

الإطار القانوني للوعد بالتعاقد: دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري المعدل عام 2005 وقانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016

أ. د. بلحاج العربي

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز

جدة، المملكة العربية السعودية

الملخص:

يعتبر الوعد بالتعاقد نموذجاً بارزاً للاتفاقات الممهدة للتعاقد، التي قد تتخلل مرحلة المفاوضات العقدية، فهو من العقود التمهيدية المؤقتة التي قد تسبق إبرام العقد النهائي المنشود الذي يقصده الطرفان؛ إذا أظهر الموعد له مستقبلاً رغبتة في ذلك، خلال المهلة المتفق عليها. فالوعد بالعقد وإن كان في ذاته عقداً، تلتقي فيه إرادة الواعد بإرادة الموعد له، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية من العاقدين، إنما هو من مقدمات العقد الموعد به؛ ما دام أن الموعد له لم يعبر عن رضائه بعد.

والوعد بالتعاقد ما زال يثير إلى يومنا هذا، مشكلات علمية وعملية متعددة، تتعلق أساساً بتحديد مفهومه ومضمونه وصوره، وطبيعته وشروطه وأحكامه القانونية، وصعوبات تنفيذه عند النزاع بين الطرفين؛ وكذا نوع ونطاق المسؤولية المدنية، المترتبة على إخلال الواعد بما التزم به في الميعاد المحدد، دون مبرر مشروع، أو سبب جدي مقبول.

والدراسة الحالية هي محاولة فقهية اجتهادية، تتعلق بالبحث في بعض إشكاليات الوعد بالتعاقد في المرحلة السابقة من التعاقد النهائي المقصود، وكذا طبيعة وأحكام الوعد بالتفضيل، الذي هو صورة خاصة للوعد بالتعاقد؛ في ضوء القانون المدني الجزائري الجديد المعدل عام 2005 نموذجاً، وقواعد الفقه الإسلامي، والأنظمة القانونية المقارنة، وخاصة قانون العقود الفرنسي الجديد النافذ منذ عام 2016، وأحدث الاجتهادات القضائية العملية لمحاكم النقض العربية والفرنسية، وجمع شتاتها وحصرها ومعالجتها وتمحيصها، من الناحية الفقهية والقضائية، هو من الصعوبة بمكان.

كلمات دالة: العقد التمهيدي، العقد النهائي، المفاوضات العقدية، الوعد بالتفضيل، التعاقد على مراحل، العرض بالتعاقد.

المقدمة:

الحمد لله تعالى القائل سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁽¹⁾ والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

إنّ العقود التمهيديّة (contrats préparatoires)، أو عقود ما قبل العقد النهائي (les avant-contrats)، وفقاً لقول بعض الفقه الفرنسي، والتي منها الوعد بالعقد، هي تلك الاتفاقات الممهدة التي يبرمها الأطراف في مرحلة المفاوضات العقدية قبل الاتفاق النهائي المنشود⁽²⁾، فهي في حقيقتها عقود مرحلية أولية أو عقود مؤقتة (contrats provisoires)، يتطلع من خلالها الأطراف نحو تحقيق التعاقد النهائي المقصود (Conclusion de Contrat) عبر التعاقد على مراحل⁽³⁾، وكثيراً ما يلجأ الأطراف في الحياة العملية المعاصرة إلى مثل هذه الاتفاقات السابقة على التعاقد، خصوصاً في العقود المدنية أو التجارية الثقيلة، بعد أن تعقدت وتشعبت المعاملات المالية والتجارية.

والوعد بالعقد (promesse du contrat) هو أحد الصور الخاصة للتعاقد، يمهد لنشأة عقد نهائي في المستقبل، وهو العقد الموعود به المقصود، عندما يبدي الموعود له رغبته في التعاقد خلال المهلة المتفق عليها، وهو يتم بتلاقي إرادتين، إيجاب من الواعد، وقبول من الموعود له

(1) سورة الإسراء، الآية 34.

(2) J. Schmidt, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, R.T.D. civ, 2000, p. 25 et s; Le duc, Les avant-contrats, Thèse, paris, 1909; A. Lassaoued, Les contrats préparatoires, Thèse, Strasbourg, 1987, p. 20 et s; I. Najjar, L'Accord de Principe, Rec.Dalloz, Paris, 1991, Chr. P. 57 et s.

(3) حول مفهوم العقود التمهيديّة، وما تتضمنه من مشكلات وصعوبات قانونية في المرحلة السابقة من التعاقد النهائي. انظر: د. يونس علي، العقود التمهيديّة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2010، ص 313 وما بعدها؛ د. أكرم البدو، العقود الأولية، مجلة الرافدين، جامعة الموصل، العراق، المجلد 8، 2006، العدد 29؛ أحمد مهدي، التنظيم القانوني للاتفاقات الممهدة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020، ص 95 وما بعدها.

وراجع أيضاً: د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، دار هومه، الجزائر، 2020؛ د. أنس فريحات، النظام القانوني للمفاوضات، دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018؛ د. رجب عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 345 وما بعدها؛ د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987؛ د. سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014؛ د. عبد الحكيم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1992؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016؛ السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2017؛ د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مجمع الأطرش، تونس، 2017؛ وراجع باللغة الفرنسية:

Cf. J. Ghestin, La Formation du contrat, LGDJ, 3^e ed, 1992, n° 343 et s; Ph. Malaurie et L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, Les Obligations, Defrénois, Paris, 4^e éd, 2009, p. 196 et s; N. Mzid, La Négociation du contrat en droit civil, Rev. Tunisienne du droit, 2000, p. 313 et s.

الذي يملك إمكانية الخيار خلال المدة المحددة.

فالوعد بالتعاقد هو عقد حقيقي كامل، نوعي ومؤقت، محله تسهيل إبرام العقد النهائي الموعود به مستقبلاً، والتزام الواعد يختلف في عقد الوعد عن التزامه في العقد النهائي المقصود، فالتزامه في الأول هو التزام بعمل وهو إبرام العقد المنشود (المادتان 71 و72 من القانون المدني الجزائري)، إذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المعينة، والإبقاء على الوعد خلال الميعاد المحدد، والحفاظ على الشيء الموعود به لحين إبداء الموعود له هذه الرغبة؛ أما التزامه في الثاني، فيتحدد حسب طبيعة العقد الموعود به نفسه، يجب عليه تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية (المادتان 106 و107 من القانون المدني الجزائري).

ولا يجب الخلط هنا، بين العقد التمهيدي (contrat préparatoire)، وبين العرض بالتعاقد (Proposition Simple)، الذي يشكل في الواقع عملاً إرادياً منفرداً، ذلك أنه طالما لم يقبل الشخص العرض المقدم من الطرف الآخر، لا يوجد عقد ولا توافق إرادتين وفقاً للمادة (59) من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، والصعوبة القانونية في هذا الشأن، تتعلق خاصة بمدى القوة الملزمة لهذه العقود التمهيديّة، أو عقود ما قبل التعاقد النهائي (Les avant-contrats)، باعتبارها عقوداً تمهيدية أولية مؤقتة، ومن ثم يستوجب الرجوع إلى مضمونها وصياغتها، لمعرفة مدى قوة الالتزامات الواردة بها⁽⁵⁾.

وسنقتصر في بحثنا الحالي على إشكاليات الوعد بالعقد الأساسية، باعتباره عقداً تمهيدياً من عقود مرحلة التفاوض على العقد، يقع بين العقد التمهيدي والعقد النهائي المرتقب مستقبلاً، مما يستوجب على الأطراف أن تحترم جملة من الالتزامات التي توجبها خصوصية الوعد بالتعاقد، حتى يمكن لهم التوصل إلى إبرام العقد النهائي المنشود في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري المعدّل جزئياً عام 2005، والقانون المدني المقارن، وخاصة قانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016، وأحدث اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية، ومحاكم النقض العربية والفرنسية ذات العلاقة بالوعد بالتعاقد.

وبناء عليه، سنركز على بعض المشكلات القانونية المهمة، التي تثيرها الوعد بالعقد في المرحلة السابقة من التعاقد النهائي، من خلال تقسيم هذا البحث إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية الوعد بالتعاقد وصوره

المبحث الثاني: شروط قيام الوعد بالتعاقد

المبحث الثالث: تنفيذ الوعد بالتعاقد

المبحث الرابع: الأحكام الخاصة بالوعد بالتفضيل

(4) مجرد الدعوة للتفاوض، لا يترتب عليها كأصل عام أي أثر قانوني. انظر: نقض مدني مصري، 1982/01/02، طعن رقم 49/749 ق.

(5) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها.

المبحث الأول

ماهية الوعد بالتعاقد وصوره

الوعد بالتعاقد (promesse de contrat) هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر، بإبرام العقد الموعود به في المستقبل، متى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المهلة المتفق عليها؛ كأن يتعهد شخص لآخر أن يبيعه قطعة أرض مملوكة له عندما يبدي الطرف الآخر رغبته في شرائها خلال المدة المحددة. وقد أشار إليه القانون المدني الجزائري في المادة (71)، باعتباره عقداً كاملاً يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، وإن كان يمهّد في الحقيقة لعقد مقصود آخر يراد إبرامه نهائياً في المستقبل.

إنّ الوعود بالتعاقد هي اتفاقات تمهد أو تحضر للعقد النهائي (الذي قد ينعقد وربما لا ينعقد)، باعتبارها من العقود التمهيدية السابقة على التعاقد (les avant-contrats)⁽⁶⁾، وهي تختلف عن عقود المفاوضات ذاتها، وكذا عن العقود الجزئية أو المرحلية، في كونها تتضمن ما يروم الأطراف الالتزام به في عقدهم المرتقب، حيث تحدد ما يتراضون عليه من العناصر الأساسية أو الجوهرية التي هي من ركائز الوعد بالتعاقد، وفقاً لأحكام المادة (71) من القانون المدني الفرنسي⁽⁷⁾.

وعلى هذا الأساس، قضت المحكمة العليا الجزائرية في اجتهاداتها المشهورة، بأنّ الوعد بالتعاقد هو عقد، إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد الموعود به، والعناصر الأساسية التي لا ينعقد العقد بغير التراضي عليها، والمدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها⁽⁸⁾. فإذا كان الوعد بإبرام عقد شكلي مستقبلاً، وجب أن يتم الوعد بالتعاقد في الشكل

(6) د. علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 47 و48؛ د. علي فيلالي، الالتزامات، ج 1، ط2، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية (موقف للنشر)، الجزائر، 2010، ص 135 وما بعدها؛ د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 132 وما بعدها؛ د بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 88. وراجع للاستزادة: د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 317 وما بعدها؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها؛ د. جمال النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مارس 1996، العدد 1.

(7) Cf. J. Schmidt, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, R.T.D. civ, 2000, p, 25 et s; Le duc, Les avant-contrats, Thèse, paris, 1909, p. 15 et s.

(8) من المقرر قانوناً، أنّه لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني، إلا إذا عيّنت جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 1990/03/26، ملف رقم 56500، م. ق، 1992، العدد 3، ص 112؛ 1984/09/19، ملف رقم 32083، غير منشور؛ نقض مدني مصري، 1990/01/24، م. أ. ن، س 41، رقم 715، ص 48؛ 1972/05/25، المحاماة، ص 56، ص 82؛ تمييز مدني أردني، 2012/02/08، ملف رقم 2011/4615؛ 2005/02/24، رقم 2004/3742.

الذي يتطلبه القانون لقيام العقد الموعود به المواد (71 و 72 و 324 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري الجديدة المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005⁽⁹⁾.

فالوعد بالتعاقد هو عقد تمهيدي، تتلاقى فيه إرادة الموجب (وهو الواعد)، بإرادة الموجب له (وهو الموعود له)، فهو تمهيد للعقد النهائي المراد إبرامه مستقبلاً، لا يقوم مقامه، ما دام أنّ الموعود له لم يعبر عن رضائه⁽¹⁰⁾.

وفضلاً عن ذلك، فإنّ الوعد بالتعاقد يتضمن في الغالب اتفاقاً على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه مستقبلاً، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (71) من القانون المدني الجزائري من أنّ: «الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما، بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر، إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها».

وعلى ذلك، فإنّه متى أظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد المنشود، خلال المدة المتفق عليها، تم العقد المقصود من وقت إعلان الرغبة دون أثر رجعي، ودون حاجة إلى إجراء جديد؛ لأنّ الوعد كان مشتملاً على جميع العناصر الجوهرية للعقد المرتقب، وخصوصاً المتعلقة بالشكل، إذا كان العقد المزمع إبرامه شكلياً، وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة (71) من القانون المدني الجزائري.

ومن ثمّ، فالوعد بالتعاقد له من الناحية القانونية خصوصية مهمة، تميّزه عن غيره من الاتفاقات التمهيدية الممهدة للعقد الموعود به، ضمن المرحلة السابقة على التعاقد النهائي⁽¹¹⁾، حيث إنّ أكثر ثباتاً من مجرد الإيجاب⁽¹²⁾، وذلك لالتزام الواعد بالبات بالإرادة المنفردة؛ لأنّه إذا كان الوعد من جانب واحد، التزم الواعد بالبقاء على وعده، حتى يظهر الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة في الوعد⁽¹³⁾. كما أنّه يعد عقداً تمهيدياً حقيقياً وكاملاً (les avant-contrats)، ينعقد باتفاق إرادتي الواعد والموعود له على جميع المسائل

(9) المحكمة العليا الجزائرية، الغرف المجتمعة، 1997/02/18، ملف رقم 136156، م. ق، 1997 العدد 1، ص 10؛ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م. ق، 1996، العدد 1، ص 99؛ مجلس الدولة الجزائري، غرفة 4، 2002/07/15، ملف رقم 4983، م. م. د، 2003، العدد 3، ص 155.

(10) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 2000/05/24، ملف رقم 223852، م. ق، 2001، العدد 1، ص 138؛ 2001/05/23، ملف رقم 247607، م. م. ع، 2004، العدد 2، ص 119؛ 1993/12/22، ملف رقم 106776، م. ق، 1994، العدد 2، ص 27.

(11) د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 377 وما بعدها؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 9 وما بعدها؛ السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو التفضيل، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

Voir: J. Schmidt, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, R.T.D. civ, 2000, p. 25 et s.

(12) Cf. A. Lassoued, Les contrats préparatoires, Thèse, Strasbourg 3, France, 1987, p. 20 et s.

(13) أمّا إذا مضت المدة، ولم يعلن الطرف الآخر رغبته خلالها، فإنّ الوعد يسقط من تلقاء نفسه بقوة القانون.

الأساسية للعقد المراد إبرامه مستقبلاً، بالإبقاء على الوعد خلال المدة المتفق عليها، وإبرام العقد الموعود به بمجرد حلول هذا المعيار⁽¹⁴⁾.

المطلب الأول

صور الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو مرحلة تسبق إبرام العقد نهائياً، فهو عقد يمهد للعقد المنشود مستقبلاً، وفقاً لأحكام المادة (71) من القانون المدني الجزائري؛ أي أنه اتفاق يعد بموجبه أحد المتعاقدين أو كلاهما، بإبرام عقد معين في المستقبل، إذا ما أبدى الموعود له (وهو المستفيد من الوعد) رغبته في ذلك، خلال المدة المحددة في الوعد. فالوعد بالتعاقد بهذا المفهوم ينعقد بإيجاب من الواعد، وقبول من الموعود له، كما أشرنا؛ وبهذا فهو يختلف عن الإيجاب الملزم في أنه عقد كامل يشتمل على جميع العناصر الجوهرية للعقد، أي بمعنى أنه أكثر من الإيجاب، لأنه اقترن به قبول⁽¹⁵⁾.

وعلى ذلك، فقد يتخذ الوعد بالتعاقد في الحياة العملية، صورة الوعد الملزم لجانب واحد، وهو العقد الأحادي الجانب، كما أنه قد يتخذ صورة الوعد الملزم للجانبين، وهو الوعد المتبادل بالعقد، وهو ما سنقوم بتوضيحه بصورة موجزة فيما يلي:

الفرع الأول

الوعد الملزم للجانبين

قد يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين، وهو ما يسمى بالوعد التبادلي بالعقد (promesse synallagmatique)، فإننا في مثل هذه الحالة نكون بصدد وعد متبادل من جانبين، أي عقد تام حقيقي بين الطرفين.

فهو يعد بمثابة عقد ابتدائي (contrat préliminaire)، إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الأساسية للعقد النهائي المزمع إبرامه، خلال المهلة المتفق عليها⁽¹⁶⁾، كتحديد الثمن، وتعيين

(14) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 2000/05/24، ملف رقم 223852، م. ق، 2001، العدد 1، ص 138؛ 2001/05/23، ملف رقم 247607، م. م. ع، 2004، العدد 2، ص 119، 1993/12/22، ملف رقم 106776 م. ق، 1994، العدد 2، ص 32083، غير منشور / 1997/02، ملف رقم 56500، م. ق، 1992، العدد 3، ص 112، 1984/09/19، ملف رقم 32083، غير منشور / 1997/02، ملف رقم 136156، م. ق، 1997، العدد 1، ص 10؛ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م. ق، 1996، العدد 1، ص 99.

(15) نقض مدني مصري، 1984/06/12، م. أ. ن، س 35، ص 1628.

(16) نقض تجاري فرنسي، 1990/01/16، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، ص 462، ملاحظات جون ميستر؛ نقض مدني فرنسي، غرفة 3، 1987/04/28، النشرة المدنية، 4، رقم 104، ص 79.

محل العقد الموعود به، مما يوجب أن يلتزم به كل من المتعاقدين بإبرام العقد النهائي المنشود⁽¹⁷⁾، ما لم يفصحا عن وجود شروط أخرى أرادوا تعيينها لانقضاء الوعد بالبيع، عدا أركانه الأساسية وهي المبيع والثمن، ولم يشترطاً أن العقد المقصود لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية، مثل ميعاد الوفاء بالثمن، أو وقت التسليم، اعتبر أن العقد قد تم (المادة 65 من القانون المدني الجزائري)⁽¹⁸⁾.

فالوعد التبادلي بالبيع بين الطرفين (Promesse de vente)، هو حيث يكون الوعد ثنائياً تبادلياً، كأن يعد البائع ببيع عقار معين، ويعدده المشتري أن يشتري منه هذا العقار بثمن ما، فور استخراج بعض المستندات الضرورية، خلال ميعاد متفق عليه لتحرير عقد نهائي بينهما؛ فهو يعتبر عندئذ عقداً ابتدائياً⁽¹⁹⁾.

فإذا حددت جميع المسائل الجوهرية للعقد المرتقب المراد إبرامه، تترتب عليه كل الآثار القانونية التي تترتب على البيع، ما دام أن الالتزامات كاملة⁽²⁰⁾؛ أي أنه عقد بيع كامل الأركان، تام ملزم لطرفيه، متى كانت طبيعته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به، على وجه قطعي لا يقبل العدول⁽²¹⁾، غير أن انتقال الملكية يكون بعد إتمام الإجراءات النظامية التي يستوجبها قانون التسجيل⁽²²⁾، وتسجيل العقد الابتدائي يصبح الاتفاق

(17) L. Boyer. Promesse de vente, Répertoire de droit civil, Dalloz, Paris.

ويختلف العقد الابتدائي (contrat préliminaire) الذي هو عقد تام وملزم لأطرافه، ما دامت قد توافرت فيه أركان العقد وشرايطه وعناصره الجوهرية عن اتفاقات المبادئ (Les Accords de principe)، التي قد تتخلل المرحلة السابقة على التعاقد، في الفترة التفاوضية، التي تهدف إلى تحديد المسائل التي يمكن للأطراف الاتفاق بشأنها، فهي لا تكون ملزمة بالأساس، إلا إذا اشتملت على عناصر وتفصيل أساسية تصلح بذاتها لأن تكون عقداً مستقبلاً.

Voir: I. Najjar, L'accord de principe, Rec.D.1991, Chr.57; Labarthe. Le document contractuel, Thèse, Paris, 1994, p.135 et s; A. Rieg, La Punctuation - Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mél. Jauffret, 1974, Pp. 595-596.

(18) إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية، واحتفظا بمسائل تفصيلية، يتفقان عليها فيما بعد، ولكن لم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، يعتبر أن العقد قد تم. وإذا قام بينهما خلاف على المسائل التفصيلية التي أُرجئ الاتفاق عليها، كان لهما أن يلجأ إلى المحكمة للفصل فيها، طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (المادة 95 من القانون المدني المصري). انظر: نقض مدني مصري، 1992/12/23، طعن رقم 5/666، 1983/03/29، طعن رقم 49/1880، 1980/02/27، طعن رقم 970 لسنة 49 ق، س 31، 1975/01/16، طعن رقم 39/352، 1967/01/26، طعن رقم 35/337.

(19) نقض مدني مصري، 1972/05/25، طعن 36/417، 1975/12/09، م.أ.ن، س 26، ص 1093، رقم 992.

(20) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري المادة (102)؛ راجع لاحقاً حكم العقد الابتدائي.

(21) نقض مدني مصري، 2001/01/04، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية لمحكمة النقض، 2001/2000، ص 60، 1977/03/30، طعن 565، 43/570، 1972/01/05، م.أ.ن، س 22، ص 101، 1946/12/26، مجموعة عمر، ج 5، رقم 128، ص 282.

(22) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 1997/02/18، ملف رقم 136156، م. ق، 1997، العدد 1، ص 10.

نهائياً بين الطرفين، وهو ما يسمى عندئذ بالعقد النهائي، الذي تقوم به العلاقة بين الطرفين، ويصبح قانون المتعاقدين طبقاً للمادة (106) من القانون المدني الجزائري، وجب الرجوع إليه فيما يتضمنه، وليس إلى العقد الابتدائي، إن ظهر أن هناك اختلافاً لتحديد الشروط والالتزامات في العلاقة بينهما⁽²³⁾.

أ. معيار الطابع الملزم للوعد بالتعاقد الملزم للجانبين:

فالوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، أو التعهد المتبادل بإبرام عقد نهائي، هو عقد ابتدائي يمهد للعقد النهائي المزمع إبرامه بين الطرفين مستقبلاً، وهو ما نصت عليه المادة (1/91) مدني عراقي بقولها إن: الاتفاق الابتدائي هو الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين، بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم فيها».

وتقابلها المادة (101) مدني مصري، و(71) مدني جزائري، و(105) مدني أردني، و(102) مدني سوري، التي أضافت في تعريفها للوعد بالتعاقد عبارة (أو أحدهما)، عندما أشارت إلى أن: «الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا ينعقد إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها».

فيلزم في عقد الوعد الملزم للجانبين أن تتوافر في كل منهما أهلية التعاقد على العقد الموعود عند صدور الوعد؛ لأنّ مثل هذا الاتفاق التبادلي يجعل كلاً من الطرفين واعداً له في آن واحد بإبرام العقد النهائي، بمجرد حلول المهلة المتفق عليها، وأن يخلو رضاؤهما من العيوب في هذا الوقت، وتحديد العناصر الأساسية للعقد؛ لأنّ الوعد يعتبر في هذه الحالة عقداً ملزماً للطرفين، بالمعنى الفني في الرأي الراجح لدى الفقهاء، واجتهادات محاكم النقض، أي أنه اتفاق تمهيدي للعقد النهائي المقصود⁽²⁴⁾.

فقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على اعتبار الوعد الملزم للجانبين الذي تنعته في قراراتها بالتعهد التبادلي بالبيع (Les promesses synallagmatiques de vente)، بأنّه:

(23) إذا تم تحرير وإمضاء العقد النهائي أصبح قانون المتعاقدين، وجب الرجوع إليه عند النزاع، بما تضمنه من شروط والتزامات تحدد العلاقة بينهما؛ إن ظهر أن هناك اختلافاً بين الشروط التي يتضمنها والشروط الواردة في العقد الابتدائي. انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، فقرة 40 وما بعدها، د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 425 وما بعدها، د. عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 96 وما بعدها، السيد عرفة، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها، د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 417 وما بعدها، للمؤلف نفسه، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2018، ص 276 وما بعدها.

(24) السيد عرفة، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

ملزم للطرفين يساوي عقد البيع، إذا تم تحديد المبيع والثلث في اتفاقية الوعد المتبادل⁽²⁵⁾. ومن ثم، حكمت الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 1984/11/21 بأن: «الاتفاقية المنعوتة بالبيع الملزم للطرفين من طرف قضاة الأساس، لا يمكن أن تحل وفقاً للمادة (1103) من القانون المدني إلا كوعد أحادي الجانب؛ فالبائعة بالفعل في قضية الحال، هي التي تعهدت وحدها، وبالتالي لم يكن هناك عقد ملزم للطرفين بالبيع»⁽²⁶⁾.

ب. التفرقة بين الوعد التبادلي بالعقد والعقد الأحادي الجانب:

إنّ التمييز بين الوعد الملزم لجانب واحد، وبين الوعد الملزم للجانبين هو أمر صعب، يكمن أساساً في أنّ العقد النهائي المقصود في الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، لا يتوقف على إبداء أحد الطرفين رغبته في ذلك، بل بمجرد حلول الموعد المتفق عليه في الوعد المتبادل بالعقد المقصود⁽²⁷⁾، فإذا حل الميعاد المتفق عليه في الاتفاق الابتدائي لتحرير العقد النهائي، وامتنع أحد الطرفين عن تحريره أو إمضائه، جاز للطرف الآخر أن يطلب من القضاء الحصول على حكم قضائي بثبوت البيع الحاصل، ما دام أنّ الالتزامات تامة وكاملة⁽²⁸⁾.

بينما في الوعد بالعقد الملزم لجانب واحد فقط، فإنّ تنفيذ الالتزام منوط بإبداء الموعود له رغبته في إبرام عقد مقصود، تم تحديد عناصره الأساسية خلال المهلة التي التزم بها الواعد، والتي يتوقف عليها التعاقد النهائي، وإلا سقط الوعد بقوة القانون، ولم يعد له أي أثر قانوني⁽²⁹⁾، ومن ثمّ تختلف آثاره قبل إبداء المستفيد رغبته في التعاقد عن تلك التي تترتب بعد إبداء هذه الرغبة.

وعلى كل، إذا كان الواعد ملتزماً، في حين أنّ الموعود حر من أي التزام، فالأمر لا يمكن أن يتعلق إلا بوعد ملزم لجانب واحد، أي أحادي الجانب، والتفرقة القانونية هنا شديدة الصعوبة، إلى درجة أنّ محكمة النقض الفرنسية بغرفتيها المدنية والتجارية، أخذت في تعليقاتها بما مفاده أنّ قبول إمكانية الخيار التي تكون للمستفيد، لا نجدها إلا في الوعد أحادي الجانب، وأمّا

(25) نقض تجاري فرنسي، 1989/04/25، النشرة المدنية، 4، رقم 136، ص 91؛ بتاريخ 1990/01/16، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، RTDCiv، ص 462، ملاحظات جون ميستر؛ نقض مدني فرنسي، 1987/04/28، النشرة المدنية، 4، رقم 104، ص 79.

(26) نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1984/11/21، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، RTDCiv، ص 591، ملاحظة ريمي.

(27) د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2001، العدد 3، ص 282؛ أحمد مهدي، التنظيم القانوني للاتفاقات الممهدة للتعاقد، مرجع سابق، ص 89.

Voir: Ph. Malaurie et L. Aynes, Les contrats spéciaux, éd. 1991. N° 130.

(28) نقض مدني مصري، 1972/05/25، طعن 36/417.

(29) د. محمد قاسم، الالتزامات، العقد، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 182-183.

قبول الحفاظ على الإيجاب فإنه يكون في الوعد المتبادل بالعقد الملزم للطرفين⁽³⁰⁾.

وعلى ذلك، فإن الوعد الملزم للجانبين هو اتفاق ابتدائي بالأساس، أي وعد متبادل بإبرام عقد نهائي مستقبلاً، تم تحديد عناصره الجوهرية في الوعد التبادلي بالعقد، ومن ثم جاز إلزام كل من المتعاقدين بإبرام العقد الموعود به، بحلول الموعد المتفق عليه، فهو يرتب التزامات شخصية على كل من طرفيه، بأن يتم إبرام العقد النهائي الموعود به، خلال الميعاد المتفق عليه في الوعد، ففي عقد البيع مثلاً، يلتزم الطرف الأول بالبيع إذا ما أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء، ويلتزم الآخر بالشراء إذا ما أبدى الأول رغبته في البيع نهائياً خلال المهلة المحددة⁽³¹⁾.

وعلى كل حال، فإن الوعد بالتعاقد (promesse de contrat)، حتى ولو كان ملزماً للجانبين، أي تبادلياً (promesse synallagmatique)، باعتباره عقداً تمهيدياً، فإنه يقف عند الالتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة، في المرحلة السابقة من التعاقد النهائي، فهو كما يرى بعض الفقه، مرحلة وسط بين الإيجاب والعقد النهائي، متوقف على إبداء أي من الطرفين رغبته في التعاقد النهائي، خلال المهلة المتفق عليها أو عند حلولها؛ أي أنه من شأنه أن يمهد للعقد النهائي، الذي يتم عندما يظهر أحد الطرفين رغبته في التعاقد النهائي، فإذا لم تظهر هذه الرغبة من أي منهما، زال كل أثر للارتباط التمهيدي، ومن ثم ذهب بعض فقهاء القانون المدني إلى اعتبار الوعد الملزم للجانبين وعداً فحسب⁽³²⁾.

ونتيجة لذلك، يشكك بعض الفقه الفرنسي في إمكانية إبرام وعد بالتعاقد ملزم للجانبين، بحجة أنه يختلط في الواقع بالعقد النهائي، ويجعلون الوعد التبادلي معلقاً على شرط، أو مضافاً لأجل، حسب التحليل الفقهي التقليدي في القانون المدني الفرنسي⁽³³⁾، وهما في الحقيقة من الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام التي تحكمها القواعد الخاصة بها (المواد من 203 إلى 212 من القانون المدني الجزائري)، وليس تلك المتعلقة بالوعد بالعقد بالأساس (المادتان 71 و 72 من القانون المدني الجزائري).

(30) نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1986/10/10، دالوز، 1989، ص 271، ملاحظة موران G.Morin؛ 1984/11/21، النشرة المدنية، 2، رقم 108، ص 153، بتاريخ 1972/11/14؛ النشرة نفسها، 3، رقم 436، ص 593؛ نقض تجاري فرنسي، 1989/04/25؛ النشرة نفسها، 4، رقم 136، ص 91.

(31) Cf. D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période pré-contractuelle, in Mél. J. Ghestin, 2001, p. 637 et s.

(32) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 323 وما بعدها؛ محمود زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 121؛ د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 287؛ د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1990، ص 46.

(33) L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, RTDCiv, 1949, p 1 et s.

وهذا الاتجاه الفقهي تنقصه الدقة الفنية، وهو يحتاج إلى تمحيص علمي، لم تأخذ به القوانين المدنية العربية على كل حال، ومنها القانون المدني الجزائري المعدل جزئياً عام 2015، الذي أجاز صورة الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، بمقتضى صياغة المادة (1/71) من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: «الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما، بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر، إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها»⁽³⁴⁾.

ومهما يكن، إذا كان الوعد بالعقد بيعاً ملزماً للجانبين، تحت شرط معلق على حدث، أو أمر أو تاريخ متوقع الوقوع في المستقبل، ومتوقفاً على إرادة جديّة للمتواعدين بوجه عام، فلا يكون الوعد بالبيع عندئذ سوى مشروع للعقد المرتقب إبرامه بين الطرفين مستقبلاً؛ وأمّا إذا كان الحدث المستقبلي غير يقيني، أي غير مؤكد، أو متوقفاً على محض مشيئة أو رغبة الطرفين، تعلق الأمر عندئذ بمشروع عقد لا يكون إلزامياً في حد ذاته.

إنّ تعليق العقد الموعود به المرتقب على شرط واقف، مرتبط بمحض إرادة الواعد (La volonté pure et simple) يجعل هذا الالتزام الاحتمالي غير قائم، أي رهن مشيئة أو رغبة هذا الأخير، وهو ما يعني عدم وجود النية الباتة للارتباط التعاقدية، ويتنافى مع رابطة الالتزام ذاتها التي ترتكز على واجب الوفاء بتكليف معين يعتد به القانون⁽³⁵⁾.

الفرع الثاني

الوعد الملزم لجانب واحد

قد يحدث أن يكون الوعد بالتعاقد ملزماً لجانب واحد، وهو ما يسمى بالوعد أحادي الجانب (La Promesse unilatérale)، وهي الصورة الغالبة في الحياة العملية، عندما يلتزم أحد العاقدين (هو الموجب أي الواعد)، بالإبقاء على إيجابه فترة محددة من الزمن (وهي مهلة الوعد المتفق عليها)، أما الموجب له (وهو الطرف الآخر أي الموعود له المستفيد من الوعد)، فلا يلتزم بشيء، إذ يستبقي لنفسه حق الخيار في إبرام العقد النهائي من عدمه، في حين يلتزم الواعد وحده بإبرام العقد النهائي الموعود به، كبيع عقار ما، عندما يبدي الموعود له رغبته في الشراء خلال المدة المحددة⁽³⁶⁾.

(34) د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، ط2، دار هومه، الجزائر، 2016، ص 291 وما بعدها.

(35) د. محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 7 وما بعدها؛ د. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، 2019، ص 353 وما بعدها؛ وراجع باللغة الفرنسية في هذا الموضوع:

Ph. Derouin, Pour une analyse fonctionnelle de la condition, RTD. Civ, 1978, p. 1 et s.

(36) Cf. Des champs, La promesse de contrat, Thèse, Paris, 1914, p. 40 et s.

وعلى ذلك، فإنّ الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد ينطوي على التزام من جانب واحد (l'acte unilatérale)، قاصر على جانب الواعد، ينصب على إبرام العقد الموعود به، ويكون تنفيذ الواعد بالتزامه متوقفاً على إبداء الموعود له رغبته في التعاقد خلال مدة الوعد؛ فينعقد العقد المقصود من وقت إبداء هذه الرغبة خلال المهلة المتفق عليها⁽³⁷⁾. ومثاله: كأن يلتزم الواعد بأن يبيع عينا للموعود له مستقبلاً، إذا أبدى الأخير رغبته في التعاقد النهائي، فالوعد هنا لا يلزم سوى طرف واحد هو الواعد، ولا يلزم الموعود له، ولا يعد مثل هذا الاتفاق بيعاً، وإنما وعد بالبيع (La promesse unilatérale de vente).

فالموعود له يقتصر دوره في اتفاق الوعد أولاً على قبول الوعد ذاته في المرحلة السابقة على التعاقد، أما قبول العقد موضوع الوعد فهو مرحلة تالية للوعد، إذا تحققت وجودية هذا العقد النهائي المزمع إبرامه، بأركانه وشروطه القانونية بإبداء رغبته في ذلك خلال المدة المحددة، ومن ثم يرى بعض الفقه الفرنسي الحديث بأنّ الوعد بالتعاقد هو مجرد آلية تعاقدية مستقبلية تستهدف الوصول إلى العقد النهائي المقصود عبر التعاقد على مراحل (la formation successive du contrat)⁽³⁸⁾.

وبإمكان الواعد في هذه المرحلة أن يتعهد بإعطاء الأفضلية لشخص معين، في الحالة التي يقرر فيها البيع مستقبلاً، حسب رغبته وبحسب الظروف (pacte de préférence)، بعرضه أولاً على الموعود له المستفيد، تفضيلاً على غيره في التعاقد معه، وهو ما يسمى بالوعد بالتفضيل للمشتري⁽³⁹⁾.

وكما هو الحال أيضاً في الوعد بشراء عين معينة من مالكة، إذا قرر البيع خلال أجل معين، وهو ما يسمى بالوعد بالشراء، إذا أبدى الأخير رغبته في ذلك⁽⁴⁰⁾، فإذا اتفق الطرفان على أنّ لأحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشتري العين، فإنّ صاحب الخيار لا يتحلل من الضمانات إلا عند عدم قبول التعاقد في المدة المحددة للاختيار، أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسؤولاً عن تنفيذه، وملزماً بالضمانات المقررة في حال عدم تنفيذه⁽⁴¹⁾.

(37) د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مرجع سابق، ص 149 وما بعدها؛ السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مرجع سابق، ص 26 وما بعدها؛ د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مرجع سابق، ص 282؛ د. أنس عبد الغفار، النظام القانوني للإيجار المقترن بوعد بالبيع، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، القاهرة، 2014، ص 20 وما بعدها.

(38) A. Rieg, La Punctuation - Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, op.cit, Pp. 595-596.

(39) المادة الجديدة (1/1123) من القانون المدني الفرنسي النافذ منذ عام 2016؛ وراجع لاحقاً الأحكام الخاصة بالوعد بالتفضيل في المبحث الرابع من هذا البحث.

(40) نقض مدني مصري، 1950/01/30، طعن/ق، ص 507؛ محكمة باريس، 1981/03/18، دالوز، 1981، I.R، ص 308، ملاحظة جاك غستان (J) Ghestin؛ محكمة رين، 1976/03/16، 18809، 2، 1978، J.C.P.

(41) نقض مدني مصري، 1942/05/14، طعن 11/56، ربع قرن، ج 1، ص 351، بند 45.

وبالتالي، فإنّ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، من حيث التكييف القانوني هو عقد فيه إيجاب من الواعد، وقبول من الموعد له، لإنشاء عقد مستقبلاً، له نتائج القانونية، وهي الطبيعة العقدية للوعد بالبيع، لكنه لا يعد بيعاً نهائياً رغم الاتفاق على الثمن والمبيع وشروط التبائع؛ لأنّ الإيجاب والقبول فيه لم ينصبا على البيع النهائي ذاته، وإنما على مجرد الوعد به في المستقبل، كما أنّ الالتزام فيه قاصر على جانب الواعد فقط، وهو التزام بعمل، ينصب على إبرام عقد البيع المقصود الموعد به⁽⁴²⁾.

وبذلك فالوعد بالبيع الأحادي الجانب، يحدد نطاق البيع ذاته، فيبقى الرضا الصادر منه قائماً إلى أن يقع إبرام العقد المنشود في المهلة المحددة، أو عند توفر شرط من شروط العقد الأولية المتفق عليها، ما دام الاتفاق بين الواعد والموعد له يقوم على توافق إرادتين على العناصر الأساسية للعقد المقصود⁽⁴³⁾.

ومن ثمّ جاءت صياغة المادة (2/493) من قانون الموجبات والعقود اللبناني في تعريفها للوعد، بطريقة تجعل منه بالأساس عقداً ملزماً لجانب واحد، بقولها: «الوعد بالتعاقد هو تعهد من قبل أحد الأشخاص...»⁽⁴⁴⁾.

وهو ما حرصت المادة (1/1124) الجديدة من القانون المدني الفرنسي الجديد، الساري المفعول منذ 2016/10/01، على توضيحه بنصها على أنّ: «الوعد من جانب واحد هو العقد الذي يمنح بموجبه أحد الأطراف (وهو الواعد promettant) الطرف الآخر (وهو الموعد له المستفيد bénéficiaire)، حق الخيار (droit d'opter) في إبرام عقد، تم تحديد عناصره الجوهرية (les éléments essentiels sont déterminés)، ولا ينقص إبرامه سوى رضاء المستفيد»⁽⁴⁵⁾.

فالوعد الملزم لجانب واحد (Promesse unilatérale)، وفقاً لنص المادة (1124) الجديدة من القانون المدني الفرنسي لعام 2016، ليس هو العقد المقصود أصلاً، وإنما هو عقد تمهيدي يمهد للعقد النهائي الذي قصد الطرفان إبرامه في المستقبل، محله الحفاظ على الإيجاب، خلال المهلة المتفق عليها، فهو إذن وعد التزم به الواعد من جانب واحد، يحوِّله قبول المستفيد

(42) نقض مدني مصري، 1988/04/13، طعن رقم 1425/12/06/1984، طعن رقم 51/363؛ 1983/04/12، طعن رقم 1845، لسنة 49ق، س 34، ص 948؛ تعقيب مدني تونسي، 1982/02/16، رقم 5009، نشرة محكمة التعقيب، 1982، ج 1، ص 377؛ المجلس الأعلى المغربي، 1957/11/04، مجلة القضاء، 1957، رقم 1218، ص 42-43.

Voir: L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, op.cit, p 1 et s: Ph. Malaurie et L. Aynes, Les contrats spéciaux, op.cit., N° 130 .

(43) Cf. J. Ghestin, Traité des Contrats, La Vente, LGDJ, Paris, 1990, n° 144, p. 156.

(44) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج2، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص 218.

(45) «La Promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire».

منه إلى عقد نهائي في المستقبل⁽⁴⁶⁾، حيث يتعهد الواعد مثلاً ببيع الشيء الموعود به لآخر، إذا ما رغب هذا الأخير مستقبلاً في شرائه، خلال المدة المحددة في الوعد، فالعقد النهائي الملزم للطرفين، قبل استعمال الخيار من طرف المستفيد، لم يتكون بعد من الناحية الفنية القانونية؛ إذ ليس هناك سوى مشروع عقد متميز، موضوعه الحفاظ على تعهد الواعد، خلال المدة المتفق عليها في الوعد⁽⁴⁷⁾.

وكان يستحسن بالمشروع المدني الفرنسي، تجنب قدر الإمكان، صياغة التعريفات في قانون العقود الفرنسي الجديد، الساري المفعول منذ عام 2016، تمشياً مع القوانين المدنية المقارنة الحديثة؛ وذلك لأنّ التعريفات هي في الحقيقة من صلب أعمال الفقهاء، كما أنه لا يوجد تعريف يخلو من العيوب والنقائص والانتقادات.

أ. إمكانية الخيار في الوعد الملزم لجانب واحد:

إنّ الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد يخوّل للموعد له المستفيد استعمال حقه في اختيار إبرام عقد في المستقبل (droit d'opter)، تم تحديد جميع عناصره الأساسية وقت قيام الوعد، فلا ينقص تكوينه إلاّ رضاء الموعد له المستفيد، فهذا الأخير حر من أيّ التزام، وله إمكانية الخيار التي يكون الوعد الأحادي الجانب في أساسه⁽⁴⁸⁾، وذلك لأنّ (مكنة) أو (قدرة) إبرام العقد النهائي المراد إبرامه في المستقبل هي بيد هذا الأخير (Les droits potestatifs accordés par le contrat)، إذا أبدى رغبته في انعقاده خلال الميعاد المتفق عليه، قبولاً مطابقاً بلا قيد أو شرط⁽⁴⁹⁾، إذ له هنا حرية التعاقد أو عدم التعاقد⁽⁵⁰⁾.

(46) نقض مدني فرنسي، 1984/11/21، المجلة الفصلية للقانون المدني 1985، RTDCiv، ص 591، ملاحظات ريمي Remy.

(47) ذلك أنه يترتب على قيام الوعد بإنشاء التزام في ذمة الواعد بإبرام العقد النهائي، إذا أبدى الموعد له رغبته في ذلك، خلال المدة المتفق عليها، ويقابل هذا الالتزام حق شخصي للموعد له، وهو المستفيد الذي له الحق في اختيار إبرام العقد من عدمه، ومطالبة الواعد بإبرام هذا العقد المقصود إذا رغب في ذلك. Voir: (J) Ghestin, Traité des Contrats, La Vente, op.cit, n° 144, p. 156.

(48) نقض مدني فرنسي، غرفة 3، 1986/10/10، دالوز، 1989، ص 271، ملاحظة موران G.Morin؛ نقض تجاري فرنسي، 1989/04/25، النشرة نفسها، 4، رقم 136، ص 91.

(49) Cf. M.Dagot, La levée d'option conditionnelle, JCP, 1990, 1, p. 275.

(50) إنّ الأصل في مرحلة المفاوضات العقدية حرية التعاقد، فلا يجبر الشخص على إبرام العقد، ولا على عرض أسباب وبواعث رفضه للتعاقد طالما أنه لم يتعسف في استعمال رخصة الرفض. انظر: د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 65؛ د. أنس فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص 45 وما بعدها. وراجع المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 11/11، ملف رقم 51440، مرجع سابق؛ 1989/05/08، ملف رقم 52009، غير منشور؛ نقض تجاري فرنسي، 1973، 2، 17543، 03/20، JCP؛ نقض مدني فرنسي، غرفة 3، 1993/11/17، RTDCiv، 1994، ص 851، ملاحظات ج. ميستر.

Voir: B. Lassalle, Les pourparlers, R.R.J, 1994,3, p. 825 ; Serna (J.C), Le Refus de contracter, Thèse, paris, 1965, p. 176 et s.

وحق الخيار هذا (droit potestatif)، يدخل في مجال الخيارات (Les options)، وهو وفقاً للتسمية الحديثة، يطلق في القانون المدني اسم الحق الإرادي المحض، بمعنى «المكنة» أو «القدرة» التي تخول لصاحبها التأثير على مركز قانوني سابق، كقبول صفقة رابحة تعرض عليه، سواء بنتيبتها أو بتعديلها، أو بالرجوع فيها أو بإلغائها، أو الإضافة إليها⁽⁵¹⁾.

ومن ثمّ، فإنّ تنفيذ الالتزام في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد منوط بإبداء الموعود له برغبته بالشراء، خلال المدة التي التزم به الواعد، والتي يتوقف عليها، فيكون أثر إظهار الرغبة في الميعاد المحدد هو تمام العقد النهائي من لحظة إظهار الرغبة، وليس من وقت الوعد⁽⁵²⁾؛ أي من وقت إبداء الرغبة، وليس من وقت إيجاب الواعد، ومن دون حاجة إلى صدور رضاء جديد من جانب الواعد⁽⁵³⁾.

وعلى ذلك، فالوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، طبقاً لأحكام المواد (71 و 123 مكرر) المضافة عام 2005 و(351) من القانون المدني الجزائري، هو عقد تمهيدي يتعهد بمقتضاه صاحب الشيء (الواعد)، بأن يبيعه لآخر، إذا ما رغب هذا الأخير في شرائه، خلال المهلة المتفق عليها؛ أي أنه ينطوي على التزام أحادي الجانب، فيكون تنفيذ الواعد لالتزامه متوقفاً على إبداء الموعود له رغبته النهائية في الشراء في المهلة المتفق عليها، وهي إمكانية الخيار التي تكون للموعود له في الوعد الأحادي الجانب، بإظهار نيته الباتة في قبول التعاقد النهائي في المدة المعينة⁽⁵⁴⁾، فإذا انقضت المدة المحددة، من دون إظهار إعلان الرغبة خلالها، سقط الوعد من تلقاء نفسه بقوة القانون، دون حاجة إلى إعدار الواعد للموعود له⁽⁵⁵⁾.

ب. التفرقة القانونية بين الإيجاب الملزم والوعد بالتعاقد:

ذهب بعض الفقه والقضاء في فرنسا إلى اعتبار الوعد الملزم لجانب واحد بمثابة إيجاب ملزم خلال الفترة المحددة لسريان الوعد، ومدته تكون بالاتفاق الصريح خلال المهلة المعينة، أو تستخلص ضمناً من طرف الحال، وهي المدة المعقولة التي يستخلصها قاضي الموضوع

(51) J. Rochfeld, Les droits potestatifs accordés par le contrat, Etudes offertes à J.Ghestin, LGDJ, Paris, 2001, p. 747 et s; I. Najjar, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatérale. Paris, 1967, p. 25 et s.

(52) نقض مدني مصري، 1984/06/12، طعن رقم 51/363، 12.

(53) نقض مدني مصري، 1983/04/12، طعن رقم 1845 لسنة 49، س 34، ص 948.

(54) نقض مدني فرنسي، 1986/10/10، دالوز، 1989، ص 271، ملاحظات موران G.Morin.

(55) د. زاهية حورية سي يوسف، الواضح في عقد البيع، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 57 وما بعدها؛ د. حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1989، ص 135. Voir: Ph. Delebecque, sLa réforme des contrats en droit Français, quelles innovations, Rev.Algè, 2016, n°5, Colloque international, le code civil Algérien 40 ans après, 24 et 25 oct 2016, p. 206.

بحسب ظروف ووقائع الدعوى⁽⁵⁶⁾، حيث يلتزم الواعد بالبقاء علي وعده خلال الفترة الزمنية المعينة لإبداء الرغبة النهائية، أي أن رضاه يعد قائماً وصحيحاً طوال تلك الفترة⁽⁵⁷⁾. وقال البعض الآخر بأنه: «يستطيع الواعد في الوعد الملزم لجانب واحد، أن يرجع في وعده خلال مدة الوعد، دون أن يكون هناك مجال للتنفيذ العيني»⁽⁵⁸⁾، وذلك لأن الإيجاب *l'offre du contrat*، إذا صدر بشكله البات، بأن كان جازماً وكاملاً، وحدد الموجب ميعاداً زمنياً للقبول، يكون الموجب عندئذ ملزماً بالبقاء على إيجابه حتى انقضاء المدة المحددة للإيجاب (المادة 63 من القانون المدني الجزائري)؛

وأساس الالتزام مستمد من الإرادة المنفردة التي هي مصدر من مصادر الالتزامات الإرادية في حالات محددة (المواد 71، 100، 114، 115، 116، 123، 123 مكرر، 1، 152، 398، 915، 916) المضافة عام 2005، وغيرها من القانون المدني الجزائري، وقد جعل المشرع المدني الجزائري الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، بعد التعديلات النافذة منذ 2005، بمقتضى المادة (123 مكرر) الجديدة المضافة عام 2005 إلى القانون المدني الجزائري⁽⁵⁹⁾.

وعلى هذا، فإن العقد الملزم لجانب واحد هو الواعد، أما الموعد له فلا يلتزم بشيء، فيتقيد الواعد بالعقد، دون أن يتقيد به الطرف الآخر؛ ولكن إذا اقترنت إرادة هذا الأخير بإرادة الأول، أصبحنا أمام عقد حقيقي كامل الأركان ملزم للطرفين، وتحتم على كل طرف أن يقوم بتنفيذ ما التزم به، فقد ينتهي الأمر عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام العقد، أو على الأقل قيام دعوى التعويض (المواد 59 و 72 و 106 و 123 مكرر و 124 مكرر) من القانون المدني الجزائري⁽⁶⁰⁾.

فالوعد يعتبر عقداً بالمعنى الفني؛ لأنه ينعقد بإيجاب من طرف الواعد، وقبول من الموعد له المستفيد من الوعد، وفقاً لنص المادة (71/1) من القانون المدني الجزائري؛ ولذلك فهو يختلف عن الإيجاب الملزم، وفق المادة (63) من القانون المدني الجزائري، لكونه عقداً كاملاً، أي أنه أكثر من الإيجاب لأنه اقترن به قبول، فارتقى إلى درجة العقد كما تنص على ذلك المادة (59) من القانون المدني الجزائري.

وقد أشارت محكمة التعقيب التونسية في قرار مشهور لها، بتاريخ 1970/05/25 إلى أن: الإيجاب الملزم يتميز في كيانه القانوني عن الوعد بالتعاقد، رغم أن كليهما يقترن بمدة أو ميعاد لإظهار الرغبة في التعاقد، غير أن الأول ينشأ عن إرادة منفردة، أي تصرف من جانب

(56) Cf. M. Azencot. La promesse unilatérale de vente, jcp. 1992, p. 61 et s ; J.F. Lusseau, La promesse unilatérale de vente immobilière, R.TD.civ, 1977483 et s; Boccara, La notion de promesse unilatérale, J.C.P, 1970,1, 2357 bis, n° 9et s.

(57) Cass. Civ, 3e, 25/05/2005, petites affiches, 31/01/2006, n° 22, p. 13 et s.

(58) J. Schmidt-szalewski, Négociation et conclusion de contrat, Dalloz, Paris, 1982, p. 505 et s.

(59) د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ص 937 وما بعدها

(60) المرجع السابق، ص 301 وما بعدها.

واحد، وهو التزام فرضه نص القانون، يتيح للموجب العدول أو الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترب به قبولا. أما الثاني فيصدر عن اتفاق إرادتين، أي تصرف من جانبيين، فهو عقد يتضمن إيجاباً وقبولاً. ومن ثم، فإنّ التزام الواعد هو التزام عقدي، يحتوي على التزام بالإبقاء على الإيجاب إلى حين انقضاء المهلة المتفق عليها، وإتمام التعاقد النهائي المقصود⁽⁶¹⁾.

وهو ما جرى عليه اجتهاد محكمة النقض المصرية، من أنّ: «الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو عقد، لا بد فيه من إيجاب من الواعد، وقبول من الموعود له. ومن ثم، فهو لا يعتبر بهذه المثابة مجرد إيجاب الواعد، بل هو أكثر من ذلك، لاقتراحه بقبول من جانب الموعود له؛ كما أنّه لا يعتبر في الوقت نفسه بيعاً نهائياً، بل يبقى دون ذلك، لأنّ كلا من الإيجاب والقبول فيه لم ينصب على البيع ذاته، بل على مجرد الوعد به، كما أنّ الالتزام فيه قاصر على جانب الواعد، وهو التزام بعمل، ينصب على إبرام عقد البيع الموعود به»⁽⁶²⁾.

وهو نفسه ما سارت عليه محكمة التمييز الأردنية في اجتهاداتها، من أنّ: «الوعد الذي يفرضه الشخص على نفسه لغيره، بالإضافة إلى المستقبل، لبدء تنفيذه بعد مدة محددة، قد تم بإيجاب وقبول، على سبيل الالتزام، هو عقد مكتمل الأركان»⁽⁶³⁾.

ومن ثم، يختلف الإيجاب (l'offre du contrat) عن الوعد بالتعاقد (promesse du contrat) في كون الأول جزأه عند عدم تنفيذه والرجوع فيه، هو التعويض فقط وفق المادة (63) من القانون المدني الجزائري، إذ لا يمكن جبر الموجب على التنفيذ الجبري عملاً بمبدأ الحرية التعاقدية (La liberté contractuelle)، ولكل متفاوض في المرحلة السابقة من التعاقد النهائي الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد⁽⁶⁴⁾، وفي أن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله، ضمن الحدود التي يقرها⁽⁶⁵⁾، طالما أنّه احترم مقتضيات حسن النية، ولم يتعسف في استعمال رخصة الرفض، واستند في ذلك على مبررات مشروعة أو أسباب جدية، ولم يكن هو الذي دعا إلى التعاقد، وفقاً لمقتضيات المادتين (107 و 124 مكرر) من القانون المدني الجزائري المضافة عام 2005 بالقانون رقم 10/05⁽⁶⁶⁾.

(61) تعقيب مدني تونسي، 1970/05/25، ملف رقم 6499، م. ق. ت، 1970، العدد 2، ص 58.

(62) نقض مدني مصري، 1984/05/12، طعن رقم 363 لسنة 51 ق، ع 2، س 35، ص 1627، القاعدة 311

(63) تمييز حقوق أردني، 1982/09/23، ملف رقم 1982/374

(64) المادتان (1102 و 1112) من القانون المدني الفرتسي الجديد لعام 2016.

(65) Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter. B. Cf. Beignier, La conduite des négociations, R.T.D.Com, 1998, p. 463; N. Mzid, Essai sur la négociation du contrat en droit civil, Rev, Tun. Dr, 2000, p. 313 et S.

(66) إنّ المفاوضات قبل التعاقدية ليست إلزاماً مادياً فحسب، لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، لخروجها عن النطاق العقدي كأصل عام، غير أنّه إذا اقتربن قطعاً بخطأ نتج عنه ضرر للطرف الآخر، فيستحق هذا الأخير تعويضاً عادلاً عن الخسائر التي أصابته بسبب هذا الخطأ قبل التعاقد. انظر: د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 425 وما بعدها. انظر أيضاً: نقض مدني مصري، 1967/02/09، طعن 167، لسنة 33 ق، س 18، 334؛ نقض مدني فرنسي، غ 3، 1972/03/20، JCP، 17543، 2؛ غ 2، بتاريخ 1976/04/12، النشرة المدنية، Bull.Civ، رقم 132، ملاحظات دوري Durrey.

أما الوعد بالتعاقد (promesse du contrat)، فإنه يحتوي على التزام الواعد بالإبقاء على الوعد، وما يتضمنه من إيجاب، خلال المهلة التي التزم بها؛ بالإضافة إلى أن صاحبه أعرب عن تخليه عن حريته، وقت صدور رضائه. ومن ثم، فإنّ التزام الواعد تبعاً لذلك قابل للتنفيذ العيني، وفقاً لأحكام المواد (71 و72 و123 مكرر و123 مكرر) المضافة عام 2005 إلى القانون المدني الجزائري.

بالتالي، فإنّ الوعد بالعقد ملزم فيما رتبته على الواعد من التزامات معينة، بصفة حاسمة ومقبولة، وهو الحد الأدنى للقوة الملزم للوعد بالتعاقد؛ لأنه ينشأ باتاً منذ إبرام الوعد قانوناً، فيكون تنفيذ الالتزام منوطاً فقط بإظهار الموعد له رغبته بالتعاقد، خلال المهلة التي التزم بها الواعد، والتي يتوقف عليها⁽⁶⁷⁾، فللموعد بعد إذار الواعد أن يطلب تنفيذ العقد، ولو عن طريق التنفيذ العيني الجبري، أو فسخه مع التعويض في الحالتين، إذا اقتضى الحال ذلك المواد (71 و72 و119 و176 و179) من القانون المدني الجزائري.

فقد نصت المادة (92) مدني مصري صراحة بأن: «صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد، ينعقد بها العقد بمثابة وعد ملزم، إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين»، وتقابلها المادة (78) من القانون المدني العراقي؛ ولذلك فإنّ تقاعس الواعد بإبرام عقد البيع النهائي، يمكن الموعد له من جبره على التنفيذ لالتزام الواعد بإنشاء التعاقد النهائي، واعتبار الحكم يحل محل البيع⁽⁶⁸⁾.

ومن ثم، لا يجوز للواعد الرجوع عن وعده، خلال المهلة المعطاة للموعد له لممارسة خياره، بقبول التعاقد أو رفضه، كما أنّ العقد المبرم من طرف الواعد، بالمخالفة للوعد من جانب واحد مع الغير يكون موجبا لتعويض الموعد له عن الضرر نتيجة هذا الخطأ، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية التي تنظمها المواد (176 و179 و180) من القانون المدني المصري، أما إذا كان هذا الغير على علم بوجود الوعد ونية المستفيد بالتعاقد، كان العقد الذي أبرمه الواعد بالمخالفة للوعد باطلاً من الناحية القانونية⁽⁶⁹⁾.

وعلى كل حال، فإنّ التمييز بين الوعود التعاقدية الملزمة لجانب واحد فقط، وتلك الملزمة للجانبين معاً، وهو ممّا يندرج ضمن التقسيم التقليدي بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين، وفقاً للمادتين (55 و56) من القانون المدني الجزائري⁽⁷⁰⁾.

(67) نقض مدني مصري، 1983/04/12، طعن رقم 49/1845؛ نقض مدني فرنسي، غ3، بتاريخ 1980/01/29، مجلة قصر العدل، 2، 1980، G.P، ص 327.

(68) د. محمد السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2008، فقرة 86؛ د. زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 65-66.

(69) المادة (2/1124 و3) من قانون العقود الفرنسي الجديد، النافذ منذ عام 2016.

(70) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 325 وما بعدها.

ج. الطبيعة القانونية للوعد بالعقد:

ومهما يكن، فإن الطبيعة القانونية للوعد بالتعاقد، لا تعدو أن تكون عبارة عن عقد تمهيدي تحضيري، وليس عقداً نهائياً تاماً، فهي وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي، كما أشرنا سابقاً، فهو أبعد من الإيجاب؛ لكون الإيجاب تعبيراً عن إرادة منفردة للموجب حسب المادة (63) من القانون المدني الجزائري، في حين أن الوعد بالتعاقد هو عقد تمهيدي كما رأينا، تلتقي فيه إرادة الواعد بإرادة الموعود له، وهو في الوقت نفسه أقل مرتبة من العقد النهائي المقصود، لكونه يمهد له فقط، ما دام أن الموعود له لم يبدِ رغبته في التعاقد، وفقاً لأحكام المادة (71) من القانون المدني الجزائري⁽⁷¹⁾.

إن العقد النهائي المقصود الموعود بإبرامه مستقبلاً، لا يقوم قانوناً إلا إذا قبله الموعود له، واتصل قبوله بالواعد خلال المهلة المحددة لبقاء الوعد، ومن ثمّ يتمتع الوعد بالعقد بكل قيمة قانونية يتمتع بها العقد الموعود به المزمع إبرامه في المستقبل، إذا ارتضاه الموعود له واتصل رضاه بالواعد خلال تلك المدة المحددة، فإذا انقضت هذه المدة من غير أن يتصل بعلم الواعد رضاه الموعود له، يسقط الوعد من فوره من تلقاء نفسه، وتبرأ ذمة الواعد نهائياً.

كما أن الوعد بالتعاقد بصفة عامة من كلا الطرفين أو أحدهما، في مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد النهائي، التي هي بالأساس فترة «استكشافية» (Période Exploratoire)⁽⁷²⁾ ملؤها المخاطر والشكوك والخاوف، والمحاورة والمراوغة والمساومة وجس النبض⁽⁷³⁾، وإن تمت في شكل اتفاقات تحضيرية ممهدة للتعاقد المزمع إبرامه مستقبلاً، إلا أنها غالباً ما تكون في أضييق الحدود، بعيدة عن صيغة الالتزام والارتباط العقدي مع الطرف الآخر⁽⁷⁴⁾.

ويظهر ذلك جلياً من الصياغة والأسلوب والمضمون لتلك الاتفاقات الممهدة، حيث يكون غرضها فتح الاقتراحات والمناقشات والمباحثات بين الأطراف المتفاوضة، لتكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد المرتقب وعناصره وشروطه، ولبحث إمكانية التوصل إلى إبرام عقد متكافئ ومتوازن قابل للتنفيذ، لم تتحدد ملامحه بعد، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال والصيغ القانونية المقبولة التي تحقق مصلحة الطرفين⁽⁷⁵⁾.

(71) A. Bénabent, Les contrats speciaux, Dalloz, Paris, 2005, n° 85, p. 60 et s.

(72) J. Cf. Schmidt, Négociation et Conclusion de contrats, Dalloz, Paris, 1982, p.7 et s; La période précontractuelle en droit Français, R.I.D.Comp, 1990, p. 454.

(73) D. Cf. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période Pré-contractuelle, Mél. (J) Ghestin, 2001, p. 637 et S.

(74) Ch. Dupont, La négociation, conduite, théorie et applications, Dalloz, Paris, 3° ed. 1977, p. 277 et s.

(75) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 328 وما بعدها؛ د. صبري خاطر، فن التفاوض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 12؛ د. محمد حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1998، العدد 2، ص 727 وما بعدها؛ د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي من الوعود بالعقد

حرصت الشريعة الإسلامية على ضرورة الوفاء بالوعد والالتزام به، تنفيذاً كاملاً لا نقص فيه، بحسن نية وأمانة وصدق، عملاً كان أو تركاً، من جانب واحد أو من جانبين؛ لأنّ فيه معنى الوجوب المؤكد، حيث يطلق العقد على العهد أيضاً⁽⁷⁶⁾ لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁽⁷⁷⁾، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁷⁸⁾، وقوله عز وجل: ﴿وَالْمُؤْتُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾⁽⁷⁹⁾، وكذا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾⁽⁸⁰⁾.

وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»⁽⁸¹⁾، وقوله عليه الصلاة والسلام: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان»⁽⁸²⁾، وقوله عليه الصلاة والسلام: «من غش فليس منا»⁽⁸³⁾.

الفرع الأول

ضرورة الوفاء بالوعد والالتزام به

وقد ذكر الفقهاء بأنّه يستحب أن يلتزم الواعد بوعد، ويقوم بتنفيذه في الوقت المعين، وفقاً لما جاء في بنود الوعد، ويكره إخلافه كراهة تنزيه، لا كراهة تحريم⁽⁸⁴⁾، والراجح لدى فقهاء المالكية، هو إلزام الواعد بوعد، أي أنّه يجب الوفاء بالالتزام، عقداً كان أو وعداً، عملاً كان أو تركاً؛ لأنّ الوفاء بالوعد وتنفيذه من مكارم الأخلاق وشيم الرجال⁽⁸⁵⁾، وقد ذكر الفقيه ابن

إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، مج 38، سنة 1996، عدد2، ص 394 وما بعدها؛ أحمد مهدي، التنظيم القانوني للاتفاقات الممهدة، مرجع سابق، ص 88.

(76) الجرجاني، التعريفات، ص 1058.

(77) سورة الإسراء، الآية 34.

(78) سورة المائدة، الآية الأولى.

(79) سورة البقرة، الآية 177.

(80) سورة المؤمنون، الآية 8.

(81) رواه البخاري والترمذي وأبو داود والبيهقي، عن عمرو بن شعيب المزني رضي الله عنه.

(82) متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه، انظر: العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار السلام، الرياض، 1997، ص 190.

(83) رواه مسلم في صحيحه، عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(84) علي الخفيف، التصرف الانفرادي، معهد الدراسات العربية، القاهرة، 1964، ص 195.

(85) حاشية الدسوقي على مختصر خليل، ج2، ص 317؛ القرافي، الفروق، ج4، ص 24؛ ابن حزم، المحلى، ج8، ص 29.

شبرمة، بأنّه يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به، وتنفيذه مطلقاً، سواء أكان الوعد مقروناً بسبب، أم كان مجرداً عن السبب⁽⁸⁶⁾.

ومن ثمّ، فإنّ عدول الواعد عن التزامه بإبرام العقد النهائي الموعود به، كما لو أنّه أخلف وعده من دون سبب مشروع، ممّا يوجب على المعتدي، وهو الواعد المتسبب في الضرر، أن يضمن الفعل الضار الحاصل، بإزالته أو بالتعويض عنه لجبر الأضرار التي أصابت الموعود له⁽⁸⁷⁾؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ⁽⁸⁸⁾، وإنّما بسبب خطأ الواعد خطأً تقصيراً، أي فعل ضار من جرّاء عدم الوفاء بوعدّه، أدّى إلى الإضرار بحق الموعود له في التعاقد النهائي المقصود، وهو ما يستوجب الضمان (التعويض)، وخير ضمان هنا أن يلزم الواعد بالوفاء بوعدّه وتنفيذ تعهده. وأمّا إذا وعد الواعد بالوفاء، وعرض له مانع شرعي، فأخلف وعده، فلا شيء فيه قضاء عند جمهور الفقهاء⁽⁸⁹⁾.

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية، أنّ الوعد بالعقد هو بالضرورة ملزم لجانب واحد هو الواعد، أي هو تصرف انفرادي، يتم بإرادة منفردة ولا يعتبر عقداً⁽⁹⁰⁾؛ ذلك أنّ الشخص الواعد يلتزم بإرادته المنفردة، بأمر تعود مصلحته على الموعود له، فيكون تنفيذ التزام الواعد الذي هو من جانب واحد، منوطاً برغبة الموعود له بالتعاقد خلال المدة التي حددها الواعد في الوعد⁽⁹¹⁾.

ولا ينشئ التزاماً في الفقه الإسلامي على مجرد الوعد، بصفة مطلقة أو عامة أو هزلية؛ لأنّ الوعد المجرد لا يلزم الوفاء به شرعاً⁽⁹²⁾، ذلك أنّ التبايع بالبيع أو بالشراء مستقبلاً، مثل صيغة سابع وسأشتري في المستقبل، لا ينعقد بها التواعد الملزم بين الواعد والموعود له، إلا بتلاقي الإيجاب والقبول لإنشاء الاتفاق المقصود، بأنّ يشتمل الوعد الصادر على تحديد

(86) وهو ما أشار إليه الفقيه القرافي المالكي، في كتابه الفروق، ج4، ص 24-25.

(87) د. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج2، ص 26، 27؛ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت، ص 212 وما بعدها؛ أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، س 4، ص 646 وما بعدها؛ عبد الله بن منيع، حكم الإلزام بالوفاء بالوعد، مجلة الأبحاث الإسلامية، الرياض، العدد 26، 1413هـ؛ سيف قرامل، الوعد بالتعاقد: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، دون سنة نشر، ص 19 وما بعدها.

(88) رواه ابن ماجه مسنداً، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

(89) د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 47.

(90) الموسوعة الفقهية، الكويت، ج 30، مرجع سابق، ص 199.

(91) د. عبد الحفيظ قلعة جي، الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، مجلة الأبحاث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1987هـ، العدد 33، ص 134-135؛ د. محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 70 وما بعدها؛ د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 170 وما بعدها؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 312.

(92) رستم بان، شرح المجلة العثمانية، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1305هـ، ص 818؛ د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها.

للثمن والمبيع ومدة إظهار الرغبة في الشراء خلالها، ولا يلزم هذا الوعد إلا إذا علم الموعود له بوجوده ورضي به، مع وجوب اليمين إن تراجع الواعد عن تعهده⁽⁹³⁾، وهو ما سلكه بعض شراح القانون المدني، حيث يلاحظ في تعريفاتهم للوعد بالتعاقد، أنها صيغت بطريقة تجعل منه دائماً عقداً ملزماً لجانب واحد، إذ يلتزم أحد الأطراف وهو الواعد، بالإبقاء على إيجابه خلال المهلة المتفق عليها، حيث يلتزم بإبرام العقد الموعود به، عندما يبدي الموعود له رغبته في إبرام العقد؛ أمّا الموعود له فلا يلتزم بشيء⁽⁹⁴⁾.

وقد أقرّ الفقه الإسلامي الإرادة المنفردة كمصدر للالتزامات الإرادية في أمثلة عديدة، وهو متروك لإرادة الشخص في حدود الحالات التي يسمح بها الشرع، وهو التصرف الانفرادي الذي يترتب التزاماً من جانب أحد الطرفين دون الآخر، ويتم بإيجاب الطرف المتلزم وحده، كالتعهد والإبراء، والإقرار والإيجاب الملزم، والوقف والوصية والطلاق، والكفالة والتنازل عن الحق، والوعد بجائزة وغيرها⁽⁹⁵⁾.

الفرع الثاني

الوعد بالتعاقد لا يسقط بالموت

ومن المعلوم في الفقه الإسلامي، أنّ حق الموعود له، الذي هو حق شخصي ومالي، ينتقل إلى ورثته الشرعيين، إيجاباً وسلباً؛ أي أنه يجوز أن يكون محلاً للخلافة العامة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ترك ما لا فهو لورثته»⁽⁹⁶⁾.

فإذا أظهر الورثة مجتمعين رغبتهم في إبرام العقد الموعود به، خلال المهلة المتفق عليها، تترتب على ذلك التزامات قانونية لكل طرف من طرفي العقد⁽⁹⁷⁾؛ ذلك أنّ الحقوق الشخصية المتعلقة بالمال تورث شرعاً، ويحل الوارث فيها محل مورثه في تلك الحقوق المالية القابلة للتعامل والتداول⁽⁹⁸⁾، وهو ما سارت عليه القوانين المدنية المقارنة من أنّ الوعد بالتعاقد لا يسقط بموت الواعد، ولا بموت الموعود له؛ حيث يلتزم ورثتهما بتنفيذه، ما لم تكن شخصية الموعود له محل اعتبار في العقد الموعود به، طبقاً للقواعد العامة.

(93) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1289، هامش رقم 1.

(94) د. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 218، متأثراً بالتعريف الوارد في المادة (2/493) مدني لبناني.

(95) علي الخفيف، التصرف الانفرادي، مرجع سابق، ص 195 وما بعدها؛ د. محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، مرجع سابق، ص 187 وما بعدها.

(96) متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه؛ انظر: الشيخ الألباني، إرواء الغليل، ج 5، ص 258.

(97) في هذا المعنى، راجع المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 1998/04/06، ملف رقم 108763، م. ق، 1998، العدد 1، ص 105. «إن إبطال الوعد بالبيع، الذي تم أمام الموثق بين الطاعن ومورث المطعون ضدهم، يعد خرقاً لأحكام القانون».

(98) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 2001/03/21، ملف رقم 241943، م. ق، 2003، العدد 2، ص 111؛ غير أنّ الديون الثابتة في ذمة المتوفى متعلقة بالتركة وحدها، ولا تنتقل إلى الخلف العام وهم الأشخاص من الورثة الشرعيين، 2005/06/22، ملف رقم 295913، م. ق، ع. ج، 2005، العدد 1، ص 69؛ د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، ط 3، دار هومه، 2018، ص 82 وما بعدها.

المبحث الثاني

شروط قيام الوعد بالتعاقد

يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد في القانون المدني الجزائري، سواء أكان الوعد ملزماً للجانبين، أم وعداً ملزماً لجانب واحد، ضرورة توافر الشروط القانونية الأربعة الآتية:

المطلب الأول

أهلية التعاقد

يجب أن تتوافر في الواعد أهلية التعاقد اللازمة بصدد العقد الموعود به، وقت صدور الوعد من جانبه، أي بوقت انعقاد العقد التمهيدي؛ لأنه سيلتزم نهائياً بمجرد الوعد، في الوعد بالعقد الملزم من جانب واحد (Promesse unilatérale).

ومن ثمّ، يجب أن ينظر إلى وقت إبرام الوعد الأحادي الجانب، بالنسبة لأهلية الواعد لمباشرة العقد الموعود به، وأن تكون إرادته خالية من عيوب الرضا، عند صدور الوعد منه؛ كالغلط والتدليس والإكراه والغبن والاستغلال، متعلقة بمحل مشروع، وسبب لا يخالف النظام العام والآداب الحميدة، فيكون وعده حينئذ صحيحاً، ولو فقد الأهلية عند إبرام العقد النهائي، بشرط ألا تزيد التزاماته عمّا كانت عليه عند الوعد، وهو ما أشارت إليه الغرفة المدنية الثالثة لدى محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 1982/1/07، أنّ: «البيع كان تاماً منذ استعمال الموعود له (المشتري) الخيار، بالرغم من ضعف القوى العقلية التي منعت الواعد (البائع) توقيع العقد الموثق، ونشر الحكم الذي ثبت من تحقيق البيع هو بديل عن تحرير هذا العمل؛ والحل يكون مماثلاً إذا حصل الجنون بين إبرام عقد الوعد واستعمال الخيار»⁽⁹⁹⁾.

فإذا كان العقد الموعود به من العقود الضارة ضرراً محضاً بالنسبة للواعد، فيلزم أن يتوافر فيه أهلية التبرع، أي الأهلية الكاملة، أما إذا كان العقد بالنسبة له من الأعمال النافعة نفعاً محضاً، فيكفي هنا أهلية التمييز فقط، وفقاً للقواعد العامة.

وأما بالنسبة للموعود له، وهو الشخص المستفيد من الوعد، وخاصة في الوعد الملزم لجانب واحد، فلا تشترط فيه الأهلية إلا عند وقت إعلان رغبته في إبرام العقد النهائي الموعود به، فيكفيه أهلية التمييز وقت صدور الوعد، طالما أنّ الوعد بالتعاقد يتمخض لمصلحته؛ ولأنّه لا يلتزم بشيء في العقد التمهيدي كما رأينا. ومن ثمّ، فإنه ينظر إلى وقت إبداء رغبته؛ لأنّه الوقت الذي صار فيه العقد الموعود به نهائياً، ولكن يشترط خلو رضائه من العيوب عند صدور الوعد له، وكذا عند إظهار رغبته في إبرام العقد الموعود به.

(99) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، RTDCiv، ص 600، ملاحظة فرانسوا شاباس F.Chabas.

وأما إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (promesse synallagmatique)، فيلزم أن تتوافر في كلا المتعاقدين، أهلية مباشرة العقد النهائي، والعبرة هنا بوقت صدور الوعد، وليس بوقت إبرام العقد النهائي، وأن يخلو رضاؤهما من عيوب الإرادة في هذا الوقت، وتحديد جميع العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه في المستقبل؛ لأنَّ الوعد التبادلي قد يعتبر في هذه الحالة عقداً ابتدائياً كما أشرنا سابقاً⁽¹⁰⁰⁾.

المطلب الثاني

تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه

إنَّ المقصود بالمسائل الجوهرية للعقد المزمع إبرامه⁽¹⁰¹⁾ هو تحديد ماهية وطبيعة وموضوع العقد الموعود به مستقبلاً، من تحديد أركانه وشروطه الأساسية، التي يرى المتعاقدان ضرورة الاتفاق عليها، والتي من دونها ما كان يتم العقد بينهما، فضلاً عن المهلة المحددة التي يجب إبرامه خلالها، وفقاً لمقتضيات المادة (1/17) من القانون المدني الجزائري.

وهذا حتى يكون السبيل مهيئاً لإبرام العقد النهائي المستهدف مستقبلاً، بمجرد أن يبدي الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المعينة، دون حاجة إلى اتفاق على شيء آخر⁽¹⁰²⁾، بحيث لا يحتاج الأمر إلى مناقشة موضوع العقد الموعود به وشروطه مرة أخرى وقت إبرام العقد النهائي، فيكفي فقط إظهار الرغبة من قبل الموعود له كي ينعقد العقد فوراً ونهائياً⁽¹⁰³⁾.

فإنَّ مجرد الوعد في حد ذاته لا ينشئ التزاماً، ولا ينعقد به عقد، ما لم تتوفر فيه شروط العقد الأولية الأساسية، التي من دونها ما كان يتم العقد المنشود، وهي الطبيعة العقدية للوعد، بتوافق إرادتين على الشروط والعناصر الجوهرية للعقد النهائي المقصود، فضلاً عن المدة المحددة التي يجب إظهار الرغبة خلالها⁽¹⁰⁴⁾.

(100) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 260.

Voir : Lassoued, Les contrats préparatoires, Thèse, op. cit, p. 37 et s.

(101) شأنه شأن بقية العقود الرضائية، بتوافر أركان العقد، من رضا ومحل وسبب، فضلاً عن ركن المدة المحددة، وركن الشكل إذا كان العقد الموعود بإبرامه مستقبلاً شكلياً.

(102) تمييز حقوق أردني، 2004/02/24، ملف رقم 2004/3742.

L. Cf . Boyer, Promesse de vente, Répertoire de droit civil, Dalloz, Paris; J. Ghestin, Traité des Contrats, La Vente, LGDJ, Paris, 1990, n° 144, p. 156.

(103) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 135.

(104) استقرت اجتهادات محكمة النقض المصرية منذ عدة سنوات، على أن: «إغفال أركان البيع وشروطه الجوهرية للعقد النهائي، فضلاً عن المدة المحددة التي يجب إظهار الرغبة خلالها، ينفي عن العقد صفة الوعد، ولا يؤدي بذاته إلى انعقاد البيع؛ ويلزم لذلك تعيين تلك الشروط وقبول المطعون عليه لها».

فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية في العديد من قراراتها على أنه: «لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني، إلا إذا عيّنت جميع المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه، وتم تحديد المدة التي يتم فيها إبرام العقد النهائي. ومن ثم، فإن إغفال الشروط والعناصر الأساسية للعقد النهائي المراد إبرامه في المستقبل، فضلاً عن المدة المحددة التي يجب إظهار الرغبة خلالها، ينفي عن العقد صفة الوعد، عملاً بأحكام المادة (71) من القانون المدني الجزائري»⁽¹⁰⁵⁾.

وتطبيقاً لذلك أيضاً، قضت محكمة النقض المصرية في قرار حديث أنه: «يشترط لانعقاد الوعد بالبيع اتفاق الواعد والموعود له على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به، فضلاً عن المدة التي يجب فيها على الموعود له إظهار رغبته في الشراء؛ ليكون السبيل مهيناً لإبرام العقد النهائي، بمجرد ظهور الرغبة، دون حاجة إلى اتفاق على أي شيء آخر»⁽¹⁰⁶⁾.

وعلى هذا، إذا كان العقد المرتقب بيعاً مثلاً، وجب اتفاق الطرفين في عقد الوعد بالبيع على تعيين الشيء المبيع، وتحديد الثمن بالطريقة التي يجب تعيينها وتحديدها في عقد البيع ذاته، وكذا تحديد المدة المحددة التي يجب فيها على الموعود له إظهار رغبته في الشراء خلالها⁽¹⁰⁷⁾.

فيجب أن يكون الشيء المبيع معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، محدداً تحديداً نافياً للجهالة، وأن يكون الثمن أيضاً محدداً بنوعه ومقداره في الوعد؛ ولذلك لا يعتبر وعداً بالبيع قانوناً ذلك الاتفاق الفصفاض الذي لم يتضمن الأركان والشروط الأساسية للعقد الموعود به، واحتفاظ الواعد فيه بحق البت مستقبلاً⁽¹⁰⁸⁾.

وإذا كان وعداً بالإجارة، وجب تعيين العين المؤجرة، ومقدار الأجرة، ومدة الإجارة في الوعد،

راجع نقض مدني مصري، 2004/11/04، م.م.ف، س55، ق135، ص743؛ 2003/03/20، طعن 64/1915؛ بتاريخ 1988/04/13، طعن رقم 54/1452 ق؛ بتاريخ 1984/05/12، طعن رقم 363 لسنة 51 ق، س35، ع2، ص1627؛ بتاريخ 1984/06/12، طعن رقم 51/263؛ 1980/02/27، طعن رقم 49/1970؛ بتاريخ 1973/04/21، طعن رقم 11، لسنة 37 ق، س24، ص649؛ بتاريخ 1964/01/23، طعن رقم 53 لسنة 29 ق، م.أ.ن، س15، ص22؛ بتاريخ 1959/01/01، طعن رقم 248 لسنة 24 ق، س10، ص33.

(105) من المقرر قانوناً أنه: «لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني، إلا إذا عيّنت جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل، وتم تحديد المدة التي يتم إبرامه فيها». المادة (71) من القانون المدني الجزائري.

راجع قرارات المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 2001/05/23، ملف رقم 247607، مرجع سابق، بتاريخ 2000/05/24، ملف رقم 223852، مرجع سابق؛ 1993/12/22، ملف رقم 106776، مرجع سابق؛ بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500، مرجع سابق.

(106) نقض مدني مصري، 2004/11/04، م.م.ف، س55، ق135، ص743.

(107) نقض مدني مصري، 1984/05/12، طعن رقم 363 لسنة 51 ق، س35، ع2، ص1627؛ بتاريخ 1988/04/13، طعن رقم 54/1452 ق.

(108) د. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص22.

وتحديد وصف العملية المقصودة نهائياً، وتحديد عناصرها الأساسية، كما لو كانت بيعاً في صورة إيجار⁽¹⁰⁹⁾، أما إذا كان قرصاً، وجب الاتفاق على مبلغ القرض، ومدة سداده، وطريقة السداد، وهكذا.

فإذا كان الوعد منصّباً على قطعة أرض مثلاً (أي على عقار)، وجب تعيينها بموقعها ومساحتها وحدودها، ورقم سجلها العقاري، وأوصافها الأساسية، دون الإخلال بأحكام الشكل الذي يستوجبه القانون، ومراعاة قواعد التسجيل العقاري، بأن يكون الوعد بالعقار موثقاً بعقد رسمي من حيث المبدأ، طبقاً لأحكام المواد (2/71 و324 مكرراً) المضافة عام 2005 و(792 و793) من القانون المدني الجزائري، وإلا عدّ هذا الوعد باطلاً⁽¹¹⁰⁾.

إنه يمكن أن ترتبط الوعود بالعقد، بعقود أخرى في الحياة العملية، كعقود الحجز مثلاً (Contrats de réservations)، حيث يكون بمقتضاها حجز مكان في الطائرة، أو غرفة في فندق معين، أو تسليم كمية من السلع المتفق عليها، وكالاتفاق الذي يقترحه واعد عقاري على مكتسبي ملكية عقار معد للبناء مستقبلاً، وغيرها من الأساليب القانونية للاستكشاف التعاقدية، لتسهيل إبرام اتفاقات نهائية مستقبلاً، سبق تحديد عناصرها الأساسية بين الطرفين المتواعدين.

فلا يقوم الوعد بالتعاقد صحيحاً، إلا إذا اشتملت صيغته على ماهية وطبيعة العقد المراد إبرامه مستقبلاً، بتحديد الشروط والمسائل الأساسية للعقد الموعود به (les éléments essentiels sont déterminés)، فضلاً عن المدة التي يجب فيها على الموعود له إظهار رغبته في التعاقد خلالها، وهي المسائل الجوهرية التي يركز عليها العقد المنشود، طبقاً لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة (71) من القانون المدني الجزائري، دون حاجة إلى اتفاق جديد بين

(109) نقض تجاري فرنسي، 1989/05/30، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، ص 64، ملاحظات جون ميستر.

(110) من المقرر قانوناً، كي ينعقد الوعد بالتعاقد صحيحاً، أن يتم الاتفاق بين طرفي الوعد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فضلاً عن المدة التي يجب إبرامه فيها؛ وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي، بمجرد ظهور رغبة الموعود به. انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 1993/12/22، ملف رقم 106776، مرجع سابق؛ بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500، م.ق.، 1992، العدد 3، ص 112؛ نقض مدني مصري، 1984/06/12، م.أ.ن.، س 35، ص 1627؛ بتاريخ 1977/04/21، طعن رقم 11، لسنة 37ق.

والمقصود بالمسائل الجوهرية ماهية العقد المراد إبرامه وأركانه وشروطه الأساسية، التي يرى العاقدان الاتفاق عليها، والتي ما كان يتم العقد دونها.

راجع: نقض مدني مصري، 2003/03/20، طعن رقم 64/1915؛ بتاريخ 1991/03/11، طعن رقم 168 لسنة 60؛ بتاريخ 1984/06/12، م.أ.ن.، س 35، ص 1627؛ 1980/02/27، طعن رقم 49/1970؛ 1973/04/21، طعن رقم 11، لسنة 37 ق، س 24، ص 649؛ 1964/01/23، طعن رقم 53 لسنة 29ق، م.أ.ن.، س 15، ص 22؛ بتاريخ 1959/01/01، طعن رقم 248 لسنة 24ق، س 10، ص 33.

الطرفين⁽¹¹¹⁾، وهذا ليكون السبيل مهياً للطرفين لإبرام العقد النهائي، بمجرد ظهور الرغبة، خلال المدة التي التزم بها الواعد؛ دون حاجة لأي اتفاق جديد على شيء آخر⁽¹¹²⁾.

فلا يكون للاتفاق الذي يعد به كلا المتعاقدين أو أحدهما، بإبرام عقد معين في المستقبل أثر قانوني، إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وعلى هذا، قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها مؤرخ في 1993/12/22، ببطلان الوعد بالبيع لتخلف الثمن، وهو شرط أساسي من شروط قيام عقد البيع⁽¹¹³⁾.

وهذا استناداً أيضاً، إلى أحكام المادة (65) من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه: «إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر أن العقد قد تم⁽¹¹⁴⁾.

فإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، وقام بين الطرفين خلاف على المسائل التفصيلية التي أرجى الاتفاق عليها في الوعد بالتعاقد، كالخلاف مثلاً على ميعاد الوفاء بالثمن المتفق عليه، أو تسليم الشيء محل الوعد، كان لهما أن يلجأ إلى المحكمة المختصة للفصل فيها، طبقاً لطبيعة المعاملة، وأحكام القانون والعرف والعدالة.

وفي هذا السياق، قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1980/02/27، بأنه: «لا أثر للخلاف على تنفيذ الالتزام بخصوص ميعاد الوفاء بالثمن، ما دام أنه لم يشترط عدم تمام العقد عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية، مثل ميعاد الوفاء بالثمن؛ فإن العقد ينقلب تاماً، يرتب كافة آثاره القانونية، بمجرد إبداء رغبة الطاعن في الشراء، بموجب الإنذار المعلن بتاريخ 1976/09/09، وأن أثر عدم مراعاة الحكم المطعون فيه لذلك، هو خطأ في تطبيق القانون يتعين معه النقض⁽¹¹⁵⁾.

وعلى ذلك، يسقط الوعد بالتعاقد قانوناً، إذا زال ركن من أركان البيع الموعود به، عند إظهار الرغبة في الشراء؛ كما لو صدر قانون يحظر التعامل بالشيء المبيع محل العقد الموعود به، لعدم قابلية المحل للتعامل فيه. والحكم نفسه ينطبق إذا هلك هذا الشيء محل الوعد، لعدم وجود محل يمكن أن يرد عليه تنفيذ العقد الموعود به. كما يسقط الوعد أيضاً باستحالة دفع

(111) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500، مرجع سابق.

(112) نقض مدني مصري، بتاريخ 1988/04/13، طعن 54/1452 ق.

(113) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1993/12/22، ملف رقم 106776 م.ق.، 1994، العدد2، ص27.

(114) وتقابلها المادة (95) مدني مصري.

(115) نقض مدني مصري، بتاريخ 1980/02/27، طعن رقم 49/970؛ بتاريخ 1983/03/29، طعن رقم 49/1880؛ بتاريخ 1975/01/16، طعن رقم 39/352.

الثمن، كما لو كان على الملتزم بدفع إيراد مرتب مدى الحياة مثلاً، وتوفي الواعد عقب إعلان الرغبة، وقبل أن يقوم الموعد له بدفع الدفعة الأولى لتنفيذ العقد⁽¹¹⁶⁾.

المطلب الثالث

تحديد المدة التي يجب إبرام العقد الموعد به خلالها

يتم تحديد المدة التي يجب إبرام العقد الموعد به خلالها بأن يتضمن الوعد تحديداً للمدة التي يجب إبرام العقد النهائي خلالها، وهي المهلة المحددة المتفق عليها التي يكون للموعد له أن يبدي رغبته في إبرام العقد المقصود، كما لو كان العقد الموعد به في المستقبل لا يجدي نفعا بعد فوات وقت معين، وهو أمر ضروري لقيام الوعد بالتعاقد، ويتم تحديد هذه المدة بصفة معقولة؛ إما بتاريخ وهو الاتفاق الصريح المتفق عليه بين الطرفين في الوعد، فقد تكون شهراً، أو ستة أشهر، أو سنة مثلاً، من تاريخ إبرام العقد التمهيدي أو الاتفاق الابتدائي...، وعندئذ يعد هذا الميعاد المحدد هو المدة التي يجب خلالها إبرام العقد المنشود، وإما باتفاق ضمني يستخلص من ظروف التعاقد وطبيعة الاتفاق، وإما بحصول أمر معين في المستقبل، وإلا سقط الوعد لتخلف ركن المدة في الوعد بالتعاقد⁽¹¹⁷⁾.

فينعقد العقد من وقت إبداء الرغبة خلال المهلة المتفق عليها، من دون أثر رجعي، ومن دون رضا جديد من الواعد، أي أن أثر إظهار الموعد له للرغبة في الميعاد المحدد يؤدي إلى إتمام العقد النهائي؛ وذلك من وقت إظهار الرغبة، وليس من وقت صدور الوعد.

فإذا اتفق الأطراف على أن تكون تلك المدة هي المدة المعقولة، عندئذ يستخلصها قضاة الموضوع من ظروف التعاقد وطبيعة المعاملة⁽¹¹⁸⁾، كما لو كان الموعد هو مستأجر العين محل الوعد مثلاً، فتكون مدة الوعد هي مدة الإيجار⁽¹¹⁹⁾، وهو ما سارت عليه اجتهادات محاكم النقض العربية، على أنه: «من المقرر قانوناً، وعلى ما جرى به قضاء النقض، أن أمر تحديد المدة لإظهار الرغبة في التعاقد يكون وفقاً لاتفاق الطرفين، أو للسلطة التقديرية

(116) د. محمد لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 2013، مرجع سابق، ص 25.

(117) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 270.

Voir: Ph. Malaurie, les Contrats Spéciaux, p. 71, N° 116; Francois Collart-Dutilleul, La durée des promesses des contrats, R.D.C, 01/01/2004, N° 1, p. 15 et s.

(118) وهي المهلة المعقولة العادية لتسوية البيع، دون التأثير في صحة الاتفاق. راجع: نقض مدني فرنسي، غ3، 1975/01/19، النشرة المدنية، 3، رقم 212، ص 166؛ بتاريخ 1983/02/02، النشرة نفسها، 3، رقم 34، ص 27؛ بتاريخ 1985/04/24، النشرة نفسها، 3، رقم 68، ص 52.

(119) د. سعيد قنديل، الوعد بالتعاقد، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها؛ د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مرجع سابق، ص 143 وما بعدها.

لقاضي الموضوع، باستخلاصها ضمناً من ظروف الحال»⁽¹²⁰⁾.

فلو وعد مالك العقار المستأجر أن يبيعه العين المؤجرة، ودوناً ذلك في عقد الإيجار، دون تحديد مدة صريحة لهذا الوعد، فيمكن للمحكمة استخلاص ورود هذا الوعد في عقد الإيجار ضمناً، بأنّ المدة التي يجب فيها إبرام عقد البيع النهائي، إنّما هي المدة التي ينتهي فيها عقد الإيجار؛ أي مدة الإيجار نفسه، وهو ما سيساعد المستأجر لشراء المنزل الذي يسكنه في المستقبل، بجمع الثمن المتفق عليه، فيكون له متسع من يوم صدور الوعد من مالك العين إلى وقت إيداء رغبته في الشراء.

وكذلك إذا كان تحديد هذه المدة في الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد، لا يشترط أن يكون صريحاً، بل يجوز أن يكون ضمناً، جاز للقاضي عند النزاع بين الطرفين أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة المعقولة التي يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار⁽¹²¹⁾.

وكثيراً ما تلجأ شركات البناء العقارية في وقتنا الحالي إلى الاتفاقات السابقة على التعاقد النهائي، بتيسير تأجير مبانيها للأشخاص، فتضمن عقود الإيجار الصادرة منها، وعداً ببيع العين المؤجرة للمستأجر في مدة محددة، وكذلك تلجأ الشركات الصناعية لضمان التوسع في أعمالها في المستقبل إلى الحصول من ملاك الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها لها، إذا أبدت رغبته في الشراء في مدة معينة⁽¹²²⁾.

وعلى ذلك، فإنّ أمر تحديد المدة لإظهار الرغبة في التعاقد يكون وفقاً لاتفاق الطرفين، أو للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، باستخلاصها ضمناً من طبيعة التعاقد وظروف الحال، غير أنه يجب تحديد المدة في عقد الوعد بالبيع مثلاً بأجل معقول؛ لأنّ الوعد بالبيع مقيد قانوناً بأجل، والأجل معتبر في طبيعة العقد (La promesse est inscrite dans le temps)، لا يتجاوز بأي حال مدة التقادم الطويل، وهي 15 سنة، المادتان (71 و308) من القانون المدني الجزائري⁽¹²³⁾.

ونلاحظ أنّ تحديد المدة في الوعد بالبيع هو في الحقيقة أجل لا يتعلق بالالتزام ذاته، ولكنّه متصل بالشرط، أي أنّ طرفي الوعد بالبيع قد جعلوا لالتزام الواعد شرطاً مقيداً بأجل؛ وعليه فإنّ عدم ذكر الأجل لا يرهّن الوعد بالبيع في شيء، فيبقى الوعد بالبيع صحيحاً وماًضياً بين أطرافه مع خلو المدة، نظراً لخصوصية الوعد بالتعاقد، ما دام طرفا العقد قد اتفقا على

(120) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 2001/05/23، ملف رقم 247607، م.ق، 2004، العدد 2، ص 119؛ نقض مدني مصري، بتاريخ 1977/03/30، طعن رقم 43/570؛ بتاريخ 1988/04/13، طعن رقم 54/1452 ق؛ تمييز مدني أردني، بتاريخ 1993/11/30، ملف رقم 1992/667.

(121) نقض مدني مصري، بتاريخ 1977/03/30، طعن رقم 565 لسنة 42 ق، س 28، ص 865.

(122) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، مرجع سابق، ص 71.

(123) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2015/04/16، ملف رقم 910499، م.م.ع، 2015، العدد 1، ص 222.

ذلك، فإذا اختلف الطرفان في تحديد المدة (La durée des promesses)، يتدخل القاضي بالحلول محلها لتعيين المدة المعقولة، بعد تأويل مقصدهما في الوعد بالبيع⁽¹²⁴⁾.

فقد اشترط القانون المدني الجزائري صراحة، وفقاً لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة (71) منه، ضرورة تحديد المدة التي يجب إبرام العقد المقصود فيها، بالاتفاق عليها مسبقاً، واشترط المدة في عقد الوعد يؤدي إلى اعتبارها ركناً أو شرطاً أساسياً لقيام الاتفاق ذاته، وإلا سقط الوعد؛ وهو ما ذهب إليه أغلب القوانين المدنية العربية⁽¹²⁵⁾.

غير أنه لم يرد في نص المادة (1124/1) الجديدة، من القانون المدني الفرنسي الساري المفعول منذ عام 2016، في مقتضياتها ما يوجب أن يتضمن الوعد بالتعاقد تحديداً للمدة التي يكون للموعد له أن يبدي رغبته في التعاقد النهائي خلالها⁽¹²⁶⁾، وهو في الحقيقة مسلك منتقد من المشرع المدني الفرنسي؛ لأنّ الوعد بالعقد يأتي دائماً بصيغة المستقبل، وعداً ملزماً إذا انصرفت إلى ذلك إرادة الطرفين في الوعد، لإبرام العقد النهائي المقصود مستقبلاً؛ فهو إذن لا يقوم إلا إذا ارتضاه الموعد له، واتصل رضاؤه بالواعد، خلال المدة المحددة المتفق عليها لبقاء الوعد.

ومن ثمّ، وجب تحديد مدة لإظهار الرغبة في التعاقد خلالها، وهو ركن المدة في الوعد بالعقد⁽¹²⁷⁾، فلا يكون الوعد بالتعاقد صحيحاً إلا إذا حددت فيه العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يقع إبرامه فيها، وهو ما استقرت عليه اجتهادات الغرفة المدنية لدى المحكمة العليا الجزائرية في السنوات الأخيرة، وفقاً لأحكام المادة (71) من القانون المدني الجزائري⁽¹²⁸⁾، ومن ثمّ تشترط في قراراتها المتعلقة بالوعد بالتعاقد ضرورة تحديد المدة

(124) المادتان (136 و 137) من قانون الالتزامات والعقود التونسي، تعقيب مدني تونسي، بتاريخ 1982/01/26، ملف رقم 5090، ن 82، ج 1، ص 213؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد 4، عقد البيع، مرجع سابق، ص 59؛ د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مرجع سابق، 2017، ص 144.

(125) كالقانون المصري المادة (101) من القانون المدني المصري، والمادة (101) من القانون المدني الليبي، والمادة (102) من القانون المدني السوري / والمادة (105) من القانون المدني الأردني، والمادة (91) من القانون المدني العراقي، والمادة (146) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (101) من القانون اللبناني.

(126) Ph. Delebecque, La réforme des contrats en droit Français, quelles innovations, Rev. Algé, 2016, n°5, Colloque international, le code civil Algérien 40 ans après, 24 et 25 oct 2016, p. 206.

(127) إنّ الجزاء على عدم مراعاة هذا الركن (أي ركن المدة)، هو البطلان المطلق لعقد الوعد وسقوطه في الوعد الملزم لجانب واحد. انظر: نقض مدني مصري، 1977/03/30، طعن رقم 43، 565، 570.

(128) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2015/04/16، ملف رقم 910499، المشار إليه سابقاً؛ بتاريخ 2001/05/23، ملف رقم 247607، مرجع سابق، بتاريخ 2000/05/24، ملف رقم 223852، مرجع سابق؛ بتاريخ 1993/12/22، ملف رقم 106776، مرجع سابق؛ بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500، مرجع سابق.

التي يجب فيها على الموعود له إظهار رغبته في التعاقد خلال الميعاد المحدد، ليكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي المقصود بين الطرفين بظهور الرغبة، دون حاجة لاتفاق على شيء آخر؛ فينقلب الوعد بالعقد إلى عقد نهائي تام بمجرد ظهور الرغبة، وفقاً للمادتين (71 و72) من القانون المدني المصري⁽¹²⁹⁾.

وعلى ذلك، حكمت محكمة النقض المصرية بأن: «الجزاء المترتب على عدم تحديد المدة في الوعد الملزم لجانب واحد، هو بطلان عقد الوعد بالبيع؛ لأنَّ تعيين المدة لإظهار الرغبة في الشراء في خلالها هو شرط أساسي فيه؛ أمَّا في الوعد الملزم للجانبين، فلا يعد العقد وعداً بالتعاقد عند عدم تحديدها، إنما هو عقد بيع تام ملزم لطرفيه بحلول الموعد المتفق عليه، شريطة أن لا يكون سبب التعاقد غير شرعي⁽¹³⁰⁾.

المطلب الرابع

مراعاة الشكلية التي يتطلبها القانون

إذا كان العقد الموعود المراد إبرامه في المستقبل عقداً شكلياً، أي من العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي معين، كالكتابة الرسمية مثلاً، يجب أن يتم الوعد في الشكل نفسه، أي يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق المتضمن للوعد بإبرام هذا العقد، وفقاً لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة (71) من القانون المدني الجزائري التي نصت على ذلك صراحة بقولها: «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد».

فقد أوجبت المادة المذكورة ضرورة مراعاة الشكل الذي يفرضه القانون عند إجراء الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد المقصود، ما دام أنَّ الوعد سيؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده، وأمَّا إذا اتفق المواعيد على أن يكون العقد النهائي بينهما عقداً شكلياً، وكان في القانون رضائياً، فلا يلزم عندئذ في الوعد أن يكون شكلياً، فالوعد بإبرام عقد شكلي يجب أن يكون شكلياً مثله، وهذا بأنَّ يكون هذا الوعد مستوفياً للشكلية التي يتطلبها القانون، كالوعد ببيع عقار، والهبة العقارية، والإيجار العقاري، والرهن الرسمي، والوقف، وبيع

(129) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2001/05/23، ملف رقم 247607، مرجع سابق، بتاريخ 2000/05/24، ملف رقم 223852، مرجع سابق؛ بتاريخ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م.ق، 1996، العدد 1، ص 99؛ بتاريخ 1993/12/22، ملف رقم 106776، مرجع سابق؛ بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500، مرجع سابق.

(130) وهو ما استقرت عليه اجتهادات محكمة النقض المصرية. انظر: نقض مدني مصري، بتاريخ 2003/03/30، طعن رقم 43/570؛ بتاريخ 2003/03/20، طعن رقم 64/1915؛ بتاريخ 1984/06/12، طعن رقم 51/363؛ بتاريخ 1973/04/11، طعن رقم 37/11، س 24، رقم 115، ص 649.

المحلات التجارية والصناعية، والنشر، والشركة، وغيرها من العقود الرسمية، التي يشترط فيها القانون وضعاً خاصاً، حيث إنَّها لا تنعقد إلا بورقة رسمية أو سند رسمي، ضمناً لجدية الوعد، وحفاظاً على حقوق الطرفين⁽¹³¹⁾.

فالوعد ببيع العقار مثلاً يجب أن يكون في الشكل الذي يفرضه القانون لقيام العقد الموعد به؛ لأنَّ الشكل الرسمي يعتبر ركناً لانعقاده، ويعتبر أيضاً ركناً في الوعد بالتعاقد، وكذا في الاتفاق الابتدائي، المواد (2/71 و 324 مكرراً و 793) من القانون المدني الجزائري؛ بأنَّ يوثق الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد لدى دائرة التسجيل العقارية المختصة، سواء أكان بيعاً أم وعداً بالبيع، لاستيفاء الشكل الرسمي الذي يشترطه القانون⁽¹³²⁾، وكذلك الحال بالنسبة للهبة العقارية، فإنَّ الوعد بها لا يصح إلا باستيفاء الشكل الرسمي المقرر قانوناً⁽¹³³⁾.

(131) إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد. انظر: السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها، د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 167 وما بعدها، د. فؤاد درادكة، التعهد بنقل ملكية عقار، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2008، العدد 1، ص 259 وما بعدها؛ والمؤلف نفسه، العربون: دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 4، سنة 2004، ص 213، د. مصطفى العوجي، القانون المدني - العقد، مرجع سابق، ص 221.

(132) يجب أن يسجل عقد الوعد بالبيع الذي يرد على عقار لدى دائرة التسجيل كشرط لانعقاده. انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 136156، م.ق، 1997، العدد 1، ص 10، بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500، مرجع سابق، مجلس الدولة الجزائري، غرفة 4، بتاريخ 2002/07/15، ملف رقم 4983، م.م.د، 2003، العدد 3، ص 155. وراجع تمييز مدني أردني، بتاريخ 2009/12/14، ملف رقم 2009/2326، بتاريخ 2007/05/27، ملف رقم 2007/359، بتاريخ 2001/02/08، ملف رقم 2000/1714، بتاريخ 2001/11/09، ملف رقم 1997/1707، بتاريخ 2000/03/28، ملف رقم 1999/2247، بتاريخ 1994/02/22، ملف رقم 1993/1217، نقض مدني مصري، بتاريخ 1990/01/24، م.أ.ن، س 41، رقم 715، ص 243، بتاريخ 1982/01/02، م.أ.ن، س 46، رقم 749، ص 50، بتاريخ 1980/02/27، س 49، رقم 970، ص 618، بتاريخ 1972/05/25، س 36، رقم 417، ص 1010، بتاريخ 1965/12/16، س 16، رقم 198، ص 1291، بتاريخ 1964/01/23، س 15، رقم 53، ص 15.

ولتفاصيل ذلك راجع: د. زواوي فريدة، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 1995، عدد 3، ص 644 وما بعدها؛ د. علي فيلاللي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2000، العدد 2، ص 116 وما بعدها، بدري جمال، الطبيعة القانونية لحق الموعد له الناتج عن عقد الوعد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2012، العدد 1، ص 107.

Cf. F. Belkani, La promesse de vente d'immeuble, Mél Ayadi, C.P.U, Tunis, 2000, p87 et s; M. Azzemou, Le formalisme contractuel en droit civil Algérien, Mém. magister, Univ. D'oran, 1986.

(133) تمييز حقوق أردني، مجلة نقابة المحامين، عمان، الأردن، 1996، ص 1430.

فقد نصت المادة (793) من القانون المدني الجزائري على أنه: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء بين المتعاقدين، أو تجاه الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تنظم مصلحة الشهر العقاري».

كما أشارت المادة (324 مكرر1) الجديدة من القانون المدني الجزائري المضافة عام 2005، على أنه: «لا تنتقل ملكية العقار ولا الحقوق العقارية بين المتعاقدين وفي حق الغير، إلا إذا تم إخضاعها إلى الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون تحت طائلة البطلان»⁽¹³⁴⁾.

وفي السياق ذاته نصت المادة (202) من قانون الملكية العقارية اللبناني على أنه: «بتعيين تسجيل الوعد ببيع عقار في الصحيفة العقارية». كما أشارت المادة (511) من قانون الموجبات والعقود اللبناني إلى أنه: «يشترط لصحة الوعد بهبة عقار أن يكون خطياً، وأن يسجل في الصحيفة العقارية»، وهو ما أكدته المادة (490) مدني مصري، والمادة (456) مدني سوري، أن الوعد بالهبة العقارية لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية.

كما نصت المادة (563) مدني أردني على أنه: «لا تنعقد الهبة بالوعد، ولا تنعقد على مال مستقبل»؛ وذلك لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، أي بالحيازة التي هي شرط لإتمام العقد، المادة (1/558) مدني أردني، والمواد (206 و207 و208 من ق.أ.ج)⁽¹³⁵⁾، مع مراعاة أحكام قانون التوثيق، فيما يتعلق بالهبة العقارية، بتسجيل العقد وشهره بالدائرة العقارية المختصة، كسائر العقود الرسمية التوثيقية الناقلة للملكية العقارية، وكذا اتباع الإجراءات القانونية الخاصة المتعلقة بالهبة المنصبة على المنقولات، المادة (206) من ق.أ.ج، والمادتان (324 مكرر

(134) من المقرر قانوناً، أن الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات؛ بأن تحرر وجوباً في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة. ومن ثم، فإن البطلان المنصوص عليه في المادة (324 مكرر1) من القانون المدني هو بطلان مطلق لا يقبل الإجازة. انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، 2000/06/28، ملف رقم 197347، إ.ق.غ.ع، 2004، م.م.ع، عدد خاص، ج2، ص 258، بتاريخ 1997/05/28، ملف رقم 149156، م.م.ع، ص 271.

(135) المحكمة العليا الجزائرية، غ.أ.ش، بتاريخ 1995/06/07، ملف رقم 121664، م.ق، 1995، العدد1، ص 111. وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية في قراراتها الكبرى، إلى أنه: «من المقرر قانوناً أنه من شروط انعقاد الهبة الحيازة، التي هي شرط لإتمام العقد، مع مراعاة التوثيق لنقل الملكية العقارية، عن طريق الهبة المادة (206) من ق.أ.ج، كما أن حق الرجوع في الهبة يكون بموجب عقد رجوع توثيقي، المادة (211) من ق.أ.ج.

راجع: المحكمة العليا الجزائرية، الغرف المجتمعة، بتاريخ 2009/02/23، ملف 444499، م.ق، 2009، العدد1، ص 107؛ الغرفة العقارية، بتاريخ 2005/05/25، ملف رقم 301501، مذكور في القضاء العقاري، 2011، ص 306؛ الغرفة المدنية، بتاريخ 1994/11/09، ملف رقم 103656، ن.ق، 1997، العدد51، ص 67؛ بتاريخ 1995/06/07، ملف رقم 121664، م.ق، 1995، العدد1، ص 111؛ غ.أ.ش، بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 554347، م.م.ع، 2010، العدد 2، ص 255؛ بتاريخ 1991/06/18، ملف رقم 272055، م.ق، 1993، العدد 3، ص 72.

و793) من القانون المدني الجزائري⁽¹³⁶⁾، فإنّ عقد الهبة العقارية هو عقد رسمي له حجية، ويعتبر صحيحاً إلى غاية الطعن فيه بالتزوير⁽¹³⁷⁾.

ففي حالة ما إذا وجد عقد ابتدائي بين الطرفين، بالمعنى الفني الصحيح يتلوه عقد نهائي، لاسيما إذا كان العقد من العقود الشكلية، كالرهن الرسمي مثلاً، فمتى وجد وعد برهن رسمي، وكان هذا الوعد مستوفياً للشروط الشكلية المطلوبة، جاز للموعد له إذا لم ينفذ الواعد وعده أن يجبره على ذلك بالتنفيذ العيني الجبري، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي⁽¹³⁸⁾.

ويترتب على تخلف هذه الشكلية التي يتطلبها القانون في الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائي كلا منهما، أن يكون الوعد باطلاً، لتخلف الشكل الرسمي اللازم لانعقاده، فتنعدم بالتالي آثاره القانونية؛ فلا يترتب عليه أثر، ويتعين إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، المواد (2/71 و102 و103 و324 مكرراً و793) من القانون المدني الجزائري⁽¹³⁹⁾.

ومن ثمّ، يجب إفراغ الوعد ببيع العقار في الشكل الذي يشترطه القانون، لقيام العقد الموعد به صحيحاً؛ بأن يوثق لدى دائرة التسجيل المختصة، لاستيفاء الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، المواد (2/72 و103 و324 مكرراً و793) من القانون المدني الجزائري، وإلا عد باطلاً

(136) يشترط القانون في الهبة العقارية تحرير عقد الهبة من قبل موظف مؤهل أو ضابط عمومي في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، بحضور شاهدين، بتسجيلها وإشهارها تحت طائلة البطلان. انظر: نورة منصور، هبة العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 57 وما بعدها.

وراجع المحكمة العليا الجزائرية، غ.أ.ش، بتاريخ 1986/02/24، ملف رقم 40651، غير منشور؛ بتاريخ 1982/01/11، ملف رقم 25554، ن.ق، 1982، عدد خاص، ص 225؛ بتاريخ 1992/02/18، ملف رقم 81376، م.ق، 1993، العدد 4، ص 88، بتاريخ 1998/03/13، ملف رقم 179724، م.إ.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص 277، بتاريخ 1998/06/16، ملف رقم 197336، م.إ.غ.أ.ش، عدد خاص، 2001، ص 284، بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 572205، م.م.ع، 2010، العدد 2، ص 272؛ بتاريخ 2012/06/14، ملف رقم 692316، م.م.ع، 2012، العدد 2، ص 261.

(137) المحكمة العليا الجزائرية، غ.أ.ش.م، بتاريخ 2007/07/11، ملف رقم 397861، ن.ق، 2014، عدد 67، ص 241.

(138) نقض مدني مصري، بتاريخ 1950/05/04، طعن رقم 99 لسنة 18 ق، ص 1، ص 465.

(139) إذا اشترط القانون لإتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا الوعد، وإلا عد باطلاً لا يترتب أثر، يتعين معه إعادة العاقدين إلى حالهما قبل التعاقد.

راجع تمييز حقوق أردني، بتاريخ 2012/06/24، ملف رقم 2012/1958، بتاريخ 2012/02/29، ملف رقم 2011/4643، بتاريخ 2011/02/23، ملف رقم 2011/4608، بتاريخ 2011/11/30، ملف رقم 2011/3544، بتاريخ 2011/09/18، ملف رقم 1763، بتاريخ 2009/12/14، ملف رقم 2009/2326، بتاريخ 2001/02/08، ملف رقم 2000/1714، بتاريخ 1995/06/13، ملف رقم 1995/613، بتاريخ 1995/04/02، ملف رقم 1995/149، بتاريخ 1994/02/22، ملف رقم 1993/1217.

انظر: د. زواوي فريدة، مرجع سابق، ص 644 وما بعدها، د. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 276 وما بعدها.

لا يرتب أثراً، يتعيّن معه إعادة العقادين إلى حالهما قبل التعاقد⁽¹⁴⁰⁾، فلا يمكن الاحتجاج بالوعد بالبيع العقاري في مواجهة الغير، إلا إذا اتبعت فيه الشكلية، وإجراءات الشهر العقاري التي يتطلبها القانون⁽¹⁴¹⁾.

إنّ مراعاة الشكلية في الوعد بالبيع العقاري، المقصود منها عدم إفلات الأفراد من قيود الشكل الذي اشترطه القانون، بأن يوثق الوعد ببيع العقار لدى الكاتب العدل، ويسجل لدى دائرة التسجيل العيني المختصة، ما دام أن الوعد بالعقد سيؤدي إلى إتمام التعاقد المراد إبرامه نهائياً، فيما إذا حكم القضاء بذلك، وهو ما نصت عليه المادة (72) من القانون المدني الجزائري.

فإذا تم التسجيل في العقود الشكلية، وحصل وأن عدل أطراف العقد عن إتمام العقد النهائي المنشود، فإنّ زوال الارتباط بين المتعاقدين بالفسخ، يجب أن يقع تأثيره في السجل العيني أيضاً، فالحكمة من اشتراط الشكل حتى لا يتخذ الأشخاص الوعد وسيلة للتحايل على أحكام القانون، وذلك بأن يبرموا التصرفات الشكلية في صورة وعد، لا يتوافر فيه الشكل المطلوب، ثم يستصدرون حكماً بإتمام التعاقد دون استيفاء هذا الشكل⁽¹⁴²⁾.

وعلى ذلك، إذا لم يستوف الوعد بالعقد الشكل الذي يشترطه القانون، وفقاً للمادة (2/71) من القانون المدني الجزائري، فلا يجوز للموعد له استصدار حكم يقوم مقام العقد (المادة 72 من القانون المدني الجزائري)، وإنّما يترتب في هذه الحالة التزام الواعد بإتمام العقد، برفع دعوى بصحة التعاقد، وعندما يصدر حكم قضائي فيها يقوم مقام العقد النهائي، ونقل ملكية العقار بمجرد تسجيله، فإنّ نكل الواعد وأخل بالتزامه بإتمام العقد الموعد به، كان للموعد له حق استصدار حكم بالتعويض (المادتان 124 و 176) من القانون المدني الجزائري⁽¹⁴³⁾.

فالوعد بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يستوف ركن الرسمية، فإذا كان مثل هذا الوعد لا يمكن أن يؤدي إلى إتمام العقد المقصود فعلاً، لعدم استيفاء الشكل المطلوب، فهو بذاته يرتب التزامات شخصية، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، بحيث إنّه قد ينتهي

(140) تمييز حقوق أردني، بتاريخ 14/12/2009، ملف رقم 2009/2326، بتاريخ 08/02/2001، ملف رقم 2000/1714.

(141) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، بتاريخ 13/05/2010، ملف رقم 606845، م.م.ع، 2011، العدد2، ص149؛ نقض مدني مصري، بتاريخ 11/06/1999، طعن رقم 53/2157.

(142) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، ص 73 إلى 75.

(143) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 30/01/2001، ملف رقم 258113، م.م.ق، 2001، العدد 2، ص120، بتاريخ 24/05/2000، ملف رقم 223852، مرجع سابق، بتاريخ 17/04/1996، ملف رقم 154760، المشار إليه سابقاً، بتاريخ 03/04/1985، ملف رقم 33528، غير منشور، نقض مدني مصري، بتاريخ 12/06/1984، طعن رقم 362 لسنة 51 ق، ص 25، 1627؛ تمييز حقوق أردني، 95/149، المشار إليه سابقاً.

عند المطالبة بالتنفيذ في إتمام العقد المقصود، إن صح مثل هذا الوعد، أو على الأقل إلى قيام دعوى مطالبة الواعد بالتعويض عن الأضرار التي أصابته⁽¹⁴⁴⁾، أو دعوى باسترجاع الثمن المقبوض من جرّاء عدم التسجيل لدى الدائرة المختصة⁽¹⁴⁵⁾.

فإذا أخلّ الواعد بتنفيذ ما التزم به في الوعد، ولم يراع الشكل الواجب مراعاته في الاتفاق بالوعد، فليس أمام الموعود له إلا المطالبة القضائية بإلزامه بتنفيذ ما وعد به، وحيث إنّ هذا الالتزام يتعلق بعقد رسمي، لم تراخ فيه الشكلية اللازمة لإثبات الاتفاق، فإنّ الموعود له عندئذ لا يلوم إلا نفسه، ذلك أنّ المطالبة بالتعويض الذي يترتب عن إخلال أحد العاقدين بالتزامه، أو بتعهده بنقل ملكية عقار، (المواد 164 و 165 و 166/2 و 176 و 324 مكرر 1 و 793) القانون المدني الجزائري)، تستوجب توفر شرط الشكلية اللازمة المنصوص عليها قانوناً في المادة (2/71) من القانون المدني الجزائري، كما أنّه لا يستحق التعويض، إلاّ بعد إعدار الطرف الذي أخلّ بالتزامه (la mise en demeure)، ما لم يوجد نص مخالف لذلك، المادتان (179 و 180) من القانون المدني الجزائري⁽¹⁴⁶⁾.

وجدير بالتنويه أنّه إذا كان العقد المقصود موضوع الوعد من العقود الرضائية، وهو الأصل في العقود في القانون المدني الجزائري وفقاً للمادتين (54 و 55) من هذا القانون، ولكن اشترط العاقدان في الوعد أنّ التعاقد النهائي لا يتم إلاّ إذا أفرغ في شكل رسمي، فإنّ الوعد يكون صحيحاً، ولو لم تتوافر فيه هذه الرسمية؛ لأنّ العقد بحسب الأصل ووفقاً للقانون من العقود الرضائية، لا من العقود الشكلية؛ وذلك لأنّ مقتضيات المادة (2/71) من القانون المدني الجزائري تشترط أن يكون إبرام العقد من العقود الشكلية، لا ينعقد إلاّ بتسجيله، مما يتعين معه في هذه الحالة أن يتوافر في عقد الوعد الشكل اللازم توافره في العقد المنشود

(144) مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج 1، ص 115.

(145) تمييز حقوق أردني، بتاريخ 2005/01/06، ملف رقم 2004/877، بتاريخ 2012/10/07، ملف رقم 2012/3055.

(146) إنّ عدم توجيه الإعدار المسبق للمدين، للمطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض، وفقاً للمادتين (179 و 180) من القانون المدني، وإغفال مناقشة الدفع المقدم بشأنه، من طرف قضاة الموضوع، يستوجب النقص والإبطال.

المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2000/01/12، ملف رقم 206796، م. ق.، 2001، العدد 1، ص 110؛ بتاريخ 1997/03/12، ملف رقم 141951، غير منشور، بتاريخ 1990/05/28، ملف رقم 41112، م. ق.، 1992، العدد 2، ص 117.

Cass.Civ, 1,02/07/1996, Bull.Civ, 1, N°283 ; 31/03/1971, Bull.Civ, 3, N°230; Cass. Com, 05/10/1993, Bull.Civ, IV, N°312. L'art 1146 du c.civ.fr impose la mise en demeure du débiteur défaillant, il s'agit d'un avertissement en termes sans équivoques, rappelant au débiteur son obligation. La solution est entérinée par les nouveaux articles 1139 et 1146 du c.civ.fr issus de la nouvelle loi du 09/07/1991.

محل الوعد، وإلا بطل الوعد، وامتنعت مطالبة الواعد بتنفيذه عيناً، أو الالتجاء إلى المطالبة القضائية للحصول على حكم يقوم مقام العقد الشكلي، وفقاً لأحكام المادة (72) من القانون المدني الجزائري.

ونذكر أخيراً، أن الوعد بالتعاقد الذي يتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، ومنها بطريق شبكة الإنترنت، ومواقع الويب والتواصل الاجتماعي، يتم وفقاً للشروط والأحكام التي يستلزمها القانون لانعقادها وفقاً للصورة التقليدية، مع تطبيق القواعد الإلكترونية الخاصة بها.

المبحث الثالث

تنفيذ الوعد بالتعاقد

إذا توافرت شروط قيام الوعد بالتعاقد السابق بيانها، ترتبت عنه الآثار القانونية على انعقاده، من حيث التزام الواعد بإبرام العقد المقصود الموعود به، وهو التزام بعمل بإبرام العقد المنشود (obligation de faire)، إذا أظهر الموعود له (وهو المستفيد) رغبته في التعاقد، خلال المهلة المتفق عليها. والتزام الواعد بإبرام العقد الموعود به، إذا طلب الموعود له ذلك، خلال المدة المتفق عليها، يقابله حق شخصي للموعود له، في مطالبة الواعد بإبرام العقد المقصود بظهور الرغبة.

وتبعاً لذلك، فإنّ الوعد بالبيع لا يخوّل للموعود له حقاً عينياً على المال الموعود ببيعه، بل حقاً شخصياً (droit personnel) فحسب في مواجهة الواعد، ويترتب على هذا أن يظل الواعد مالكا للشيء الموعود ببيعه، خلال المرحلة السابقة على إعلان الموعود له رغبته في الشراء، ولكن يجوز للموعود له اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية اللازمة، مما يكفل له المحافظة على حقه الشخصي، أو لإفادته منه في فترة الوعد⁽¹⁴⁷⁾.

ومن ثمّ، يجب التمييز فيما يتعلق بأثر الوعد بالتعاقد بين مرحلتين مهمتين: الأولى قبل إعلان الموعود له رغبته في التعاقد، والثانية تأتي بعد إبداء هذه الرغبة في إبرام العقد، خلال المدة المتفق عليها، كما أننا سنعالج بعد ذلك، بصورة موجزة، بعض أهم مشكلات تنفيذ الوعد بالتعاقد الأكثر وقوعاً في الحياة العملية، من خلال البحث في المسائل المهمة الآتية:

المطلب الأول

مرحلة قبل إعلان الموعود له رغبته في التعاقد

يظل الواعد ملزماً قانوناً بالبقاء على وعده (la promesse)، في الوعد من جانب واحد (Promesse unilatérale)، خلال المدة المحددة المتفق عليها في الوعد، وهي المرحلة الزمنية السابقة على إبداء الموعود له عن رغبته؛ وذلك لأنّ الوعد عقد كما ذكرنا، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون، وفقاً للقوة الملزمة لعقد الوعد⁽¹⁴⁸⁾.

(147) د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مرجع سابق، ص 81 وما بعدها.

(148) المحكمة العليا الجزائرية، غ.م.ن، بتاريخ 2006/01/18، ملف رقم 318607، ن.ق، العدد 61، ج 2، ص 284، إن التصرف الصادر من الواعد في العقار الموعود به، بموجب وعد بيع محدد في ورقة رسمية ومسجل بإدارة التسجيل، يعتبر تصرفاً في ملك الغير. انظر: القرار الصادر في 1987/07/01، ملف رقم 40818، غير منشور. من الثابت قانوناً، أنّه إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره، أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2000/05/24، ملف رقم 223852، م.ق، 2001، العدد 1، ص 138؛ نقض مدني مصري، بتاريخ 1954/05/06، طعن رقم 21/202.

وبالتالي يلتزم الواعد بالبقاء على وعده في إبرام العقد النهائي عند حلول مواعده، أو عند إعلان الموعد له رغبته في التعاقد، فيصبح الموعد له دائناً للواعد بحق شخصي، ولو كان محل الوعد عقداً من العقود العينية الناقلة للملكية، كالوعد بالبيع العقاري؛ لأنَّ حقه العيني هذا لا يوجد إلا من وقت التعاقد النهائي، مع مراعاة قواعد التسجيل والشهر العقاري⁽¹⁴⁹⁾.

ومن ثمَّ، يصبح رجوع الواعد عن وعده، خلال مدة الوعد المتفق عليها، وقبل إعلان الموعد له عن خياره هو عديم الأثر القانوني؛ وبالتالي يجوز لهذا الأخير إظهار رغبته في إبرام العقد الموعد به خلال مدة الوعد، فينعقد العقد، وفقاً للقوة الملزمة لعقد الوعد كما أشرنا⁽¹⁵⁰⁾، فلا يجوز للواعد وفقاً للقواعد العامة العدول عن وعده بإرادته المنفردة، خلال مدة الوعد المعينة المتفق عليها، وما يترتب على ذلك من التزامه بالامتناع عن القيام بأي عمل، من شأنه أن يحول دون إبرام العقد النهائي الموعد به في المستقبل، وفقاً للمواد (71 و106 و107 و123 مكرر و123 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري، فالواعد وحده يلتزم في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، بالحفاظ على الإيجاب خلال مدة معينة، والموعد له الاستفادة من الخيار يبقى حراً من الناحية القانونية، شرط أن يدفع الثمن المقابل للمدة المحددة التي يحدد خلالها الواعد إيجابه، في حين أنَّ الطابع التبادلي للوعد بالبيع الملزم للجانبين يقوم على تبادلية الالتزامات التي تميز مثل هذه العقود، فلا يتوقف إبرام العقد النهائي في الوعد بالتعاقد الملزمة للجانبين على إبداء رغبة أي طرف في ذلك، بل بحلول الموعد المتفق عليه في الوعد بالعقد المتبادل⁽¹⁵¹⁾.

أما إذا انقضت المهلة المحددة في الوعد دون إعلان الموعد له عن رغبته في إبرام العقد الموعد به، يسقط الوعد بالتعاقد، ويعد كأنه لم يكن، ولا يكون للموعد له الاستفادة من الوعد أي حق شخصي قبل الواعد، فيسقط الوعد بالتعاقد من تلقاء نفسه⁽¹⁵²⁾؛ وذلك لأنَّ الوعد ينتهي بإبرام العقد المقصود في الميعاد المحدد، كما رأينا، فإذا أعلن الموعد له هذه الرغبة بعد انقضاء هذا الأجل المعين، اعتبرت الرغبة إيجاباً جديداً يحتاج لقبول من الواعد، المادة (66) من القانون المدني الجزائري⁽¹⁵³⁾.

وعلى ذلك، فإنَّه قبل أن يعبر الموعد له الاستفادة من الوعد عن رغبته في التعاقد، خلال المدة المتفق عليها، لا يكون التزام الواعد إلا التزاماً شخصياً بعمل كما أشرنا، فهو من جانب واحد

(149) د. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 270 وما بعدها.
(150) I. Najjar, La sanction de la promesse de contrat, Rec.Dalloz, Paris, 21/04/2016, p 848 et 849, N° 15.

(151) نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1981/03/31، مجلة قصر العدل، 1981، 2، ص 308؛ 1985/1405، النشرة المدنية، 4، رقم 153، ص 130.

(152) نقض مدني مصري، بتاريخ 1954/05/06، م.أ.ن، س 5، ص 834؛ د. عبد المجيد الشواربي، عقد البيع، المشكلات العملية والدعاوى والدفع، ج 1، ط 5، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2014، ص 20.

(153) I. Najjar, La sanction de la promesse de contrat, op.cit., Pp. 848-849, N° 15.

فقط، وتنفيذه منوط بإظهار الموعد له رغبته في التعاقد، خلال الميعاد المحدد⁽¹⁵⁴⁾، وقد لا يمكن تنفيذه جبراً في بعض الحالات⁽¹⁵⁵⁾، غير أن محكمة النقض الفرنسية في اجتهاداتها الحديثة، بشأن جزاء الإخلال بالوعد بالتعاقد أجازت في قرار مبدئي حديث مشهور إمكانية اتفاق أطراف الوعد بموجب بند في الوعد ذاته على تنفيذه جبراً عن الواعد في حالة الإخلال به⁽¹⁵⁶⁾، مما يمنح للوعد بالتعاقد فعالية أو قوة أكثر من تلك التي تتوفر للإيجاب المقترن بمدة⁽¹⁵⁷⁾.

المطلب الثاني

مرحلة بعد إبداء الموعد له رغبته في إبرام العقد

متى أبدى الموعد له رغبته في إبرام العقد الموعد به، خلال المدة المتفق عليها، وكانت مطابقة لإرادة الواعد التي عبّر عنها في وعده، في كل المسائل الجوهرية التي تناولها الوعد بالعقد، يترتب على ذلك انعقاد العقد النهائي الموعد به، ويعتبر العقد منعقداً، بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال الميعاد المتفق عليه، ومن هذه اللحظة دون أثر رجعي، فيكون تنفيذ الالتزام منوطاً بإبداء الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة التي التزم بها الواعد والتي يتوقف عليها⁽¹⁵⁸⁾، فإبداء الرغبة هو تصرف قانوني، يتم بالإرادة المنفردة للموعد له، لا ينتج أثره إلا من وقت أن يتصل بعلم الواعد خلال مدة العقد، ووصولها إليه يعد قرينة على العلم به إلى أن يثبت العكس⁽¹⁵⁹⁾.

فإذا رضي الموعد له بالعقد، واتصل رضائه بعلم الواعد في الميعاد المحدد للوعد المتفق عليه، انعقد العقد بمجرد التراضي في القانون المدني الجزائري؛ لأنّ الواعد احترام تعهده

(154) ومن ثمّ، فإنّ عدول الموعد له عن التعاقد، خلال الميعاد المحدد، يؤدي إلى انقضاء الوعد. انظر: نقض

مدني مصري، بتاريخ 1983/04/12، طعن رقم 49/1845 ق؛ بتاريخ 1946/06/06، طعن رقم 15/90 ق.

(155) نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1993/12/15، 22366، JCP، 1995، 2، تعليق: D. Mazeaud؛ 2011/05/11، دالوز، 2011.

(156) نقض مدني فرنسي، 2008/03/27، 10147، JCP، 2008، 2.

(157) Ph. Delebecque et F.J Pansier, Droit des obligations, 1, Contrat et quasi-contrat, Litec, Paris, 5^e éd, 2010, p. 59.

(158) قبل أن يظهر الموعد له رغبته في التعاقد النهائي، لا ينشئ الوعد إلا التزاماً على عاتق الواعد بإبرام العقد الموعد به مستقبلاً؛ لأنّ الوعد التزام من جانب واحد في أساسه، فإذا لم يظهر الموعد له هذه الرغبة، خلال المهلة المتفق عليها، سقط الوعد من فوره ومن تلقاء نفسه، وتبرأ ذمة الواعد نهائياً، دون حاجة لتنبيه أو إنذار، ما لم يشترط المتعاقدان الإخطار. انظر: د. سعيد قنديل، الوعد بالتعاقد، مرجع سابق، ص 90 وما بعدها؛ السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مرجع سابق، ص 26 وما بعدها. وراجع: نقض مدني مصري، بتاريخ 1990/01/24، م.أ.ن، س 41، رقم 55/715، العدد 1، ص 243؛ بتاريخ 1965/12/16، م.أ.ن، س 16، ص 202؛ بتاريخ 1983/04/12، طعن 49/1845.

(159) نقض مدني مصري، بتاريخ 1954/05/06، طعن رقم 21/202.

الذي أبرمه مع الموعود له، فيتم انعقاد العقد النهائي الذي كان مقصوداً أصلاً من عقد الوعد، وذلك وفق المواد (59 و71 و106 و107) من القانون المدني الجزائري⁽¹⁶⁰⁾.

وقبول الموعود له للعقد النهائي، خلال المدة المتفق عليها، قد يكون صريحاً، بإبداء الرغبة في الشراء وتحضير عقد البيع، أو إرسال رسالة إلى الواعد بالقبول، أو إنذار رسمي على يد محضر معن⁽¹⁶¹⁾، وقد يكون ضمناً يستفاد من بعض الأعمال: كأن يقوم الموعود له بالبيع مثلاً بدفع جزء من الثمن، أو تصرف في المال الموعود ببيعه إلى آخر باعتباره مملوكاً له، أما إذا كان قبول الموعود له يستلزم إقرار شخص آخر حتى يترتب عليه أثره القانوني، كمدير شركة يحتاج في تعاقدته إلى إقرار من مجلس الإدارة، فإن العقد النهائي لا يتم إلا من وقت صدور هذا الإقرار⁽¹⁶²⁾.

إذا قام الموعود له بإبداء رغبته، صراحة أو ضمناً، خلال المدة المحددة، ترتب عن ذلك إبرام العقد النهائي الموعود به، وتنفيذه من طرف الواعد من دون أثر رجعي، أي تبدأ مرحلة ترتيب آثار الوعد بالتعاقد، وجاز للموعود له المطالبة بتنفيذ الآثار المترتبة عن اتفاق الوعد⁽¹⁶³⁾؛ لذا فإن العقد النهائي الموعود به ينعقد بمجرد إظهار الموعود له عن رغبته في المهلة المحددة المتفق عليها، التي التزم بها الواعد والتي يتوقف عليها تنفيذ الوعد، دون حاجة لصدور رضا جديد من الواعد، أي دون حاجة إلى صدور قبول من الواعد، ودون حاجة إلى أي إجراء جديد⁽¹⁶⁴⁾، فيصبح الموعود له عندئذ مالكا للشيء محل العقد، ويستطيع التصرف فيه بكافة التصرفات القانونية⁽¹⁶⁵⁾، غير أنه يجوز الاتفاق في الوعد بالبيع المتبادل على وجود شرط يحدد مفعول هذا الأثر الرجعي، استناداً إلى إرادة الطرفين، مع التعهد في الوقت نفسه بإبرام العقد النهائي فوراً باستيفاء ذلك الشرط بالمعنى الضيق⁽¹⁶⁶⁾، كإخضاع الطابع التام والنهائي للبيع لشرط معلق على توقيع العمل الموثق، بتأجيل البيع النهائي، وتأخير نقل

(160) د بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 301 وما بعدها.

(161) نقض مدني مصري، بتاريخ 1980/02/27، طعن رقم 49/970.

(162) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط10، 2018 ص 73.

(163) نقض مدني مصري، بتاريخ 2003/03/20، طعن 64/1915. ومن ثم، يخضع الوعد بالتعاقد للقانون الذي أبرم في ظله، وليس للقانون الساري المفعول. انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1996/10/16، ملف رقم 138233، ن.ق، العدد 51؛ انظر: بدري جمال، مرجع سابق، ص 107 وما بعدها.

(164) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 222.

(165) نقض مدني مصري، بتاريخ 1983/04/12، طعن رقم 49/1845.

(166) J. Viatte, Les effets attachés par les parties à la signature de l'acte authentique, Rev des Notaires, Paris, 1980, N° 55688, p. 1089; L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, RTDCiv, 1949, N° 175 et s; Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. Gautier, Les Contrats Spéciaux, Defrénois, Paris, 2e éd. 2005, N° 130.

الملكية إلى تاريخ توقيع العقد الموثق لدى الكاتب العدل، أو للحصول على إذن إداري، أو لتحرير لاحق، أو لدفع الثمن⁽¹⁶⁷⁾.

وإبداء الموعود له رغبته في إبرام العقد الموعود به ضمناً يكون كما لو تصرف الموعود له في المال الموعود به، فيعتبر ذلك إعلاناً لرغبته الجديدة في تحويل الوعد بالبيع إلى بيع نهائي ما لم يشترط الطرفان في عقد الوعد أن يتم إظهار الموعود له رغبته في إبرام العقد في شكل معين، كخطاب موسى عليه مثلاً، ووجب عندئذ احترام هذا الشكل المتفق عليه، وإلا كان إبداء الرغبة عديم الأثر القانوني⁽¹⁶⁸⁾؛ وذلك لأن الوعد كان مشتملاً على جميع العناصر الجوهرية للعقد المنشود، وخصوصاً منها تلك المتعلقة بالشكل، إذا كان العقد شكلياً، كما سبقت الإشارة إليه ضمن شروط قيام الوعد بالتعاقد⁽¹⁶⁹⁾، فإذا كان العقد الموعود به وارداً على حق عيني عقاري، فإن الملكية لا تنتقل إلى الموعود له، ولا تنفذ في مواجهة الغير، إلا بالتسجيل لدى الدوائر المختصة، وفقاً للمواد (2/71 و 324 مكرر 1 و 793) من القانون المدني الجزائري، والمادة (12) من الأمر رقم 70/91 المؤرخ في 15/12/1970⁽¹⁷⁰⁾، ولا يغيّر من ذلك حلول المدة المحددة لإبرام العقد الموعود به⁽¹⁷¹⁾.

فتمتّى اتفاق الواعد والموعود له على جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، وعلى المدة التي يجب فيها على الموعود إظهار رغبته في التعاقد، ينعقد العقد النهائي بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد، لا من وقت الوعد⁽¹⁷²⁾، ووجب على الواعد تنفيذ التزامه بالتعاقد النهائي بشروط الاتفاق الأول نفسها، ما لم يتفق على غير ذلك، فإذا اتفق على غير ذلك،

(167) لا يتعلق ذلك بأجل بالمعنى الفني، عندما لا تؤخر مهلة ما متفق عليها استحقاق ما ورد في التعهد المتبادل بين الطرفين وقت صدور الوعد التبادلي. راجع: نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1988/11/30، النشرة المدنية، 3، رقم 173، ص 94؛ بتاريخ 1987/01/14، دالوز، 1988، ص 80، ملاحظات Schmidt-S (J)؛ بتاريخ 1984/12/11، النشرة المدنية، 3، رقم 212، ص 166؛ بتاريخ 1970/04/30، النشرة المدنية، 1، رقم 148؛ الغرفة التجارية، بتاريخ 1980/02/11، النشرة المدنية، 4، رقم 71، ص 55.

(168) Ph. Malaurie et L. Aynes et Ph. Gautier, Les Contrats Spéciaux, op.cit., p 79; P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD Civ, 1999, P. 774 et s.

(169) د. زاهية حورية سي يوسف، الواضح في عقد البيع، مرجع سابق، ص 65؛ وراجع حول أثر الشرط في وصف الوعد بالتعاقد باللغة الفرنسية:

Cf. Goubeaux, Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusive de l'une des parties, Defrénois, Paris, 1979, N° 33266.

(170) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، بتاريخ 2010/05/13، ملف رقم 606845، م.م.ع، 2011، العدد 2، ص 149؛ نقض مدني مصري، بتاريخ 1999/06/11، طعن رقم 53/2157؛ تمييز حقوق أردني، بتاريخ 2012/06/24، ملف رقم 2012/1958؛ بتاريخ 2012/02/29، ملف رقم 2011/4643؛ بتاريخ 2011/02/23، ملف رقم 2011/4608؛ بتاريخ 2011/11/30، ملف رقم 2011/3544.

(171) د. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري مرجع سابق، ص 270 وما بعدها.

(172) نقض مدني مصري، بتاريخ 1990/10/24، طعن رقم 715، لسنة 55 ق، س 41، ج 1، ص 242.

فالعبرة بما اتفق عليه في التعاقد النهائي⁽¹⁷³⁾.

ويستوجب أن تكون رغبة الموعود له في التعاقد وقت إعلانها مطابقة لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده، مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها التعاقد، فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل في الوعد، فلا ينعقد العقد، ما لم يقبل الواعد هذا التعديل، إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد، لا ينعقد به العقد، إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر، وفقاً لمقتضيات المادة (66) من القانون المدني الجزائري.

فإنه يشترط لانعقاد عقد البيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته في التعاقد النهائي خلال المدة المتفق عليها، مطابقة لإرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة، في كل المسائل الجوهرية التي تناولها الوعد بالعقد، فإذا اقترنت هذه الرغبة المعلنة بما يعدل في الوعد، بالزيادة أو النقصان، فلا ينعقد العقد ما لم يقبل الواعد هذا التعديل، إذ تعتبر هذه الرغبة المتضمنة تعديل الوعد بمثابة إيجاب جديد، لا ينعقد به العقد إلا إذا اقترنت به قبول من الطرف الآخر. وعلى ذلك قضت محكمة النقض المصرية، بأن: «تعديل الثمن من جانب الموعود له، دون قبول مطابق من الواعد لهذا التعديل، لا ينعقد به الوعد بالعقد⁽¹⁷⁴⁾.

ومن المعلوم أن رجوع الواعد عن الوعد خلال الوقت المعطى للموعود له، لإبداء رغبته في التعاقد (La révocation de la promesse)، وفقاً لأحكام المادة (2/1124) الجديدة من القانون المدني الفرنسي الساري المفعول منذ عام 2016 لا يحول قانوناً دون انعقاد العقد الموعود به⁽¹⁷⁵⁾.

كما أنه وفقاً للمادة نفسها في فقرتها الثالثة: «يكون العقد الذي يبرمه الواعد مع الغير، بالمخالفة للوعد المبرم بين الطرفين باطلاً متى كان الغير الذي تم التعاقد معه سيئ النية، بأن كان يعلم بوجود هذا الوعد⁽¹⁷⁶⁾. وهذا حكم تشريعي صائب من قانون العقود الفرنسي الجديد، باعتبار أن الغير الذي يقدم على شراء ما يعلم أنه محل وعد لصالح شخص آخر، يعتبر سيئ النية وشريكاً في الإخلال بالالتزام العقدي الواقع على عاتق الواعد بتنفيذ تعهده، فيجوز الحكم عندئذ بالتعويض على هذا الغير وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية⁽¹⁷⁷⁾.

(173) نقض مدني مصري، بتاريخ 1944/03/22، مجموعة عمر، ج4، ص 302.

(174) نقض مدني مصري، بتاريخ 1965/12/16، طعن رقم 198 لسنة 21 ق، ص 16، ص 1291؛ م.ا.ن، ص 202.
(175) La révocation n'empêche pas la formation du contrat promis. Art 1124/2 C.Civ.Fr: «La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis».

(176) المادة (3و2/1124) الجديدة من القانون المدني الفرنسي الجديد الساري المفعول منذ عام 2016.
Voir: Ph. Delebecque, La réforme des contrats en droit Français, quelles innovations, Rev. Algé, 2016, n°5, op.cit, p. 206; Y. Paclot et E. Moreau, L'inefficacité de La Rétractation de la promesse unilatérale de vente, JCP, 2011, p. 736.

(177) I. Cf. Najjar, La Rétractation d'une promesse unilatérale de vente, D.1997, chron.119.

وجدير بالملاحظة، أنه يجوز إدراج شرط تغيير أو استبدال شخص الموعد له في الوعد بالعقد، على أن يكون ذلك قبل إبداء الرغبة؛ لأنه بعد إبداء الرغبة من طرف الموعد له يكون العقد النهائي قد أبرم قانوناً بمجرد إبداء هذه الرغبة، وتتحول منذ هذا الوقت من مرحلة الوعد بالعقد إلى مرحلة العقد النهائي الموعد به، بكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية⁽¹⁷⁸⁾.

المطلب الثالث

حكم التصرفات الصادرة من الواعد في فترة الوعد

يظل الواعد مالكاً للشيء الموعد به، سواء أكان منقولاً أم عقاراً ومالكاً لثماره ومنتجاته، ولا يجوز للموعد له أن يدعي ملكيته لهذا الشيء، أو التصرف فيه خلال المرحلة السابقة على إعلان رغبته في التعاقد، ولكن للموعد له حق اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه الشخصي، أو لإفادته منه خلال فترة الوعد المتفق عليها، كاستعمال حقوق الواعد عن طريق الدعوى غير المباشرة، والتدخل في دعوى قسمة الواعد لأمواله الشائعة، والمطالبة بمنع الواعد من القيام بالأعمال التي قد تحول دون انعقاد البيع الموعد به، كالمطالبة مثلاً بمنع الواعد من هدم المنزل الموعد ببيعه، ورفع دعوى صحة التوقيع للحصول على اعتراف الواعد بالإمضاء، كما يجوز للموعد له باعتباره دائناً أن يحصل على تأمينات شخصية أو عينية، لضمان الوفاء بحقه، ولضمان حقه في التعويض إذا أخل الواعد بالتزامه، كقيد الرهن مثلاً المقرر لضمان هذا الحق.

وكذلك للموعد له حق التنازل عن حقه الشخصي للغير، وفقاً لأحكام وإجراءات حوالة الحق، إذ يحق للموعد له في الوعد بالبيع التنازل عن حقه المترتب عن الوعد ما لم يتبين أن نية الطرفين انصرفت إلى عدم جواز ذلك، فيلزم عندئذ رضا الواعد في هذه الحالة⁽¹⁷⁹⁾.

كما أن ينتقل التزام الواعدين يتنقل إلى ورثته (Transmission de la Promesse)، في حدود ما آل إليهم من أموال التركة، وإن مات الموعد له خلال المدة المتفق عليها، انتقل حقه الشخصي إلى ورثته الشرعيين؛ لأن حق الخيار المخول له ذو قيمة مالية، يقبل التعامل

(178) د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها؛ د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 393 وما بعدها.

Voir: M. Azencot, La transmission des promesses unilatérales de vente, JCP, 1992, p. 61 et s; Francois Collart-Dutilleul, La durée des promesses des contrats, R.D.C., 012004/01/, N° 1, p. 15 et s.

(179) Ph. Malaurie et L. Aynes et P.Y Gautier, Les Contrats Spéciaux, op.cit, p. 76; I. Najjar, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatérale, op.cit, p. 35 et s.

والتوارث كقاعدة عامة⁽¹⁸⁰⁾. فإذا تصرف الواعد في الشيء الموعود به للغير قبل حلول الميعاد المحدد، ناقضاً بذلك اتفاق الوعد المبرم بين الطرفين، يكون قد تصرف فيما يملكه، وينفذ العقد في العلاقة بين الواعد والمتصرف إليه، كما لو أنه تصرف في العقار الموعود به في فترة الوعد، بالبيع أو الرهن مثلاً، ونفذ هذا التصرف ودخلت العين في ذمة المتصرف إليه، بالتملك أو مثقلة بالرهن، بعد إتمام كافة الإجراءات القانونية.

وكذلك الحال، إذا تصرف الواعد في الشيء بالبيع أو الهبة، وكان المال الموعود به منقولاً، وتسلمه المشتري، فإن هذا التصرف يسري أيضاً على الموعود له؛ فعندئذ يجوز للموعود له الرجوع على الواعد بالتعويض، وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية العقدية، على أساس أن الواعد قد أخل بالتزامه العقدي، فلا يكون للموعود له سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحاصلة، لاستحالة تنفيذ الالتزام عيناً، وفق لأحكام المواد (1/160 و164 و176) من القانون المدني الجزائري.

فإذا أصبح نقل الملكية الموعود بها مستحيلًا استحالة ترجع إلى إخلال الواعد بوعده، بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة، التزم هذا الأخير بإبرام العقد النهائي، وإلا كان مسؤولاً بتعويض الموعود له عن الضرر المترتب من جراء هذا الإخلال.

أما إذا كانت الاستحالة ترجع لسبب أجنبي، لا يد للواعد فيه، غير متوقع ولا يمكن تفاديته، كهلاك المال الموعود ببيعه كلياً بفعل قوة قاهرة مثلاً، أو بسبب نزع ملكية العقار الموعود به للمنفعة العامة، فإنه يهلك على الواعد؛ لأنه المالك للشيء، ولا ينعقد التعاقد المقصود لتخلف المحل، فينقضي التزام الواعد، ولا يلتزم بتعويض هذا الضرر، ولا حق للموعود له عندئذ في التمسك بالوعد وقبول الشراء، ولا حق له في طلب التعويض وفق المادتين (176 و307) من القانون المدني الجزائري، فلا ينتج عن القوة القاهرة انفساخ العقد، إلا إذا كانت الاستحالة الناشئة عنها نهائية؛ لأنه إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام مؤقتة، فلا يفسخ بها العقد، بل يوقف تنفيذه حتى تزول هذه الاستحالة، أي إلى حين زوال القوة القاهرة⁽¹⁸¹⁾، أما إذا هلك الشيء الموعود ببيعه هلاكاً جزئياً، فيجوز أن يتم البيع في الجزء الباقي إذا اختار الموعود له ذلك، ويتم البيع في هذه الحالة بالثمن المتفق عليه بلا نقص.

المطلب الرابع

حكم العقد الابتدائي

العقد الابتدائي كما تدل تسميته (contrat préparatoire) هو مشروع عقد، غالباً ما يكون في صورة وعد متبادل بالعقد، يكون مسبقاً بمفاوضات عقدية تنتهي بمشروع عقد

(180) د. بلحاج العربي، الشركات والموارث في ضوء قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه، الجزائر، 2018، ص 82.

(181) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 15/11/1921، دالوز، 1922، 5، 14.

محدد يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي المنشود في الموعد المتفق عليه، ما دام قد استكمل عناصر العقد الأساسية وشروطه اللازمة لصحته، بما في ذلك وجوب التسجيل لنقل الملكية، أو لتقرير حق عيني آخر على العقار، حيث إن نية أطراف العقد قد تتجه إلى إثبات حقيقة إرادتهما في وثيقة عرفية أولية مؤقتة، تسمى بالعقد الابتدائي، على أن يعاد تحريره فيما بعد بالطريقة التي رسمها القانون عند التسجيل لدى المصالح المختصة، طبقاً لما يتطلبه القانون، وبتسجيل العقد الابتدائي يسمى عندئذ بالعقد النهائي⁽¹⁸²⁾.

فعقد البيع الابتدائي مثلاً، يتفق أطرافه على موعد محدد لإبرام عقد البيع النهائي، ويلزم لصحته توافر الأركان والشروط لصحة عقد البيع النهائي، وهو في صورته المثلث يأخذ شكل محرر عرفي في الفترة السابقة على تسجيل العقد لنقل الملكية، وفقاً لإجراءات التسجيل والشهر العقاري، فالبيع الابتدائي بهذا المعنى هو اتفاق متبادل يقتصر على إلزام كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه، وهو غالباً يتم إبرامه قبل مباشرة إجراءات التسجيل والشهر، فهو يرتب كافة التزامات البيع القانونية في ذمة كل من البائع والمشتري⁽¹⁸³⁾.

الفرع الأول

التفرقة بين العقد الابتدائي والوعد بالتعاقد

يختلف الوعد بالتعاقد (promesse de contrat) عن العقد الابتدائي (contrat préparatoire)، حيث إنَّ الوعد المتبادل بالعقد هو المقصود الأصلي، فهو عقد تام وكامل فور انعقاده، ولو كان التنفيذ فيه مؤجلاً لحين حلول الوعد المتفق عليه، فهو يمهّد لإبرام العقد النهائي المنشود من الطرفين، وهو غالباً العقد ذاته تترتب عليه جميع آثاره، من حيازة ومنفعة وتسليم، إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد وموضوعه وعناصره الأساسية من الشيء المبّيع والثمن والشروط والضمانات، فالعقد الابتدائي هو مشروع عقد كامل وتام، كما أشرنا، يتفق فيه أطرافه على تاريخ محدد لإبرام العقد النهائي الملزم لأطرافه، غير أنّ نقل الملكية الذي يترأخى إلى وقت التسجيل، من خلال ورقة رسمية أو عرفية، بحسب الأحوال والظروف، وفقاً لما يتطلبه القانون⁽¹⁸⁴⁾.

وعلى ذلك، قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: «وصف العقد بأنه ابتدائي أخذاً

(182) د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 425 وما بعدها؛ د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مرجع سابق، ص 285 وما بعدها؛ د. عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 96 وما بعدها.

Cf. A. Lassoued, Les contrats préparatoires, Thèse, Strasbourg 3, 1987, p. 50 et s.

(183) د. زاهية حورية سي يوسف، الواضح في عقد البيع، مرجع سابق، ص 56.

(184) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، مرجع سابق، فقرة 40 وما بعدها؛ د. عبد المنعم البدرابي، الوجيز في عقد البيع، جامعة القاهرة، 1985، فقرة 87 وما بعدها.

بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراع في تحريرها الأوضاع التي يتطلبها قانون التسجيل، لا يحول دون اعتبار البيع باتاً ولازماً متى كانت طبيعته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول، أما العقد النهائي، فلقد استقر قضاء النقض، على أنه هو الذي تقوم به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين⁽¹⁸⁵⁾.

أما الوعد بالتعاقد، فليس هو المقصود الأصلي من الطرفين، بل هو وسيلة تمهيدية تمهد للوصول للعقد النهائي المنشود، كما أشرنا سابقاً، فهو تعهد بفعل شيء أو عمل ما، في الفترة السابقة من التعاقد، فلا تترتب آثاره بين المتعاقدين بمجرد الاتفاق، وإن تضمن اتفاقاً على جميع المسائل الأساسية للعقد المزمع إبرامه، فهو ليس عقداً نهائياً، فلا يحتج به على غير المتعاقدين، ولا ينقل الملكية في الحال⁽¹⁸⁶⁾.

إن العقد الموعود به المقصود أن يتم إبرامه مستقبلاً، لمجرد أن يظهر الموعود له وحده عن رغبته في التعاقد، خلال المدة المتفق عليها⁽¹⁸⁷⁾؛ لأن الوعد بالعقد يتضمن اتفاقاً على جميع العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، وهو ما يجب توافره في الوعد بالتعاقد من الناحية القانونية، وفقاً لأحكام المادة (71) من القانون المدني الجزائري⁽¹⁸⁸⁾؛ ذلك أن الوعد بالعقد الأحادي الجانب، كما رأينا سابقاً، يقتصر على إلزام الواعد بأن يبرم العقد المنشود، إذا طلب الموعود له ذلك خلال مدة الوعد، وهو لا تترتب عليه وقت انعقاده الالتزامات القانونية التي تترتب على العقد النهائي، فلا يترتب عنه سوى التزامات شخصية على كل من طرفيه، بأن يتم إبرام العقد المنشود، إذا قبل الطرف الآخر ذلك في الميعاد المتفق عليه⁽¹⁸⁹⁾.

(185) نقض مدني مصري، بتاريخ 1972/05/25، طعن رقم 36/417.

(186) د. علي علي سليمان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 47 و 48؛ د. محمد صبري السعدي، الواضع في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها؛ د. علي فيلاي، الالتزامات، ج 1، مرجع سابق، ص 135 وما بعدها؛ د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 301 وما بعدها.

(187) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2001/05/23، ملف رقم 247607، م.م.ع. 2004، العدد 2، ص 119؛ بتاريخ 2004/05/24، ملف رقم 223852، م.ق. 2001، العدد 1، ص 138، بتاريخ 1993/12/22، ملف رقم 106776، م.ق. 1994، العدد 2، ص 27.

(188) من المقرر قانوناً، وفقاً للمادة (71) من القانون المدني الجزائري، أنه لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني، إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

راجع: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المجتمعة، بتاريخ 1997/02/18، ملف رقم 136156، م.ق. 1997، العدد 1، ص 10، فإذا كان العقد المراد إبرامه شكلياً، وجب أن يتم الوعد بالتعاقد في هذا الشكل، الغرفة المدنية، بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500، م.ق. 1992، العدد 3، ص 112.

(189) إن الوعد بالبيع هو عقد تمهيدي أو تحضير، لا ينعقد صحيحاً إلا بالتراضي على جميع العناصر الأساسية (كالبيع والتمن لانعقاد الوعد بالبيع)، اللازمة لإبرام العقد النهائي، بمجرد إبداء الموعود له رغبته في الشراء خلال المدة المحددة. انظر: د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 585؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 46 و 47؛ السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

أما في مجال الوعد الملزم للجانبين (promesse synallagmatique)، أي الوعد التبادلي بالعقد، فبحلول الميعاد المتفق عليه لإبرام العقد النهائي الموعود به، يلتزم الطرفان بإبرامه، فإذا تقاعس أحدهما عن إبرام العقد، جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك، برفع دعوى صحة التعاقد، ومتى صدر الحكم بصحة التعاقد، قام هذا الحكم مقام العقد النهائي، بشرط أن تتوافر الشروط اللازمة لإتمام العقد، وأن يكون الشكل قد توافر في الوعد بالعقد الشكلي، وذلك وفق المادتين (2/71 و72) من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني

التفرقة بين العقد الابتدائي واتفاقات المبادئ

يختلف العقد الابتدائي (Contrat préparatoire) عن اتفاقات المبادئ (Accords de principe)، في كون العقد الابتدائي كما أشرنا، هو عقد تام وملزم لأطرافه، ما دامت قد توافرت فيه أركان العقد وشرائطه وعناصره الأساسية، فتترتب عليه كل آثار العقد. وبصفة عامة، لا يكون العقد الابتدائي ملزماً لطرفيه، إلا إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد وعناصره الأساسية، فالعقد الابتدائي لبيع العقار مثلاً، يجب أن يشتمل على ماهية العقار المبيع (مساحته وموقعه وحدوده)، ثم تحديد الثمن، فإذا لم يتم الاتفاق على هذه العناصر الأساسية، فإن العقد الابتدائي لا ينعقد قانوناً⁽¹⁹⁰⁾، وهذا دون إغفال الإجراءات الرسمية في العقود الشكلية (كبيع العقار، وكالرهن الرسمي، وعقود الشركات...)، فإذا تم إبرام عقد ابتدائي لعقد شكلي، من دون الإجراءات اللازمة للشكلية، عد باطلاً⁽¹⁹¹⁾.

أما اتفاقات المبادئ التي قد تتخلل مرحلة التفاوض على العقد: كالاتفاق على مبدأ الدخول في المفاوضات، والاتفاق على عدم التفاوض مع الغير خلال مدة المفاوضات، والاتفاق على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض، والاتفاقات الواردة في خطابات النوايا، والاتفاق على تأجيل التوقيع النهائي وغيرها؛ فإنها اتفاقات مؤقتة مرحلية سابقة على التعاقد النهائي، يتم إبرامها في كل مرحلة يتم اجتيازها، وهي تهدف إلى تحديد المسائل التي يمكن للأطراف الاتفاق بشأنها مبدئياً على مراحل متتالية، بتدوين ما تم الاتفاق عليه في كل مرحلة، بهدف

(190) نقض مدني مصري، بتاريخ 1981/10/31، م.أ.، س 33، ص 568، رقم 157.

(191) د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مرجع سابق، ص 288؛ وللمؤلف نفسه: الوجيز في عقد البيع، جامعة الكويت، 1999، فقرة 72 وما بعدها؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، دار الكتاب الحديث، دولة الكويت، 1998، ص 150؛ د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، مرجع سابق، ص 510 وما بعدها.

Voir: Ph. Malaurie et L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, Les Obligations, op.cit, pp. 139 et 142.

التوصل إلى إبرام العقد النهائي المرجو⁽¹⁹²⁾، فهي لا تكون ملزمة إلا إذا اشتملت في مضمونها وصياغتها على اتفاق على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، التي تتفاوض الطرفان بشأنها⁽¹⁹³⁾، فتصلح بذاتها عندئذ لأن تكون عقداً مستقبلاً، وفقاً لمقتضيات المادة (65) من القانون المدني الجزائري⁽¹⁹⁴⁾، فالاتفاقات المبدئية ليست عقداً ابتدائياً من الناحية القانونية الفنية، باعتبارها مجرد اتفاق مرحلي، لتسجيل ما تم في كل مرحلة من مراحل إعداد العقد المرتقب، لتنظيم عملية التفاوض ذاتها، والتقدم فيها ونجاحها وصولاً للحظة توقيع العقد النهائي، وخصوصاً إذا توصل الطرفان إلى الاتفاق على بعض العناصر الأساسية موضوع المفاوضات العقدية بين الطرفين⁽¹⁹⁵⁾.

وعلى كل، فإنّ الاتفاقات المبدئية السابقة على التعاقد النهائي، تندرج تحت إطار هدف شامل؛ ذلك أنّ الأطراف لم يهدفوا من خلالها سوى تكريس مرحلة من مراحل التفاوض كما أشرنا، ولم يقصدوا الالتزام بروابط العقد النهائي⁽¹⁹⁶⁾، ومن هذا المنطلق فإنّ ما يسمى في الفقه الفرنسي ب (العقد الجزئي) (Accord Partiel)، وهو الاتفاق الذي يبرم أثناء المفاوضات من الأطراف المتفاوضة، ويتفق بمقتضاه على بعض عناصر العقد موضوع التفاوض⁽¹⁹⁷⁾

(192) J. Schmidt, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, R.T.D. civ, 2000, p 25 et s; M. Geninet, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, thèse, paris 2, 1985, N° 287, p. 247 et s.

(193) تمييز مدني عراقي، الهيئة المدنية 3، قرار رقم 3457، الهيئة الاستثنائية، بتاريخ 2012/08/21، قرار رقم 1710، أشار إليهما أحمد مهدي، في كتابه التنظيم القانوني للاتفاقات الممهدة للتعاقد، مرجع سابق، ص 70-71. إنّ خطابات النوايا وبالنظر إلى مضمونها وصياغتها، قد تكون مجرد دعوة للتعاقد، أو مجرد دعوة شرفية للبدء في مفاوضات، أو الاتفاق المبدئي الحر من دون أي التزام أو ارتباط عقدي، أو حتى مشروع للعقد النهائي، ولقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير القيمة القانونية للاتفاقات المبدئية وخطابات النوايا، مستهدياً بنية أصحابها، وبوقائع الدعوى وظروفها وملابساتها، ما دام لم يخرج من تفسيرها، عما تحتمله عباراتها وألفاظها. انظر: د. محمد عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 149 وما بعدها؛ د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، دار صادر، بيروت، 2004، ص 370.

Voir: M. Fontaine, Les Lettres D'intention Dans la négociation des contrats internationaux, D.P.C.I, Avril 1977, T.3, N° 10 et 11; I. Najjar, L'Accord de Principe, Rec.D.1991, Chr. p 57 et s; J.A. Albertini, Les mots qui nous engagent, D.2004, chr.230; B. Oppetit, L'Engagement d'honneur; D. 1979, Chr. 107.

(194) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 240 وما بعدها؛ د. حمدي بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات قبل العقدية، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، المجلد 13، العدد 2، ص 135 وما بعدها.

(195) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1987/12/07، ملف رقم 45658، مرجع سابق.
(196) Cf. J. Ghestin, Note sous T.G.I de nice, 24/10/1970, J.C.P, 1971, 2, 16866; (ph) le Tourneau, sous paris, 27/05/1980, D.1981, 314.0

(197) د. علي فيلالي، الالتزامات، مرجع سابق، ج 1، ص 114-115.
Voir: A. Rieg, La Punctuation, Contribution à l'étude de la Formation successive des contrats, Mél Jauffret, 1974, p327 et s; F. Labarthe, La notation de document contractuel, LGDJ, Paris, 1994, N° 253 et s.

وتتوثق قيمته القانونية وفقاً لإرادة الأطراف، ومضمون وصياغة هذا الاتفاق الجزئي، فيما يتعلق بإسباغ التكييف العقدي عليه⁽¹⁹⁸⁾.

الفرع الثالث

التفرقة بين عقد التفاوض والوعد بالعقد

الوعد بالتعاقد (promesse de contrat) هو عقد كامل كما رأينا، يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، لكنّه يمهد لإبرام عقد فيما بعد؛ فهو يستهدف الوصول إلى عقد نهائي مقصود، وهو لا ينعقد صحيحاً إلا إذا تم التراضي بين الطرفين على جميع المسائل الأساسية للعقد المزمع إبرامه مستقبلاً، وتحديد المدة التي يجب إبرامه فيها، وينعقد هذا العقد بمجرد أن يعلن الموعود له رغبته في إبرامه خلال مدة يحددها الاتفاق، وفقاً لمقتضيات المادة (71) من القانون المدني الجزائري⁽¹⁹⁹⁾، في حين لا يستوجب في عقد التفاوض (Accord de Négociation)، المبرم بين الطرفين للدخول في التفاوض في المرحلة السابقة من التعاقد، بالضرورة تحديد المسائل الأساسية للعقد المقصود إبرامه في النهاية، ولا يكفي لانعقاد عقد التفاوض أن يعلن أحد طرفيه رغبته في إبرامه خلال مدة محددة.

كما أنّ عقد التفاوض يكون دائماً تبادلياً ملزماً لجانبيين، في حين أنّ الوعد بالتعاقد قد يكون ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبيين. وبالإضافة إلى هذا، فإنّ عقد التفاوض لا يستلزم تحديد مدة معينة تنتهي عندها المفاوضات حول عقد ما يتعين تحديد عناصره الجوهرية، في حين يجب في الوعد بالتعاقد تحديد المدة المعيّنة التي يجب خلالها على الموعود له إبداء رغبته في التعاقد النهائي، وهي قد تكون باتفاق صريح، وقد تستخلص ضمناً من ظروف الحال⁽²⁰⁰⁾.

(198) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1987/12/07، ملف رقم 45658، م.ق، 1990، العدد 4، ص 61.
(199) من المقرر قانوناً أنه: «لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني، إلا إذا عيّنت جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه في المستقبل، وتم تحديد المدة التي يتم فيها إبرام العقد النهائي». انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2001/05/23، ملف رقم 247607، بتاريخ 2000/05/24، ملف رقم 223852؛ بتاريخ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م.ق، 1996، العدد 1، ص 99، بتاريخ 1993/12/22، ملف رقم 106776؛ بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500.

(200) عقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي بالدخول في المفاوضات العقدية، هو اتفاق تمهيدي يلتزم بمقتضاه الأطراف بالدخول في التفاوض، بغرض التوصل إلى إبرام عقد ما مستقبلاً، وفقاً لالتزامات الطرفين القانونية والمنطق عليها، ضمن مبادئ حسن النية، والأمانة والتعاون، والالتزام بالإعلام والإدلاء بالبيانات، وضمان سرية المعلومات، دون الالتزام بتحقيق العقد النهائي (المادة 1112 الجديدة من القانون الفرنسي الجديد المعدل عام 2016).

انظر: ملاحظات J. Mestre على نقض تجاري فرنسي، بتاريخ 2002/07/02، RTDCom، 2003، 76؛ وفي المعنى نفسه وللغرفة نفسها: 1980/06/09، Bull.Civ، IV، رقم 251؛ وراجع: نقض اجتماعي فرنسي، بتاريخ 1989/12/19، دالوز، 1991، 62، تعليق: J. Shmidt؛ 1958/03/24، JCP، 10868، 2، 1958، تعليق: J. Carbonnier.

ومن جهة أخرى، إذا نكل الواعد عن وعده، وقاضاه الطرف الآخر طالباً تنفيذ الوعد، جاز للقاضي أن يحكم بانعقاد العقد، إذا كانت الشروط اللازمة لتمام العقد متوفرة، وخاصة منها الشروط الشكلية، وعندئذ يقوم الحكم مقام العقد النهائي، طبقاً لأحكام المادة (72) من القانون المدني الجزائري، أمّا إذا رفض الطرف المتفاوض في عقد التفاوض تنفيذ التزامه بالدخول في المفاوضات العقدية، أو الاستمرار فيها، فلا يجوز تنفيذ الالتزام المترتب على عقد التفاوض تنفيذاً عينياً جبرياً، إذ ليس بإمكان القاضي أن يحل محله في إبرام العقد النهائي⁽²⁰¹⁾.

ونلاحظ أخيراً، بأنّه يختلف اتفاق التفاوض أيضاً عن الوعد بالفضل (pacte de préférence)، في كون اتفاق التفاوض ينشئ التزاماً بالدخول في عملية التفاوض بين طرفيه؛ وليس الأمر كذلك في الوعد بالفضل، إذ لا يلتزم الواعد بتفضيل الموعد له المستفيد من الوعد، إلا إذا عقد العزم على إبرام العقد المقصود⁽²⁰²⁾.

الفرع الرابع

جزاء الإخلال بالتزامات العقد الابتدائي

إنّ العقد الابتدائي كما ذكرنا ينشئ التزاماً بعمل على عاتق كل من طرفيه بإبرام العقد النهائي المقصود، بحلول الميعاد المتفق عليه، أو في مدة معقولة، وبشروط العقد الابتدائي نفسها ما لم يتم تعديلها باتفاق لاحق للطرفين، أو طبقاً للمعاملة، أو ظروف الحال⁽²⁰³⁾. فإذا أخل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزاماته التعاقدية الواردة فيه، حكم القاضي في مواجهته بصحة ونفاذ العقد الابتدائي، ويقوم الحكم القضائي بصحة ونفاذ العقد الابتدائي مقام العقد النهائي⁽²⁰⁴⁾، من دون الإخلال بما قد يتطلبه القانون من الضرورة توافر الشروط الشكلية المتعلقة بإجراءات التسجيل والشهر العقاري، إلى جانب حق الطرف المضروب في طلب فسخ العقد، وكذا المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، فإذا أخل أحد الطرفين به،

(201) د. رجب عبد الله، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 557 وما بعدها؛ د. أنس فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص 231 وما بعدها؛ د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 148؛ عروبة المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، العراق، 2008، ص 60 وما بعدها.

Cf. J. Schmidt, Négociation et conclusion des contrats, N° 384, p207; Cédras J. l'obligation de négocier, R.T.D. Com, 1985, N°18, p 281; PH. Le Tourneau, Droit de la responsabilité civile, Dalloz, Paris, éd. 2002, par L. cadiet, p. 217 et s.

(202) انظر لاحقاً: أحكام الوعد بالفضل ضمن هذا البحث.

(203) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1994/11/16، Bull.Civ. 3، رقم 196؛ 1996/02/21، Bull.Civ. 3، رقم 56؛ رقم 56؛ تمييز مدني عراقي، بتاريخ 1971/10/21، ملف رقم 1971/105.

(204) نقض مدني مصري، بتاريخ 1981/10/31، م.أ.، ص 33، ص 568، رقم 157.

التزم بالتعويض الاتفاقي عند وجود الشرط الجزائي، وهو التزام ينشأ عن مسؤولية عقدية بطبيعة الحال⁽²⁰⁵⁾.

وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر مشروع، عن القيام بالتزامه بإبرام العقد النهائي، جاز للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزامه، عن طريق استصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد النهائي، وتنتقل بموجبه ملكية العقار المبيع للمشتري، حال تسجيل هذا الحكم وفقاً لإجراءات التسجيل⁽²⁰⁶⁾.

فإذا كان محل الوعد بالتعاقد المتبادل بين الطرفين عقاراً، جرى تسجيل هذا الحكم الصادر، وانتقلت ملكية العقار إلى المشتري طبقاً لأحكام المواد (2/71 و324 مكرراً المضافة عام 2005 و792 و793) من القانون المدني الجزائري؛ وذلك لأن الوعد المتبادل بالبيع والشراء كما ذكرنا سابقاً، في ميعاد متفق عليه، هو بيع تام ملزم لطرفيه بحلول المدة المحددة، يكون بمثابة عقد ابتدائي ملزم لطرفيه، وتترتب عليه كافة آثار البيع، وهو ما سارت عليه اجتهادات محاكم النقض المدنية الحديثة العربية والفرنسية⁽²⁰⁷⁾.

ينعقد العقد النهائي إذا تأكدت المحكمة المختصة من توافر شروط قانونية ثلاثة: أن تتجه نية الأطراف المتواعدة بصورة قاطعة إلى الدخول في اتفاق ملزم مستقبلاً، وأن يتم الاتفاق على عناصر العقد الأساسية للعقد المرتقب، وأن تكون شروط وبنود الاتفاق مؤكدة أو محققة⁽²⁰⁸⁾.

(205) تمييز مدني عراقي، بتاريخ 1971/10/21، ملف رقم 1971/105، بتاريخ 1968/06/15، ملف رقم 1968/987، انظر: د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 47؛ د. بونس علي، العقود التمهيديّة، مرجع سابق، ص 585؛ د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مرجع سابق، ص 289؛ د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، مرجع سابق، فقرة 68، ص 70-71. وهو بهذا التفسير يتشابه تماماً مع الوعد بالعقد الملزم للواعد، سواء أكان منفرداً أم ملزماً للجانبين. (206) انظر: د. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، فقرة 87 وما بعدها؛ د. جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة 1991، فقرة 32، ص 82 وما بعدها. (207) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1991/06/16، ملف رقم 80816، م. ق.، 1993، عدد 4، ص 151؛ نقض مدني مصري، بتاريخ 2001/01/04، المستحدث من مبادئ الدوائر المدنية لمحكمة النقض المصرية، 2001/2000، ص 60؛ بتاريخ 1980/02/27، طعن رقم 970 لسنة 49ق، ص 618، بتاريخ 1977/03/30، طعن 565، 43/570؛ بتاريخ 1975/12/09، م.أ.ن، ص 26، ص 1093، رقم 992، 1972/01/05، م.أ.ن، ص 22، ص 101؛ نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1991/01/15، بتاريخ 1992، dalloz، ص 53، تعليق I. Najjar.

(208) M. Fontaine, Les Lettres D'intention Dans la négociation des contrats internationaux, op.cit., N° 10 et 11; F. Labarthe, La notion de document contractuel, LGDJ, Paris, 1994, N° 233, 234 et 260 pp.148-165 et s.

الفرع الخامس

الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي

إن قيام «العقد الابتدائي» (contrat préliminaire)، في مراحل التفاوض على العقد، هو مسألة قانونية شديدة الصعوبة؛ لأنه عقد ملزم لأطرافه، تترتب عليه كافة آثاره القانونية بحلول الموعد المتفق عليه في الوعد التبادلي؛ أي أنه يترتب كافة التزامات العقد في ذمة كل من الطرفين، لأنه بصدر الإيجاب البات أو الجازم، والقبول من دون شرط من الطرف الآخر، في الوعد بالبيع الملزم للجانبين، حسب مضمون وصياغة الاتفاق، يؤدي إلى انقضاء آثار العقد التمهيدي، مما ينطوي تحت طائلة آثار العقود الابتدائية، ما دامت الالتزامات تامة وكاملة⁽²⁰⁹⁾، والأمر موكول لتقدير قضاة الأساس لتفسير متى يكون الإيجاب ملزماً والتعاقد حقيقياً بين الطرفين، وفقاً لما تحوي الاتفاقية المبرمة بينهما، من حيث الوقت والغاية والصياغة والمضمون، ونية الأطراف المتواعدة بالعقد التبادلي، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء⁽²¹⁰⁾، غير أن وصف الوعد الملزم للجانبين بالعقد التام، واستنتاج الطابع الملزم لتعهدات الطرفين، هو أمر خاضع لرقابة محكمة النقض، إما عن طريق نقص في الأساس القانوني، وإما عن طريق التشويه⁽²¹¹⁾.

والعبرة هي بالنية المشتركة للطرفين المتواعدين (La commune intention des parties)، وليس بالتسمية⁽²¹²⁾؛ فإن صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد، ينعقد بها العقد

(209) د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

(210) نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1984/12/11، النشرة المدنية، 3، رقم 212، ص 166؛ تمييز حقوق أردني، بتاريخ 2011/09/18، ملف رقم 2011/250.

(211) المقصود بتفسير إرادة الطرفين في الوعد التبادلي، هو البحث على وجه الخصوص، عن أي مدى أرادوا إعطاءه لتحرير العمل الموثق، وكذا عما إذا كان الطرفان أرادا تأخير أحد مفاعيل البيع فقط، ولا سيما نقل الملكية، أو تأخير إبرام العقد النهائي المنشود ذاته.

راجع: نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1973/10/03، النشرة المدنية 3، Bull.Civ.، رقم 234، ص 170، بتاريخ 1980/06/11، مجلة قصر العدل، 1980، 2، ص 579، ملاحظات A. Piedelievre؛ بتاريخ 1983/03/14، المجلة نفسها، بتاريخ 1983/08/23؛ بتاريخ 1983/01/05، دالوز، 1983، ص 617، تعليق: Jourdain؛ 1984/01/24، النشرة المدنية، 1، رقم 31، 1988/11/30، النشرة نفسها، 3، رقم 173، ص 94؛ 1989/04/5، النشرة نفسها، 4، رقم 136، ص 91؛ نقض تجاري فرنسي، بتاريخ 1989/04/25، النشرة نفسها، 4، رقم 136، ص 91.

(212) نقض تجاري فرنسي، 1989/03/07، 1989، 21316، J.C.P.؛ 1987/04/28، Bull.civ.، رقم 104. انظر: د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 417 وما بعدها؛ د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها.

J. Cf. Carbonnier, Les Obligations, T4, Thémis, Paris, 12e éd, 1984, p. 86; H.L et J., Mazeaud, Leçons de droit civil, T2, Les Obligations, 9é éd, Montchrestien, Paris, 1997 par F.Chabas, N° 135 et s; J. Ghestin, La formation du contrat, op. cit., N°343 et 344; Ph. Malaurie et L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, Les Obligations, 4é éd., Defrénois, Paris, 2009. N° 139 et 142.

وعداً ملزماً، إذا كان كل من العاقدين ينوي أن يلتزم مستقبلاً باتفاق الطرفين المتبادل على المسائل الجوهرية للعقد المزمع إبرامه في المستقبل، بحلول الموعد المتفق عليه⁽²¹³⁾.

وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية بأنّ الوعد المتبادل بالبيع والشراء، ووروده على قطعة أرض بثمن محدد، هو بيع تام ملزم لطرفيه، تترتب عليه كل آثار البيع القانونية، من وقت إبداء الرغبة ولكنّه غير نهائي، فلا يؤثر عليه إرجاء التحديد النهائي للمساحة المبيعة، إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية، ومنها الثمن خلال مدة معينة، ما دام أنّ الالتزامات كاملة، وترتب كل آثاره، ويجوز التنازل عنه⁽²¹⁴⁾، غير أنّ تعديل شروط دفع الثمن وقت العقد النهائي، لا يؤثر على قيام العقد الابتدائي فيما تناوله⁽²¹⁵⁾، كما قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 14/01/1987، بأنّه: «يكون البيع تاماً بين الطرفين، منذ أن يتم الاتفاق على الشيء والثمن، ولا يمكن لغياب الاتفاق النهائي على العناصر التابعة للبيع أن يمنع الطابع التام للبيع، إلا أنّ يكون الطرفان قد توخيا تأخير تكوين العقد إلى حين تحديد هذه الكيفيات»⁽²¹⁶⁾.

وهذا اجتهاد قضائي صائب؛ لأنّ الوعد بالتعاقد الملزم للطرفين، أي الوعد التبادلي، يعتبر بيعاً تاماً ملزماً لطرفيه، في حال وجود رضا متبادل بين المتعاقدين حول المبيع والثمن، غير أنّ البيع النهائي ذاته هو الذي يتأخر، لحين حلول الموعد المتفق عليه في المستقبل، فيجعله نهائياً.

الفرع السادس

الطابع الملزم للعقد النهائي

إذا تم إبرام العقد النهائي بين الطرفين؛ فإن ذلك يؤدي إلى فسخ العقد التمهيدي (الذي تم في المرحلة السابقة على التعاقد)، ويحل محله قانوناً، وتكون العبرة في العلاقة بين الطرفين بالشروط والبنود الواردة في العقد النهائي، ولو اختلفت عن تلك المنصوص عليها في عقود المرحلة السابقة على التعاقد، أو عقود ما قبل العقد النهائي (les avant-contrats)، على أنّه يشترط لإحداث مثل هذا الاختلاف ضرورة موافقة الأطراف على التعديل وقت التعاقد النهائي، وفقاً للمواد (54 و59 و106 و107) من القانون المدني الجزائري⁽²¹⁷⁾. ويسري على

(213) المادتان (78 و91) مدني عراقي.

(214) نقض مدني مصري، بتاريخ 1972/05/25، طعن رقم 36/417.

(215) نقض مدني مصري، بتاريخ 1999/04/15، طعن رقم 1282، لسنة 67 ق، س 50، ج 1، ص 499.

(216) نقض مدني فرنسي، غرفة 3، بتاريخ 1987/01/14، دالوز، 1988، ص 80، ملاحظات J.Schmidt.

(217) د. أحمد الزقرد، مرجع سابق، ص 279 وما بعدها.

Voir: F. Labarthe, La notion de document contractuel, LGDJ, Paris, 1994, N° 233, 234, p. 165 et s.

العقد النهائي القواعد القانونية المفسرة أو المكملة التي كان معمولاً بها وقت إتمام العقد الابتدائي، لأن نية الطرفين اتجهت إلى هذه القواعد، أما القواعد الأمرة فيسري منها على العقد النهائي ما يكون معمولاً بها وقت تمامه⁽²¹⁸⁾.

ونلاحظ بأن ما يسمى (مسودة التعاقد) أو (مشروع العقد) الذي يثبت فيه الأطراف حصول التفاهم المشترك حول عناصر العقد الأساسية، في المرحلة السابقة من التعاقد النهائي، إذا لم يسبقه عقد ابتدائي يلزم طرفيه بإبرام العقد النهائي، قد لا يرقى من الناحية القانونية إلى حد اعتباره عقداً تاماً وملزماً لأي منهما، ولهما حق العدول عنه وعدم إبرامه تماماً⁽²¹⁹⁾.

ومن هذا المنطلق، فإن مسودة التعاقد أو مذكرة التفاهم المشترك، مجردة من كل قيمة قانونية ملزمة، فلا يستطيع أحد الأطراف مطالبة الآخر بتنفيذ أي التزام أو أي شرط يرد بالمسودة المذكورة، كما أنه لا يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، إذا رفض الطرف الآخر إبرام العقد النهائي المقصود في المسودة⁽²²⁰⁾. وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية في قرار مهم، برفض دعوى صحة التعاقد، لعدم اتفاق الطرفين على تحديد العين المبيعة، وهي من المسائل الجوهرية للعقد المرتقب، وأن ما جرى بينهما كان مجرد أعمال تحضيرية غير نهائية، لم تنته باتفاق بات ملزم بين الطرفين⁽²²¹⁾.

كما أشارت في قرار آخر بأنه: «يتعين قانوناً الأخذ في الاعتبار بجواز اختلاف العقد النهائي في شروطه عن تلك الواردة في العقد الابتدائي، شريطة أن يتم ذلك باتفاق الطرفين، كأن يتم تعديل مقدار المبيع نفسه أو ثمنه أو شرط من الشروط المتفق عليها سابقاً في العقد الابتدائي، غير أنه عند اختلاف الطرفين على قبول أي تعديل أو أي شرط من شروط العقد الابتدائي، التزم الطرفان بإبرام العقد النهائي بالشروط ذاتها الواردة في العقد الابتدائي⁽²²²⁾.

المطلب الخامس

جزاء إخلال الواعد بالتزامه بإتمام العقد

في الوعد الملزم لجانب واحد، وقبل إعلان الموعد له عن رغبته، وكذا في الوعد الملزم للجانبين قبل حلول الميعاد المتفق عليه، يكون الواعد ملزماً بالتزام بعمل نحو الموعد له، وهذا هو الأصل العام. وينتقل هذا الالتزام الشخصي إلى خلفه العام، أي إلى ورثته الشرعيين بالشروط الشرعية والقانونية المنصوص عليها، المادة (108) من القانون المدني الجزائري،

(218) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، مرجع سابق، ص 75.

(219) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مرجع سابق، فقرة 40، ص 80 وما بعدها.

(220) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 422-423.

(221) نقض مدني مصري، بتاريخ 19/01/1950، م.أ.ن، س1، رقم 56، ص203.

(222) نقض مدني مصري، بتاريخ 09/12/1975، م.أ.ن، س26، ص1093، رقم 992.

فتبقى ملكية الشيء الموعود به بيد الواعد، قبل ظهور رغبة الموعود له، بأنّ يظل الواعد مالكا للمال المبيع، كما أشرنا سابقا، غير أنّه إذا تصرف فيه بما يضر بالموعود له، جاز لهذا الأخير أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر، بعد إعداره، وفقاً للمادة (176) من القانون المدني الجزائري. كما أنّه إذا هلك الشيء الموعود به في هذه المدة المتفق عليها بخطأ منه، كانت تبعة الهلاك على الواعد⁽²²³⁾، بخلاف ما إذا هلك الموعود به بغير خطئه، أو نزعت ملكيته للمنفعة العامة، فلا يسأل الواعد عن التعويض، كما ذكرنا فيما تقدم⁽²²⁴⁾.

الفرع الأول

الوضع في القانون المدني الجزائري

إذا نكل الواعد عن تعهده (Rétractation de la promesse unilatérale)، أي عدل عن وعده، بأنّ أخل بالتزامه الشخصي بإبرام العقد النهائي الموعود به، دون مبرر مشروع، أو من دون سبب مقبول (La violation d'une Promesse)، كأن يتراجع الواعد عن الوعد، قبل إبداء الموعود له رغبته في التعاقد خلال مدة الوعد، وقاضاه الموعود له طالباً من القضاء التنفيذ العيني الجبري للاتفاق محل الوعد إذا كان ممكناً طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية، بمقتضى المواد (106 و 107 و 160 و 164) من القانون المدني الجزائري، وكانت الشروط اللازمة لإتمام العقد الموعود متوافرة به، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكلية التي يتطلبها القانون في العقد الرسمي، قام الحكم القضائي الصادر، متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد، ومتى كانت الشروط اللازمة لإتمام العقد متوافرة، دون حاجة إلى صدور إيجاب وقبول جديدين، عملاً بأحكام المادة (72) من القانون المدني الجزائري⁽²²⁵⁾. وذلك لأنّ القوة الملزمة للوعد بالعقد الذي التزم به الواعد، والتي تترتب على اتفاق الوعد بالتعاقد، أي عقد الوعد، تلزم الواعد بتنفيذ ما وعد به في إتمام العقد النهائي، وتحول دون إمكانية عدوله عنه بإرادته المنفردة، خلال مدة الوعد المتفق عليها⁽²²⁶⁾.

وهنا يكمن الفرق القانوني بين الوعد بالتعاقد، كما جاء في المادتين (71 و 72) من القانون المدني الجزائري، ومجرد الإيجاب بالتعاقد، عملاً بأحكام المادتين (61 و 63) من القانون المدني الجزائري الذي يمكن الموجب بحسب الأصل بخيار العدول عنه، ما دام لم يقترب به قبول من الطرف الآخر، إلا إذا ألزم نفسه بالبقاء على إيجابه خلال مدة معينة بمقتضى المواد (63/1 و 71 و 123 مكرر و 123 مكرر 1) المضافة عام 2005 من القانون المدني الجزائري، وهو

(223) نقض مدني مصري، بتاريخ 12/01/1937، مجموعة عمر، ج2، ص 240.

(224) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، ص 274.

(225) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 17/04/1996، ملف رقم 154760، م.ق.، 1996، العدد1، ص 99.

(226) نقض مدني مصري، 20/03/2003، طعن رقم 1915، ص 64 ق.

الأمر الذي يستوجب عدم معاملة الوعد بالتعاقد بأحكام الإيجاب بالتعاقد أو الخلط بينهما. وعلى كل، يسقط الإيجاب بانقضاء المدة المحددة من قبل الموجب، أو بانقضاء مدة معقولة إذا لم يقترن بمدة محددة في الوعد، وهي مسألة يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، في ضوء عناصر القضية المعروضة أمامه، وما يتبين له من ظروف الدعوى ووقائعها⁽²²⁷⁾.

فإذا لم يعين ميعاد للقبول، فإن الإيجاب لا يسقط، إلا إذا عدل عنه الموجب، فإن بقي الموجب على إيجابه حتى صدور القبول من المعروض عليه الإيجاب، فقد تم العقد بتلاقي الإرادتين، ومن ثم لا يجوز لأي من الطرفين التنصل منه، أو التحلل من آثاره بإرادته المنفردة⁽²²⁸⁾، وهذا عملاً بمقتضى أحكام المادة (72) من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: «إذا وعد شخص بإبرام عقد، ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر، مطالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد متوفرة، وخاصة ما يتعلق منها بالشكل، قام الحكم مقام العقد».

وبالتالي، فإن أحكام المادة (72) من القانون المدني الجزائري، تخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد، في حالة إذا نكل الواعد عن تنفيذ الوعد؛ فإنها تشترط مع ذلك ضرورة أن تتوافر الشروط اللازمة لإتمام العقد، وبأن يستوفي الوعد الشكلية التي يشترطها القانون إذا كان العقد شكلياً⁽²²⁹⁾، وهو ما سارت عليه اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية في قراراتها، من أن: «انعدام وجود وعد رسمي لبيع العقار (الفيلا)، وفقاً لما يتطلبه القانون، ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها (الموعد لها)، إلا المطالبة بالتعويض، كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني، لا تتوفر فيه الشكلية القانونية. ومن ثم، فإنه باستجابة قضاة الموضوع لمطلبها، وإصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي، إساءة لتطبيق القانون وفهم اجتهادات المحكمة العليا، مما يستوجب معه نقض قرارهم من دون إحالة⁽²³⁰⁾».

(227) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها.

(228) د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 48؛ د. علي فيلاي، مرجع سابق، ص 139؛ د. محمد صبري السعدي،

مرجع سابق، ص 132-133؛ د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مرجع سابق، ص 89.

Voir: S. J. Schmidt, La Sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.civ, 1974, p 46 et s;

J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, op.cit, N° 306..

(229) تقابلها في القانون المدني المصري المادة (102)، والمادة (102) من القانون المدني الليبي، والمادة (103) من القانون المدني السوري، والمادة (106) من القانون المدني الأردني، والمادة (92) من القانون المدني العراقي، والمادة (147) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (102) من القانون اللبناني.

(230) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 17/04/1996، ملف رقم 154760، المشار إليه سابقاً، غير أن الوعد بالبيع الذي تم بعقد عرفي، معلق على شرط الحصول على رخصة هو صحيح قانوناً، بتاريخ 03/04/1985، ملف رقم 33528، غير منشور. د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، مرجع سابق، ص 302-303؛ وللمؤلف نفسه، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 270 وما بعدها.

ومفاد هذا القضاء، أنّ رجوع الواعد عن وعده خلال مدة الوعد، وقبل إفصاح الموعود له عن رغبته في إبرام العقد النهائي، يحول دون انعقاده بين الطرفين؛ فيكون الجزاء عندئذ هو التعويض الذي يحكم به القضاء على الواعد الذي أخل بالتزامه، بعدم تنفيذ الاتفاق الذي ارتبط به عند حلول الأجل، بإبرام العقد النهائي المقصود؛ وذلك لأنّه إذا التزم شخص بعمل، طولب بالتعويض (dommages et intérêts) عن الأضرار المترتبة عن عدم القيام بهذا العمل، بمقتضى المادة (176) من القانون المدني⁽²³¹⁾، وهو اجتهاد قضائي ما زالت المحكمة العليا الجزائرية تتمسك به في مجال القضايا المتعلقة بعدم التزام الواعد بتعهده، كعدم إبرامه العقد الموعود به، أو إبرامه عقداً مع شخص آخر بالمخالفة للوعد، أو إمّا برجوعه عن وعده قبل إعلان الموعود له رغبته في التعاقد، وهو اجتهاد قد لا يساير مقتضيات المواد (71 و72 و160) من القانون المدني الجزائري، التي تركز أساساً على إقرار قاعدة التنفيذ العيني لالتزام الواعد، واعتبار الحكم يحل محل العقد النهائي⁽²³²⁾.

وعملاً بأحكام المادة (72) من القانون المدني الجزائري، فإنّه إذا وعد شخص بإبرام عقد، ثم نكل عن وعده (La rétraction avant la levée de l'option)، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً الواعد بتنفيذ وعده، وكانت الشروط القانونية اللازمة لإتمام العقد متوافرة، وبخاصة الشروط الشكلية، أي توافر عقد رسمي؛ جاز للموعود له المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري، قصد إجباره على إتمام العقد النهائي (أي بتنفيذ الالتزامات المترتبة عن الوعد بالتعاقد)، ويكون ذلك بطلب استصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد⁽²³³⁾، وهو ما سارت عليه اجتهادات محكمة التعقيب التونسية، معبرة عن ذلك بقولها: «طالما اتفق الطرفان المتنازعان كتابياً على ما سبق ذكره، وأخرا تحرير عقد البيع النهائي لتاريخ لاحق غير محدد، فإنّ امتناع المعقب ضده عن تنفيذه تلقائياً، وتصديه لذلك لدى المحاكم ذاتها، يبّرر جبره على إتمامه، وعند الاقتضاء اعتبار الحكم يقوم مقامه، وبصرف النظر عن استعداده لذلك»⁽²³⁴⁾.

ونلاحظ بهذا الخصوص أنّ نص المادة (72) من القانون المدني الجزائري، أسقط شرطاً مهماً في الحكم، كي يقوم مقام العقد، ويسوغ تسجيله لدى المصالح المختصة؛ وهو أن يصبح الحكم نهائياً وحائزاً لقوة الشيء المقضي به، ولا يجوز الطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية، وهي المعارضة والاستئناف. ومن ثمّ، ينبغي للمشرع المدني الجزائري تدارك هذا النقص التشريعي في التعديلات القادمة؛ ذلك أنّه لا يقوم الحكم مقام العقد من

(231) د. محمد لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص2؛ د. محمود الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988، ص 194 وما بعدها.

(232) وهو ما نجده في نصوص القانون المدني المصري، المادة (102)، والقانون المدني الليبي، المادة (102)، والقانون المدني الأردني، المادة (106)، والقانون المدني السوري، المادة (103).

(233) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م.ق.، 1996، العدد 1، ص 99.

(234) تعقيب مدني تونسي، 2008/02/18، ملف رقم 16483، ن، 2008، ص 128.

الناحية القانونية، إلا إذا كان حائزاً لقوة الأمر المقضي به، بحيث إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري انتقلت ملكية العقار، وهو الشرط المهم الذي جاء به القانون المدني المصري صراحة في المادة (102) التي نصت على أنه: «إذا وعد شخص بإبرام عقد، ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لإتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد»⁽²³⁵⁾.

والحقيقة أنّ اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية في السنوات الأخيرة، فيما يتعلق بالوعد بالتعاقد، قد تفادى الإشكال الوارد في المادة (72) من القانون المدني الجزائري، بإقراره مبدأ التعويض الذي يلتزم به الواعد في حال الإخلال بتعهده، طبقاً للمادتين (71 و176) من القانون المدني الجزائري، رغم أنّ المشرع المدني الجزائري أجاز للموعد له في المادة (72) المذكورة، أن يطلب من القضاء إلزام الواعد بتنفيذ وعده، متى تأكدت المحكمة من توافر الشروط القانونية الموضوعية والشكلية اللازمة للعقد المراد إبرامه، فيحل حكم المحكمة محل العقد، متى اكتسب قرارها قوة الشيء المقضي به، ومتى تم ذلك أصبح الواعد ملزماً بتنفيذ العقد، وكأنه أصبح بصيغته النهائية⁽²³⁶⁾.

وهذا الأمر صعب من الناحية القانونية؛ لأنّ القاضي لا يستطيع قانوناً أن يجبر البائع الذي تراجع عن التبائع على القيام بالتسجيل العقاري في العقد الأصلي، فكيف يستطيع القيام بذلك في الوعد بالتعاقد، الذي هو بالأساس عقد تمهيدي مؤقت غير نهائي؟ ذلك لأنّ القاعدة في القانون المدني هي رضائية العقود، وحرية التعاقد (La liberté contractuelle)، طالما أنّ الشخص لم يتعسف في استعمال رخصة رفض التعاقد، بناء على المواد (54 و57 و59 و124 مكرر) من القانون المدني الجزائري، فإنّه يجوز لمن وُجّه إليه إيجاب أن يرفضه، ما لم يكن هو الذي قد دعا إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد بصفة تعسفية، إلا إذا استند إلى مبررات مشروعة أو أسباب جدية مقبولة⁽²³⁷⁾، وهو ما سارت عليه اجتهادات

(235) وهو ما جاء في القانون المدني الليبي، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(236) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 17/04/1996، ملف رقم 154760، م.ق، 1996، العدد 1، ص 99.

(237) بأن خرج في هذا الاستعمال للرفض عن حدود حسن النية، أو كان متعسفاً في استعماله لحق الرفض، ولم يستند في ذلك على أسباب مشروعة أو جدية، وخاصة إذا كان هو الذي دعا إلى التعاقد؛ فيكون مسؤولاً عن الخسائر التي يسببها للطرف الآخر (المواد 106 و107 و124 مكرر المضافة عام 2005 بالقانون رقم 10/05 و176 من القانون المدني الجزائري).

كما أنّ وجود اتفاقات ممهدة بين الطرفين، في مرحلة المفاوضات العقدية، كالوعد بالعقد، قد يجعل المسؤولية ذات طبيعة عقدية، لقيام التزامات محددة بينهما في هذه المرحلة؛ أي أنّ المسؤولية عن تعويض الخسائر في مرحلة التفاوض على العقد قد تكون عقدية، وقد تكون تقصيرية أيضاً، عند وجود الخطأ التقصيري، المترتب على التعسف في استعمال حرية عدم التعاقد، أو عن كل تقصير أو إساءة أو تشهير أو مخالفة مقتضيات حسن النية والأمانة. انظر: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، الفقرتان 181 و182 وما بعدهما؛ وللمؤلف نفسه، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 463 وما بعدها.

المحكمة العليا الجزائرية، إذ جاء في أحد قراراتها المشهورة، بأن: «رفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي العقاري، لا يسمح للمطعون ضدها سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها، ولا يجوز ذلك للقاضي إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي»⁽²³⁸⁾.

كما أنها نقضت في اجتهاد قضائي آخر القرار الذي قضى بإلزام الطاعن بإتمام إجراءات عقد البيع، رغم أن التعهد بالبيع تم دون رضا وموافقة الطاعن وأثناء غيابه. ومن ثم، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بإلزام الطاعن بإتمام إجراءات البيع قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك، استوجب معه نقض القرار المطعون فيه⁽²³⁹⁾، وإن كان هذا الاجتهاد القضائي من الأفضل أن يكون وفقاً لظروف وملايسات كل قضية على حدة، أي حالة بحالة وفقاً لظروف الحال، وليس تلقائياً⁽²⁴⁰⁾، ذلك أن الوعد بالتعاقد يتضمن حقاً شخصياً للموعد له، يتمثل في التزام الواعد بالبقاء على التزامه وتنفيذه، بإبرام العقد النهائي محل الوعد تجاه الموعد له - وعلى الخصوص عقد البيع - مما يجيز للموعد له إجباره بالتنفيذ العيني على إتمام العقد الذي حصل بحكم الوعد، المادة (72) من القانون المدني الجزائري⁽²⁴¹⁾.

لذا فإن الواعد سيئ النية، مع علمه أن وعده ليس ملزماً له، سوف لن يتأخر عن الإخلال بالتزامه، ومن ثم التعاقد مع الغير، إذا سئحت له فرصة أخرى تحقق له ربحاً أكثر، حتى ولو تحمل في سبيل ذلك دفع بعض التعويضات الرمزية للموعد له، وهي في الحقيقة تصرفات خاطئة وسلوكيات لا أخلاقية يجب على القضاء أن يتصدى لها بكل عدل وحزم وفعالية⁽²⁴²⁾.

ومن المعلوم أن المعول عليه في مجال الحقوق العينية أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا

(238) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 17/04/1996، ملف رقم 154760، مشار إليه سابقاً.
 (239) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 11/11/1987، ملف رقم 51440، م. ق.، 1992، العدد 1، ص 7، وفي المعنى نفسه: بتاريخ 08/05/1989، ملف رقم 52009، غير منشور.
 (240) أصبح مثل هذا الاجتهاد القضائي من الماضي في القوانين المقارنة، وخاصة في فرنسا على الأقل، بعد صدور قانون العقود الفرنسي الجديد النافذ منذ عام 2016، حيث نصت المادة (3/1124) منه صراحة على أنه: « يكون العقد المبرم بالمخالفة للوعد، من جانب واحد مع الغير، الذي كان يعلم بوجوده، باطلاً ».

(241) د. علي فيلالي، مرجع سابق، ص 138؛ د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 134.
 (242) إذا كان المتصرف إليه على علم بالوعد بالتعاقد، جاز للموعد له حق الطعن في هذا التصرف الضار به بطريق الدعوى البولصية للمطالبة بعدم نفاذه في حقه (المادة 191 من القانون المدني). انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 15/04/2009، ملف رقم 468751، م. م. ع.، 2010، العدد 1، ص 125.

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى ضرورة الوفاء بالوعد وديانة قضاء، وأن الوفاء بالوعد والعهود واجب شرعي وأخلاقي. انظر: د. عبد الله بن منيع، الوعد وحكم الالتزام بالوفاء به، مجلة الأبحاث الإسلامية، الرئاسة العامة للأبحاث العلمية والإفتاء، الرياض، 1413 هـ، العدد 26، ص 129 وما بعدها؛ د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، مرجع سابق، ص 510 وما بعدها.

بالسجل في السجل العقاري. ومن ثمّ، إذا أخلّ الواعد بتنفيذ ما وعد به، كما لو رفض التوجه لدائرة التسجيل العقاري، أو قام ببيع العقار وسجله للغير، فلا يكون للموعد له في مثل ذلك سوى الرجوع بالتعويض على الواعد، وطلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، كما جاء في المادتين (164 و176) من القانون المدني الجزائري، فلا تنتقل الملكية العقارية للموعد له إلا بعد تسجيل الصورة التنفيذية للحكم القضائي الصادر له بملكيته، متى حاز قوة الشيء المقضي به، بشرط تحقق قضاة الموضوع من قيام عقد الوعد صحيحاً مستوفياً للشروط اللازمة لانعقاده⁽²⁴³⁾

وعلى ذلك، حرصت المادة (1149) مدني أردني على توضيح قانوني مفاده إذا تعلق الأمر بالوعد ببيع عقار، فإنّ: «التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالضمان (أي بالتعويض)، إذا أخل أحد الطرفين بتعهده، سواء أكان التعويض قد اشترط في التعهد أم لم يشترط».

الفرع الثاني

موقف الفقه والقضاء في فرنسا

إنّ اجتهادات الغرفة المدنية لدى محكمة النقض الفرنسية، الصادرة قبل تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016، كانت تحكم في قضايا الوعد بالبيع على أساس أنّه قبل أن يظهر المستفيد من الوعد عن رغبته في إبرام العقد النهائي الموعد به خلال مدة الوعد، لا يكون التزام الواعد إلا التزاماً بعمل (obligation de faire)؛ فلا يمكن تنفيذه جبراً إعمالاً لنص المادة (1142) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل المذكور⁽²⁴⁴⁾.

وعلى ذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها: «بأنّ رجوع الواعد عن وعده، قبل أن يعلن الموعد له عن رغبته في إبرام العقد النهائي يحول دون انعقاده، فيكون الجزاء عندئذ هو التعويض الذي يحكم به قاضي الموضوع على الواعد الذي أخل بالتزامه في الوعد بالتعاقد»⁽²⁴⁵⁾.

وقد كان هذا القضاء القديم محلاً لانتقادات قانونية شديدة من قبل بعض الفقه الفرنسي، الذي رأى فيه بأنّه يرتكز على خطأ فني في تحديد طبيعة التزام الواعد ذاته؛ لأنّ الواعد في

(243) أما إذا تعلق الأمر بمال منقول، فإنّه يكون للتنفيذ أثر رجعي، ما لم يكن خاضعاً للتسجيل.

(244) من المعلوم أنّ القانون المدني الفرنسي الجديد لعام 2016، قد تخلى عن تقسيم الالتزام التقليدي بالنظر إلى محله إلى التزام بعمل، وبامتناع عن عمل، وبإعطاء، وجعل المهم في الالتزام هو تنفيذ العقد الذي ارتبط به المتعاقدان.

(245) راجع على سبيل المثال: نقض مدني فرنسي، 1979/02/20، 19736، 2، JCP، 1980، 2، تعليق: Dagot؛ Bull.Civ، 3، 2، 1982/11/10، رقم 221؛ 1993/12/15، 22366، 2، JCP، 1995، 2، 2003/10/28؛ RTDC، 2011، 05/11، 4، RTDC، 2011، 1133، تعليق: D.Mazeaud.

عقد الوعد قد أعطى رضاه نهائياً، غير قابل للرجوع فيه، بإبرام العقد النهائي الموعود به خلال مدة الوعد (L'inefficacité de La Rétractation de la promesse unilatérale). وبالتالي لا يقع على عاتقه التزام بعمل، أو امتناع عن عمل، وإنما هو التزام عقدي بتنفيذ العقد الذي ارتبط به، وأن استحالة إجبار المدين على تنفيذه عيناً، إنما تقتصر قانوناً على الحالة التي يكون فيها مثل هذا التنفيذ متضمناً مساساً بشخص المدين⁽²⁴⁶⁾.

ومن ثم، فإن القوة الملزمة للعهد الذي التزم به الواعد في عقد الوعد، تحول دون إمكانية عدوله عنه بإرادته المنفردة؛ لأن مخالفة ذلك ستؤدي إلى تقليص مدى فعالية الوعد بالتعاقد ومعاملته معاملة الإيجاب، وهو ليس كذلك قانوناً. وبالتالي يصبح عدول الواعد عن وعده خلال مدة الوعد وقبل ممارسة الموعود له خياره عديم الأثر القانوني، ويجوز للموعود له الإعلان عن رغبته في إبرام العقد الموعود به، خلال مدة الوعد المتفق عليها، فينعقد العقد النهائي بين الطرفين⁽²⁴⁷⁾.

الفرع الثالث

في قانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016

وضعت المادة (1124) الجديدة من قانون العقود الفرنسي النافذ اعتباراً من تاريخ 2016/10/01، نهاية لقضاء محكمة النقض الفرنسية القديم، سبقت الإشارة إليه، الذي أصبح من الماضي في القانون المدني الفرنسي الحديث، حيث نصت هذه المادة صراحة على أن: «رجوع الواعد عن تعهده، خلال المدة المعطاة للمستفيد للخيار، لا يحول دون إبرام العقد الموعود به»، كما أنها قضت في فقرتها الثالثة على: «بطلان العقد الذي يبرم بالمخالفة للوعد مع شخص من الغير، متى كان يعلم هذا الغير بوجود هذا الوعد»⁽²⁴⁸⁾.

وعلى هذا الأساس، يعتبر العقد الذي أبرمه الواعد مع الغير خلال مدة الوعد المتفق عليها غير نافذ من الناحية القانونية، ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الموعود له، إذا أثبت هذا الأخير سوء نية هذا الغير، أي علمه بوجود الوعد، وعندئذ جاز للموعود له التعبير عن رغبته

(246) Y. Paclot et E. Moreau, L'inefficacité de La Rétractation de la promesse unilatérale de vente, JCP.2011, 736; I. Najjar, La Rétractation d'une promesse unilatérale de vente, D.1997, chron.119; A. Lebois. L'intangibilité de la jurisprudence en matière de La promesse unilatérale de vente, Petites Affiches, 13/10/2008, N° 205, p.15 et s.; D. Maingny, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, R.T.D. Civ, 2004, p.1; La violation d'un pacte de préférence, Dalloz, 2007, p. 1698 et s.; J. Mestre, R.T. D.Civ, 1993, p. 346 et s.

(247) Cf. I. Najjar, La sanction de la promesse de contrat, Rec. Dalloz, Paris, 21/04/2016, pp. 848 et 849, N° 15.

(248) La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

في إبرام العقد الموعود به، وكذا طلب الحكم بالتعويض على الغير، باعتباره شريكاً في الإخلال بالالتزام العقدي الواقع على عاتق الواعد، وهي أحكام جديدة وتاريخية في القانون المدني المقارن، تدعم فعالية الوعد بالتعاقد وقوته القانونية الملزمة، وتعطيه قوة أكثر من تلك المحدودة التي تتوفر للإيجاب المقترن بمدة معينة؛ تتمثل خاصة في التزام الواعد بتنفيذ العقد الذي ارتبط به، إذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد النهائي خلال المدة المحددة، ولو بالتنفيذ الجبري؛ لأنّ العقد شريعة المتعاقدين، وكذا في تمكين الموعود له من الحلول محل الغير، الذي تم التعاقد معه بالمخالفة للوعد، فيكون العقد مع الغير باطلاً، متى كان الغير الذي تم التعاقد معه سيئ النية⁽²⁴⁹⁾.

ومن ثمّ، يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات العقدية السابقة من التعاقد النهائي والاتفاقات الممهدة للتعاقد، بما فيها مرحلة الوعد بالعقد، وفقاً لما يقتضيه الالتزام بمبدأ حسن النية (l'obligation de négociateur de bonne foi)، فلا يجوز لهم استبعاد هذا الالتزام أو تقييده، طبقاً للأحكام الأمرة للمادة (1104) الجديدة؛ حيث أصبح التزاماً قانونياً على عاتق طرفي التفاوض، من بداية المفاوضات العقدية، وحتى تنفيذ كافة مراحل العقد، بحسن نية وأمانة وشرف التعامل، والصدق والصراحة والإخبار والإعلام عن كل ما يتصل بالعملية العقدية، وخاصة في مرحلة تكوين العقد، بتوافر السلوك القويم، وغياب الغش والخديعة، ونية الإضرار بالطرف الآخر⁽²⁵⁰⁾.

ويُسأل الطرف الذي أحلّ بهذا الالتزام قبل التعاقد؛ لأنّه تصرف بسوء نية أو تعسف عما لحق الطرف الآخر من خسائر، طبقاً لمقتضيات المادة (1112) من قانون العقود الفرنسي الجديد، ضماناً لمزيد من الحماية القانونية اللازمة في مرحلة المفاوضات العقدية، وحماية للمتعاقد حسن النية من كل غش أو تحايل⁽²⁵¹⁾، فقد نصت المادة (1104) من قانون العقود

(249) Ph. Delebecque, La réforme des contrats en droit Français, quelles innovations, Rev. Algé, 2016, n°5, op.cit, p. 206; R. Cabrillac, La recodification civile en France, Rev. Algé, 2016, n°5, p. 192; C. Jourdain-Fortier, Vers de nouvelles fonctions de la responsabilité civile, Rev. Algé, 2016, n°5, p. 86.

(250) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 160 وما بعدها؛ د. ظفر الهاجري، التزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي الجديد في أكتوبر 2016، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2017، العدد 3، المجلد 41، ص 97 وما بعدها؛ د. محمد قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 29؛ د. محمود فياض، الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ص 27، العدد 54، سنة 2013، ص 245 وما بعدها.

(251) Ph. Delebecque, La réforme des contrats, quelles innovations?, Rev. Algé, 2016, n°5, Colloque international, le code civil Algérien 40 ans après, Univ d'Alger, 24 et 25 oct 2016, p. 206 et s.

انظر: د. ظفر الهاجري، التزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي في أكتوبر 2016، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها؛ د. محمد قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص 29.

الفرنسي الجديد في فقرتها الأولى والثانية على أنه: «يجب التفاوض على العقود، وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، ويعتبر هذا الحكم من النظام العام»⁽²⁵²⁾، كما قضت الفقرة الثانية من المادة (1102) بأن: «الحرية التعاقدية لا تسمح بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام»⁽²⁵³⁾، كما أشارت المادة (1/1112) من القانون الجديد إلى أنه: «يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية، وسيرها وقطعها حراً، ويجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية»⁽²⁵⁴⁾.

ونلاحظ بأن ما توصل إليه قانون العقود الفرنسي الجديد في أحدث تعديلاته لعام 2016، في مجال تنفيذ الوعد بالعقد، قد أشار إليه فقهاء الفقه الإسلامي، ومن دون منازع منذ عدة قرون، وخاصة منهم فقهاء المالكية - كما رأينا سابقاً - الذين ذهبوا إلى ضرورة الوفاء بالتعهد، عملاً كان أو وعداً⁽²⁵⁵⁾ بأن يلتزم الواعد بتنفيذ الوعد الذي ارتبط به في الوعد، بإبرام العقد النهائي الموعود به؛ لأن ذلك مستحب شرعاً ومن مكارم الأخلاق، غير قابل للرجوع فيه إلا لعذر شرعي قوي بحسن النية المطلوبة في المعاملات، والالتزام بأقصى درجات الصدق والأمانة والصراحة والإخبار عن كافة المعلومات المتصلة بالعملية العقدية، في مرحلة تكوين العقد، وكذا في مرحلة تنفيذه⁽²⁵⁶⁾.

المطلب السادس

القاعدة بالنسبة لشكلية العقد

إذا كان العقد الموعود به شكلياً كعقد البيع العقاري مثلاً، وكان الوعد مستوفياً للشكل الذي يتطلبه القانون، بناء على نص المادة (2/71) من القانون المدني الجزائري، جاز للموعود له إن لم ينفذ الواعد وعده إجباره على ذلك بالوسائل النظامية الجبرية، وفي هذه الحالة يقوم الحكم بإثبات التعاقد وصحته مقام العقد النهائي، كما قضت المادة (72) من القانون المدني الجزائري، وتسجيله لدى مصلحة الشهر العقاري في المحافظة العقارية، تنتقل الملكية العقارية إلى الموعود له قانوناً بمقتضى المواد (2/71 و72 و324 مكرراً و793 من القانون المدني الجزائري، والمادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970)⁽²⁵⁷⁾.

(252) Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

(253) La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

(254) ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

(255) القرافي، الفروق، ج 4، ص 20-21؛ ابن حزم، المحلى، ج 8، ص 29.

(256) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 352 وما بعدها؛ وراجع ما ورد سابقاً بخصوص موقف الفقه الإسلامي من الوعد بالعقد.

(257) د. فريدة زاوي، مرجع سابق، ص 644 وما بعدها؛ د. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 270 وما بعدها.

غير أنه، لا يحكم القاضي بذلك إلا متى كان نقل الحق من الواعد إلى الموعد له ممكناً، فإذا تعذر ذلك، فإن ما يولده الوعد من حق للموعد له، إنما يتمثل في تعويض نقدي عما لحقه من ضرر (dommages et intérêts)، وفقاً لمقتضيات المادة (176) من القانون المدني الجزائري⁽²⁵⁸⁾، كما لو تصرف الواعد بالبيع في العقار الموعد به، خلال فترة الوعد، وتسلمه المشتري وتملكه بعد إتمام إجراءات الشهر العقاري.

وعلى هذا، فإنه عند عدم إمكانية التنفيذ العيني لالتزام الواعد، واستحالة إتمام التعاقد النهائي، يقتصر حق الموعد له على طلب الواعد بالتعويض، من جراء إخلاله بالتزامه بإبرام العقد الموعد به⁽²⁵⁹⁾، فيبقى لقاضي الموضوع الخيار بين الحكم بالتنفيذ العيني بأن يصدر حكماً يقوم مقام التسجيل، على أساس وجود تراض مسبق بين الواعد والموعد له، على كل العناصر الأساسية للعقد الموعد به، وأن إيجاب الواعد غير قابل للرجوع فيه، كما جاء في المادة (72) من القانون المدني الجزائري، أو أن يحكم بالتعويض النقدي المستحق بسبب رجوع الواعد في وعده بعد إبداء الموعد له رغبته خلال المدة المتفق عليها للوعد، كما نصت على ذلك المادة (176) من القانون المدني الجزائري⁽²⁶⁰⁾.

(258) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، 2001/01/30، ملف رقم 258113، م.ق. 2001، العدد 2، ص 120؛ نقض مدني مصري، 2003/03/20، طعن رقم 54/1915.

Voir: Cass. Civ, 3e, 15/12/1993, D. 1995, p. 88; Note L. Aynes.

(259) من المقرر قانوناً، أنه إذا تصرف الواعد في العقار الموعد به، وانتقلت ملكيته إلى الغير، وتم تسجيل ذلك لدى المحافظة العقارية، لا يبقى للموعد له سوى رفع دعوى التعويض، وفقاً للمادة (176) من القانون المدني. انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2001/01/30، ملف رقم 258113، المشار إليه سابقاً؛ د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 301 وما بعدها.

وراجع: نقض مدني فرنسي، بتاريخ 2001/02/20، دالوز، 2001، ص 1568، تعليق C. Jamin؛ Petites Affiches، 1995/12/05، 1996/02/12، ص 757، تعليق D. Mazeaud؛ 1994/04/26؛ ص 9 وما بعدها.

A. Lebois, L'intangibilité de la jurisprudence en matière de La promesse unilatérale de vente, Petites Affiches, 13/10/2008, N° 205, p.15 et s.

(260) المحكمة العليا الجزائرية، بتاريخ 2000/05/24، ملف رقم 223852، مرجع سابق؛ نقض مدني فرنسي، 2008/03/27، 2008/010/petites affiches، ص 13 وما بعدها.

“s’il est de principe que le manquement du promettant à son obligation de vendre l’immeuble, objet d’une promesse unilaterale de vente, constitue la violation d’une obligation de faire qui ne peut se resoudre. En application de l’article 1142 du code civil, que par l’allocation de dommages-interêts, les parties ont la faculté de stipuler que par exception, la vente de l’immeuble pourra être exécutée de manière forcés sur decision de justice”.

Voir: D. Maingny, L’efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, R.T.D. Civ, 2004, p.1 et s; La violation d’un pacte de préférence, Dalloz, 2007, p. 1698 et s; J. Mestre, R.T. D.Civ, 1993, p. 346 et s.

والحقيقة أنّ الجزاء الأكثر ملاءمة لحالة الإخلال بالوعد بالتعاقد، يتمثل بتمكين الموعود له من الحل محل الغير، الذي تعاقد معه الواعد بالمخالفة للوعد المبرم بين الطرفين، متى كان هذا الغير سيئ النية، أي كان على علم بالوعد، فمن خلال هذا الجزاء تتأكد فعالية الوعد بالتعاقد وقوته القانونية الملزمة⁽²⁶¹⁾، وهذا حرصاً على حماية حقوق الموعود له، وإن كان هذا الأخير لا يملك إلا حقاً شخصياً، وهو حق الخيار خلال مدة الوعد، فيصبح تعاقد الواعد مع الغير بالمخالفة للوعد غير نافذ، ولا يحتج به في مواجهة الموعود له، إذا تمكن هذا الأخير من أن يثبت سوء نية هذا الغير، أي علمه بوجود الوعد⁽²⁶²⁾.

ومهما يكن، فإن تصرف الواعد في العقار الموعود به ونقل ملكيته نهائياً للغير، من خلال تسجيل ذلك في المصلحة العقارية المختصة، فلا يبقى للموعود له عندئذ - وفقاً لاجتهادات المحكمة العليا الجزائرية الحديثة - سوى رفع دعوى التعويض للمطالبة بتعويض الأضرار التي أصابته، كما رأينا، من جزاء إخلال الواعد بالتزامه بعمل، وعدم إتمام التعاقد النهائي المقصود، لاستحالة تنفيذ التزامه عيناً، عملاً بأحكام المادة (176) من القانون المدني الجزائري⁽²⁶³⁾، فالقانون العقاري الجزائري، لا يستوجب شهر عريضة افتتاح دعوى

راجع: د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 96 وما بعدها؛ د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مرجع سابق، ص 164 وما بعدها؛ بدري جمال، الطبيعة القانونية لحق الموعود له الناتج عن عقد الوعد، مرجع سابق، ص 107.

Cf. M. Azencot, La promesse de vente et rétraction, AJDI, 1994, p. 351 et s; F. Terré et PH. Simler et Y Lequette, Droit Civil, Les Obligations, 8^e éd. 2002, p.225 et s.

“Tant que les bénéficiaires n’avaient pas déclaré acquiescer, l’obligation de la promettante ne constituait qu’une obligation de faire et que la levée d’option postérieure à la rétraction de la promettante excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d’acquiescer... La rétraction avant la levée de l’option est donc efficace et ne pas ouvrir droit qu’à des dommages et intérêts”.

Cass. Civ, 3e, 15/12/1993, D. 1995, p. 88; Note L. Aynes.

(261) د. محمد قاسم، مصادر الالتزامات، ج 1، ط 2، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص 191.

Voir: I. Najjar, La sanction de la promesse de contrat, Rec. Dalloz, Paris, 21/04/2016, p 848 et 849, N° 15.

(262) Cass. Civ, 20/02/1979, JCP. 1980, 2, 19736, Note Dagot ; 10/11/1982, Bull. Civ, 3, N° 221.

(263) من المقرر قانوناً أنّ تصرف الواعد بعقد بيع مشهر في العقار، محل الوعد بالبيع، ينشئ حقاً في التعويض. راجع: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2007/01/24، ملف رقم 352043؛ بتاريخ 2002/01/30، ملف رقم 258113؛ بتاريخ 2001/04/17، ملف رقم 154760، م.ق، 1996، العدد 1، ص 99؛ بتاريخ 1998/09/23، ملف رقم 172960، غير منشور؛ بتاريخ 1996/04/17، ملف رقم 154760، م.ق، 1998، العدد 1، ص 99؛ بتاريخ 1998/04/06، ملف رقم 108763، م.ق، 1998، العدد 1، ص 105. وانظر للاستزادة فقهيًا: بدري جمال، الوعد بالبيع العقاري في ضوء التشريع والقضاء الجزائريين، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 63 وما بعدها؛ وللمؤلف نفسه: الطبيعة القانونية لحق الموعود له الناتج عن عقد الوعد، مرجع سابق، ص 114 وما بعدها؛ د. فريدة زاوي، مرجع سابق، ص 644 وما بعدها؛ د. علي فيلاي، مرجع سابق، ص 116 وما بعدها.

إتمام إجراءات عقد الوعد بالبيع، الذي لا يتضمن نقل حقوق عقارية، وفقاً لنص المادتين (17 و519) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد لعام 2008⁽²⁶⁴⁾، ومن ثم يقتصر العدول عن الوفاء بالوعد بنقل ملكية العقار على الالتزام بالتعويض، كما أشارت المحكمة العليا الجزائرية في اجتهادها المذكور سابقاً.

وعلى أي حال، فإن مثل هذا الاجتهاد القضائي قابل للتمحيص والتعقيب، كما أن النصوص المتعلقة بالوعد بالتعاقد الواردة في القانون المدني الجزائري الجديد بشكلها الحالي، وفقاً للمادتين (71 و72) من القانون المدني الجزائري، لا تزال رغم تعديلات عام 2005 يشوبها بعض النقص التشريعي يستحسن تداركه، وفقاً لما سارت عليه القوانين المدنية الحديثة؛ إذ لا يمكن أن تحقق في مجملها للموعد له الحماية القانونية المطلوبة، حيث أصبح الوعد بالتعاقد مجرداً من أي قوة ملزمة، إلا إمكانية الموعد له في الحصول على التعويض الجزافي عن الأضرار التي أصابته من الواعد المتعاقد الذي نكل عن تعهده، لإخلاله بالتزامه العقدي بإبرام العقد المقصود، في حين أن الغاية المنشودة التي يصبو إليها الموعد له، هي كيفية الحصول على العين الموعد بها التي ضاعت منه⁽²⁶⁵⁾.

إذ غالباً ما يفشل الموعد له المضروب في إثبات الأضرار الحاصلة له أمام القضاء، وخاصة إثبات خطأ الواعد الموجب لقيام مسؤوليته العقدية، فتضيق حقوق الموعد له المتضرر سدى، رغم أن الواعد في عقد الوعد قد أعطى رضاه نهائياً، بإبرام العقد النهائي المقصود خلال المهلة المتفق عليها، كما أن الوعد يولد للموعد له حقاً شخصياً بالمطالبة بإبرام العقد، بمجرد إظهار الرغبة خلال المدة المحددة⁽²⁶⁶⁾، فقد أشارت مقتضيات المادة (72) من القانون المدني الجزائري إلى ذلك صراحة من أنه: «إذا نكل الواعد، أي رفض التنفيذ، ورفض إبرام العقد المقصود، فللموعد له استصدار حكم بطلب تنفيذ الوعد، على أن يسبقه إنذار من الموعد له، وبصدور حكم نهائي يقوم مقام العقد».

وانطلاقاً من هذه المشكلات القانونية في مجال تنفيذ الوعد بالتعاقد، فقد نصت المادة (1124) الجديدة في فقرتها الثالثة من قانون العقود الفرنسي الجديد على أنه: «يكون العقد المبرم

(264) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، بتاريخ 2013/12/12، ملف رقم 0809194، م.م.ع.، 2013، العدد 2، ص 337. ولا يمكن قانوناً إخضاع الوعد بالبيع العقاري، باعتباره عقداً رسمياً محرراً من طرف الموثق لسماع الشهود، بخصوص الإضاءات الواردة فيه؛ لأن الوثائق الرسمية المحررة طبقاً للمادة (324 مكرر) من القانون المدني لا تخضع للتحقيق المتمثل في سماع الشهود، لأنها وثائق تتمتع بالحجية حتى يثبت تزويرها. المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، بتاريخ 2013/02/09، ملف رقم 698894، م.م.ع.، 2014، العدد 2، ص 287.

(265) د. فريدة زواوي، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، مرجع سابق، ص 639 وما بعدها. Cf . B Stark, Les contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, J.C.P, Paris, 1954, doct. 1180.

(266) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 346 وما بعدها.

بالمخالفة للوعد، من جانب واحد مع الغير، الذي كان يعلم بوجوده، باطلاً»⁽²⁶⁷⁾.

وهو حكم تشريعي صائب لحماية حق الموعد له في الحصول على العين الموعود بها في عقد الوعد، يتمثل في الجزاء الحقيقي بأن يكون العقد الذي أبرمه الواعد مع شخص من الغير بالمخالفة لوعده باطلاً، إذا كان هذا الغير على علم بالوعد المبرم بين الطرفين، وهو ما ينسجم مع القواعد العامة في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، باعتبار أن الغير سيئ النية الذي تعاقد مع الواعد الذي أحلّ بتعهده، لا يمكنه الاستفادة من غشه، مع علمه أن محل العقد هو شيء موعود به لصالح المستفيد من الوعد، فيعتبر عندئذ شريكاً في الإخلال بالالتزام العقدي، يستوجب الردع والمساءلة القانونية، إذ لا معنى ههنا لتعويض جزافي للموعد له الذي تم الإخلال بحقه⁽²⁶⁸⁾.

المطلب السابع

حكم العربون المدفوع في اتفاق الوعد بالتعاقد

إذا كان العربون (Les Arrhes)، قد دفع في اتفاق الوعد بالتعاقد، كالوعد بالبيع مثلاً، فإن مدة خيار العدول تتزامن مع مدة إبداء الرغبة، فإذا أبدى الموعد له رغبته بالشراء، انعقد العقد النهائي المقصود، وسقط خيار العدول عن الوعد، إلا إذا اتفق الطرفان على مدة أطول⁽²⁶⁹⁾.

ومن المعلوم أن التعاقد بالعربون هو أيضاً من العقود التمهيدية (Les Contrats préparatoires)، أو العقود التحضيرية المؤقتة التي تبرمها الأطراف قبل العقد النهائي (Les Contrats temporaires)⁽²⁷⁰⁾ التي يكون بمقتضاها لكل من المتعاقدين أن يتراجع عن العقد، مقابل فقده من طرف من دفعه، أو رده مضاعفاً إذا حصل العدول ممن قبضه، بمقتضى

(267) «Le contrat conclu en violation de promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul».

(268) بدري جمال، الوعد بالبيع العقاري في ضوء التشريع والقضاء الجزائريين، مرجع سابق، ص 63 وما بعدها؛ وللمؤلف نفسه: الطبيعة القانونية لحق الموعد له الناتج عن عقد الوعد، مرجع سابق، ص 114 وما بعدها.

(269) تعقيب مدني تونسي، بتاريخ 1970/05/25، ملف رقم 6499، النشرة، 1970، القسم المدني، ص 100؛ تمييز مدني أردني، ملف رقم 92/667، مجلة نقابة المحامين، عمان، 1994، ص 811؛ نقض مدني مصري، بتاريخ 1970/02/26، م.م.ف، س 21، رقم 56، ص 244؛ بتاريخ 1956/04/05، م.م.ف، س 7، ص 508. وراجع: د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 410 و 411؛ د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 393 وما بعدها.

(270) S. J. Schmidt, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, R.T.D.Civ, 2000, p.25; A. Lassaoued, Les contrats préparatoires, Thèse, Strasbourg, France, 1987, p 125 et s; M. Azencot, La promesse unilatérale de vente, AJDI, 2001, p. 968.

المادة (72 مكرر) من القانون المدني الجزائري المضافة عام 2005⁽²⁷¹⁾.

ويكون تعيين المدة التي يجب أن يتم خلالها إظهار الرغبة في التعاقد، إما بتاريخ محدد، وإما باتفاق ضمني، وإما بحصول أمر معين، فإذا اتفق الأطراف على أن تكون تلك المدة هي المدة المعقولة، عندئذ يستخلصها قضاة الموضوع من ظروف التعاقد وطبيعة المعاملة⁽²⁷²⁾، وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية في قرار مشهور حديث لها، من أنه: «إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه بالتعاقد النهائي، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره، أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين، إذا اقتضى الحال ذلك، (المادة 72 مكرر من القانون المدني المضافة عام 2005 بالقانون رقم 05/10). ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها التزمت بالبيع، وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها عن رغبته في الشراء لإتمام الإجراءات، وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن رغبته في إتمام الشراء، ما جعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر، وهو تصرف سليم من الناحية القانونية»⁽²⁷³⁾.

يتضح من هذا القرار، أنه إذا كان العربون قد دفع في اتفاق الوعد بالبيع (promesse unilatérale de vente)، وانقضت المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع الممنوحة للموعد له، ولم يعلن هذا الأخير عن رغبته في إتمام الشراء وتكملة الإجراءات، فإن الوعد بالتعاقد يسقط، دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار، كما أنه يسقط خلال المدة الممنوحة، إذا رفضه الموعد له، طبقاً للقواعد العامة للوعد بالتعاقد، وفقاً للمواد (71 و 72 و 72 مكرر) من القانون المدني الجزائري⁽²⁷⁴⁾.

فإذا تخلف الواعد عن تنفيذ التزامه بإبرام عقد بيع عقاري، مع دفع العربون، ومستوف لشروط التسجيل، فإنه تنطبق عليه أحكام المادة (71/2) من القانون المدني الجزائري؛ مما يعد عدولاً عن الوعد وفق المادة (72) من القانون المدني الجزائري، مما يستوجب رد العربون المقبوض ومثله، طبقاً لمقتضيات المادة (72 مكرر) من القانون المدني الجزائري المضافة عام 2005، المتعلقة بأحكام العربون؛ لأنّ التخلف عن تنفيذ الوعد بالبيع، خلال المهلة المتفق عليها،

(271) Cf. Cass.Civ, 15/02/2000, RTDCiv, 2000, p.564; 07/10/1998, JCP, 1999, 2, 10039; F. Terré et Ph. Simler et Y. Lequette, Droit Civil, Les Obligations, 10^e éd, Dalloz, Paris, 2009, N° 481; A. Bénabent, Les Obligations, 12^e éd., Litec, Paris, 2010, N° 69 et 306.

(272) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 23/05/2001، ملف رقم 247607، م.م.ع، 2004، العدد 2، ص 119؛ بتاريخ 24/05/2000، ملف رقم 223852، م.ق، 2001، العدد 1، ص 138، بتاريخ 22/12/1993، ملف رقم 106776، م.ق، 1994، العدد 2، ص 27.

(273) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 24/05/2000، ملف رقم 223852.

(274) وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية وبكل وضوح. انظر: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 24/05/2000، ملف رقم 223852؛ د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 397 وما بعدها.

ورغم الإعذار العدلي بطلب التنفيذ، هو بمثابة عدول عن التعاقد النهائي⁽²⁷⁵⁾. فإذا استخلص قضاة الموضوع من أوراق الدعوى، في نطاق سلطتهم الموضوعية، معنى العدول عن التعاقد، وكان ما استخلصوه من ذلك سائغاً ومسبباً فلا معقب عليهم⁽²⁷⁶⁾، غير أنّ الخطأ في تكييف العقد الموعود به، واعتباره بيعاً تاماً لا مجرد وعد بالبيع مصحوب بالعربون، وخصوصاً عند عدم وجود الدليل، لا يقوم على أساس قانوني سليم ومستوجب للنقض⁽²⁷⁷⁾.

(275) تمييز حقوق أردني، بتاريخ 1993/11/30، ملف رقم 1992/667.
(276) نقض مدني مصري، بتاريخ 1946/06/06، طعن رقم 90 لسنة 15 ق، مجموعة الربع قرن، ص 351.
(277) نقض مدني مصري، بتاريخ 1950/05/04، طعن رقم 99 لسنة 18 ق، س 1، ص 465.

المبحث الرابع

الأحكام الخاصة بالوعد بالترفضيل

إنّ الوعد بالترفضيل (la promesse de contrat) قد يتخذ في الحياة العملية صورة خاصة هي صورة الوعد بالترفضيل (promesse de préférence)، أو اتفاق التفضيل (pacte de préférence)، أو اشتراط الأفضلية، من خلال شرط مدرج في عقد ما، يمكن المستفيد من الحق في الأفضلية، إذا ما رغب الواعد في إبرام العقد المقصود في المستقبل⁽²⁷⁸⁾.

ومثال ذلك، اتفاق متبادل بين المؤجر والمستأجر بتفضيله في عقار آخر مملوك للمؤجر، إن أراد بيع شقة فيه؛ ممّا ينشئ التزاماً على الواعد قبل حصول التصرف، بعرض رغبته في ذلك على الموعد له، ويعطيه الأولوية تفضيلاً على سواه، إذا ما قرّر إبرام هذا العقد في المستقبل. ونتطرق للأحكام الخاصة بالوعد بالترفضيل، من خلال البحث في المسائل المهمة الآتية:

المطلب الأول

المقصود بالوعد بالترفضيل

الوعد بالترفضيل هو اتفاق تمهيدي (Avant- contrat) يمهد للعقد النهائي، ممّا يدخل ضمن الاتفاقات الممهدة للتعاقّد، حيث يلتزم بمقتضاه الواعد أن يختار الموعد له دون غيره، في حال ما إذا قرر فعلياً التعاقّد في المستقبل، بشأن الشيء محل التعاقّد⁽²⁷⁹⁾، أي أنّه بموجبه يلتزم الواعد حال رغبته في بيع الشيء الموعد به، أن يقوم بعرضه أولاً على الموعد له، وهو المستفيد من الوعد، تفضيلاً على غيره، فإنّ قبل هذا الأخير الشراء انعقد العقد نهائياً معه⁽²⁸⁰⁾.

(278) Cf L. Rozès, Pacte de préférence et notions voisines, Dr. et Pat, N° 114, Janvier 2006, p 41 et s; H. Kenfack, Validité du Pacte de préférence, Dr. et Pat, N° 144, Janvier 2006, p 43 et s; H. Lalou, Pacte de préférence, Rec. Hébr. Dalloz, Paris, 1929, p. 9 et s. Voir aussi: Croslière, droit de préemption: préférence ou retrait, J.C.P, Paris, 1963, 1, 1769; Ph. Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution des contrats, Mél P. Raynaud, 1985, p. 349 et s; J. Schmidt, Négociation et conclusion de contrats, Dalloz, Paris, 1982, p 208 et s; Durry, Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du contractant, Thèse, Paris, 1957, p. 161 et s.

(279) د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، مرجع سابق، ص 309 وما بعدها.
(280) د. سعيد جبر، الوعد بالترفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 24؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالترفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008، العدد2، ص 7 ما بعدها.

فالوعد بالترفضيل هو اتفاق بين شخصين هما الواعد والموعود له المستفيد، شريطة أن يبرم أحدهما مع الآخر عقداً محدداً بالأفضلية على غيره، بالشروط ذاتها التي يعرضها الغير، مع احتفاظ الواعد بحقه في تقدير الإيجاب الذي يتقدم به الغير، فهو بهذا المعنى الفني اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد بأن يفضل الموعود له على غيره، في حال إذا قرّر التعاقد بشأن الشيء محل العقد في المستقبل. والوعد بالترفضيل في الحياة العملية قد يكون اتفاقاً مستقلاً بين طرفيه، أي لا يستند إلى عقد آخر يربط بينهما (اتفاق الأفضلية)، وقد يكون مقترناً بعقد بينهما بحيث يكون هذا الوعد شرطاً أو عنصراً من عناصر عقدهما (اشتراط الأفضلية).

وقد نظم قانون العقود الفرنسي الجديد النافذ منذ عام 2016، الوعد بالترفضيل بتنظيم تشريعي مهم، تتضمنته أحكام المادة (1123)، حيث نصت في فقرتها الأولى على أن: «العقد الذي يتعهد بموجبه أحد الأطراف، أن يمنح الأفضلية للمستفيد من الوعد بالتعاقد معه، في حال أنه قرر التعاقد في المستقبل»⁽²⁸¹⁾.

إنّ الاتفاق الذي يعد بمقتضاه أحد الأطراف بترفضيل الطرف الآخر، لا ينعقد إلا إذا توافرت أركانه وشروطه، وهي التراضي والمحل والسبب، ببيان الشيء الموعود به، والثمن الذي يباع به، فضلاً عن المدة التي يبقى خلالها الواعد ملتزماً بعدم إبرام العقد محل التفضيل مع الغير، وهي المدة التي يجب خلالها أن يعرض الواعد الشيء على الموعود له إذا رغب في البيع مستقبلاً، وذلك تقديراً لاحتمالات الخلاف بين الطرفين مستقبلاً.

فهو في الفقه والقضاء الفرنسيين صورة خاصة من صور الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، يلزم لإتمامه إيجاب الواعد (Promesse unilatérale)، ولكنه عقد تمهيدي أو اتفاق بالترفضيل غير نهائي (Pacte de préférence)، حيث يقتصر التزام الواعد فيه إذا رغب في البيع مستقبلاً بحسب ظروفه وأحواله، أن يعرضه أولاً على الموعود له المستفيد، تفضيلاً له على غيره إن قبل الشراء، وهو التزام الواعد بالترفضيل، بإرادته المنفردة، فهو يأتي في الغالب مقترناً باتفاق بينهما، بحيث يكون هذا الوعد عنصراً من عناصر اتفاقهما، وهو في مجال البيع كما هو الشأن في عقد البيع العقاري، وعد بالبيع من جانب الواعد، معلق على شرط اتخاذ قرار البيع مستقبلاً، بالشروط التي يقبلها الواعد⁽²⁸²⁾، وهو أيضاً التزام بالامتناع عن عمل من جانب الواعد، بعدم إبرام العقد النهائي، محل التفضيل مع الغير، وفقاً لبنود الاتفاق

(281) «Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter».

(282) Cass. Civ. 3e, 16/11/1994, D. 1995, p. 279 ; J. Cassey et G. Lejeune, Promesse unilatérale de vente ou Pactes de préférence, Petites Affiches, 12/02/1996, p. 12 et s; L. Boyer. Le pacte de préférence, p. 422 et s.

بالتفضيل المبرم بين الطرفين⁽²⁸³⁾، وعلى هذا الأساس فإنّ الواعد في هذا الاتفاق يلتزم تجاه الآخر (الموعد له أو المستفيد)، بعدم إبرام عقد ما في المستقبل مع الغير، قبل عرض إبرامه عليه⁽²⁸⁴⁾، وهكذا يحقق الوعد بالتفضيل ضمان إبرام العقد المقصود الذي ينشده الموعد له، إذا ما عزم الواعد على إبرام العقد المقصود⁽²⁸⁵⁾.

ومثال ذلك، أن يرغب شخص (الموعد له) في شراء فيلا معينة، ولكن مالكة لا يريد بيعها حالياً، فيبرم مع هذا المالك اتفاقاً يعده فيه هذا الأخير (الواعد)، أن يفصله على غيره إذا ما قرر بيع هذه الفيلا مستقبلاً، بالشروط ذاتها التي قبل بها الغير، وفي عقد الإيجار أيضاً، قد يعد المؤجر المستأجر بأن يخول له الأفضلية والأولية في شراء العين المؤجرة عند بيعها؛ وكما هو الشأن في عقد الوصية، فقد يوصي الموصي بالأفضلية لشخص معين وهكذا.

المطلب الثاني

شروط الوعد بالتفضيل

إنّ اتفاق الأفضلية هو مجرد وعد بتفضيل الموعد له مستقبلاً، يمهّد في الحقيقة للتفاوض حول العقد المقصود، طالما أنّ العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، من أركان وشروط والتزامات وثمان لم تكتمل، أو لم يحصل الاتفاق عليها، ممّا يخول الموعد له المستفيد حقاً في المفاوضة بالأفضلية والأولية على غيره، في الحالة التي تفتتح فيها المفاوضات العقدية بين الأطراف عندما يقوم الواعد بإخطار المستفيد بعزمه على إبرام العقد المقصود⁽²⁸⁶⁾، فهو التزام يقضي مضمونه أن يعزم الواعد على إبرام العقد المقصود في المستقبل⁽²⁸⁷⁾، أي رغبة الواعد في البيع المحتمل حسب الظروف، إذا عزم الواعد على بيع الشيء الموعد به محل الوعد بالتفضيل، وعندئذ يعرضه على الموعد له، المستفيد من الوعد تفضيلاً له على

(283) نقض مدني مصري، بتاريخ 1984/06/12، طعن رقم 51/363؛ بتاريخ 1984/12/10، طعن رقم 53/1773؛ انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، المجلد 1، مرجع سابق، فقرة 32؛ د. سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 23 و28 وما بعدها؛ د. يونس علي، العقود التمهيديّة، مرجع سابق، ص 511 وما بعدها؛ د. رجب كريم عبد اللّاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 374 وما بعدها.

(284) Cf. Ch. Larroumet, Les obligation, T3, le contrat, p.253 et s; Ph. Malaurie et L. Aynes, Les obligations, p.109.

(285) Cf. J. L. Aubert, Brèves Remarques sur l'éventualité d'un revirement de jurisprudence en matière de publicité des pactes de préférence, D.1980,P.41; H. Lalou, Les Pactes de préférence, Dalloz, R.H.J, 1929, Chr.42.

(286) Cf. J. schmidt, Négociation et conclusion de contrats, p 208 et s ; J. Rogot, La gestion de la Négociation, p. 447 et s; L. Boyer, Le pacte de préférence, p. 422et s .

(287) نقض مدني مصري، بتاريخ 1984/06/12، طعن رقم 51/363، بتاريخ 1984/12/10، طعن رقم 53/1773.

غيره⁽²⁸⁸⁾، أي بمعنى أنه ينشأ حق الموعد له بالأفضلية، معلقاً على شرط مفاده إذا رغب الواعد في بيع الشيء، ولا يجوز للموعد له بالتفضيل التنازل عن حقه الشخصي إلى آخر دون رضاء الواعد⁽²⁸⁹⁾.

فإن حق الموعد له بتفضيله، وإن كان ينشأ ظاهرياً معلقاً على شرط واقف، وهو أن يعزم الواعد على إبرام المقصود، أي رضاء الواعد بهذا العقد مستقبلاً، ومثل هذا العنصر لا يمكن أن يكون محلاً للشرط، وفقاً لمقتضيات المادة (71) من القانون المدني الجزائري، فهو لا يتعلق في الحقيقة بمفهوم الشرط كوصف للالتزام بحذافيره؛ لأن الالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون نافذاً، إلا إذا تحقق الشرط المحدد بصفة واضحة وقطعية، كما نصت المادة (203) وما بعدها من القانون المدني الجزائري⁽²⁹⁰⁾.

فالشرط هنا صحيح وهو رغبة الواعد في إبرام العقد المقصود، وهو العنصر الأساسي في الوعد بالتفضيل برمته، وهو لا يتوقف على محض إرادة الواعد الملتزم أصلاً بتفضيل الموعد له، إذ ما قرر إبرام هذا العقد المقصود في المستقبل⁽²⁹¹⁾، بل هو شرط مختلط متصل بظروف خارجية قد تدفع الواعد أو تمنعه عن التعاقد المقصود مع شدة رغبته في ذلك⁽²⁹²⁾.

ومن ثم، فإن الوعد بالتفضيل هو اتفاق تمهيدي قبل تعاقد فحسب، يلزم الواعد فقط بتوجيه الدعوة إلى الموعد له بالأفضلية (Préférence) على غيره، بالدخول في التفاوض (Négociation)، عندما يعزم على إبرام العقد المقصود في المستقبل، فيكون على الموعد له عندئذ ممارسة خياره في قبول التعاقد أو رفضه⁽²⁹³⁾.

(288) Cass. Civ, 13/03/1979, D. 1979, p. 546, Note Franck; 16/03/1994, D. 1994, p. 486, Note Fournier; Ph. Malaurie et L. Aynes et Ph. Gautier, Les Contrats Spéciaux, op.cit., p. 97.

(289) السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مرجع سابق، ص 28.

(290) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1988/11/15، ملف رقم 53461، م.ق، 1993، العدد 3، ص 139، ومما جاء فيه: «إن الطاعن التزم بموجب العقد العرفي المسجل والمحرم بين الطرفين بإتمام إجراءات البيع متى امتلك المطعون ضده القاعدة التجارية للمخزن المتنازع عليه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعن بإتمام البيع الذي اتفق عليه تنفيذاً لالتزاماته طبقوا صحيح القانون».

انظر: د. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، فقرة 359.

(291) سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 24 وما بعدها؛ السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مرجع سابق، ص 26-27؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترتيب والعزم، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها؛ المؤلف نفسه، القانون المدني، العقد، المجلد 1، مرجع سابق، ص 194. تقضي المادة (205) من القانون المدني الجزائري أنه: «لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم».

(292) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص 69؛ د. جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 114.

(293) في حين أن عقد التفاوض أو المفاوضات يلزم الطرفين بالتفاوض على العقد المراد إبرامه، إماماً في الحال، وإماماً في الموعد المحدد. نقض مدني فرنسي، 1، بتاريخ 1987/02/01، Bull.Civ, 1، رقم 75.

وبالتالي يكون على الواعد في الوعد بالترفضيل، أن يلتزم بتفضيل الموعد له على غيره إن قبل الشراء بالثمن الذي عرضه الغير، فإذا تصرف الواعد في الشيء محل التفضيل للغير قبل عرض الأمر على الموعد له، كان تصرفه نافذاً رغم ذلك، ولا يبقى للموعد له إلا أن يرجع بالتعويض على الواعد، بمقتضى حق الأفضلية (Droit de préférence)، المقرر له بالاتفاق المبرم بين الطرفين⁽²⁹⁴⁾.

فالواعد في الاتفاق بالترفضيل يبقى حراً من جهة إبرام أو عدم إبرام العقد النهائي، إذ إنه يحتفظ بكامل حرية التعاقدية، إنما يمتنع فقط عن التعامل مع الغير، قبل رفض اقتراحه بالتعاقد من قبل الموعد له (وهو المستفيد)⁽²⁹⁵⁾.

وعلى ذلك، اعتبر بعض الفقه المدني الحديث، وخاصة في فرنسا بأن الوعد بالترفضيل، هو مجرد آلية للتعاقد فقط، تمهد لعقد نهائي في المستقبل، وهو ما يميزه عن الوعد بالتعاقد، بناء على المادتين (71 و 72) من القانون المدني الجزائري، الذي سبق لنا معالجته؛ وذلك لأن الوعد بالترفضيل لم يتعهد بالتعاقد مع المستفيد، وإنما فقط بتفضيل هذا الأخير على غيره من الراغبين المحتملين في التعاقد، أي منحه الأفضلية والأولية إذا ما قرر إبرام هذا العقد مستقبلاً. ومن ثم، فإنّ العنصر الأساسي الجوهرية هو رضا الواعد في المستقبل بهذا العقد، وهذا العنصر لا يمكن أن يكون محلاً للشرط الواقف كوصف للالتزام⁽²⁹⁶⁾.

ونلاحظ بأنّه، لا يلزم في الوعد بالترفضيل أهلية التعاقد الواجبة للتصرف في الواعد، لحظة إبرام الوعد بالترفضيل، وإنما وقت اتخاذ قرار التعاقد في المستقبل، في حين هي واجبة في

(294) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1992/04/01، 98، 1993، Defrenois، تعليق J. M Olivier؛ نقض مدني مصري، بتاريخ 1984/06/12، طعن رقم 51/363؛ بتاريخ 1984/12/10، طعن رقم 53/1773. Cf. Ch. Paulin, Promesse de préférence, R.T. D.Com, 1998, p. 511 et s ; P. Voirin, Le Pacte de préférence, JCP, 1954, 1, 1192.

(295) يبقى المالك (الواعد) حراً من جهة عدم طرح العقار للبيع، ولا يستطيع الموعد له (أي المستفيد من اتفاق الأفضلية) الادعاء بأن له حقاً أو امتيازاً في المفاوضات العقدية. انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، مرجع سابق، ص 69 وما بعدها؛ د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 365 و 372 ما بعدها؛ د سعيد جبر، الوعد بالترفضيل، مرجع سابق، ص 62 و 63 وما بعدها، د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها؛ د. يونس علي، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 463 وما بعدها؛ السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالترفضيل، مرجع سابق، ص 26 وما بعدها.

(296) سعيد جبر، الوعد بالترفضيل، مرجع سابق، ص 31؛ محمد قاسم، آثار الوعد بالترفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها؛ وراجع في الفقه الفرنسي الحديث: D. Mainguy, La violation d'un pacte de préférence, Dalloz, Paris, 2007, p. 169 et s; H. Kenfack, Validité du Pacte de préférence, Dr. et Pat, N° 144, Janvier 2006, p. 43 et s; L. Rozès, Pacte de préférence et notions voisines, Dr. et Pat, N° 114, Janvier 2006, p. 41 et s.

الوعد بالتعاقد، كما رأينا سابقاً. كما أنّ الوعد بالترفضيل يخوّل للموعد له الاستفادة من الوعد حقاً بالأفضلية على غيره، إن قبل التعاقد في المستقبل، لا يجوز له أن يتنازل عنه إلى آخر دون رضا الواعد، في حين ينشأ الوعد بالتعاقد باتاً منذ إبرام الوعد كما رأينا، إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه مستقبلاً، المادة (71) من القانون المدني الجزائري

فلا يشترط لصحة الوعد بالترفضيل الاتفاق على ثمن الشيء محل البيع المحتمل إبرامه مستقبلاً؛ لأنّ ذلك يتم لحظة اتخاذ الواعد قراره بالتعاقد والدخول في التفاوض على العقد المقصود، ومن ثم يكفي في الوعد بالترفضيل تحديد طبيعة العقد المحتمل إبرامه في المستقبل، وتحديد الشيء الذي يرد عليه هذا العقد، لقيام الوعد بالترفضيل صحيحاً من الناحية القانونية⁽²⁹⁷⁾.

ولا يشترط أيضاً لصحة الوعد بالترفضيل (Validité du Pacte de préférence)، وفقاً لما ذهب إليه الفقه والقضاء المعاصران في فرنسا، الاتفاق على مدة معينة له، فلا يتحدد بقاؤه قائماً بمدة معينة، خلافاً لما رأيناه في الوعد بالتعاقد، حيث يشترط تحديد مدة محددة أو مدة معقولة لإظهار الرغبة من جانب الموعد له في التعاقد خلالها (المادة 1/71 من القانون المدني الجزائري)؛ ممّا يعني إمكانية أن يكون الوعد بالترفضيل غير محدد المدة.

كما لا يخضع الوعد بالترفضيل لنظام التقدم المسقط، فلا ينقضي حق الأفضلية بمرور الزمن أو طول المدة⁽²⁹⁸⁾، أي أنّ مدة الوعد بالترفضيل تكون في الحقيقة، هي المدة التي يلتزم خلالها الواعد بعرض التعاقد المقصود على الموعد له الاستفادة أولاً، إذا ما قرر إجراء هذا التعاقد، وبانقضائها دون اتخاذ هذا القرار، أو رفض العرض من المستفيد، ينقضي التزامه نهائياً⁽²⁹⁹⁾، وهو ما كرّسته الغرفة المدنية لدى محكمة النقض الفرنسية في اجتهاداتها القضائية الكبرى، من أنّه: «ليس من طبيعة الوعد بالترفضيل أن يحدد مسبقاً ثمن العقد المزمع إبرامه، والذي لن يتم إبرامه لاحقاً، إلا إذا قرر الواعد ذلك»⁽³⁰⁰⁾، كما أنّ: «اشتراط مهلة ما ليس شرطاً من شروط صحة الوعد بالترفضيل»⁽³⁰¹⁾، غير أنّها في قرار مشهور متعلق بعقد

(297) د سعيد جبر، الوعد بالترفضيل، المرجع السابق، ص 31 وما بعدها؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالترفضيل بين مرحلتى الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 83 وما بعدها.

(298) د. محمد قاسم، آثار الوعد بالترفضيل بين مرحلتى الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 29 وما بعدها.

(299) نقض مدني فرنسي، 3، بتاريخ 2003/12/15، RTDCiv. 2003، العدد 4، ص 45، تعليق: D.Mazeaud؛ RTDCiv. 2003، 2003/01/15، ص 497، تعليق: Mestre.

Voir: H. Kenfack, Validité du Pacte de préférence, Dr. et Pat, N° 144, Janvier 2006, p. 47; F. Collart- dutilleul, Le Pacte de préférence, R.T. D.Civ, 2006, p. 1131 et s.

(300) نقض مدني فرنسي، 1، بتاريخ 2001/06/06، RTDCiv. 2002، ص 88، تعليق: Mestre.

(301) نقض مدني فرنسي، 3، بتاريخ 2003/01/15، دالوز، 2003، 1190، تعليق: Kenfack؛ 2001/06/06، RTDCiv. 2002، 1، ص 88، تعليق: Mestre.

بيع عقار لموعدين مستفيدين معينين من دون تحديد أي سعر معين، قضت بأنه التزام إرادي بحت، لا يشكل وعداً بالتفضيل بالمعنى الفني من حيث طبيعته القانونية⁽³⁰²⁾.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل

لم يتعرض القانون المدني الجزائري لأحكام الوعد بالتفضيل، مما يستوجب الرجوع للقواعد العامة التي تحكم الاتفاقات التمهيديّة خلال فترة التفاوض على العقد، أي في المرحلة السابقة على التعاقد النهائي، وبالخصوص الأحكام العامة للوعد بالتعاقد في المادتين (71 و72) من القانون المدني الجزائري.

وعلى كل، يخضع اتفاق الأفضلية عند تكوينه للشروط العامة المقرّرة لصحة الاتفاقات والعقود المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري في المواد (54 و59 و65 و71 و72)، وهذه الشروط مستقلة عن تلك المتعلقة بصحة العقد النهائي المحتمل إبرامه مستقبلاً⁽³⁰³⁾، كما أنّ شرط الأفضلية قد يكون في أساسه لمصلحة المتعاقد الآخر، عملاً بتقنية الاشتراط لمصلحة الغير، وفقاً للأحكام الواردة في المادة (116) من القانون المدني الجزائري وما بعدها.

وبما أنّ عقد الأفضلية يتعلق بعقد آخر مستقبلي، فإنّه ليس من الضروري تحديد عنصر الثمن في عقد الأفضلية، كما أشرنا⁽³⁰⁴⁾، وإن كان من الممكن تحديد مهلة إعلان الرغبة في التعاقد؛ وذلك لأنّ الواعد - كما ذكرنا سابقاً - لا يلتزم بإبرام العقد النهائي وإنما يلتزم فقط بالتفاوض مع المستفيد، عند عزمه على إبرام العقد المقصود، من أجل صياغة عرض يتعلق بإبرام العقد النهائي المتعلق بالشيء محل الوعد، وبإعطاء الموعود المستفيد حق الأفضلية على الغير (préférence) في حالة التعاقد، عندما يرغب الواعد في ذلك.

والاتفاق بالتفضيل هو أمر شائع في عقد البيع⁽³⁰⁵⁾ وعقد الإيجار⁽³⁰⁶⁾ وعقد النشر⁽³⁰⁷⁾ وعقد القرض، وغيرها من العقود المدنية⁽³⁰⁸⁾، فإنّ كان الوعد بالتفضيل في البيع مثلاً، يلتزم الواعد بالبيع إذا رغب في البيع حسب الظروف، باختيار الموعود له في البيع، بأن يفصله على غيره

(302) نقض مدني فرنسي، 3، بتاريخ 1998/05/13، Bull. Civ. 1998، 3، رقم 103.

(303) د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 129 وما بعدها؛ د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 362 وما بعدها؛ د. يونس علي، العقود التمهيديّة، مرجع سابق، ص 463 وما بعدها.

(304) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1992/05/20، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، ص 345.

(305) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1985/07/16، 1، civ. Bull.، ص 201.

(306) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1999/06/16، aff. D.، 1999، ص 1147، رقم 170.

(307) استئناف باريس (Paris)، بتاريخ 1975/06/30، 511، Com.R.T.D.، 1976.

(308) د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص 343 وما بعدها.

بالثمن نفسه الذي يرتضيه الغير⁽³⁰⁹⁾، ولكنه يبقى حراً في مسألة التفاوض، غير أن حريته في اختيار من يتفاوض معه تكون مقيدة، إذ يتعين عليه أن يختار الموعد له قبل غيره، كما أنه يبقى الواعد مالكا للمال محل الوعد بالتفضيل، وله عليه سلطات المالك على الشيء محل الاتفاق بالأفضلية.

فإذا هلك الشيء محل الأفضلية، أثناء فترة الوعد بالتفضيل، يهلك على الواعد، ومن ثم فإن الأفضلية ترتب حقا شخصيا للمستفيد، غير أنها لا ترتب حقا عينيا على الشيء موضوع التفضيل كما ذكرنا⁽³¹⁰⁾، فحق المستفيد له طابع شخصي لا يتقدم كأصل عام - كما رأينا - طالما أن الواعد لم يعلن عن قراره بالتعاقد؛ لأن المنتفع من الوعد بالتفضيل يجد نفسه أمام استحالة ممارسة حقوقه القانونية بصورة مطلقة، وبالتالي لا يسري التقدم المسقط تجاهه⁽³¹¹⁾.

وعلى ذلك، فإن الاتفاق بالتفضيل يرتب حقا شخصيا للمستفيد، في مواجهة الواعد، معلقا على شرط واقف، وهو أن يرغب هذا الأخير في التعاقد لتفعيل الوعد بالأفضلية؛ بأن يلتزم بتفضيله على غيره، إذا ما قرّر إبرام هذا العقد مستقبلا⁽³¹²⁾، ومن ثم يظل الواعد مالكا للمال محل الوعد بالتفضيل، على أن يمتنع عن القيام بتصرف يخالف التزامه الوارد في الوعد، مما يفرغ الوعد بالتفضيل من محتواه، ويلحق الضرر بحق المستفيد، فتقوم مسؤولية الواعد من جراء ذلك بتعويض هذا الأخير عن الضرر الذي أصابه⁽³¹³⁾.

(309) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1962/01/12، H.D.، 1926، ص 116، 1959/12/22، civ.R.T.D.، 1960، 323، تعليق: J. Carbonnier.

(310) يشكل الالتزام وكذا الحق المترتب عن الوعد بالتفضيل ديناً ذا طابع شخصي ليس إلا، ومن ثم فهو ينتقل مبدئياً إلى الورثة على وجه عام كذلك. انظر: نقض تجاري فرنسي، بتاريخ 2007/02/13، JCP، RTDCiv.، 2007، 2، 10114، تعليق توليه Thullier؛ نقض مدني فرنسي، 3، بتاريخ 1999/03/24، RTDCiv.، 1999، ص 617، تعليق: Mestre؛ 1987، 739، 1987/02/24؛ Mestre؛ تعليق: (J) Mestre.

(311) نقض مدني فرنسي، 1، بتاريخ 1959/12/22، G.P.، 1960، 1، 251. (312) Cf. Gautier, Note sous Cass. Civ. 1er, 16/07/1985, R.T.D. civ. 1997, p. 685, n°1; Dubois, obs. sous Paris, 30/06/1975, R.T.D.com, 1976, 511.

(313) وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، من أنه: «لا يمنع الوعد بالتفضيل وحده الاستعمال العادي للعقار من قبل مالكة، إلا أن تأجير العقار المعني إلى أشخاص ثالثين يستفيدون من حق الشفعة عند البيع يفرغ الوعد بالتفضيل من محتواه، ويلزم الواعد الذي وضع نفسه طوعاً أمام استحالة تنفيذ الوعد بالتفضيل بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمستفيد من هذا الوعد، من جراء التصرف المذكور».

انظر: نقض مدني فرنسي، 3، بتاريخ 1984/05/10، 20328، J.C.P.، 1985، 2، تعليق: Dagot؛ ديفرينوا، 1985، 1234، تعليق: Olivier؛ 1992/04/01، RTDCiv.، 1993، ص 346، تعليق: Mestre؛ نقض تجاري فرنسي، 10114، 2007/02/13، JCP، 2007، 2، تعليق: Thullier. Cf. I. Najjar, Le droit d'option, L.G.D.J., Paris, 1967, p. 154 et s; L. Boyer, Le Pacte de préférence, p. 422; Terré, Simler et Lequette, les Obligations, n° 187.

إذن، إنَّ الحق في الأفضلية يقترب وفقاً لما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي من حق الشفعة الاتفاقي (préemption conventionnelle)، أو خيار الشفعة المشروط بمقتضى شرط أو اتفاق، الذي بموجبه يعد الواعد الموعد له (المستفيد) بأنَّ يفضل في التعاقد، إذا ما قرّر فعلاً إبرام العقد في المستقبل، فإذا قبل هذا الأخير بالشروط ذاتها التي ارتضى بها الغير (préférence ou retrait)، تم انعقاد العقد على أساسها، فالأفضلية الناشئة عن الوعد بالفضل مصدرها إرادي، يتمثل في اتفاق الواعد مع المستفيد، باعتبارهما أطراف اتفاق الوعد بالفضل. وفي حالة تعارض حق الأفضلية المقرر بمقتضى شرط التفضيل، كما لو كان الوعد بالفضل متعلقاً ببيع عقار مثلاً؛ فقد ذهب بعض الفقه والقضاء الفرنسيين إلى أنه: «يتعين إعمال حق الشفعة الذي مصدره نص القانون وتغليبه على شرط التفضيل الذي مصدره إرادي»⁽³¹⁴⁾.

ومن المعلوم هنا أنَّ القانون هو الذي يحدد حالات الشفعة وشروطها وأحكامها، ويقرر من لهم حق الأخذ بها؛ لأنها سبب جبري من أسباب كسب ملكية العقار المجاور من مشترية جبراً بدفع قيمته والنفقات ومصاريف التسجيل بحكم القانون، بناء على المادتين (794 و807) من القانون المدني الجزائري، ولم يرد ذكر المستفيد من حق الأفضلية، ضمن من يثبت حق الشفعة لهم في المادة (795) من القانون المدني الجزائري، ممَّا يحول قانوناً دون تشبيه الوعد بالفضل بالشفعة⁽³¹⁵⁾، غير أن ذلك لا يخل بحق الدائن المضرور في شرط التفضيل بالمطالبة بالتعويض المستحق، عما أصابه من ضرر بناء على إخلال المدين بالتزامه بالفضل⁽³¹⁶⁾.

فقد استقرت اجتهادات الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا الجزائرية، فيما يخص قضايا ومنازعات الشفعة، بأنه: «من المقرر قانوناً أنَّ المستفيدين من حق ممارسة الشفعة، محددين ضمن الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة (795) من القانون المدني على سبيل الحصر»⁽³¹⁷⁾.

(314) د. سعيد جبر، الوعد بالفضل، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها؛ د. نبيل سعد، الشفعة علماء وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 9 و 10؛ د. إبراهيم أبو الليل، خيار الشفعة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1988، العدد 2، ص 63 وما بعدها.

(315) د. محمد قاسم، آثار الوعد بالفضل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 93 وما بعدها. Voir: J. Mestre, Obs sous Cass. Civ, 1^{er}, 15/10/1985, R.T.D.civ, 1987, 88; D. Tallon, Préemption, Rép. Civ, Dalloz, 1974, n° 5 et s.

(316) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1990/03/26، ملف رقم 56500، مرجع سابق؛ نقض مدني فرنسي، 1، civ. bull., VI, 2001/06/06، ص 108، رقم 166.

(317) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، بتاريخ 2004/02/25، ملف رقم 256626؛ بتاريخ 2000/04/26، ملف رقم 198458، إ.ق. الغرفة العقارية، ج 1، 2004، ص 247؛ بتاريخ 2000/04/26، ملف رقم 193704؛ بتاريخ 1998/03/25، ملف رقم 179136، إ.ق. الغرفة العقارية، 2004، ج 1، ص 220، تعليق: بوتارن فايضة، ص 225.

ومن ثمّ، فإنّ مركز المستفيد من الحق في الأفضلية خلال مرحلة الترقب والانتظار، يختلف عن مركز الشفيع قبل إبرام عقد بيع العقار المشفوع فيه، ممّا يحول دون تشبيه الأفضلية الناشئة عن الوعد بالترتيب، والأولية التي يرتبها القانون لحق الشفيع في الشفعة، من حيث المصدر والخصائص والشروط والآثار القانونية التي يرتبها الأول خلال هذه المرحلة. وعلى هذا الأساس، فإنّ الأفضلية الناشئة عن الوعد بالترتيب لها طبيعة الحق الشخصي، فهي منشئة لعلاقة دائن (المستفيد) بمدين (الواعد) طوال مرحلة الترقب والانتظار (une créance de nature personnelle)، تمكن من إنشاء التزام شخصي لمصلحة المستفيد في ذمة الواعد، بعرض الشيء على الموعد له دون أن تتغير صفته أثناء المدة المحددة، وكذا التزامات تتعلق بالمفاوضة ذاتها من أجل إبرام العقد النهائي محل التفضيل؛ إذ إن هذا الأخير يلتزم بمقتضى الوعد بالترتيب بالدخول في مفاوضات جدية وحقيقية مع المستفيد قبل التعامل مع الغير⁽³¹⁸⁾.

وهو الأمر الذي لا يتوافر مطلقاً في حالة الشفعة وقبل البيع العقاري؛ لأنّ الشفعة هي رخصة بحكم القانون وليست بحق، وهي أقرب للخيار الذي يثبت للشفيع، بإعلان الرغبة في الأخذ بها، منعا للضرر المحتمل الذي قد يصيبه، وهي متعلقة بالحقوق العينية كسبب جبري من أسباب كسب الملكية، وهي تلازم العقار المشفوع فيه، ولا تكون إلا للأشخاص الذين لهم حق الأخذ بالشفعة، كما نصت المادة (795) من القانون المدني الجزائري، مع اتباع شروط وإجراءات معيّنة محددة قانوناً، وفقاً للمادتين (794 و 803) من القانون المدني الجزائري، وتؤدي إلى حلول الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته في بيع العقار المشفوع، بناء على المادتين (804 و 806) من القانون المدني الجزائري⁽³¹⁹⁾.

ومن ثمّ، فإنّ الوعد بالترتيب خلال مرحلة الترقب، وإن كان حقاً ضعيفاً باعتباره حقاً شخصياً متصلاً بظروف خارجية، وقد يتوقف إعماله على محض إرادة ومشية الواعد، دون التزام إيجابي على عاتق هذا الأخير، فإنّه في المقابل ينطوي على آثار مهمة، منها وجود حق مكتمل للمستفيد خلال مرحلة الترقب والانتظار، وهو حقه في أن يفضل على غيره في إبرام العقد المنشود، إذا ما قرّر الواعد إبرام هذا العقد نهائياً في مرحلة العزم أو القرار⁽³²⁰⁾، إذ إن الواعد يلتزم خلال المهلة المتفق عليها بعرض العقد المقصود على المستفيد، إذا ما قرر القيام بإبرام العقد النهائي، ومن ثمّ فإنّ الواعد لا يقرّر بمحض إرادته فقط، ما إذا كان سيتعاقد أم لا؛ لأنّ الوعد بالترتيب إذا قام صحيحاً يكون ملزماً يرتب آثاره القانونية بين أطرافه، الواعد والمستفيد، وهو المعنى المأخوذ من المادة (1/1123) من القانون المدني

(318) د. محمد قاسم، آثار الوعد بالترتيب بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 122 وما بعدها. Voir: Ph. Delebecque, Note sous Cass. Civ,3, 30/04/1997, Def. 1997, p. 1007.

(319) د. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 335 وما بعدها. (320) H. Kenfack, Validité du Pacte de préférence, Dr. et Pat, N° 144, Janvier 2006, p. 43 et s.

الفرنسي الجديدة النافذ منذ عام 2016⁽³²¹⁾.

فإذا تعلق الوعد بالتفضيل بالبيع مثلاً، فلا ينعقد إلا بالاتفاق على جميع المسائل الأساسية للعقد (كالوعد بالبيع، وفقاً للمادة (71) من القانون المدني الجزائري، وأهمها المبيع والثمن ومدة معقولة لإعلان الرغبة في التعاقد، ويبقى الواعد مالكاً لحل الوعد، وتنطبق عليه أحكام تبعة هلاك الشيء، دون أي التزام بالضمان في مواجهة الموعد له⁽³²²⁾، فإذا تم قبول عرض البيع الجاري من طرف الواعد والمستفيد، تنفيذاً للوعد بالتفضيل فإن ذلك يشكل بيعاً⁽³²³⁾.

وعلى كل، فإن عقد الأفضلية هو عرض التعاقد بالأفضلية على الموعد له، فيما إذا قرر الواعد البيع الموعد به، دون التزام بإبرام العقد النهائي المحتمل، إذا لم يحصل الاتفاق على شروطه، فيبقى الواعد في علاقته بالمستفيد متمتعاً بحريته في إبرام العقد المرتقب من عدمه، وليس بإمكان المستفيد إجباره على التعاقد⁽³²⁴⁾، غير أنه في الواقع، لقد تقيدت حرية الواعد في عقد الأفضلية من جهة اختيار من يفاوضه في حال رغب في تحقيق العقد النهائي محل الأفضلية⁽³²⁵⁾.

المطلب الرابع

أوجه الخلاف بين الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل

وفقاً لما تقدم، يختلف الوعد بالعقد عن الوعد بالتفضيل، رغم انتمائهما لمرحلة التمهيد للعقد المقصود، في الفترة السابقة من التعاقد النهائي، ورغم دخولهما في مجال الوعود بالعقد، وذلك في الجوانب القانونية المهمة التالية:

1. في الوعد بالتعاقد يلزم أهلية الواعد، لمباشرة العقد الموعد به، وقت صدور الوعد،

(321) Cf. J. Mestre, Obs sous Cass. Civ, R.T.D. Ci, 1993, 347; 10/05/1984, J.C.P, 1985, 2, 20318, note Dagot.

(322) المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 2000/04/26، ملف رقم 198458، م. ق، 2000، العدد 2، ص 163؛ بتاريخ 1997/11/11، رقم 155764، ن. ق، 1999، العدد 54، ص 39، بتاريخ 1997/11/18، ملف رقم 155181، ن. ق، 54.

(323) نقض مدني فرنسي، 3، 2004/09/22، RTDCiv, 2005، ص 122، تعليق: Mestre. Voir: J. Cassey et G. Lejeune, Promesse unilatérale de vente ou Pactes de préférence, Petites Affiches, 12/02/1996, p 12 et s; L. Boyer, Le Pacte de préférence, p. 422.

(324) Cf. J. Mestre, Obs. sous Cass. Com, 12/05/1992, R.T.D. civ, 1993,346; Cass. Civ,16/07/1985, Bull. civ,1, N° 244; J.Duclos, L'opposabilité, LGDJ, Paris, 1984, p. 339 et s, N° 313.

(325) د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها؛ د سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 76 وما بعدها؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

لأنه يهدف إلى عمل من أعمال التصرف، ولكون الواعد يلتزم فيه نهائياً بالتعاقد المقصود بمجرد الوعد، غير قابل للرجوع فيه، بينما لا يلزم أهلية الواعد في الوعد بالتفضيل؛ لأن الرضا النهائي لم يتوافر بعد، لاعتباره من أعمال الإرادة فحسب، فتقدر أهلية القيام بهذا العمل وقت قرار التعاقد في حالة الاتفاق على الأفضلية.

2. في الوعد بالتعاقد ينعقد به العقد النهائي المقصود، بمجرد إبداء الموعد له رغبته في التعاقد، خلال المهلة المتفق عليها، ويعتبر العقد منعقداً من هذه اللحظة، دون أثر رجعي، فإذا تعلق الأمر بوعد بالبيع مثلاً، فالواعد يكون قد التزم نهائياً بالبيع الموعود به، إذا أظهر هذا الأخير رغبته في الشراء خلال المدة المحددة، في حين أن الوعد بالتفضيل منوط بإرادة الواعد المنفردة، في حال إذا ما قرّر الواعد في التعاقد مستقبلاً، بعرض أمر التعاقد أولاً على الموعد له تفضيلاً له على غيره من الراغبين المحتملين في التعاقد⁽³²⁶⁾، فيكون الوعد بالتفضيل للمشتري - مثلاً - متوقفاً على رغبة الواعد في البيع المقصود حسب الظروف، وبحسب ما إذا كان الواعد سيتعاقد في المستقبل أم لا⁽³²⁷⁾.

وهذا هو الفرق الأساسي بين الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل؛ لأن الوعد بالتفضيل لا يتعهد بالتعاقد النهائي مع المستفيد، وإنما فقط بتفضيل هذا الأخير، أي بمنحه الأولوية إذا ما قرر إبرام العقد المقصود، فيبقى الوعد بالتفضيل حراً في التعاقد أو عدم التعاقد. وعلى الرغم من هذا الفرق الجوهرية، ذهب جانب من الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا إلى اعتبار الوعد بالتفضيل وعداً ملزماً لجانب واحد، لا فرق بينهما سوى أن الوعد بالتفضيل هو وعد ملزم لجانب واحد معلق على شرط واقف، هو رغبة الواعد في التعاقد حسب الظروف، أي بمعنى أن يعزم الواعد على إبرام العقد المقصود، فيقتصر تعهده على أن يعرض أمر التعاقد على الموعد له أولاً وقبل غيره، في حال ما إذا قرر التعاقد في المستقبل⁽³²⁸⁾.

(326) نقض مدني مصري، بتاريخ 1984/06/12، طعن 51/363، 1984/12/10، طعن رقم 53/1773.

(327) د. سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها؛ وللمؤلف نفسه: القانون المدني، الالتزامات، 1، العقد، المجلد 1، مرجع سابق، ص 193.

(328) نقض مدني مصري، بتاريخ 1984/06/12، طعن رقم 51/363. انظر في الفقه المصري: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 69؛ د. جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط 3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 114؛ وذكر بعض الفقه المصري بأن الأمر يتعلق بشرط احتمالي يتحقق إذا رغب الواعد في التعاقد؛ انظر: السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مرجع سابق، ص 27. وهو ما سار عليه جانب من الفقه الفرنسي القديم، وكذا بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية إلى وقت قريب:

Cass. Civ.3, 13/03/1979, D. 1979, p. 546, Note Franck; 16/03/1994, D. 1994, p. 486, Note Fournier; H. Lalou. Les Pactes de préférence, Dalloz, R.H.J, 1929, Chr.42; Voirin P, Le Pacte de préférence, JCP, 1954, 1, 1192.

3. في الوعد بالتعاقد، يجب الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، التي من دونها ما كان يتم العقد، فضلاً عن المدة المحددة التي يجب إظهار الرغبة خلالها، التي هي شرط لازم لانعقاده صحيحاً، عملاً بأحكام المادة (71) القانون المدني الجزائري، بينما يكفي لصحة الوعد بالتفضيل فقط تحديد طبيعة العقد المحتمل إبرامه، والشيء الذي سيرد عليه هذا العقد المستقبلي، بأن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين، حتى لا ينقلب العقد باطلاً، وفقاً لمقتضيات المواد (92 و93 و94) من القانون المدني الجزائري، المتعلقة بشروط محل الالتزام⁽³²⁹⁾.

ولا يشترط لصحة الوعد بالتفضيل الاتفاق على مدة معينة لقيام هذا الوعد، إذ تكون اللحظة التي يعرض فيها الواعد التعاقد المقصود على المستفيد من الأفضلية، إذا ما قرر إبرام التعاقد المنشود، هي مدة التعاقد لأنها لحظة اتخاذ القرار؛ لأن مضمونه أن يعزم الواعد على إبرام العقد المقصود، وبانقضائها دون اتخاذ هذا القرار ينقضي التزامه قانوناً⁽³³⁰⁾.

فقد أقرت محكمة التقض الفرنسية في اجتهاداتها الحديثة بأنه: «إذا كان الوعد بالتفضيل يتعلق بعقد بيع في المستقبل، فلا يشترط لصحة هذا الوعد الاتفاق على ثمن الشيء محل البيع المحتمل إبرامه مستقبلاً؛ لأن الثمن سيتم عرضه على المستفيد في الوقت الذي يتخذ فيه الواعد قراره بالبيع، كما أن اشتراط مدة للوعد بالتفضيل ليس من شروط صحته»⁽³³¹⁾.

4. وأخيراً، يجوز في الوعد بالتعاقد إدراج شرط تغيير أو استبدال شخص الموعد له،

(329) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 362 وما بعدها.
(330) إن الاتفاق على مدة معينة للوعد بالتفضيل، ليس من شروط صحته، وهو الرأي الراجح لدى فقهاء القانون المدني المقارن المعاصر، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي الحديث لمحاكم النقض العربية والفرنسية. انظر: د سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 32 و33؛ السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل، مرجع سابق، ص 26 وما بعدها. وراجع نقض مدني فرنسي، الغرفة 3، بتاريخ 2003/12/15، المجلة الفصلية للقانون المدني، 2003، 4، ص 45، تعليق: مازو 2001/06/06، المجلة نفسها، 2002، ص 68، ملاحظات: ميستر؛ 1994/03/16، دالوز، 1994، ص 486، ملاحظات: Fournier؛ 1971/12/15، النشرة المدنية، رقم 635، ص 454؛ نقض مدني مصري، 1984/06/12، طعن رقم 51/363.

Voir: J. Ghestin, Traité des Contrats, La Vente, LGDJ, Paris, 1990, p. 191; A. Bénabent, Les Contrats spéciaux, 2e éd., Montchrestien, Paris, 1995, p. 45; Ph. Malaurie et L. Aynes et Ph. Gautier, Les Contrats Spéciaux, 2é éd., Defrénois, Paris, 2005, p. 97.

(331) نقض مدني فرنسي، الغرفة 3، بتاريخ 2003/12/15.
«...La prédétermination du prix du contrat envisagé, et la stipulation d'un délai, ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence...».

في عقد الوعد كأصل عام (Renonciation)، على أن يكون ذلك قبل إبداء الرغبة في إبرام العقد النهائي، بينما لا يجوز للمستفيد من الأفضلية التنازل عن حقه الشخصي إلى آخر إلا برضاء الواعد، أو بتراضي أطراف العقد⁽³³²⁾.

فإنه لا يجوز قانوناً استبدال شخص المستفيد الذي تكون شخصيته محل اعتبار، وأن الخروج عن ذلك الأمر قد يترتب عليه بطلان العقد محل الوعد بالتفضيل (I'annulation du contrat passé avec un tiers)⁽³³³⁾، غير أن إهمال أو تقاعس المستفيد من الوعد بالتفضيل عن القيام بأية مبادرة أو مطالبة قضائية في مواجهة الواعد خلال مدة معقولة، رغم علمه بقيام هذا الأخير بإبرام العقد محل الوعد بالتفضيل مع شخص من الغير، يعتبر تنازلاً ضمناً عن الأفضلية الناشئة عن الوعد بالتفضيل، بحسب الظروف والأحوال الملازمة لموقف المستفيد⁽³³⁴⁾.

المطلب الخامس

آثار الوعد بالتفضيل

إن آثار الوعد بالتفضيل وفقاً لتتابعه الزمني يمكن تقسيمها إلى مرحلتين متميزتين مهمتين: المرحلة الأولى هي فترة الترقب والانتظار حيث يظل الواعد حراً لا يمكن إجباره على إبرام العقد المقصود، غير أنه يبقى ملتزماً بعدم التعاقد في الشيء محل الوعد بالتفضيل، دون عرضه أولاً على الموعود له المستفيد، تفضيلاً له على غيره، إذا رغب في إبرام هذا العقد في المستقبل، ويكون للمستفيد حق شخصي في الأفضلية المقررة له بموجب الوعد بالتفضيل، وهو حق ضعيف في الحقيقة، أو حق من حقوق الخيار، لا يرتب حقاً عينياً على الشيء محل التفضيل. أما المرحلة الثانية فهي مرحلة العزم أو القرار، وهي لحظة اتخاذ القرار من طرف الواعد بإخطار المستفيد برغبته في إبرام هذا العقد، ليكون على المستفيد عندئذ ممارسة الخيار المقرر له، بأن يرد على هذا الإخطار بقبول التعاقد أو رفضه.

فإذا قبل المستفيد التعاقد تنتهي هيمنة الواعد، ويصبح حق المستفيد مؤكداً ومستحقاً،

(332) انظر: ملاحظات جون ميستر Mestre على نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1992/05/20، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، ص 345.

Cf. F. Collart- dutilleul, Le Pacte de préférence, op.cit., p. 1131 et s.

(333) د. سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 62-63 وما بعدها؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 179 وما بعدها؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

Voir: Ph. Delebecque, Note sous Cass. Civ, 3e, 30/04/1997, Def. 1997, p.1007 et s ; 10/02/1999, Def. 1999, p.751 et s .

(334) استئناف تولوز، 17، 1980/05/C.A.Toulouse، دالوز، 1981، 2، ص 220.

ويكون للمستفيد كدائن بهذا الحق أن يبادر بإظهار رغبته في الأخذ به، ويطالب الوفاء به دون انتظار (l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir)؛ أما إذا رفض المستفيد العرض المقدم له من الواعد، استرد هذا الأخير حريته في التعاقد مع غير المستفيد.

وسنبحث في الخطوط العريضة لهاتين المرحلتين، ثم نبين بعد ذلك جزاء إخلال الواعد بالحق في الأفضلية، الناشئ عن الوعد بالترتيب، والمقرر لصالح المستفيد، فيما يلي على النحو الآتي:

الفرع الأول

آثار الوعد بالترتيب في مرحلة الترتيب والانتظار

رغم أن الواعد في هذه الفترة الزمنية المؤقتة التي تسبق مرحلة العزم أو القرار غير ملزم تجاه المستفيد بأي أداء إيجابي، فهو يبقى حراً في التعاقد من عدمه، حيث لا يمكن إجباره على اتخاذ قرار التعاقد، إلا أنه يستوجب عليه في هذه المرحلة أن يبقى ملتزماً بعدم التعاقد في الشيء محل التفضيل مع شخص من الغير، إلا بعد عرضه أولاً على الموعود له المستفيد من الأفضلية، وتنفيذ ذلك بحسن نية وأمانة وصدق، والامتناع عن كل غش في تنفيذ التزامه هذا على نحو يحقق الفائدة المرجوة من قبل هذا الأخير، وإلا تحققت مسؤوليته بشأن حق المستفيد في الأفضلية؛ وذلك لأن المستفيد له حق الأفضلية على غيره خلال مرحلة الترتيب والانتظار، وهو حق شخصي مكتمل على الشيء محل التفضيل (droit personnel)، مهما طالت هذه المدة، وهو حق في أن يفضل على غيره في إبرام العقد المقصود، لكنه حق مشروط لدى الراجح عند الفقهاء؛ إذ إنه يتوقف على حق إرادي محض للواعد بأن يعزم على اتخاذ قرار إبرام العقد المقصود، أي أنه لا يظهر حق الموعود في الأفضلية إلا بعد عرض التعاقد عليه من قبل الواعد في المستقبل⁽³³⁵⁾.

وهو حق شخصي من حقوق الخيار (droits potestatifs)، التي يرتبها الخيار الناشئ للموعود له من الأفضلية، لا يتعلق بالأولوية في التعاقد معه، وإنما أولوية في عرض أمر هذا التعاقد عليه إذا قرر الواعد التعاقد مستقبلاً⁽³³⁶⁾، فهو ليس حقاً عينياً على الشيء محل التفضيل، غير أنه حق مكتمل للمستفيد⁽³³⁷⁾، يجيز للموعود له اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية القانونية لحماية حقه في الأفضلية، مما يكفل له المحافظة عليه خلال مرحلة الترتيب هذه، كالاستعانة مثلاً بالدعوى الوقائية لتأكيد هذا الحق وتثبيتته، لتوقي ما قد يصيبه من

(335) J. Mestre, La violation d'un pacte de préférence, R.T. D.Civ, 1993, p. 346 et s; D. Mainguy, La violation d'un pacte de préférence, Dr et Pat, 2006, 1, p. 92 et s.

(336) Cass. Civ, 3e, 15/12/1971, Bull. Civ, N 635, p. 454; Voir: H. Kenfack, Pacte de préférence et condition potestative, Dalloz, Paris, 2007, p. 1003 et s.

(337) Ch. Paulin, promesse et préférence, RTDCom, 1998, pp. 511 et 515 et s.

ضرر من جرّاء تصرفات الواعد الذي يحتفظ بحريته خلال هذه المرحلة، وكالقيام بما يلزم من أعمال لقطع التقادم الذي يسري في مواجهة المدين لصالح الحائز للعين محل الأفضلية.

ولا يشترط لصحة الوعد بالترتيب الاتفاق على مدة معينة - كما ذكرنا سابقاً - لأنّ التزام الواعد في هذا الوعد هو في الحقيقة التزام بامتناع عن عمل، أساسه عدم التعاقد مع الغير، بشأن الشيء محل الحق في التفضيل، إلا بعد عرض أمر التعاقد على المستفيد من الوعد، مما يعني إمكانية أن يكون الوعد بالترتيب غير محدد المدة، فإذا تمّ تحديد مدة محددة للالتزام الواعد بالترتيب بين الطرفين بمقتضى عقد أو شرط، ينقضي هذا الالتزام عندئذ بانقضاء المهلة المحددة المتفق عليها في الوعد⁽³³⁸⁾.

وينشأ حق الموعد له هذا في الواقع معلقاً على شرط واقف، ومن ثمّ لا يبدأ حساب التقادم المسقط لحق المستفيد من الأفضلية في السريان إلا من تاريخ إخطار الواعد للمستفيد بعزمه على إبرام العقد المقصود، وهنا تكون قد انتهت مرحلة الترقب والانتظار برد من قبل المستفيد، يمارس من خلاله خياره في قبول التعاقد أو رفضه⁽³³⁹⁾.

فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ في 05/02/1999 إلى أنّ: «عقد الإيجار الذي يتضمن شرط الأفضلية للمستأجر ينتج أثره القانوني في مواجهة المؤجر، حتى ولو تبين أنّ الأخير قد باع العقار، وسلم المستأجر عند انتهاء الإيجار إنذاراً بأنّه لن يجدد عقد الإيجار، وعرض دفع تعويض عن التعرض⁽³⁴⁰⁾. والحق المخلو للمستفيد، والأفضلية الناشئة عنه، ينصرفان إلى التصرف القانوني المقصود أصلاً في الوعد بالترتيب، وفقاً لقصد المتعاقدين والهدف من اتفاقهما، فلا ينصرف إلى التصرفات القانونية الأخرى التي قد يقوم بها الواعد.

فإذا كان محل التفضيل متعلقاً بالبيع مثلاً؛ جاز للواعد تقديم الشيء الموعد بالترتيب

(338) د. محمد قاسم، آثار الوعد بالترتيب بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 25 إلى 129.
(339) فإذا كان الوعد بالترتيب غير محدد المدة، فلا يخضع لنظام التقادم المسقط، أي لا ينقضي بمرور الزمن
Voir: H. Kenfack, Validité du Pacte de préférence, Dr. et Pat, N° 144, Janvier 2006, p. 48; Le renforcement de la vigueur du Pacte de préférence, Defrénois, 2007, p. 1003.

فمن المعلوم أنّه لا يسري التقادم المسقط بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط واقف، وهو التزام احتمالي، إلا من وقت تحقق هذا الشرط؛ أي من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق للحق بعد أن يصبح مؤكداً (المادة 315 / 2 من القانون المدني الجزائري)، وذلك لأنّه مستحق الأداء من هذا الوقت، إذ لا يقبل قانوناً أن يسري التقادم في وقت لم يكن يستطيع الدائن فيه أن يطالب المدين بالتفديد، ومن ثم لا يدخل في احتساب مدة التقادم المسقط فترة التعليق. انظر: بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 363 و 379؛ وراجع: المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1990/05/28، ملف رقم 41112، م.ق، 1992، العدد 2، ص 117؛ غ.ت.ب، بتاريخ 1988/11/15، ملف رقم 53461، م.ق، 1993، العدد 3، ص 139.

(340) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 05/02/1999، مجلة قانون الأعمال، 1997، 303، aff. Dr.

بشأنه حصة في شركة أو رهنه لضمان دين عليه أو تأجيله للانتفاع من ريعه، ما لم يكن قصد القيام بتلك التصرفات هو منع المستفيد من ممارسة الأفضلية، أو منعه من المطالبة بحقه في الأفضلية التي تعهد بها الواعد بنفسه، من خلال التزامه بأن يعرض رغبته في التصرف أولاً على الموعود له، ويعطيه الأولوية تفضيلاً له، قبل غيره من الراغبين المحتملين في التعاقد، وذلك إعمالاً لقاعدة وجوب تنفيذ العقد بحسن نية. المادتان (107 و160) من القانون المدني الجزائري⁽³⁴¹⁾.

كما أن حق المستفيد في الأفضلية ينتقل إلى خلفه العام، وهم ورثته الشرعيون، ويمكن أن ينتقل حق الأفضلية منه إلى الغير، ما لم يكن متفقاً بين طرفي الوعد بالتفضيل على خلاف ذلك، أي ما لم يتبين العكس من اتفاق المتعاقدين⁽³⁴²⁾، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: «ما لم يكن هناك ثمة اعتبار شخصي؛ فإن اتفاق الأفضلية بعد وفاة الواعد أو المستفيد ينتقل إلى الورثة سلباً أو إيجاباً، طالما لم يعبر الأطراف في الاتفاق عن إرادة معاكسة»⁽³⁴³⁾.

فقد ذهب الفقه المدني المقارن الحديث إلى أن الحق في الأفضلية يمكنه استيعاب الآليات القانونية التي تسمح ببقائه في مرحلة الترقب، تبعاً لانتقال الشيء محل التفضيل، ومن ثم يقبل الحوالة إلى مستفيد آخر، فهو يقبل تبديل أطرافه برضاء الواعد، وكذا تبديل محله في حالة النزاع، كما أن الوعد بالتفضيل يبقى سارياً بين الطرفين ولو تغير الغرض المخصص له المال محل التفضيل وفقاً للمفهوم الحديث الموسع لفكرة الحلول العيني، وإعمالاً لفكرة التماثل التي يمكن من خلالها التوصل إلى النتيجة نفسها⁽³⁴⁴⁾.

(341) نقض مدني مصري، بتاريخ 1984/12/10، طعن 53/1773، مرجع سابق.

(342) إذا رفض المستفيد العرض المقدم له، استرد الواعد حريته في التعاقد مع غير المستفيد، بالمقابل والشروط ذاتها التي عرضها على المستفيد، أو بشروط أفضل. انظر: نقض مدني فرنسي، الغرفة 3، بتاريخ 1985/11/19، I.R. 1986، D.، ص 343.

(343) نقض مدني فرنسي، 3، بتاريخ 2007/01/31، رقم 21071/05؛ 2007/02/14، رقم 21814/05؛ 1987/02/24، 739، civ.R.T.D.1987، تعليق: (J) Mestre؛ 1963/11/06، 409، civ.Bull. 1، رقم 484. «... Mais attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.»

Voir: Cass. Ch. Mixte, 26/05/2006, N° 03-19376, RDC, 01/10/2006, p 1130 et s; Obs. F.Buy. L'essentiel de la jurisprudence civile, Les Obligations, p. 24.

(344) د سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 94 وما بعدها؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها.

الفرع الثاني

آثار الوعد بالترتيب في مرحلة العزم أو القرار

إنَّ مرحلة العزم هي الفترة الزمنية التي تلي مرحلة الترقب، حيث يتحدد فيها مصير العقد المرتقب، عندما يعقد الواعد العزم أو القرار بإبرام العقد المقصود في هذه المرحلة الحاسمة، وفقاً لتعهداته بإعماله للحق في الأفضلية لصالح المستفيد، حيث تنتهي هيمنة الواعد التي كانت سارية في مرحلة الترقب والانتظار السابقة، ويصبح الواعد ملتزماً بتنفيذ التزامه، وينقلب حق الموعد له المستفيد من الأفضلية حقاً مؤكداً ومستحقاً، واجب الأداء كدائن بهذا الحق، ويكون له أن يطالب بالوفاء به، بعد أن زال عنه وصف الحق الشرطي أو الاحتمالي.

ويتم إعمال الحق في الأفضلية بإخطار الواعد للمستفيد بعزمه على إبرام العقد المقصود، أي بإعلامه برغبته في إبرام هذا العقد، وإتاحة الفرصة للمستفيد ليمارس حقه في الأفضلية المقررة لصالحه، بالأولوية تفضيلاً على غيره⁽³⁴⁵⁾، ويتم توجيه الإخطار مباشرة للمستفيد صاحب الحق في الأفضلية، أو إلى الموطن المختار، بخطاب مسجل مع علم الوصول، أو من خلال ورقة من أوراق المحضرين، فإذا توفي المستفيد وخلفه ورثته وجب توجيه الإخطار لكل واحد منهم⁽³⁴⁶⁾.

فيكون إخطار الواعد هذا مجرد دعوة للتفاوض على هذا العقد (*invitation d'entrée en pourpaler*) يوجهها الواعد للمستفيد، للوصول إلى اتفاق بشأن تحديد عناصر وشروط العقد المقصود، ويكون على المستفيد إعلان خياره، والاستجابة لهذه الدعوة بالدخول في المفاوضات والتعاون الإيجابي الفعال في كل ما يحتاجه سير وإنجاح العملية التفاوضية، بحسن نية وأمانة واستقامة وشرف التعامل ومصارحة، وتسهيل مهمة التعاقد مع الواعد، إذا رغب في ممارسة حقه في الأفضلية، وفقاً لضوابط والتزامات وضمائم التفاوض على العقد (*l'obligation de négocier de bonne foi*)⁽³⁴⁷⁾.

أمَّا إذا تضمن هذا الإخطار إيجاباً بالتعاقد موجهاً للمستفيد بالثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد، فهو دعوة للتعاقد بالشروط التي يطرحها الغير على الواعد ويقبل بها

(345) P. Voirin, Le Pacte de préférence, JCP, 1954, 1, 1192, N° 6.

(346) M. Dagot, Le Pacte de préférence, Litec, Paris, 1988, p. 241 et s.

(347) د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 368 وما بعدها؛ د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 361 و377 وما بعدها؛ د. يونس علي، العقود التمهيديّة، مرجع سابق، ص 463 وما بعدها.

Voir: J. Cédras, L'obligation de négocier, op.cit, N°3 et 16, p. 268 et 279; R. Desgorges, La bonne foi dans le droit des contrats, Thèse, Paris, 1992, p. 163; J. Mestre et B. Fages, Obs. sous, Cass.Civ, 22/09/2004, RTDCiv, 2005, p. 122 et s.

المستفيد، ممّا يفتح باب المفاوضات العقدية (Négociation du contrat) حول مضمون هذا الإيجاب، وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية، ما دام الواعد قد التزم بتفضيل المستفيد على غيره، إذا ما رغب في إبرام العقد المقصود من الوعد بالتفضيل، إذ إنّ على الواعد خلال مرحلة التفاوض على العقد مع المستفيد من الأفضلية، أن يلتزم بما يقتضيه حسن النية والجدية والتعاون الفعّال، والاستمرار في التفاوض بحسن نية مع المستفيد لمحاولة التوصل إلى اتفاق عادل ومتوازن قبل أن يتعاقد مع الغير، وإلا اعتبر مخاللاً بالحق في الأفضلية المقررة للمستفيد⁽³⁴⁸⁾.

فإذا قطع الواعد المفاوضات بسوء نية - مثلاً - في وقت أبدي فيه المستفيد من الوعد استعداده لقبول ما تم التوصل إليه من خلال هذه المفاوضات، يعدول مفاجئاً وتسفياً، اعتبر ذلك خطأ يستوجب مسؤوليته العقدية عن الإخلال بالحق في الأفضلية؛ لأنّ الوعد بالتفضيل هو عقد يخضع في تنفيذه لمبدأ حسن نية، وفقاً لما تضمنته المادة (1/107 و2) من القانون المدني الجزائري⁽³⁴⁹⁾.

فقد حرص قانون العقود الفرنسي الجديد على تنظيم الالتزام بالتفاوض بحسن نية بقواعد أمرّة، وفقاً لأحكام المادة (1104)، حيث أصبح التزاماً قانونياً على عاتق طرفي التفاوض منذ بداية المفاوضات العقدية، وحتى تنفيذ كافة مراحل العقد (l'obligation de négocier de bonne foi)، كما نظمت المادة (1112) المفاوضات العقدية، والمسؤولية الناشئة عنها،

(348) الحقيقة أنّ التزامات التفاوض بحسن النية والتعاون الفعّال، هي التزامات تبادلية تقع على عاتق طرفي التفاوض، الواعد والمستفيد، لتنفيذ الوعد بالتفضيل، مما يستوجب عليهما المشاركة الجدية البناءة والتفاعل الإيجابي، في كل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية وإنجاحها. انظر: د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتَي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 135 و154؛ نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1997/06/04، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1997، ص 921؛ استئناف باريس، 1992/01/22، دالوز، مختصرات، ص 93، تعليق: Colombet. ومن ثم، يجوز للمستفيد المضرور المطالبة بتعويض الضرر الناجم عن مخالفة مقتضيات حسن النية الذي هو أساس الالتزام بالتعاون والجدية، عما تكبّده من نفقات ومصاريف والفرص الضائعة، خلال التفاوض الذي انتهى دون إبرام العقد المأمول؛ ولا يشمل تعويض الضرر الناشئ عن الخطأ المرتكب في مرحلة المفاوضات خسارة المزايا المنتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه، وفقاً للمادة (1112) من قانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016.

Cf. M. Dagot, Le Pacte de préférence, op.cit, p 184; J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, R.T. D.Civ, 1986, p. 100 et s; Jaluzot, La bonne foi dans les contrats, Dalloz, Paris, 2001, p. 373 et s; Y. Picot, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, p. 108 et s; J. Shmidt, La sanction de la faute pré-contractuelle, R.T.D.civ, 1974, p. 46 ets; Ph. Le Tourneau, Droit de la Responsabilité et des Contrats, Dalloz, Paris, 2002; par L. Cadiet, N° 889et892; Ph. Delebecque, La réforme des contrats, quelles innovations?, Rev. Algé, 2016, n°5, p. 206 et s.

(349) نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1992/05/12، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، ص 346، تعليق: أ.د. جون ميستر.

والالتزام بالسرية، والالتزام بالإعلام وحدوده، وعبء إثبات القيام به، وجزاء الإخلال به⁽³⁵⁰⁾.

وأشارت المادة (1104) من القانون المدني الفرنسي الجديد في فقرتيها 1 و 2، إلى أنه: «يجب التفاوض على العقود، وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، ويعتبر هذا الحكم من النظام العام»⁽³⁵¹⁾، كما نصت المادة (1/1112) من القانون نفسه على أنه: «يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية، وسيرها وقطعها حراً يجب لزاماً أن تراعى هذه المسائل مقتضيات حسن النية»⁽³⁵²⁾.

وعلى ذلك، إذا نجحت المفاوضات العقدية بين الواعد والمستفيد، فإن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، ويلتزم الطرفان به بمقتضى المواد (54 و 59 و 106 و 107) من القانون المدني الجزائري، وأما إذا كان رد المستفيد بقبول للإيجاب مع التعديل فيه بالزيادة أو النقصان، كاقترانه بأوضاع أو شروط معينة تتضمن تغييراً حقيقياً يحول دون مطابقة الإيجاب مع القبول، عد ذلك بمثابة رفض له يتضمن إيجاباً جديداً⁽³⁵³⁾ يحتاج لقبول مطابق من الموجب الأول لانعقاد العقد، وتستمر بالتالي المفاوضات بين الطرفين لحين تطابق الإيجاب مع القبول، وفقاً للقواعد العامة (المادة 66 من القانون المدني الجزائري)⁽³⁵⁴⁾، وبعد إخطار الواعد للمستفيد بعزمه على إبرام العقد المقصود، يستوجب على هذا الأخير الرد على إخطاره، أي ممارسة خياره بالتعاقد أو رفضه خلال المهلة التي تركها الواعد له للرد خلالها، شريطة أن تكون مهلة معقولة، لتدبير ما يلزم للوفاء بالتزاماته.

(350) Ph. Delebecque, La réforme des contrats, quelles innovations?, Rev.Algé, 2016, n°5, Colloque international, le code civil Algérien 40 ans après, Univ d'Alger, 24 et 25 oct 2016, p. 206 et s.

راجع: د. ظفر الهاجري، التزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي في أكتوبر 2016، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها، د. محمد قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص 29.

(351) le nouveau Art 1104/1 et 2 du code civil français (2016) dispose: «Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public».

(352) «ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.»

(353) وعلى ذلك، إذا أضاف المستفيد في قبوله مزيداً من التحديد للشيء المعقود عليه، أو احتفظ بحق تحوّل إياه قاعدة من قواعد القانون لم يتضمن الإيجاب استبعاداً له، يكون قبول المستفيد منتجاً لآثاره في انعقاد العقد، ولا يعتبر بالتالي رفضاً للإيجاب الموجه إليه من الواعد، على الرغم من الفارق بينه وبين الإيجاب. انظر: د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 55-56؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتمضيّل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 166.

(354) على كل، يسقط هذا الإيجاب في جميع الحالات، إذا رفضه المستفيد، أو تخلف الشرط الذي علّق عليه الإيجاب المعروف من الواعد، وفقاً لمقتضيات المادة (66) من القانون المدني الجزائري. انظر: د. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، مرجع سابق، ص 194-269.

ذلك أنّ تقاعس أو إهمال المستفيد عن الرد على دعوة الواعد لبدء التفاوض، وسكوته عن الرد خلال المدة المحددة له، يعد تنازلاً عن الحق في الأفضلية المقررة لصالحه (Renonciation). ويبقى أمر تقدير المدى الزمني لمهلة الرد في حالة النزاع بين الطرفين، موكل لقضاة الموضوع حسب ظروف كل دعوى⁽³⁵⁵⁾، وعلى ذلك يفضل الاتفاق على مدة معينة في الوعد بالقبول، يمكن من خلالها ممارسة المستفيد خياره بالقبول أو الرفض، فعدم الاتفاق على هذه المدة يجعل احتمالات الخلاف كبيرة بين الطرفين⁽³⁵⁶⁾.

وعلى ذلك يكون الواعد مخطئاً في إنهاء مفاوضات العقد (faute pré-contractuelle)، إذا قام بسحب الإيجاب المعروض على المستفيد بسوء نية أو بتعسف، خاصة إذا عين الواعد ميعاداً محدداً للقبول بإرادته المنفردة في الإخطار الموجه للمستفيد⁽³⁵⁷⁾، فإنّ رجوع الواعد عن وعده بتفضيل المستفيد بالمخالفة لأحكام الإيجاب قبل انقضاء المدة التي حددها في الوعد، أو المهلة اللازمة المعقولة، لتمكين المستفيد من اتخاذ القرار المناسب بشأنه، ممّا يحول دون انعقاد العقد المقصود، يترتب عنه مسؤولية الواعد المدنية قبل التعاقدية، وفقاً للقواعد العامة الواردة في المواد (63) و(123) مكرر و(124) مكرر المضافة عام 2005 من القانون المدني الجزائري⁽³⁵⁸⁾؛ وذلك لأنّ حق المستفيد من الأفضلية هو حق ضعيف في الحقيقة يحتاج للمبادرة باستعماله دون مماطلة أو تأخير، في حال إذا رغب الواعد في التعاقد، وفقاً

(355) د سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 105.

(356) د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 175.

Voir: D. Mainguy, La violation d'un pacte de préférence, Dalloz, Paris, 2007, p 76 et s; J. Mestre et B. Fages, Sanction de La violation d'un pacte de préférence, R.T. D.Civ, 2006, p. 550 et s.

(357) مها السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القومية، القاهرة، 2016، ص 110 وما بعدها، د. صبري خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، 1997، العدد 3، ص 117 وما بعدها.

(358) فيلتزم الواعد عندئذ بتعويض الأضرار الحاصلة التي تكبدها المستفيد، دون إلزامه بتعويض الخسائر والمزايا المنتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه (المادتان 1112 و 2/1116 مدني فرنسي جديد لعام 2016). ومن ثم، فإن سحب الإيجاب بسوء نية لإنهاء المفاوضات دون مبرر مشروع، والانسحاب التعسفي من المفاوضات على نحو انفرادي مفاجئ، دون سبب جدي مقبول، وإخفاء المعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد، والتعدي على الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التي يحصل عليها الطرف المتفاوض، وكذا قطع التفاوض بسوء نية دون سبب جدي أو دون مبرر معقول متى بلغت المفاوضات مرحلة متقدمة منها هي من التصرفات الخاطئة التي تعد إخلالاً واضحاً بالثقة المشروعة، التي تولدت لدى الطرف الآخر بمقتضى مبدأ حسن النية.

نقض تجاري فرنسي، 1996/04/09، R.T.D.civ، 1997، ص 121، تعليق: J) Mestre ؛ استئناف «يو» (Pau)، 1969/01/14، Dalloz، 1969، ص 716.

Voir: J.Laubert, Notion et role de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Thèse, Paris, 1979, p.15 et s; J. Juillet, La révocation de l'offre faite avec délais, Petites-Affiches, 25/02/2009, N° 40, p. 6.

للافضلية المقررة لصالحه منعاً للضرر المحتمل الذي قد يصيبه من تعاقد الواعد مع شخص من الغير، دون عرضه أولاً عليه تفضيلاً له، فهو أقرب للخيار كما يرى بعض الفقه الفرنسي، يثبت للمستفيد بمجرد إخطاره برغبة الواعد في إبرام العقد المقصود⁽³⁵⁹⁾.

فإذا رفض المستفيد العرض المقدم له من الواعد، يتحرر هذا الأخير من التزامه، فيسترد حريته في التعاقد مع غير المستفيد، بالمقابل والشروط ذاتها التي عرضها على المستفيد⁽³⁶⁰⁾، أي أنه إذا تعاقد الواعد مع شخص من الغير بشروط أفضل، لصالح هذا الأخير، من تلك التي عرضت على المستفيد اعتبر الواعد مخالفاً بالتزامه بالتفضيل⁽³⁶¹⁾، ومن ثم يرى بعض الفقه أنه يجوز للمستفيد أن يحضر توقيع العقد بين الواعد والغير، سواء أكان قد رفض التعاقد أم أنه لا يزال في مرحلة الاختيار، مما سيمكنه من المقارنة بين الشروط التي سيتم بها التعاقد مع الغير، وتلك التي عرضت عليه ورفضها؛ للتأكد من أن المشروع المعروض عليه لم يتغير في اللحظة الأخيرة⁽³⁶²⁾.

الفرع الثالث

جزاء إخلال الواعد بالحق في الأفضلية

إنّ جزاء الواعد عند إخلاله بالحق في الأفضلية هو رجوع المستفيد بالتعويض عن الضرر المترتب عن خطأ الواعد الذي أبرم تصرفاً إخلالاً بهذا الحق، وإن كان هذا الأثر لا يمثل جزءاً حقيقياً للإخلال بهذا الحق؛ لأنّ المستفيد يرغب في تمكينه من الأفضلية⁽³⁶³⁾، وكذا إمكانية

(359) H. Kenfack, Validité du Pacte de préférence, Dr. et Pat, N° 144, Janvier 2006, p. 43 et s; F. Collart- dutilleul, Le Pacte de préférence, op.cit., p. 1131 et s.

(360) إذا رفض المستفيد العرض المقدم له من الواعد مما يحول دون إبرام العقد المقصود، فتبوء المفاوضات العقدية بالفشل، وينتهي الأمر بين الطرفين؛ وذلك لأنّ الأصل في مرحلة المفاوضات هو حرية التعاقد، فلا يجبر الشخص على إبرام العقد، ولا على عرض أسباب وبواعث رفضه، طالما أنه لم يتعسف في استعمال رخصة الرفض، فقد نصت المادة (1112) من القانون المدني الفرنسي النافذ منذ عام 2016 على أنه: «يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً».

«L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres.

Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi» (art 1112 C.Civ.fr).

انظر: د. بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 62 و 425 وما بعدها؛ د. أنس فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، مرجع سابق، ص 45 وما بعدها؛

نقص تجاري فرنسي، 1972/03/20، 17543، 2، 1973، JCP؛ نقص مدني فرنسي، 1993/11/17،

1994، RTDCiv، ص 851، ملاحظات J. Mestre.

(361) Cf. M. Dagot, Le Pacte de préférence, op.cit, p. 394 et s.

(362) د سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 101.

(363) D. Mazeaud, la responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, G.P, 1994, Doct, N° 16.

الرجوع بالتعويض ضد كل من الواعد والغير المتعاقد معه، إذا كان هذا الأخير سيئ النية، بأن كان على علم بحق المستفيد من الوعد، وبنية استعمال الأفضلية المقررة له، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التقصيرية (المادة 124 من القانون المدني الجزائري المعدلة عام 2005 بالقانون رقم 05/10)⁽³⁶⁴⁾.

وليس ضرورياً أن يكون هذا الغير قد قام بدور المحرض على هذا الإخلال⁽³⁶⁵⁾، إذ يكون كل من الواعد والغير مسؤولين تجاه المستفيد، لتعويضه عما أصابه من ضرر (la réparation du préjudice subi)، من جراء المساس بحقه في الأفضلية الناشئة عن الوعد بالتفضيل، وله أيضاً حق المطالبة ببطالان التصرف الذي أبرمه الواعد مع الغير سيئ النية (l'annulation du contrat passé avec un tiers)⁽³⁶⁶⁾، أو أن يطلب المستفيد الحل محل الغير في العقد (La substitution du bénéficiaire) الذي تم إبرامه بالمخالفة لحقه في الأفضلية؛ ليكون الجزاء القانوني أكثر فعالية⁽³⁶⁷⁾، وذلك ليس وفقاً لأحكام الدعوى البوليسية، وإنما على أساس التصرف المشوب بالغش أو التواطؤ الذي وقع بين الواعد والغير (la fraude)، للإضرار بحقوق المستفيد في الأفضلية، والذي يستوجب التصدي له بفعالية، وتفويتاً لقصد مرتكبه ومن شاركه، وحفاظاً على شرف التعامل وأخلاقياته⁽³⁶⁸⁾.

وتكون دعوى المسؤولية المدنية في مواجهة الواعد عقدية، بسبب خرق التزام عقدي (La violation d'un pacte de préférence)، من جراء إخلال الواعد بالأفضلية الناشئة عن اتفاق الوعد بالتفضيل، مما يشكل خطأً تتحقق به مسؤوليته العقدية، كإبرام العقد محل الأفضلية مع الغير، دون عرض التعاقد أولاً على المستفيد، وفقاً للمادة (176) من القانون المدني الجزائري، وتكون تقصيرية في مواجهة الغير سيئ النية بسبب ارتكاب خطأً تقصيري، إذا كان هذا الغير قد علم وقت التعاقد بوجود الوعد، وبنية المستفيد التمسك

(364) المادة (1123) من قانون العقود المدني الفرنسي لعام 2016.

(365) J. Mestre, La violation d'un pacte de préférence, R.T. D.Civ, 1993, p. 346 et s.

(366) Cass. Com, 07/02/1995, J.C.P, 1995,2, 22411, note Ph. Le Tourneau; C.A. Montpellier, 25/06/1991, Pettites Affiches, 01/05/1995, N° 52, p. 6 et s.

(367) L. Leveneur, La violation d'un pacte de préférence, JCP, 2006, 2, 10142, p. 1562 et s.

(368) يكفي للحكم ببطالان العقد الذي تم بين المدين بالأفضلية والغير، بالمخالفة للحق في الأفضلية مجرد إثبات علم الغير بالحق في الأفضلية بإثبات توافر إرادة الغش والتواطؤ على الإضرار بحقوق المستفيد.

Cass. Com, 27/05/1986, RTDCiv, 1987, p 89 Obs. J. Mestre; C.A.Aix-en-Provence, 20/02/1950, JCP, 1951, 2, 5501.

Voir: J. Mestre et B. Fages, Sanction de La violation d'un pacte de préférence, R.T. D.Civ, 2006, p. 550 et s; J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit Français, Dalloz, Paris, 1957, p. 208 et s; J. Ghestin et G. Goubeau et M. Fabre, Traité de Droit Civil, Introduction générale, LGDJ, Paris, 1994, p. 810.

به (المادة 124 من القانون المدني الجزائري المعدلة عام 2005 بالقانون رقم 05/10)⁽³⁶⁹⁾، إذ إن الواعد إذا تصرف في الشيء محل الوعد بالترتيب إلى الغير، قبل عرض رغبته في التصرف على الطرف الموعود له، الذي له الأولوية تفضيلاً له على غيره كان لهذا الأخير قانوناً أن يرجع بالتعويض على الواعد⁽³⁷⁰⁾.

فقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1984/12/10، بأن: «الشرط الوارد في الوعد بالترتيب المتبادل بين طرفي العقد ينشئ في ذمة كل من الطرفين التزاماً شخصياً بأن يعرض على الطرف الآخر رغبته في التصرف، بحيث لا يكون له أن يتصرف في حصته في المحل إلى الغير، إلا إذا لم يشأ الطرف الآخر استعمال حق الأفضلية المقررة له، فإذا تصرف فيه للغير قبل عرض الأمر على الطرف الموعود له، نفذ تصرفه، ولا يكون لهذا الأخير إلا أن يرجع بالتعويض على الواعد⁽³⁷¹⁾.

كما استقر اجتهاد القضاء الفرنسي قديماً وحديثاً على إمكانية إقرار جزاء البطلان للعقد الذي أبرمه الواعد، بالمخالفة لحق المستفيد في الأفضلية المقرر في الوعد بالترتيب، إذا كان الغير المتعاقد معه سيئ النية (l'acquéreur de mauvaise foi)، بأن كان على علم بالوعد بالأفضلية، وعلمه في الوقت نفسه بأن المستفيد ينوي استعمال هذه الأفضلية⁽³⁷²⁾، وذلك للتصدي للغش أو الاحتيال أو التواطؤ لمنع الموعود له من ممارسة الأفضلية؛ لأن الغش يبطل التصرفات ويفسد كل أمر في أي صورة من الصور، باعتباره انحرافاً عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات القانونية عموماً، وكذا تفويتاً لقصد مرتكب الغش ومن شاركه في ذلك، حماية قانونية لمصلحة المستفيد وحقه في الأفضلية (renforcement de la vigueur du Pacte de préférence)⁽³⁷³⁾.

(369) نقض مدني فرنسي، I.R.1985/11/19، D.1986، ص343؛ نقض تجاري فرنسي، civ.R.T.D.1990.70:1989/03/07، تعليق: (J) Mestre، 1986/05/27، 89، 1987/03/07.

وراجع: د. محمد قاسم، آثار الوعد بالترتيب بين مرحلتي الترتيب والعزم، مرجع سابق، ص 183 وما بعدها؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

(370) D. Mainguy, La violation d'un pacte de préférence, op.cit, p. 98 et s.

(371) نقض مدني مصري، بتاريخ 1984/12/10، طعن 53/1773، مشار إليه سابقاً.
(372) Req. 12/04/1902, D.P., 1903, 1, 38 ; Cass. Civ, 10/02/1999, R.T.D. Civ , 1999 , p. 616 ; 30/04/1997, D, 1997, p. 475, obs. D. Mazeaud.

(373) H. Kenfack, Le renforcement de la vigueur du Pacte de préférence, Defrénois, 2007, p. 1003 et s.

وهو ما سارت عليه أحكام محكمة النقض المصرية في اجتهاداتها القضائية المتعلقة بالوعد بالترتيب. انظر: نقض مدني مصري، بتاريخ 2009/06/25، مشار إليه لدى د. محمد قاسم، الالتزامات، ج 1، العقد، مرجع سابق، ص 201، بتاريخ 1991/05/16، م.أ.ن، ص 42، ص 1131، بتاريخ 1979/05/21، م.أ.ن، ص 30، ص 399، بتاريخ 1956/02/09، المجموعة نفسها، ص 9، ص 168.

وكان فقهاء القانون الروماني قد أشاروا إلى قاعدة أصولية مهمة مفادها أن: «الغش يفسد كل شيء» (La Fraude Fait Exemption à Toutes Régles)⁽³⁷⁴⁾، وهي قاعدة أخلاقية واجتماعية لها مكانتها من الناحية القانونية أيضاً، ليس فقط أثناء تنفيذ العقد، بل أيضاً في فترة تكوينه وانعقاده في المرحلة السابقة من التعاقد النهائي⁽³⁷⁵⁾، وهو ما كرّسته المادة (2/1123) من القانون المدني الفرنسي لعام 2016 التي نصت صراحة على أنه: «للمستفيد من الوعد بالترفضيل الحق في المطالبة ببطلان العقد الذي أبرمه الواعد مع الغير بالمخالفة للحق في الأفضلية، متى كان الغير على علم بوجود الوعد، ونية المستفيد في استعمال الأفضلية المقررة له بموجبه»⁽³⁷⁶⁾.

كما أوضحت الفقرة الثالثة من المادة نفسها أنه: «لا يمكن الاحتجاج بالعقد المبرم مع الغير في مواجهة المستفيد من الوعد بالترفضيل مع مراعاة القواعد التي تؤمن حماية الغير حسن النية»، فإذا تقرر بطلان العقد بحكم قضائي، الذي أبرم بالمخالفة للحق في الأفضلية، زالت آثار العقد الذي أبرم مع الغير بأثر رجعي، ومن ثمّ وجب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد المخالف (المادة 103 من القانون المدني الجزائري المعدلة عام 2005)، وإعادة الشيء محل التفضيل الذي تصرف فيه الواعد إلى ذمته مرة أخرى، فيكون للمستفيد ممارسة حقه في الأفضلية بشرط توافر شروط ذلك، وطلب الحلول محل الغير في العقد، الذي تمّ إبرامه بالمخالفة لحقه في الأفضلية (La substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi)، والتي منها أن يقرر الواعد إبرام التصرف المقصود⁽³⁷⁷⁾.

وعلى ذلك، يمكن للغير قبل التعاقد مع الواعد، بموجب المادة (3/1123 و 4) الجديدة من القانون المدني الفرنسي الجديدة المضافة عام 2016، أن يطلب كتابة من المستفيد أن يؤكد له خلال مدة معقولة يحددها، ما إذا كان ينوي التمسك بالوعد بالترفضيل، ويجب أن تتضمن الكتابة أنه حال عدم الرد خلال المدة المحددة، فإنه لن يكون باستطاعة المستفيد من الوعد طلب الحلول في العقد المبرم مع الغير أو طلب بطلان العقد.

(374) "Fraus Omnia Corruptit".

(375) Cf. G. Ripert, La Règle Morale dans les Obligations Civiles, LGDJ, Paris, 3^e éd, 1935, p. 328 et s.

(376) «Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu.»

(377) Cf. Ch. Atias, La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un Pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998, p. 203 et 204 ; J. Mestre. Obs sous Cass. Civ, 10/02/1999, R.T.D. Civ, 1999, p. 616.

المطلب السادس

موقف القضاء الفرنسي الحديث

الوعد بالتفضيل هو قيد اتفاقي من القيود التي ترد على سلطة المالك الواعد في التصرف في ملكه، مفاده عدم إمكانية تصرفه قبل الرجوع إلى المستفيد الموعود له، وفقاً لحقه في الأفضلية⁽³⁷⁸⁾ شأنه ك شأن الوعد بالتعاقد من حيث إن عدم الالتزام به يمنح المضرور منه الحق في التعويض النقدي (dommage-intérêts)، غير أنه يختلف عن الوعد بالعقد في أنه لا يجوز استبدال شخص الموعود له (المستفيد) الذي تكون شخصيته محل اعتبار، وأن الخروج عن ذلك الأمر قد يترتب عليه بطلان العقد محل الوعد بالتفضيل (l'annulation du contrat passé avec un tiers)⁽³⁷⁹⁾.

ومن هذا المنطلق، حكم القضاء الفرنسي بأنه: «لا يترتب الوعد بالتفضيل سوى حق ذي طابع شخصي للمستفيد - كما أشرنا - ولا يتعدى نطاق ذلك الحق، وليس للمستفيد الموعود له أي حق أو علاقة مع الغير، فلا يستطيع إجبار الغير على عدم تنفيذ العقد الذي أبرمه الواعد، إذ إنه ليس طرفاً في هذا العقد⁽³⁸⁰⁾».

وعلى هذا الأساس، اتجه قضاء محكمة النقض الفرنسية في قرار صدر عن الغرف المختلطة مؤرخ في 2006/05/26، نحو إرساء مبدأ جديد يعد بمثابة نقطة تحول مهمة وجذرية، فيما يتعلق بجزء الإخلال بالحق في الأفضلية (préférence)، بالنظر إلى أن إخلال الواعد بالحق في الأفضلية هو إخلال بالقوة الملزمة للعقد؛ لأن الوعد بالتفضيل وإن لم يكن عقداً نهائياً يبقى عقداً ملزماً لطرفيه، يجب على الواعد تنفيذه لأنه شريعة المتعاقدين، حيث قضت في اجتهاداتها الحديثة في قضايا الوعد بالتفضيل بأحقية الموعود له في الوعد بالتفضيل في طلب إبطال العقد الذي تم مع الغير، باعتبار أن ذلك يندرج تحت مفهوم الغش، والغش يبطل

(378) Cass.Com, 26/04/1994, Petites Affiches, 12/02/1996, N° 19, p. 9 et s; J. Cassey et G. Lejeune, Promesse unilatéral de vente ou Pactes de préférence, op.cit, p. 25.

(379) د. سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، مرجع سابق، ص 62 و 63 وما بعدها؛ د. محمد قاسم، آثار الوعد بالتفضيل بين مرحلتي الترقب والعزم، مرجع سابق، ص 179 وما بعدها؛ د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها؛ د. رجب عبد اللاه، التفاوض على العقد، فقرة 351 و 352، مرجع سابق، ص 364 وما بعدها.

Ph. Delebecque, Note sous Cass. Civ, 3e, 30/04/1997, Def. 1997, p. 1007 et s; 10/02/1999, Def. 1999, p.751 et s; Cass. Com, 07/03/1987, JCP. 1989, p. 2131, Note Y. Einhard, Conc. Jeol.

(380) Cass. Civ, 3e, 30/04/1997, RTDCiv, 1997, p. 685. Note P.Y.Gautier .

«le bénéficiaire ne disposait d'aucun droit à l'encontre du tiers pour l'inexécution de ce pacte auquel il n'était pas partie».

التصرفات، وكذا بأحقية الموعد له في أن يحل محل الغير الذي تم التعاقد معه، من جراء الإخلال بالحق في الأفضلية، شريطة أن يكون هذا الغير عالماً بوجود ذلك الوعد، وبرغبة الموعد له في إبرام ذلك العقد⁽³⁸¹⁾، وهو ما تضمنته مقتضيات المادة (1123) من القانون المدني الفرنسي الجديد لعام 2016، في فقرتها الثانية التي أقرت الحماية القانونية لحق الموعد له المستفيد من الأفضلية المقررة له الذي تم الإخلال به، من خلال تعاقد الواعد مع شخص آخر من الغير يعلم بوجود هذا الوعد، وبنية المستفيد في التمسك به، والتي خيّرته بين طلب بطلان العقد الذي تم بالمخالفة لحقه، أو طلب أن يحل محل هذا الغير في العقد الذي تم إبرامه.

وعلى ذلك، فإنّه وفقاً لهذا التحول المبدئي المهم في الاجتهاد القضائي الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية منذ عام 2006، وما تلاه من أحكام قضائية في القضاء الفرنسي الحديث⁽³⁸²⁾ تكّرس في الحقيقة حق المستفيد في الوعد بالتفضيل في الحلول محل الغير في العقد الذي تم بالمخالفة لحقه في الأفضلية، ومن ثمّ لا يمكن الاحتجاج بالعقد المبرم مع الغير في مواجهة المستفيد من الوعد بالتفضيل، مع مراعاة الأحكام التي تؤمن حماية الغير حسن النية⁽³⁸³⁾، وإن كان يعاب بصفة عامة، على هذا الاجتهاد الفرنسي الجديد الشق المتعلق بحلول الموعد له المستفيد محل الغير (المتعاقد الجديد)، في ضوء صعوبة ومشكلات إثبات علم هذا الغير بوجود الوعد بالتفضيل، وبنية الموعد له في إبرام العقد من عدمها، أي بنيته في التمسك بالوعد، حال رغب الواعد في إبرامه للعقد المقصود⁽³⁸⁴⁾.

ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، بموجب قرار حديث صادر عن غرفتها المدنية الثالثة، بتاريخ 2010/06/29، أنّ: «العلم بوجود الوعد من قبل الغير لا يكفي وحده لإعمال جزاء بطلان عقد الغير مع الواعد، وحلول المستفيد من الوعد محل هذا الغير، وإنّما يلزم أيضاً أن يكون الغير على علم بنية المستفيد في التمسك بالوعد، ومن ثمّ فإنّ عدم تمكن المستفيد من الوعد من إثبات علم الغير المتعاقد معه بنيته في التمسك بالوعد، يحول دون إعمال هذا الجزاء، وأنّه ليس على الغير التزام بالاستعلام لدى المستفيد عن نيته في التمسك بالوعد،

(381) 'Lorsque un tiers a acquis un bien en connaissance de l'existence d'un pacte de préférence, et de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir, son acquisition encours l'annulation avec substitution de ce bénéficiaire'.

Voir: Cass. Ch. Mixte, 26/05/2006, N° 03-19376, RDC, 01/10/2006, p 1130 et s, obs J. Mestre, RTDCiv, 2006, 550 et s; 31/01/2007, D, 2007, JP, 579; 25/03/2009, D. p. 101; Trib.Com.Paris, 25/06/2007, RTDCiv, 2007, p. 68, Obs Pages..

(382) Cf. D. Mainguy, La violation d'un pacte de préférence, Dalloz, Paris, 2007, p 1698 et s; F. Collart- dutilleul, Le Pacte de préférence, R.T. D.Civ, 2006, p. 1131 et s.

(383) Cf. H. Kenfack, Le renforcement de la vigueur du Pacte de préférence, Defrénois, Paris, 2007, p. 1003;

(384) Cf M.H Monserie, La publicité du pacte de préférence, petites affiches, 01/05/1995, p. 10 et s ; Ph. Delebecque, Note sous Cass. Civ, 3e, 10/02/1999, Def. 1999, p.751 et s.

وعدم قيامه بمثل هذا الاستعلام لا يشكل خطأ من جانبه من الناحية القانونية»⁽³⁸⁵⁾.

ونلاحظ في هذا الصدد، أنه إذا قام الموعد له بشهر الوعد بالترفضيل المتعلق بالعقار لدى الجهات المختصة بالشهر العقاري، فإن ذلك يعتبر بمثابة قيد على سلطة المالك الواعد في التصرف في ملكه (une restriction au droit de disposer)، ومن ثم يكون قيد الوعد بالترفضيل حجة على الكافة بمن فيهم الغير من تاريخ ذلك القيد، وذلك بالنظر لأسبقية تاريخ القيد، وعندئذ لا يكون الموعد له بحاجة إلى إثبات علم الغير⁽³⁸⁶⁾.

المطلب السابع

الوضع في القانون المدني الجزائري

لم ينظم القانون المدني الجزائري الوعد بالترفضيل، بأي نص تشريعي منذ عام 1975، رغم مختلف التعديلات التشريعية المهمة التي مسته في السنوات الأخيرة، وخاصة منها تلك الصادرة عام 2005، وهذا فراغ تشريعي من الأفضل تداركه في التعديلات القادمة لتنظيم الوعد بالترفضيل الذي له خصوصية تميزه عن الوعد بالتعاقد.

وفي تقديرنا الشخصي، أن الجزء الذي توصل إليه القضاء الفرنسي الحديث، والذي تم تكريسه تشريعياً في المادة (1123) الجديدة من القانون المدني الفرنسي لعام 2016، في حال الإخلال بحق المستفيد الناشئ عن الوعد بالترفضيل ليس هناك ما يحول دون أعمال هذا الجزء القانوني في ظل نصوص القانون المدني الجزائري، وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد (المواد 106 و 107 و 160 من القانون المدني الجزائري)، لأن الوعد بالترفضيل هو اتفاق ملزم لطرفيه، وإن لم يكن هو العقد النهائي الذي قصده الطرفان (المادتان 71 و 72 من القانون المدني الجزائري)، يجب على الواعد بعد إعداره تنفيذ التزامه عينياً بأن يعرض على المستفيد وبالأفضلية على غيره إبرام العقد المقصود، متى كان ذلك ممكناً؛ لأن التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني الجزائري متى توافرت شروطه (المواد 1/160 و 164 و 180 و 181 من القانون المدني الجزائري).

فإذا أبرم الواعد عقداً مع الغير بالمخالفة لاتفاق الوعد بالترفضيل، مما يشكل خطأً عقدياً من قبله تتحقق به مسؤوليته وحده، فيكون للمستفيد حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي

(385) Cass. Civ. 3e, 29/06/2010, RTDCiv, 2011, p. 30.

(386) C.A. Montpellier, 25/06/1991, Petites Affiches, 01/05/1995, N° 52, p. 6 et s.

‘Tout pacte de préférence constituant une restriction au droit de disposer, soumise à publicité obligatoire en application de l’article 28-2 du décret du 4 janvier 1995, le pacte consenti à la S.C.I était opposable aux tiers à conclure du 10 mai 1989, date de la publication’.

أصابه، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية العقدية (المواد 106 و 107 و 160 و 176 من القانون المدني الجزائري).

وتقوم أيضاً المسؤولية المدنية التصيرية في مواجهة الغير الذي تعاقده مع الواعد إخلالاً بحق المستفيد في الأفضلية، بسبب ارتكابه خطأً تصيرياً، إذا كان هذا الغير على علم بوجود الوعد وقت التعاقد، وبنية المستفيد في التمسك به، عندئذ يكون الواعد والغير مسؤولين تجاه المستفيد من هذا التعويض (المواد 124 من القانون المدني الجزائري المعدلة عام 2005، و 281 و 182 مكرر المضافة عام 2005).

ولا يمكن الاحتجاج بالعقد المبرم مع الغير في مواجهة المستفيد من الوعد بالترتيب، مع مراعاة القواعد العامة التي تحكم حماية الغير حسن النية، ويجوز للمستفيد المتضرر أن يطلب بطلان العقد الذي تم بالمخالفة لحقه في الأفضلية، أو أن يطلب أن يحل محل هذا الغير في العقد الذي تم إبرامه.

وكان يستحسن ضمن تعديلات القانون المدني الجزائري عام 2005، وضع تنظيم تشريعي لهذا النوع من الوعود لخصوصيته؛ نظراً لأهميته وكثرة وقوعه في الواقع العملي، وخاصة في عقود البيوع والإجارة، كما فعلت القوانين المدنية المقارنة الحديثة، ولو في مادة واحدة على الأقل، تتضمن أحكامه الأساسية الجوهرية.

ومن الممكن الاستفادة من المقترحات التالية في صياغتها:

1. الوعد بالترتيب هو الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الواعد أن يمنح الأفضلية للمستفيد من الوعد، في أن يتعامل معه، في حال قرر التعاقد مستقبلاً.
2. يبقى الواعد ملتزماً بعدم التعاقد في الشيء محل الوعد بالترتيب مع شخص من الغير، خلال المدة المحددة، وبنقضائها دون اتخاذ هذا القرار ينقض التزامه.
3. تبدأ مدة الوعد بالترتيب من الوقت الذي يتفق فيه الواعد والمستفيد على إبرام عقد الوعد بالترتيب، وينعقد العقد المقصود محل التفضيل بالثمن الذي يعرضه الغير، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.
4. إذا قرّر الواعد إبرام العقد محل التفضيل، فإنه يتعين عليه أن يعرض إبرامه أولاً على المستفيد من الحق في الأفضلية، فإذا رفض هذا الأخير عرضه، استرد الواعد حريته في التعاقد مع الغير.
5. إذا أبرم الواعد عقداً مع شخص من الغير بالمخالفة للوعد بالترتيب، يكون للمستفيد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، كما يمكنه المطالبة ببطلان العقد بالمخالفة لحقه، أو أن يطلب الحل محل الغير في العقد الذي تم إبرامه، إذا كان هذا الغير يعلم بوجود الوعد، وبنية المستفيد في التمسك به.

المراجع:

أولاً: باللغة العربية

1. المراجع القانونية العامة والخاصة:

- أحمد مهدي، التنظيم القانوني للاتفاقات الممهدة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020.
- السيد عرفة، الوعد بالتعاقد أو بالترفضيل، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، 2017.
- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط10، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2018.
- د. أنس فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، دار الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
- د. بلحاج العربي،
- أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، ط3، دار هومه، الجزائر، 2020.
- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري: دراسة مقارنة، ط2، دار هومه، الجزائر، 2016.
- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، في جزأين (مصادر الالتزام)، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، دار هومه، الجزائر، 2020.
- أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، معلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة (2010/1966)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- د. زاهية حورية سي يوسف، الواضح في عقد البيع، دار هومه، الجزائر، 2012.
- د. حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1989.
- د. يونس علي، العقود التمهيديّة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- د. كريم بولعابي، الوعد بالبيع، مجمع الأطرش، تونس، 2017.

- مها السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القومية، القاهرة، 2016.
- د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- د. محمد لطفي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- د. محمد عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- د. محمد صبري السعدي،
 - الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2012.
 - الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- د. محمد قاسم،
 - آثار الوعد بالفضل بين مرحلتي الترقب والعزم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
 - مصادر الالتزامات، ج1، العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
 - قانون العقود الفرنسي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
- د. محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- د. محمد تقي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
- منصور نورة، هبة العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- سيف قزامل، الوعد بالتعاقد، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، دون سنة نشر.
- د. سعيد جبر، الوعد بالفضل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

- د. سعيد قنديل، الوعد بالعقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- د. عبد المجيد الشواربي، عقد البيع، المشكلات العملية والدعاوى والدفع، ج 1، ط 5، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2014.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 1 و 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، دار الكتاب الحديث، دولة الكويت، 1998.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.ن.
- د. علي علي سليمان،
- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2006.
- دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1994.
- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- د. علي فيلاي، الالتزامات، في جزأين، مزيدة ومنقحة، الجزائر، ج 1، ط 2، سنة 2010؛ ج 2، ط 3، سنة 2012.
- د. رجب عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

2. المراجع المتعلقة بالفقه الإسلامي:

- ابن حزم، المحلى، دار الجيل، بيروت، د.ت.
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت.
- العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار السلام، الرياض، 1997.
- د. وهبة الزحيلي،
- الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1982.
- نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، 1982.
- حاشية الدسوقي على مختصر خليل، ج 2، مطبعة الحلبي، القاهرة، د.ت.

- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
- د. عبد الله بن منيع، حكم الإلزام بالوفاء بالوعد ديانة وقضاء، مجلة الأبحاث الإسلامية، العدد 26، الرياض، 1413هـ.
- د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني، القاهرة، 1990.
- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت.

3. الأبحاث العلمية:

- د. أحمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، سنة 2001.
- بدري جمال، الطبيعة القانونية لحق الموعد له الناتج عن عقد الوعد، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، العدد 1، 2012.
- د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد، دار صادر، بيروت، 2004.
- د. حمدي بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية، مجلة الجامعة الإسلامية، مجلد 13، العدد 2، غزة، فلسطين، يونيو 2005.
- د. محمود فياض، الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، س 27، العدد 54، 2013.
- فؤاد درادكة،
 - العربيون، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 4، سنة 2004.
 - التعهد بنقل ملكية عقار، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 4، سنة 2008.
- د. صبري خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، العدد 3، العراق، 1997.
- د. ظفر الهاجري، التزام التفاوض بحسن نية في ضوء تعديلات القانون الفرنسي الجديد في أكتوبر 2016، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، المجلد 14، سنة 2017.

4. الرسائل الجامعية:

- محمود الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988.
- عروبة المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة بابل، العراق، 2008.

ثانياً: باللغة الأجنبية

- A. Bénabent, Les Contrats spéciaux, Ed.Montchrestien, Paris, 5^e éd. 2001.
- A. Bénabent, Les Obligations, Litec, Paris, 12^e éd. 2010.
- A. Lassaoued, Les contrats préparatoires, Thèse, Strasbourg, France, 1987.
- B. Lassalle, Les pourparlers, R.R.J, 1994.
- B. Oppetit, L'engagement d'honneur, D.S, 1979, chron. 107.
- C. Jourdain-Fortier, Vers de nouvelles fonctions de la responsabilité civile, Rev. Algé., 2016, n°5.
- Ch. Paulin, promesse et préférence, RTDCom, 1998.
- D. Mainguy, La violation d'un pacte de préférence, Dr et Pat, 2006,1.
- D. Mazeaud, la responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence, G.P, 1994, Doct.
- D. Mazeaud, Mystères et paradoxes de la période Pré-contractuelle, Mél. J. Ghestin, 2001.
- F. Terré et Ph. Simler et Y. Lequette, Droit Civil, Les Obligations, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2009.
- G. Ripert, La Règle Morale dans les Obligations Civiles, 3^e éd, LGDJ, Paris, 1935.
- Goubeaux, Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusive de l'une des parties, Defrenois, Paris, 1979.
- H. Kenfack, Le renforcement de la vigueur du Pacte de préférence, Defrénois, 2007.

- H. Kenfack, Pacte de préférence et conditon potestative, Dalloz, 2007.
- H. Kenfack, Validité du Pacte de préférence, Dr. et Pat, N° 144, Janvier 2006.
- H. L et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, T2, Les Obligations, 9^e éd, Montchrestien, Paris, 1997, par F.Chabas.
- I. Najjar, La sanction de la promesse de contrat, Rec. Dalloz, 21/04/2016, N° 15.
- I. Najjar, L'accord de principe, Rec.D.1991, Chr.57.
- I. Najjar, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatérale, Paris, 1967.
- J. A. Albertini, Les mots qui nous engagent, D.2004, chr.230.
- J. C. Serna, Le refus de contracter, Thèse, Paris, 1965, L.G.D.J, Paris. 1967.
- J. Cédras, l'obligation de négocier, R.T.D. Com, 1985.
- J. Ghestin et B. Desché, Traité des Contrats, La Vente, LGDJ, Paris, 1990.
- J. Ghestin et Ch. Jamin et Billiau, Traité de Droit Civil, Les effets du Contrat, LGDJ, Paris, 1994.
- J. Ghestin et G. Goubeau et M. Fabre, Traité de Droit Civil, Introduction générale, LGDJ, Paris, 1994.
- J. Ghestin, Traité de Droit Civil, La formation du Contrat, 3^e éd, LGDJ, Paris, 1993.
- J. Mestre et B. Fages, Sanction de La violation d'un pacte de préférence, R.T. D.Civ, 2006.
- J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, R.T. D.Civ, 1986.
- J. Mestre, La violation d'un pacte de préférence, R.T. D.Civ, 1993.
- J. Rochfeld, Les droits potestatifs accordés par le contrat, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, Paris, 2001.
- J. Schmidt-S, La force obligatoire à l'épreuve des avant- contrats, R.T.D. CIV, 2000.

- J. Schmidt-S, La période précontractuelle en droit Français, R.I.D.Comp, 1990.
- J. Schmidt-S, La Sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.civ, 1974.
- J. Schmidt-S, Les conséquences de l'annulation d'un contrat, J.C.P, 1989, 3397.
- J. Schmidt-S, Négociation et Conclusion de contrats, Dalloz, Paris, 1982.
- J. Viatte, Les effets attachés par les parties à la signature de l'acte authentique, Rev des Notaires, Paris, 1980, N° 55688.
- J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit Français, Dalloz, Paris, 1957.
- L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, RTDCiv, 1949.
- M. Azencot, La promesse unilatérale de vente, AJDI, 2001.
- M. Azzemou, Le formalisme contractuel en droit civil Algérien, Mém. Magister, Univ. D'Oran, 1982.
- M. Dagot, La levée d'option conditionnelle, JCP, 1990, 1.
- M. Dagot, Le Pacte de préférence, Litec, Paris, 1988.
- N. Mzid, La Négociation du contrat en droit civil, Rev. Tunisienne du droit, 2000.
- P. Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD Civ, 1999.
- P. Voirin, Le Pacte de préférence, JCP, 1954, 1, 1192.
- Ph. Delebecque et F.J Pansier, Droit des Obligations, Contrat et quasi-contrat, 3^e éd, Litec, Paris, 2003.
- Ph. Delebecque, La réforme des contrats, quelles innovations, Rev.Algé, 2016, n°5, Colloque international, le code civil Algérien 40 ans après, 24 et 25 oct 2016.
- Ph. Derouin, Pour une analyse fonctionnelle de la condition, RTD.Civ, 1978.
- Ph. Le Tourneau (Ph), Linant de Belle fonds (Y), Traité de droit Musulman comparé, Paris, 1965/1973 (3 tomes).

- Ph. Le Tourneau (Ph), Quelques aspects de l'évolution des contrats, Mél. P. Raynaud, Dalloz-Sirey, Paris, 1985.
- Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité civile et des contrats, Dalloz, Paris, 2005, Par L. Cadiet.
- Ph. Malaurie et L. Aynes et Ph. Gautier, Les Contrats Spéciaux, 2^e éd., Defrénois, Paris, 2005.
- Ph. Malaurie et L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, Les Obligations, 4^e éd, Defrénois, Paris, 2009.
- R. Cabrillac, La recodification civile en france, Rev. Algé, 2016, n°5.
- Y. Picot, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
191	الملخص
192	المقدمة
194	المبحث الأول: ماهية الوعد بالتعاقد وصوره
196	المطلب الأول: صور الوعد بالتعاقد
196	الفرع الأول: الوعد الملزم للجانبين
201	الفرع الثاني: الوعد الملزم لجانب واحد
210	المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الوعود بالعقد
210	الفرع الأول: ضرورة الوفاء بالوعد والالتزام به
212	الفرع الثاني: الوعد بالتعاقد لا يسقط بالموت
213	المبحث الثاني: شروط قيام الوعد بالتعاقد
213	المطلب الأول: أهلية التعاقد
214	المطلب الثاني: تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه
218	المطلب الثالث: تحديد المدة التي يجب إبرام العقد الموعود به خلالها
221	المطلب الرابع: مراعاة الشكلية التي يتطلبها القانون
228	المبحث الثالث: تنفيذ الوعد بالتعاقد
228	المطلب الأول: مرحلة قبل إعلان الموعد له رغبته في التعاقد
230	المطلب الثاني: مرحلة بعد إبداء الموعد له رغبته في إبرام العقد
234	المطلب الثالث: حكم التصرفات الصادرة من الواعد في فترة الوعد
235	المطلب الرابع: حكم العقد الابتدائي
236	الفرع الأول: التفرقة بين العقد الابتدائي والوعد بالتعاقد
238	الفرع الثاني: التفرقة بين العقد الابتدائي واتفاقات المبادئ

الصفحة	الموضوع
240	الفرع الثالث: التفرقة بين عقد التفاوض والوعد بالعقد
241	الفرع الرابع: جزاء الإخلال بالتزامات العقد الابتدائي
243	الفرع الخامس: الطبيعة القانونية للعقد الابتدائي
244	الفرع السادس: الطابع الملزم للعقد النهائي
245	المطلب الخامس: جزاء إخلال الواعد بالتزامه بإتمام العقد
246	الفرع الأول: الوضع في القانون المدني الجزائري
251	الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء في فرنسا
252	الفرع الثالث: في قانون العقود الفرنسي الجديد لعام 2016
254	المطلب السادس: القاعدة بالنسبة لشكلية العقد
258	المطلب السابع: حكم العربون المدفوع في اتفاق الوعد بالتعاقد
261	المبحث الرابع: الأحكام الخاصة بالوعد بالتفضيل
261	المطلب الأول: المقصود بالوعد بالتفضيل
263	المطلب الثاني: شروط الوعد بالتفضيل
267	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل
271	المطلب الرابع: أوجه الخلاف بين الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل
274	المطلب الخامس: آثار الوعد بالتفضيل
275	الفرع الأول: آثار الوعد بالتفضيل في مرحلة الترقب والانتظار
278	الفرع الثاني: آثار الوعد بالتفضيل في مرحلة العزم أو القرار
282	الفرع الثالث: جزاء إخلال الواعد بالحق في الأفضلية
286	المطلب السادس: موقف القضاء الفرنسي الحديث
288	المطلب السابع: الوضع في القانون المدني الجزائري
290	المراجع

