن لا يتحقق البيع، لكن حتى يكون الإلتزام رئيسيا، يجب أن يكون هو العامل المميز للعقد (l'élément distinctif du contrat) ، ففي عقد البيع لا يمكن الإعتماد على الإلتزام المشتري بدفع الثمن واعتباره الإلتزام الرئيسي فيه، على رغم أهمية هذا الأداء، إذ عملية دفع الثمن لا يعتبر حينئذ الميزة الرئيسية لعقد البيع (la présentation de l'acheteur dans le contrat de vente)

¹ J.F- OVERSTAKE : op-cit - page 11 : « ...il est conforme à la réalité, à la nature des choses , de prendre pour objet du contrat, l'objet de l'obligation principale, parce que celui-ci est le centre du contrat, autour duquel se groupent les autres obligations, l'élément en l'absence duquel, le contrat n'existerait pas ou serait autre... ».

² د: لخضر بن عزي- المرجع السابق- صفحة 57.

³ د: أحمد السنهوري- " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " المجلد الرابع البيع- منشورات الحلبي الحقوقية- طبعة 2000- صفحة 411: يقول : " يجب التمييز بين ترتيب البيع للإلتزام بنقل الملكية ، و بين تنفيذ هذا الإلتزام بنقل الملكية فعلا، و إن كان الإلتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كقاعدة عامة فورا، بمجرد نشوءه على أنه قد يسبق تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية أعمال تمهيدية يلتزم البائع بها و لا بد على كل حال من توافر شروط معينة حتى يتم نقل الملكية فعلا (...).

(أما ، ne peut être qualifiée de caractéristique principale du contrat de vente)

إنتقال ملكية الشيء المبيع، فهو إلتزام رئيسي يميز البيع عن غيره من العقود.¹
أما إذا كان العقد لا ينشأ إلا إلتزاما واحدا، فالإلتزام الرئيسي هو بالضرورة ذلك الإلتزام الناشئ عن العقد، و عليه فمحل العقد (محل الإلتزام الرئيسي) هو الذي سوف يسمح بإجراء تصنيف للعقود بالنظر إلى العملة الإقتصادية، على اعتبار أن تنفيذ هذا الأداء الرئيسي سوف يؤدي إلى تحقيق العملية الإقتصادية، و على هذا الأساس فإذا كان الإلتزام الرئيسي ينتمي إلى طائفة ما ، و تم تنفيذه، فهذا يعني أن العملية الإقتصادية قد تم تحقيقها هي الأخرى²، و هذا ما عبر عنه الفقيه " أفرستاك " بالصيغة التالية : ... »
la prestation essentielle, dans un contrat spécial, constitue le noyau juridique de l'opération économique réalisable par l'intermédiaire de ce contrat . Exécuter cette prestation cela revient à accomplir ce qui a incité les parties à conclure ce contrat, cela revient à parachever ce que les parties ont recherché dans l'opération économique, dont le contrat n'est que la traduction juridique ... »

و لما كانت كل الإلتزامات بإعطاء شيء تنتمي إلى طائفة واحدة، و كذلك الأمر بالنسبة للإلتزام بالقيام بعمل و الإلتزام بالامتناع عن القيام بعمل، فكذلك العمل بالنسبة للعمليات الإقتصادية المحققة بواسطة هذه الإلتزامات، فهي تنتمي إلى طائفة الإلتزام الرئيسي الذي تم بمقتضاه تحقيقها، و لما كانت كل الإلتزامات بإعطاء شيء تنتمي إلى طائفة واحدة، فإنه يترتب على ذلك، أن كل العقود التي يكون محلها الرئيسي هو إعطاء شيء تنتمي إلى طائفة واحدة.

و أخيرا فإن تصنيف العقود بحسب العملية الإقتصادية تنتج عنه ثلاث طوائف، وهي تمثل المحال الممكنة في كل العقود، كما يمكن معه تصنيف الإلتزامات الرئيسية إلى ثلاث طوائف كذلك، و لكن تجب الإشارة هنا إلى أن الإلتزام بعمل و الإلتزام بالامتناع

¹ J.F- OVERSTAKE : op-cit - page 32 : « ...dans le ca de la vente, l'acheteur doit payer le prix, l'obligation que nous retenons en définitive comme obligation principale dont l'objet constitue l'objet du contrat, c'est l'obligation principale du vendeur et non pas celle de l'acheteur, Pourquoi ? - justement parce que la prestation essentielle, objet du contrat, doit permettre de le caractériser : or, lorsque l'obligation principale de l'une des parties consiste à payer un prix, ce n'est pas cette obligation là qui révélera le caractère du contrat, en effet l'obligation de payer un prix est une obligation toujours identique à elle-même qui constitue la contrepartie habituelle dans tous les contrats à titre onéreux ...).

² د: أحمد عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق (نظرية العقد) صفحة 484.

عن عمل ما هما إلا وجهان لعملة واحدة، و لذلك جرى التقسيم إلى طائفتين إثنين، وهي الإلتزام بإعطاء شيء، و الإلتزام بعمل أو الامتناع عن عمل.¹

و مثلما سبقت الإشارة إليه، فإن عبارة إعطاء (Donner) تعني نقل الملكية، (transfert de propriété)، و لذلك فالإلتزام بإعطاء يعني الإلتزام بنقل الملكية، و لذلك فالعقود التي يكون محل إلتزامها الرئيسي هو إعطاء شيء، يمكن تسميتها بالعقود الناقلة لحق عيني، أما التي يكون محل إلتزامها الرئيسي القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، فهي عقود غير ناقلة لحق عيني، و على هذا الأساس فتصنيف العقود بحسب محل الإلتزام الرئيسي، يترتب عليه تمييز العقود الناقلة لحق عيني، و غير ناقلة، و يعد التصنيف الذي أجراه الفقيه (J.FOVERSTAKE) بحسب المحل بحق تصنيفا عاما وشاملا، و هذا لأنه إستطاع إدراج عقد الشركة (le contrat de société) و بسهولة كبيرة ضمن طائفة العقود الناقلة للملكية، رغم ما يتميز به هذا العقد من خصوصيات (لأن الإلتزام الرئيسي للشريك هو نقل الحصة إلى الذمة المالية للشركة)، كما إستطاع هذا التصنيف إستيعاب كل العقود الحديثة، مثل عقد النشر (le contrat d'édition)، و العقد الطبي (le contrat médical) و عقد الفندقية (le contrat d'hôtellerie) و عقد إيجاره الخزائن الحديدية، و هي عقود حديثة، كما يمكن تصنيف كل العقود إعتقادا على هذا المعيار، سواء كانت عقود مدنية (contrats civils) أو عقود تجارية (contrats commerciaux).²

و يخلص الفقه المدني إلى أنه و لكي تكون عملية تصنيف العقود الخاصة مفيدة، لا بد أن تكون أولا و قبل كل شيء ناجعة، و لكي تكون كذلك لا بد أن تضمن تصنيف أكبر عدد ممكن من العقود الخاصة، كما يجب أن تسمح بالتوصل إلى إيجاد تنظيم عام

¹ د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 59.

² J.F- OVERSTAKE : op-cit - page 167 : « ...la classification des contrats spéciaux d'après l'objet de l'obligation principale doit être considérée comme une classification fondamentale. c'est en fait, nous semble-t-il, la classification la plus importante : elle seule permet d'envisager l'ensemble des contrats spéciaux groupés d'après leur similitudes naturelles, c'est-à-dire d'après l'identité de l'opération économique qu'ils sont chargés de réaliser, elle classe les contrats les uns par rapport aux autres en tenant compte directement de leur spécialité.. ».

للعقود¹، و قد توصل الشراح في هذا الصدد إلى أن آثار تصنيف العقود الخاصة بحسب المحل تتمحور في الآتي:

أولاً : فإلى جانب أن هذا التصنيف يكشف الأهمية القانونية لمفهوم المحل، فإنه يمكن من خلال هذا التصنيف وضع نظام قانوني خاص و ثابت بالنسبة لكل مجموعة من العقود (فالمتعهد بنقل الملكية يختلف مركزه القانوني عن المتعهد بالمنفعة).

ثانياً : إلى جانب أن التصنيف القائم على أساس محل الإلتزام الرئيسي، يسمح بتصنيف كافة العقود ، فإن هذه العملية أو هذا التنظيم الثابت يمكن تطبيقه على عقود جديدة كثيرة و متعددة.

ثالثاً : أن تصنيف العقود الخاصة على أساس محل الإلتزام الرئيسي يسمح بإيجاد تنظيم عام للعقود الخاصة.²

المبحث الثاني : تصنيف العقود الخاصة على أساس السبب la classification des contrats spéciaux d'après la cause

يجمع الفقه المدني الحديث على إمكانية إجراء تصنيف للعقود الخاصة على معيار السبب، غير أن الخوض في عملية التصنيف هذه لن تكون مجدية أو موضوعية، إلا بعد تحديد أي المفهوم القانوني لعنصر السبب، يجب الإحتفاظ به و إعتبره الصحيح لإتمام هذه العملية³. لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى تحليل فكرتين: الأولى المضمون الفقهي والقانوني لعنصر السبب، أما الثانية فهي السبب كمعيار لتصنيف العقود الخاصة.

¹ د: لخضر بن عزي - المرجع السابق - صفحة 60.

² J.F- OVERSTAKE : op-cit - page 123, 129, 161 : « ... la classification des contrats spéciaux d'après l'objet de l'obligation principale démontre l'importance de la notion d'objet- elle permet la classification de tous les contrats - elle permet d'établir une réglementation générales des contrats... »

³ J. BOYER: « la notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'act déclarative” - thèse Toulouse- 1947- page 18. France.

- BOIS - JUZAN : « de la cause en droit français » thèse Bordeaux - 1930- page 48.

كذلك:

المطلب الأول : المضمون الفقهي و القانوني للسبب

الفرع الأول : تعريف السبب

يعرف الفقهاء السبب بأنه الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من إلتزامه الإرادي، وبمعنى آخر هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالإلتزام¹، و بمفهوم آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة إلتزامه. و السبب بهذا المعنى يكون من طبيعة معنوية، و بالتالي يعتبر عنصرا من عناصر الإرادة، و لكن بعض الفقهاء و جزء من التشريعات يجعلون من السبب أمرا له وجود مستقل عن الإرادة (la cause est un élément indépendant de la volonté) ، و بالتالي اشترطوا لوجوده، العديد من الشروط، منها أن يكون موجودا، و أن يكون صحيحا، و أن يكون مشروعاً، و هي ذات الشروط التي إشتطت للمحل (l'objet). غير أن المشرع الجزائري في هذا الصدد كان له توجه مغاير ، و لم يشترط إلا شرط المشروعية للسبب (la condition de légalité de la cause)، رغم إعتباره ركنا من أركان الإلتزام.

و يؤكد الفقه المدني عدم الخلط بين السبب بالمعنى الذي سبق توضيحه، و بين السبب بمعنى المصدر الذي يتولد الإلتزام منه ، فكلما السبب تفيد في النظرية العامة للإلتزامات مفهومين أو معنيين، الأول المصدر الذي يستمد منه الإلتزام وجوده، و يسمى فقها بـ " السبب المنشئ للإلتزام" ، و المعنى الثاني يقصد به الغرض أو الغاية التي يرمى إليها الملتزم من وراء قبوله أن يتحمل بالإلتزام ، و يسمى في هذا الصدد بـ "السبب القصدي".²

¹ د: أحمد فرج الصدة - المرجع السابق - صفحة 348.

² د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 217.

كذلك : د علي علي سليمان المرجع السابق - صفحة 73 و ما بعدها.

- Michel Le GALCHER – Baron : op- cit page 59 : « ... la cause insi définie comme le motif déterminant se distingue des mobiles, ceux-ci sont variable et individuels et on ne peut pas tenir compte, sous peine d'introduire une grave insécurité dans le domaine contractuel, ainsi, dans un contrat de vente , les mobiles peuvent être l'achat pour habiter, ou pour placer sont argent, on ne peut en faire une condition de validité du contrat, il en est de même pour les actes à titre gratuit, les motivations du donateur peuvent être variées ... ».

و سنتناول بإيجاز النظرية التقليدية للسبب، و الانتقادات التي وجهت إليها، و موقف القضاء منها، ثم نبين بعد ذلك موقف القانون المدني الجزائري منها، و أحكامه فيها.

الفرع الثاني : النظرية التقليدية للسبب

من المعروف أن في كل عقد لابد من توافر غرض مباشر يرمي المتعاقد الوصول إليه، وغرض أو أغراض غير مباشرة تدفعه إلى التعاقد، فالغرض المباشر يسمى بالسبب القصدي، و الغرض غير المباشر يدعى بالبائع الدافع.¹

فالغرض المباشر بالنسبة للبائع في عقد البيع هو الحصول على ثمن المبيع، أما البائع الدافع للبيع، فيختلف من بائع لآخر، فقد يكون بالنسبة لبعض البائعين شراء عقار للسكن بهذا الثمن، و قد يكون بالنسبة لغيرهم إتمام عمليات إستثمارية أو تجارية ، و قد أخذت النظرية التقليدية، و هي النظرية التي سادت في القانون المدني الفرنسي بالسبب القصدي، أي بالغرض المباشر الذي يرمي إليه المتعاقد، و إعتبرت هذا الغرض سببا للإلتزام يتوفر في العقد نفسه، و ذلك بخلاف البائع الدافع الذي يبقى خارجا عن العقد.²

فالحصول على الثمن في المثال السابق يتضمنه عقد البيع نفسه، أما الرغبة في إتمام نشاط تجاري بهذا الثمن، أو غير ذلك فهي أمر خارج عن نطاق العقد يرجع تقديره

¹ Marie – Hélène De Laender – Franck Petit : op-cit-page 83 « ... conformément à la théorie classique (Donat et Pothier), la cause objective du contrat est le but immédiat qui conduit le débiteur à s'engager. Autrement dit, c'est la cause immédiate de l'engagement (cause proximale), cette raison abstraite - ou cause abstraite- est la même pour chaque type de contrat, puisque l'on ne se préoccupe pas des motifs « intimes » proposés à chaque cocontractant, Selon une conception plus moderne, (Capitant au XX^e) , la cause subjective réside dans les motifs qui ont poussé une partie à contracter (causa remotae), la cause est alors une notion concrète, qui exige d'aller dans l'analyse psychologique des motivations de chacun, et varie par voie de conséquence, pour chaque contrat. Nul doute ici que la différence tient à la multiplicité des motifs qui peuvent inciter une personne à contracter de sorte qu'on ne retient généralement que la « cause impulsive et déterminante »... ».

² د: أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 464 و ما بعدها .

كذلك د: عبد المنعم البدرابي - المرجع السابق - 312 و 313.

د: فرج الصدة - المرجع السابق - صفحة 354.

د: جمال زكي - المرجع السابق - ص 202.

إلى نية المتعاقد، و لا تريد النظرية البحث فيه حرصا على استقرار العقود و المعاملات، كما ترى النظرية التقليدية أن السبب القصدي هو سبب موضوعي لا يتغير بالنسبة لجميع العقود التي تكون من نوع واحد، في حين أن الباعث الدافع هو سبب شخصي يختلف من شخص إلى آخر، في النوع الواحد من العقود، فإذا كان السبب القصدي في كل عقد بيع هو الحصول على الثمن، فإن الباعث الدافع يختلف من شخص إلى آخر، كما سبق توضيحه، و عملا بما تقدم، فإن النظرية التقليدية تصنف العقود بحسب إختلاف السبب منها، و تحدد السبب في كل نوع منها، و من أهم هذه الأنواع العقود الملزمة للجانبين وعقود التبرع، فسبب إلتزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو إلتزام المتعاقد الآخر، فسبب إلتزام المؤجر في عقد الإيجار بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، هو سبب إلتزام المستأجر بدفع بدل الإيجار، و سبب إلتزام المستأجر بدفع بدل الإيجار هو سبب إلتزام المؤجر بتمكينه من الإنتفاع بالعين المؤجرة.¹

أما في عقود التبرع، فإن سبب إلتزام المتبرع، حسب النظرية التقليدية، هو نية التبرع ، ففي الهبة مثلا يكمن سبب إلتزام الواهب في نية التبرع للموهوب له، و في الوكالة بغير أجر يعتبر سبب إلتزام الوكيل رغبته في تقديم خدمة للموكل.²

و يعتبر الإلتزام، بحسب النظرية التقليدية، باطلا إذا لم يكن له سبب، لأن السبب ركن من أركان الإلتزام، لا ينشأ الإلتزام بدونه، أو إذا كان سبب غير مشروع، لأنه لا اعتبار للسبب غير المشروع في نظر القانون.

¹ د : محمد وجيه شحادة - المرجع السابق - صفحة 182 و ما بعدها.

² د: علي علي سليمان- المرجع السابق - صفحة 73- يقول : " ... فوضعت عندئذ النظرية التقليدية السبب، و هي نظرية موضوعية تجعل السبب في العقود التبادلية هو إلتزام كل من المتعاقدين، فكل التزم من أحد المتعاقدين هو السبب في إلتزام المتعاقد الآخر، و السبب في عقود التبرع هو نية التبرع (l'animum donandi) أي نية إسداء جميل إلى المتبرع إليه، و السبب في العقود الملزمة لجانب واحد هو تسليم المحل ...".

و لم تتجو النظرية التقليدية للسبب من الإنتقادات اللاذعة من الفقهاء الفرنسيون، وعلى رأسهم الفقيه "بلانيول"¹ (Planiol)، إذ أكد هذا الأخير أن هذه النظرية تبدو في بعض جوانبها غير صالحة أو خاطئة، كما علق جزء آخر من الفقه في النقد، أنه من الممكن الاستغناء عن هذه النظرية، وبالرغم من أن أنصار النظرية التقليدية في السبب يرون أن كثيرا من النتائج القانونية و الأحكام المقررة في نظرية الإلتزام، لا يمكن تعليلها إلا بالإستناد إلى فكرة السبب بالمعنى المأخوذ لديهم، فقد حاول منتقدو هذه النظرية إثبات عكس ذلك بتعليل النتائج و الأحكام دون الحاجة إلى الرجوع إلى هذه النظرية، فبالنسبة لعقود التبرع مثلا، يمكن الإستغناء عن نظرية السبب التقليدية، و ذلك بإعتماد عنصر التراضي (l'élément du consentement) و بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين، لا يرى المنتقدون لهذه النظرية حاجة إلى ما تتجه إليه هذه الأخيرة، ذلك أن فكرة الترابط بين الإلتزامات المتقابلة يمكن تصويرها دونما حاجة إلى النظرية التقليدية للسبب، إذ أن الإلتزامات المتقابلة تستند إلى العقد مباشرة، و هذا الذي ينشؤها و يربط بينها.

و لعل أهم إنتقاد وجه إلى النظرية التقليدية في السبب، هو أنها عاجزة عن إيجاد رقابة فعالة على العقود (Le contrat rigoureux sur les contrats qui touchent à l'ordre général et aux bonnes mœurs) تهدف إليه من غايات غير مشروعة، و قد دفع هذا الانتقاد القضاء الفرنسي، إلى الأخذ بالبائع الدافع بعين الإعتبار، بالإضافة إلى السبب الذي تأخذ به النظرية التقليدية.²

¹ Planiol : op-cit page 108 et suite : « ... thèse anti causalité : cette théorie classique de la cause à été ardemment combattue, dans une démonstration demeurée célèbre, PLANIOL lui à reproché d'être à la fois fausse et inutile : 1) - il y a une impossibilité logique à ce que dans un contrat synallagmatique, une obligation soit la cause de l'obligation corrélatrice, les deux obligations dérivent du même contrat, naissent en même temps. Or, un effet et se cause ne peuvent être exactement contemporains ; si chacune des deux obligations est l'effet de l'existence de l'autre, aucune d'elles ne peut prendre naissance. Ce phénomène de production naturelle est incompréhensible. -2) - dans chacun des cas où le code met en œuvre la notion de cause, on peut arriver aux mêmes résultats en utilisant d'autres procédés techniques, et notamment la notion d'objet ... ».

² د: محمد وجيه شحادة - المرجع السابق - صفحة 185.

الفرع الثالث: النظرية الحديثة في السبب

من الواضح أنه من الصعب و العسير، بحسب النظرية التقليدية للسبب ، التي لا تهتم بالباعث الدافع الحكم ببطلان العديد من العقود التي تمس بالنظام العام أو الآداب العامة، فإذا إستأجر شخص مثلا منزلا ليجعل منه ناديا للقمار، أو مقرا للدعارة و فساد الأخلاق ، فإن عقده هذا يعتبر صحيحا في رأي أنصار النظرية التقليدية للسبب، التي لا تهتم إلا بالسبب القصدي، إذ أن إلتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع من المنزل المؤجر، و إلتزام المستأجر بدفع بدل الإيجار ، اللذين يعتبر كل منهما سببا للإلتزام الأخر هما إلتزامان مشروعان، أما الباعث الدافع، و هو غير مشروع في المثالين السابقين، فلا تهتم به النظرية التقليدية.

و قد شعر القضاء الفرنسي بضرورة الحكم ببطلان مثل هذه العقود، التي تمس بالنظام العام و الأدب في المجتمع و بصورة مباشرة، كما شعر بقصور النظرية التقليدية في هذا المجال، فأضاف إلى السبب القصدي مفهوم الباعث الدافع، الذي قضي بإعتبار العقود باطلة إذا كان الباعث الدافع إليها غير مشروع، و هكذا فقد توسع القضاء الفرنسي في معنى السبب، فحافظ على مفهوم السبب التقليدي (السبب القصدي) من ناحية، و أضاف إليه مفهوم الباعث الدافع من ناحية ثانية، فمعنى السبب إذن بالنسبة للقضاء الفرنسي، هو تارة السبب القصدي، و تارة أخرى الباعث الدافع.¹

و تجدر الملاحظة في هذا السياق، أن الباعث الدافع الذي يؤخذ بعين الاعتبار لدى المتعاقد هو الباعث الرئيسي من بين بواعثه و أغراضه المختلفة التي يرمى إليها في

¹ د: علي علي سلمان - المرجع السابق - صفحة 74- يقول : "... أما القضاء الفرنسي، فلم يتقيد بالنظرية التقليدية، واتجه نحو فكرة السبب، بمعنى الباعث الدافع، و أخذ يقضي ببطلان العقود التي يكون الباعث الدافع إلى إنعقادها غير مشروع ...".

العقد، أما بقية بواعثه التي لم تكن الدافعة له إلى هذا التعاقد، فلا عبرة لها.¹ كما أن هذا الباعث، حين يكون غير مشروع لدى أحد المتعاقدين، لا يمكن أن يؤدي إلى الحكم ببطلان العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر على علم به، أما إذا كان هذا المتعاقد الآخر لا يعلم الباعث المشروع الذي دفع من تعاقد معه إلى التعاقد، فلا يبطل العقد حرصا على إستقرار العقود و المعاملات في المجتمع.

و يلاحظ أيضا أن الباعث الدافع لا يبحث عن وجوده أو عدمه في العقد، و إنما يبحث فقط عن مشروعيته أو عدمها ، فالباعث الدافع موجود دوما، لأن الانسان لا يقدم على التعاقد بدون باعث يدفعه إليه، و لكن الباعث الدافع قد يكون مشروعاً أو غير مشروع، و هذا هو الأمر الذي ينظر إليه فقط، و ذلك بخلاف السبب القسدي الذي يبحث عن وجوده و عن مشروعيته معا، فإذا كان السبب غير موجود، أو غير مشروع، أعتبر العقد باطلا.²

الفرع الرابع : السبب في القانون المدني الجزائري

نصت المادة 97 مدني جزائري على أنه : " إذا إنتزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام و للآداب، كان العقد باطلا". و يمكننا بعد قراءة هذه المادة من القول أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة السبب، و جعلها ركنا أساسيا في العقد، بحيث لو إنعدم السبب، أو كان مخالفا للنظام العام أو الآداب، أصبح العقد باطلا، و البطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق. و الواضح أن القانون المدني الجزائري، و أسوة

¹ د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 227 يقول : " ... فليس كل باعث يدخل عنصرا في السبب دائما يلزم أن يكون هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد، و بمعنى ذلك أن يكون من الأمور الجوهرية التي أدت بالتعاقد أن يتحمل بالإلتزام، و علاوة على ذلك، يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث...".

² PLANIOL : op-cit-page 112 : « ... on ne peut pas toutefois ne pas tenir compte de la volonté réelle des parties lorsqu'on découvre que la conclusion du contrat a été un moyen d'atteindre un but illicite, c'est la considération de cette fin illicite que a été le motif déterminant de la volonté ; ce motif individuel et concret, est alors retenu comme étant la cause de l'obligation et la cause illicite entraîne l'annulation de l'obligation (art : 1131 et 1133)... ».

بالتشريعات الحديثة أخذ بالنظرية الحديثة في السبب، بمعنى الباعث الدافع، كما أنه لم يهمل أيضا السبب القسدي، إذ أنه من غير المعقول أن يضع المتعاقد الإلتزام على عاتقه دون أن يكون لذلك سبب، و صياغة المادة 97 مدني جزائري بقولها : "... إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام ..." تفيد أن الإلتزام، لا بد أن يكون له سبب، و يشترط في السبب أن يكون مشروعاً (la cause licite)¹ . كما تنص المادة 98 مدني جزائري على أنه : "... كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه ". و بقراءة هذه المادة يلاحظ وجود إحتمالين : الإحتمال الأول ألا يذكر السبب في العقد، والاحتمال الثاني أن يذكر السبب في العقد.

(1) - الإحتمال الأول : أن يكون العقد منعدم السبب، فعملا بالمادة السالفة يفترض في هذه الحالة أن للعقد سببا مشروعاً، غير أنه و عملا بالقواعد العامة، فإن هذه قرينة بسيطة يمكن للمدين أن يدحضها و أن يثبت عكسها، و يمكن في ذلك أن يستعمل المدين جميع طرق الإثبات.

(2) الإحتمال الثاني : أن يكون للعقد سبب معلوم، و طبقا لنص المادة 98 مدني جزائري، فإنه من المفترض أن السبب المذكور، هو السبب الحقيقي، و للمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، و لكن يبقى على المدين

¹ د: صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 229 و ما بعدها.

كذلك: د: محمد حسنين - المرجع السابق - صفحة 72.

في هذه الحالة أن يثبت العكس بالكتابة، لأن الكتابة لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة.¹

المطلب الثاني : السبب كمعيار لتصنيف العقود الخاصة

يجمع الشراح على إمكانية الاعتماد على عنصر السبب، كمعيار لتصنيف العقود الخاصة، و الملاحظ أيضا هنا، إتفاق هؤلاء على إعتبار النظرية الموضوعية هي الواجبة الاستغلال في هذا العدد، لأنها تتميز بعوامل الثبات اللازمة لإجراء عملية تصنيف لهذه العقود.²

فالسبب الموضوعي، هو الذي سيساعد على تصنيف العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع، فالسبب يعتبر حينئذ عنصر تقني و عامل قانوني، و الذي تسمح عملية تحليله إلى التوصل إلى إجراء تفرقة بين العقود، و قد عبر عن ذلك الفقيه (Maury)³ بالتالي: « ... si la cause est ce qui explique la naissance de l'obligation, ce qui justifie l'existence de cette dernière, il est normal que le caractère du contrat qui engendre l'obligation dépendre de la cause de celle-ci, la notion de cause est un instrument de classement, de catégorisation, c'est elle qui sert au moins sans une large mesure, et peut-être de façon complète à distinguer les contrats à titre onéreux des contrats à titre gratuit... »

و يرى الفقيه "جوسران" (Josserand) في هذا السياق، أنه و نتيجة لما سبق شرحه، و بمجرد أن يجد الإلتزام الملقى على عاتق المدين توضيحا كافيا و يعرف أن

¹ د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 76.

كذلك : د: محمد حسنين - المرجع السابق - صفحة 74.

- Ali Bencheneb : op-cit-page 136 : « ... la cause de l'obligation est toujours présumée exister, cette règle est posée dans l'évidente intention de sécuriser les relations contractuelles, mais il s'agit d'une présomption simple qui peut être combattue par la preuve contraire à cet égard la loi précise que « la cause exprimée dans le contrat est considérée vraie jusqu'à preuve contraire , lorsque la preuve de la simulation de la cause est administrée, il incombe à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite de la prouver » art 92 alinéa 2- deux situations sont donc possible, soit que la cause est exprimée, soit qu'elle ne l'est pas... ».

² J. F OVERSTAKE : op-cit- page 183 : « ... la majorité des autres semblent s'accorder pour attribuer à la cause un pouvoir de classification à cet effet, il semble que ce soit la conception objective de la cause qui doit être utilisée, car elle seule présente les éléments de permanence et de fixité nécessaires à l'établissement d'une classification... ».

³ G MAURY : répertoire de droit civile- Dalloz- la cause page 27- ed- 1928 Paris.

سبب هذا الإلتزام هو الأداء المقابل الذي ينفذه الطرف الآخر، أو أن سبب إلتزامه يعود إلى وجود إلتزام مدني، أو في إلتزام طبيعي سابق، فنكون حينئذ أمام تصرف بعوض دون أدنى شك، و على نقيض ذلك، إذا لم يتحصل المتعاقد على أي شيء مقابل ما إلتزم به، أو مقابل الأداء الذي قدمه للطرف الآخر، فإنه من الإحتمال الكبير ، أن يكون هذا التصرف ذي صبغة تبرعية.¹

و على الرغم من إعتراف الفقه بأهمية عامل السبب كأساس قانوني يسمح بتصنيف العقود الخاصة إلى عقود معاوضة و عقود تبرع، إلا أن بعض الشراح يؤكدون أن عامل السبب كمعيار للتصنيف لا يرقى إلى الدور الهام الذي يلعبه عنصر المحل في عملية تصنيف العقود الخاصة، على الرغم من أن السبب يبقى العامل العام الذي يمكن على أساسه التفرقة بين التصرفات التبرعية و التصرفات بعوض²، فالتصنيف على أساس السبب يدخل في إطار تجميع العقود، على أساس العملية الإقتصادية التي تحققها، لكنه يبقى ذي طابع ثانوي بالمقارنة مع التصنيف على أساس المحل³. و الملاحظ في هذا الصدد أنه في عقود التبرع يكون شخص المتعاقد محل إعتبار، في حين أنه في عقود المعاوضة، فشخص المتعاقد لا يؤثر عادة في العقد.⁴

و خلاصة القول هنا، هي أن تصنيف العقود الخاصة على أساس معيار المحل، لا يكون كاملا، إلا إذا تجاوز مجال التصرفات المالية، كعقود قانون الأحوال الشخصية (كالزواج مثلا) ، و العقود ذات الطابع السياسي (كالإتفاقات الدولية).

¹ JOSSERAND : « cours de droit civil positif français » 3eme édition – volume III – page 156-1940- France.

² G MAURY –op-cit-page 29 : « ... c'est elle qui sert au moins dans une large mesure, et peut être même de façon complète à distinguer les contrats à titres onéreux des contrats à titres gratuits, qui permet de définir la libéralité et spécialement la donation... » .

³ J. F OVERSTAKE : op-cit- page 186 : « ...c'est bien une classification qui rentre dans le cadre d'un regroupement des contrats en fonction de l'opération économique qu'ils réalisent, mais elle est secondaire par rapport à la classification d'après l'objet... » .

⁴ د:لخضر بن عزي- المرجع السابق- صفحة 57.

كما أن معيار السبب يقف عند المفهوم الموضوعي و التقليدي للسبب دون المفهوم الشخصي أو الذاتي و الحديث، الذي تختلف باختلاف الاشخاص و الأطراف، ناهيك أنه من الممكن أن يختلف نوع العقد، ليس باختلاف محله، و لكن باختلاف القانون المطبق عليه، فعقد الشركة أو عقد الايجار أو عقد القرض، قد يكون مدنيا أو تجاريا، إضافة إلى أن المحاولات الحديثة لتصنيف العقود، و التي كان من أبرزها محاولة الفقيه "أفرستاك" (J.F- OVERSTAKE) في كتابه محاولة لتصنيف العقود الخاصة الصادر سنة 1969 في فرنسا، لم تتمكن من إزالة العمل بالتصنيف التقليدي الذي بادر إليه الفقيهين "دوما" و "بواتيه" (DOMAT et POTHIER) ، سواء كان ذلك في الفقه أو في التشريع، و هذا ما يبدو واضحا في القانون المدني الجزائري من خلال المواد 97 و 98 منه، والتي تكشف اعتماد المشرع الجزائري على النظرية الحديثة للسبب، دون إهمال المفهوم التقليدي للسبب.¹

¹ تنص المادة 97 مدني جزائري على أنه : " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام للأداب كان العقد باطلا".

- كما تنص المادة 98 مدني جزائري على أنه : " كل إلتزام مقترض أن له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك...".

الفصل الثالث

أحكام التفاوض و أساليب إبرام وكتابة العقود الخاصة

**Négociation et procédés de conclusion et d'écriture
de contrats spéciaux**

المبحث الأول : مبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد

Les principes de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد

(Le principe de l'autonomie de la volonté)

العقد (contrat) إستنادا إلى نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري (المادة 1101 مدني فرنسي) هو إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل أو عدم فعل شيء ما. ويتضح من تحليل هذا التعريف، أن العقد هو تصرف قانوني، و أنه كذلك تصرف قانوني خاص و إتفاق .

ومن المعروف فقها، أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر، من أجل أحداث أثر قانوني ، والأثر القانوني هذا قد يأخذ صورة البيع، أو الإيجار أو العارية، أو القرض أو الشركة إلخ ... و يعتمد المتعاقدان في الإطار العقدي على تحقيق مصالح إقتصادية، فالعقد يخلق تقارب مصالح متعارضة¹ .

الفرع الأول : مبدأ سلطان الإرادة هو أساس العقد :

أن القواعد القانونية المنظمة للعقود هي في الحقيقة ترجمة أو إنعكاس لمفاهيم فلسفية². وقد أكدت النظرية التقليدية في مجال العقود ، أن أساس العقد هو نظرية سلطان الإرادة، غير أن هذه النظرية تشهد في الوقت الراهن تراجعاً كبيراً.

ومضمون مبدأ سلطان الإرادة ليس قاعدة قانونية، كما يتصوره البعض لكنه مبدأ فلسفي (un principe philosophique)، والقانون المدني الجزائري الصادر سنة 1975

¹--د: محمد حسنين، المرجع السابق، صفحة 13 ، يقول "...العقد أو الإتفاق هو أن تتجه إرادتان إلى أحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه. ومعيار التفرقة بين المجاملة والعقد هو القصد، وهو مسألة موضوعية...".

كذلك : Marie Helene de Laender – FRANCK Petit : op cit page 3 « ...de cette définition, il ressort plusieurs éléments essentiels permettant de cerner la nature juridique du contrat, le contrat relève d'abord naturellement de la catégorie des actes juridiques des actes spécialement en vue de créer des effets juridiques... ».

كذلك :

-Antoine Vialard : op –cit – page 29.

- Ali Bencheneb : op-cit-page 27.

² Marie Helene de laender- Franck Petit : op, cit –page 5 « ...on donne traditionnellement plusieurs explications ,à cette théorie : certaines sont d'ordre philosophique... ».

المعدل والمتمم، لم يشر على الإطلاق إلى هذا المبدأ، أسوة بالتشريعات المدنية الحديثة، كالقانون الفرنسي والقانون المصري. ويعتقد الشراح أن مبدأ سلطان الإرادة رأى النور في القرن 18، و أنه وجد أساسه فيما يسمى آنذاك بـ"فلسفة الأنوار" كما يرجع مصدره جانب آخر إلى الفقيه الألماني "إمانويل كانط" ¹ (E-Kant).

ومبدأ سلطان الإرادة ينطلق من فكرة أن الإنسان حر مستقل في المجتمع الذي يعيش فيه ولا يمكن لهذا الشخص أن يلتزم تجاه غيره إلا في إطار تصرف صادر عن إرادته، وذلك تطبيقاً لمقولة شهيرة في هذا المجال والتي تقضي أنه: "لا يلتزم الفرد إلا إذا أراد، وبالطريقة التي أراد" ² "on est engagé si l'on a voulu, et dans la mesure où l'on a voulu".

كما يضيف الفقهاء القدامى على العقد صفة "الإنصاف" بقولهم "لا يمكن للعقد إلا أن يكون منصفاً وعادلاً، لأنه تمت إرادته". (le contrat ne peut être qu'équitable, car il a été voulu toute justice est contractuelle, qui dit contractuel dit juste) ³.

ومن آثار تطبيق مبدأ سلطان الإرادة الإيمان بفكرة سمو العقد وتفضيله كمصدر أول للإتفاق دون غيره، وذلك لأن التصرف الإرادي الحر هو وحده الذي يبرر الإلتزام. فالمصدر الأساسي للإلتزامات، لا يمكن أن يكون إلا في الإتفاق الإرادي، أي العقد وبذلك تأخذ المصادر الأخرى للإلتزام الطابع الاستثنائي ⁴.

¹ -Corinne Renault-Brahinky : -op-cit-page 12. «...cette philosophie a pris naissance au XVIIIe siècle, et trouve certainement son fondement dans la philosophie des lumières elle est parfois attribuée à KANT... ».

² -د: أحمد حسن قدارة- المرجع السابق - صفحة 18.

كذلك: د: بلحاج العربي: "نظرية العقد في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية - طبعة 2015 - صفحة 55 وما بعدها - الجزائر.

³ Corinne Renault-Brahinky : -op-cit-page 12. «...la théorie de l'autonomie de la volonté part de l'idée que la volonté de l'homme est souveraine, autonome. Seul un acte de volonté de la personne peut faire qu'elle soit engagée. On est engagé si l'on a voulu, et dans la mesure où a voulu. Le contact ne peut être qu'équitable, car il a été voulu : « toute justice est contractuelle, qui dit contractuel dit juste... ».

⁴ -د: خليل أحمد حسن قدارة: المرجع السابق - صفحة 18 يقول: "...يذهب أنصار مبدأ سلطان الإرادة... إلى أن الإرادة الحرة الواعية هي أساس كل اتفاق... فهي العنصر الجوهرية في تكوين العقد، وهي العنصر الجوهرية في تحديد الآثار التي تترتب عليه كيفما يريد أطراف العقد...".

ويبدو واضحا أن مبدأ الحرية التعاقدية، يعتبر من أهم القواعد التقنية المجسدة للإلتزام التعاقدية، وهو يظهر على صورتين.

الأولى : وهي وجوب صدور رضا واضح وحر من المتعاقد في العقد، فعنصر الرضا يكفي لوحده لقيام العقد، هذا الذي يسميه الشراح بمبدأ الرضائية (le principe du consensualisme).

أما الثانية فتتضمن حرية المتعاقدان في تحديد مضمون العقد، دون أن تكون للتشريعات ومستوجبات النظام العام والآداب أثر على إرادة الطرفين، بل لا بد أن يكون أثر هذه الأنظمة على الإرادة التعاقدية إستثنائيا إلى أبعد الحدود.

ويرى الشراح أنه من الآثار الهامة التي تنبثق عن قيام العقد، هي قوته الملزمة. فالعقد بعد عملية إبرامه يستوجب الاحترام والتنفيذ، فلا يجوز لأحد الطرفين التراجع عن تنفيذه بطريقة أحادية، وهذا ما قرره المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني بقوله: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". كما أن العقد لا يلزم إلا طرفيه كأصل عام¹.

الفرع الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة في الوقت الراهن:

لقد عرف مجال تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العصر الحديث تراجعا كبيرا وباتت المساحة التعاقدية تفقد يوما بعد يوم من مكتسباتها ، بفعل التدخل الواسع للقوانين والتنظيمات في وضع الأطر المنظمة للنشاط الإنساني، فظهرت عقود الإذعان (les contrats d'adhésion) وغزت المجال التعاقدية، وباتت العقود الأكثر إستعمالا وتداولاً بين الأفراد، مثل عقود التأمين والنقل و إستهلاك الطاقة وغيرها². لقد أدى الازدهار الكبير للمجتمع إلى تطور قواعد المعاملات الإقتصادية بين الأفراد، حيث أصبح الفرد،

¹ - د: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق (نظرية العقد) - صفحة 99.

² - د: خليل أحمد حسين قدارة: المرجع السابق - صفحة 19 يقول: "...إلا أن هذا المبدأ سرعان ما بدأ يخبو بريقه أمام التطورات الاجتماعية والاقتصادية ، التي أصابت المجتمعات، والتي أدت إلى ظهور المذاهب الاشتراكية والتي تنظر إلى العقد كنظرتها إلى أي نظام إجتماعي غايته تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيهه الإرادة التي تحقيق ذلك. فغاية القانون ليست حماية الفرد، و إنما حماية المجموع ، وحماية الفرد تأتي من خلال حماية المجموع، ويترتب على ذلك، أن الإرادة وإن كانت تلعب دورا في إبرام التصرفات القانونية وفي تحديد آثارها ، إلا أنها ليست كل شيء...".

في حالات كثيرة يتعاقد بالاقتصار على قبول الشروط التي تفرضها عليه الدولة أو القوى الإقتصادية عموماً، وهذا ما جعل المجلس الدستوري الفرنسي يجرّد مبدأ سلطان من معناه القديم ومن أي قيمة دستورية. ولم يتوقف حال هذا المبدأ عند هذه الحدود، بل وجّه له الفقه العديد من الانتقادات أهمها :

- عدم إمكانية قبول فكرة أن مبدأ سلطان الإرادة يشكل لوحده مصدر الإلتزام، فالقانون هو المصدر الأول للإلتزام.
- عجز مبدأ سلطان الإرادة وحليفه مبدأ حرية التعاقد عن تحقيق وضمان العدالة الإجتماعية والإقتصادية ، فكثيراً ما تسخير العقود لتغليب المصالح واستعباد الناس. وقد قال الفقيه " لاكوردار " (Lacordaire) في ذلك : " أن الإرادة هي مصدر العبودية بين القوي والضعيف، لكن القانون هو الذي يحرر منها"¹.
- وخلاصة القول في هذا المجال، أن العقد في القوانين الوضعية الحديثة بما فيها التشريع المدني الجزائري، ينشأ بتوافق إرادتين أو أكثر لكن هذه القوانين تفرض عليه حراسة عن طريق فرض شروط خاصة عليه، فتغلب التنظيم على الإرادة في إنشاء الإلتزامات مثلما سيلي توضيحه.

¹Maurice –Helène de laender- Franck Petit : op –cit page 9

Corinne Renault –Brahinsky : op –cit page 13

- كذلك :

كذلك: د: خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، صفحة 19، يقول "...والإرادة كذلك تنقيد بالأشكال التي يحددها القانون لبعض التصرفات القانونية، كعقد الهبة أو الرهن الرسمي، وبالأشكال التي يحددها أطراف العقد. هكذا نرى أن دور الإرادة في القوانين المعاصرة، لم يعد كما كان يذهب إليه أنصار مبدأ سلطان الإرادة، فلم تعد هي صاحبة السلطان الأكبر، لا في مجال تكوين العقد ، ولا في مجال تحديد آثاره ...".

المطلب الثاني: الحرية التعاقدية و النظام العام

La liberté contractuelle et l'ordre public

إن ضرورة التعبير عن الإرادة، التي يتطلع لها الأفراد في المجال التعاقدى تجد أساسها في قاعدة أنه لا يمكن إلزام أو إرغام أي شخص على التعاقد (nul ne saurait être tenu de contracter). وقد تجسدت هذه القاعدة في الفقه الفرنسي القديم على يد كلا من "دوما" (Doma) و "بواتيه" (Pothier)، وياتت أمرا سائدا في المعاملات المدنية الحديثة¹.

ومبدأ عدم إمكانية إلزام الغير على التعاقد، ما هو إلا نتيجة لقاعدة حرية العمل المنصوص عليها في المادة 37 من الدستور الجزائري الصادر سنة 1996، وغيرها من دساتير العالم.

غير أن قاعدة عدم إمكانية إلزام الغير على التعاقد ليست مطلقة، بل أنها تخضع للعديد من الظروف والمعطيات تجعل دور الإرادة و أهميتها تتقلص في الكثير من المعاملات. فإلى جانب فكرة أن كل حرية لها في الواقع حدودها، فإن الحرية التعاقدية من جانبها تتأثر بالعواقب والظروف الاقتصادية، فقد تصطدم إرادة أحد الأفراد أو تكون محل معارضة من حالة ضرورة من القوة الاقتصادية للطرف الذي سيتعاقد معه².

في هذا الصدد، فإن التجربة تبين أن التفاوض خلال التعاقد يكشف دائما خروقات وعدم تساوي في المصالح، والتي يحاول المفاوضون إخفائها لإضفاء الطابع القانوني على التصرف، من أجل التوصل إلى إبرام العقود.

وقد تشهد قاعدة عدم إمكانية إلزام الغير على التعاقد تأثيرا واضحا من المشرع نفسه، إذ قد يقع أن يمنع القانون على الأفراد من التعاقد، أو على النقيض قد يلزمهم على التعاقد، دون إعارة الاعتبار إلى إرادتهم³.

¹ - Ambroise Colin- Henri Capitant : op –cit page 308.

كذلك : Michel Le GALCHER –Baron : op –cit – page 21 « ...la liberté contractuelle implique que les particuliers sont libre de conclure un contrat, ou ne pas le conclure... »

² -Claude Dupouy- Maurice RESSAYER : op –cit –page 65.

³ -: أحمد السنهوري ، المرجع السابق، صفحة 91.

كذلك : د: علي علي سليمان - المرجع السابق - صفحة 26.

الفرع الأول : صور الإلزام على التعاقد:

إن الإلتزام التعاقدى، يتضح عادة عن طريق طبيعة العقد أو عن طريق طبيعة الأفراد، ففي كثير من الأحيان يجد الأفراد أنفسهم مرغمون على التعاقد رغم عدم وجود نية لديهم بذلك، وتجد هذه المفارقة صورة واضحة لها في عقود التأمين (Contrats¹ d'assurances).

فالأطباء و المحامون ملزمون مثلا بإبرام عقود التأمين التي تغطي مسؤوليتهم عن الأخطاء المهنية، كما يلزم الحرفيون وأصحاب المصانع من إبرام عقود تأمين عن الأضرار المحتملة التي قد تتسبب فيها آلاتهم و أدوات العمل بالغير.فالتشريع يلزم هذه الفئات المهنية من التعاقد في إطار التأمين، ويكون ذلك بصورة إلزامية لا تقبل النقاش، فيفقد مبدأ عدم إمكانية إلزام الغير على التعاقد كل معناه في هذه الحالة، ولا يبقى أمام هؤلاء إلا مساحة ضيقة يمكن لهم التعبير عن إرادتهم فيها، وهي اختيار المؤمن فقط.

وقد يواجه الأفراد في بعض الحالات صعوبات في اختيار الطرف الذي يريدون التعاقد معه، فيجدون أنفسهم مرغمين على التعاقد مع طرف معين لكونه يحتكر النشاط محل التعاقد من الدولة مثلا². وبذلك فعقود التنقيب المنجمي المرتبط بقطاع المحروقات، لا يمكن إبرامها إلا عبر وكالة حكومية معينة. كما أن عقود الشراكة من أجل التنقيب واستغلال المحروقات لا يمكن أن يبرمها المستثمر، إلا مع مؤسسة وطنية واحدة وهي "سونطراك" عملا بالتشريع الجزائري.

غير أن الإلتزام بالتعاقد مع شخص معين ليس مشروطا دائما بفكرة الاحتكار، فقد يرتبط ذلك بالمهارات المهنية والمعرفية لبعض الأشخاص، أو التشريعات التي تنظم بعض النشاطات المهنية. وبذلك فإن عقد التداوي، الذي يستوجب وضع تشخيص للمرض وإقتراح الأدوية اللازمة للشفاء من المرض، لا يمكن إبرامه إلا مع الطبيب. كما أن إبرام

¹ - د: محمد وجيه شحادة- المرجع السابق- صفحة 156.

² - د: خليل أحمد حسن قداد- المرجع السابق- صفحة 27، يقول: "... وهذا يعني أن أحد أطراف العقد يخضع لجميع الشروط التي يضعها الطرف الآخر، دون أن يملك الحق في مناقشة أو تغيير أو تعديل الشروط التي إشتراطها ، وتكثر مثل هذه العقود، عندما يكون أحد الأطراف العقد يحتكر احتكارا قانونيا أو فعليا مرفقا من المرافق التي تقدم الخدمات للجمهور...".

عقد التكوين على سيطرة السيارات، لا يمكن تصوره إلا مع مؤسسة متخصصة في ذلك، معتمدة وخاضعة للقوانين والتنظيمات السارية المفعول.

الفرع الثاني : صور المنع من التعاقد

من الواضح مبدئياً أن مضمون الإلتزام بالتعاقد مع أشخاص يفيد بصورة واضحة منع التعاقد مع أشخاص آخرين. فعقد التداوي لا يمكن بأي حال إبرامه مع ممرض، كما أن عقد التكوين على سيطرة السيارات لا يمكن عقده مع أستاذ جمعي. ويضع المشرع من جانبه صورة خاصة لمنع التعاقد. فلا يجوز مثلاً للقضاة، والمدافعين القضائيين أو المحامين أو الموثقين أو كتاب ضبط الهيئات القضائية شراء الحقوق المتنازع من أجلها، سواء بأنفسهم، أو بواسطة أسماء مستعارة، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها. وهذا ما قرره المادة 402 من القانون المدني الجزائري¹. كما منع نفس القانون لمن ينوب عن غيره، بمقتضى إتفاق أو نص قانوني، أو أمر من السلطة المختصة، أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريقة المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة (المادة 410 م ج)².

غير أن المنع من التعاقد، لا يجد دوماً مصدره في القانون وحده، فقد يتولد المنع من إتفاق أو عملاً بأي شرط من الشروط. فقد يمنع الإتفاق مثلاً المالك على الشيوخ من طلب قسمة المال الشائع خلال مدة خمسة سنوات، إذ يهدف هذا الإتفاق إلى منع المالكين الشركاء من بيع المال الشائع خلال هذه المدة، وهذا ما نصت عليه المادة 722 م ج³.

¹- تنص المادة 402 مدني جزائري على أنه: " لا يجوز للقضاة ولا المدافعين القضائيين ، ولا المحامين ولا للموثقين ، ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة اسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله، أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي باشرون أعمالهم في دائرتها، و إلا كان البيع باطلاً".

²- تنص المادة 410 مدني جزائري على أنه: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني، أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة، أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية، مع مراعاة الحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

³- تنص المادة 722 مدني جزائري على أنه: " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو إتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات ، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك، وفي حق من يخلفه".

وقد تتجلى صورة المنع من التعاقد في النشاط الاقتصادي والتجاري الذي يخوضه المستثمرون و أصحاب رؤوس الأموال. إذ قد يشترط بعضهم على بعض الآخر عدم التعاقد مع متعامل معين، أو عدم إبرام عقود شراء سلع أو خدمات معينة. غير أن هذه التصرفات أصبحت اليوم تتنافى ومبدأ حرية الصناعة والتجارة المقررة في الدستور الجزائري¹.

الفرع الثالث : حرية التعاقد والنظام العام:

الأصل أن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وقد تجسد هذا المبدأ في القوانين الحديثة كما تبنتها الدساتير، التي تضمن وتحمي الحريات الفردية والجماعية، بما فيها حرية التصرف والعمل، عن طريق إنشاء الشركات وتجسيد عمليات الاستثمار الاقتصادي والتجاري ، إضافة إلى حرية التعاقد بكل صورها، ما لم تمس العملية التعاقدية بالنظام العام في المجتمع.

ومن المعروف أنه إذا تقرر أن قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام، فمعنى ذلك، أن هذه القاعدة تكون ملزمة. وللإلتزام هذا معنى أشد من الإلتزام في أي قاعدة قانونية². فمن الثابت أن كل القواعد القانونية ملزمة، سواء كانت من النظام العام أو لم تكن. إلا أن هناك من هذه القواعد، ما يستطيع المتعاقدان أن يعدلا منها باتفاقهما فهي ملزمة، ما لم يختارا أن يدخلها عليها تعديلا. مثال ذلك القاعدة القانونية التي تقضي بأن البائع يضمن للمشتري تعرض الغير، فهي قاعدة ملزمة ما لم يتفق البائع مع المشتري على ألا ضمان. ولا تعتبر هذه القاعدة من النظام العام فيجوز الإتفاق على تعديلها أو مخالفتها. ومن القواعد القانونية ما هو ملزم، ولا يجوز للشخص أن يعدل فيه أو يخالفه، لأنه معتبر من النظام العام. مثال ذلك القاعدة التي تقضي بأن البائع يضمن للمشتري التعرض

¹-تنص المادة 37 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه: " حرية التجارة والصناعة مضمونة تمارس في إطار القانون".

²- د: عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق(نظرية العقد)- صفحة 491.

كذلك: د: أحمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 214.

د: جمال زكي - المرجع السابق - صفحة 185.

د: أحمد فرج الصدة- المرجع السابق - صفحة 339.

الشخصي الصادر منه، فهذه القاعدة ملزمة للبائع وهي من النظام العام، فلا يستطيع البائع الإتفاق مع المشتري على مخالفتها فيشترط ألا يضمن تعرضه الشخصي¹. ويتفق الفقه المدني أن النظام العام والآداب، هما الباب الذي تدخل منه العوامل الإجتماعية والإقتصادية والأخلاقية، فيؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتماشى مع التطورات الإجتماعية والإقتصادية والأخلاقية في الجيل والبيئة². وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعا لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما إعتدوا عليه من أخلاق وآداب. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره. فالقاضي يكاد إذا أن يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة. وبهذا فإن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية. فحيث يعتبر القانون أن المصلحة التي تكفلها قاعدة قانونية معينة تعلق على مصلحة الأفراد وتسمو إلى مقام المصلحة العامة، وجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم مخالفتها عن طريق العقود التي يبرمونها فيما بينهم، حتى ولو حققت لهم هذه العقود مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لا تقوم مقام المصلحة العامة³.

¹ - تنص المادة 93 مدني جزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا".

² - Ali Bencheneb : op-cit-page 114 : « la liberté des parties contractantes connaît une atténuation importante, puisque l'objet de l'obligation ne peut contrarier l'ordre public, et les bonnes mœurs. ce constat révèle assez que la volonté des personnes n'est pas totalement souveraine, et donc que l'autonomie des parties est subordonnée au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs... »

-د: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، (نظرية العقد) - صفحة 492.

³ - Amboise Colin- Henri Capitant : op -cit- page :393 : « ...ainsi que nous venons de la rappeler, la notion d'ordre public, est une notion mouvante . elle correspond en notre matière, en la suprématie de la loi et des principes généraux , qui en découlent ou sur lesquels elle est fondée, à l'égard des conventions et actes juridiques émanant des particuliers : elle vise à la défense des règles et principes considérés comme essentiels pour l'organisation sociale du moment à l'encontre des conventions et actes contraires à ces principes... »

كذلك : د: محمد صبري السعدي - المرجع السابق - صفحة 215.

د: جمال زكي - المرجع السابق - صفحة 192.

الفرع الرابع: روابط القانون العام المقيدة لحرية التعاقد

أ- روابط القانون الدستوري

إن القاعدة الدستورية التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام، فلا يجوز مثلا أن يتنازل مرشح عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل. كما لا يجوز أن يتفق الناخب مع مرشح على إعطائه صوته، وكل إتفاق من هذا القبيل يكون باطلا لمخالفته النظام العام.

ب- الحريات العامة:

لا يجوز أن يتفق شخص مع آخر أن يسترقه، أو أن يستخدمه طوال حياته. كذلك لا يجوز أن يتعهد شخص بالإقامة في مكان معين، أو مع شخص معين طوال حياته، فإن ذلك يتعارض مع حرية الشخص في الإقامة.

كذلك كل شخص حر في أن يتزوج، أو لا يتزوج، فحرية الزواج في النظام العام، وكل قيد على هذه الحرية يعتبر باطلا، ما لم يكن مبنيا على مبررات قوية. وللشخص أيضا حرية الإيصاء في الحدود التي يقرها القانون، فله أو يوصى أو لا يوصى. و إذا أوصى فيجوز أن يوصى بثلاث ماله لغير وارث مثلما قررته الشريعة الإسلامية. وله كذلك أن يعدل عن الوصية في أي وقت قبل موته. وحرية الإيصاء هذه من النظام العام، فكل قيد يرد عليها باطل. مثاله أن يتفق شخص مع ورثته على ألا يوصى لأحد بشيء من ماله، أو كما إذا أوصى شخص لغير وارث بشيء من ماله، وتعهد بعدم العدول عن هذه الوصية، فكل هذه الإتفاقات تعتبر باطلة.

وللنفس حرمتها لا يجوز إنتهاكها بعقود تتعارض مع سلامتها. وعلى ذلك يكون باطلا كل إتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة. فالإتفاق على إجراء عملية جراحية خطيرة لغير معالجة مرض ، بل لمجرد التجربة العلمية يكون باطلا. ونفس الحكم ينطبق على حرية الاجتماع وحرية العمل والمبادرة الإقتصادية والتجارية¹.

¹- د: عبد الرزاق احمد السنهوري- المرجع السابق- صفحة 500.

ج- النظم الإدارية والقضائية :

كذلك النظم الإدارية تحقق مصلحة عامة، فهي إذن من النظام العام ولا يجوز للأفراد باتفاقات خاصة أن يعارضوا هذه المصلحة. وكثيرا ما يطبق هذا المبدأ على الموظف العمومي فهو شخص مكلف بخدمة عامة يجب عليه أن يقوم بها على الوجه الأكمل، دون أن يجعل من وظيفته محلا للمساومة، ودون أن يشغل هذه الوظيفة للحصول من ورائها على منافع غير مشروعة.

أما في المجال القضائي، فمن المعروف لدى العام والخاص، أن النظام القضائي في غالبية دول العالم يحقق في مجموعه مصلحة عامة، والتالي فالأحكام والقرارات التي تصدرها المحاكم والمجالس القضائية والمحكمة العليا والمحاكم الإدارية، لا تجوز معارضتها باتفاقات فردية.

فحق كل شخص في التقاضي يعتبر من النظام العام، ولا يجوز لأي شخص أن يتنازل مقدما على هذا الحق، إلا في الحدود التي يباح فيها التحكيم. كذلك تحديد الاختصاص النوعي والمحلي للمحاكم، يعتبر في بعض الأحيان من النظام العام، وبذلك لا يجوز للخصوم الإتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص التي تنص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

د- النظم المالية والمصرفية:

من المعروف أن نظم الدولة المالية تحقق هي الأخرى مصلحة عامة، فلا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالف هذه القوانين. ويعتبر من قبيل النظم المالية للدولة التشريعات التي تقرر نظام وطرق دفع الضرائب والرسوم بمختلف أنماطها، فإن قرر القانون ضريبة معينة في نشاط إقتصادي أو تجاري معين، وجب على الفرد المكلف بها دفعها. ويعتبر باطلا كل إتفاق يلتزم بموجبه الأفراد بعدم دفع الضرائب. كما لا يجوز

¹ - Ali Bencheneb : op –cit – page 115 : «...il existe d’abord des règles qui ont un objectif d’organisation et qui sont significatives d’un ordre public de direction. Il en est ainsi des lois d’organisation de l’état (règles constitutionnelles, règles administratives, règles fiscales, règles pénales, règles procédurales) mais aussi les règles régissant la famille , il en est ainsi également d’un certain nombre de règles à objectif économique comme la loi sur la monnaie et le crédit, celle relative à la concurrence, et la loi sur les pratiques commerciales du 23 juin 2004.

الإتفاق على جعل الملزم بدفعها شخصا آخر غير الذي عيّنه القانون، كذلك لا يجوز الإتفاق على إنقاص الضريبة أو على الزيادة فيها.

أما في الجانب المصرفي، فإن قوانين النقد والقرض المعتمدة في الجزائر تعتبر من النظام العام، فقيام هذا التشريع بترسيم نظام العملة الوطنية وهي الدينار وتحديد قيمتها، يعد من النظام العام، فلا يجوز عملا بذلك لأي دائن مثلا أن يمتنع عن إستيفاء حقه بالعملة الوطنية وبقدر القيمة المفروضة لها، ولو إتفق مع المدين على غير ذلك.

هـ - القوانين الجنائية وروابط القانون الخاص:

لا تجوز مخالفة القوانين الجنائية (العقوبات والإجراءات الجزائية) باتفاقات خاصة، لأن ذلك يعد مخالفا للنظام العام. مثاله أن يتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة. كذلك يعد باطلا الإتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص ألا يقدم بلاغا عن جريمة ارتكبت، أو أن يساعد على إخفاء الجريمة بكتمه معلومات توصل إلى كشف الحقيقة، أو بإعطائه لمعلومات غير صحيحة.

كما يعد باطلا أيضا الإتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر، ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية. ولا يجوز بموجب إتفاق خاص ما بين الأفراد، أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون. كأن يتفق الدائن والمدين على إعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديدا، فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة مبينة على سبيل الحصر.

أما من ناحية روابط القانون الخاص، فالمعروف أن هذا القانون ينظم الشؤون المتعلقة بالأحوال الشخصية، وكذلك التي تدخل في إطار التصرفات أو المعاملات المالية. والواضح هنا أن كثيرا من الروابط المتعلقة بالأحوال الشخصية تحقق مصلحة عامة وتعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات بينهم، فالحالة المدنية للفرد وأهليته وعلاقته بأسرته هي من أبرز هذه الروابط، فلا يجوز تعديل الحالة المدنية التي يثبتها القانون للشخص بإتفاق خاص، لأن إثبات هذه الحالة تعتبر من النظام العام. فلا يجوز مثلا لشخص أن يتفق مع آخر على تعديل جنسيته دون أن يتبع الإجراءات الخاصة بالتجنس، ولا يجوز له كذلك تغيير إسمه دون أن يتبع الإجراءات القانونية والإدارية لذلك. وتعتبر قواعد الأهلية من جهتها من النظام العام، فلا يستطيع شخص أن

يزيد في أهليته أو ينقص منها بالإتفاق. و لا يجوز للقاصر التنازل عن حقه في الطعن بالبطلان في العقود الباطلة التي تصدر منه ، أو من نائبه ما دام قاصرا. والولاية مثل الأهلية، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من ولايته أو وصايته أو قوامته¹.

وإلى جانب الإتفاقات التي تخالف النظام العام، هناك الإتفاقات التي تخالف الآداب العامة، والآداب العامة في جيل معين هي مجموعة القواعد الأخلاقية والدينية والإجتماعية التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لمعطيات أدبية تسود علاقاتهم الإجتماعية ، فباتت هذه القواعد ملزمة لا يستوجب على الأفراد مخالفتها، ولو يأمرهم القانون بذلك.

ومن بين التطبيقات المخالفة للقواعد الأدبية، العلاقات الجنسية غير المشروعة، وإقامة بيوت الدعارة و ألعاب المقامرة، وكسب المال عن طريق غير مشروع، وخديعة الناس في المعاملات إلى جانب كل الأفعال المشينة التي يمنعها الدين وتعارضها قواعد الأخلاق².

¹- د: عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- صفحة 518.

²-د: محمد صبري السعيد- المرجع السابق- صفحة 215 يقول: "...وفيما يتعلق بالاتفاقات التي تخالف الآداب، فمنها الكثير المتنوع، من ذلك الاتفاق على إنشاء علاقات جنسية غير مشروعة، فهو باطل. ومنه أيضا كل ما يتصل ببيوت الدعارة و العمل بها ، وشراء الأثاث لها و إيجارها ، حتى ولو حصلت هذه البيوت على ترخيص من السلطة الإدارية ..."

كذلك : «... quand à la conformité aux bonnes mœurs , elle fait appel à une sorte de morale collective, celle admise par la société , notamment de la sphère sexuelle... » -Marie Helene de leander- Franck petit : op-cit- page 79

المبحث الأول :

مراحل و أحكام التفاوض العقدي:

التفاوض في العقود الخاصة، هي مرحلة أولية تسبق عادة واقعة توافق إرادتي المتعاقدين الرامية إلى أحداث أثر قانوني، كالبيع أو الإيجار أو العارية أو القرض أو الشركة وغيرها. فهي بمثابة تبادل أولي للآراء والمواقف تسبق مرحلة تكوين العقد، وهذا بهدف تشخيص وتسوية الإشكالات المحتملة التي قد تعترض سبيل العلاقة الاقتصادية المزمع عقدها في المستقبل بين الأطراف¹.

وبصور بعض الفقهاء مرحلة التفاوض العقدي، بأنها المساحة التي تناطح فيها أفكار ومواقف وتوجهات ومطالب و إهتمامات المتعاقدين، ومحاولة التقريب بينها بهدف منح الفرص الكاملة لنشوء وقيام هذا المشروع الاقتصادي والقانوني الذي هو العقد².

وتبدأ مرحلة التفاوض عادة بعد أن يقوم أحد المتعاقدين بعرض التعاقد على شخص أو عدة أشخاص، يدعوهم فيه بالتقرب لمناقشة بنود وشروط إتفاق محتمل مستقبلا. وقد يكون موضوع هذه الدعوة هو عقد إتفاق أول هدفه ربط المعنيين، كما قد يكون موضوعها أيضا تعديل أو تصفية أو تمديد علاقة تعاقدية سابقة.

والدعوة إلى التفاوض قد تتصف بالعفوية في غالب الأحيان فيوجهها صاحبها إلى طرف معين أو إلى مجموعة من الأطراف محددة أو غير محددة ، وقد تأخذ طابعا إختياريا، بأن توجه إلى فئة من الأشخاص أو الهيئات .

¹ - د: بلحاج العربي : " مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري " - ديوان المطبوعات الجامعية- طبعة 2011- صفحة 11، يقول: "...تعد عملية التفاوض (négociation ou pourparlers précontractuels) او المرحلة السابقة على إبرام العقد (Période Précontractuelle)، من أهم مراحل و أخطرها على الإطلاق، لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم الإلتزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة... إن المرحلة السابقة على التعاقد هي فترة "استكشافية" (Période exploratoire) ملؤها العجائب والتناقضات، لما تثيره من المناقشة والمساومة والمحاورة والمراوغة والكزّ والفزّ، والإصرار والمثابرة، والصعود والهبوط والمخاوف والاهتمامات الساخنة المثيرة للجدل، بغرض تحسس المصلحة...".

² -D-MAZEAUD : « Les Mystères et paradoxes de la période précontractuelle »- ed- Münchenstein-2001- page 637.

والدعوة إلى التفاوض قد تأخذ أشكالاً وصوراً مختلفة، فقد تكون على صورة ومضات إشهارية أو توجيه شروط عامة للشراء، أو شروط عامة للبيع، أو على شكل جداول للأسعار، أو دعوات لتقديم عروض. كما يمكنها أن تأخذ صوراً مساعي أو إتصالات مباشرة أو غير مباشرة، أو إعلانات موجهة إلى عامة الجمهور أو لفئة معينة. ويمكن أن تأخذ الدعوة إلى التفاوض العديد من الأنماط، فقد تأخذ شكل الاقتراح البسيط، أو على النقيض تأخذ صورة العرض الحقيقي ينتج في كل حالة آثاراً مختلفة حتى قبل وصول قبول المتعاقد¹.

والقانون في الأصل لا يترتب على هذه المفاوضات الابتدائية أثراً قانونياً²، غير أن عملية مراقبة المفاوضات قد تفضي إلى قيام المسؤولية الجزائية على كاهل الداعي إلى التفاوض في حالة إقترافه لجرائم الاحتيال أو التدليس المنصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري، وكذلك القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، لا سيما منها جرائم الإشهار التضليلي³. و إلى جانب المسؤولية الجزائية، فإن الداعي إلى التفاوض، قد يكون محل متابعة على أساس المسؤولية المدنية، في حالة إقترافه لأخطاء تحدث أضراراً ثابتة بالطرف الآخر

¹ - Jean Marc Mousseron : « Technique Contractuelle » édition français Lefebvre (2^{ème}) 1999- page 41 – France : « ... la négociation va se développer par toutes sortes de propositions, exprimées oralement ou par écrit, de nombreuses discussions souvent qui pourront être marquées par l'établissement de protocoles d'accords », expression souvent galvaudée dont nous réserverons l'usage aux documents de secrétariat destinés à fixer l'état de la négociation et les propositions, concordantes ou non, des parties à un moment donné ... » .

² -د: عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق(نظرية العقد) ، صفحة 238.

³ - عرّفت الفقرة الثالثة من المادة 3 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الإشهار بقولها : " هو كل إعلان يهدف بصفة مباشرة ، أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع والخدمات ، مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"- ونصت المادة 28 من نفس القانون، على أن الإشهار يكون تضليلياً وبالتالي ممنوع وغير شرعي لا سيما: "إذا كان يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة، أو بكميته أو وفرته أو مميزاته، يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الإلتباس مع بائع آخر، أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه ...".

خلال المفاوضات مثالها الأضرار الناتجة عن خيبة الأمل التي أصابت الموجه إليه الدعوة بعدما إكتشف هذا الأخير أن دعوة التفاوض لم تكن سوى سرايا أو وهما¹. وقد سبق للقضاء الفرنسي في قرار أصدره مجلس قضاء رين في 08 جويلية 1929 أن أقام المسؤولية المدنية على عاتق الطرف الذي يدعوه غيره إلى مفاوضات لا يؤمن بها في الواقع. كما إعتبرت هذا الأخير مسؤولا مدنيا أيضا حينما إجتهد على خلق الأمل في التعاقد، لدى الطرف الآخر، ثم رفض تجسيد الإتفاق، بعدما وافق عليه الطرف الآخر.

المطلب الأول: تطور المفاوضة العقدية

من الممكن في المجال التعاقدية ، أن تبقى العديد من الدعوات إلى التفاوض دون صدى أو إستجابة ممن وجهت لهم وهذا لأسباب عديدة ومتنوعة، غير أنه من الممكن أن تلقى بعضها الصدى والتجاوب اللازم عن طريق قيام مناقشات تمتد على أوقات قد تكون قصيرة أو طويلة، وفي هذه الحالة يمكن الكلام على إنطلاق مرحلة المفاوضة التعاقدية، ويجب بالتالي ملاحظة ومراقبة تطورها.

أما المفاوضة العقدية فإنها تتطور وتتوسع عن طريق جملة من الاقتراحات الشفاهية والكتابية إضافة إلى المناقشات التي يشارك فيها الأطراف والتي من الممكن أن تؤدي إلى قيام ما يسمى بـ"بروتوكول الإتفاق" ، غير أن التفاوض في بعض المجالات التجارية والإدارية، فإنه يخضع إلى إجراءات تفاوض مسبقة تضعها القوانين، تكون واجبة الإتباع وتتسم بالشكلية الكبيرة والصعوبة المضنية وإستغراقها لزمان طويل. مثالها المفاوضات في مجال إبرام العقود الإدارية وعمليات البورصة أو إجراءات تقديم عروض الأخذ في مجال التسوية القضائية إلى غيرها².

إن الهدف الأول للمفاوضة العقدية، هو السماح لكل طرف من تحديد وتعيين مشروعه التعاقدية، وتعريف الطرف الآخر به، فهي بمفهوم آخر سبيل مشترك للبحث عن حلول للإشكالات المختلفة التي تعترض قيام الإتفاق النهائي، فكل طرف في المفاوضة

¹ -Ali Bencheneb : op)-cit-page 59 : « ...Il en résulte que toute négociation quelle qu'elle soit, implique un comportement responsable et en particulier l'absence d'abus de droit. le comportement irresponsable d'un négociation, comme celui de trahir un secret , ou de divulguer une information confidentielle à un concurrent , peut être constitutif d'un préjudice préjudice pécuniaire ou moral , comme tel justiciable de l'article 124 du code civil... »

² -D-MAZEAUD :op-cit -page 644.

يريد إبرام عقد مريح يخدم مصالحه، إذ في غياب عنصر المصلحة، لا ينعقد العقد. وبذلك يجتهد كل طرف في تذليل العقبات حسب مصلحته للوصول إلى الإتفاق النهائي.

الفرع الأول : الأشكال غير التعاقدية للمفاوضات :

إذا كانت النظرية التقليدية للتلاقي السريع والمتزامن لعنصري الإيجاب والقبول في نشوء العقد تبقى مقبولة عموماً، فإنها في كثير من الأحيان تكون غير كافية¹. فمن المعروف أن التنظيم القانوني لا يهتم بصورة مباشرة وصريحة بمسألة وصول عنصر الرضا إلى مرحلة النضج، ويجد الشراح مبرراً لهذه الثغرة في الصعوبة التي تطرح في إيجاد الحلول الناجعة للنزاع القائم بين الحرية التعاقدية وحاجة المتعاقد للأمان في بنود العقد التي تم التفاوض بشأنها مسبقاً. فإذا تعارض مبدأ الحرية التعاقدية مع واقعة تدخل القانون في مرحلة المفاوضات العقدية، فإن حاجة الأمان تبقى مهمة بالنسبة للمتفاوض، كما أن عدم التدخل الصريح للقانون في هذا الصدد لا يعني عدم الإهتمام تجاه المتفاوضين².

أ- عقوبة الخطأ ما قبل التعاقد في حالة فشل المفاوضات:

أن الخطأ الواجب التعويض الذي يتم اقترافه خلال مفاوضات غير مجدية أو غير مثمرة يستدعي تدخل القانون، لأن هذا الخطأ يعرض للخطر وبصورة غير مباشرة مبدأ الحرية التعاقدية، والتي من مظاهرها الأولى عدم التعاقد. وقد قررت المحاكم الإدارية في فرنسا في العديد من الأحكام مبدأ المسؤولية قبل التعاقدية لأشخاص من القانون العام. ومن المعروف أن الفقه والقضاء يستوجب شروط في الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهما³.

¹ Jean Marc Mousseron : op-cit-page 43 « ...Si le théorie classique de la rencontre immédiate et simultanée de l'offre et de l'acceptation, du « coup de foudre contractuel » , reste généralement, satisfaisante, elle est , bien souvent aussi insuffisante... »

² - P - MOUSSERON : « la conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle »- R.T.D.com.1998- page 243.

³ -Jean Marc MOUSSERON : op- cit - page 44 - « ...la faute dommageable commise au cours d'une négociation inféconde, fait l'objet d'une intervention juridique grave, puisqu'elle compromet indirectement le liberté de contracter , dont la première manifestations consiste à ne pas se lier ... »

1 - الخطأ: La faute

الخطأ حسب التعريف الشهير الذي أورده الأخوين "مازو" هو إنحراف في سلوك الشخص عن سلوك الشخص الذي يتبعه الرجل المعتاد، مع إدراكه لهذا الإنحراف¹. وقد علّقت الفقيهة الفرنسية المعاصرة " جوهانا شميت" (Joanna Schmidt) في إطار هذا الموضوع بقولها "...إن عملية البحث عن عنصر الخطأ في مجال المفاوضات العقدية، تتم مثلما هو معتاد، أي بمقارنة سلوك "مشبوه" مع سلوك يتبعه الرجل المعتاد أو العادي الذي وضع في نفس الظروف الخارجية...".

ويمكن لعنصر الخطأ في مجال التفاوض أن يأخذ صور مختلفة تؤدي إلى قيام المسؤولية، مثاله ثبوت عدم جدية المتفاوض في نقاشاته، أو كون المفاوضات غر بناءة بعد محاولة المتفاوض توجيهها إلى اتجاه يصعب معه التوصل إلى إتفاق نهائي. كما يثبت الخطأ أيضا حينما يجتهد المتفاوض على طرح معلومات ومعطيات غير صحيحة على طاولة التفاوض، أو قيامه بإخفاء أو عدم تزويد الطرف الآخر بمعلومات مهمة وحاسمة². وقد حرص المشرع الفرنسي في قانون 13 جويلية 1992 المتعلق بتنظيم وكالات السفر على إلزام المتفاوض بالتحلي بالجدية اللازمة والصدق في نوايا المفاوضات، وتمكين الطرف الآخر من كافة المعطيات والمعلومات التي تسهل عليه عملية التعاقد³.

والخطأ في مجال التفاوض العقدي، قد يأخذ صورا أخرى، كالإخلال بواجب إعلام المتعاقد بالمعطيات الحقيقية التي يطرحها المتفاوض، بحيث يؤدي جهل المتعاقد بها إلى عدم وضوح الرؤية وبالتالي تعريض مصالحه للخطر. كما يقوم الخطأ أيضا حينما يعمد المتفاوض وبسوء نية على تضمين العقد بشرط يؤدي إلى بطلانه⁴. وقد سبق للقضاء

¹ -H-J et L- MAZEAUD : « leçon de droit civil français » 4^{ème} édition - tomes 2 et 3-PUF- page 274 . France

² -Corinne Renault- Brakinky : op -cit - page 25.

³ - loi française du 13 juillet 1992 sur les agences de voyages (loi Doubin du 13 décembre 1989, sur certains contrats de distribution)- marge .J.M. MOUSSERON – op-cit-page 47.

⁴ -د: بلحاج العبي - المرجع السابق- صفحة 50- يقول "...وقد يكون هذا حين يكون المتعاقد مكلفا بإعطاء معلومات، أو بيانات خاصة، بأمر معينة يعلق عليها الطرف الآخر أهمية بالغة أو قصوى في عملية التعاقد ، وذلك كأن يدلي الشخص ببيانات إلى شركة التأمين تخالف الواقع، وتقلل من أهمية المخاطر التي يتعرض لها ...".

الفرنسي أن قرر قيام المسؤولية التقصيرية للمتعاقد الذي قام بهذا التصرف خلال مرحلة المفاوضات. كما يقوم الخطأ كذلك حينما يخل المتفاوض بواجب تخصيص الإحتكار (le devoir d'exclusivité)، ويبادر إلى إجراء مفاوضات موازية حول محل العقد ذاته، مع متعاقد آخر، وهذا دون علم المتعاقد الأول الذي أوهمه المتفاوض بأنه صاحب الإحتكار الوحيد للنشاط الإقتصادي المزمع التعاقد من أجله. وقد سبق لمحكمة بوردو الفرنسية في حكمها الصادر في 11 جوان 1996 المنشور في المجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1997- صفحة 617، أن رتبت المسؤولية التقصيرية على كاهل شركة مختصة في بيع المشروبات، كانت تخوض مفاوضات في وقت واحد مع متعاملين مختلفين حول نفس الموضوع، وألزمت الشركة المذكورة على دفع التعويض إلى المتعامل الذي فشلت مفاوضاته معها، وهذا تحت عنوان الإخلال بواجب تخصيص الإحتكار. وجاء في حيثيات الحكم أن الخطأ في هذا النزاع ليس خوض مفاوضات عديدة في آن واحد، بل الخطأ يكمن في عملية إخفائها و إيهام المتعاقدين - كل على حدة- أنه هو الطرف الذي سيفوز بعملية التعاقد¹.

وقد يأخذ الخطأ في مجال المفاوضة العقدية، صورة إستغلال المتفاوض لعنصر الزمن أي الوقت، فيسعى مثلا إلى إطالة عمر المفاوضات إلى أطول مدة ممكنة في انتظار تحقق عوامل خارجة عن التفاوض تكون من صالحه في مواجهة المتعاقد، مثاله إنتظار مرحلة ارتفاع نسب الفوائد في عمليات إقتصادية معينة، أو إرتفاع قيمة العملة التي تستعمل في العملية التعاقدية مستقبلا، أو على العكس يجتهد المتفاوض على الإسراع في إنهاء مرحلة التفاوض من أجل التوصل إلى عقد مريح، بسوء نية مبينة، بفضل تحقق ظروف معينة، فيقع المتعاقد في حالة إذعان مثلا، يلتزم بسببها إلى إبرام العقد.

2- الضرر: Le Préjudice

يرى الفقه أن الأضرار الناتجة عن ثبوت الخطأ في مرحلة التفاوض والتي يمكن أن تلحق مصالح المتعاقد هي إهدار الوقت في تفاوض غير جدي، كما يمكنها أن تأخذ صورة

¹-قرار محكمة بوردو الفرنسية بتاريخ 11 جوان 1996، والمنشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1997- صفحة 617.

خسائر مالية ومصاريف تكبدها المتعاقد في عملية التفاوض، أو حتى المبالغ التي يكون المتعاقد قد صرفها تحضيراً لانطلاق العملية الاقتصادية المتوخاة من العقد مثل توظيف العمال وتهيئة أمكنة، ومحلات العمل المستقبلية وشراء وسائل النقل والتعاقد مع شركات الإشهار إلخ... كما يمكن للضرر أن يأخذ صورة خسارة أسواق أخرى، أي أن المتعاقد وبفعل تأكده الكامل من إتمام هذا العقد مع الطرف المتفاوض - رفض فتح مفاوضات مع أطراف أخرى - ويكون بذلك قد ضيع فرصاً أخرى للتعاقد¹.

وقد أصدرت محكمة إستئناف باريس قراراً، أكدت فيه أحقية المتعاقد للحصول على التعويض بفعل ما لحقه من ضرر بفعل "ضياع فرصة التعاقد مع طرف آخر"، والذي تسبب فيه المتفاوض (حكم في 13 ماي 1988 منشور في المجلة الدورية للقانون المدني صفحة 736)².

3- علاقة السببية : (le lien de causalité)

لا يكفي أن يكون هناك خطأ من جانب المتفاوض في مرحلة التفاوض العقدي، ولا يكفي أن يكون إلى جانب الخطأ ضرر لحق المتعاقد، بل يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر. وبعبارة أخرى، يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ. ويرى الشراح أن الوضعية قد تتعقد في مرحلة التفاوض، عند توافر عدة أخطاء من بينها خطأ المتعاقد، وهم يرون وجوب تقسيم المسؤولية بين المتفاوض والمتعاقد³.

¹ -Jean Marc MOUSSERON : op-cit page 50 « ...les premiers préjudices retenus consistent en perte de temps , dépenses engagées pour la négociations, et même l'anticipation sur les suites d'un contrat dont la conclusion semblait certaine en perte d'autres marchés ; confiant dans le succès de la négociation, le partenaire n'a pas conclu d'autres contrats qui s'offraient à lui .
La discussion s'est liée à propos de la perte de la chance de contracter... »

² -حكم محكمة الاستئناف بباريس الصادر بتاريخ 13 ماي 1988، المنشور بالمجلة الدورية للقانون المدني - لسنة 1989 - صفحة 736.

³ -: بلحاج العربي - المرجع السابق - صفحة 198 - يقول: "...فإنه من اللازم توافر عناصر دعوى التعويض، من خطأ وضرر وعلاقة سببية مباشرة، وهذا العنصر الأخير يعتبر متوافراً إذ أثبت أن الضرر الحاصل بعد نتيجة ارتباط الفعل بالسبب. فإن الغط الناشئ (الذي يقع فيه المتفاوض الآخر) ، من جراء عدم الإدلاء بالبيانات والمعلومات في المرحلة السابقة على العقد، ليس إلا عملاً نفسياً يكمن في أعماق الدائن بالالتزام، لا يمنع قانوناً من قيام علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق بالدائن...".

الفرع الثاني:

نظام المسؤولية المدنية المطبق على الخطأ ما قبل التعاقدى :

أ- المسؤولية العقدية (Le responsabilité contractuelle)

يجمع الفقه المدني على تحديد نظام المسؤولية المدنية الواجب تطبيقه على الخطأ المرتكب من المفاوض خلال مرحلة المناقشات أمر مهم بمكان، وذلك لأن تحديده بوضوح يكشف الآثار القانونية التي تنتج عن هذا التصرف¹. فرأى البعض أن المسؤولية العقدية هي التي تطبق على تصرف المتفاوض، وهذا إعتباراً، كما قال الفقيه "إهرنج" أنه ومع بداية كل مناقشات أو مفاوضات ينشأ بين الأطراف عقد ضمني تنتج عنه إلتزامات على كاهل الطرفين، تتضمن وجوب التحلي بالعناية اللازمة (diligentia in contrahendo)، و إن الإخلال بهذا الواجب يؤدي إلى وقوع الخطأ. غير أن رأى "إهرنج" لقي معارضة شديدة، وتم هجره، وقد قيل في ذلك أن العقد الضمني الذي يدعو إليه "هرنج" هو عقد غير موجود على أرض الواقع ويتسم بالصبغة الخيالية².

ب- المسؤولية التقصيرية (Le responsabilité délictuelle)

لقد إتجه رأي آخر إلى إضفاء الطابع التقصيري للخطأ المرتكب خلال مرحلة المفاوضات قبل العقدية، وقد تم تأسيس هذا الموقف على مقتضيات المادة 1382 مدني فرنسي (المادة 124م جزائري). كما قرر القضاء في قرار أصدره مجلس قضاء باريس سنة 1883 إعتبار الوعد الكاذب بالتعاقد - ودون أن يلزم الواعد تعاقدياً - خطأ تقصيري. وقد حاول الفقيه الفرنسي "غستان" (J.GUESTIN) عند تعليقه على قرار صادر عن الغرفة المدنية لمجلس قضاء باريس بتاريخ 03 فبراير 1981، تسليط الضوء على الروابط التي

¹ - د: عبد الرزاق أحمد السنهوري- المرجع السابق (نظرية العقد)- صفحة 239- يقول: "...على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية من قطعها، إذا اقترن هذا العدول بخطأ صدر منه، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة، وهي تقضي بمسؤولية من يرتكب خطأ يصيب الغير بالضرر، فمصدر المسؤولية ليس هو مجرد العدول عن المفاوضات بل هو الخطأ الذي ارتكبه من عدل...".

² - Jean Marc Mousseron : op-cit- page 51 «...la responsabilité contractuelle : supposant un contrat – IHERING a avancé, à la fin du siècle dernier , qu’au début de toute négociation, se forerait tacitement un contrat créant à la charge des deux partenaires une obligation de « diligentia in contrahendo », dont l’inexécution constituerait la faute... Cette formule est aujourd’hui unanimement repoussée... comme solution de principe, tout au moins, en raison du caractère fictif de pareil avant contrat... ».

ترتبط في الوقت الراهن بين واقعة التدليس في تكوين العقد، والإلتزام قبل التعاقدى بتمكين المتعاقد من كل المعلومات المحيطة بعملية التفاوض. وقد إنتهى أن إخفاء هذه المعلومات عن المتعاقد تعتبر من قبيل التدليس الذي يؤدي إلى بطلان الإتفاق، كاشفا الطابع الإرادي لواقعة التدليس خلال المفاوضات قبل التعاقدية¹.

ويرى الفقه أن نظام المسؤولية التقصيرية ينطبق على تصرفات المتفاوض حتى ولو انعقد العقد بعد ذلك. فالخطأ الواجب التعويض المقترف من المتفاوض لا يكمن في الإخلال بالإلتزام تعاقدى، ولكن يكمن في الخطأ المرتكب قبل إبرام العقد. وقد ذكرت الغرفة التجارية بمجلس قضاء باريس أن المتضرر من خطأ أرتكب خلال مرحلة المفاوضة ما قبل العقدية، له الحق بمتابعة المتسبب فيه، والمطالبة بالتعويض عنه أمام المحكمة التي وقع بدائرة إختصاصها هذا الخطأ، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية (قرار في 11 جانفي 1984).²

وعلى الرغم من أن تطبيق المسؤولية التقصيرية في هذا المجال، يبدو لازما ومهما، إلا أن البعض يرى أن إبرام الطرفين (المتفاوض والمتعاقد) خلال مرحلة المفاوضات العديد من العقود المسبقة (contrat préalable)، قد يخلق نوعا من المنازعة والخلاف حول مسألة تطبيق المسؤولية التقصيرية أو عدم تطبيقها، وذلك عند تحقق الخطأ ما قبل التعاقدى. إلا أن الملاحظ أن القضاء الفرنسي أصدر العديد من الأحكام والقرارات كيف من خلالها إخلال المتفاوض بالإلتزام تمكين المتعاقد من المعلومات والبيانات اللازمة، خلال مرحلة التفاوض بالخطأ التقصيري.

¹ Yves Guyon : « traité des contrats » sous la direction de J.Ghestin L.G.D.J.ed 2002-page 339- Paris.

² - قرار الغرفة التجارية – مجلس قضاء باريس – الصادر في 11 جانفي 1984 المنشور بمجلة القانون المدني سنة 1985.

الفرع الثالث:

الإلتزام بجبر الضرر الناتج عن الخطأ قبل التعاقدى: (l'obligation de réparation)

يرى الفقه، أنه من الممكن تصور تقنية لجبر الأضرار التي لحقت بالمتضرر من الخطأ ما قبل التعاقدى، وذلك على صورة " تعويض عيني " يتمثل في الإبرام الفوري للعقد المتفاوض من أجله¹.

غير أن فكرة الإبرام الجبري للعقد تعد أمرا غير منطقي، وغير مقبول، لأنها تصطدم بمبدأ هام هو الحرية التعاقدية. وبهذا تبقى الوسيلة المعهودة والمطبقة في مجال المسؤولية التصويرية هي التعويض الذي يجب أن يتطابق في مقداره مع جسامه الضرر الذي لحق المتضرر².

وتجب الملاحظة هنا، أن آثار الأخطاء التي يقترفها المتفاوض خلال مرحلة المناقشات، قد لا تظهر إلا بعد تكوين العقد المتفاوض من أجله، و أن لم تكن عائقا في الواقع في إبرامه. وقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي "كاربونييه" (J-GARBONNIER) بالقول " : أن العقد ملاحق بماضيه"، وفي هذه الحالة يستوجب البحث فيما إذا كان الخطأ قد ارتكب بمناسبة عيب في تكوين العقد ، أو غير ذلك.

¹- Jean Marc MOUSSERON : op –cit –page 52. «...on pourrait envisager une technique de réparation en nature qui, consisterait dans la conclusion du contrat projeté. Mais la solution du « contrat forcé est inadmissible , en raison du principe de la liberté contractuelle et de la nécessité- qui en découle- d'un consentement dont la première qualité est d'être libre ...or, à ce stade aucune des parties n'a en la volonté ferme et définitive de conclure ce contrat, dont au surplus , le contenu n'est pas encore précisé... ».

²-د: بلحاج العربي- المرجع السابق- صفحة 199- يقول: "...جزء الإخلال بالالتزام في مرحلة التفاوض، سواء أكان عقدياً أم تصويرياً، هو قيام المسؤولية قبل التعاقدية ((responsabilité précontractuelle) ، من خلال دعوى عادية طرفاً، المضرور والمتسبب في الضرر. فإذا قام الإلتزام قبل التعاقدى صحيحاً، جاز إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينياً، متى كان هذا التنفيذ ممكناً، وطلبه الدائن (م 164م)..."

المطلب الثاني :

الأشكال التعاقدية للمفاوضات (les formes contractuelles de pourparlers)

قبل الخوض في الصور أو الأشكال التعاقدية التي يمكن للمفاوضات ما قبل التعاقدية أن تتصف بها، وجب التطرق إلى تحليل بعض الإتفاقات الإبتدائية التي يمكن للمتفاوض والمتعاقد التوصل إليها خلال مرحلة المفاوضات والتي لا يمكنها أن تأخذ وصف العقد. فقد سماها بعض الفقه بـ" اللأ عقد" (non contrats) وتأخذ في الغالب صورة بعض الوثائق التحضيرية التي تساعد على الدخول في التفاوض وتسهل عمليات المناقشة وتفتقد لطبيعة الإلزام، خلافا لما يسمى بـ"بروتوكول الإتفاق" الذي يحظى بالطابع الإلزامي. ويصف الفقه الحديث هذه الوثائق التحضيرية بالوسائل البسيطة للعمل و التي تسميها الأعراف الأنجلوسكسونية في هذا الصدد بـ(Memorandum of understanding) و التي تفتقد في الحقيقة إلى القيمة القانونية، غير أنه يمكن الإستعانة بها عند مقاضاة المتفاوض في متابعات مدينة محتملة، يكون موضوعها الخطأ ما قبل التعاقدية.

و في الوقت الراهن بات من الغالب و المتكرر أن تظهر بين المتفاوض و المتعاقد خلال مرحلة التفاوض "علاقات" تقترب في وصفها من العقود لكنها لا تصل إلى مرحلة النضج، الذي يتصف به العقد و بالتالي لا تنتج إلتزامات ملزمة.

هذه العلاقات يسميها الفقه بـ " العقد تقريبا" (le presque contrat) و تأخذ العديد من الأشكال و الصور منها تصريحات النوايا، أو كتابات تحمل ملاحظة "دون إلتزام من طرفنا" أو بملاحظة " هذه ليست وثيقة تعاقدية" الخ من الوثائق التي لا يمكن إعطاءها الوصف القانوني للعقد، و تأخذ نفس الحكم العقود غير المكتملة (contrat imparfait) ومثال العقد غير المكتمل في مرحلة المفاوضات، العقد الذي لا يغطي فيه عنصر الرضا كافة العناصر الأساسية للعقد.¹

¹ Joanna Shmidt : « négociation et conclusion de contrat » R.T.D civil-ed 200-page 373.

و على عكس ما تم تحليله سابقا، فإن مرحلة المفاوضة ما قبل التعاقدية قد تعرف نشوء بعض الإتفاقات بين المتفاوض و المتعاقد، تملك كل المقومات القانونية للعقد، فتأخذ هذه الإتفاقات صورة العقد، و يعترف القانون لها بهذه الصفة لإكمال أركان الانعقاد فيها وتوافر شروط صحتها، وكذلك تبرم هذه الإتفاقات عادة خدمة و تسهيلا لإنعقاد العقد محل التفاوض، وكذلك لتنظيم وتأطير علاقات الأطراف خلال مرحلة المناقشات والمفاوضات، و قد عرف الفقه هذه الإتفاقات بـ " العقود المسبقة" غير أن رأي آخر إعتبر أن هذه التسمية، تفتقد للدقة و الوضوح، واطرح تسمية هذه الإتفاقات الأولية بـ "الإشكال التعاقدية للمفاوضات"، وهذا لتوضيح طابعها القانوني من جهة و موقعها الزمني من جهة أخرى.¹

و يتفق الفقه، على أن قاعدة الحرية التعاقدية، تعطي للأطراف التي تتوصل إلى إبرام هذه العقود المسبقة، صلاحيات واسعة، و حرية كبيرة لإختيار أشكال و مضامين هذه العقود، و ذلك خدمة لمصالحهم. و تتعدد أوصاف هذه الإتفاقيات إلى الكثير من الصور، منها الإتفاقات المسبقة و العقود التحضيرية، و العقود المؤقتة، و العقود الجزئية.²

¹ Jean Marc Mousseron : op-cit-page 60 : « au cours de la négociation, les parties parviennent, en revanche, fréquemment, à certains accords auxquels le droit reconnaitre la qualité de contrat, ils sont conclus pour faciliter la conclusion de l'accord projeté ou organiser les relations des parties pendant le temps des pourparlers ... ».

كذلك: د: بلحاج العربي - المرجع السابق- صفحة 121- يقول: " ... و تلعب العقود التمهيديّة دورا مهما في الاعداد لإبرام العقد النهائي، و يتم إبرامها في الفترة ما قبل التعاقد (Période précontractuelle)، أي في مرحلة المفاوضات لوضعها في إطار تعاقدى منظم، و كذلك في الفترة اللاحقة للتفاوض، و السابقة على إبرام العقد النهائي ...".

² Marie - Helene de laender Franck Petit : op- cit- page 48.

الفرع الأول :

العقود التحضيرية: (les contrats préparatoires)

يقصد بالعقود التحضيرية، العقود التي يكون محلها الوحيد هو تهيئة و تحضير عملية إبرام العقد في المستقبل، و يبرم العقد التحضيري مع طرف من الغير في بعض الحالات لكنه يعقد غالبا بين المتفاوض و المتعاقد في العقد المتفاوض من أجله. و تتضح الأهمية العملية لإبرام العقود التحضيرية على صعيدين: الأول من حيث مهمتها، لأنها تسهل عملية التعاقد الأصلي و ذلك بتذليل العقبات، و تقليص الاختلافات بين الأطراف، أما الثاني فهو زمن إنعقادها، أي قبل إنعقاد العقد الأصلي، و هذا ما يدعم نية وثيقة الأطراف على السير نحو التعاقد في المستقبل.¹

أ. إنعقاد العقد التحضيري مع الغير :

تبرم العقود التحضيرية في بعض الأحيان بين أحد الأطراف المحتملة للعقد المستقبلي و طرف من الغير، و يكون الهدف من التعاقد هو تحضير و توفير كافة المعلومات والمعطيات التي لها أهمية وصلة بالعقد المستقبلي، كما تعمل كذلك على تقريب وجهات و مواقف الأطراف من إشكالات محتملة قد تقف حجرة عثرة في وجه العملية التعاقدية المستقبلية²، و يأخذ العقد التحضيري الصور التالية :

– عقود الدراسة (les contrats d'étude)

¹ J.M Mousseron : op-cit- page 62- « ... la règle de la liberté contractuelle autorise enfin, pour ces accords , la plus grande diversité de formes et contenus dont l'élaboration obéira avec profit aux conseils donnés ci - après pour l'ensemble des contrats, il serait donc intellectuellement vain et erroné de prétendre en réaliser une typologie exhaustive, l'observation des négociations permet, en revanche, d'en signaler les types principaux et de distinguer parmi ces formules extrêmement diversifiées d'accords préalables les contrats préparatoires, les contrats intérimaires et les contrats partiels... » .

² د: بلحاج العربي - المرجع السابق- صفحة 121 - يقول : " ... و نلاحظ أن الإتفاقات الممهدة للتعاقد النهائي خلال مرحلة التفاوض ، سواء كانت إتفاقات مبدئية على التفاوض، أو إتفاقات جزئية حول عناصر العقد الجوهرية أو الأساسية (م 65 ق م) ، و بالرغم من تلاقي الإرادات فيها، لا تشكل عقودا حقيقية ملزمة، فإن قيمتها القانونية تتوقف قبل كل شيء على نية الأطراف في التوصل إلى إبرام العقد النهائي... " .

- عقود السمسرة (les contrats de courtage)
- عقود التعهد لمصلحة الغير (les contrats de promesse de porte-fort)
- عقود التمثيل (les contrats de représentation)

1. عقود الدراسة : (les contrats d'étude)

عقد الدراسة، مثلما توضحه تسميته هو عقد يبرم بين أحد طرفي العقد المتفاوض من أجله، أو حتى كليهما، مع طرف آخر يملك خبرة و مهارة في نشاط إقتصادي أو مالي أو غيره، أو له إطلاع واسع لمعطيات سوق معينة، كأن يكون خبيراً اقتصادياً أو مالياً، أو سمساراً متمرساً في عمليات السمسرة التجارية أو العقارية أو غيرها، أو يأخذ صورة شركة إستثمار متخصصة في بيع الدراسات و التحاليل للمتعاملين الإقتصاديين أو التجاريين (sociétés de consulting) . و يتم إبرام عقود الدراسة مع أهل الخبرة و المعرفة من أجل الإستفادة من المعلومات التي يستقيها المتفاوض أو المتعاقد من هذه الدراسات والاستثمارات، إما لتسهيل عملية التعاقد مستقبلاً، و إما لإعطاء فكرة واضحة للتعاقد حول فرص و إحتتمالات النجاح و تحقيق المبتغى المالي و الإقتصادي و غيره من العقد محل التفاوض، و يمكن تصنيف هذه العقود في خانة عقود إستئجار الخدمات (louage d'ouvrage)¹.

2. عقود السمسرة : (les contrats de courtage)

لقد أدى التطور الإجماعي و الإقتصادي الذي يعرفه النشاط الإنساني منذ قرون خلت، إلى كثرة و كثافة و تداخل العمل الإقتصادي في المجتمعات الحديثة، إذ تكاثر عدد المتعاملين و المستثمرين و الناشطين في شتى المجالات، المنتجة الأمر الذي إستوجب ظهور فئة جديدة من المتدخلين في النشاط التجاري و الإقتصادي أطلقت عليهم تسمية " السماسرة " (les courtiers)، و تنحصر مهمة هؤلاء في تسهيل إبرام العقود

¹ Vincent Heuzé : op-cit-page 131 : « ... ces contrats relèvent ordinairement, du louage d'ouvrage, lorsque l'étude aura une certaine ampleur, un calendrier de mission et des étapes d'exécution devons être prévus... »

والإتفاقات، فهم يجتهدون من أجل تقريب وجهات نظر كلا من البائع و المشتري في عقود البيع مثلا من أجل التعاقد، و لكن دون أن يتحملوا أي إلتزام في ذلك.

و لقد إتسعت رقعة مهام السماسرة في الوقت الراهن في جميع مجالات النشاط، فإلى جانب عدم تقديمهم لأية ضمانات للأطراف المتفاوضة بخصوص العمليات التي يقومون بها، فإن دورهم أخذ نطاقا أوسع في عمليات البحث عن المتعاملين و المتعاقدين في نشاطات متماثلة، و بذل الجهد اللازم لإقناعهم في الدخول في عمليات تعاقدية وصفقات إقتصادية و تجارية، و عندما ينجح هؤلاء في مهمتهم، فإنهم يحصلون على مقابل مادي نظير جهودهم، ثم يغادرون الساحة التعاقدية.¹

ويبدو الآن واضحا، الدور الفعال الذي قد تلعبه فئة السماسرة في التأثير على المتفاوضين أو المتعاقدين خلال مرحلة التفاوض ما قبل العقدي، و دفعهم إلى إبرام العقد المتفاوض من أجله، و ذلك بعد بذل جهد الإقناع و تقريب المواقف، و تذليل الصعوبات و حتى توفير المعلومات اللازمة للأطراف حول معطيات سوق من الأسواق، أو منتج أو خدمة معينة فيه.² و لم يعد اليوم يخفى أن دور السماسرة في غالبية مجالات النشاط الإقتصادي و التجاري و المالي، بات مهما بل حاسما في كثير من الأحيان، و قد نشأت بفعل ذلك شركات كبرى للسمسرة (les sociétés de courtage) أخذت البعد الدولي، وأصبحت تفرض مهامها على أكبر المتعاملين و الشركات الدولية في السوق، وأصبح إستئجار خدماتها يزيد من فرص المتعامل أو المتعاقد من تحقيق النجاح أو المبتغي المقصود في عمليات التعاقد و إبرام الصفقات.

¹ د: حسن البراوي : " عقد تقديم المشورة " دار النهضة العربية - طبعة 1998 صفحة 201 - القاهرة .
كذلك: د: حمدي بارود: " القيمة القانونية للإتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية" - مجلة الجامعة الإسلامية غزة- فلسطين- المجلد 13 - العدد 2- صفحة 77 - طبعة 2005 .
² د: حسام الأهواني: " المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، و مراحل إعداد العقد الدولي، ندوة الأنظمة التعاقدية ومقتضيات التجارة الدولية القاهرة - 1993 - صفحة 109.

3. عقود التعهد لمصلحة الغير : (contrat de promesse de porte-fort)

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 114 من القانون المدني على التعهد لمصلحة الغير قائلا: " إذا تعهد شخص من الغير، فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما إلتزم به...".

و للتعهد لمصلحة الغير أهميته في مرحلة التفاوض ما قبل التعاقد، فهو بمثابة أداة أو ميكانيزم يسهل عملية التعاقد، و ذلك بإعانة كل من المتفاوض، أو المتعاقد، أو كليهما من خدمات المتعهد (le promettant) التي تتلخص في هذا الصدد في بذل - هذا الأخير - الجهود اللازمة من أجل إنجاز عملية التعاقد بين المستفيد من التعهد و طرف من الغير. و الواضح هنا أن المتعهد لا يقدم في الحقيقة أية ضمانات بخصوص واقعتي إنعقاد العقد محل التفاوض أو تنفيذه، و يتفق الفقه أن المتعهد هو من يتحمل عواقب المسؤولية التعاقدية، في حالة عدم نجاح مساعي التعهد التي قام بها، و يستوجب عليه إذن دفع التعويضات اللازمة للمستفيد، و هذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 114 م ج.¹

و عقد التعهد لمصلحة الغير في مجال دراستنا، يطبق بصورة واسعة في الوقت الراهن في تسهيل عمليات اندماج الشركات الصناعية و التجارية و الخدمات فيما بينها، ففي حالة اندماج شركة مع شركة أخرى، فإن مسيري الشركة الدامجة (la société absorbante) يتعهدون لمالكي أو مسيري الشركة المدمجة (la société absorbée) أمثلا من

¹ د: عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق (نظرية العقد) - صفحة 865: يقول : " و التعهد عن الغير كثير الوقوع في الحياة العملية، و يقصد به في الغالب معالجة موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء ذي الشأن لسبب ما، فيلتزم عنه غيره ... و يتبين مما تقدم أنه يجب في التعهد عن الغير أن تتوافر الشروط الآتية : (1) - أن يتعاقد الشخص بإسمه لا بإسم الغير الذي تعهد عنه . (2) - أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير...".

الإبقاء أو ضمان كافة حقوقهم المكتسبة قبل الإندماج، أو إستحداث حقوق و إمتيازات جديدة يستفيد منها هؤلاء مستقبلا.¹

4. عقود التمثيل : (les contrats de représentation)

يقصد بعقد التمثيل، حينما يكلف أحد أطراف العقد محل التفاوض شخص أو هيئة من الغير لتمثيله من أجل التفاوض ثم إبرام إتفاق حول عملية محددة مع متعامل محتمل. و يأخذ عقد التمثيل عدة صور مثل النيابة و الوكالة، و يمكن لعقود التمثيل أن تأخذ أشكالاً مختلفة مثل عقود التمثيل الكبرى، خاصة تلك التي تتكفل بها مثلا الوكالات التجارية الكبيرة، التي تتوب المتعامل في خوض مناقشات و مفاوضات هدفها التوصل إلى أهداف معينة تكون ذات أهمية بالغة في التوصل إلى إبرام العقد المتفاوض من أجله، و قد تأخذ هذه العقود أيضا شكلا أكثر بساطة، كأن تتخذ صورة العقود التكميلية لعقود أكثر أهمية (contrats accessoires)، مثل عقود الوكالة للدفع أو التحصيل المكملة لعقود الإشتراك و التأصيل . و تجد عقود التمثيل مرجعيتها القانونية في النصوص التي أوردتها التشريعات المدنية الحديثة، في مجال النيابة و الوكالة، و هي المقترضات التي نص عليها القانون المدني الجزائري في المادتان 73 و 571 م ج.²

¹ François Collart Dutilleul - Philippe Delebecque : « contrats civils et commerciaux » DALLOZ- édition 2007- page 875 : « ... le contrat de porte - fort est aujourd'hui largement utilisé pour faciliter la fusion de société : dans le cas d'absorption d'une société absorbante se portent fort au près des dirigeants de la société absorbée du maintien de leurs avantages, ou de la création d'avantages nouveaux ... ».

² تنص المادة 73 مدني جزائري على أنه : " إذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الإعتبار، عند النظر في عيوب الرضا، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو إفتراض العلم بها حتما، غير أنه إذا كان النائب وكيلًا و يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها".

- كما تنص المادة 571 مدني جزائري على أنه : " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و بإسمه".

ب. انعقاد العقد التحضيري بين الطرفين :

يمكن أن تبرم العقود التحضيرية بين طرفي العقد محل التفاوض، يكون الهدف منها ، إما إبلاغ وإعلام الطرف الآخر بمعطيات و معلومات تخص العقد المستقبلي، و إما تقريب مواقف و وجهات نظر أطراف هذا العقد.¹

(1) العقود المهيئة لإعلام الطرفين (les contrats préparant l'information des partenaires)

في كثير من الأحيان يحتاج المتفاوضون في المرحلة ما قبل التعاقدية إلى حيازة معلومات ومعطيات و أرقام و تحاليل، توضح لهم الرؤية، و تيسر عليهم عملية التفاوض مع الطرف الآخر، فالمتفاوضون في عملية عقارية أو صناعية معقدة مثلا يحتاجون إلى دراسات أو تحاليل دقيقة . مسبقا تفتح لهم المجال لإضفاء الحكم على جدوى المشروع والفرص المتاحة لهم في كشف مدى نجاعته و نجاحه، فعامل الإعلام الصحيح و الدقيق لدى المتفاوض خلال مرحلة المناقشات يعتبر أمر حاسم و ضروري، فعن طريقه يمكن لهذا الأخير تحقيق صفقة مربحة، أو على العكس الدخول في عملية تعاقدية خاسرة تكون عواقبها وخيمة على مصالحه و ذمته المالية. و قد إتفق الفقه على تسمية العقود المهيئة لإعلام الأطراف في مرحلة المفاوضات بإتفاقيات الدراسة (les conventions d'étude) و أشار إلى آثارها القانونية، و منها على الأساس قيام المسؤولية العقدية على كاهل المكلف بإتمام الدراسة، إذا تم إثبات إقتراف هذا الأخير لخطأ معين، جعل المتفاوض يبادر إلى التعاقد عملا بمعطيات أو معلومات مغلوبة أو غير صحيحة أو غير دقيقة.²

و نعطي في هذا المجال المثال التالي :

¹ د: بلحاج العربي-المرجع السابق- صفحة 120 يقول : "... و هذا دون نسيان العقود التمهيدية، أو عقود ما قبل العقد النهائي (les avants contrats) و هي العقود التحضيرية (les contrats préparatoires) التي يبرمها الأطراف بصدد عناصر موضوع و عناصر العقد المنشود، كالوعد بالتعاقد م 72 م ج و التعاقد بالعربون م 72 مكرر م ج ، و الوعد بالتفضيل، و العقد الابتدائي و غيرها ...".

² - JM- Mousseron : op-cit- page 65.

- تعهد مقدم الخدمة (المكلف بالدراسة) في إطار عقد دراسة مبرم بينه و بين المتفاوض، وبالشروط و الآجال المحددة في الإتفاق الممضي بينهما، بأن يلتزم المكلف بالخدمة بتقديم دراسة دقيقة موضوعها مشروع الإعلام الآلي لفائدة المتفاوض، و قد جاء في بنود الإتفاق المسبق أن تتضمن الدراسة كشف و توضيح الجدوى الإقتصادية للإعلام الآلي، وكذا مساهمته في إنجاز عملية التعاقد المستقبلية إضافة إلى ذلك تحرير دفتر شروط يهدف لإجراء مناقصة يكون موضوعها إختيار نظام إعلام آلي معين، كما جاء في شروط الإتفاق كذلك أن يمد المكلف بالدراسة يد المساعدة للمتفاوض في فتح أظرفه المشاركين في المناقصة و فرزها بغية الإختيار النهائي لنظام الإعلام الآلي.

فمن عقد الدراسة المذكور في هذا المثال، يمكن أن تنتج الآثار التالية:

- فإذا حصل مثلا أن شاب إحدى آليات أو أدوات الإعلام الآلي عيبا خفيا و تم كشف ذلك خلال مرحلة تنفيذ العقد النهائي، فإن للمشتري الحق في مقاضاة البائع، و العودة عليه في إطار المسؤولية العقدية التي أسسها إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع (المادة 379 م ج).

- إذا قدم المكلف بالدراسة، معلومات خاطئة أو إستشارة مغلوطة لطالب الدراسة، كأن تكون أدوات الإعلام الآلي محل الدراسة، غير تلك التي طلبها هذا الأخير، أو كانت لا تتماشى مع إحتياجاته ، فإن لطالب الدراسة الحق بالعودة على مقدم الدراسة على أساس المسؤولية العقدية (المادة 119 م ج).¹

(2) العقود المهيئة لتقارب الطرفين

(3) (les contrats préparant le rapprochement des parties)

إن العقود التحضيرية المبرمة بين أطراف العقد محل التفاوض، أو عقود التنظيم (contrats de réglementation) مثلما يطلق عليها الفقيه "ديموغ" (démogues) ، تأخذ

¹ - أنظر المادتان : 119 مدني جزائري و 379 مدني جزائري.

مكانة هامة يوما بعد يوم في مرحلة التفاوض ما قبل العقدي¹، و يشير الفقه إلى صعوبة توضيح الطبيعة القانونية لهذه العقود، فتشكلها غير مكتمل في بعض الأحيان وصفتها و حتى وجودها في هذا المجال القانوني يثير الكثير من الإشكالات ، و كل هذه الصعوبات عمد الفقهاء إلى ترتيبها حسب أهميتها في دعم عملية التفاوض، و كذلك قوة إرتباطها و خدمتها للعقد المستقبلي.²

و سنخوض في هذه دراسة أمثلة من الإتفاقات المهيئة لتقريب مواقف المتعاقدين حسب أهميتها في خدمة العملية التفاوضية.

الفرع الثاني : إتفاقات التفاوض : (les accords de négociation)

لقد ساهمت الحركية الدؤوية و النشاط التشريعي في مجال قوانين العمل سواء في الجزائر، أو في غيرها من الدول إلى تطورها، و قد تضمنت هذه التشريعات بنود سمحت لأطراف عقد العمل بإجراء مفاوضات جماعية، هذا ما فتح المجال واسعا لأصحاب الروابط العقدية الأخرى للإستفادة من مضامين التشريعات الإجتماعية، وأصبح المتعاقدون يتفاوضون على إتفاقات كلية أو جزئية، في قطاعات لا علاقة لها بقطاع العمل.³

إن إتفاقات التفاوض تكون غالبا فردية مصدرها العقد و ليس القانون، و هي تلزم الطرف المدين فيها بالتطلي بحسن النية عند التفاوض و ذلك دون شرط أن ينتهي التفاوض إلى إبرام أو تعديل عقد من العقود.

¹ R- DEMOGUE : « traite des obligations » Tome 4 - édition Sirrey - 1925- page 244- Paris.

² JM- Mousseron : op-cit- page 67 : « les contrats préparatoires entre parties ou « contrat de réglementation » pour prendre la terminologie de Demogue, prennent de plus en plus d'importance, dans la mesure toutefois, où le contrat préparatoire est souvent non, peu ou mal formalisé, son identification et a fortiori, son existence peuvent soulever des difficultés, la pratique tend à fortifier l'autonomie de ces accords ».

³ J- Barthélémy : « la négociation collective outil de gestion de l'entreprise » édition J.C.P. 1987- page 168- Paris.

و قد قضت الغرفة التجارية لمجلس قضاء باريس بقرار صادر بتاريخ 22 ماي 1978 في هذا الصدد، أنه إذا تضمنت ديباجة عقد التنازل (contrat de concession) على التزام بالتفاوض، فإن ذلك لن يلزم الطرفان وجوباً إلى إبرام عقد جديد.¹

و يرى الشراح أن إتفاق التفاوض، هو كل إجراء تعاقدي، سواء أتخذ شكل عقد أو على صورة شروط في عقد ما، ينشأ على كاهل أطرافه إلتزاماً بالتفاوض و يتطلع هؤلاء، إلى فكرة إدراج الإلتزام بالتفاوض في التشريعات المدنية و منحها الطابع الإلزامي، بل أن جزء منهم يقترح أن يكون هذا الإلتزام عنصر من عناصر العقد بتسميته "شرط التفاوض" (la cause de négociation)، و بصورة أخرى أن يأخذ صفة المحل الوحيد والخاص في العقد التحضيري (عقد المفاوضة).²

- شرط المفاوضة : (la clause de négociation)

تتضمن العديد من الإتفاقات ذات التنفيذ الدائم في المجالات الصناعية شروطاً تفاوضية قد تنتهي في حالات عديدة على صورة إتفاقات مبدأ و يجب في هذا المجال على الأطراف الإعتراف المتبادل بتواجد إلتزام بالتفاوض يقع على كاهلها، كما يجب أن يكون هذا الإلتزام صريحاً و ليس ضمناً، و تتضمن ديباجة الإتفاقات عادة بنود تقضي بأن الأطراف مزمة بتنفيذ العقد بحسن نية مطلقة، غير أن هذه الأطراف ملزمة بتجاوز هذه الصيغة الأخلاقية، و الإقتناع بأنها أمام إلتزام حقيقي موضوعه التفاوض من أجل

¹ قرار الغرفة التجارية - مجلس قضاء باريس الصادر بتاريخ 22 ماي 1978 رقم 4032 و المنشور المجلة الدورية للقانون التجاري- دالوز - 1979- باريس صفحة 444.

² J.M Mousseron : op-cit - page 68 : « ...nous tenons pour accord de négociation tout dispositif contractuel, contrat ou clause de contrat, qui engendre à la charge de ses partenaires une obligation de négocier, que sa connaissance se fasse indirectement par dégradation ou directement par promotion ... ».

كذلك : د: أميمة الدهان : " إدارة المفاوضات و تنمية المهارات " مجلة الدراسات العدد 3- طبعة 1986- صفحة 27- عمان-الأردن.

د: إبراهيم الدسوقي: "الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود " معهد الإدارة العامة- طبعة 1995- صفحة 66- الرياض - السعودية .

دراسة و تحليل و محاولة تذليل الصعوبات و العقبات التي قد تواجهها العملية العقدية خلال مرحلة التفاوض.

- عقد المفاوضة : (le contrat de négociation)

يسمي الفقيه الفرنسي "كاربونييه" (J.Carbonnier) عقد المفاوضة بـ "الإتفاق المبدئي" (accord de principe)، و يرى أنه الإتفاق الذي يلزم طرفين ليس بإبرام عقد، و لكن بالتفاوض على عقد ثان لا يخوض عادة لا في الشروط الأصلية و لا في الشروط التبعية للعقد محل المفاوضة. و عقد المفاوضة سواء كان شفاهة أو كتابة يحوز القوة الملزمة، أي أن الأطراف تكون على ضوء ذلك ملزمة بمواصلة المفاوضات إلى حين إبرام العقد الذي تطمح إلى إتمامه، و لا يحق لأي طرف رفض العودة إلى المفاوضة حول النقاط التي بقيت عالقة و دون حلول.¹

- نظام إتفاقات التفاوض : (le régime de l'accord de négociation)

ندرس في هذا النطاق شروط إتفاق التفاوض ثم آثاره:

- الشروط :

في إتفاقات التفاوض تطبق مبادئ الحرية التعاقدية، و ما تضمنه القانون الخاص من مقتضيات خاصة بالعقود، فالأطراف حرة في الإتفاق على إنشاء إلزام بالتفاوض من عدمه، و في الزمن الذي تراه مناسباً لمصالحها، كما يمكنها إختيار القانون الواجب التطبيق إذا كان الإتفاق ذي طابع دولي، و يمكن إدراج الإلتزام بالتفاوض في كافة العقود، مثل البيع و العمل و الإيجار و الشركة إلخ....²

¹ J. CARBONNIER : op-cit- page 324.

² Antoine Vialard : op - cit-page 124 : « ... les pourparlers sont la négociation qui précède la conclusion du contrat, la notion de pourparlers n'apparaît pas nettement dans le code civil, ni dans la théorie générale des obligations, ni à propos de la réglementation des contrats spéciaux, pourtant la négociation des contrats fait partie des usages, et bien des dispositions du code civil ne se comprennent que par référence à cette discussion préalable qui précède la conclusion ferme et définitive du contrat ... ».

- الآثار:

الحرية التعاقدية تعطي الصلاحية للأطراف بمنح الإلتزام بالتفاوض الوصف المرغوب فيه و تكييفه حسب متطلبات العقد محل التفاوض، و كذا وفقا لمصالح هذه الأطراف، كما يمكنها تحديد صور و أوصاف العقوبة التي قد تلحق المتفاوض الذي ثبت إخلاله بهذا الإلتزام.¹

و يرى الفقهاء أن الأطراف ملزمة في هذا الصدد، بوجود التفاوض بحسن نية مطلقة، متبعة في ذلك معيار الرجل المعتاد على الحيطة و التبصر، بل أن جزء منهم يطبع هذا الإلتزام في الوقت الراهن، بالإلتزام بالاخلاص (obligation de loyauté)، مثاله التأكيد على عدم التفاوض مع طرف آخر حول نفس العقد خلال مرحلة معينة، إلا بموافقة صريحة من الطرف الآخر، و هو الإلتزام الذي ينشئ ما يسمى بشرط الحصرية (la clause d'exclusivité).²

كما يستوجب ذات الفقه، أن يتضمن الإلتزام بالتفاوض شروط أخرى ليكون أكثر نجاعة و خدمة لمصالح العقد محل التفاوض، منها شرط الصدق (la clause de sincérité) ، و هي واجب يجعل المتفاوض ملزم بإفادته مفاوضه، بمضمون أية مفاوضات محتملة قد يجريها الأول مع طرف آخر، خارج العلاقة التعاقدية، و كذلك شرط السرية (la clause de confidentialité)، و التي مضمونها حرص المتفاوض على سرية المحادثات و المناقشات ما قبل التعاقدية، و إمتناعه بالتالي عن إعلام الغير بأية

¹ د: حسام الأهواني - المرجع السابق - صفحة 114.

كذلك : د: حمدي بارود - المرجع السابق - صفحة 81.

² - بلحاج العربي- المرجع السابق - صفحة 113 يقول : " إن القانون المدني الجزائري يفرض ضمنا على الأطراف المتفاوضة إلتزامات حسن النية في مرحلة التفاوض، و أعمال مبادئ الصدق و الأمانة و الجدية و التعاون والاستقامة (م 107 م ج)، بما في ذلك الإلتزام قبل التعاقد بالإعلام، و الإلتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد (obligation de renseignement) في هذه الفترة لإبرام العقد المنشود، و كذا الإلتزام بضمان السرية (confidentialité)، و بعد التفاوض مع المنافسين الآخرين خلال مدة زمنية معينة (Exclusivité)...".

معلومات تخص هذه المفاوضات، و يبقى من الثابت أن كل إخلال بهذه الشروط يعطي الصلاحية للطرف المتضرر أن يقاضي الطرف المخل، و يطلب بالتعويض عما لحقه من ضرر، و ما فاته من كسب طبقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية.¹

ب. إتفاقات التفضيل : (les contrats de préférence)

إن إتفاق التفضيل، أو الأفضلية (سواء كان عقدا أو مجرد شرط) هو الذي يأخذ صورة العقد التحضيري الذي ينشأ على كاهل أحد طرفيه المسمى الواعد بالتفضيل إلتزاما بإبرام عقد لاحق في المستقبل، لم يتم الإتفاق عليه و لا على مضمونه المحدد، لفائدة طرف ثان يسمى المستفيد من التفضيل²، واعتبارا إلى واقعة غياب الإرادة التعاقدية لدى المدين المفضل، فتسمية الطرف الأول بـ"الواعد" تجعل هذا الإتفاق يختلف إختلافا كليا عن مفهوم الوعد بالتعاقد المنصوص عليه في المادة 71 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري.

و يكون المبتغى من إبرام إتفاق التفضيل عادة، هو توقع إبرام عقد محتمل في المستقبل، ينشئ على عاتق أحد طرفي الإتفاق التحضيري ، إلتزاما بتفضيل أحد المفاوضين، دون

¹ Ali Bencheneb : op-cit- page 60 : « ... elle suggère avec force que la bonne foi ne s'apprécie pas seulement au stade de l'exécution du contrat, mais implique les personnes dès le commencement de la négociation, si le comportement d'un négociateur peut être pris en charge par le droit de la responsabilité civil, spécialement par mise en oeuvre de l'article 124 du code civil, le droit des contrats se préoccupe surtout de l'offre de contracter et de son acceptation ... ».

² د: سعيد جبر : " الوعد بالتفضيل " - دار النهضة العربية - طبعة 1993 - صفحة 31.

كذلك:

- H- LALOU : « le pacte de préférence » édition Dalloz- 1929-page9.
- L – BOYER : « le pacte de préférence » Sirrey édition- 1945- page 422.

غيره، في إتمام المفاوضات بهدف إبرام العقد النهائي.¹

و من المعروف في الوقت الراهن، أن غالبية الصفقات و الإتفاقات الأولية في مجالات التفاوض ما قبل التعاقد، تتضمن بندا ، أو شرطا يسمى "شرط التفضيل" (la clause de préférence) و يعتبرها الأطراف من الشروط الهامة و الأساسية في الإتفاق، و يتم التعبير عنها -خاصة في العقود الدائمة- بصورة صريحة، إذ أنها تمنح الصلاحية لأحد الأطراف بإلزام الطرف الآخر على تفضيله في التفاوض عن أطراف أخرى.

وقد نصت التشريعات الحديثة على الإلتزام بالتفضيل، خاصة في مجال التسوية التعاقدية لحقوق المؤلف أو حالة الشيوخ في مجال الإبتكار و الإختراع، و كذا في إلتزام الراغب في التنازل عن حصته في المال الشائع إلى طرف من الغير، بوجوب تفضيل الشركاء أو أحدهم في الإستفادة من التنازل قبل الغير، مثاله حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 794 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري، و يلاحظ أن شرط التفضيل كثير التداول في إتفاقيات التوزيع التجاري. إذ يستفيد الطرف المفضل فيه من أوضاع تفضيلية عن غيره، و هي الحالة التي تجسد مصالح و تحقق فوائد للمستفيد من هذا الشرط.²

الفرع الثالث : العقود المؤقتة : (les contrat intérimaires)

من الممكن أن تطول مرحلة التفاوض ما قبل التعاقد، فقد تدوم أسابيع، أو أشهر، أو حتى سنوات في بعض الحالات الإستثنائية، فخلال هذه المراحل يحتاج أطراف المفاوضة

¹ د: بلحاج العربي- المرجع السابق (مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري) - صفحة 152 يقول: " الوعد بالتعاقد قد يتخذ صورة خاصة هي الوعد بالتفضيل، أو عقد أو إتفاق أو إشتراط الأفضلية (accord ou pacte de préférence) على حد تعبير بعض الفقه الفرنسي، و هو إتفاق تمهيدي - avant contrat) يلتزم بمقتضاه الواعد ، إذا ما قرر مستقبلا إبرام عقد معين، أن يختار الموعد له دون سواه، في الحالة التي يقرر فيها فعليا التعاقد ...".

² د: سعيد جبر - المرجع السابق - صفحة 47.

إلى عملية تنظيم علاقتهم من الناحية الموضوعية، فيلجئون إلى إبرام عقود تنشأ عنها الكثير من الإلتزامات تكون واجبة التنفيذ خلال مرحلة محددة من الزمن.

و قد عارض الشراح التسمية التي ألحقها الفقيه "ديموغ" (Demogue) بهذه العقود، والتي سماها (les contrats provisoires)، و فضلوا تسمية (les contrats intérimaires).

و يمكن ملاحظة وجود صنفين من العقود المؤقتة، و هذا التصنيف يتم بحسب التأثير الذي يحدثه إكتمال المفاوضة حول العقد الأصلي على هذه العقود، إذ أن إنتهاء المرحلة التفاوضية يؤدي إلى زوال العقود ذات الطابع المؤقت، لكن تأثير إكتمال المفاوضة يكون محددًا على العقود المؤقتة ذات الأثر النهائي على حد تعبير الفقه الفرنسي.¹

العقود المؤقتة ذات الأثر المؤقت: (les contrats intérimaires à effets provisoires)

يمكن للعقود المؤقتة أن تنشأ إلتزامات واجبة التنفيذ خلال مرحلة المفاوضات فقط، و يكون مضمون هذه الإلتزامات عادة متشابه أو متطابق مع محتوى الإلتزامات التي أنشأها العقد محل التفاوض، إذ تم إنعقاده مستقبلاً، و يجب الخوض هنا في مرحلتين متميزتين من الزمن: الأولى قبل إنتهاء المفاوضات، والثانية بعد إكتمال هذه المفاوضات.

- مرحلة ما قبل إنتهاء المفاوضة :

تتميز العقود المؤقتة ذات الأثر المؤقت، بالتشابه في مضمونها مع محتوى العقد الأصلي محل التفاوض، فعقد العمل على سبيل التجريب (le contrat de travail à l'essai)، مثلاً ينشأ على عاتق أطرافه إلتزامات متطابقة، مع الإلتزامات التي ستتمخض عن إبرام

¹ J.M Mousseron : op-cit- page 97 : « ...on peut distinguer deux catégories de contrats intérimaires en fonction de l'influence que l'achèvement de la négociation du contrat principal exercera sur eux, cet achèvement marquera la fin des contrats intérimaires à effets provisoires, il aura une influence plus limitée sur les contrats que nous dirons - avec quelque exagération peut-être, mais par opposition aux précédents - contrats intérimaires à effets définitifs... ».

عقد العمل النهائي، و تبرم العقود المؤقتة عامة، توافقا والمدة التي تستغرقها العملية التفاوضية ، كما أنها تنقضي و تزول بزوال هذه العملية.¹

- مرحلة ما بعد انتهاء المفاوضة :

من الضروري و المنطقي، أن تصل أية مفاوضة ما قبل التعاقد إلى نهاية لها، فالمناقشات و تبادل المواقف و الآراء، و حتى المواجهات التفاوضية لا بد و أن تصل يوما ما إلى نهايتها، و بذلك فإن الإلتزامات الناشئة عن العقود المؤقتة تنقضي بصورة تبعية، لإنقضاء مرحلة التفاوض ما قبل التعاقد، و في هذا الصدد، يجب مناقشة إفتراضين مختلفين: الأول يتضمن نجاح المفاوضة ما قبل التعاقدية، أما الثاني فيتعلق بحالة إخفاق هذه المفاوضة.

ففي حالة نجاح المفاوضة للعقد محل التفاوض، فإن وجود مجموعتين من الإلتزامات، الأولى متمخضة عن العقد المؤقت، و الثانية ناشئة عن العقد النهائي يشير إشكالا حول الإستغراق المحتمل للإلتزامات الأولى للثانية، و بمفهوم آخر هل يجوز أن يكون لآثار العقد النهائي أثر رجعي أم لا على تاريخ إنطلاق سريان العقد المؤقت؟².

يلاحظ في هذا الصدد أن القانون الوضعي قد يمنح حولا لهذا الإشكال، غير أن قانون العامل مثلا لا يساير ، و ترفض نصوصه إستقلالية العقد المؤقت عن العقد النهائي للعمل. فعقد العمل النهائي يبدأ بالسريان من تاريخ بداية مرحلة التجريب، فبدلا من الاعتراف في هذا الصدد بنتالي عقدين يخضع كل واحد منها إلى نظام خاص، فتشريع العمل يعترف بعقد واحد يتم إخضاعه لنظام قانوني تطوري (un régime juridique évolutif).

¹ د: أميمة الدهان - المرجع السابق - صفحة 33 و ما بعدها.

² J.M Mousseron : op-cit -pages 98 et 99 « ...il peut d'abord, y avoir succès de la négociation et du contrat projeté en ce cas, l'identité des obligations inengendrées par le contrat intérimaire et par le contrat définitif pose le problème de l'éventuel recouvrement du premier par le second, techniquement, ils 'agit de savoir si les effets du contrat définitif rétroagiront ou non à la date de prise d'effet de contrat intérimaire, il se peut, ensuite, que l'issue des pourparlers soit néfaste, et qu'il y ait échec de la négociation dans ce cas, le contrat intérimaire s'éteindra à la date d'échec sans être remplacé par un nouveau contrat... ».

وقد يحدث أن تصل المفاوضات إلى طريق مسدود، ويعلن الطرفان عن فشلها، ففي هذه الحالة ينقضي العقد المؤقت من تاريخ فشل المفاوضات دون أن يتم استبداله بعقد جديد، وبالتالي فالإلتزامات المتولدة عن العقد المؤقت وتزول، ويصبح كل طرف غريب عن الطرف الآخر.

ب- العقود المؤقتة ذات الأثر النهائي (Les contrats intérimaires à effets

définitifs) أن المفاوضات التي يكون موضوعها نقل تكنولوجيا مثلا، أو الحصول على براءة إختراع غير مسجلة، تعتبر الأمثلة الواضحة للعقود المؤقتة ذات الأثر النهائي. فإبرام مثل هذه العقود يستوجب عادة على ممتلك التكنولوجيا أو المعرفة أو البراءة الكشف على جانب واسع من المعلومات والبيانات والمعطيات الخاصة بها إلى المشتري، كما يبقى عليه العمل على إحاطة هذه المعلومات بطابع السرية عن طريق إتفاق صريح يلزم المشتري بالمحافظة على السرية عن طريق إتفاق صريح يلزم المشتري بالمحافظة على سرية هذه الملكية الفكرية، وعدم إخطار أخرى بها، وذلك في إطار ما يسمى بـ"إتفاق السرية وعدم الإستغلال"¹ (accord de secret et de non-exploitation).

والتساؤل الأول الذي يطرح في إطار إتفاقات السرية وعدم الإستغلال هو طبيعة ومضمون الإلتزامات التي تنشأها هذه الإتفاقات².

ويمنح الشراح الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا والمعارف صفة الإلتزام السلبي (l'obligation négative)، وهو الإلتزام الذي يشبه الواجبات الناشئة عن شروط السرية التي تدمج عادة في عقود البحث العلمي والتكنولوجي، و إتفاقيات المناولة³. أما التساؤل الذي يفرض نفسه هنا، هو هل أن مقتضيات إتفاقيات السرية تنتج بصورة تكاملية التزم ثان، وهو الإلتزام بعدم إستغلال هذه التكنولوجيات أو المعارف، في الحالات

¹ J.FOYER, « période précontractuelle » PUF-édition 1996, page 257.

² J.M Mousseron – « secret et contrats » op-cit, page 304.

³ - أحمد الدسوقي - المرجع السابق - صفحة 277.

كذلك : د: حسام الأهواني - المرجع السابق - صفحة 129.

التي لا تؤدي فيها عملية الاستغلال إلى الكشف عن المعلومات الخاصة بهذه التكنولوجيات؟¹.

يتفق غالبية الشراح أن إلتزام السرية يرتبط دائما بإلتزام ثان هو عدم إستغلال المعطيات العلمية محل التعاقد لغير الغرض الذي قرره الإلتفاق، فالعقد الذي يكون موضعه السرية وعدم الاستغلال ينتج إلتزامين سلبيين هما الإلتزام بالسرية، والإلتزام بعد إستغلال هذه التقنيات أو المهارات أو المعارف، سواء خلال مرحلة التفاوض، أو حتى في المرحلة اللاحقة إذا لم يتوصل الأطراف إلى إبرام العقد محل التفاوض.²

المطلب الثالث: العقود الجزئية : (Les contrats partiels)

من الممكن أن يتمخض خلال المفاوضات في عملية تعاقدية، بعض الإتفاقات الجزئية، والتي يصفها الفقه بـ " أجزاء العقد " (des fragments de contrat)، يكون موضوعها دراسة وتغطية بعض المحاور فقط من المشروع الأصلي الخاضع للمفاوضات. ويمكن لهذه العقود الجزئية، أن تكون محل مناقشة وحوار بين الأطراف ذاتها، أو بين أطراف أخرى مختلفة.

الفرع الأول : الإتفاقات الجزئية بين نفس الأطراف (Les accords partiels entre même parties)

للقوف على واقع وحقيقة الجزئية، فلا بد من تصور مشروع إتفاق كبير ومعقد، تتم فيه المفاوضات جزء بجزء أو قسم بصورة منفصلة تتكفل بها مجموعات مختلفة من المفاوضين، وهنا تجب التفرقة بين حالتين:

الأولى : في بعض الحالات يكون مصير الجزء المرتبط بمصير الأجزاء الأخرى فلا يمكن وصف هذه الواقعة بعقود جزئية، بل بأقسام من العقد، ويحدث ذلك عندما يقوم الطرفان بتقسيم عملية التحضير للأقسام المختلفة المكونة للعقد النهائي.

¹- أبو رضوان "قانون التجارة الدولية"، دراسة لفكرة (Mercatoria Lex)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة عين الشمس سنة 1993 - العدد الأول - صفحة 76.

²- د: ذكرى محمد: "حماية المعلومات السرية" دار الجامعة الجديدة، طبعة 2007، صفحة 134 - الإسكندرية.

الثانية : في حالات أخرى، يمكن أن ينصب الاتفاق على مقتضيات ومعطيات يمكن التفاوض عليها بصورة مستقلة ومنفصلة على مقتضيات أخرى، فلا يمكن الجزم إذن بوجود عقد جزئي، إلا من خلال تحليل إرادة الأطراف التي ستوضح دون شك، إن كان مبتغاها هو إبرام عقود مجزئة أو إتمام عقود شاملة¹.

أ- الإتفاقات المجزئة: (Les accords parcellisés)

يمكن للأطراف أن تقرر تجزئة الاتفاق إلى أجزاء، مثلما عمدت إلى تجزئة المفاوضات ما قبل التعاقدية إلى أجزاء فكل جزء من الاتفاق يتمتع بإستقلاليته. كما أن فشل المفاوضات بخصوص بعض النقاط أو المحاور لا يؤدي بالضرورة للمساس بنجاحة وفعالية الإتفاقات التي تم التوصل إليها حول نقاط أخرى، والتي ستشكل بدورها عقود جزئية.

وتحدث هذه الحالات عادة عند مناقشة عقود العمل الجماعية، إذ قد يقع أن تنجح المفاوضات الخاصة بموضوع التكوين المهني مثلا، وتفشل في محاور أخرى من عقد العمل مثل مدة العمل ونظامه وكذا بسلم المرتبات، فعلى الرغم من وجود عملية تفاوضية واحدة موضوعها عقد العمل الجماعي، فإنه يتبادر إلى ذهن وجود العديد من المفاوضات حول عقود منفصلة².

ب- الإتفاقات الشاملة : (Les accords globalisés)

يمكن لأطراف العقد النهائي إختيار صيغة المفاوضات التي تخص عقدا وحيدا، فهؤلاء يعتبرون العقد وحدة موحدة، وهذا رغم نجاح المفاوضات في نقاط وفشلها في نقاط أخرى، وهذه الحالة تستوجب حلين :

¹-د:يونس علي /" العقود التمهيديّة" دار الكتب القانونية- المجلة الكبرى- طبعة 2010- صفحة 88، مصر .

كذلك : J.M Mousseron : op-cit –page 102 : «...pour rencontrer des accords partiels, il faut supposer un projet -d'accord complexe, négocié morceau par un morceau »par couches successives », la négociation est pratiquée par thèmes envisagés indépendamment les uns des autres , voir confiés à différents groupes de négociateurs... »

²-د: يونس علي - المرجع السابق - صفحة 92.

كذلك : د: ذكري محمد - المرجع السابق - صفحة 154.

الحالة الأولى: يمكن للأطراف في هذه الحالة تكهن غلبة فشل التفاوض على نجاحه، فنجاعة المفاوضات الجزئية تكون خاضعة للإتفاق الحاصل حول مجموع الإشكالات المتفاوض حولها.

الحالة الثانية: يمكن للأطراف أيضا توقع غلبة نجاح عملية التفاوض عن فشلها، فنكون هنا أمام قيام عقد جزئي يكون بمثابة العقد الذي يغطي كل نقاط التفاوض فيها بما فيها النقاط التي كانت محل خلاف¹.

الفرع الثاني : الإتفاقات الجزئية بين أطراف مختلفة:

(Les accords partiels entre parties différentes)

نعني بالإتفاقات الجزئية بين أطراف مختلفة جملة من العقود أو تشكيل من العقود (complexes de contrats) ، و بمفهوم آخر عقود مختلفة تتنافس بخصوص عملية إقتصادية واحدة تبرم بين طرفان، وتستوجب تدخل طرف أو عدة أطراف من الغير في إبرام الاتفاق الرئيسي. ويبرم كل عقد من هذه العقود المختلفة تحت شرط قيام العقود الأخرى أو عدد منها فقط. وتوجد هذه الصورة من الإتفاقات عادة في العقود المبرمة في المجال التقني والصناعي، مثالها الصناعي المختص في صناعة قطع فلاذية معينة، والذي يبرم مع مورد للمواد الأولية، عقد تموين على شرط أن ينجح الصناعي في الفوز بعقد بيع هذه القطع الفلاذية لمشتري معين بعد تصنيعها. ونفس المثال نجده في الإتفاقات المالية، عندما يرغب شخص في شراء عقار أو منقول ، ويربط إرادة الشراء بحصوله على قرض من البنك.

¹ -J.M.Mousseron : -op-cit page 103 : « ...les parties peuvent avoir voulu désarticuler l'accord comme elles ont désarticulé la négociation . chaque accord aura son indépendance , l'échec des pour pales sur certains points ne compromettra pas l'efficacité des accords intervenus sur d'autres points qui constitueront des contrats partiels...les parties peuvent préférer la formule selon laquelle la négociation concerne un seul contrat. La négociation échoue sur certains points, réussit sur d'autres . Le contrat étant envisagé comme tout ... ».

الفرع الثالث : إنفراج المفاوضة

(Le dénouement de la négociation)

لكل مفاوض ما قبل تعاقدية، بداية ونهاية، فمهما كان موضوعها سواء تعلق الأمر بإنشاء علاقة أولية، أو تعديل مقتضيات عقد من العقود، أو تمديد علاقة عمل، فكلمة إنفراج توحى في هذا الإطار بأن المرحلة التفاوضية توشك على الانتهاء.

والمعروف أن كل مفاوضة قبل تعاقدية تنتهي بإحدى الصيغيتين التاليتين:

- **الإحتمال الأول:** وهو إحتمال سيء يضيفي إلى فشل المفاوضة، بعدما تكبدت الأطراف عناء النقاش الطويل والمستفيض، ولكن مساعي هؤلاء تواجت في زمن معين من المفاوضة عدم إنفاق حول نقطة أو نقاط معينة يؤدي إلى توقفها، وبالتالي تتخلى الأطراف عن فكرة إبرام العقد النهائي.

- **الإحتمال الثاني:** وهو إحتمال جيد، يضيفي عادة إلى توصل الأطراف المتفاوضة إلى إنفاق، فتنشأ بينهم روابط عقدية، فنشهد ميلاد ما يسمى في القواعد العامة بـ"التراضي" الذي يسمح في أنواع العقود الرضائية إلى نشوء العقد المتفاوض من أجله.

أ- فشل المفاوضة ما قبل التعاقدية : (L'échec de la négociation)

من المعروف أن فشل أية مفاوضة قبل تعاقدية، يمكن أن يعود إلى أسباب عديدة ومختلفة، كما أن الفشل في هذا الإطار ينتج آثارا مختلفة .

1- أسباب فشل المفاوضة : (Les causes de l'échec de la négociation)

ينفق الشراح أن الأسباب الرئيسية التي تؤدي إلى فشل المفاوضة ما قبل التعاقدية، تأخذ عموما إحدى صورتان، فإما أن يكون السبب راجع إلى طول مدة التفاوض دون تسجيل أدنى تقدم فيه، أو أن يواجه التفاوض إجهاضا عنيفا إن صح التعبير.

أ- طول أمد التفاوض العقيم: (L'enlisement de la négociation)

التفاوض الطويل والعقيم ينتج عادة بعدما يفقد المتفاوضون الرغبة في مواصلة النقاش والتواصل، فنقل لقاءاتهم، وتراجع إرادتهم في العمل التفاوضي، ويفقد كل طرف الإيمان بالتوصل يوما ما إلى الاتفاق المرجو أي العقد النهائي، فتتوقف المفاوضات، وتزول كل آثار المجهودات التي بذلها الطرفان عند إطلاق المفاوضة.

ب- إجهاض التفاوض : (l'avortement de la négociation)

يمكن أن تفشل المفاوضات ما قبل التعاقدية بسبب إنقطاعها. وقد عرفت هذه الحالة بروز إجهادات قضائية كثيرة خلال العشرين سنة الماضية، تطرقت في مجملها إلى محاولة تحليل فكرة القطع التعسفي للمفاوضات، فعلى الرغم من أن الأطراف حرة في قطع المفاوضات في أية مرحلة كانت عليها، فإن الفقه يجمع على قيام المسؤولية التقصيرية على كاهل المتفاوض الذي يرفض تنفيذ إلتزام تعاقدي بالتفاوض¹.

2- آثار فشل المفاوضات: (Les effets de l'échec de la négociation)

من العادة أن لا تحدث واقعة فشل المفاوضات ما قبل التعاقدية، أية آثار تستوجب التعويض، مثل قيام مسؤولية التعويض على كاهل أحد الأطراف مثلا. ويفيد مصطلح الفشل في هذا المقام توقف التواصل المباشر وغير المباشر بين الأطراف المتفاوضة، وإنقطاع كل علاقة كانت تربطها قبل واقعة الفشل.

غير أن مرحلة التفاوض ورغم تسجيل فشلها، فإنها تنتج عادة بعض الواجبات يبقى على الأطراف تنفيذها، مثال ذلك واجب حفظ سرية بعض المعلومات أو المعطيات الخاصة بموضوع التعاقد والتي تم التطرق إليها والإفصاح عنها خلال المفاوضات².

نجاح المفاوضات ما قبل التعاقد (Le succès de la négociation)

غالبا ما تنتهي المفاوضات بالنمط الذي يبتغيه الأطراف، ألا وهو نجاحها. ونجاح المفاوضات يعني دخول الطرفين مرحلة جديدة، هي مرحلة إبرام العقد النهائي. ومرحلة نجاح المفاوضات تتضمن عاملين أساسيين - الأول دائم وهو العامل الرضائي، أما العامل الثاني فهو عرضي يأخذ طابع الشكلية أو العينية³.

¹- د: نادر أبو شيخة: "أصول التفاوض" - دار المسيرة- طبعة 2010، صفحة 49- عمان - الأردن.

²-D- MAZEAU- mystères et paradoxes de la période précontractuelles » -op -cit -page 377.

³-د: يونس علي - المرجع السابق - صفحة 113.

كذلك : د: ذكرى محمد- المرجع السابق - صفحة 166.

1- العامل الدائم: (L'élément permanent)

فكرة التراضي أو الرضائية بعد نجاح أية مفاوضة ما قبل تعاقدية، هي مسألة معقدة، فالرضا المستوجب في هذا الصدد لدى الأطراف، لا بد أن يكون رضا صحيح ومقبول، يهدف إلى تحقيق محل مقبول إستنادا إلى سبب مقبول ومشروع¹.

أ- الرضا : (les consentement)

يعتبر عنصر الرضا في المجال التعاقدي من المسائل الأساسية والجوهرية لإنعقاد العقود، ورضا الأطراف المتفاوضة الذي يشكل إرادتهما في إتمام المشروع الاقتصادي المنتظر يعتبر مستوجبا وأساسا، كما يمثل الصورة المبدئية لفكرة حرية الإرادة.

وعملا بالقواعد العامة، فإن أي تعبير عن الإرادة لا بد أن يصدر من شخص أهل لذلك (المادة 78 م ج)، و أن لا تكون هذه الإرادة مصابة بأي عيب من العيوب مثل الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال (المواد من 81 إلى 89 م ج). فنجاح المفاوضة ما قبل التعاقدية لا يمكن إعتبره هدفا في حد ذاته، إذا لم يترجم هذا النجاح على صورة توافق إرادتي الأطراف المتفاوضة في صورته القانونية الصحيحة والرامية إلى إحداث الأثر القانوني الذي كانت الأطراف تبتغيه بعد إنطلاق المفاوضات².

ب- المحل : (l'objet)

لقد إعتبر المشرع الجزائري المحل ركن من أركان إنعقاد العقد أسوة بالتشريعات الحديثة، وخصص له المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني الصادر سنة 1975 المعدل والمتمم. والواضح في هذا الصدد أن التشريع الجزائري وفي صياغته للمواد المتعلقة بالمحل، قد أخلط بين محل العقد ومحل الإلتزام³. والمعروف أن محل العقد هو الأثر القانوني الذي يبتغي الأطراف أحداثه من التعاقد مثل البيع والهبة والإيجار والشركة

¹ -J.M. Mousseron : op – cit- page 111. « ...l'élément consensuel requis en toutes circonstances ; il consiste en un consentement valable sur un objet valable selon une cause valable ... » .

² -د:محمد صبري السعدي - المرجع السابق- صفحة 80.

كذلك : د: محمد حسنين - المرجع السابق - صفحة 24.

د: بلحاج العربي - " نظرية العقد" المرجع السابق - صفحة 94.

³ -د: علي علي سليمان- المرجع السابق- صفحة 10.

إلخ ، أما محل الإلتزام فهو قيام المدين فيه بعمل، أو الامتناع عن أداء عمل أو منح شيء، وبذلك فمحل العقد ليس هو محل الإلتزام، لأن العقد ينتج إلتزامات، أما الإلتزام فينتج أداءات (prestations).

ج- السبب: (La cause)

ينص القانون المدني الجزائري في المادة 97 منه على ما يلي : " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب، كان العقد باطلا " (المواد 1108 و 1131 م فرنسي)، فنجاح المفاوضة ما قبل التعاقدية يفيد التمهيد لقيام العقد النهائي المتوخى من هذه المفاوضة، وهذا العقد ولكي يكون صحيحا لا بد أن يخضع بالضرورة لتوافر عنصر السبب كركن من أركان الانعقاد. كما يجب أن يكون هذا السبب مشروعاً. ودون الخوض في فقه السبب لأنها ليست في مجال هذه الدراسة، فإن الواضح أن القضاء(خاصة الإداري منه) بات يأخذ بعين الإعتبار- عند خوضه في النزاعات المطروحة عليه حول سبب العقد- بفكرة الهدف من العقد (le but de contrat) ، أي الباعث أو الدافع الذي أدى إلى إبرام الإلتفاق، و اتجه نحو إبطال العقود التي يكون الباعث الدافع إلى إنعقادها غير مشروع. لذلك فإن نجاح المفاوضة ما قبل التعاقدية لا يؤدي إلى إبرام العقد محل المفاوضة إذا كان السبب الحقيقي والبعيد له غير مشروع¹.

2- العامل الإضافي: (l'élément supplémentaire)

إضافة إلى عنصر الرضا الذي يكون مستوجب دائماً في صحة تكوين الإلتفاقات فإن عنصر الشكالية، في العقود الشكالية يكون عنصراً لازماً لصحتها، كما أن واقع التسليم في العقود العينية هو أمر هام وضروري تستوجبه التشريعات لصحتها².

أ- المتطلبات الإضافية في العقود الشكالية :

¹-: محمد وجيه شحادة- المرجع السابق- صفحة 182 .

كذلك : د: خليل أحمد حسن قدارة- المرجع السابق- صفحة 73 .

² - J.M Mousseron : op -cit page 132 : « ...autre le consentement toujours requis, les contrats solennels exigent pour leur validité la réalisation de formalités , les contrats réels exigent la réalisation d'une tradition ... » .

أن الشكلية (ad solemnitatem) تجد مصدرها في القانون في غالبية الأحيان، وتأخذ الشكلية صورة الكتابة في العقود، فتارة يكون العقد العرفي كافيا لإبرام بعض العقود، في حين تستوجب القوانين العقود الموثقة عند إبرام الإتفاقات مثل الهبة و بيع العقار وغيرهما. ويمكن أن تجد الشكلية مصدرا لها في الجانب الإتفاقي، كأن يتفق الطرفان على إعتبارها ركن إضافي لصحة الاتفاق.

ب- المتطلبات الإضافية في العقود العينية :

لقد تعالت الأصوات لدى بعض الفقه مع نهاية القرن الماضي، على وجوب إلغاء النظام القانوني للعقود العينية، إلا أن جانبا من الفقه المدني الحديث خاصة في فرنسا، عارض فكرة الإلغاء معتبرا أن العقود العينية كانت ولا زالت تنتمي إلى منظومة القانون الوضعي الفرنسي، و أن أهميتها الاقتصادية تتعاظم يوما بعد يوم .

فالعقد الوديعة مثلا (le dépôt) المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري في المواد من 590 إلى 601، والذي كان يعتبر من أهم العقود العينية منذ القانون الروماني والقانون المدني الفرنسي القديم، يتصدر اليوم الكثير من الصفقات الاقتصادية والمالية منها مثلا عقود العرض والإيداع وحراسة المنقولات والتخزين، وعقود إيداع الأموال والسندات في البنوك.

وخلاصة القول في هذا الصدد، أنه وبعد تشكل رضا صحيح لدى الأطراف المتفاوضة حول محل صحيح ومشروع، عملا بسبب غير مخالف للنظام العام والآداب، و إلحاق الإتفاق بالشكلية أو العينية المتفق بصدها، فإنه يمكن الجزم في هذه الحالة أن مرحلة التفاوض قد إنتهت، و أن العقد محل التعاقد قد أبرم¹.

من المتفق عليه فقها وقانونا أن العقد يتم بتبادل الطرفين إرادتهما المتطابقتين، وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني² .

¹ - J.M Mousseron ; op-cit -page 133 «...la commission de réforme du code civil avait souhaité l'élimination des contrats réels, et de nouveaux esprits ont vu dans ces dispositifs , des cicatrices de notre passé juridique. Peu important l'origine et la cicatrice de l'institution , elle appartient toujours a notre droit positif et s'exprime dans des accords dont la fréquence et l'importance économique vont croissant ... »

² - المادة 59 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وبتعبير آخر أن العقد لا يتم ولا يخرج إلى الحيز القانوني، فلا إذا تطابق الإيجاب والقبول، أي أن يكون التعبيران عن إرادتي الإيجاب والقبول متطابقتين. وفي هذا الإطار بادر المشرع الجزائري إلى التفريق بين إحتمالين إثنين، وهما أن يكون المتعاقدان حاضرين، سواء حضورا ماديا أو حكما، وقد أطلق التقنين المدني الجزائري على الإحتمال تسمية "مجلس العقد" والذي إستلهمته من أحكام الشرع الإسلامي الحنيف، و قد إشتراط فيه إقتران القبول بالإيجاب فورا قبل مغادرة الأطراف لهذا المجلس¹. أما الإحتمال الثاني، أن يكون طرفي التعاقد غير موجودين في مجلس واحد، بل يكونان بعيدين عن بعضهما، ويلجأ إلى طريقة التعاقد بالمراسلة (contrat par correspondance)، وهذا ما يسميه الفقه المدني بالتعاقد بين غائبين (contrat entre absents)، وفيه لا أثر قانوني للإرادة المعبر عنها، إلا بعد وصوله إلى علم من وجه إليه. ويعتبر وصول التعبير إلى المتعاقد قرينة على العلم به، حتى يتم إثبات العكس، وهذا ما أكدته المادة 61 من القانون المدني الجزائري².

ولما كانت غالبية العقود مرحلة تفاوضية، خاصة منها العقود الكبرى أو ذات المضمون الاقتصادي الهام، فمن الممكن أن تجري هذه المفاوضات بتواجد أطرافها بصورة مادية أو حكمية في مجلس واحد، هو مجلس المفاوضات، فيتداول المتفاوضون فيه ويتناقشون ويقدمون عروضاً وعروضاً مناقضة، ويبدون التحفظات، ويقدمون الإقتراحات، وذلك بطريقة مباشرة ومادية، يطلع من خلالها المتفاوضون على الآراء والمواقف والتحفظات حول مضمون العقد المزمع إنعقاده في المستقبل، وذلك بصورة سريعة لا تتطلب في غالب الأحيان الدقائق أو الساعات. وهذه الطريقة هي في الغالب السبيل الوحيد الذي يحبزه الأطراف في التعاقدات التي تكمن أهميتها الاقتصادية في سرعة إبرامها، فيحقق المتفاوضون المبتغى وهو إبرام العقد المنشود، بعد مفاوضات

¹ - المادة 64 م ج تنص على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر...".

² - المادة 67 م ج تنص على أنه: "لا يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك...".

مباشرة وسريعة تجمع الأطراف وجها لوجه، تحقيقا لمصالح اقتصادية ترتبط عادة بسرعة التداولات في الأسواق مثلا.

غير أنه وبفعل التطور التكنولوجي السريع الذي عرفه قطاع الإتصالات مع بداية القرن الحالي وبرز وسائل حديثة للتواصل بين الأفراد والجماعات فقد أصبح يحدث كثيرا، إن لم نقل في غالب الأحيان أن تتم المفاوضات ما قبل التعاقدية بين غائبين، أي بين طرفين أو أكثر لا يجمعهم مجلس مفاوضة واحد. وقد إتجهت المفاوضات ما قبل التعاقدية الحديثة البسيطة منها أو المعقدة، الطويلة منها أو السريعة الى إختيار السبل التكنولوجية والوسائط المرئية والسمعية الإليكترونية الحديثة، و على رأسها "الأنترنيت" (internet)، إلى استغلال هذه الوسائط، لما تضمنه من سرعة وسرية ونجاعة وإقتصادية¹.

ولذلك باتت الأطراف التفاوضية تلجأ إلى الإعداد المسبق والتمهيدي لإبرام بعض العقود التي تتسم بالتعقيد، كالعقود المركبة، أو ذات المضمون الإقتصادي أو المالي أو التجاري الكبير، أو بعض العقود التي تستمر المفاوضات فيها أزمنة طويلة، و كذلك العقود الإليكترونية، إلى الوسائط الحديثة لإتمام عمليات التفاوض، فتتبادل الأطراف التفاوضية الغائبة عن مجلس المفاوضة الإقتراحات والمعلومات والمواقف والملاحظات والبيانات ، ليس في المجلس التقليدي، بل في مجلس غير حقيقي، إفتراضي مرئي وسمعي عن طريق الأنترنيت، سمي في الفقه الحديث بالتفاوض الإليكتروني².

ولما كان من الواضح في الفصل الثالث الذي خضنا فيه مراحل و أحكام التفاوض العقدي، أننا تناولنا وبطريقة مسهبة عملية التفاوض ما قبل التعاقد من خلال مجلس التفاوض، فإننا سنسلط الضوء في هذا المبحث على التفاوض الإليكتروني ما قبل التعاقد، ونحاول إبراز الاختلافات و الآثار القانونية المحتملة التي تتمخض عن

¹-د:بلحاج العربي:"مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، صفحة 31.

²-د: النصارى النيداني:"القاضي والوسائل الإليكترونية الحديثة" دار الجامعة الجديدة- طبعة 2009، صفحة 32. كذلك د: اسامة مجاهد"خصوصية التعاقد عبر الأنترنيت" مؤتمر القانون والأنترنيت- جامعة العين- الإمارات العربية المتحدة- ماي 2000- صفحة 144.

عمليات التفاوض المباشر، أي من خلال مجلس المفاوضة، تلك التي تتم عن طريق
الوسائط الحديثة للتواصل بهدف إبرام العقد الإلكتروني.

المبحث الأول : مفهوم المفاوضة الإلكترونية و إشكالياتها

La négociation électronique et ses problématiques

المطلب الأول :مضمون المفاوضة الإلكترونية

التفاوض الإلكتروني معناه أن تخوض الأطراف المناقشات وطرح الآراء، و إبداء الملاحظات والردود وكشف المواقف، وتقديم المعلومات والبيانات، و إبداء التحفظات ليس في مجلس المفاوضة المعروف، ولكن من خلال لقاء أو لقاءات إفتراضية عبر الوسيط الإلكتروني وهو شبكة الأنترنت، وذلك بهدف التوصل إلى إبرام العقد الإلكتروني في المستقبل.

وتتجلى أهمية المفاوضة الإلكترونية ما قبل التعاقدية عبر العديد من النقاط منها كون الوسيط الإلكتروني وسيلة حديثة لتقريب وجهات النظر و تذليل العقبات، وتخفيف وطأة المواقف الثابتة بين الأطراف المتحاوره، كما أن المفاوضة الإلكترونية تعتبر السبيل الأنجع الذي يضمن للمتفاوض أكبر قدر من المعطيات والبيانات، فيوضح أمامه ظروف التعاقد، ويسمح له بالاطلاع على كامل ما له علاقة سواء من قريب أو من بعيد من مضمون العقد المزمع إنعقاده في المستقبل، وهذا ما يضمن مصالح المتفاوض، ويضع كل فرص إبرام صفقة رابحة من جانبه.

ويضيف الفقه الحديث إلى مزايا التفاوض الأليكتروني، كونه وسيلة وقائية تجعل أطراف المفاوضة يجتنبون ما عساه أن ينشأ من خلافات أو نزاعات أو مواقف معارضة من شأنها أن تحدث في المستقبل أو على الأقل التقليل من حدتها، فتتزايد إذن فرص إبرام العقد الإلكتروني المنشود¹.

ولما كان التفاوض الإلكتروني هو الوسيلة الأكثر حداثة ونجاعة وإقتصادا وسرعة وسرية في إبرام العقود الإلكترونية، فلقد شهدت الساحة الإقتصادية في مختلف دول

¹ د:بلحاج العربي- المرجع السابق- صفحة 197 - يقول: "... و من أهم خصائص ومميزات العقد الإلكتروني، غياب العلاقة المباشرة بين أطراف العقد- إستعمال الوسائط الإلكترونية لإبرامه- السرعة الفائقة في إنجازه، وعلى هذا الأساس يتصف العقد الإلكتروني بالطابع التجاري الدولي (commerce électronique) لأنه غالبا ما يتم عبر الشبكة العالمية الإلكترونية على الخط (on line)....".

العالم لجوءاً، بل تهافت منقطع النظير للأطراف المتفاوضة إلى خوض هذه التجربة. فقد أجمعت المواقف أن التفاوض الإلكتروني هو الوسيلة الأكثر نجاعة لإبرام العقد الإلكتروني إذ يتم هذا الأخير عن بعد، وتتقارب الأطراف المتفاوضة بصورة إفتراضية رغم طول المسافات والتباعد الجغرافي بينها عند التفاوض والنقاش و إبداء الآراء. فيتبادل المتفاوضون المعلومات والمعطيات الخاصة بهم، إضافة إلى مضمون العقد المتفاوض من أجله و ضمانات تنفيذه عن طريق البيانات الإلكترونية تدريجياً، إلى ان يتوصلوا إلى صياغة تفصيلية للإيجاب المكون للجوانب المختلفة للعقد المزمع إبرامه في المستقبل¹، ولا تستثنى من ذلك إلا العقود الإلكترونية التي يتم إبرامها في إطار العقود النموذجية والنمطية الإلكترونية، ومن أمثلة ذلك اللجوء إلى التعاقد عن طريق برامج خاصة على مواقع إلكترونية محددة عملاً بشروط محددة لا مجال فيها للمفاوضة والمناقشة، والتي تأخذ صورة عقود الإذعان (contrat d'adhésions)².

و على الرغم من أن الفقه الحديث يتفق على أنه لا توجد في الحقيقة إختلافات هامة في العناصر الجوهرية لمرحلة التفاوض ما قبل التعاقد بين المفاوضة الإلكترونية والمفاوضة عن طريق مجلس يجمع الأطراف، إلا أن مجرد إستعمال وسيط إلكتروني في عملية التفاوض، دون التفاوض المباشر يولد إختلافاً من حيث الآثار القانونية التي تنتج عن العملية التفاوضية³. وبذلك يتميز التفاوض الإلكتروني بالعناصر التالية :

الفرع الأول : كشف وتحديد الإحتياجات العقدية بجلاء

كشف وتحديد الإحتياجات العقدية من الأطراف خلال المرحلة التفاوضية أمر أساسي وجوهري في تعبيد الطريق نحو العقد المنتظر سواء في المفاوضة المباشرة أو من

¹-د: محمد النجيمي: " حكم إبرام العقود عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة- الرياض، العدد 60 ، صفحة 62.

كذلك : PH- Le Tourneau: " contrats informatiques et électroniques" édition DALLOZ, 4eme ed- 2006 page 29.

²-د:رامي علوان: "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت" مجلة الحقوق ، جامعة الكويت- 2002، العدد4 ، صفحة 229.

³-أ: امانج احمد: " التراضي في العقود افليكترونية عبر شبكة الانترنت" ، دار وائل - طبعة 2006 - صفحة 25- عمان - الأردن.

خلال الوسائط الحديثة، ففي التفاوض الإلكتروني يبقى كل طرف ملزم برصد أهدافه وكشف رغباته وتوضيح مواقفه من وراء التعاقد المزمع إتمامه، سواء بتحديداتها بنفسه، أو بالإستعانة بأهل الخبرة والفن، خاصة حينما يكون موضوع العقد محل التفاوض مرتبط بمجال المعلومات وتقديم الخدمات، حيث يتم تحديد إحتياجات المتفاوض من أدوات وأجهزة وبرامج ومعلومات عامة أو خاصة تلبي حاجياته ورغباته التعاقدية.

وقد سار الفقه الحديث على تسمية هذا العنصر بـ"دراسة الجدوي" (étude de faisabilité)¹

الفرع الثاني: حصر الشروط العامة للتعاقد

على غرار كشف المتفاوض لإحتياجاته العقدية السابقة، فإنه من المستوجب في العنصر الثاني أن يلجأ المتفاوض إلى توضيح وتعيين شروط التعاقد التي يوافق عليها لإتمام العملية التعاقدية، وتأخذ هذه الشروط عدة صور من الاشتراطات العامة (les conditions générales) والخطوط العريضة للعقد (les grands axes) المراد إبرامه، والتي تأخذ شكل قائمة إشتراطات أو دفتر لشروط العقد (cahier de charges contractuelles). ويهدف عنصر تحديد الشروط العامة للتعاقد إلى تمكين كل طرف في المفاوضة من إستيعاب وفهم نطاق التعاقد ومضمونه وشروطه، والإلتزامات الناتجة عنه، والمسؤوليات المحتملة في حالة الإخلال بها، إضافة إلى تجنب كل نزاع أو خلاف محتمل قد يطرأ بين الأطراف خلال مرحلة التفاوض العقدي، حينما يقرران إتمام العقد في صيغته النهائية.

الفرع الثالث: إختيار الوسيط الإلكتروني للمفاوضة

لا بد على المتفاوض إلكترونيا أن يختار الوسيط الإلكتروني المقدم للخدمة الذي سيساعده على إنجاز عمليات توصيل البيان الإلكتروني، والذي من مجموع كلماته ومصطلحاته الاللكترونية يشكل ما يسمى بـ النسيج التفاوضي ومعطياته وبنوده وشروطه. فالتعبير الإلكتروني عن أهداف ورغبات كل متفاوض لابد أن يكون واضحا وسريعا

¹ -PHILIPPE Le Tourneau : "droit de la responsabilité et des contrats - édition DALLOZ-8eme ed 2010- page 1289 France .

وخاليا من الأخطاء، ويكون من واجب الوسيط مقدم الخدمة من جهة أخرى الحرص على أداء خدمة عالية الجودة يكون هدفها تقليص الصعوبات وتذليل أثر الإشكالات الفنية والتكنولوجية التي من المحتمل أن يواجهها المتفاوض الإلكتروني¹.

التفرقة بين التفاوض الإلكتروني وخطاب النوايا الإلكترونية:

(La négociation électronique et lettre d'intentions électroniques)

يرى الفقه الحديث أنه لا إختلاف بين المصطلحين، فكلاهما يشكل واقعة مادية وقانونية تحدث خلال مرحلة التفاوض، وقبل إبرام العقد النهائي، وتجري الأمور في هذا الصدد أن يلجأ كل متفاوض إلى استخدام المعطيات والمعلومات والبيانات الإلكترونية عند تبادل الآراء والإقتراحات والمواقف والآراء التي تشكل في مجموعها المحاور والمسائل الرئيسية والأساسية للتفاوض، ثم التعاقد النهائي وهذا بقصد واحد هو التوصل إلى إتفاق نهائي يحقق المصلحة الإقتصادية لكل طرف تقاديا لأي نزاع قد يقع بين الأطراف المتفاوضة².

و إذا كان خطاب النوايا العادية لا يكون إلا مكتوبا على عكس العملية التفاوضية التي تكون في الغالب شفوية، فإن وجه الخلاف السالف الذكر غير قائم بشأن التفاوض الإلكتروني و إبداء "النوايا الإلكترونية"، فكلاهما يعبر عنه عبر الكتابة الإلكترونية في شكل معلومات ومعطيات وبيانات ترسل عن طريق شبكة الأنترنت تدعى بـ"البيانات الإلكترونية"(données informatiques).

غير أن رأى آخر من الفقه اجتهد على إيجاد الفرق الموضوعي بين واقعة التفاوض الإلكتروني و خطاب النوايا الإلكترونية، موضحا بأن خطاب النوايا له مفهوم أوسع ليشمل كل من مرحلة الدعوة للتعاقد، و أثناء التفاوض العقدي بتسجيل ما تم الإتفاق عليه من إلتزامات، كما هي وسيلة للتعبير عن عقد نهائي، تم إبرامه بصورة

¹ - د: احمد عبد التواب محمد بهجت: "إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي - دار النهضة العربية، طبعة 2009 - صفحة 68 - القاهرة.

² - د: بلحاج العربي : المرجع السابق - صفحة 102، وما بعدها .

J.M Mousserons: op -cit - page 137

-R- Baillod : les lettres d'intention"- R-T-D commercial edition 1992 - page 947 - Paris

-J.P.Vertel : "les lettres d'entention" , Revue Banque- ed 1986 - page 895- Paris

- كذلك :

تفصيلية، ولكنها معلقة على شرط هو التوصل إلى إتفاق نهائي . وهو ما يطلق عليه العيد من التسميات كإتفاقات الأساس (les accords de base)، وإتفاقات الأساسية وخطاب الثقة (la lettre de bonne foie)، وخطاب التفاهم (la lettre d'accords)، وخطاب التأكيد (la lettre de confirmation).

أما التفاوض الإلكتروني، فغالبا ما يكون قاصرا على مرحلة ما قبل التعاقد النهائي، سواء بالدعوى إلى التعاقد، أو بالدخول في الحوارات والمناقشات العقدية، أو بالتفاوض ذاته بعد أن يتبادل المتفاوضون الإقتراحات والأداء والمواقف والملاحظات المختلفة بشأن عناصر التعاقد ونطاقه¹.

المطلب الثاني : أطراف المفاوضة الإلكترونية (les parties de la négociation électronique)

بعد ما تم عرض المفهوم أو المقصود من التفاوض الإلكتروني في المطلب الأول، نتطرق في المطلب الثاني إلى الأطراف المشاركة في المفاوضة الإلكترونية. ويكشف الشراح وجود إختلاف وتعارض بين الفقه والتشريع حول التسمية التي يمكن منحها للمتفاوض الأول بكلمة "المنشئ" للعملية التفاوضية (le créateur de la négociation)، أي مرسل الرسالة أو البيان الإلكتروني إلى الطرف الآخر. أما الطرف الآخر في المفاوضة فتطلق عليه تسمية "المرسل إليه" (le destinataire électronique) وهو الشخص الذي يتسلم العرض أو الرسالة الإلكترونية قبل تخزينها لديه، كما يعتبر الطرف الذي قصده المنشئ في تسلم الرسالة أو البيان الإلكتروني دون غيره². وقد يتم التفاوض الإلكتروني بواسطة طرف من الغير، يخلف المنشئ أو المرسل إليه في عملية التفاوض وهو النائب الإلكتروني، أو ما يطلق عليه بـ"الوسيط الإلكتروني" (la représentation électronique)³.

¹ P. Le Tourneau. op -cit -page 1319.

² -د:أحمد عبد التواب محمد بهجت- المرجع السابق- صفحة 69 وما بعدها .

³ -D.Rondeau: 'l'impact de l'erreur deans les cpntrats de vente passé sur internet' G.P.N-20-ed-2003 page 25.

وتستعين المفاوضة الإلكترونية قبل التعاقدية من ميكانيزمات النيابة في التعاقد المنصوص عليها في المواد من 73 إلى 76 من القانون المدني الجزائري وتخضع لأحكامها، وبالتالي يعرف الوسيط الإلكتروني بأنه الشخص الذي يقوم بإنشاء المفاوضة وضمان تواصلها باسم من ينيبه ولحساب الأصيل الإلكتروني، قبل تسلمها أو تخزينها من طرف المرسل إليه، أي أن الوسيط الإلكتروني هو الذي يرسل في إطار عقد الإنابة، الرسالة الإلكترونية التفاوضية بالنيابة عن المنشئ الأصيل، سواء بإنشاء الرسالة أو إرسالها، قبل أن يسلمها المرسل إليه أو أن يخزنها¹.

ويجمع الفقه أن الإنابة جائزة بكافة صورها عبر الوسيط الإلكتروني، وتسمى بالمفاوضة الإلكترونية بالنيابة (la négociation par représentation électronique). ومثالها الوكيل الذي يطرح فرصا للتفاوض حول موضوع معين بإسم الأصيل الغائب عبر شبكة الأنترنت. غير أن جزء آخر من الفقه شكك في جواز إمكانية إجراء ما قبل المفاوضة التعاقدية عن طريق الوكالة الإلكترونية (le mandat électronique)، وطرح بالمناسبة إشكال إمكانية أن يكون طرفي التفاوض الإلكتروني أو كلاهما "وكيل إلكتروني" لا بشري يمكنه إدارة العملية التفاوضية على شبكة الأنترنت وبحرية ليس بنفسه، ولكن عن طريق هذا الوكيل الآلي².

والفرضية المقصودة هنا ليست حينما يخوض الطرف الأول المفاوضة الإلكترونية بنفسه، أو حتى عن طريق غيره كشخص طبيعي أو اعتباري، لكن المقصود في هذا الإطار الحالة التي يدخل المفاوض برنامج على جهاز الحاسب الآلي المتصل بشبكة الأنترنت، أو يخله على موقعه على هذه الشبكة، والذي بموجبه يصدر الإيجاب أو القبول للتفاوض من هذا البرنامج للتفاوض الآلي، أو ما يسمى بـ "الوكيل الإلكتروني" وفقا لتفاصيل معلومات التفاوض وشروطه، والتي يدخلها المتفاوض الأصلي بالبرنامج الخاص، بالتفاوض الآلي أو بنظام الوكيل الإلكتروني. و مؤدي ذلك إختفاء العنصر البشري لأحد المتفاوضين أو لكلاهما، حين يتم التفاوض وفقا لبرنامج يحتوي على جملة من المعلومات

¹-أنظر المواد من 73 إلى 76 من القانون المدني الجزائري.

²-Nicolas Tortelo: "internet pour les juristes" ed DALLOZ -1996- âge 140.

والبيانات الخاصة بالعملية التفاوضية دون تدخل بشري وقت تمام هذه العملية، سواء كان التفاوض بين متفاوض بشري عبر الأنترنت مع جهاز للتفاوض الآلي على نفس الموقع بالوكالة عن صاحبه المتفاوض الأصلي ، أو حتى كان التفاوض الإلكتروني بين برنامجين للتفاوض الآلي على موقع للأنترنت، يمثل كل برنامج منها متفاوضا بالوكالة الإلكترونية عن كلاهما.

وتتم المفاوضة عن طريق الوكيل الإلكتروني وفقا للمراحل التالية:

1- بإعداد أحد المتفاوضين أو كلاهما برنامجا آليا للتفاوض الإلكتروني، يعمل تلقائيا دون تدخل بشري، وفقا لبرمجة معينة بمعلومات التفاوض وتفاصيله.

2- بوضع هذا البرنامج على جهاز الحاسب الآلي للمتفاوض والمتصل بشبكة الأنترنت، أو بوضع هذا البرنامج للتفاوض التلقائي مباشرة على موقع المتفاوض على شبكة الأنترنت.

3- حين يدخل الراغب في التفويض على العنوان الإلكتروني للمتفاوض الأول، أو على موقعه الإلكتروني، والمزود ببرنامج التفاوض الآلي أو الوكيل الإلكتروني حيث يقوم البرنامج الإلكتروني السالف، ودون تدخل بشري مباشر وحال من المتفاوض السابق بإتمام العملية التفاوضية مع الطرف الآخر، وفقا لهذا البرنامج ومعطياته ومعلوماته التفاوضية¹.

طرق التحقق من هوية و اهلية المتفاوض الإلكتروني :

بفعل أن المفاوضة الإلكترونية، تتم مثلما سبق توضيحه- في مجلس إفتراضي غير حقيقي بين أطراف متباعدة الأمكنة من الناحية الجغرافية- فلا يتسنى لأطراف المفاوضة التحقق من معطيات أساسية وجوهرية تخص المتفاوض سواء تعلق الأمر بهويته الحقيقية أو ببساره المالي أو حتى أهليته القانونية في إبرام التصرفات الإلكترونية محل التفاوض. وقد تصعب أيضا عملية معرفة ما إذا كان المتفاوض عبر الأنترنت يجري التفاوض

¹-د: أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، صفحة 82.

كذلك :د: عادل أبو هشيمة:"عقود خدمة المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص"، دار النهضة العربية، طبعة 2004، صفحة 163، القاهرة.

باسمه الخاص، أو بصفته وكيلًا عن طرف آخر، بل هل تتم العملية التفاوضية عبر موقع حقيقي أم موقع وهمي لا وجود له في الواقع على شبكة الأنترنت.

ولتفادي المفاجأة غير السارة في مجال المفاوضة الإلكترونية ما قبل التعاقدية والتي من الممكن أن تؤثر على صحة العقد المتفاوض من أجله الذي قد يقع باطلا لعدم أهلية المتفاوض أو لعدم وجوده أصلاً مثلاً، كان من الضروري اللجوء لأحد الوسائل المعمول بها إلكترونياً للتحقق والتحقق في وجود المتفاوض وصفته الحقيقية و إرادته الجادة غير المعيبة في إتمام العملية التفاوضية الإلكترونية:

أ- وجوب توافر النص القانوني يلزم المتفاوض الإلكتروني صراحة بذكر بياناته الشخصية الحقيقية والدقيقة، مثل الإسم المدني أو التجاري أو الصناعي أو الخدماتي للمنشأة وموقعها وعنوانها البريدي والإلكتروني الصحيح .

ب- اللجوء إلى نظام التشفير الرقمي و مؤداه إعطاء صورة الكتابة الإلكترونية بشكل لا يمكن قراءته أو فهمه، اللجوء إلا عن طريق شفرة أو مفتاح يمكن به ترجمته للصورة أو الكتابة غير المفهومة إلى الصورة والكتابة المفهومة.

ج- اللجوء إلى وسيط إلكتروني، كطرف ثالث ومحايد، ويكون ذلك بإجراء تبادل الكتابة الإلكترونية المكونة لمضمون التفاوض الإلكتروني من خلال ضمان شخص ثالث، هو الضامن محل الثقة (le certificateur)، والذي يأخذ على عاتقه ضمان نسبة الرسالة الإلكترونية للمفاوضة إلى شخص المتفاوض، والصادر منه سواء كموجب أو كقابل¹.

ويوجد في هذا الصدد نوعين من الضامن الإلكتروني، الأول أن يمنح المتفاوض رقم يوقع به على التفاوض الإلكتروني، يسمى بالتوقيع يدل على هوية المتفاوض الذي يستعمله بضمان من شخص محايد ثالث، وهو الذي يمنحه هذا الرقم على وجه يمكن للمتفاوض الآخر للإستيثاق من أن المتفاوض الأول هو صاحب التوقيع الموقع به على التفاوض عبر شبكة الأنترنت، و أن يسمح له بالحصول على شهادة ورقية معتمدة من

¹-أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، صفحة 83 وما بعدها.

كذلك :د: ابراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مطبوعات جامعة الكويت، طبعة 2003، صفحة 80.

هذا الرقم الإلكتروني هو نفسه المتفاوض معه، محددًا هويته الحقيقية و أهليته القانونية، وكل بيان شخصي آخر يهم المتفاوض¹.

أما النوع الثاني فيتحقق بعد أن يضمن الوسيط الإلكتروني هوية المتفاوض الإلكتروني الذي قدم عرض التفاوض وشارك فيه، وذلك بأن يظهر على الموقع الإلكتروني للتفاوض علامة (un signe distinctif)، تدل على أن كل ما يرد على هذا الموقع -التابع للوسيط- من معلومات، أو بيانات أو أسماء، أو أرقام أو توقيعات صحيحة وموثوقة بها، لذا أطلق على هذا النوع للضمان بـ "علامة الجودة" (le label).

المطلب الثالث: إشكاليات التفاوض الإلكتروني :

(Les problématiques des négociations électroniques)

لقد أثار الفقه المدني الحديث، تساؤلات مبررة وموضوعية عند الخوض في مسائل التفاوض عبر الأنترنت في العقود الإلكترونية، فهذا التفاوض يثير حسب غالبية الفقهاء الكثيرة من الصعوبات والإشكالات القانونية، منها على وجه الخصوص مسألة تحديد زمان ومكان إتمام عملية التفاوض الإلكتروني، إضافة لحيثيات تحديد طبيعة ومعالم المسؤولية المدنية عندما يصيب أحد المتفاوضين ضرر يرتبط بهذه المفاوضات، إلى جانب صعوبة الفصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة إبرام العقد الإلكتروني، من جهة و إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

وقد أثبتت التجارب في مجال التفاوض الإلكتروني لدى الدول الرائدة في مجال المعلوماتية، أن الإشكال الكبير الذي يواجهه المتعاملون الإقتصاديون في هذا النمط من التفاوض حاليا هو ما يسمى بالأمن المعلوماتي وطرق حماية المعطيات والمعلومات والبيانات المتداولة في إطار التفاوض الإلكتروني (la sécurité des informations transmis par internet). فتهديدات التحريف والتزوير والتزييف التقني في إرسال المعلومات خاصة منها المتعلقة بالإيجاب والقبول والتي تترصد هذه العمليات باتت تشكل الهاجس الأول الذي يتخوف منها المتفاوضون إلكترونيا، مما يستوجب التأكد أولا

¹- عبد الفتاح بيومي حجازي: "النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية" دار الفكر الجامعي، طبعة 2002، صفحة 203، الإسكندرية.

من هوية الشخص المتفاوض الإلكتروني و أهليته القانونية، وبذل الجهود اللازمة لحماية ذلك من عمليات سوء الإستخدام أو القرصنة و التجسس¹.

والمعروف أن عملية التفاوض الإلكتروني عن طريق الوسائط المعلوماتية، خاصة منها الأنترنت من حيث الأصل تعتبر بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان. وقد أكد المشرع الجزائري عند إشتراطه لقبول الإثبات الإلكتروني وحجية التوقيع الإلكتروني، ضرورة التأكد من هوية الطرف الذي أصدره، كما ألح التشريع الجزائري على أهمية أن تكون الوسائط الإلكترونية مؤمنة وذلك في المواد 323 مكرر 1 و 3/327 ق م، المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 مستلهما هذه الأحكام من مقتضيات قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 02 لسنة 2002، وكذلك من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (UNISTRAL) المحرر سنة 1996، عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الفقرة 2 من المادة 13.

لقد سمحت أحكام "اليونسترال" للمتعاملين الوطنيين والدوليين في مجال التعاملات الإلكترونية من اللجوء إلى الوسائط الافتراضية لتجسيد التعاملات التجارية والمالية، على أن تكون هذه الوسائل مدعمة بالأمن اللازم، بعيدة عن مخاطر الإختراق المعلوماتي وقرصنة المواقع، والتجسس على أصحابها.

لقد جاء في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو من سنة 2005 ما يلي: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" يتضح من هذه المادة أن القانون الجزائري لا يعترف بحجية التوقيع الإلكتروني، كعامل في الإثبات إلا إذا كان موثقا، وهذا بعد التأكد من هوية الشخص الذي أصدره، و أن تكون الوسائل المعتمد عليها كوسائط مضمونة ومحافظة بالأمان اللازم والضروري.

¹-د: بلحاج العربي، المرجع السابق، صفحة 31 ومابعداها

كذلك : منير وممدوح الجنيهي: "أمن المعلومات الإلكترونية"، دار الفكر الجامعي، طبعة 2005، صفحة 13 وما بعدها ، الإسكندرية.

المبحث الثاني: كتابة العقود الخاصة

L'écriture des contrats spéciaux

إن عملية بناء العقد تتمثل غالبا في مراحلها الأولى، بالإجابة على جملة من التساؤلات يطرحها الأطراف على أنفسهم حول العملية المرجو تحقيقها في المستقبل، فالمهمة الأولى التي يتولاها المتفاوض في مراحل ما قبل التعاقد، هي طرح الحد الأقصى من التساؤلات، تمكنه من تحليل ودراسة وتوضيح معطيات العملية الإقتصادية المرجوة.

إن العملية الفنية التفاوضية (négotium) التي تسمى العقد (le contrat) يمكنها - من الناحية المادية- أن تتخذ صورا مختلفة، فتتأرجح هذه العملية بين الصيغ البسيطة والصيغ المعقدة، فنجد الإتفاق الذي يفتقد في غالب الأحيان إلى تعبير كتابي أو شفوي، كما نجد العقد الشفاهي أو بصيغته الكلامية (oral ou verbal)، كما نجد العقد المعبر عنه بالإشارة (le contrat gestuel). أما العقد المكتوب الذي تعبر فيه إرادات الأطراف بصورة مادية على الورق أو على الوسائط الحديثة، فإنه أداة تنفّذ من خلالها متطلبات الأطراف، ويسمى في القانون اللاتيني بـ (l'instrumentum).

المطلب الأول : الصور المختلفة للكتابة العقدية

يرى الفقه أن الكتابة العقدية هي بمثابة الثوب الذي ترتديه إرادتي الطرفين بعد توافقها النهائي، فيصب الإتفاق في حيز مادي ملموس ومرئي يكون عادة ورقة تتضمن أسماء الأطراف ومضمون الإتفاق وشروطه وبعض المسائل الأخرى الثانوية، تحرر إما امام موظف رسمي أو يكتبها الأطراف بأنفسهم. وتختلف طبيعة الكتابات العقدية ومهامها حسب التشريعات تارة، وحسب إرادة الأطراف تارة أخرى.

ويمكن للكتابة العقدية التي تشير إليها القوانين، أن تتخذ طبيعة مختلفة فهذا الإختلاف في الطبيعة يمكن أن يظهر على صعيدين أساسيين، الجانب القانوني والجانب التقني¹ :

¹ -J.M. Mousseron: op- cit-page 137:"...l'écrit que les textes juridiques évoquent, peut présenter des traits caractéristiques différents du double point de vue juridique et technique...."

- الخصائص القانونية للكتابة العقدية: (le caractéristiques juridique de l'écrit)

إن كلمة "كتابة" "écrit" تحتوي من الناحية القانونية على الأصناف العديدة والمختلفة من الوثائق التي تختلف طرق إنائها أو تحريرها باختلاف المهام المتوخاة منها¹.

1-العقد الرسمي: (l'acte authentique)

لقد عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي، وعلى غرار ما فعله المشرع الفرنسي(المادة 1317م) في المادة 324 م ج على أنه العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطته و إختصاصه². كما تطرقت العديد من مواد القانون المدني إلى أصناف العقود التي إشتراط فيها المشرع عنصر الكتابة مثل المادة 324 فقرة أولى بخصوص العقود الناقلة لملكية العقار، أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية والصناعية إلخ، والمادة 418 م ج التي قررت وجوب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا، والمادة 883 م ج التي تشترط الكتابة عند إنعقاد الرهن.

وقد تضمن القانون المدني الجزائري مقتضيات مماثلة إستوجب من خلالها أن يكون العقد محرر بصورة رسمية و إلا كان باطلا، مثلها المادة 71 فقرة 2 التي تضمنت الوعد بالتعاقد، ففي هذه المادة جاء ما يلي: "... و إذا اشترط القانون لتتمام العقد، استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

كما إشتراط ذات المشرع الكتابة الرسمية في المادة 572 م ح ، عند تطرقه لعقد الوكالة في القسم الأول من الفصل الثاني ، قائلا: "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

¹ Antoine Vialard : op-cit-page 212.

²د: بلحاج العربي - المرجع السابق- صفحة 319.

M.AZZENOU : « le formalisme en droit civil Algérien », mémoire magister –université d'Oran -1982- page 44.

والملاحظ في هذا الصدد أن الإلتزام بتحرير العقد في صيغته الرسمية يجد مصدره أيضا في بعض القوانين الخاصة، ومثال ذلك ما يتعلق ببيع العقارات على التصاميم من طرف المرقيين العقاريين(المادة 10 من المرسوم التشريعي الصادر في 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري)، أو ما يتعلق أيضا بمسائل رهن المحل التجاري (المادة 120 تجاري جزائري)¹.

ويحصل في الكثير من الأحيان أن يستوجب القانون الكتابة لقيام العقد غير أن الكتابة بهذا المفهوم لا تعني الرسمية، وبذلك يجوز للأطراف اللجوء إلى موظف رسمي يكون في الغالب موثق لإبرام عقودهم، ومثاله ما إستوجبه المشرع الجزائري في المادة 467 مكرر م ج من أن يكون عقد الإيجار مكتوبا، ويكون له تاريخ ثابت و إلا كان باطلا. هذا النص يسمح للأطراف من إبرام عقدهما إما أمام الموثق، الذي يتكفل بتحديد تاريخه من يوم تحريره بمكتبه وإما إبرامه بصورة عرفية بشرط تحديد آجاله بصورة واضحة ويكون ذلك عن طريق تاريخ تسجيله (المادة 328 م ج).

وقد عرف عنصر الكتابة في العقود في المرحلة الراهنة، تطورات وتحولات كبيرة خاصة بعد إعتداد تكنولوجيات الإعلام والاتصال في المعاملات التجارية وبروز ما يعرف بالتجارة الإلكترونية في ميادين النشاط الإنساني الاقتصادي، هذا ما فتح الأبواب على مصرعيها على إنتشار العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت² ، وهي الوضعية التي جعلت المشرع الجزائري يجتهد لمسايرة هذا التطور، وذلك بتقريره في المادة 323 مكررا 1 م ج ما يلي : "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها". وبذلك يمكن القول أن عنصر الكتابة المعروف تقليديا بدء يأخذ صورة أوسع في النظم المدنية الحديثة التي إعتمدت الكتابة الإلكترونية، إذ أنه لم يعد مقتصرًا على خطوط وعبارات ترسمها أيادي من يحررها.

¹- أنظر المادة 120 من الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005.

²- د: بلحاج العربي - المرجع السابق، صفحة 325.

والملاحظة الواجب إيدؤها في هذا الإطار، أنه وعلى الرغم من أن التشريع يستوجب ويشترط الكتابة في العقود، إلا أن المشرع يغفل في بعض الأحيان توضيح العقوبة المستوجبة عند مخالفة هذه الأحكام، ويكشف الفقه حالات أربع في هذا الصدد:

- في بعض الحالات تكون الكتابة مستوجبة وتكون شرطا من شروط صحة العقد، ويؤدي غيابها إلى بطلانه مثاله عقد الإيجار (المادة 467 مكرر م ج)، وعقد الرهن (المادة 883 م ج). وقد إستلهمت بعض التشريعات الخاصة هذه المقترضات ونصت على بطلان العقد في غياب عنصر الكتابة، وقد ورد ذلك واضحا في موضوع التنازل عن رخص العلامات (المواد 14 و 17 من الأمر الصادر في 2003/07/19 المتضمن العلامات)، وفي عقد النشر (المادة 84 من الأمر الصادر في 2003/07/19 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة)، وكذلك في شروط الاتفاق التحكيمي (المواد 1008 و 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).
- وفي بعض الحالات الأخرى، يكون عنصر الكتابة مستوجب من أطراف العقد وهذا لضمان إنتقال آثاره إلى الغير، مثلما هو واضح في مسائل الرهن العقاري (المادة 966 م ج) ، ورهن المنقول (المادة 969 م ج).
- وفي بعض الحالات أخيرا، فإن عنصر الكتابة ليس مستوجبا. إلا أن الملاحظات الهامة والمستوجبة التي لا بد للعقد أن يتضمنها توجي بجلاء ووضوح وجود شرط ضمني يشترط عنصر الكتابة تم إدراجه تحت وطأة المصالح الاقتصادية المتوخاة من العقد. وتظهر هذه الحالة في العقد الذي يلتزم بمقتضاه الكفيل العيني بضمان دفع دين بنكي بصورة حرة بدلا من المدين، فلا بد لهذا العقد أن يتضمن تاريخ بدء سريان الضمان وتاريخ إنتهائه، وبهذا لا بد أن تتم العملية عن طريق تحرير مكتوب يوضح تاريخ ونطاق هذا الضمان (المادة 07 من التنظيم الصادر في 1993/01/03 المتضمن طرح الضمانات البنكية)¹.

¹ - Ali Bencheneb : op- cit- page 143.

- كما تتجلى هذه الحالة أيضا في عقود البحث والكشف عن المحروقات، أو الإتفاقات المنجمية التي لا بد أن تتضمن توقيعات الأطراف، هذا ما يوحي بتحريرها عن طريق الكتابة.

2- العقد العرفي: (acte sous seing privé)

العقد العرفي هو إتفاق محرر من الأطراف ذاتها، أو من طرف آخر، والذي تم توقيعه من الأطراف، أو من طرف آخر تم توكيله لذلك، وهذا من أجل تسوية وضعية تعاقدية، قد تكون بيعا أو إيجار أو شركة، أو عقد عمل إلخ¹. وقد أكد القضاء الفرنسي أن العقد العرفي وعملا بمقتضيات المادة 1322 م فرنسي أنه وباستثناء الشروط الواردة في القانون، لا يخضع لأي شرط شكلي غير توقيع الأطراف التي إلتزمت به² (مجلس قضاء باريس- الغرفة المدنية قرار في 2006/02/21) والغالب أن العقد العرفي لا يتضمن تاريخا، لذلك إستوجب تسجيله (المادة 328 م ج)، لينتج آثاره القانونية.

والواضح أن العقد العرفي لا أثر قانوني له، إلا بين أطرافه³، بل أن الدائن فيه يجد صعوبة كبيرة في إثبات حقوقه عند قيام النزاع، فيحتاج بذلك لمساعدة من القاضي الذي بعد إقتناعه بمنح قوة أخرى للعقد من أجل تنفيذه وبالتالي تحصين حقوق الدائن، مثاله الحكم بتعيين محضر قضائي لتحصيل حقوق الدائن، ويختلف في هذا الصدد العقد الرسمي عن العقد العرفي في مسألة القوة التنفيذية لكل منهما، فالعقد الرسمي مثلما سبق توضيحه مسلح بتوقيع من موظف رسمي هذا ما يدعم قوته التنفيذية فمن خلال هذا العقد، لا يحتاج الدائن إلى دعم أو تدخل من القاضي لاستيفاء حقوقه.

ولا تشترط القوانين المدنية الحديثة أية أشكال خاصة بخصوص المضمون المحرر في العقد العرفي بإستثناء وجوب توقيع الطرفين للعقد وتاريخ إنعقاده، إضافة إلى وجوب كتابة المبالغ المحررة في إطار الإعتراف بالدين بصيغتين الأولى بالأحرف والثانية بالأرقام، (المادة 1326 م فرنسي). أما المشرع الجزائري فلم يورد تعريفا للعقد العرفي، بل

¹ -J.M. Mousseron : op-cit-page 138 : «...l'acte sous-seing privé (art.1325 C.Civ) est un acte établi sous forme manuscrite , dactylographie , ou imprimé portant la signature des parties... »

² -Antoine Vialard : op-cit -page 144

³ - زواوي محمد : " الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري "، رسالة ماجستير - جامعة الجزائر - 2003 - صفحة 20.

إكتفى بكشف آثاره القانونية بأن قرر في المادة 328 م ج ما يلي: " لا يكون للعقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداءاً: - من يوم تسجيله- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء، غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق فيما يتعلق بالمخالصة"¹.

3- الرسائل الموقعة (les lettres signées)

قد يحدث أن يحرر أو يتبادل الطرفان رسائل تتضمن تعبيراً معيناً عن الإرادة تكون موقعة منهم يعمد إليها مثلاً لتخطي الصعوبات الجغرافية أو الزمنية. وتوقيع الرسائل مسألة هامة بـمكان، إذ من خلالها يمكن التعرف على صاحب الوثيقة، كما أنه يؤكد أن هذا الأخير قد عبر بصراحة عن إرادته وبالتالي إستوجب عليه الإلتزام بما وقّع عليه. ويأخذ التوقيع الإلكتروني نفس الأثر القانوني العادي، وهذا ما قرره المادة 327 م ج.

ولم يعرف المشرع الجزائري الرسائل الموقعة في القانون المدني، بل تطرق إلى آثارها، ومنح لها نفس القيمة القانونية للعقود العرفية من حيث الإثبات وبذلك تتساوى هذه الوثائق مع الأوراق العرفية من حيث قوتها في إثبات الحقوق والإلتزامات التي تتضمنها، وذلك عند قيام النزاع بين أطراف الاتفاق.

وقد جاء في المادة 329 م ج ما يلي: " تكون للرسائل الموقعة عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات. وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً، إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. و إذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس"².

¹-أنظر المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

²-أنظر المادة 329 من القانون الجزائري .

المطلب الثاني : المهام المختلفة للكتابة العقدية (Les différentes fonctions de l'écrit)

من المعروف أن للكتابة مهام ومبتغيات كثيرة، سواء في المجال القانوني أو في المجال العملي¹.

1- مهام الكتابة في القانون (Les fonctions de l'écrit en droit)

لقد عرفت العقود الشكلية في الوقت الراهن، رواجاً كبيراً، خاصة في المواد التجارية، فقد أدت ضرورة إقران عامل السرعة في المعاملات التجارية مع عنصر الأمان، إلى تكثف الطابع الشكلي للعقود التجارية بصورة واضحة ومحسوسة، وبذلك أضحت التشريعات المدنية والتجارية تستوجب إستكمال الإجراءات الشكلية من أجل قبول صحة العديد من العمليات، كما تقرر البطلان المطلق في غياب عنصر الكتابة، وهذا ما تعارف على تسميته بالشكلية القانونية².

2- مهام الكتابة في الناحية الواقعية (Les fonctions de l'écrit en fait)

على الرغم من أن الكتابة التعاقدية ليست مستوجبة في كل العقود، و أن الطابع الرضائي لا يزال يهيمن على الساحة الاتفاقية في إبرام وإنشاء العقود الخاصة، إلا أن عنصر الكتابة يكشف عن أهميته بل عن ضرورته في مراحل تحضير العقد. فالكتابة تسمح أولاً بفهم وإدراك الأفكار والمواقف و التوجهات المجردة التي تحوم في الذهن، وتحويلها إلى واقع مادي مرئي محرر على الورق بفعل كتابتها. فبدون عنصر الكتابة تتعدم إمكانية التفكير والنطق بالأفكار والجمل الكثيرة في آن واحد، لأن عقل الإنسان يعجز عن إتمام هذه العملية المعقدة، فيلجأ بذلك أن تكون الكتابة نطاقاً للتحليل العميق والدراسة المستفيضة، والشرح الكامل لظواهر إجتماعية كثيرة، منها الظاهرة الاتفاقية التي تتجسد في ما يسمى بالعقد. فمثل النّحات الذي يصقل حجارتها من أجل تجسيد التمثال، والرسام الذي يختار ألوانه من أجل رسوم صورته، يكونان قد عملا على ترجمة الأحاسيس

¹ -J.M- Mousseron : op -cit -page 138.

² -Ali Bencheneb : op -cit -page 145.

إلى عملية فنية، فإن رجل القانون يحتاج إلى الكتابة بهدف تطويع أفكاره والتحكم فيها وتطويرها خدمة للمصالح الاقتصادية للأفراد في المجتمع¹.

وعلى صعيد آخر يبقى عنصر الكتابة مهما في مسائل التواصل، سواء كان ذلك على الورق أو عبر الوسائط الافتراضية. فلا يمكن الإستغناء عنه في مرحلة نشوء العقد، ولا في مرحلة التفاوض ولا في مرحلة إنعقاده، فالكتابة ما قبل التعاقدية تعد مجالا خصبا لتبادل الآراء والمواقف و إبداء الأفكار والتحفظات عن طريق التواصل الكتابي العادي أو الإلكتروني². إضافة إلى أنه وبعد إتفاق الأطراف و إنعقاد العقد، لا بد من "تخليد" هذا التوافق الإرادي عبر كتابته، فالعقد موجود لأنه مكتوب.

وفي حالات استثنائية يمكن اعتبار الكتابة التعاقدية أداة للإثبات، فحيازة كل طرف متعاقد على نسخة مكتوبة مماثلة من العقد مثل التي لدى الطرف الآخر، تحمي الأطراف وتغنيهم عن الخلافات والنزاعات المحتملة. كما يسمح الوضوح الكتابي للعقد من الدخول في نزاعات وإشكالات التأويل الشخصي لبنود وشروط العقد، هذا ما يجنب الأطراف الدخول في المنازعة القضائية التعاقدية.

3- إختصاصات الكتابة التعاقدية (Les disciplines de l'écrit)

إن اللجوء إلى تقنية الكتابة في إتمام العقود وتحريرها، يفرض على المتدخل في الساحة التعاقدية عدة مهام أساسية، فلا بد عليه أولا أن يضع في الإعتبار مسألة تعدد الكتابات أو تعدد الوثائق المكتوبة إذا وردت في إطار إبرام عقد من العقود، إلى جانب فهم مضمونها، وتحديد مكانتها ورتبتها بين الوثائق المكتوبة الأخرى، هذا ما يثير إشكالية وصعوبة ما يسمى بتوحيد أو ضم الوثائق التعاقدية.

أ- توحيد الوثائق المختلفة: (le remembrement des différents documents)

تشهد عادة مرحلة إبرام العقود تحرير وتبادل وثائق تعاقدية مختلفة تثير كل مرة إشكاليات تحديد الدور الدقيق الذي يمكن لكل وثيقة أن تلعبه في عملية بناء العقد. فإذا لم

¹ - J.M Mousseron : op-cit –page 141.

² - د: بلحاج العربي - المرجع السابق - ص 325.

تكن وثيقة من الوثائق مثلا ذات أهمية في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه، فإن واقعة تعدد الوثائق التعاقدية كثيرة الحدوث في الإتفاقات الحديثة.

وقد عرفت الفقيه الفرنسية"فرانسواز لابارث" الوثائق التعاقدية بأنها الأدوات التي تساهم في تكوين أو تنفيذ العقد. كما أن تحضير هذه الوثائق وتوضيح دورها في حالتي التكوين أو التنفيذ ليست بالأمر الهين. فقد كشفت دراسات قانونية حول مرحلة التفاوض العقدي ، كيف يمكن لوثائق حررت في مرحلة سابقة على إبرام العقد أن تساهم أو على النقيض لا تساهم في عملية تكوين العقد.

وتكشف مهمة توحيد الوثائق التعاقدية المختلفة صعوبات كبيرة تواجه مصممي العقود، وذلك بفعل طابع الاحتمال في لغة الوثائق، أو الاختلاف اللغوي الذي قد يصيبها، وبذلك إستوجب على من يبني العلاقة التعاقدية أو من يعمل على ملاحظتها، أن يجتهد لإيجاد المفاهيم الحقيقية التي تخفيها الكلمات المستعملة في هذه الوثائق، ويبقى ذلك من الأمور الصعبة .

ب- بناء الوثيقة التعاقدية الرئيسية: (les construction du documents contractuel principal)

تمر عادة عملية إبرام العقود الهامة أو الكبيرة عبر مرحلة تحرير وثيقة وحيدة(أي الوثيقة الرئيسية) والتي تعتبر بمثابة ميثاق حقيقي للعملية الاقتصادية التي أصبحت بموجبها واجبة التنفيذ عملا بتوافق إرادتي الطرفين¹ .

وتستوجب الملاحظة في هذا الصدد أنه من الجانب العملي تطرح تساؤلات موضوعية حول ظروف وطرق تحرير الوثيقة التعاقدية الرئيسية، يأتي على رأسها إشكالية اللغة التي حررت بها هذه الوثيقة بل أن الإشكال يثور بحدة حينما تباشر المفاوضات بلغة معينة، وتحرر الوثيقة الرئيسية بلغة أخرى بل أن الإشكال قد يأخذ حدة أكبر حينما تستعمل لغة أخرى في حل النزاع التعاقدية خاصة في العقود ذات الطابع الدولي .

¹ -J.M .Mousseron : op –cit –page 152.

إشكالات أخرى قد تواجه عملية تحرير الوثيقة الرئيسية، من بينها تفضيل المتعاقدين إستعمال الوثائق الجاهزة أو النموذجية، أم على العكس اللجوء إلى صيغ خاصة تأخذ بعين الاعتبار خصوصية العقد وشروطه وموضوعه.

فالوثائق الجاهزة هي عبارة عن نماذج و أشكال كتابية تعاقدية محررة سلفاً يلجأ إليها الأطراف، وذلك عن طريق ملء الفراغات والإجابة على التساؤلات الواردة فيها وفي الأخير التوقيع عليها، فهي تضاهي في شكلها ومضمونها العقود النموذجية (les contrats types) التي توضع غالباً في خانة عقود الإذعان التي تغيب فيها مرحلة المفاوضة.

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

1. د: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الاليكترونية مطبوعات جامعة الكويت 2003.
2. د: إبراهيم الدسوقي: "الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود " معهد الإدارة العامة- طبعة 1995 الرياض المملكة العربية السعودية .
3. د: أحمد حشمت أبو ستيت" نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد"، مصادر الالتزام طبعة 1954- القاهرة.
4. د- أحمد سلامة" مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر - ط1975- القاهرة.
5. أ: احمد امانج: " التراضي في العقود الاليكترونية عبر شبكة الأنترنت"، دار وائل للنشر - طبعة 2006 - عمان.
6. د: احمد عبد التواب محمد بهجت:"إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي - دار النهضة العربية، طبعة 2009 القاهرة.
7. د: إسماعيل غانم:"النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام - منشأة المعارف- طبعة 1986 - القاهرة.
8. د: بلحاج العربي:" نظرية العقد في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية - طبعة 2015 -الجزائر.
9. د: بلحاج العربي: " مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري " - ديوان المطبوعات الجامعية- طبعة 2011-
10. د: جميل الشرقاوي " النظرية العامة للالتزام" الكتاب الأول ، - دار النهضة العربية- طبعة 1981 - القاهرة.

11. د حلمي بهجت بدوي " أصول الالتزامات " الكتاب الأول في نظرية العقد - طبعة 1943 - القاهرة.
12. د: حسن البارودي : " عقد تقديم المشورة " دار النهضة العربية - طبعة 1998 - القاهرة .
13. د- حسن توفيق فرج "النظرية العامة للإلتزام " الجزء الأول - دار المعرف ، ص42 طبعة 1981 - القاهرة .
14. د: حسام الأهواني: " المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، و مراحل إعداد العقد الدولي، - طبعة 1993 - القاهرة.
15. د: خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة 2017، الجزائر.
16. د: زكري محمد: "حماية المعلومات السرية" دار الجامعة الجديدة ، طبعة 2007، الإسكندرية.
17. د: زهدي يكن، "آثار الإلتزام" الدار الجامعية - طبعة 1989 - الإسكندرية.
18. د: سليمان مرقس، "شرح القانون المدني" الجزء الثاني - الإلتزامات، طبعة 1968 - القاهرة.
19. د: سعيد جبر: " الوعد بالفضيل" - دار النهضة العربية - طبعة 1993 ، القاهرة.
20. د: عبد المنعم البدرابي، "النظرية العامة للإلتزامات" الجزء الأول - مصادر الإلتزام ، طبعة 1971 ، القاهرة .
21. د: عبد الرزاق أحمد السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" مصادر الإلتزام - منشورات الحلبي الحقوقية، المجلد الأول - طبعة 1976، بيروت.

- 22.د: عبد الرزاق أحمد السنهوري "نظرية العقد" دار إحياء التراث العربي - طبعة 1984، القاهرة.
- 23.د: عبد القادر أقصاصي، " الالتزام بضمان السلامة في العقود " ، دار الفكر الجامعي - طبعة 2010، الإسكندرية.
- 24.د:علي علي سليمان " النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية- طبعة 2003، الجزائر.
- 25.د:علي علي سليمان "ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية- طبعة 1992، الجزائر.
- 26.د: عبد الودود يحي " دروس في النظرية العامة للالتزام" - دار النهضة العربية، طبعة 1978- القاهرة.
- 27.د: عبد المنعم فرج الصدة " مصادر الالتزام" دار الفكر العربي - طبعة 1950- القاهرة.
- 28.د: عبد الحي حجازي: موجز النظرية العامة للالتزام، مطبعة وهبة ، طبعة 1955 القاهرة.
- 29.د: علي يونس " العقود التمهيديّة" دار الكتب القانونية، طبعة 2010 القاهرة .
- 30.د: علي أبو هشيمة:"عقود خدمة المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص" ،دار النهضة العربية، طبعة 2004، القاهرة.
- 31.د:عبد الفتاح بيومي حجازي:"النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية" دار الفكر الجامعي، طبعة 2002، الإسكندرية.
- 32.د: لخضر بن عزي "محاضرات في تصنيف العقود" مطبعة كلية الحقوق والعلوم الإدارية طبعة 1985 الجزائر.

33. د: محمد صبري السعدي "الواضح في شرح القانون المدني"، مصادر الالتزام، دار الهدى، طبعة 2009 ، الجزائر.
34. د: محمد وجيه شحادة " المدخل للقانون ونظرية الالتزام " منشورات جامعة حلب 1979 سوريا.
35. د: محمد حسنين " الوجيز في نظرية الالتزام " مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1983، الجزائر.
36. د: محمد سامي مازن " التعهدات أو الإلتزامات" مطبعة النهضة، الطبعة الثانية 1922 القاهرة.
37. د: مذكور محمد سلام" المدخل للفقہ الإسلامي، طبعة 1960 .
38. د: موسى محمد" الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي " مطبعة الشريعة ، طبعة 1953، سوريا.
39. د: مصطفى شلبي "المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه" ، دار النهضة العربية طبعة 1969- القاهرة.
40. منير وممدوح الجنبهي:"أمن المعلومات الاليكترونية ، دار الفكر الجامعي، طبعة 2005، الإسكندرية.
41. د: مصطفى الحمّال- أحكام الالتزام" ، الدار الجامعية - طبعة 1989 ، الإسكندرية.
42. د: محمود جمال الدين زكي، " الوجيز في مصادر الالتزام "، طبعة 1976، القاهرة.
43. د: نادر أبو شيخة:"أصول التفاوض" - دار المسيرة- طبعة 2010، - عمان - الأردن.

44. د. النصاري النيداني، القاضي والوسائل الإلكترونية الحديثة" دار الجامعة الجديدة
- طبعة 2009، الإسكندرية .

ثانيا : المقالات العلمية باللغة العربية:

1. د. أميمة الدهان، "إدارة المفاوضات وتنمية المهارات"، مجلة الدراسات، العدد 3،
طبعة 1986، عمان، الأردن.

2. د. أبو رضوان "قانون التجارة الدولية"، دراسة لفكرة (Mercatoria Lex) ،مجلة
العلوم الاقتصادية و القانونية - جامعة عين الشمس ، طبعة 1993.

3. د. أسامة مجاهد "خصوصية التعاقد عبر الأنترنت" المجلة القانونية لجامعة العين ،
طبعة 2000، الإمارات العربية المتحدة.

4. د: محمد النجيمي: " حكم إبرام العقود عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، مجلة
البحوث الفقهية المعاصرة- الرياض، العدد 60 ، الرياض، المملكة العربية
السعودية.

5. د:رامي علوان: " التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت" مجلة الحقوق ، جامعة
الكويت- العدد ، طبعة 2002.

6. د. محمد بارود حمدي، "القيمة القانونية للإتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل
العقدية في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة الإسلامية غزة، المجلد
13، العدد2، طبعة 2005، فلسطين.

ثالثا: المراجع باللغة الفرنسية

1. Ali BENCHENEB : »le droit Algérien des contrats » données
fondamentales- édition Universitaire de DIJON-2011-France.
2. Alex Well et François Terré "droit civil" les obligations -2^{ème} édition-.
Daloz - France.

3. Ambroise COLIN- Henri Capitant : « traite de droit civil » tome 2 - Librairie Dalloz - France.
4. Claude Dupouy – Maurice RESSAYRE : « Précis de droit civil » tome 2 (les obligations) édition Dunod -1980
5. Baudery Lacantinerie : « traite théorique et pratique de droit civil français », 2^{ème} édition par Rodière - Dalloz- France.
6. Boyer (J) : « la notion de transaction contribution à l'étude des concepts de cause et d'act déclarative » thèse Toulouse - 1947 - France.
7. Bois Juzan : « de la cause en droit française » thèse Bordeaux 1930 - France.
8. Baillord (R) : les lettres d'intention" R-T-D commercial édition 1992 ,Paris- France.
9. Barthelemy (J) : « la négociation collective, outil de gestion de l'entreprise » édition J.C.P. 1987, Paris - France.
- 10.Carbounnier (J) : « droit civil » Tome 4 - les obligations - PUF- collection THEMIS - 1972- Paris.
- 11.Corine Renault- Brahinsky : « l'essentiel du droit des contrats » Gualino éditeur, 2000 Paris - France.
- 12.DEMOGUE (R) : « traite des obligations » Tome 4 - édition Sirrey - 1925- Paris.
- 13.DEGUIT (P) : "l'état et les droits objectifs» " les transformations du droit privé" -ed- Sirrey - 1952- Paris.
- 14.FRANCOIS Collart Dutilleul - Philippe Delebeck « Contrats civils et commerciaux » ed DALLOZ 2007- Paris.
- 15.FOYER (J) : « période précontractuelle » PUF 1996, Paris.
- 16.Henri de Page : « traité élémentaire de droit civile Belge « Tome III - librairie de recueil SIRET - Paris.

17. Heuzé Vincent: « des pourparlers précontractuels » ed DURAND - 1977 - France.
18. JOSSERAND (R) : « cours de droit civil positif français » 3^{ème} édition – DALLOZ-1940- France.
19. Jean Marc Mousseron. « Technique contractuelle » édition Francis Lefebvre II 1999 – France.
20. Joanna Schmidt : « négociation et conclusion de contrat » R.T.D civil- édition 2000- France.
21. J de BRETHER de La Gressaye : « traite des contrats » L.G.D.J édition 2002 - Paris.
22. Michel Le GALCHER –Barron : « droit civil » les obligations 3^{ème} édition - Français le febres 1979- France.
23. Marie Helene de Lander « droit des contrats » 3^{ème} édition - - Archétype - 1982- France.
24. MAZEAUD (D) : « Les Mystères et paradoxes de la période précontractuelle »- édition- Moncheinstein-2001- Paris.
25. MOUSSERON (P): « la conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle »- R.T.D.commercial .1998- FRANCE.
26. MAURY (G): répertoire de droit civile positif français » la cause- ed Dalloz- 1928 Paris.
27. MARTY et RAYNAUD: "les obligations" Librairie Sirrey édition 1962,Paris.
28. Mousseron Jean marc : « technique contractuelle » 2^{ème} édition Francis le Febvre 1999 - France.
29. OVERSTAKE (J.F) : « Essaie de classification de contrats spéciaux » L.G.D.J édition 1969.
30. PLANIOL: " traite élémentaire de droit civil" Tome 2 , Sirrey- 1926- France.

- 31.RIPERT et PLANIOL: " traite élémentaire de droit civil" Tome 6 - Sirrey ed 1952 Paris.
- 32.RIPERT et BOULANGER: " traite élémentaire de droit civil" Tome 2 - ed Sirrey 1957 Paris.
- 33.Rieg (F) : contrats types et contrats d'adhésion, études de droit contemporains Tome 15 édition 1970 - Paris.
- 34.Rondeau (D): l'impact de l'erreur dans les contrats de vente passé sur internet" G.P.N-20-édition-Paris.
- 35.Salleilles (P) : "de la déclaration de la volonté contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand" - 43^{ème} édition 1901- France.
- 36.Terré et Sinler « les obligations » édition Dalloz - édition 2002- Paris-France.
- 37.Tortelo Nicolas: "internet pour les juristes" édition DALLOZ - édition 2000 - Paris- France.
- 38.Le Tourneau (PH) : "Contrats informatiques et électroniques » - édition 4 DALLOZ 2006 France.
- 39.Vertel (J.P) : "les lettres d'intention" , Revue Banque- édition 1986 - Paris
- 40.viallard Antoine : « la formation du contrat en droit civil Algérien » édition O.P.U- 1981- ALGER.

رابعاً : مواقع الأنترنت :

1. Linked-in- Perrine Pelletier « reforme du droit des contrats » IZ le contrat d'adhésion - Novembre 2016- (FR.Linked.com).
2. WWW- minilex. Fr : « la simulation dans la volonté contractuelle ».
3. Over- Blog- Cindy Nicolas: "La simulation.
4. www.COURLS- de- droit .net.

الفهرس

– مقدمة

الفصل الأول : المعايير التقليدية لتصنيف العقود الخاصة

➤ المبحث الأول : تصنيف العقود الخاصة من حيث مبدأ سلطان الإدارة.

– المطلب الأول : المضمون الفقهي و القانوني لمبدأ سلطان الإدارة و تطوره في

التشريع المدني الجزائري و المقارن.

– المطلب الثاني: عقود المفاوضة و عقود الإذعان.

– المطلب الثالث: العقود الحقيقية و العقود الصورية.

➤ المبحث الثاني: تصنيف العقود الخاصة من حيث طريقة تكوين العقد .

– المطلب الأول: العقود الرضائية و العقود الشكلية و العقود العينية.

– المطلب الثاني: العقود الأصلية و العقود التبعية في القانون الجزائري.

➤ المبحث الثالث: تصنيف العقود الخاصة من حيث مضمونها

– المطلب الأول : العقود الملزمة للجانبين و العقود الملزمة لجانب واحد .

– المطلب الثاني : عقود المعاوضة و عقود التبرع في القانون الجزائري.

– المطلب الثالث : العقود المحددة و العقود الاحتمالية في القانون الجزائري.

➤ المبحث الرابع : تصنيف العقود الخاصة من حيث طريقة تنفيذها .

– المطلب الأول : العقود الفورية و العقود الزمنية.

– المطلب الثاني : العقود التي يكون فيها الشخص محل اعتبار.

➤ المبحث الخامس: تصنيف العقود الخاصة من حيث تنظيمها التشريعي .

– المطلب الأول : العقود المسماة و العقود غير المسماة في الفقه و القانون.

– المطلب الثاني: العقود البسيطة و العقود المركبة في القانون المدني.

الفصل الثاني : المعايير الحديثة لتصنيف العقود الخاصة في النظم المقارنة.

➤ المبحث الأول : تصنيف العقود الخاصة على أساس المحل.

- المطلب الأول : المفهوم الفقهي و القانوني للمحل .
- المطلب الثاني : تصنيفات العقود الخاصة المستندة إلى المحل .

➤ المبحث الثاني : تصنيف العقود الخاصة على أساس السبب.

- المطلب الأول : المضمون الفقهي و القانوني للسبب.
- المطلب الثاني : السبب كمعيار لتصنيف العقود الخاصة.

الفصل الثالث: أحكام التفاوض و أساليب إبرام و كتابة العقود الخاصة

➤ المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد.

- المطلب الأول : مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد.
- المطلب الثاني : الحرية التعاقدية و النظام العام.

➤ المبحث الثاني : مراحل و أحكام التفاوض العقدي.

- المطلب الأول : تطور المفاوضة العقدية.
- المطلب الثاني : الأشكال التعاقدية للمفاوضات .

- المطلب الثالث : العقود الجزئية.

➤ المبحث الثالث : مفهوم المفاوضة الإليكترونية و اشكالياتها .

- المطلب الأول : مضمون المفاوضة الإليكترونية.
- المطلب الثاني : أطراف المفاوضة الإليكترونية.

- المطلب الثالث: إشكاليات التفاوض الإليكتروني .

➤ المبحث الرابع : كتابة العقود الخاصة.

- المطالب الأول : الصور المختلفة للكتابة العقديّة.
- المطالب الثاني : المهام المختلفة للكتابة العقديّة.