

جامعة عمار ثليجي بالأغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

حماية إرادة المتعاقد
أثناء مرحلة تكوين العقد
في القانون المدني الجزائري

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون
تخصص : عقود ومسؤولية

إشراف الدكتور :
• عمر بن الزوبير

إعداد الطالبة :
• قايدي ليليا

لجنة المناقشة :

الدكتور : حسين بطيمي رئيساً
الدكتور : عمر بن الزوبير مشرفاً ومُقرراً
الدكتورة : عائشة عمران عضواً مُناقشاً

السنة الجامعية : 2018 - 2019

جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

حماية إرادة المتعاقد

أثناء مرحلة تكوين العقد

في القانون المدني الجزائري

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون

تخصص : عقود ومسؤولية

إشراف الدكتور :

• عمر بن الزوير

إعداد الطالبة :

• قايدي ليليا

لجنة المناقشة :

الدكتور : حسين بطيمي رئيساً

الدكتور : عمر بن الزوير مشرفاً ومُقرراً

الدكتورة : عائشة عمران عضواً مُناقشاً

السنة الجامعية : 2018 - 2019



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ
عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي
بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ

[سورة النمل: الآية 19]

بِسْمِ اللَّهِ
الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

أهدي ثمرة هذا البحث الى :

الذي أحمل اسمه بكل فخر .. الى الذي أفتقده منذ الصغر ..

الذي أودعني الى الله .. الى روح أبي الطاهرة رحمه الله «**نور الدين**»

الى التي أرضعتني الحب والحنان .. الى رمز الحب وبلسم الشفاء .. «**أمي**» الحبيبة.

الى أمي الثانية «**عماتي**» الغالية .. حفظهما الله ورعاهما ..

الى رفيق دربي .. الى سدي في الحياة بعد الله .. الى نعمة الله علي

الى .. الذي حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم ..

الى زوجي «**بن الزبير عمر**» حفظه الله ورعاه وأمره بتمام الصحة والعافية.

الى رفيق طفولتي .. الى من شاركني ذكريات الطفولة أخي «**عزالدين**»

الى قرة عيني .. ونبض فؤادي .. الى ديتي وسعادتي .. أبنائي «**رامي** و**دارين**

و**نور الدين**» حفظكم الله ورعاكم وجعلكم من حملة كتابه الكريم ..

دون أن تنسى شكر خاص .. لكل من زرع الأشواك بطريقنا وللكل من حاول

عرقلة مسيرتنا الدراسية فلولاهم لا أحسنا بطعم النجاح وحلاوة المناقشة الشريفة

الى كل هؤلاء .. شكرا لكم .

الى اللواتي تذوقت معهم أجمل لحظات الدراسة .. الى كل زميلات الدرجة وأخص

بالذكر صديقاتي «**عميرة** ، **فريجة** ، **بهية**» .

قايدي ليليا

شكر وعرفان

«كُنْ عَالِمًا... فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَكُنْ مُتَعَلِّمًا»

«فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَأَحِبِّ الْعُلَمَاءَ... فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَلَا تُبْغِضْهُمْ»

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

الشكر لله عز وجل الذي أنار لي دربي وفتح لي أبواب العلم و أمدني بالصبر و الإرادة .
شكري و تقديري الى أستاذي الفاضل الدكتور **بن الزوير عمر**، والذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه المذكرة، وأسأل الله العلي العظيم أن ينعم عليه بالصحة و العافية، وبارك الله في دينه، علمه و صحته واجعله اللهم نبراس علم تستضيء به الأجيال.

ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من أشعل شمعة في دروب علمنا، وإلى كل من وقف على منابر العلم وأعطانا من حصيلة فكره ليُنير دروبنا..
إلى كل أساتذة كلية الحقوق الذين كانوا سندا لي طيلة فترة الدراسة..

والشكر الخاص للأساتذة في تخصص عقود و مسؤولية وأخص بالذكر: (د/ بن الزوير عمر، د/ بن قسمية العربي، د/ سالي موسى، د/ دمانة محمد، د/ عيمور راضية، أ/ يخلف عبد القادر، أ/ تجيني فتحة.

كما أتوجه بشكر خاص للسادة أعضاء لجنة المناقشة، وأخص بالذكر السيد الرئيس الدكتور بطيبي حسين، والدكتورة عائشة عمران على قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

ولا أنسى أن أشكر طاقم موظفات وموظفي قسم الحقوق ومكتبة كلية الحقوق بجامعة عمار الثليجي على مساعدتهم لنا بالكتب والمراجع طيلة فترة انجازنا لهذا البحث.

كما أشكر الطالب/ **أحمد الأمين بن بريكة**، الذي أخرج هذه المذكرة في أحسن حُلَّة .
وأخيرا لا نملك إلا الدعاء و حسن التقدير لكل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد جزاهم الله عني كل خير .

قايدى ليلى

قائمة المختصرات والرموز الواردة في المذكرة

■ أولاً - اللّغة العربية :

د.ت.ن	:	دون تاريخ نشر
ق.م.ج	:	القانون المدني الجزائري
ق.م.م	:	القانون المدني المصري
ق.م.ف.ق	:	القانون المدني الفرنسي القديم
ق.م.ف.ج	:	القانون المدني الفرنسي الجديد
ق.م.أ	:	قانون مدني ألماني
ق.م.إ	:	قانون مدني إيطالي
ق.ت.ج	:	القانون التجاري الجزائري
ق.إ.م.إ	:	قانون إجراءات مدنية وإدارية
ق.أ.ج	:	قانون أسرة
غ.م	:	غرفة مدنية
ج.ر	:	جريدة رسمية
غ.ع	:	غرفة عقارية
ج	:	الجزء
إ.ق	:	اجتهاد قضائي
م.ق	:	مجلة قضائية
ب.ط	:	بدون طبعة
ص	:	صفحة
ط	:	الطبعة
ع	:	عدد
م	:	مادّة
م.م.ع	:	مجلة المحكمة العليا
م.ج	:	المجلة الجزائري للعلوم القانونية الاقتصادية سياسية (جامعة الجزائر)
إ.ق.غ.ع	:	اجتهاد قضائي غرفة عقارية

Principales Abréviations

Cass.com : cassation commerciale

Cass .civ : cassation civil

Civ : chambre civile

Cass : cassation

D : Dalloz

Fev : février

N° : numéro

RTD . civ : revue trimestrielle de droit civil

Th : thèse

Op.cit : ouvrage précité

Bull civ : bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation

C .E : conseil d'État

p : page

p.p : page de ... à ...

Jp : jurisprudence



مقدمة

مقدمة

رغم التطور الهائل الذي عرفته البشرية، فقد ضلَّ العقد محافظاً على مكانته كأهم صور التصرف القانوني في الحياة الاجتماعية، فهو من أهم وسائل التبادل الاقتصادي بين الأشخاص، وهذه الميزة في العقد هي التي تضيء على موضوعاته الجدة والحداثة.

ومن بين موضوعات العقد تحتل الإرادة مكان الصدارة في اهتمام الدارسين، فالرضا هو دائماً أوّل أركان العقد، إذ لا يتم العقد إلا بتوافق إرادتين متطابقتين، ووجود الإرادة لا يكفي في ذاته لقيام ركن الرضا، ما لم تكن تلك الإرادة سليمة خالية من العيوب، وحول الإرادة يدور موضوع بحثنا، فلإرادة لها دور بالغ الأهمية في مجال تكوين العقد سواء في المرحلة السابقة للتعاقد خاصة في العقود التفاوضية، أين يسبق إبرام العقد قيام مشاورات وانفاقات مبدئية في سبيل تحديد شروط التعاقد النهائي.

كما تحتل الإرادة مكانة هامة في مرحلة إبرام العقد، حيث تعتبر حجر الزاوية في مجال العلاقات التعاقدية، وتظهر أهميتها خلال هذه المرحلة في مدى تأثير سلامتها على سلامة الرضا وصحة العقود، الأمر الذي من شأنه أن يُسهّل الوصول لمرحلة تنفيذ العقد.

ومن هنا تركزت جهود الفقه والقضاء والمشرع على وضع الآليات القانونية الكفيلة بحماية إرادة المتعاقد، خاصة أمام عدم التكافؤ الذي يطبع العلاقات التعاقدية في الكثير من العقود، وإذا كانت حماية المتعاقد في مرحلة إبرام العقد مكرّسة تشريعياً في أغلب التشريعات ومن بينها القانون المدني الجزائري، غير أنّ المتعاقد لم يحظى بحماية مماثلة في المراحل السابقة عن التعاقد وخاصة في مرحلة المفاوضات، إلا في العصر الحديث بسبب التطور الهائل الذي شهدته العلاقات التعاقدية، ولكن أيضاً بسبب التطور والانفتاح الذي ساد الفكر القانوني الحديث، من رجال القانون من فقهاء وقضاة، وتأثير ذلك بدوره على المشرعين خاصة المشرع الفرنسي والذي عمد في تعديله الأخير للقانون المدني الفرنسي سنة 2016، إلى إحداث تغييرات هائلة في نظرية العقد، خاصة في تنظيمه للمرحلة السابقة عن التعاقد.

وتأتي أهمية موضوع حماية إرادة المتعاقد أثناء تكوين العقد، بداية في كونه أحد الركائز الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد عموماً، كما تبدوا أهمية هذا الموضوع أيضاً في تركيزه على جزئية هامة في ركن الرضا والتي تتعلق بالحماية، كما تزيد أهمية هذا الموضوع في ظل التطور الحاصل في القانون الفرنسي في نظرية العقد، ونعلم مدى تأثير تلك التحولات على الفقه والقضاء والمشرع الجزائري.

وقد دفعني لاختيار موضوع «حماية إرادة المتعاقد أثناء تكوين العقد»، جملة من الأسباب الموضوعية والذاتية.

فأما بالنسبة للأسباب الموضوعية؛ فيمكن تلخيصها في المكانة الهامة التي تحتلها نظرية العقد في صدر القانون المدني الجزائري، والمكانة الهامة التي يحتلها ركن الرضا في نظرية العقد ذاتها، وكذلك الرغبة في الإسهام ولو بمجهود متواضع في إثراء ودراسة هذا الموضوع، خاصة بعد تعديل القانون المدني الفرنسي، حيث أتوقع أن يقوم المشرع المدني الجزائري بتعديل القانون المدني أسوة بالمشرع الفرنسي.

أمّا عن الأسباب الذاتية التي دفعت بنا للبحث في هذا الموضوع؛ ربما هي ميولنا للقانون المدني بوجه عام ونظرية العقد بوجه خاص، ولعلّ أهمّ هذه الأسباب هي أنّ الموضوع يدخل ضمن تخصصنا الذي يدخل ضمن القانون المدني بشكل خاص فتخصص العقود ومسؤولية يفرض نفسه في اختيار هذا الموضوع.

أمّا عن الصعوبات التي اعترضتنا خلال إنجاز هذا البحث؛ فكثيرة وأكثرها خلال إنجاز الفصل الأول بسبب عدم تنظيم المشرع المدني للمرحلة السابقة عن التعاقد، مما دفع بنا للبحث في مواقف الفقه والقضاء إلى جانب قلّة المراجع العامة والمتخصصة التي تناولت مرحلة المفاوضات العقدية في التشريع الجزائري.

ومن بين الصعوبات التي واجهتها في إنجاز هذا البحث هو تشعبه وكثرة تفاصيله، مما يجعل من ضبط المعلومات التي توصلنا إليها أمراً شاقاً.

وقد اخترت دراسة هذا الموضوع ضمن إشكالية عامة هي:

ما هي الآليات القانونية التي عمّد إليها المشرع المدني الجزائري في سبيل حماية إرادة الأطراف المتعاقدة في المرحلة السابقة عن التعاقد، وفي مرحلة إبرام العقد؟ ومدى فاعلية القواعد التقليدية في القانون المدني ونظرية العقد ومساهماتها في تفعيل هذه الحماية؟.

وتنتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات تدور مجملها حول:

- ماهية الالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات العقدية والتي تهدف مباشرة لحماية رضا الأطراف؟

- وهل للمسؤولية المدينة مكان خلال هذه المرحلة؟ وإن وجدت فما طبيعتها؟ وماهي الآثار المترتبة عنها؟.

- هل يمكن لنظرية عيوب الإرادة والوسائل الحمائية الأخرى حماية المتعاقد أثناء المفاوضات العقدية؟

في سبيل الإجابة عن هذه الإشكالية اتبعت في بحثي المنهجين «التحليلي والوصفي» كونهما الأنسب لطبيعة البحث من خلال تحليل بعض المواد والنصوص القانونية أو حتى من خلال تحليل الآراء الفقهية في سبيل البحث والوصول إلى إجابة إشكالية بحثنا.

والمنهج الوصفي من خلال التطرق لبعض المفاهيم التي تخدم طبيعة البحث.

وعليه ومما سبق وللإجابة عن اشكالية البحث اتبعت الخطة التالية:

بعد مقدمة قسمت البحث إلى فصلين:

- في الفصل الأول، تناولت فيه مختلف الوسائل الوقائية والعلاجية لحماية إرادة المتعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد.

- أمّا الفصل الثاني فقد بحثت فيه عن مختلف الآليات التي نص عليها المشرع المدني الجزائري لحماية الإرادة خلال مرحلة الإبرام.

وانتهيت من هذا البحث الذي حاولت من خلاله تلخيص نقاط هذه الدراسة، ووضع بعض الاقتراحات.



الفصل الأول

حماية إرادة المتعاقد
خلال المرحلة السابقة عن التعاقد

الفصل الأول

حماية إرادة المتعاقد خلال المرحلة السابقة عن التعاقد

■ تقديم وتقسيم :

لم ينظم المشرع الجزائري المرحلة السابقة أو مرحلة المفاوضات عن التعاقد تنظيمًا قانونيًا شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات، مما فتح الباب أمام كلاً من الفقه والقضاء خاصة الفرنسي، والذي اهتم بهذه المرحلة الهامة والحساسة من مراحل التعاقد، فأوجد حلولاً فقهية وخاصة قضائية حاول من خلالها تدارك النقص في النصوص القانونية في هذا المجال.

وقد كان الدافع للفقه والقضاء للاهتمام بهذه المرحلة هو حماية حقوق الأطراف المقبلة على التعاقد من كل أشكال التعسف، فأوجد القضاء - خاصة الفرنسي - العديد من الحلول القضائية في هذا الشأن، وقد انتهى الأمر بالمشرع الفرنسي إلى تبني تلك الحلول في تعديله الأخير للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016.

وبالنسبة لموضوعنا «حماية إرادة المتعاقد في المرحلة السابقة عن التعاقد»، أمكن من خلال الرجوع للحلول القضائية أو التشريعية، التمييز بين نوعين من مظاهر الحماية: حماية وقائية الغرض منها الحيلولة دون تعيب الإرادة في هذه المرحلة (المبحث الأول)، وحلولاً علاجية الغرض منها معالجة العيوب التي قد تشوب تلك الإرادة والتي لم تستطع الحماية الوقائية من تفاديها أو منع حصولها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الآليات الوقائية لحماية إرادة المتعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد

■ تقسيم :

يَسُود العلاقات التعاقدية عموماً مبدأ حرية التعاقد الَّذِي يقضي بحرية التفاوض فَيُحَوِّل الأطراف المتفاوضة حُرِّيَّة الدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها وفق مصلحة كلِّ طرف، لكن إطلاق العنان لهذه القاعدة من شأنه أن ينتج عنه مفاوضات غير جادة تكون سبباً في إضاعة الجهد والوقت والمال، فيكون التفاوض خلال هذه المرحلة أمام اعتبارات متناقضة، بحيث يرغب كلُّ طرف في البقاء حراً في الاستمرار في التفاوض من عدمه، وفي ذات الوقت يرغب كلُّ طرف في الحصول على ضمانات كافية قبل البدء في التفاوض من أجل نجاح عملية المفاوضات والوصول للغرض المنشود منها وهي إبرام العقد النهائي.

فضرورة الشعور بالأمان الَّذِي يقتضيه استقرار المعاملات يقيد كلَّ مفاوض بمجموعة من الالتزامات التي تساعد في هذه المرحلة، فمنها ما يتعلق بالتسيير الإجرائي للمفاوضات من لحظة الاتفاق على التفاوض للدخول فيه وصولاً للحظة إنهاء المفاوضات، ومنها ما يهدف بصورة أدقَّ لحماية إرادة المفاوض الضعيف في العلاقة التعاقدية من أجل الحصول على رضا مستتير قبل إبرام العقد النهائي.

ولأنَّ موضوعنا مرتبط بمختلف الآليات المعتمدة لحماية إرادة المتعاقد فسنركز هذا القسم من الدراسة على الزاوية الأخيرة، وذلك بالتطرق لأهمِّ الالتزامات الأساسية المرتبطة مباشرة بحماية إرادة المفاوض لينشأ عنها رضاً مستتير مُتَبَصِّر، وأهمُّ هذه الالتزامات هو للالتزام بالتفاوض بحسن نية (المطلب الأول)، والالتزام القبل تعاقدية بالإعلام (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

الالتزام بالتفاوض بحسن النية

تكتسي المفاوضات أهمية كبيرة خاصة في مجال العقود ذات القيمة المالية الكبيرة، وغالبا ما تفضي المفاوضات عن مجموعة من العقود التمهيديّة والاتفاقات والمستندات المعاصرة لمرحلة التفاوض، والتي تسبق إبرام العقد النهائي، ويترتب على هذه الاتفاقات والعقود مجموعة من الالتزامات ملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة، لكن إن لم يتخلل هذه المرحلة اتفاقات مبدئية وعقود تمهيدية يعتبر مبدأ حسن النية من أهم القيود الواردة على حرية الأطراف خلال هذه المرحلة، وحتى يسهل علينا فهم مبدأ حسن النية خلال مرحلة المفاوضات، فإنّه يتعيّن علينا التطرّق لمفهوم التفاوض بشكل عام (الفرع الأول) ثمّ نُعرِّج على مفهوم حسن النية وعلاقته بالتفاوض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التفاوض

ما هو متعارف عليه في التشريعات المقارنة أنّ المفاوضات هي مجرد عمل مادي لا يرتقي لمصاف التصرف القانوني ولا يحدث أي أثر قانوني، الأمر الذي جعل هذه المرحلة لا تحظى بتعريف قانوني ولا بتنظيم، مما دفع بالفقه والقضاء للتصدي لهذه المسألة من خلال تعريفها ووضع نظرية متكاملة لها اعتمادا على الحلول التي توفرها نظرية العقد.

وحتى يتسنى لنا الإلمام بمختلف جوانب العملية التفاوضية يتعيّن علينا (أولاً) التطرّق للمقصود بالمفاوضات وأهم ما يميّز هذه المرحلة، ثمّ نشير لضرورة الالتزام بالبداية بالتفاوض مع ضرورة الاستمرار فيه (ثانياً).

* أولاً - المقصود بالمفاوضات :

من أجل حصر مختلف الجوانب التي تتطوي عليها عملية التفاوض يتعين علينا تعريف هذه المرحلة عموماً وبيان خصائصها (أ) ومن ثمّ التعريف بعقد التفاوض على وجه الخصوص (ب) ثمّ نخلص في الأخير لتمييز مرحلة التفاوض عن مرحلة إبرام العقد (ج)، وفي الأخير نتطرق لأهم المشكلات التي تنيرها مرحلة التفاوض (د).

أ/ تعريف المفاوضات وبيان خصائصها:

نتناول هنا تعريف المفاوضات (1)، ومن ثم نبرز الخصائص المميزة لهذه المرحلة (2).

1. تعريف المفاوضات :

لم يستقر الفقه على تعريف جامع مانع للمفاوضات، فقد ذهب جانب من الفقه لاعتبارها «.. عملية التشاور والتحاوّر والمناقشة وتبادل الأفكار والمعلومات من أجل الحصول على اتفاق مشترك حول مصلحة أو حل مشكلة اقتصادية، قانونية تجارية وسياسية..» (1).

كما يعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: «.. تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة شروط العقد...».

غير أنّ التعريف الذي يؤيده جانب كبير من الفقه هو: «التفاوض على العقد هو حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل لاتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل» (2).

يتضح من خلال التعريفات السابقة أنّ المفاوضات هي عملية تفاعل حقيقية بين الأطراف الرّغبة في التعاقد، فهي عبارة عن محاورات ومناقشات حول موضوع معيّن لتكوين فكرة مشتركة حول العقد المراد إبرامه وهي تبدأ بدعوى للتفاوض بوجهها أحد الأطراف للآخر للدخول في المفاوضات وتحديد الملامح الرئيسية للعقد.

2. خصائص المفاوضات

تتميز المفاوضات بمجموعة من الخصائص تُميّزها عن غيرها من العمليات المرتبطة بإبرام العقد، كما تكنسي أهمية كبيرة في حياة العقد باعتبارها أدقّ وأخطر مراحل العقد. وتتميّز المفاوضات بخصائص عدّة أهمها:

أنها تتم بإرادة الأطراف (1-2) كما أنّها تقوم على الأخذ والعطاء (2-2) فضلا عن أن نتائجها

احتمالية (2-3).

(1) حليس لخضر: مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة بلقايد تلمسان، 2015-2016، ص75.
(2) راجع: بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه (قانون عام)، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة، 2016-2017، ص 11، وانظر أيضا: نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد - دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، مج 29، ع 2، 2013، ص ص 307 - 309.

1.2. المفاوضات تصرف ارادي :

أي أنّ أطراف التفاوض لهم الحرية الكاملة في الدُخول في المفاوضات دون أي إكراه وحتى الانسحاب منها، ويبقى المتفاوض حرّاً طيلة فترة التفاوض، فيمكنه العُدُولُ عن التفاوض والانسحاب دون مسؤولية، إلا إذا اقترن انسحابه بخطأ نتج عنه ضرر للغير⁽¹⁾.

2.2. المفاوضات تقوم على الأخذ والعطاء :

أي أنّها عملية تبادلية تحقّق مصالح متبادلة فهي لا تحقّق مكسب أحد أطرافها على حساب الآخر، حيث يقتضي مبدأ حسن النية وشرف التعامل في المرحلة السابقة للتعاقد أن يحرص كل طرف على إدراك اهتمامات الطرف الآخر وذلك بالتوصل لنتيجة نهائية ترضي الجميع.

1.2. المفاوضات نتائجها احتمالية :

وهذا يعني أنّه قد تنتهي المفاوضات بالنجاح وإبرام العقد المنشود أو العكس بحيث تنتهي بالفشل، فالدخول للمفاوضات لا يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي؛ بل يلزمهم فقط بالتفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية، لأنّ الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

ب/ تعريف عقد التفاوض :

يعتبر مصطلح «اتفاق المبدأ» هو التسمية الشائعة لعقد التفاوض⁽²⁾، ويعتبر هذا الأخير من العقود الغير المسماة، التي لم يتناولها المشرع لا بتنظيم ولا بتعريف قانوني، الأمر الذي دفع بالفقه لمحاولة تعريفه وتحديد أحكامه العامة اعتماداً على الحلول التي تقدمها النظرية العامة للعقود.

فقد ذهب جانب من الفقه في محاولة تعريفه لعقد التفاوض على أنه: «عقد يلتزم بمقتضاه الطرفان ببدء عملية التفاوض أو متابعتها أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل لإبرام عقد في المستقبل»، ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالدخول في المفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد شروطه وعناصره الأساسية والثانوية»⁽³⁾.

(1) نبيل إسماعيل الشبلاق، مقال المرجع السابق، ص 316-317. راجع أيضاً:

RADU STANCU: L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle, comparaison entre le droit civil français et le droit civil romain à la lumière du droit Européen, Thèse, Strasbourg, 2015, p. 19.

(2) بوطبالة معمر، رسالة المرجع السابق، ص 24.

(3) راجع: محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، ب. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 11.

ج/ الحدود الفاصلة بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد :

تبدأ المفاوضات بدعوى يوجهها أحد الأطراف للطرف الآخر وتسمى «الدعوى للتفاوض»، وتتضمن اقتراحا بالتعاقد.

ويثور جدل فقهي حول تحديد نطاق مرحلة التفاوض :

- هل يشمل كلّ المرحلة السابقة للعقد أو ينتهي عند صدور الإيجاب ؟

يرى جانب من الفقه أنّ مرحلة المفاوضات تشمل كلّ المرحلة السابقة للتعاقد وتنتهي عند إبرام العقد النهائي، في حين يرى جانب آخر أن المرحلة السابقة للتعاقد تنتهي عند صدور الإيجاب البات الجازم وبوصول هذا الأخير يكون قد تحقق الهدف من المفاوضات.

وعليه فالتمييز بين الدعوى للتفاوض والإيجاب يُعدُّ في غاية الأهمية:

فالإيجاب عموماً هو اتجاه إرادة الموجب لإبرام العقد ويتضمن كلّ الشروط الجوهرية للعقد وبمجرد تلقي قبول مطابق انعقد العقد⁽¹⁾.

فالإيجاب البات الجازم متى اقترن بقبول مطابق انعقد العقد⁽²⁾، ولا يعني هذا عدم جواز الرجوع فيه، ففي القانون المدني الجزائري بإمكان الموجب أن يعدل عن إيجابه، ويُميّز المشرع في هذا الخصوص بين حالتين: حالة ما إذا لم يقترن الإيجاب بمدة فإذا اقترن بأجل فعلى الموجب الإبقاء على إيجابه حتى انتهاء المدة.

وما لم يقترن الإيجاب بقبول فإذا اقترن بقبول انعقد العقد، أمّا إذا اقترن الإيجاب بأجل وعدّل عنه صاحبه قبل انتهاء الأجل تقوم مسؤوليته، فإذا انتهت المدة سواء كان الأجل صريحاً أو ضمناً يسقط الإيجاب دون حاجة لسحبه⁽³⁾.

أمّا الدعوى للتفاوض فليس لها هذا الأثر ويمكن العدول عنها دون أن يترتب عليها مسؤولية، إلّا إذا اقترنت بخطأ فتقوم مسؤوليته التقصيرية عن العمل الشخصي ذلك أن الدعوى للتفاوض ليست ملزمة كالإيجاب فهي دعوى للدخول في المفاوضات متى تلقت قبولا يبدأ التفاوض.

(1) جاك غاستان: المَطول في القانون المدني-تكوين العقد-، ترجمة منصور القاضي، ط 2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008، ص292.

(2) طبقاً للمادة 59 : «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية».

(3) بلحاج العربي: الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية - دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة للطبع، 2014، ص15.

كما أنه أهم ما يُميّز الإيجاب عن الدعوى للتفاوض هي النية في الارتباط بالعرض وهي مسألة واقع تخضع لتقدير القاضي وتختلف باختلاف الظروف والملابسات.

من ناحية أخرى فإن الإيجاب يكون مستوفي جميع الشروط والبيانات وكل ما يتعلق بالعقد المراد إبرامه، عكس الدعوى للتفاوض فهي لا تتضمن كل البيانات مثل: عرض بضاعة مع ثمنها يعتبر إيجابا والعرض الخالي من الثمن والإعلانات هي دعوى للتفاوض، فالعرض الموجه للجمهور لا يعتبر إيجابا بسبب عدم تحديد الشخص الموجه إليه ويسبب عدم استيفائه لكل العناصر الضرورية الجوهرية للعقد المراد إبرامه⁽¹⁾.

وفي الأخير قد يكون الإيجاب معلق على شرط نفاذ مثلا: تذاكر السينما متى نفذت الكمية ينتهي الإيجاب أو مثل الإيجاب في عقود الاعتبار الشخصي يتمثل في حق الموجب في اختيار الموجب إليه كعرض طلب سكرتيرة فهو يختار من بين كل المترشحات سكرتيرة واحدة.

د/ أهم المشكلات التي تثيرها مرحلة التفاوض :

المفاوضات العقدية عادة ما تأخذ شكل دعوى للتعاقد فلا مشكلة إذا صادف الإيجاب قبولا مطابقا لينعقد العقد لكن الإشكال المطروح يمكن تلخيصه في نقاط كما يلي:

إذا انتهت المفاوضات بإيجاب بات ومحدد وتلقي هذا الإيجاب عرض من الطرف الآخر بالتعديل فيه بالزيادة أو النقصان، فهنا يعتبر إيجابا جديدا وحسم المشرع هذه المسألة في المادة 2/66 (ق.م.ج)⁽²⁾ فقد تتضمن المفاوضات سلسلة من الإيجاب وأين استقر القبول ينعقد العقد.

الإشكال الثاني المطروح هو إذا كان العقد رضائي وتم تعليق إبرامه على شرط إفراغه في شكل رسمي، فيبقى الأطراف في مرحلة مفاوضات حتى التوقيع على محرر العقد النهائي⁽³⁾.

(1) المادة 61 (ق.م.ج): « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك».

المادة 65 (ق.م.ج) : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد مبرما وإذا قام الخلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

(2) الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 18-19.

الإشكال الآخر متعلق بمشكلة التفاوض في العقود الإلكترونية التي تتسم بطابع خاص (السرعة والفورية)، وتتم من خلال دعامة إلكترونية، فإبرامها يثير عدة إشكالات منها ما يتعلق بمكان وزمان إبرام العقد الإلكتروني أو تلك الإشكالات التي يثيرها التعبير عن الإرادة وكذا إشكالية أمن المعلومات وحمايتها من التزوير والسرقة ما يستوجب التأكد من هوية الشخص المتفاوض الإلكتروني ومن أهليته القانونية وحماية ذلك من كل تجسس.

أما التفاوض عن بعد فالمشرع الجزائري نصّ من خلال المادة 64 (ق.م.ج) (1) عن التفاوض عن طريق الهاتف فقط.

ونخلص في الأخير؛ أنّ مرحلة المفاوضات مرحلة ذات أهمية كبيرة ولها دور هام في ميلاد العقد المراد إبرامه وقد تتخلّلها مجموعة من المستندات المعاصرة ومجموعة من العقود والاتفاقات التمهيدية (2) التي تسبق إبرام العقد النهائي، وهذا خاصة في عقود نقل التكنولوجيا والعقود ذات القيمة المالية الكبيرة والتي تتسم بالتعقيد، وتجدر الإشارة هنا إلى موقف المشرع الجزائري من مرحلة المفاوضات العقدية، فالمشرع الجزائري كغيره من القوانين المقارنة لم يُولي اهتمام بهذه المرحلة باعتبار أنّها مجرد عمل مادي لا أثر قانوني له، وترك الأمر للفقهاء والقضاء ولم يُخصّصها بنصوص قانونية خاصة تنظمها حتى بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 (3)، فالقانون المدني الجزائري أشار فقط لأبرز صور المرحلة

(1) راجع المادة 64 (ق.م.ج).

(2) من بين أهم المستندات المعاصرة لمرحلة التفاوض نجد تلك المتعلقة بالصفقات المالية الضخمة مثل عقود نقل التكنولوجيا وهي ضرورية عند التفاوض بشأن العمليات الضخمة أهمها: خطابات النوايا، تعهدات الشرف، اتفاقات المبادئ. راجع: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 101.

- العقود والاتفاقات التمهيدية، أو عقود ما قبل العقد النهائي هي العقود التحضيرية التي يبرمها الأطراف قبل العقد النهائي، وهي تختلف عن الدعوة إلى التعاقد من حيث أنّ هذه الأخيرة تصرف بإرادة منفردة طالما لم يتم قبول العرض لا يوجد عقد نهائي، ومن بين هذه العقود التمهيدية الوعد بالتعاقد، الوعد بالترتيب، العقد الابتدائي وبروتوكول الاتفاق. أنظر بلحاج العربي الصفحات 129-130 - 138 - 143.

- 13 قرار المحكمة العليا: الغرفة المدنية، ملف رقم 233852 بتاريخ 2000/05/24، المجلة القضائية 2001، عدد 1، ص 138. أشار إليه بلحاج العربي، ص 21 (هامش رقم 03).

(3) القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل وينتم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 44 لسنة 2005.

التمهيدية وذكر منها خاصة الاتفاق الابتدائي على المسائل الجوهرية والأساسية للعقد م 65 (ق.م.ج) والوعد بالتعاقد المادة 72 (ق.م.ج) العريون م 72 مكرر (ق.م.ج)⁽¹⁾.

وعلى العكس فالمشرع الفرنسي بعد تعديل 2016 استحدث بعض المواد (1104، 1112، 1112 مكرر، 1112 مكرر2) والتي تنص في مجملها على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات وضرورة الإدلاء بالبيانات والمعلومات والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بذلك والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات⁽²⁾.

* ثانياً - ضرورة الالتزام بالبدء بالتفاوض والاستمرار فيه :

الأصل هو أن مبدأ حرية التفاوض يكفل لكل شخص راغب في التعاقد الحرية بالدخول للمفاوضات أو الانسحاب منها في أي وقت يشاء نظراً لما ستسفر عليه المفاوضات من نتائج قد تتفق مع مصالح الأطراف المتفاوضة وإلى جانب هذا ضرورة الشعور بالأمان التي تؤدي لاستقرار المعاملات فكل فرد راغب في التعاقد عليه أن يلتزم بالبدء بالتفاوض (أ)، ثم الالتزام بالاستمرار فيه (ب).

أ/ الالتزام بالبدء بالتفاوض :

تبدأ المفاوضات عادة بدعوة بوجهها أحد الأطراف للطرف الآخر يتضمن اقتراح بالتعاقد متى لقيت هذه الدعوة قبولاً ينشئ في الذمة التزام بالبدء بالتفاوض، ويكون الالتزام بالبدء بالتفاوض مثلاً: بالمشاركة في الجلسات المخصصة للتفاوض أو الجلوس على طاولة المفاوضات... إلخ.

(1) الحالة الوحيدة التي نظم فيها المشرع الجزائري المرحلة السابقة للتعاقد هي في قانون الأسرة عقد الزواج نظراً لخطورة هذا الارتباط، وباعتباره من أهم العقود التي يبرمها الشخص في حياته، ولما له من آثار مهمة تتعلق بالزوجين والأبناء، وذلك ضمن أحكام الخطبة من خلال المادتين 5 و6 من قانون الأسرة. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص10.

(2) تنص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي الجديد: « يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، ويعتبر هذا الحكم من النظام العام». انظر: محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231 /7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات حلي الحقوقية، بيروت لبنان، 2018، ص29.

- المادة 1112 : « يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل حسن النية، تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات، لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه». انظر: المرجع نفسه، ص34.

- المادة 1/1112 : « يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر أن يُعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعاً، أو كان قد وضع ثقته في المتعاقد معه. فإنَّ الإخلال بهذا الواجب يمكن أن يؤدي لبطلان العقد وفقاً للشروط المنصوص عليها بالمواد 1130 وما بعدها». المرجع نفسه، ص36.

- المادة 2/1112 : « يكون مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة كل من يستخدم أو يفشي دون إذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات » ، انظر: المرجع نفسه، نفس الموضوع.

والأصل في الالتزام بالتفاوض أنه يُلزم الطرفين معاً بالبداية فيه، حيث يلتزم كل فرد على حدى بالبداية بالمفاوضات إلا في بعض العقود مثل عقود التجارة الدولية، فمستورد التكنولوجيا ملزم بالبداية في المفاوضات وذلك بتقديم الدراسات الأولية التي تحدد مواصفات التكنولوجيا محل العقد⁽¹⁾.

ومن أبرز الأحكام القضائية المتعلقة بالبداية بالتفاوض في القضاء الفرنسي نجد: الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية 1992/05/15. وتتلخص وقائع هذا النزاع في أن مندوب شركة التأمين وبعد تقديم استقالته قامت الشركة بتعيين من يحل محله دون أن تنتظر الفترة التي يحق خلالها لهذا المندوب أن يقترح على الشركة من يخلفه، فقد أيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع والذي قضى بخطأ مسلك شركة التأمين بأن أضعفت فرصة على المندوب أن يفتح المفاوضات وأن يقترح على الشركة الشخص الذي تعتمد عليه⁽²⁾.

1. الطبيعة القانونية للالتزام بالبداية بالتفاوض:

يعتبر الالتزام بالبداية بالتفاوض التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، فالطرف المتفاوض مدين بهذا الالتزام وملزم بتحقيق هذه النتيجة وهي البدئ في المفاوضات وامتناعه عن القيام بهذا الالتزام في المدة المعقولة وأي إخلال بهذا الالتزام يوجب قيام المسؤولية ولا يمكنه دفعها إلا بالسبب الأجنبي الذي منعه من البدئ بالتفاوض.

2. أهمية الالتزام بالبداية في التفاوض:

هو التزام جوهري وموجود مهما كان نوع الاتفاق صريح أو ضمني ومن شأنه احترامه أن يضفي الجدية المطلوبة في المفاوضات وضمان استقرار المعاملات، كما أن البدئ في المفاوضات يفسح المجال للحوار والتشاور والاتفاق المشترك على حلول لمختلف المسائل الجوهرية في العلاقة التعاقدية من أجل الوصول لإنشاء مشروع مشترك ألا وهو «العقد المراد إبرامه» والالتزام كل طرف راغب في التعاقد يتجسد واقعياً من خلال التزامه بالبداية بالتفاوض والالتزام بالسريان فيه⁽³⁾.

(1) بن يوب هدى: مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012-2013، ص ص 117-118.

(2) أشار إليه: بوطبالة معمر، رسالة المرجع السابق ص 68.

(3) بن مهدي مبروكة: الرضا في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016-2017، ص 59.

ب/ الالتزام بالاستمرار في التفاوض:

إنَّ البدئ في التفاوض يقتضي بالضرورة الاستمرار فيه وإلا كان التفاوض دون نتيجة، فاتفق التفاوض يُرتب التزام بضرورة الاستمرار فيه وهو التزام ملقى على عاتق كلِّ متفاوض على أن يتمَّ التفاوض وفقا لمبدأ حسن النية وهو ألا يقوم بالانسحاب من المفاوضات متى شاء دون سبب جدي.

1. الطبيعة القانونية للالتزام بالاستمرار في التفاوض:

إذا كان الالتزام بالبدء في التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة، فإنَّ الالتزام بالاستمرار فيه التزم ببذل عناية، فعلى كلِّ متفاوض الالتزام ببذل العناية اللازمة وكلِّ الجهود والمسااعي بصورة إيجابية وفعالة للمحافظة على سيرورة المفاوضات وللوصول لإبرام العقد المنشود، وهذا لا يعني أن يلتزم أطراف التفاوض بإبرام العقد النهائي، فقد تنجح المفاوضات وتنتهي بتحقيق الهدف المرجو منها وهي إبرام العقد المراد إبرامه، وقد تنتهي بعدم الاتفاق أو بالانسحاب لسبب جدي⁽¹⁾.

2. أهمية ودور الالتزام بالاستمرار بالتفاوض:

تبرز أهمية الاستمرار في التفاوض في أنه كلما قطعت المفاوضات شوطا كبيرا كلما أشرفت على تحقيق الهدف المرجو منها مما يدفع الأطراف المتفاوضة لبذل المزيد من الجهود والمسااعي حرصا على نجاح المفاوضات، وقطع هذه المفاوضات تعسفا ودون سبب جدي يعد إخلالا بالالتزام بالاستمرار في التفاوض ويترتب عنه قيام المسؤولية فعلى كلِّ من الطرفين تذييل كلِّ الصعوبات التي تعترض المفاوضات من أجل نجاحها والالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه يجسد مظهرا من مظاهر مبدأ حسن النية الذي يسود كلِّ المعاملات ضمانا لاستقرارها.

الفرع الثاني

الالتزام بحسن النية

يتعين علينا أن نتطرق لمفهوم مبدأ حسن النية (أولا) ثمَّ نشير لأهداف مبدأ حسن النية وأثره في التفاوض (ثانيا).

* أولا - مفهوم مبدأ حسن النية:

لوقوف على مفهوم مبدأ حسن النية يقتضي منا ذلك تعريفه (أ) ومن ثمَّ تحديد نطاقه (ب).

(1) بوطبالة معمر، رسالة المرجع السابق، ص 72.

أ/ تعريف مبدأ حسن النية :

أوجد الفقه القانوني تعريفات مختلفة لمبدأ حسن النية منها: « حسن النية في إبرام العقود هو الالتزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد على نحو ينسجم مع المصالح المشروعة للطرف المقابل»⁽¹⁾.

وعرفه جانب آخر على أنه : «التعامل بصدق وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحقوق فيها على نحو عادل، الأمر الذي أنشئ من أجله ويلتزم به كل طرف من أطراف العقد حتى لا تؤدي هذه الممارسة للإضرار بالغير دون سبب مشروع بل توصل لكل ذي حق حقه بأمانة»⁽²⁾.

يمكننا القول بأن حسن النية هو قيام الإنسان بالتعامل مع الآخرين على أساس المعاملة الصادقة الصحيحة والتحلي بالأخلاق الحميدة التي تجعله موضع ثقة بشكل يتلاءم مع الأعراف التعاقدية المتعارف عليها.

ب/ نطاق مبدأ حسن النية :

لا يقتصر مبدأ حسن النية على تنفيذ الالتزامات العقدية فحسب بل هو التزام قانوني عام يشمل كل الالتزامات مهما كان مصدرها فهو مبدأ يسود كل المعاملات إلا أن معظم تطبيقاته تظهر بكثرة في نظرية العقد⁽³⁾، إذ تنص المادة 107 (ق.م.ج) على أنه: « يجب أن ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ويحسن نية». فالمشرع أكد على ضرورة مراعاة تنفيذ العقد بحسن نية غير أن الإشكال الذي يثور بشأن نص المادة 107 (ق.م.ج) حول نطاق تطبيق هذا المبدأ⁽⁴⁾.

بالرجوع للفقه والقضاء الفرنسي نجد أنهما مستقران على تطبيق هذا المبدأ في كامل مراحل العقد⁽⁵⁾ وأغلب الفقهاء العرب استقروا على نفس الشيء فذهبوا أيضاً لضرورة الاعتراف بمبدأ حسن النية الذي أقره المشرع أثناء مرحلة تنفيذ العقد لأنه لا بد أن يسود كل مراحل العقد.

(1) مصطفى خضر النشيمي: النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، ماجستير قانون خاص، جامعة الشرق الأوسط، 2013-2014، ص 55.

(2) المرجع نفسه، نفس الموضوع - سعد بن سعيد الزياني: مبدأ حسن النية في النظام السعودي، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية ع 23، 2014.

(3) راجع: بن يوب هدى، مذكرة، المرجع السابق، ص ص 30-37.

(4) بن مهدي مبروكة، مذكرة، المرجع السابق، ص 61.

(5) المادة 1104 ق. م. ف. ج، أنفة الذكر.

أما في الجزائر وأمام سكوت الفقه عن التحليل الدقيق لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد وأمام صعوبة الحصول على مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزائري والذي يعتبر من بين التشريعات العربية المتأثرة بالقانون المدني الفرنسي.

- فهل سيعدّل المشرع الجزائري ويتدارك ذلك بعد تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 ؟

في بعض النصوص القانونية المتناثرة في القانون المدني الجزائري نجد هناك تطبيقات لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد منها التي تتعلق بكل من عيوب الإرادة - الإيجاب والقبول - الوكالة - النيابة في التعاقد... وغيرها.

إضافة إلى هذا رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة في القانون المدني على مبدأ حسن النية في التفاوض، إلا أن المادة الأولى منه تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص والشريعة الإسلامية تقرّ هذا المبدأ، حيث أكدت الشريعة الإسلامية على المكانة الهامة لحسن النية في التصرفات بصفة عامة والعقود بصفة خاصة، فتضافرت الآيات القرآنية على تشريع مبدأ حسن النية في التصرفات، ومن هذه الآيات القرآنية :

- قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾.

- وقوله أيضا : ﴿يَا أَيُّهَا آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁽²⁾.

- وقوله أيضا : ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾⁽³⁾.

وقوله كذلك : ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ عَٰثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ

عَلِيمٌ﴾⁽⁴⁾.

وهذه الآيات ماهي إلا غيض من فيض ما جاء به القرآن الكريم.

(1) سورة المائدة ، الآية 1.

(2) سورة النساء، الآية 29.

(3) سورة النحل، الآية 90.

(4) سورة البقرة، الآية 283.

ومن ناحية أخرى يعتبر بعض الفقه الجزائري أن المشرع الجزائري قد أشار ضمناً لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات.

فيقول الدكتور محفوظ لعشب: « يجب ألا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط وإنما يجب الأخذ به قبل ذلك أي في مرحلة وضع الشروط التعاقدية ويتحقق ذلك بصياغة الشروط صياغة تقنية فنية واضحة تدل على حسن نية واضعها لتكون بعيدة عن التأويل وقابلة للتحليل المنطقي»⁽¹⁾.

* ثانياً - أهداف مبدأ حسن النية وأثره على التفاوض:

أ/ أهداف مبدأ حسن النية :

يلعب مبدأ حسن النية دوراً لا يستهان به في مختلف العقود والمعاملات القانونية فهو من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق سواء عند تنفيذ العقد أو خلال المرحلة السابقة على تنفيذه كما أنه من أهم المبادئ الموجهة في مجال التجارة.

ومبدأ حسن النية مبدأ فسيح المدى واسع النطاق يتسع ليشمل جميع التصرفات القانونية والعقود كما أنه أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال قانون الأخلاق في القانون الوضعي.

كما أن مبدأ حسن النية يسهل عمل القضاء لأن المرونة التي يحققها تعدّ من ضرورات العمل القضائي المتمثلة في محاولة إيجاد الحلول الواقعية للوقائع المعروضة أمام القاضي بتفاصيل وخصوصية قد لا تتلاءم معها القوانين الجامدة للقانون، وبما أن مبدأ حسن النية يسهل عمل مؤسسة القضاء فهذا يعني أن حسن النية يحقق وظيفة مؤسسية⁽²⁾.

كما يهدف مبدأ حسن النية لحماية الائتمان والأوضاع الظاهرة فيؤدي للمحافظة على الاستقرار في التعامل ويهدف لتحقيق العدالة، وأخيراً يهدف حسن النية لتحقيق سلامة رضا الطرف المقابل ويشجع على التعاون والثقة المتبادلة وتحري الصدق في المعاملات ويشعر المتعاقدين بالطمأنينة أكثر عند تعاملهم مع بعضهم البعض.

(1) محفوظ لعشب: دراسات في القانون الاقتصادي. ب. ط، المطبعة الرسمية، الجزائر، د. س. ن، ص ص 81-82.

(2) بوفلجة عبد الرحمان : دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007، ص 24.

ب/ أثر مبدأ حسن النية في التفاوض:

سبق وأشرنا أن التفاوض بين أطراف العقد مسألة مهمة جدا في الوقت الحاضر خاصة أمام التطور التكنولوجي والمعلوماتي الحالي وأمام ما تتطوي عليه هذه العقود الحديثة من مخاطر وتكاليف باهضة فأصبح التفاوض فيها أمرا ضروريا ساعد على الوصول لتفاهم مشترك وأثر مبدأ حسن النية في التفاوض يجسد أهمية العلاقة بين مبدأ حسن النية وبين المرحلة السابقة للتعاقد فالمفاوضات الصادقة التي تتسم بحسن النية تؤدي لإبرام عقد صحيح منتج لآثاره القانونية ويكون التفاوض قد تم بشكل سليم والعكس صحيح إذا كان السلوك معيار مخالف لمبدأ حسن النية خلال المفاوضات قد يؤدي هذا إلى قطع المفاوضات دون وجود لأي سبب قانوني وهذا ما يترتب عليه المسؤولية.

المطلب الثاني

الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

مختلف الأبحاث التاريخية تدلنا على أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام تمتد جذوره إلى الماضي البعيد حيث ظهر هذا النوع من الالتزامات في بعض الشرائع القديمة مثل القانون الروماني والقانون اليوناني⁽¹⁾، كما تناوله جانب هام من الفقه لما لهذا الالتزام من أهمية في المحافظة على استقرار المعاملات وتوفير الثقة المطلوبة والمشروعة في مجال التعاقد، فيعد وسيلة أنجع لحماية الرضا بين طرفي العقد.

(1) القانون الروماني: تضمن القانون الروماني الالتزام بالإعلام حيث كان يفرض على البائع اعلام المشتري بالحالة القانونية للعقارات فيكون البائع مسؤولا امام المشتري عن عيوب المبيع فيسأل البائع اذا اخفى عن المشتري العيوب عمدا واذا عرض البائع المبيع بأوصاف مخالفة لا يتضمنها في الواقع ونتيجة هذا طبقا للقانون المدني الروماني يسأل البائع ويلزم بالتعويض المشتري هذا بالنسبة للعقارات اما بالنسبة للعبيد والحيوانات فجاء في قانون الاالواح الاثني عشر ضرورة اعلام البائع المشتري بالعيوب الموجودة بالحيوانات والعبيد ويلتزم البائع بابراز لاقته بيبين فيها للمشتري ما قد يوجد في العبيد والحيوانات.

القانون اليوناني: في القانون اليوناني تم العثور على نصوص ادبية لأفلاطون وورد فيها تعداد الامراض التي تترتب عن إخفاء البائع لها عن المشتري وعدم اعلامه بها وجواز فسخ العقد من قبل المشتري من بينها الصرع والهزال. كما تدل الابحاث التاريخية على انه تم العثور على منشور خاص يتضمن نصا بإلزام البائع بتقديم بعض المعلومات التي تعين المشتري على حسن استغلال العبيد وذلك من خلال توضيح خصائصه وخصاله وذكر عيوبه وكان القانون اليوناني يفرق بين علم البائع بهذه العيوب وجهله بها فكان يلزم البائع بتقديم ضعف الثمن الذي دفعه للمشتري متى كان عالما بتلك العيوب ويكتفي برد الثمن فقط في حال جهله بها. أنظر: بوطباله معمر، رسالة المرجع السابق، ص97، (هامش رقم 1).

أمّا القوانين الحديثة اهتمت بالالتزام قبل التعاقدى بالإعلام، إلا أنّ اهتمامها به كان محدوداً بما ينماشى مع طبيعة المعاملات التي تنسم بالبساطة، غير أنّه مع التطور الحديث الهائل لبعض المعاملات التي صارت تنسم بالتعقيد أصبح من الضروري الإحاطة بما يتصل بالعملية التعاقدية من أجل ضمان تحقيق الهدف من التعاقد وعليه ومن أجل الوقوف على مفهوم هذا الالتزام يتوجب علينا التطرق لمفهومه (الفرع الأول) ثمّ نبحت عن موقف المشرعين الجزائري والفرنسي من الالتزام بالإعلام قبل تعاقدى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام

للإحاطة بمفهوم الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام فلا بد علينا أن نتطرق إلى تعريفه (أولاً) ثمّ أساس هذا الالتزام (ثانياً)، شروطه (ثالثاً) طبيعته القانونية (رابعاً) وانتهاء موقف المشرعين الجزائري والفرنسي منه (خامساً).

* أولاً - تعريف الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام:

إنّ التفاوت في العلاقات التعاقدية النّاجم عن علم طرف وجهل طرف آخر من شأنه أن يؤدي لاختلال التوازن العقدي والتفاوت بين الالتزامات التي يربتها العقد ما ينتج عنه تحمل أحد الطرفين وهو الطرف الضعيف في العقد عبئ هذا التفاوت، ومن هنا تظهر أهمية تحديد مدلول الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام، فالفقه حاول إيجاد تعاريف له :

حيث يعرفه جانب من الفقه على أنه: « التزام سابق عن التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين أن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإنشاء رضا سليم كامل ومستتير»⁽¹⁾، حتى يكون المتعاقد على علم بكافة تفاصيل هذا العقد وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد تكون بسبب طبيعة العقد أو تعود إلى صفة طرفيها أو إلى طبيعة محله أو إلى أي اعتبار آخر تجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة⁽²⁾.

(1) جاك غاستان، المرجع السابق، ص 661. نبيل الشبلاق، مقال، المرجع السابق، ص 321.

(2) بوطبالة معمر، رسالة، المرجع السابق، ص 98.

في حين يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: « إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون مركزه أقوى من المتعاقد الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرام العقد والتي تساهم في تكوين رضا حر ومستتير ويمكن المتعاقد الضعيف بالعقد من الإقدام على التعاقد أو التحلل منه».

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: «التزام ينبه به أحد أطراف العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه فتجعله على بينة من ظروف التعاقد ليكون خياره بالتعاقد ناجما عن معرفة تامة بسبب التزامه»⁽¹⁾.

يظهر جليا من خلال هذه التعريفات الفقهية أنَّ الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام يرتب على المتفاوض الحائز للمعلومات أو البيانات المتعلقة بالعقد أو بالعملية التعاقدية والتي يصعب أو يستحيل أن يحصل عليها المتعاقد الآخر أن يدلي بتلك المعلومات والبيانات لما لها من أهمية وأثر على اتخاذ قرار التعاقد من عدمه⁽²⁾.

كما يتضمن الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات والالتزام بالتحذير، وقد كانت النظرة التقليدية تعتبرها التزامات مستقلة وإن كان هدفها واحد إلا أن النظرة الحديثة والمفهوم الواسع للالتزام بالإعلام اعتبرها التزام واحد واعتبر الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام يتضمن الالتزام بالإدلاء بالبيانات والالتزام بالنصح والتحذير التي تقع بصفة خاصة على عاتق المهني أو الحرفي، فمبدأ حسن النية يقتضي ألا يكتفي المدين بتقديم البيانات والمعلومات فقط بل عليه كذلك أن يقوم بتحذير الطرف الآخر الذي كان يستحيل عنه الاستعلام بنفسه أو يلفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية من التعاقد.

وعلى ذلك فإنَّ الالتزام بالتحذير ليس التزاما قائما بذاته بل هو التزام يكمل الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام، ونفس الشيء بالنسبة للالتزام بالنصيحة فهو جزء لا يتجزأ من الالتزام بالإعلام وهو درجة متقدمة من درجاته ويثبت الالتزام بالنصيحة على المدين بالإعلام المحترف في المجال الذي يتم فيه التعاقد فيلتزم المحترف بتقديم النصيحة الشخص غير المحترف الذي يرغب في التعاقد معه، فالالتزام بالنصيحة يقع على عاتق المحترف.

(1) براهمي فايزة: التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة ماجستير، جامعة بوبكر بالفايد، تلمسان، 2008-2009، ص ص 113-114.

(2) راجع أحمد بومدين: دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، ع 1، 2010، ص ص 166-169.

بن يوب هدى، مذكرة المرجع السابق، ص 90.

أمّا الالتزام بالاستعلام وهو التزام مقابل للالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام، ويقوم هذا الالتزام أيضا على مبدأ حسن النية الذي يفرض على عاتق الدائن بالإعلام الالتزام بالاستعلام، ونطاق الالتزام بالإعلام يحدده الالتزام بالاستعلام لأنّ الالتزام بالإعلام يبدأ متى ينتهي الالتزام بالاستعلام، ويقدر ما يكون أطراف العقد مهنيين يضعف الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام ويقدر ما يكون المدين بالإعلام مهني والدائن بالإعلام غير مهني يكون الالتزام بالإعلام مطلوب لأن المهني المحترف لا يستطيع التذرع بعدم معرفته طالما هذا الشيء يقع ضمن مهنته أو اختصاصه. أما إذا كان المهني يجهل فعلا تلك المواصفات ففي هذه الحالة يقع عليه الالتزام بالاستعلام⁽¹⁾، فبالرغم من اتفاق الفقهاء على مضمون هذا الالتزام إلا أنهم اختلفوا حول الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالإعلام.

* ثانيا - الأساس القانوني للالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام :

لم يستقر الفقهاء على أساس حاسم يردّ إليه وجود الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام، فانقسموا بذلك إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية؛ يرى الاتجاه الأول أن هذا الالتزام يجد أساسه على أساس نظرية عيوب الرضا (أ) أمّا الاتجاه الثاني فيؤسس الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام على أساس مبدأ حسن النية باعتباره التزاما عاما يشمل العلاقة التعاقدية أثناء التكوين والتنفيذ (ب).

أ/ نظرية عيوب الإرادة كأساس للالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام :

يرى أصحاب هذا الرأي أن الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا خاصة الكتمان التدليسي في حال ما أخفى أو كتم أحد المتعاقدين على الآخر بيانات أو معلومات مرتبطة بالعقد المراد إبرامه واللازمة لتكوين رضا سليم وحرّ ومتبصر وهذا يترتب عليه البطلان، فإذا كان إعلان الحقيقة وتقديم هاته البيانات والمعلومات ضرورية من شأنه أن يؤثر في قرار الطرف الآخر في التعاقد فهذا الكتمان يشكل نوعا من التدليس.

وفي هذا السياق يذهب الفقيه «Stark» للقول بأنّ الأساس القانوني للالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام يستند في جانب منه على الخداع أو التدليس الذي يلزم كلّ طرف متفاوض في العقد بأن يدلي للمتفاوض

(1) لولباني فايزة: الالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية المستهلك، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 15. براهمي فايزة، مذكرة المرجع السابق، ص 125. رفاوي شهبان: الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير جامعة سطيف 02، 2015-2016، ص 14. بن يوب هدى، مذكرة المرجع السابق، ص 102.

الآخر الذي يرغب في التعاقد معه بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه ويظهر هذا خاصة أمام عدم تكافؤ العلاقة التعاقدية، فإذا لم يزود المتفاوض الراغب في التعاقد المتفاوض الآخر معه بالمعلومات اللازمة يكون قد ارتكب مناورات تدليسية لأنَّ السكوت واقعة أو ملابسة مؤثرة تعدّ تدليسا⁽¹⁾. وسارت بعض أحكام القضاء الفرنسي على هذا المنوال حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بتقرير البطلان جزاء مخالفة الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام استنادا إلى التدليس⁽²⁾، غير أن هذا الاتجاه لم يسلم كذلك من النقد ذلك وأن اتفق الالتزام بالإعلام ونظرية عيوب الإرادة في الغرض وهو ضمان صحة وسلامة رضا المتعاقدين إلا أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع بكثير من نطاق نظرية عيوب الإرادة فضلا عن ذلك فإن الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام هو الوسيلة القانونية لمعالجة نظرية عيوب الإرادة⁽³⁾.

ب/ مبدأ حسن النية كأساس للالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام:

يذهب هذا الاتجاه إلى أن الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام يجد أساسه في مبدأ حسن النية الذي يعتبر التزام عام للعقود.

ويرى بعض الفقه أن الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام يقوم على مبدأ حسن النية الذي يعتبر أساس التزام كل متفاوض بأن يدلي بكافة المعلومات والبيانات الضرورية التي يعلمها أو التي ينبغي أن يعلمها بها طالما أن هذه المعلومات كانت مجهولة للطرف الآخر فكتمان هذه المعلومات لها تأثير على رضا الطرف الآخر.

نستنتج من كل ما سبق أن الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد التزام ينشئ خلال مرحلة المفاوضات العقدية التي تسبق إبرام العقد النهائي وهذا الالتزام أصبحت تقتضيه ضرورات الاستجابة للتطور الحاصل

(1) تنص المادة 68 / 2 (ق.م.ج): «... ويعتبر تدليسا السكوت عمدا على واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو تلك الملابسة».

(2) من أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بـ 1990/06/20 حول نزاع تتلخص وقائعه أن زوجين اشتريا قطعة أرض من السيدة Delon لكي يقيما عليها سكنا وبعد إتمام العقد اكتشفا وجود محتوى مائي تحت الأرض المبيعة يعيق عملية البناء ولا يمكن إتمام عملية البناء إلا بعد القيام بأعمال إضافية تحتاج لمصاريف إضافية ونفقات كبيرة وعليه طالب المشتري بفسخ العقد ورفضت محكمة الاستئناف الطلب إلا أن محكمة النقض الفرنسية قررت نقض الحكم وإلغاء حكم محكمة الاستئناف لتعارضه مع أحكام المادة 1134 من ق م ف حيث كان من واجب البائعة أن تدلي بالصفات الجوهرية للأرض وتوجد نفس الدعوى رفعها مشتري آخر ضد نفس البائعة حول أرض مجاورة ولأن البائعة أخلت بالالتزام بالإعلام وفقا لنص المادة 1134 (ق.م.ف.ق).

(3) لولباني فايضة، مذكرة المرجع السابق، ص25.

على مستوى التقنيات الحديثة، وعليه فالعديد من التشريعات استجابت لهذا التطور وأصدرت من القوانين المتعلقة بفرض الالتزام بالإعلام قبل تعاقدى تتمحور في معظمها حول فكرة حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية

* ثالثاً - شروط الالتزام بالإعلام قبل تعاقدى:

إن الغاية المنشودة من فرض الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام في مرحلة التفاوض هو احاطة المتعاقد الآخر بكافة البيانات والمعلومات وملابسات العلاقة التعاقدية⁽¹⁾ المراد أحداثها حتى ينشأ رضا الدائن متتورا بكافة تفاصيل العملية التعاقدية ومن أجل تحقيق هذا الهدف والدور الأكبر يقع على عاتق حائز المعلومات والبيانات الذي يتوجب عليه تنفيذ التزامه في الادلاء بها من جهة ومن جهة أخرى فإن الدائن بالالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام له دور هام في تحقيق هذه النتيجة أو في تحقيق الهدف من الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى، وعليه فهذا الأمر يثير صعوبة في تحديد شروط هذا الالتزام بالنسبة للمدين وبالنسبة للدائن بهذا الالتزام.

أ/ ضرورة علم المدين بالالتزام بالإعلام بالمعلومات ودورها في التعاقد:

من المسلم به أن يكون الطرف المدين بالالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام في مرحلة التفاوض على علم بكل البيانات والمعلومات وبكل ملابسات العملية التعاقدية وعلمه بدورها في التعاقد ولما لها من أثر قانوني على قرار المتفاوض الآخر، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها⁽²⁾ على ضرورة توافر شرط العلم لدى البائع كشرط أساسي لا بد منه في الالتزام بالإعلام قبل تعاقدى وانتهت في حكمها أن الالتزام بالإعلام الواجب على مختبرات أو معامل الأدوية فيما يتعلق بموانع استعمال هذه الأدوية والآثار الغير مرغوب فيها على أن هذا الالتزام لا يمكن أن يكون له وجود إلا بما هو معروف لدى هاته المخابر من معلومات لحظة دخول هاته الأدوية للأسواق فابتداء من هذا التاريخ تكون المخابر مسؤولة عن أي إخلال وقع منها بخصوص هاته المعلومات.

كما تجدر بنا الإشارة في هذا السياق لطبيعة المعلومات التي يلتزم المدين بالإعلام بالإدلاء بها، فلا يلتزم في مواجهة الدائن بالإعلام بإعلامه بكل صغيرة وكبيرة بخصوص العقد المراد إبرامه، بل يلتزم فقط

(1) أحمد بومدين، مقال المرجع السابق، ص ص 171-173. رفاوي شهيناز، مذكرة المرجع السابق، ص 45.

(2) cass. civ. 08/04/1986. bull. civ. 1. n82. p8

بإعلامه بكل البيانات الجوهرية⁽¹⁾ التي من شأنها أن تؤثر على رضا الدائن بالإعلام من عدمه، فقد أثارت هذه المسألة مشكلة بالنسبة للمدين بالإعلام من وجهة نظر الطرف الآخر الذي يتفاوض معه، فالرأي الراجح بهذا الخصوص هو يجب الأخذ بمعيار وسط وهو معيار دائرة التعاقد، ومن ثمّ فلا تعتبر هذه الصفة جوهرية إلا إذا اعتبرها المتفاوضين معا أن لها تأثير على رأي المتفاوض الآخر للدخول في العقد.

وما يمكن قوله في هذا الشأن أيضا أن التزام المدين بالإعلام ينتهي متى يبدأ التزام الدائن بالاستعلام أي متى كان لهذا الأخير - الدائن بالإعلام - إمكانية الوصول لتلك المعلومات بوسائله الخاصة أو متى كان عالما بها غير أنه أهملها.

ب- أن يكون الدائن بالإعلام جاهلا للبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد:

يشترط لقيام الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض أن يكون المدين بالإعلام جاهلا للبيانات والمعلومات المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه ويشترط أن يكون جهله مشروعاً. يتحقق الالتزام بالإعلام إذا كان أحد الطرفين عالماً بكلّ المعلومات المرتبطة بالعقد المراد إبرامه وأن يكون الطرف الآخر جاهلاً بتلك المعلومات جهلاً مشروعاً إذا استحال عليه معرفة تلك البيانات أو المعلومات سواء كانت استحالة مادية أو استحالة شخصية.

1. الاستحالة المادية: المتعلقة بمحل التعاقد كأن يتعذر على الدائن بالإعلام العلم الكافي بالمعلومات نظراً لحيازة الطرف الآخر (المدين بالإعلام) للشيء محل التعاقد فيستحيل على الدائن بالإعلام العلم الحقيقي بطبيعة الشيء ومواصفاته فمثلاً في عقد البيع يقع على البائع الالتزام بإعلام المشتري بكل مواصفات المبيع وكل البيانات والمعلومات المتعلقة به⁽²⁾.

ومن أهم التطبيقات القضائية تلك التي أقرت مبدأ التزام البائع بإعلام المشتري بكافة الحقوق العينية والشخصية الواردة على الشيء المبيع مع اشتراط استحالة علم المشتري بهذه الحقوق ومعيار تقدير

(1) وعود كاتب الأنباري: المفاوضات العقدية عبر الإنترنت، مجلة رسالة الحقوق، مج 1، ع 2، 2009، ص ص 204 - 205 لوليانى فايذة، مذكرة المرجع السابق، ص ص 36-38.

(2) م 352 (ق.م.ج) : « يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم الكافي إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع يسقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع».

مشروعية جهل الدائن بالإعلام هو معيار الرجل المعتاد بالإضافة للظروف التي يتم فيها التعاقد لاسيما ما يتعلق بمهنة المتفاوض⁽¹⁾.

فقد يكون الجهل مشروعاً بالنسبة لمتعاقد دون آخر والسبب يكمن في الاختلاف الموجود في الظروف المحيطة بعملية التفاوض فالالتزام قبل التعاقد بالإعلام لا يقع على عاتق المدين به إذا كان الدائن بالإعلام مهني أو محترف ففي هذه الحالة من المنطق أن يكون ملزم بالإدلاء بجميع البيانات والمعلومات اللازمة للتعاقد خاصة إذا كانت العملية التعاقدية تدخل في مضمون حرفته.

2. الاستحالة الشخصية: على خلاف الاستحالة الموضوعية المرتبطة بالظروف المحيطة بالعقد

التي يكون فيها جهل الدائن بالالتزام بالإعلام جهلاً مشروعاً، فإن جهله بالإعلام أيضاً قد يكون مشروعاً لأسباب تتعلق بشخص الدائن نفسه ففي عقد البيع مثلاً تتحقق الاستحالة الشخصية في حال عدم خبرة المشتري في مجال العقد المراد إبرامه خاصة في المجالات الحديثة، وفي هذا الصدد نبحت عن المبررات الشخصية التي تحول دون قيام الدائن بالاستعلام حول المعلومات المتعلقة بمحل العقد⁽²⁾.

فقد ذهب جانب من الفقه للقول بضرورة الأخذ بالمعيار الشخصي واتجاه آخر يرى ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي في حين يذهب اتجاه ثالث لمحاولة المزج بينهما لتبرير تلك الاستحالة: يرى الاتجاه الأول وهو السائد في الفقه الفرنسي بضرورة الأخذ بالمعيار الذاتي لتقدير وجود استحالة الاستعلام متمثلة في عدم خبرة الدائن وعدم كفاءته ودرابته بالشيء المبيع وعليه يقع على عاتق المدين بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام بإعلامه بكافة البيانات والمعلومات.

أمّا الاتجاه الثاني يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير استحالة الدائن بالاستعلام ويعتبر أنه لا يكون جاهلاً بالبيانات والمعلومات إلا إذا أثبت أنه بذل من العناية اللازمة التي يبذلها الرجل المعتاد من أجل الاستعلام عن هذه المعلومات ورغم ذلك لم يعلم بها.

أمّا الاتجاه الأخير سعى للجمع بين الرأيين في تقدير استحالة استعلام الدائن وهذا لتفادي الأخذ بمعيار واحد ولكن رغم أنه مزج بين المعيارين إلا أنه يؤكد على تغليب المعيار الذاتي في تغليب ظروف الدائن الشخصية بالتالي لا يمكن للدائن بالإعلام تبرير استحالة علمه بالمعلومات المتعلقة بالعلاقة

(1) Cass. civ. 24/05/1970. n° 324. p 333. Bull. civ. n° 03، cité par RADU (S), Op. cit, p. 112.

(2) عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 209.

Christophe Henry: obligation d'information précontractuelle, LMT Avocat, 2017, p p 1 -10

العقدية بسبب جهله لتحمل الطرف الآخر -المدين بالإعلام - المسؤولية بل عليه إضافة لذلك بذل كل الجهود والمسعى من أجل الاستعلام عن تلك المعلومات.

ومن أبرز الأحكام القضائية في، القضاء الفرنسي القضية التي تتلخص وقائعها في أن: عقد مقاوله من الباطن من أجل القيام بأعمال هندسية لبناء مصنع لحساب مقاول آخر في إحدى البلدان الإفريقية وثبت في الرسوم التي قدمها المقاول الأصلي ضرورة عمل «السيلوز - Silos» دون تحديد ما إذا كان.

وعليه تقدم المقاول من الباطن بإعداد البناء على سعر الوحدة الأقل تكلفة وهي «plat font a silos» وبسبب هذا ثار خلاف بينهما وعرض النزاع على هيئة تحكيم وانتهت بالتزام المقاول من الباطن بالقيمة اللازمة لما تم تنفيذه استنادا إلى أنه المعلومات المنقوصة التي قدمها المقاول الأصلي لا يمكن أن يجهلها مقاول متمرس له خبرة⁽¹⁾.

وعليه فإن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض يشترط لقيامه أن يكون الدائن بهذا الالتزام جاهلا بالبيانات جهلا مشروعا ويتحقق ذلك إذا ثبتت استحالته بالإحاطة بتلك المعلومات والبيانات، كما تتحقق الاستحالة نتيجة حالة الدائن بالالتزام بالإعلام وعدم خبرته ودرايته وعدم تخصصه في مجال العقد المراد إبرامه خاصة في المجالات التقنية التي تتسم بالتعقيد والدقة.

ومن هنا يصبح فرض الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد من بين أهم الأدوات القانونية التي يمكن من خلالها تحقيق التوازن العقدي.

* رابعاً - الطبيعة القانونية للالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام :

إن فرض الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد الهدف منه هو محاولة تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة وهذا من أجل أن يقدم الطرف الذي لا يعلم بتلك المعلومات والبيانات على التعاقد بإرادة حرة وسليمة وهذا يترتب على الطرف المدين بالالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام بإخطاره بتلك المعلومات.

(1) PICOT (Y): le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. Th, paris 1989. p25.

أشار إليه : بوطباله معمر، مرجع السابق، هامش رقم 1، ص 127.

لكن الإشكال المطروح هنا :

- هل المدين بهذا الالتزام ملزم بتحقيق نتيجة وهي إعلام الطرف الآخر بكل ما يخدم العلاقة التعاقدية وبكل ما يملك من بيانات ومعلومات حول العقد المراد إبرامه للحصول على رضا مستنير؟
 - أم أنه ملزم ببذل كل الجهود والمسااعي من أجل إعلام الطرف الآخر بتلك المعلومات؟
- لم يستقر الفقه على تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام فاتجاه يرى بأنه التزام ببذل عناية واتجاه آخر يرى أنه التزام بتحقيق نتيجة بينما يذهب طرف ثالث بالقول إنه التزام ذو طبيعة مزدوجة.

أ/ الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام التزام ببذل عناية :

يرى أصحاب هذا الرأي أن الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية لا تحقيق نتيجة فحسب رأيهم البائع ملزم بإعلام المشتري بكل ما يتعلق بمحل العقد ومخاطرة لكن لا يمكنه أن يضمن استيعاب المشتري للمعلومات التي أدلى بها إليه كما أنه لا يمكن إجباره على إتباع التحذيرات والنصائح وما قدمه له من معلومات بالتالي يكون ملزماً ببذل عناية كل الجهود والمسااعي لتمكين الطرف الآخر من المعلومات فلا يسأل إلا إذا أثبت أنه بذل من العناية ما يبذله الرجل العادي وعلي الدائن بالالتزام بالإعلام إثبات خطأ المدين بإثبات عدم كفاية المعلومات المقدمة⁽¹⁾.

ب/ الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد هو التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية والهدف من هذا هو حماية المتفاوض الدائن بالالتزام بالإعلام وضمنان سلامته في مواجهة المتفاوض الآخر الحائز على المعلومات فهذا الأخير تقوم مسؤوليته بمجرد أن يثبت أن الدائن بالالتزام بالإعلام أن النتيجة المتحققة وعلى المدين بالالتزام بالإعلام أن يدفع عنه المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي والقوة القاهرة الذي حال بينه وبين تحقق الالتزام بالإعلام والهدف من كل هذا حماية رضا الدائن بالالتزام بالإعلام والحصول على رضا سليم⁽²⁾.

ج/ الالتزام بالإعلام ذو طبيعة مزدوجة :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الالتزام بالإعلام ينقسم إلى قسمين أساسيين هما:

(1) لولباني فايضة، مذكرة المرجع السابق، ص33.

(2) نفس المرجع، ص30.

القسم الأول: يتضمن التزام المدين بالإعلام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمفاوض الآخر معه وهو التزام بتحقيق نتيجة.

القسم الثاني: هو التزام المدين بالإعلام بالتزام ببذل عناية والجهود والمساعي اللازمة لنقل المعلومات والبيانات وللمفاوض الآخر أن يختار أفضل الوسائل والأكثر ملائمة والتي من شأنها أن تحقق استيعاب الدائن بالالتزام بالإعلام بهذه المعلومات.

والحقيقة أن الرأي الراجح في تحديد طبيعة الالتزام بالإعلام القبل تعاقدية يذهب للقول بأن الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة لكون المفاوض المدين بالإعلام في عقد البيع مثلا ملزم بإعلام الدائن بالالتزام بالإعلام وهو المشتري بتزويده بالبيانات والمعلومات الأساسية وليس ملزم بتحقيق نتيجة وهي استيعاب الدائن بالإعلام لهذه المعلومات ومدى استجابته للنصائح والتحذيرات⁽¹⁾.

الفرع الثاني

موقف المشرعين الجزائري والفرنسي من الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام:

تجدر بنا الإشارة في هذا الخصوص لموقف المشرع الفرنسي (أ) الذي اقتبست عنه أغلب التشريعات العربية منها الجزائري والمصري من الالتزام بالإعلام خاصة بعد التعديل الجديد للقانون المدني سنة 2016 نتطرق لموقف المشرع الجزائري (ب) .

*** أولا - موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بالإعلام القبل تعاقدية بعد التعديل :**

قبل التعديل لم يكن هناك نص صريح في القانون المدني الفرنسي ينص على ضرورة الالتزام بالإعلام القبل تعاقدية، لكن نظرا لما تقتضيه ضرورة التطور الحاصل في شتى المجالات أحدث المشرع الفرنسي تعديلات بهذا الشأن ونصّ على الالتزام ما قبل التعاقدية بالإعلام وذلك من خلال المادة 1112 مكرر 1 فقرة 1 :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

(1) بوطبالة معمر، رسالة المرجع السابق، ص 117.

1112 مكرر 1 فقرة 1 : « يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان هذا الجهل بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقة في المتعاقد معه...».

من خلال هذه المادة تحديد من هو الدائن والمدين مرتبط بحياسة المعلومات فمن يملك المعلومات والبيانات الضرورية الحاسمة التي من شأنها أن تؤثر على رضا المتعاقد الآخر يعتبر مدين بالالتزام بالإعلام في مواجهة الطرف الآخر الدائن به⁽¹⁾ ويشترط في هذه المعلومات التي يحوزها المدين أن تكون ذات أهمية ولها تأثير على رضا المتفاوض الآخر.

والدائن بإمكانه تحديد كم المعلومات التي يحتاجها لتحقيق رضاه فالمدين بما لديه من معلومات وقت التفاوض غير ملزم بالبحث عن غيرها والاستعلام عنها كما يشترط في هذه المعلومات أن تكون حاسمة وأن يكون الدائن جاهلاً بها جهلاً مشروعاً لكامل المعلومات أو البعض منها أو أن يكون جهله بسبب ثقة وضعها في المدين على أساس أنه أدري منه فلا يطالبه بها كما يقع على عاتق المدين الالتزام بالاستعلام متى كان ممكناً والظروف المحيطة بالتعاقد هي التي تحدد ما إذا كان يقع على عاتق المدين الاستعلام بها أم لا فبعض الظروف تفرض على المدين الالتزام بالاستعلام إلى جانب ما أدلى به من معلومات.

* ثانياً - موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام القبل تعاقدي :

في القانون المدني الجزائري لم يرد نص صريح يفرض الالتزام بالإعلام خلال مرحلة المفاوضات فالمشرع لم يهتم بهذه المرحلة ككل ولم يخصصها بنصوص تحكمها غير أنه وجود هذا الالتزام نلمسه في بعض النصوص المتناثرة في القانون المدني، غير أنه الرأي الراجح فقها يسند هذا الالتزام لنظرية عيوب الرضا وهذا ما نصت عليه المادة 86 فقرة 2 - المشار إليها سابقاً - : « يعتبر تدليسا السكوت عمداً على واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة». وهو ما أقرته المحكمة العليا الجزائرية، حيث اعتبرت المحكمة اعتبار السكوت العمدي على واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا إلا إذا كان المتعامل -الدائن بالإعلام- حرفياً أو مهني لا يمكنه الاحتجاج بالغش والتدليس، ففي قرار لها المؤرخ بتاريخ 1993/06/23 : «... العنب المباع كان مصاباً بأمراض الكروم والبائع كتم الأمر من أجل بيع العنب.» وفي صدد التأكيد على فرض الالتزام بالإعلام أكد المشرع

(1) عمر بن الزبير: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام - قراءة في المادة 1/1112 من القانون المدني الفرنسي، مداخلة في ندوة بعنوان مستجدات القانون المدني الفرنسي في مجال نظرية الالتزام في ضوء التعديل النافذ في 2016/10/01، المنعقدة بقسم الحقوق، جامعة عمار تليجي الأغواط، بتاريخ 2018/01/11.

ذلك صراحة في نصوص خاصة بالنظر للواقع والتطورات الحديثة هذا التحول الذي يفرض ضرورة حماية الطرف الضعيف في العقد وتحقيق التوازن العقدي».

أما في بعض القوانين الخاصة وسعياً من المشرع لحماية المستهلك نصت المادة 17 من قانون 03-09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾ والذي ألزم كلّ متعامل بأن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يطرحه للاستهلاك.

وأكد المشرع هذه الحماية في المادة بمقتضى المرسوم رقم 367/90 المؤرخ في 10/11/1990 والمتعلق بالوسم.

من ناحية أخرى يلزم الأمر 07-95 المؤرخ في 25/01/1995⁽²⁾ المتعلق بقانون التأمينات الجديد الذي ألغى القانون رقم 80-13 المؤرخ في 19/07/1980 بموجب المادة (478 فقرة 4) المواد من (5، 8، 13) والمعدل بالقانون 06-04 المؤرخ 20/02/2006⁽³⁾ شركات التأمين في عقود التأمين تلتزم بضرورة إعلام المستهلك وإخطاره بالشروط المهمة المؤثرة بالعقد وذات الخطورة وبكل المعلومات اللازمة الضرورية المتعلقة بالعقد أو الخطر المؤمن منه وأن تكون هذه البيانات واضحة ومقروءة وغير قابلة للمحو ومحركة باللغة الوطنية.

وفي المقابل ألزم المشرع المؤمن له بمقتضى المواد (02، 15، 19، 75، 153) من قانون التأمينات الجزائري بالتصريح عن إبرام العقد، وذلك من خلال ملئ نماذج مطبوعة متضمنة أسئلة محددة تبصر المؤمن له لدرجة احتمال وقوع الخطر حتى يتأتى للمؤمن اتخاذ الإجراءات التي يراها ناجحة.

(1) قانون 03-09، المؤرخ في 29 صفر عام 1430، الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15 سنة، 2009، ص 12.

(2) الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1995، ص. 2، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية رقم 15 سنة 2006.

(3) القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية رقم 15 سنة 2006.

المبحث الثاني

الآليات العلاجية لحماية إرادة المتعاقد في المرحلة السابقة عن التعاقد

إن معظم التشريعات المقارنة وبما في ذلك التشريع الجزائري تعتبر مرحلة المفاوضات مجرد عمل مادي لا يترتب عليه أي أثر قانوني حيث يكون للمتفاوض الحرية الكاملة في الدخول في المفاوضات والانسحاب متى شاء دون أن يترتب على ذلك أية مسؤولية إلا إذا اقترن عدوله عن التفاوض بخطأ يسبب ضرر للمتفاوض الآخر في هذه الحالة تقوم مسؤوليته ويلزم بجبر الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إن توافرت شروطها وكما سبقت الإشارة إليه لم يتضمن التعديل الجديد للقانون المدني نص صريح ينظم أحكام مسألة المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد ولم يحدد الجزاء القانوني المترتب عن قطع المفاوضات بسوء نية وبدون سبب جدي⁽¹⁾ لكن مع التطورات الحاصلة على مستوى الأدوات أو الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف لتنظيم المفاوضات والحفاظ على سيرورتها أدت لظهور اتفاقيات وعقود تمهيدية تسبق إبرام العقد النهائي ما يرتب على المتفاوض مجموعة من الالتزامات ذات طبيعة خاصة تختلف عن تلك الالتزامات التقليدية المألوفة في نظرية العقد ما أثار جدلاً فقهيًا وقضائياً في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية خلال مرحلة المفاوضات هل هي ذات طبيعة عقدية أو تقصيرية؟. (المطلب الأول) وما شروط تلك المسؤولية والآثار الناجمة عن قيامها خلال هذه المرحلة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن المساس بإرادة المتعاقد

خلال المرحلة السابقة عن التعاقد

منذ نهاية القرن 18 ظهر خلاف فقهي حول طبيعة المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات، فإذا كان اجماع الفقه على أنها مسؤولية مدنية، إلا أنهم اختلفوا حول طبيعتها هل هي عقدية أم تقصيرية، كما أنهم لم يميزوا بين هذا النوع من المسؤولية السابقة للتعاقد وبين المسؤولية المدنية التقليدية فتسمية المسؤولية السابقة للتعاقد لا يجعلها مسؤولية من نوع خاص، بل هي تسمية فقط لأنها تنشئ خلال مرحلة المفاوضات وسنعرض هنا موقف الاتجاهات الفقهية التي تجادلت حول الطبيعة القانونية للمسؤولية خلال هذه المرحلة من خلال عرض موقف الفقه التقليدي (الفرع الأول) والفقه الحديث (الفرع الثاني).

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق ص356.

الفرع الأول

موقف الفقه التقليدي

منذ أن ظهرت أهمية التفاوض في مجال إبرام العقود التقليدية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة حاول الفقه البحث عن حلول لمساءلة تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات ومختلف هذه النظريات حاولت أن تجد أساساً قانونياً لهذه المسؤولية وأهم هذه النظريات هي: نظرية الخطأ في التعاقد (أولاً) نظرية التبعية العقدية (ثانياً) نظرية المسؤولية الموضوعية (ثالثاً).

* أولاً - نظرية الخطأ في التعاقد :

للتعرف على هذه النظرية يتعين عرض أفكارها (أ)، ومن ثمّ تقييمها (ب).

أ/ عرض النظرية :

تقوم هذه النظرية على الخطأ عند تكوين العقد، وقد نادى بها الفقيه الألماني «إهرينج»⁽¹⁾، والذي اعتمد في صياغة نظريته على نصوص القانون الروماني التي تعتبر أن اتفاق الأطراف يتواجد منذ اللحظة التي يبدأ فيها الطرفان بالتفاوض فيقوم بينهم اتفاق ضمني وجب احترامه وعلى كل من المتفاوضين تحمل نتائج أخطائهما في تلك المرحلة والالتزام بمبادئ حسن التصرف لإنجاح المفاوضات فهو إذا يعتبر أن المسؤولية السابقة للتعاقد هي مسؤولية عقدية على أساس أنه يوجد خطأ عقدي يتمثل في الإخلال بالتزام ضمني من هذا الاتفاق الضمني للوصول إلى إبرام العقد النهائي.

كما أن الفقيه «إهرينج» يرى أنّ التعويض في هذه المرحلة يشمل فقط المصلحة السلبية المتمثلة في النفقات التي أنفقها المتعاقد المضرور من أجل إبرام العقد دون أن يشمل المصلحة الإيجابية أي ما فاتته من كسب.

ب/ تقييم نظرية الخطأ في التعاقد

نستعرض فيما يلي مزايا هذه النظرية (1) وعيوبها (2).

1. إيجابيات هذه النظرية :

من أهم مزايا هذه النظرية أنها يعود لها الفضل في ابتداء فكرة العقد الضمني أو الاتفاق الضمني بين

(1) نبيل إسماعيل الشبلق، مقال المرجع السابق، ص 322.

الأطراف بمجرد الدخول في المفاوضات والمحادثات ومن مزاياها أيضا، أنه يعود لها الفضل في إرساء مبادئ عدم تجريد العقد من جميع آثاره فالبطلان حسب هذه النظرية لا بد أن يكون محدد ويشمل فقط الشرط الباطل.

2. عيوب هذه النظرية :

على الرغم من الاهتمام والشهرة اللذين حظيت بهما هذه النظرية وتأثر بعض التشريعات بها لاسيما المشرع الألماني وجانب من الفقه الفرنسي إلا أنها لم تسلم من النقد الشديد لعدة أسباب أهمها:

- أن هذه النظرية تقوم على الافتراض وهو مجرد وجود اتفاق ضمني لا أصل له، بالتالي لا يمكن تأسيس مسؤولية وفرض التزامات على مجرد افتراض.

- من ناحية أخرى يرى جانب آخر من الفقه أن التفرقة بين المصالح السلبية والمصالح الإيجابية هي في الواقع مجرد حيلة قانونية من أجل ترتيب عقدا باطلا أثره وهذا يتعارض مع القواعد العامة ويصعب تبريره.

- العيب الأساسي الذي ذهب إليه جانب آخر من الفقه هو أن هذه النظرية لا علاقة لها بمرحلة المفاوضات أو بطبيعة المسؤولية فهو يتعلق بمسألة التعويض عن بطلان العقد والدليل على ذلك هو عنوان البحث ذاته الذي صاغ فيه الفقيه «إهرينج» هذه النظرية وهو (الخطأ عند تكوين العقد أو التعويض على الاتفاقات الباطلة أو الغير تامة).

* ثانياً - نظرية تحمل التبعة العقدية :

للتعرف على نظرية تحمل التبعة العقدية يتعين عرض أفكارها (أ)، ومن ثمّ تقييمها (ب).

أ/ عرض النظرية :

تسمى كذلك بنظرية الخطأ العقدي أتى بها الفقيه الألماني «ويند شيد» ويرى هذا الفقه أن الفكرة الأساسية لهذه النظرية أن كلّ مقدم على التعاقد يتعين عليه أن يتحمل الأضرار المترتبة عن تبعة نشاطه الذي قام به مهما كانت الأسباب التي حالت دون قيامه أو أدت لبطلانه⁽¹⁾.

(1) بوطبالة معمر، رسالة المرجع السابق ص 180.

عرفت هذه النظرية انتشارا كبيرا وكان لها تأثير كبير على أغلب التشريعات الحديثة مثل التشريع المدني الألماني الذي تأثر تأثيرا كبيرا بنظرية إهرينج في المادة 122 منه حيث أقام المسؤولية في الحالات الواردة بالمادة 122 على فكرة التبعية العقدية.

كما أخذ بهذه النظرية قانون العمل الجزائري فيما يتعلق بالتعويض عن حوادث العمل فصدر قانون التعويض عن حوادث العمل أقام المسؤولية فيه على أساس تحمل التبعية العقدية وكغيرها من النظريات الأخرى فهذه النظرية تنطوي على مزايا وعيوب.

ب/ تقييم نظرية تحمل التبعية العقدية :

نستعرض فيما يلي مزايا هذه النظرية (1) وعيوبها (2).

1. مزايا هذه النظرية :

إن الأخذ بهذه النظرية من شأنه أن يوفر الحماية الأكيدة للطرف المضرور ذلك أن المسؤولية تنثور في حال وجود ضرر دون اشتراط الخطأ بحكم أن الضرر غالبا ما يكون ماديا يسهل إثباته.

2. عيوب هذه النظرية :

بالرغم من الحماية القانونية التي توفرها الأخذ بنظرية التبعية العقدية إلا أن هذه النظرية كذلك تنطوي على الكثير من العيوب منها:

أنها تنطلق من نظرة خاطئة للمشكلة في أن البادئ بالنشاط التعاقدية أو الموجب هو من يتحمل تبعية نشاطه وعليه وحده تقع المسؤولية في حين أن الموجب نفسه قد يكون هو الضحية في حال قيام الخطأ من متلقي الإيجاب كما أنه قد تتقلب الأدوار في حال سلسلة إجابات متتالية فيصبح متلقي الإيجاب هو الموجب إذا غير في إيجاب الموجب أو زاد عنه فقد يصبح إيجابا جديدا.

كما أن هذه النظرية لم تحدد طبيعة المسؤولية عقدية أم تقصيرية ولم تشر لالتزامات الأطراف في مرحلة المفاوضات⁽¹⁾.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص386. بوطباله معمر، رسالة المرجع السابق ص181.

*** ثالثاً - نظرية المسؤولية الموضوعية :**

للتعرف على نظرية المسؤولية الموضوعية يتعين عرض أفكارها (أ)، ومن ثمّ تقييمها (ب) .

أ/ عرض النظرية :

صاحب هذه النظرية هو المستشار الألماني « غابريال فاجيلا » اعتمد أساساً في صياغته لنظريته على نظرية الفقيه « إهرينج » مع تفادي ما تعرض له من انتقادات حيث ذهب فاجيلا لتوضيح فكرته إلى تقسيم العملية التعاقدية إلى ثلاث مراحل:

- مرحلة المفاوضات التمهيديّة أو المناقشة أو المساومة وهي التي تسبق إبرام العقد.

- ثمّ مرحلة صياغة الإيجاب؛ يتم خلالها جمع كلّ ما انفق عليه لصياغة المشروع النهائي للعقد المراد إبرامه ووضع إيجاب في صيغة ملموسة.

- أما المرحلة الأخيرة ؛ هي مرحلة تصدير الإيجاب.

يعتقد الفقيه فاجيلا أنه خلال هذه المرحلة يتم اتخاذ القرار الحاسم والنهائي لصياغة الإيجاب ثمّ تصديره للطرف الآخر عن إرادة باتة ونهائية للتعاقد.

ويهدف فاجيلا من خلال هذا التقسيم لإثبات القيمة القانونية لكل مرحلة من هذه المراحل فهو يعترف إذا بمرحلة المفاوضات وأن لكل مرحلة آثار قانونية مترتبة عنها وبالتالي يعترف بقيام المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات لكنها تختلف فيها درجة المسؤولية والأساس الذي استند إليه لقيام المسؤولية قبل التعاقدية هو الضمان القانوني بمجرد قبول الدخول للمفاوضات ينشأ عنه ضمان قانوني يلزم الأطراف بعدم الانسحاب وعدم الإخلال بالالتزامات دون مبرر جدي، أما التعويض عن هذه الأضرار حسب فاجيلا يقتصر على النفقات التي أنفقها المضرور منذ بدأ المفاوضات من أجل الإعداد للعقد المراد إبرامه مثل نفقات النقل والدراسات الأساسية وغيرها.

ب/ تقييم نظرية تحمل التبعة العقدية:

كغيرها من النظريات فهي تنطوي على مزايا (1) وعيوب (2):

1. مزايا نظرية المسؤولية الموضوعية :

نظرية « غابريال فاجيلا » أعطت قيمة حقيقية للمفاوضات ولم تجعل منها مجرد عمل مادي لا أثر له وإنما جعلتها واقعة قانونية يحميها القانون ويترتب عليها مسؤولية في حالة الانسحاب التعسفي أو الإخلال بالالتزامات الناشئة خلالها وأساس وجود هذه النظرية هو الرضا المتبادل بين الطرفين.

2. عيوب هذه النظرية :

لم تسلم نظرية فاجيلا الأخرى من النقد وما يعاب عنها أنها جاءت بتقسيم ثلاثي لمرحلة المفاوضات وهو يفترق للدقة ويتعارض مع الواقع ويثير العديد من المشكلات.

الفرع الثاني

موقف الفقه الحديث

من خلال هذا الفرع سنتطرق لموقف الفقه والقضاء الفرنسي الحديث من طبيعة المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات (أولا)، ثم لموقف المشرع الفرنسي من طبيعة هذه المسؤولية (ثانياً).

* أولاً - موقف الفقه والقضاء الفرنسي الحديث

الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي الحديث يفرق بين طبيعة المفاوضات وينقسم على إثر هذا إلى ثلاثة اتجاهات

* **الاتجاه الأول** : يرى أصحاب هذا الرأي أن المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق صريح على التفاوض هي مجرد عمل مادي لا يرتقي لدرجة عمل قانوني وهي الصورة الأغلب في المفاوضات ويكون هذا في العقود البسيطة التي ليست لها قيمة مالية كبيرة وغير معقدة والقانون الفرنسي والمصري والجزائري يأخذ بهذا الاتجاه والمسؤولية هنا تكون تقصيرية.

* **الاتجاه الثاني** : يري هذا الاتجاه أن المفاوضات المنظمة بعقد تفاوض وهي تلك التي يتفق أطرافها قبل الدخول فيها بإبرام عقد صريح على التفاوض يتضمن تحديد كل الإجراءات ومسالك المفاوضات منذ بدايتها لنهايتها وهذا النوع من المفاوضات في نظر جانب من الفقه الحديث يتحول من مجرد عمل مادي غير ملزم إلى تصرف قانوني ملزم بالتالي تعتبر طبيعة المسؤولية عقدية وذلك عند الإخلال بالالتزامات الناتجة عن عقد التفاوض سواء كان ذلك قبل إبرام العقد أو في حال فشل المفاوضات وعدم الوصول لإبرام العقد المنشود.

القضاء الفرنسي يذهب لأبعد من ذلك ويعترف بوجود اتفاق ضمني في حالة عدم وجود عقد تفاوض صريح استناداً لمبدأ الرضائية حيث أنه متى تم الاتفاق انعقد العقد⁽¹⁾.

(1) بوطبالة معمر، رسالة المرجع، السابق، ص 197.

* **الاتجاه الثالث :** يرى أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات عقدية فيرى جانب من الفقه أن التفرقة بين مرحلة المفاوضات التي يسبقها اتفاق سابق وبين مرحلة المفاوضات التي لا يسبقها اتفاق سابق رأي لا أساس قانوني له كما أن هذا القول جعلنا أمام معيار مزدوج فمن جهة تكون المسؤولية تقصيرية إذا كانت المفاوضات تخلو من عقد تفاوض⁽¹⁾ ومن جهة تكون عقدية إذا سبقها اتفاق ويخلص أصحاب هذا الاتجاه أنه من الصواب اعتبار التفاوض على العقد دائما ذو طبيعة عقدية واستنادا للحجج التالية:

الحجة الأولى : هي أن التفاوض لم يكن محل صدفة بل كان بالاتفاق أي أن الأطراف اتفقا مسبقا على التفاوض وهذا ما يميز التفاوض عن العمل المادي الذي يكون وليد الصدفة دون سابق اتفاق أو علم.

الحجة الثانية : هي أن المفاوضات ليست من الغير والغير هنا شخص لا تربطه علاقة بالعقد وبمجرد قبول الدعوى للتفاوض التي يقدمها أحد الأطراف ينشئ هذا علاقة خاصة بين المتعاقدين في سبيل الاتفاق على التفاوض سواء وقع صراحة أو ضمنا.

إن ما سبق ذكره يترجم النية الحقيقية للطرفين بإرادة كل متفاوض تتجه لضرورة أن يلتزم كل منهما بالتفاوض بحسن نية وهذا ما يتفق دون شك مع القواعد العامة التي تجيز أن يكون الاتفاق ضمني قد لا يصرح به الطرفان لكن يستخلصه القاضي من المستندات المتبادلة بينهما أو من وقائع الدعوى. كما أن التسليم بوجود عقد تفاوض ضمني هو تكريس لمبدأ سلطان الإرادة ويعتبر مبدأ عام من المبادئ الأساسية المستقرة في نظرية العقد.

تجدر بنا الإشارة إلى أنه رغم أن القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على مرحلة التفاوض على العقد، إلا أنه يعترف بالتعبير عن الإرادة الصريح والضمني، فالمشرع في المادة 60 ق م ج⁽²⁾ ترك الحرية للأطراف لاختيار وسيلة التعبير عنها صراحة أو ضمنا باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك ما لم ينفق الطرفان على أن يكون التعبير صريحا.

وأعتبر هذا الاتجاه الإخلال بالالتزامات في مرحلة المفاوضات إخلال بالتزامات عقدية طالما كان مصدرها إرادة الأطراف الراغبة في التعاقد.

(1) كاظم كرم علي الشمري: المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، العدد 27، 2006.

(2) راجع المادة 60 (ق.م.ج).

* **ثانياً - موقف المشرع الفرنسي من طبيعة المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات**

بصدد دراسة موقف المشرع الفرنسي من طبيعة المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض يمكن التمييز بين مرحلتين: مرحلة ما قبل تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 (أ) ومرحلة ما بعد التعديل (ب).

أ/ موقف القانون الفرنسي ما قبل التعديل:

قبل تعديل القانون المدني الفرنسي الجديد لم يكن هناك نص صريح في القانون الفرنسي ينص وينظم مرحلة المفاوضات العقدية ولا حتى المسؤولية الناتجة عنها فكان فقط مكتفياً بتطبيق المادة 1382 (ق.م. ف.ق) المتعلقة بالمسؤولية عن الفعل الضار على أساس أنها قاعدة عامة وحل لكافة المشاكل حتى تلك الناتجة عن التفاوض كما أن القانون المدني الفرنسي القديم لم يكن ينص على مبدأ التفاوض بحسن النية كما فعل نظيره المشرع الألماني والإيطالي⁽¹⁾.

واعتبره جانب من الفقه أنه مبدأ يشمل العقد منذ نشأته إلى إبرامه إلى تنفيذه وعلى الرغم من عدم وجود نصوص قانونية تنظم هذه المرحلة قبل تعديل القانون الفرنسي إلا أن هذا دفع ببعض الباحثين بالكتابة في هذا المجال وإصدار كتب حديثة خاصة بالقانون الفرنسي تتناول المسائل الأساسية لمرحلة المفاوضات والمسؤولية الناشئة عنها متأثرين في ذلك بالأنظمة القانونية الأوروبية والنظريات الألمانية فاستقر الاجتهاد القضائي في هذه المرحلة على أن المسؤولية التقصيرية في المفاوضات لا تنطبق على العدول على التفاوض بل على الخطأ الذي يصحب العدول في التفاوض على هذا الأساس المحاكم الفرنسية آنذاك رفضت أن تقضي بالتعويض لمضروب عدوله عن المفاوضات لم يكن مصحوباً بتقصير أو خطأ.

وفي ظل غياب هذه النصوص كان القانون الفرنسي يشترط التعسف في قطع المفاوضات بسبب ضرر لحق الغير حتى يشكل خطأ تقصيري يستوجب التعويض⁽²⁾.

ب/ مرحلة بعد التعديل :

بعد تعديل القانون الفرنسي سنة 2016 في الباب الثالث من الكتاب الثالث استحدث المشرع المدني الفرنسي بعض المواد التي تنظم فترة المفاوضات، فنص صراحة في المادة 1104 (ق.م.ف.ج) على

(1) المادة 312 فقرة 2 ق م ألماني والمادة 1337 ق م إيطالي.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 376.

وجوب التفاوض بحسن النية فأصبح مبدأ حسن النية يشمل مرحلة المفاوضات بنص صريح من خلال المادة 1112 (ق.م.ف.ج) نظمت المفاوضات العقدية والمسؤولية الناشئة عنها خلال هذه المرحلة وجاء نص المادة مترجم كالآتي:

المادة 1112 (ق.م.ف.ج) فقرة 1 : «يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية.

فقرة 2: يعوض الضرر عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات العقدية ليشمل خسارة المزايا التي كانت مسطرة من العقد المراد إبرامه».

المادة 1112 (ق.م.ف.ج) أشارت لقيام المسؤولية في مرحلة المفاوضات لكنها لم تشير لطبيعة هذه المسؤولية عقدية أم تقصيرية.

والمادة 1112 مكرر 1 : استحدثت فيها المشرع الفرنسي ضرورة وجوب الالتزام بالإعلام القبل تعاقدية وإن الإخلال به قد يؤدي لبطلان العقد.

كذلك أشار التعديل الجديد للقانون الفرنسي في بعض نصوصه لبعض العقود السابقة عن مرحلة التفاوض فتضمن المواد (الوعد بالنفذيل في المادة 1123 (ق.م.ف.ج) الوعد بالتعاقد الوعد الملزم لجانب واحد 1124 (ق.م.ف.ج) -مهلة التروّي- 1122 (ق.م.ف.ج) (1).

المطلب الثاني

شروط وآثار قيام المسؤولية

عن الإخلال بالالتزامات الناشئة في المرحلة السابقة للعقد

يتخلل مرحلة المفاوضات مجموعة من الالتزامات والتي تهدف في مجملها لنجاح المفاوضات وإبرام العقد محل التفاوض وأي إخلال بهذه الالتزامات يوجب قيام المسؤولية كما أن مبدأ سلطان الإرادة يخول لأطراف التفاوض الحرية التامة في التفاوض من عدمه إلا أنه أي عدول عن التفاوض أو قطع المفاوضات من أحد أطرافها دون سبب جدي ومشروع ينتج عنه ضرراً للغير، من شأنه أن يوجب قيام المسؤولية على أساس الإخلال بالتفاوض بحسن نية الذي يعتبر التزام عام بالعقود فلا مسؤولية دون خطأ فقطع المفاوضات أو العدول عنها لا يوجب المسؤولية إلا إذا اقترن بخطأ سبب ضرر للغير ومهما كان أساس المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات فإن قيام هذه المسؤولية لا يكتمل إلا إذا توافرت شروطها

(1) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 14.

الخطأ والضرر وعلاقة السببية وسنتطرق من خلال هذا المطلب لشروط قيام المسؤولية السابقة للتعاقد (الفرع الأول) ثم نتطرق للآثار المترتبة عن قيام المسؤولية في هاته المرحلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط قيام المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزامات مرحلة التفاوض

نصت المادة 124 (ق.م.ج) على أنه أي خطأ يسبب ضررا للغير يلزم صاحبه بالتعويض، فقيام المسؤولية لا بد من ثبوت الخطأ في جانب المتسبب بالضرر وثبوت الضرر في جانب المضرور وثبوت العلاقة السببية بينهما ونتناول فيما يلي شروط قيام المسؤولية السابقة للتعاقد بالتطرق للخطأ (أولا) ثم الضرر (ثانيا) ثم علاقة السببية (ثالثا).

* أولاً - الخطأ القبل تعاقدى :

إنّ الخطأ القبل تعاقدى يأخذ أحد الصورتين قد يكون خطأ عقدي أو خطأ تقصيري ومهما كان مصدره فكلاهما يعتبر إخلال بالتزامات السابقة للتعاقد وهذه الالتزامات كثيرة ومتنوعة إلا أننا سنضيق مجال الدراسة فتحصر الالتزامات المرتبطة بحماية الإرادة بصورة مباشرة نظرا لطبيعة موضوع الدراسة وأهم هذه الالتزامات هي الالتزام بالتفاوض بحسن النية والالتزام بالإعلام القبل تعاقدى الذي يوفر حماية مباشرة لرضا الأطراف من خلال إنشاء رضا واعي ومستتير.

نتطرق فيما يلي لأنواع الخطأ القبل تعاقدى بالتعرض للخطأ العقدي السابق للتعاقد (أ) ثم نستعرض للخطأ التقصيري القبل تعاقدى (ب).

أ. الخطأ العقدي ما قبل التعاقدى :

1. مفهوم الخطأ العقدي ما قبل التعاقدى :

1.1. تعريفه الخطأ العقدي ما قبل التعاقدى :

يتمثل الخطأ العقدي في الإخلال بالتزام مصدره العقد الذي يعتبر شريعة المتعاقدين طبقا للمادة 106 (ق.م.ج) فيتعين علي الأطراف المتعاقدة تنفيذ ما اتفقا عليه وقد يكون الإخلال بالالتزام العقدي عن قصد أو بسبب الإهمال أو لأي سبب آخر وقد يكون عدم التنفيذ جزئي أو كلي أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ بغير الوجه المتفق عليه فتقوم المسؤولية العقدية التي لا يمكن دفعها إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه.

وفكرة الخطأ العقدي السابق للتعاقد تعود للفقهاء الألماني «إهرنج» الذي يقول بأن المطالبة بالتعويض بمناسبة المسؤولية القبل تعاقدية لا مجال للحديث فيه عن المسؤولية التقصيرية وبالتالي لا يكون للمضروور سوى دعوي المسؤولية العقدية وهذا لأنَّ الفقيه «إهرنج» يعترف بوجود عقد ضمنى نشئ بمجرد الاتفاق على التفاوض وهذا الالتزام يلزم كلَّ طرف بتزويد الآخر بالمعلومات الضرورية⁽¹⁾ ورأي الفقيه «إهرنج» منتقد لأنه يستند لعقد آخر غير العقد المراد إبرامه.

2.1. صور الخطأ العقدي ما قبل التعاقد:

الخطأ العقدي السابق للتعاقد في مرحلة المفاوضات قد يأخذ عدة صور، فقد يتمثل إما في مخالفة التزام أو صور أخرى ونظرا لخصوصية موضوع بحثنا سنركز الدراسة على الإخلال بالالتزامات التي تؤثر في الرضا مباشرة وهي صور الإخلال بالالتزام بالإعلام القبل تعاقدية وصور الإخلال بالالتزام بحسن النية في التفاوض مع الإشارة لصور أخرى للخطأ العقدي ومن أهم هذه الصور ما يلي:

- رفض الدخول في التفاوض لإبرام العقد النهائي:

إن مجرد إبرام عقد التفاوض من قبل أطرافه ينشئ التزام بالبدء بالتفاوض والالتزام بالاستمرار فيه فإذا خالف أحدهما هذا الالتزام أو تأخر في تنفيذه يعتبر مخلا به وتقوم على إثره المسؤولية العقدية وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه أن مجرد الامتناع على التفاوض يعتبر خطأ عقدي لأن الالتزام بالبدء بالتفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

- قطع المفاوضات دون سبب مشروع :

يتمتع المتفاوض بكامل الحرية في الدخول في المفاوضات من عدمه وفي قطع المفاوضات والعدول عنها وهذا استنادا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يهيمن على هذه المرحلة ولا يقيد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود عملية التفاوض.

- مخالفة التزامات التفاوض :

ينشأ عن مرحلة المفاوضات مجموعة من الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية مثل الالتزام بالاستقامة والجديّة والمحافظة على سرية المعلومات وتلك الالتزامات الخاصة التي يتم الاتفاق عليها بعقد

(1) براهمي فايضة، مذكرة المرجع السابق، ص149. وانظر أيضا : عبد الله عبد الأمير طه الشمري، مقال المرجع السابق، ص26. كاظم كرم علي الشمري، مقال المرجع السابق، ص210.

(2) BETTY Mercedes MARTINEZ-CARDENAS : **La responsabilité précontractuelle, Etude comparative des régimes colombien et français**, Thèse de doctorat, université Panthéon-assas, 2013, p. p 105 - 107.

التفاوض فأى إخلال بها ينشأ خطأ يستوجب التعويض لكن مجال دراستنا سينحصر في الالتزام بالإعلام القبل تعاقدى وفي الالتزام بحسن النية.

- الإخلال بالالتزام بالإعلام القبل تعاقدى :

فرض التدخل التشريعي الالتزام بالإعلام القبل تعاقدى مثلا في مجال عقود الأعمال خاصة عقد التوزيع بالترخيص لاستعمال العلامة التجارية فرض الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد حين اشترط ضرورة تقديم وثيقة الإعلام المسبق وهذا بغية حماية الطرف الضعيف في العقد فهو نظام قانوني حمائي سابق للتعاقد يضمن ما أمكن خلو إرادة الدائن من أي عيب نتيجة الجهل بظروف التعاقد ومن أهم هذه الصور تقديم وثيقة الإعلام المسبق الخاصة في مجال الأعمال وعقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية ويشترط ألا تحتوي هذه الوثيقة على معلومات كاذبة ويتم تسليمها للدائن فعليا⁽¹⁾.

الصورة الثانية هي تقديم بيانات كاذبة ومعلومات مبالغ فيها فأهمية صدق المعلومات تؤثر على الرضا وتكون إرادة المتعاقد صحيحة بقدر صحة المعلومات فالمعلومات الغير صادقة والغير دقيقة لا تسمح بتبصير الدائن بالإعلام والكذب من شأنه أن يعيب إرادته ويوقعه في الغلط وتتحقق عدم المساواة بين المتعاقدين كما أن المبالغة في التوقعات تأخذ حكم الكذب كأن يصور للمتعاقد الآخر حصوله على امتيازات أكثر بكثير مما يمكن للعقد أن يحققه في الواقع.

أما الصورة الثالثة للإخلال بالالتزام بالإعلام القبل تعاقدى هي مهلة التروي وهي الحيز الزمني الذي يمنع فيه قانونا لمتلقي الإيجاب أن يصدر قبوله تحت طائلة البطلان وهذا يهدف من خلاله المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد الذي وجه إليه الإذعان لتبصير رضاه وإن مختلف حالات وصور الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد مرتبطة بأهميته بالنسبة لحماية رضا الطرف الضعيف في العقد.

- الإخلال بالالتزام بحسن النية :

الالتزام بحسن نية التزام عام تنفرع عنه باقي الالتزامات الأخرى وأن كان الهدف منه لا يمس مباشرة حماية الرضا إلا أنه أساسي للوصول بالمفاوضات لإبرام العقد النهائي.

(1) رشيد ساسان: المسؤولية عن الإخلال بالالتزام القبل تعاقدى، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة، العدد 39، 2014، ص160.

كما سبق وذكرنا إذا تخلل مرحلة المفاوضات عقد تفاوض أو أحد العقود الابتدائية فالمسؤولية هنا تكون عقدية وإذا خلت مرحلة المفاوضات من أي عقد أو اتفاق تمهيدي تكون المسؤولية تقصيرية ولا مجال للمسؤولية العقدية هنا⁽¹⁾.

فالالتزام بحسن نية في مرحلة المفاوضات إذا لم يتم النص عليه صراحة أو على أحد الالتزامات المتفرعة عنه فإنه كقاعدة عامة يترتب عليه المسؤولية التقصيرية وهذا هو الرأي الذي استقر عليه المشرع الجزائري والفرنسي والمصري وأغلب الفقه المعاصر وأيده القضاء وذهب إليه الفقه حتى لو لم تنتهي المفاوضات بإبرام العقد النهائي.

أما في حال قيام المسؤوليتين معا فقد ذهب أغلب الفقه الجزائري إلى عدم الخيرة بين المسؤوليتين لاستقلال كل منهما بنظام خاص بالتالي لا يستطيع المتضرر إلا أن يرفع أحد الدعويين واستقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه من غير المقبول أن يحصل المتضرر على تعويضين على ضرر واحد لأن مرجع العلاقة بينهما العقد.

ب/ الخطأ التقصيري السابق للتعاقد :

وهو انحراف سلوك الشخص (أحد المتفاوضين) عن سلوك الشخص المعتاد كأن يتصرف ويسوء نية ويتعمد الإضرار بالطرف الآخر والإخلال بمبدأ حسن النية وإحداث الضرر للمتفاوض الآخر، كالدخول للمفاوضات دون نية جدية للتعاقد⁽²⁾ أو يتعمد التمديد في المفاوضات دون نية جدية للتفاوض أو قطع المفاوضات لسبب غير مشروع.

واستقر الفقه والقضاء بفرنسا ومصر على الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام القبل تعاقدية بإعلام المستهلك لأن الخطأ السابق للتعاقد ينفصل عن الخطأ العقدي ولا يمكن توقيع الجزاء من خلال أحكام المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

ويأخذ الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات عدة صور وذكر الفقه أهمها:

(1) رشيد ساسان، مقال المرجع السابق، ص 161.

(2) براهمي فايضة، مذكرة المرجع السابق، ص 154. أنظر: نبيل إسماعيل الشبلاق، مقال المرجع السابق، ص 326.

(3) عبد المنعم موسى إبراهيم: حماية المستهلك دراسة مقارنة، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 385

- راجع أيضا: RADU (S), Thé-précité.

- مفاوضات التجسس :

حين يدخل شخص للتفاوض مع شخص آخر بهدف التجسس ومعرفة أسرار الطرف الآخر والاطلاع على أفكاره وبمجرد حصوله على ما يحتاجه من معلومات يتراجع عن التفاوض⁽¹⁾.

- مفاوضات الإعاقة:

وهي تلك المفاوضات التي يهدف من خلالها أحد المتعاقدين على تعطيل الطرف الآخر وصرفه على إبرامه لصفقه فلم يكن يتفاوض من أجل إبرام العقد النهائي، مثال: كأن تتدخل دار نشر بالتفاوض مع مؤلف حتى لا يتفاوض مع شركة منافسة لها.

- السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد:

ويتحقق ذلك بعدم إعلام المتفاوض بواقعة مؤثرة وكتمانها وهذا يعتبر من قبيل الغش والتدليس لأن الشخص الذي يعتمد الكتمان بقصد الإضرار بالتفاوض الآخر وبمصلحته وبالوصول على منفعة من خلال الغش وكنم الحقيقة التي لو علم بها لما أقبل على إبرام العقد وهذا الكتمان دون شك هو خطأ تقصيري يلزم صاحبه بالتعويض ويميز القاضي في تقديره لجسامة الخطأ بين المفاوضات التي تتم بين محترفين من نفس الوزن الاقتصادي وبين تلك التي تتم بين محترف وأشخاص عاديين.

* **ثانياً - الضرر القبل تعاقدى :**

الضرر هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في أحد مصالحه المشروعة التي يحميها القانون والمادة 182 (ق.م.ج) أعطت مفهوماً واسعاً للضرر فقد يكون:

مادي يصيب الشخص في جسمه وماله أو مصلحة مشروعة.

وقد يكون معنوياً يمسُّ بحرية الشخص أو سمعته أو شرفه أو نفسه، والضرر القبل تعاقدى المتعلق بالإخلال بالالتزام القبل تعاقدى أو الإخلال بالالتزام بحسن النية كامتناع المدين عن إعلام الدائن بمعلومات وبيانات مرتبطة بالعقد المراد إبرامه مما يترتب عليه مشاكل كبيرة وأضرار كبيرة في حال توصل الطرفان لإبرام العقد النهائي وحتى نكون أمام ضرر قبل تعاقدى فيشترط أن يكون مادياً مؤكداً⁽²⁾.

(1) عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 157.

(2) وعود كاتب الأنباري، مقال المرجع السابق، ص 206 الى 208. راجع أيضاً : قرية رضا: سلطة القاضي في تقدير التعويض، مذكرة ماجستير (قانون خاص)، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 2-12.

واستقر القضاء على أن التعويض المستحق عن قطع المفاوضات يكون على الأضرار المادية فقط التي يتمكن المضرور من إثباتها وتصنف هذه الأضرار المادية إلى ما لحقه من خسارة (أ) وما فاته من كسب (ب) .

أ/ ما لحق المضرور من خسارة :

إن الإخلال بالالتزام بحسن النية أو التعامل بسوء النية كأن يتفاوض أحد الطرفين بدون نية جدية للتفاوض بل بغية الاطلاع على أسرار المتفاوض الآخر أو إحجام المتفاوض عن تزويد الطرف الآخر بما يملكه من معلومات سواء بكتمانها أو بالإدلاء بمعلومات كاذبة من شأنها كلها أن تحدث ضررا بالطرف الآخر وتضليله وتعيب رضاه مما تدفعه للتعاقد وإبرام العقد النهائي جاهلا لحقيقة ما يحيط بالعملية التعاقدية أو أن تقطع المفاوضات دون سبب مشروع.

ب/ ما فات المضرور من كسب :

ويأخذ أحد الصورتين: ضياع فرصة إبرام العقد النهائي(1) أو ضياع فرصة إبرام صفقة أخرى (2).

1. تفويت فرصة إبرام العقد النهائي :

اتجه القضاء الفرنسي لاستبعاد التعويض عن فقدان أو ضياع الفرصة مستثنين في ذلك على أن هذا يتعارض مع طبيعة المعلومات التي تعتبر عملا ماديا لا أثر له ومع طبيعة عقد التفاوض التي تعتبر عقد غير تام ومجرد وسيلة للوصول لإبرام العقد النهائي فلا يصح التعويض عن عقد محتمل إتمامه مما يؤدي بالقول أن الضرر احتمالي وأن الفرصة الضائعة محتملة (1) وغير محققة ويؤيد هذا جانب من الفقه.

والجدير بالذكر أن المحكمة العليا في قرار حديث مؤرخ في 2006/11/15 أقرت بالتعويض عن تفويت فرصة زواج مطلقة قبل الدخول بعد مضي زمن على إبرام العقد بالتخلي نهائيا على مشروع الزواج وتفويت فرصة الزواج عنها(2).

وهو اجتهاد صائب لأن الضرر الناتج عن تفويت فرصة جدير بالتعويض.

وما استقر عليه الفقه والقضاء كله في الجزائر ومصر وفرنسا أن الضرر الجدير بالتعويض ذلك الذي تتوافر فيه الشروط القانونية بأن يكون محققا مباشرا ومؤكدا، أما الأضرار الاحتمالية الغير مباشرة أو الغير متوقعة في مرحلة التفاوض لا يشملها التعويض لانقضاء علاقة السببية.

(1) أشواق دهيمي، نفس المرجع، ص21.

(2) مجلة المحكمة العليا الجزائرية، 2007، ع 1، ص487. وقد أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص403.

2. تفويت فرصة إبرام عقد بديل :

الفرصة الضائعة قد تكون فرصة التعاقد مع الطرف الآخر أو فرصة التعاقد مع شخص آخر وهذه الحالة يمكن التعويض عنها إلا أنها تثير مجموعة من الصعوبات تتمثل في صعوبة إثبات أن المتعاقد الآخر كان سيدخل في مفاوضات مع شخص آخر.

* ثالثاً - العلاقة السببية :

لا يكفي وجود الخطأ والضرر لقيام المسؤولية بل لابد من وجود علاقة سببية بينهما وأن يكون ذلك الخطأ هو الذي أدى لحدوث ذلك الضرر.

إنَّ علاقة السببية بين الخطأ والضرر يكون سببها أحد الأخطاء الواقعة أثناء التفاوض كما أشرنا إليه سابقاً أو بسبب قطع المفاوضات دون سبب جدي.

فإذا أقام المدعي الدليل على وجوب الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما تقوم مسؤولية المتسبب في الضرر ويقع عليه عبئ نفي العلاقة السببية بالسبب الأجنبي كأن يثبت أن الضرر راجع لقوة قاهرة أو أن المعلومات التي كان ملتزم بالحفاظ على سريتها تسربت بفعل شخص آخر سرقها وعلى هذا النحو يكون المدعى عليه قد قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر مما يؤدي لانقضاء المسؤولية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات القبل تعاقدية

الأصل هو أن يقوم المدين بتنفيذ التزاماته طوعاً واختياراً بغض النظر عن مصدرها (عقد تفاوض أو وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية خلال هذه المرحلة).

ويرى جانب من الفقه إن جزاء الإخلال بالالتزامات القبل التعاقدية هو التنفيذ العيني في حين عارض جانب آخر هذا الرأي وقالوا بأن الجزاء يقتصر على التعويض وسأبحث فيما يلي:

التنفيذ العيني (أولاً) التنفيذ بمقابل -التعويض- (ثانياً).

(1) بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 127.

* أولاً - التنفيذ العيني :

المقصود بالتنفيذ العيني طبقاً للقواعد العامة أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به للدائن، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عيناً إذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني طواعية جاز للدائن أن يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكناً وغير مرهق للمدين وهذا ما نصت عليه المادة 164 (ق.م.ج) والتي جاء فيها: « يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180-181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً»، وعليه فإنَّ المتفاوض الذي لم يقم بتنفيذ التزامه بالتفاوض طواعية رغم توجيه الأعدار له مما يترتب عليه إلحاق الضرر بالمفاوض الآخر:

- فهل يجوز لهذا الأخير اللجوء للقضاء لاستصدار حكم من أجل إجباره وإرغامه على التفاوض؟

أو الاستمرار فيه؟ بمعنى أدقّ؛ هل يمكن إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه عينياً؟

يرى الرأي الغالب فقهاً بضرورة استبعاد التنفيذ العيني من مجال المفاوضات حتى وإن كان التنفيذ ممكناً وغير مستحيلاً وهذا راجع للأسباب التالية:

- **السبب الأول:** أن التنفيذ العيني للالتزام يتطلب تدخل المدين شخصياً، وأمام إحجامه عن ذلك فإجباره على التنفيذ يتعارض ومقتضيات حرية التعاقد وبالتالي لا يجوز إجبار المتفاوض في الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها.

- **السبب الثاني:** لا يمكن إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه غصباً لأن هذا سيؤدي إلى توتر العلاقات ولا يتصور الوصول لإبرام العقد النهائي في جو يسوده التوتر والقلق.

ويرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينياً مستندياً في ذلك على حكم صادر عن محكمة باريس في 28 سبتمبر 1976 والذي قضى بالالتزام بالتفاوض وتتلخص وقائع هذه القضية بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة FDF وشركة SHALL ويتضمن العقد بندا يلزم أطراف التفاوض بإعادة التفاوض حول الثمن في حال ارتفاع وانخفاض الأسعار، وبعد حرب أكتوبر 1973 ارتفعت أسعار البترول ودخل الطرفان في مفاوضات من أجل تعديل السعر لكن باءت بالفشل وتجدر الإشارة أنه من بين التزامات مرحلة التفاوض هناك التزام يمكن فيه إجبار المدين على التنفيذ العيني وهو الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

حاصل ما تقدم أنه إذا تقررت مسؤولية أحد أطراف التفاوض نتيجة إخلاله بالتزامه فلا يمكن إجباره على التنفيذ العيني للالتزام لأن هذا يتعارض ومبدأ حرية التعاقد ومن شأن هذا أن يفتح باب منازعات بين

الطرفين مما يؤدي للمساس باستقرار المعاملات ومن ثمَّ يبقى التنفيذ بمقابل -التعويض- هو الحل الأنسب في مثل هذه المعاملات⁽¹⁾.

* ثانياً - التنفيذ بمقابل (التعويض) :

(أ) تقدير التعويض :

الأصل أن يتم تقدير التعويض حسب ما في اتفاق الأطراف وأمام عدم وجود مثل هذا الشرط يقوم القاضي بتقدير التعويض.

إذا تم رجوع القاضي في تقديره للتعويض إلى اتفاقات الأطراف يتعين عليه في هذه الحالة أن يقضي بما اتفق عليه الأطراف دون زيادة أو نقصان، إلا أنه للقاضي السلطة التقديرية إذا رأى أن مبلغ التعويض المحدد في اتفاق الأطراف مبالغاً فيه أن يتدخل للإنقاص منه ولكن إذا رأى القاضي أن الضرر أكبر من قيمة التعويض يستطيع كذلك إعمال سلطته التقديرية لزيادة مبلغ التعويض⁽²⁾.

ويشترط في القاضي عند تقديره للتعويض إن لم يكن يتفق عليه الطرفان أن يشتمل التعويض على ما فات المتفاوض المضرور من كسب وما لحقه من خسارة وهذا ما جاء في نص المادة 182 (ق.م.ج).

ب/ نطاق التعويض:

إن نطاق التعويض يتحدد وينحصر في مجموعة الأضرار التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة المفاوضات كثيرة جداً لكن الأضرار التي جرى العمل على التعويض عنها هي : (نفقات التفاوض، ضياع الوقت، ضياع الفرصة).

1. التعويض عن نفقات التفاوض (Les frais de négociations) :

هي النفقات التي ينفقها المتفاوض في سبيل التفاوض أو بسبب التفاوض كنفقات الخبرة و نفقات الدراسات الفنية فهي خسارة للمتفاوض المضرور ويشترط أن تكون هذه النفقات تخدم المفاوضات مباشرة أنفقها المتفاوض بمناسبة التفاوض أو بسببه⁽³⁾.

(1) قرية رضا، مذكرة المرجع السابق، ص 42. وعود كاتب الأتباري، مقال المرجع السابق، ص 208.

(2) أشواق دهيمي، مذكرة المرجع السابق، ص 21.

(3) براهيمى فايزة، مذكرة المرجع السابق، ص 22.

2. التعويض عن الوقت الضائع (Perte de Temps) :

ضياع الوقت من الأمور المتوقعة في المفاوضات فهناك من المناقشات من تدوم ساعات أو شهور وسنين وهناك حكم فرنسي مشهور في هذا المجال أبرز موضوع التعويض عن ضياع الوقت وتتلخص وقائعه في أن زوجين أعلنوا رغبتهما في قبول إيجاب متعلق ببيع عقار ثم طالبا بتحديد مدة القبول حتى يتسنى لهما جمع التمويل وبعد ثلاثة أشهر أفصحا عن عدم رغبتهما في الشراء. تمسك الموجب بأن رفضهما جاء متأخرا مطالبا بالتعويض عن ضياع الوقت وعاتبت محكمة الموضوع على قضاة الموضوع رفضهم طلب الموجب الذي كان يعتقد لزوم بقاءه على إيجابه مما دفعه لعدم التصرف في العقار طيلة تلك الفترة⁽¹⁾.

3. التعويض عن تفويت الفرصة (Perte de la chance) :

القاعدة العامة أن التعويض يكون على الأضرار المباشرة المحققة فالضرر الاحتمالي لا يعرض عنه لكونه غير محقق الوقوع في الحال أو المستقبل.

لكن الحرمان من فرص محتملة كأن يحتمل معها الكسب تمثل ضررا محققا تتمثل في الحرمان من فرصة الكسب فتفويت الفرصة إذا هو الحرمان من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب⁽²⁾. استقر القضاء في مجمله على أنه إذا كان الكسب احتمالي لا يكفي كأساس للتعويض فالحرمان من فرصة تحقيق هذا الكسب تعد ضررا محقق واجب التعويض.

أخذ القضاء المصري بتعويض تفويت الفرصة وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية ويعتبر تفويت الفرص من الأضرار المتوقعة في التفاوض ففشل المفاوضات بسبب قطعها أو الإخلال بالتزاماتها لحرمان الطرف الآخر من فرصة إبرام العقد النهائي محل التفاوض أو حرمانه من فرصة كسب أخرى وتفاوض آخر وإبرام عقد بديل آخر فيمكن للمتفاوض المضرور المطالبة بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام نفس العقد مع الغير شريطة أن تكون هذه الفرصة جادة لاستحقاق التعويض أن لا يكون ضياع هذه الفرصة منه يعود لسذاجته أو يكون قد تسبب في ضياعها كليا أو جزئيا بخطأ منه.

بالنسبة لتقدير التعويض القاعدة العامة هي معادلته وجبره للضرر بحيث يتساوى التعويض مع الضرر ولا ينقص ولا يزيد عنه وهذا ما يسمى بمبدأ التعويض الكامل على أنه يقدر التعويض الكامل

(1) نفس المرجع نفس الموضع.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض تفويت الفرصة (القسم 1)، مجلة الحقوق الكويتية، س 10، عدد 2، 1980، ص 83.

على فوات الفرصة تتخلله صعوبة كبيرة لأن الضرر في هذه المرحلة يتعذر حسابه وتحديدته وتحديد واقعي فهو محتمل.

وعليه فالتعويض على فوات الفرصة لا يبلغ حد التعويض على ما هو متوقع من منفعة من العقد في حال تم إبرامه إنما يقف إلى نسبة منها تحددها درجة احتمال التعاقد الذي يصاحب مرحلة المفاوضات ونسبة التعويض تزيد أو تنقص أو تنعدم إذا ثبت أن الفرص سهلة ومتاحة تنقص وإذا ثبت أنها صعبة المنال تزيد نسبة التعويض أما إذا ثبت أن فرص إبرام العقد مع الغير منعدمة طيلة فترة المفاوضات تنعدم⁽¹⁾.

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مقال المرجع السابق، ص 84.

ملخص الفصل الأول

تطرقنا من خلال هذا الفصل لأهم الوسائل الوقائية والعلاجية المقررة لحماية إرادة المتعاقد خلال المرحلة السابقة للتعاقد، وعليه فخلاصة هذا الفصل ومن كل ما سبق تناوله نستنتج أن :
مرحلة المفاوضات العقدية هي أهم وأخطر مرحلة على الإطلاق في مجال تكوين العقد وهي تلعب دورا وقائياً فنجاحها يعدُّ ضماناً لقيام عقد لا تنثر منازعات بصدده تنفيذها.
كما تعمل المفاوضات على توضيح التزامات الاطراف في تلك المرحلة وتزيل أي غموض يقع فيه المتعاقدان فيما بعد.

والدخول في المفاوضات يُرتب على أطراف التفاوض ضرورة مراعاة «مبدأ حسن النية» أي التعامل باستقامة وصدق، ووجود هذا المبدأ في هذه المرحلة يفرض على المتعاقدين الالتزام بالإعلام والاستعلام من أجل توضيح الموضوع التعاقدية من جميع جوانبه وتبصير رضا المتعاقد، وبالتالي حماية الإرادة من عيوبها وضمان سلامة المفاوضات، فكتمان معلومة أو واقعة ذات أهمية في العقد المراد إبرامه يُعدُّ إخلالاً بالالتزام بالإعلام وإخلالاً بمبدأ حسن النية في المفاوضات.
إنَّ فرض هذه الالتزامات في المرحلة السابقة للتعاقد له دورٌ بالغ الأهمية في حماية إرادة المتعاقدين خلال هذه المرحلة.

كما أشرنا في المبحث الثاني من هذا الفصل للوسائل العلاجية؛ وهي قيام المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزامات خلال مرحلة التفاوض فأشرنا لموقف الفقه التقليدي حيث ظهرت عدة نظريات تجادلت حول تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة خلال هذه المرحلة وهي مسؤولية عقدية أم تقصيرية وشروط قيام هذه المسؤولية والآثار الناجمة عنها.

ثمَّ عرجنا على موقف الفقه الحديث وتعديل القانون المدني الفرنسي الجديد الذي أضفى على مرحلة المفاوضات الصبغة القانونية بعد أن كانت مجرد عمل مادي لا أثر قانوني له كما هو الحال عليه في أغلب التشريعات ومن بينها المشرع المدني الجزائري الذي لم يولي اهتمام بهذه المرحلة وترك أمرها للفقه والقضاء بالتالي وأمام غياب نظام قانوني خاص ينظم المفاوضات العقدية فطبيعة المسؤولية هنا تتحدد بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني وهي مسؤولية تقصيرية طبقاً للمادة 124 (ق.م.ج).

الفصل الثاني

حماية إرادة المتعاقد خلال مرحلة إبرام العقد

الفصل الثاني

حماية إرادة المتعاقد خلال مرحلة إبرام العقد

■ تقديم وتقسيم :

إذا كانت حماية إرادة المتعاقد في مرحلة المفاوضات غير واضحة ومتذبذبة، كما سبق وأن رأينا في الفصل الأول من هذه الدراسة، مما اضطر الفقه والقضاء للتدخل لمحاولة إيجاد حلول، فإن هذه الحماية في مرحلة إبرام العقد مكرسة بالفعل في كافة التشريعات تقريبا، ومنها القانون المدني الجزائري.

فمنذ صدور القانون المدني الجزائري سنة 1975 تضمن الأخير مجموعة من النصوص في مواقع مختلفة الغاية منها إما الوقاية أو الحماية القبلية لإرادة المتعاقد ، مثل القواعد الخاصة بعيوب الإرادة أو تلك الخاصة بالأهلية أو الحماية من الشروط التعسفية وغيرها من مظاهر الحماية (المبحث الأول).

ولم يكتفي المشرع الجزائري بوضع تلك المبادئ والقواعد فحسب، وإنما وضع آليات تفعيل، بحيث إذا تم الإخلال بقواعد الحماية الوقائية، يكون بإمكان المتعاقد الذي عيب رضاه الحصول على حماية القانون المدني إما بإبطال العقد والحق في الحصول على تعويض عادل، تلك النظرية الشهيرة والمعروفة بنظرية البطلان (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الآليات الوقائية لحماية إرادة المتعاقد أثناء إبرام العقد

■ تقسيم :

سنتناول من خلال هذا المبحث نظرية عيوب الإرادة كما نظمها المشرع الجزائري (المطلب الأول)، ومن ثمّ دور هذه النظرية في حماية إرادة المتعاقد في مرحلة إبرام العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نظرية عيوب الإرادة

تعتبر نظرية عيوب الإرادة صدى لمبدأ سلطان الإرادة، حيث تتصل به اتصالاً وثيقاً، فالإرادة المعيبة ليست إرادة صحيحة ولا يكون لها سلطان كامل، ولا تصلح أن تكون أساساً ينعقد عليه العقد، ولقد اعتبر المشرع المتعاقد صاحب الإرادة المعيبة جديراً بالحماية القانونية (الفرع الأول). فاعتراف المشرع بعيوب الإرادة وتنظيمه لهذه النظرية، يشكل في حدّ ذاته أحد ركائز الحماية الوقائية لإرادة للمتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عيوب الإرادة

نظم القانون المدني عيوب الإرادة في المواد من 81 إلى 91، فنص على الغلط (أولاً)، التبدليس (ثانياً)، الإكراه (ثالثاً) الاستغلال (رابعاً).

* أولاً - الغلط :

نظم المشرع الجزائري أحكام الغلط من خلال المواد من 81 إلى 85، وعلى ذلك سوف نتناول في البداية تحديد مفهوم الغلط الذي يؤدي إلى تعيب الإرادة (أ)، ومن ثمّ شروط التمسك به (ب).

أ/ مفهوم الغلط في القانون المدني الجزائري :

لتحديد مفهوم الغلط، يتعين علينا تعريفه (1) وبيان صورته (2)، ثم نعرض على مواصفات الغلط المعيب للإرادة (3).

1. تعريف الغلط: يكاد ينعقد الإجماع لدى الفقه على تعريف الغلط بأنه ذلك الوهم الذي يقوم في ذهن المتعاقد فيتصور الأمر على غير حقيقته⁽¹⁾، فيدفعه إلى التعاقد نتيجة ذلك التصور الخاطئ⁽²⁾. أما المشرع الجزائري فلم يورد تعريفا للغلط، وإنما أكتفى بتحديد مواصفاته، حيث نصّت المادة 82/1 (ق.م.ج) : «يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط...» والمشرع الجزائري وضع معيارا موحدا للغلط المعيب للرضا وهو الغلط الجوهرى بحيث لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد، مستندا في ذلك على المعيار الشخصي دون الموضوعي لتحديد الغلط.

2. صور الغلط: من خلال الفقرات الثانية والثالثة من المادة 82 (ق.م.ج) حدد المشرع الجزائري صور الغلط الجوهرى، فذكر على التوالي الغلط في صفة الشيء والغلط في ذات المتعاقد، والغلط في صفة من صفاته، وأجمع الفقه على أن التعداد الوارد في المادة 82 جاء على سبيل المثال لا الحصر⁽³⁾، وتضيف المادة 83 صورة أخرى للغلط هي الغلط في القانون، ويضيف الفقه صورا أخرى مثل الغلط في الباعث والغلط في القيمة.

(1) بلحاج العربي: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا - ج1 - المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دار هومة للنشر 2015-2016، ص 384 - علي فيلاي: الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2013، ص174.

(2) في قضية شهيرة نظر فيها القضاء الفرنسي، وهي القضية المعروفة بـ (Depoussin) اعتقد بائع اللوحة الزيتية أنها في الأصل لهذا الرسام المشهور الذي عاش خلال القرن السادس عشر، غير أنّ بعد الخبرة الفنية التي أجريت على اللوحة المشهورة تبين أن اللوحة هي عمل فني لرسام آخر ينتمي إلى مدرسة تشكيلية أخرى، وبعد أن سمعت بواقعة بيعها والمنازعة المتعلقة بها تدخل اتحاد المتاحف الوطنية الفرنسية مستعملا حق الشفعة في شرائها لكونها حسب خبرائها المختصين هي بالفعل للرسام (Depoussin). بلحاج العربي، نفس المرجع، ص384 (الهامش رقم 1).

(3) وعلى العكس من ذلك؛ لا يأخذ المشرع الفرنسي في المادة 1110 (من القانون المدني قبل التعديل م 1130 بعد التعديل) إلا بالغلط في صفة الشيء واستثناء بالغلط في ذات أو صفة المتعاقد. راجع علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 177 - 178.

وتطبيقا لمفهوم الغلط الجوهري نصت المادة 84 على أن مجرد الغلط في الحساب أو غلطات القلم، لا تؤثر في سلامة الرضا ولا تعيب الإرادة، ولكن يجب تصحيح الغلط⁽¹⁾.

- **الغلط في صفة الشيء:** وهو أن يكون الغلط قد وقع على ذات الشيء أو في نوعه أو صفته، وتحدد الصفة الجوهرية للشيء طبقا للمادة 2/82 وفقا للمعيار الشخصي⁽²⁾، بأن تكون الصفة جوهرية في نظر المتعاقدين معا وقت إبرام العقد وفقا لظروف التعاقد ومقتضيات حسن النية، وإذا لم يفصح المتعاقدان عن الصفة التي يريانها جوهرية، فيتعين استخلاصها من شروط العقد أو وفقا لمقتضيات حسن النية⁽³⁾.

- **الغلط في ذات المتعاقد:** طبقا للمادة 3/82⁽⁴⁾ يكون الغلط في ذات المتعاقد في عقود الاعتبار الشخصي، أي تلك العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد أو إحدى صفاته محل اعتبار للمتعاقد الآخر، وهي السبب الوحيد الدافع إلى التعاقد⁽⁵⁾، ويلاحظ أنه في عقود التبرع، يكون شخص المتعاقد كقاعدة عامة محل اعتبار.

- **الغلط في القانون:** طبقا للمادة 83 يكون الغلط في القانون مؤثرا في العقد إذا توافرت فيه شروط الغلط الجوهري⁽⁶⁾، أي متى كان هو السبب الرئيسي للتعاقد، كالتزام الوارث شخصيا بدفع ديون مورثه معتقدا أن القانون يلزمه بذلك، فالغلط في القانون في المثال السابق، هو السبب الذي دفع به إلى سداد ديون المورث، وبذلك يكون قد وقع في غلط جوهري يترتب عليه قابلية العقد للإبطال، ولا تمنع قاعدة «لا يعذر بجهله القانون» للدفع في مواجهة الوارث الذي يتمسك بالإبطال لغلط في القانون⁽⁷⁾.

(1) تنص المادة 84 (ق.م.ج) : « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط»، راجع قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 581228 بتاريخ 2010/07/22، مجلة المحكمة العليا، ع 2، ص 161.

(2) المادة 2/82 : «.. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية...».

(3) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 117.

(4) المادة 3/82 : «.. إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد».

(5) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 49339، بتاريخ 1988/11/14، (م. ق) 1990 ع 4، ص 147.

(6) تنص المادة 83 (ق.م.ج) : « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81-82 ما لم يقصي القانون بغير ذلك».

(7) علي فيلالي، نفس المرجع، ص 182.

- **الغلط في الباعث:** لا يعتد بالغلط في الباعث إلا إذا كان متصلا بالصفة الجوهرية للشيء أو إذا جعل المتعاقدين منه شرطا من شروط العقد، ويبدو أن المشرع الجزائري يأخذ بالنظرية الحديثة للسبب، حيث نصت المادة 97 (ق.م.ج): « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا ». يفيد هذا الحكم أن الغرض من ركن السبب في العقد هو مراقبة مشروعية المعاملات وليس وجود ركن السبب، فالغلط في السبب أو الباعث في مفهوم النظرية الحديثة يخضع لنظرية الغلط الجوهرية دون سواها، مما يجعل العقد قابلا للإبطال للغلط في السبب⁽¹⁾.

- **الغلط في القيمة:** لم يقيد المشرع مجال الغلط الجوهرية واشترط فقط أن تكون تلك المعتقدات الخاطئة هي الدافع للتعاقد فقد يقع الغلط في قيمة الشيء كأن ثمن المبيع هو السبب الرئيسي الذي دفع بالتعاقد لإبرام العقد ولا شك عندئذ انه وقع في غلط جوهرية عندما يتضح له أن الثمن مرتفع جدا لو علم بحقيقته قبل التعاقد لما كان ليبرم هذا العقد.

3. مواصفات الغلط المعتبر معيبا للإرادة:

طبقا للمادة 82 (ق.م.ج) يشترط في الغلط الذي يعتد به كسبب لإبطال العقد أن يكون جوهريا، وهو يكون كذلك إذا كان جسيما ومؤثرا.

- **أن يكون الغلط جسيما:** حددت المادة 82 (ق.م.ج) الغلط الجوهرية بذلك الغلط الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على التعاقد، فمن البديهي أن لا يعتد بأي غلط، وذلك حفاظا على إستقرار المعاملات.

- **أن يكون الغلط مؤثرا:** لا يكفي أن يكون الغلط جسيما فحسب، بل يجب أن يكون مؤثرا، أي أن يكون هو الدافع إلى التعاقد، فالعبرة بسلامة الرضا، ويجب على من يدعي الوقوع في الغلط أن يثبت أن الاعتقادات الخاطئة هي حملته على التعاقد⁽²⁾، وهو شرط من شروط الغلط الجوهرية، ويتم اعتماد المعيار الذاتي أو الموضوعي في تقدير الغلط، ويفضل البعض المعيار الموضوعي في تقدير الغلط⁽³⁾.

(1) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 184.

(2) قرار المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 49339، قرار مشار إليه سابقا.

(3) عري فيلالي، نفس المرجع، ص 177.

ب/ شروط التمسك بالغلط:

إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري وقت إبرام العقد⁽¹⁾، كان مستحقا للحماية القانونية المتمثلة في حقه في المطالبة بإبطال العقد طبقا للمادة 81 (ق.م.ج)، وأورد المشرع بعض القيود لتفادي التعسف في استعمال الحق في المطالبة بإبطال العقد.

1. حسن النية: يجب أن يكون المتعاقد الذي وقع في الغلط حسن النية في تمسكه بالبطلان، أما إذا كان سيء النية بحيث اغتنم فرصة وقوعه في الغلط لإبطال العقد، فهذا يجرمه من حق المطالبة بالإبطال⁽²⁾.

2. استحقاق الحماية القانونية: للحصول على إبطال العقد يجب أن يكون المتعاقد الذي وقع في الغلط مستحقا للحماية القانونية، وهو يكون كذلك إذا لم يكن هذا الغلط بسبب طيش منه أو إهماله الفادح، فلا يمكنه التمسك بالحق في المطالبة بالإبطال لأنه كان بإمكانه أن يتفادى الوقوع في مثل هذا الغلط، ومن ثمّ يتحمل نتيجة طيشه وإهماله.

3. أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر: لا يشترط المشرع الجزائري اشتراك المتعاقدين معا في الغلط لكنه يشترط أن يكون المتعاقد الآخر يعلم به أو على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه والهدف من ذلك هو استقرار المعاملات والحدّ من التعسف في استعمال حق المطالبة بالبطلان، فلا يجوز حماية المتعاقد الذي وقع في الغلط على حساب المتعاقد الآخر الذي لا ذنب له⁽³⁾.

*** ثانيا - التدليس :**

تناول المشرع الجزائري أحكام التدليس في المواد 86-87 (ق.م.ج) وللوقوف على مضمون فكرة التدليس يتعين علينا التطرق لمفهوم التدليس (أ) ثمّ شروطه (ب).

(1) هذا ما يُميّز الغلط عن العيوب الخفية التي تظهر بعد إبرام العقد، وفي هذا قرّرت المحكمة العليا أنّه لا يمكن للمشتري التمسك بحق إبطال العقد بسبب الغلط إذا أصبحت قطعة الأرض التي اشتراها غير قابلة للبناء بموجب مقرر رئيس البلدية نتيجة الفيضانات التي عرفتها المدينة بعد إبرام البيع. المحكمة العليا، غ م ملف رقم 406468، بتاريخ 2008/04/23، م.م. ع 2008، ع 1، ص 118.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 187.

(3) علي فيلالي، المرجع نفسه، نفس الموضوع.

أ- مفهوم التدليس

تنص المادة 86 على أنه: « يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. (ف2) ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة ».

1- تعريف التدليس: يلاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى بتنظيم أحكام التدليس دون التطرق لتعريفه، وبحسب الفقه التدليس هو استخدام الوسائل الاحتمالية قصد تمويه الحقيقة وتضليل المتعاقد لدفعه للتعاقد، ويرى جانب آخر من الفقه أن التدليس هو غلط مدبر باستخدام حيل يلجأ إليها المتعاقد لتضليل المتعاقد معه ودفعه للتعاقد⁽¹⁾.

2. عناصر التدليس: يقوم التدليس على ركنين مادي ومعنوي:

1.2. الركن المادي: ويتمثل في تلك الوسائل المستعملة في تضليل المتعاقد لدفعه إلى التعاقد، وهي تشمل الحيل والكذب والسكوت العمد المنصوص عليها في المادة 86 (ق.م.ج).
- **الحيل:** وهي كل الأعمال والأفعال المستعملة لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد لإيقاعه في غلط يدفعه إلى إبرام العقد، ولا يمكن حصر الحيل ولكن يكفي أن تكون كفيلة بتضليل المدلس عليه ومثل ذلك تزوير الشهادات أو الوثائق إلى غير ذلك من الوسائل الأخرى، ويعود للقاضي تقدير ما إذا كانت تلك الوسائل من قبيل الحيل المؤدية إلى التدليس، وهو يرجع في ذلك إلى الحالة النفسية للمدلس عليه وكذا الظروف المحيطة به أثناء التعاقد.

- **الكذب:** يلجأ المدلس إلى الكذب من أجل إخفاء الحقيقة، ولا يعتبر الكذب حيلة يترتب عليها التدليس، ما لم يبلغ درجة من الخطورة، ويكون الكذب تدليساً يبطل العقد، إذا لم يتمكن المدلس عليه من اكتشاف الحقيقة، رغم كل الاحتياطات والجهود التي بذلها⁽²⁾، ويتولى القاضي تقدير خطورة الكذب فيرى

(1) راجع: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (مج1) نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1973، ص ص 358-359.

(2) قضت المحكمة العليا، أنه: «.. لما صرح البائع إلى المشتري أنه يستطيع تشييد بناء على الأرض محل التعامل، وأن شركة سونالغاز لا تتعرض لهذا المشروع، في حين الأمر غير ذلك، فإنه يكون قام بتدليس معيب للرضا..»، قرار المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 233625، بتاريخ 2001/01/17، (م. ق) 2001 ع 2، ص 109.

الظروف التي تمّ فيها العقد وصفة المتعاقد الذي صدر منه الكذب والمتعاقد معه، إلى جانب العلاقات المختلفة الموجودة بينهما (صداقة، قرابة.. إلخ).

السكوت العمد: طبقا للمادة 2/86، فإن أي سكوت عمدّ يعدّ تدليسا، فالمشرع فرض التزام بالإعلام على عاتق المتعاقد الذي يملك معلومات هامة أو بيانات مرتبطة بالعقد المراد إبرامه، بحيث أن الإخلال به أي الكتمان تلك المعلومات يعتبر تدليسا (1). ويكون الكتمان تدليسا إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

- أن يتعلق الأمر بواقعة أو ملابسة مؤثرة ،
- أن يكون المدلس يعلم بهذه الملابسة أو الواقعة ،
- أن يكون المدلس عليه جاهلا بهذه الواقعة أو الملابسة، ولا يستطيع أن يعلم بها بنفسه(2).

2.2. الركن المعنوي :

يتمثل في نية الخداع والتضليل، ولتحقيق هذا، لابد أن يكون الغرض من الحل المستعملة، خداع المدلس عليه وإيقاعه في الغلط لدفعه للتعاقد، فالهدف من السكوت هو إخفاء الحقيقة على المدلس عليه حتى يعيب رضاه ويدفعه لإبرام العقد، ويعطي بعض الفقه معنا واسعا لفكرة نية التضليل، فيرى أنها تتحقق بمجرد علم المدلس بالضرر الذي قد يلحق المدلس عليه نتيجة سلوكه(3).

ب/ شروط التدليس:

طبقا للمادة 1/86 فإن شروط التدليس هي: استخدام طرق احتيالية، أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع إلى التعاقد، وصدور التدليس من أحد المتعاقدين أو نائبه.

(1) وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا أنه: « .. يقع على البنك قبل توقيع اتفاقية القرض التزام بإعلام المقترض بأنه بإمكانه الحصول على دعم مالي من طرق الصندوق الوطني للسكن، ولمكا أخل البنك بهذا الالتزام بالإعلام فإنه يكون قد أوقع المقترض في غلط جوهري، الأمر الذي يبرر إبطال الاتفاقية.. ». قرار المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 581228، بتاريخ 2010/07/22، (م.م. ع) 2010 ع 2، ص 161.

والصحيح أن المقترض وقع في تدليس وليس في غلط جوهري، فالغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، أما التدليس يكون بفعل المتعاقد معه.

(1) هانية محمد علي فقيه: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص ص 104-106.

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 60-61.

1. استخدام طرق احتيالية: وفقا للمادة 1/86 فإنه يشترط لقيام التدليس أن يستعمل المدلس طرقا احتيالية لتمويه الحقيقة وإيقاع المتعاقد الآخر في الغلط، مما يؤثر على إرادته ويدفعه لإبرام العقد، كالوسائل الاحتيالية الفعلية، القولية، أو السلبية، والمادة 86 أشارت على سبيل المثال إلى الحيل والكتمان كنموذج لهذه الأساليب، فالخداع يعتبر الأسلوب الغالب في ارتكاب الغش وهو يختلف عن الغش في كون هذا الأخير يقع أثناء تنفيذ العقد، في حين أن الخداع يمس الإرادة أثناء تكوين العقد⁽¹⁾.

كما أن اصطناع المستندات والتزوير فيها أو إخفائها، أو انتحال صفة كاذبة أو كتمان الحقيقة والمعلومة عن الطرف الآخر والكذب بغرض التضليل وغيرها من الأساليب الوسائل التي يلجأ إليها المدلس تؤدي إلى إبطال العقد⁽²⁾.

وحتى نكون أمام تدليس يترتب عليه قابلية العقد للإبطال يجب أن يكون التدليس مؤثرا ينال من سلامة رضا المدلس عليه، وأن تكون الحيل التي لجأ إليها المدلس هي التي تقف وراء عزم المدلس عليه على التعاقد، وإلا يعتبر رضاه سليما وينعقد رضاه صحيحا.

2. أن تكون الطرق الاحتيالية هي الدافع إلى التعاقد: من خلال نص المادة 1/86 يتضح

أن المشرع اشترط أن تكون هذه الحيل المستعملة مؤثرة أي تبلغ حدا من الجسامة، فتكون هي الدافع إلى التعاقد، بحيث لو علم بها المدلس عليه من قبل لما كان ليبرم العقد، وجسامة هذه الحيل تخضع لتقدير القاضي بالإستناد على المعيار الشخصي لأنه من الأشخاص من يسهل غشه ومنهم من يصعب خداعه، وكذلك ضرورة مراعات أحوال المتعاقدين والظروف المحيطة بالتعاقد.

3. صدور التدليس من أحد المتعاقدين أو نائبه: تنص المادة 87 : « إذا صدر التدليس من غير

المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس»، يتضح من خلال هذا النص أنه إذا صدر التدليس من الغير أي من شخص من غير المتعاقدين، فيشترط أن يكون المتعاقد الآخر عالما بالحيل الصادرة عن الغير أو من السهل علمه بها، وإلا لا يجوز له المطالبة بإبطال العقد.

(1) بيار إيميل طويبا: الغش والخداع في القانون الخاص الإطار العقدي والإطار التقصيري - دراسة مقارنة، د ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، 2009، ص ص 73-74 - جاك غاستان، المرجع السابق، ص 995.

(2) قرار المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 148561، بتاريخ 1997/04/30، (م. ق) 1997 ع 2، ص 47 قرار المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 233625، بتاريخ 2001/01/17، (م. ق) 2001 ع 2، ص 109.

فالأعتداد بالتدليس كسبب لإبطال العقد يجب أن يتصل بعلم المتعاقد الآخر أو من تواطئ معه، وإلا فلا أثر قانوني له ويمكن الرجوع على الغير على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية والمطالبة بالتعويض⁽¹⁾.

* ثالثاً - الإكراه :

إلى جانب الغلط والتدليس نصّ المشرع الجزائري على الإكراه كعيب من عيوب الرضا في المواد 89/88 (ق.م.ج)، وسنحاول فيما يلي أن نحدد المقصود بالإكراه (أ) ثمّ مصادره (ب).

أ/ **المقصود بالإكراه:** للوقوف على تحديد المقصود بالإكراه علينا تعريفه (1) ومن ثمّ بيان صورته (2) وتحديد شروطه (3).

1. تعريف الإكراه: نص المشرع الجزائري على الإكراه من خلال المادة 88 (ق.م.ج) لكنه لم يأتي على تعريفه أما الفقه فيرى جانب منه أن الإكراه هو: « ضعف غير مشروع بوسائل مادية أو معنوية فعالة تبعث الرهبة بشخص لتحمله على قبول تصرف قانوني لم يكن ليتقبله لو كانت إرادته سليمة عند مباشرته »⁽²⁾.

2. صور الإكراه: يميز الفقهاء بين الإكراه المعدم للإرادة⁽³⁾ وبين الإكراه المعيب للرضا -محل دراستنا- وهو ذلك الضغط عن طريق التهديد المفزع أو القهر الواضح في النفس والمال الذي يؤثر على إرادة المكره من خلال الخوف الشديد الذي يحمله على التعاقد والإكراه المعيب للرضا ينقسم إلى (إكراه مادي وإكراه معنوي)، فأما الإكراه المادي فهو تلك القوة التي تمارس على المتعاقد مباشرة وتشل إرادته ولا يمكن دفعها فنفقه حرية الاختيار مثل (الضرب الشديد)، أما الإكراه المعنوي فهو ذلك التهديد الذي يتلقاه المتعاقد ويؤثر في نفسه فيخلق لديه حالة رعب وفزع مما يدفعه للتعاقد من أجل الحفاظ على سلامته ومثال ذلك (التهديد بالقتل. الحرق. هلاك المال)⁽⁴⁾.

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 63 - هانية محمد علي فقية، المرجع السابق، ص 109-112.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 201. هانية محمد علي فقية، نفس المرجع، ص 114-116. جاك غاستان، المرجع السابق، ص 633. بلحاج العربي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 64.

(3) الإكراه المعدم للإرادة: يتحقق بنزع رضا المتعاقد عنوة في هذه الحالة تتعدم إرادة المكره فينعدم العقد. أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 433.

(4) هانية علي فقيه، المرجع السابق، ص 117-124. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 65. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 365.

3. شروط الإكراه: من خلال استقراء نص المادتين 88-89 (ق.م.ج) يتضح لنا أن المشرع

الجزائري يشترط لتحقيق الإكراه المعيب للرضا شروط أساسية وهي:

- **التهديد بخطر جسيم محقق لتحقيق غرض غير مشروع:** تنص المادة 88 (ق.م.ج) على أنه: «تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال»، يتضح من خلال نص هذه المادة أن وسيلة الإكراه هي بعث الرهبة في المتعاقد على أن خطرا يهدده في نفسه أو جسمه أو ماله أو شرفه أو أحد أقاربه وهي تتحقق إذا كان الخطر الذي يهدده محققا⁽¹⁾ أي وشيك الوقوع، وقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الذاتي في تقدير جسامته الخطر المحقق بالمكروه فما هو جسيم بنظر شخص قد لا يكون كذلك بنظر شخص آخر وهذا بسبب الاختلاف في الشخصية وهذا ما نصت عليه المادة 88 فقرة 3 (ق.م.ج).

- **حصول رهبة في نفس المتعاقد تدفعه للتعاقد:** الرهبة هي استيلاء الخوف على نفسية المتعاقد فتدفعه على التعاقد وهذه هي المسألة الجوهرية في موضوع الإكراه ويؤخذ بعين الاعتبار مدى تأثير هذه الوقائع في رضا المتعاقد بما يتولد لديه من رهبة بسبب ذلك⁽²⁾ ويرجع للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى تأثير الإكراه في نفس المتعاقد طبقا للمادة 88 فقرة 2 (ق.م.ج) وأشارت المحكمة العليا في أحد قراراتها بإبطال عقد الزواج لانعدام الرضا ولا يحق للقضاة إجبار المرأة الغير راضية به على إتمام إجراءات الزواج⁽³⁾.

ويشترط في الرهبة أن تكون غير مشروعة، وإلا كان العقد صحيحا ومثال ذلك جبر المدين على بيع أمواله للوفاء بديونه أو استعمال الشوكة والنفوذ الأدبي الذي قد يكون لمتعاقد على آخر فلا يعتبر إكراها، كالعلاقة بين الأب والابن وبين الزوج والزوجة، فيترتب على هذه العلاقة احترام وتقدير بين هؤلاء فتتكون نوع من السلطة الأدبية لأحدهم على الآخر فتدفعه لأبرام عقد لا يرغب فيه فهو أمر مشروع لا يهدف لتحقيق غرض غير مشروع ولا لينال من رضا المتعاقد أما إذا تم استغلال هذه الشوكة والنفوذ الأدبي لغرض غير مشروع يتحقق عيب الإكراه بسبب التعسف في استعمال السلطة العقد.

(1) جاك غاستان، المرجع السابق، ص 644.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 451. عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 360.

(3) المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 249128 م. ق، 2003، ع 2، ص 267.

- اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر: تشترط المادة 88 (ق.م.ج) أن يكون الإكراه الذي دفع بالمتعاقد لإبرام العقد متصلا بالمتعاقد الآخر⁽¹⁾ هذا كما سبق واشرنا إليه في التدليس حيث يجب أن يكون الطرف الآخر عالما به أو يفترض فيه أنه يعلم به.

* رابعا - الاستغلال :

نتج عن التطور الهائل في المجالين الاقتصادي والاجتماعي اختلال عقدي فاستحدثت جل التشريعات أحكاما تعالج فيها هذه الحالة فنار خلاف حول تكييفها هل هي عيب في الرضا لاستغلال الطرف الضعيف في العقد أم هي عيب في العقد نظرا للتفاوت المادي بين الالتزامات؟.

نص المشرع الجزائري في المادة 90 (ق.م.ج) على الاستغلال واعتبره من عيوب الرضا لأنه يقع على استغلال الضعف النفسي للمتعاقد الآخر، وفيما يلي سنتطرق للاستغلال كعيب يمس سلامة الرضا من خلال تعريفه (أ) ثم بيان عناصره (ب).

أ/ تعريف الاستغلال: يعرفه جانب من الفقه بأنه انتهاز المتعاقد لحالة الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد معه لحمله على إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل⁽²⁾، وسار المشرع الجزائري على نفس النهج الذي سارت عليه القوانين المدنية الحديثة فأخذ بفكرة الاستغلال كعيب عام في الإرادة متى ثبت الطيش البين والهوى الجامح (م 90 (ق.م.ج)).

ب / عناصر الاستغلال: من خلال نص المادة 90 فقرة 1 (ق.م.ج) يظهر جليا أن المشرع جعل الاستغلال عيبا في الرضا وقيام الاستغلال يتوقف على عنصران أساسيان (العنصر المادي والعنصر المعنوي).

1. العنصر المادي للاستغلال: ويتمثل في التفاوت الفادح بين التزامات المتعاقدين، أي أن يكون الإخلال فاحشا يخرج عن المألوف، ولم يضع المشرع حدا معيناً لتقدير الاختلال الفاحش وفداحة الاستغلال وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، ويستند القاضي في ذلك على المعيار المختلط (الذاتي والموضوعي) بالنظر للقيمة الشخصية والظروف النفسية للمتعاقد، وبالنظر لنوع العقد المعني بالاستغلال وقد يأخذ العنصر المادي عدة صور، فقد يكون التفاوت في الالتزامات أو التفاوت في العوض الذي

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص380.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص217.

يتحصل عليه كل متعاقد كما قد يكون التفاوت بين حظ الربح والخسارة الذي يتحملة كل متعاقد ويتضح هذا التفاوت أكثر عند مقارنة قيمة ما قدمه بقيمة ما تحصل عليه⁽¹⁾.

2. العنصر المعنوي للاستغلال: وهو عنصر مزدوج له مظهران: الأول ويتمثل في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون والمظهر الثاني يتمثل في استغلال المتعاقد الآخر لهذا الضعف، فالنسبة للضعف النفسي للمتعاقد فقد حصره المشرع في حالتين: الطيش البين والهوى الجامح، وذكرهما على سبيل الحصر في المادة 90 (ق.م.ج) التي نصت على: «... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيش بينا أو هوى جامح...».

فأما عن الطيش البين فهو حالة الخفة الزائدة والتسرّع الذي يصحبه التهور وعدم التبصر ويجعل صاحبه يتخذ قرارات دون تقدير عواقبها⁽²⁾، ويشترط في الطيش أن يكون بينا واضحا لحد كبير. أما الهوى الجامح؛ فهو تسلط الشهوة الجامحة والرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد ولا يستطيع كبحها فيقع في الاستهواء⁽³⁾ فيصبح مسلوب الإرادة.

وأما المظهر الثاني؛ وهو استغلال ضعف المتعاقد المغبون، فالمادة 90 (ق.م.ج) تشترط أن يتم استغلال ضعف المتعاقد المغبون من طرف المتعاقد الآخر ليدفع به لإبرام العقد فالاستغلال هنا هو الاستعمال الملائم لظروف معينة أتاحت للمتعاقد قصد حصوله على فائدة.

وطالما أن الاستغلال عيب في الرضا فيكون هذا الرضا معيبا بتوافر الركنين المادي والمعنوي للاستغلال بغض النظر عن علم المتعاقد الآخر المستفيد منه إن كان يعلم أو لا بهذا الضعف ووضع مثل هذا الشرط ما هو إلا تضييق لمجال الاستغلال وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها⁽⁴⁾.

(1) هانية علي فقيه، المرجع السابق، ص 128 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 393.

(2) عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص 379. هانية علي فقيه، نفس المرجع، ص 128. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 223.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 473.

(4) المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 427599، 2008، م. م. ع، ع 1، 2009، ص 123.

الفرع الثاني

عيوب الإرادة بين حماية الرضا واستقرار المعاملات

ووضع المشرع الجزائري لعيوب الرضا شروطاً أعطى فيها الأولوية لسلامة الرضا من ناحية فاقترصر بالنظر على رضا المتعاقد دون أي اعتبارات أخرى حمايه له، كما اهتم بشروط أخرى مرتبطة بالمتعاقد الآخر الحسن النية وظروف التعاقد للحفاظ على استقرار المعاملات، واعتبر المشرع معيب الرضا أهلاً لاستحقاق الحماية القانونية فجعل من الغلط الفردي عيباً للرضا (أولاً) واشترط ضرورة أن يكون تضليل المتعاقد باستعمال حيل تدليسية (ثانياً) كما اشترط وجود رهبة بينة في وسائل الإكراه (ثالثاً) وجعل من استغلال الضعف النفسي للمتعاقد الآخر عيباً لفرض هذه الحماية (رابعاً).

* أولاً - الغلط الفردي عيباً للرضا :

منح المشرع الحماية للمتعاقد بسبب الغلط⁽¹⁾ محددًا نوع الغلط المعيب للرضا المتمثل في الغلط الجوهري واعتد بالغلط الفردي دون اشتراط وقوع المتعاقدين معا في الغلط وجعله كافيا لإبطال العقد (م 81 ق.م.ج) دون حاجة لوقوع المتعاقد الآخر في الغلط فطالما كان اعتقاده خاطئاً وجبت حمايته، كما أن اشتراط الغلط المشترك يتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح من وقع في الغلط حق التخلص منه دون الاعتداد بإرادة المتعاقد الآخر فمنح معيب الرضا حق المطالبة بإبطال العقد واكتفى بالنظر للغلط الفردي لإبطال العقد.

غير أنه وفي سبيل حماية الطرف الآخر اشترط المشرع النظرة المشتركة للمتعاقدين معا للصفة الجوهرية للشيء «المادة 82 (ق.م.ج) فقرة 2» كما أخذ بعين الاعتبار العوامل الموضوعية فاشترط علم المتعاقد الآخر بالصفة الجوهرية للشيء أو إمكانية علمه بها والهدف من هذا حماية المتعاقد الآخر حسن النية وحتى لا يتفاجأ ببطلان عقد كان ينوي إبرامه وسعياً من المشرع في حمايته من تعسف الطرف الآخر في استعمال حقه في الإبطال كما اعتد المشرع ببعض العوامل الموضوعية للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين.

(1) راجع تعريف الغلط (الفرع الأول).

*** ثانياً - تضليل المتعاقد بالحيل التدليسية :**

من ناحية أخرى اشترط المشرع الجزائري ليكون التدليس عيباً في الرضا ضرورة أن يستعمل المتعاقد الآخر حيل تدليسية وأن تكون هي الدافع للتعاقد وأن يكون الغرض منها تضليل المتعاقد الآخر فلم يكتفي بالحيل التدليسية واعتبار الكتمان تدليساً، فاشترط إلى جانب هذا نية تضليل المتعاقد الآخر وهذه القيود التي أوردها المشرع على عيب التدليس إنما سعيها منه لحماية الطرف الآخر حسن النية إلى جانب حماية معيب الرضا بسبب التدليس حين منحه حق إبطال التصرف وإلى جانب هذا حق المطالبة بالتعويض على أساس العمل الغير مشروع، ولأن هذه الحماية تتعلق أساساً بالرضا فلم يشترط المشرع ضرورة حدوث الضرر لقيام التدليس (المادة 87 ق.م.ج).

وإلى جانب هذا لم يتجاهل المشرع حماية الطرف معيب الرضا في حال صدر التدليس من الغير فيجب عليه أن يثبت أن المتعاقد الآخر المستفيد من التدليس كان يعلم أو بمقدوره أن يعلم بهذا التدليس، وإلا يسقط حقه في المطالبة بإبطال العقد وهنا حماية مزدوجة فهو يمنح المدلس عليه بحق مطالبه الغير بالتعويض أو حق الرجوع على المستفيد من التدليس إذا ثبت أنه كان على علم أو بمقدوره أن يعلم وضرورة إثبات هذا هي حماية للمتعاقد الآخر إذا كان لا يعلم بالتدليس (المادة 87 ق.م.ج).

*** ثالثاً - وسائل الإكراه تولد الرهبة :**

اعتبر المشرع الجزائري الإكراه عيباً وقيده ببعض الشروط فاشترط لقيامه ضرورة وجود رهبة بينة غير مشروعة يبعثها المتعاقد الآخر في نفس معيب الرضا ومنح الحماية بسبب الإكراه متوقف على تحقق هذه الشروط (المادة 88 ق.م.ج) واشترط في الرهبة أن تكون غير مشروعة (1).

كما انه سعيها من المشرع لحماية المتعاقد الآخر اشترط أن يكون عالماً بالإكراه الصادر عن الغير (المادة 89 ق.م.ج) فقيّد حق المتعاقد المكره في طلب إبطال العقد بضرورة إثبات أن الإكراه الصادر من الغير كان المتعاقد الآخر يعلم به أو بإمكانه أن يعلم به، كما اشترط أن تكون هذه الرهبة هي السبب أو الدافع للتعاقد وهذا للحفاظ على استقرار المعاملات حتى لا يتفاجأ المتعاقد حسن النية من إبطال العقد الذي كان مطمئناً لصحته.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 360.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري يختلف في هذا مع المشرع الفرنسي الذي قرّر حق قابلية العقد للإبطال بغض النظر عن الجهة التي صدر عنها ولم يشترط علم المتعاقد الآخر به⁽¹⁾.

* رابعا - عيب الاستغلال لحماية المتعاقد :

لتفعيل حماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه اشترط المشرع في (المادة 90 ق.م.ج) توافر عناصر الاستغلال المادي والمعنوي إلى جانب ذلك أن يكون هو الدافع للتعاقد ولولا هذا الاستغلال لما أبرم العقد ويعتبر وجود الضعف النفسي في المتعاقد شرط أساسي لا يمكن أن يمنح للمتعاقد الحماية إلا بتوافره لأن الضعف النفسي يذلل من ادراك وتمييز المتعاقد ما يستوجب حمايته وهذا ما يبرر إلحاق الاستغلال بعيوب الرضا⁽²⁾ كما اشترطت (المادة 90 ق.م.ج) علم المتعاقد الآخر بهذا الضعف النفسي والاستفادة منه واستغلاله وما يؤكد وحبوب علم المتعاقد الآخر بهذا الضعف النفسي ضرورة أن يكون الطيش بينا والهوى جامع أي قائم على عاطفة لا يمكن كبحها وهذا بإمكان أي شخص أن يتبينه ويتأكد منه.

المطلب الثاني

بعض المظاهر الحمائية الأخرى لإرادة المتعاقد في مرحلة إبرام العقد

رأينا في المطلب الأول كيف أن المشرع المدني نظم نظرية الإرادة بهدف حماية إرادة الأطراف المتعاقدة خلال مرحلة إبرام العقد، غير أن نظرية البطلان ليست الحماية الوحيدة لإرادة المتعاقد في القانون المدني، بل توجد مظاهر أخرى الغرض منها حماية إرادة المتعاقد، ولكنها لم ترد في شكل نظرية موحدة، وإنما وردت في مواضع متفرقة ضمن أحكام نظرية العقد، ونقصد بذلك الأهلية (الفرع الأول)، الشروط التعسفية (الفرع الثاني)، الشكلية (الفرع الثالث)، وأخيرا الالتزام التعاقدية بالإعلام (الفرع الرابع).

(1) تبنى هذا الرأي المشرع المصري في المادة 120 ق م، وقام بتعميمه على حالات الغلط ونفس المادة نص عليها المشرع الكويتي م 147.

(2) سعاد دراح: عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 24.

الفرع الأول

الأهلية كآلية لحماية إرادة المتعاقد

يتفق غالبية فقه القانون المدني والشريعة الإسلامية على أن الأهلية هي شرط من شروط انعقاد كل التصرفات الشرعية القولية والفعلية وهي صفة يقدرها المشرع في الشخص فيفترض أن يكون كامل الأهلية مالم يقم القانون بسلب أهليته أو الحد منها إذا طرأ عليه أحد عوارض الأهلية.

اشتراط المشرع الجزائري الأهلية الكاملة لإبرام العقود وهي أن يكون الشخص بالغ 19 سنة كاملة سليم العقل غير محجور عليه واعتبرها المشرع مظهر من مظاهر حماية المتعاقد وسلامة الرضا وأجاز استثناء تصرفات ناقص الأهلية ومنحه حق الإبطال، وسنتطرق فيما يلي إلى مفهوم الأهلية (أولا) ثم نتطرق لأهم صور الحماية التي توفرها الأهلية للمتعاقد أثناء إبرام العقد (ثانيا).

* أولا - مفهوم الأهلية :

تعتبر الأهلية القانونية اهم ميزة تتميز بها الشخصية القانونية فهي تخول الشخص سواء الطبيعي أو الاعتباري ممارسة أي نشاط مالم يكن مخالفا للقانون أو مهدد باي عارض من عوارض الأهلية سنتناول فيما يلي تعريف الأهلية (أ) ثم التعرض لأنواعها (ب) ثم مراحل تدرج الأهلية (ج) .

أ/ تعريف الأهلية: الأهلية لغة مؤنث الأهل والأهلية لأمر الصلاحية له والاستحقاق والكفاءة ويقال فلان أهل لهذا الأمر أي أنه صالح له وجدير به بالإضافة إلى أن الأهلية هي القدرة حيث يقال فلان أهل للإكرام، أي مستحق له وفلان أهل للقيام بهذا البلد أي من المستوطنين فيه⁽¹⁾، أما اصطلاحا فتعرف الأهلية على أنها صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات أو قيام الشخص بالأعمال أو التصرفات القانونية التي تكسب حقوق وتفرض عليه التزامات.

وتعتبر الأهلية من النظام العام لا يجوز للأطراف التنازل عنها أو التعديل فيها فالقانون وحده يتولى بيان أحكامها، وفي هذا السياق نص المشرع الجزائري في المادة 40 (ق.م.ج) على: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية (ف 2) وسن الرشد 19 سنة كاملة».

(1) الفيروزي محمد بن يعقوب القاموس: المحيط، ط 8، مؤسسة الرسالة 2005، ص342.

فالمشرع الجزائري اعتبر كمال الأهلية هو بلوغ 19 سنة كاملة وكان بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه وبالتالي تترتب عليه كل الآثار الناتجة عن الأهلية مالم يصب بأحد عوارض الأهلية التي قد تعدم أو تقيد إرادته، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيعرفون الأهلية بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لخطاب تشريعي وتثبت له حقوق وتترتب عليه التزامات وواجبات⁽¹⁾.

ب/ أنواع الأهلية :

تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء:

1. أهلية الوجوب: تثبت للشخص منذ ولادته حيا وهي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل التزامات، ومن الناحية الفقهية تثبت هذه الأهلية لكل شخص بولادته حيا وتتقضي بوفاته وقد تعتبر قائمة بعد الوفاة حتى تصفية التركة، أما من الناحية القانونية فقد نصت عليه المادة 25 (ق.م.ج) مناطها هي الحياة ولادة الشخص حيا وهي مكفولة للجميع بغض النظر عن التمييز والإدراك⁽²⁾.

وتنقسم أهلية الوجوب إلى أهلية وجوب كاملة، ويكون صاحبها أهلا لثبوت الحق له وعليه التزامات مالية في ذمته فهو يتمتع بأهليه وجوب كاملة ويعاقب إذا أضرّ بالغير، وأهلية وجوب مقيدة، وهي في الحقيقة أهلية وجوب كاملة لكن المشرع قيدها مثلما نص عليه في المادة 42 (ق.م.ج) ومنع القضاة والمحامين وكتاب الضبط والموتقين من شراء الحقوق المنتازع عليها فأهلية الوجوب لهؤلاء مقيدة واي مخالفة يعتبر التصرف باطل بطلان مطلق، وأخيرا أهلية الوجوب الناقصة، وهي التي تؤهل الشخص بثبوت الحق له وليس لثبوت الحق عليه مثل الجنين الذي تثبت له بعض الحقوق وهو في بطن امه كحقه في الميراث والوصية والوقف ولا تثبت عليه الحقوق.

2. أهلية الأداء: ومناطق هذه الأهلية هو الإدراك وهي تثبت لكل شخص، وهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه⁽³⁾، وأساس أهلية الأداء الإدراك أي التمييز ويتراوح بين الكمال والنقصان والانعدام ولا تثبت أهلية الأداء لكل الناس بطريقة متساوية بسبب تفاوت الإدراك ومجال أهلية

(1) أحمد الحجي الكردي: الأحوال الشخصية الأهلية والنيابة الشرعية، الوصية والوقف والشركات، منبر الكتب والمطبوعات الجامعية، 2009، ص11.

(2) كوسام أمينة خصوصية: الأهلية عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، ع 6، جوان 2015، ص344. أمينة نشناش: تأثير التقنية الرقمية على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، ع 6، جوان 2018، ص248.

(3) كوسام أمينة، نفس المرجع، ص 345 - منية نشناش، نفس المرجع، نفس الموضوع.

الأداء هو التصرفات القانونية التي يجب توافر الإرادة لإنشائها ومنها العقود بمختلف أنواعها والتصرفات المادية قد تكون بقصد أو بغير قصد.

ج/ مراحل تدرج الأهلية:

سندرس فيما يلي مراحل تدرج الأهلية بحسب السن مرحلة عديم الأهلية (1) ناقص الأهلية (2) كامل الأهلية (3).

1. **مرحلة انعدام الأهلية:** وتبدأ هذه المرحلة منذ ميلاد الإنسان إلى غاية بلوغ سن التمييز⁽¹⁾، فالشخص دون 13 سنة من عمره لا تقبل تصرفاته مهما كانت وإن كانت نافعة نفعاً محضاً لأنه ليس أهلاً لمباشرة أي تصرف وهذا ما نصت عليه المادة 42 (ق.م.ج)⁽²⁾ فكل العقود التي يبرمها باطلة ولا تصح فيها الإجازة

2. **مرحلة نقصان الأهلية:** وتبدأ هذه المرحلة منذ بلوغ الصبي 13 عشر سنة سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد 19 سنة في هذه المرحلة يملك فيها الصبي صلاحية القيام ببعض التصرفات القانونية دون غيرها لأنه يكون في هذه المرحلة قادر على التمييز بين الخير والشر لهذا تثبت له أهلية أداء ناقصة وتكون تصرفاته تحت رقابة وليه.

3- **مرحلة كمال الأهلية:** وتتحقق هذه الأهلية ببلوغ القاصر سن الرشد وحدده القانون بـ 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 (ق.م.ج) في هذه المرحلة يعتبر الإدراك والتمييز قد اكتمل وتنتهي هذه المرحلة بوفاة الراشد كامل أهلية أو بسبب فقدان أهليته ولا يكفي بلوغ سن الرشد لكمال الأهلية بل يجب أن يكون سليم العقل غير محجور عليه وتنتهي النيابة الشرعية ببلوغ هذه السن.

* ثانياً - دور الأهلية في حماية الرضا:

سبق واشرنا أن الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية واشترط المشرع كامل الأهلية لحماية الرضا والمحافظة على حقوق الأطراف لكن كاستثناء أجاز لناقص الأهلية أن يقوم ببعض التصرفات لكن لم يتركه دون حماية فمنحه حق إبطال العقد

(1) سن التمييز في القانون المدني الجزائري 13 سنة.

(2) تنص المادة 42 (ق.م.ج) " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

أ/ **حماية عديم الأهلية:** نصت المادة 78 (ق.م.ج) المعدلة بقانون 05-10 على أن:

« كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدتها بحكم القانون»، فالأصل أن كل شخص كامل أهلية له صلاحيات مباشرة التصرفات القانونية التي تعتبر أعمال إرادية ينبغي على من يباشرها أن تتوفر لديه إرادة جديّة مدركة، فمناطق الأهلية الكاملة هو الإدراك لكن قد يحدث أن يكون الشخص كامل الأهلية ويطرأ عليه ما يعدم إدراكه وبالتالي تنعدم أهليته كالصبي (الغير مميز والمعتوه والمجنون)⁽¹⁾، فتصرفاتهم باطلة بطلان مطلق لانعدام أهليته وهذه حماية يقرها المشرع للمتعاقد بالقضاء ببطلان تصرفات عديم الأهلية وأخضعهم المشرع لنظام الولاية لحماية حقوقهم وأموالهم وإيد القضاء هذا من خلال احد قرارات المحكمة العليا التي قضت ببطلان التصرف لانعدام الأهلية⁽²⁾.

1- حماية ناقص الأهلية: تبدأ هذه المرحلة منذ بلوغ الصبي سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد وناقص الأهلية هو الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة، فالسفيه هو الذي يقوم بتبذير أمواله في غير ما يقضي به الشرع فهو فاسد التدبير، وأما الغفلة فهو نقص في الملكات النفسية ينتج عنه سوء تقدير بين ما ينفعه وما يضره⁽³⁾، وطبقا للمادة 43 (ق.م.ج) على أن: « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص أهلية وفقا لما يقرره القانون».

في هذه المرحلة يكون ناقص الأهلية قادرا على القيام ببعض التصرفات دون الأخرى لهذا ثبتت له أهلية أداء ناقصة أخضعه المشرع في قانون الأسرة لنظام الولاية فتكون تصرفاته تحت رقابة وليه أو

(1) **الصبي الغير مميز أو عديم التمييز:** هو الذي لم يبلغ سن التمييز في القانون المدني الجزائري 13 سنة فالصبي دون 13 سنة غير مدرك تماما وبنوّه وليه أو وصيه أو المقدم وفق ما يقتضيه القانون. **المجنون:** وهو فاقد لقواه العقلية فتصرفاته تكون باطلة بطلان مطلق.

المعتوه: هو قليل الفهم ومختلط الكلام وقد يركي للجنون إذا كان عديم التمييز والإدراك. أنظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص374. أحمد فوزي أبو عقيلين: **عوارض الأهلية دراسة مقارنة في القانون الفلسطيني والقانون المصري**، مذكرة ماجستير جامعة الأزهر بغزة فلسطين، 2012، ص 3-7.

(2) المحكمة العليا، غ.ق.خ. 1966/12/07 م.ح 1968، ع 1، ص 139: «.. من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه.. عدم توافر أهلية التعاقد في عقد البيع ينتج عنه بطلانه بطلان مطلق» المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم 43476، بتاريخ 1986/06/29، ع1، م.ق 1993، ص14.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 375 أمينة نشناس، المرجع السابق، ص 249 أحمد فوزي أبو عقيلين، المرجع السابق، ص 23-24.

وصيه لان ضعف إدراكه بحاجة لمن يرشده ويكمل أهليته حيث اخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة بالحلول التي ذهبت إليها الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ المعروفة بنظرية العقد الموقوف.

2. حماية ذو العاهتين: نصت المادة 80 (ق.م.ج) على أنه إذا كان الشخص مصاب بعاهة مزدوجة كأن يكون أصم وأبكم وأعمى أو أعمى وأصم، وتعذر عليه سبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعد قضائي يعينه في التصرفات التي تفتضيها مصلحته بهدف حمايتها⁽²⁾.

من خلال نص المادة 80 (ق.م.ج) نستنتج انه إلى جانب اجتماع العاهتين يجب أن يتعذر التعبير عن الإرادة بسببها باي وسيلة من وسائل التعبير على الإرادة لأنه لو استطاع المصاب بعاهتين أن يعبر عن إرادته فلا جدوى من المساعدة القضائية، فالسبب من تقرير المساعدة القضائية لا يعود فقط للعاهة المزدوجة بل يجب أن يتعذر التعبير على الإرادة بسببها ويستوي في ذلك العاهة المزدوجة التي يولد بها الشخص أو تلك التي يصاب بها بسبب حادث معين مثلا، وفي سبيل حماية ذو العاهتين أجاز المشرع أن تعين المحكمة مساعد قضائي كما اقر المشرع بقبالة تصرفاته للإبطال اذا ما تمت بعد تسجيل قرا المساعدة وفي غياب المساعدة⁽³⁾.

ب/ الأهلية من النظام العام:

اعتبر المشرع الجزائري الأهلية من النظام العام لأنها تهم مصلحة الفرد والمجتمع اخضع المشرع أحكام الأهلية للنظام العام وجعل باطلا كل اتفاق يهدف لتقييدها أو توسيعها أو التعديل في أحكامها وهذا ما نصت عليه المادة 45 (ق.م.ج) : « ليس لاحد التنازل عن أهليته ولا بتغيير أحكامها ».

(1) قسم فقهاء الشريعة الإسلامية التصرفات القانونية إلى ثلاث طوائف :

- التصرفات النافعة نفعاً محضاً: هي تلك التي تنفع الصبي ولا يترتب عنها أي ضرر له وله أن يباشرها وحده.
- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: تلك التي يتضرر بها حيث تنقص من ذمته المالية ولا يجوز له مباشرتها ولو بإذن من وليه.
- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: والتي يجوز للصبي مباشرتها بعد موافقة وليه أو بعد إجازتها من وليه (المادتين 82-83 ق.أ.ج).

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص378.

(3) مؤيد عيسى محمد دغش: المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، 2008، ص19.

كما لا يجوز الاتفاق على مخالفه الأحكام المنظمة لسن الترشيد المنصوص عليها في المادة 40 فقرة 2 بالزيادة أو النقصان.

الفرع الثاني

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

إن التراضي هو أساس العلاقات التعاقدية إلا أنه بعد تطور الأوضاع الاقتصادية والنفاوت الصارخ بين المراكز المالية نتج عنه ما يسمى بعقود الإذعان التي تحتوي على شروط يفرضها الطرف القوي على الطرف الآخر وما عليه إلا التسليم بها وقبولها دون إمكانية مناقشتها وتبرز أهمية هذه الدراسة بالبحث في كيفية الحد من الشروط التعسفية بالنظر لمفهومها (أولاً) ثم الآليات المعتمدة لحماية إرادة المتعاقد من الشروط التعسفية التي تقيد إرادة الطرف الضعيف الذي يكون بحاجة للحماية (ثانياً).

* أولاً - مفهوم الشروط التعسفية :

سنتناول مفهوم الشروط التعسفية من خلال تعريف الشروط التعسفية (أ) ثم نتطرق للمعايير المعتمدة في، تحديد الطابع التعسفي (ب) ثم نشير إلى نطاق الشروط التعسفية (ج).

أ/ تعريف الشرط التعسفي :

تعني كلمة شرط في اللغة إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، أما لغة فنقول تعسف تعسفا (عسف) عن الطريق مال عنه وتعسّف فلان ظلّمه⁽¹⁾، أما الشرط التعسفي في الاصطلاح فهو الشرط الذي يرفع موجب العقد والذي يؤدي لجهالة في المعقود عليه واشتراط امر غير مشروع⁽²⁾.

1. التعريف الفقهي للشرط التعسفي :

تعددت الآراء الفقهية بخصوص تعريف الشرط التعسفي واختلفت باختلاف زاوية النظر للشرط التعسفي وظهرت ثلاث آراء في تعريف هذا الشرط:

الرأي الأول: يعرف هذا الرأي الشرط التعسفي من جهة مصدره والعلاقة العقدية فيه حيث عرفه بأنه: «الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف المهني في استعمال سلطاته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة».

(1) ابن منظور: لسان العرب، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، ص329.

(2) قاموس المجدد الأبجدي، ط5، دار الشرق، بيروت، ص263.

الرأي الثاني: ينظر أنصار هذا الرأي للشرط التعسفي من طريقة فرضه فقد عرفه بأنه: «الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي تخوله ميزة فاحشة عن طريق الطرف الآخر».

الرأي الثالث: يُعرّف أنصار هذا الرأي الشرط من حيث آثاره على العلاقة العقدية وتوازنها « هو شرط في العقد يترتب عليه عدم التوازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك نتيجة استخدام المهني قوته الاقتصادية اتجاه المستهلك»⁽¹⁾.

2. التعريف التشريعي للشرط التعسفي :

إن تعريف الشروط التعسفية لم تأتي به مختلف تشريعات القانون المدني فغالبا ما نجد تعريفه في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، فقد عرفه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04-02 الصادر بتاريخ 2004/07/27 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-06⁽²⁾ 3 فقرة 5 على أنه: « يعتبر شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد».

ب/ المعايير المعتمدة في تحديد الطابع التعسفي :

إنّ عملية تحديد الشرط التعسفي أمر في غاية الأهمية حيث يعتمد على معايير مختلفة في تحديد الشرط التعسفي من عدمه وسوف نتطرق للمعايير التي يعتمد عليها لإضفاء طابع التعسف عليه:

1. معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفروطة:

يرتكز هذا المعيار أساسا على المركز الاقتصادي الذي يحتله المهني نتيجة احتكاره لخدمة أو سلعة معينة احتكارا فعليا وقانونيا مما يجعله صاحب نفوذ قوي ولا يملك الطرف الآخر سوى الرضوخ لشروطه دون التمكن من مناقشتها أو التفاوض حول شروط العقد.

2. معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك العون الاقتصادي

بالرجوع للقانون 10-06 المعدل والمتمم للقانون 04-02 وفي المادة 3 منه نجد أن هذا المعيار يرتكز على وجود بنود وشروط تعسفية يترتب عليها اختلال بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

(1) سولم سفيان: الحماية القانونية من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعقفة، ع4، جوان 2016، ص 124.

(2) الجريدة الرسمية رقم 46.

3- معيار كيفية تقدير الطابع التعسفي للشرط

اعتمد المشرع الجزائري في تقديره للطابع التعسفي للشرط على مجموعة من الشروط وينضح ذلك جليا من خلال تعريفه للشرط التعسفي : « سواء كان هذا الشرط بمفرده أو مشتركا مع بند أو أحد أو عدة بنود أو شروط أخرى في العقد فنلاحظ أن المشرع في تقديره للطابع التعسفي يسعى لحماية المستهلك من هذه الشروط بطريقة صارخة حيث انه اكتفى بوجود شرط تعسفي واحد»⁽¹⁾.

ج/ نطاق الشروط التعسفية :

سعت مختلف التشريعات الوضعية لتحديد نطاق الشروط التعسفية من حيث طبيعة العقد (1) ومن حيث مضمونه (2) .

1. نطاق الشروط التعسفية من حيث طبيعة العقد :

عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي على أساس المعيار الموضوعي بموجب نص المادة 03 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فوسع نطاق الشرط التعسفي ليشمل كل عقود الإذعان ووفقا للقانون المدني الجزائري هو كل عقد حرر مسبقا بإرادة منفردة وما على الطرف الآخر إلا اكتتابه، ويعتبر المشرع الجزائري طبقا للمادة 3 من القانون السابق الذكر الشخص الطبيعي أو المعنوي مستهلكا اذا اقتنى سلعا قدمت للبيع أو استفاد من خدمات معروضة مجردة من كل طابع مهني في حين إذا تعاقد الشخص بصفته منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات فلا يعد مستهلكا لأنه تصرف في إطار مهنته.

2. نطاق الشروط التعسفية من حيث مضمون شروط العقد :

ويقصد بها تلك الشروط المتعلقة بتكوين العقد التي تؤثر في رضا المستهلك مثل تلك التي تعفي المحترف من تنفيذ التزامه بعد إبرام العقد نهائيا أو تلك الشروط المتعلقة بمضمون العقد كالتالي تعفي المحترف من التعهدات المبرمة من طرف وكلائه أو ممثليه ولحسابه، أو الشروط المرتبطة بتنفيذ العقد كالشروط التي تمنح المحترف السلطة التقديرية في تنفيذ التزاماته أو كشروط الإعفاء أو الحد من المسؤولية وإلى غير ذلك من الشروط⁽²⁾.

(1) علي مصيح صالح الحدمة: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط 2011، ص 54.

(2) هوماش حسيبة: التصدي للشروط التعسفية في عقد القرض بين التعديل والمنع، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة جيجل، 6، 2018، ص 411.

* ثانيا - آليات الحماية من الشروط التعسفية :

أ/ أساليب مواجهة الشروط التعسفية في القوانين الوضعية

1. مواجهة الشروط التعسفية في بعض القوانين الخاصة :

تنبت بعض التشريعات تقنية «الحذف» لبعض النصوص القانونية فاعتبرت ملغاة وغير مكتوبة وغير محررة في العقد تلك الشروط التعسفية المحررة في نماذج العقود المبرمة للاكتتاب وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بالمادة 35 من قانون 1978/01/10 وحتى في قانون 1995/02/01 المعدل لقانون الاستهلاك فاعتبر غير مكتوب أي شرط تعسفي في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين أو غير المحترفين، كما كرس المشرع الفرنسي تقنية «الإلغاء» في قانون 98-389 الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة فاعتبر غير مكتوب كل شرط يهدف لإلغاء أو الحد من مسؤولية المحترف عن الأضرار التي ترتبها المنتجات المعيبة.

وخلافا للمشرع الفرنسي بعض التشريعات العربية رجحت مصير الشروط التعسفية بين التعديل والإلغاء كما هو الحال للمشرعين الجزائري والمصري بالمواد «110 ق.م.ج - 149 ق.م.م».

كما نص المشرعين الجزائري والمصري بصفة مطلقة على بطلان الشروط إذا ما حررت في عقد التأمين «م 460 ق.م.ج - م 750 ق.م.م» حين نصا على بطلان شرط مألوف وهو شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل على الشروط العامة المطبوعة فوردت المادتين «460 ق.م.ج-750 ق.م.م» على سبيل المثال، كما ابطال المشرع الجزائري بالمادة 7 من القانون المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك⁽¹⁾ كل شرط يقضي بعدم الضمان حيث نصت المادة بأنه: « الضمان المنصوص عليه بالمادة 6 من هذا القانون .. وكل شرط مخالف لذلك يكون باطل بطلان مطلق » ، فمضمون هذه المادة يتوافق مع أساس عقود التأمين التي يعتبر الضمان فيها التزام أساسي فلا يجوز للمؤمن تحرير شرط بعدم الضمان.

كذلك جاء بالمادة 10 من قانون 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات⁽²⁾ واعتبرت باطلا كل شرط يعدم الضمان وعبرت عن عدم الضمان كل شرط يحد من التزامات المحترف

(1) القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج. ر رقم 06 سنة 1989.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 90-266، مؤرخ في 15/09/1990، المتعلق بضمان المنتجات والخدمات.

القانونية أو يستبعداها، كما كرس المشرع الجزائري نفس الحكم في عقود النقل البري واعتبر باطلا كل شرط يعفي الناقل من مسؤوليته كليا أو جزئيا⁽¹⁾.

كما نصت المادة 137 من قانون 1990/04/19 المتعلق بعلاقات العمل على بطلان كل شرط في عقد العمل يهدف للانتقاص من الحقوق الممنوحة للعمال هذه المادة لم تتعرض للشروط التي تقيد وتستبعد التزامات رب العمل التي قد يترتب عنها اختلال التوازن العقدي فلا مجال لإلتطبيق المادة 110 (ق.م.ج) باعتبار عقد العمل من عقود الإذعان فيتمتع القاضي بسلطة تعديل أو إعفاء العامل من الشروط التعسفية وفقا لما تقتضيه المصلحة.

نستخلص من كل ما سبق أن المشرع الجزائري أخذ بتقنية «الحذف» كوسيلة أولى لبعض الشروط التعسفية فقط المحررة في عقود الاستهلاك كشرط عدم الضمان وشرط تقييد المسؤولية أو إعفاء المحترفين منها أما بقية الشروط الأخرى التي تعتبر تعسفية كتلك الواردة بالقانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بالمادة 29 منه أو تلك المنصوص عليها بالمادة 05 من المرسوم المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين فقد رجح المشرع مصيرها بين التعديل والإلغاء، كما نلاحظ أن المشرع اعتنق مختلف الآليات لمواجهة الشروط التعسفية فتارة ينص على الإلغاء وتارة أخرى على البطلان المطلق وتارة البطلان الجزئي الذي يقضي بإنقاص العقد وتارة أخرى على التعديل مسايرا القانون الذي يمنح للقاضي سلطة التعديل والإعفاء⁽²⁾.

ب/ مواجهة الشروط التعسفية في القانون المدني:

لم ينظم القانون المدني الشروط التعسفية بشروط خاصة ولم يقف على تعريفها إلا أنه في بعض المواد المرتبطة بعقود الإذعان -المتضمنة لشروط تعسفية- تطرق لهذه المسألة ومنح المتعاقد الحماية القضائية من الشروط التعسفية في العقود التي تتم بطريق الإذعان ونص على هذا من خلال المادة 110 (ق.م.ج) التي جاء نصها كالآتي: «إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفق ما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

(1) القانون رقم 01-13 المؤرخ في 07/08/2001، المتضمن النقل البري والبضائع، ج. ر، رقم 44.

(2) حسيبة هوماش، المرجع السابق، ص 414. سوامل سفيان، المرجع السابق، ص ص 124 126. إسماعيل قطاف، المرجع السابق، ص ص 35-40. حليس لخضر، المرجع السابق، ص 186.

من خلال نص المادة نستنتج أن المشرع منح للقاضي إمكانية تقدير الشروط التعسفية في نطاق عقود الإذعان ليعمل القاضي على إعادة التوازن العقدي.

يهدف المشرع من خلال هذا النص لحماية الطرف المذعن حماية فعالة من تعسف الطرف الآخر من خلال السلطة التقديرية التي منحها للقاضي في تحديد الشروط التعسفية ليقضي بتعديلها أو الإغفاء منها.

والمحكمة العليا في أحد قراراتها طبقت مبدأ العقد شريعة المتعاقدين م 106 (ق.م.ج) على عقد يقيد مبدأ سلطان الإرادة فهذا المبدأ «العقد شريعة المتعاقدين» ينتفي في عقود الإذعان التي تحرر مسبقا دون مناقشة مضمونها مع مكنيتها (1).

ما يلاحظ أن القضاء الجزائري تأثر بالاتجاه الفقهي الفرنسي الذي يسمح للمحكمة العليا بمراقبة تسبب قضاة الموضوع بشأن تقدير الطابع التعسفي للشروط إلا أنه لم يهتدي بعد بالخطوة التي خطاها المشرع الأوروبي حين منح للقاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه في التعديل على ما ينطبق عليه الشرط التعسفي الذي تضمنه العقد بوجه عام والعقود التي ينطبق عليها وصف عقود إذعان بشكل خاص.

الفرع الثالث

الشكلية آلية لحماية الرضا

تعدُّ الإرادة أحد أهم الموضوعات الأساسية في القانون فهي أساس وجود التصرفات القانونية والتعبير عنها كقاعدة عامة يتركه المشرع لحرية الأطراف إلا أن الرضا غير كاف وحده للتعبير عن الإرادة وفي بعض التصرفات وبالنظر لأهميتها اشترط المشرع الجزائري إفراغ هذا الرضا في شكل رسمي لما للشكل من دور وقائي حمائي لرضا أطراف التصرف سنحاول فيما يلي أن نبحت في المقصود بالتصرف الشكلي (أولا) ثم نبرز دور الشكلية في حماية رضا المتعاقد وتنويره (ثانيا).

(1) حيث جاء في أحد أوجه القرار المؤرخ في 16/06/1992 بأن: «.. ومن المتفق عليه في الشروط العامة لعقد التأمين أن شركة التأمين تضمن للمؤمن له التبعات المالية الناتجة عن الأضرار الجسمانية والمادية التي يسببها للغير أثناء وبمناسبة المركبة ولا تضمن الأضرار التي سببها المؤمن له لنفسه إلا إذا كان مؤمن على جميع الأخطار، ولما ثبت أن المطعون ضده لم يؤمن على جميع الأخطار فإن قضاة الموضوع بقضائهم خالفوا ذلك وبمنحهم تعويضا قد خرقوا نصوص العقد تطبيقاً للمادة 106 (ق.م.ج) واستحق قرارهم النقض...».

* أولاً - المقصود بالتصرف الشكلي:

إنَّ انتشار مبدأ الرضائية الذي يترجم حرية المتعاقدين في كيفية إبرام العقود والتعبير عن الإرادة لم يدم طويلاً وبدا يتراجع مع مطلع القرن الماضي لعدة أسباب في مجملها تهدف لحماية المصالح العامة والخاصة وسنحاول فيما يلي أن نعرف التصرف القانوني الشكلي (أ) ثمَّ نشير لأنواع الشكل (ب) لنستعرض في الأخير أنواع التصرفات التي اشترط فيها المشرع الشكلية (ج).

أ/ تعريف التصرف الشكلي :

إن التصرف القانوني هو تعبير عن الإرادة بهدف إحداث أثر قانوني⁽¹⁾ نستنتج من هذا التعريف أن التصرف القانوني يحتوي على عنصرين مهمين هما الإرادة والتعبير عنها، في معظم التصرفات لا يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة في شكل معين تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، لكن هناك استثناء فاشترط المشرع أن يتم فيه التعبير عن الإرادة في بعض التصرفات القانونية بالشكل المحدد قانوناً. فالشكل هو وسيلة التعبير عن الإرادة المحدد قانوناً، فالعقد الشكلي هو ما لا يكفي التراضي لانعقاده فلا بد إلى جانب الرضا أن يستوفي شكلاً معيناً وهي الشكلية المباشرة المرتبطة بتكوين العقد كركن رابع، والشكل في القانون الحديث يختلف عن الشكل في القانون القديم الروماني حيث كانت تفرض أشكال معينة محددة بدقة وتضع لها قواعد صارمة⁽²⁾، فالإرادة كان لا بد أن يعبر عنها شفاهة ونتيجة التطور أصبح الشكل في القانون الحديث أقل تعقيداً وأكثر بساطة ويحرر العقد الرسمي في ورقة رسمية أمام الموظف المختص وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 324 مكرر (ق.م.ج) بعد التعديل التي حددت الهيئة التي تصدر عنها تلك الكتابة الرسمية جاء فيها: «الورقة الرسمية التي يثبت فيها موظف عام أو

(1) بطيمي حسين: محاضرات الشكلية في العقود (أقيت على طلبة سنة أولى ماستر عقود)، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار تليجي الأعواط 2017-2018. شيخ سناء: الشكلية في التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، أطروحة دكتوراه، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص11.

(2) كان يعبر عن الإرادة شفاهة، حيث كان الأخرس أو الغير قادر على الكلام لا يبرم تصرفات قانونية بألفاظ محددة في مكان وزمان محددين أنظر شيخ سناء، مذكرة، المرجع السابق، ص 14 مصطفى موسى العجارمة: الشكلية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث السياسية والاجتماعية، ع 45، 2018، ص164.

شخص مكلف بخدمة عامة بما تم لديه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية في حدود سلطاته واختصاصه»⁽¹⁾.

هذا ما يعرف بالكتابة الرسمية أو «العقد الرسمي - Acte Notarié».

ومن أنواع الشكلية الرسمية وهي لازمة في جميع التصرفات التي اشترط فيها المشرع ذلك وهي التصرفات الناقلة للملكية العقارية وتخلفها ينجم بطلان العقد، وهذا ما جاء بنص المادة 12 الأمر 70-91 فقرة 5 المتضمن قانون التوثيق، والمادة 16 الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن أحكام مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽²⁾ وفي ذلك عدّة قرارات للمحكمة العليا قضت في مجملها بوجود العقد الرسمي لإتمام نقل الملكية العقارية وعدم جواز العقد العرفي بصدد المادة (12) قانون التوثيق، 324 مكرر، 793 ق م⁽³⁾.

ب/ أنواع الشكلية :

ميز الفقه القانوني بين الشكلية المباشرة كركن في العقد وبين الشكلية الغير مباشرة اللازمة لإثبات وإشهار التصرف القانوني.

1. الشكلية المباشرة: هي ذلك الشكل المرتبط بالعقد واللازم لانعقاده فرضه المشرع للتعبير عن الإرادة في بعض التصرفات القانونية فتصبح بها الشكلية ركناً رابعاً إلى جانب الرضا والمحل والسبب لذلك تعتبر مباشرة تؤثر على وجود العقد من عدمه⁽⁴⁾، ومجال الشكلية المباشرة هي العقود المكتوبة وتعد الكتابة أحد أوجه الشكلية (الرسمية - العرفية)

(1) من خلال نص المادة 324 بعد التعديل نلاحظ أن المشرع أخلط بين الورقة الرسمية والعقد الرسمي، مع العلم أن الورقة الرسمية أشمل من العقد الرسمي، وقد وجهت عدّة انتقادات للمشرع بهذا الخصوص، بخصوص صياغة المادة المذكورة فالورقة الرسمية أشمل ويراد بها أداة إثبات التصرف القانوني والعقد هو التصرف القانوني. أنظر: بطيمي حسين، محاضرة، المرجع السابق، ص 27-28.

(2) المادة 793 (ق.م.ج) : «لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رُعيّت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار».

(3) المادة 12 قانون التوثيق المضافة بالقانون رقم 88-05 المؤرخ في 03/05/1988 المحكمة العليا، غ. ع، ملف رقم بتاريخ 2008/10/15، إ. ق. غ. ع، عدد خاص، ج3، ص 227 إ. ق. غ. ع. ج. 2، ملف رقم 197347 بتاريخ 2004/04/21، ص 258. ملف رقم 274325، بتاريخ 2004/07/21 م.م. ع 2004، ص 287. أشار إليه بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 583 (هامش رقم 2).

(4) بطيمي حسين، المرجع السابق، ص 23.

2. الشكلية الغير مباشرة: على خلاف الشكلية المباشرة فالشكلية الغير مباشرة لا تتصل بالتصرف القانوني ولا تؤثر بصحته بل هي مرتبطة بفاعليته ونفاذه وعبر عنها بعض المختصين أنها تلك الإجراءات اللاحقة لإنشاء التصرف القانوني ويقصد بها القيد والإشهار في المعاملات العقارية بالإضافة للإشهار في التصرفات التجارية ذات الأهمية⁽¹⁾.

ج/ التصرفات التي اشترط فيها المشرع الشكلية :

مثال العقود التي اشترط فيها المشرع الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان:

عقود نقل ملكية عقار (ترتيب حق عيني عقاري) ، المحالات التجارية أو الصناعية، التنازل عن اسهم الشركة، العقود المعدلة للمؤسسة أو المعدلة للشركة عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية «م 324 (ق.م.ج) - 793 ق.م.م» عقد الهبة العقارية «م 206 ق.ت.ج» عقد بيع المحلات التجارية م (78 ق.ت.ج) عقد الوقف (قانون 10-91 و 07-01) وغيرها من العقود المتصلة لنقل الملكية العقارية.

كما يلاحظ أنَّ عقد الإيجارات بعد التعديل في ظل المادة 467 مكرر (ق.م.ج) المضافة بقانون 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 أصبح العقد شكليا يجب إفراغه في النموذج المحدد قانونا بموجب المرسوم 94-69 المؤرخ في 19/03/1994.

تتضح لنا الأهمية التي أولاها المشرع بالشكلية حين فرضها على أهم التصرفات وهذا لما له من أهمية بالغة فالمحررات الرسمية لها دور كبير في تنظيم حياة الأفراد والمجتمع وتوفير الأمن والأمان للمتعاقدين لذلك اعتمدها المشرع في اغلب التصرفات سواء التي سبق ذكرها أو تلك التي نص عليها بقانون التوثيق.

* ثانيا - دور الشكلية في حماية رضا المتعاقد :

إذا كان الأصل في العقود الرضائية فالشكلية هي الاستثناء وهي الطريق الذي حدده المشرع للتعبير عن الإرادة بالنسبة لتصرفات معينة فما هي الأسباب التي دفعت بالمشرع لتقرير هذا الاستثناء الذي جاء بعد تطور طويل في القانون حتى أصبح مسلما به في القوانين الحديثة لأنها تهدف لتحقيق مزايا تعجز عن تحقيقها الرضائية بصورة كافية مما يتطلب الأمر اللجوء للشكلية كوسيلة كافية لتحقيقها سنحاول من

(1) المرجع نفسه، ص24.

خلال هذا الفرع دراسة مختلف الجوانب الحمائية التي توفرها الشكلية من خلال التطرق لدور الشكلية في حماية الرضا (أ) ثم دور الموثق باعتباره المكلف بإبرام العقود الشكلية في تنوير رضا الأطراف (ب) .

أ/ دور الشكلية في حماية الرضا :

إذا كان القانون اشترط إفراغ بعض التصرفات القانونية في شكل رسمي فإننا نخص بالذكر في هذا الفرع دور الشكلية وتأثيرها على سلامة الرضا فالشكل لا يعدم الرضا ولا ينفي عن العقد صفته الرضائية بل اتسعت الشكلية لتقرير هذا الرضا وتحقيق سلامته في شكل رسمي⁽¹⁾ فتكون الشكلية كفيلا لحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه خاصة إذا كانت في قالب رسمي⁽²⁾ عدد المشرع في وسائل التعبير عن الإرادة وترك للأطراف حرية الاختيار لكن الشكل انسبها لما يوفره من حماية للإرادة من عيوبها فهو كفيلا بحماية المصالح الخاصة لكل متعاقد فهو يسمح لأطراف التصرف المراد إبرامه أن يقدروا الأمور حق قدرها كما أنه قد لا يحتاط المتعاقد لنفسه من سوء نية المتعاقد الآخر فالرضائية سبيل سهل لتضليل المتعاقد في حين الشكلية توفر الحماية للإرادة من عيوبها فيصعب مع الشكلية القول بعيوب الرضا في العقود الرضائية.

فالشكل يحمي المتصرف من الوقوع في الغلط كما يحميه من الإكراه فالإكراه نادر في العقود الشكلية في حين يسهل إجبار الشخص على التعاقد شفاهاة لكن من الصعب أن يحدث هذا في العقود الشكلية⁽³⁾ فالشكل هو دعامة لحماية الرضا ولحماية المتعاقد من سوء نية المتعاقد الآخر من خلال التعبير على الإرادة بشكل رسمي لا يعتريه الغموض ولا التأويل فجاءت الشكلية كوسيلة فعالة للتعبير عن الرضا بشكل صحيح فهي جديرة باطمئنان المتعاقدين كما أن الكتابة الرسمية تجنب الأطراف النسيان والإنكار ويرى الدكتور بطيمي حسين⁽⁴⁾ أن الشكلية الحصن الحصين لكل المعاملات التي فرضها فيها المشرع ركن الشكلية تدعيما للرضائية لتحقيق التوازن العقدي.

(1) إذا كان الرضا معيب لا يحول دون الطعن في العقد، قرار المحكمة العليا، غ ع، ملف رقم 4191556، 1997/05/28، إق.ع.ع، 2004، م.ق، عدد خاص، ج2، ص271.

(2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص302.

(3) زواوي محمود: الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر ص 35.

(4) بطيمي حسين، محاضرة المرجع السابق، ص 15.

ب/ دور الموثق في تنوير وتبصير رضا المتعاقدين :

يلعب الموثق دورا هاما في إعلام وتبصير أطراف العقد بصفته المختص بإبرام العقود وإعطائها الصيغة التنفيذية فالعقد الرسمي سند تنفيذي دون حاجة للجوء للقضاء فمهنة التوثيق في التشريع الجزائري يحكمها القانون رقم 88-27⁽¹⁾ الصادر في 88/07/12 والتمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 وأخيرا القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق فتتضمن المادة 20 مكرر من القانون رقم 06-02 على أن: « الموثق هو الضابط العمومي المفوض من قبل السلطات العمومية لتحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأطراف إعطائها هذه الصيغة ».

من خلال هذه المادة أعطى المشرع للموثق سلطة إبرام كافة العقود التي اشترط فيها المشرع الشكل الرسمي إلى جانب تلك العقود التي يرغب أصحابها في إفراغها في شكل رسمي وهذا راجع للحماية والائتمان والاستقرار الذي حققته العقود الشكلية فأصبحت حتى العقود الرضائية تتم في شكل رسمي لتحقيق الطمأنينة بين أطراف العقد وليكون السند الرسمي دليل إثبات قوي وحجة بين طرفيه واتجاه الغير وتظهر هنا أهمية الكتابة والتوثيق وتجدر الإشارة إلى أن حتى الشريعة الإسلامية نصت على ضرورة إثبات الديون المؤجلة بالكتابة مهما بلغت قيمتها وما في ذلك أي حرج :

- لقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾ ، وقوله تعالى ﴿ وَلَا تَسَامُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ﴾ إلا أن التجارة استثنيت من هذه القائمة الشرعية التي تشترط الكتابة لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهُ ﴾⁽²⁾ وهذه الآية التي سميت آية المدائنة.

كما أن الموثق ونظرا لحكمته ودرايته يقع على عاتقه واجب النصح والإرشاد يستفيد منه كل زبائنه وحتى اطراف العقد وفي هذا الاطار يقدم الموثق نصائحه إلى الأطراف لتكون اتفاقاتهم منسجمة مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها كما يعلم الأطراف بمدى التزاماتهم وما لهم من حقوق ويشرح لهم جميع الآثار والالتزامات التي يخضعون لها وبين لهم كل الوسائل التي نضمها لهم القانون لضمان

(1) الجريدة الرسمية، رقم 28 لسنة 1988.

(2) سورة البقرة، الآية 282. وتسمى بآية المدائنة.

تنفيذ إرادتهم وواجب النصح والإرشاد الذي يستفيد منه زبائن الموثق وأطراف العقد وحتى الزبائن المعتادين في اللجوء إليه ف جاء هذا الواجب مطلق وقد استقر الفقه والقضاء على قاعدة أن الموثق ملزم بتقديم نصيحته لكل الزبائن والموثقون مطالبون مهنيا بإعلام وتنوير الأطراف حول آثار ونتائج عقودهم ولا يمكن إنكار مسؤولياتهم بحجة أنهم يقوموا إلا بإضفاء الرسمية للتصريحات التي تلقوها⁽¹⁾.

فواجب الإرشاد والنصح يعد بمثابة الحمل الثقيل الذي يتقل كاهل الضابط العمومي في مسيرته المهنية وواجب النصح والإرشاد يطبق على جميع الموثقين دون استثناء سواء كان يعمل بمفرده أو في إطار شركة مدنية

يظهر من كل ما سبق الدور الهام الذي تقوم به الشكلية فهي دعامة لحماية الرضا والإرادة من عيوبها إلى جانب ما توفره من ائتمان و ضمان لأطراف التصرف بالإضافة للدور الهام الذي يقوم به الموثق في إعلام وتبصير الأطراف كونه على دراية بخطورة هذه التصرفات فدوره هام جدا في الحصول على رضا سليم مستتير لأطراف العقد المراد إبرامه.

الفرع الرابع

الالتزام التعاقدي بالإعلام

إن مواجهة عدم التوازن المعرفي جاءت نتيجة التغيير الذي أتت به قوانين الاستهلاك والتي جعلت منه مبررا للحماية المقررة للمستهلك عن طريق الالتزام بالإعلام كآلية وقائية تزداد بها إرادة المستهلك تبصرا ليتخذ قرارا مبني على أسس صحيحة، فالتفاوت الواضح في الكثير من الأحيان بين طرفي العلاقة العقدية دفع بالقضاء بالبحث على حلول بتوسيع البحث في الوسائل المتاحة في نظرية العقد لكن الحاجة الملحة لتحقيق التوازن دفعت بالقضاء لإيجاد آليات فعالة من الناحية العملية والواقعية ويصلح من الناحية القانونية فنتيجة عدم المساواة هذه نشأ الالتزام بالإعلام. والفقير « Juglan » من أوائل الشراح الذين تطرّقوا لهذه المسألة وذلك في كتابه الموسوم بـ « الالتزام بالإعلام في العقود »⁽²⁾.

وسنتعرض فيما يلي لأهم الجوانب المتعلقة بالالتزام بالإعلام (أولا) من خلال مفهومه ثم نتطرق للدور الوقائي الذي يحققه الالتزام بالإعلام العقدي وتأثيره على إرادة المتعاقدين (ثانيا) .

(1) المحكمة العليا، غ م، تاريخ 1991/02/25.

(2) منذ 24 ماي 1933 اعتنق القضاء الفرنسي هذا المبدأ كمبدأ عام.

* أولا - مفاهيم عامة حول الإلتزام بالإعلام العقدي :

أصبح الإلتزام بالإعلام من أهم المبادئ الوقائية المقررة لحماية رضا المستهلك بدءا من المرحلة السابقة للتعاقد إلى مرحلة إبرام العقد، فهو من الأفكار الأساسية والوسائل المباشرة لحماية رضا الطرف الضعيف في العقد، ففكره الإلتزام بالإعلام آلية تحمي الرضا وتحقق المساواة بين المتعاقدين، وهي قواعد ليست بالحديثة فلها وجود سابق في القواعد العامة والخاصة وعندما كانت تلك القواعد غير كافية تدخل المشرع بقواعد أمرة لحماية المستهلك من خلال فرض الإلتزام بالإعلام، وحرص المشرعين على تكريس هذا المبدأ فقد دأبوا على النص عليه في مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية على غرار المشرع الجزائري الذي نصَّ عليه في (الفصل الخامس) من قانون حماية المستهلك تحت عنوان «الزامية إعلام المستهلك» بمقتضى المادتين 17 و18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾.

أ/ التمييز بين الإلتزام بالإعلام العقدي والإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد :

قد يثير الإلتزام بالإعلام التعاقدية تشابه مع بعض الإلتزامات الأخرى كالإلتزام بالإعلام قبل التعاقدية وعليه سنتناول، فيما يلي أن نوضح أهم نقاط التشابه والاختلاف بينهما يتفق الإلتزام بالإعلام قبل تعاقدية مع الإلتزام بالإعلام العقدي في الهدف المنشود من تقريرهما وهو السعي للحصول على رضا مستنير وتبصير المتعاقد الآخر بكل الأمور الجوهرية المرتبطة بالعقد والتي يصعب على الدائن بالإعلام الإحاطة بها، أما عن نقاط الاختلاف يمكن أن نجملها فيما يلي:

1. من حيث الأساس: يختلف الإلتزام بالإعلام قبل تعاقدية على الإلتزام بالإعلام العقدي من حيث الأساس في كون هذا الأخير يستمد أساسه من العقد، أمّا الإلتزام بالإعلام قبل تعاقدية يستمد أساسه في صحة وسلامة الرضا وتنويره أي هو بعيد كل البعد عن العقد.

(1) قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25/02/2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، عدد 15 2009.

سعاد نويرة: الإلتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الأبحاث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، العدد 8، جانفي 2016.

2. من حيث المعلومات :

الالتزام بالإعلام القبل تعاقدى يكون الإدلاء بالمعلومات فيه من أجل تنوير الرضا، أما الإخلال بالالتزام بالإعلام العقدي يتجاوز ذلك فيُظهر كل ما له علاقة بالعقد، مثلا أن يظهر كل ما يتعلق بالمنتج وكيفية استعماله والنتائج المترتبة عن استعماله... الخ⁽¹⁾.

3. من حيث المصدر :

نجد أن التزام بالإعلام القبل تعاقدى يستمد مصدره من المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية ومبدأ الصدق والأمانة، ومبدأ السلامة في العقود أو بعض نصوص القوانين الخاصة. أمّا الالتزام بالإعلام العقدي فيجد مصدره من العقد وفي حدود ما يتطلبه ذلك العقد من اعتبارات حسن النية.

4. من حيث الجزاء :

اختلاف مصدر الالتزام بالإعلام يترتب عليه الاختلاف في الجزاء المترتب عن الإخلال بهما فجزاء الإخلال بالالتزام القبل تعاقدى يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية المادة 124 (ق.م.ج)، أما الالتزام بالإعلام العقدي فهو التزام عقدي مصدره العقد وجزاء الإخلال به يوجب قيام المسؤولية العقدية مع إمكانية طلب الدائن التنفيذ العيني أو الفسخ إذا توافرت شروطه⁽²⁾.
ويُعد وقت نشوء الالتزام بالإعلام معيار هام لتسهيل التفرقة بينهما فالالتزام بالإعلام العقدي يبدأ متى انتهى الالتزام بالإعلام القبل تعاقدى ويمتد إلى غاية تنفيذ العقد⁽³⁾.

ب/ موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام العقدي:

1. في القانون المدني :

لا يوجد في القانون المدني نص صريح ينص على الالتزام بالإعلام العقدي إلا أننا نجد بعض التطبيقات له في قواعد عقد البيع حيث نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في المادة 352 (ق.م.ج) والتي اشترط : « أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا...»، وهذا الشرط يتحقق بتوافر أوصاف كافية للمبيع وهذا ما جاء بنفس المادة: «... ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيانات المبيع

(1) بن سالم مختار: الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2017-2018، ص35.

(2) أحمد بومدين، المرجع السابق، ص171. سعاد نويري، مقال، المرجع السابق، ص227.

(3) رأي الفقيه «chestin»، أنظر: بن سالم مختار، نفس المرجع، ص35.

وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه»، وتستهل هذه المادة النص كما يلي: « يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً » من خلال هذا الشرط يتضح بما لا يدع مجالاً للشك بأن الالتزام بالإعلام يقع على عاتق البائع وعدم العلم من طرف المشتري يمنحه حق المطالبة بإبطال العقد لتخلف الالتزام بالإعلام والعكس صحيح، فعلم المشتري بالمبيع يحوّل دون طلب إبطال العقد⁽¹⁾.

2. في بعض القوانين الخاصة :

نصّ المشرّع الجزائري صراحة في بعض القوانين الخاصة على ضرورة الالتزام بالإعلام فجاء في المرسوم التنفيذي رقم 90-366 المؤرخ في 10/11/1990 المتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها والمرسوم التنفيذي رقم 90-367 المؤرخ في 10/11/1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها⁽²⁾ وماهي إلا محاولة لتأكيد هذا المبدأ وبموجبها أُلقي هذا الالتزام على عاتق المحترف وبالنظر للخطورة التي تحيط بالمستهلك بسبب عدم توافر المعلومات لديه عن سلعة أو منتج الذي يريد التعاقد بشأنه فإن حماية المستهلك تقتضي أن يقوم المنتجون بإعلام المستهلك وأخباره عن خصائص المنتج وما يحيط به من مخاطر وهذا ما جاء بالمواد (04، 09، 02) المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك والمعدلة بالمواد 17 و18 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، كما نص قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-11 في عدة مواد له على ضرورة التزام الطبيب بإعلام المريض، مثلاً مواد (23... 34 فقرة 2 المادة 368 نصت على الالتزام بالإعلام في مجال التبّرع بالدم...).

والجدير بالذكر أن (ق.أ.ج) الجديد أشار في المادتين 8 مكرر و53 فقرة 6 المعدلة بالقانون 05-02 أنه في حالة التدليس في مسألة التعدّد من طرف الرّوج الرّاعب في ذلك والذي يقوم بكتمان أمر الزوجة السابقة يجوز للزوجة الجديدة طلب التّطبيق.

(1) دالي بشير: دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، 2015 2016، ص 206.

(2) الوسم Etiquetage هو جميع البيانات التي يجب أن توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة تعلم المستهلك وتبين له طبيعة وخصائص وصنف المنتج وعناوين المصنّع أو التجارة بصفة واضحة ومفهومة دون أي إشارة أو علامة للإشهار يمكنها أن تدخل لبسا في ذهن المستهلك أنظر بلحاج العربي، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 421.

* ثانياً - دور الالتزام بالإعلام في حماية إرادة المتعاقد (المستهلك) :

لعلَّ أهم أوجه الحماية التي يحققها الالتزام بالإعلام هو حماية الرضا، لذلك يتوجب علينا في هذه الدراسة أن نخص بالذكر دور الالتزام بالإعلام وما يحققه للرضا، وعليه سنشير فيما يلي إلى أهمية الالتزام بالإعلام في تنوير إرادة المتعاقد والحصول على رضا مستنير (أ) ثمَّ نبين دوره المباشر في حماية إرادة المتعاقد (ب) .

أ/ دور الالتزام بالإعلام في تحقيق رضا واعي ومستنير:

من المُسلَّم به قانوناً أنَّ التراضي أو الرضا هو العمود الفقري للعقود، حيث لا يمكن أن نتصور إرادة المستهلك عن طريق توضيح كافة مشتملات التعاقد والعلم بكافة تفاصيل العقد، فالإرادة هي المصدر للتعبير عن الرغبة في التعاقد وحتى تتكامل عناصر قوتها لا بد من حرّية التعاقد والوعي⁽¹⁾ بما سيتم التعاقد لأجله، فكان لا بد أن تتحرَّر هذه الإرادة من كلِّ الضغوطات التي تدفع بالمتعاقد للتعاقد دون رغبة حقيقية، ويتضح من خلال معظم العقود الاستهلاكية أنَّ المركز القوي لا يعني من إبراز العوامل التي تلقى عليه عبء الالتزام بإعلام الطرف الآخر بكل ما يتوجب عليه إعلامه لتنوير رضاه وتحقيق التوازن العقدي، وفي سبيل تحقيق وعي مستنير أدرج الفقه بعض الأفكار التي من خلالها تتجسّد حماية المستهلك تتمثل فيما يلي:

حق المستهلك في الحصول على معلومات (1) والحق في تنقيف المستهلك (2) .

1. حق المستهلك في الحصول على معلومات :

أن ما يتنافى والعدالة هو أن يكون لدى أحد المتعاقدين معلومات ضرورية للطرف الآخر في العقد ولا يعلمه بها، من هنا أتت فكرة وجوب وجد التزام بالإعلام السابق للتعاقد لأنه يعبر عن عدم التعسف المهني ويعتبر مظهراً من مظاهر حسن النية وهذا لحماية الطرف الضعيف في العقد، وهذه المصارحة أو المكاشفة والتفاوض بشفافية لا تسمح للمستهلك بالاحتجاج فيما بعد التعاقد بعدم تزويده بالمعلومات أو بأن هذه المعلومات كانت معيبة مما اثر على رضاه أن المجال الذي يقوم عليه الالتزام بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك واسع النطاق خاصة بعد ازدهام السوق وزيادة المنتجات ما شكل خطر على المستهلك.

(1) بن سالم مختار، المرجع السابق، ص67.

2. الحق في تثقيف المستهلك :

ويعبر هذا المصطلح عن حق المستهلك أو المتعاقد في حصوله على المعرفة المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة التي تتولد له بمناسبة قيامه بمعاملة من معاملات الاستهلاك ويسمى «التثقيف الاستهلاكي».

ومن أجل تثقيف المستهلكين كان لا بد من القيام بإجراءات من أجل زيادة الوعي عن طريق حملات إعلامية وبرامج إعلامية موجهة لجميع الأفراد على اختلاف مستوياتهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فالحق في التثقيف يعبر عن حق المستهلك في الحصول على بيانات ضرورية⁽¹⁾.
عن المنتجات التي يشتريها ومن ثم تكون إرادته سليمة حتى بعد عقد الاستهلاك، حيث تتوافر لديه القدرة لاتخاذ القرار الصائب.

ب/ حماية إرادة المتعاقد :

مبدأ «سلطان الإرادة» مبدأ عام للعقود وأساسه المعاملات، ويعني أنّ الإرادة الحرة أساسها تكوين العقد والعنصر المميز هو الرضا أو الإرادة الحرة لأطراف التصرف فاذا توافرت هذه الحرية يبقى على المتعاقدين فيما بعد ضرورة الاستعلام حول المعطيات والظروف المحيطة بالعقد حتى يتمكن من إصدار رضا سليم عن دراية وتبصر.

وهكذا فيتبين أن فرض التزام عام بالإعلام على عاتق أحد الأطراف دون الآخر هو قيد على حرية الإرادة.

الأصل في مبدأ سلطان الإرادة يقتضي انفراد كلّ شخص بمعلوماته، غير أنّ مبدأ العدالة جاء فيما بعد ليعادل الكفة ويحقّق التوازن بين الأطراف وتنبير الطرف الضعيف بما هو مقبل عليه، من هنا جاءت فكرة الالتزام بالإعلام وهي لا تتنافى مع القانون بل تساهم بشكل جوهري في تحقيق إرادة مستنيرة تساعد على استقرار المعاملات العقدية.

فالقول إذا؛ بأنّ الإلزام بالإعلام العقدي يتعارض مع مبدأ «سلطان الإرادة» قول غير صحيح فهو يسعى لتحقيق العدالة العقدية وتكافؤ الفرص⁽²⁾.

(1) المرجع نفسه، ص71.

(2) بن سالم مختار، المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثاني

الحماية العلاجية لإرادة المتعاقد في فترة إبرام العقد

رأينا من خلال المبحث الأول كيف أنّ المشرّع المدني نصّ على مجموعة من القواعد والأحكام التي أراد من خلالها كفالة الحماية الوقائية لإرادة المتعاقد من خلال وضع بعض الشروط التي تنظم تلك الإرادة كما هو الحال بالنسبة لاشتراط الأهلية الكاملة في المتعاقد لحماية صغار السن من عديمي وناقصي الأهلية، وكذا اشتراط صحة الإرادة من خلال تنظيمه لنظرية عيوب الإرادة، بالإضافة لبعض الأحكام الأخرى المنفرقة كالشكالية والالتزام بالإعلام ونظرية الشروط التعسفية، فكلّ هذه الأحكام الغرض منها -كما رأينا- فرض نوع من الحماية الوقائية أو القبلية لإرادة المتعاقد.

غير أنّه إذا لم تكفي هذه الخطوة في حماية إرادة المتعاقد، فالمشرع لم يكتفي بالآليات السابقة بل نظم آليات أخرى الغرض منها تفعيل الحماية في حال تم الإخلال عمداً أو سهواً بالأحكام الوقائية لحماية إرادة المتعاقد، وذلك من خلال تقرير المشرع لحقّ المتعاقد في إبطال العقد للعيوب التي قد تشوب الإرادة خلال مرحلة إبرام العقد، فنظرية البطلان وهي من أهم النظريات في القانون المدني بما توفره من حماية واستقرار للمعاملات من خلال ضمان توافر شروط العقد، وقد اتجه المشرع الجزائري في القانون المدني اتجاه عملي حيث ربط البطلان بالعقد دون التصرفات القانونية التي لم يفرد لها نظرية خاصة، ونص على هذا الجزاء في المواد من 99 إلى 105 قانون المدني الجزائري⁽¹⁾، وبحسب درجة وخطورة تعيب

(1) بينت المواد من 99-105 (ق.م.ج) الأحكام المتعلقة بالبطلان والإجازة موضحة الأشخاص الذين لهم الحق في التمسك بالإبطال دون الإخلال بحق الغير .

كما تولت بيان مدّة سقوط الحق في الإبطال وأثر البطلان المطلق ومدّة سقوط دعواه وجاء نص المواد من كالاتي:

- المادة 99 : « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق ».
- المادة 100: « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير ».
- المادة 101: « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات. (ف2) ويبدأ سريان هذه المدّة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه السبب وفي حالة الإكراه من يوم انقضاءه غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من يوم تمام العقد ».
- المادة 102 : « إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول بالإجازة. (ف2) وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد ».

الإرادة فإن البطلان الذي رتبته المشرع كجزاء للإخلال بالشروط المتعلقة بالإرادة أثناء التعاقد تنتزع بين البطلان المطلق (المطلب الأول) والبطلان النسبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

البطلان المطلق

نظرا لأهمية العقد الذي أصبح الوسيلة الوحيدة والهامة في دائرة المعاملات بأنواعها المالية والتجارية، وخاصة في ظل التطورات الاقتصادية المتلاحقة وحتى يقوم لا بد من توافر أركانه (وتخلف أحدها يترتب عليه بطلان العقد هو الآخر يؤدي للقضاء على التصرف القانوني وأثاره. ولأن محور دراستنا ينصب أساسا على الرضا حتى يقوم العقد صحيحا فلا بد من أن يصدر من ذي أهلية ووضع لها المشرع ضوابط معينة بحيث أن أي إخلال بها سيترتب عنه بطلان العقد وسنحاول أولا التطرق إلى البطلان المطلق (الفرع الأول)، ثم سنتعرض ثانيا إلى أوجه الحماية التي يوفرها البطلان للإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم البطلان المطلق

في سبيل تحديد مفهوم البطلان المطلق يتعين علينا أن نشير (أولا) إلى تعريفه ثم تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان (ثانيا).

==

- المادة 103 : « يعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. (ف2) غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. (ف3) يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به».

- المادة 104 : « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله».

المادة 105 : « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد».

* أولاً - تعريف البطلان المطلق :

عرف بعض الفقه البطلان المطلق على أنه: «البطلان الذي يلحق العقود التي استوفت كافة أركانها ولكنها خالفت قانونا معيناً»، وهو النظام العام وفق هذا الرأي⁽¹⁾. البطلان المطلق هو مخالفة العقد للنظام العام ويوجد تعريف آخر على أن البطلان المطلق يلحق العقد بقوة القانون إذا خالف ركناً متعلقاً بالنظام العام كالرسمية في عقود التأمين أو مخالفته للأداب العامة⁽²⁾.

وهناك من الفقهاء من يربط بين جزاء عدم توفر الأركان أو اختلالها وبين الالتزامات القانونية واعتبارات النظام العام فيعرف البطلان المطلق بأنه : «الجزء الذي يترتب عليه عدم توافر ركن من أركان العقد كإعدام (الرضا، المحل، السبب، أو الشكل) وإما لاختلال ركن من أركانه أو بموجب نص قانوني في حالات خاصة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ويبطل التصرف على الرغم من توافر سائر أركانه».

ويعرفه أنصار التقسيم الثاني للبطلان على أنه: «يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽³⁾ إذا استوفى كل أركانه ونخلف شرط المشروعية كعدم مشروعية المحل والسبب، ففي هذه الحالة ينعقد العقد لأنه استكمل أركانه إلا أنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية المحل والسبب».

فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يكون له وجود قانوني عندئذ ولا يترتب أي أثر تجنب المشرع الجزائري الخوض في التفرقة للمدارس التقليدية في تعريف البطلان واكتفى بالنص على البطلان المطلق والبطلان النسبي.

وقد عالج المشرع الجزائري البطلان المطلق من خلال المادة 102 (ق.م.ج) التي نصت على جواز التمسك ببطلان العقد لكل ذي مصلحة وأنه للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها فحكم القاضي هنا كاشف للبطلان لا منشيء له.

(1) لعصامي الوردي: نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر بن عكنون، 2000-2001، ص 20.

(2) زهدى يكن: شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية ج4، ط1، بيروت 1962، بند 322، ص118. لعصامي الوردي، مذكرة، نفس المرجع، نفس الموضوع.

(3) Alslaim : la théorie de nullité en droit algérien comparé, Th, Rennes, 1984.

أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص336.

* **ثانياً - الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان المطلق:**

تنص المادة 1/102 (ق.م.ج) : « إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها»، وسنحاول فيما يلي أن نتطرق لمن له مصلحة من التمسك بالبطلان (أ) ولسلطة المحكمة في القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها (ب).

أ/ صاحب المصلحة في التمسك بالبطلان :

إنَّ العقد الباطل هو أساساً عقد منعدم الوجود لتخلف أركانه كتخلف الرضا أو المحل أو السبب أو الشكلية في العقود الشكلية أو لعدم مشروعيتها كعدم مشروعية المحل والسبب.

ويقصد بالمصلحة التي تجيز التمسك بالبطلان تلك المصلحة المتعلقة بحق قد يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه، فمناط التمسك بالبطلان هو المصلحة المتصلة بسبب البطلان.

وقد أشرنا سابقاً؛ أن معيار البطلان المطلق هو المصلحة العامة وانطلاقاً من هذه الاعتبارات ولأنَّ الأمر مرتبط بهدف المصلحة العامة، فمن المنطقي أن يكون لكل ذي مصلحة حق التمسك ببطلان العقد، وهذا الحق لا يقتصر فقط على المتعاقدين أو من ينوبهما بل هو حقٌ تقرر أيضاً للخلف العام وللخلف الخاص والدائنين والغير شريطة أن يكون لهؤلاء مصلحة مشروع (1) من بطلان العقد (2)، وتتحقق المصلحة المشروعة كلما ادعى شخص الحق من جهة ووقع اعتداء على هذا الحق بسبب العقد المراد إبطاله من جهة أخرى أما إذا انعدمت المصلحة لانعدام الحق أو لعدم مشروعيتها كالتعسف في استعمال الحق لا يجوز التمسك بدعوى البطلان.

كأن يتمسك تاجر بدعوى بطلان عقد شركة بهدف التخلص من المنافسة التجارية وفي هذا قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها من أن: « .. بيع المرحوم لحق مشاع - قطعة أرض - بموجب عقد عرفي

(1) المقصود بالمصلحة المشروعة المصلحة التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه. علي فيلالي، المرجع السابق، ص 340 (هامش رقم 2).

(2) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 391371، بتاريخ 2007/11/21، م.م.ع 2008 ع2، ص 167. راجع أيضاً: قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 136456 بتاريخ 1997/02/18 م.ق. 1991 ع1، ص 79. أشار إليه بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 634.

لم يلحق أي ضرر بالشركاء الآخرين، ولا يجوز لهم التمسك بطلب إبطال العقد العرفي لأنه ليست لهم مصلحة في ذلك»⁽¹⁾.

ومن بين الأشخاص الذين قد يكون لهم مصلحة من بطلان العقد: الخلف العام، الخلف الخاص، والدائنون، وكذلك النائب العام، والنقابات، والجمعيات... الخ، فالعبرة هنا بالمصلحة التي يدعيها الشخص لا بصفته.

ولكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد عن طريق الدعوى الرئيسية أو عن طريق الدفع بالبطلان في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

ب/ سلطة المحكمة في القضاء بالبطلان :

بمقتضى أحكام المادة 102 مدني يمكن للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان العقد ويجوز حينئذ للقضاء القضاء ببطلان العقد، ولو لم يتنازع فيه أو يطالب المتخاصمان بذلك لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني فهو إما منعدم بسبب تخلف ركن من أركانه أو باطل بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وكلها معطيات يجب القاضي مراعاتها، فالعقد الباطل بطلان مطلق لا ينقلب صحيحا مع مرور الزمن ولا تلحقه إجازة⁽²⁾، وهذا راجع لأنه عقد منعدم قانونا عكس العقد القابل للإبطال ولم يستكمل كل أركانه وهذا ما يبرر سقوط دعوى البطلان دون حق الدفع بالبطلان.

فإذا مضى على إبرام العقد 15 سنة لا يجوز التمسك بدعوى البطلان بسبب سقوطها بالتقادم وهذا القول لا يعني أن العقد الباطل ينقلب صحيحا بل يبقى لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد عن طريق الدفع به.

وفي هذا الشأن ذكرت المحكمة العليا في أحد قراراتها⁽³⁾، «حيث يرد على هذا الوجه أن قضاة الموضوع لما أسسوا قضاءهم بسقوط دعوى البطلان على الفقرة الثانية من المادة 102 مدني فليس معنى هذا أن العقد الباطل قد انقلب صحيحا فهو مازال عقدا باطلا وكل ما في الأمر أن دعوى بطلانه غير

(1) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 161833، بتاريخ 1998/09/03، إ.ق.غ.ع، ع 2، 2004، ص 192. أشار إليه: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 340 (هامش 3).

(2) المجلس الأعلى ملف رقم 25699، بتاريخ 1982/07/07، نشرة القضاة 1983، السداسي 1، ص 171. أشار إليه علي فيلالي، المرجع السابق، ص 353.

(3) المحكمة العليا، غ.م، ملف رقم 274506، بتاريخ 20/06/2001، م.ق، ع 1، 2002، ص 166. أشار إليه علي فيلالي، نفس المرجع، ص 353.

مقبولة... وإذا مرت عليه المدة القانونية استقر وسقطت دعوى البطلان ولا يطعن فيه لا بطريق الدعوى ولا بطريق الدفع...».

ومن الناحية العملية يجب التمييز بين العقد الباطل الذي لم يتم تنفيذه، والعقد الباطل الذي تم تنفيذه، ففي الحالة الأولى، إذا طالب الدائن بتنفيذ العقد بعد مدة التقادم، فعلى المدين أن يدفع بالتقادم، أما الحالة الثانية إذا تم تنفيذ العقد، فلا يستطيع المدين أن يسترد ما التزم بتنفيذه لأن ذلك يقتضي القيام بدعوى الإبطال وقد انقضت هذه الدعوى بالتقادم، غير أنه يظهر لنا من خلال أحد قرارات المحكمة العليا⁽¹⁾ أن الغرفة العقارية قضت بغير ذلك في بعض الحالات فهي لم تمنع حائز العقار بموجب عقد باطل من الاستفادة من التقادم المكسب ومن ثم امتلاكه عن طريق الحيازة طبقاً للمادة 728 مدني.

الفرع الثاني

حالات البطلان المطلق

التراضي ركن أساسي في العقد، ورغم أنه الإخلال بركن التراضي يترتب عليه البطلان النسبي للعقد في أغلب الأحوال، غير أن ذلك لا يمنع أنه في حالات معينة يؤدي الإخلال بهذا الركن إلى البطلان المطلق للعقد، وتدرج ضمن حالات البطلان المطلق - بخصوص الرضا - الحالات التالية:

أولاً - حالة فقدان الأهلية بسبب صغر السن،

ثانياً - انعدام الأهلية بسبب الحالة العقلية،

ثالثاً - بطلان العقد بسبب الغلط المانع،

رابعاً - بطلان العقد بسبب الإكراه المعدم للإرادة،

خامساً - حالة الغش.

* أولاً - حالات فقدان الأهلية بسبب صغر السن :

أ- حكم تصرفات الصبي الغير المميز:

حتى يكون الرضا صحيحاً لا بد أن يكون صادر من ذي أهلية حيث نصت المادة 42 (ق.م.ج):

« لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن... ويعتبر غير مميز

من لم يبلغ سن 13 سنة » .

(1) المحكمة العليا، غ. م، ملف رقم 391371، بتاريخ 2007/11/21، م.م. ع، ع. 2، 2008، ص 167 أشار إليه علي فيلالي، نفس المرجع، ص 354 (الهامش رقم 1).

يتضح من خلال نص المادة هذه؛ أنّ المشرّع الجزائري يُعتبر الشخص فاقدا للتمييز ومن ثمّ عديم الأهلية إذا لم يبلغ من العمر 13 سنة⁽¹⁾ لذلك يعتبر غير أهل لإبرام العقود، وتعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا، ولأنّ إرادته ليس لها أي أثر ولا تصحّ الإجازة فيها، فالصبي الذي لم يبلغ 13 سنة تعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا سواء كانت نافعة أو ضارة به، وسواء أبرم العقد لصالح نفسه أو لصالح المتعاقد معه، فوفقا للمادة 81 من قانون الأسرة ينوب عنه وليّه أو وصيّّه أو المقدم حسب الأحوال وتكون تصرفاته باطلة بطلان مطلق لا ينتج عنها أي أثر قانوني ولا تصححها إجازة ولو كانت نافعة، وتنص المادة 82 (ق.أ.ج): «من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 مدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة».

ب/ النتائج المترتبة عن بطلان تصرفات الصبي الغير مميز:

تطبيقا لنص المادة 102 فقرة 1 (ق.م.ج) : «إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلق جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة».

يترتب على اعتبار تصرفات الصبي غير مميز باطلة بطلانا مطلقا النتائج التالية:

- عدم إمكانية إجازة هذه التصرفات سواء منه شخصا بعد بلوغه سن الرشد واكتمال الأهلية أو من وليه،
- لكلّ ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان سواء كان الصبي غير مميز - بعد بلوغه سن الرشد - هو الذي تمسك بهذا البطلان أو وليّه أو وصيّّه أو من تعاقد معه.
- جواز أن تقضي المحكمة بهذا البطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها ذلك.

* ثانيا - انعدام الأهلية بسبب الحالة العقلية :

ساوى المشرع الجزائري بين المعتوه والمجنون في حكم تصرفاتها واعتبرها كتصرفات الصبي الغير مميز لانعدام الإرادة والأهلية التي مناطها الإدراك، وهذا ما جاءت به المادة 42 مدني المشار إليها سابقا حين اعتبرت أن العته والمجنون يعدمان الأهلية.

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 49. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 298. لعصامي الوردي، مذكرة المرجع السابق، ص 21. حبار محمد: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر بدون سنة، ص 180. سعيد جعفرور: إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري. أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1985.

- **الجنون:** المشرع الجزائري لم يميز في التقنين المدني بين أنواع الجنون⁽¹⁾ ولا بين التصرفات التي يباشرها المجنون في حالة جنونه أو إفاقته، بل اعتبر الجنون درجة واحدة واعتبر التصرفات الصادرة عنه جميعها باطلة متى صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر وهذا راجع لصعوبة تحديد فترات الإفاقة والجنون بشكل دقيق.

- **العتة:** المشرع الجزائري لم يميز بين العتة المعدم للإدراك والتمييز وبين العتة المنقصة لهما بل جعله درجة واحدة 1/42 مدني وهذا لصعوبة التفرقة بينهما.

وجاءت المادة 85 (ق.أ.ج): « تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العتة أو السفه»، وأضافت المادة 101 (ق.أ.ج): «من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه».

ثم نصت المادة 107 (ق.أ.ج) على ما يلي: « تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة فاشية وقت صدورهما».

من خلال استقراء نصوص هذه المواد نلاحظ ما يلي:

- أول ملاحظة هو التناقض الواضح بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة فهذا الأخير ألحق السفيه بالمجنون والمعتوه واعتبر تصرفاته معدومة للأهلية في حين أن السفيه في القانون المدني يعتبر ناقص أهلية وتصرفاته قابلة للإبطال.

- كما أن المشرع في المادة 107 (ق.أ.ج) يعتبر تصرفات السفيه والمجنون وذوي الغفلة باطلة بعد قرار الحجر وصحيحة قبل قرار الحجر ما لم يكن السفه والعتة ظاهرة فاشية وواضحة بينما القانون المدني يعتبر تصرفات المجنون المعتوه باطلة بطلانا مطلق قبل وبعد الحجر، وبنبغي الإشارة أنه كان ينبغي على المشرع أن يميز بين تصرفات الصبي الغير مميز من جهة وبين تصرفات المجنون والمعتوه من

(1) أنواع الجنون: الجنون أنواع :

أ) الجنون الأصلي والجنون الطارئ يتحقق الجنون الأصلي: في حالة بلوغ الإنسان سن الرشد.

أما الجنون الطارئ: فيتحقق في حالة بلوغ الإنسان سن الرشد عاقلا ثم يطرأ عليه الجنون بعد ذلك.

ب) الجنون المطبق والجنون المتقطع: عند فقهاء الشريعة الإسلامية يقسم الجنون إلى جنون مطبق و جنون متقطع.

- الجنون المطبق: هو الجنون المستمر الذي لا يفيق منه المصاب أي الذي لا تتخلله فترات إفاقة وتكون تصرفاته كتصرفات الصبي الغير مميز باطلة بطلان مطلق.

- الجنون المتقطع: هو الذي تتخلله فترات إفاقة بحيث تأتيه حالة الجنون في فترات متقطعة فتكون تصرفاته الصادرة منه في فترة إفاقته صحيحة والتي صدرت منه في فترة جنونه باطلة. راجع عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص298.

جهة أخرى لأن تصرفات الصبي الغير مميز باطلة بطلانا مطلقا ولو كانت نافعة نفعاً محضاً له، بينما تصرفات المجنون والمعتوه تكون صحيحة قبل تسجيل قرار الحجر وتكون باطلة بعد تسجيل قرار الحجر، أو في حالة ما اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التصرف أو معروفة لدى الطرف المتعامل معه.

كما نلاحظ من خلال عبارة غير نافذة التي جاءت بنص المادة 85 (ق.أ.ج) أن المشرع لم يحسن اختيار المصطلح لأن عدم نفاذ التصرف يعني أنه موقوف أي أنه صحيح لكنه غير نافذ لا يرتب أثره ولا يعقل أن يكون تصرف المجنون صحيح غير نافذ لذا كان ينبغي الدقة في اختيار المصطلح المناسب وذكر كلمة باطلة عوض غير نافذة الواردة في هذا النص مع الإشارة أن المادة 85 (ق.أ.ج) في الصياغة الفرنسية جاءت بعبارة Nuls أي باطلة كذلك بقراءة المفهوم المخالف للمادة 85 التي تقضي بعدم نفاذ التصرفات الصادرة من المجنون في حالة الجنون فهل يفهم من ذلك أن التصرفات الصادرة عنه في حالة الإفاقة تعتبر صحيحة نافذة كتصرفات الراشد المتمتع بكامل العقلية؟.

كما سبق وأن أشرنا إليه فالقانون المدني لم يميز بين حالة الجنون المطبق والجنون المتقطع الذي تتخلله فترات إفاقة ويفترض في حالة الجنون أن تقابلها حالة إفاقة إلا أنه نلاحظ أن القانون رقم 91-10 والمؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف قد أخذ بفكرة هذا التمييز بين نوعين الجنون في المادة 31 منه إذ جاء في نص المادة: « لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفاً يتوقف على أهلية التسيير أما المجنون جنون متقطع فتصح أثناء إفاقته وتتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بأحد الطرق الشرعية».

* ثالثاً: الغلط المعدم للإرادة (المانع) :

قسمت النظرية التقليدية القديمة التي أوردها القانون الفرنسي الغلط إلى ثلاث أنواع: الغلط المعيب للرضا -أشرنا إليه سابقاً - والغلط الغير مؤثر وهو الغير مجدي والذي لا يؤثر على صحة العقد والذي لا علاقة له بتكوين العقد (كالغلط في القيمة، الغلط في الباعث، والغلط في الحساب والكتابة الذي يستوجب تصحيحه فقط المادة 84 (ق.م.ج)، والغلط في شخص المتعاقد إلا اذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار).

والنوع الثالث من الغلط هو الغلط المعدم للإرادة وهو الذي يؤدي إلى بطلان العقد بطلان مطلق لأنه لا يعيب الرضا ولأنه يقع في ماهية العقد أو محله أو سببه وذلك لأنه يقف عائقاً أمام تلاقي الإرادتين كما

قد يقع على الأشخاص فإذا كان الغلط في الشخص الذي يكون. شخصه محل اعتبار سرت عليه قواعد البطلان المطلق كأن يقصد الشخص المتعاقد إبرام عقد بيع في الوقت الذي انصرفت إليه نية المتعاقد الآخر إلى إبرام عقد إيجار⁽¹⁾ فهذا الغلط في ماهية العقد يمنع تلاقي الإيجاب والقبول⁽²⁾ فينتج عنه غياب تام للرضا بسبب عدم التعبير عن الإرادة ونقلها فالغلط المانع يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول (فيمنع قيام العقد ويترتب عليه البطلان المطلق).

* رابعاً - الإكراه المعدم للإرادة :

إن الإكراه كما سبق ذكره يفسد الرضا ولا يعدمه وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بالمادة 188- (ق.م.ج) بقوله: «بجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق».

فالإرادة موجودة وإن انتزعت منه هذه الإرادة رهبة لأنه خير بين أن يريد أو بين أن يقع له المكروه الذي هدد به فاختر أهون الضررين وأراد إلا أن الإرادة التي صدرت عنه فاسدة لأنها لم تكن حرة مختارة⁽³⁾.

ويكون الإكراه معدم للرضا إذا أنتزع عنوة لا رغبة كأن يمسك المكره يد المكره وأمسك قلماً بيده ووقع على التزامه وأمره بالتوقيع على العقد ففي هذه الحالات لا يمكن القول بوجود الإرادة بعكس الإكراه المفسد للرضا⁽⁴⁾.

ففي هذه الحالة يكون رضا المكره منعدم تماماً فينعدم العقد كلياً: « إلى جانب الإكراه المعنوي الذي يستخدم فيه قوة مادية تمارس على الشخص مباشرة فتشل إرادته وتفقده حرية الاختيار ولا يستطيع مقاومتها فتدفعه للتعاقد وهذا النوع من الإكراه يستبعد من نطاق عيوب الإرادة لأنه يعدم الرضا ويترتب عليه البطلان المطلق».

(1) Cass. civ. 3e. 18/03/1980. bull. civ. 3، n° 65, p 887.

- أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 387.

(2) Cass. civ. 3e. 01/02/1995. Rtd. civ. 1995, p 87.

- أشار إليه بلحاج العربي، نفس المرجع، نفس الموضوع.

(3) بلحاج العربي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 443-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 360.

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 360.

ففي هذه الحالة يكون رضا المكره منعدم تماماً فينعدم العقد كلياً، إلى جانب الإكراه المعنوي الذي يستخدم فيه قوة مادية تمارس على الشخص مباشرة فتشل إرادته وتفقده حرية الاختيار ولا يستطيع مقاومتها فتدفعه للتعاقد وهذا النوع من الإكراه يستبعد من نطاق عيوب الإرادة لأنه يعدم الرضا ويترتب عليه البطلان المطلق.

وهذا النوع من الإكراه يعبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية بالإكراه الملجئ أو التام وهو الإكراه الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويختلف حسب الوسيلة المستعملة إن كانت مرهبة أم لا ويختلف حسب اختلاف حالة الشخص ويعتبرونه أشد أنواع الإكراه. وسمي بالإكراه الملجئ لأنه يلجأ المكره إلى مباشرة الفعل خشية من فقدان حياته.

المطلب الثاني

البطلان النسبي

إلى جانب العقد الباطل بطلان مطلق بسبب انعدام الأهلية أو بسبب الحالة العقلية أو أحد الأسباب التي سبق دراستها فإن المشرع أجاز تصرفات القاصر ناقص الأهلية ومعيب الرضا ومنحهما حق المطالبة بإبطال العقد أو إجازته إعمالاً بالحماية التي يوفرها البطلان النسبي وفيما يلي سننترق لمفهوم البطلان النسبي (الفرع الأول) ومن ثمّ الحالات التي يكون فيها البطلان نسبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم البطلان النسبي

منح المشرع الجزائري ناقص الأهلية ومعيب الرضا حق المطالبة بإبطال العقد أو إجازته فمن أجل الخوض في مفهوم البطلان النسبي يتعين علينا وجوباً التطرق لتعريفه (أولاً) ثمّ نشير لمفهوم الإجازة وأثرها على إجازة العقد القابل للإبطال (ثانياً)، ثمّ من لهم مصلحة في التمسك بالبطلان النسبي (ثالثاً).

*** أولاً - تعريف البطلان النسبي :**

يقصد بالعقد الباطل بطلان نسبي ذلك العقد الذي يبرمه شخص ناقص أهلية كالصبي المميز والسفيه وذو الغفلة أو ممن عيبت إرادته بأحد عيوب الرضا.

كما عبر عن هذه الفكرة الدكتور محمد حسنين بقوله: «البطلان النسبي... هو الجزاء لعقد توافرت أركانه وإنما لم يستوفي أحد شرطي الصحة وهي أن يكون صادرا من ذي أهلية وغير مشوب بأحد عيوب الرضا»⁽¹⁾.

والعقد الباطل بطلان نسبي هو عقد صحيح ويرتب كافة آثاره القانونية حتى يتمسك بالبطلان فإذا تقرر هذا البطلان زالت جميع الآثار القانونية التي تترتب على هذا العقد وانعدم بأثر رجعي طبقا للمادة 103 (ق.م.ج) المشار إليها سابقا فيعيد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها وإن كان هذا مستحيلا حكم بتعويض عادل (م103 ق.م.ج).

يتقرر البطلان النسبي نزولا لاعتبارات عدة أهمها حماية المصالح الخاصة للمتعاقد فلا يترتب هذا الجزاء إلا إذا تمسك به هذا الأخير في المدة المحددة قانونا⁽²⁾ (م 99، 100، 101 ق.م.ج).

وعلى خلاف البطلان المطلق فالبطلان النسبي لا يتقرر إلا بالتقاضي أو بالتراضي ولا يستطيع التمسك به إلا من تقرر لمصلحته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها إلا بناء على طلب صاحب المصلحة والبطلان النسبي تصححه الإجازة الصريحة أو الضمنية وإذا لم يتمسك به صاحبة خلال المدة القانونية المحددة يسقط حقه في المطالبة بالإبطال⁽³⁾.

ويستند الفقه في سبيل التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي إلى عدة معايير أولها معيار الصحة، فإذا كانت المصلحة المرجو تحقيقها مصلحة عامة فالعقد باطل بطلان مطلق أما إذا كان الهدف حماية المصالح الخاصة فيكون العقد قابل للإبطال أنتقد هذا المعيار لعدم دقته وإلى جانب هذا أخذ جانب آخر من الفقه في سبيل التفرقة بين البطلان المطلق النسبي معيار تخلف الشروط فإذا تخلف شرط أو أكثر من شروط الانعقاد كان العقد باطلا أما إذا تخلف أحد شروط صحته ترتب عنه قابلية العقد للإبطال ويعتبر هذا المعيار الأكثر وضوحا من خلال استقراءنا لنصوص القانون المدني نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتد بهذا المعيار ودليل ذلك أنه رتب قابلية الإبطال في عدد من المواد المتعلقة بعيوب الرضا، ولأن موضوع بحثنا ينصب أساسا على حماية المتعاقدين فنركز دراستنا في هذا المبحث بصورة

(1) محمد حسنين: التوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986، ص76. بلحاج العربي، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص606.

(2) أنظر: المحكمة العليا، غ. م 1996/11/13 ملف رقم 136433 م. ق 1997. ع1. ص 17 راجع بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 616، هامش رقم 5.

(3) Dupeyron Couturier: La confirmation des actes nuls، Thèse، Paris، 1972، p. 2.

- أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 622

خاصة علي البطلان المعزز لحماية الرضا دون التطرق لأركان العقد الأخرى وهذا من خلال مطلبين المطلب الأول ندرس فيه البطلان المطلق الناجم عن تخلف واختلال شروط صحة الرضا المطلب الثاني خصصناه للبطلان المتعلق بكمال أهلية المتعاقد وخلو الإرادة من عيوبها المرتبطة بالرضا.

* ثانياً - مفهوم الإجازة :

نصت المادة 100 (ق.م.ج) على أنه: « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير». من أجل تحديد مفهوم الإجازة يتعين علينا تعريفها (أ) ثم التطرق لأنواعها (ب) لنخلص في الأخير للإشارة إلى شروط الإجازة (ج) وأثر الإجازة على العقد القابل للإبطال (د).

أ/ تعريف الإجازة :

فالإجازة هي تصحيح العقد القابل للإبطال برفع القيد عليه أو هي التنازل عن حق المطالبة بالإبطال فهي تسعى لاستقرار العقد بعد أن كان مهدداً بالزوال، وعليه فالإجازة تقتصر على العقد القابل للإبطال وهو ما أشارت إليه صراحة المادة 102 فقرة 1 (ق.م.ج): « لا يجوز.. البطلان بالإجازة...»، وهذا ما سار عليه اجتهاد المحكمة العليا بأن العقد القابل للإبطال يستقر بالإجازة الصريحة والضمنية ويكون لها أثر رجعي شريطة عدم الإضرار بحقوق الغير⁽¹⁾.

والمقصود بحقوق الغير هم الخلف الخاص للمتعاقد صاحب المصلحة في إبطال العقد فحقوقهم التي كسبوها على الشيء محل العقد قبل إجازته لا تتأثر وربما الحكم الوارد في 102 (ق.م.ج) تمليه الرغبة في حماية المتعاقد المتعامل مع صاحب المصلحة في الإبطال ومحاولة إحباط كل محاولة غش قد تتطوي عند إجازة العقد بعد التصرف مع الغير.

ب/ أنواع الإجازة:

بالرجوع لنص المادة 100 (ق.م.ج) فالتعبير عن الإجازة قد يكون صريحا أو ضمنيا.

(1) المحكمة العليا، غ. م، ملف رقم 606876، بتاريخ 2010/10/21. م.م.ع، ع1، 2012، ص118.

1. الإجازة الصريحة :

تكون الإجازة صريحة إذا قام المميز بإجازة العقد فيقوم بأي تصرف قانوني يدل على تنازله عن حقه في إبطال العقد ويكون الهدف من هذا هو التنازل صراحة عن إبطال العقد وذلك إما بالكتابة أو بالإشارة... الخ.

2. الإجازة الضمنية :

تكون الإجازة ضمنية إذا انصرفت إرادة من بيده حق الإبطال لتنفيذ العقد فيفهم من موقفه هذا أنه تنازل عن حقه في إبطال العقد.

ج/ شروط الإجازة :

تتطلب الإجازة توافر ثلاث شروط هي:

1. قابلية العقد للإبطال :

والإجازة بهذا التحديد لا ترد على العقد الباطل لأنه تصرف منعدم الوجود ومجرد من أي أثر قانوني منذ نشأته المادة 102 فقرة 1 (ق.م.ج) ومن ثم فالإجازة ترد على العقد القابل للإبطال لأن الهدف منها هو نزول المتعاقد عن حقه في إبطال عقد موجود منتج لأثره.

2. علم المتعاقد بقابلية العقد للإبطال :

يجب أن يكون المتعاقد المميز للعقد عالما بقابلية هذا الأخير للإبطال حتى يكون على بينة من أمره وإلا إذا نفذ هذا العقد دون أن يكون عالما بقابليته للإبطال فلا يمكن اعتباره تنفيذاً للعقد إجازة ضمنية وتجدر الإشارة أنه لا يعتد بالإجازة المسبقة وهي الاتفاق المسبق في العقد على تنازل المتعاقد عن حقه في إبطال العقد فيقع باطلاً أي اتفاق على مثل هذا الشرط.

3. زوال العيب المبطل للعقد :

لا يمكن إجازة العقد إلا بعد زوال العيب الذي يعرضه للإبطال فإذا كان العقد قابلاً للإبطال بسبب أحد عيوب الرضا أو بسبب نقص الأهلية فأجازته تتطلب زوال هذه العيوب التي شابتها أو بلوغ سن الرشد إذا كان العيب بسبب نقص الأهلية

د/ آثار الإجازة على العقد القابل للإبطال :

يترتب على إجازة العقد القابل للإبطال استقرار هذا العقد فيصبح صحيحا بعد أن كان مهددا بالزوال فيرتب كل آثاره فالإجازة تزيل الخطر الذي كان يهدده فيصبح باتا في مواجهة طرفيه وترتب الإجازة آثارها بأثر رجعي من يوم إبرام العقد المادة 100 (ق.م.ج) وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أنه ليس للإجازة أثر رجعي لأن العقد القابل للإبطال ينعقد صحيحا ويضل كذلك مالم يتقرر إبطاله.

والمشروع الجزائري من خلال نص المادة 100 (ق.م.ج) أشار إلى أن هذا الأثر الرجعي لا يضر بحقوق الغير بمعنى أن الإجازة تسري في حق الغير.

والمقصود بحقوق الغير هم الخلف الخاص للمتعاقد صاحب المصلحة في إبطال العقد فحقوقهم التي اكتسبوها على الشيء محل العقد قبل إجازته لا تتأثر وربما الحكم الوارد في المادة 100 (ق.م.ج) تمليه الرغبة في حماية المتعاقد المتعامل مع صاحب المصلحة في الإبطال ومحاولة إحباط كل محاولة غش قد تنتوي على إجازة العقد بعد التصرف مع الغير.

كما تجدر بنا الإشارة أن بعض من الفقه يرى أن إقحام لفظ الإجازة في نص المادة 100 (ق.م.ج) هو خطأ إذ أن في الواقع العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح ينتج آثاره القانونية وليس بحاجة إلى إجازة تصححه لأنه صحيح من يوم انعقاده وكل ما في الأمر أن المتعاقد قد شاب رضاه أحد عيوب الرضا أي أن العيب ليس في العقد نفسه بل في إرادة المتعاقد وفي هذا السياق يرى الدكتور بلحاج العربي أن هذا الرأي سليم وأن نصوص المادتين 100 و 101 فقرة 1 من (ق.م.ج) لم تكون موفقة في الحقيقة عندما أشارت إلى « الإجازة » في حين أنه ليست هناك إجازة إنما هناك نزول عن الحق في طلب الإبطال وربما السبب في وقوع المشروع في هذا الالتباس هو تأثره بما وقع فيه القانون والقضاء والفقه بفرنسا.

* ثالثا - من يحق له التمسك بحق الإبطال :

تنص المادة 99 (ق.م.ج) : « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق »، فما دام البطلان النسبي مقرر لحماية المصالح الخاصة فهذه نتيجة حتمية أن يكون حق الإبطال قاصرا على صاحب المصلحة (أ) أو ممن يقوم مقامه (ب).

(1) من بينهم محمد سعيد جعفرور، محمد صبري السعدي، محمد حبار، أشار إليهم بلحاج العربي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 348 (هامش رقم 1).

أ/ صاحب المصلحة في التمسك بحق الإبطال :

حق الإبطال هو حق للمتعاقد صاحب المصلحة دون المتعاقد معه أو الغير فشرع هذا الحق له وحده الذي يستطيع أن يتمسك به في حالة نقص أهليته أو عيب في رضاه م 101 (ق.م.ج). وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرأ لها جاء فيه: « من المقرر قانوناً أنه يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال المدة القانونية ويبدأ سريان هذه المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب (المادة 101 ق.م.ج) ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإبطال العقد العرفي المتنازع من أجله رغم أن المطعون ضدهم لم يتمسكوا بإبطاله خلال المدة القانونية المعينة، كما أن أصغرهم سناً عندما بلغ سن الرشد لم يتمسك به هو الآخر وعليه فإن حقهم في طلب إبطال العقد يسقط بحكم القانون ومن ثمَّ فإنَّ القضاة بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه (1) وتقرير البطلان النسبي عكس البطلان المطلق يتم بالتراضي ويشترط أن تتوافر الأهلية في كلِّ من المتعاقدين فإن لم يتم الاتفاق بالتراضي فلا يجوز لمن له الحق في المطالبة بالبطلان أن يستقل بإعلانه من تلقاء نفسه بل يتعين عليه اللجوء للقضاء للحصول على حكم بإبطال العقد وحكم القاضي هنا منشئ للبطلان لا كاشفاً له كما هو الحال بالنسبة للبطلان المطلق فإذا رفعت دعوى البطلان وتبين للقاضي أن سبب الإبطال موجود عليه أن يقضي ببطلان العقد، وليس للمحكمة الحق أن تحكم ببطلانه من تلقاء نفسها ولا يحق للغير أيضاً الاحتجاج به» (2).

واعتبرت المحكمة العليا تطبيقاً لهذه المسألة أن الشخص الذي يشارك في مزايمة (ط... س) لا ينشأ له أي حق على العقار محل المزايمة وملك للمؤسسة الاقتصادية بعد فشل عملية المزايمة لفائدة شخص آخر (الطاعن) بعقد توثيق مشهور ومن بين ما جاء من أسباب في القرار: «... أنه إذا كانت هناك علاقة بين المطعون (ط... س) والمؤسسة فإن هذه العلاقة لا تمتد إلى الطاعن باعتباره مالك لهذا العقار وتبعاً لذلك تبقى تلك العلاقة محصورة بين المطعون عليه والمؤسسة ويعتبر المطعون عليه أجنبياً عن العقد الذي يربط بين الطاعن والمؤسسة... وحيث أن إبطال العقد هو حق مقرر لطرفيه طبقاً لما تنص عليه

(1) المجلة القضائية، 1997، العدد 1، ص 17. أنظر: بلحاج العربي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 635.

(2) المحكمة العليا، غم، ملف رقم 606876 بتاريخ 2010/10/21، م.م.ع. 2012.118. ع 1. بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 342 (هامش رقم 1).

المادة 99 المشار إليها ولا يثبت الحق إلى الغير... وحيث أن قضاة الموضوع لما انتهوا لإبطال العقد بطلب من شخص أجنبي عنه لم يستندوا إلى أي أساس قانوني أو أخطأوا في تطبيق المواد 99...».

ب/ من يقوم مقام صاحب المصلحة (المتعاقد) :

يقوم مقام صاحب المصلحة ويكون له حق التمسك بالإبطال باسمه ولحسابه: الخلف العام (1)، الخلف الخاص (2)، الدائنون العاديون (3) .

1. الخلف العام :

وهو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو جزء منها ويعتبر طرفا في العقد مثل السلف تماما وله نفس الحقوق بما فيها حق التمسك بإبطال العقد⁽¹⁾ ولكن بشروط إذ يشترط المشرع بالمادة 108 (ق.م.ج) قواعد وشروط الميراث⁽²⁾ وقد أيدت المحكمة العليا هذا القرار 1987/04/20 ملف رقم 45371 قرار قضاة الاستئناف الذين قضوا بطلب من الورثة ببطان عقد الهبة وعدم نفاذ التصرف باعتباره وصية لوارث.

2. الخلف الخاص :

اختلف الفقهاء حول نشأة هذا الحق فمنهم من يرى أن الخلف الخاص يستطيع التمسك بإبطال العقد استنادا للدعوى غير المباشرة طبقا للمادة 189 (ق.م.ج) حيث يرفع الدعوى باسم السلف وهناك من يرى أن للخلف الخاص حق التمسك بإبطال العقد عن طريق الدعوى المباشرة على أساس أن المتعاقد الذي عيبت إرادته نقل حقه في التمسك بالإبطال للخلف الخاص.

ويرى الدكتور «علي فيلالي» أن الرأي الأول هو الأصح لأن الخلف الخاص يعد من الغير في ضوء المادة 108 (ق.م.ج)⁽³⁾.

3. الدائنون العاديون :

تنص المادة 189 (ق.م.ج): « لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاص بشخصه أو غير قابل للحجز...»، وبمقتضى هذا النص يجوز للدائن

(1) راجع بخصوص الخلف العام والخلف الخاص فريدة زاوي: مبدأ نسبية العقد، دكتوراه الجزائر 1993، ص21.

(2) راجع المادة 408 (ق.م.ج)، تصرفات المريض في مرض الموت.

(3) على فيلالي، المرجع السابق، ص 344.

أسعد فاطمة: نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص100.

العادي إذا توافرت الشروط المقررة قانوناً أن يتمسك بحق المطالبة بإبطال العقد عن طريق الدعوى الغير مباشرة فهو يستعمل حق مدينه باعتباره نائب عنه والدائن وضعه ليس كوضع الخلف العام يحل محل السلف بقوة القانون في الحقوق والواجبات ذات الطابع المالي فالدائن لا تقوم مقام مدينه إلا في إطار الدعوى المباشرة والهدف من هذه الدعوى حماية الدائن من بعض تصرفات المدين أما بالنسبة للغير الأجنبي عن العقد لا يحق له طلب إبطال العقد وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها على أنه حق مقرر لطرفيه.

الفرع الثاني

حالات البطلان النسبي

يعتبر الإبطال الجزاء الذي يترتب عليه القانون لعقد توافرت أركانه ولم يستوفي شروط صحته وهي أن يكون صادراً من ذي أهلية خال من عيوب الرضا فممنح القانون لمعيب الرضا حقين وله حرية الاختيار بين أن يمارس حقه في إبطال العقد أو إجازته إذا رأى مصلحته في بقاء العقد وإذا قرر إبطال العقد يزول العقد ويترتب عليه إرجاع المتعاقدين للحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد والتعويض عن ذلك وهذا يعد جوهر الحماية للمتعاقد معيب الرضا سنتطرق (أولاً) لحماية المتعاقد من خلال شرط التمسك بالإبطال ثمّ مظاهر الحماية من خلال آثار الإبطال (ثانياً) لنخلص في الأخير لحماية المتعاقد واستقرار المعاملات (ثالثاً) .

أولاً: الحماية من خلال شروط التمسك بالإبطال

اهتم المشرع بالاعتبار الشخصي للمتعاقد من خلال جعل شروط التمسك بالإبطال ضماناً لحماية لمعيب الرضا فجعل الإبطال قاصراً عليه دون غيره (أ) وجعل التمسك بالإبطال يسري من وقت زوال العيب الذي شاب إرادته (ب) كما أتاح لمعيب الرضا أن يتنازل عن حقه في إبطال العقد بإجازته إذا رأى مصلحته في بقاء العقد (ج) .

أ/ الإبطال قاصر على ضحية العيب :

تم تقرير البطلان من خلال ممارسة الحق في التمسك ممن قرر لمصلحته دون غيره (1) ويكون ذلك بتدخل القاضي الذي يحكم به عن طريق دعوى الإبطال أو بالدفع به (2).

1. التمسك بالإبطال لمن قرر لمصلحته :

الإبطال مقرر لمصلحة المتعاقد معيب الرضا يحق له التمسك به فهو مقرر له وحده فلا يجوز للمتعاقد الآخر ولا للغير التمسك به إلا أنه يجوز للخلف العام أن يتمسك به بوصفه امتدادا للمتعاقد. نصت المادة 81 (ق.م.ج): « يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطالب بإبطاله ».

ونصت المادة 86 (ق.م.ج) : «يجوز إبطال العقد للتدليس...» ونصت المادة 87 (ق.م.ج) أن من يحق له إبطال العقد هو المدلس عليه.

ونصت المادة 88 (ق.م.ج) : « يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ».

وأكدت المادة 89 (ق.م.ج) أن من يحق له طلب إبطال العقد للإكراه هو المكره.

ونصت المادة 90 (ق.م.ج): «... يجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد...».

من خلال المواد -السابق ذكرها- يظهر جليا أن المشرع أجاز لمن عيب رضاه بأحد عيوب الرضا المذكورة أن يطالب بإبطال العقد بسبب هذا العيب.

ومن ناحية أخرى تنص المادة 99 (ق.م.ج) أنه إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حق إبطال العقد لا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك به فإذا كان صاحب الحق في طلب إبطال العقد معيب الرضا أو ناقص الأهلية له حق في المطالبة بإبطال العقد لعيب في رضاه ونقص في أهليته هو لا لعيب في رضا المتعاقد الآخر أو لنقص في أهلية المتعاقد الآخر ولا يستطيع الغير الذي له مصلحة في ذلك التمسك بالإبطال ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. فهو حق مخول له قانونا لناقص الأهلية أو لمن عيب رضاه دون المتعاقد الآخر فمعيب الرضا قرر له حق الإبطال حماية له من الالتزام بآثار العقد الذي أبرم بإرادة معيبة قصرت المادة 99 (ق.م.ج) حق الإبطال على من قرر لمصلحته أو من ينوبه وإلى جانب هذا هناك الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي.

من أوجه الحماية التي يوفرها حق الإبطال أيضا أن القانون قرر هذا الحق للمتعاقد معيب الرضا دون غيره فهي مصلحة خاصة بالمتعاقد وليست مصلحة عامة تستدعي تدخل المحكمة فليس لها أن تقرر إبطال العقد من تلقاء نفسها دون طلب من صاحب الحق.

فالحق في دعوى الإبطال لا يكون إلا للأشخاص الذين وضع القانون البطلان لمصلحتهم وحمايتهم

2. تقرير الإبطال بالدعوى أو بالدفع :

إن العقد القابل للإبطال عقدا صحيحا يرتب آثاره ويضل كذلك حتى يتقرر إبطاله عن طريق التراضي أو عن طريق التقاضي بواسطة دعوى يرفعها معيب الرضا أو بالدفع بالإبطال في حال رفع المتعاقد الآخر لدعوى يطالب فيها معيب الرضا بتنفيذ العقد.

وفي سبيل حماية معيب الرضا خوله المشرع حق رفع دعوى إبطال العقد المواد (81، 86، 88، 90، ق.م.ج) طبقا للمواد 14 وما بعدها من (ق.إ.م.إ) يكون موضوعها إبطال العقد بسبب وقوع المتعاقد في عيب من عيوب الرضا فلا يستطيع معيب الرضا أن يبطل العقد بإرادته المنفردة دون اللجوء للقضاء فيجب عليه اللجوء للقضاء لتقرير هذا البطلان.

إذ لا وجود لهذا الإبطال إلا بعد تقريره من القاضي وحكم القاضي هنا منشئ لا كاشف له كما أن القاضي ملزم بالاستجابة لطلب إبطال العقد متى توافرت شروطه إلا في عيب الاستغلال حين يكون له السلطة التقديرية في الاستجابة للإبطال أو إنقاص العقد أو قبول الزيادة المعروضة من المستغل م 90 (ق.م.ج).

كما خول القانون لمعيب الرضا حق الدفع بالبطلان فما إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يجبره فيها على تنفيذ العقد فيكفي أن يدفع ببطلان العقد إذا تبين للقاضي أن العقد القابل للإبطال حكم بإبطاله ورفض دعوى التنفيذ.

ب/ سريان الأجل منذ زوال العيب :

نصت المادة 101 (ق.م.ج) يسقط الحق في المطالبة بالإبطال إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات وبيأ سريان هذه المدة في حال ناقص الأهلية من يوم زوال السبب وفي حال الغلط أو التندليس من اليوم الذي يكتشف فيه والاكراه من يوم انقطاعه

يتضح من خلال مضمون هذه المادة أن الحماية التي وفرها المشرع الجزائري لمعيب الرضا المتمثلة في المطالبة بالإبطال تبقى سارية طالما لم يسقط هذا الحق خلال المدة المحددة قانونا فإذا انتهت المدة لا يجوز التمسك بحق الإبطال وهكذا استقر العقد بعدما كان مهددا بالزوال.

حدد المشرع المدة بـ 5 سنوات وقرر أن تسري هذه المدة في حالة ناقص الأهلية من يوم زوال السبب والغلط والتندليس من يوم زوال العيب والاكراه من يوم انقطاعه اعتمد المشرع هنا المعيار الشخصي المتعلق بشخص المتعاقد وقرر أن يبدأ حساب المدة من يوم زوال العيب من اليوم الذي تصبح فيه إرادته سليمة بعدما كانت معيبة وفي هذا حماية لمعيب الرضا.

ج/ التنازل عن حق الإبطال :

إلى جانب الحماية التي أولاها المشرع بناقص الأهلية⁽¹⁾ ومعيب الرضا حين أجاز تصرفاتهما ومنحهما حق المطالبة بإبطال العقد منحهم المشرع أيضا الحق في إجازة العقد متى رأى مصلحة في ذلك فيصبح العقد باتا ومستقرا.

فالإجازة تصرف قانوني صادر من إرادة شخص معين ترد على العقد القابل للإبطال وحدد صاحب هذا الحق المادة 100 (ق.م.ج) وهو من أراد المشرع حمايته أو حماية من يمثله فله أن يجيز التصرف أو أن يرفض إجازته وخول للمتعاقد معيب الرضا هذا الحق دون غيره.

* ثانيا - الحماية من خلال آثار البطلان :

إذا تقرر إبطال العقد فالعقد يزول كليا وينعدم تماما كأن لم يوجد أصلا ويعاد المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ولا يقتصر هذا على المتعاقدين فحسب بل يتعداها للغير وهنا تتجسد الحماية القانونية الفعلية لمعيب الرضا بأن تخلو ذمته من أي التزام أبرمه بهذه الصفة.

ويترتب على إعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد استرداد المتعاقد لكل ما أداه عينا متى كان ممكنا وهي أفضل طريقة لإرجاع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وإذا استحال الاسترداد العيني لسبب من أسباب هلاك الشيء محل الاسترداد أو بسبب طبيعة المعاملة⁽²⁾، كما هو الحال بالنسبة للعقود الزمنية فيكون الاسترداد بمقابل أو عن طريق التعويض وهذا ما نص عليه المشرع بالمادة 103 (ق.م.ج): «... فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل...».

كما أن ابطال العقد يترتب عليه زوال العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير فيمتد اثار العقد الباطل الي الغير.

* ثالثا: استقرار المعاملات في التمسك بالبطلان :

منح المشرع معيب الرضا حق التمسك بالبطلان لكنه ولأجل تحقيق استقرار المعاملات قيد هذا الحق ببعض الشروط فلم يترك لمعيب الرضا كامل الحرية في استعمال هذا الحق ووضع للتمسك به شروط

(1) تطرقنا بالتفصيل لحالة ناقص الأهلية وحالات عيوب الرضا راجع المبحث الأول من الفصل 2 من هذا البحث.

أنظر أيضا : سعاد دراج، المرجع السابق، ص ص 49-58.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 588. سعاد دراج، المرجع السابق، ص 69.

رغبة من المشرع في التقليل متى أمكن من عدم الاستقرار الناجم عن العقد الباطل فقيده حق التمسك بالبطان بمدة محددة إذا انقضت زال الإبطال الذي يهدد العقد واستقر وجوده نهائياً كما ميز المشرع مدة تقادم الاستغلال عن مدة التقادم الأخرى.

نصت المادة 101 (ق.م.ج) على أن حق الإبطال يسقط إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات تبدأ من يوم زوال العيب غير أنه لا يجوز التمسك بالبطان لإكراه أو تدليس أو غلط إذا انقضت 10 سنوات من وقت إبرام العقد.

يبدو واضحاً لنا هنا الحماية التي فرضها المشرع كما أن المدة التي وضعها المشرع تقييداً لحق التمسك بالإبطال تجد أساسها في رغبة المشرع في تأييد الأوضاع المستقرة.

كما نصت المادة 90 (ق.م.ج) فقرة 2: «... ويجب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة...».

من خلال هذا النص تظهر لنا رغبة المشرع في تحقيق استقرار المعاملات إلى جانب حماية المتعاقد المستغل منحه حق المطالبة بإبطال العقد في غضون سنة يبدأ سريانها من تاريخ إبطال العقد وهي أقصر من مدة تقادم دعوى العيوب الأخرى وجعلها دعوى لا تقبل الوقف ولا الانقطاع وهذا رغبة منه في حسم النزاعات القائمة بشأن العقود المبرمة نتيجة الاستغلال فلا يبقى مصير العقد معلقاً لمدة طويلة⁽¹⁾ وفي هذا مجال لحماية المتعاقد واستقرار المعاملات وهذا ما يسعى المشرع لتحقيقه من خلال المادة 90 فقرة 2.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 339.

ملخص الفصل الثاني

نخلص مما سبق ؛ أن مرحلة إبرام العقد كانت مجالا خصبا للمشرع الجزائري، حيث أحاط هذه المرحلة بنظام قانوني خاص، ففرض بعض الوسائل الوقائية خلال إبرام العقد بهدف حماية إرادة المتعاقد فجعل من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال عيوباً ترد على الرضا وصاغ منها نظرية قائمة بذاتها حيث أجاز تصرفات معيب الرضا، وبالمقابل منحه حق إبطال هذا التصرف أو إجازته.

كما أن المشرع ركز في بناء نظرية عيوب الإرادة على المعيار الذاتي أو النفسي، كما اشترط أن يبلغ العيب حداً من الجسامة لإمكانية إبطال العقد فالاتجاه العام في القانون المدني هو اتجاه ذاتي أو شخصي مع مراعاة أن يكون العيب هو الدافع للتعاقد، كما أن حماية المتعاقد الآخر حسن النية واضحة بهدف المحافظة على استقرار المعاملات.

كما نصّ المشرع في بعض نصوص القانون المدني المتناثرة عن بعض الوسائل الوقائية الأخرى، كالأهلية، كما منح المشرع للقاضي سلطة الإعفاء والتعديل في الشروط التعسفية التي تقيد إرادة الطرف المدعن ووسع نطاق هذه الشروط التعسفية لكل عقود الإذعان.

وإذا كان الأصل في العقود الرضائية لكن بالمقابل فرض المشرع الشكلية في بعض التصرفات نظراً لأهميتها وخطورتها وفي سبيل تنوير وتبصير رضا المتعاقد ليكون على بينة من حقيقة التصرف المقبل عليه فيعتبر الشكل أهم وسيلة والأنسب للتعبير على الإرادة تعبيراً صحيحاً فجاءت الشكلية لمعالجة مساوئ الرضائية.

وأمام اختلال التوازن العقدي خاصة بعد التطور الذي شهده وفي بعض القوانين الخاصة وبالضبط في قانون حماية المستهلك استحدث المشرع الالتزام بالإعلام الذي يهدف مباشرة لحماية ارادة المستهلك فاشترط ضرورة الإدلاء بالبيانات والمعلومات اللازمة لتبصير المستهلك والحصول على رضا مستتير، وإن لم ينص المشرع على هذا الالتزام صراحة في القانون المدني، وإنما نص عليه في بعض القوانين الخاصة الأخرى.

ولتفعيل الحماية المقررة لإرادة المتعاقد نظم المشرع المدني الجزائري نظرية البطلان تنظيمياً محكماً، بحيث قرّر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، حين يتعلق الأمر بمساس خطير برضا المتعاقد على نحو يتعارض مع النظام العام الذي ينبغي أن يسود العلاقات التعاقدية، واكتفى بتقرير حق المطالبة بالإبطال، أو ما يعرف بالبطلان النسبي بالنسبة للحالات التي لا تشكل مساساً خطيراً بفكرة النظام العام، وفي كل الأحوال منح المتعاقد معيب الإرادة الحق في الحصول على تعويض عادل عما لحقه من ضرر

الخاتمة

الخاتمة

من خلال هذا البحث خُصّ لدينا أهمية الإرادة ودورها الفعّال في مرحلة تكوين العقد ما دفع بالمشرّع للتدخّل في سبيل حمايتها خلال هذه المرحلة بفرض بعض الآليات الوقائية والعلاجية.

فالمشرّع لم يُنظّم مرحلة المفاوضات العقدية، وترك الأمر للفقه والقضاء، حيث اعتبرها مجرد عمل مادي لا أثر قانوني له، وتعدّ هذه المرحلة من أخطر وأهمّ مراحل العقد لما لها من دور في إنشائه، فهي بمثابة المخاض العسير ويترتب عنها مجموعة من الالتزامات التي تُقيّد إرادة الأطراف خلال هذه المرحلة، كالالتزام بالتفاوض بحسن النية، والالتزام القبل تعاقدي بالإعلام التي ينبغي على أطراف العلاقة التفاوضية احترامها والالتزام بها في سبيل انجاح المفاوضات.

وتقوم المسؤولية كجزاء للإخلال بهذه الالتزامات -كما رأينا- كيف أنه لم يتمّ حسم الجدل الفقهي حول طبيعة هذه المسؤولية، فكلّ رأي مزاياه وعيوبه حتى مختلف التشريعات التي تناولت تنظيم مرحلة المفاوضات بنصوص خاصة لم تحسم هذا الأمر.

كما تأكد جلياً من خلال هذا البحث الدّور الهام لمبدأ «حسن النية» حتى خلال المرحلة السابقة للتعاقد وإن جاء نص المادة 107 صريحاً حول تطبيق هذا المبدأ خلال تنفيذ العقد، إلا أنّ ضرورته وأهميته تستدعي تعميمه على كافة مراحل العقد.

إلى جانب الدّور الهام والمباشر الذي يؤديه الالتزام بالإعلام بصورتيه التعاقدية والسابق عن التعاقد الذي ثبتت ضرورته القانونية لحمايته إرادة المتعاقد من خلال ضمان الحصول على رضا واعي مستتير.

كما أكد المشرّع على أهمية وضرورة حماية الإرادة خلال مرحلة إبرام العقد بالنّص في مواضع متفرقة على آليات مختلفة وقائية وأخرى علاجية، فصاغ المشرّع من عيوب الرضا نظرية قائمة بذاتها فجعل من الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال عيوباً تشوّب إرادة المتعاقد فنفسدّها، ومنح لمعيب الرضا حق إبطال العقد أو إجازته.

واشترط كمال الأهلية في بعض التصرفات ورتب على تخلفها بطلان العقد بطلان مطلق، وأجاز تصرفات ناقص الأهلية في بعض التصرفات الأخرى.

إلى أبرز دور الشكليّة والموثق في مجال إبرام العقود، فاشتراط المشرّع الشكل الرّسمي ببعض التصرفات بالنظر لأهميتها وخطورتها في سبيل حماية وتنوير وتبصير رضا المتعاقد. كما منح المشرع للفاضي سلطة التدخل بالتعديل والإعفاء للشرط التعسفي في عقود الإذعان لمحاولة الحدّ من هذه الشروط التي تقيد إرادة المتعاقد.

وفي ختام هذا البحث استخلصنا مجموعة من النتائج نذكر من أهمها:

- القصور التشريعي ونقص في قواعد الحماية خاصة خلال المرحلة السابقة للتعاقد، حيث تركز كُها على التطبيقات الفقهية والقضائية ما يتطلب ضرورة تدخل المشرع لتنظيم هذه المرحلة التي غفل عنها حتى بعد تعديل القانون المدني الجديد، والذي كان يُستحسن أن يتضمن نص صريح وواضح يُكرّس مبدأ حسن النية والالتزام بالإعلام خلال مرحلة المفاوضات، إلى جانب تنظيم طبيعة المسؤولية الناشئة عن هذه المرحلة، ونأمل أن يسارع المشرع الجزائري بتنظيم المرحلة السابقة عن التعاقد بنصوص خاصة، على غرار ما فعل المشرع الفرنسي.

إلى جانب هذا ؛ يظهر جليا قصور نظرية عيوب الرضا وحتى الحلول التقليدية في نظرية العقد على تفعيل الحماية الكافية لإرادة المتعاقد سواء في المرحلة السابقة للتعاقد أو في مرحلة إبرام العقد، فأصبحت هذه الحلول عاجزة أمام التطورات الحديثة، فالقاعدة العامة -مثلاً في حال عدم التنفيذ- هي إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً بعد إعداره، لكن لا يمكن تطبيق هذه القاعدة في مرحلة المفاوضات ولا يمكن إجبار المتفاوض على الدخول في التفاوض، لأن هذا يتعارض مع مبدأ «سلطان الإرادة» وحرية الأطراف في الدخول في مفاوضات أو العُدول عنه.

وبالتالي نأمل أن يتدارك المشرع الجزائري هذا القصور وأن يحاول أن يُواكب التشريعات والنُظم القانونية الحديثة ليقوم بتفعيل الحماية والبحث عن قواعد أكثر مرونة ووضوحاً.

ونقترح في هذا السياق :

- ضرورة النص على الالتزام بالإعلام في القانون المدني وتعميم مبدأ «حسن النية» ليشمل كافة مراحل العقد.

- إلى جانب هذا نأمل أن يتدارك المشرع الجزائري التناقض الواضح بين النصوص القانونية، خاصة في القانون المدني وقانون الأسرة والتي تتعلق بتنظيم قواعد الأهلية، فالمادة 101 (ق.أ.ج) ألحقت السفية بالمجنون والمعتوه واعتبرته عديم الأهلية، في حين القانون المدني يعتبر السفية ناقص أهلية (م 42 فقرة 1 ق.م.ج) ، إلى جانب المادة 107 (ق.أ.ج) التي تعتبر تصرفات السفية والمجنون وذوي العاهتين والمعتوه باطلة بعد قرار الحجر ما لم يكن السّفه أو العتة ظاهرة فاشية، بينما القانون المدني يعتبر تصرفاتهم باطلة قبل وبعد قرار الحجر.

- إلى جانب عبارة «غير نافذة» بالمادة 85 (ق.أ.ج) فالتصرف الغير نافذ يعني أنه صحيح لكنّه موقوف، وبهذا لا يمكن اعتبار تصرفات المجنون صحيحة وغير نافذة، فكان ينبغي على المشرع هنا الدّقة في اختيار المصطلح المناسب، وبالرجوع لنفس النّص (باللغة الفرنسية) جاء يتضمن عبارة «باطلة»، فنأمل أن يتدارك المشرع هذا الأمر بتوحيد أحكام الأهلية في القانونين المدني والأسرة.

تمّ بعون الله



المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

■ أولاً - اللغة العربية :

I. الكتب والمؤلفات :

1. أحمد الحجي الكردي: الأحوال الشخصية الأهلية والنيابة الشرعية (الوصية والوقف والشركات)، منبر الكتب والمطبوعات الجامعية، 2009.
2. بلحاج العربي: الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية - دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة للطبع 2014.
3. بلحاج العربي: مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا (ج1) المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، دار هومة للنشر 2015-2016.
4. بيار إيميل طويبا: الغش والخداع في القانون الخاص - الإطار العقدي والإطار التقصيري - دراسة مقارنة، بدون طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 2009.
5. جاك غاستان: المطول في القانون المدني - تكوين العقد - الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2008.
6. زهدي يكن: شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية (ج4)، طبعة الأولى، بيروت، 1962.
7. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (مج1) نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1973.
8. عبد المنعم موسى إبراهيم: حماية المستهلك دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
9. علي فيلاي: الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2013.
10. محفوظ لعشب: دراسات في القانون الاقتصادي، بدون طبعة، المطبعة الرسمية، الجزائر، بدون سنة النشر.

11. محمد حسن عبد العال: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
12. محمد حسن قاسم: قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231 /7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2018.
13. محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986.
14. محمد محمد أبو زيد: المفاوضات في الإطار التعاقدية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
15. هانية محمد علي فقية: الرقابة القضائية على عقود الإذعان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014.
16. هدى يكن: شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشرعية الإسلامية (ج4)، الطبعة الأولى، بيروت، 1962.

II. أطروحات ومذكرات جامعية :

أ) الأطروحات :

1. أسعد فاطمة: نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
2. أسعد فاطمة: نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
3. بن سالم مختار: الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018.
4. بوطبالة معمر: الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه علوم، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016-2017.
5. حبار محمد: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، بدون سنة.
6. حبار محمد: نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، بدون سنة.

7. حليس لخضر: مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
8. دالي بشير: دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
9. سعيد جعفرور: إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1985.
10. سعيد جعفرور: إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري أطروحة دكتوراه ماجستير، جامعة الجزائر، 1985.
11. شيخ سناء: الشكلية في التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، دكتوراه جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، 2011-2012.
12. فريدة زاوي: مبدأ نسبية العقد، دكتوراه، الجزائر 1993.
13. مؤيد عيسى محمد دغش: المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، 2008.

ب) المذكرات :

1. أحمد فوزي أبو عقلين: عوارض الأهلية دراسة مقارنة في القانون الفلسطيني والقانون المصري، مذكرة ماجستير جامعة الأزهر بغزة، فلسطين، 2012.
2. أشواق دهيمي: أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014.
3. براهيم فيزة: التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة ماجستير، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009.
4. بن مهدي مبروكة: الرضا في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016-2017.
5. بن يوب هدى: مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012-2013.
6. بوفلجة عبد الرحمان: دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2007.

7. رفاوي شهيناز: الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام في عقود الاستهلاك مذكرة ماجستير جامعة سطيف 02، 2015-2016.
8. زواوي محمود: الشكالية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر.
9. سعاد دراج: عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2011-2012.
10. علي مصيح صالح الخدمة: سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط 2011.
11. قربة رضا: سلطة القاضي في تقدير التعويض، مذكرة ماجستير قانون خاص جامعة الجزائر، 2012-2013.
12. لعصامي الوردي: نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم الادارية جامعة الجزائر بن عكنون، 2000-2001.
13. لولباني فايزة: الالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية المستهلك، مذكرة ماجستير، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
14. مصطفى خضر النشيمي: النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، ماجستير قانون خاص، جامعة الشرق الأوسط، 2013-2014.

III. مجلات ودوريات :

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض تفويت الفرصة، القسم 1، مجلة الحقوق الكويتية، سنة 10، عدد 2، 1980.
2. أحمد بومدين: دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانوني، العدد الأول، 2010.
3. أمينة نشناش: تأثير التقنية الرقمية على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، العدد 06، جوان 2018.
4. رشيد ساسان: المسؤولية عن الإخلال بالالتزام القبل تعاقدى، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، كلية الحقوق جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 39، 2014.
5. سعاد نويري: الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الأبحاث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، العدد 08، جانفي 2016.
6. سعد بن سعيد النيايبي: مبدأ حسن النية في النظام السعودي، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية ع 23، 2014.

7. سوامل سفيان: الحماية القانونية من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مركز جيل البحث العلمي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 04، جوان 2016.
 8. عبد الله عبد الأمير طه الشمري: فكرة عقد التفاوض، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد السادس، العدد الرابع 2008.
 9. عمر بن الزبير: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام - قراءة في المادة 1/1112 من القانون المدني الفرنسي، مداخلة في ندوة بعنوان مستجدات القانون المدني الفرنسي في مجال نظرية الالتزام في ضوء التعديل النافذ في 2016/10/01، المنعقدة بقسم الحقوق، جامعة عمار ثليجي الأغواط بتاريخ 2018/01/11.
 10. كاظم كرم علي الشمري: المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، العدد 27، 2006.
 11. كوسام أمينة خصوصية: الأهلية عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، ع 6، جوان 2015.
 12. مصطفى موسى العجارمة: الشكالية كقيد يرد على الإرادة عند تكوين العقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردني، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث السياسية والاجتماعية، ع 45، 2018.
 13. نبيل إسماعيل الشبلاق: الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد - دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية، مجلد 29، العدد 02، 2013.
 14. هوماش حسيبة: التصدي للشروط التعسفية في عقد القرض بين التعديل والمنع، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، جامعة جيجل، العدد 06، 2018.
 15. وعود كاتب الأنباري: المفاوضات العقدية عبر الإنترنت، مجلة رسالة الحقوق مج 1، العدد 02، 2009.
 16. المجلة القضائية ، المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 1997.
 17. المجلة القضائية ، المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 2001.
 18. المجلة القضائية ، المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 2007.
- IV. المحاضرات :**

1. بطيمي حسين: محاضرات الشكالية في العقود أقيمت على طلبة سنة أولى ماستر عقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عمار ثليجي الأغواط 2017-2018.

V. النصوص القانونية :

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 78 ، سنة 1975، المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية رقم 13، لسنة 1995، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية رقم 15، سنة 2006.
2. القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج. ر، رقم 06، سنة 1989.
4. القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل وينتم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 44 لسنة 2005.
5. قانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14، سنة 2006.
6. قانون 09-03، المؤرخ في 29 صفر عام 1430، الموافق 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15 سنة، 2009.
7. مرسوم تنفيذي رقم 90-266، مؤرخ في 15/09/1990، المتعلق بضمان المنتجات والخدمات.

■ **ثانياً - اللّغة الأجنبية :**

I. مذكرات (Thèse) :

1. BETTY Mercedes MAIRTINEZ-CARDENAS: La responsabilité précontractuelle, Etude comparative des régimes Icolombien et français, Thèse de doctorat, université Panthéon-assas, 2013.
2. PICOT (Y): le devoir de layauté dans l'exécution du contrat. , th. , paris 1989.
3. RADU STANCU: L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle, comparaison entre le droit civil français et le droit civil romain à la lumière du droit Européen, Th, Strasbourg, 2015.

II. بحوث ومقالات (Articles et Chroniques) :

1. Christophe Henry: Obligation d'information précontractuelle, LMT Avocat, 2017.



فهرس

فهرس

الموضوع

الصفحة

■ قائمة المختصرات والرموز الواردة في المذكرة

■ مقدمة أ

الفصل الأول

حماية إرادة المتعاقد خلال المرحلة السابقة عن التعاقد

■ تقسيم وتقديم 5

■ العبحث الأول: الآليات الوقائية لحماية إرادة المتعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد 6

● **المطلب الأول: الالتزام بالتفاوض بحسن النية** 6

○ الفرع الأول: مفهوم التفاوض 7

أولاً - المقصود بالمفاوضات 7

ثانياً - ضرورة الالتزام بالبء بالتفاوض والاستمرار فيه 13

○ الفرع الثاني: الالتزام بحسن النية 15

أولاً - مفهوم حسن النية 15

ثانياً - أهداف مبدأ حسن النية وأثره على التفاوض 18

● **المطلب الثاني: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام** 19

○ الفرع الأول: مفهوم الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام 20

أولاً - تعريف الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام 20

ثانياً - الأساس القانوني للالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام 22

ثالثاً - شروط الالتزام بالإعلام قبل تعاقد 24

رابعاً - الطبيعة القانونية للالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام 27

○ الفرع الثاني: موقف المشرعين الجزائري والفرنسي من الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام 29

أولاً - موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بالإعلام قبل تعاقد بعد التعديل 29

ثانياً - موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام قبل تعاقد 30

■ العبحث الثاني : الآليات العلاجية لحماية إرادة المتعاقد في المرحلة السابقة عن التعاقد.....32

• المطلب الأول : الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن المساس بإرادة المتعاقد خلال المرحلة

- 32..... السابقة عن التعاقد
- 33..... الفرع الأول : موقف الفقه التقليدي
- 33..... أولاً - نظرية الخطأ في التعاقد
- 34..... ثانياً - نظرية تحمل التبعة العقدية
- 36..... ثالثاً - نظرية المسؤولية الموضوعية
- 27..... رابعاً - الطبيعة القانونية للالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام
- 37..... الفرع الثاني : موقف الفقه الحديث
- 37..... أولاً - موقف الفقه والقضاء الفرنسي الحديث
- 39..... ثانياً - موقف المشرع الفرنسي من طبيعة المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات

• المطلب الثاني : شروط وآثار قيام المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة في المرحلة السابقة للعقد.....40

- 41..... الفرع الأول : شروط قيام المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزامات مرحلة التفاوض
- 41..... أولاً - الخطأ قبل التعاقد
- 45..... ثانياً - الضرر قبل التعاقد
- 47..... ثالثاً - العلاقة السببية
- 47..... الفرع الثاني : آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات قبل التعاقد
- 48..... أولاً - التنفيذ العيني
- 49..... ثانياً - التنفيذ بمقابل (التعويض)

■ ملخص الفصل الأول.....32

الفصل الثاني

حماية إرادة المتعاقد خلال مرحلة إبرام العقد

■ تقسيم وتقديم.....54

■ العبحث الأول : الآليات الوقائية لحماية إرادة المتعاقد أثناء إبرام العقد.....55

• المطلب الأول : نظرية عيوب الإرادة.....55

- 55..... الفرع الأول : عيوب الإرادة
- 55..... أولاً - الغلط
- 59..... ثانياً - التدليس
- 63..... ثالثاً - الإكراه
- 65..... رابعاً - الاستغلال
- 67..... الفرع الثاني : عيوب الإرادة بين حماية الرضا واستقرار المعاملات

- 67..... أولاً - الغلط الفردي عيباً للرضا.
- 68..... ثانياً - تضليل المتعاقد بالحيل التدليسية.
- 68..... ثالثاً - وسائل الإكراه تولد الرهبة.
- 69..... رابعاً - عيب الاستغلال لحماية المتعاقد.
- 69..... **• المطلب الثاني : بعض المظاهر الحمائية الأخرى لإرادة المتعاقد في مرحلة إبرام العقد**
- 70..... ° الفرع الأول : الأهلية كآلية لحماية إرادة المتعاقد.
- 70..... أولاً - مفهوم الأهلية.
- 72..... ثانياً - دور الأهلية في حماية الرضا.
- 75..... ° الفرع الثاني : حماية المتعاقد من الشروط التعسفية.
- 75..... أولاً - مفهوم الشروط التعسفية.
- 78..... ثانياً - آليات الحماية من الشروط التعسفية.
- 80..... ° الفرع الثالث : الشكلية آلية لحماية الرضا.
- 81..... أولاً - المقصود بالتصرف الشكلي.
- 83..... ثانياً - دور الشكلية في حماية رضا المتعاقد.
- 86..... ° الفرع الرابع : الالتزام التعاقدى بالإعلام.
- 87..... أولاً - مفاهيم عامة حول الالتزام بالإعلام التعدي.
- 90..... ثانياً - دور الالتزام بالإعلام في حماية إرادة المتعاقد (المستهلك).
- 92..... **■ المبحث الثاني: الحماية العلاجية لإرادة المتعاقد في فترة إبرام العقد**
- 93..... **• المطلب الأول : البطلان المطلق**
- 93..... ° الفرع الأول : مفهوم البطلان المطلق.
- 94..... أولاً - تعريف البطلان المطلق.
- 95..... ثانياً - الأشخاص أين يحق لهم التمسك بالبطلان المطلق.
- 97..... ° الفرع الثاني : حالات البطلان المطلق.
- 97..... أولاً - حالات فقدان الأهلية بسبب صغر السن.
- 98..... ثانياً - انعدام الأهلية بسبب الحالة العقلية.
- 100..... ثالثاً - الغلط المعدم للإرادة (المانع).
- 101..... رابعاً - الإكراه المعدم للإرادة.

102	• المطلب الثاني : البطلان النسبي
102	o الفرع الأول : مفهوم البطلان النسبي
102	أولاً - تعريف البطلان النسبي
104	ثانياً - مفهوم الإجازة
106	ثالثاً - من يحق له التمسك بحق الإبطال
109	o الفرع الثاني : حالات البطلان النسبي
109	أولاً - الحماية من خلال شروط التمسك بالإبطال
112	ثانياً - الحماية من خلال آثار البطلان
112	ثالثاً - استقرار المعاملات في التمسك بالبطلان
114	■ ملخص الفصل الثاني
116	■ خاتمة
120	■ قائمة المصادر والمراجع

