ضرورة تنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري

شوقي بنّاسي [1]،
[1] أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر.
البريد الإلكتروني: chawkidroit@gmail.com

الملخص:

الوعد بالتفضيل تقنية وليدة الممارسة التعاقدية، انتقل إلى بعض التشريعات الحديثة، وقد أهمل المشرع الجزائري تنظيمه، واكتفى بتنظيم الوعد بالتعاقد في المادتين 71 و72 مدني، ومن ثم وجب تدارك هذا النقص من خلال وضع إطار قانوني يحكم هذه التقنية، ويحسم الكثير من الاختلافات الفقهية التي تحوم حوله، بدءا من طبيعته القانونية، مرورا بآثاره، وانتهاء بالجزاء المترتب على مخالفته.

الكلمات المفتاحية:

وعد بالتفضيل، ممارسة تعاقدية، الخيار، مسؤولية، بطلان.

تاريخ إرسال المقال: 2021/02/18، **تاريخ قبول المقال:** 2022/05/25، **تاريخ نشر المقال:** 2022/12/31.

لتهميش المقال: شوقي بنّاسي، "ضرورة تنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 02، السنة 2022، ص ص 84-103.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: شوقي بنّاسي، chawkidroit@gmail.com

The necessity to regulate the Preferential pact in the Algerian Civil Code

Summary:

The Preferential Pact is a technique born from contractual practice, passed to modern legislation, and the Algerian legislator did not take into account to regulate it, and only organized the laity of contract, and this, in articles 71 and 72 civil, and therefore this gap must be corrected by the establishment of a legal framework governing this technique, and the resolution of many doctrinal differences that hover around it, of its nature legal, through its effects, to punishment for its violation.

Keywords:

Preferential pact, Contractual practice, Option, Liability, Nullity.

La nécessité de réglementer le pacte de préférence dans le code civil algérien

Résumé :

Le pacte de préférence est une technique qui a vu naissance avec la pratique contractuelle, ensuite elle est passée aux législations contemporaines. Mais le législateur algérien a ignoré ce point, il a juste réglementé la promesse de contracter dans les articles 71 et 72 du Code civil. Cette carence doit être corrigée, et ce par l'établissement d'un cadre juridique régissant cette technique ce qui permettra de régler de nombreuses divergences doctrinales qui planent au tour d'elle, à savoir : sa nature juridique, ses effets et les sanctions en cas de sa violation.

Mots clés :

Pacte de préférence, Pratique contractuelle, Option, Responsabilité, Nullité.

مقدمة

صدر قانون نابليون سنة 1804 خاليا من أي تنظيم قانوني للوعد بالتفضيل، بل إنه لم ينظم الوعد بالتعاقد، واكتفى بالإشارة إليه في المادة 1596 مدني فرنسي بمناسبة تنظيم عقد البيع، وسار القانون المدني الألماني الساري المفعول ابتداء من الفاتح يناير (1900) على نفس المنوال، فأهمل تنظيم الوعد بالتفضيل، ويبدو أن القانون المدني المصري (1948) كان أحسن حالا من القانونين الفرنسي والألماني، إذ بادر إلى تنظيم الوعد بالتعاقد ضمن أحكام العقد في المادتين 101 و 102 مدني مصري، ولكنه أهمل تنظيم الوعد بالتفضيل، وسارت التشريعات العربية على هذا المنوال، ومنها القانون المدني الجزائري، إذ اكتفى بتنظيم الوعد بالتعاقد ضمن أحكام العقد في المادتين 71 و 72 مدني.

ويظهر أن الفقه العربي قد تأثر بالتنظيم المذكور أعلاه، إذ لم يلتفت، هو الآخر، إلى الوعد بالتفضيل، وعمل على شرح أحكام الوعد بالتعاقد في إطار ما يسمى النظرية العامة للعقد، ولا نجد إشارة إلى الوعد

بالتفضيل إلا في إطار عقد البيع باعتباره عقدا من العقود المسماة، وكأن الوعد بالتفضيل محصور النطاق في عقد البيع، وفي غياب أي تنظيم للوعد بالتفضيل رأت غالبية الفقه العربي أن هذا الأخير ما هو إلا صورة من صور الوعد بالتعاقد، فهو وعد ملزم لجانب واحد معلق على شرط واقف. ولا شك أن هذه المنهجية منتقدة تشريعا وفقها، فمن الناحية التشريعية لا يمكن إهمال تنظيم الوعد بالتفضيل بعدما أصبح ممارسة تعاقدية شائعة، واكتسح عدة عقود (البيع، الإيجار...)، وامتد إلى عدة فروع قانونية (القانون التجاري، القانون العقاري...)، ومن الناحية الفقهية لا يمكن اعتبار الوعد بالتفضيل وعدا ملزما لجانب واحد معلقا على شرط واقف، ذلك أن أحكام الشرط الإرادي المحض (المادة 205 مدني) تتنافى بصورة مطلقة مع أحكام الوعد بالتفضيل.

لقد كانت الفرصة مواتية لتنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري بمناسبة تعديله سنة 2005، ولكن المشرع فوّت هذه الفرصة، واكتفى بتعديلات شكلية في غالب الأحيان، الشيء الذي حرم القانون المدني من التقدّم على سائر التشريعات العربية، وهو الأمر الذي تفطّن له، في فرنسا، مشروع الأستاذ (Catala) رغم أنه خصّ الوعد بالتفضيل بمادة وحيدة (المادة 1106-1)، ومن بعده مشروع الأستاذ (Terré) الذي خصّه بالمادتين 30 و 31، وهو ما مهّد إلى تنظيم الوعد بالتفضيل في القانون المدني الفرنسي على إثر تعديل 2016 في المادة 1123 مدني فرنسي.

وتكمن أهمية تنظيم الوعد بالتفضيل في حسم كثير من التساؤلات المحيطة بهذه التقنية، فمن ناحية طبيعته القانونية لا زال الجدل قائما بين الفقهاء من حيث اعتباره صورة من صور الوعد أو حق شفعة اتفاقي أو عقدا من نوع خاص، ومن ناحية نظامه القانوني، لا زالت الأمور غير واضحة، سواء من حيث شروطه أو آثاره أو الجزاء المترتب على مخالفته، ولا شك أن مثل هذه التساؤلات ستكون لها تأثيرات كبيرة على أحكام الوعد بالتفضيل إذا ما عزمت السلطات على تنظيمه في إطار تعديل القانون المدني الجزائري، ومن ثم وجب طرح الإشكالية التالية: **ما هي حقيقة الوعد بالتفضيل، وما هو نظامه القانوني؟** إن طبيعة الموضوع تتطلب اتباع المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، وهو يقودنا إلى دراسة هذا الموضوع من زاويتين هما على التوالي: الوعد بالتفضيل: تقنية وليدة الممارسة التعاقدية (**المبحث الأول**)، والوعد بالتفضيل: نظام قانوني مستقل (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: الوعد بالتفضيل: تقنية وليدة الممارسة التعاقدي

في غياب تعريف تشريعي للوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري والتشريعات العربية، اختلف الفقه العربي في تحديد جوهره (**المطلب الأول**)، واتسعت رقعة الاختلاف بخصوص تحديد طبيعته القانونية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: جوهر الوعد بالتفضيل: منح المستفيد الأفضلية على الغير

يبدو أن الفقه العربي غير مستقر على تعريف شامل للوعد بالتفضيل، في حين أن الفقه الفرنسي لا يعرف مثل الإشكال **(الفرع الأول)**، وقد حاول المشرع الفرنسي على إثر تعديل 2016 تعريفه، ولكنه محاولته تخلّلتها بعض العيوب **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تعريف الوعد بالتفضيل في الفقه

قدّمنا أن المشرع لم ينظم الوعد بالتفضيل على غرار غالبية التشريعات العربية التي اقتدت بقانون نابليون، ومن ثم لا نجد تعريفا تشريعيا لهذه الممارسة التعاقدية، وقد جرى بعض الفقه العربي على تعريفها بمناسبة الحديث عن الوعد بالتفضيل في عقد البيع، ومن بين هذه التعريفات أنه اتفاق "لا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشيء إذا أظهر الموعود له رغبته في شرائه، وإنما يلتزم، إذا هو رغب في بيع الشيء أن يعرضه أولا على الموعود له تفضيلا له على غيره"[1] أو "اتفاق يتعهد بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعود له على غيره في حالة تصرّفه في العين بالبيع، ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد"[2] أو "الاتفاق الذي بموجبه يلتزم الواعد، إذا هو رغب في بيع الشيء، أن يعرض بيعه أولا إلى الموعود له تفضيلا له على غيره"[3].

وجدير بالذكر أن هناك تعاريف أخرى – وإنْ كانت قليلة – لا تربط بين الوعد بالتفضيل وعقد البيع، من ذلك مثلا: "اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد أن يفضّل الموعود (المستفيد من الوعد) في إبرام عقد معين إذا ما قرر الأول (الواعد) إبرام هذا العقد في المستقبل"[4] أو "اتفاق تمهيدي أو تحضيري يلتزم بمقتضاه الواعد، إذا ما قرّر مستقبلا إبرام عقد معين، أن يختار الموعود له دون سواه، في الحالة التي يقرر فيها فعليا التعاقد"[5] أو "العقد الذي يتعهد بموجبه الواعد بالتفضيل تجاه الموعود له بتفضيله على غيره في التعاقد بشأن شيء معين إذا ما قرر ذلك"[6].

أما الفقه الفرنسي ففي أغلب الأحيان يشير إلى الوعد بالتفضيل في المراجع العامة المتعلقة بقانون العقود قبل تعديل 2016، ويورد تعاريف كثيرة منها أنه "وعد من شخص لآخر الذي يقبل منحه أفضلية إبرام عقد من

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 68.

[2] أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، لبنان، 1983، ص. 80.

[3] حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1989، ص. 118.

[4] محمد حسن قاسم، الالتزامات، المصادر، الجزء الأول، العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018، ص. 192.

[5] العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإرادية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. 309.

[6] علي فيلالي، العقود الخاصة، عقد البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص. 90.

طبيعة محدّدة ينصبّ على مال معين في الحالة التي يقرّر فيها الواعد أن يبرم في يوم ما عقدا ما"[7] أو اتفاق "يتعهّد بمقتضاه طرف بعدم إبرام عقد معين دون أن يقترحه على المستفيد"[8] أو اتفاق "يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد باختيار شخص آخر يسمى المستفيد باعتباره شريكا في عقد نهائي من نوع معين (بيع، إيجار مثلا)، ولكن إبرامه لم يُقرر بعد ومضمونه لم يُحدّد كاملا"[9].

ويظهر من مجموع هذه التعاريف أن للوعد بالتفضيل جملة من المميزات التي لا يجب ألا يخلو منها أي تعريف، فهو اتفاق بين الواعد والمستفيد، من **ناحية أولى**، ينصبّ على منح هذا الأخير الأفضلية لإبرام عقد معين في المستقبل إذا قرّر الواعد ذلك، من **ناحية ثانية**، دون أن يكون مضمون هذا العقد محدّدا بصورة كاملة، من **ناحية ثالثة**. وبناء على ذلك يمكن تعريف الوعد بالتفضيل على النحو الآتي: **اتفاق يتعهّد بمقتضاه الواعد بمنح المستفيد الأفضلية في إبرام عقد معين في المستقبل، إذا ما قرّر الواعد ذلك، قد يكون مضمونه غير محدّد كاملا.**

الفرع الثاني: تعريف الوعد بالتفضيل في قانون العقود الفرنسي الجديد

يُلاحظ أن المشرع الفرنسي قد اغتنم فرصة تعديل القانون المدني في 2016، ونظّم الوعد بالتفضيل في المادة 1123 مدني فرنسي، وعرّفه في الفقرة الأولى من هذه المادة على النحو الآتي: "الوعد بالتفضيل هو العقد الذي بمقتضاه يتعهّد طرف أن يقترح بالأولوية للمستفيد أن يتعامل معه في حالة ما إذا قرّر التعاقد"[10]. ويبدو أن المشرع الفرنسي قد كان متأثرا بمشروعي الأستاذ (Catala) والأستاذ (Terré)، فالأول عرّفه في المادة 1/1-1106 على النحو الآتي: "الوعد بالتفضيل بالنسبة لعقد مستقبل هو الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهّد الشخص الذي يبقى حرا في إبرامه في حالة ما إذا قرّر، منح الأولوية للمستفيد من الوعد بالتعامل معه"[11]، وعرّفه الثاني

---

[7] « *C'est une promesse faite par une personne à une autre, qui l'accepte, de lui offrir en priorité la conclusion d'un contrat de nature déterminée portant sur un bien désigné, pour le cas où le promettant déciderait un jour de conclure un tel contrat* ». J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Delta, Liban, 10e, éd, 2002, p. 101.

[8] « *Le pacte de préférence, par lequel une partie s'engage à ne pas conclure un contrat déterminé sans le proposer au bénéficiaire…* ». R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, Paris, 1998, p. 35.

[9] « *Le pacte de préférence… est un accord… par lequel une personne, qu'on appelle le promettant, s'oblige à choisir l'autre, le bénéficiaire, comme partenaire à un contrat définitif dont le type est arrêté (une vente, un bail, par exemple), mais dont la conclusion n'est pas encore décidée ni le contenu totalement déterminé* ». D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, Paris, 2008, p. 80.

[10] **Art. 1123/1.** « *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* ».

[11] **Art. 1106-1/1.** « *Le pacte de préférence pour un contrat futur est la convention par laquelle celui qui reste libre de le conclure, s'engage, pour le cas où il s'y déciderait, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui* ».

في المادة 1/30 على النحو الآتي: "الوعد بالتفضيل هو العقد الذي بمقتضاه يتعهّد طرف لدى آخر، المستفيد، بأن يقترح عليه بالأولوية عقدا، يبقى حرا في إبرامه، في اليوم الذي يقرّر فيه ذلك"[12].

وإذا كان المشرع الفرنسي قد بادر إلى تعريف الوعد بالتفضيل، فإن هذا التعريف لم يكن دقيقا في نظر بعض الفقه الفرنسي، ذلك أنه استعمل كلمة "يتعامل" (Traiter)، وهو ما يسمح بالاعتقاد أن الاقتراح المقدّم لا يشكّل بالضرورة إيجابا، فهل عبارة التعامل مع المستفيد لها نفس معنى عبارة التعاقد مع المستفيد؟ إن مثل هذا السؤال لا يطرح صعوبة لو أن الوعد تضمن منذ البداية شروط العقد المراد إبرامه، ففي هذه الحالة يشكّل الاقتراح إيجابا، ولكن في المقابل إذا سكت الوعد عن أحد العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه كالثمن، فإن السؤال الذي يطرح هل يكون الواعد محترما لتعهّده إذا اكتفى بدعوة المستفيد للتفاوض؟ يظهر أن هذا الأمر مخالف للتفسير العام للوعد بالتفضيل الذي يقترب من الوعد الملزم لجانب واحد الذي يسمح بإبرام العقد بمجرد أن يقرّر الواعد التعاقد، فالواعد لا يكون محترما لوعده إلا إذا اقترح على المستفيد إبرام العقد، ومن ثم يكفي قبول الإيجاب لإبرام العقد[13].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل: جدل فقهي

اختلف الفقه كثيرا في تحديد الطبيعة القانونية للوعد بالتفضيل، فاتجه الفقه العربي الكلاسيكي إلى اعتباره صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد **(الفرع الأول)**، في حين اتجّه بعض الفقه الفرنسي الحديث إلى اعتباره حق شفعة اتفاقي **(الفرع الثاني)**، والواقع أنه اتفاق تمهيدي من نوع خاص **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: الوعد بالتفضيل: صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد

---

[12] **Art. 30.** « *Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage auprès d'une autre, bénéficiaire, à lui proposer en priorité un contrat le jour où, libre de conclure, elle s'y déciderait* ».

[13] « *Le terme « traiter » est cependant ambigu, car il pourrait laisser penser que la proposition ne serait pas nécessairement une offre, au sens de l'article 1114 du code civil. Traiter avec le bénéficiaire du pacte, est-ce la même chose que conclure avec le bénéficiaire du pacte ? La question ne pose guère de difficulté lorsque le pacte contient, dès l'origine, les conditions de conclusion du contrat à venir. Dans ce cas, la proposition à laquelle le débiteur du pacte s'est engagé est nécessairement une offre. En revanche, lorsque le pacte demeure silencieux sur l'un des éléments essentiels du contrat à conclure, spécialement le prix, le promettant respecterait-il son engagement en se contentant d'inviter le bénéficiaire à entrer en pourparlers ? Cela irait sans doute à l'encontre de l'interprétation généralement retenue du pacte de préférence, qui se rapprocherait d'une promesse unilatérale permettant la conclusion du contrat, dès lors que le promettant s'est décidé à contracter. Ce dernier ne respecterait son engagement qu'à la condition de proposer la conclusion d'un contrat au bénéficiaire du pacte. L'acceptation de l'offre formulée en exécution du pacte suffit à la conclusion du contrat* ». G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, Paris, 2e, éd, 2018, p. 218.

يرى عامة الفقه العربي الكلاسيكي أن الوعد بالتفضيل صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد "لا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشيء إذا أظهر الموعود له رغبته في شرائه، وإنما يلتزم، إذا هو رغب في بيع الشيء، أن يعرضه أولا على الموعود له تفضيلا له على غيره، فإن قبل الموعود له شراءه تم البيع، فالذي يميز هذه الصورة عن الصورة الأخرى في الوعد بالبيع أن الواعد لم يلتزم ببيع الشيء، وكل ما التزم به هو أنه إذا رغب في بيع الشيء وجب عليه أن يعرضه أولا على الموعود له، فلا يتم البيع النهائي إذن إلا باجتماع أمرين: أن يريد الواعد بيع الشيء وأن يريد الموعود له شراءه. ويكون التزام الواعد بعرض الشيء على الموعود له **معلقا على شرط أن يريد بيعه**"[14].

ويظهر من التحليل المذكور أعلاه أن الوعد بالتفضيل هو صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد، من جهة، وأن التزام الواعد – في هذه الصورة – هو التزام معلق على شرط واقف هو إرادة البيع من جهة أخرى[15]، والواقع أن هذا التكييف محل نظر من ناحيتين[16]:

من **ناحية أولى** هناك فوارق جوهرية بين الوعد الملزم لجانب واحد والوعد بالتفضيل إلى درجة أنه لا يمكن القول بأن هذا الأخير مجرد صورة خاصة للأول، يمكن تلخيصها على النحو الآتي: من **جهة أولى** يكون الواعد في الوعد الملزم لجانب واحد ملزما بإبرام العقد النهائي إذا أبدى الموعود له رغبته في ذلك، في حين أن الواعد في الوعد بالتفضيل غير ملزم بذلك، وإنما هو ملزم – إذا رغب في التعاقد – بإعطاء الأولوية للموعود له. ومن **جهة ثانية** يشترط في الوعد الملزم لجانب واحد الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها، في حين أنه لا يشترط ذلك في الوعد بالتفضيل إلا بالنسبة لتحديد الشيء محل الوعد. ومن **جهة ثالثة** تشترط أهلية التصرف (في الوعد بالبيع) في الوعد الملزم لجانب واحد عند إبرام الوعد، في حين

---

[14] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 68.

[15] لقد صرّح بذلك كثير من الفقهاء، انظر مثلا في الفقه الجزائري: محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص. 34. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص. 43. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص. 110.

[16] يقول الأستاذ علي فيلالي: "إن الوعد بالبيع يختلف كليا عن الوعد بالتفضيل، من حيث المصدر، والمحل، وطبيعة الالتزامات...كما لا يمكن اعتبار الوعد بالتفضيل وعد بيع من جانب واحد معلق على شرط – إرادة البائع –، إذ من المعروف وغير المتنازع فيه أن إرادة البائع **لا يمكن أن تكون شرطا لكونها عنصرا أساسيا لانعقاد العقد** هذا من جهة، **والشرط لا يمكن أن يتعلق بإرادة المتعاقد** من جهة ثانية". المرجع السابق، ص. 93. قارن: محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي، عالم الكتب، مصر، 1980، ص. 178، إذ يقول: "ولكن **الوعد بالتفضيل يستجمع ابتداء خصائص التعليق على شرط**...فالوعد بالتفضيل يعتمد إذن على واقعة عارضة ومحايدة بمعنى الكلمة...".

أنه لا تشترط هذه الأهلية عند إبرام الوعد بالتفضيل، وإنما تشترط عند ممارسة التفضيل. ومن **جهة رابعة** تقوم مسؤولية الواعد في الوعد الملزم لجانب واحد (إذا تعلّق الوعد بالبيع) إذا تصرف في الشيء الموعود به للغير بالبيع أو التصرفات القريبة منه كالهبة أو كوفاء بمقابل، في حين أنه لا تقوم مسؤولية الواعد في الوعد بالتفضيل إذا تصرّف في الشيء الموعود به للغير بغير البيع[17].

ومن **ناحية ثانية** لا يمكن اعتبار التزام الواعد أو الوعد بالتفضيل وعدا معلقا على شرط واقف، هو عرض العين للبيع، للأسباب التالية[18]: من **جهة أولى** لا يمكن اعتبار "الرغبة في عرض العين للبيع" من طرف الموعود له شرطا واقفا، طالما أنها تتعلق بالإرادة، وهذه الأخيرة عنصر جوهري في العقد يتعلق بركن التراضي، في حين أن الشرط أمر عارض يضاف إلى العقد بعد توافر أركانه. ومن **جهة ثانية** إن اعتبار "إبداء الرغبة" شرطا واقفا يجعل هذا الشرط في حكم الشرط الإرادي المحض، فالأمر كلّه بيد الموعود له إن شاء قبل وإن شاء رفض، وحسب المادة 205 مدني لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم[19].

الفرع الثاني: الوعد بالتفضيل: حق شفعة اتفاقي

---

[17] قارن: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 309، إذ يقول: "الوعد بالتعاقد قد يتخذ صورة خاصة هي الوعد بالتفضيل"، ويقول أيضا: "ويلاحظ على ما تقدم، بأن حق الموعود له تفضيله لا ينشأ إلا **معلقا على شرط واقف**، وهو أن يرغب الواعد في البيع، وأن الالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط في القانون المدني الجزائري (م 206 من ق.م)، فالشرط هنا صحيح قانونا، ولا يتوقف على محض إرادة الواعد (الملتزم) وفقا للمادة 206 من ق.م، بل هو شرط مختلط متصل بظروف خارجية قد تدفعه أن يمتنع عن التعاقد مع شدة رغبته في ذلك". المرجع السابق، ص. 315.

[18] قارن: محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص. 178، إذ يقول: "**ولكن الوعد بالتفضيل يستجمع ابتداء خصائص التعليق على شرط**، ذلك أن الواعد يعلق تفضيله للموعود له على رغبة الواعد في البيع، ووجود مشتر أو أكثر، وعرض ثمن معين للشراء، وفي هذه الحالة يبرز التزام الواعد بأن يفضل الموعود له، وثمة يلتزم بأن يبيع له بنفس الثمن الذي عرضه الغير راغب الشراء، فالوعد بالتفضيل يعتمد إذن على واقعة عارضة ومحايدة بمعنى الكلمة، فقد يرغب الواعد في البيع وقد لا يرغب، هذا شق، وقد يرغب شخص في الشراء وقد لا يرغب، وهذا شق آخر، فإن عرض ثمنا مناسبا للواعد لم يكن للواعد أن يبيع لأحد آخر خلاف الموعود له بالتفضيل بسبب تحقق الشرط، وهنا تكمن فكرة العرضية نتيجة عدم تعلق الأمر بمشيئة ومحض إرادة الموعود له، بل بعوامل أخرى خارجية".

[19] « ***En résumé, l'analyse conditionnelle du pacte de préférence peut être contestée***, *d'une part, parce que le promettant ne s'engage pas à contracter, et notamment à vendre, fût-ce sous condition, et, d'autre part, parce que le pacte de préférence ne crée pas un droit conditionnel, mais un droit de priorité pur et simple dont l'exercice dépend de la passation d'un contrat virtuel. La liberté de conclure le contrat projeté dont dispose le promettant devrait en tout état de cause chasser l'article 1174 du Code civil* ». M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2010, p. 42.

يرى بعض الفقه الفرنسي الحديث أن الوعد التفضيل حق شفعة اتفاقي، أي تم بالاتفاق بين الواعد والمستفيد بدليل أنه يمنح هذا الأخير الأولوية والأفضلية على المتعاقدين الآخرين مثلما يمنح ذلك حق الشفعة المعروفة في القواعد العامة وبعض التشريعات الخاصة[20]، والواقع أن هذا التكييف محل نظر من نواح عدة على النحو الآتي:

من **ناحية أولى** يعتبر القانون مصدر الشفعة، فلا شفعة إلا بنص قانوني، في حين يعتبر العقد مصدر الوعد بالتفضيل، إذ هو اتفاق بين الواعد والمستفيد. ومن **ناحية ثانية** تمثل الشفعة طريقة من طرق اكتساب الملكية، في حين يمثل الوعد بالتفضيل ممارسة من الممارسات التعاقدية في مجالات شتى. ومن **ناحية ثالثة** تمارس الشفعة قيدا على الحرية التعاقدية، في حين أن الواعد يحافظ على حريته التعاقدية من خلال قراره بالتعاقد من عدمه، وفي اختيار المتعاقد معه. ومن **ناحية رابعة** تمثل الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري وفق ضوابط معينة، في حين يمثل الوعد بالتفضيل عقدا تمهيديا لإبرام عقد في المستقبل إذا قرّر الواعد ذلك. ومن **ناحية خامسة** تخضع ممارسة الشفعة لجملة من الشروط وفق ضوابط صارمة، في حين لا وجود لذلك في الوعد بالتفضيل، إذ يمتاز بنوع من المرونة فرضتها حيوية الممارسات التعاقدية في البلاد الغربية. ومن **ناحية سادسة** لا تنتقل الشفعة بالحوالة بالنظر إلى اتصالها بشخص الشفيع، في حين أن الوعد بالتفضيل يقبل ذلك وفق ضوابط معينة[21].

الفرع الثالث: الوعد بالتفضيل: اتفاق تمهيدي من نوع خاص

في اعتقادنا أن الوعد بالتفضيل تقنية كانت وليدة الممارسة التعاقدية الإبداعية في البلاد الغربية، ومن ثم كان من العبث محاولة تحديد طبيعته القانونية في ضوء القواعد العامة، إذ هو اتفاق تمهيدي من نوع خاص، فهو يقترب من بعض الأنظمة القانونية ولكنه لا يطابقها، إذ يقترب من الوعد الملزم لجانب واحد بالنظر إلى وجود واعد ومستفيد، ولكنه يختلف عنه اختلافا جوهريا، ويقترب من الشفعة بالنظر إلى وجود فكرة الأفضلية، ولكنه متميّز عنها تميّزا جذريا، ومن ثم فلا مناص من الاعتراف بذاتيته واستقلاليته عن الأنظمة القانونية المعروفة في القواعد العامة، وبالتالي فهو يحتاج إلى تنظيم خاص في القانون المدني يحدّد معالمه، ويكشف

---

[20] L. Leveneur, *Rapport de synthèse*, in Pacte de préférence : liberté ou contrainte ?, Dr et Patr, janvier 2006, p. 81 ; G. Pillet, *La circulation des avant-contrats*, in L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats, 2008, p. 178 ; G. Gaudemet, *La portée des pactes de préférence ou préemption sur des titres de société*, Rev. Sociétés, 2011, p. 139.

[21] انظر في الفقه العربي في التمييز بين الوعد بالتفضيل وحق الشفعة: يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، مصر، 2010، ص. 475 وما بعدها. وانظر في الفقه الفرنسي: J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat, T. 1 : Le contrat – Le consentement*, Point Delta, Liban, 4e éd, 2014, p. 575.).

حقيقته، ويعرض أحكامه، مبرزا فكرته المحورية المتمثلة في منح المستفيد الأفضلية على الغير في التعاقد، مع احتفاظ الواعد بحريته في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه[22].

المبحث الثاني: الوعد بالتفضيل: نظام قانوني مستقل

يخضع الوعد بالتفضيل، من حيث الشروط، للقواعد العامة في تكوين العقود **(المطلب الأول)**، أما آثاره فتحتاج إلى بيان **(المطلب الثاني)**، في حين أن الجزاء المرتب على خرق الواعد لالتزامه يعرف تجديدا حيويا في قانون العقود المعاصر يؤكّد فعّاليته **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: شروط الوعد بالتفضيل: شروط مخفّفة

يخضع الوعد بالتفضيل من حيث الموضوع للقواعد العامة المعروفة في تكوين العقود **(الفرع الأول)**، أما من حيث الشكل، فالأصل هو الرضائية، ومع ذلك هناك تمييز يتعيّن الأخذ به **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

لا توجد قواعد خاصة تتعلق بتكوين الوعد بالتفضيل، ومن ثم فهو يخضع للقواعد الموضوعية العامة في تكوين العقود، وبناء على ذلك يتعيّن توافر التراضي والمحل والسبب. بالنسبة للتراضي ينعقد الوعد بالتفضيل باقتران الإيجاب والقبول بين الواعد والمستفيد، وبما أن الوعد بالتفضيل لا يتضمن تعهّدا بإبرام العقد النهائي فإنه يكفي توافر أهلية القيام بأعمال الإدارة. أما بالنسبة للمحل فيجب أن يكون معينا، إذ يجب تحديد طبيعة العقد موضوع الوعد (بيع، إيجار...)، والمحل الذي ينصّب عليه العقد الاحتمالي، ولكن ليس من الضروري أن تكون الشروط الجوهرية للعقد النهائي الاحتمالي محدّدة بدقة منذ إبرام الوعد، لأن الأطراف لم تتراض بعدُ على هذا العقد النهائي، وبالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون المحل ممكنا ومشروعا. أما بالنسبة للسبب فيتعيّن أن يكون موجودا ومشروعا[23].

---

[22] يقول الأستاذ علي فيلالي: "لا نزاع في أن الوعد بالتفضيل هو عقد تمهيدي فهو يمهد فعلا لإبرام عقد نهائي، غير أن هذا الأخير هو مجرد أمر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق، وأما مرد الطابع الاحتمالي للعقد النهائي فهو الحرية التي يتمتع بها كل من الواعد والموعود له أي المستفيد، فالواعد لم يقرر وقت انعقاد الوعد بالتفضيل مباشرة العملية العقدية محل الوعد من عدمها، علما أن قرار الرغبة في التعاقد تحكمه اعتبارات شخصية محضة، كما يتمتع بدوره المستفيد وقت تعبير الواعد عن رغبته في التعاقد بحرية كاملة في قبول العرض أو رفضه، ولا يمكن في ضوء هذه المميزات التي ينفرد بها عقد التفضيل إلحاقه بالمفاهيم المعروفة... **وعليه يبدو واضحا أن الوعد بالتفضيل هو عقد تمهيدي من نوع خاص**، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي عندما كرّس الوعد أو العقد بالتفضيل كمفهوم مستقل في المادة 1123-3 من القانون المدني الفرنسي فعرّفه وحدّد أحكامه". المرجع السابق، ص. 95.

[23] J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit, p. 580.

ويبدو أن المدة غير مشترطة في الوعد بالتفضيل خلافا للوعد بالتعاقد، ومع ذلك لا يوجد مانع قانوني من اعتبارها شرط انعقاد لو تدخّل المشرع مستقبلا لتنظيم الوعد بالتفضيل[24]، وما دام أن هذا الأخير لا زال عقدا غير مسمى في التشريع الجزائري فلا يمكن افتراضها، ومن ثم يمكن تصوّر وجود وعد بالتفضيل لمدة محدّدة أو لمدة غير محدّدة مثلما هو الحال في القانون المدني الفرنسي[25].

الفرع الثاني: الشروط الشكلية

أما بخصوص الشروط الشكلية، فمن المعلوم أن الأصل هو الرضائية في العقود في التشريع الجزائري طبقا لأحكام المادة 59 مدني، ومع ذلك ينبغي التمييز بين فرضين: إذا كان الوعد بالتفضيل محل عقد مستقل، فيكون في هذه الحالة رضائيا ما دام أن الأصل هو الرضائية، أما إذا كان الوعد بالتفضيل عقدا تابعا لعقد رئيسي، فإنه في هذه الحالة قد يكون شكليا إذا كان العقد الرئيسي شكليا، سواء كانت الشكلية رسمية أو عرفية[26].

المطلب الثاني: آثار الوعد بالتفضيل: تمييز بين مرحلتين زمنيتين

يتعيّن، لبيان آثار الوعد بالتفضيل، التمييز بين مرحلتين حاسمتين: مرحلة ما قبل اتخاذ الواعد قرار التعاقد **(الفرع الأول)**، ومرحلة ما بعد اتخاذ هذا القرار **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مرحلة ما قبل اتخاذ قرار التعاقد

[24] يرى بعض الفقه العربي وجوب تحديد المدة في الوعد بالتفضيل قياسا على الوعد بالتعاقد. انظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 81. والواقع أن هذا الرأي مجانب للصواب، ذلك أنه لا يمكن قياس الوعد بالتفضيل على الوعد بالتعاقد، فهو ذو طبيعة قانونية خاصة، ويشكل عقدا تمهيديا مستقلا. انظر في الفقه الجزائري: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 310، إذ يقول: "فإن الاتفاق الذي يعد بمقتضاه أحد الأطراف بتفضيل الطرف الآخر، لا ينعقد إلا إذا توافرت أركانه (وهي التراضي والمحل والسبب)، **فضلا عن المدة التي يبقى خلالها الواعد ملتزما بعدم إبرام العقد محل التفضيل مع الغير**". ويقول أيضا: "...وعلى كل، يخضع اتفاق الأفضلية عند تكوينه للشروط العامة المقررة لصحة الاتفاقات، والعقود المنصوص عليها في القانون المدني (م 54 و59 **و71 و72** وما بعدها من ق.م)...". المرجع السابق، ص. 312.

[25] *« …la prédétermination du prix du contrat envisagé et stipulation **d'un délai** ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence »*. Cass. civ, 2e, 15 janv. 2003, n° 01-03.700, Bull, III, n° 9, D. 2003, jur, p. 1190, note H. Kenfack. Voir : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Les obligations*, Dalloz, Paris, 12e, éd, 2019, p. 292 ; D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, Bruxelles, 4e, éd, 2018, p. 171 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, Paris, 9e, éd, 2019, p. 70 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, Sirey, Paris, 16e, éd, 2018, p. 365.

[26] J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit, p. 581.

للواعد الحرية الكاملة في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه، وفي هذه المرحلة يقع على الواعد التزام بعدم التعاقد مع الغير **(أولا)**، ويبقى في الأصل حرًا في التعامل مع الغير **(ثانيا)**، ويكون التساؤل عن المدة التي يبقى فيها الواعد ملتزما بالوعد بالتفضيل **(ثالثا)**.

أولا: التزام الواعد بعدم التعاقد مع الغير

في هذه الفترة التي تسبق قرار الواعد في التعاقد من عدمه يكون هذا الأخير، حسب الفقه الكلاسيكي، ملتزما بعدم التعاقد مع الغير بشأن محل الوعد بالتفضيل، فهو من هذه الزاوية التزام بعدم فعل شيء، أي التزام بالامتناع عن عمل، ويقابله حق شخصي للمستفيد، فالواعد يمثل المدين بالوعد بالتفضيل، في حين يمثل المستفيد الدائن في هذا الوعد[27]. ويشكّك بعض الفقه الحديث في وجود هذا النوع من الالتزام على عاتق الواعد، إذ رأى جانب من الفقه أن مثل هذا الالتزام يشكّل قيدا على حرية محدّدة، كما أنه لا يلزم بأي أداء، ولا يكون محلا لأي تنفيذ[28]، في حين رأى جانب آخر من الفقه أنه مجرد التزام ثانوي يساهم بصورة أعم في الحظر المفروض على الواعد بعدم وضع نفسه في مركز من يستحيل عليه احترام تعهّداته[29].

وبغض النظر عن الاختلاف المذكور أعلاه فإن الفقه مستقر على أنه يجوز للمستفيد التنازل عن حقه عن طريق تحويله لشخص آخر وفق قواعد الحوالة ما لم يوجد مانع (كالاعتبار الشخصي) يحول دون ذلك[30]، وعند وفاته ينتقل هذا الحق لورثته، فالوفاة لا تُسقط الوعد بالتفضيل إلا إذا وُجد اتفاق على خلاف على ذلك[31].

ثانيا: حرية الواعد في التعامل مع الغير خارج محل الوعد

الأصل أن الواعد يبقى محتفظا بحريته في التعامل مع الغير من خلال القيام بعمليات عقدية غير تلك التي هي محل الوعد بالتفضيل (كالرهن والهبة، والمقايضة، والحصة في الشركة...)[32]، ولكن في نفس الوقت

---

[27] « *Cette obligation de ne pas faire se traduit chez le bénéficiaire par un simple droit de créance exclusif de tout droit réel* ». J; P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, Paris, 7e éd, 2017, p. 154.

[28] « *Cependant, on peut douter qu'une obligation de ne pas faire en soit réellement une. Une telle « obligation » est une restriction à une liberté déterminée. Elle n'oblige à aucune prestation et ne donne lieu à aucune exécution* ». M. Mignot, Art. 1123 – Fasc. Unique : Contrat. – Formation du contrat. – Pacte de préférence, JurisClasseur Civil Code, 2018 (Mise à jour 24 Août 2020), n° 44.

[29] « *L'obligation de ne pas faire qu'on lui prête très souvent n'est qu'une obligation secondaire et participe plus largement de l'interdiction qui lui est faite de se mettre dans l'impossibilité de respecter ses engagements* ». G. Pillet, op. cit, n° 23.

[30] J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit, p. 584 ; P. Puig, op. cit, p. 154.

[31] B. Fages, op. cit, p. 72 ; D. Houtcieff, op. cit, p. 171.

[32] P. Puig, op. cit, p. 155 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 8e, éd, 2007, p. 72.

يتعيّن عليه أن يمتنع عن القيام بأي عملية تعرقل إعمال حق الأفضلية[33]، ومن ثم يجب التوفيق بين هذين الاعتبارين ويكون ذلك، حسب بعض الفقه، من خلال القول: إن الموضوع المباشر للوعد بالتفضيل هو منح أفضلية رتبة لإبرام احتمالي لعقد في المستقبل، ومن ثم يمكن اعتبار التصرفات التي تمنع ذلك هي تلك التي تخوّل الغير حق أفضلية ذي رتبة أحسن، وفي المقابل يبقى الواعد حرّا في القيام بعمليات عقدية من طبيعة أخرى غير تلك التي هي محل الوعد طالما أنها ترتبط بإرادته. وبعبارة أخرى يمكن للواعد إبرام عقود من طبيعة مختلفة عن تلك التي هي محل الوعد، طالما أن أثرها لا يؤثر في حق الأفضلية ذاته بحيث يؤدي إلى نشأة حق أفضلية منافس[34].

ثالثا: مدة بقاء الواعد ملتزما نحو المستفيد

لما كان الوعد بالتفضيل مختلفا عن الوعد بالتعاقد، فإن المدة لا تعتبر شرط انعقاد في الوعد بالتفضيل، ولكن ذلك لا يمنع – بداهة – اتفاق الأطراف على تحديد مدة معينة يبقى فيها الواعد ملتزما بعدم التعاقد مع الغير وإعطاء الأفضلية للمستفيد إذا ما قرّر التعاقد، والسؤال المطروح: ما هي المدة التي يبقى فيها الواعد ملتزما نحو المستفيد إذا كان الوعد بالتفضيل عقدا مستقلا لمدة غير محدّدة؟ يظهر أن التزام الواعد يبقى قائما ما دام أنه لم يقرّر التعاقد، إذ لا يمكن احتساب مدة التقادم على أساس أن المستفيد في وضعية من يستحيل عليه استعمال حقوقه ما دام أن الواعد لم يعرّفه بقراره في التعاقد[35]، ومن ثم فإن التقادم لا يسري إلا من هذا التاريخ[36]. وجدير بالذكر أن بعض الفقه الحديث قد رأى أن الوعد بالتفضيل لمدة غير محدّدة يخضع لأحكام العقد غير محدّد المدة، ومن ثم يمكن للواعد إنهاؤه بإرادته المنفردة[37]، وهو ما لا يخدم مصلحة المستفيد، ولهذا السبب رأى بعض الفقه أنه من الأفضل حسم مسألة المدة عن طريق اعتبارها شرطا لانعقاد الوعد بنص القانون[38].

الفرع الثاني: مرحلة ما بعد اتخاذ قرار التعاقد

---

[33] A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Delta, Liban, 7e, éd, 2006, p. 54. Voir par ex : Cass. civ, 3e, 10 mai 1984, Bull. civ, III, n° 96 ; JCP 1985, II, 20328, note M. Dagot ; Cass. civ, 3e, 1 avril 1992, Bull. civ. III, n° 116 ; RTD civ. 1993, p. 346, obs. J. Mestre.

[34] « *Autrement dit, des contrats de nature différente peuvent être conclus dès lors que leur effet n'est pas d'affecter en soi le droit de préférence, en donnant naissance à un droit de préférence rival* ». J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit, p. 581.

[35] Cass. civ, 1re, 22 déc. 1959, JCP 1960. II. 11494, note P. Esmein ; RTD civ. 1960. 323, obs. J. Carbonnier.

[36] F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, op. cit, p. 291 ; P. Puig, op. cit, p. 152.

[37] N. Blanc, *Le pacte de préférence et le temps*, in Mélanges M.-S. Payet, 2001, p. 55, sp. p. 73.

[38] S. Lequette, *Réflexions sur la durée du pacte de préférence*, RTD civ, 2013, p. 491, sp. p. 508.

إذا اتخذ الواعد قراره بالتعاقد، تعيّن عليه أن يقدّم اقتراحا بالتعاقد للمستفيد **(أولا)**، وعندئذ يكون لهذا الأخير الحق في القبول أو الرفض **(ثانيا)**.

أولا: التزام الواعد بتقديم اقتراح بالتعاقد

إذا اتخذ الواعد قراره بالتعاقد بكل حرية التزم، حسب الفقه الكلاسيكي، بتقديم اقتراح بالتعاقد للمستفيد، فبعدما كان الواعد ملتزما التزاما سلبيا بالامتناع عن فعل شيء في المرحلة السابقة، يصبح في هذه المرحلة ملتزما التزاما إيجابيا بالقيام بفعل[39]، ويتضمّن هذا الاقتراح، في حقيقة الأمر، إيجابا بالتعاقد معروضا على المستفيد[40]، ومن ثم وجب أن يكون باتا ودقيقا، وهذا ما يميّز الوعد بالتفضيل، إذ يضمن للمستفيد مركز الأفضلية بالنسبة للمترشحين المنافسين من خلال السماح له بمقارنة الشروط المعروضة عليه بالشروط المعروضة على الغير أو من قبل الغير[41]، ويجوز للأطراف الاتفاق على أن يكون الإيجاب في شكل معين[42]، ولقاضي الموضوع مراقبة ما إذا تم احترام ذلك[43]. ويُلاحظ أن بعض الفقه الحديث يشكّك في وجود مثل هذا الالتزام بحجة أن حلول المستفيد محل الغير جزاءً على مخالفة الوعد بالتفضيل لا تتناسب مع القول بوجود التزام بعمل على عاتق الواعد[44].

---

[39] يرى الأستاذ (J. Ghestin) وزملاؤه أن التزام الواعد بتقديم عرض للمستفيد من أجل إبرام العقد النهائي ينشأ منذ إبرام عقد الوعد بالتفضيل، إلا أن تنفيذه تم تأخيره، ويبقى غير مؤكّد. انظر: (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit, p. 583).

[40] يرى الأستاذ علي فيلالي أن الواعد بالتفضيل إذا عرض التعاقد على الموعود له "مع تحديد كل عناصر العقد بما فيها الثمن، فإن الوعد بالتفضيل يصبح وعدا بالبيع من جانب واحد، فيتحوّل التزام الواعد من التزام سلبي – يمنع من التعامل مع الغير – إلى التزام إيجابي، فيكون ملزما بالبيع حالة قبول الموعود له". المرجع السابق، ص. 96. والواقع أن هذا التحليل محل نظر، إذ يؤدي إلى الخلط بين الوعد الملزم لجانب واحد والوعد بالتفضيل، في حين أنهما نظامان قانونيان مستقلان، ذلك أن الواعد في الحالة الأولى أعطى رضاءه النهائي لإبرام العقد الموعود به، أما في الحالة الثانية فلم يعط رضاءه النهائي، وإنما التزم بتقديم إيجاب للمستفيد إذا ما قرّر التعاقد.

[41] « *Cette obligation d'offrir est caractéristique du pacte, dont l'objectif est d'assurer au bénéficiaire une position préférentielle par rapport aux candidats concurrents. L'efficacité de cette préférence suppose la possibilité de comparer les conditions proposées au bénéficiaire et celles offertes aux (ou par eux). C'est pourquoi, la proposition doit avoir les caractéristiques d'une offre* ». M. Mignot, op. cit, n° 47.

[42] Voir : G. Flora, *L'interprétation et la rédaction du pacte*, Dr. et patr, janv. 2006, p. 49.

[43] Cass. civ, 1re, 10 mai 1978, Gaz. Pal. 1978, 2 ; somm. p. 255 ; Juris-Data n° 003986.

[44] « *On observera ici qu'il n'y a pas davantage d'obligation de faire dans le cas du pacte de préférence tel que le conçoit actuellement la jurisprudence. Retenir que, dans l'hypothèse d'une violation de son engagement par le promettant, le bénéficiaire du pacte peut, après avoir poursuivi la nullité du contrat passé avec un tiers, être substitué à ce dernier implique que le droit de priorité s'impose par lui-même : c'est-à-dire que son efficacité ne dépend pas d'un acte de volonté du*

وفي اعتقادنا أن وجود هذا الالتزام محل نظر على أساس أن المستفيد، في هذه المرحلة، يتمتع بحق إرادي في القبول أو الرفض، ومن المعلوم أن هذا النوع من الحق لا يقابله التزام على عاتق الطرف الآخر، ومن ثم يمكن القول أن تقديم إيجاب من الواعد للمستفيد لا يشكّل التزاما بالمعنى الفني الدقيق، وهو ما جعل بعض الفقه الحديث يكيّفه على أنه شرط من شروط ممارسة المستفيد للحق الإرادي في القبول أو الرفض.

ثانيا: حق المستفيد في الخيار

في هذه المرحلة يقترب الوعد بالتفضيل من الوعد بالتعاقد حسب بعض الفقه[45]، والواقع أن المستفيد يتمتّع، منذ هذه اللحظة، بحق إرادي يتمثل في قبول الإيجاب المعروض من الواعد أو رفضه[46]، ويكون ذلك في مدة متفق عليها أو في مدة معقولة، وعندئذ يجب التمييز بين الفرضيات التالية: – إذا عبّر المستفيد عن قبوله بالإيجاب المعروض عليه من الواعد انعقد العقد النهائي إلا إذا كان هذا الأخير يتطلب الشكلية الرسمية أو العرفية لانعقاده. – إذا عبّر المستفيد عن رفضه للإيجاب المعروض من الواعد سقط الوعد بالتفضيل، واسترجع الواعد حريته، وجاز له التعاقد مع الغير. – إذا سكت المستفيد عن الإيجاب المعروض من الواعد، فلم يعبّر عن قبوله أو رفضه لهذا الإيجاب سقط الوعد[47].

المطلب الثالث: الجزاء المترتّب على مخالفة الوعد بالتفضيل: فعالية مؤكّدة

---

promettant. Tout au plus le promettant est-il tenu d'une obligation de faire accessoire, qui est de proposer le contrat au bénéficiaire du pacte de préférence. S'il n'exécute pas cette obligation accessoire, le droit de priorité n'en existe pas moins, de sorte qu'il peut être substitué au tiers contractant, sans qu'il soit besoin pour cela de forcer la volonté du promettant ». G. Wicker, *L'engagement du promettant: engagement au contrat définitif*, RDC, 2005, n° 1, p. 652. Voir aussi: D. Mazeaud, *Exécution des contrats préparatoires*, RDC, 2005, n° 1, p. 62 ;G. Pillet, op. cit, n° 20 et s.

[45] « *A partir de cet instant, le pacte de préférence s'apparente à* ***une promesse unilatérale de vente*** *: le débiteur n'est plus seulement tenu de ne pas vendre à un tiers, il promet de vendre au bénéficiaire* ». P. Puig, op. cit, p. 156.

[46] بعدما كان حق المستفيد حق أولوية (Droit de priorité) في المرحلة الأولى قبل اتخاذ الواعد قرار التعاقد، فإنه يصبح حق خيار (Droit d'option) في المرحلة الثانية بعد اتخاذ الواعد قرار التعاقد، وهو حق إرادي (Droit potestatif)، وليس حق دائنية (Droit de créance) مثلما يرى الفقه الكلاسيكي.

[47] « *En cas d'acceptation de cette offre par le bénéficiaire, le contrat devra être tenu pour définitivement conclu : c'est le jeu naturel de l'offre et de l'acceptation. En cas de refus, le promettant sera libéré et pourra conclure le contrat avec un tiers sans encourir de responsabilité. Il en ira de même en cas de renonciation tacite (mais alors certaine et non équivoque) du bénéficiaire à se prévaloir du pacte* ». B. Fages, op. cit, p. 71.

إذا تجاهل الواعد الوعد بالتفضيل بأن تعاقد مع الغير دون تقديم اقتراح للمستفيد، قامت مسؤوليته العقدية في التشريع الجزائري **(الفرع الأول)**، ويمكن الحكم ببطلان العقد أو الحلول محل الغير في التشريع الفرنسي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للواعد

إذا تجاهل الواعد الوعد بالتفضيل من خلال تعاقده مع الغير دون تقديم اقتراح للمستفيد من أجل التعاقد، فإنه يكون قد أخلّ بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد الوعد بالتفضيل مما يجعله مسؤولا تجاه المستفيد في إطار المسؤولية العقدية وفق القواعد العامة، فعدم تنفيذ الواعد لالتزاماته يشكّل خطأ يستوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالمستفيد الذي لم يستطع ممارسة حقه في الأفضلية. أما الغير فيبقى أجنبيا عن عقد الوعد بالتفضيل، ومن ثم لا يمكن مقاضاته على أساس المسؤولية العقدية احتراما لمبدأ نسبية أثر العقد، ومع ذلك لا يوجد مانع قانوني من مقاضاته على أساس المسؤولية غير العقدية إذا استطاع المستفيد إثبات سوء نيته، ويكون ذلك من خلال إثبات علمه بوجود الوعد بالتفضيل بين الواعد والمستفيد[48].

ويُلاحظ أنه إذا كان ما هو مذكور أعلاه لا يطرح أي تحفظ من حيث المبدأ، إلا أن تطبيقه في الميدان ليس بالأمر الهيّن، ذلك أنه قد يصعُب تقدير الضرر اللاحق بالمستفيد ما دام أن إبرام العقد النهائي كان مجرد احتمال، إذ من الممكن أن يرفض المستفيد الاقتراح المقدّم من الواعد، ومن ثم يسقط الوعد. وبناء على ذلك رأى بعض الفقه – بحق – أنه لا مناص من اللجوء، في هذه الحالة، إلى فكرة تفويت الفرصة (Perte de chance) إلا إذا وُجد بُند جزائي يقدّر التعويض بصورة اتفاقية[49].

الفرع الثاني: بطلان العقد أو الحلول محل الغير

بالنظر إلى عدم فعالية التعويض بالنسبة للمستفيد، قنّن المشرع الفرنسي تقنيتين، نقلهما عن الاجتهاد القضائي، يمكن للمستفيد أن يختار التمسّك بإحداهما، وهما على التوالي: بطلان العقد بين الواعد والغير، والحلول محل الغير، وفي هذا المعنى نصت المادة 2/1123 مدني فرنسي على ما يلي: " في حالة ما إذا أُبرم عقد مع الغير يخرق الوعد بالتفضيل، يمكن للمستفيد الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه. وعندما يكون الغير على علم بوجود الوعد ونية المستفيد في التمسك به، يمكن لهذا الأخير أيضا المطالبة بالبطلان أو أن يطلب من القاضي الحلول محل الغير في العقد المبرم"[50].

---

[48] G. Chantepie et M. Latina, op. cit, p. 219 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Lathier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, Paris, 2016, p. 143.

[49] J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit, p. 589.

[50] **Art. 1123/2.** « *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*

بالنسبة لبطلان العقد بين الواعد والغير، فقد أخذ به الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ زمن بعيد، واشترط لإعمال هذا الجزاء إثبات سوء نية الغير، أي إثبات علمه بوجود الوعد[51]، بل واشترط في بعض القرارات إثبات علم الغير بنية المستفيد في التمسّك بالوعد إلى جانب إثبات علمه بوجود الوعد[52]، وهو عين ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة المذكورة أعلاه. أما بالنسبة للحلول محل الغير في العقد المبرم بين هذا الأخير والواعد، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد رفض الأخذ به في بادئ الأمر[53]، ولم يعترف به إلا مؤخرا في قرار شهير بتاريخ 26 مايو 2006 صادر عن الغرفة المختلطة لمحكمة النقض، واشترط لإعماله إثبات علم الغير بوجود الوعد ونية المستفيد في التمسّك بهذا الوعد[54]، وهو عين ما أخذ به المشرع الفرنسي في المادة المذكورة أعلاه.

ورغم ترحيب عامة الفقه الفرنسي بالخطوة التي أقدم عليها المشرع الفرنسي من خلال السماح للمستفيد باللجوء إلى البطلان أو الحلول محل الغير، إلا أنه غير راض عن اشتراط الإثبات المزدوج الذي يقع على عاتق المستفيد، أي إثبات علم الغير بوجود الوعد وإثبات علمه بنية المستفيد في التمسّك بهذا الوعد، إذ يكون من المستحيل الحديث عن نية المستفيد في التمسّك بالوعد في حين أن الفرض يقتضي أنه لم يتلق أي إيجاب من الواعد يدل على عزمه التعاقد مع الغير. ويُلاحظ أن مشروع 2015 كان يكتفي بإثبات علم الغير بوجود الوعد

---

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 ».

[51] Cass. req, 15 avr. 1902, S. 1902, 1, p. 316 ; DP 1903, 1, p. 38 ; Cass. req, 12 janv. 1926, S. 1926, 1, p. 183 ; DH 1926, p. 116.

[52] Cass. civ, 3e, 10 févr. 1999, Bull. civ. III, n° 37; JCP G 1999, II, 10191, note Y. Dagorne-Labbé ; D. 2000, somm, p. 278, obs. Ph. Brun ; JCP N 2000, p. 522, note C. Bourrier ; RTD. 1999, p. 616, obs. J. Mestre, et p. 856, obs. P.-Y. Gautier.

[53] Cass. civ, 3e, 30 avr. 1997, n° 95-17598 ; D. 1997, 475, note D. Mazeaud ; Defrénois 1997, 1007, obs. Ph. Delebecque; JCP G 1997, Ii, 22963, note B. Thuillier ; RTD civ, 1997, 685, obs. P.-Y. Gautier, et 1998, 98, obs. J. Mestre.

[54] « *…si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ». Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. N° 4 ; D. 2006, p. 1861, note P.-Y. Gautier, 1864, note D. Mainguy, et p. 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP G 2006, II, 10142, note L. Leveneur, et I, 176, obs. F. Labarthe ; JCP E 2006, p. 1585, note Ph. Delebecque ; JCP N 2006, p. 1417, note B. Thuillier ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud, et p. 1131, obs. F. Collart-Dutilleul ; Defrénois 2006, p. 1206, obs. E. Savaux ; Rev. Sociétés 2006, p. 808, note J.-F. Barbieri ; Dr. et patr. 2006, n° 152, p. 93, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; RLDC septembre 2006, p. 5, note H. Kenfack.

بالتفضيل[55] اقتداء بمشروع (Terré)[56] إلا أن تعديل 2016 عاد من جديد لاشتراط الإثبات المزدوج المذكور أعلاه[57].

بقي أن نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد أقر ما يسمى بالدعوى الاستفهامية (Action interrogatoire)[58] بموجب الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 1123 مدني فرنسي على النحو الآتي: "ويمكن للغير أن يطلب كتابيا من المستفيد تأكيد وجود وعد بالتفضيل وما إذا كان ينوي التمسّك به وذلك خلال مدة يحدّدها والتي يجب أن تكون معقولة... ويُذكر في الكتابة أنه عند تخلف الإجابة في هذه المدة، لا يستطيع المستفيد من الوعد المطالبة بالحلول في العقد المبرم مع الغير أو المطالبة ببطلان العقد"[59]، وبناء على هذا النص يكون بوسع الغير المتردّد في التعاقد مع الواعد أن يكاتب المستفيد للتأكّد من وجود الوعد بالتفضيل والتعرّف على ما إذا كان هذا الأخير ينوي التمسّك بالوعد، ويتعيّن أن يتضمن هذا الطلب الكتابي تحديد مدة للردّ التي يجب أن تكون معقولة، وأن يشير بوضوح إلى أن عدم الردّ في هذه المدة يحرم المستفيد من رفع دعوى الحلول في العقد المبرم مع الغير أو من رفع دعوى بطلان العقد.

لقد وجّه الفقه الفرنسي عدة انتقادات شديدة اللهجة للصياغة التي حُرّرت بها المادة 1123/3-4 مدني فرنسي على النحو الآتي: من **ناحية أولى** جعلت المطالبة الكتابية المذكورة أعلاه جوازية بالنسبة للغير، في حين كان من المفروض جعلها إجبارية، ذلك أن الغير الذي يعلم بوجود الوعد بالتفضيل لن يسأل المستفيد عن نيته

---

[55] **Art. 1125/2.** « *Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers* ***qui en connaissait l'existence****, le bénéficiaire peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le bénéficiaire peut également obtenir la réparation du préjudice* ».

[56] **Art. 31.** « *Lorsque, en violation d'un pacte de préférence, un contrat a été conclu avec un tiers* ***qui en connaissait l'existence****, le bénéficiaire peut du pacte peut demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts* ».

[57] « *Le projet d'ordonnance allégeait le fardeau probatoire du bénéficiaire en conditionnant cette annulation ou substitution à la seule connaissance du pacte par le tiers, alors que la Cour de cassation exigeait également la preuve de la connaissance de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir. Cette seconde exigence a été réintroduire à l'occasion de réécriture finale du texte. Sans être impossible à rapporter, notamment grâce aux diligences du notaire, la preuve de cette seconde condition « psychologique » demeure délicate. Elle aurait pu être abandonnée, ce qui aurait d'ailleurs permis une meilleure articulation avec le mécanisme interrogatoire nouvellement consacré* ». F. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, Paris, 2e, éd, 2019, p. 43. Voir aussi : D. Houtcieff, op. cit, p. 174 ; P. Puig, op. cit, p. 159.

[58] Voir : C. Mangematin, L'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance ? Dr. et patr, n° 261, sept, 2016, p. 38.

[59] **Art. 1123/3-4.** « *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* ».

في التمسّك به، لأن هذه المُساءلة ستكون حجة عليه لو أقدم على إبرام العقد محل الوعد مع الواعد، إذ في هذه الحالة يستطيع المستفيد التمسّك بالبطلان أو الحلول ما دام أنه قد ثبت لديه أن الغير كان عالما بوجود الوعد وبنية المستفيد في التمسّك به. ومن **ناحية ثانية** يوجد غموض بخصوص عبارة "إذا كان ينوي التمسّك به" (s'il entend s'en prévaloir)، فهل المقصود بها تمسّك المستفيد بالوعد بالتفضيل من أجل إبرام العقد النهائي أم التمسّك بالوعد من أجل أن يعرض عليه الواعد إيجابا وفق ما هو محدّد في الوعد بالأولوية على الغير؟ ومن **ناحية ثالثة** لم تراع المادة المذكورة أعلاه ما هو جار عليه العمل في بعض المجالات من إدراج بند يمنع المستفيد من إخبار الغير بوجود الوعد بالتفضيل، مع أن مشروع 2015 كان يتضمن فقرة تجيز للمستفيد بكل وضوح الامتناع عن إخبار الغير بوجود الوعد دون أن يفقد حقه في رفع دعوى البطلان أو دعوى الحلول محل الغير[60].

خاتمة

لقد كشفت هذه الدراسة عن وجود اختلافات عميقة بخصوص الوعد بالتفضيل، بدءا من تعريفه وانتهاءً بالجزاء المرتب على مخالفته، ومع ذلك يمكن أن نصل إلى جملة من الحقائق التي لا يمكن المنازعة فيها، فمن **ناحية أولى** لا يرتبط الوعد بالتفضيل بعقد البيع مثلما هو معروف في الفقه العربي الكلاسيكي، بل هو ممارسة تعاقدية تمتد لكل العقود المسماة، ومن ثم يتعين تنظيمه ضمن أحكام العقد، ومن **ناحية ثانية** لا شك أن الوعد بالتفضيل لا يمثل صورة خاصة للوعد الملزم لجانب واحد، بل هو اتفاق من نوع خاص بين الواعد والمستفيد لا يمكن تكييفه بالاستناد إلى القواعد العامة طالما أنه كان وليد الممارسة التعاقدية، ومن **ناحية ثالثة** يتميّز بنوع من المرونة فيما يتعلق بشروط تكوينه، لاسيما من حيث عدم اشتراط توافر شروطه الجوهرية ولا تحديد المدة، ومن **ناحية رابعة** يبقى الواعد، مبدئيا، حرا في التعاقد مع الغير من خلال القيام بعمليات عقدية غير تلك التي هي محل الوعد بالتفضيل، ومن **ناحية خامسة** يتمتع المستفيد بحق إرادي يخوّله رفض أو قبول التعاقد مع الواعد.

وفي اعتقادنا لا بأس من الاستفادة من التجربة الفرنسية في تنظيم الوعد بالتفضيل، سواء تعلق الأمر بالاستفادة من مشروعي (Catala) و (Terré)، أو تعلق الأمر بالاستفادة من تعديل القانون المدني الفرنسي (2016)، مع تفادي ما وجّه لها من انتقادات، وفي هذا الإطار نقترح المادة التالية:

"الوعد بالتفضيل اتفاق يتعهّد بمقتضاه الواعد بمنح المستفيد الأفضلية في إبرام عقد معين في المستقبل، إذا ما قرّر الواعد ذلك، قد يكون مضمونه غير محدّد كاملا.

[60] G. Chantepie et M. Latina, op. cit, p. 222 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Lathier, op. cit, p. 147 et s ; F. Chénedé, op. cit, p. 44.

يخضع الوعد بالتفضيل من حيث تكوينه للقواعد العامة الموضوعية مع مراعاة مع ما ورد في الفقرة الأولى، أما من حيث الشكل فيتعيّن التمييز بين ما إذا كان الوعد مستقلا أم تابعا لعقد رئيسي شكلي.

إذا أخلّ الواعد بوعده من خلال إبرام عقد مع الغير يتعلق بمحل الوعد كان للمستفيد أن يطالب بالتعويض من الواعد طبقا لقواعد المسؤولية العقدية، ومن الغير طبقا لقواعد المسؤولية غير العقدية إذا كان هذا الأخير يعلم بوجود الوعد بالتفضيل، ويمكنه كذلك المطالبة بإبطال العقد بين الواعد والغير أو بالحلول محل الغير في العقد المبرم بين الواعد والغير إذا أثبت علم هذا الأخير بوجود الوعد بالتفضيل.

يجوز للغير الذي يعلم بوجود الوعد بالتفضيل ويرغب في التعاقد مع الواعد أن يطلب من المستفيد عن طريق محضر قضائي تأكيد رغبته في التمسّك بإبرام العقد النهائي، وذلك خلال مدة شهرين على أن يشير بخط واضح في المحضر إلى أن عدم الرد في هذه المدة يؤدي إلى سقوط حق المستفيد في التمسّك بإبطال العقد المبرم بين الواعد والغير أو الحلول محل الغير في هذا العقد".