نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود

ط.د بيلامي سارة

كلية الحقوق- جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1

ملخص:

ان لتطورات الاقتصادية والاجتماعية و التكنولوجية الحديثة، أثبتت قصور النظرية القانونية الكلاسيكية المبنية على مبدأ سلطان الارادة و حرية التعاقد، على تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية. حيث أدى اتباع نظام اقتصاد السوق في أغلب دول العالم، إلى بروز طائفة من العقود ذات التعقيد الفني والمالي و القانوني، فأضحى التصور البسيط للمرحلة السابقة للتعاقد و مرحلة التعاقد، لا يتناسب مع هذه المستجدات. مما دفع معظم الدول إلى الحد من سيطرة مبدأ حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد ومرحلة التعاقد، من خلال ترتيب مجموعة من القيود والالتزامات على مبدأ حرية التعاقد والتي تحد من سلبياته.

لكن بالرغم من تقييد هذا المبدأ إلا أنه يظل كأصل في قانون العقود، و تعد تلك القيود و الالتزامات مجرد استثناءات عنه.

الكلمات المفتاحية:

حرية التعاقد، العقد، قانون العقود

Résumé :

Les récents développements économiques, sociaux et technologiques ont prouvé l'insuffisance de théorie juridique classique fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, afin de réaliser l'équilibre et la justice contractuelle. l'adoption du système d'économie de marché dans la plupart des pays du monde a donné naissance à l'émergence d'une gamme de contrats de complexité technique, financière et juridique, qui est devenue une simple perception du stade de la pré-contractualisation et de la contractualisation, n'est pas à la mesure de ces évolutions. Ce qui a conduit la plupart des pays à limiter le contrôle du principe de la liberté contractuelle au stade précontractuelle et stade contractuelle, en prévoyant un ensemble de restrictions et d'obligations au principe de la liberté contractuelle et en limitant les inconvénients.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

Cependant, bien que ce principe soit limité, il reste un atout en droit des contrats et les restrictions et les obligations.il ne s'agit que d'exceptions.

Mots clés :

Liberté contractuelle-contrat -droit des contrats-

مقدمة :

يشكل مبدأ سلطان الارادة ودون منازع رمزا لقانون العقود، إذ انه يحكم العلاقة العقدية في كل مراحلها – تكوينا و تنفيذا- ، وإنّ و جود هذا المبدأ القانوني و سيادته للمنظومة العقدية ما هو إلا نتيجة صارخة لتأثر القانون بالأفكار الاقتصادية و الفلسفية التحررية التي برزت في اروبا في نهاية القرن 17. ولقد جاء القانون المدني الفرنسي لسنة1804 مستجيبا لهذه الأفكار الفردية بشكل واضح ، لاسيما ما يتعلق منها بمبدأ سلطان الارادة، و كذا مبدأ حرية التعاقد المنبثق عنه و الذي يمنح العديد من الضمانات الايجابية للأطراف المتعاقدة في مرحلة تكوين العقد. و بهذا ظل مبدأ الحرية العقدية مسيطرا على المجال العقدي في مرحلة تكوين العقد، و مقدما العديد من النتائج و التطبيقات التي اوردتها مختلف المدونات المدنية في العالم و منها القانون المدني الجزائري؛ على الرغم من محاولة الحد من نتائجه الظالمة (نقائصه) والكشف عنها من قبل انصار المذهب الاشتراكي.

إلا ان التطورات الاقتصادية والاجتماعية والصناعية الحديثة، أثبتت قصور النظرية القانونية الكلاسيكية المبنية على مبدأ سلطان الارادة و حرية التعاقد و المساواة بين الاطراف المتعاقدة، في تحقيق التوازن العقدي و العدالة العقدية. حيث برزت فيظل اقتصاد السوق و ما يرتبه من التجارة الحرة طائفة من العقود ذات التعقيد الفني و المالي و القانوني، فأضحى التصور البسيط للمرحلة السابقة للتعاقد و التي طالما سيطر عليها مبدأ حرية التعاقد دون منازع لا يتناسب مع هذه العقود و لا يحقق العدل و المساواة العقدية فيها مما أوجبت قيد حرية التعاقد وضبطها وطنيا و دوليا بما يتمشى مع هذه العقود و يحقق العدل و الامن القانوني فيها هذا من جهة .

ومن جهة اخرى أدى التطور الهائل الذي مس وسائل الانتاج و التوزيع والاستهلاك و الاتصال كذلك، إلى خلق عدم توازن ظاهر بين طرفي العقد فأصبح الطرف القوي و المسيطر يملي شروطه على الطرف الضعيف. الامر الذي دفع المشرع الى استحداث قوانين تضمن حد ادنى من الحماية للطرف الضعيف و تحد من نطاق الحرية التعاقدية المكرس ضمن قواعد القانون المدني، هذه الحرية التي أثبتت نقصها في مثل هذه العقود والتجاء بها نظاما لاقتصاد الحر، لكنها تبقى من أهم أسس قانون العقود و ضماناته.

وعليه يبقى مبدأ حرية التعاقد المنبثق عن مبدأ سلطان الارادة هوأصل التعاقد، لكن هذه الحرية ليست مطلقة بل مقيدة او بالأحرى متممة بمجموعة من المقتضيات ؛ التي تحقق العدل وتحمي الطرف الضعيف في العقود التي أفرزتها ظروف الاقتصادية و التجارية الراهنة، مما يدفعنا للتساؤل عن نطاق مبدأ حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود وفق مستحدثات هذا العصر؟

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول: نطاق حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد.

حال التصور البسيط و التقليدي للمرحلة السابقة للتعاقد دون تقنينها [1]، إذ تم اعتبارها تلك المساومات و الحوارات الآنية التي تمهد لتلاقي الارادتين في تكوين العقود البسيطة[2]، غير انه و في الواقع الحالي أضحت تلك التصورات البسيطة للتعاقد لا تتناسب مع العقود ذات التعقيد الفني و المالي و القانوني التي أفرزها العصر الحديث، حيث شهد العالم العديد من التطورات الاقتصادية(و ذلك بتوجه معظم دول العالم نحو اقتصاد السوق) و التكنولوجية (من حيث المعلومات و الاتصالات)أدت إلى توسيع دائرة التجارة الوطنية و الدولية، و التي اثرت بشكل كبير على بنيان العقد و تكوينه[3].

حيث ظهرت طائفة من العقود تتصف بالتعقيد و التركيب ، و التي من الغير ممكن ابرامها مثل عن طريق التبادل العيني للإيجاب و القبول فقط ؛ فأصبح من الضروري أن تسبق ابرامها مرحلة من المفاوضات أو الاتفاقيات التمهيدية التي قد تطول و تنتهي في الاخير إلى تطابق الإيجاب و القبول و هو ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى تنظيم هذه المرحلة و نص عليها في آخر تعديل له لسنة 2016 في المادة 1104 .و يعرف التفاوض في هذا الصدد بأنه الوسيلة التي يلجأ إليها كل من يرغب في التعاقد، و يقوم فيه الأطراف بإجراء محادثات و تبادل وجهات النظر و طرح بدائل بهدف تضييق هوة الخلاف بينهما من جهة ، و التوصل إلى تصور مشترك حول العقد من جهة أخرى كل ذلك لأجل ابرام عقد مستقبلي احتمالي .

و يمكن ان تكون المرحلة السابقة للتعاقد في صورة اتفاقات تمهيدية تخص تكوين العقد، و هي وسيلة اتفاقية أي عقدية لتعزيز التفاوض حيث يلتزم فيها طرفا العقد التمهيدي بالبدء في التفاوض و متابعته بحسن نية حول ابرام عقد مستقبلي.[4]كما يمكن أن تبقى هذه المرحلة دون تعاقد.

وقد سيطر مبدأ حرية التعاقد على المرحلة السابقة للتعاقد بمختلف صورها ، و رتب العديد من النتائج، التي تعد من اهم الأسس المنظمة لهذه المرحلة، لكن و مع التطور الذي مس العقود،

---

[1]من ضمن التشريعات التي لم تنظم هذه المرحلة القانون المدني اللبناني و المصري و العراقي و الاردني ، و الكويتي و الجزائري باستثناء الايطالي و اليوناني ، و اليوغسلافي و الاسرائيلي نقلا عن وائل حمدي أحمد ، حسن النية في البيوع الدولية ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية مصر، 2012 . علما انّ القانون المدني الفرنسي قام بتنظيم هذه المرحلة من التعاقد و اسندها لمبدأ حسن النية في آخر تعديل له بسنة 2016 .

[2] أم كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد أهميتها و أحكامها ،المجلة العلمية لكلية الحقوق جامعة النهرين ، المجلد 16 العدد 3 ، العراق ، أذار 2014 ص 282.

[3] مثل عقود نقل التكنولوجيا و غيرها ، أنظر أحمد عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية ، مجلة الحقوق العدد2 ، 2004، تصدر عن كلية الحقوق جامعة البحرين ، ص 360 .

[4] عن شير زاد عزيز سليمان ،حسن النية في ابرام العقود ، الطبعة الأولى ، دار دجلة ، الأردن 2008. إذ اشار ان هذا التعريف قد ورد في حكم لدى محكمة الاستئناف في باريس . SA 19 /05/1992 Paris 23 , cha Les Nouveaux Constructeurs et c/ SA Zeus et autres.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و انتقاده من قبل الفقه و القضاء انحصرت سيطرته على هذه المرحلة، لاسيما أنّ جل القوانين الخاصة في العالم صارت تهدف و بكل وضوح إلى حماية الطرف الضعيف و اقامة التوازن العقدي، وتعزيز العدل في قانون العقود في ظل ما جاء به النظام الاقتصادي (حرية التجارة و حرية المنافسة) المتبع في معظم الدول العالم.

و من خلال هذا المبحث سنتناول تحديد نطاق حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد في ظل التطورات الحديثة و التي مست قانون العقود، و سيكون ذلك بتوضيح الضمانات و الأثار التي يرتبها الأخذ بهذا المبدأ في المرحلة السابقة للتعاقد في المطلب الأول ثم سنتناول الحدود و القيود الواردة على حرية التعاقد في نفس المرحلة في المطلب الثاني.

المطلب الأول : آثار حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد.

رتب مبدأ حرية التعاقد العديد من الآثار على المرحلة السابقة للتعاقد، خاصة و انها لم تكن مقننة بل كانت خاضعة في مجملها لهذا المبدأ المنبثق عن مبدأ سلطان الارادة ، الأمر الذي جعله يرتب العديد من الأثار على هذه المرحلة و التي سوف نتطرق لها فيما يلي :

الفرع الأول: حرية التفاوض.

يرى الفقه[1] بأن القانون لا يرتب في الأصل على المفاوضات التعاقدية أي أثار قانوني،و ذلك لسيطرة مبدأ حرية التعاقد على هذه المرحلة بمختلف صورها – حرة ام اتفاقية –،فمبدأ حرية التعاقد يرافق عملية التفاوض إلى حين الوصول إلى العقد النهائي، و لا مسؤولية على من يخرج من دائرة التفاوض في اي وقت يريد، مادام العقد النهائي لم يتم بعد.

إنّ حرية التعاقد في معناها البسيط بالنسبة لهذه المرحلة تفيد، أن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، و عليه لا يمكن إجبار أي شخص على التعاقد كأصل سواء سبق ذلك إجراء مفاوضات أو دونها ، و إن اجراء المفاوضات العقدية لا يعني بالضرورة ابرام العقد المستقبلي الجاري مناقشته ضمنها، فحرية المفاوضات الصادرة عن مبدأ حرية التعاقد تبيح للأطراف المتفاوضة الخروج من التفاوض ، و منه يبقى العقد المستقبلي المراد ابرامه احتمالي.[2]

الفرع الثاني: حرية اختيار وتعدد المتفاوض معهم.

للمتفاوض الحرية المطلقة في اختيار من يتفاوض معهم، إذ أنّ حق الفرد في التفاوض مع أكثر من جهة أمر مشروع كأصل عام، و ذلك لمقارنة الشروط التي قد يحصل عليها المتفاوض و المفاضلة فيما بينها و اختيار الأفضل له ؛ إذ يسعى المتعاملون في ميدان التجارة الدولية للوصول إلى أحسن الصفقات التي تحقق طموحاتهم وتوسع أنشطتهم عبر الحدود، و كذلك الحال

1السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الاول ، الطبعة الثالثة، نهضة مصر ، مصر 2011 . ص 207 . و شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص 346 ، و عبد المنعم موسى ابراهيم، ،حسن النية فيا لعقود دراسة مقارنة، منشور اتزين الحقوقية، 2006،ص 44 . و. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، 2010 ص 70 .

2 هذا المحتوى مطابقة في معناه للمادة (1/15) من مبادئ Unidroit

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالنسبة للعقود الدولية الخاصة بتشييد الجسور و المطارات و البنى التحتية ؛ حيث تسعى الدولة المتعاقدة أو السلطة العامة المحلية بالتحديد إلى طرح مناقصاتها على أوسع نطاق لكي تستطيع الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم ارخص الأسعار، أو ذلك الذي ينفذ أعماله وفق أحدث الأساليب و التقنيات المعروفة في مجال معين، و إن هذا الحق مكفول بمبدأ حرية التعاقد ،و الذي لا يمكن مصادرته مالم يكن مخالف الحسن النية في تكوين العقد.

و يعد هذا الحق مخالفا لحسن النية في تكوين العقد في حالات محددة ، يتم فيها تقييد حرية التعاقد و سنتطرق لها في المطلب الثاني من هذا المبحث .

الفرع الثالث: الالتزام بالإعلام المكرس لحرية التعاقد.

إنّ التطور الذي وصل إليه المجتمع الإنساني على المستوى الاقتصادي والتقني والتكنولوجي أدى إلى النيل من التوازن المعرفي بين المتفاوضين، و أثر سلبا على التعاملات التجارية، مما دفع الفقه و القضاء إلى وضع حد للهوة المجودة من الناحية المعرفية بين المتفاوضين؛ وذلك من خلال فرض الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، ضمان التكوين عقد وفق رضا مستنير يضمن و يعزز حرية التعاقد عند المتفاوضين، إذ أنّ تزويد المتفاوض بمختلف المعلومات التي تمكنه من إدراك حقيقة العقد المستقبلي المتفاوض بشأنه، يؤدي إلى تحرير خياراته في التعاقد من عدمه وفق مصالحه و أهدافه من العقد محل المفاوضات[1].

فالالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد أي مرحلة المفاوضات، يأثر بكيفية واضحة على حرية التعاقد، حيث يعد الالتزام بالإعلام لب التفاوض بحسن نية، على اعتبار أن البيانات والمعلومات التي يفضي بها كل طرف للآخر عن موضوع العقد النهائي، هي التي من شأنها أن تجعله يقدم على ابرام العقد من عدمه[2]الأمر الذي يجعل الفقه الحديث يهتم بإيضاح مدلول هذا الالتزام، وصياغة تعريف له يتناسب و أهميته. فقد عرفه بعض الفقه على أنه « .. التزام سابق على التعاقد يتعلق بإلزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور و على علم بكافة تفصيلات هذا العقد [3] و ذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة.

أو يحتّم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الأخر الذي يلتزم بناءا على جميع هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات».[4] و عرفه جانب أخر بأنه « تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها

1عبدالمنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 133.

[2] وائل حمدي أحمد، المرجع السابق ،ص360وص361.

[3] خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2008، ص94.

[4] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004،ص189. و ، إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد3، 2013. ص953 ،منشور عبر الوقع الإلكتروني:www.uobabylon.edu.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلقاء الضوء على واقعة ما، أو عنصر ما من عناصر العقد المزمع ابرامه؛ حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته و هدفه من ابرام العقد »[1].

من خلال هذه التعريفات يتضح أن مضمون الالتزام بالإعلام يتمحور حول :

إنه التزام ينحصر مجاله في مرحلة تكوين العقد – أي المرحلة السابقة للتعاقد و قد يتزامن والتعاقد-[2]كما أنه التزام قانوني منبثق عن مبدأ حسن النية، الذي يوجب الشفافية والصدق و النزاهة في المعاملات، و الابتعاد عن الغش والقيام حتى بالنصيحة إن استدعى الأمر ذلك مراعاة للثقة المشروعة للطرف الآخر.[3]

و إن إسناد الالتزام بالإعلام لمبدأ حسن النية يجعله التزاما عاما، يسود كافة العقود دون تفرقة بين أنواعها، [4] غير أنه يظهر بصورة مشددة في بعض العقود[5] دون غيرها.

و إن إسناد هذا الالتزام لمبدأ حسن النية في تكوين العقد، أدى إلى اعتباره معارضا لمبدأ حرية التعاقد ، إذ أنّ القول بوجود أي التزام في المرحلة السابقة للتعاقد يشكل قيدا على حرية التعاقد فيها، و التي يجب ان تسودها الحرية المطلقة دون أي التزامات.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع، الاسكندرية، 2007، ص163.

[2] يوجد من يميز بين الالتزام بالإعلام في المفاوضات و بين الالتزام بالإعلام الذي يتزامن و ابرام العقد مثل ما ورد في فريدة لبان، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها، و هذه التفرقة تعتبر ذات أهمية من قبل العديد من الفقه، أنظر نفس المرجع ص 86 و هو ما أخذنا به.

[3] ذهبية حامق، ،الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009 .، ص 19 و20. أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 302، و محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكينة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.،ص 95 و96. كما تم اسناد هذا الالتزام للعديد من الأسس الأخرى، كالالتزام بالتسليم أو ضمان العيوب الخفية أو عيوب الإرادة ، إلا أنّ هذه المفاهيم أثبتت قصورها عن تأسيس لهذا الالتزام للمزيد أنظر محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود، معهدا لإدارة العامة للبحوث، 1995.، ص93

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 385 و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 96 .

[5] عقود الاستهلاك و الاستهلاك الإلكتروني و التي يكون فيها عدم التوازن بين أطراف العلاقة العقدية جليا و واضحا حيث أن أحد أطراف العلاقة يكون قويا بتحكمه في العملية العقدية و احتكاره لوسائل الإنتاج والمعلومات و الأخر ضعيفا لا يمكنه أن يستغني عن الاستهلاك الذي يعتبر ضروريا لحياته ولا يملك المعلومات. ذهبية حامق، المرجع السابق، ص145. ومن المعلوم أن الالتزام بالإعلام أصبح يشكل حاليا أهم ركائز سياسة حماية المستهلك في الدول المتقدمة أنظر: بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005،ص10 وما يليها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لكن و بالرجوع القوانين الحديثة نجد أنّ القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه قد أقر[1] الالتزام بالإعلام و الشفافية في المرحلة السابقة للتعاقد، على أساس الالتزام بحسن النية في ابرام العقود؛[2]

إذ يتعين على كل متفاوض أن يعلم المتفاوض الأخر بكل المعلومات الواقعية و القانونية التي تتعلق بالعقد،[3] بأسلوب مستقيم و صريح.

و قد أيده الفقه الفرنسي الحديث في ذلك مع محاولته التركيز بالأخص على العلاقة بين المحترف و الشخص العادي. و بعدها تتابعت التشريعات في فرض هذا الالتزام في المرحلة السابقة على التعاقد في مجال حماية المستهلك بالتحديد.[4]

فضلا على احتواء القانون المدني الفرنسي على العديد من المواد، التي يمكن أن نستنتج من خلالها وجوب الالتزام بالإعلام في الفترة السابقة على التعاقد.[5]و التي لم تعتبره احد قيود حرية التعاقد بل معزز لها.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فبالرّغم من عدم وجود نص عام يقضي بوجوب الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، إلا أن المتتبع لنصوصه لا يجد هذا الالتزام غائبا بينها. فقد ورد في المواد المتعلقة بعيوب الإرادة نصوص نلمس من خلالها، وجود الالتزام

---

[1](نقض مدني فرنسي 1977/10/4, IR1977,D, ,ص116 . نقض تجاري فرنسي 15/ 1975/4 . bull civ, 4 رقم 106) نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق،ص77 البند61 تهميش1.

[2] إذ تذهب إحدى القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الفرنسية إلى أنه « إعمالا لمبدأ حسن النية قبل التعاقدي يلتزم البائع بأن يفضي إلى المشتري بكافة البيانات و المعلومات التي تعتبر عناصر تقدير يتوقف عليها رضائه في العقد » في 1965/2/5. 19-64-1 أشار إليه شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، تهميش ص 375 و376.

[3] نقض مدني فرنسي 12/20 /1995 أشار له بلحاج العربي، المرجع السابق، في ص77 البند 61 التهميش 2.

[4] إذ صدر في 1993/07/26 القانون رقم 949/93 وتعديلاته والتي منها القانون 02/10/ 1995 والمرسوم 1997/03/27 و قانون 2001/05/15 وغيرها من التعديلات التي يصعب حتى على المختصين أنفسهم ملاحقتها. والتي هي في الحقيقة مستوحاة من التوجيه الأوروبي المشهور (المؤرخ في 1993/04/05) المادة 4. كما نظم المشرّع الفرنسي البيع بالمنزل بالقانون الصادر في 22/ 12/ 1972. وعمليات البيع بالمراسلة بالقانون رقم 22/78 المؤرخ في 1978/1/10. وغيرها من التشريعات التي أظهر فيها الالتزام بالإعلام بصورة جلية. عن نفس المرجع، ص77و 78. البند 61.

[5]ومنها المادة1110 منه المتعلقة بالغلط، و المادة 1645 المتعلقة بضمان العيوب الخفية، والمادتين 1326 و 2015 المتعلقتين بالكفالة. القانون الفرنسي قبل تعديل 2016 .شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص376. حيث أن الكفيل يجب أن يعلم بما هو مطلوب منه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالإعلام في الفترة السابقة للتعاقد، مثل ما ورد بشأن الكتمان التدليسي 2/86،[1] فإقرار المشرّع بوجود كتمان تدليسي يستنتج منه؛ أنّ المفاوض في مرحلة ابرام العقد عليه أن يطلع الطرف الأخر عن حقيقة كل واقعة، أو ملابسة مؤثرة في ابرام العقد بكل صدق و صراحة،[2] و إذ لم يفعل فإنه يتحمل جزاء إخلاله بالإعلام.

كما يمكن القول بأن الالتزام بالإعلام بأبسط صوره، موجود في مختلف العقود، وذلك من خلال ما ورد في المادة 94 من القانون المدني الجزائري،[3]والتي ترتب البطلان على المحل غير المعين وتبين صور تعيين المحل، وهي بذلك توجب الإعلام بخصوص محل العقد أيّا كان نوعه. كما تنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري بالنسبة لعقد البيع، على وجوب العلم الكافي بالمبيع و ويتم ذلك بتبصير المشتري بكافة المعلومات الضرورية لتكوين العلم الكافي بالمبيع.[4]و غيرها من مواد القانون المدني فضلا عن النص عليه بشكل واضح في عقود الاستهلاك إذ توجب المادة 17 من قانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يوضع للاستهلاك. كما يتجلى ذلك أيضا بما ورد في المادة 4 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية. و عليه فإنّ المشرع الجزائري هو الآخر لم ير في هذا الالتزام ما يتعارض مع سيادة مبدا حرية التعاقد للمرحلة السابقة للتعاقد.

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد.

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى كل الالتزامات التي تقيد حرية التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد، و التي في أغلبها نابعة من الاجتهادات القضائية و الفقه فضلا على النص عليها بموجب الاتفاقيات الدولية و ذلك لكونا نابعة عن مبدأ عام يحكم هذه المرحلة لأى جانب حرية التعاقد و هو مبدأ حسن النية :

---

[1] المادة 86 /2 يقابلها المادة 125 مصري و المادة 144 أردني، المادة 152 كويتي، عن بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، 2006 ، ص66.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص75 البند 60.

[3] مثاله المادة 128 من القانون المدني العراقي، و قد أدرجها شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، بخصوص وجود الالتزام في القانون المدني العراقي بالإعلام ص 377 .

[4]بودالي محمد، المرجع السابق (حماية المستهلك في القانون المقارن)،ص66 . و يشير إلى كونها متطابقة مع م 419 قانون مصري، وهي مستمدة من أحكام الخيار أو الرؤية في الشريعة الإسلامية و الخيار في الشريعة الإسلامية حق يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد أو يمضي فيه عند رؤية محله إذا لم يكن رآه وقت العقد أو قبله. كما أن إلزام البائع بالإعلام يمكن إسناده للمادة 361 من القانون المدني الجزائري و التي تقضي بواجب البائع بالقيام بكل ما هو لازم لنقل حق المبيع(ومن بينها الإعلام) ومثاله ما قضت به المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1986/10/25. ملف رقم 42369 ،م ق 1989 العدد 2 ص 132 أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص90 البند 67 في تهميش رقم 2.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: الالتزام بالجدية و الاستمرار في المفاوضات.

إنّ الأصل في مرحلة المفاوضات هو حرية التفاوض كنتيجة مباشرة لسيادة مبدأ حرية التعاقد على هذه المرحلة و هو ما سبق و أن أشرنا له في المطلب السابق من خلال حرية التفاوض، غير أنّ حرية التفاوض مقيدة بالتزامين جد مهمين بالنسبة لهذه المرحلة و هما الالتزام بجدية التفاوض و الالتزام بالاستمرار بالتفاوض و هما ناتجان عن الأخذ بمبدأ حسن النية في تكوين العقد[1].

و الالتزام بالجدية في التفاوض يعني وجود نية حقيقية – وليست هزلية أو إيهاميه –لدى الأطراف المتفاوضة في التوصل إلى اتفاق[2] و أن لا يقوم أي طرف بالتفاوض بنية عدم التعاقد.[3] و تتعدد صور عدم الجدية في التفاوض بحسب أهدافها أو ما يطرأ عليها من تغيرات إذ منها ما يستهدف الإعاقة، ومنها ما يستهدف التجسس وقد تكون النية جادة في البداية، ولكنها تتحول إلى نية غير جادة بعد الاستمرار في التفاوض لمدة معينة. و برغم من عدم النص على هذا الالتزام في التشريعات المدنية غير أنه قد تم تكريس الالتزام بجدية المفاوضات. في مبادئ "UNIDROIT " والتي نصت عليه صراحة في القسم الثاني في المادة (15/1) تحت عنوان التفاوض بسوء نية Negotiations in badfaith[4]

---

[1] للمزيد: أنظر بيلامي سارة، حسن نية في تكوين العقد، رسالة ماجستير بجامعة قسنطينة 2017.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق،ص69البند51.و شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص342.و بنيوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013، ص 116.

Vincent Karim, La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du code civil du Québec. Les cahiers de droit , vol ,41 , n 3 . septembre 2000,p 453.Disponible sur site électronique : http://id.erudit.org/iderudit/04361ar .

[3] محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، أفريل 2013، ص 239.عبر الموقع الإلكتروني :.bibliotdroit.blogspot.com

[4] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 345. و محمود فياض، المرجع السابق، ص 240. مبادئ الانيدروا منشورة عبر الموقع الالكتروني التالي:
www.unidroit.org

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أنّ الأخذ بمبدأ حسن النية في تكوين العقد يرتب التزاما بالاستمرار في التفاوض من قبل الطرفين، و عدم اللجوء إلى قطعه دون مبرر مشروع.[1]

فمتى بدأت المفاوضات و دخل الطرفان فعلا في دائرة التفاوض بمحض إرادة كل منهما، فقد نشأت حالة واقعية يجب الاعتداد بها. و قوام هذه الحالة الواقعية أن كل طرف قد بعث في نفس الطرف الأخر الثقة بأنه سيناقش معه بمعقولية و برغبة صادقة كل ظروف العقد المراد ابرامه، و أنه إذا سارت الأمور في وضعها المألوف فسينتهي الأمر بتوقيع العقد النهائي، و على أساس هذه الثقة سيستمر كل طرف بالتفاوض و سيتكبد جهودا و نفقات من أجل انجاح عملية التفاوض، و الالتزام بالاستمرار في التفاوض يشتمل على القيام بكافة الأعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض ، كالخطابات والمراسلات و الاجتماعات بين الأطراف فضلا على التحلي بجميع مقتضيات حسن النية الأخرى كالجدية والنزاهة والسرية والمعقولية وغيرها؛ الأمر الذي يجعل هذا الالتزام يمثل ركنا ركينا في مرحلة التفاوض[2] إذ بخرقه – أي قطع التفاوض – تنتهي المفاوضات ولا أمل في انعقاد العقد الذي قامت من أجله.

و هو بهذا يعني بذل العناية الازمة من أجل انجاح المفاوضات و عدم الخروج منها دون سبب مشروع، لكن بالرغم من وجود هذين الالتزامين يبقى للمتفاوض الحق في الخروج من المفاوضات و هذا الحق نابع من مبدأ حرية التعاقد ، شرط أن يعلم المتفاوض معه بنيته مسبقا و ان تكون له دوافع مشروعة[3]، حتى لا يعد انسحابه خرقا للثقة المشروعة .

---

[1] رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية في جامعة آل البيت، الأردن، نوقشت في 2000/06/13.،ص 13.و شيرزاد عزيز سليمان،ا لمرجع السابق، ص 348. بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 117.

Pascal Ancel ,les sanctions du manquement à La bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois, article dans une conférence en droit civil de l'université Montréal , 2010 p 96 .97. disponible sur site électronique : https://ssl.editionsthemis.com .et Brigitte Lefebvre , la bonne foi dans la formation du contrat . McGill Law journal ,1992 p 1058 .1057 .1056, sur site électronique : lawjournal.mcgill.ca et Matthias E Storm , la bonne foi dans la formation des contrats en droit néerlandais p20,disponible sur site électronique : https//lirias.kuleuven.be .

[2] أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، 2014 ص 298 .

[3]: رومان منير حداد، المرجع السابق،ص18.وسمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، الطبعة 1، منشأة المعارف،2005، ص 68.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد اعتبر القضاء ان أي خرق لهذين الالتزامين يرتب المسؤولية المدنية في العديد من تطبيقاته.[1]

الفرع الثاني: الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.

إنّ حرية اختيار المتفاوض معه و إجراء مفاوضات مع أكثر من جهة حق مكفول بموجب مبدأ حرية التعاقد، لكن هذا الحق ليس مطلق بل مقيد بما يقتضيه حسن النية في تكوين العقد، إذ يعد التفاوض مع عدة أطراف في الوقت ذاته بنية التعاقد مع طرف واحد مخالف المقتضيات حسن النية في حالتين هما:

- متى اشترط المتفاوض على الطرف الآخر حصرية التفاوض معه ؛أي اشترط عدم إجراء مفاوضات مع الغير طول مدة التفاوض بين الطرفين.[2]وهو ما يسمى بشرط القصر أو الاستبعاد.
- إذا دلّ واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك، مثل كون العرض خاص بتلك الشركة في الأصل وتم الاتفاق معها على جميع المسائل الجوهرية و الثانوية و تم تحديد تاريخ لتوقيع العقد، ثم يقوم صاحب العرض بالتفاوض مع طرف آخر و قطع التفاوض مع المتفاوض الاول أو الاستمرار في المفاوضات معه والمماطلة فيها مع تعمد إخفاء أمر المتفاوض الجديد عنه.

و قد اعتبر القضاء هاتين الحالتين خرقا لحسن النية في تكوين العقد. و هو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية حيث أيدت في عام 2003 القرار الصادر عن محكمة الاستئناف فيما يعرف بقضية (Manoukia)[3].إذ أن المتضرر في هتين الحالتين يستحق التعويض وفقا لقواعد المسؤولية المدنية .

---

[1] Cass civ Ire ,12/4/1976 , bull civ 1976Def1122 . 3143 389. 4 عن المحكمة الفرنسية نقلا عن محمود فياض، المرجع السابق، تهميش ص 249.

أنظر :نقض مدني مصري 9 فيفري 1967 أشار إليه حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2000.، ص 104. و بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع حقوق تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.ص 69 أما القانون القضاء الجزائري فيفتقر لمثل هذه الاحكام مما يستدعي تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية

[2] ينتشر استخدام هذا الشرط في المجالات العلمية و البحثية في الو م أ.ف حينما يرسل الباحث رغبته في نشر مقالة في مجلة ما. تشترط عليه هذه المجلة عدم ارسال هذه المقالة لمجلة أخرى. خوفا من قيام المجلة الأولى بتدقيق الدراسة و العمل عليها. لاتخاذ قرارتها بالنشر من عدمه. و في هذه الحالة ستتكبد هذه المجلة نفقات التدقيق والمراجعة. و بالتالي سيكون من الغير منطقي قيام الناشر بالتعاقد مع مجلة أخرى لنشر بحثه في الوقت الذي تكبدت فيه المجلة الاولى هذه النفقات دون أن تحصل على حق النشر.

[3] والذي قضت فيه محكمة الاستئناف بحق المدعي في التعويض على أساس إخلال المدعي عليه بمبدأ حسن النية في التفاوض من خلال تفاوضه مع جهات أخرى، في الوقت الذي اتفق فيه الطرفان على ميعاد توقيع العقد. و قد تبين من الظروف حتمية التوقيع على العقد. انظر: محمود فياض، المرجع السابق، ص 243.

Cass .Com 26 Nov 2003 bull civ .IV. no 186.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و الحاصل مما سبق إنما يشكله هذا الالتزام من مصادرة لحرية التعاقد، و حرية المنافسة من جعله محصورا في حالات محددة من التفاوض دون غيرها. كما أنّ حسن النية في تكوين العقد قد يقتضي من المستعمل لحقه في التفاوض مع أكثر من طرف بنية التعاقد مع واحد. أن يلتزم الشفافية في تفاوضه، و يفصح عن وجود مثل هذه المفاوضات الموازية.

الفرع الثالث: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

يعتبر هذا الالتزام ذو صلة وثيقة بالالتزام بالإعلام المعزز لحرية التعاقد والمقيد لها ،إذ حيثما وجد الالتزام بالإعلام المتعلق بمعلومات خاصة و حصرية وجب في المقابل الالتزام بالسرية ، كما أنه يعتبر تأكيدا على مدى جدية المفاوضات العقدية،[1] خاصة بالنسبة للعقود الحديثة الخاصة بنقل التكنولوجيا، والعقود ذات التعقيدات الفنية العالية إذ تحتاج فيها المفاوضات إلى كشف أسرار تخص موضوع العقد الجاري التفاوض بشأنه، أو تخص المتعاقد معه (كمركزه المالي و الاقتصادي تعاملاته السابقة) و تتعلق بالعقد.

وتعني السرية عامة حصر المعلومات الغير مخصصة للعامة[2]و المتعلقة بالتعاملات. مهما كان صنفها تقنية أو شخصية، إلكترونية أو تقليدية[3] و يقصد بهذا الالتزام أثناء المفاوضات الصيانة والمحافظة على سرية ما تم تقديمه من معلومات، أو البينات المتعلقة بموضوع العقد المراد ابرامه،[4] و ذلك من خلال عدم إفشائها للغير أو العامة؛ سواءا أثناء المفاوضات أو بعد فشلها، أو استخدامها دون موافقة صاحبها[5] والذي يعتبر مالكا و حائزا لها بحق استئثاري في استعمالها واستغلالها.[6]و أي خرق لهذا الالتزام يوجب التعويض تحت طائلة المسؤولية المدنية.

و إنّ مبادئ "Unidroit " قد نصت صراحة على التزام أطراف التعاقد بالمحافظة عل سرية المعلومات المتلقات خلال مرحلة التفاوض، وعدم استخدام تلك المعلومات عند انتهاء المفاوضات بغض النظر عن التوصل إلى اتفاق أملا في المادة (2.1.16) منها. كما نصت اتفاقية TRIPS"[7]

---

[1]أنظر: رومان منير حداد، المرجع السابق، ص 21.

[2] رومان منير حداد، المرجع السابق، ص22 .

[3]إناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955 .

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 72 البند 55.

[5] بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 73 البند 55. و رومان منير حداد، المرجع السابق،ص 22.

[6] محمد جعفر الخفاجي و ميثاق طالب عبد الحمادي، السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، 2014 ، ص368.

[7] اتفاقية Trips هي Property Right – TRIPS Trade – Related Aspects Of Intelectual اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية وقد دخلت حيز التنفيذ سنة 1995 .وهي من الاتفاقيات الأكثر شمولا في مجال حماية الملكية الفكرية و ذلك لتعدد مواضيعها في هذا الشأن و يمكن الاطلاع عليها من خلال الموقع الإلكتروني لمنظمة التجارة الدولية. http://www.wot.org

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بما يفيد ذلك في مادتها 3/29 لكنه يتعلق بصفة خاصة بحماية الملكية الفكرية و السر التجاري.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فهو لم يتطرق لهذا الالتزام، لكنه يتوفر في مجمله على نصوص توفر الحماية للأسرار المؤتمن عليها بموجب المسؤولية المدنية و الجنائية .[1]

المبحث الثاني: نطاق حرية التعاقد عند التعاقد.

يثير مبدأ حرية التعاقد العديد من النقاط في المرحلة التي ينشأ فيها العقد خاصة بعد ظهور العديد من العقود الحديثة و اتساع نطاق التجارة بعد تطور وسائل الاتصال و سنحاول التطرق لها من خلال هذا المبحث الذي يضم المطلبين التاليين :

المطلب الأول: آثار حرية التعاقد عند التعاقد.

من خلال هذا المطلب سوف نتطرق لما يرتبه مبدأ حرية التعاقد عند ابرام العقد من نتائج تخص هذه المرحلة و سنتناول ذلك فيما يلي

الفرع الأول: حرية التعاقد و عدم التعاقد.

و تعني حرية الفرد في ابرام ما يشاء من العقود و حريته في عدم ابرامها فلا أحد يمكنه إجباره على الدخول في علاقة عقدية و لا أحد يدفعه للخروج منها، فإرادته تتمتع بالحرية الكاملة و القانون يكرس هذه الحرية و يحترمها[2]

أنّ تمجيد هذه الحرية إلى حين ابرام العقد و القول بعدم وجود التزامات قبل اقتران الايجاب بالقبول يجرنا إلى الحديث عن إمكانية العدول عن الايجاب أي الارادة الأولى المكونة للعقد كأصل مادام هذا الايجاب لم يقترن بقبول[3].

كما أنّ حرية التعاقد تضمن لنا رفض التعاقد مع من قدم لنا إيجابه، لذلك فمن وجه له إيجاب تام و جدّي من أجل التعاقد و رفض ذلك الإيجاب لا يكون مسؤولا عن رفضه و هو ما نصت عليه المادة 136 من مشروع القانون المدني المصري تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه..... »[4] و هو الأصل و قد تم حذف هذه المادة لعدم ضرورتها و اعتبارها من المسلمات.

1أنظر :بلحاج العربي،المرجع السابق،ص72 البند55 و 56.

2 المادة 106 من القانون المدني الجزائري

3جاك غستان، ترجمة منصور القاضي و فيصل كلثوم، المطوّل في القانون المدني تكوين العقد، الطبعة 2 ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2008.،ص 304. وشيرزادعزيزسليمان،المرجعالسابق،ص419..وسميرعبدالسميعالأودن،المرجعالسابق،ص 84.

4 أنظر: وزارة العدل المصرية، مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، ص 45 وص46.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: حرية التعبير عن الارادة.

إنّتكوين العقد حسب المادة 59 من القانون المدني الجزائري موقوف على تبادل التعابير الدالة على توافق الإرادتين فقط، دون اشتراط أي شكل معين لهذه الارادة ذلك لأنّ الرضائية هي أصل التعاقد، و تعني حرية التعبير عن الارادة و كفايتها لإبرام العقود، وهي مبدأ أخلاقي يتلاءم و مبدأ حرية التعاقد وضع في صالح المتعاقدين. فلا يشترط على المتعاقد مظهر خاص أو وسيلة خاصة للتعبير عن الإرادة أو نقلها.

انطلاقا من هذا المبدأ فإن التعبير عن الإرادة، إيجابا كان أم قبولا قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، وهو ما كرسته المادة 60 من القانون المدني الجزائري، و قد تستخلص الإرادة من السكوت أيضا، كما هو الحال بالنسبة للقبول فيما يخص السكوت الملابس.

وإنّ التعبير عن الإرادة هو الوسيلة الوحيدة التي تظهر بها الإرادة إلى العالم الخارجي،[1] و من تم يكون لها وجود قانوني و التعبير عن الارادة قد يكون صريحا كما سبق و أن أشرنا و طبقا للفقره الأولى من المادة 60 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه». والتعبير الصريح هو الذي يراد به الإفصاح عن الإرادة مباشرة، ويتم ذلك باتخاذ وسيلة تعمل مباشرة على الكشف عن الإرادة بحسب ما هو متعارف عليه بين الناس، و مثال ذلك اللفظ كأن يتم الإيجاب عن طريق الكلام أو الكتابة والتي قد تكون عرفية أو رسمية، وقد تكون مكتوبة باليد أو بالحاسوب الآلي، موقعة أو غير موقعة.

كما قد يكون التعبير الصريح عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفا كهز الرأس عموديا تعبيرا عن الموافقة و هزه أفقيا التعبير عن الرفض أو باتخاذ موقف يدل دلالة واضحة على إرادة صاحبه كعرض البضائع للبيع.[2]

وطبقا للفقرة 2 من المادة 60 من القانون المدني الجزائري « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا » و التعبير الضمني هو ما يفيد المقصود منه عن طريق الاستنتاج، و تطبقا لمبدأ الرضائية، فإنّ للتعبير الضمني نفس القيمة التي للتعبير الصريح انطلاقا من مبدأ الرضائية لم يحدد القانون الوسائل التي يتم من خلالها نقل الإرادة المكونة للعقد، و عليه جاز نقلها بالوسائل الإلكترونية[3] الحديثة مادامت تلك الوسائل تؤدي الغرض المطلوب منها، كالوسائل التقليدية التي تم استعمالها منذ القدم ومن أهم

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 271.

[2] (د عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ص 41) نقلا عن مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،تيزي وزو، 2012 ، ص64.

[3] مرزوق نور الهدى، المذكرة السابقة، ص 64 65.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الوسائل التقليدية لنقل التعبير عن الإرادة [1] هي الرسول وهو ذلك الشخص الذي يقوم بنقل إرادة المرسل كما لقنها له هذا الأخير دون زيادة أو نقصان.

و عن طريق البريد العادي وذلك بإرسال رسالة إلى عنوان من وجهت إليه الإرادة، أو عن طريق الهاتف و هو ما أشارت له المادة 64 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: حرية تحديد مضمون العقد.

طبقا لمبدأ سلطان الارادة و حرية التعاقد، إنّ للمتعاقدين الحرية المطلقة في تحديد مضمون العقد و أثاره و ذلك بوضع بنوده و اختيار ما يرونه مناسبا من الشروط و ادراجها ضمنه، و بالتالي فإنّ للأطراف المتعاقدة كامل الحرية في تحديد الالتزامات و الحقوق الناشئة عن العقد و مكانتها و مداها ففي عقد الايجار مثلا لإرادة الأطراف الحرية في تحديد مدة العقد و بدل الايجار، و هكذا هو الشأن في باقي العقود .[2]

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية التعاقد عند التعاقد.

إذا كان الاصل هو حرية التعاقد في هذه المرحلة ايضا و التي تؤدي إلى تطابق الايجاب مع القبول خلالها ، إلا أنّ الواقع يثبت ظهور العديد من القيود عليها أيضا سنتطرق لها فيما يلي :

الفرع الاول :القيود الواردة على حرية التعاقد و حرية عدم التعاقد.

قد تؤدي عوامل مختلفة بالمشرع إلى فرض قيود على حرية التعاقد أو عدمها، و إنّ هذه القيود أما أن تؤدي إلى فرض التعاقد و إما ان تؤدي إلى حضر التعاقد من قبل المشرع.

و يكون التعاقد جبريا في الحالات التي لا يملك فيها المتعاقد حرية عدم إجراء العقد، و انما يجبر على ابرام هذا النوع من العقود و التي حددها المشرع[3] و مثالها عقود التأمين الجبرية من المسؤولية عن حوادث السيارات .

و قد يمنع المشرع التعاقد بغض النظر عن توفر توافق الارادتين، في عدة حالات يعود معظمها لمخالفة النظام العام و الآداب العامة، حيث أنه أذا تجاوز المتعقدان الحدود التي رسمها النظام العام و الآداب العامة يكون عقدهما عرضة للبطلان المطلق[4]و فكرة النظام العام و الآداب العامة فكرة نسبية و متطورة لكنها موجود منذ القدم و في مختلف المجتمعات .

---

[1] شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص276 و277.

[2]ماجد حسين ، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه ، مجلة دنيا الوطن تاريخ النشر 2017/2/6
مقال قانوني منشور عبر الموقع الالكتروني:
https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.html ص 3.

[3] نفس المرجع ص 5

[4]المادة 93 و 97 المحل و السبب من القانون المدني الجزائري .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما انه قد يحضر التعاقد بسبب السياسة الاقتصادية لدولة ما، كأن تمنع الدولة التعامل و التجارة في سلعة ما و تستأثرها لذاتها.[1]

و من القيود الواردة على حرية التعاقد أيضا القوة الملزمة للإيجاب، فإذا كان الأصل أنّ للمتعاقد الحرية في العدول عن إيجابه، بما أنه لم يقترن بقبول، فإنّ هذه الحرية ليست مطلقة بل مقيدة بحالات محددة لا يمكن فيها للمتعاقد العدول عن ايجابه حيث جاء في المادة 63 من القانون المدني الجزائري أن الأصل في التعاقد هو جواز العدول عن الايجاب لكن في حالة اقترانه بأجل وجب احترام ذلك الأجل و يكون للإيجاب قوة ملزمة[2]،كما أن المادة 62 /2 تمنح للإيجاب قوة ملزمة في مجلس العقد مالم يبدي الموجب عدوله في مجلس العقد.[3]

و من القيود التي يجب ذكرها بهذا الصدد و الواردة على حرية التعاقد كذلك، القيود الواردة على حرية رفض التعاقد إذ أنه كأصل و كما سبق و أن أشرنا في المطلب السابق يجوز لمن وجه له ايجاب رفضه

لكن في الحالة التي يكون فيها الايجاب نابع عن حث او استدراج من وجه له الايجاب للتعاقد، وجب قبوله و رتب رفضه مسؤوليته و مثاله رفض أصحاب المطاعم و الفنادق و غيرهم التعاقد مع شخص بعينه دون مبرر مشروع .[4]

كما أنه يوجد التزام بالتعاقد و يعد رفض التعاقد غير مشروع ،إذا كانت السلعة أو الخدمة التي ينتجها الفرد أو يقدمها تعد ضرورية بالنسبة للمستهلك ، فهو في هذه الحالة يفقد حرية اختيار من يتعاقد معهم كما في الحالة السابقة و هو ما كرسه القضاء الفرنسي .[5]

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية التعبير عن الارادة .

إلى جانب الرضائية كأصل في العقود متفق مع حرية التعاقد، تظهر الشكلية في التعاقد كقيد واضح و جلي على حرية التعاقد بالنسبة للتعبير عن الارادة.

و تعد الشكلية استثناء عن القاعدة العامة للتعبير عن الإرادة المتمثلة في الرضائية، و الشكلية هي وجوب إفراغ العقد في شكل معين لقيام العقد و إلا أعتبر باطلا بطلانا مطلقا،

---

[1] ماجد حسين ، المرجع السابق ،ص 5 .

[2] والمادة هنا جاءت مطابقة للمادة 93 من القانون المدني المصري، و مثال ظروف الحال و طبيعة المعاملة حالة التعاقد بالمراسلة بين غائبين. و تنص على ذات المعنى المادة 94 من القانون المدني السوري والمادة 41 من القانون المدني الكويتي. نقلا: عن شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 420.

[3] فريدة لبان ،مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر، 2009. ص45 .

[4] و هو ما تنص عليه المادة 181 من قانون الموجبات و العقود اللبناني .التقنين اللبناني يغلب عليه طابع الفقه وينزع إلى إيضاح قواعد القانون بأمثلة تطبيقية، أنظر: المذكرة الاعمال التحضيرية القانون المدني المصري، ج2، المرجع السابق، ص45 .و مثاله الحكم الصادر عن محكمة ستراسبورغ في 1974/6/25 والمتعلق بتأجير غرفة في فندق من قبل سيدة شقراء لتقضي فيها الليلة القادمة مع زوجها، و عند حضورها برفقة زوجها الأسود فوجئت برفض صاحب الفندق تأجير الغرفة، و قد حكمت المحكمة بأن صاحب الفندق يستحق العقوبة المقررة لعدم التأجير بسبب لون الزوج. السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دار الجامعية للطباعة والنشر 2002. ص 43 الهامش1.

[5] أنظر ، ماجد حسين ، المرجع السابق ، ص 5 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و هذا الشكل غالبا ما يكون الكتابة الرسمية و مثاله ما تستوجبه المادة 324 مكرر1من القانون المدني الجزائري في التصرفات الواردة على عقار أذ تنص :« زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. و تودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد.»

الفرع الثالث: القيود الواردة على حرية تحديد مضمون العقد.

يعد تدخل المشرع في تحديد أثار العقد استثناء عن الأصل، الذي يمنح للمتعاقدين حرية تحديد أثار العقد ، و قد يكون تدخل المشرع مباشرا، عن طريق اصداره لمجموعة من النصوص الآمرة التي تحدد آثار العقد، و تحتم على الأطراف المتعاقدة احترامها،[1] و مثال ذلك تنظيم القوانين المدنية للعديد من العقود و تحديد اثارها على وجه الدقة مثل عقد العمل و عقد الايجار .

كما قد يكون تدخل المشرع في تحديد أثار العقد غير مباشر، و ذلك عن طريق تخويله للقاضي صلاحية إلغاء أو تعديل بعض الشروط التعسفية بغية أعادة التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة[2].

و خير مثال على ذلك هو ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري بصدد عقود الإذعان « إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ».

و قد رتب المشرّع الجزائري حماية للطرف الضعيف في العقود الاستهلاك و التي اتسع نطاقها بعد تطور وسائل الاتصال و نطاق حماية القانون للطرف الضعيف فيها، عن طريق منع العمل بهذه الشروط وذلك من خلال المادة 29 و المادة 30 من القانون 02/04 و المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06/ 302 [3] إضافة إلى العديد من وسائل الحماية التي قررها للطرف المذعن بموجب هذا القانون.[4]

---

[1] ماجد حسين ، المرجع السابق : ص 6

[2] نفس المرجع ،ص 6

[3] المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/9/10 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

[4] عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر– بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق، 2013، الفصل الثاني وسائل حماية من الشروط تعسفية ص 63 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

من كل ما سبق يتضح أنّ مبدأ حرية التعاقد كان و لايزال يعتبر هو الأصل في قانون العقود، و لا يمكن الحد من أثر هذا المبدأ أو الاستغناء عنه إذ أنّ له العديد من التطبيقات التي تصون حرية الأطراف المتعاقد و تحمي إرادتهم .

غير أنّ التطورات الحديثة و اتساع نطاق التجارة في العالم بسبب تبني معظم دول العالم لسياسة الاقتصاد الحر ، عكس ظلاله على التنظيم القانوني للعقود مما أدى إلى تنظيم الفترة السابقة للتعاقد و إخضاعها لمبدأ حسن النية الذي استحدثته معظم القوانين الأوروبية في آخر تعديلاتها حيث نص عليه القانون المدني الإيطالي في المادة 1337 منه و القانون المدني الألماني في المادتين 241 و 311 و القانون المدني الفرنسي في المادة 1104 في آخر تعديل له، و ذلك بعد أن نادى به الفقه القانوني في هذه الدول و تضمنته العديد من الاجتهادات القضائية كذلك، و الذي أدى إلى الحد من تطبيقات مبدأ حرية التعاقد ، فبقي مبدأ حرية التعاقد كالأصل و اعتبرت القيود الواردة عليه بمثابة استثناء منه.

كما أنه و برغم من مرافقة مبدأ حرية التعاقد للإرادة المنشأة للعقد إلى حين إبرامه و اعتمادها كأصل غير أنها تبقى مقيدة و هو ما أوضحناه من خلال حدود حرية التعاقد و الشكلية في العقود و القيود الواردة على تحديد أثار العقد.

وكل هذا يبين لنا أنه بالرغم من وجود قيود على مبدأ حرية التعاقد و التي تجعلها نسبية و ليست مطلقة، غير أنّ هذه القيود لا تبطل مفعول مبدأ حرية التعاقد ولا تلغيه بل تحد من سلبياته و تجعله متماشيا مع التطور القانوني الحاصل في مجال العقود و المترتب عن ازدهار التجارة في ظل الاقتصاد الحر.

ومن كل هذا يتضح نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود و المتمثل في بقاء مبدأ حرية التعاقد كأصل في قانون العقود و انحصاره بموجب قيود محددة كاستثناء على ذلك.

قائمة المراجع:

<u>الكتب:</u>

1. وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، 2012.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق العدد 2، تصدر عن كلية الحقوق جامعة البحرين. 2004.
3. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في ابرام العقود، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المجلد الاول، الطبعة الثالثة ، نهضة مصر، مصر 2011 .
5. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2006،
6. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، 2010 .
7. خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008 .
8. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 .
9. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الدار الجامعية للطباعة و النشر و التوزيع ، الاسكندرية، 2007.
10. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكينة المعلوماتية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
11. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، 1995.
12. بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
13. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث،2006 .
14. سمير عبد السميع الأودن ،خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، الطبعة 1، منشأة المعارف، 2005،
15. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2000.
16. جاك غستان ، ترجمة منصور القاضي و فيصل كلثوم ، المطوّل في القانون المدني تكوين العقد ، *الطبعة 2 ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، 2008.*
17. وزارة العدل المصرية، القانون المدني مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء 2 ، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر
18. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دار الجامعية للطباعة و النشر 2002.

المقالات:

1. أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد أهميتها و أحكامها، المجلة العلمية لكلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد 16 العدد 3، أذار 2014. منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي: www.mlawnahrain.org

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة ،مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 3، 2013، منشور عبر الموقع الإلكتروني www.uobabylon.ed

3. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، أفريل 2013، ص 239. عبر الموقع الإلكتروني bibliotdroit.blogspot.com:

4. ماجد حسين، المفهوم القانوني لمبدأ سلطان الإرادة و القيود الواردة عليه ، مجلة دنيا الوطن تاريخ النشر 2017/2/6 مقال قانوني منشور عبر الموقع الالكتروني : https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/428361.html

5. محمد جعفر الخفاجي وميثاق طالب عبد الحمادي، السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، مجلة المحقق الحليل لعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني 2014

الرسائل العلمية:

- ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009 .
- بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013.
- رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية و القانونية في جامعة آل البيت، الأردن، نوقشت في 2000/06/13.
- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع حقوق تخصص قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.
- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2012.
- فريدة لبان، مبدأ حسن النية في الانعقاد، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر، 2009
- عنتر يبوزار شهناز ، التعسف في العقود رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق، 2013.

الاتفاقيات الدولية:

1. مبادئ الانيدروا منشورة عبر الموقع الالكتروني التاليwww.unidroit.org 2018/10/20.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2. اتفاقيةTripsهي Trade – Related Property Right – TRIPS Aspects Of Intelectual اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية و قد دخلت حيز التنفيذ سنة 1995 . و يمكن الاطلاع عليها من خلال الموقع الإلكتروني لمنظمة التجارة الدولية. http://www.wot.org

المراجع باللغة الاجنبية :

- Vincent Karim . la règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du code civil du Québec . les cahiers de droit .vol 41. N 3 .septembre2000. Disponible sur site électronique : http://id.erudit.org/iderudit/04361ar
- Brigitte Lefebvre . la bonne foi dans la formation du contrat . McGill Law journal ; 1992. sur site électronique : lawjournal.mcgill.ca
- Matthias E storme . la bonne foi dans la formation des contrat en droit néerlandais .rapport présente à l'association capitans à l'occasion de ses journées louisianaises .1992 .disponible sur site électronique : https//lirias.kuleuven.be.
- Pascal Ancel . les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois .article dans une conférence en droit civil de l'université Montréal .2010 . disponible sur site électronique : https://ssl.editionsthemis.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com