مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

«الجديد» في أحكام المرحلة السابقة على التعاقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث «دراسة نقدية تأصيلية مقارنة».

الأستاذ الدكتور/ محمد عرفان الخطيب

أستاذ القانون المدني - قسم القانون

كلية أحمد بن محمد العسكرية - دولة قطر

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

إصدار خاص

ذو القعدة ١٤٤٣هـ - يونيو ٢٠٢٢م

«الجديد» في أحكام المرحلة السابقة على التعاقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث

«دراسة نقدية تأصيلية مقارنة»

الأستاذ الدكتور/محمد عرفان الخطيب
أستاذ القانون المدني – قسم القانون
كلية أحمد بن محمد العسكرية – دولة قطر

ملخص:

يقدم البحث محاولة أكاديمية تأصيلية تسعى لتبيان أهم التحولات التي شهدتها نظرية العقد في الشق المتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء أحكام القانون المدني الجديد، وفق دراسة قانونية تحليلية تأصيلية مقارنة لهذا القانون مع النصوص الحاكمة لنظرية العقد في ظل أحكام القانون المدني السابق ومشروع القانون المهيئ له. عبر تحليل وشرح نصوص القانون المدني الجديد المتعلقة بهذه المرحلة، بالتوازي مع نصوص مشروع القانون المؤسس لها من جهة، ونصوص القانون المدني السابق من جهة ثانية. كل ذلك وفق الخطة الفلسفية التي تبناها المشرع المدني الفرنسي الجديد في معالجة هذه المرحلة ما بين فكرتي الإخلال بالتزام قانوني أو عقدي.

وقد بَيَّنَ البحث، كيف استطاع القانون المدني الجديد معالجة الكثير من النقاط التي كانت تعتري العملية التعاقدية في التشريع المدني السابق، لاسيما في شقها المتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد، والتي غالباً ما كانت موضع انتقاد حاد من رجال الفقه الفرنسي والأوروبي، بحيث أضحت مختلف مراحل العقد مقننة في النص القانوني الجديد دونما إقصاء أو استبعاد لأي من هذه المراحل، ما أمكن من القول بأنَّ القانون المدني الجديد بنصه الحالي، استطاع أنْ يقدم لنظرية عقدية متكاملة لحد كبير، تلافت الكثير من الانتقادات التي كانت هذه المرحلة تواجهها في التشريع المدني السابق، وصولاً إلى بنية عقدية مكتملة الأركان إلى حد ما، معترفةً بالمرحلة السابقة على التعاقد، باعتبارها من مكونات العملية التفاوضية والعقدية المفضية لعقد قانوني أكثر وضوحاً وأمناً.

المقدمة:

مقارنةً بموقف **القانون المدني السابق** من مرحلة ما قبل التعاقد، يدرك المطّلع على نصوص **القانون المدني الجديد** المعدل **بموجب قانون إصلاح نظام العقود** ١٣١-٢٠١٦ تاريخ ٢٠١٦/٠٢/١٠[١]، ومن قبله **نصوص مشروع القانون** المعدل له، **والمتعارف**

(١) L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO. 11 févr. 2016. «Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016», ratifiée par la Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. JO n° 0093 du 21 avril 2018. Loi de ratification de la réforme des contrats. Defrénois 26 avril 2018, n° 136c4, p. 5. Rédaction Lextenso. Pour plus d›informations voir : T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général. Revue des contrats, 2018, n° 7, p. 4. T. Andrieu, et M-Ch. Dreux, La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées. Gazette du Palais, 30 avril 2018, n° 322a0, p. 13. Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : projet de loi adopté au Sénat. Gazette du Palais, 28 nov. 2017, n° 307v1, p. 50. Rédaction Lextenso. Ph. Stoffel-Munck, Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens. Revue des contrats, 2018, n° 1, p. 52. M. Mekki, Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations. Gazette du Palais, 24 oct. 2017, n° 305y0, p. 11. M. Latina, Application de la réforme du droit des contrats dans le temps : vers la convergence des droits. Gazette du Palais, 10 oct. 2017, n° 304x6, p. 13. Loi de ratification de la réforme des contrats. Defrénois 26 avril 2018, n° 136c4, p. 5. Loi de ratification de la réforme des contrats. Defrénois flash 30 avril 2018, n° 145d5, p. 1. D. Mazeaud, Le nouveau droit des obligations : observations conclusives. Revue des contrats, 2018, n° 0, p. 65. Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018. Revue des contrats, Hors-serie, 2018, n° 7, p. 3. Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016 à jour de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Ed. Dalloz. 2016. P. Sirinelli et L. de Carvalho, Réforme du contrat d'édition, Commentaire de l'ordonnance du 12 novembre 2014. D, 2015, p. 498. J. Monéger, Le droit des contrats nouveau est arrivé. Loyers et Copropr, Le droit des contrats nouveau est arrivé, n° 4, Avril 2015, repère 4.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: «الثابت والمتغير»، «قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم ١٣١-٢٠١٦ تاريخ ٢٠١٦/٠٢/١٠». الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، على التوالي: العدد (٢١)، ٢٠١٨، ص. ٢٣٩-٣٠١. العدد (٢٢)، ٢٠١٨، ص. ٣٥٥-٤١٧. أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات. أبحاث المؤتمر السنوي الرابع. كلية القانون الكويتية العالمية ٢٠١٧، ملحق خاص. الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص. ٢٨٥-٣٣٩. يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام. أبحاث المؤتمر السنوي الرابع. كلية القانون الكويتية العالمية ٢٠١٧، ملحق خاص. الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص. ٤٤٧-٤٨١. يأتي هذا القانون ثمرةً لقانون تحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجال العدالة والشؤون الداخلية رقم: ٢٠١٥-١٧٧ تاريخ ٢٠١٥/٠٢/١٦ والذي تضمن بدوره إجراء العديد من =

عليه بمشروع قانون(Terré)[٢]، ناهيك عن مشاريع القوانين السابقة عليه، وتحديداً **مشروع (Chancellerie)**[٣] **ومشروع (Catala)**[٤]، الخطوة المتقدمة التي خطاها **المشرع الفرنسي** ضمن هذه الفرضية[٥]، والتي يمكن تقسيمها في جانبين رئيسين: الأول يتصل بالتبني التشريعي لهذه المرحلة، من حيث إدراجها بمختلف مسمياتها ضمن المراحل المعتبرة

= التعديلات على المنظومة التشريعية الفرنسية ككل وزعت ضمن سبع وعشرين مادة تناولت تسعة عناوين رئيسة تناولت العديد من الأنظمة والتشريعات القانونية في التشريع الفرنسي بشكل عام، سواء المرتبطة بالشق المدني (المواد ١–٤) أو الإجرائي (المواد ٥–٧) أو الجنائي (المادة ٨) أو الإداري (المواد ١١–١٤) وغيرها. غير أنَّ ما يهمنا في نطاق البحث هو العنوان الأول من هذا القانون والمتضمن لمجموعة من الإجراءات الهادفة إلى تبسيط وتوضيح العديد من القواعد القانونية المرتبطة بالقانون المدني والتي تناولتها المواد (١–٤) منه، وتحديداً المادة الثامنة منها التي تناولت تعديل القواعد القانونية المتعلقة بالعقود وأشباه العقود ونظام الإثبات والذي عرف في الفقه الفرنسي بمشروع القانون المسمى: «Terré»، والذي كرست أحكامه حديثاً بالقانون رقم ٢٠١٦-١٣١ تاريخ ٢٠١٦/٠٢/١٠ الخاص بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات». علماً بأنه ولأغراض هذا البحث سيتم التدليل على هذا القانون باستخدام مصطلح: «قانون إصلاح نظام العقود» أو «القانون المدني المعدل» «القانون الجديد»، أو مرادفاتهما باللغة العربية حسب الحال، وباللغة الفرنسية مصطلح: "CC. Modifié" ou Code Civil Modifié, 10 févr. 2016, n° 2016-131. Ord.

(٢) Trois ouvrages sont parus sous la direction de F. Terré : Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008 ; Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011; Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, 2013. Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. JO n° 40 du 17 février 2015. Consulté le site d'internet : http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf.

علماً بأنه سيتم التدليل على مشروع القانون من خلال استخدام مصطلح: «مشروع القانون» ومرادفاتها باللغة العربية، ومصطلح: "Terré", projet de loi portant réforme du droit des contrats. للغة الفرنسية.

(٣) Ph. Malinvaud, Le "contenu certain" du contrat dans l'Avant-projet Chancellerie de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes, D, 2008, Point de vue, 2551. Note de présentation du projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats. Document publié sur le site d'internet : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf

(٤) Rapport sur l›avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil), P. Catala (dir.), La documentation française, 2005.

(٥) Pour plus d›informations à propos de tous ces efforts voir : J-L. Halpérin, 'Deux cents ans de rayonnement du code civil des Français ?', Les Cahiers de droit, 46.1-2 2005, p. 229. A. Ghozi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie, D, 2008, chron. p. 2609. D. Mazeaud, Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet, D, 2008, chron. p. 2675. D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, D, 2009, chron., p. 308. P. Catala, Au-delà du bicentenaire. Le code civil français et le dialogue des cultures juridiques. Colloque de Beyrouth des 3, 4 et 5 mai 2004, ed. Bruylant, 2008. Pp. 373-383.

قانوناً لإنجاز وصحة العملية التعاقدية، والثاني يتعلق بحسم الموقف التشريعي تجاهها، من حيث توضيح الموقف القانوني تجاه الإشكاليات التي كانت تبرزها، إمّا لجهة تكييفها أو طبيعة المسؤولية القانونية الواجبة التطبيق حيالها(٦). حيث وضع المشرع الفرنسي حداً لمرحلة طويلة من الانتقادات التي طالت نظرية العقد في شقها المتعلق بهذه المراحل، إن لجهة النقص أو لجهة الغموض(٧)، لاسيما في ضوء الدور التكميلي الذي لعبته المؤسسة القضائية

(٦) حيث تم تبويبها ضمن الفصل الثاني من الباب الفرعي الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني الجديد المعنون بـ: «انعقاد العقد»، ضمن مجموعة من القواعد القانونية من المادة (١١١٢-١١٢٧-٦)، والتي وزعت على أربعة أقسام فرعية هي: المفاوضات (١١١٢-١١١٢-٢)، والإيجاب والقبول (١١١٣-١١٢٢)؛ وشرط بالتفضيل مع الوعد من جانب واحد (١١٢٣-١١٢٤)، وأخيراً القواعد الخاصة بالعقود المنعقدة بالوسائط الإلكترونية (١١٢٥-١١٢٧-٦). علماً بأنَّ هذ القسم الفرعي الأخير سيبقى خارج إطار الدراسة، كونه لا يتضمن تعديلاً بقدر ما ينطوي على إعادة تبويب لهذا القسم في موضع جديد يتناسب مع التعديل القانوني لهذا القانون، مما اقتضى التنويه.

(٧) من غير الخافي أنَّ القانون المدني السابق لم يكن يعير المرحلة السابقة على التعاقد من الناحية النصية أية أهمية، ما اعتبر واحدة من العيوب الرئيسة التي كانت تواجه نظرية العقد في التشريع الفرنسي، وتضعه في موقف تناظري محرج مع القوانين المقارنة، حيث كانت تنطلق فكرة العقد عنده من لحظة انعقاد العقد، لا إنشائه، ليبحث في صحة الرضا ووجوده بعد اكتمال انعقاد العقد لا قبل ذلك، ولينظر في آثاره على فسخ العقد أكثر من انعقاده، والفرق بين الأمرين بَيّنْ. هذا التجاهل التام لواحدة من أهم المراحل التحضيرية لولادة العقد ونعني بذلك مرحلة المفاوضات التعاقدية، بما فيها مفهوما الإيجاب والقبول، كما الاشتراطات ما قبل التعاقدية ونعي بذلك مفهومي الوعد والتفضيل، جعل نظرية العقد في التشريع الفرنسي مبتورةً بالنسبة للكثيرين من رجال الفقه المقارن، وغامضة للعديد من رجال الفقه بما فيهم الفرنسيون، بحيث لا يمكن الدخول في متاهات هذه النظرية دون الاستعانة بقنديلٍ من الفقه والاجتهاد القضائي، ما جعل بعض الكتب التي تتناول القراءة التفسيرية للاجتهاد القضائي للنص القانوني مصادر مرجعية لا غنى عنها في فهم النص القانوني، لاسيما تلك التي تتناول القرارات الهامة في الاجتهاد القضائي والتي توضح الواقع التفسيري للمحاكم للنص القانوني السابق ومدى الدور التكميلي الذي لعبته المؤسسة القضائية في إكمال النص التشريعي.

O. Deshayes, La formation des contrats, Revue des contrats. 01 avril 2016. n° Hors-série. Pp. 21-29. M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (II). Petites affiches. 2016. n° 47. p. 7. B. Haftel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation. Gazette du Palais. 2015. n° 120. Ph. Stoffel-Munck, Ph. Malaurie et L. Aynès, Doit des obligations, LGDJ, 2015, p. 1087. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénedé, les grands arrêts de la jurisprudence civile II. "Obligations, contrats spéciaux, sûretés", éd Dalloz, 13ème éd, 2015. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénedé, les grands arrêts de la jurisprudence civile I. "Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions", Dalloz, 13ème éd, 2015. J. Klein, Le consentement - Arts. 1128 à 1143. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. p. 14. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, La formation du contrat, I., Le contrat, le consentement, LGDJ, 4e éd., 2013, nos 549 et s., p. 409 et s.

طيلة الفترة الماضية، رغبة منها في تلافي العيوب التي اعترت هذه النظرية، ما جعل النظام القانوني الفرنسي المدني المؤطر لهذه النظرية نظاماً هجيناً، نصوصه العامة مقننة وقواعده التفسيرية اجتهادية(٨)، وزاد من تعقيد هذه المرحلة الشديدة الأهمية من حياة العقد.

من هنا تأتي فكرة هذه الورقة البحثية التي تحاول تسليط الضوء على أهم التحولات التي شهدتها نظرية العقد في الشق المتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء أحكام **القانون المدني الجديد**(٩)، وفق دراسة قانونية تحليلية تأصيلية مقارنة لهذا **القانون**

(٨) إنَّ الطبيعة التقنينية للقانون المدني الفرنسي التي تغنى بها الكثير من رجالات القانون الفرنسي جعلت هذا القانون في موقف حرج، لاسيما حينما يتعرض رجال القانون المقارن لقواعد القانون المدني الفرنسي ويجدون فيه الكثير من الفجوات التشريعية التي لم يقم التشريع الفرنسي السابق بتنظيمها، في الوقت ذاته التي نظمت من قبل الاجتهاد القضائي الذي تنامى دوره المصدري منذ حقبة الثمانينات من القرن الماضي، مما حمل الجميع على التشكيك في صدقية المنظومة القانونية للعقود في التشريع الفرنسي بمجملها، بوصفها نظرية غير مقننة وغير مكتملة، لا سيما بالنسبة للقواعد القانونية المتعلقة بالمراحل التمهيدية للعقد، ومراحل تنظيم العقد، والعديد من القواعد القانونية المتعلقة بتنفيذ وإنهاء العقد، والنظريات التي تعترض عملية تنفيذ العقد لا سيما المرتبطة بالظروف الطارئة وقواعد التعويض وعدم التنفيذ وغيرها من المواضيع التي لم يتطرق لها بالتقنين القانون المدني السابق، ونظمت في مشروع القانون ومن ثم أدرجت في نصوص قانون إصلاح نظام العقود. راجع، Voir : H. Battifol, La crise du contrat et sa portée, Arch. ph. dr, Tome. XIII, 1968, p. 13. Ph. Rémy, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in Le droit contemporain des contrats, Paris, Economica, 1987, p. 271s. J-L Halpérin, Histoire du droit privé français depuis 1804, éd. PUF. 2012, p. 62s. J. Ghestin, A-S, Barthez, P. Grosser, G. Loiseau, N. Sauphanor-Brouillaud, Y-M, Serinet et G. Virassamy, Le Droit des contrats, chronique couvre la période du 1er février au 31 mai 2015. JCP. G, n° 27, 6 Juillet 2015, doctr. 808. G. Notté, Du droit à l'oubli au temps perdu... Cahiers de droit de l'entreprise, n° 4, Juillet 2015, éditorial 4.

(٩) تجدر الإشارة إلى أنَّ التعديل الجديد تناول أحكام الباب الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني، حيث تم تعديل عنوانه ليصبح: «مصادر الالتزام»، بدلاً من: «الاتفاقيات والالتزامات الاتفاقية عموماً»، ويتم تضمينه مختلف المواد القانونية التي كانت مدرجة في الباب الرابع المعنون: «الالتزامات الناشئة بغير اتفاق»، والباب الرابع مكرر المعنون: «المسؤولية الناجمة عن المنتجات المضرة»، بحيث تصبح جميعها مضمنة في الباب الثالث الجديد من الكتاب الثالث من القانون المدني المعدل المعنون: «مصادر الالتزام»، وفق ما سبق بيانه. وسيتم تقسيمه بدوره إلى ثلاثة أبواب فرعية هي العقد، والمسؤولية غير التعاقدية، والمصادر الأخرى للالتزام، كما ستتم إحالة العديد من الأبواب والأقسام القانونية التي كانت في هذا الباب لتوضع في تبويب آخر من هذا القانون، كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية المتعلقة بالمسؤولية غير التعاقدية التي ستبقى دون تعديل، ولكن ستتم إعادة وضعها في الجزء الواقع بين العقود وأشباه العقود والنظام العام للالتزامات.
(Arts. 1240 à 1245-17). "CC. Modifié". op, cit. (Arts. 1382 à 1386-18). Ancien Code civil. (Ancien CC).

مع النصوص الحاكمة لنظرية العقد في ظل أحكام **القانون المدني السابق**[١٠] **ومشروع القانون المهيئ له**[١١]، رغبةً في الوقوف على مدى إمكانية القول بنجاح واضعي **القانون المدني الجديد** بهذا النهج الجديد، ومدى صوابية نصوصه في سد مختلف الثغرات التشريعية التي تعتري هذه المرحلة في **التشريع المدني الفرنسي**، عبر **تحليل وشرح** نصوص **القانون المدني الجديد** المتعلقة بهذه المرحلة، بالتوازي مع نصوص **مشروع القانون** المؤسس لها من جهة ونصوص **القانون المدني السابق** من جهة ثانية، أملاً في توضيح واقع ومنعكسات هذه التجربة الفرنسية الحديثة لرجال القانون والفقه العرب، سعياً للفت نظرهم لهذه التحولات ومدى إمكانية الحاجة لمراجعة الأسس والقواعد التي تقوم عليها هذه المرحلة في دولهم بما يستجيب مع موقف المشرع الفرنسي الحديث حيال هذه النظرية.

ولما كانت المعالجة القانونية لهذه المرحلة، قد تباينت في **القانون المدني الجديد**، ما بين فكرتي الإخلال بالتزام قانوني من جهة، والتزام تعاقدي من جهة أخرى، معتبراً مرحلتي المفاوضات والإيجاب والقبول خارجة عن إطار العقد، ومدخلاً مبدأي الوعد بالتفضيل والوعد من جانب واحد ضمن مشتملات العقد[١٢]، فسنعمد في منهجية البحث تحليل طبيعة **الموقف القانوني الجديد** من كل مرحلة من هذه المراحل لاستبيان الموقف التشريعي الجديد حيال كلٍ منها.

(١٠) يجدر التنويه إلى أنَّ البعد المقارن للبحث إنَّما يتناول الدراسة المقارنة للواقع التشريعي لنظرية العقد في القانون المدني السابق وفي التعديل المقترح بموجب قانون إصلاح نظام العقود، إضافة لتلك التي تمت صياغتها في مشروع القانون، بما يفيد الوصول إلى فهم أعمق وأدق لهذه النظرية في كينونتها وفلسفتها. وعلى ذلك يخرج عن نطاق المنهج المقارن للبحث التقديم لدراسة قانونية مقارنة بين التشريع الفرنسي من جهة، والتشريعات الغربية أو العربية المناظرة من جهة أخرى، مما اقتضى التنويه.

(١١) "Terré", projet de loi. op, cit.

(١٢) وإنْ كانت الأفكار الأربعة لا تخرج عن كونها البوابات الرئيسة للدخول في نظرية العقد.

المطلب الأول

المرحلة السابقة على التعاقد والإخلال بالتزام قانوني

ضمن هذه الفرضية بَيَّنَ **القانون المدني الجديد** القواعد العامة التي تحكم المفاوضات بوصفها مرحلة نقاشية قد تفضي لطرح إيجاب ربما وافقه قبول أو عارضه رفض، ينقل طرفيه في الأولى لإطار العقد، ويبقي كليهما في عالم القانون في الثانية، الأمر الذي يوجب التعرض للقواعد القانونية التي كانت حاكمة لهذه المرحلة في ظل **القانون المدني السابق**، قبل تبيان التوجهات الحديثة **التي أرساها القانون المدني الجديد**(١٣).

أولاً – الإطار القانوني:

في الإطار القانوني الخاص بهذه المرحلة ميز **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، بين القواعد القانونية العامة التي تحكم العملية التفاوضية في أي عقد، ونظيرتها الخاصة المرتبطة بالإيجاب المعلق على القبول، حيث تناول القانون المدني الجديد العملية التفاوضية من خلال ثلاث مواد، كرس من خلالها جملة من المبادئ القانونية التي تحكم هذه المرحلة(١٤)، في حين إنَّ **مشروع القانون** قد تناول هذه العملية التفاوضية من خلال مادتين فقط(١٥)، وإن كانت نصوص كُلٍّ من **القانون والمشروع** تتفق على اعتبارها مرحلة سابقة على العملية التعاقدية وخارجةً عن محددتها، بدءاً

(١٣) Pour plus d›informations voir, La négociation peut-elle tout ? Gazette du Palais, n° hors-serie 2.18 mai 2018, n° 322d6, p. 4. O. Deshayes, Le dol dans la formation du contrat chasse toutes clauses limitatives d'indemnisation. Revue des contrats, 2017, n° 2, p. 20. S. Gorrias, Le défi : la confiance dans les relations d'affaires. Gazette du Palais, 12 juin 2017, n° 296w0, p. 82. V. Guillaudier, Vente du lot de copropriété Action en garantie des vices cachés. Defrénois 14 déc. 2017, n° 129g2, p. 25. É. Colas, Le notaire, l'avant-contrat et la préemption. Petites affiches,13 mars 2017, n° 5, p. 10. B. Fages, La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018, Hors-serie, Revue des contrats, 2018, n° 1, p. 15. C. Ballot, L'intention, élément survalorisé de la réticence dolosive ? Petites affiches, 1 févr. 2018, n° 2, p. 6. D. Houtcieff, Le vendeur n'est de bon conseil que s'il s'informe. Gazette du Palais, 10 avril 2018, n° 320a3, p. 24.

(١٤) "CC. Modifié". op, cit. Arts. (1112 à 1112-2).

(١٥) "Terré", projet de loi. op, cit. Arts. (1111 à 1112).

من الطرح مروراً بالمداولات وصولاً إلى الإنهاء[١٦]، بما فيها الالتزام بالإعلام المسبق في التعاقد[١٧]، وحتى لما بعد مرحلة الالتزام ما قبل التعاقدي لجهة إساءة استعمال هذه المعلومات لأهداف تخالف الغايات التي وضعت لأجلها[١٨].

أما بالنسبة لموضوع الإيجاب والقبول فقد تناولهما **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، في القسم الفرعي الثاني من خلال عشر مواد في **القانون المدني الجديد**[١٩] وإحدى عشرة مادة في **مشروع القانون**[٢٠]، تحدثا من خلالها عن مفهومي الإيجاب والقبول، حيث حددا مشتملات الأول لاسيما لجهة تحديد مضامينه الرئيسة، فيما عرَّفا الثاني بكونه التعبير عن الإرادة المطابق لمضمون الإيجاب، معتبرين أنَّ السكوت لا ينشأ قبولاً إلا في حال النص عليه بموجب القانون أو بموجب العرف أو وجود تعامل سابق أو لظروف خاصة. كما بَيَّنَا أهمية توافق الإيجاب مع القبول باعتباره من أهم العناصر المكونة لانعقاد العقد الذي لا ينعقد إلا في حال وصول القبول إلى موجه الإيجاب، وفي المكان الذي وصل إليه القبول. وأكدا على قدرة موجه الإيجاب بالرجوع عنه ما لم يصل إلى علم الموجه إليه الإيجاب، وإلا فإنَّ موجه الإيجاب يكون ملزماً به للفترة التي

(١٦) "L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu". Art. (1112). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1111). "Terré", projet de loi. op, cit.

(١٧) "Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant". Art. (1112-1). "CC. Modifié". op, cit.

محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: «الثابت والمتغير»، الجزء الأول [الاعتبار الشخصي] سبقت الإشارة، ص. ٢٦٦ وما بعد. يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام. سبقت الإشارة، ص. ٤٦٢ وما بعد.

(١٨) "Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun". Art. (1112-2). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1112). "Terré", projet de loi. op, cit.

(١٩) Arts. (1113 à 1122). "CC. Modifié". op, cit. N. Leblond, L'offre et l'acceptation entrent dans le Code civil. L'essentiel Droit des contrats, 2016. n° 3.

(٢٠) Arts. (1113 à 1123). "Terré", projet de loi. op, cit. N. Molfessis, La formation du contrat - Arts. 1111 à 1129. op, cit.

حددها هو لذلك أو لفترة معقولة، وفي حال عدم الالتزام يلتزم بالتعويض وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية، دون أنْ يتضمن ذلك التعويض عن الخسارة المتحققة نتيجة عدم تنفيذ العقد المأمول. كما أوضحا أنَّ الإيجاب يسقط بانتهاء المدة المحددة له أو بوفاة أو فقدان أهلية مُصدره، وبأن الشروط العامة للتعاقد التي تطرح بعد توجيه الإيجاب لا تلزم الطرف الآخر بعد العلم والقبول بها، وفي حال عدم الاتفاق تعتبر هذه الشروط غير ذات أثر. كذلك أكدا أنَّه في حال قضى القانون أو العقد بمنح رخصة للتفكير قبل إعلان القبول أو بمنحه إمكانية الرجوع عن القبول بعد إعلانه خلال فترة محددة، فإنَّ متلقي العرض لا يعتبر ملزماً بمضمونه إلا بعد انتهاء هذه الفترة في الحالة الأولى، ويملك كامل الحق بالرجوع غير المسبب في الحالة الثانية.

ثانياً – التوجهات الحديثة:

حرص **القانون المدني الجديد**، ومن قبله حرص واضعو مشروع القانون، على توضيح العديد من المواقف القانونية المتعلقة بهذه المرحلة لاسيما لجهة تكييفها القانوني وتحديد طبيعتها القانونية ومحدداتها والآثار المترتبة على ذلك، ناهيك عن تدعيم مفهوم الحماية القانونية المقررة حيالها. وذلك سعياً **منهما** لتلافي مختلف السلبيات التي كانت تعتري موقف المشرع الفرنسي في **القانون المدني السابق**، الذي لم يكن يشير إلى إطار قانوني واضح ومحدد لمختلف هذه المواقف.

١– تكريس دلالة الالتزام القانوني لا التعاقدي:

بوضوح شديد أكد **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، أنَّ مختلف المراحل المتعلقة بالمفاوضات التمهيدية لا تمت بصلة إلى محددات العملية التعاقدية، ولا تندرج تحت مفهوم العقد، وإنما تحكمها القواعد العامة للمسؤولية بوصفها العام، حيث قضى بأنَّ أي خطأ يرتكب في معرض هذه المفاوضات لا يشمل التعويض عنه المزايا المتوقعة من العقد غير المبرم، وبالتالي تبقى هذه المرحلة خارج إطار العملية التعاقدية[٢١]. بالرغم من ذلك، فقد كان **مشروع القانون** أكثر وضوحاً حول هذه الفرضية من

(٢١) "En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu". Art. (1112 al 2). "CC. Modifié". op, cit.

حيث التأكيد بأن الاستمرارية أو الإنهاء الخاطئ لهذه المفاوضات يلزم المسؤول عنه بالتعويض في حدود المسؤولية غير التعاقدية «التقصيرية»[٢٢].

وعلى ذلك فإنَّ هذه المرحلة، من حيث المبدأ لا تنشئ التزاماً بالتعاقد يوجب التعويض وإنما التزاماً باستمرارية هذه المفاوضات بحسن نية مع حق أي من الطرفين بالإنهاء، والتعويض في حال ارتكاب الخطأ[٢٣] أو الاستمرارية بسوء نية أو الإنهاء الخاطئ[٢٤]. وعلى ذلك فإنَّ إنهاء هذه المفاوضات بطريقة غير خاطئة وضمن احترام النص القانوني لا يوجب التعويض بحال من الأحوال، وكأن **القانون المدني الجديد** ومن

(٢٢) "La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle …". Art. (1111 al 2). "Terré", projet de loi. op, cit..

من الجدير ذكره أن مصطلح المسؤولية التقصيرية «La responsabilité délictuelle»، لم يعد ضمن مفردات القانون المدني الفرنسي الحديث، الذي استعاض عنه بمصطلح: «المسؤولية غير التعاقدية» «La responsabilité extracontractuelle». علماً بأن هذا الهجر المصطلحي، ليس الأول، بل سبقته محاولات فقهية عديدة حثت المشرع الفرنسي على هجر هذا الربط لنظرية المسؤولية المدنية مع البعد التقصيري القائم على مفهوم الجريمة وشبه الجريمة، لمفهوم العقد وخارج العقد. الأمر الذي تبناه المشرع الفرنسي في مشاريع قوانين سابقة على التعديل الحالي للقانون موضوع الدراسة، لاسيما في تعديل نظرية التقادم في العام ٢٠٠٨. ومما لا شك فيه أن هذا التعديل، وهذا الهجر لمصطلح المسؤولية التقصيرية لمصطلح المسؤولية غير التعاقدية، مع تفريع نظرية المسؤولية المدنية الحديثة في القانون المدني بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية غير التعاقدية، ببعديه الإرادي وغير الإرادي، إنما ينسجم بشكل كبير مع الإطار الفلسفي لنظرية الالتزام القائمة على البعد الإرادي للالتزام «التصرف القانوني» والبعد اللاإرادي له «الواقعة القانونية»، الأمر الذي كرسه المشرع في تعديل القانون لعام ٢٠١٦، حينما ميز في مصادر الالتزام بين الإرادي وغير الإرادي. هذا التميز بين مفهومي المسؤولية التعاقدية وغير التعاقدية، تم إعادة التأكيد عليه في مشروع قانون تعديل المسؤولية المدنية لعام ٢٠١٧. راجع في ذلك،

Projet de réforme de la responsabilité civile Mars 2017. L'ordonnance, n° 2016-131, 10 févr. 2016, op, cit. "CC. Modifié", Arts. (1100 à 1100-2). LOI n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. JORF n° 0141. 18 juin 2008 p. 9856. "CC. Modifié", Arts. (2219 à 2278). Le projet de réforme de la responsabilité civile est une œuvre collective portée par la Chancellerie. Propos recueillis par C. Kleitz, interviewé J-J. Urvoas, Ministre de la Justice. Gazette du Palais, 2017, n° 11, p. 10. A. Bénabent et Th. Revet, Mazeaud, D. et autres, La réforme du droit des contrats : quelles innovations, Revue des contrats, 2016, n° hors-série, p. 3s. Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle LexisNexis, 2016, 4e éd., n° 1s.

(٢٣) Art. (1112 al 2). CC. Modifié". op, cit.

(٢٤) "La conduite ou la rupture fautive de ces négociations oblige son auteur à réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle …". Art. (1111 al 2). "Terré", projet de loi. op, cit..

قبله **مشروع القانون**، قد وضع حداً زجاجياً بين مفهومي التفاوض والعقد، كثيراً ما حاول بعض الفقه والاجتهاد القضائي تجاوزه(٢٥)، في الوقت ذاته الذي أتى منسجماً مع التوجه العام الغالب للاجتهاد القضائي والفقهي حيال هذه القضية(٢٦). فالعملية التفاوضية هي عملية سابقة على التعاقد بامتياز ولا يمكن لها بحال أنْ تعتبر جزءاً من العملية التعاقدية، وإنْ كان يمكن أنْ تتداخل معها، إلا أنَّ هذا التداخل لا يمكن له أنْ يمنحها الصفة التعاقدية كما هو الحال بالنسبة لبعض العقود الخاصة، لاسيما ذات الطابع الاجتماعي؛ لاختلاف الفلسفة القانونية لكليهما(٢٧)، وإنما يبقيها محصورة ضمن الصفة العامة للمسؤولية التي تحكمها قواعد المسؤولية غير التعاقدية.

وبناءً على ذلك، ورغبة في زيادة الإيضاح، أعاد **القانون المدني الجديد** التشديد بأنَّ التعويض الذي يمكن المطالبة به في حال ارتكاب الخطأ أثناء هذه المفاوضات لا يمكن أنْ يشمل الخسارة المفتقدة والربح المأمول من عملية إبرام العقد الذي لم ينعقد(٢٨)، وهذا موقف قانوني صحيح، وينسجم مع حكم الفقرة السابقة من هذه المادة والتي تقضي بأن تكون مختلف مراحل هذه العملية التفاوضية مشمولة بقاعدة حسن النية(٢٩).

---

(٢٥) Par ex., Cass. com, 7 janv. 1997, n° 94-18.953, inedit : D, 1998, jurispr. p. 45, note p. Chauvel. Cass. 3e civ, 7 janv. 2009, n° 07-20.783 : JurisData n° 2009-046461 ; Bull. civ. 2009, III, n° 5 ; RDC 2009, p. 480, obs. Y.-M. Laithier. Cass. 3e civ, 3 juin 2009, n° 08-16.813, inedit.

(٢٦) Cass. 2e civ, 7 juill. 2011, n° 10-23.064, inedit. Cass. com, 23 mars 2010, n° 09-12.455, inedit. Cass. com., 7 avr. 1998, n° 95-20.361. Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-14.617, inedit: JCP G 2011, 481, Y. Dagorne-Labbe. - aj. Cass. com, 13 oct. 2009, n° 08-16.634 : JurisData n° 2009-049929.

(٢٧) P. Chauvel, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Droit et Patrimoine, nov. 1996. p. 36s. B. Lassale, Les pourparlers, Rev. de la recherche juridique, 1994. p. 825s. J. Ghestin, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers, JCP G., 2007, I, n° 21-22, p. 155.

(٢٨) " … la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu". Art. (1112 al 2). CC. Modifié". op, cit. Art. (1111 al 3)."Terré", projet de loi. op, cit. Notons que cette l'alinéa reprend la jurisprudence Manoukian et ses suites. Voir, Cass. com, 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00-10.949 : D, 2004, p. 869, note A.-S. Dupre-Dallemagne ; JCP E 2004, 738, note Ph. Stoffel-Munck. Cass. 3e civ, 28 juin 2006, n° 04-20.040 : JurisData n° 2006-034261 ; Bull.civ. 2006, III, n° 164. Cass. 3e civ, 7 janv. 2009, n° 07-20.783 : JurisData n° 2009-046461 ; Bull. civ. 2009, III, n° 5 ; RDC 2009/2, p. 480, note Y.-M. Laithier. Cass. com., 1er mars 2011, n° 10-12.268, inedit : Juris Data n° 2011-002690.

(٢٩) "L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi". Art. (1112). CC. Modifié". op, cit.

الأمرذاته بالنسبة لقضية الإيجاب والقبول[٣٠]، حيث أسس القانون المدني الجديد فكرة المسؤولية القانونية في حال عدم التزام موجه الإيجاب بمضمون الإيجاب خلال المدة التي حددها القانون في إطار قواعد المسؤولية غير التعاقدية، من حيث التأكيد بأنَّ سحب الإيجاب[٣١] دون احترام المدة المقررة أو قبل مرور مدة معقولة تتيح للموجه إليه الإيجاب التعبير عن موقفه[٣٢]، إنَّما تلزم موجه الإيجاب بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية غير التعاقدية بما يتوافق مع القواعد العامة، دون أنْ يشمل التعويض الأرباح الضائعة نتيجة عدم إبرام العقد[٣٣]. معتبراً أنَّ الإيجاب يعتبر ساقطاً بنهاية المدة المقررة

(٣٠) يشار إلى أنَّ قانون إصلاح نظام العقود عرَّف القبول بشكل واضح ومحدد، بكونه التعبير عن إرادة مصدره بالالتزام وفق منطوق العرض. بينما لجأ في تعريفه للإيجاب إلى تعريف يعتمد على المحددات أكثر منه على المفهوم، بالقول بإنَّ الإيجاب الموجه لشخص معين أو غير معين يشتمل على العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه، ويعبر عن إرادة مصدره بالالتزام في حال الموافقة. بخلاف ذلك فهو لا يعدو أن يكون دعوة للدخول في المفاوضات، علماً بأنه غابت عن دلالات الإيجاب سمتا: «البات» و«الجدي» في مفهوم طرح العرض، وهي دلالات نعتقد أنَّه كان حريًا بقانون إصلاح نظام العقود الإبقاء عليها.

"L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre …. L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle". Art. (1118 al. 1 et 3). "L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation". Art. (1114). "CC. Modifié". op, cit.

(٣١) Arts. (1115-1116). "CC. Modifié". op, cit.

(٣٢) Art. (1116) "CC. Modifié". op, cit.

نعتقد أنَّه كان حريًا بقانون إصلاح نظام العقود تحديد المقصود بمفهوم المدة المحددة صراحة التي يجب أنْ يلتزم بها موجه الإيجاب، بحيث يبين أنَّ المقصود بها إمّا المدة الاتفاقية أو القانونية، لاسيما أنَّه عرج على هذه المدة في مواد قانونية لاحقة منه، وكان الأولى ذكرها مع حيثية المادة ذاتها التي ذكرتها للمرة الأولى.

(٣٣) "Elle «L'offre» ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat". Art. (1116). "CC. Modifié". op, cit..

صراحةً أو ضمناً[٣٤].

ويشار هنا إلى أن مشروع القانون كان قد ميز بين مفهومي: الرجوع عن الإيجاب «rétractation» وسحب الإيجاب: «révocation»[٣٥]، حيث أشارت المادة ١١١٥ لحق موجه الإيجاب بالرجوع عنه طالما أنَّه لم يصل لعلم الموجه إليه، في حين أنَّ المادة التالية ١١١٦ حظرت على موجه الإيجاب سحب الإيجاب قبيل انتهاء المدة المقررة أو مرور مدة معقولة[٣٦]؛ الأمر الذي أشكل على بعض فقهاء القانون المدني منوهين إلى أنَّه كان بإمكان المشرع استعمال مصطلح قانوني واحد هو سحب الإيجاب في كلا المصطلحين بالنسبة للبعض والرجوع عنه بالنسبة للبعض الآخر، الأمر الذي لا نتفق معه، ونرى فيه بعداً عن صوابية موقف **مشروع القانون**؛ ذلك أنَّ كل مادة

(٣٤) " L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur". Art. (1117). "CC. Modifié". op, cit.

يلاحظ كذلك أنَّ قانون إصلاح نظام العقود شأنه شأن مشروع القانون، قد قضى بسقوط الإيجاب في حال وفاة موجه الإيجاب أو فقدانه الأهلية، بذات الوقت الذي لم يشر إلى مصير الإيجاب في حال وفاة من وجه إليه الإيجاب، مما يفيد بواقع الحال ببقاء الإيجاب قائماً، ومما سيطرح السؤال حول مصير هذا الإيجاب وإلى من سيؤول من بين الورثة، إذا ما تم القبول بذلك، والحقيقة كنا نأمل من قانون إصلاح نظام العقود أنْ يكون أكثر وضوحاً في ذلك، ويقضي بسقوط الإيجاب في الفرضيتين، لاسيما أنَّ الاجتهاد القضائي الفرنسي يميل لذلك.
Cass. 3ème civ, 9 nov. 1983, Bull. civ. III, n° 222 ; 10 décembre 1997, Bull. civ. II, n° 223 ; Cass. 1re civ, 25 juin 2014, n° 13-16529, FS-PBI, D, Panorama, 2015, p. 529, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; R.D.C., 2015, p. 33, note R. Libchaber ; D, 2014, p. 1574, note A. Tadros ; R.D.C., 2014 n° 4, p. 601 et s, note Y.-M. Laithier ; RTD. Civ, 2014, p. 877 et s, obs. H. Barbier, JCP (N), mars 2015, à paraître, obs. M. Mekki. Contra, Cass. 3ème civ, 10 mai 1989, RTD. Civ, 1990, p. 69, obs. J. Mestre.

(٣٥) Y-M. Laithier, L›effet rétroactif de la révocation d›un commun accord du contrat à exécution instantanée. Revue des contrats, 2018, n° 8, p. 16. M. Mignard, La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ? Revue des contrats, 2018, n° 2, p. 322. Art. (1115). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1115). "Terré", projet de loi. op, cit..Voir, B. Hafltel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, in Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire, op, cit. M. Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus. op, cit. p. 4.

(٣٦) Arts. (1115 et 1116). "Terré", projet de loi. op, cit. M. Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus. Document publié sur le site d'internet : http://www.mekki.fr/files/sites.

من هاتين المادتين إنَّما تناقش فرضية مختلفة عن الأخرى، وإنْ كانت الفرضيتان ذات طابع تكميلي، كلٌ منها للأخرى، فالمادة الأولى إنَّما تناقش حال الإيجاب غير الملزم الذي لَمَّا يصل لعلم من وجه إليه الإيجاب، وبالتالي لم ينشئ أي واجب بالإلزام على عاتق من وجه الإيجاب، حيث يبقى محصوراً في إطار إرادته المنفردة لا غير، وبالتالي فله مطلق الحرية في الرجوع. أمّا الفرضية الثانية فإنما تتناول حال وصول الإيجاب لعلم المتعاقد، مما يمنحه مركزاً قانونياً تجاه من وجه الإيجاب، ويمكنه من المطالبة باحترام هذا الإيجاب المدة المحددة أو بالحد الأدنى المدة المعقولة، وبالتالي هو يناقش حالة الإيجاب الملزم الذي ينطوي على ثنائية الإرادة بين من وجه الإيجاب ومتلقي الإيجاب، وبالتالي فهو حالة قانونية أعلى من مجرد توجيه الإيجاب وأدنى من انعقاد العقد، لكنها حالة توجب الاحترام والتقييد أكثر من الحالة السابقة، وعلى ذلك فلا يكون من حق من وجه الإيجاب الرجوع عنه وإنما عليه سحبه، بما يفيد تقييده باحترام المدة المقررة أو المدة المعقولة حسب الحال. ونعتقد أنَّه كان حرياً **بالقانون المدني الجديد** المحافظة على هذه الخصوصية في التكييف القانوني لكلا التصرفين، وتوضيح هذه الحيثية بشكل أدق من حيث الذكر في المادة ١١١٦ من **مشروع القانون** أنَّه في حال وصول الإيجاب لعلم الطرف الآخر فإنه يكون لموجه الإيجاب الحق في سحبه بعد احترام الاشتراطات التي ذكرت في هذه المادة.

وبعيداً عن التحليل السابق، فمما لا شك فيه أنَّ **القانون المدني الجديد**، بالرغم من تكييفه اللفظي لهذه المسؤولية بـ: «المسؤولية غير التعاقدية»، إلا أنَّه أوجد نمطاً هجيناً لقواعد هذه المسؤولية قائمة على فلسفة المسؤولية غير التعاقدية لجهة السبب، وفلسفة المسؤولية التعاقدية لجهة التعويض، بحيث لا يشمل التعويض عن الأرباح الضائعة نتيجة عدم إبرام العقد، وبالتالي وكأن **القانون المدني الجديد** أقرَّ قيداً فعلياً لمفهوم التعويض في هذه الحال، بحيث إنَّه لا يمكن أنْ يكون بأي حال من الأحوال التعويض العيني، وبذلك أغلق الباب على المنادين بنظرية التعويض بطريق التنفيذ في نطاق العقد، كما أغلق التعويض بمقابل القائم على جبر الضرر المترتب على فوات الفرصة في إبرام العقد، بحيث إنَّ التعويض لا يمكن له أنْ يشمل بحال من الأحوال سوى فكرة الضرر بشقه المتعلق بما لحق الشخص الموجه له الإيجاب من ضرر وليس ما فاته من كسب[٣٧].

(٣٧) من غير الخافي أنَّ نظرية الضرر تقوم على التعويض عما لحق المدين من خسارة وما فاته من كسب، وفق مفهوم

ولعل ذلك وراء تعديل الوصف القانوني لهذه المسؤولية في نص **القانون المدني الجديد** عنه في نص **مشروع القانون**، حيث كيَّفها في نص **المشروع** باعتبارها تندرج تحت مفهوم المسؤولية غير التعاقدية[٣٨] بشكل صرف، مما أبرز اللغط في التكييف القانوني الخاص بها لدى الفقه القانوني الدارس لهذه المسؤولية. في حين إنَّ نص **القانون المدني الجديد** قد لطف من التوصيف القانوني لها معتبراً إياها تخضع لقواعد المسؤولية غير التعاقدية وفق القواعد العامة للمسؤولية[٣٩]، مما جعل الموقف القانوني من هذه المسؤولية منسجماً مع التوجه القضائي السائد الذي لا يزال يحجم في الكثير من أحكامه عن منح توصيف قانوني صرف للمسؤولية التي يسائل من خلالها أحد طرفي العملية التفاوضية في حال ثبت خطؤه، بحيث إنَّ المحاكم قلما تشير صراحة بالنص إلى أنَّ المسؤولية التي تنطبق هي المسؤولية غير التعاقدية، وذلك لعدم قدرتها على تطبيق مجمل أحكامها، وإنما تدرجها تحت مفهوم ودلالة القواعد العامة للمسؤولية[٤٠].

أخيراً، ثمة سؤال لم يجب عنه أي من مشروع القانون أو القانون المدني الجديد، لاسيما في حال قبول من وجه إليه الإيجاب قبل انتهاء المدة المحددة وبعد رجوع موجه الإيجاب عن إيجابه، سواء خلال الفترة المحددة صراحة أم تلك التي يفترض بها أنْ تكون معقولة، ألا يفترض في هذه الفرضية أنْ تكون حقيقةً أمام حالة تعاقدية فيها نكول عن إبرام العقد وليس التفاوض، مما يوجب خضوع الطرف الناكل في هذه الفرضية لقواعد المسؤولية التعاقدية لا غير التعاقدية[٤١]! توجه يخالف واقع الاجتهاد القضائي الذي

الضرر المتوقع في المسؤولية التعاقدية، والضرر المتوقع وغير المتوقع في المسؤولية غير التعاقدية. هذه المحددات لنظرية الضرر في إطار المراحل السابقة على التعاقد، لا يمكن تطبيقها على إطلاقها مما يجعل من القول بإنَّ قواعد المسؤولية غير التعاقدية هي الواجبة التطبيق كلاماً مبتوراً في جانب منه.

(٣٨) "La révocation de l'offre, en violation de l'obligation de maintien prévue à l'article 1116, n'engage que la responsabilité extracontractuelle de son auteur, sans l'obliger à compenser la perte des bénéfices attendus du contrat". Art. (1117). "Terré", projet de loi. op, cit.

(٣٩) "Elle «L'offre» engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat". Art. (1116 al. 2). "CC. Modifié". op, cit..

(٤٠) Cass. civ. 3e 16 juin 2011, n° 09-72.679, Panorama de droit des contrats, S. Amrani-Mekki et M. Mekki, D. 2012, p. 461. Cass. com. 26 novembre 2003, n° 00-10243, JCP E 2004, II, p. 738, note Ph. Stoffe-Munck, RTD, civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages. J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français. Revue internationale de droit comparé. Vol. 42, n° 2, 1990. Pp. 545-566. Spé, p. 547s, 555s.

(٤١) N. Molfessis, La formation du contrat - Arts. 1111 à 1129. op, cit. p. 6. B. Hafltel, La conclusion

لا زال يخضعه لأحكام «المسؤولية غير التعاقدية»(٤٢)!

٢- تثبيت نظرية تسلم القبول كمحدد «أدنى» لانعقاد العقد:

أقرَّ **القانون المدني الجديد**(٤٣) ومن قبله مشروع القانون(٤٤) وبصريح النص أنَّ الإيجاب يعد متطابقاً مع القبول لحظة تسلم القبول معتبراً ذلك محدداً للحظة انعقاد العقد، متبنياً بذلك نظرية تسلم القبول التي غالباً ما أيدها الاجتهاد القضائي الفرنسي(٤٥)، وواضعاً بذلك حداً لنظرية تصدير القبول(٤٦)، كما نظرية العلم بالقبول(٤٧) التي كان الاجتهاد القضائي يسير في ركبها في بعض الحالات، والتي كانت تعكس حالات التردد في الموقف القضائي حيال هذا الأمر.

لكن هل يعني تبني نظرية تسلم القبول هجراً مطلقاً لنظرية العلم بالقبول؟ في الحقيقة

---

du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, in Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire, Gazette du Palais, éd. Spécialisée, 29 et 30 avril 2015, p. 8s, spéc. 22. M. Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus. op, cit. p. 5.

(٤٢) Cass. 3ème civ, 7 mai 2008, n° 07-11690, Bull. civ. III, n° 79. Cass. 1re civ, 28 novembre 2012, n° 11-20674.

(٤٣) "Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue". Art. (1121). "CC. Modifié". op, cit.

(٤٤) "Le contrat est parfait dès que l›acceptation parvient à l›offrant. Il est réputé conclu au lieu où l›acceptation est parvenue. Art. (1122)."Terré", projet de loi. op, cit.

(٤٥) Cass. 3ème civ, 17 septembre 2014, Bull., n° 13-21824. Cass. 3ème civ, 16 juin 2011, Bull. n° 103, Cass. com. 7 janvier 1981, Bull. n° 14. F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts jur. civ. 12e éd., Dalloz, 2007, no 144.

(٤٦) Théorie de l'émission, Cass. com., 7 janvier 1981, Bull. civ. 1981, IV, n° 14. Cass. 3ème civ, 17 septembre 2014, n° 13-21824 ; RTD. Civ, 2014, p. 879 et s, obs. H. Barbier, JCP. N, mars 2015, à paraître, obs. J. Payet.

(٤٧) Cass. 3ème civ, 16 juin 2011, Bull. civ. III, n° 103 : la formation du contrat était subordonnée à la connaissance de l'acceptation de l'offre par le pollicitant. Arrêt de portée limitée car il est vrai qu'il s'agissait d'une disposition spéciale qui applique formellement la théorie de la réception (art. L. 412-8 C. rur).

يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام. سبقت الإشارة، ص. ٤٦٢ وما بعد.

إنَّ الإجابة بالنسبة لنا هي أقربُ إلى النفي منها إلى الجزم، فالتسلم بالمطلق هو دلالة العلم، وحينما يتحقق العلم بالقبول، ولو دون التسلم المادي للقبول فإنَّ المنطق القانوني يقضي بانعقاد العقد، لاسيما أنَّ **القانون المدني الجديد** ومن قبله **مشروع القانون** أقرا بصريح النص أنَّ تكوين العقد يستلزم تلاقي الإيجاب مع القبول بنية الالتزام، بالتالي العبرة بالعلم وليس بكيفية العلم، علماً بأنَّ التسلم يفيد العلم بالقبول وليس بمضمون القبول، في حين إنَّ العلم بالقبول أو بمضمون القبول قد لا يفيد بالضرورة تسلم القبول(٤٨)؛ لذلك نعتقد أنَّ اعتماد هذه النظرية بذاتها لتحديد موعد انعقاد العقد كمعيار وحيد أمر فيه نظر، وإنما يجب أنْ يعتد بها في مختلف الأنظمة القانونية، بما فيها الفرنسي، كنظرية تكميلية تمثل الحد الأدنى من مفهوم القبول بدلالة العلم، في حال عدم القدرة على إثبات تاريخ آخر لتحديد زمان انعقاد العقد، فالعقد ينعقد منذ لحظة تطابق الإيجاب مع القبول، والذي في حال عدم وجود دليل إثبات آخر يمكن اعتباره منعقداً بتاريخ تسلم القبول. وعلى ذلك، إذا تعارضت نظرية العلم بالقبول مع نظرية تسلم القبول فالأولى تطبيق نظرية العلم بالقبول، وبالتالي يجوز تجاوز محددات هذه النظرية طالما أنها تنطوي على مصلحة طرفي العقد سوية، وبما يفيد احترام قاعدة حسن النية في التعاملات التعاقدية وغير التعاقدية. وعلى ذلك نرى أنَّ هذا التوجه التشريعي الجديد المقر في **القانون المدني الجديد** لا يمكن له بأي حال من الأحوال إلغاء التوجه القضائي الصحيح في تكريس انعقاد العقد بالاستناد لنظرية العلم بالقبول ولو دون تسلم القبول، الذي سيغدو ضمن هذه الفرضية شرطًا شكلياً أكثر منه معياراً موضوعياً لتحديد زمن انعقاد العقد، لاسيما أنَّ العلم هو مرحلة متقدمة على غاية التسلم التي هي العلم، وليس التسلم الذي هو الإجراء.

(٤٨) هذه النظرية تبناها قانون إصلاح نظام العقود في تحديد زمن العلم بالإيجاب، بمنحه الحق لموجه الإيجاب بالعدول أو الرجوع عنه أو سحبه، ما لم يكن ملزماً بمهلة محددة أو مهلة معقولة أمام القابل، طالما لَمَّا يصل إلى علم القابل، دون أنْ يحدد بوضوح ما المقصود بالعلم، بحيث إنَّ بعض الفقه مال لاعتباره محكوماً بذات النظرية التي تحكم زمن انعقاد العقد، من حيث نظرية تسلم القبول، موقف لا نتفق معه، لاسيما أنَّ العبرة بالعلم وليس بكيفية العلم، كما ثمة سؤال يطرح حول المركز القانوني للقابل في حال علمه بالإيجاب قبل تسلمه رسمياً، لكن بعد رجوع موجه الإيجاب عن إيجابه!؟

Art. (1115). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1115). "Terré", projet de loi. op, cit. Voir, B. Hafltel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, in Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire, op, cit. M. Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus. op, cit. p. 4.

٣- إقرار مبدأ القبول المشدد:

رغبة منه في زيادة الأمان التفاوضي، فقد أقرَّ **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون** أفضلية تفاوضية للقابل في مواجهة موجه الإيجاب، من حيث منحه الحق بمهل قانونية أو اتفاقية جديدة تتضمن مرحلتي الشروع بإعلان القبول والرجوع عنه، في إطار ما يمكن تسميته بمهلتي «التفكير» و«الرجوع»(٤٩). من حيث التأكيد في **الفرضية الأولى** أنَّه إذا أقرَّ القانون أو الاتفاق مهلة للتفكير لصالح المستهدف بالإيجاب «القابل» قبل إعلان القبول، فإنَّ هذا الأخير لا يعتبر ملزماً فعلاً بالعقد المزمع إبرامه قبل انتهاء هذه المهلة(٥٠). والتأكيد في **الفرضية الثانية** بأنَّ من حق من وجه إليه الإيجاب بالرجوع عن موافقته على التعاقد في حال منحه القانون أو الاتفاق مهلة لذلك، طالما أنَّ هذه الأخيرة لم تنتهِ(٥١).

ومما لا شك فيه أنَّ مهلة التفكير الممنوحة هنا، تختلف عن المدة القانونية أو الاتفاقية أو المعقولة التي يجب على موجه الإيجاب أنْ يلتزم بها في مواجهة من وجه إليه الإيجاب،

(٤٩) "La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement". Art. (1122). "CC. Modifié". op, cit.

والحقيقة نعتقد بأن التبويب القانوني لهاتين المهلتين كان موفقاً أكثر في مشروع القانون منه في نص قانون إصلاح نظام العقود؛ حيث ميز مشروع القانون بين هاتين المهلتين بوضوح وجلاء أكثر منه في نص قانون إصلاح نظام العقود إن لجهة الصياغة القانونية أو لجهة إخلاء المسؤولية القانونية؛ حيث أكد مشروع القانون قدرة القابل على سحب قبوله خلال هذه المهلة دون أنْ يكون مسؤولاً عن هذا التصرف، ودون أنْ يكون ملزماً بإبداء الأسباب وراء هذا الموقف.

"Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l›offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l›expiration de ce délai. Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l›offre de rétracter son consentement au contrat jusqu›à l›expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir". Art. (1123). "Terré", projet de loi. op, cit.

(٥٠) نعتقد أنَّ هذه القاعدة تنطبق حتى في حال أعلن القابل عن موافقته على العقد قبل انتهاء المدة، بحيث يبقى من حقه الرجوع طالما أنَّ المدة لم تنقضِ، وبالتالي –من وجهة نظرنا– هو لا يعتبر ملزماً فعلياً إلا بانتهاء المدة المقترنة بالقبول، وفقدان أي منهما يلغي القبول من أي التزام قانوني، وهذا الحق مختلف عن مثيله المتعلق بالحق في الفرضية الثانية المرتبط بسحب الإيجاب، لسبب رئيس أنَّ ممارسة الحق في سحب القبول لا يمكن أنْ يتصور إلا بعد دخوله حيز التنفيذ بانتهاء مهلة التفكير.

(٥١) Art. (1122). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1123). "Terré", projet de loi. op, cit.

وبالتالي يصبح من حق القابل في بعض الحالات التمتع بمهلتين، الأولى تتعلق بالتزام موجه الإيجاب بالالتزام بمضمون إيجابه خلال فترة زمنية محددة، والثانية تتعلق بحق القابل في التفكير خلال فترة زمنية معينة، الأولى والمتعلقة بموجه الإيجاب ذات طبيعة قانونية لازمة، مستقرة ومفترضة في حال سكوت النص أو الاتفاق. بحيث إنَّ موجه الإيجاب حتى في حال عدم وجود مهلة قانونية أو اتفاقية لالتزامه بالإيجاب أمام من وجه إليه الإيجاب، إلا أنَّه يبقى ملتزماً أمام من وجه إليه الإيجاب خلال مدة قانونية معقولة وفقاً لما ذهب إليه **القانون المدني الجديد**(٥٢). بينما المهلة الثانية هي مهلة غير مستقرة وغير مفترضة، فلا يمكن أنْ تكون إلا بالنص القانوني أو الاتفاقي.

كذلك، من الملاحظ أنَّ **القانون المدني الجديد** قد استخدم عبارة «الرجوع» عن القبول وليس «سحب» القبول، وهي ذات العبارة القانونية التي كان قد استخدمها **مشروع القانون** في معرض الحديث عن تقييد حق من وجه الإيجاب بالرجوع إيجابه في حال وصوله بالعلم إلى من وجه إليه الإيجاب، مما يبين أنَّ هذه المهلة إنَّما تتعلق بقدرة القابل على الرجوع قبوله الواصل لعلم من وجه الإيجاب قبيل انتهاء المهلة المتاحة له للرجوع عنه، دون أنْ يكون مسؤولاً عن هذا التصرف ودون أنْ يكون ملزماً بإبداء الأسباب وراء هذا الموقف، لذلك نعتقد أنه كان حرياً على المشرع الفرنسي الإبقاء على التمايز في الأثر القانوني بين الرجوع عن الإيجاب «rétractation» وسحب الإيجاب: «révocation»، وفق ما بينه مشروع القانون وتجاهله نص **القانون المدني الجديد**، ووفق ما سبق بيانه(٥٣).

(٥٢) Art. (1116). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1116). "Terré", projet de loi. op, cit.

(٥٣) راجع، الفقرة المعنونة: «تكريس دلالة الالتزام القانوني لا التعاقدي». من الفرع الأول من المبحث الأول من هذا البحث.

Y-M. Laithier, L›effet rétroactif de la révocation d›un commun accord du contrat à exécution instantanée., op, cit. p. 16. M. Mignard, La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ? op, cit., p. 322.

Art. (1115). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1115). "Terré", projet de loi. op, cit..Voir, B. Hafltel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, in Critiques constructives du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : parfaire sans défaire, op, cit. M. Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus. op, cit. p. 4.

ومن غير الخافي الطبيعة الحمائية لهذا التوجه التشريعي للقابل في مواجهة موجه الإيجاب، فهذا التوجه الحمائي الجديد ما هو إلا ترجمة فعلية لمفهوم الحماية القانونية في بعض العقود لا سيما عقود الاستهلاك من حيث الحق بالتبصر والحق بالعدول، ولكن تم نقلها للمرحلة ما قبل التعاقدية، حيث إنَّ هاتين الفكرتين كانتا متأصلتين في **القانون المدني السابق** لمرحلة ما بعد انعقاد العقد(٥٤)، وليس خلال مرحلة الإيجاب والقبول وهنا الجديد في **التوجه التشريعي الحديث**، مما فهمه البعض على أنَّه إخلال بالتكافؤ التفاوضي بين الطرفين(٥٥)، الأمر الذي لا نتفق معه، لاسيما أنَّ هذه المهل هي ذات طبيعة اتفاقية ما لم ينص القانون بصريح النص عليها.

(٥٤) B. Berlioz-Houin et G. Berlioz, Le droit des contrats face à l›évolution économique, Etudes R. Houin, 1985, 3. G. Cornu, La protection du consommateur et l›exécution du contrat en droit français, in La protection des consommateurs, Trav. Ass. H. Capitant, t. XXIV, D, 1975, 131.

(٥٥) B. Hafte, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. op, cit. N. Balat, Réforme du droit des contrats : et les confits entre droit commun et droit spécial ? D, 2015, p. 699. M. Roussille La réforme du droit des obligations et tous ses dangers... Revue de Droit bancaire et financier, Mai 2015 - n° 3.

المطلب الثاني

المرحلة السابقة على التعاقد والإخلال بالالتزام التعاقدي

في هذا الإطار تبرز فرضيات عدة كرسها الاجتهاد القضائي والتعامل القانوني بين أطراف العقد المحتمل(٥٦)، إلا أنَّ **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، لم يتبنَ ضمن نصوصه سوى فرضيتين رئيسيتين هما: الوعد بالتفضيل(٥٧) والوعد من جانب واحد(٥٨)، بَيَّنَ

(٥٦) راجع في ذلك، مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة، ٢٠١١، ص ١٩٩ وما بعد. محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦، ص. ١٩٦ وما بعد.

(٥٧) عرَّف قانون إصلاح نظام العقود الوعد بالتفضيل بكونه: العقد الذي يلتزم من خلاله أحد الأطراف «الواعد» بأنْ يعرض أولاً على «شخص المستفيد» رغبته في حال قرر التعاقد مستقبلاً. مؤكداً أنَّه في حال انتُهك هذا الشرط فمن حق المستفيد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به. وإذا كان الغير يعلم بوجود هذا الشرط، فإنَّ المستفيد يمكنه أنْ يطالب عن طريق القضاء ببطلان هذا العقد أو أنْ يطالب القاضي بالحلول محل الغير في العقد المبرم. كما يمكن للغير العالم بوجود مثل هذا الشرط الحصول على تأكيد الموافقة الكتابية من قبل المستفيد خلال مدة معقولة، على أنْ تكون الكتابة صريحة، وبخلاف ذلك يعتبر الرد ضمنياً، وحينها المستفيد لا يمكنه أنْ يطالب بالحلول محل الغير في العقد المبرم، كما لا يمكنه المطالبة ببطلان العقد.
"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. 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. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat". Art. (1123). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1125)."Terré", projet de loi. op, cit.

(٥٨) عرَّف قانون إصلاح نظام العقود الوعد من جانب واحد بأنه: العقد الذي من خلاله يمنح أحد الأطراف «الواعد» للطرف الآخر «المستفيد» الحق خلال فترة زمنية معينة فرصة إبرام عقد حددت فيه العناصر الأساسية، بحيث إنَّه لا يستلزم لانعقاد العقد سوى رضا المستفيد. مؤكداً بأنَّ الرجوع من الواعد عن وعده خلال الفترة المحددة للمستفيد للتعبير عن إرادته لا يمنع من إبرام العقد الموعود به، ومعتبراً أنَّ العقد المبرم مع الغير العالم بوجود هذا الوعد هو عقد باطل.
"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. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul". Art. (1124). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1124). "Terré", projet de loi. op, cit.

من خلالهما العديد من المواقف القانونية التي أجابت عن الكثير من التساؤلات حولهما، والتي يمكن تناولهما في إطارين أحدهما يتصف بالعموم والثاني يتسم بالخصوص(٥٩).

أولاً – في الإطار العام:

ضمن هذا الإطار يمكن الإشارة إلى نقطتين رئيسيتين: الأولى تتعلق بتعميم مبدأ الوعد بالتعاقد والانتقال به من الخاص إلى العام، في حين إنَّ الثانية تتعلق بتأكيد الطبيعة التعاقدية لهذه المرحلة من حياة العقد.

١– تعميم فكرة الوعد، والانتقال من الخاص إلى العام:

مما لا شك فيه أنَّ تبني القانون المدني الجديد ومن قبله **مشروع القانون**، لفرضيتي الوعد بالتفضيل والوعد من جانب واحد ضمن الأحكام العامة لنظرية العقد، إنَّما هو رغبة في الانتقال بهذين المفهومين من الإطار الخاص إلى الإطار العام. **فالقانون المدني السابق** كان يعالج هاتين الفرضيتين باعتبارهما من القواعد القانونية الخاصة ببعض العقود الناقلة للملكية لاسيما في إطار عقد البيع(٦٠)، غير أنَّه وبموجب **القانون المدني الجديد** أصبح بالإمكان تصور حدوثها في مختلف أشكال العقود المدنية والتجارية والعمالية، طالما تم احترام قواعدهما الخاصة، سواء فيما يتعلق بالوعد بالتفضيل أو الوعد من جانب واحد؛ الأمر الذي يعد تكريساً لدخول قواعد العقود الخاصة، لاسيما تلك المرتبطة بعقد البيع، على النظام العام لنظرية العقود، وبذلك يكون **القانون المدني الجديد** قد تبنى

(٥٩) Pour plus d›informations voir, J. Antippas, L›engagement unilatéral dans les limbes du droit civil. Revue des contrats, 2018, n° 6, p. 272. J. Heinich, Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant. Revue des contrats, 2018, n° 4, p. 521. Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant. Revue des contrats, 2018, n° 115h3, p. 502. Ph. Chauviré, Promesse unilatérale de vente : réitération ou rétractation de la jurisprudence Consorts Cruz ? Revue des contrats, 2017, n° 114s0, p. 40. G. Bonnet, et Ch. Vernières, Promesses de vente et régimes matrimoniaux. Defrénois 15 avril 2017, n° 126f8, p. 47. C. Grimaldi, La fixation du prix. Revue des contrats, 2017, n° 4, p. 558. J-F. Hamelin, La renonciation à la condition après la loi de ratification du 20 avril 2018 Defrénois 6 sept. 2018, n° 139c5, p. 19. V. Forti, La discordance entre les conditions générales invoquées par les deux parties (observations comparatives sous l'article 1119, alinéa 2, du Code civil). Revue des contrats, 2017, n° 3, p. 552.

(٦٠) "La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix … ". Art. 1589. (Ancien CC).

التطبيقات العديدة التي تبناها الاجتهاد القضائي في هاتين الفرضيتين بالنسبة لبعض الأنواع من العقود، وعمم تطبيقهما على مختلف العقود دون استثناء، ليصبح مبدأً عاماً ينطبق على مختلف العقود، باختلاف مسمياتها.

٢- الطبيعة التعاقدية والحسم التشريعي:

بدءاً من التعريف يمكن أنْ نلحظ الحسم التشريعي الذي تبناه **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، للتكييف القانوني لهذين التصرفين القانونيين. فإنْ كان **المشرع المدني السابق** غالباً ما أحجم عن حسم الصفة التعاقدية لهذين الإجراءين بشكل واضح ومحدد، مكتفياً بعبارات عامة وغير محددة، وتاركاً للاجتهاد القضائي حسم هذه المسألة، فإنَّ **القانون المدني الجديد** قد حسم هذا التردد مضفياً على كلا التصرفين الصفة التعاقدية، حيث عرَّف كُلاً منهما باعتباره عقداً ينطوي على صفة الإيجاب والقبول، وينشئ ذات الالتزامات القانونية المترتبة على العقد، وذلك بطبيعة الحال في حدود ونطاق الطابع القصدي من هذين التصرفين. حيث انطلقا في تعريف الاثنين من مصطلح العقد، محددين أنَّه يقصد بالوعد بالتفضيل «العقد» الذي يلتزم من خلاله أحد الأطراف بأنْ يعرض أولاً على شخص المستفيد رغبته في حال قرر التعاقد(٦١). ومبينين أنَّ المقصود بالوعد من جانب واحد «العقد» الذي يمنح من خلاله أحد الأطراف للطرف الآخر الحق خلال فترة زمنية معينة فرصة إبرام عقد حددت فيه العناصر الأساسية، بحيث إنَّه لا يستلزم لانعقاد العقد سوى رضا المستفيد(٦٢).

وعلى ذلك يكون **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، قد وضعا حداً للكثير من النقاشات الفقهية التي كانت تتناول طبيعة هذين الإجراءين، وتكييفهما القانوني باعتبارهما شكلاً من أشكال العقود التمهيدية الملزمة للدخول في عملية تعاقدية بكل ما يستتبع ذلك من آثارٍ قانونية، وليس مجرد مراحل تمهيدية للعملية التعاقدية يمكن أنْ تفضي إلى عملية تعاقدية أو لا، وبالتالي تخرج في طبيعتها وآثارها من نطاق المسؤولية التعاقدية لتدخل في إطار المسؤولية غير التعاقدية. **فالقانون المدني الجديد** حسم حالات التردد الفقهي حيال هذه المسألة، وثبت الموقف القضائي باعتبارهما عقدين ملزمين يوجبان تحقق واحترام آثارهما التي تتمايز فيما بينهما.

(٦١) Art. (1123). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1125). "Terré", projet de loi. op, cit.

(٦٢) Art. (1124). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1124). "Terré", projet de loi. op, cit.

ثانياً – في الإطار الخاص:

بالرجوع إلى النصَّين القانونيين الناظمين لهذين العقدين، نلاحظ أنَّ القانون المدني الجديد، ومن قبله مشروع القانون، مايز في الأثر القانوني المترتب لكل منهما في حال عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، مما جعل القانون المدني الجديد مسايراً للتوجه القضائي في مواضع عدة ومتجاوزاً له في مواضع أخرى، لاسيما في قضيتي سحب الوعد من جهة، والاتفاق مع الغير من جهة ثانية.

١– سحب الوعد:

وفقاً لنص الفقرة الثانية من النص القانوني المتعلق بالوعد من جانب واحد(٦٣)، اعتبر **القانون المدني الجديد** أنَّ رجوع الواعد عن وعده خلال الفترة الممنوحة للمستفيد للتعبير عن إرادته لا قيمة قانونية له؛ كونه لا يمنع من حق هذا الأخير في الاستمرار بتنفيذ العقد، وبالتالي اعتبر الواعد ملتزماً بوعده طيلة فترة الوعد، وأي تراجع لا يمنح المستفيد الحق بالتعويض فقط، وإنما المطالبة بتنفيذ العقد كذلك. وهذا موقف برأينا موضع نظر، فبعيداً عن تجاوزه المبادئ التي استقر عليها الاجتهاد القضائي المستقر لجهة منحه الحق بالتعويض في هذه الحالة وليس الإجبار على التعاقد، وبالتالي تكييفها باعتبارها جزءاً من المسؤولية غير التعاقدية لا التعاقدية(٦٤)، إلا أنَّه كذلك يفرغ الوعد من جانب واحد من خصوصيته ويجعله أقرب إلى العقد، بمعنى أنَّه ووفق هذا التوصيف الذي تبناه **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، يمكن القول إنَّ الوعد من جانب واحد هو عقد تام بكل ما تعنيه هذه الكلمة من دلالات قانونية ولكنه معلق على شرط واقف، هو

(٦٣) " … La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis … ". Art. (1124). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1124). "Terré", projet de loi. op, cit.

(٦٤) ذلك أنَّ القضاء، وتطبيقاً لقواعد الوعد بالبيع، لم يكن يمنح المستفيد في حال رجوع الواعد عن وعده قبل انتهاء المدة الزمنية التي التزم بها وقبل تعبير المستفيد عن رغبته في إبرام العقد سوى الحق في التعويض، ولم يكن يقر له بالحق بالمطالبة بإتمام إجراءات التعاقد إلا في حال نكول الواعد عن وعده بعد إعلان المستفيد برغبته في إتمام إجراءات العقد.

Code civil, Art. 1142 et Arts. 1101 et 1134. Cass. 3ème civ, 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 174. Cass. 3ème civ, 11 mai 2011, D, 2012, Panorama, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

موافقة المستفيد على الوعد خلال الفترة التي التزم بها الواعد، وليس عقداً من العقود التمهيدية كما درجت الأدبيات الفقهية على تكييفه، والفرق بين الأمرين بَيِّنٌ، مما يفرغ الوعد من جانب واحد من غايته المتمثلة في النية في التعاقد مع شخص ما مع الحق بالرجوع عن ذلك، وتحمل المستتبعات القانونية لهذا التراجع، ومساوياً في النتيجة القانونية لنكول الواعد عن وعده خلال المهلة الزمنية المتاحة للمستفيد، سواء في حال التعبير عن الإرادة أو عدمها، ومرسخاً لقواعد التنفيذ العيني في حال النكول وفق التوجه العام الذي حاول واضعو القانون إرساءه كجزاء في حال عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي(٦٥).

وقد يرى البعض أنَّ **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، كانا ملزمين بهذا التكييف، طالما أطلق على هذا التصرف القانوني صفة العقد وفق التعريف المقر له، وهو الموقف الذي لا نتفق معه؛ ذلك أنَّ اعتباره عقداً تمهيداً لإبرام عقدٍ ثانٍ لا يعني أنَّه هو العقد الثاني، فلكل منهما كيانه القانوني ودلالته القانونية المختلفة، فالأول غايته ومنتهاه الالتزام بالوعد، والثاني إنَّما يستهدف إبرام العقد الموعود به. ولعل هذه الضبابية في الخلاصات هي التي دفعت واضعي **القانون المدني الجديد** إلى معالجة غير حاسمة لقضية سحب الوعد، فالعبارات القانونية المستخدمة في معرض تحديد النتائج المترتبة على ذلك تفتقد إلى التحديد والدقة، ليكتفي **القانون** بالقول بإنها لا تمنع من انعقاد العقد، تاركاً للقضاء تحديد حدود تطبيق هذه الفرضية ومداها، وبذلك يكون **القانون المدني الجديد** قد أبقى على التوجه ذاته الذي تم تبنيه في نصوص **مشروع القانون**، في الوقت الذي كان حريًا به أن يحاول أن يلطف من هذا التوجه التشريعي المتشدد، ويوافق التوجه الاجتهادي القضائي المستقر في هذه الفرضية.

(٦٥) بل إنَّ قانون إصلاح نظام العقود، ورغبة منه في تدعيم موقف المستفيد، اعتبر العقد المبرم خلال هذه الفترة مع الغير العالم بوجود هذا الوعد باطلاً، وفق ما يبينه نص المادة المشار إليها سابقاً.

M. Caffin-Moi, Pacte de préférence et promesse unilatérale de contrat. L'essentiel Droit des contrats. 2016. n° 03. p. 3. G. Wicker et H. Boucard, Les sanctions relatives à la formation du contrat - Arts. 1178 à 1187. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. p. 32. O. Deshayes, Les effets du contrat entre parties - Arts. 1194 à 1199. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. p. 43.

وهنا يشار إلى أنَّ **القانون المدني الجديد** لم يتناول قضية الرجوع عن الوعد بالتفضيل وفق الحيثية التي تناولها بالنسبة للوعد من جانب واحد، من حيث التزام الواعد بوعده تجاه المستفيد خلال فترة زمنية معينة ليقبل المستفيد هذا الوعد أو يرفضه، بحيث إنَّه جعل نطاقه مفتوحاً دون أي تقييد زمني، وهو أمر كنا نأمل لو أنَّ واضعي **القانون** قد تنبهوا له، فالأمر متوقع أنْ يرجع الواعد عن وعده بالتفضيل المقرر لشخص ما، وألا يكون محاسباً على ذلك. وهنا السؤال! في حال تحقق هذه الفرضية ومنح هذه الأفضلية بالتصرف المراد إجراؤه، ما هو الموقف القانوني حيال ذلك؟ وما هي القواعد القانونية الواجبة التطبيق؟ **القانون**، شأنه شأن **مشروع القانون** سكت بالمطلق عن هذه الفرضية، مما يستتبع الاستمرار بتطبيق قواعد الاجتهاد القضائي التي تعتبر أنَّ هذه الحالة لا تدخل في نطاق المسؤولية التعاقدية، وإنما تتناولها قواعد المسؤولية غير التعاقدية(٦٦). هذا الموقف بالرغم من تأييدنا له، إلا أننا كنا نأمل لو أنَّ **القانون المدني الجديد** قد قام بتقنينه بشكل فعلي.

٢- الاتفاق مع الغير:

وفقاً لأحكام **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، بأنَّ أي عقد يبرم مع الغير لا ينتج آثاراً قانونية معتبرةً من حيث الأصل، ما دام هذا الأخير سيِّئ النية، الأمر الذي يعتبر تطبيقاً لمبدأ قانوني وفقهي مستقر مفاده أنَّ سوء النية يفسد كل شيء. على الرغم من ذلك، فقد مايز **القانون المدني الجديد** في النتائج المترتبة على التعاقد مع الغير سيِّئ النية ما بين الوعد من جانب واحد من جهة، والوعد بالتفضيل من جهة أخرى، متشدداً في الفرضية الأولى أكثر منه في الثانية.

فوفقاً لنص الفقرة الثالثة من النص القانوني المنظم لأحكام الوعد من جانب واحد(٦٧)، اعتبر **القانون المدني الجديد** أنَّ العقد المبرم ضمن هذه الفرضية باطل،

(٦٦) J. Mestre et B. Fages. J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français. op, cit. p. 547s, 555s. J. Mazeaud et F. Chabas, Traité théorique et pratique de laresponsabilité civile délictuelle et contractuelle, T. III, vol. 2, 6e éd., 1983, n° 2570.

(٦٧) " …. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul". Art. (1124). "CC. Modifié". op, cit. Art. (1124). "Terré", projet de loi. op, cit.

وبالتالي لا وجودَ قانونياً له، وإنْ كان كلٌ من **القانون والمشروع** لم يفسرا مفهوم البطلان المقرر هنا(٦٨). بينما اعتبر **القانون المدني الجديد** وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة المنظمة لأحكام الوعد بالتفضيل، بأنَّ العقد المبرم في هذه الفرضية لا يعد باطلاً، وإنْ كان بإمكان المستفيد أنَّ يحرك دعوى البطلان في مواجهة هذا العقد(٦٩). وبذلك يتضح أنَّ ثمةً تبايناً واضحاً في قضية معالجة **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **المشروع** للآثار المترتبة على التعاقد مع الغير انتهاكاً لأحكام هذين العقدين. الأولى تقوم على البطلان القانوني المفترض بحكم القانون دون الحاجة لرفع الدعوى أو المطالبة القضائية به، والثانية تتعلق بصحة العقد وضرورة العمل على المطالبة ببطلانه. ومما لا شك فيه أنَّ هذا التمايز له مبرراته لاسيما في ضوء طبيعة الالتزام القانوني في كل منهما والمركز القانوني لكل طرف في هذه العملية؛ ذلك أنَّ الوعد من

(٦٨) لم يوضح قانون إصلاح نظام العقود، ومن قبله مشروع القانون، مفهوم البطلان في هذه الفرضية، وهل يقصد به البطلان المطلق أو النسبي، وإنْ كان واقع الحال يفيد مفهوم البطلان النسبي، ولكن هل يفيد البطلان النسبي مع اشتراط رفع الدعوى أو من دون ذلك، بمعنى أنَّ المستفيد يمكنه أنْ يعتبر العقد بالنسبة إليه غير منعقد بالضرورة دون الحاجة لدعوى قضائية، وهذا هو التوجه الذي نميل إلى ترجيحه والذي يمكن أنْ نطلق عليه استثناءً مصطلح: «البطلان النسبي التلقائي»، والذي يتم بقوة القانون وبمجرد التمسك به، لاسيما أنَّ مشروع القانون بالنسبة للبيوع المتعلقة بالعقارات كان قد أقرَّ أحكاماً قانونية خاصة مستثنياً إياها من أثر البطلان النسبي التلقائي، ومقراً بأنه ستوضع لها أحكام قانونية خاصة. علماً بأنَّ النص الخاص بهذه المقترحات بقي دون تثبيت في مشروع القانون وحذف من نص قانون إصلاح نظام العقود، نظراً للإشكالية التي يطرحها الموقف القانوني حياله؛ ذلك أنَّ نص المادة في المشروع كان يوجب على الكاتب بالعدل في حال العلم بالوعد من جانب واحد أنْ يقوم برفض تسجيل العقد تحت طائلة مخالفة القانون، إلا أنَّه من المعلوم أنَّ النص القانوني الحالي والمتعلق بالوعد بالبيع الملزم لجانبين في العقارات يوجب على القاضي تسجيل هذه البيوع، وفي حال وجود عدة عقود يكون الأسبق في التسجيل هو صاحب الحق بغض النظر عن حسن نيته أو سوئها؛ إذ إن العبرة في هذه الفرضية للأسبق في التسجيل.

[Le transfert de la propriété immobilière et des autres droits réels immobiliers est opposable aux tiers dans les conditions fixées par les lois sur la publicité foncière. Des lois particulières règlent l›opposabilité aux tiers du transfert de la propriété de certains meubles.]. “Terré”, projet de loi. op, cit. Art. (1201 al. 3). Et voir aussi : Cass. 3ème civ, 10 février 2010, Bull. civ. III, n° 41 ; Cass. 3ème civ, 12 janvier 2011, Bull. civ. III, n° 5. Pour une étude d’ensemble voir notamment : B. de Bertier-Lestrade, Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d’actes, D, 2011, p. 2954.

(٦٩) “…. Lorsqu’un contrat est conclu avec un tiers en violation d’un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. …. ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu…. ”. Art. (1123). “CC. Modifié”. op, cit. Art. (1125). “Terré”, projet de loi. op, cit.

جانب واحد قد اعتبره **القانون المدني الجديد** أعلى من العقد التمهيدي، بكونه عقداً تاماً مكتمل الأركان معلقًا على شرط واقف هو قبول المستفيد؛ الأمر الذي لم يرقَ له التوصيف القانوني للوعد بالتفضيل.

إضافة لما سبق، فقد **منح القانون المدني الجديد كما المشروع**، المستفيد من الوعد بالتفضيل خيارات أخرى، في حال عدم مطالبته بإبطال العقد تتناول إمكانية المطالبة القضائية بالحلول محل الغير الطرف في العقد الذي تم إبرامه. بخلاف ذلك، وفي حال عدم تمسك المستفيد بأي من الخيارين السابقين، فيمكنه المطالبة بالتعويض. وهنا أيضاً تجاوز **القانون المدني الجديد** حدود الاجتهاد القضائي المستقر الذي يقوم على التمييز بين مجرد العلم بوجود الوعد بالتفضيل من قبل الغير من جهة، وبين العلم بوجود الشرط ورغبة المستفيد من الاستفادة من هذا الشرط من جهة أخرى، ففي حين كان يمنح المستفيد في الحالة الأولى الحق بالمطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية غير التعاقدية، دون أنْ تكون لديه أي إمكانية للمطالبة بالبطلان أو الحلول محل الغير، كأن يقر للمستفيد في الفرضية الثانية، إذا استطاع أنْ يثبت أنَّ هذا الغير لا يعلم فقط بوجود هذا الشرط، وإنما يعلم بنيته للاستفادة من العقد بحقه بالمطالبة بإبطال العقد أو الحلول محل الغير(٧٠). ومن الواضح أنَّ القانون المدني الجديد وأمام هذه الثنائية في الجزاء، والثنائية في الإثبات الأمر غير اليسير، فضَّل أنْ يتخذ موقفاً موحداً ولكن أكثر قرباً من المستفيد، بحيث إنَّه في الحالتين يمكنه أنْ يطالب إمّا بإبطال العقد أو الحلول محل الغير، دون أنْ يطعن ذلك بحقه في المطالبة بالتعويض، وهو موقف –برأينا– يعزز من السياسة الحمائية التي أقرها **القانون المدني الجديد** لصالح المستفيد، الطرف الأولى بالحماية في هذه الفرضية.

ومن الملاحظ كذلك، أنَّ **القانون المدني الجديد**، ومن قبله **مشروع القانون**، لم يضمن هذه الخيارات بالحلول أو بالتعويض عن عدم إبرام العقد في حال الوعد من جانب واحد، معتبراً أنَّ العقد باطل، وبالتالي لا قيمة قانونية للتصرف المنجز في مواجهة الموعود له، وعلى ذلك ما من حاجة للبحث في فرضيتي الحلول أو التعويض. لكن السؤال في حال لو لم يُرِدْ الموعود له المضي قدماً في العملية التعاقدية بعد قيام الواعد بالتعاقد مع الغير،

(٧٠) Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. n° 4. Ph. Dupichot, Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats, op, cit., p. 32 et s., spéc. p. 37.

هل يملك الموعود له المطالبة بالتعويض وضمن أي نطاق: التعاقدي أم غير التعاقدي!؟ في الحقيقة إنَّ القانون المدني الجديد، ومشروع القانون من قبله، قد سكت عن هذه الفرضية، مما يوحي بواقع الحال أنْ لا مجال للبحث بالتعويض، فالموعود له إمّا أنْ يتمسك بإبرام الوعد الموعود به أو أنْ يتخلى عن ذلك، وهو الموقف الذي نؤيده طالما أنَّهما منحاه الحق بالتمسك بالتنفيذ العيني وبالتالي المطالبة بتطبيق العقد، فهو أي الموعود له إنْ ترك هذا الخيار، فالأمر متروك له وعليه أنْ يتحمل تبعاته(٧١).

أخيراً، ورغبة من واضعي **القانون المدني الجديد** في حماية حق الغير في التعاقد في حال وجود الوعد بالتفضيل، فقد منحه إمكانية الحصول على الموافقة الكتابية الصريحة والمسبقة من قبل المستفيد خلال فترة معقولة، وبخلاف ذلك، يعتبر السكوت بمثابة الموافقة الضمنية، الأمر الذي يحرم المستفيد في حال تحققه من التمسك بخياري الحلول محل الغير في العقد المبرم أو المطالبة ببطلان العقد(٧٢)، سواء أكان العقد يتضمن شرط السرية أو الكتمان من عدمه، وذلك بخلاف الحال بالنسبة **لمشروع القانون** الذي كان يعفي المستفيد من التدخل أو الرد في حال كان العقد ينطوي على أي من هذين الشرطين(٧٣).

وبعيداً عن الانتقادات التي وجهت لهذا الاشتراط، من جهة فاعليته(٧٤)، بالقول إنَّه يُعَّري موقف الغير مما يشكل حافزاً للمستفيد للمضي قدماً في العقد في حال تردده، ما قد

(٧١) علماً بأنَّ قانون إصلاح نظام العقود قد تجاهل في هذه الحالة مبدأ عدم نفاذ التصرف، نظراً لخطورة الموقف في هذه الفرضية ولاختلاف المعطيين، فالدفع بعدم نفاذ التصرف يفيد بالضرورة بصحة الوعد بين الواعد والغير، في حين إنَّ الدفع بالبطلان يفيد انعدام التصرف من أساسه، والذي في حال التمسك به يجعل التصرف بحكم العدم شأنه شأن البطلان المطلق. علماً بأنَّ هذه الفرضية الأخيرة لها خصوصيتها وإشكاليتها في البيوع العقارية، لاسيما في المواضيع المتصلة بالوعد بالبيع الملزم لجانبين.
Cass. 1re civ, 11 juillet 2006, Bull. civ. I, n° 389, JCP (G), 2006, II, 10191, note M. Mekki; D, 2006, 2510, note P.-Y. Gautier.

(٧٢) Art. (1123).“CC. Modifié”. op, cit. Notons que les dispositions des troisième et quatrième alinéas de cet article et applicables dès l’entrée en vigueur depuis le 11 février 2016. Voir: Art. 1123 du l’Ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016. Sur le site internet : https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/article_2.

(٧٣) “ …. Le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité”. Art. (1125). “Terré”, projet de loi. op, cit.

(٧٤) N. Molfessis, Droit des contrats : l’heure de la réforme, op, cit. M. Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus. op, cit. p. 10.

يضيع فرصة التعاقد على الغير ضمن فرضية التردد من المستفيد[٧٥]، وهو الأمر الذي لا نتفق معه[٧٦]، إلا أنَّ السؤال الذي نعتقد أنَّه كان أولى بالقانون المدني الجديد توضيحه إنَّما يتعلق بالمدة الزمنية لهذه الفترة المعقولة وما هي محدداتها، حيث لم يضع القانون، ومن قبله المشروع، لها زمنًا محددًا، كذلك بالنسبة للغير الذي يجب أنْ يحصل على موافقة مكتوبة من المستفيد قبل المضي بإجراءات التعاقد مع الواعد محل المستفيد، السؤال ما هي هذه الطريقة؟ هل يقصد بها رسالة عادية أم رسالة مسجلة أم رسالة مسجلة مع إشعار العلم بالوصول، ونعتقد أنَّه كان حرياً بالقانون المدني الجديد توضيح مختلف هذه النقاط.

كذلك مما يؤخذ على النص المقترح أنَّه لم يوضح الموقف القانوني حيال العقد الذي يبرم مع الغير حسن النية، فما هو مصير العقد في هذه الفرضية؟ وما هي الخيارات المتاحة أمام المستفيد حيال ذلك؟ هل له الحق بالمطالبة بالحلول محل الغير؟ أم له الحق بالمطالبة بالتعويض؟ ويرى البعض أنَّ من الواجب تطبيق القواعد الاجتهادية المستقرة والخاصة بعقد البيع لاسيما في قضية التعويض عن الضرر، متمسكين بنص المادة التالية المتعلقة بالشرط بالتفضيل التي منحت المستفيد في حال إخلال الواعد بالتزاماته بالحق بالتعويض عن الضرر[٧٧]. بالنسبة لنا، هذا الرأي بالرغم من وجاهته، إلا أنَّه يبقي الصورة غير مكتملة، ذلك أنَّ القواعد الواردة في هذا القسم إنَّما تمثل القواعد العامة لنظرية العقد التي من المفترض أنْ تنضوي تحتها مختلف أشكال العقود بما فيها عقد

(٧٥) غالباً ما يمكن التوقع بأنَّ الغير لن يلجأ إلى مثل هذا الإجراء، لاسيما أنَّ هذا الإجراء للحصول على موافقة المستفيد هو أمر اختياري بالنسبة للغير وليس إجبارياً. بحيث إنَّه يفضل عدم الإعلام بذلك، لاسيما أنَّ المستفيد قد لا يكون مضطراً للقيام بأي رد في حال وجد في العقد شرط السرية بالرغم من محاولته الحصول على موافقة المستفيد الذي سيكتفي بالامتناع عن الرد ويبقى في مركز قانوني محمي.

(٧٦) الحقيقة إنَّ هذا الرأي وإنْ كنا نشاركه المخاطر التي قد تلحق بالغير نتيجة قيامه بهذا لتصرف، إلا أنَّ غايته التشريعية تسمو على ذلك، لاسيما لجهة تكريسه لمفهوم حسن النية في العلاقات قبل التعاقدية بما سيعزز من الموقع القانوني للغير في مواجهة المستفيد في حال المنازعة، ولعل ذلك هو ما دفع واضعي قانون إصلاح نظام العقود لاعتبار سكوت المستفيد في حال عدم وجود شرط السرية بمثابة الموافقة التي تغلق الباب التعاقدي وتحرمه من الحق بالمطالبة بإبطال العقد أو الحلول محل الغير، مكتفياً بإقرار الحق بالمطالبة بالتعويض فقط. كذلك الحال، فإننا نعتقد أنَّ هذا التوجه التشريعي كان وراء منح هذا الإجراء الذي يقوم به الغير في مواجهة المستفيد طابعاً اختيارياً لا إلزامياً.

(٧٧) M. Mekki, La formation du contrat et la réforme du droit des obligations. Entre vices et vertus. op, cit. p. 9.

البيع، وإنَّ القبول بتبني قواعد خاصة في جانب معين وتعميمها على مختلف قواعد العقود الأخرى التي تختلف في الكثير من المضامين عن مثيلاتها أمر فيه نظر، ونعتقد أنَّه كان حرياً بواضعي القانون أنْ يكونوا أكثر وضوحاً حيال هذه النقطة، لاسيما أنهم كانوا أكثر جرأة في توضيح هذه القواعد لدى تناولهم للقواعد الخاصة بالوعد بالتفضيل، بالرغم من أنَّ مدى قوته القانونية هي دون نظيرتها الخاصة بالوعد بالبيع(٧٨).

الخاتمة:

قدم البحث محاولة أكاديمية تأصيلية سعت لتبيان أهم التحولات التي شهدتها نظرية العقد في الشق المتعلق بالمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء أحكام **القانون المدني الجديد**، وفق دراسة قانونية تحليلية تأصيلية مقارنة لهذا القانون مع النصوص الحاكمة لنظرية العقد في ظل أحكام **القانون المدني السابق ومشروع القانون** المهيئ له. عبر تحليل وشرح نصوص القانون المدني الجديد المتعلقة بهذه المرحلة، بالتوازي مع نصوص **مشروع القانون المؤسس** لها من جهة، ونصوص **القانون المدني السابق** من جهة ثانية. كل ذلك وفق الخطة الفلسفية التي تبناها **المشرع المدني الفرنسي الجديد** في معالجة هذه المرحلة ما بين فكرتي الإخلال بالتزام قانوني أو تعاقدي.

وقد بَيَّنَ البحث كيف استطاع **القانون المدني الجديد** معالجة الكثير من النقاط التي كانت تعتري العملية التعاقدية في **التشريع المدني السابق**، والتي غالباً ما كانت موضع انتقاد حاد من رجال الفقه الفرنسي والأوروبي، بحيث أضحت مختلف مراحل العقد مقننة في النص القانوني الجديد دونما إقصاء أو استبعاد لأي من هذه المراحل، لاسيما المراحل التمهيدية للتعاقد. ما أمكن من القول، بإنَّ **القانون المدني الجديد** بنصه الحالي استطاع أنْ يقدم لنظرية تعاقدية متكاملة لحد كبير، تلافت الكثير من الانتقادات التي كانت تواجهها هذه المرحلة في **التشريع المدني السابق**، وصولاً إلى بنية تعاقدية مكتملة الأركان إلى حد ما، معترفةً بالمرحلة السابقة على التعاقد، باعتبارها من مكونات العملية التفاوضية والتعاقدية المفضية لعقد قانوني أكثر وضوحاً وأمناً.

(٧٨) نعتقد أنَّ قانون إصلاح نظام العقود لو قسم المادتين المتعلقتين بالوعد بالتفضيل والوعد من جانب واحد لثلاث مواد، عالج في الأولى الأحكام الخاصة بالوعد من جانب واحد، وتناول في الثانية مثيلاتها المتعلقة بالوعد بالتفضيل، وعرض في الثالثة للأحكام العامة المنطبقة على كل من الوعد بالتفضيل والوعد من جانب واحد، لكان قد عالج هذا الموضوع بصورة أكثر منهجية.

المراجـع[٧٩]

١) العربية:

• الكتب:

- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ١٩٩٨.
- محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة، ٢٠١١.

• المقالات:

- أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات. أبحاث المؤتمر السنوي الرابع. كلية القانون الكويتية العالمية ٢٠١٧، ملحق خاص. الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص. ٢٨٥-٣٣٩.
- صليحة بن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، ٢١٠٤، ص. ١١٥-١٢٦.
- محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث: «الثابت والمتغير»، «قراءة نقدية في قانون إصلاح قانون العقود والإثبات رقم ١٣١-٢٠١٦ تاريخ ٢٠١٦/٠٢/١٠». الجزء الأول [الاعتبار الشخصي]، الجزء الثاني [الاعتبار الموضوعي]. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية،

(٧٩) نظراً لتعدد المراجع القانونية والفقهية في البحث، فقد تم الاكتفاء بذكر أهمها، علماً بأنَّ كافة المراجع مسددة في متن البحث.

على التوالي: العدد (٢١)، ٢٠١٨، ص. ٢٣٩– ٣٠١. العدد (٢٢)، ٢٠١٨، ص. ٣٥٥–٤١٧.

- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، ٢٠١٣، ص. ٢٧–٥٤.
- يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود، المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام. أبحاث المؤتمر السنوي الرابع. كلية القانون الكويتية العالمية ٢٠١٧، ملحق خاص. الجزء الثاني، ٢٠١٧، ص. ٤٤٧– ٤٨١.

2) Français

- **Articles**

– A. Posez, «Analyse du Projet de réforme du droit des obligations», Le Droit Critique, 2015.

– B. Fages, La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018, Hors-serie, Revue des contrats, 2018, n° 1, p. 15.

– B. Haftel, La conclusion du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation. Gazette du Palais. 2015. n° 120.

– C. Ballot, L›intention, élément survalorisé de la réticence dolosive ? Petites affiches, 1 févr. 2018, n° 2, p. 6.

– C. Grimaldi, La fixation du prix. Revue des contrats, 2017, n° 4, p. 558.

– Ch. Lavabre, Eléments essentiels et obligation fondamentale du contrat, RJDA, 1997, chr. p. 291.

- D. Cohen, La bonne foi contractuelle : Éclipse et renaissance, in Le Code civil, Le passé, Le présent, L'avenir, Dalloz, 2004, p. 517.
- D. Houtcieff, Le vendeur n'est de bon conseil que s'il s'informe. Gazette du Palais, 10 avril 2018, n° 320a3, p. 24.
- D. Mazeaud, Le nouveau droit des obligations : observations conclusives. Revue des contrats, 2018, n° 0, p. 65.
- D. Mazeaud, Présentation de la réforme du droit des contrats. Gazette du Palais. 2016. n° 08.
- E. Colas, Le notaire, l›avant-contrat et la préemption. Petites affiches,13 mars 2017, n° 5, p. 10.
- G. Bonnet, et Ch. Vernières, Promesses de vente et régimes matrimoniaux. Defrénois 15 avril 2017, n° 126f8, p. 47.
- G. Guerlin, Le dol implique toujours la malhonnêteté. L'essentiel Droit des contrats. 2016. n° 05. p. 5.
- G. Lyon-Caen, De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD. Civ, 1946. p. 75.
- G. Wicker et H. Boucard, Les sanctions relatives à la formation du contrat - Articles 1178 à 1187. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. p. 32.
- J. Antippas, L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil. Revue des contrats, 2018, n° 6, p. 272.
- J. Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, D, 1982. p. 1. La notion de contrat, D, 1990. p. 147.

- J. Heinich, Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant. Revue des contrats, 2018, n° 4, p. 521.
- J. Klein, Le consentement - Articles 1128 à 1143. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. P. 14.
- J. Mestre, Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi, RTD. Civ, 1996. p. 898.
- J.-F. Hamelin, Les devoirs de se renseigner et d'information : Blog Dalloz, Obligations, 2015, http://reforme-obligations.dalloz.fr.
- J-F. Hamelin, La renonciation à la condition après la loi de ratification du 20 avril 2018 Defrénois 6 sept. 2018, n° 139c5, p. 19.
- L. Aynes, Le devoir de loyauté, Archives de philosophie du droit, 2000, p. 195.
- M. Caffin-Moi, Pacte de préférence et promesse unilatérale de contrat. L'essentiel Droit des contrats. 2016. n° 03. p. 3.
- M. Latina, Application de la réforme du droit des contrats dans le temps : vers la convergence des droits. Gazette du Palais, 10 oct. 2017, n° 304x6, p. 13.
- M. Mekki, Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information. Gazette du Palais. 2016. n° 14.
- M. Mekki, Plaidoyer pour une rectification à la marge de l›ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations. Gazette du Palais, 24 oct. 2017, n° 305y0, p. 11.

- M. Mignard, La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ? Revue des contrats, 2018, n° 2, p. 322.
- M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (II). Petites affiches. 2016. n° 47. p. 7.
- Mazeaud, Régime de la violence économique, Recueil Dalloz, 2002, p. 2844.
- N. Balat, Réforme du droit des contrats : et les confits entre droit commun et droit spécial ? D, 2015, p. 699.
- N. Leblond, L'offre et l'acceptation entrent dans le Code civil. L'essentiel Droit des contrats, 2016, n° 3.
- N. Molfessis, La formation du contrat - Articles 1111 à 1129. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. p. 6.
- O. Anselme-Martin, Etude critique du devoir d'exécuter les obligations de bonne foi, Petites affiches, 22 janvier 1997, p. 17.
- O. Deshayes, L'interprétation des contrats - Articles 1188 à 1193. JCP. G, Supplément au n° 21, 2015. p. 39. La formation des contrats, Revue des contrats. 01 avril 2016. n° Hors-série. Pp. 21-29.
- O. Deshayes, Le dol dans la formation du contrat chasse toutes clauses limitatives d'indemnisation. Revue des contrats, 2017, n° 2, p. 20.
- P. Jourdain, Le devoir de "se" renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement), D. 1983, p. 139.

- Ph. Chauviré, Promesse unilatérale de vente : réitération ou rétractation de la jurisprudence Consorts Cruz ? Revue des contrats, 2017, n° 114s0, p. 40.
- S. Gorrias, Le défi : la confiance dans les relations d'affaires. Gazette du Palais, 12 juin 2017, n° 296w0, p. 82.
- T. Andrieu, et M-Ch. Dreux, La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées. Gazette du Palais, 30 avril 2018, n° 322a0, p. 13.
- T. Revet, L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général. Revue des contrats, 2018, n° 7, p. 4.
- V. Forti, La discordance entre les conditions générales invoquées par les deux parties (observations comparatives sous l'article 1119, alinéa 2, du Code civil). Revue des contrats, 2017, n° 3, p. 552.
- V. Guillaudier, Vente du lot de copropriété Action en garantie des vices cachés. Defrénois 14 déc. 2017, n° 129g2, p. 25.
- Y-M. Laithier, L'effet rétroactif de la révocation d'un commun accord du contrat à exécution instantanée. Revue des contrats, 2018, n° 8, p. 16.
- Ouvrages, Traités et Thèse
- B. Mercadal, Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016. Francis Lefebvre. 2016.
- C. Lucas de Leyssac, L'obligation de renseignements dans les contrats, in l'information en droit privé, LGDJ, 1978.

- F. Terré, Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, 2008. Pour une réforme du régime général des obligations, Dalloz, 2013.
- G. Chantepie, M. Latina, Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil. Dalloz - Hors collection. 2ème édition. 2018.
- H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénedé, les grands arrêts de la jurisprudence civile I. II, Dalloz, 13ème éd, 2015.
- M. Latina, La réforme du droit des contrats en pratique. Sous la direction de M. Latina. Dalloz - Thèmes & commentaires. 2017.
- O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article. LexisNexis. 2016.
- Ph. Simler, Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations. Inclus : Avant-projet de réforme de la responsabilité civile. LexisNexis. 2016.
- Etudes et Dossiers
- Droit des contrats Bilan de la réforme et loi de ratification. Collectif Editions Législatives. 2018.
- La négociation peut-elle tout ? Gazette du Palais, n° hors-serie 2.18 mai 2018, n° 322d6, p. 4.
- Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018. Revue des contrats, Hors-serie, 2018, n° 7, p. 3.

- Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant. Revue des contrats, 2018, n° 115h3, p. 502.
- Loi de ratification de la réforme des contrats. Defrénois 26 avril 2018, n° 136c4, p. 5. Rédaction Lextenso.
- Loi de ratification de la réforme des contrats. Defrénois flash 30 avril 2018, n° 145d5, p. 1.
- Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : projet de loi adopté au Sénat. Gazette du Palais, 28 nov. 2017, n° 307v1, p. 50.
- Rédaction Lextenso. Ph. Stoffel-Munck, Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens. Revue des contrats, 2018, n° 1, p. 52.

The «New» in the Regulations of the Previous Stage of Contracting in the Modern French Civil Legislation "A Contrastive Originality Critical Study"

Prof. Mohammad Arfan Alkhatib.

Abstract:

The present research provides an attempt that seeks to demonstrate the most significant transformations witnessed by the Contract Theory in the part related to the previous stage of contracting in light of the regulations of the New Civil Act, in accordance with a contrastive analytical originality legal study of the aforesaid act in comparison with the regulatory texts of the Contract Theory in the shadow of the regulations of the previous Civil Act and the Bill that prepares for it. The present study is carried out by analyzing and interpreting the provisions of the New Civil Act related to this stage in parallel with the provisions of the Bill that prepares for it on the one hand, and the provisions of the previous Civil Act on the other. All of these procedures are made according to the philosophical plan adopted by the New French Civil Legislation that approaches this stage between the two issues of breaching the legal or contractual obligations.

The research showed how the New Civil Act was able to deal with numerous points that used to involve the contractual process in the previous Civil Act, particularly in its part related to the previous stage of contracting, which was the place of severe criticism by the French and European jurisprudents, so that the various stages of contracting became codified in the new legal text without exclusion of any of those stages. It could be said safely that the New Civil Act in its present text has been able to provide for a contracting theory integrated to a large extent that avoided a lot of criticisms that it used to encounter that stage in the previous Civil Act, reaching a contracting structure of full bases to a certain extent, that acknowledged the previous stage of contracting, considered as one of the constituents of the negotiation contractual process to reach a safer and clearer legal contract.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

The «New» in the Regulations of the Previous Stage of Contracting in the Modern French Civil Legislation "A Contrastive Originality Critical Study".

Prof. Mohammad Arfan Alkhatib

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

Special Issue

Thulqada 1443 - June 2022