



سورة الاحقاف

# كلمة شكر

بسم الله الرحمن الرحيم

" فَتَبَسَّمْ ضَاحِكًا مِّن قَوْلِهَا وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ "

وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأُدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ (19) سورة النمل

صدق الله العظيم

بادئ ذي بدء الشكر لله وحده الذي أمدني بالصبر القوة والعزيمة لإتمام هذه الدراسة من شيم الانسان المخلص العرفان بالجميل، وأنا لا املك في هذا المقام من الكلمات سوى كلمة شكر لكل من مد لي يد العون لانجاز هذه المذكرة وأخص بالذكر الأستاذ المشرف " بلحسن لحسن حسام الدين " على الحرية التي منحها لي وعلى تشجيعاته المتواصلة وتوجيهاته السديدة ونصائحه القيمة الوجيهة التي أفادني بها طوال إعداد وانجاز هذه المذكرة شكر خاص لكافة أساتذة قسم الحقوق دون استثناء على جهودهم المبذولة من اجل تدريسنا وتعليمنا دون أن انسى تقديم اسمى عبارات الشكر والتقدير للجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة وكل من ساعدني في انجاز هذه المذكرة ولو بجزء صغير سواء كان من قريب أو بعيد.

وشكرا



## إهداء

الحمد لله الذي هدانا إلى هذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله  
" وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ " سورة هود الآية 88  
إلى من كلله الله بالهيبة والوقار إلى من علمني العطاء بدون انتظار...  
إلى من أحمل اسمه بكل افتخار أبي رحمه الله أرجوا من الله أن يرحمه رحمة واسعة والذي  
العزیز"  
" إلى روح أمي العزیزة عليا التي علمتني معنى الصبر والوفاء أرجو من الله أن يدخلها فسيح  
الجنان ويجمعها في الفردوس الأعلى مع الصديقين  
وكذا جدتي المرحومة خديجة كانت سببا في تعليمي ودراستي وإلى  
أغلى الحبايب  
إلى المرأة المعجزة التي تجعل كل شيء ممكنا بصبرها ودعمها: إليك زوجتي الغالية  
إلى من حلت بركة وجودهم في حياتي، ومن ملأت ضحكاتهم الجميلة عمري، ولدي لقمان ، إلى  
الابتسامات التي تغدق عليّ الأمل  
إليكم أهدي ثمرة جهدي وعملي المتواضع



## إهداء

وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها .. وها أنا ذا أختتم بحث تخرُّجي بكل همّة ونشاط،  
وأمتنُّ لكل من كان له فضل في مسيرتي، وساعدني ولو باليسير،  
وأولى من أذكره في هذا الإهداء إلى من وضع المولى -سبحانه وتعالى- الجنة تحت قدميها، ووقَّرها  
في كتابه العزيز... (أمي الحبيبة ام الظاهر).  
إلى الوالد رحمة الله عليه، إلى زوجتي وابتنائي وخاضه ابني حسام عبد الحق  
إلى أصدقائي بالعمل في المستشفى المختلط ومعارفي الذين أُجلُّهم وأحترمهم.  
أهدي لكم ثمرة جهدي إلى أساتذتي في كلية الحقوق



إن العقد هو الأداة الفنية الأكثر شيوعاً واستخداماً في مجال تنظيم العلاقات الناشئة عن المعاملات المالية، ذلك أنه بواسطة العقد تنتقل القيم والثروات، وتترتب الحقوق والالتزامات والعقد وفقاً للتصور التقليدي ينعقد بمجرد صدور إيجاب بات ونهائي، واقترانته بقبول من الطرف الذي وُجّه إليه الإيجاب، وهذا ما يسمى بالانعقاد الفوري للعقد.

وإذا كان الانعقاد الفوري للعقد يتلاءم مع طائفة معينة من العقود، وهي العقود اليومية البسيطة، والتي لا تستتبع انتقالاً للقيم والثروات بمبالغ مالية ضخمة، فإن الانعقاد الفوري للعقد لا يتلاءم مع طائفة جديدة من العقود، والتي أفرزها واقع التعامل التجاري الدولي، وهي العقود المركبة أو الضخمة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة والتي تستتبع انتقالاً للثروات والقيم، عبر الدول بمبالغ مالية ضخمة، كالعقود التقليدية، كعقد البيع الدولي والتوريد، فضلاً عن العقود المرتبطة بالتطور الصناعي والتكنولوجي، كعقود الترخيص الصناعي وعقود المساعدة الفنية وعقد تسليم المفتاح في اليد وعقد تسليم الإنتاج في اليد وعقد امتياز البترول وعقود القروض الدولية وعقود المقاولات العامة وعقد الإيجار التمويلي، فضلاً عن عقد الامتياز التجاري وغيرها.

إن المرحلة قبل التعاقدية باعتبارها مرحلة تحضيرية أو تمهيدية تتم في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، عن طريق الدخول في مفاوضات أو محادثات، والتي يتم خلالها مناقشة وتبادل العروض والعروض المضادة والمقترحات والبدائل للوصول إلى بلورة شروط العقد النهائي.

إن أهم المسائل التي تهتم الأطراف بحسمها خلال مرحلة المفاوضات هي مشكلة السعر أو الثمن، ومواعيد التسليم، فضلا عن تقديم ومناقشة الأعمال التحضيرية، مثل الفحوص الفنية ودراسات الجدوى الاقتصادية وإعداد خطط المشروع وتوفير وسائل تمويله وهذه العمليات تتطلب من أجل إتمامها الانتقال من مكان إلى آخر، كما أنها تستغرق وقتا طويلا ونفقات باهظة.

وبالرغم من الأهمية الكبيرة التي أصبح يكتسبها عقد التفاوض بالنسبة لإبرام الصفقات المركبة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، إلا أن عقد التفاوض لم يحظ بالتنظيم من قبل معظم التشريعات المقارنة، شأنه في ذلك شأن المفاوضات ذاتها.

وعليه تبرز إشكالية هذا البحث، والتي تثير تساؤلا جوهريا يتعلق بي ما هي الأطر القانونية لمرحلة التفاوض قبل إبرام العقود ؟

والذي يقتضي حرية التفاوض وضرورة توفير الحد الأدنى من الجدية والثقة و المشروعة من أجل الوصول إلى إبرام عقد نهائي عادل ومتوازن، لا تثار بشأنه المنازعات مستقبلا. كما يثير وجود عقد تفاوض صريح في مرحلة التفاوض على العقد النهائي، وبحكم أن المفاوضات في نظر القانون المقارن مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم ، ولا يرتب بذاته أية مسؤولية.

تبرز أهمية هذا الموضوع من خلال تسليط الضوء على المرحلة التمهيديّة للعقد، وهي مرحلة بالغة الأهمية قانونيًا وعمليًا، حيث يُحدّد فيها مصير العلاقة التعاقدية، وتُبنى عليها الالتزامات والتبعات المستقبلية.

كثير من التشريعات لا تنظّم صراحة مرحلة التفاوض أو ما يُسمى بـ"العقد ما قبل العقد"، مما يطرح إشكاليات في حماية الأطراف خلال هذه المرحلة

- الدراسة تُساعد على تحديد متى تبدأ المسؤولية القانونية، وهل يلتزم المتفاوض بحسن النية، وهل يحق لأحدهم الانسحاب دون تبعه.
- أغلب العقود الكبرى تمر بمراحل تفاوض طويلة، ومعرفة الحدود القانونية للإبرام والتفاوض تقي الأطراف من المنازعات وتحفظ حقوقهم.
- تشرح الدراسة كيف أن القانون يُلزم الأطراف أحيانًا بالصدق وعدم المراوغة أو الإخلال بالثقة أثناء التفاوض، مما يحمي البيئة التعاقدية.
- تتيح هذه الدراسة المقارنة بين الأنظمة المختلفة (كالفرنسي، والأنجلوساكسوني، والعربي)، وتبرز تطوّر الفقه القضائي حول الموضوع.
- يُعد الموضوع من المستجدات المهمة في فقه العقود، ويُفيد القضاة في تقدير المسؤوليات، كما يُثري البحث العلمي القانوني المتخصص.

تم اختيار هذا الموضوع نظرًا لأهميته النظرية والعملية، ولما يثيره من إشكاليات قانونية دقيقة تتعلق بمسؤولية الأطراف أثناء التفاوض، وحدود التزامهم قبل الوصول إلى الاتفاق النهائي، وهو ما لم يُفصل فيه كثير من التشريعات بشكل كافٍ.

وفيما يلي الأسباب التفصيلية لاختيار هذا الموضوع:

تُعد مرحلة التفاوض منطقة "رمادية" في القانون، حيث لا يوجد عقد ملزم بعد، ومع ذلك قد تترتب آثار قانونية مهمة بسبب التصرفات أو التصريحات الصادرة من أحد الطرفين.

في الواقع العملي، تنشأ كثير من المنازعات بسبب الانسحاب المفاجئ أو سوء النية في التفاوض، ويثير ذلك تساؤلات حول الحق في التراجع، وتعويض الأضرار، وإثبات النية الجادة. الموضوع يتيح فرصة للبحث في مدى تطبيق مبادئ مثل الإثراء بلا سبب، وحسن النية، والاعتماد المشروع في مرحلة ما قبل التعاقد.

غالبية القوانين العربية لا تنظم مرحلة التفاوض بوضوح، ما يدفع الباحث إلى استخلاص الأحكام من القواعد العامة أو الرجوع إلى القانون المقارن.

في العقود التجارية والمقاولات الدولية، أصبحت مرحلة التفاوض أطول وأكثر تعقيداً، ما يستوجب تنظيمًا قانونيًا يحمي أطرافها من التعسف والضرر.

### الدراسات السابقة حول موضوع: "الحدود القانونية لمرحلة الإبرام والتفاوض في العقد"

رغم أهمية هذا الموضوع، إلا أن الدراسات الفقهية العربية حوله لا تزال محدودة، ويغلب عليها الطابع العام ضمن مؤلفات فقه العقود، مع بعض الدراسات الأكاديمية المتخصصة التي تناولت جانبًا من الموضوع، خصوصًا من زاوية المسؤولية المدنية أو مبدأ حسن النية.

فيما يلي عرض لأبرز الدراسات السابقة التي يمكن الاعتماد عليها:

#### 1. رسالة ماجستير: المسؤولية عن قطع المفاوضات في العقد – دراسة مقارنة

• الباحث: عبد الله الحارثي

• الجامعة: جامعة أم القرى – السعودية

• **الملخص:** ركزت على مسؤولية الطرف الذي ينسحب من التفاوض دون مبرر، وأثر ذلك على الطرف الآخر من حيث التعويض والضرر، مع مقارنة بين القانون السعودي والفرنسي.

## 2. كتاب: نظرية التفاوض في العقود - دراسة مقارنة

• **المؤلف:** د. عبد الرزاق السنهوري (في أجزاء من كتابه الكبير "الوسيط")

• **المحتوى:** ناقش ضمناً مرحلة ما قبل التعاقد، من خلال مبدأ الرضا، والإيجاب والقبول، وأثر التفاوض على وجود العقد.

## 3. أطروحة دكتوراه: حسن النية في مرحلة التفاوض - دراسة مقارنة بين القانونين المدني والأنجلوساكسوني

• **الباحث:** ناصر جابر

• **الجامعة:** جامعة الجزائر

• **الملخص:** تطرقت إلى مبدأ حسن النية كضابط قانوني في مرحلة ما قبل العقد، مع دراسة موقف القضاء الفرنسي والإنجليزي منه.

## 4. بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية: التفاوض في العقود - قراءة تحليلية في ضوء الفقه والقضاء

• **الكاتب:** د. خالد الرويس

• **السنة:** 2017 :

• **أبرز ما تضمنه:** ركز على الطبيعة القانونية للتفاوض، وهل يُعد التزاماً أم مجرد سلوك تمهيدي، وعرض لاجتهادات قضائية عربية.

ولقد تم تقسيم خطة البحث الى فصلين وكل فصل يحتوي على مبحثين وكل مبحث يحتوي على ثلاث مطالب وكل مطلب يتقسم الى فروع كما هو موضح في خطة المذكرة حيث كان عنوان الفصل الأول النظام القانوني لمرحلة الابرام والتفاوض في العقد والفصل الثاني حماية المتعاقد من التعاقد في المرحلة السابقة

# الفصل الأول:

النظام القانوني لمرحلة التفاوض والابرام في

العقد

تعتبر مرحلة التفاوض من أكثر الظواهر صعوبة وتعقيدا، و ذلك بما تتطوي عليه من موضوعات كثيرة ومتشعبة، يصعب على الباحث الإمام بها، فضلا عن اتصالها بمرحلة إبرام العقد، باعتبارها مرحلة تمهيدية له تتحدد خلالها الملامح الرئيسية لنطاق حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة ، الأمر الذي قد يثير تداخلا في المفاهيم، مما يتطلب رسم حدود فاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه، وبالتالي الحيلولة دون أن يقع المتفاوض في منطقة الالتزام بالعقد النهائي، وتحميله المسؤولية، دون أن تتجه إرادته فعلا إلى ذلك.

## المبحث الأول: الايجاب والدعوة الى التفاوض

تبدأ عادة المفاوضات بدعوة يوجهها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، تسمى الدعوة إلى التفاوض وتتضمن هذه الدعوة اقتراحاً للتعاقد، وكلما تقدمت المفاوضات يكون ذلك الاقتراح عرضة للتغيير والتطوير، نتيجة لمقترحات مقابلة أو مضادة. وإذا كانت مرحلة التفاوض تسبق زمنياً مرحلة إبرام العقد، وهذا أمر بديهي، فإن الاختلاف بين الفقهاء حاصل فيما يتعلق بتحديد نطاق مرحلة التفاوض على العقد، و التي تثير تساؤلاً حول كون مرحلة التفاوض تشمل كل الفترة قبل التعاقدية، أم أن الأمر يقتصر فقط على اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب

وبصد الإجابة على ذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مرحلة التفاوض على العقد تشمل كل الفترة قبل التعاقدية ولا تنتهي المفاوضات إلا في اللحظة التي ينعقد فيها العقد بصفة نهائية، ومؤدى هذا الرأي أن مرحلة المفاوضات تشمل تلك المرحلة التي يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول النهائيين

## المطلب الأول: التمييز بين الايجاب والدعوة الى التفاوض

الإيجاب عموماً، يعني اتجاه الإرادة أحادي الجانب Pollicitation ، يعلن فيه أحد الأشخاص عن نيته في التعاقد، ويتضمن الشروط الجوهرية للعقد، و بقبول المرسل إليه شروط هذا الإيجاب ينعقد العقد.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط2، 2008، ص 292.

و يشترط في الإيجاب، أن يكون صادرا عن نية قاطعة حاسمة، باتة و نهائية ومتى اقترن بقبول مقابل انعقد العقد، و لا يعني العزم النهائي على التعاقد عدم جواز الرجوع فيه كما يشترط أيضا في الإيجاب ان يكون محددا بشكل كاف و ذلك بأن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه و العناصر الجوهرية للعقد هي تلك التي تقتضيها طبيعة العقد ذاته، فإذا كان عقد بيع مثلا فإن الإيجاب يجب أن يشمل تعيين الشيء المبيع تعيينا كاملا و تحديد الثمن، و يستوفي الإيجاب شرط التحديد حتى و أن لم يتضمن كافة شروط العقد، كمكان و زمان تسليم المبيع، و هذه العناصر تعتبر ثانوية في العقد و هي التي لا تقتضيها طبيعة العقد، و لا تدخل في تكوينه بحيث لا يتوقف انعقاد العقد عليها، ومن ثم فإن خلو الإيجاب منها يعني قبول الأطراف ضمنيا الأخذ بالقواعد المكملة، التي أوردها المشرع بشأن هذا العقد.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: اتفاقية فيينا

و قد نصت إتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع 1980 في مادتها، 14 على الشروط الواجب توفرها في الإيجاب على أنه يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد، إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين و كان محددا بشكل كاف إذا عينت البضائع و تضمن ضمنيا، تحديد الكمية أو البيانات التي يمكن بموجبها تحديدها). أما الدعوة إلى التفاوض، فهي تتضمن إيجابا يتعلق بإبداء رغبة موجهة من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر، من أجل

<sup>1</sup>- محمد حسين عبد العال التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية القاهرة، 1998، ص 94.

2- إتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع الموقعة سنة 1980 م

الدخول في المفاوضات بغية إبرام العقد النهائي، عن طريق طرح المقترحات النهائية التي لا تصل الى حد الإيجاب البات و النهائي، وكلما تقدمت المفاوضات تكون هذه المقترحات عرضة للتغيير و التبديل. إن التفرقة بين الدعوة إلى التفاوض و الإيجاب قد يكتنفها الكثير من الإبهام والغموض، وذلك بالنظر إلى اختلاف الظروف والملابسات، حيث يستقل قاضي الموضوع أو المُحَكِّم بتقدير ذلك عند تصديه لنظر النزاع. والمثال الدارج لذلك هو إرسال قائمة بالأسعار، قد يعتبر دعوة إلى التفاوض في ظروف معينة، و من الممكن أن يعتبر إيجابا في ظروف أخرى و مهما يكن من أمر هذه التفرقة، فإنه يمكن القول بأن التفرقة بين الدعوة إلى التفاوض و الإيجاب، هي في جوهرها تفرقة وظيفية، فإذا كانت الدعوة إلى التفاوض هي مجرد إعلان من صاحبها عن رغبته في التعاقد، بغرض اكتشاف من تكون له رغبة مقابلة، وبغرض استدراج من توجه له الدعوة إلى تقديم عرض محدد للتعاقد، و الإستجابة لمثل هذه الدعوة، لا يؤدي إلى انعقاد العقد النهائي.<sup>1</sup> أما وظيفة الإيجاب، فهي صياغة مشروع عقد يتضمن العناصر الجوهرية من أجل تحويله إلى إتفاق نهائي، بمجرد اقترانه بالقبول من جانب من وجه له.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: التمييز بين الدعوة إلى التعاقد والدعوة إلى التفاوض

الدعوة إلى التعاقد تعني تلك الدعوة التي يوجهها شخص إلى شخص آخر أو إلى أفراد الجمهور بهدف حثهم على الإقبال عليه للتعاقد معه وفقا لشروط محددة سلفا لا يمكن

مناقشتها وعليه فإن الداعي إلى التعاقد يهدف من وراء دعوته الناس أو الجمهور إلى التعاقد حالاً دون تفاوض، ذلك أن المستجيب لهذه الدعوة لا يملك حق مناقشة تلك الشروط المحددة، بل يحق له فقط قبول تلك الشروط أو رفضها. أما الدعوة إلى التفاوض، فكما سبق القول تعني ذلك العرض المقدم من قبل شخص إلى شخص آخر، أو عدة أشخاص من أجل الدخول في المفاوضات، بهدف مناقشة شروط إبرام العقد وعليه يبدو الفرق واضحاً بين الدعوة إلى التعاقد و الدعوة إلى التفاوض، في كون هذه الأخيرة لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بينما الدعوة إلى التعاقد تتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فضلاً عن أن الدعوة إلى التعاقد تتطلب النية القاطعة والحاسمة و النهائية في الارتباط بالعرض، بينما الدعوة إلى التفاوض لا تتضمن نية الارتباط بالعرض، بل تتجه إرادة الداعي إلى التفاوض إلى مجرد الدخول في مناقشات وتقديم العروض والعروض المضادة والبدائل، تمهيداً لإبرام العقد في المستقبل. يتضح من خلال العرض السابق أن مرحلة التفاوض على العقد، هي تلك المرحلة التمهيدية التي يتم خلالها تبادل العروض والعروض المضادة، من أجل التوصل إلى صياغة إيجاب مشترك يحدد حقوق والتزامات الطرفين، وعندما تنتهي مرحلة المفاوضات تبدأ مرحلة إبرام العقد، متى اقترن الإيجاب المشترك بقبول مطابق انعقد العقد بصفة نهائية، وفي حالة ما إذا صادف هذا الإيجاب رفضاً من المتعاقد الآخر، فإن هذا الرفض يشكل إيجاباً جديداً، وهو بدوره يصبح مرفوضاً،

إذا صادف اقتراحا مضادا، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من القانون المدني الجزائري، بقولها لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا.<sup>1</sup>

يبدو الاختلاف واضحا بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة التفاوض عليه، ذلك أن مرحلة التفاوض على العقد زمنيا تسبق مرحلة إبرام العقد، بحكم أن العقد إذا كان يتضمن شروطا كثيرة ومعقدة، أو تنتظر عملية تنفيذه عقبات كثيرة، فإن العقد لا يبرم بصورة فورية كما هو الشأن بالنسبة للعقود قليلة الأهمية، إذ يستلزم الأمر الدخول في مفاوضات من أجل مناقشة تلك الشروط و إزالة العقبات ومتى تم ذلك تنتقل الأطراف إلى مرحلة إبرام العقد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول لينعقد العقد النهائي.<sup>2</sup>

ويظهر الاختلاف جليا أيضا بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه، في أن مرحلة التفاوض على العقد، غالبا ما تستغرق وقتا طويلا مقارنة بمرحلة إبرام العقد، ذلك أن مرحلة المفاوضات تتطلب بذل الكثير من الجهد والوقت من أجل التحضير الجيد لها، من خلال إعداد الدراسات المتعلقة بالجوانب الفنية و المالية والقانونية والدخول في مناقشات طويلة، على سبيل المثال فقد تفاوضت شركة McDonald's عشر سنوات تقريبا، من أجل فتح أول مطاعمها للهامبرغر في موسكو ، ويبرر طول مدة المفاوضات، على أساس أن الأطراف المتفاوضة تحرص دائما على أن يأتي العقد خاليا

<sup>1</sup> - المادة 66 من القانون المدني الجزائري

<sup>2</sup> - محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 11

من الغموض واللبس، الأمر الذي من شأنه تجنيب الأطراف مغبة الوقوع في المنازعات، التي قد تؤدي إلى فشل العقد في مرحلة تنفيذه.

وفي مقابل ذلك، فإن مرحلة إبرام العقد في الغالب الأعم لا تستغرق وقتاً طويلاً، بحكم أنها تتم بصورة سريعة وفورية. ويظهر الاختلاف واضحاً أيضاً بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة التفاوض عليه، في أن هذه الأخيرة لا تتضمن إيجاباً جازماً و نهائياً وإنما تتضمن فقط عروضاً و عروضاً مضادة، تكون قابلة للتعديل والتغيير كلما تقدمت المفاوضات وهذا أمر مألوف في مجال عقود التجارة الدولية، ومن ثم فإن مرحلة التفاوض على العقد تنتهي بوجود نية الارتباط بالتعاقد، بينما في مرحلة إبرام العقد فإن إرادة الأطراف تتجه نحو الارتباط بالعقد، عن طريق تقديم عرض محدد وكاف يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و متى اقترن هذا العرض بالقبول المقابل، انعقد العقد بصورة فورية.<sup>1</sup>

خلاصة القول، إن المفاوضات تعد من أكثر الظواهر صعوبة و تعقيداً، لأنها تنطوي على القيام بالكثير من التصرفات والأعمال، و بالرغم من أهميتها فإن التشريعات المقارنة لم تتناولها لا بالتعريف ولا بالتنظيم، الأمر الذي فتح الباب للفقهاء والقضاء في محاولة لإرساء نظرية عامة للمفاوضات، تركز في وجودها على الحلول التي تقدمها النظرية العامة للعقد. وأمام هذا القصور التشريعي إزاء مرحلة المفاوضات، فإن الأطراف المتفاوضة أخذت على عاتقها مهمة البحث عن أدوات من أجل تنظيم المسلك الإجرائي لعملية التفاوض، وذلك

<sup>1</sup> - عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني، منشور في مجلة أهل البيت العدد الثامن 2009، جامعة البصرة، العراق، ص 57.

بإبرام الكثير من العقود والاتفاقات والتي تختلف قيمتها القانونية، بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف التي تحدثها ، ويعتبر عقد التفاوض من أهم الأدوات الاتفاقية التي أفرزها واقع المعاملات التجارية الدولية، وهو بحق أداة اتفاقية ضرورية في عملية التفاوض، تؤدي دوراً أساسياً في التوفيق بين عامل حرية التفاوض الذي يقتضيه مبدأ حرية التعاقد، وعامل أمن المفاوضات و الذي يتطلب إحاطة العملية التفاوضية بإطار حمائي، ينأى بالمفاوضات عن كل ما قد يؤدي إلى فشلها.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: مشكلات الايجاب والدعوة الى التفاوض

إن حرية كل طرف في المفاوضات وفي أن يقطعها دون أن يتحمل المسؤولية هو مبدأ مضمون قانوناً، غير أن قطعها بسوء نية أو بدون سبب جدي يؤدي إلى مسؤولية الطرف الذي قطعها عن الأضرار الأضرار التي تصيب الطرف الآخر ؛ وذلك لأنه لا ضرر ولا ضرار " ، وأن الضرر يزال بجبره "

### الفرع الأول: أساس إلتزام الأطراف في مرحلة المفاوضات

يشمل التعويض عن قطع المفاوضات بدون سبب جدي، الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالطرف المضرور ؛ كالتنفقات والمصاريف التي صرفت في التنقلات والإقامة والدراسات الفنية من أجل إبرام العقد النهائي، وكذا الضرر الناتج عن المساس بالسمعة التجارية، وتقويت فرصة إبرام العقد المنشود في حدود إحتمال تحقيقها.

<sup>1</sup> محمد عبد الظاهر حسين الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 06، العدد 04،

مع كل ذلك ومهما يكن من أمر، يُستوجب ترك المسألة للقاضي أو المحكم ليقرر كل حالة على حدى، كما أن القانون الواجب التطبيق على (عقد) التفاوض هو الذي سيحكم المسائل

الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بالإلتزامات الناشئة العقد

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس هذه الإلتزامات هي قواعد الأخلاق، فالإخبار والنصيحة المقدمة للطرف الآخر هي واجبات أخلاقية، ولكنها لا تصل إلى مرتبة الإلتزام القانوني، فعلى المتفاوض إحاطة الطرف الآخر بما لديه من معلومات، وأساس هذا الإلتزام هو قواعد الأخلاق .

هناك من يرى أن الثقة التي يُولِيها كلا الطرفين للآخر هي " الأقل قدرة ثقته في الطرف الآخر ويأتمنُّه على مصالحه. الإلتزام، فبِحُكم الضرورة يضع الطرف

إن عملية التفاوض الناجحة تقوم على استراتيجية، وأساليب، ولكنها تركز أساساً على أخلاقيات وأدب، والإلتزام بالصدق والصراحة والأمانة التي تُولِّدُ الشعور بالإرتياح والرضا لدى الطرف الآخر، وتدعم السمعة المهنية الطيبة للمتفاوض ومرونته في الحوار والإقناع والتفاوض غير الأخلاقي له نهاية حتمية واحدة الفشل والخسارة لا غير.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الإلتزام بالمحافظة على سرية المفاوضات

إن أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من العقود هو عنصر السرية التي يحرص عليها دائماً الطرف المالك أو الحائز للتكنولوجيا، وذلك سواء تم إبرام العقد أو لم يتم، فالإلتزام بالسرية

<sup>1</sup> محمد عبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 06، العدد 04، ص727.

إلتزام مهم يحرص عليه الطرفين سواء أدت المفاوضات إلى التعاقد أم لا، وتعني السرية عدم إعلان المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيماوية التي عَلِمَ بها المتفاوض، ويفرض هذا الإلتزام على المتفاوض الإمتناع عن إفشاء هذه المعلومات للغير، والذي قد يستفيد منها أو يستغلها لمنفعته

قد يتفق الطرفان على التزامهما بعدم إفشاء المعلومات التي عَلِمَها، وغياب إتفاق على هذا الإلتزام لا يؤثر في وجوده، فأساس الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية، ولا يشمل هذا الإلتزام كل المعلومات المطروحة بل يقتصر على نوعين فقط هما المعلومات التي يُصنع عليها طابع السرية، وثانيا تلك التي تكون طبيعتها غير قابلة للنشر، ويقدر قاضي الموضوع هذه المعلومات المعلنه، والتي يقتضى حسن النية أن تُحاط بالسرية، وذلك بحسب ظروف كل قضية .

### المبحث الثاني: مراحل المفاوضات العقدية

وعلى الرغم من إعتبار المفاوضات بمثابة الأعمال التحضيرية إلا أنها تُعتبر من الأعمال الهامة تنقيد إرادة الأطراف فيها في كثير الأحيان، وقد يُرجعُ إليها في المستقبل بوصفها وسيلة لتفسير العقد عند الحاجة، وتعرض لبيان إنعكاسات ذلك على الإرادة و دورها في المجال التعاقدى.<sup>1</sup>

فهي مرحلة استكشافية يتلمس فيها كل طرف طريقه إلى العقد، مما يستدعي في الغالب إستعدادات ضخمة خصوصاً بعد التطور التكنولوجي الهائل الذي يشهده العالم والذي جعل

<sup>1</sup>- محمد عبد الظاهر حسين نفس المرجع السابق، ص 727.

مع مرور الوقت هذه المرحلة ليست مجرد مرحلة تحكمها إجتهاادات شخصية وإنما تترتب عليها آثار قانونية.

### المطلب الأول: مضمون مرحلة المفاوضات وأهميتها

تبدأ هذه المرحلة بالمناقشات والمفاوضات والتي تتقدم شيئاً فشيئاً، وقد تأخذ هذه المرحلة مدة طويلة؛ وعلى أهمية وفائدة مرحلة التفاوض فإنه قد تتقيد إرادة الطرفين بمقتضياتها .

#### الفرع الأول: مضمون المفاوضات :

كانت المعاملات تتسم بأنها متواضعة ومحدودة وذلك من حيث قيمتها ونطاقها، فالعقد بسيط حيث شكلياته، وحتى القواعد المنظمة له مُتلائمةً إلى حدٍ كبيرٍ مع حاجيات المجتمع، إلا أنه أصبحت القواعد التقليدية غير قادرة على الإستجابة لضرورات وسائل الإنتاج الصناعي وطرق التسويق الحديثة، كما صارت تَعَجُرُ عن مُجَابَهَةِ المخاطر التي تنطوي عليها عادة العقود غير التقليدية؛ كالعقود التي تُبْرَمُ من أجل الحصول على الخبرات الفنية والتكنولوجية ولقد كانت هناك محاولات عديدة من جانب الفقه لإرساء تعريف محدد للمرحلة السابقة على التعاقد، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تعريفها بأنها تلك المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل أن هناك عروض وعروض مضادة.<sup>1</sup>

كما عرفت بأنها تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيديّة التي تتمثل في المباحثات، والمساعي والمشورات وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق

<sup>1</sup> -رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص 63

كما عرفت هذه المرحلة أيضاً بأنها " تلك المرحلة التي يتم فيها اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات، وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل".

ففي هذه المرحلة التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف المرحلة السابقة على التعاقد ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات الطرفين فقد ظهرت الكثير من العقود المتشابهة، والمركبة، والمليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية، وبالمقابل لها قيمة مالية كبيرة، وتتطوي على مخاطر كبيرة للعاقدين، والاختلاف في وجهات النظر حول شروط العقد، يجعل من المرحلة التمهيدية وسيلة مهمة وضرورية للتقريب بين الطرفين.<sup>1</sup>

إن الصعوبات والمخاطر التي تحملها بعض العقود تجعل من الصعب أن تُبرَم مباشرة، بل لا بُد من الدخول بشأنها في مفاوضات كبيرة قد تستغرق وقتاً طويلاً، وهذا العمل قد يُوكَل إلى أطراف عدة مُختلف الجوانب الاقتصادية والفنية والقانونية؛ فبغية الوصول إلى تسوية واتفاق قد تبدأ المفاوضات بدعوة تُسمى بالدعوة إلى التفاوض توجه لطرف آخر بشأن عقد

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1974،

معين، كما قد توجه للجمهور، ولما كان الأصل في الإرادة الحرية وفقا لسلطان الإرادة فهذه الدعوة لا تُرتب التزاما على عاتق أي من الطرفين

إن هذه المفاوضات قد تكون جزء من العقد إذا ما ألحقت بالعقد، فهي بمثابة الأعمال التحضيرية، وقد يُرجع إليها في المستقبل بوصفها وسيلة لتفسير العقد عند الحاجة ، وكُلما كان الإعداد للعقد جيدا، بكل حرية ودراسة وطمأنينة وعقلانية، كُما جاء مضمون العقد متوازنا ومتعادلا ومتكافئا، لا يشوبه نقص أو غموض، بما يكفل تنفيذه دون خلافات.

### الفرع الثاني: أهمية مرحلة التفاوض

لم تعد المفاوضات مُجردَ عمل مادي، وإنما تحولت إلى أمر مُهم ولها نظامها القانوني في مسيرة العقد، وعلى الرغم من انحسار مبدأ حرية التعاقد بمبدأ حسن النية، والذي تفرضه العدالة قبل القانون، لم تتردد المحاكم في الاعتراف للاتفاقات التمهيديّة بقيمة قانونية، مع أن العقد النهائي لم يُبرم بعد.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: صور إتفاق المفاوضات

هناك صور للمفاوضات للتعاقد منها الاتفاق على مبدأ التفاوض، والاتفاق على تأجيل التوقيع، وصورة الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى، وصور الوعد بالتفضيل

### الفرع الأول : الاتفاق على مبدأ التفاوض

وهو اتفاق يتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها مثل : أين ومتى ستبدأ المفاوضات؟ ومن سيمثل الأطراف فيها؟ وما اللغة التي ستستعمل ومن سيتحمل مصاريف؟ إلخ، حيث يتم التطرق فيه

<sup>1</sup> - محمد عبد الظاهر حسين المرجع السابق، ص 727

لعموميات تتعلق بالأطراف وبمحل المفاوضة ومكانها وزمانها كأن يتقابل الأطراف في الجولة الأولى من المفاوضات مع بعضهم البعض فيتعرف كل منهما على الآخر ويتناقشا حول المسائل المتعلقة بالتعاقد المطلوب من خلال عرض حاجة طلب التعاقد ومدى إمكانية الطرف الآخر على تلبية ذلك،<sup>1</sup> ثم يتفقا على مكان وزمان الجولة الثانية من المفاوضات، فهنا يبدأ الاتفاق على مبدأ التفاوض عن طريق دعوة إلى التعاقد من أحد الأطراف ويقوم الطرف الثاني بتلبية هذه الدعوة لذا فهو يعد اتفاق إجرائي بحت

### الفرع الثاني: الاتفاق على تأجيل التوقيع

يجري العمل في بعض حالات التفاوض أن يتحفظ أحد الأطراف أو كلاهما بالحق في تأجيل التوقيع على العقد النهائي، وقد يفهم من هذا الاتفاق أنه لا يتم إلا بعد أن يكون المتفاوضين قد اتفقوا على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد ، ولكنني أرى إمكانية حدوث مثل هذا الاتفاق في أي مرحلة من مراحل المفاوضة ، ولو حتى في الجولة الأولى منها ما دام أن الغاية منه تتمثل غالباً في التهرب من المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات، والسند في ذلك، هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يجيز للأطراف الاتفاق على ما يشاؤون ما لم يخالف النظام العام والآداب العامة.

<sup>1</sup>-الحفاوي،محمد (2002). المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ص 86.

## الفرع الثالث: الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى

يقصد بالتوقيع بالأحرف الأولى إعطاء أطراف المفاوضة الذين وقعوا بهذه الأحرف الحق في الرجوع والتشاور مع الجهات العليا التي يعمل فريق التفاوض من خلالها أو لصالحها، وقد يراد به مراجعة بنود ما اتفق عليه مراجعة متأنية .

وعليه، فهذا التوقيع يعني مجرد تحديد لما أسفرت عنه المفاوضات بين الطرفين من نقاط تفاهم بينهما، فهي مفاوضات محررة، لا يتحول إلى اتفاق نهائي إلا بعد التوقيع عليه توقيعاً تاماً بالأحرف الكاملة للأسماء .

## الفرع الرابع: الوعد بالترفضيل

وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد أطراف التفاوض، أو كل منهما إذا ما قرر التفاوض بشأن عقد معين في المستقبل أن يفضل الطرف الآخر على غيره في التفاوض، لا شك فإن الوعد بالترفضيل اتفاق يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ويمهد فقط لتفاوض محتمل لعقد معين، ولا شك أيضاً في أن الواعد يقيد من حريته بمحض إرادته حينما يخول شخص آخر حق الأفضلية في التفاوض فيعيده بأن يفضله على غيره إذا ما أراد يوماً أن يتفاوض لإبرام عقد معين ويتم عادة هذا الوعد بعد أن يكون كل الأطراف على دراية كاملة بطلبات وإمكانيات الآخر.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> عبد الودود (1994). الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص 153.

<sup>2</sup> - المواد 71 و 72 القانون المدني الجزائري .

لا شك أن عدم تنظيم عقد الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري باعتباره نظام قانوني مستقل عن نظام الوعد بالتعاقد، يعتبر مصدرا للأمن القانوني، لذلك يقع على عاتق المشرع وضع هذه العملية التعاقدية ضمن اطار تشريعي يستجيب بشكل فعال لتوقعات الأطراف، لاسيما توقعات المستفيد من الوعد، فضلا عن توقعات الغير المهتم بالعقد الموعد به.

الوعد بالتفضيل تقنية وليدة الممارسة التعاقدية، انتقل إلى بعض التشريعات الحديثة، وقد أهمل المشرع تنظيمه، واكتفى بتنظيم الوعد بالتعاقد في المادتين 71 و 72 مدني، ومن ثم وجب تدارك هذا النقص من خلال وضع إطار قانوني يحكم هذه التقنية، ويحسم الكثير من الاختلافات الفقهية التي تحوم حوله، بدءا من طبيعته القانونية، مرورا بآثاره، وانتهاء بالجزاء المترتب على مخالفته

## خلاصة الفصل

تعد المرحلة التي تسبق التعاقد مرحلة مهمة فهي تضم عدداً هائلاً من العمليات، مثل القيام بأعمال تحضيرية أو فحوص فنية أو دراسات اقتصادية وإعداد خطط المشروع محل العقد، وتوفير وسائل التمويل التأمين...، وهذه كلها نتائج إرادة واعية متبصرة ومدركة مما يقتضي البحث عن توفير قدر من الحماية للمتعاقدين أو بالأحرى للمتعاقد الضعيف في مرحلة ما قبل التعاقد.

ووفقاً لبعض الانظمة القانونية فإن هذه المرحلة يجب أن تدور في إطار كامل من الحرية فهذا يقتضيه إعمال قواعد وحرية المنافسة التي تعد احدى المبادئ الاساسية في الفكر الاقتصادي الحر، ولذا لا يؤيد انصار هذا الفكر تدخل القانون في هذه المرحلة ويرون استمرار حرية التعاقد منذ اللحظة الأولى للتفاهم حول العقد المراد ابرامه، أي من اللحظة التي تسبق ابرام العقد وحتى مراحلها النهائية، إذ تحب المحافظة في نظرهم على استمرارية التفاوض والنقاش، بل وحتى قطع هذه المرحلة أياً كانت أهميتها ودرجة تقدمها، إلا أن هذا الإتجاه قد تترتب عليه أضرار تلحق بالمتعاقد الآخر

## الفصل الثاني:

حماية المتعاقد من التعاقد في المرحلة

السابقة

إذا كانت عبارات العقد واضحة في دلالتها ما كانت في حاجة إلى التفسير، ووجب على القاضي أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه ذلك أن تفسير التعبير عن الإرادة في العقد كتفسير النصوص القانونية لا وجه له إن كان التعبير من الوضوح في الدلالة عن مقصد صاحبه، بحيث يبدو التفسير أمراً لا لزوم له.

وهو ما نص عليه الفصل 461 من ق. ل . ع حيث جاء فيه : إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها).

غير أن ذلك لا يعني إعدام دور القاضي نهائياً، بل يمكنه أن يقوم بعمل إيجابي في ميدان التأويل، الذي يمكن أن يتخذ وسيلة لمواجهة عدم التوازن بين المتعاقدين وذلك بصفة غير مباشرة . حيث يسترجع دوره كلما تبين له أن عباراته واضحة إلا أنها غير متوافقة مع الهدف الظاهر منه

## المبحث الأول: حماية المتعاقد من الطرق الاحتمالية

يقصد بالتفسير تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضى من أجل الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين وله الحق في أن يستعمل كل الأساليب القانونية التي من أنها أن تساعده على معرفة قصد المتعاقدين ولا يكون التفسير موجب من الناحية العملية إلا إذا كانت ألفاظ العقد غامضة أو مبهمة تحتمل أكثر من معنى إلا أن ذلك لا يمنع من تفسير بعض العقود حتى ولو كانت العبارات المستعملة واضحة متى تطلب الأمر ذلك

## المطلب الأول: السكوت العمدي

ومما تنبغي الإشارة إليه هو أن سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي من خلال السكوت العمدي تضيق وتوسع بحسب ما إذا كانت عبارات العقد واضحة أو غامضة

الفرع الأول : تقليص دور القاضي في تفسير شروط العقد الواضحة.

إذا كانت عبارات العقد واضحة في دلالتها ما كانت في حاجة إلى التفسير، ووجب على القاضي أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه ذلك أن تفسير التعبير عن الإرادة في العقد كتفسير النصوص القانونية لا وجه له إن كان التعبير من الوضوح في الدلالة عن مقصد صاحبه، بحيث يبدو التفسير أمرا لا لزوم له.<sup>1</sup>

وهو ما نص عليه الفصل 461 من ق. ل . ع حيث جاء فيه : إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها).

<sup>1</sup>-إدريس العلوي العبدلاوي النظرية العامة للإلتزام. نظرية العقد الطبعة الأولى 1996 الصفحة 594.

غير أن ذلك لا يعني إعدام دور القاضي نهائياً، بل يمكنه أن يقوم بعمل إيجابي في ميدان التأويل، الذي يمكن أن يتخذ وسيلة لمواجهة عدم التوازن بين المتعاقدين وذلك بصفة غير مباشرة . حيث يسترجع دوره كلما تبين له أن عباراته واضحة إلا أنها غير متوافقة مع الهدف الظاهر منه.<sup>1</sup>

وعموماً فإن تدخل القاضي لتفسير العقد الواضح العبارة تنحصر في حالتين : الحالة الأولى، إذا كانت عبارات العقد واضحة لكنها تتعارض مع الغرض المقصود من العقد . (أولاً)، والحالة الثانية ، إذا كانت العبارات واضحة لكنها تتعارض مع عبارة أخرى صريحة في نفس العقد (ثانياً).

**أولاً: حالة وضوح عبارات العقد لكنها تتعارض مع الغرض المقصود منه**

ويمكن استخلاص هذا الاستثناء في إطار التشريع من نص الفقرة الأولى من الفصل 462 ق.ل.ع و التي جاء فيها : " يكون التأويل في الحالات الآتية : إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينهما وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد ...". ففي هذه الحالة يجوز للقاضي اللجوء إلى التفسير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بالرغم من صراحة الألفاظ ووضوحها وبذلك يسترجع القاضي دوره الإيجابي في التأويل الذي يبدو أن ظاهر الفصل 461 من ق.ل.ع يسلبه منه وهو ماذهب إليه بعض الفقه وكرسته محكمة النقض في العديد من قراراتها .

<sup>1</sup>-إدريس العلوي العبدلاوي . مرجع سابق. الصفحة 594

إن متى تبين أن النية المشتركة للمتعاقدين تخالف مدلول العبارة، فإنه يتعين على القاضي الأخذ بما يراه أقرب إلى قصد المتعاقدين وهو ما يسمح له بتدخل غير مباشر في مضمون العقد بما يخول له خلق نوع من التوازن بين إلتزامات أطرافه، وكل ما هنا لك أنه يتعين على القاضي وهو بصدد تفسير البند الواضح العبارة أن يبين في حكمه الاسباب التي دعتة إلى هذا التفسير ، بحيث يتضح من هذا البيان أنه أخذ باعتبارات مقبولة تؤدي عقلا إلى النتيجة انتهى إليها، وإلا تعرض حكمه للنقض لقصور التسبيب.<sup>1</sup>

ثانيا: حالة وضوح عبارة العقد لكنها تتعارض مع عبارة أخرى صريحة وواضحة في نفس العقد .

في هذه الحالة قد يصعب التعرف على العبارة التي اقتضت الإرادة المشتركة للمتعاقدين على الانصراف إلى توخي ما تبلوره هذه العبارة الشيء الذي يؤدي إلى اعتبار قصد المتعاقدين غامضا في الواقع. ومثال ذلك أن يحصل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد كما إذا جاء في هذا العقد أن الثمن الذي يلتزم به المشتري هو 100 ألف ثم جائني في مكان اخر أن الثمن هو 80 ألف، فالعبارتان السابقتان واضحتان تماما لو نظرنا إلى كل منهما على حدة، ولكن بتقريب إحداهما من الأخرى يظهر غموض في حقيقة المقصود منهما، وهنا نكون في حاجة إلى التفسير لكي نتعرف على حقيقة ما ارتضته الإرادة المشتركة إن كان لنا في ذلك من سبيل.

<sup>1</sup>-إدريس العلوي العبدلاوي: مرجع سابق ، ص: 596

وهكذا يتضح لنا أن التعبير عن الإرادة قد يكون في بعض الأحيان محددًا لا غموض في المعنى الذي يؤخذ منه، ولكنه مع ذلك يكون مخالفًا لقصد المعبر عن إرادته، أو مخالفًا للقصد المشترك للمتعاقدين. إن وضوح التعبير الذي يستبعد حاجته إلى التفسير ليس وضوحه في ذاته بل هو وضوحه في الدلالة عن المقصود به، فالبحث عن الإرادة الحقيقية وتحري الإرادة المشتركة للمتعاقدين في تفسير العقد يثم بالاستهداف بطبيعة التعامل و بما ينبغي إن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : سلطة القاضي في تفسير العقد الغامض

يجمع الفقه على أن دور القاضي يتسم بالمحدودية إزاء العقد الذي تكون عباراته واضحة، وفي مقابل ذلك فإن سلطة القاضي المدني في تفسير العقد الغامضة تعتبر من الوسائل المهمة التي يتمتع بها لتحقيق قدر من التوازن لصالح الطرف المستهلك عن طريق "تعديل" شروط العقد المفتقد للتوازن، سيما وأن غالبية هذه العقود يأتي في شكل غامض وغير محدد المعاني

### المطلب الثاني: التعاقد عن طريق الزيادة او المناقصة

جعل المشرع من أسلوب المناقصة العامة الأصل العام في إبرام العقود الإدارية، إذ يتعين على الإدارة إتباعها في اختيار المتعاقد معها، وهذا الأسلوب هو الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، لذا سنبين حقيقة المناقصة العامة من حيث تعريفها والمبادئ التي تحكمها وبيان

<sup>1</sup>معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية، السنة الجامعية

أنواعها، أن المرحلة السابقة على التعاقد هي فترة استكشافية، تتمكن الإدارة من خلالها تكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد، وعادةً ما تستغرق هذه المرحلة وقتاً طويلاً وشاقاً وخاصة في العقود الكبيرة غير التقليدية، لذلك يتطلب القانون استيفاء بعض الإجراءات

### الفرع الأول: دراسة الجدوى الاقتصادية

تأسيس أي مشروع يتطلب توافر موارد مادية وبشرية، ولكن الأهم من ذلك هو ضمان استمرار تشغيل المشروع وأدامته والاستفادة منه طيلة فترة عمره الاقتصادي والعمل بشكل جيد من الناحية الفنية والاقتصادية، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع، وهذه الدراسة لها أهميتها ليس فقط من ناحية إعداد المشروع، بل من ناحية تشغيله واستمراره بالعمل طيلة العمر الاقتصادي للمشروع، فدراسة الجدوى للمشروع، يقصد بها مجموعة الأساليب العلمية التي تستخدم لجمع البيانات والمعلومات وتحليلها وفحصها من جميع النواحي الاقتصادية والفنية والتجارية والتنظيمية للمشروع، وذلك للتأكد من مدى صلاحية المشروع وإمكانية تنفيذه والصعوبات المتوقعة خلال عمر المشروع وتقوم الإدارة بإعداد دراسة الجدوى للمشروع بواسطة خبراءها من المهندسين والفنيين والاقتصاديين، لدراسة المشروع من جميع النواحي، واتخاذ القرار المناسب بشأنه، أما التخلي عن المشروع لعدم جدواه، أو المواصلة فيه، فإذا ما قررت الإدارة المضي في المشروع، فإنها ستحدد الأهداف المتوخاة من المشروع، وتقدر الكلفة التخمينية للمشروع.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>-أمين عبد الله، جدوى الاقتصادية، مجلة غير منشورة، جامعة الجزائر، 2004، ص64.

تتعلق دراسة الجدوى بدراسة المشروع جديد، أما التخطيط الاستراتيجي فهو دراسة أفضل المجالات التي يمكن أن تعمل بها المؤسسة في السنوات القادمة وكيف يمكنها أن تنافس في هذه المجالات. فالتخطيط الاستراتيجي أعم من دراسة الجدوى لأن التخطيط الاستراتيجي يوضح أفضل المجالات التي يمكن أن تعمل بها المؤسسة في السنوات القادمة، أما دراسة الجدوى فتختص بدراسة مشروع أو مشاريع محددة. على الرغم من ذلك فبينهما تشابه كبير فكلاهما يحتاج دراسة السوق، والمنافسين، والعملاء، والعوامل الخارجية المؤثرة، والقدرات المتوفرة والممكن تعلمها أو شرائها وتنتهي بالعائد المادي المتوقع .

يمكن الاستعانة بمكاتب استشارية لإعداد دراسة الجدوى، ويمكن الاستعانة بدراسات للجدوى معدة مسبقاً لمشاريع معينة. الاستعانة بمكتب استشاري يحمل المشروع تكلفة إعداد الدراسة، أما الاستعانة بدراسات جدوى مُعدة عن طريق جهات تُشجع المشاريع الجديدة فإنها تضطرك إلى الاختيار من بين المشاريع المعروضة، والتي تكون عادة مشاريع تقليدية. وهي مهمة جداً له لأن من شأنها أن تختصر الكثير من الوقت على المؤسسة في حال لم يلب النظام ما هو مطلوب منه، وفي دراسة جدوى نظم المعلومات لا يجري التعامل مع نفس دراسات الجدوى المعتادة في المشاريع الاقتصادية، بمعنى أنه لا تدرس الجدوى الاقتصادية للنظام فقط، إنما عدة دراسات جدوى، من التنظيمية والتقنية والاقتصادية والعملياتية<sup>1</sup> .

<sup>1</sup>كاظم جاسم، دراسة الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات، دار المناهج، عمان، الأردن، 2011، ص40.

## الفرع الثاني: الاعتماد المالي والإذن بالتعاقد

حرية الإدارة مقيدة عند إبرام عقودها لأن المشرع فرض جملة من تدابير والإجراءات التي تمهد وتهيئ لعملية التعاقد وعلى الإدارة إتباعها، وهذه القيود هي:

أولاً - الاعتماد المالي: الاعتماد المالي هو المال الذي تخصصه الإدارة لمشروع معين، ويكفي لمتطلبات العقد ، لما كان العقد الإداري يرتب الالتزامات مالية على الإدارة ناجمة عن ذلك العقد ، فمن الطبيعي قبل أن تقوم الإدارة بالإعلان عن المناقصة، أن تسعى إلى توفير الدعم المالي اللازم لإتمام عملية التعاقد، وذلك خشية توقف أو تعثر المشروع،<sup>1</sup> بسبب عدم وجود الاعتمادات المالية ، وعليه فلا يجوز للإدارة أن تعلن عن المناقصة قبل توفير الاعتماد المالي أو أن تتجاوز حدود الاعتماد المالي، فيترتب على مخالفة الإدارة لهذا الإجراء مسؤوليتها القانونية ، ولكن توافر الاعتماد المالي وان كان أمراً واجباً سابقاً للتعاقد إلا أن وجوده لا يلزم الإدارة بإبرام العقد، لأن دافع الإدارة للتعاقد هو الرغبة في تحقيق المصلحة العامة فإذا كان التعاقد يتعارض مع المصلحة العامة فيمكن الإدارة العدول عن التعاقد ، ولكن توافر التخصيص المالي في الموازنة العامة يرتب التزاماً قانونياً على الإدارة بضرورة إبرام العقد، وسنده هو التزامها بتنفيذ مشاريع الخطة الاستثمارية أو الجارية لتحقيق المصلحة العامة، وبالتالي فلا يحق لها الامتناع عن الإبرام أو التباطؤ فيه وهنا لا بد من التساؤل ما هو حكم العقد الذي أبرمته الإدارة من دون أن توفر الاعتماد المالي أو متجاوزه لحدوده، وهل هو عقد صحيح ومنتج لآثاره، وان كان صحيحاً، في هذا المجال فقد استقر

<sup>1</sup>- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974 ، ص 120

القضاء الإداري على اعتبار هذا العقد صحيحا وملزما لإطرافه وينتج آثاره ومثل هذه المخالفات لو وجدت من جانب الإدارة، فإنها لا تمس صحة العقد، ولا نفاذه، وإنما تستوجب المسائلة القانونية للإدارة، وأساس مسؤوليتها هي مديونيتها للمتعاقد معها، لأن العقد الإداري الذي أبرمته الإدارة مع الغير صحيح وينتج آثاره حتى لو لم يتوافر الاعتماد المالي، لأن علاقته مع الإدارة هي علاقة فردية ذاتية وليست تنظيمية الهدف منها هو حماية الغير الذي يصعب عليه التحقق من توفر الاعتماد المالي الخاص بالمشروع،<sup>1</sup> حتى ولو كان حريصا هذا من ناحية ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة فالمشرع يؤكد على الإدارة بضرورة توافر الاعتماد المالي قبل تأمين مشترياتها أو طرحها لما تحتاجه من أعمال في المنافسة العامة، إما المشرع فقد أكد أن التعاقد يكون في حدود التكاليف الكلية المعتمدة في الخطة الاستثمارية بالنسبة للمشاريع الاستثمارية، على أن يتم الصرف في حدود الاعتماد المالي المقررة لها، أما عقود التوريدات والخدمات الدورية، فإنه يجوز للإدارة إبرامها لمدة تتجاوز السنة المالية، بشرط إلا يترتب عليها زيادة الالتزامات في إحدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر في السنة التي يتم فيها التعاقد. أما المشرع فقد اشترط على جهة التعاقد توفر التخصيص المالي لتجهيز السلع أو الخدمات أو المقاولات بتأييد الدائرة المالية في جهة التعاقد قبل أعداد وثائق المناقصة للتعاقد الممولة من الموازناتين الجارية والتشغيلية أما تعليمات تنفيذ الموازنة العامة الاتحادية فقد أكدت على جهة التعاقد التقييد بالاعتماد المخصصة ولمصادق عليها في الموازنة العامة الاتحادية وللأغراض المحددة لها، وبموجب

<sup>1</sup> - عبد المنعم فرج الصدة نفس المرجع السابق.

خطة إنفاق مصادق. لأهمية بعض العقود وما يترتب عليه من آثار هامة قد تتعلق أحيانا بسيادة الدولة أو مواردها الطبيعية أو قد تضر بمصلحة امن الدولة ومصالحها العليا ، لذلك يشترط المشرع على الإدارة قبل الإعلان عن المناقصة ضرورة الحصول على الترخيص أو الموافقة بالتعاقد من الجهة المختصة، وهو ما يسمى بالإذن بالتعاقد، ولا يجوز للإدارة أن تبشر إجراءات التعاقد قبل حصولها على هذا الإذن،<sup>1</sup> فإذا ما أبرمت الإدارة عقدا بدون هذا الإذن، فإن العقد يعد باطلا بطلانا مطلقا ، لأنه عقد معدوم من الناحية القانونية، لصدوره من سلطة غير مختصة، وخلافا لما يقضى به القانون ولا يجوز تصحيحه بصدور إذن لاحق، لتعلق هذا الشرط بالنظام العام، وبهذا يتبين مدى اختلاف طبيعة العقد الإداري المبرم بدون توافر اعتماد مالي أو عدم كفايته، فالعقد في هذا الحالة ينعد صحيحا ومرتبيا لآثاره بين طرفيه، في حين إبرام عقد إداري بدون موافقة السلطة المختصة، يعد عقدا باطلا بطلانا مطلق، لذلك يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض، أما على أساس الخطأ التقصيري لعدم حصولها على إذن بالتعاقد مسبقا، وأما على أساس الإثراء بلا سبب، إذا استطاع المتعاقد إثبات أن الإدارة قد استفادة من تنفيذ العقد المعدوم وللإذن بالتعاقد مصادر عدة وتختلف بحسب نوع وأهمية العقد الذي تروم الإدارة إبرامه، فقد يكون مصدر الإذن موافقة البرلمان، وقد يكون مصدر الإذن موافقة جهة إدارية معنية كقرار من مجلس الوزراء أو قرار وزاري. فالدستور المصري نص على أنه لا يجوز للسلطة التنفيذية عند الاقتراض،

<sup>1</sup>لعشبة محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري ، د ع ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر

أو الحصول على تمويل، أو الارتباط بمشروع غير مدرج في الموازنة العامة المعتمدة، ويترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزنة العامة للدولة لمدة مقبلة إلا بعد موافقة مجلس النواب " ، أما اللائحة التنفيذية الخاصة بقانون المناقصات والمزايدات رقم 29 لسنة 1998 في المادة (10) قد نصت بأنه "على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات والترخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقا للقوانين والقرارات التي تقضي بذلك".<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: عقود الإذعان

سار المشرع الجزائري في نفس الدرب الذي سارت عليه التشريعات العربية لا سيما المشرع المصري حيث تناول نظرية الإذعان والأحكام الخاصة بها في نصوص القانون المدني الجزائري التي حولت للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو إلغائها ، الأمر الذي يعتبر خروجاً عن المبدأ العام " العقد شريعة المتعاقدين " وليس للقاضي أي دخل في تعديل أو إلغاء ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وذلك من خلال المواد الآتية :

المادة 70 : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها

<sup>1</sup>- شوقي بناسي ، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02- المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد الثاني ، 2009، ص 159

المادة 110 : " إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك "

المادة 112 : " يؤول الشك في مصلحة المدين . غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن "

#### المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

تتميز عقود الإذعان كما سبق الذكر في أن أحد طرفيها يضع شروطه بصفة منفردة ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا التسليم بها والإذعان لها ، بحيث لا يقبل منه أي مناقشة لهذه الشروط فإما أن يقبلها برمتها أو يعرض عنها وعادة لا يستطيع الإعراض عنها ونظرا لهذا الوضع الخاص بعقد الإذعان ، فقد انقسم الفقهاء بين منكر لصفة التعاقدية لهذا العقد وبين مقر لها.<sup>1</sup>

#### الفرع الأول: عقد الإذعان في التعاقد

<sup>1</sup> بوبكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، والفقهاء الإسلامي ، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة الحاج لخضر بباتنة ، 2011-2012 ، ص 153

فيرى الفريق الأول وهم المنكرون لصفة التعاقدية في عقد الإذعان أن الطرف المدعن لا يملك الحرية والاختيار وهما أهم ما يتسم به أي عقد ، ويعتبرون أنها عبارة عن مراكز قانونية أكثر منها مراكز تعاقدية وبالتالي هي أقرب الى القانون أو اللائحة منها إلى العقد وغايتهم من تكييف عقد الإذعان بهذا الشكل هو عدم إخضاع تفسيره وتنفيذه إلى ما تخضع له العقود من قواعد ، ولكن تخضع للقواعد الخاصة بتفسير القانون وتطبيقه ، وعليه فإن عقد الإذعان لا يفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يقتصر التفسير على إرادة واضع تلك الشروط وهو الطرف القوي الذي أذعن له الطرف الضعيف ، ويجب من ناحية أخرى تطبيقه وفقا لمقتضيات العدالة.

وطبقا لهذا المفهوم فإن عقود الإذعان تقوم وتتميز باجتماع ثلاثة عناصر وهي :

عنصر العمومية : وهو أن يكون الإيجاب أو بعبارة أدق المشاركة في عقد الإذعان تتصف بالعمومية ، أي موجهة لعموم الجمهور أو الى فئة معينة بصفاتها لا بذواتها ، وتكون بنفس العبارات والشروط ، كما تتصف بالاستمرارية لمدة معينة مثل الإيجاب بالتعاقد مع شركات الكهرباء و الغاز

2- عنصر الإكراه : ويتمثل في النفوذ الاقتصادي للموجب أو المشتراط ، الذي يؤدي إلى

الاختلال الواضح بين طرفي العقد ، إضافة إلى عدم إمكانية اقتراح الطرف المدعن لأي

تعديل ، وبالتالي لا يمكن إدراج عقد الإذعان ضمن المجال العقدي.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> بيوكماش محمد ، المرجع السابق، ص 155 و 156

3/ - عنصر الإذعان : وهو خضوع الطرف المذعن لشروط العقد المحددة سلفا من قبل الموجب وبالتالي ليس لإرادة المذعن إلا دور ثانوي في إنشاء العقد ذلك أن الحالة القانونية قد نشأت من قبل بإرادة منفردة هي إرادة الموجب وهو ما لا يجعله عقدا بالمعنى الفني ولكن الحقيقة على خلاف ذلك فعقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بوجود إرادتين لا بإرادة واحدة ، وكما هو معلوم فإن كل تصرف ينعقد بإرادتين يعتبر عقدا ، حتى ولو لم يكن طرفاه متساويان من الناحية الاقتصادية

أما عن موقف المشرع الجزائري فنجد أنه قد نص على عقد في نص المادة 70 من القانون المدني : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها " <sup>1</sup>.

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري لا ينازع في الطبيعة العقدية لعملية الإذعان ، ويضفي عليها الخصائص التالية

إنها شروط مقررة " من طرف الموجب وهدف المشرع من وراء استعمال هذا التعبير هو تذكيرنا بالسلطة الإدارية ، وطرق تعاملها ، حيث تصدر قراراتها دون حاجة إلى المعنيين بالأمر ، كما يظهر أن سبب اختيار المشرع لهذا التعبير هو إبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه ، وقد يتعسف في ذلك " ان هذه الشروط غير قابلة للنقاش " فلا يجوز للموجب له أن يقترح أي تعديل مهما كان ، فإما أن يقبل وإما أن يرفض الإيجاب

<sup>1</sup>- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني المصري ، القاهرة ، طبعة 1984 ، ص

جملة واحدة ، وهذه الخاصية الثانية تعتبر مكملة للخاصية الأولى ، إذ تترجم أيضا سيطرة وقوة الموجب بالنسبة للطرف المذعن .

- إن القبول في عقد الإذعان هو مجرد " التسليم " والمشرع أراد بهذا التعبير إبراز الضعف ضعف الطرف المذعن ، والتفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين طرفي عقد الإذعان .

### الفرع الثاني: الخلاف الفقهي المثار حول سلطة القاضي

كوسيلة لحماية الطرف المذعن ثار خلاف فقهي حول توجه التشريعات إلى التوسع في حماية الطرف المذعن بين مؤيد ومعارض

حيث يرى المعارضون لهذا التوجه بأن إعطاء القاضي سلطة تعديل الشروط التعاقدية يعتبر خروجاً عن حدود مهمته العادية والمألوفة والمتمثلة في تفسير العقد عن طريق البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين وإزالة ما تخللها من غموض أو إبهام إلى غاية تعديل الشروط التعسفية أو إلغاءها.<sup>1</sup>

كما يضيف أصحاب هذا الاتجاه أن توسع القاضي في تعديل الشروط التعاقدية من شأنه أن يزعزع الاستقرار الواجب توافره في المعاملات ، فعند إنشاء العقد يعرف كل طرف من البداية الآثار التي سينتجها العقد وحقوقه وواجباته ، وعليه إذا ما تدخل القاضي لتعديل هذه الحقوق والواجبات ، فإن ذلك يؤدي إلى اضطراب المعاملات، ونظراً لعدم وجود معايير محددة لصفة التعسف في الشرط فإنه يؤدي إلى خروج القضاء بحلول مختلفة للمسألة الواحدة

<sup>1</sup>- خالد محمد السباتين ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة

غير انه وعلى العكس من ذلك يرى المؤيدون أن توجه المشرع لحماية الطرف المذعن في العقد هو أمر محمود ويتمشى مع تطور التشريعات الحديثة ، ويتفق مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع الحالي.

حيث ان المركز الذي يكون فيه الطرف المذعن في خضوعه وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقد الإذعان . وأن التوازن في العقد قد اختل قبل تدخل القاضي الذي سيأتي فيما بعد لإعادة التوازن إلى وضعه الطبيعي برفع التعسف الذي شاب الشرط ، أما بالنسبة لسلامة العلاقات الاقتصادية فإن هذه العلاقات تقوم على مبادئ أخلاقية من حسن النية وعدالة وأنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرفا عنها ، وأما عن التحكم بالنسبة لقاضي الموضوع رقابة المحكمة العليا سوف تضع حدا لهذا التحكم إن وجد ؟ ويضيف أحد مؤيدي هذا الرأي بأن منح القاضي هذه السلطة أولى من ترك الطرف المذعن تحت رحمة الموجب ، خاصة وأن القاضي يعتبر طرفا مختصا ومحايدا يستطيع بنظرته الموضوعية الموازنة بين مصلحة طرفي العقد ، ورؤية موقع التعسف ويمكنه بحسه القانوني وباستعانتة بأهل الخبرة والاختصاص أن يسعف الطرف المذعن ، أما عن الخوف من تحكم القضاة وعدم توحده في المسألة الواحدة ، فإن المحكمة العليا تتكفل بتجنب هذا الخوف<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 150

ان قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المبنية على أساس حرية التعاقد أصبحت تعاني صعوبات كبيرة ناتجة عن التطور الصناعي و التكنولوجي، التي أوجبت أنه لا بد أن يتوافق العقد معها، و كذلك كان من المرغوب فيه استبعاد المسؤولية الناتجة عن التأخر في التنفيذ، مثلا في شراء المساكن بناء على التصاميم أو شراء السيارات، كذلك و تنوع المواد المصنعة و الخدمات المقدمة للمستهلك قد أدت الى اتساع مسؤولية المؤسسات سواء كانت صناعية أو مؤدية لخدمات أدى الى تدهور الحرية التعاقدية، أي مبدأ سلطان الارادة أي ( المذهب الفردي، هذا أدى بالمشرع لمنع شروط معينة في العقد و ادخال شروط الزامية و ترتيب الآثار على مخالفتها.

وقد حاول القضاة حماية مبدأ سلطان الارادة و ما ينطوي عليه من امتيازات لطرفي العقد. و قد استفادت بعض العقود سواء كانت عامة أو خاصة و من بينها عقد الازعان كوسيلة لإعداد عقود محررة مسبقا و خلق قانون مستقل لتنظيمها مثال: عقد التأمين عقد النقل بالإضافة الى عدم وجود نصوص قانونية في التقنين المدني و التجاري، هذا ما أدى بالطرف القوي الى وضع شروط تخرج عن نطاق هذين القانونين مما أدى الى نشوء عقد الازعان.

طبقا لنص المادة 55 قانون مدني "جزائري" يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا" هذا هو المبدأ العام غير أن معظم العقود ذات أهمية بالنسبة للمستهلك هي اليوم عقود اذعان، ونقصد بها العقود التي يفرض محتواها مسبقا من قبل أحد الطرفين على الآخر الذي يكتفي بإعطاء انضمامه. و هذا النوع من العقود بالنسبة

للمستهلك، الطريقة العادية لعقد اتفاقا له أهمية، فعقود التأمين، التعاملات البنكية، البيع، خاصة البيع بناء على التصاميم البيع الا جاري، تقديم الخدمات الصحية من المصحات الخاصة، ووكالات السفر أو الفنادق، و عقد تنظيف الملابس، و اجار السيارات عقود العمل، هي بصورة أعم عقود اذعان. و لدراسة هذا المحور قسمته لعدة نقاط لنتمكن من معرفة عقد الاذعان و توضيح التشايه بينه و بين عقد الاستهلاك حت نتمكن من اجاد حلول قانونية تمكنا من حماية المستهلك، تطرقة في النقطة الأولى الى نشأت عقد الإذعان لتبرير خروج المشرع عن القواعد العامة في العقد محاولة منه لحماية طرفيه، أما النقطة الثانية تتناول التعريف و هو أهم الشيء بالنسبة لرجال القانون حتى نتمكن من معلاقة النصوص القانونية الواجبة التطبيق، بعدها تعرضت لخاص هذا العقد لتميزه عن العقود الأخرى، و في آخر هذا المحور كان لازما تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد. أولا : نشأت عقد الاذعان لقد نشأ عقد الاذعان أو ( عقد الانضمام ) نتيجة التطور الاقتصادي خاصتا بعد الثورة الصناعي و احتكار انتاج بعض السلع و الخدمات من طرف بعض المؤسسات العامة أو الخاصة، كذلك و انتهاج بعض الدول النظام الاشتراكي و من بينها الجزائر فكانت الدولة محتكرة لكثير من القطاعات غير أن مفهوم الاحتكار تطورو لم يعد يخص الشركات الكبرى ، و كذلك استخدام عقود الاذعان كوسيلة لتسهيل تعامل المهنيين مع المستهلكين. نتيجة الانتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام مؤسسات خاصة و عامة ذات طابع صناعي وتجاري حيث أصبحت تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من ضروريات الحياة العصرية بالنسبة للمستهلك، و بالتالي استطاعت تلك المؤسسات القوية نتيجة لسلطتها

أن تملي ارادتها و شروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط، فليس أمامها سوى الازعان لطرف المحتكر، و الموافقة على شروطه دون مناقشة مما أدى بالاجتهاد الفقهي في منتصف القرن العشرين الى محاولة ايجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف في العقد و توجيه القضاء الى ايجاد حلول مما انعكس على التشريع فيما بعد، و تضاعف توسع عقد الازعان، حيث أصبح التفاوض لا يمثل سوى المرحلة التي تسبق العقد دون أن تتدخل ارادة الطرفين في تحديد شروط انعقاد العقد الأثار المترتبة و عليه و لظهور الازعان في عقود الاستهلاك عدة عوامل : اقتصادية، اجتماعية ، مادية، و أخير قانونية.

ان ظهور عقد الازعان كان بسبب شارح القانون الفرنسي القديم الفقيه"بوتيه" الذي أكد أن الفرد لا تقيد به أي رابطة فله الحرية التامة في التعاقد و أن يقبل ما شاء من الشروط اذن أساس العقد الارادة و هي مصدر الحقوق بين الأشخاص و عليه يكون أسمى من القانون، وقد نادى الفقه بالحماية الاجتماعية لطرف الضعيف في العقد عن طريق اقامة التوازن في العلاقة العقدية و لدراسة هذا العقد لا بد من التعرض الى عوامل نشأته من عوامل اقتصادية واجتماعية و مادية و قانونية.<sup>1</sup>

أولا:العوامل الاقتصادية :

<sup>1</sup>-مجدي صبحي خليل، التوجه الاقتصادي و العقود دراسة قانونية مقارنة، المكتبة العامة للقانون و القضاء ،باريس،

ان التطور الصناعي الذي أتت به الرأس مالية قد سيطر على الأفراد و جعلهم يقبلون بالشروط التعسفية و المجحفة في العقود المبرمة بينهم، فعقد العمل كان يخضع لقانون العرض والطلب، و غيرها من العقود، فكانت النتيجة أن التحولات الاقتصادية هي السبب في اختلال التوازن بين القوى التعاقدية و الحد من حرية الأفراد في تحديد شروط العقد و عدم المساوات أدت بالعقد بدل أن يكون وسيلة تفاوض لحماية مصلحة المتعاقدين أضحي نظاما قانونيا تمليه الارادة المنفردة لطرف القوي في العقد أي المهني، و بتالي أصبح العقد مفروضا نتيجة عوامل اقتصادية. ان العقود التي تجريها الشركات الكبرى تدرج فيها الشروط التي تخدم مصلحتها الاقتصادية و هي عقود إذعان، تمكن هذه الشركات من التحكم في الجمهور بسلطتهم على السلع و الخدمات التي لا يمكنهم الاستغناء عنها .

ومن هنا أصبحت عقود الاذعان مصدرا للحقوق و الاطار القانوني للعلاقات بين الشركات وزبائنهم فالقانون الاقتصادي هو محور العقود التي تجريها المؤسسات الاقتصادية، و من ثم فهو يوجه ايجابا عاما متماثلا يكون في خدمة الجمهور . و بالتالي فعقد الاذعان ليس الا تصرفا متميزا يقابل و يواجه عقود المساومة، فهو ينشأ التزامات متبادلة بين أطرافه الا أنه له فائدة عامة.<sup>1</sup>

يوجد من شروط مطبوعة، ناهيك عن تفحصها و المناقشة في شروطها. و في حالات أخرى قد تضاف الى الشروط المطبوعة مسبقا شروط مكتوبة أو مرقنه غير أن الغالب دائما هو الوجه النموذجي المطبوع و بناءا عليه فان قواعد التسيير الحديثة تعتمد على الوسائل

<sup>1</sup>- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس في مصادر الالتزام مكتبة نهضة مصر، القاهرة ( بدون تاريخ)، ص.14.

الميكانيكية أو الالكترونية و بالتالي يجب أن تكون كل الشروط المرتبطة بأي عقد في نماذج، و هذا هو الاتجاه السائد في الحيات اليومية للمستهلك.

### ثانيا:العوامل القانونية

ان مبدأ حرية التعاقد نتيجة التطور الصناعي و التجاري أصبح يعاني صعوبات كبيرة، التي تتطلب توافق العقد معها من السرعة في التنفيذ و تقادي التكاليف و غيرها، أضف الى ذلك التطور التكنولوجي و الآلي و اتساع المواد المصنعة أدت الى سرعت التبادل التجاري و كذلك التوزيع أدت الى اتساع مسؤولية المؤسسات سواء كانت صناعية أو مؤدية لخدمات. مما أدى الى التقليل من الحرية التعاقدية في ذلك بجعل شروط معينة الزامية ولا يجوز مخالفتها. لقد حافظ القضاء على حرية التعاقد تحت تأثير مبدأ سلطان الارادة، أما العقود المحررة مسبقا فهي نتيجة التطور التشريعي و تتماشى مع عقد الاذعان الذي يعتبر وليد الحرية القانونية و يرى برليوز أنه اذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم التوازن في العقد، فان الوسائل و النظريات القانونية قد خلقت عقود الإذعان، و هذا التحول لا يرجع الى طبيعة أطرافه، ولا الى طبيعة محله و انما الى طبيعة العقد ذاته.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني:موقف الفقه الإسلامي من عقود الإذعان

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بعقود الإذعان :تنقسم عقود الإذعان في النظر الفقهي إلى قسمين :

<sup>1</sup>لعشب محفود بن حامد، عقد الاذعان في القانون الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1990،ص.

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلا، ولم تتضمن شروطه ظلما بالطرف المدعن، فهو صحيح شرعا، ملزم لطرفيه، وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء أو تعديل، لانتفاء الموجب الشرعي لذلك ...

والثاني: ما انطوى على ظلم بالطرف المدعن؛ لأن الثمن فيه غير عادل ( أي: فيه غبن فاحش) أو تضمن شروطا تعسفية ضارة به، فهذا يجب تدخل الدولة في شأنه ابتداء (قبل طرحه للتعامل به) وذلك بالتسعير الجبري العادل، الذي يدفع الظلم والضرر عن الناس المضطرين إلى تلك السلعة أو المنفعة بتخفيض السعر المتغالى فيه إلى ثمن المثل، أو بإلغاء أو تعديل الشروط الجائرة. بما يحقق العدل بين طرفيه<sup>1</sup>.

فنستخلص من هذا أن أصل عقود الإذعان في الفقه الإسلامي هو الاحتكار؛ وهو أن يحتكر شخص سلعة ضرورية فيغلي من سعرها ويبيعها للناس على ما يريد فتذعن الناس لإرادته وترضخ للسعر الذي يفرضه لحاجتها الشديدة لهذه السلعة، وهذا ما نهى عنه مختلف مذاهب الفقه الإسلامي بوجه عام تم تعقبه في صورتين من صورته التي كانت مألوفة وقت ذلك وهي في: بيع متلقي الركبان أو الجلب وفي بيع الحاضر لبادي . فنورد النصوص والاحكام المتعلقة بالاحتكار وبهذين النوعين من البيوع عند المذاهب الفقه الإسلامية المختلفة.<sup>2</sup>

### الفرع الأول: الاحتكار:

<sup>1</sup>- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 150

<sup>2</sup>- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 154.

## 1 - مذهب الحنفية:

الاحتكار مكروه، وذلك أن يشتري طام في مصر ويمتتع من بيعه وذلك يضر بالناس وقال محمد الاحتكار بما يتقوت به الناس والبهائم والاحتكار في كل ما يضر بالعامّة في قول أبي يوسف و إن اشترى في ذلك المصر وحبسه ولا يضر بأهل المصر لأبأس به وإن اشترى من مكان قريب من المصر فحمل طعام إلى المصر وحبسه وذلك يضر بأهله فهو مكروه فإن جلب من مكان بعيد واحتكر لم يمنع ، وكذلك لو زرع أرضه وإدخر طعامه فليس بمحتكر، ولكن الأفضل أن يبيع ما فضل عن حاجته إذا اشتدت حاجة الناس إليه، وإذا قلت المدة لا يكون احتكاراً وإذا طالت المدة يكون احتكاراً قدر الطويل بالشهر ودونه قليل، ثم يقع التفاوت في الاحتكار بين أن يتربص للغلاء وبين أن يتربص للقحط، فوبال الثاني أعظم من والأول للإمام أن يجبر المحتكر على البيع إذا خاف الهلاك على أهل مصر، ، بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يسعر بالإجماع إلا إذا كان أرباب الطعام يتحملون ويتعدون عن القيمة وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والبصر، فإن باع بأكثر ما سعر جاز بينعه، وإذا رفع أمر المحتكر إلى الحاكم ينهاه عن الاحتكار مرتين ثم يعزر بالحبس في المرة الثالثة وإذا خاف الامام على اهل مصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرق بين المحاوج فاذا وجدوا رد مثله، ويحق للقاضي ان يبيع على المحتكر طعامه من غير رضاه

## 2 - المذهب المالكي :

لا يجوز احتكار الطعام إذا أضر بأهل البلد والحكرة في كل شيء بالسوق من الطعام والزيت و الكتان وجميع الأشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق .. و السمن والعسل وكل شيء قال مالك: يمنع من يحتكره، وإن لم يضر بالناس وبالأسواق فلا بأس به .ومن زاد في سعر أو نقص منه أمر بإلحاقه بسعر الناس فإن أبقى من السوق. ولا يخرج الطعام من بلد إلى غيره إذا أضر بأهل البلد ومن جلب طعاما خلي بينه وبينه فإن شاء باعه وإن شاء احتكره ولا يجوز التسعير على أهل الأسواق وقال يحيى بن عمر الفقيه المالكي 289 هـ في

المحتكرين إذا احتكروا الطعام وكان ذلك مضرا بالسوق:<sup>1</sup>

" أرى أن يباع عليهم فيكون لهم أموالهم والربح يؤخذ منهم يتصدق به أديبا لهم وينهوا

عن ذلك، فإن عادوا كان الضرب والطواف والسجن لهم "

### 3 - المذهب الشافعي

الاحتكار هو شراء القوت وقت الغلاء ليمسكه ويبيعه بعد ذلك من ثمنه للتضييق .

وعرفه الإمام النووي بنحو ذلك فقال: هو ان يشتري الطعام وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه في الحال بل يذخره ليغلو ثمنه فيلاحظ ان بعضهم خصص مورد الاحتكار بالقوت وبعضهم خصه بالطعام ويحرم الاحتكار في الاقوات ومن أصحابنا من قال: يكره ولا يحرم وليس بشيء أما إذا ابتاع في وقت الرخص، او جاءه ضيعته طعام، فأمسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه في معنى الجالب لقول النبي صلى الله عليه وسلم " الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " رواه ابن ماجة

<sup>1</sup>- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 155.

## 4 - المذهب الحنبلي:

الإحتكار : هو شراء الطعام محتكراً له للتجارة مع حاجة الناس اليه وقال ابن قدامة:

الاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط:

ان يشتري او يجلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره لم يكن محتكراً، أن يكون المُشْتَرَى

قوتاً، فأما الإدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم.<sup>1</sup>

## ثانيا : بيع تلقي الركبان أو الجلب:

هو مبادرة بعض أهل المدينة القادمين بالسلع، فيشترونها منهم قبل وصولهم إلى السوق أو

البلد أن لم يكن لها سوق، وقبل معرفة السعر، إذا كان التلقي في رأي المالكية دون ستة

أميال من البلد أو السوق عند الجمهور هو حرام،

عند الحنفية مكروه تحريماً لنهي النبي في حديث ابن عباس " لا تلقوا الركبان، ولا يبيع

حاضر لباد"

قد تبين أن عقود الإذعان تكون في الخدمات والسلع الضرورية التي لا غنى للناس

عنها وغالباً ما تحتوي هذه العقود على إجحاف في الشروط أو المغالاة في السعر، وبذلك

يقع الظلم على الناس؛ لذا كان على الدولة التدخل لرفع الظلم عن الناس بما لا يسبب

خسارة للموجب، ويكون رفع الظلم عن المستهلك بعدة طرق منها:

1- النهي عن الاحتكار والاستغلال: يتدخل ولي الأمر أو نائبه في منع استغلال الغير

ومنع احتكار السلعة أو حصر الجلب أو الخدمات لصالح جهة أو شخص حتى لو كانت

<sup>1</sup>- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 156.

هذه السلع من المختلف في وقوع الاحتكار فيها حسب ما يراه من مصلحة عامة، كما ويمكنه سن تشريع أو نظام لكل نوع من العقود المتصلة بالمرافق العامة؛ لأن وظيفة الدولة حماية ورعاية المصالح العامة.

2- مراقبة القضاء وتفسير نصوص العقود لصالح الطرف الأضعف، وتعديل الشروط التي لا يجوز أن تتضمنها العقود عامة.

3- منع الوكالة الحصرية في السلع الضرورية.

4- التسعير.<sup>1</sup>

5- دور الغرف التجارية في تبصير التجار والمواطنين بعقود الإذعان، وما يترتب عليها من أضرار قد تلحق بهم.

هذا وقد رجح الشيخ -أحمد بن حميد- منع الوكالة الحصرية على تعديل الشروط؛ إذا تساوت الطريقتان في رفع الظلم؛ وذلك لأن حصر المنتج في جهة معينة ومنع الآخرين منها خلاف الأصل، والسماح للآخرين موافق للأصل، أما تعديل الشروط أو الإجماع من خفض السعر فهو خلاف الأصل لأن الإنسان حر فيما يملك.

كما اعترض كل من الدكتور -سانو، والدكتور محمد عمر الزبير- على أن الأصل عدم التسعير؛ لأن ذلك الأصل في سوق المنافسة الحرة، أما في سوق الاحتكار يكون الأصل التسعير لدفع الضرر، حيث كثيراً ما تتدخل الدولة في تحديد السعر كما في الكهرباء، ولا

<sup>1</sup>- بوكماش محمد ، المرجع السابق ، ص 157.

يترك ذلك للموجبين، وإلا حدث تغيير من السعر كرفعه، قال تعالى: [ إِنَّ الْإِنْسَانَ خُلِقَ هَلُوعًا ]..

– بدائل التسعير: (1)

إذا كان من شأن التسعير أن يأتي بنتائج عكسية إذا لم تتخذ الاحتياطات اللازمة، فهل من وسيلة للقضاء على الاحتكار بغير التسعير؟ نحاول هنا أن نبث عن ذلك مسترشدين بموقف الخلفاء وأئمة المسلمين.

**موقف عمر:**

يسوق لنا العلامة ابن حجر الهيتمي من رواية الأصفهاني: "أن طعاماً ألقى على باب المسجد فخرج عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وهو أمير المؤمنين يومئذ، فقال: ما هذا الطعام فقالوا طعام جلب إلينا أو علينا، فقال: بارك الله فيه، وفيمن جلبه إلينا أو علينا، فقال له بعض الذين معه: "يا أمير المؤمنين قد احتكر، قال: ومن احتكره، قالوا: احتكره فروخ وفلان مولى عمر بن الخطاب، فأرسل إليهما فأتياه، فقال: ما حملكما على احتكاركما طعام المسلمين، قالوا: يا أمير المؤمنين نشترى بأموالنا ونبيع، فقال: عمر -رضي الله عنه- سمعت رسول الله -صلى الله عليه و سلم- يقول: من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجدام والإفلاس، فقال: عند ذلك فروخ يا أمير المؤمنين فإني أعاهد الله وأعاهدك أن لا

<sup>1</sup> - يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، كلية الحقوق جامعة القاهرة - طبعة 2003، ص 56.

أعود في احتكار طعام أبدا، فتحول إلى مصر وأما مولى عمر، فقال: نشترى بأموالنا ونبيع  
فزعم أبو يحيى أنه رأى مولى عمر مجذومًا مشدوخًا<sup>1</sup>.

فهذا الموقف من عمر يدل على أنه لم يلجأ إلى التسعير، بل اكتفى بإرشاد المحتكر وتوجهه  
إلى ترك مثل هذا المسلك المشين، ودعوته إلى ذلك بالحكمة والموعظة الحسنة حيث ذكر  
مولاه ومولى عثمان بحديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- الذي ينفر أشد التنفير من  
احتكار أرزاق العباد، أما أحدهما فقد تاب وأناب وأشهد الله على نفسه أمام الحاضرين أنه لن  
يعود إلى الاحتكار أبداً ، وأما الآخر فيبدوا أنه سلك سبيل المعارضة فتركه عمر وشأنه  
فتحقق فيه الوعد الدنيوي على ماراه أبو يحيى، وظاهر من هذا أن ظروف المجتمع لم تكن  
بحاجة إلى تسعير، وأي موقف آخر أشد من هذا الموقف الذي اتخذه الفاروق -رضي الله  
عنه- فهي واقعة فردية، وقد نهى عنها لأنها منكر، وروى فيها ما سمعه من رسول الله -  
صلى الله عليه وسلم- وأنتج النهي أثره الحسن في الحال حيث أعلن فروخ توبته، فليس  
هنالك ما يدعو إلى اتخاذ موقف آخر خصوصًا وأن الرسول -صلى الله عليه وسلم- قد  
أعرض عن التسعير في هذا المجتمع الفاضل.

### توفير السلع في الأسواق:

هذا الإجراء هو أفضل الطرق لمحاربة الاحتكار الذي أصبح ظاهرة عامة وذلك بأن يقوم  
ولي الأمر أو من يحل محله من ذوي الاختصاص بتوفير السلع التي يحتاج إليها الناس في  
حياتهم؛ بحيث تكون في متناول الجميع، وبذلك تقوت على المحتكرين أعراضهم الخبيثة.

<sup>1</sup>- يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي ، كلية الحقوق جامعة القاهرة - طبعة 2003.ص56..

ولكن هذا الإجراء لا يمكن في نظرنا أن يؤدي إلى النجاح المطلوب إلا إذا قامت على تنفيذه الأيدي الأمينة المخلصة التي تقوم على حفظ المال العام، وصيانته ووضعه في المكان الطبيعي ألا وهو خدمة الجمهور وقضاء مصالحهم وسداد حاجياتهم بدون محاباة أحد لجاهه أو سلطانه أو مركزه.<sup>1</sup>

وهكذا ما حكاه لنا الأبي المتوفي 827 هـ حيث نقل في شرحه على صحيح مسلم "إن بعض الخلفاء كان يحارب الاحتكار ويقضي على الأعيب المحتكرين بغمر الأسواق بكميات هائلة من السلعة التي يرتفع سعرها؛ فيأمر عماله ببيع هذه السلعة بسعر أقل من السعر الذي يبيع به التجار حتى يرجعوا عن مغالاتهم في الأثمان وحتى تعود الأسعار إلى وضعها الطبيعي.

<sup>1</sup>-- منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة 2008 ص

## خلاصة الفصل

و خلاصة لهذا الفصل نقول :

• أن عقد الإذعان هو الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل بهذه الشروط كلها أو يرفضها كلها. واضطرار الطرف الضعيف للقبول لحاجته إلى ذلك التعاقد

أيضا يغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على الشروط مفصلة لا يجوز المناقشة فيها. ومثال ذلك التعاقد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه ومصالح الاتصالات وشركات التأمين وعقود العمل مع الشركات. وقد اختلف الفقه في طبيعة هذه العقود فأنكر البعض على هذه العقود صفتها العقدية واعتبرها قانونا يفرضه الطرف الأقوى اقتصاديا على جماعة المتعاملين مع ورأى البعض الآخر أنها عقود حقيقية تخضع للقواعد التي تنظم بقية العقود، . تعتبر عقود الإذعان مجالا واسعا لظهور الشروط التعسفية، هذا لا يعني عدم وجودها في العقود التي تتم بناء على تفاوض بين الطرفين و منها عقود الاستهلاك و خاصة العقود المحررة مسبقا. و هذا نتيجة ظهور الاقتصادي الاستهلاكي و السرعة في التسويق مع التطور التكنولوجي. و ما طرأ على العملية التعاقدية من متغيرات، و من أثرها ضرورة حماية المستهلك الطرف الضعيف عديم الخبرة في مواجهة المهني، الذي يتمتع بالتفوق الفني و القانوني و الاقتصادي و نتج عن ذلك ظهور حالات متعاقبة من التعسف، مثل الزام المستهلك بالدفع مقدما قبل استلام السلعة , النص على تعويضات كبيرة في حالة تأخر

المستهلك عن الدفع، شروط عدم مسئولية الصانع أو الموزع أو مقدم الخدمة في حالة عدم تنفيذ لالتزاماته أو في حالة وجود عيب في طريقة الأداء، أو في حالة المماطلة أو تأخر المهني في تنفيذ التزاماته..... الخ. من دراستنا لهذا الموضوع نرى أن الوسائل المختلفة المقترحة لحماية المنظم الى عقد الاذعان يمكن استعمالها في عقد الاستهلاك، أي استبعاد الشروط المخالفة للقانون الذي يتناول بعضها مضمون العقد بحد ذاته و بعضها الآخر كيفية تكوينه. سواء كان المقصود تنظيم العقد أو رقابته القضائية لأنه يحتوي على ثغرات و سلبيات لا تخدم المستهلك بصفة عامة غير أنه لا يمكن الاستغناء عن هذه العقود لتلبية حاجياته.

الخاتمة

### الخاتمة:

في ختام هذا البحث المتواضع الذي تناولنا فيه حماية المتعاقد وقد بينا ان هذه الحماية لم

تأت على دفعة واحدة بل جاءت على مرحلتين :

المرحلة الأولى : تمثلت في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية

وهي القواعد العامة في القانون المدني ، حيث ان هذه الأخيرة تضمنت وسائل أو تقنيات

قانونية منها يطبق على جميع العقود كنظرية الغبن والاستغلال ومنها ما يتعلق بعقد الإذعان

لا سيما ما يملكه القاضي من سلطة تعديل الشرط التعسفي في عقد الإذعان أو إعفاء

الطرف المذعن منها ، كما يفسر الشك لمصلحة المدين.

ومنها أيضا ما جاء في بعض القواعد المتفرقة كتدخل القاضي للحد من المغالاة في الشرط

الجزائي ، إضافة إلى الحكم على بعض من الشروط بالبطلان إذا وردت في نوع محدد من

العقود كالشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع،

والشرط الذي يضعه الناقل للإعفاء من المسؤولية في حالة تلف الأشياء المنقولة أو فقدها

الكلي أو الجزئي ، وبطلان شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، إضافة إلى

الشروط التي ترد في وثيقة التأمين.

المرحلة الثانية : وهي الأهم فقد جاءت نتيجة قصور القواعد التقليدية عن توفير الحماية في

العقد ومنه أصدرت التشريعات أنظمة خاصة لحماية المتعاقد من الشروط ، حيث اصدر

المشرع الجزائري القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، وهي

مبادرة تستحق الثناء على المشرع في إفراده موضوع مواجهة الشروط بنصوص خاصة

## الخاتمة

أن المشرع قد وقع في تناقض حين وسع من نطاق الحماية في المادة الأولى من القانون 02-04 لتشمل أنفسهم والمحترفين فيما بينهم ، ثم تراجع بعد ذلك في نص المادة 29 وحصر نطاق الحماية على العقود التي تتم بين البائع والمشتري هذا من جهة، ومن جهة أخرى تبنى المفهوم الضيق للمستهلك في المادة 3/2 من نفس القانون ، والمادة 3/2 من القانون رقم 03-09 أن المشرع انتهج النهج القائم على وضع قوائم سوداء للشروط وذلك في نص المادة 29 من القانون 02-04 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، إلا أن هذا النهج لا يتناسب مع وضع تعريف واسع للشرط التعسفي في المادة 3/5 من قانون 02-042 يتم تقديره بالنظر إلى مجموع بنود العقد. أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على جزاء مدني للشرط التعسفي إذا ما ثبت وجوده ، وهو ما يجعل الحماية التي قررها المشرع بموجب قانون 02-04 ناقصة فالقاضي يجد القانون أمامه الذي يتضمن كل الوسائل التي يحتاج إليها باستثناء الجزاء المدني.

قائمة

المصادر و المراجع

### 1. القوانين:

1- القانون المدني الجزائري

2- الامر رقم 66/156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو عام 1966 المتضمن

قانون العقوبات المعدل و المتمم ج ر عدد 49 بتاريخ 11/6/1966

### 2. إتفاقيات دولية :

إتفاقية فيينا الدولية بشأن البيع الدولي للبضائع الموقعة سنة 1980 م

### 3. الكتب

- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

بيروت لبنان، ط2، 2008

.عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني المصري ، القاهرة ،

طبعة 1984

.عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت،

لبنان، 1974

.إدريس العلوي العبدلاوي النظرية العامة للإلتزام. نظرية العقد الطبعة الأولى 1996

.لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري ، د ع ط ، المؤسسة الوطنية للكتاب

، الجزائر، 1990،

- محمد حسين عبد العال التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية القاهرة، 1998

#### 4.المذكرات والرسائل الجامعية:

منال جهاد أحمد خلة ، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية  
بغزة 2008

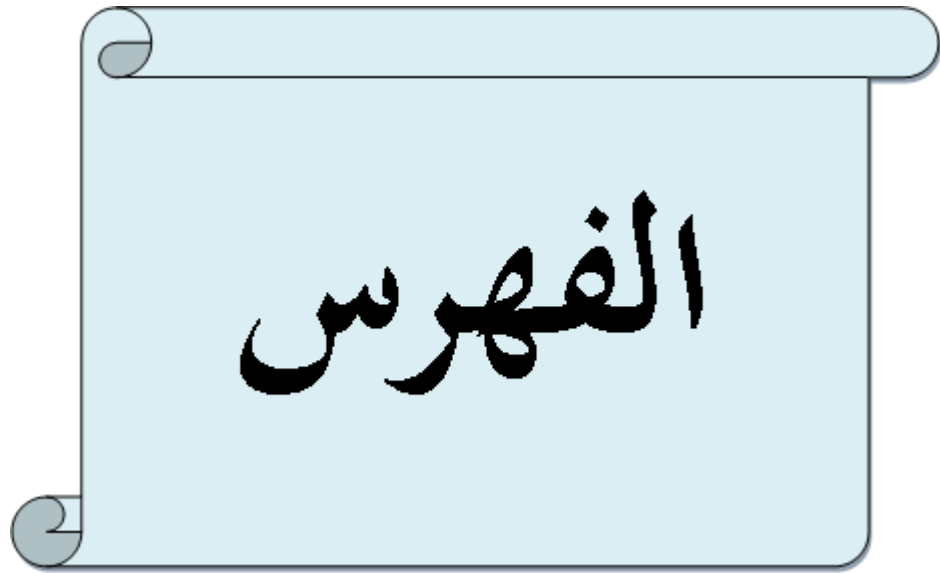
2.خالد محمد السباتين ، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان ، رسالة ماجستير ، كلية  
الحقوق ، جامعة القدس ، فلسطين

3.بوكماش محمد ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، والفقه الإسلامي ،  
أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ، جامعة الحاج لخضر بباتنة ،  
2011-2012

#### 5. المجالات والمقالات:

1.شوقي بناسي ، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02-المحدد للقواعد  
المطبقة على الممارسات التجارية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد الثاني  
، 2009





الصفحة	
--------	--

	المحتوى
	شكر وعرهان
02-01	مقدمة
الفصل الأول: النظام القانوني لمرحلة الابرار والتفاوض في العقد	
05	المبحث الأول: الالجاب والدعوة الى التفاوض
05	المطلب الأول: التمييز بين الالجاب والدعوة الى التفاوض
11	المطلب الثاني: مشكلات الالجاب والدعوة الى التفاوض
13	المبحث الثاني: مراحل المفاوضات العقدية
14	المطلب الأول مراحل المفاوضات العقدية
16	المطلب الثاني: صور اتفاق المفاوضات
20	خلاصة الفصل
الفصل الثاني: حماية المتعاقد من التعاقد في المرحلة السابقة	
23	المبحث الأول: حماية المتعاقد من الطرق الاحتيالية
23	المطلب الأول: السكوت العمدي
26	المطلب الثاني: التعاقد عن طريق المزايمة او المناقصة
32	المبحث الثاني: عقود الازعان
33	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقود الازعان
43	المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من عقود الازعان
55	الخاتمة



## ملخص الدراسة:

إن المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة المفاوضات التعاقدية هي فترة استكشافية ومهمة في نفس الوقت لما تثيره من المناقشات بين الطرفين، وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتا طويلا وشاقا، وخاصة في العقود ذات القيمة الاقتصادية والمالية الكبيرة، والتي لا تلائمها القواعد الكلاسيكية المعروفة (إقتران الإيجاب بالقبول)؛ من ثم تثير الفترة السابقة على إبرام العقد نوعين هامين وأساسيين من الصعوبات القانونية: أولاهما صعوبات تتعلق بتمييزها وتحديدها، وصعوبات أخرى مرتبطة بالإحاطة الشاملة بالنظام القانوني لمرحلة المفاوضات وأحكامها

الكلمات المفتاحية: التعاقد ، التفاوض، قانون المدني

The pre-contractual phase, or the contractual negotiations phase, is both an exploratory and important period, given the discussions it generates between the two parties. This phase typically takes a long and arduous time, especially in contracts of significant economic and financial value, which are not suited to the well-known classical rules (the coupling of offer and acceptance). Therefore, the period preceding the conclusion of a contract raises two important and fundamental types of legal difficulties: the first relates to distinguishing and defining them, and the second relates to a comprehensive understanding of the legal system and provisions of the negotiation phase.

**Keywords: contracting, negotiation, conclusion**