

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية ادرار

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



جامعة أحمد دراية ادرار الجزائر
Université Ahmed DRAIA, Adrar-Algerie

الإطار القانوني للمسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في الحقوق

تخصص: القانون الخاص المعمق

إشراف :

أ، د. اقصاصي عبدالقادر

من إعداد الطالب الباحث :

عبد القادر بلاوي

أعضاء لجنة المناقشة:

01	يوسفات علي هاشم	استاذ التعليم العالي	جامعة ادرار	رئيساً
02	اقصاصي عبدالقادر	استاذ التعليم العالي	جامعة ادرار	مشرفاً مقرراً
03	يامة ابراهيم	استاذ التعليم العالي	جامعة ادرار	عضواً مناقشاً
04	أزوا عبدالقادر	استاذ التعليم العالي	جامعة ادرار	عضواً مناقشاً
05	الصادق عبدالقادر	أستاذ محاضراً	جامعة ادرار	عضواً مناقشاً
06	شريف الشريف	أستاذ محاضراً	المركز الجامعي النعامة	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية 2021-2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
" وَ لَا تَقْرَبُوا مَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْكُمْ مِنْهُ بِشَاءٌ إِلَّا بِالْحَيْثُورِ الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ
أَهْدَىٰ، وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا "

الآية 24 الاسراء

الاهـداء

أهـدي ثـمرة هـذا الجـهد المتواضع لأبوي الكـريمين
وإلى جميع من أكن لهم المحبة والعطف
إلى زوجتي وإلى أبنائي الأحباء
إلى أسماء وشيماء
إلى محمد الأمين
إلى ریحان و جواد
وإلى كل فرد من أفراد عائلتي .

كلمة شكر وتقدير

أثقدم بخالص عبارات الشكر الى كل من ساعدني من قريب أو بعيد على انجاز هذا العمل الذي أرجو أن يكمل بالتوفيق والرضا وفي مقدمتهم الحزاء لجنة المناقشة، وأخص بالذكر استاذي الفاضل أ د : اقصاي عبدالقادر الذي لم يتوان أية لحظة في إمدادي بالنصح والتوجيه فجزاه الله عنى كل خير مع ألفه شكر وفخر وامتنان.

وأرجو أن يكون هذا العمل بذرة خير لينتفع به، كل طالب علم أو باحث في مختلف المجالات، ليعود على هذه الامة بالخير والبركة.

قائمة أهم المختصرات باللغة العربية والأجنبية (liste des Principles abréviation)

أولاً: المختصرات باللغة العربية
ق م ج: القانون المدني الجزائري
ق م ف: القانون المدني الفرنسي
غ م: الغرفة المدنية
ق ت: القانون التجاري
م : المادة
م ق: المجلة القضائية
ط: الطبعة
ص: الصفحة
ج : الجزء
س: السنة
ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية
ثانياً: المختصرات باللغة الأجنبية

Art :article

Bull.civ : Bulletin des arrêts des chambre civile de la cour de cassation
français .

BGB :Burgerliches Gesetzbuch

Bull : Bulletin

c.a : cour d'appel

cass.civ : cassation civile de la cour de cassation

cass.crim : cassation criminelle de la cour de cassation.

ch : chambre

c c f : code civile français

éd : édition

j o :journal officiel

L .G.D.J :librairie générale de droit et de jurisprudence

N° : numéro

Op.cit : option citée

P : page

مقدمة

في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية الهائلة عرفت نظرية العقد بوجه عام تطورا ملحوظا من عدة جوانب مختلفة، بيد أن تكوين العقد أضحى الجانب الأهم منها، لاسيما بعد التحول في انماط المعاملات المختلفة وآلياتها فظهر معها أصنافا من العقود ذات قيمة مالية عالية وأخرى توصف لتعقيدها بالعقود المركبة أو المعقدة، يجري إبرامها سواء على المستويين الدولي و الوطني.

فالعقد ما زال يمثل في حياتنا اليومية دورا هاما لاسيما في مجال المبادلات الاقتصادية والتجارية، وهو يمثل ايضا الركيزة الاساسية التي تقوم عليها المعاملات المالية، وفي تداول السلع والخدمات، وتنظيم العلاقات بين الاشخاص وإنشاء الحقوق والالتزامات، لذلك كان العقد وما زال يمثل أهمية بالغة ضمن النظم والدراسات القانونية المختلفة فتم الاهتمام بمسائل تكوينه ومسائل ابرامه وتنفيذه.

قديمًا كان يعتمد في إجراء التصرفات على وسائل سهلة وبسيطة، بل أن إبرام العقود المتعلقة بالسلع والبضائع كانت فورية وتعتمد على أسلوب المفاوضة والتبادل بحيث يظهر كل متعاقد سلعته للآخر خلال مدة قصيرة، ومن خلال تفحص كل طرف لسلعة الاخر بنظرة عابرة يتأتى لهما أن يقدموا على التعاقد أو يرفضانه.

وفي حالة القبول يتم العقد بشكل فوري ودون أن يكون هناك فاصل بين الايجاب والقبول، ولم يكن للزمن أي دور في تقريب وجهات نظر الطرفين لكون المعاملات التجارية آنذاك، كانت تتسم بالبساطة واليسر من حيث نطاقها وقيمتها المالية بعيدة كل البعد عن التعقيد، وكان التعامل يتمشى مع طبيعة العلاقات التجارية السائدة آنذاك .

لذلك يمكن القول بأن صور المفاوضات العقدية بمفهومها الحديث لم تكن سائدة ضمن المجتمعات القديمة حتى ولو كان مصطلح " المفاوضات " متداولًا منذ زمن طويل نوعا ما، ووجودها مرتبط بوجود الانسان الذي ليس باستطاعته العيش بمعزل عن الاخرين ودون اي اتصالات أو علاقات تؤمن اشباع حاجاته اليومية.

كما أن المفاوضات العقدية باتت تلعب دورا أساسيا ومهما في الوقاية من النزاعات المستقبلية بين أطرافها بفضل إثارتهم خلال سير التفاوض جميع المسائل

المثيرة للجدل والحيلولة دون الوقوع في الخلافات والمشادات التي تعصف باتفاقاتهم وهذا ما يشكل الاهمية البالغة في الاهتمام بالعلاقات السابقة على التعاقد، ولم يعد الاهتمام بظاهرة التعاقد يقف على مجرد تبادل السلع والبضائع ووسائل إبرامها بعقود فورية وبسيطة فحسب، بل أصبح لزاما على البعض منها إجراء مفاوضات تستغرق زمنا طويلا قبل الوصول الى إرادة التعاقد.

فهناك جانب من العقود خاضع للتفاوض بطبيعته وهناك جانب آخر يخضع للتفاوض بإرادة الاطراف، فيستوجب منهم التحضير الجيد ودخولهم في مناقشات وتبادل المعلومات والوثائق والمستندات السرية وإجراء حوارات جدية فضلا عن دفع نفقات باهظة الثمن في سبيل تنقلاتهم و الوفاء بمتطلبات الدراسات المعمقة وإجراء خبرات تقنية ودقيقة وإعداد مخططات فنية ودراسة الجدوى الاقتصادية من التعاقد.

فبات مفهوم التعاقد الذي يركز على إبرام العقد بصفة فورية بمجرد تطابق الايجاب بالقبول مفهوما تقليديا، وأصبح غير كاف وليس بمقدوره بلوغ الارادة المتطابقة لإبرام العقد المتفاوض من أجله أو حتى بلوغ مرحلة الايجاب المشترك الذي يقتضي إجراء التفاوض على جميع المسائل المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، وقد يتخلل ذلك اتفاقات مبدئية أو مرحلية ممهدة للتعاقد، فضلا عن تبادل الاطراف العديد من المستندات والوثائق ذات الاهمية الاقتصادية والمالية.

فلا شك إن اعتماد الآليات البسيطة والسريعة لإبرام العقد بات أمراً غير سديد ولا ينسجم مع تطلعات الأطراف المتفاوضة، ولا يستقيم مع المبادئ الحاكمة لعملية التفاوض، فإبرام عقد دون أن يقدم الاطراف على التفاوض من شأنه أن يرتب الاخلال بمبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات.

بل أن التفاوض يفرض على الطرفين مناقشة جميع المسائل المتعلقة بالعقد المراد إبرامه بصورة تفصيلية، وإزالة كل لبس أو غموض يكتسي البنود المتفق عليها بين الطرفين، بحيث تظل هذه البنود واضحة المعنى والدلالة، فتكون عندئذ بمنأى عن كل تأويل أو تفسير خارج إرادة الطرفين، ومن شأن الأطراف المتفاوضة بلوغ الايجاب المشترك للتعاقد من خلال التفاوض والذي يشكل الأساس والعمود الصلب الذي يقف عليه بناء العقد النهائي.

كما أن مناقشة المسائل الجوهرية المعززة بتبادل الخبرات والمخططات الفنية والاتفاقات المبدئية، في إطار من حسن النية والثقة والجدية في التعامل ليوفر الأساس المتين الذي يقوم عليه التزامات طرفي التفاوض.

ولئن كان إبرام العديد من العقود لا يحتاج إلى إجراء مفاوضات بل يكفي أن يصدر أحد الطرفين إرادة الإيجاب لينتظر قبول الطرف الآخر، فيتم تطابق الإيجاب بالقبول للتعبير عن إرادة الطرفين واكتمال بناء العقد، ولا تتعدى مناقشتهما محور الثمن، فهذه الآلية البسيطة في التعاقد، كانت ولا زالت مجدية لإبرام العقود غير القابلة للتفاوض بطبيعتها الفورية أو بسبب قيمتها المالية المحدودة التي لا تسمح بتكبد نفقات التفاوض، فمثل هذا العقود سرعان ما يتفق طرفاها ولو من أول وهلة وبمجرد تبادل إرادتهما ولا يحتاج الأمر إلى فتح باب المفاوضات.

إلا أن هذا لا ينفي أن يتفق الطرفان قبل التعبير عن إرادتهما الباتة للدخول في مفاوضات حول موضوع العقد المرتقب إبرامه، فيبدأ الأمر بدعوة للتفاوض من أحد الطرفين إلى شخص محدد أو غير محدد، أو يتفقان منذ البداية على إجراء المفاوضات ويرسما حدودها، فعندئذ يكون من الضروري التمهيد لإبرام العقد النهائي بالدخول في مفاوضات شاقة، قد تستغرق الوقت وتمتد سنوات عديدة ويتطلب الأمر دفع نفقات باهظة في سبيل تحديد شروط العقد المزمع إبرامه أو تحديد الجدوى من التعاقد، وقد يستوجب لمباشرة مثل هذه المفاوضات ضرورة الحصول على بعض الرخص والخبرات الفنية وتبادل الأوراق والمستندات السرية فتزداد أهمية التفاوض على مر الأيام شيئاً فشيئاً.

ومن هنا فإن مرحلة التفاوض باعتبارها أولى مراحل تكوين العقد، تعد من أهم وأخطر مرحلة ممهدة للتعاقد نظراً لحساسيتها، ولما يجري خلالها من تضارب في الآراء وما يبديه الأطراف من مناقشات وتصورات متعكسة سعياً منهم لبلوغ مرحلة الإيجاب المشترك يكون بمثابة البذرة الأولى في ولادة العقد المزمع إبرامه.

فضلا عن ذلك فإن هذه المرحلة قد تتطوي على عقد العديد من العهود والاتفاقات السابقة على التعاقد في صورة اتفاقات مبدئية أو مرحلية، يتفق الطرفان على بعض المسائل قد تكون جوهرية، فيعكس اتفاقهما تقدما في مسار التعاقد

ويكون كل طرف أكثر التزاما بالاستمرار في التفاوض .

وقد تظهر أهمية هذه الاتفاقات السابقة على التعاقد بشكل جلي، حين فشل مساعي الاطراف في تقدم المفاوضات قدماً لبلوغ مرحلة ابرام العقد النهائي، فيعمد أحدهما لوضع حد للتفاوض وإجهاضه دون سابق انذار ودون اي سبب أو مبرر جدي فيقطع التفاوض بسوء نية أو متعسفا في استعمال حق العدول عن التفاوض في الوقت الذي يستكن له المتفاوض الاخر ويرجو أن تثمر جهوده التفاوضية بإبرام العقد النهائي.

وعلى العموم فإن مرحلة التفاوض تكشف بجلاء في حالة بلوغ العقد النهائي عن محتوى هذا الاخير، وتبين حقوق والتزامات كل طرف بشكل متوازن، ويكفل للطرفين صلاحية تنفيذ ما التزما به بسهولة دون حدوث أي سوء تفاهم أو منازعة باعتبار أن كل طرف أكثر وعياً وانسجاماً مع الطرف الآخر ببلوغهما مرحلة الايجاب المشترك والذي من شأنه أن يفضي الى البدء في ابرام العقد كما من شأنه بيان معالم تنفيذ العقد المتفق عليه بين الطرفين.

ومن هنا يتبين أهمية المفاوضات العقدية أيضا في تحقيق التوازن العقدي باعتبار أن هذه المفاوضات وسيلة وقائية تحول دون اختلال العقد المزمع ابرامه ويؤكد هذا الدور الوقائي للتفاوض سعي طرفا التفاوض الى تحقيقه، من خلال اتفاقهما أحيانا على ما يعرف بشرط التفاوض لإعادة التوازن للعقد، وهذا الشرط قد يدرجه الطرفان في عقدهما النهائي، فيلتزما بمقتضاه بالتفاوض لتعديل أحكام العقد إذا ما طرأت ظروفًا غير متوقعة من شأنها التأثير على التوازن الاقتصادي للعقد.

لذلك تزداد أهمية دراسة عملية التفاوض على العقد بازدياد المشكلات الناشئة عن الدخول في التفاوض ولعل أهم هذه المشكلات قد تتجسد عمليا في استمرار التفاوض لمدة معينة، ثم يعمد أحد الطرفين فجأة ودون سابق إنذار بقطع المفاوضات الجارية أو يعمد على قطعها بسوء نية، وليس للطرف الآخر سند يمكن له الرجوع لتعويض الخسائر التي يتكبدها جراء هذا التفاوض، كما يمكن لمفاوضه استغلال دون ترخيص، الأسرار الصناعية والتجارية التي كان مضطرا للكشف عنها أثناء عمليات التفاوض .

فكان لزاما أن يتدخل القانون لحماية الاطراف المتفاوضة طيلة مدة التفاوض وحتى بعد انتهاء التفاوض، وإلزامهما بمقتضيات التفاوض وما يتطلبه من حسن نية و التعاون والثقة، لاسيما وأن آليات التعاقد التقليدية كانت وما زالت لا تلقى بزمam المسؤولية على المتعاقد الآخر إلا بعد مطابقة الايجاب للقبول وتكوين العقد وتحديد حقوق والتزامات الطرفين.

غير أن مستجدات نظرية العقد قد وسعت من مجال المسؤولية و أصبحت تهتم بتنظيم المرحلة السابقة على ابرام العقد، فأضحى الدخول في المفاوضات يستجد عنه العديد من المشكلات القانونية ليس في طبيعة المسؤولية المدنية فحسب بل في تباين حلول بعض النزاعات الناجمة عن المفاوضات لعدم توافق القضاء المقارن على إيجاد حل معين.

أسباب اختيار الموضوع: دفعني لاختيار موضوع البحث جملة من الاسباب شخصية وأخرى موضوعية، ومن دواعي الاختيار الشخصية منها ما يتصل بطبيعة مهنتي التي تنصب على مسائل ابرام العقود الشكلية وما تتطلبه هذه العقود من إمام بالوسائل القانونية للوصول حقيقة الى ابرام العقد الصحيح، إذ يستوجب فعلا الإمام بالظروف المحيطة بالتعاقد وما يجري داخل مجالس العقد للتأكد من إرادة الطرفين، وما يجب الالمام به لتحديد التكيف القانوني المناسب للعقد، وباعتبار أن التفاوض يمثل مرحلة تسبق مجلس العقد ومن شأن هذه المرحلة أن توضح العديد من المسائل المرتبطة بالتعاقد والعقد.

وإلى جانب الاسباب الشخصية هناك أسباب موضوعية، تختصر في محاولة تعزيز البحث العلمي في هذا المجال لاسيما وإن إثارة هذا الموضوع في الوقت الحالي يفرضه واقع التشريعات المقارنه بصفة عامة والتشريع الجزائري بصورة خاصة، كما أن دراسة الموضوع لازالت فتية ولم تلق العناية الكافية من جانب الفقه والتشريع فضلا عن التطبيقات القضائية الجزائرية، التي مازال يستنتج منها أن مرحلة المفاوضات هي مجرد وقائع مادية لا تمت بصلة للعقد المراد ابرامه، ولا بمراحل التعاقد، في ظل ما يفرضه واقع المعاملات الاقتصادية، من التزامات قانونية يفرضها القانون ليس في مرحلة المفاوضات فحسب، بل في مرحلة الترويج للسلع

ومرحلة البحث عن المتفاوض، ويأتي على رأس هذه الالتزامات التي يفرضها القانون المقارن صراحة أو ضمنا هو واجب التعامل بحسن نية وما ينجر عن هذا المبدأ من واجبات فرعية أخرى.

الإشكالية :

إن المتفحص لواقع التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة فيما يخص مسألة تكوين العقد، ليدرك بجلاء ووضوح أن بعضها نظم المفاوضات العقدية بأحكام خاصة والبعض الآخر منها لم ينظمها، بل ترك أمر البحث عن الحلول المناسبة لكل ما استجد من مشكلات في هذا الشأن للاجتهاد القضائي فحسب وفي ظل هذه المواقف المتشعبة تثار الإشكالية التالية:

هل يمكن للتشريع الجزائري خلافا لبعض التشريعات المقارنة أن يتجاهل تنظيم مرحلة المفاوضات العقدية بأحكام متميزة أم أن الأحكام العامة المنظمة لنظرية المسؤولية المدنية كافية لمواجهة الإشكالات المستجدة عن التفاوض؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات أهمها: ما هي المبادئ التي تقوم عليها المفاوضات العقدية في التشريع الجزائري والقانون المقارن؟ وما هي القيمة القانونية للاتفاقات الناشئة عن هذه المفاوضات؟ وما مدى التزام الاطراف المتفاوضة في هذه المرحلة؟ وما طبيعة المسؤولية المدنية المنجزة عن مرحلة المفاوضات؟

أهداف الدراسة :

لقد حظيت مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد بعناية واهتمام فائقين من قبل التشريعات المقارنة والممارسات والدراسات القانونية الحديثة لعدة اعتبارات فضلا على بروز انعكاسات هذه المرحلة بشكل واضح على توازن وتماسك العقد المزمع ابرامه، مما يؤدي الى استقرار المعاملات، فكلما كان الاعداد الجيد وتوفير العوامل والظروف المواتية وسلوك الاطراف مبد أحسن النية لإنجاح المفاوضات يسهل التوصل الى عقد واضح لا يعتريه أي غموض أو لبس ويكون قابلا للتنفيذ وعدم مراعاة ذلك يؤدي الى ابرام عقد غامض مثير للجدل، قد ينجر عن ذلك اثاره العديد من المسؤوليات تتعدد بتعدد أسبابها وطبيعتها.

والجدير بالذكر ان العديد من التشريعات المعاصرة قد نظمت الفترة السابقة على التعاقد بأحكام خاصة، مثل ما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الامر رقم 2016-131 المؤرخ في 10/02/2016 المتضمن اصلاح قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات لاسيما المادة 1104 منه والتي تستوجب ان يسود حسن النية أثناء المفاوضات وأثناء تكوين العقد و تنفيذه.

فلهذا يجدر بنا بحث موضوع المفاوضات العقدية من عدة جوانب ودراسة المبادئ التي تقوم عليها المفاوضات العقدية، ودراسة أهم الالتزامات الناجمة عن الدخول والسير في التفاوض، والتعرض بالتفصيل لأهم الآثار المترتبة على الاخلال بهذه الالتزامات مسترشداً في ذلك بمختلف وجهات النظر بعض الانظمة التشريعية في بعض الدول الغربية والعربية وتفحص بعض الاحكام القضائية الصادرة بشأن المنازعات المتعلقة بالمفاوضات العقدية ضمن نفس هذه الانظمة القانونية والعمل على تحليلها ومقارنتها بوجهة نظر التشريع والقضاء الجزائري .

المعالجة المنهجية:

لحل هذه الاشكالات المطروحة للبحث، ارتأيت تناول جميع المسائل المتعلقة بالموضوع مستعيناً بأحكام القانون المدني الجزائري والتشريع المقارن مسترشداً ببعض الاحكام القضائية المتعلقة بموضوع البحث، مستتيراً بما وصلت اليه الدراسات القانونية في هذا المجال منتهجاً المنهج التحليلي أحيانا والمنهج المقارن أحيانا أخرى حسب متطلبات الموضوع ووفقاً للخطة المفصلة.

الدراسات السابقة:

بالرغم من ندرة المراجع المتعلقة بموضوع المسؤولية السابقة على التعاقد سواء فيما يخص التشريع الجزائري أو القانون المقارن، غير أنه استوقفنا خلال طرق موضوع هذه الاطروحة مرجع مهم حديث الاصدار، تم الاستعانة به لإثراء هذا البحث بالإضافة الى مذكرة ماجستير وأطروحة دكتوراه ويتعلق الامر بـ:

• مرجع للدكتور: بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة باجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، 2019، وهو في الاصل عبارة عن خلاصة

لدروس ما بعد التدرج تم القائها ضمن مقرر القانون المدني الجزائري المعمق لطلاب الماجستير في القانون الخاص ثم قام المؤلف بتطويرها شكلا ومضمونا وقد عالج في هذه الدراسة أساسا المشكلات الأساسية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، وتطرق فيها للحدود الفاصلة بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد ومستندات المرحلة السابقة على التعاقد والمسؤولية المدنية السابقة على التعاقد.

• أطروحة دكتوراه: بخيت عيسى، النظام القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد دراسة مقارنة) بين النظام الانجلوسكسوني والنظام الرومانو جرمانى وكذا مواقف بعض الانظمة الاقليمية كالقانون الاوربي الموحد ومبادئ النيودروا) جامعة محمد بوقرة بومرداس، السنة الجامعية 2016-2017، انطلق الباحث في بحثه بإشكالية أساسية هي: هل أن مرحلة ما قبل العقد هي مرحلة ما قبل القانون؟ وبعبارة اخرى هل أن المرحلة السابقة للتعاقد تقع على الهامش فلا تطلها يد القانون؟ وإشكاليات فرعية تتعلق بالتكييف القانون للواقعة في المرحلة السابقة على التعاقد والتزاماتها ومسئوليتها.

• رسالة ماجستير: براهيمى فايزة، التزامات الاطراف في المرحلة السابقة للتعاقد جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2008-2009 انطلقت الباحثة من اشكالية تحديد مفهوم المفاوضات السابقة لإبرام العقد النهائي وتحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات؟ و الى أي مدى يلتزم الاطراف في المرحلة السابقة على التعاقد؟ وهل للمسؤولية مكان؟ وإن وجدت فما طبيعتها؟

الصعوبات:

تشكل ندرة المراجع المتخصصة في مجال المسؤولية قبل التعاقد، صعوبة في إلمام الباحث بكل تفاصيل الموضوع، إذ أن توفير المراجع المتنوعة تسمح للباحث له بإجراء مقارنة في الصميم بين عدة انظمة قانونية مقارنة، كما أن هناك صعوبة متعلقة بتباين هذه الانظمة القانونية المقارنة، فيما يخص مسألة المفاوضات العقدية فهناك أنظمة قانونية نجدها قد نظمت مرحلة المفاوضات العقدية بأحكام قانونية متميزة، فضلا عن واقع المحاكم القضائية داخل هذه الانظمة، كما هو الشأن في القانون الفرنسي فنجده قد قطع شوطا كبيرا في التصدي للمسائل الطارئة عن

التفاوض بأحكام قضائية متميزة.

وفي المقابل هناك أنظمة قانونية أخرى لم تنظم هذه المرحلة ولكن يمكن تلمس موقف القضاء الثابت من المسألة، الذي يعتبر مرحلة المفاوضات العقدية مجرد عمل مادي لا يترتب عليه في حد ذاته أي آثار قانونية.

في حين هناك بعض الأنظمة القانونية لم تنظم مرحلة المفاوضات بأحكام معينة، ولم يتناول القضاء ضمن هذه الأنظمة مرحلة التفاوض بأي شكل، ومع ذلك ندرك بعض المبادئ العامة المنصوص عليها التي يمكن أن تمثل بذرة التفاوض فضلا عن تنظيم بعض الاتفاقات السابقة على مرحلة إبرام العقد النهائي.

لذلك يمكن تلمس بعض الصعوبة في عملية المقارنة حتى وإن كان الفقه يسلط الضوء على محتوى التشريعات في هذا المجال، ويستتبط من بعض الأحكام القضائية أن مرحلة المفاوضات هي مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب عليها في حد ذاتها أي اثر قانوني.

التصريح بالخطأ:

وعلى هذا الأساس ارتأيت ايجاد الحلول المناسبة للإشكال المطروح ضمن هذا البحث من خلال تقسيم البحث الى بابين، يتفرع كل منهما الى فصلين اثنين على النحو التالي:

نتناول ضمن الباب الاول المعنون بنطاق المسؤولية التفاوضية لذي سنقسمه الى فصلين متتالين يعالج الفصل الاول نظام المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد ويعالج الفصل الثاني سير المفاوضات العقدية.

بينما يتناول الباب الثاني المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات العقدية والذي بدوره تم بحثه في فصلين، يعالج الفصل الاول طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة التفاوض ويعالج الفصل الثاني أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة التفاوض.

الباب الاول / نطاق المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد

يمر العقد المبرم بمرحلتين رئيسيتين أولهما مرحلة سابقة على التعاقد أو مرحلة ما قبل التعاقد والثانية مرحلة ما بعد التعاقد، فتشمل هذه الاخيرة مرحلة تكوين العقد أو انعقاده ومرحلة تنفيذه، فطالما أصبح العقد تاما بتوافر شروط انعقاده وصحته، فيترتب عنه جميع آثاره القانونية¹ من التزامات وتحمل المسؤولية عند الاخلال بأي من الالتزامات المترتبة عنه، غير أن مرحلة تكوين العقد وما ينجر عنها من آثار سوف لن تكون محور هذه الدراسة بل تتمحور دراستنا حول بحث المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة المفاوضات من خلال تحديدها وتحديد الضوابط القانونية التي تقوم عليها ودراسة أهم الآثار المترتبة عن التفاوض العقدي انطلاقا من بحث الالتزام الاصلي لهذه المرحلة المتمثل في وجوب التفاوض بحسن النية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى .

لذلك سنتناول ضمن هذا الباب نطاق المسؤولية المدنية للمفاوضات العقدية في فصلين متتالين، يعالج الفصل الاول نظام المفاوضات في المرحلة السابقة على التعاقد ويتناول الفصل الثاني سير المفاوضات العقدية:

¹ يونس صلاح الدين على، العقود التمهيدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات(دار الكتب القانونية)، مصر 2010، ص 15

الفصل الأول: نظام المفاوضات العقدية

تعد المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة المفاوضات العقدية من أهم وأخطر مراحل عملية التعاقد وأكثرها حساسية، باعتبارها المرحلة التي يتم خلالها تحديد محتوى العقد وما يتضمنه من حقوق والتزامات لأطرفه، وما تثيره من مشكلات قانونية سواء فيما يتعلق بتحديد نطاق هذه المرحلة وتمييزها عن مراحل العقد الأخرى¹ أو ما يتعلق بالإخلال بالالتزامات السابقة على التعاقد أو الإخلال بالاتفاقات المبدئية أو العقود التمهيديّة² فضلا عن ذلك فإن هذه المرحلة تعتبر أكثر إرهاقا للأطراف نظرا لما تكلفهم من أموال وما تستغرقه من وقت ونفقات لإعداد الخبرات والدراسات والاستعانة بذوي الاختصاص وقد يلجأ الأطراف في بعض الأحيان إلى إبرام عقد تفاوض على العقد المراد إبرامه ليس من أجل الوصول إلى إيجاب مشترك، بل يكون بمثابة عقد تمهيدي يهدف إلى إبرام عقد نهائي³.

وعلى هذا الأساس فإن التعرف على ماهية المفاوضات العقدية وما يحيط بها من مبادئ وضوابط قانونية يقتضي تناولها من خلال بحثين اثنين، يتناول المبحث الأول ماهية المفاوضات العقدية ويتناول المبحث الثاني الضوابط القانونية للمفاوضات العقدية على النحو التالي:

المبحث الأول- ماهية مفاوضات العقدية:

تمثل فترة المفاوضات العقدية أولى فترات المرحلة السابقة على التعاقد⁴ تسبق مرحلة إبرام العقد أو مرحلة تكوينه، إلا أن مرحلة المفاوضات العقدية لا تكون لازمة للمضي في إبرام جميع العقود لاسيما العقود الفورية البسيطة، ذات الأهمية المحدودة والمألوفة في المعاملات اليومية والتي لا تحتاج لإتمام إبرامها إلى محادثات مطولة أو مشاورات أو حتى خبرات فنية أو قانونية لتقريب وجهات النظر أو الاتفاق المسبق على بعض المسائل الجوهرية للعقد، وقد لا تستغرق في أغلب الأحيان لإبرامها إلا وقت قصير، على نحو

¹ أبحار حامد حبش علي، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، مصر 2020، ص7

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2019، ص:17

³ أيمن احمد الدلوع، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016، ص:7

⁴ يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:19

تتوارى معه المسؤولية تماما خلف مبدأ الحرية التعاقدية حال فشل الأطراف في تحقيق الاتفاق على عناصر ومساائل العقد النهائي¹.

في حين أن مجال المفاوضات العقدية يكتسي أهمية بالغة ويستغرق زمنا طويلا ويتطلب جهدا شاقا ونفقات باهظة خاصة المفاوضات السابقة على إبرام ما يعرف بالعقود "الثقيلة" الحديثة غير التقليدية² أو العقود المركبة³ التي تمتاز بالتعقيدات الفنية والقانونية التي يجب مراعاتها قبل الإقدام على العقد المزمع إبرامه، كما أن هذه الأنواع من العقود أصبحت لا تواكبها الأساليب والقواعد الكلاسيكية المرتكزة على مجرد تلاقي الإيجاب بالقبول لإتمام إبرامها.

بل أن الامر يستوجب التفاوض حول العديد من المسائل الفنية والمالية والقانونية، كما هو الحال بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا والمعارف الفنية المختلفة وعقود تشييد البنية التحتية أو المشاريع الزراعية الكبرى وإقامة الموانئ البحرية والمطارات وعقود إنشاء المصانع وعقود التجهيز بالمعدات وعقود التقيب على الثورات الطبيعية واستخراجها واستغلالها أو عقود اندماج الشركات أو شراء أسهمها⁴ فهذا النوع من العقود يقتضي مفاوضات مسبقة وطويلة وشاقة ومرهقة للأطراف ليس فقط للوصول إلى العقد نهائي الذي قد يتمخض عن عملية التفاوض بل ان مدة التنفيذ أيضا قد تتراخى وتمتد لفترة طويلة، ويكون التنفيذ بهذه الكيفية محور المفاوضات السابقة على التعاقد.

غير أن الدراسات الفقهية في مجال المفاوضات العقدية برغم من قلتها، فإنها لم تحدد ماهية هذه المفاوضات، كما أن غالبية التشريعات المقارنة سواء المنظمة لأحكام التفاوض أو الممتنعة عن تنظيمها، لم تبين المقصود من التفاوض ولم توضح طبيعته، وذلك ما سوف نتناوله من خلال المطلبين التاليين:

¹ أنس عبدالمهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، دراسة تأصلية مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، مصر، 2018، ص:10

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 18

³ يعرف العقد المركب: بأنه عقد يتضمن التزامين جوهريين أو أكثر، ويكون كل التزام مقصود لذاته عمد تنفيذ العقد، أو بعبارة أخرى ما كان المتعاقدان يقدمان على إبرام العقد لولا تعدد التزاماته الجوهرية، انظر في هذا الصدد: عمورة عمر، العقود المركبة حقيقة قانونية فرضها الواقع الاقتصادي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 2، 2018، ص 172

⁴ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص 10

المطلب الأول- مفهوم المفاوضات العقدية:

للإحاطة بتحديد مفهوم المفاوضات السابقة على التعاقد، يقتضى محاولة تعريفها وتحديد جهات النظر الفقهية حولها والتعرف على مدى تقارب جهات النظر حول المقصود من المفاوضات العقدية وبيان خصائصها ومميزاتها ثم تحديد طبيعتها القانونية .

الفرع الأول- تعريف المفاوضات العقدية:

اختلفت الدراسات الفقهية فيما بينها حول التعريف بالمفاوضات بصفة عامة والمفاوضات العقدية بصفة خاصة، نتيجة لاختلاف جهات النظر والزواية التي ينطلق منها كل باحث، لتحديد مضمون المفاوضات¹، برغم من توحيد آرائهم التي تؤكد أن عملية التفاوض على العقد هي مرحلة سابقة على التعاقد.

عرف جانب من الفقه المفاوضات بأنها: (التحاور والمناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين الطرفين للحصول على حل متفق عليه، للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة وحل ما بينهما من مشاكل أو تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضاري²).

وعرف جانب آخر من الفقه المفاوضات أنها (قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على اطلاع مما يقدم عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالح كل منهما وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما)³.

وعرف جانب آخر من الفقه المفاوضات بأنها (المناقشة لوضع حل للمشكل المشترك بين الأطراف ذوي المصالح المختلفة، ويتطلب ذلك مجموعة من المبادلات السابقة على التعاقد من أجل تشخيص المشكل ثم إعطاء الحلول اللازمة التي تواجه العلاقات

¹ هناك بعض الآراء الفقهية اقتصررت مضمون المفاوضات في مناقشة شروط العقد وكيفية تنفيذه في مرحلة سابقة على التعاقد انظر في هذا الصدد: لحو خيار غنيمية ، قاموس قانوني في الالتزامات، موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص:19 والذي عرف المفاوضات بأنها" تمثل المرحلة ما قبل التعاقد إلي تناقش فيها شروط العقد وكيفية تنفيذه ، يتمتع كل طرف بحرية قطع المفاوضات ،غير انه إذا سبب ذلك ضرار للطرف الأخر، يمكن طلب التعويض على أساس المسؤولية الغير العقدية(المادة 124 ق م) يراعي فيها القاضي الظروف التي تم فيها قطع المفاوضات.

² إبحار حامد حبش علي، المرجع السابق ، ص:20

³ يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:25 وانظر أيضا بالحاج العربي، النظام القانوني للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:17 وأيضاً على احمد صالح المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، دار هومة، الجزائر، 2012، ص:50.

الاقتصادية بين الأطراف المتفاوضة أو تعيق توصلهم إلى اتفاق، وبالتالي تحول دون تحقيق إرادتهم حيال إبرام العقد¹.

فمن خلال التعاريف السابقة يتبين لنا إن إجراء التفاوض يقتضي توافر آليات المناقشة والمحادثة والحوار وتبادل الطرفان وجهات النظر وتبادل الوثائق والمستندات قصد تحقيق انسجام مصالحهما بشكل متوازن، وتحديد كل طرف ما عليه من التزامات، وما له من حقوق عند الاقتضاء.

لكن هذه التعاريف وردت بشكل شمولي لم يحدد أياً منها المفهوم الحقيقي للمفاوضات العقدية، كما لم يحدد الأثر المترتبة عليها في حالة تكلل المفاوضات بإبرام العقد النهائي أو في حالة إخفاق الطرفان في اتفاقهما المتفاوض من أجله.

فيمكن تعريف المفاوضات العقدية بأنها مجموع المناقشات والمحادثات والحوارات وتبادل الخبرات الفنية والقانونية والوثائق والمستندات الدالة على قبول عرض التفاوض بحسن النية من أجل توصل الطرفان لتحقيق مصالحهما المشتركة في شكل متوازن ضمن العقد المزمع إبرامه. وعلى هذا يمكن استخلاص خصائص ومميزات التفاوض كالتالي:

الفرع الثاني- خصائص التفاوض:

نستخلص من خلال التعاريف السابقة مجموعة من الخصائص التي تتميز بها المفاوضات العقدية عما يشابهها:

- **المفاوضات العقدية ذات طابع ثنائي:** إذ لا يستقيم التفاوض إلا بوجود شخصين على الأقل، وإذا كان من المتصور أن شخصاً واحداً قد يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه² أو أن يكون نائباً عن كلا المتعاقدين، فيجمع في شخصه طرفي العقد، فإنه في

¹ MONZER Rabih, LA NEGOCIATION DES CONTRATS INTERNATIONAUX. Une harmonisation des régime juridique romano-germanique et anglo-saxons, édition DELTA, 1éd,Libon,2008 p1: Définie comme la «discussion du traitement d'un problème commun menée entre titulaire d'interts différents " la négociation "consiste en un ensemble d'échanges précédant la formation de l'accord, en vue d'identifier, puis de résoudre les problèmes qui posera la relation économique envisagée et d'accorder, ensuite, les volontés des intéressés sur la disciplines que constitue le contrat.

² يونس صلاح الدين على ، المرجع السابق ، ص 27

حالة التفاوض ليس من المتصور حدوث ذلك¹ لوجود تعارض شديد بين مصالح الطرفين ولأن واقع الأمر يؤكد لنا أنه لا توجد أمامنا إلا إرادة واحد حلت محل إرادتين يكون منوطاً بها أن تراعي مصلحتين متناقضتين² ومنطق التفاوض يفترض عدم وجود التوافق ولا يمكن الوصول إلى اتفاق إلا عن طريق التفاوض بإرادة الطرفين.

• **المفاوضات العقدية هي بمثابة تصرف إرادي:** تخضع المفاوضات لمبدأ الحرية التعاقدية فهي تحدث بإرادة الطرفين، متى كانت إرادتهما صحيحة وغير مشوبة بعيب من عيوب الرضا ولا يبدأ التفاوض إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى الدخول فيه بغرض الاتفاق والوصول إلى العقد المزمع إبرامه في نهاية الأمر، وتبقى هذه الإرادة حرة طيلة فترة المفاوضات وللإطراف حرية اتخاذ الوسيلة أو الطريقة المناسبة للتفاوض، فقد يجرى التفاوض بطريقة مباشرة أو عن طريق تبادل الرسائل والخطابات المتبادلة بين الطرفين وما إلى ذلك، كما تبقى حرية الطرفين في الانسحاب من التفاوض شريطة عدم الإضرار بالطرف الآخر أو أن يكون قطع المفاوضات بسوء نية، كأن يكون قطع هذه المفاوضات دون سبب جدي أو يكون قطعها بعد إن قطعت شوطاً طويلاً ونشأ لدى الطرفين اعتقاد بقرب الوصول إلى الغرض الأساسي من التفاوض المتمثل في العقد النهائي المزمع إبرامه³

• **المفاوضات العقدية وسيلة لتقريب وجهات النظر المتعارضة:** ويتم ذلك عن طريق تبادل الآراء والمناقشات والوثائق والمستندات بين طرفي التفاوض.

• **المفاوضات العقدية هي مرحلة تمهيدية لإبرام العقد المزمع إبرامه:** من شأن المفاوضات الإعداد والتحضير الجيد لإبرام العقد وتحديد المسائل الجوهرية بدقة والتي سيتم التعاقد من أجلها، أن ينعكس ذلك على استقرار التوازن العقدي وتحقيق المصلحة المشتركة للطرفين.

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص:67

² عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص:227

³ يونس صلاح الدين على، المرجع السابق، ص:28

فمن خلال التفاوض يقوم الطرفان بالتمهيد لإبرام العقد النهائي بمناقشة شروطه وإجراء الدراسات اللازمة وكلما توصلنا الى اتفاق حول بعض الشروط، فإنهما يقومان ببلورته في صورة اتفاق مرحلي ثم يواصل التفاوض حول باقي الشروط الى غاية الاتفاق على جميع الشروط الجوهرية للعقد، فيكون حينئذ جاهزا للانعقاد¹.

• **نتائج المفاوضات العقدية احتمالية:** قد يتكفل التفاوض باتفاق الطرفين، وينتهي بإبرام العقد النهائي، وقد تفشل المفاوضات نتيجة لظروف وعوامل تصل بالمفاوضات إلى طريق مسدود، ومن ثم يعدل الطرفان عنها دون التوصل الى اتفاق بشأن العقد محل التفاوض².

الفرع الثالث- أهمية المفاوضات العقدية:

كما سبقت الإشارة أن للمفاوضات العقدية أهمية بالغة باعتبارها أداة للتفاهم والحوار وتبادل الآراء والتفاوض قبل الإقدام على التعاقد، فهي تسمح بفتح مجال للتفكير الجدي بجدوى التعاقد³ من عدة نواحي منطقية وقانونية واقتصادية واجتماعية قبل تحمل ما ينشأ عن التعاقد من آثار قانونية، فضلا عن كون المفاوضات السابقة هي مرحلة أساسية في عملية التعاقد في بعض العقود ذات الأهمية الاقتصادية، فمن خلال حسن سير عمليات التفاوض وحسن صياغة الشروط المتفق عليها خلال هذه المرحلة يمكن لذلك المساهمة في تحقيق ما يعرف بالتوازن العقدي ومنع إثارة المشاكل اللاحقة على التعاقد، كما أن الاطلاع على مختلف مراحل التفاوض وتفاصيل إجراءاتها قد يساعد مستقبلا في تفسير العقد النهائي عند إثارة أي نزاع يقتضي ضرورة تفسير العقد⁴ فضلا على أن للمفاوضات السابقة على التعاقد تأثيرا كبيرا على مستقبل العقد المراد إبرامه لاحتمال ظهور عوامل وأحداث يمكن أن تعيب رضا أحد الطرفين مما يهدد وجود وتنفيذ العقد النهائي.

فمن الناحية المنطقية هناك العديد من الضرورات التي تفرض على الشخص الذي يسعى لإشباع حاجاته اليومية من خلال إبرام علاقات مع الآخرين، تفرض عليه اللجوء

¹ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 72

² أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 22

³ أبحار حامد حبش علي، نفس المرجع، ص 24

⁴ احمد أبو القاسم أمحمد العجمي، حكم الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الفكر والقانون، مصر

إلى البحث عن غيره ليتفاوض معه وهذا لا يتم فجأة أو يحدث عرضاً، بل يجب توطئة الطريق بتبادل الآراء والمحادثات¹ لينتهي إلى عرض حاجاته ومطالبه².

فقد تبدأ مظاهر التفاوض على العقد من خلال الاتصال المباشر بعبارات عامة وحذرة يظهر من خلالها أحد الأطراف نيته وسعيه لإيجاد من يليه رغباته و إشباع حاجاته المقصودة والتي قد تبدأ بالتعريف بمشروعه وعرض اتصالاته في هذا المجال من أجل البدء في التفاوض على العقد المزمع إبرامه، وقد يتم الاتصال بين الأطراف عن طريق المراسلات أو عن طريق الاتصال الإلكتروني، بتقديم عروض أو إرسال كتالوجات لمنتجات معينة ذات أهمية صناعية من مؤسسة خارجية إلى مؤسسة جزائرية فعند الاطلاع على هذه العروض قد تبدي هذه المؤسسة الأخيرة رغبتها في الدخول في محادثات، فتطلب من المؤسسة المنتجة بعض الإيضاحات الفنية والقانونية تتعلق بالرسوم المفروضة على بيع المنتجات، وطرق ومدى نجاعة استعمال هذه المنتجات في بعض المناطق شديدة الحرارة أو ذات الطقس المتقلب ومدى توافر قطع غيار المنتجات وأساليب صيانتها.

فمن خلال المناقشات قد يطرح المنتج بعض التحسينات الخاصة بالطلب كما قد يتم طرح بعض التساؤلات المتعلقة بالثمن أو بتبادل الخبرات في هذا المجال، لذلك يمكن للأطراف من خلال بدء الحوار تحديد أهدافهما، فيقومان بتبادل الملفات والتبادل الحر للمعلومات والتوضيحات وما إلى ذلك، فينتج عن ذلك مجالاً للحوار أو ما يعرف بمرحلة بدء المحادثات التي من شأنها أن تقي الأطراف من أسباب الخلاف والنزاع والبحث عن الأهداف المشتركة³.

¹ هناك من يفرق بين مرحلة التفاوض (négociation) ومرحلة المحادثات (pourparler) لكن ليس لهذه التفرقة أهمية قانونية، لذلك نجد اغلبية الفقهاء في فرنسا ومصر قد اثبتوا ان المحادثات والمفاوضات هما مصطلحين لهما نفس القيمة القانونية، وكل مصطلح منهما يعتبر مرادف للمصطلح الاخر.

L'analyse de la jurisprudence français et Egyptienne permet de constater que les pourparlers et négociations sont deux notions ayant le même sens et la même valeur juridique, et chaque notion considérée synonyme de l'autre: انظر في هذا الصدد:

Mahmoud ELSEHLY .La période précontractuelle, étude comparée des régime français et Egyptien. thèse de doctorat de l'université de Toulouse ; le27 /11/2018 ; p 39

² احمد أبو القاسم محمد العجمي، المرجع السابق، ص 60

³ GUILLMARD S," De la phase préalable à la formation de certains contrats ،«Revue générale de droit, volume 24,n°2 , université d'Ottawa, édition Wilson et Lafleur ,1993p165

وعليه فإن المفاوضات السابقة على التعاقد تؤدي دورا وقائيا، لما قد يسفر عن التفاوض سواء باتفاق الطرفان بالتوصل إلى عقد نهائي أو قطع المفاوضات بعد التوصل إلى طريق مسدود يستحيل أو يصعب معه الاستمرار في التفاوض.

ومن الناحية القانونية فإن المرحلة السابقة على التعاقد لها أهمية قصوى، إذ بمجرد بدء الدخول في محادثات تعاقدية قد يترتب بعض الآثار القانونية الناتجة عن بعض عوائق تواجه بدء المفاوضات تؤدي بالأطراف إلى إنهاء التفاوض، وينتهي معها بعض الاتفاقات التحضيرية والأولية فيكون من شأن هذه الاتفاقات ترتيب عدة آثار وينتج عنها عدة إشكالات قانونية بين الطرفين، علاوة على أن هذه الاتفاقات قد يصعب عليها في غالب الأحيان عدم الدقة وعدم الأهمية بالنسبة لسير المفاوضات المنتهية، لاسيما في حالة عدم تحديد الطرفان عند بداية محادثتهما الأهداف المسطرة للتفاوض في شكل محررات مكتوبة والتي من شأنها على الأقل تجنب نسيان وجهات نظر كل طرف أثناء التفاوض¹.

وقد تنطوي المفاوضات على حل العديد من الإشكالات المتوقعة قبل العقد النهائي فينتظر الطرفان لوضع الحلول المناسبة بشكل مفصل حينما تطرأ أي مشكلة تقف في مواجهة تنفيذ أي بند أو شرط تعاقدي، لذلك يكون من شأن هذه المفاوضات الرجوع إليها لحل النزاعات القائمة بين الطرفين حتى في حالة توصلهما إلى إبرام العقد النهائي، ما لم يكن هناك اتفاق يلغي الاتفاقات المنبثقة عن سلسلة المفاوضات .

ومن جهة أخرى تعد المفاوضات وسيلة لتفسير العقد النهائي المبرم بين الطرفين عند نهاية التفاوض، فالمناقشات والدراسات المتبادلة بينهما، تعد مرجعا هاما للقاضي لتفسير العقد² فيمكنه في سبيل تفسيره شروط وبنود العقد، أن يأخذ بعين الاعتبار مضمون المفاوضات السابقة على إبرامه وما قد تم التوصل إليه من اتفاقات تمهيدية خلال هذه المرحلة، كما يمكنه أن يستعين في بحثه عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين بالمستندات

¹ GUILLMARD S , op.cit , p167

² احمد أبو القاسم محمد العجمي، المرجع السابق ، ص61

الدعائية التي تحيط بظروف التعاقد والتي تعتبر بحسب الرأي الراجح في الفقه من وثائق العقد¹.

فالأطراف عادة يتناولون في مرحلة التفاوض عدة مسائل جوهرية تمثل الأساس الذي يقوم عليه العقد النهائي، ويمكن أيضا التعرف على جميع العناصر والعوامل المؤثرة في اتفاقهما والكشف عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين الواجب الوقوف عليها في حالة الغموض من خلال عرض مختلف المباحثات والظروف التي سمحت بتقدم سير المفاوضات².

كما قد تنطوي أهمية المفاوضات باعتبارها الأساس الذي يميز عقود المساومة عن عقود الإذعان، إذ أن الطرفان في عقود المساومة يتمتعان بالحرية الكاملة في تحديد شروط العقد وبنوده عن طريق التفاوض، فيساهم كل طرف في صنع الاتفاق المتفاوض من اجله وله الحق في تقديم عروض تكون قابلة للنقاش من قبل الطرف الثاني وهذا لا يعني أنه لا بد من التفاوض في عقود المساومة، فقد يتم العقد دون أخذ ورد بين المتعاقدين، لكن المهم أن يكون للمتعاقد الحق في القبول أو رفضه³.

¹ محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018، ص 22

² تنص المادة 2/111 من القانون المدني الجزائري " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات" وبنفس الصياغة تناولها المشرع المصري من خلال المادة 2/150 من القانون المدني المصري وباختلاف طفيف بوضع بدل عبارة " محل لتأويل العقد" بعبارة "محل لتفسير العقد" وهي تقابل المادة 1188 من قانون العقود الفرنسي الجديد والتي تنص على ان " يتم تفسير العقد وفقا للنية المشتركة للأطراف دون التوقف عند المعنى الحرفي لألفاظه إذا تعذر الكشف عن هذه النية ، يفسر العقد وفقا للمعنى الذي يعطيه له الشخص العادي حال وجوده في نفس الظروف "

انظر في هذا الصدد: محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018، ص 78

وتتفق هذه التشريعات في حالة غموض المعنى الحرفي لألفاظ العقد يجب على القاضي الكشف عن الإرادة المشتركة للطرفين، ولا يقتصر على التعبير الذي اختاره الطرفان، بل له أن يستهدي بعوامل خارجة عن التعبير الحرفي إذا كان من شأن ذلك أن يساعد على الوقوف على الإرادة المشتركة للطرفين في ضوء طبيعة التعامل والأمانة والثقة والعرف، وباعتبار أن البحث عن الإرادة المشتركة قاعدة رئيسية لتفسير غموض العقد، فإنه يستوجب على القاضي بحث العلاقات السابقة بين الطرفين والاتفاقات التحضيرية والمبدئية في سبيل الكشف عن الإرادة المشتركة عند التفاوض، مع الإشارة أن التشريع الجزائري مثلما عليه الحال في التشريعين الفرنسي والمصري ، قد أورد بعض القواعد السابقة الذكر يستعين بها القاضي في تفسير العبارات الغامضة والكشف عن النية المشتركة للطرفين ، ولم ترد هذه القواعد على سبيل الحصر ، بل يمكن للقاضي أن يستعين بعوامل أخرى أقر أعمالها الفقه والفضاء واعتمدها القوانين المقارنة. انظر في هذا الصدد: محمد حسن قاسم ، المرجع السابق، ص :19 وانظر أيضا : عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص:938

³ علي فيلالي، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر ، ط3، الجزائر ، 2013، ص:81

وفي مقابل ذلك قد يكون لهذا الطرف أو ذاك الحق في إملاء شروط العقد نظرا لما يتمتع به من قوة اقتصادية على الطرف الآخر الذي ليس له الحق في مناقشتها بل له الحق في قبول و التسليم بهذه الشروط و هو ما يعرف بالقبول الاضطراري¹ .

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 70 مدني بأنه " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها" إي انه لا يجوز للطرف المدعم أن يقترح أي تعديل كان، فله أن يقبل أو يرفض.

المطلب الثاني- طبيعة المفاوضات:

اعتبر الفقه التقليدي أن الطبيعة القانونية للمفاوضات السابقة على التعاقد، هي مجرد أعمال مادية لا يتمخض عنها أي التزام قانوني، ولا يترتب عليها سوى المسؤولية التقصيرية بيد أن الفقه والقضاء المعاصرين فرقا بين حالتين في تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات تشمل حالة التفاوض غير المصحوبة باتفاق وحالة التفاوض المصحوبة باتفاق التفاوض².

وحول هذين الرأيين انقسمت الآراء الفقهية فيما يخص تحديد طبيعة المفاوضات السابقة على التعاقد، فالمفاوضات غير مصحوبة باتفاق التفاوض وهي التي تتم في غياب أي اتفاق صريح ينظمها ولا يهتم الاطراف بتنظيمها ضمن إطار معين ومحدد سلفا، تعتبر مجرد أعمال مادية تستند مجرياتها الى الالتزام بالواجب العام الذي يستوجب عدم الاضرار بالغير.

بينما تعتبر المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض هي تصرفات قانونية إذا ما اتجهت إرادة المتفاوضين إلى ابرام عقد التفاوض لتنظيم سير المفاوضات وما يترتب على العقد من التزامات³ .

¹ ابحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص: 28 وانظر أيضا: احمد أبو القاسم محمد العجمي، المرجع السابق

ص:62

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:261

³ يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:41

ولاستعراض مختلف الآراء الفقهية حول طبيعة المفاوضات من أجل تحديد الرأي الراجح وتحديد آثار التفرقة بين الاتجاهين وإبداء موقفنا منهما، فقد آثرنا أن نعتمد البحث في طبيعة المفاوضات كعمل مادي حسب ما اتجه إليه الجانب الأول من الفقه ثم بحث طبيعة المفاوضات كتصرف قانوني التي يؤيدها الاتجاه الثاني من الفقه :

الفرع الاول- التفاوض على العقد كعمل مادي:

كما سبقت الإشارة الى أن أنصار هذا الاتجاه، يعتبرون أن المفاوضات السابقة على التعاقد، مجرد أعمال مادية لا ترقى إلى مستوى التصرف القانوني¹ تقوم مجرياتها في ظل الواجب القانوني العام الذي يقضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد أو المؤلف الذي يؤدي بإلحاق الضرر بالغير، وبالتالي فإن هذه الأعمال المادية لا يتمخض عنها أي رابطة عقدية بين الطرفين، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن هذه المفاوضات تخضع لمبدأ حرية التعاقد التي من شأنها أن تسمح لأي طرف بالعدول عن التفاوض دون أن يكون ذلك سببا في النهوض بالمسؤولية باعتبار أن هذه المفاوضات لا يترتب عليها أي التزام عقدي².

لكن أنصار هذا الاتجاه أنفسهم يرون أن أعمال مبدأ الحرية التعاقدية على إطلاقه من شأنه أن يؤدي إلى عدم جدية المفاوضات، لذلك فقد عمد أصحاب هذا الاتجاه إلى التخفيف من صرامة موقفهم، واعتبروا أن العدول عن المفاوضات قد يؤدي إلى إثارة المسؤولية إذا اقترن العدول بخطأ سبب ضرر للطرف الآخر³.

وتكمن مشكلة هذا النوع من المفاوضات في دخول الأطراف في التفاوض مباشرة دون أن يسبق إجراءاتهما أي اتفاق صريح ينظم علاقتهما، مما يثير عدة تساؤلات منطقية أهمها يتمثل في تحديد ماهية النظام القانوني الذي يخضع له الأطراف المتفاوضة؟ وما طبيعة التفاوض؟ وما قيمته القانونية؟

¹ علي محمد حسين بوهان، التفاوض في العقود، دراسة مقارنة (رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق)، جامعة الإسكندرية، مصر، 2018، ص:67

² يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 43 وأيضا: علي محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص 67

³ يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 43

ولمعالجة هذه التساؤلات المطروحة سنحاول تقصي وجهات نظر التشريعات المقارنة لتحديد محتوى المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.

أولاً - موقف التشريع الفرنسي من التفاوض غير المصحوب باتفاق:

لم ينص القانون المدني الفرنسي قبل صدور الامر رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فيفري سنة 2016 المتضمن قانون اصلاح قانون العقود والإثبات¹، على أي نص خاص بمرحلة التفاوض حيث كانت مرحلة المفاوضات لا تمثل أهمية قانونية لتنظيمه، إلا أن القضاء الفرنسي وتبعه الفقه في ذلك على إرساء دعائم المسؤولية قبل التعاقد بما في ذلك المسؤولية عن قطع المفاوضات، معتمدين على الاحكام العامة للمسؤولية².

كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن المفاوضات غير مصحوبة باتفاق صريح تعد مجرد أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها في ذاتها أي أثر قانوني، فبمجرد الدخول في التفاوض لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام محدد طالما أن العقد النهائي لم يتم ابرامه، ويكون لأي من الاطراف المتفاوضة مطلق الحرية في قطع التفاوض دون أن يترتب على ذلك أية مسؤولية أو يطالب بتبرير انسحابه ما لم يكن متعسفا في ذلك بقدمه على قطع التفاوض دون سبب جدي في الوقت الذي أطمأن الطرف الاخر باستمرار التفاوض معه ويعتقد أنه من شأنهما أن تتكامل مفاوضاتهما بالتوصل الى ابرام العقد المراد ابرامه³.

فإذا كان مجرد العدول عن المفاوضات لا يصح أن يكون هو الاساس لتوفر الخطأ في حد ذاته ، بل يجب اثبات الخطأ من وقائع اخرى اقترنت بالعدول ويتوفر فيها عنصر الخطأ المعتبر كأساس للمسؤولية كأن يقدم هذا الطرف او ذاك على التفاوض دون أن

2 L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ratifiée par la loi no 2018-287 du 20 avril 2018 (jorf n°0053 du 11/02/2016)

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 264

³ يقصد بالاثار القانونية هو أن التعبير عن الارادة ليس مجرد واقعة مادية يجهلها القانون، بل يأخذها بعين الاعتبار فيستفيد الغير الذي يتصرف ازاء هذا التعبير من الحماية القانونية التي تتمثل اساسا في مساءلة المعبر عن الارادة اذا عدل عن ارادته وسبب ضررا للغير، وتختلف هذه الاثار باختلاف طبيعة التعبير عن الارادة، فقد يكون ايجابا أو قبولا، او وعد للجمهور، مجرد دعوة للتفاوض ويترتب على كل حالة اثار قانونية معينة" انظر في هذا الصدد علي فيلاي، المرجع السابق، ص:116.

تتوافر لديه النية اصلا في التوصل لإبرام العقد بقدر ما يهدف الى تحقيق اهداف أخرى كالحصول على معلومات من المتفاوض الاخر¹.

وبعد صدور الامر 131-2016 السالف الذكر والذي دخل حيز التنفيذ، منذ تاريخ 01/10/2016 فقد أقر المشرع الفرنسي مرحلة التفاوض السابقة على التعاقد ونظم احكامها ضمن المواد 1112² ما بعدها والتي نص فيها على أنه " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حرا، يجب لزاما ان تراعى هذه المسائل مقتضيات حسن النية تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه.

لذلك فالتشريع الفرنسي يكون ساير القضاء الفرنسي و آراء الفقه المعاصر في اعتبار أن المفاوضات بصفة عامة والمفاوضات غير مصحوبة باتفاق في اقتراحها والدخول فيها والسير في مجرياتها وقطعها يكون حرا ولا ينشئ أي التزام على عاتق أي متفاوض ولم يأخذ التشريع الفرنسي.

كما لم يأخذ الفقه والقضاء في فرنسا بمضمون نظرية الفقيه الالمانى اهرينج المعروفة بنظرية الخطأ عند ابرام العقد³ culpa in contrahendo والتي تقر بوجود اتفاق ضمني ينعقد بين الطرفين بمجرد دخولهما في التفاوض، وينشئ على عاتقهما

¹ يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:44

² وقد جاءت هذه المادة ضمن المبحث الفرعي الاول من المبحث الاول الفصل الثاني للباب الفرعي الاول من قانون الالتزامات والتفاد في القانون الفرنسي، بعنوان " المفاوضات " وتمت صياغتها كما يأتي :

Art1112: l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelle 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 la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

والتي تم تعديلها بموجب المادة 3 من القانون 287-2018 المؤرخ في 2018/02/18 (jorf n°93 du 21/02/2018) بإضافة :

1o Après le mot: «compenser», il est inséré le mot: «ni»; 2o Sont ajoutés les mots: «, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages».

وللإشارة ان هذه النص جاء ضمن صياغة المادة 1104 من مشروع كئالا" يكون اقتراح لمحادثات وسيرها وقطعها حرا، لكن يجب ان تراعى فيها مقتضيات حسن النية.

لا يمكن ان يشكل فشل مفاوضات مصدر مسؤولية، الا اذا كان سببه سوء نية أحد الفرقاء أو خطؤه.

انظر في هذا الصدد: بيار كئالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتفاد في القانون الفرنسي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1 لبنان، 2009، ص:117

³ سميت وعرفت نظرية الخطأ عند تكوين العقد بهذه التسمية انظر في هذا الصدد عبدالرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 622

التزاما باليقظة في التفاوض، الذي يترتب المسؤولية العقدية عند الاخلال به بحيث ان هذا الاتفاق الضمني غير جدير بالاهتمام وهو مجرد وهم لا أساس له من الصحة من وجهة نظر التشريع الفرنسي¹.

غير أن المشرع الفرنسي اشترط لصحة التفاوض أن يكون منسجما مع مقتضيات حسن النية سواء في اقتراح التفاوض أو سيره أو قطعه دون أن يخل بمبدأ الحرية التعاقدية الذي يعطي الحق لكل متفاوض حرية قطع المفاوضات التي لا تتفق مع مصالحه المشروعة فيكون من شأن الاخلال بهذين المبدأين إلا أن قيام المسؤولية التقصيرية في حالة المفاوضات غير مصحوبة باتفاق صريح.

وعلى هذا فالتشريع الفرنسي يكون قد ساير القضاء الفرنسي الذي ما زال يؤكد على أن المفاوضات يحكمها مبدأ² فهي تخضع كأصل عام لمبدأ حرية التعاقد الذي يعطي لكل متفاوض حرية قطع التفاوض من جهة ومن جهة أخرى يستوجب أن يخضع التفاوض لمبدأ حسن النية الذي يتطلب ان تتم المفاوضات بشرف وأمانة، مما يجعل مجرد قطعها دون مبرر مشروع، وأن لم تقترن به وقائع أخرى إخلالا بهذا المبدأ الذي شأنه أن يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية³.

ثانيا- موقف المشرع المصري من التفاوض غير المصحوب باتفاق:

لم ينظم القانون المدني المصري مرحلة التفاوض على العقد بنصوص خاصة، بل ترك مهمة الاجتهاد في هذا المجال للفقهاء والقضاء في ضوء القواعد العامة. إلا أن الفقه المصري لم يولي هذه المرحلة بالاهتمام الواسع، فغالبا ما يتناول هذه المرحلة بشكل سريع، فضلا عن ان الدراسات الفقهية التي تناولت هذه المرحلة بالبحث المتعمق تعد محدودة نتيجة لعدة اسباب اهمها أن انعكاس هذه المرحلة وما تثيره من منازعات امام القضاء قليلة⁴.

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 265

² فقد قضت محكمة النقض الفرنسية: ان قطع المفاوضات فجأة دون مبرر مشروع بعد ان بلغت مبلغا متقدما مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية ويعتبر ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية

³ يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:45

⁴ رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص:274

لذلك فقد استقر الرأي في الفقه المصري وتبعه القضاء في ذلك بما لا يكاد يدع مجالاً للشك على أن التفاوض ليس إلا عملاً مادياً، لا يترتب عليه بذاته أي أثر قانوني فكل متفاوض له الحرية في الدخول في المفاوضات وقطعها في أي مرحلة أو أي درجة بلغت من التفاوض وفي أي وقت دون أن يتحمل أي مسؤولية، كما هو غير مطالب بتقديم أسباب عدوله عن التفاوض ما لم يكن هذا العدول مقترناً بخطأ يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية.

أما من جانب القضاء فقد أكدت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها بأن " المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وفي هذه الحالة يقع عبء اثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن اتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره بل يجب ان يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية"¹.

وعليه فإن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض من وجهة نظر الفقه والقضاء المصريين تعتبر مجرد عمل مادي لا يترتب عليها في حد ذاتها أي أثر قانوني، ويمكن لأي طرف من الاطراف المتفاوضة الحرية في قطع التفاوض في الوقت الذي يريده دون ان يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان سبب عدوله² ولا ترقى مرحلة التفاوض الى مرحلة التصرف القانوني الموجب لقيام المسؤولية العقدية، لانتفاء العلاقة العقدية بين الطرفين.

¹ نقض مدني مصري الطعن رقم 167 لسنة 33 قضائية جلسة 1967/02/09، ص 52، وأيضاً انظر الطعن رقم 559 لسنة 74 قضائية جلسة 2007/03/20، وانظر أيضاً في هذا الصدد: رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 275 و أيضاً يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص: 60

² نقض مدني مصري الطعن رقم 559 لسنة 74 قضائية جلسة 2007/03/20

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من المفاوضات غير مصحوبة باتفاق التفاوض:

على غرار التشريع المصري لم ينظم المشرع الجزائري مرحلة المفاوضات العقدية بنصوص خاصة سواء كانت مصحوبة باتفاق التفاوض أو غير مصحوبة به، ولم يحدد حقوق والتزامات أطراف التفاوض، بل ترك أمر الخوض في هذه المرحلة من التعاقد للفقهاء والقضاء بصفة عامة مكتفيا ببعض الاحكام المنصوص عليها ضمن القانون المدني¹ من بينها نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أن " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين" وفي المادة 65 منه " اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها أعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة" .

وفي المادة 71 منه نص على " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ابرامه فيها " كما نص في المادة 1/107 على " إنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية" .

والفقهاء والقضاء الجزائري مازالا يعتبران مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي لا ينشئ على عائق الطرفين أي التزام ويبقى للطرف المضرور من جراء عملية التفاوض سوى اللجوء الى المطالبة بتطبيق احكام المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني، التي تلزمه بإثبات الخطأ قبل التعاقدى اللازم لقيام هذا النوع من المسؤولية².

الفرع الثاني- التفاوض على العقد عمل قانوني:

يقصد بهذا النوع من المفاوضات تلك التي تتم مجرياتها بناء على اتفاق صريح شفوي أو مكتوب، وذلك قبل الدخول في المفاوضات واتفاقهما على التفاوض من اجل ابرام العقد

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 116 وانظر ايضا : بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، دراسة مقارنة، دار حافظ للنشر والتوزيع، ط1، جدة، 2011، ص 11

² بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 11

المرتقب ابرامه فيتضمن اتفاقهما الصريح تنظيم العلاقات التفاوضية اثناء التفاوض وعند فشله.

فالمفاوضات العقدية تتمخض عن تصرف قانوني ينشأ بين المتفاوضين¹ وبعد هذا التصرف هو مصدر الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض وتتجسد هذه الالتزامات بشكل رئيس بالتزام بالتفاوض بحسن النية وما يتفرع عنه من باقي الالتزامات الاخرى². وتجدر الاشارة الى أن كل المتفاوضين ينازعهما عملان أساسيان اثناء التفاوض عامل حرية التفاوض وعامل أمن المفاوضات³.

فيقتضي عامل حرية التفاوض أن يحتفظ المتفاوض بكامل حريته طيلة مرحلة التفاوض بحيث تمكنه هذه الحرية من العدول عن التفاوض في أي وقت، أما عامل أمن المفاوضات فيقتضي أن يشعر المتفاوض بالأمان والطمأنينة أثناء التفاوض، وذلك حتى يتسنى له المضي قدما في تفاوضه، وهو هادئ البال لا يخشى التعرض لأي ضرر من جراء قيام المتفاوض معه بتصرفات تتنافى مع ما يقتضيه حسن النية والأمانة في التعامل⁴.

وتزداد أهمية أمن المفاوضات بازياد القيمة الاقتصادية للعقد المتفاوض من أجله، إذ هناك من العقود المتفاوض عليها، تستوجب إنفاق الكثير من الاموال وبذل الجهد والوقت وإجراء الأبحاث والدراسات المستفيضة من أجل الإعداد الجيد للعقد المزمع ابرامه، فحينها يكون هذا المتفاوض بحاجة ماسة الى ما يضمن جدية المفاوضات ويكفل المحافظة على أمواله و المجهودات المبذولة في هذا الشأن.

وعلى ذلك فإن الطرفين يهدفان من وراء اتفاقهما على التفاوض تأكديهما على أن مجريات التفاوض تتم باتفاق صريح ومسبق على ابرام العقد النهائي، فضلا عن تحقيق هذا الاتفاق وسيلة اثبات مضمونة يسهل الرجوع اليها، ولم يعد التفاوض في هذه الحالة

¹ يطلق على هذا الاتفاق في الحياة العملية عدة تسميات اشهرها الاتفاق المبدئي L' accord de principe وعقد التفاوض contrat de négociation واتفاق التفاوض Accord de négociation انظر في هذا الشأن رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 280

² علي محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص 69

³ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 277 وانظر ايضا: بونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 62

⁴ رجب كريم عبد اللاه، نفس المرجع، ص 278

مجرد عمل مادي غير ملزم بل يتحول الى تصرف قانوني ملزم، وبالتالي فإن كل اخلال يبند من بنوده يؤسس للقيام بالمسؤولية العقدية للطرف المخل.

فإذا كان العديد من الاتجاهات الفقهية تتكر أساسا إسناد المسؤولية في مرحلة التفاوض إلى وجود فكرة الاتفاق الضمني بين الطرفين المتفاوضين، على اعتبار أن ذلك مجرد وهم لا أثر له في حقيقة الأمر فإن هذا الاتجاه لم يتردد في الاعتراف باتفاق التفاوض تحت أي مسمى شريطة أن يكون هذا الاتفاق صريحا.

وتختلف وجهة نظر التشريعات المقارنة حول المفاوضات المصحوبة باتفاق على النحو التالي:

أولا - موقف التشريع الفرنسي:

لم يتردد الفقه والقضاء الفرنسيان قبل تعديل نظرية العقد منذ سنة 1916 في الاعتراف باتفاق التفاوض الصريح، على اعتبار أنه اتفاق حقيقي يترتب عنه التزامات حقيقية طبقا لمقتضيات مبدأ الرضائية في العقود وفي ظل قانون العقود الفرنسي الجديد نصت المادة 1112 يكون اقتراح المفاوضات وسيرها وقطعها حرا، ويستوجب أن تراعى في ذلك مقتضيات حسن النية، وطبقا للمادة 1102 من نفس القانون لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد وفي أن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود المقررة قانونا.

وبالتالي فإن الاصل في المفاوضات قبل التعاقدية حرية التعاقد، لذلك يمكن للطرفين ان يبرما عقد التفاوض أو اتفاق التفاوض وتنظيم عملية التفاوض بغية الوصول الى ابرام العقد النهائي المتفاوض عليه¹ طالما أن المتفاوضين احترما مقتضيات حسن النية ولم يتعسف أيا منهما في استعمال رخصة الرفض بأن خرج في هذا الاستعمال عن حدود حسن النية².

وقد كان القضاء الفرنسي متوافقا مع ما ذهب اليه الفقه الفرنسي حيث يتبين من خلال قضية حديثة نسبيا نظرتها محكمة استئناف باريس عام 1997 تتلخص وقائعها في " أن

¹ علي محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص: 79

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 64

شركتين اتفقا على الدخول على التفاوض من أجل الاندماج فيما بينهما، وبعد عدة جلسات للتفاوض قامت إحدى الشركتين بقطع التفاوض وإخطار نظيرتها بانسحابها، ولما تم عرض النزاع امام محكمة التحكيم قضت هذه الاخيرة بعدم مسؤولية الشركة المنسحبة من التفاوض.

وعند الطعن ضد قرار التحكيم أمام محكمة استئناف باريس قضت هذه الاخيرة بتأييد القرار المطعون وقد سلمت المحكمة بوجود اتفاق التفاوض بين الطرفين، وأن هذا الاتفاق ينشئ على عاتقهما التزاما تعاقديا بالتفاوض بحسن نية، وانتهت بعدم مسؤولية الشركة التي قطعت المفاوضات لكونها لم تخل بقواعد حسن النية السائد في المعاملات التجارية، حيث أنها قامت بإخطار الشركة المتفاوض معها في الوقت المناسب بعزمها العدول عن التفاوض، قضى عن ذلك فان اتفاق التفاوض لا يلزم الطرفين البتة بإبرام العقد النهائي فعلا¹.

ثانيا - موقف التشريع المصري:

القاعدة المقررة في أحكام القضاء المصرية هي "أن الإعلان الموجه للجمهور أو الأفراد لا يعدو أن يكون دعوة للتفاوض وأن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذى يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله"² إلا أن الفقه المصري الحديث³ لم يتردد في في أن يعترف باتفاق التفاوض، ويقر بصحته وأن هذا الاتفاق ينشئ على عاتق الطرفين التزاما عقديا بالتفاوض يتعين تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية طبقا للمادة 1/148 من القانون المدني المصري⁴ ويمكن أن يحدد هذا الاتفاق بنود بدء التفاوض وتنظيم سيره بحسن نية دون أن يتضمن التزاما بإبرام العقد النهائي ويتم ذلك في صورة اتفاق صريح ومكتوب حتى يمكن اعتباره وسيلة اثبات للتفاوض عند

¹ أشار اليه : علي محمد حسين بوهان، المرجع السابق ، ص: 80

² محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم 559 لسنة 74 قضائية - جلسة 20،03،2007 المشار اليه سابقا

³ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 286 وانظر ايضا: علي محمد حسين بوهان، مرجع سابق، ص: 80

⁴ المقابلة للمادة 1/107 من القانون المدني الجزائري

الانكار¹، ويرتب الاتفاق المصحوب بعملية التفاوض المسؤولية العقدية طبقا لمقتضيات المادة 215 مدني مصري.

ثالثا- موقف المشرع الجزائري:

كما سبقت الاشارة سابقا أن المشرع الجزائري لم يعالج المرحلة السابقة على التعاقد بأحكام خاصة ولم يحدد حقوق والتزامات الاطراف المتفاوضة، غير أن ذلك لا يمنع في حالة المفاوضات المصحوبة باتفاق صريح بالتفاوض من تطبيق أحكام القواعد العامة على مجمل الاتفاقات السابقة على التعاقد لاسيما المادة 59 من القانون المدني التي تستوجب لانعقاد العقد تبادل التعبير عن الايجاب والقبول وارتباطهما وتطابقهما.

والأصل في المفاوضات قبل التعاقدية الحرية والاختيار إلا أن يكون أحد الطرفين قد ألزم نفسه باتفاق الدخول في مفاوضات عقدية، باعتبار ان العقد في القانون المدني الجزائري لا يترتب حقوق ولا التزامات قانونية بين اطرافه قبل انعقاده طبقا للمادة 106 مدني² وحتى يتم التفاوض يجب ان يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للقول بانعقاد العقد طبقا للمادتين 65 و 71 من القانون المدني، كما يستلزم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها بحسن النية طبقا للمادة 107 مدني، باعتبار ان هذا النص يتسع ليستوعب تطبيقه جميع مراحل التعاقد بما في ذلك المرحلة السابقة على التعاقد.

وخلاصة القول أن الفقه والقضاء المعاصران قد فرقا بين المفاوضات المصحوبة بالاتفاق والمفاوضات غير المصحوبة باتفاق، فاعتبرا أن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق مجرد عمل مادي ليس له أي أثر قانوني وليس هناك اي اساس لقيام أي مسؤولية وفي حالة تسبب المفاوضات في احداث ضرر لإحدى طرفي التفاوض فهذا قد يكون سببا لقيام المسؤولية التقصيرية إذا ما توافرت شروطها.

أما إذا كانت المفاوضات مصحوبة باتفاق، فإن هذا الاتفاق يعتبر تصرفا قانوني من شأنه أن يجعل من الاخلال بالمفاوضات أساسا قانونيا لقيام المسؤولية العقدية.

¹ علي محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص: 80

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص28

غير إننا لا نجد أساسا قانوني لهذه التفرقة وهي مجرد تفرقة تحكيمية، ومن شأنها أن تؤدي الى ازدواجية في المعيار دون وجود مبرر¹ بل أن المنطق القانوني يقتضي ضرورة توحيد معيار الطبيعة القانونية للتفاوض تقوم على أساس أحكام قانونية واحدة دون تمييز بين مفاوضات مسبقة أو غير مسبقة باتفاق لأن ذلك من شأنه أن يضيف عامل المساواة بين الطرفين المتفاوضين، ويجنبهما العديد من المشكلات المرتبطة بتكييف علاقاتهما التفاوضية، لاسيما فيما يتعلق بطبيعة المسؤولية والأحكام الواجبة التطبيق في حالة الإخلال بالتفاوض.

والواقع أن اعتبار المفاوضات العقدية مجرد أعمال مادية لا ترتب آثارا قانونية في حد ذاتها هي فكرة لا تتناسب مع المنطق القانوني السليم، بل أن اعتبار هذه المفاوضات ذات طبيعة عقدية سواء تم ذلك باتفاق صريح أو ضمني متى تم الدخول في عملية التفاوض، ويقتضي أن يؤسس لذلك بأحكام مبدئية وصريحة تقرر بعملية التفاوض في جميع مراحلها طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات في هذه المرحلة من التعاقد.

المطلب الثالث - تمييز المفاوضات العقدية عن الأنظمة المشابهة لها:

من اجل تحديد نطاق التفاوض العقدي وتحديد الدور الحقيقي الذي تلعبه المفاوضات العقدية، يجب بحث ما يميز هذه المرحلة عن باقي الأنظمة القانونية المشابهة لها وكذا تمييزها عن المراحل الأخرى التي تسبق إبرام العقد النهائي، مثل تمييز هذه المرحلة ككل عن مرحلة إبرام العقد.

الفرع الاول - تمييز مرحلة التفاوض عن مرحلة إبرام العقد:

مرحلة المفاوضات العقدية *période de la négociation du contrat* هي تلك المرحلة التي تجري فيها مناقشة شروط العقد ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية، عادة ما تأخذ شكل دعوة إلى التعاقد، لا يتكون منها إيجاب وتكون بعيدة عن تحديد شروط العقد²، وهي في الحقيقة دعوة للدخول في التفاوض أو المباحثات يوجهها من يرغب في

¹ رجب كريم عبدالله، المرجع السابق، ص: 288

² بحيث اذا كان العرض الذي يتقدم به احد اطراف التفاوض يتم عن عزم صاحبه في إبرام العقد مباشرة فان ذلك يعتبر ايجاب ينتظر قبولا لإبرام العقد اما اذا كان العرض مجرد التمهيد للعقد- بحيث لا ينم عن رغبة صاحبه في

التعاقد الى شخص معين او على الجمهور عبر الجرائد اليومية أو غيرها من وسائل الاعلام الاخرى¹.

أما مرحلة ابرام العقد période de la conclusion du contrat فهي المرحلة التي يتم فيها التعاقد بصفة نهائية وذلك عن طريق تطابق الايجاب والقبول دون الخوض في النقاش حول شروطه².

والترقية بين مرحلة المفاوضات باعتبارها مجرد دعوة للتعاقد ومرحلة ابرام العقد أهمية كبرى باعتبار أن الاولى لا تفضي مباشرة الى انعقاد العقد المزمع ابرامه، بل تعتبر خطوة في طور تكوين العقد، تبدأ عادة منذ اللحظة التي يعلن فيها احد الطرفين عن نيته في التعاقد الى الطرف الاخر، بينما في مرحلة الابرام تعد الخطوة التي قام بها المتعاقد ايجابا موجها للطرف الاخر اذا ما قبله من وجه اليه قام العقد، ولا يستطيع الموجب العدول أو التحلل من ايجابه.

وللتمييز بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة ابرام العقد باعتبارهما مرحلتين سابقتين على التعاقد ، قد يفضيان الى ابرام العقد ، يقتضي الوقوف على دور ومساهمة كل واحدة منهما ، برغم من تقارب وتداخل المرحلتين في تكوين العقد وإقامة بنيانه، غير أن مرحلة التفاوض على العقد تتمايز عن مرحلة الإبرام من وجوه عدة:

• مرحلة التفاوض على العقد تسبق مرحلة ابرام العقد بدهاءة، وليس هناك أي شك أو اعتراض في اعتبار أن مرحلة التفاوض تأتي في مقدمة مراحل تكوين العقد، حيث يقوم الأطراف في حالة العقود التي تتطلب قبل ابرام العقد اجراء عملية التفاوض فتكون عادة مثل هذه العقود غير محددة الشروط أو تكون شروطها غامضة وتحتاج الى اجراء تفاوض قصد تفسيرها والكشف عن مضامينها، فيتعين على الطرفين البدء في التفاوض من خلال مناقشة شروطها وتحديد مضامينها تحديد نافيا للجهالة ،فضلا عن دراسة

ابرام العقد ودون ان يبين اركان العقد، فان ذلك لا يعتبر ايجابا ينتظر قبول ، بل يعتبر في هذه الحالة مجرد دعوة الى التعاقد، انظر في هذا الاطار :

محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام – التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الاول ، دار الهدى، ط2، الجزائر، 2004، ص 109.

¹ بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، المرجع السابق، 24.

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:73

جدواها من جميع النواحي الفنية والاقتصادية¹ والمالية ومتى تم الاتفاق على جميع الشروط الجوهرية للعقد، نكون في هذه المرحلة بصدد الدخول الى مرحلة ابرام العقد من خلال تبادل الايجاب والقبول سواء بطريقة شفوية او عن طريق وثيقة مكتوبة يوقعان عليها².

• تكون ارادة الطرفين في مرحلة التفاوض غير باتة وغير نهائية، ويكون كل متفاوض مترددا وغير مستقر في قراره بخصوص العقد، فلا يعرف يقينا بأنه سيتعاقد مع مفاوضيه أم لا يتعاقد، بسبب عدم وضوح الصورة في ذهنه، وبسبب عدم معرفته ما سيأخذ وما سيعطيه وحتى انه لا يعرف ما سيستقر عليه التفاوض من حقوق والالتزامات ومن ثم سنتظل ارادته غير باتة طيلة مرحلة التفاوض ،وليس هناك أي قيد يربطه بالعقد إلا بعد أن يتم الاتفاق على كافة الشروط الجوهرية.

وبالمقابل تكون ارادة الطرفين باتة وعازمة على التعاقد في مرحلة ابرام العقد، إذ تتجه ارادة الطرفان الى ابرام العقد نهائيا ودون تردد، بدءاً من تقدم الموجب بتوجيه ايجابه الى الطرف الآخر متضمنا شروط العقد الجوهرية ثم يقوم الطرف الاخر بقبول الايجاب بشروطه فينعقد العقد ويتقيد به الطرفان نهائيا.

• في مرحلة التفاوض هناك مجرد عروض وعروض مضادة وليس هناك ايجاب نهائي يصلح أن يقترن بقبول ليتم به انعقاد العقد، ولا تعتبر هذه العروض التفاوضية ايجابا بالمعنى الدقيق، بل تعتبر مجرد اقتراحات أو طرح تفاوضي غير ملزم³ فوضع لافتة على عقار معين تعلن عرضه للبيع أو للإيجار يعتبر مجرد دعوة للتفاوض بشأن عقد بيع أو ايجار لهذا العقار، موجه من المعلن الى من يهيمه الشراء أو الاستئجار بحسب العرض المقدم، فإذا ما تقدم شخص لصاحب هذا العقار عارضا شراؤه بثمن محدد

¹ رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص:73

² حاتم فائق مهدي ، التفاوض على العقد (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون المدني، جامعة

الاسكندرية، 2016 ، ص:17 ، وانظر أيضا رجب كريم عبداللاه، مرجع سابق، ص:74

³ يكون الطرح التفاوضي عادة ما يأخذ شكل دعوة الى التعاقد ، لا يكون بشكل ايجاب ملزم ، الذي يتحدد معه طبيعة وشروط العقد، بل يتقدم احد الاطراف بالدعوة للدخول في المفاوضات او المحادثات الى شخص معين او على الجمهور عبر الصحف اليومية او غيرها من وسائل الاعلام الاخرى .

انظر في هذا الصدد : بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقد، دراسة فقهيّة وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014، ص:30

أو استتجاره باجرة معينة، فإن هذا العرض يعتبر بمثابة ايجاب منه بالبيع أو التأجير ونفس الامر بالنسبة لعرض السلع في وجهات المحلات التجارية، يعتبر مجرد دعوة للتفاوض على بيع هذه السلع المعروضة أو بيع مثلتها، إلا أن يكون هذا العرض مصحوبا ببيان اثمانها فإنه يعتبر بمثابة ايجاب بالبيع¹.

لكن توزيع الاعلانات أو منشورات توضح مزايا سلعة أو خدمة معينة بقصد تحفيز الناس على شرائها أو الحصول عليها، فهذا يعتبر مجرد دعوة للتفاوض على شرائها لا يترتب عليه في ذاته إي اثر قانوني، ولا يصلح ان يتمسك به طرف ما، قبل هذا الطرف المعلن، بل يحق له تعديله وتغييره بالإضافة أو الانتقاص أو الالغاء ويتقدم بعرض جديد وهكذا، حتى تتحدد إرادة الطرفان فتصبح عازمة على إبرام العقد أو عدم إبرامه².

• مرحلة التفاوض على العقد قد تستغرق زمنا طويلا قد يتجاوز الشهور أو السنين باعتبار أن هذه المرحلة تحتاج من الاطراف التروي والدخول في مناقشات مستفيضة ومعقدة، وتبادل الخبرات، وهذا يحتاج إلى وقت طويل، بخلاف مرحلة الابرام، قد تكون المدة اللازمة لإبرام العقد قصيرة قد لا تستغرق إلا لحظات محدودة³ ويتضح ذلك بجلاء في حالة العقود الفورية، فالأصل في هذه الحالة أن يصدر القبول فور صدور الايجاب وإلا جاز للموجب ان يتحلل من ايجابه، وقد نصت المادة 64 من القانون المدني الجزائري⁴ على أنه " إذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل القبول، فان الموجب يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريقة مماثلة".

غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول وكان القبول صدر قبل ان ينقض مجلس العقد".

¹ مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2002

ص:31

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:75

³ حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، 18

⁴ تقابل المادة 94 من القانون المدني المصري التي جاءت بنفس الصياغة

كما قد يتراخى ابرام العقد ويستغرق بعض الوقت، وهذا ما يحدث في الواقع عندما يكون الايجاب مقترنا بميعاد للقبول أو عندما يكون الموجب ملتزما بالبقاء على ايجابه لفترة زمنية معينة ريثما يصدر القبول ممن وجه اليه هذا الايجاب، ويتم تعيين هذا الميعاد عادة من قبل الموجب او يستخلص من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة¹ طبقا لما تنص عليه المادة 63 من القانون المدني " اذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الاجل . وقد يستخلص الاجل من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة" .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في اجتهاداتها المبدئية الى أنه " لا يحق للموجب العدول عن ايجابه قبل انقضاء المدة التي حددها بنفسه صراحة، فان الموجب هذا يكون قد الزم نفسه بإرادته المنفردة، فلا يعتد بعدوله قبل نهاية المدة المحددة"²، ويبدو ذلك جليا في حالة التعاقد بين غائبين بطريق المراسلة، حيث يكون الايجاب دوما مصحوبا بأجل للقبول الصريح أو الضمني.

وخلاصة القول أن الاجل الذي يستغرقه التفاوض على العقد، يكون دوما أجل طويل قياسا على الاجل الذي يستغرقه ابرام العقد.

• الشخص الذي يدعو الى التفاوض لا يلتزم بإبرام العقد مباشرة مع من يستجيب لدعوته وإنما يلتزم فقط بالتفاوض معه بحسن نية وأمانة، تمهيدا للوصول إلى ابرام العقد ومن ثم يجوز له العدول عن دعوته الى التفاوض، دون أن يترتب ذلك عليه أي مسؤولية وحسب المادة 64 من القانون المدني الجزائري يجوز للموجب أن يعدل عن ايجابه إذا لم يصدر القبول فورا ما لم يقترن هذا الايجاب بمدة محددة تلزم الموجب بالإبقاء على ايجابه وفي حالة اقتران ايجابه بمدة وعدل قبل فوات الأجل فإنه يعد متعسفا ويستوجب مساءلته أما إذا انتهت المدة المحددة للقبول سواء كان الاجل صريحا او ضمنيا فان الاجل يسقط دون حاجة الى سحبه وبمفهوم المخالفة للمادة 63 مدني السالفة الذكر فإن الايجاب اذا

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:76

² أشار اليه : بلحاج العربي ، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص: 32

لم يقترن بميعاد محدد فإنه لا يعتبر في حد ذاته ملزماً، الامر الذي يتيح للموجب العدول او الرجوع عن ايجابه طالما لم يقترن به قبول¹.

الفرع الثاني - الحدود الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة ابرام العقد:
سبقت الاشارة الى أن عرض عقار بوضع لافتة أو عرض السلع في واجهات المحلات التجارية دون بيان أثمانها يعتبر مجرد دعوة الى التفاوض على شرائها، فإذا تقدم اي شخص الى المعلن للاستفسار عن ثمن هذا العقار أو تلك السلعة، فعرض عليه المعلن الاثمان فإن هذا العرض يعتبر بمثابة ايجابا بالتعاقد عليها كما أن هذا الشخص إذا عرض على المعلن الشراء بثمن أو بمقابل معين، فإن هذا العرض يعتبر بمثابة ايجابا منه.

لذلك فإن المفاوضات التعاقدية تمر عادة بمرحلتين، مرحلة أولية يسعى فيها كل راغب في التعاقد الى التعرف على الشخص الآخر الذي يمكن أن يتعاقد معه ومرحلة ثانية تتحدد فيها مقومات العقد المراد عقده بإيجاب محدد من احدهما، فينعقد العقد بقبول من الطرف الاخر الذي يمكن أن يتعاقد معه² ومنطقياً أن فكرة التفاوض تبدو ممكنة في العديد من العقود ومع ذلك تكون هذه الفكرة ممكنة ومقبولة أيضاً في العقود البسيطة أو الفورية إلا أنها تكون في هذا النوع من العقود، فتستجيب لهذا التقسيم المنطقي الذي يميز ولو نظرياً بين مرحلة التفاوض ومرحلة الابرام.

وعلى هذا الأساس فإن معيار التفرقة بين الدعوة الى التفاوض أي العرض الموجه للدخول في المفاوضات أو المحادثات من جهة، والإيجاب بالتعاقد من جهة أخرى يكمن أساساً في مدى تحديد عناصر العقد النهائي، فإذا كانت عناصر العقد النهائي الاساسية محددة في العرض الذي يشكل تجسيدا مسبقا للعقد، اعتبر عرضاً حقيقياً للتعاقد وإلا فإنه يكون مجرد دعوة للدخول في مفاوضات يمكن الرجوع عنها سواء قبلت أو لم تقبل³.

¹ بلحاج العربي ، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق ص: 31

² مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 32

³ بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص 21 وأيضا بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص:45

ويعتبر كل من الدعوة الى التفاوض والعرض أو ما يعرف بالإيجاب هو تعبير عن الارادة، وأن الفارق بينهما هو فارق وظيفي¹ فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هو مجرد الاعلان من صاحبها على رغبة مجردة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون له رغبة مقابلة أو بقصد استدراج من توجه له الدعوة لتقديم عروض محددة للتعاقد أو ما يعرف بالإيجاب وليس للدعوة الى التفاوض وظيفة في تحقيق التعاقد والاستجابة لهذه الدعوة لا يتجاوز الى تحقيق التعاقد.

وتتضمن الدعوة الى التفاوض اقتراحا بالدخول في مفاوضات عقدية دون أن تشمل على تحديد العناصر الجوهرية للعقد محل التفاوض، فتكون بمقترحات تصلح أساساً للتفاوض وهو ما يعرف بالدعوة المجردة للتفاوض، وقد تنصب الدعوة للتفاوض على التفاهم بإبرام عقد معين مع تحديد بعض العناصر الجوهرية لا ترقى ان تستجمع كل العناصر الجوهرية للعقد كتعيين الشيء المبيع في عقد المبيع دون تحديد الثمن فتقتصر المفاوضات عندئذ على تحديد طبيعة العقد والمدة وباقي العناصر الجوهرية وتسمى الدعوة الى التفاوض في هذه الحالة بالدعوة الى الايجاب، كما هو الحال في المزادات والمناقصات² والإعلانات في الصحف عن البيع والشراء والإيجار وغيرها³.

¹ مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق، ص 32

² يتم العقد بطريق المزادة او بطريق المناقصة وذلك بطرح موضوع العقد امام كل من يريد التعاقد دون تحديد أو أمام من تتوافر فيه شروط معينة يتطلبها العارض، على ان يتم التعاقد مع من يتقدم بأعلى عرض، وهذا هو المزداد أو مع من يتقدم بأقل عطاء وهذه هي المناقصة

وأهم تطبيقات العقود التي تعقد بالمزادة ، البيوع الجبرية، كتلك الواردة ضمن المواد 704 ، 753 ، 783 وما بعدها من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث يتم بيع المنقولات والعقارات المملوكة للمدنيين والمحجوز عليها من طرف الدائنين والبيوع الخاصة بمفقودي الاهلية والقصر والمفلسين، عن طريق اجراءات البيوع القضائية بالمزاد العلني ، بينما يتم بيع المنقولات عن طريق بالمزاد العلني عن طريق ابط مختص يعرف بمحافظ البيع، كما يمكن ان يتم بعض البيوع العادية عن طريق المزداد العلني مثل بيوع العقارات الشائعة وعندما يعرض بائع العقار المراد بيعه في المزداد ليتوصل للحصول على اكبر قدر من الثمن ، كما يمكن ان تصادف في غير البيع من العقود على نحو نراه في تأجير الاراضي الخاصة المملوكة للدولة،

اما اهم تطبيقات العقود التي تتم عن طريق المناقصة فنصادفها في عقود المقاولات، حيث تطرح عملية المقولة في مناقصة يدعى اليها من تتوافر فيه الشروط التي تؤهلها لتنفيذها، بغية اسنادها الى من يرتضي اتمامها بأقل مقابل من بينهم،

وعملية التعاقد بطريق المزادة أو المناقصة تمر بعدة مراحل تبدأ بالإعلان عن المزادة او المناقصة ، ثم يتم التقدم بالعطاءات من المزايدين أو المناقصين، إما علنا أو عن طريق أظرفه مغلقة ومختومة، وتنتهي العملية بحسب الاحوال بإرساء المزداد أو المناقصة على صاحب أكثر عطاء في حالة المزادة أو أقل عطاء في حالة المناقصة.

انظر في هذا الصدد: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 111، 112.

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص:45

وبالتالي فإن كل الاعلانات عن المزايدات والمناقصات لا تعتبر إيجاباً بل هي مجرد دعوة للتعاقد، وقد استقر الفقه في مجمله على اعتبار طرح مشروع التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة يشكل مجرد دعوة الى التفاوض لا ينعقد العقد بمجرد الاستجابة لها من خلال تقديم العطاءات كونه عرضاً للتعاقد غير كامل أي لا يتضمن جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه¹ خاصة لا يتضمن المقابل الذي يعتبر أساساً لانعقاد العقد . لذلك فإن المادة 69 من القانون المدني الجزائري تنص بأنه لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزداد ويسقط المزداد بمزداد أعلى منه .

وقد أكدت كذلك محكمة النقض المصرية صراحة بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجُمهور أو الافراد كالنشرات أو الإعلانات لا تعتبر ايجاباً وإنما مجرد دعوة للتفاوض والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر ايجاباً.

وقضت كذلك بأن طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على أساس الشروط الواردة في قائمة الاشتراطات لا تعتبر قانوناً ايجاباً وإنما هو مجرد دعوة الى التعاقد اما الايجاب فهو يصدر ممن يتقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه².

والواقع أن ظروف الحال تبين إن رغبة صاحب العرض في المزايدات أو المناقصات تدل على رغبته في الحصول على أفضل عرض، بحيث يمكن له التفاوض من أجل الحصول على أعلى سعر للبيع أو الحصول على الخدمة بأقل ثمن، وأن هذا العرض الذي قدمه لا يكشف عن ارادته الجازمة والباتة في ابرام العقد المزمع التوصل اليه هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن العارضين لا يملكون التقدم بعطاءات للعرض إلا في حدود الشروط التي تقدم بها العارض، مثل اعتمادهم في العروض المقدمة على سعر الاساس المصحوب بالعرض.

وعلى ذلك فإن طرح مشروع التعاقد بطريق المزايدة او المناقصة لا يمثل ايجاباً بالتعاقد لعدم تحديد أحد العناصر الجوهرية للعقد الذي يجري المزداد أو المناقصة بشأنه كالثمن في

¹ أنس عبدالمهدي فريحات ، المرجع السابق، ص 71 وانظر ايضا مصطفى محمد جمال ، المرجع السابق،110

² أشار اليه :أنس عبدالمهدي فريحات، نفس المرجع ، ص:73

عقد البيع أو المقابل في عقد المقاوله أو الايجار، بل هو مجرد دعوة للتفاوض أو دعوة للتعاقد¹ ولا يعتبر ايجابا كذلك فلا يتم العقد بمجرد قبولها حتى ولو تضمن بعض العناصر الجوهرية للعقد المزمع ابرامه مثل السعر الاساسي للبيع ومقابل الاعمال المطروحة ومقدارها وشروط البيع الاخرى.

أما التقدم بعبء معين في المزايدة أو المناقصة فيعتبر في هذه الحالة ايجابا، نظرا لكونه متضمنا لكافة العناصر الجوهرية للعقد، بما في ذلك العناصر التي تجري عليها المزايدة او المناقصة وهو ايجاب ملزم .

ووظيفة الايجاب بالعقد هو قابليته للتحويل الى العقد بمجرد قبول من وجه اليه، شريطة أن يكون هذا الايجاب مستجمعا للمقومات التي تؤهله لأداء هذه الوظيفة، والتي من أهمها أن يكون متضمنا كافة العناصر التي لا يتصور قيام العقد بدونها، فضلا على أنه يجب يتضمن إرادة باتة وقاطعة في الاتفاق على العقد المزمع ابرامه، وقد عبر المشرع الفرنسي في المادتين 1113 و 1114 من القانون المدني الجديد على انه " يتم العقد بالتقاء الايجاب والقبول اللذان يعبر الاطراف بموجبهما عن إرادتهم في التعاقد" ويتضمن الايجاب الموجه الى شخص محدد أو غير محدد، العناصر الجوهرية للعقد المنشود ويعبر عن إرادة صاحبه في الارتباط في حال قبوله، وعند تخلف ذلك فلا يعد الأمر سوى دعوة للتفاوض².

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:112

² الايجاب بالعقد هو تعبير بات عن ارادة شخص يعرض على اخر او على افراد من الجمهور ابرام عقد معين وفقا لشروط محددة بحيث لو اقترن بهذا العرض قبول مطابق انعقد العقد، وقد عرفته المادة 1105 من مشروع كتالا بقولها: الايجاب أو العرض هو تصرف من جانب واحد يحدد العناصر الجوهرية للعقد الذي يعرضه صاحبه على شخص معين، او غير معين ، والذي بموجبه عن إرادته في الالتزام في حالة قبوله"، وعرفته المادة 1/32 من مشروع وزارة العدل الفرنسية بأنه "...تعبير عن الارادة يوجه الى شخص معين أو غير معين، يتضمن العناصر الجوهرية للعقد ، ويعبر عن ارادة صاحبة في الالتزام في حالة قبوله" وجاء في المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي(الجديد) ان الايجاب يكون " موجه الى شخص محدد أو غير محدد، يشتمل على العناصر الاساسية للعقد المقصود ويعبر عن ارادة صاحبه في الارتباط في حالة قبوله وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن ارادته في ابرام عقد معين ، بحيث اذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد، ومن جانبها عرفته اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة 14 بقولها " يعتبر ايجابا أي عرض لإبرام عقد اذا كان موجه الى شخص او عدة اشخاص معينين، وكان محدد بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصب الموجب الى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددًا بشكل كاف اذا عين البضائع وتضمن صراحة او ضمنا تحديد للكمية والتمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما.

أولاً- معيار التمييز بين الدعوة الى التفاوض والإيجاب:

الإيجاب بالعقد هو التعبير عن إرادة نهائية وجازمة في التعاقد، متضمناً لجميع العناصر الأساسية والجوهرية للعقد، حيثما اقترن بقبول مطابق انعقد العقد، إلا أن الإيجاب بالعقد قد تسبقه إجراءات ومراحل تمهد وتحضر له فنكون عندئذ أمام مجرد دعوة للتفاوض، وهذه الدعوة تختلف عن الإيجاب البات ليس فقط لأنها سابقة عليه أو كونها لا تشتمل على العناصر الجوهرية للعقد المرتقب إبرامه أو لأن هناك اعتبارات لم يحظ بها العارض ويتوقف على معرفتها اتجاه إرادته الى التعاقد من عدمها بل أن ما يميزها بالخصوص هي نية العارض¹ فإذا كان العرض المقدم يتم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة أو مجرد التمهيد له فإذا كان الأمر الأول فإنه إيجاب، وإن كان الأمر الثاني كنا بصدد دعوة الى التعاقد².

لذلك فإن معيار التمييز بين الإيجاب والدعوة الى التفاوض يكمن أساساً في وجود أو عدم وجود النية الجازمة التي تصاحب تعبير عن الإرادة الذي يؤدي الى احداث اثر قانوني فإذا قصد العارض بهذا التعبير إبرام العقد، فيعد هذا التعبير في هذه الحالة إيجاباً، أما إذا قصد به فقط الرغبة في التعاقد أو التمهيد للعقد أو استطلاع رأي الطرف الاخر، ففي هذا الحالة يعد هذا التعبير مجرد دعوة الى التفاوض على عناصر العقد³. وحتى يعتبر العرض إيجاباً بالعقد يقتضي ان تتوافر فيه جملة من الشروط، وإلا فإن هذا العرض لا يعد إلا أن يكون مجرد دعوة الى التفاوض أو دعوة الى التعاقد⁴.

ثانياً- شروط الإيجاب:

يحتاج الإيجاب الى جملة من الشروط الواجب توافرها حتى يمكنه التعبير عن ارادة من يقدمه، و من هذه الشروط:

ولا يعتبر العرض الذي يوجه الى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة الى الإيجاب، ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض، قد أبان بوضوح عن قصده الى خلاف ذلك" انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص:132، رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:80 وأيضاً مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ص 33.

¹ أنس عبدالمهدي فريحات، المرجع السابق، ص: 43

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 109

³ أنس عبدالمهدي فريحات، نفس المرجع، ص: 44

⁴ رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص:81

1. يجب أن يعبر الايجاب عن ارادة باتة ونهائية في التعاقد:

يستوجب في التعبير الذي يقدمه الموجب تعبيراً عن إرادته في شكل ايجاب أن يكون هذا الاخير باتاً على ابرام العقد، بحيث لو صادف ايجابه قبولا مطابقاً لإبرام العقد فلا يكفي مجرد الرغبة في التعاقد ولا يعني أن هذا العزم النهائي على التعاقد باعتباره وصفاً للإيجاب عدم امكانية أو جواز الرجوع فيه¹ بل يعني أن نية الموجب تتجه الى ابرام العقد في الحال اذا ما تم قبوله بدون اي قيد أو شرط وأن الرجوع في الايجاب يعتبر مسألة اخرى خارج هذا النطاق.

اما اذا كان الايجاب معلقاً على شرط أو مقترناً بتحفظات بحيث تصبح الارادة غير باتة في حقيقتها، فإن هذا التعبير يتنافى مع هذا الشرط، لأنه يجعل ابرام العقد معلق على أمر اخر وليس على مجرد القبول².

2. يجب ان يكون الايجاب محدداً بشكل كاف:

لكي يرقى العرض الى مرتبة الايجاب يجب أن يكون محدداً تحديداً كافياً، وذلك بأن يتضمن على الاقل طبيعة العقد المراد ابرامه وشروطه الاساسية أو الجوهرية، بحيث لا يبقى سوى صدور قبولا مطابقاً له، فعلى سبيل المثال لو أن العقد المراد ابرامه هو عقد بيع فيجب أن يشتمل الايجاب على بيان المقصود في التصرف هو عقد بيع فضلاً عن تعيين المبيع تعييناً كافياً وناقياً للجهالة وتحديد ثمن البيع، وإذا كان البائع يهتم بشروط خاصة بتسليم المبيع مثل زمانه أو مكانه أو شروط خاصة بدفع الثمن، كأن يكون على اقساط أو الدفع في مكان معين أو بوسيلة معينة فإنه يجب أن يذكر هذه الامور عند

¹ ابحار حامد حبش علي ، المرجع السابق،ص:34

² سواء كانت هذه التحفظات صريحة أو ضمناً، بحيث ينص عليها في صلب التعبير عن الارادة صراحة ، كما هو الشأن في حالة ان ينص صراحة على تعليق التعاقد على موافقة صاحب التعبير بحدوث امر معين او تعليقه على شخص محدد من قبله ، كما يمكن ان يكون التحفظ مما يستفاد ضمناً بحسب طبيعة العقد المقترح كأن يعلق التعبير عن الارادة بشأن عقد من العقود ، على شخصية المتعاقد الاخر او لصفة من صفاته او قد يحتفظ صاحب التعبير بحقه في قبول أو رفض من يتقدم اليه للتعاقد .

انظر في هذا الصدد محمد حسن قاسم ،القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد ،المجلد الاول ، المرجع السابق ، ص:136

صدور الايجاب، ويكفي أن تصدر هذه الأمور بشكل مجمل دون تفاصيل بل يجب أن يشتمل على العناصر الجوهرية للعقد¹.

والواقع ان الايجاب يكون هو العنصر الاول في الاتفاق، إذ يتقدم دائما على القبول ولكن هذا لا يعني حتما إن المبادر بالتعاقد هو الموجب، وأن المبادرة تكون دوما ايجابا فقد تتمثل المبادرة في دعوة للتعاقد، وهي مرحلة تتقدم الايجاب وتتميز عنه فيكون الغرض منها انطلاق المفاوضات وهي مجرد عملية استطلاع للآراء وإبداء اقتراحات غير دقيقة ودعوة لتقديم عروض كاملة واقتراح مجالات للتعاقد اي تقديم ايجاب².

فذلك إذا لم يتضمن اقتراح التعاقد على العناصر الاساسية للعقد لم نعد بصدد ايجاب وإنما مجرد دعوة للتفاوض فعلى سبيل المثال عرض شخص على آخر أن يبيع له عقاره دون تحديد ثمنه يعتبر مجرد دعوة الى التفاوض.

وعلى ذلك تنص المادة 1114 من قانون العقود الفرنسي الجديد أن الايجاب الموجه إلى شخص محدد أو غير محدد يتضمن العناصر الجوهرية للعقد ويعبر عن إرادة صاحبه في الارتباط في حال قبوله وعند تخلف ذلك فلا يعد الامر سوى دعوة للتفاوض. وإذا كانت شخصية الشخص الذي عرض عليه التعاقد، محل اعتبار لدى من صدر منه التعبير عن ارادته خاصة إذا كان العقد المزمع ابرامه من العقود الهامة أو العقود القائمة على الاعتبار الشخصي باعتبار ان هذه الشخصية تلعب دورا رئيسيا في اتخاذ القرار النهائي بالتعاقد من عدمه، إذ لا يتأتى للراغب في التعاقد بالتفاوض مع أي شخص يصادفه، وإنما يتفاوض مع الشخص الذي تتوافر فيه صفات معينة تضمن للعقد الحد الأدنى من النجاح في المستقبل³.

فذلك فإن التعبير عن الارادة في مثل هذه الحالة لا يعبر عن الايجاب برغم من أنه قد يتضمن جميع العناصر الجوهرية للعقد المنشود كما في حالة الاعلان في صحيفة عن طلب التعاقد مع عمال أو موظفين مع بيان شروط هذا التعاقد، حيث يحتفظ من صدر

¹ محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد،المجلد الاول ، المرجع السابق ، ص:132

² على فيلالى ، المرجع السابق، ص:118

³ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، 253، 355

منه التعبير بحق الموافقة على من يتقدم اليه بناءً على هذا التعبير فهذا التعبير في الواقع يعبر عن دعوة لطلب إيجاباً وليس إيجاباً¹.

3. يجب ان يكون الإيجاب خاليا من العيوب:

يقتضى هذا الشرط أن يكون الإيجاب واضحاً لا لبس فيه، حيث يعبر عن ارادة صاحبه في الارتباط في حالة قبوله² فبمقتضى هذا الشرط لا يجب ان يتضمن الإيجاب عروضاً متناقضة يعارض بعضها البعض، أو تكون مخالفة لأوصاف الشيء المراد التعاقد بشأنه.³

4. يجب ان يوجه الإيجاب الى شخص أو اشخاص محددين :

طالما أن الإيجاب هو تعبير عن الارادة، فهو يعبر عن ارادة صاحبه في الارتباط في حال قبوله⁴، ومن ثم حتى ينتج هذا الإيجاب آثاره القانونية يقتضي أن يوجه الى شخص من الغير⁵، لذلك تنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري على أنه "ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه".

فالتعبير عن الارادة لا يكون له أثر قانوني قبل أن يتصل بعلم من وجه اليه، وإذا كان هذا التعبير إيجاباً، فلا ينتج أثره إلا إذا وصل لعلم من وجه اليه بحيث لو اقترن بقبول مطابقاً له فإنه ينعقد العقد⁶.

فذلك حتى يكون الإيجاب صحيحاً يجب أن يوجه الى شخص أو عدة اشخاص محددين، وإلا فإنه يعتبر مجرد دعوة الى التعاقد ويثور التساؤل حول طبيعة الإيجاب الموجه للجمهور هل هو مجرد دعوة الى التعاقد أم هو إيجاب صحيح ينتج جميع آثاره؟ إن الإيجاب الموجه للجمهور يكون صحيحاً متى كان موجهاً الى كل فرد من افراد الجمهور، وهو يلزم صاحبه تماماً مثل الإيجاب الموجه الى شخص معين¹ أما اذا اختلف

¹ محمد حسن ، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد،المجلد الاول، المرجع السابق، ص 133

² وتضيف المادة 1114 من القانون المدني الفرنسي الجديد في حالة تخلف الإيجاب عن التعبير عن ارادة صاحبه، فلا يعد الأمر سوى دعوة الى التفاوض

³ رجب كريم عبدالله، المرجع السابق، 82

⁴ محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المرجع السابق، ص 37، وانظر تحديداً المادة

1114 من قانون المدني الفرنسي الجديد، وأيضاً المادة 61 من القانون المدني الجزائري

⁵ رجب كريم عبدالله، نفس المرجع، ص:83

⁶ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد،المجلد الاول، نفس المرجع، ص:106

شرط عدم تعيين الشخص المقصود بهذا الايجاب، فإن العرض الموجه للجمهور لا يعد ايجابا حقيقيا بالمعنى القانوني الصحيح² هذا من جهة ومن جهة اخرى لا يعد ايجابا العرض الذي لا يشتمل على العناصر الجوهرية للعقد المزمع ابرامه طالما أن العرض لا يبين ثمن المبيع أو أوصافه الاساسية، أو لم يحدد المقصود بهذا الايجاب.

لذلك تشترط المادة 1114 من قانون العقود الفرنسي الجديد على أن يتضمن الايجاب الموجه الى شخص محدد أو غير محدد العناصر الجوهرية للعقد، وإلا فلا يعد الامر سوى دعوة للتفاوض وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية بقولها "إن الإيجاب الموجه الى الجمهور يرتبط به الموجب اتجاه أول قابل بنفس شروط الايجاب الموجه الى شخص معين" وفضلا عن هذه الشروط السالفة الذكر، فإن البعض يشترط للعرض الموجهة للجمهور حتى يمكنه الوصول إلى مرحلة الايجاب أن تتوافر فيه نية مصدره باعتباره إيجابا وليس مجرد دعاية ويمكن استخلاص تلك النية من مجرد بيان الثمن والمواصفات³.

وتبعاً لهذا الرأي الاخير فإن مجرد عرض البضاعة مع بيان ائمنها قد لا يكفي للتعبير عن الايجاب، وإنما يستوجب اظهار نية الموجب حتى يتشكل الايجاب صحيحا، وإلا فان الامر لا يعد سوى مجرد دعوة للتعاقد.

غير ان هذا الشرط لم تنص عليه صراحة المادة 1114 من قانون العقود الفرنسي الجديد التي استوجبت توجيه الايجاب للشخص محدد أو غير محدد متضمنا الشروط الجوهرية للعقد المراد ابرامه، كما أن المادة 61 من القانون المدني الجزائري لم تشترط ايضا وجوب توافر النية في الايجاب حتى ينتج آثاره، فضلا عن ذلك فان المادة 62 مدني جزائري تنص على انه اذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج هذا التعبير أثره، فان هذا لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه.

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:83

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 47

³ نقلا عن : رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص:84

والجدير بالذكر فإن مبادئ يونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية¹ عند تعريفها للإيجاب في المادة 2-1-2 نصت على أنه "يشكل الاقتراح بإبرام عقد ايجاباً إذا كان محددًا الى درجة كافية بما يدل على إرادة الموجب في الالتزام حال القبول".
وبنفس السياق وبأكثر تفصيل نصت المادة 14 من اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980² على أنه "يعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهاً الى شخص أو عدة أشخاص معينين وكان محددًا بشكل كافٍ وتبين منه قصد الموجب الى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددًا بشكل كافٍ إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمناً تحديد للكمية والثلث أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما .

ولا يعتبر العرض الموجه الى شخص أو اشخاص غير معينين إلا دعوة الى الايجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده الى خلاف ذلك".

فهذه النصوص تبين بوضوح وجوب توافر شرطين أساسيين لقيام الايجاب، أولهما أن يكون العرض محددًا بدرجة كافية لكي يسمح بانعقاد العقد، وثانيهما أن يكون العرض دالاً على قصد الموجب ان يلتزم في حال القبول.

فالتابع المحدد للإيجاب يقتضي أن يكون العرض الموجه محددًا تحديداً كافياً قد لا يكفي استخدام عبارات عامة حتى يكون الايجاب مستوفي لشروطه، ولا يؤدي عدم ذكر بعض الشروط الجوهرية صراحة الى القول بان تحديد الايجاب ليس كافياً على الرغم من أن بعض الشروط الأساسية قد تشمل الوصف المحدد للبضاعة أو الخدمة الواجب تسليمها في حالة انعقاد العقد أو عند تحديد الثمن الواجب دفعه نظيرها أو زمان أو مكان التنفيذ وغير ذلك.

¹ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا)، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالتجارة الدولية ، الترجمة العربية لسنة

2004، ط2، روما 2008

² أشار اليه :محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الراجحة للنشر والتوزيع ، الاردن

2012، ص:171،

وأما القصد الدال على إرادة العارض في تقديم الايجاب، فيقتضي تحديد ما إذا كان الموجب وجه الايجاب لإتمام العقد المزمع ابرامه أو أنه اتاح المجال للمفاوضات فحسب ونظرا لكون التعبير عن النية نادراً ما يعبر عنه صراحة، فالغالب ما يستدل عليها من الظروف المحيطة بكل حالة على حدى ويستخلص من الاسلوب الذي يعبر به الراغب في التعاقد عن اقتراحه¹.

المبحث الثاني- المبادئ التي تحكم نظام المفاوضات السابقة على التعاقد:

تحكم مرحلة المفاوضات العقدية مجموعة من المبادئ الاساسية والتي يطلق عليها جانب من الفقه المبادئ التوجيهية لنظرية العقد وذلك نظر لما تلعبه من ادوار حيوية ومؤثره على تكوين العقد² ويتعلق الامر بمبدأ الحرية التعاقدية le principe de liberté contractuelle ومبدأ حسن النية في التعاقد le principe de bonne foi إضافة الى مبدأ الحرية التفاوضية le principe de liberté de négociation وهو ما سنتطرق له بشيء من التفصيل .

فبالرغم من أن العديد من التشريعات المقارنة لم تنظم مرحلة المفاوضات العقدية بصفة عامة ولم تشير إلى المبادئ التي تحكمها بنصوص قانونية صريحة على غرار التشريع الفرنسي إثر تعديله الاخير لقانون العقود بموجب المرسوم 2016-131 المؤرخ في 2016/03/10.

ولغياب النصوص المنظمة لهذه المرحلة سواء فيما يخص التشريع الجزائري أو التشريع الفرنسي الساري المفعول قبل نهاية 2016 ومع ذلك فقد حدد مشروع اصلاح قانون العقود الجديد الفرنسي بعض المبادئ المسيرة لعملية التفاوض وقد لخصها في مبدأ الحرية ومبدأ الاستقامة والأمانة³.

¹ انظر التعليق على المادة 2-1-2 من مبادئ يونيدروا المتعلقة بالتجارة الدولية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا)، المرجع السابق ، ص.37

² عثمانى بلال، محاضرات في القانون المدني(نظرية العقد- الجزء الاول: تكوين العقد" موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس") ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2018، ص 13

³ j. GHESTIN ; Traite de droit civil, la formation de contrat, T1 le contrat – le consentement ; 4^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 513

واعتبر التشريع الفرنسي إثر التعديلات الاخيرة أن الحرية تمثل المبدأ الاساس في مختلف مراحل التعاقد باعتباره أحد المبادئ التوجيهية (le principe directeur) لنظرية العقد، وقد كان للمبدأ صدى واسعا خلال نهاية القرن 19¹.

فالمبدأ يعطي الحق لكل شخص في بقاءه حرا في منأى عن الزام نفسه في مرحلة التفاوض، وهذا المبدأ يعتبر من المبادئ العامة الذي يرتبط بجميع مراحل التعاقد ولا يرتبط بزمن محدد فحسب، إذ ينطبق في مرحلة التفاوض ولا يلزم بأي حال المتفاوض بالتوصل الى العقد المزمع ابرامه حتى ولو شرفت مرحلة التفاوض على الانتهاء².

لذلك فللمتفاوضين الحرية في مباشرة المباحثات ووضع حد لها كيفما يرون وفي أي وقت يشاءون ومبدئيا لا يمكن البحث في إلقاء أي مسؤولية على هذا الطرف أو ذاك في هذه المرحلة، وبوجه خاص لا يمكن إلقاء المسؤولية عليهم لمجرد قطع المفاوضات في حد ذاتها، حتى ولو أدى ذلك الى تكبد بعض الخسائر بأحد المتفاوضين ناجمة عن السير العادي لإجراءات التفاوض هذا من جهة، ومن جهة أخرى في حالة العرض والقبول فلصاحب العرض السلطة الواسعة في الرجوع في عرضه كأصل عام، كما لا يعتبر المستفيد من العرض ملزما تعاقديا عندما يستدل من تصرفه عدم قيامه بما يفيد قبوله العرض فضلا عن ذلك فللمتفاوضين الحرية في الأخذ بالوسائل التي تمكنهما من ابرام اتفاقهما النهائي، سواء كان ذلك بإبرام عقد التفاوض أو بإبرام اتفاق مبدئي³.

شرط أو مبدأ الاستقامة (principe de loyauté) يفرض نوعا من آداب التعامل خلال الفترة السابقة على التعاقد فهو يضع حدودا على الحرية في هذه الفترة ويوجهها بقدر ما تتطلبه المفاوضات من الوقت والمال لإجرائها وهذا المبدأ يفرض التصرف بحسن النية اثناء المباحثات ويضع لها الاطار الصحيح ويوجهها. اما الأمانة فيقصد بها توفير الامان القانوني خلال المرحلة السابقة على التعاقد، فذلك يقتضي هذا المبدأ من العارض البقاء على عرضه خلال المهلة المحددة للعرض ولا يسعه الرجوع عن عرضه منفردا، خاصة اذا كان العرض موجه الى شخص معين، ولا يحول الرجوع عن العرض او وفاة العارض او فقدان اهليته دون تكوين العقد اذا قبل العرض خلال المهلة المحددة، فهذه الاحكام توفر الامان للمستفيد من العرض، المتمثل في احترام اعتقاده المشروع ببقاء العرض ساري المفعول الى أجله، وتوفر الامان للعارض انطلاقا من قاعدة ان العقد لا يبرم الا من تاريخ قبول المستفيد من العرض. انظر بيار كاتلا، المرجع السابق ص: 45

¹ عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 14

² j. GHESTIN، op cité، p513

³ بيار كاتلا، نفس المرجع، ص 44

كما أن الفقه والقضاء بين أهم المبادئ الحاكمة لهذه المرحلة حيث اتفق الجميع على أن هذه المرحلة يسودها مبدأ الحرية من ناحية ومبدأ حسن النية من ناحية أخرى¹. فمبدأ الحرية الذي يمثل شعار المرحلة السابقة على التعاقد بصفة عامة، يترجم فكرة حرية التعاقد أو عدم التعاقد، بدءاً من حرية قبول التفاوض أصلاً وحرية متابعتها وصولاً إلى حرية إنهاء التفاوض، ولو بلغت المفاوضات مرحلة متقدمة تأبى الرجوع إلى نقطة الصفر إذا ما تبين من خلالها أن العقد المرتقب إبرامه بأنه قد لا يلبي رغبات هذا الطرف المتفاوض أو ذلك.

مما سبق يمكن أن نستخلص جملة من المبادئ الأساسية التي تحكم المفاوضات السابقة على التعاقد، قد لا يستغنى الأطراف المتفاوضة بالأخذ بها والرجوع إليها في كل مراحل التفاوض، فتشمل هذه المبادئ في مقدمتها مبدأ حسن النية في التفاوض (مطلب أول) ومبدأ الحرية التعاقدية (مطلب ثاني) ومبدأ حرية التفاوض (مطلب ثالث):

المطلب الاول - مبدأ الحرية التفاوضية:

يعتبر مبدأ حرية التفاوض مبدأ متميزاً عن مبدأ الحرية التعاقدية باعتبار أن الفقه يؤطر حرية التفاوض ويتناول دراستها ضمن مختلف النظريات القانونية من جهة، ومن جهة أخرى فإن التفاوض في حد ذاته يتميز عن إبرام العقد، مما يقتضي التمييز بين الحرية التعاقدية وحرية التفاوض واعتبرهما مبدأً مستقلاً للمرحلة السابقة على التعاقد².

الفرع الاول - تمييز مبدأ الحرية التفاوضية عن الحرية التعاقدية:

نصت المادة 15-1-2-1 من مبادئ يونيدروا على أنه " للإطراف حرية التفاوض ولا يسألون عن عدم التوصل إلى اتفاق"³.

وجاء التعليق على هذا النص الذي اعتبر أن حرية التفاوض كقاعدة عامة لا تقتصر على تحديد متى يتم الدخول في المفاوضات ومع من يجري التفاوض بهدف إبرام عقد

¹ محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول ، المرجع السابق ، ص: 142

² Sarah Barry, les pourparlers précontractuels en droit québécois de l'opportunité d'une modification du code civil du Québec a la lumière de recentrées réformes française et allemande (thèse de doctorat université de Montréal)• 2018, p15

³ المعهد الدولي لتوحيد القانون العاص، مبادئ يونيدروا المتعلقة العقود التجارية الدولية، 2004، ط2، الترجمة العربية، ص 59

فحسب، بل يمتد كذلك الى تحديد كيف والى أي مدة تستمر جهودهم للتوصل الى اتفاق وهذه القاعدة هي نتيجة للمبدأ الاساسي المتمثل في حرية التعاقد الواردة بالمادة 1-1 من نفس المبادئ.

والواقع ان سير المفاوضات يعتبر مؤشر للحرية التعاقدية¹ لذلك وحسب ما نرى ، أن وجود الحرية التفاوضية مرتبط أساسا بوجود الحرية التعاقدية بل أن الحرية التفاوضية هي بمثابة نوع من جنس الحرية التعاقدية، بيد إنهما متميزان من حيث الغاية، فالحرية التعاقدية غايتها " التعاقد "contracter" والتي مصدرها " contrahere " والتي يقصد بها الالتزام بعقد، او الالتزام بقضية ما .أما بالنسبة للحرية التفاوضية، فاصل كلمة "التفاوض Négociation" والتي مصدرها " negotiatio " والتي تعني أن تكون في وضع تفاوض مع الاخر بقصد الوصول الى عقد أو الى نهاية ما .²

وبالتالي فمبدأ الحرية التعاقدية يأتي عند نهاية مرحلة المحادثات، أما مبدأ الحرية التفاوضية فتكون اثناء التفاوض الى غاية الاشراف على نهايته.

ولا يقف التمييز بين هذين المبدأين على هذه الجوانب بل يتميزان من حيث وظائفهما ومضامينهما فمبدأ الحرية تعاقدية تمنح الخيار للأطراف في التعاقد أو عدم التعاقد واختيار شكل و مضمون التعاقد فضلا عن اختيار اطراف التعاقد .

اما مبدأ الحرية التفاوضية تمنح الاطراف حرية الدخول في التفاوض وحرية سير التفاوض وحتى حرية الدخول في مفاوضات موازية والحرية في قطع التفاوض³ وهذا ما سنتناوله من خلال المطالبين التاليين:

¹, jonna SCHMIDT SZALEWSKI, LA période précontractuelle en droit français ,Revue internationale de droit comparé, vol42 n°2,1990, p546. (Le déroulement de la négociation est place sous le signe de la liberté contractuelle)

² Radu STANCU, L'EVOLUTION DE LA RESPONSABILITE CIVILE DANS LA PHASE PRECONTRACTUELLE ; Comparaison entre le droit civile français et le droit civile roumain a la lumière de droit européenne ; (thèse de doctorat université de STRASBOURG) ، 2015, p17

³ نجد أن بعض احكام القانون المقارن من بينها القانون المدني الروماني الجديد يشبه الحرية التفاوضية بالحرية التعاقدية وكذلك نفس الامر بالنسبة للفقرة الاولى من المادة 1183 من القانون المدني" للأطراف الحرية في بدء المفاوضات ، وسيرها وقطعها من غير ان يكون مسئولاً عن قطع التفاوض. انظر في هذا الصدد:

Radu STANCU, op cit , p 17

الفرع الثاني- مضمون مبدأ الحرية التفاوضية :

كما سبقت الإشارة ان مضمون الحرية التفاوضية تمنح الاطراف حرية الدخول في التفاوض أو حرية قبول التفاوض وحرية سير التفاوض وحتى حرية الدخول في مفاوضات موازية والحرية في قطع التفاوض.

أولاً - الحرية التفاوضية في مرحلة الدخول في التفاوض:

عرف بعض الفقه الفرنسي الدعوة للدخول في التفاوض¹ بأنها تمثل فترة اقتراح المحادثات الى غاية تحديد ما سوف يكون مضمون العقد المراد إبرامه².

وعرف بعض الفقه المصري الدعوة للدخول في التفاوض بأنها " العرض الذي يوجهه شخص الى شخص آخر أو إلى أفراد الجمهور يعبر به عن رغبته في التفاوض على عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل عرض وهو بمثابة المبادرة الاولى في السعي لإبرام عقد، تبدأ هذه المرحلة قبل المرحلة العقدية في العقود القابلة للتفاوض³.

وتظهر مرحلة الدخول في التفاوض السابق على التعاقد في عدة صور أهمها إعلان للدخول في التفاوض السابق على التعاقد وفي صورة قبول الدخول في التفاوض مع إبداء التحفظ أو في شكل دعوة للدخول في التفاوض عبر الوسائل العادية أو عن طريق الوسائل الالكترونية.

فالمرحلة الاولى للتفاوض تقتضي في بادئ الامر المبادرة بإعلان للدخول في التفاوض من أحد الاطراف بتوجيه من هذا الاخير دعوة للتفاوض، وهذه الدعوة تمثل آلية الدخول في التفاوض أو هو ما يمثل إشارة بداية التفاوض أو الضوء الاخضر للتفاوض كما يتم الدخول في التفاوض عن طريق الدعوة للتفاوض أو التعاقد قد تم رفضه مع تقديم اقتراحات أو اعلانات مضادة يتم من خلالها اعلان الدخول في التفاوض⁴.

¹ تتعدد مسميات الدخول الى التفاوض مع انها تتحد في معانيها، فقد يسميها البعض الدعوة للدخول في المحادثات ويسميها البعض الاخر الاعلان للدخول في التفاوض أو اعلان للدخول في المحادثات او اعلان المحادثات أو اعلان المفاوضات انظر في هذا الشأن: عبدالكريم رجب عبداللاه، المرجع السابق، ص 87 وانظر ايضا:

MAHMOUD ELSEHLY, période précontractuelle étude compares des régimes Français et égyptien ; thèse de doctorat de l'université de TOULOUSE, 2018 , p43

² MAHMOUD ELSEHLY ,op cit, p 43

³ عبد الكريم رجب عبداللاه، نفس المرجع، ص 86

⁴ MAHMOUD ELSEHLY, op cit ,p41

فالدعوة للدخول في التفاوض تتمايز وتختلف عن إعلان التعاقد أو إعلان التفاوض من حيث زمن إجرائهما¹ فالدعوة للدخول للتفاوض تسبق مرحلة الإيجاب ومرحلة اعلان التفاوض، ويتضح هذا التمييز والاختلاف بصورة واضحة من خلال نصوص مشاريع تعديل نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المنبثق عنها المرسوم رقم 131-2016 المؤرخ في 2016/02/10 المتضمن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات².

فالمادة 23 من مشروع Chancellerie والمادة 15 من مشروع Terré تنص على أنه "يعد ايجابا التعبير عن الإرادة الصادر من شخص محدد أو غير محدد متى كان هذا الإيجاب يشمل العناصر الجوهرية للعقد ويعبر عن إرادة صاحبه في الارتباط في حال قبوله، وعند تخلف شرط من الشروط فلا يعد الأمر سوى دعوة للتفاوض " فضلا عن ذلك فقد أقرت المادة 1114 من قانون العقود الفرنسي الجديد نص المادتين السالفة الذكر وأكدت على أن تخلف عنصر جوهري في الإيجاب لا يعد الامر سوى دعوة للتفاوض.

وبالتالي متى تم الاعلان من أحد الاطراف الى غاية معرفة وجهة نظر الطرف الآخر ومعرفة درجة ارتباط هذا الطرف بالطرف الاخر من أجل إبرام العقد النهائي وتقبل دعوة الطرف المعلن، فإن مرحلة التفاوض في هذا الأثناء تعتبر قد انطلقت في مسارها.

فإذا كانت الدعوة للدخول في التفاوض تتسجم وتتشارك مع الدعوة للتعاقد في بعض الأوجه إلا أنها تختلف وتتميز عنها من عدة أوجه أخرى، ولا ينبغي الخلط بين الدعوة إلى التفاوض وبين الدعوة إلى التعاقد، لاسيما وأن هذه الأخيرة يمكن من خلالها الوصول إلى تكوين العقد في حالة تلاقي الإيجاب بالقبول المطابق له، في حين إن الدعوة للدخول في التفاوض لا تسمح من خلالها بلوغ العقد المراد ابرامه مباشرة، لأنها تفتقد الى اعلان للتعاقد ولا تهدف الدعوة للتفاوض الوصول الى إبرام عقد دون اجراء التفاوض، كما تفتقد إلى العناصر الأساسية للتعاقد وإلى إرادة التعاقد³.

¹ Radu STANCU, op cit, p 21

² يقصد بالمشاريع مشروع بيار كاتلا (2005) Piere Catala ومشروع تيري (2008) TERRE (2008) ومشروع وزارة العدل الفرنسية المعروف بمشروع شان سولوغي (2008) Chancellerie

³ Sarah Barry , op cit ,p47

ويمكن للطرف الذي يهمله الدخول في التفاوض أن يوجه دعوة لطرف أو اطراف أخرى للدخول في التفاوض فيتيح لشخص أو عدة اشخاص محددين أو أي شخص آخر من الجمهور ممارسة حقوقهم المنبثقة من مبدأ الحرية التفاوضية في هذه المرحلة، وذلك من خلال عدة طرق وأساليب متنوعة، بدءاً من حرية اختيار المتفاوض واختيار شكل التفاوض و اختيار الطريقة المناسبة للدعوة للتفاوض، كأن يختار الطرف الذي يعلن التفاوض استعمال الهاتف أو البريد العادي أو البريد الإلكتروني أو إي شكل آخر للتواصل بما في ذلك أساليب التواصل أو المخاطبة المباشرة، أو عن طريق استعمال الاعلانات أو المنشورات الإشهارية¹.

وتجدر الاشارة أن الحرية التفاوضية في مرحلة التفاوض لا تتيح للشخص حرية اختيار الشكل أو اختيار الدخول في التفاوض فحسب، بل تتيح له ايضاً حرية الاستمرار أو قطع التفاوض وحرية اجراء المفاوضات الموازية.

ثانياً - حرية سير التفاوض متزامن مع مفاوضات موازية:

يرى جانب من الفقه أن المفاوضات العقدية بالنظر الى أطرافها، أنها تعبر عن مرحلة متميزة ببعدها الاستراتيجي الذي يستهدف الوصول الى التغيير حيث يتعرض الاطراف المتفاوضة خلالها لمختلف الضغوط والصعوبات، تختلف شدتها بحسب طبيعة وحجم سير المفاوضات².

لذلك فالمبدأ أنه لا يترتب على قبول هذا الطرف أو ذلك أي التزام بإبرام عقد نهائي كما لا يترتب على هذا القبول الالتزام بالسير في التفاوض أو المنع من إجراء مفاوضات موازية مع الغير ما لم يتقيد ذلك صراحة من قبل الطرفين قبل البدء في التفاوض، وإنما يترتب على ذلك كل من الطرفين يحتفظان في مرحلة المفاوضات، بكامل حريتهما في رفض التعاقد، ومن حيث المبدأ يستطيع أي من الطرفين أن ينسحب من عملية التفاوض

¹ ويمكن ان تكون الدعوة للتفاوض لا تقتصر على طرف معين ، بل توجه الدعوة بشكل عام عن طريق وثائق إشهارية (document publicitaire) في شكل اعلانات إشهارية او مجرد اعلانات بسيطة تحرر قبل تكوين العقد الى غاية اتمام ابرامه، انظر

j. GHESTIN ; op cit, p. 687

² Radu STANCU, op cit, p 25 (la négociation apparait comme un moment dans sa propre action stratégique , un mode d' action pour obtenir un changement)

في اي وقت يشاء لان الدخول في هذه العملية لا ينشأ أي التزام على عاتق أي منهما بإبرام عقد نهائي وبالاتمرار في المفاوضات حتى الوصول الى اتفاق حول العقد النهائي¹.

ثالثا- حرية قطع المفاوضات:

تمنح الحرية التفاوضية للأطراف المتفاوضة حق العدول في أي وقت وفي أي درجة بلغها التفاوض، ذلك أن القانون لا يترتب بحسب الاصل على المفاوضات أي أثر قانوني فكل متفاوض لديه الحرية الكاملة في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده ولا يترتب على عدوله هذا أية مسؤولية بل لا يكلف بإبداء أي مبرر لعدوله، ولا إثبات أن عدوله كان لسبب جدي².

وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت " بأن المفاوضات ليست سوى عمل مادي لا يترتب عليها بذاتها أي اثر قانوني" وأضافت بأن كل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الاخر المتفاوض، وعبء اثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف ، ومن ثم فلا يعتبر مجرد العدول عن اتمام المفاوضات في ذاته هو المكون لعنصر الخطأ، أو الدليل على توافره بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول³.

فمرحلة التفاوض شرعت أصلا من اجل التعارف وتبادل وجهات النظر حول العقد المراد ابرامه، ومن ثم فان مشروعية التفاوض تحمل معها مشروعية العدول عن التفاوض دون أن تلزم الطرف العادل عن التفاوض بتقديم مبررات عدوله، ويعتبر هذا العدول نتيجة طبيعية لإنهاء التفاوض، لذلك نص المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1112 من

¹ فواز صالح، المفاوضات (مرحلة ما قبل العقد)، -الموسوعة القانونية المتخصصة-مجلد السابع،

يوم 2022/05/18 <http://arab-ency.com.sy/law/details/25926>

² عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2010، ص 364

³ نقض مدني مصري في 1967/02/09 الطعن رقم 167 مجموعة المكتب الفني س 33 رقم 52 ص:234

القانون المدني على حرية اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها ولم يقيدها سوى بقيد واحد الذي يستوجب ان تراعى في هذه المسائل مقتضيات حسن النية. وإذا كان القانون في الاصل لا يرتب على هذه المفاوضات أية آثار قانونية، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات أو العدول عنها في الوقت الذي يريده دون أن يكون مسئولاً وليس لأحد أن يطالبه بان يبين سبب العدول " فقد يكون السبب أنه لم ير داعياً لإتمام الصفقة، أو أنه رأى إن اتمامها ليس في مصلحته أو إن الشخص الذي يتعامل معه لا يروقه لسبب من الاسباب أو أن شخصاً آخر عرض عليه صفقة أفضل أو أنه يرتاح للتعاقد مع هذا الشخص الآخر، ويفضله على الشخص الأول ولو كان هذا الارتياح يرجع لمجرد الميل الشخصي، وكل هذه الاسباب قد تدعو أحد الطرفين الى العدول عن مفاوضاته ولا مسؤولية على من عدل¹ .

غير أنه إذا كان العدول كأصل عام لا يرتب أية مسؤولية استناداً لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يمنح الحرية التامة للأطراف المتفاوضة في قطع المفاوضات التي لا تتسجم مع مصالحهما المشروعة، ويحكمهما في الوقت ذاته مبدأ حسن النية الذي يقضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد أثناء التفاوض² .

وقد يرتب المسؤولية على قطعها إذا اقترن هذا العدول بخطأ صدر منه، ومصدر المسؤولية ليس هو مجرد العدول عن المفاوضات بل هو الخطأ الذي ارتكبه من عدل كأن يكون هذا الطرف غير جاد عند الدخول في المفاوضات، أو كانت هذه الأخيرة مناورات قصد بها إحداث تأثير معين أو قد ترتب على القيام بهذه المناورات ضرر للطرف الآخر بعد أن أعتقد بجدية المفاوضات واتخذ من التدابير ما يكفل نجاحها أو أن هذا الطرف الآخر أثبت أن الطرف الاول وإن كانت مفاوضاته جدية إلا أنه عندما عدل لم يخبره في الوقت المناسب بل تركه يعتقد أن المفاوضات لا تزال جارية وكان ذلك سبباً في أن يتحمل بعض الخسارة³ .

¹ عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص:239

² هلدبر أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، دار الكتب العلمية ، مصر ، بدون سنة الطبع ، ص 143

³ عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص:240

المطلب الثاني- مبدأ الحرية التعاقدية:

يعتبر مبدأ الحرية التعاقدية من أولى المبادئ القانونية التي عرفتھا النظم القانونية في مجال القانون الخاص بشكل عام وهو بمثابة حجر الزاوية¹ الذي يمنح العديد من الضمانات الايجابية في مرحلة تكوين العقد² بل يمثل هذا المبدأ الأساس للعديد من الأنظمة التعاقدية، لاسيما تلك الأنظمة التي كانت تتبنى النظرية الكلاسيكية للعقد، المبنية أساسا على مبدأ سلطان الإرادة³ الذي يعتبر إن هذه الأخيرة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد الآثار المترتب عليه بل وفي جميع الروابط القانونية العقدية وغير العقدية⁴.

بيد أن انتكاس مبدأ سلطان الإرادة وتفهمه نتيجة قصور الإرادة وحدها في تحقيق التوازن العقدي والعدالة العقدية لاسيما في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية⁵ وانتشار الصناعات الحديثة التي صاحبت معها ظهور فئات من العقود الضخمة والمركبة، مما طرأ على نظرية العقد عدة تطورات مستجدة دفعت بعض الأنظمة القانونية الغربية مثل فرنسا الى تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد بما تحويه من أسس ومبادئ يأتي في مقدمتها مبدأ الحرية التعاقدية.

وتناول هذا المبدأ في المرحلة السابقة على التعاقد، يقتضي تعريفه وتحديد مضمونه

كما يلي:

¹ Sarah Barry , op cit ,p44

² بيلامي سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود،مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال(جامعة الاخوة منتوري قسنطينة)، العدد 5،الجزائر، 2018،ص:68

³ ينبثق عن هذا المبدأ ثلاث مبادئ اساسية هي الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ الآثار النسبي للعقد

⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص:75

⁵ هذه العوامل أدت الى انتصار مبدأ الارادة في مراحلها الاولى وأدت بدورها الى انتشار الروح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، وبعد تطور هذه العوامل نفسها و التي قد قامت في ظلها الصناعات الكبيرة وتأسست الشركات الضخمة ونظمت طوائف العمال على اثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية مما أدى الى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في مواجهة المذاهب الفردية، هذه العوامل كان من شأنها ان تنتقص من سلطان ارادة، وقد تبين من النقد الموجه لهذا المبدأ الاخير ان الخطأ الذي وقع فيه انصاره هو اتخاذه مبدأ مطلقا في كل نواحي القانون ، لكن المعتدلون يرون الرجوع الي سلطان الارادة كمبدأ عام ولكن في حدود معينة. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق، ص: 102

الفرع الاول- مفهوم الحرية التعاقدية :

يذهب بعض الفقه الى تحبيذ فكرة عدم تبني تعريف معين لمبدأ الحرية التعاقدية، ذلك لان التحديد القانوني لها يجب ان ينسجم مع مضمون تطبيقها كمبدأ وليس كمفهوم باعتبار أن المبدأ يستشف من صورته التطبيقية لا مفهومه المجرد، كما ان فلسفة القانون المدني لا تتناول هذه الحرية لذاتها وإنما لتطبيقاتها والصور التي يمكن أن تبرز بها أي أن فكرة الحرية التعاقدية ببعدها المفاهيمي المجرد عن التطبيق لاتهم القانون كونها تدخل في التقييم الشخصي¹.

إلا أن فكرة عدم تبني تعريفاً أو مفهوماً لمبدأ الحرية التعاقدية لا يؤيدها المنطق القانوني باعتبار أن العديد من الأنظمة القانونية تتبنى فكرة الحرية التعاقدية وتعتمدها كأساس لبناء نظرية العقد بأحكام صريحة أو ضمنية.

فمن التشريعات التي تبنت الحرية التعاقدية ضمناً، نجد أن المشرع الجزائري برغم من عدم تنظيمه لمرحلة التفاوض بأحكام صريحة إلا أن ذلك لم يمنعه من تبني صور وتطبيقات المبدأ المنبثقة عن نظرية العقد بشكل عام، بما في ذلك المرحلة السابقة على التعاقد من خلال العديد من نصوص القانون المدني بدءاً من المادتين 54 و 59 منه² واللتان يظهر من خلالهما تكريس حرية الإرادة إلى حد بعيد في مختلف مراحل بناء العقد وتكمن هذه الحرية التي يتمتع بها المتعاقدان ليس فقط في كيفية التعاقد، بل في تحديد مضمون العقد، وهذا ما تؤكدته المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " أن العقد شريعة المتعاقدين ،فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين " .

¹ محمد عرفان الخطيب ، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد ، مجلة كلية القانون

الكويتية العالمية ، السنة السابعة ، العدد 2- العدد التسلسلي 26، الكويت 2019 ، ص:196

² عرفت المادة 54 من القانون المدني الجزائري (معدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005): "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء " وعرف المشرع الفرنسي في المادة 1101 "العقد هو اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف الى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها"

اما المادة 59 فاعتبرت انه " يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين...."

أما التشريعات المقارنة التي تبنت مبدأ الحرية التعاقدية بنصوص صريحة ضمن الاحكام المنظمة لنظرية العقد، فنجد في مقدمتها التشريع الفرنسي الذي حدد المقصود من مبدأ الحرية التعاقدية وبسط صورها من خلال نصوص قانون العقود الفرنسي الجديد¹. فنجد أن المشرع الفرنسي ينص في المادة 1102 مدني فرنسي على المقصود من الحرية التعاقدية بنص صريح، واعتبر أن " كل شخص حر في التعاقد وفي اختيار نظيره في العملية التعاقدية وتحديد مضمون وشكل العقد، ضمن الحدود المقررة قانوناً، الحرية التعاقدية لا تسمح بالانتقاص من القواعد المرتبطة بالنظام العام " فضلاً عن ذلك فإن هناك عدة دراسات فقهية تناولت تكوين العقد و حاولت تحديد مفهوم الحرية التعاقدية خلال هذه المرحلة من التعاقد.

ويقتضي ضمن هذه المرحلة إلى جانب حرية الفرد في الإقدام على إبرام العقد أو الامتناع عنه أمرين هما كيفية التعاقد من جهة، وكيفية تحديد مضمون العقد من جهة أخرى فبالنسبة لكيفية التعاقد تخضع العقود في تكوينها إلى مبدأ الرضائية الذي مفاده أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كاملة في كيفية التعبير عن إرادتهما أما بالنسبة لمضمون العقد فإن للمتعاقدين كذلك الحرية الكاملة في تحديد مضمونه وتعيين بنوده وأحكامه مع مراعاة مقتضيات النظام العام وحسن الآداب².

وقد عرف بعض الفقه الحرية التعاقدية بأنها تعني أن تكون حراً في أن تلتزم، وأن تحدد مدى ومضمون هذا الالتزام، وكذا تحديد شكله و مدته³.

وأن الحرية التعاقدية تسمح للأطراف باختيار التعاقد أو عدم التعاقد، بترتيب أولويات التعاقد وتحديد صيغة وشروط اتفقاتهم⁴.

واعتبر البعض الآخر أن الحرية التعاقدية تمثل أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، وأن إرادة الفرد تكفي وحدها لإبرام العقود وإنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على

¹ انظر المادة 1102 وما بعدها من قانون العقود الفرنسي الجديد

² علي فيلالي ، المرجع السابق ، 52

³ Sarah Barry , op cit ,p44

⁴ On considère traditionnellement que cette liberté permet aux parties de choisir de contracter ou non, de sélectionner leur cocontractant et de fixer les termes et conditions de leur convention (J. Ghestin , Traité de droit civil, t. 2, 2e éd., Paris, LGDJ, 1988, p. 28).

حرية الإنسان الكاملة، ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام وحسن الآداب¹.

يتبين من خلال مختلف التعاريف المشار إليها أن كل منها عمل على تحديد جانب من صور مبدأ الحرية التعاقدية، ولم يكن أياً منها يعتبر تعريفاً جامعاً مانعاً لمفهوم الحرية التعاقدية المنبثق أساساً من مبدأ سلطان الإرادة الذي هو أصل التعاقد، إذ يسمح للأطراف بكل حرية وإرادتهما في اختيار التعاقد أو عدم التعاقد وتحديد مضمون العقد، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هي مقيدة بمجموعة من المقتضيات تفرضها مراعاة بعض المتطلبات الاجتماعية والاقتصادية والتجارية الراهنة²، مما يتعين البحث عن نطاقها في المرحلة السابقة على التعاقد.

الفرع الثاني - نطاق الحرية التعاقدية في المرحلة السابقة على التعاقد:

تمثل الحرية التعاقدية المبدأ الأساس للمرحلة السابقة على التعاقد، وتمثل هذه المرحلة على الأقل في نظر البعض " الأرضية الحقيقية للحرية التعاقدية أو الوجه المشرق لها"³ ويستند الفقه في إثبات الحرية التعاقدية ويبرر إثباتها في مرحلة التفاوض من خلال العديد من القضايا المعروضة أمام المحاكم بل يؤكد استقرار محكمة النقض الفرنسية على أن هذا المبدأ يعد مبدأ قانوني عام يمنح الحرية الكاملة للتاجر في اختيار الشخص الذي يمكن التفاوض معه وليس مجبراً على تبرير اختياره وليس هناك ما يلزم من تلقى إعلاننا للدخول في التفاوض بقبول هذا الإعلان⁴.

لذلك فإن ما يمثله هذا المبدأ من أهمية في مرحلة المفاوضات العقدية، فإنه يقتضي بيان نطاقه المبدأ وما ينبثق عنه عند الدخول في التفاوض أو خلال مرحلة التفاوض أو حتى في حالة قطع المفاوضات.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 45

² بيلامي سارة، المرجع السابق، ص:68

³ Les pourparlers précontractuelles représentent pour certains « terre de liberté contractuelle ou encore la figure de proue de la liberté contractuelle » J. GHESTIN, op cit, p. 495.

⁴ ومن بين القضايا المعروفة في هذا الشأن قضية christie v et york corp

الفرع الثالث - مضمون مبدأ الحرية التعاقدية عند الدخول في التفاوض:

أن الحرية التعاقدية تبدأ من حرية الشخص في الدخول في المفاوضات التعاقدية من عدمه، ويكون له بعد مباشرة التفاوض الحرية في تعديل اقتراحاته أو إنهاء التفاوض، وهذا ما يتعلق بالجانب الموضوعي من الحرية التعاقدية أما حرية اختيار المتعاقد، وحرية تحديد مضمون التعاقد، فهذا يتعلق بالجانب الشكلي من الحرية التعاقدية¹.

و من خلال مختلف هذه التطبيقات للحرية التعاقدية سواء في جانبها الشكلي أو الموضوعي، فإنه لا يمكن اجبار الشخص على الدخول في عملية تعاقدية لا يرغبها² فهي تسمح للطرف الموجه له الاعلان للدخول في التفاوض حرية قبول أو رفض الاعلان الموجه اليه³.

لذلك نجد بعض التشريعات المدنية المعاصرة كالقانون المدني الفرنسي الذي منح صراحة للشخص كامل الحرية في تحديد نظيره في العملية التعاقدية والحرية في التعاقد أو عدم التعاقد وأخيرا الحرية في تحديد مضمون وشكل العقد المراد ابرامه⁴ ولا يخفى أن المشرع الفرنسي من خلال هذه المحددات الثلاثة إنما بين بشكل واضح الصور التطبيقية لهذا المبدأ⁵.

لذلك فإنه من الأهمية بيان مضمون هذه الصور والأشكال من الحريات التعاقدية في جانبيها الشكلي والموضوعي وبيان مضمونها عند الدخول في التفاوض وأثنائه وعند قطع المفاوضات من خلال البنود الآتية:

01- حرية التعاقد أو عدم التعاقد:

يتمتع الشخص إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية بحق الخيار فيما اذا كان يريد ابرام عقد معين من عدمه⁶ ويشمل هذا الجانب من الحرية، حرية إنهاء التعاقد من عدمه ولا يقتضي ولو بصورة مبدئية الزام الشخص بإتمام التعاقد، ولا بإلزامه بتقديم عروض للتعاقد

¹ GHESTIN ; Traite de droit civil, la formation de contrat, T1 le contrat – le consentement ; op cit, p. 182

² محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 197

³ Sarah Barry , op cit ,p49

⁴ انظر المادة 1112 ق م ف

⁵ محمد عرفان الخطيب، نفس المرجع، ص:197

⁶ عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 16

ولا قبولها، كما لا يلزمه بالدخول في عمليات التفاوض أو إتمام التفاوض حول عقد معين وهذا ينسجم مع وجهة نظر المشرع الفرنسي في تعريفه للعقد ضمن نصوص القانون المدني الذي اعطى للشخص المتعاقد كامل الحرية في الدخول في الالتزام التعاقدى واعتبر ان المبادرة في العملية التعاقدية قائمة على الحرية في التعاقد من عدمه وانه لا يمكن اجبار الشخص على الدخول في عملية تعاقدية لا يرغب فيها، مكرسا بذلك مفهوما موسعا للحرية التعاقدية¹.

وهذا ما يؤكد نص المادة 1101 مدني فرنسي التي عرفت العقد بأنه " توافق الإرادات بين شخصين أو أكثر يهدف الى انشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها" ولم يبق العقد بعد سريان قانون العقود الجديد مجرد اتفاقية أو اتفاق يلتزم من خلالها شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، والذي يعتبر نفس التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 54 مدني جزائري².

ويكون المشرع الفرنسي حسب ما نراه من خلال التعديل الاخير للقانون المدني قد وسع بشكل كبير في مجالات الحرية التعاقدية لاسيما أن واقع الحال ومتطلبات التطورات الاجتماعية المصاحبة للتطور الاقتصادي والتكنولوجي والذي صاحب معه بروز أشكال جديدة من التعاقد لم تكن موجودة في ظل القانون السابق وأصبح غير مجدي تحديد مجالات الحرية التعاقدية في إعطاء شيء أو فعل أو امتناع عن عمل فقط بل ترك المجال مفتوحا لإرادة الأطراف بإنشاء أي نوع من التزامات أو تعديلها أو تحويلها أو إنهائها، بحيث ترك باب الالتزام الذي يمكن أن ينطوي عليه مضمون العقد مفتوحا.

ويجب أن نشير الى أن إنهاء و قطع التفاوض بشكل تعسفي قد ينجم عن هذا الفعل المسؤولية المدنية ضد الطرف المتعسف أو المبادر بقطع التفاوض، غير أن هذا لا يلزمه بإتمام العقد المنتظر إبرامه، كما لا يلزمه بالتعويض عن الفرصة الفائتة عن عدم اتمام التعاقد³.

¹ محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق ، ص: 197

² بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري عرفت المادة 54 منه العقد بأنه "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة اشخاص اخرين بمنح او فعل او عدم فعل شئ ما".

³ j. GHESTIN ، op cit , p182

02- حرية اختيار المتعاقد:

تمثل حرية اختيار المتعاقد إحدى الحريات التي تكرس مبدأ الحرية التعاقدية وهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بإرادة التعاقد التي تتجسد في التعبير عن الرغبة في الدخول في العلاقة التعاقدية، فيتم اختيار المتعاقد من حيث المبدأ وبحرية مطلقة للطرف الذي يرغب في التعاقد، حتى ولو لم يكن هذا الطرف قد قرر التعاقد بعد، ويمكن اختيار المتعاقد على أساس شروط معينة أو اعتبارات مرتبطة بشخصية الشخص الذي يرغب في التعاقد معه .

ولا يكون هذا الشخص الذي يرغب في التعاقد ملزماً بتقديم أسباب أو تبرير اختياره وهذا ما يؤيده العديد من أحكام محكمة النقض الفرنسية التي تعتبر أن حرية الشخص في اختيار المتعاقد معه تقتضي عدم وضع الأسباب السائغة التي يركز عليها في تفضيل اختيار أي متعاقد على متعاقد آخر، كما تقتضي عدم توحيد معايير الاختيار المطبقة في هذا الشأن¹.

03- حرية تحديد مضمون العقد:

من خلال ممارسة مبدأ حرية تحديد مضمون العقد يستطيع الأطراف تحديد جميع القواعد المنظمة لعلاقاتهم التعاقدية، كما يستطيعون تحديد المواضيع المتعلقة باتفاقاتهم وتحديد الأسباب التي تسمح لهم بتحقيق التزاماتهم².

فيمكن للأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد الاتفاق بكل حرية على جميع المسائل التعاقدية ما لم تكن من المسائل التي نظمها المشرع بنصوص خاصة ولم يترك للأطراف الحرية في الاتفاق على خلافها ولم يقيد النظام العام.

فالمشرع قد أقر حقيقة مضامين بعض العقود الأكثر انتشاراً ونظمها بنصوص خاصة لمساعدة الأطراف حيناً، وتنبههم إلى خطورة ما يقدمون عليه من التزامات خلال العملية التعاقدية أحياناً أخرى فنجد المشرع على سبيل المثال قد نظم عقد الوكالة والبيع و الإيجار والرهن وغيرهم والتي تعرف في مجملها بالعقود المسماة، بينما ترك المشرع

¹ Radu STANCU, op cit, p 38

² J. GHESTIN, op cit, p185

المجال واسعا للأطراف في إنشاء عقود أخرى لم يتم تنظيمها بأحكام خاصة ولم يسميها بل ترك الحرية للأطراف في جعلها محور للتفاوض عليها وتحديد مسمياتها ومضامينها. وفي حالة اخضاع الاطراف بإرادتهما الحرة اتفقاتهما لوضع من أوضاع النظام العام فإن هذا القيد من شأنه أن يرقى إلى المرتبة التي اتفق عليها الطرفان، ولم يبق مجرد مسائل او مشاركات تحتفظ بصيغتها المكملة¹.

المطلب الثالث: مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض العقدية

يعتبر مبدأ حسن النية أهم المبادئ التي يقوم عليها التعاقد بل أن هذا المبدأ يعتبر الاساس التي ينطوي عليها جميع التزامات المتفاوض، لذلك يقتضي تناول هذا المبدأ والوقوف على أهم مراحل تطوره (الفرع الاول) ثم محاولة تعريف هذا المبدأ (الفرع الثاني).

الفرع الاول: تطور مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ العامة والهامة التي تقوم عليه جل التصرفات القانونية وهو مبدأ فسيح المدى واسع النطاق، ينطلق من فكرة أخلاقية تعود جذورها في اعماق التاريخ القانوني، فقد وجد المبدأ في القانون الروماني لكنه كان مقصورا على عقود معينة بسبب الشكلية التي كان يتسم بها هذا القانون بحيث كان يكفي اتباع شكليات صارمة ومحددة ليكون العقد صحيحا ولم يكن للإرادة أي دور في إنشاء وتكوين العقود، إذ كان يقسم العقود الى عقود حرفية التنفيذ وعقود حسن النية².

وتشمل عقود حسن النية أربعة عقود رضائية تتمثل في البيع والإيجار والشركة والوكالة فكان على القاضي في عقود حسن النية أن يفسر إرادة المتعاقدين طبقا لما تقضي به مبادئ حسن النية وما يجري عليه العمل في المعاملات³.

¹ GHESTIN , op cit , p185

² عبدالحليم عبداللطيف الفوني، المرجع السابق، ص 14

³ بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكر مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص: قانون العقود المدنية ، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي ، 2013 ، ص 12

وقد عرف المبدأ تطوراً هاماً خلال الحقبة الرومانية واكتسب خلال كل مرحلة من مراحله طابعاً خاصاً، إذ تدحرج إلى مفهوم اخلاقي "ديني، اجتماعي" وإلى مبدأ من مبادئ القانون الطبيعي، ليأخذ بعد ذلك مفهوماً قانونياً أخلاقياً¹.

وقد ذاع صيت هذا المبدأ في المرحلة التي ساد فيها القانون الكنسي باعتباره قانوناً دينياً، وأخذت به الكنيسة الكاثوليكية في أوروبا الغربية خلال العصور الوسطى - وقد كانت فيه الكنيسة آنذاك تمثل قوة الدولة تتمتع بكامل سلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية، وقد كان لفقهاء القانون الكنسي مفهوم خاص عن حسن النية إذ يرونه بأنه "الاعتقاد الخالص من الشوائب والذي يكتفي فيه بمجرد البعد عن الاثم والحرام".

ومن ثم فقد أضحى القانون الكنسي بمثابة مرحلة جديد من مراحل الرضائية تقوم على اساس من الدين والأخلاق غير أن الاهتمام بالإرادة لم يكن اهتماماً خالصاً فما زالت الشكلية هي محور التصرفات، وتلى ذلك تطور موقف الكنيسة من التصرفات لاسيما بعد ظهور مبدأ سلطان الإرادة العقدي، والذي عرف انتشاراً واسعاً عبر مختلف التشريعات فكان لها تأثير إيجابي على القانون الكنسي الذي فسح المجال لحرية الإرادة في التصرفات وحررها من قيود الشكل، وأصبحت الإرادة لوحدها كافية لإنشاء الالتزام². لذلك يمكن القول ان القانون الكنسي قد أطلق الحرية للإرادة في التصرفات وربطها من ناحية أخرى بالغرض الذي ترمي إليه، واشترط أن يكون هذا الغرض مشروعاً بل امتنع عن تنفيذ العقد، إذا كان الغرض من العقد غير مشروع³.

ومن أهم المبادئ التي أنهى إليها القانون الكنسي تتمثل في وجوب الوفاء بالتعهدات ووجوب التعادل في الالتزامات الناشئة في ذمة المتعاقدين، فلذلك حرّموا الغش والغبن والغرر والربا وأجازوا تعديل الالتزامات بسبب تغيير الظروف كما أوجبوا أن يكون الباعث على التصرفات مشروعاً وتعتبر كل هذه المبادئ ضمن نطاق حسن النية عند تكوين العقد وتنفيذه.

¹ بن ايوب هدى، المرجع السابق، ص 11

² بن ايوب هدى، نفس المرجع، ص.16

³ عبد الحليم عبداللطيف القوني، المرجع السابق، ص 22

فإذا كان القانون الكنسي قد أطلق العنان لحرية الإرادة في التصرفات، فإن القانون الفرنسي القديم ظل متمسكا بالقاعدة الرومانية القديمة التي تنص على (أن الاتفاقات لا ترتب التزامات)¹ و بالتالي فإن حسن النية في العقود لم يزدهر في غياب ازدهار الإرادة في التصرفات ولا مجال لبروزه إلا في الانظمة التي تفسح المجال للإرادة.

وفي نهاية القرن الثاني عشر عرف مبدأ حسن النية تحولا كبيرا بعد التطور الاجتماعي والاقتصادي فضلا عن تطورات الواقع الفرنسي، إذ منح للفرد حرية التعاقد فبرز دور الإرادة في التصرفات القانونية لاسيما في ظل النظرية الحديثة للسبب، كما وسع في صلاحيات القاضي في تعديل العقد، ونتيجة لذلك كان على المشرع الفرنسي آنذاك التدخل لوضع أسس قانونية ملائمة للوضع الجديد وذلك بوضعه لقانون نابليون الذي جاء بقواعد مدنية قائمة على فكرة حرية الفرد التي اعتمدها في الثورة الفرنسية².

وفي ظل هذه التطورات الاخيرة التي عرفها مبدأ حسن النية قد اعتنقت غالبية التشريعات المقارنة المبدأ بصورة واضحة و صريحة ضمن قوانينها المدنية المنظمة لنظرية العقد، لاسيما في مرحلة تنفيذ العقد، فكانت وما زالت الغالبية من هذه التشريعات تنص صراحة على أنه " يجب تنفيذ العقد بحسن النية" ويأتي في مقدمة هذا السياق نص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي³ (المعدل) المقابلة للمادة 1/107 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على انه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية.

إلا أنه بعد الاصلاحات التي عرفتها نظرية العقد أضحي مبدأ حسن النية من بين المبادئ الاساسية التي تستوجب لإعماله، المناقشة والتفاوض على العقد وفي تكوينه

¹ بن ايوب هدى ، المرجع السابق ،ص:17

² زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة- (رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتور في العلوم تخصص القانون الخاص)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018 ص:11

³Ancien art. 1134 de code civile français (Abrogé par Ord. no 2016-131 du 10 févr. 2016, à compter du 1er oct. 2016) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

وتنفيذه، بل اعتبرت أن هذا المبدأ من النظام العام طبقاً للمادة 1104 من القانون المدني¹ وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد توسع في نطاق إعمال حسن النية صراحة ويات يشتمل جميع مراحل العقد، انطلاقاً من مرحلة تكوين العقد بما في ذلك مرحلة التفاوض السابقة على التعاقد بدءاً من الدخول في التفاوض وأثناء سيره وعند قطعه فضلاً عن مرحلة إبرام العقد ومرحلة تنفيذه.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد قطع شوطاً جديداً مؤسساً لمبدأ عام جديد يحكم مختلف أنواع العقود التي تتدرج ضمن نظرية العقد، كما أن هذا النص جاء ضمن القواعد العامة من جهة وشموليته لغالبية مراحل العملية التعاقدية من جهة أخرى² حتى وإن كان هذا المبدأ في حد ذاته يطرح عدة إشكالات من حيث مفهومه القانوني وتحديد نطاقه.

الفرع الثاني - مفهوم حسن النية في المرحلة المفاوضات:

يعد تحديد مفهوم حسن النية بصفة عامة وتحديد في مرحلة التفاوض بصفة خاصة من الأهمية البالغة في معرفة دوره في التصرفات القانونية، إلا أن الفقه والتشريع المقارن اختلفا في تحديد مدلول هذا المبدأ بسبب اختلاف وجهات النظر التي تعتمد عليها كل فقيه وبسبب تباين الأنظمة القانونية المختلفة في الأخذ به وتطبيقه من جهة ومن جهة أخرى تباين مدلوله هل هو مبدأ أخلاقي أو مبدأ قانوني فضلاً عن تباين مدلوله بين القانون العام و القانون الخاص، لذلك يجدر بنا تناول تعريف حسن النية وتحديد معياره كما يلي:

أولاً - تعريف مبدأ حسن النية:

وفقاً للتعريف الذي جاء به المعجم القانوني، "إن مبدأ حسن النية يمثل حالة مجردة، غير ملموسة ليست ذات معنى قانوني أو اصطلاحية³ .

¹ تنص المادة 1104 " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية ، يعتبر هذا الحكم من النظام العام"

² محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 204

³ وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2012، ص 211

وعليه فان تحديد معنى حسن النية بمجرد حالة لا ترقى للوصول الى تعريف بها كمبدأ قانوني أو تحديد معناها الاصطلاحي يكشف عن الصعوبة التي تكتنف تحديد مضمون حسن النية في التصرفات القانونية .

وهناك معنى آخر من قاموس المصطلحات القانونية يحدد المقصود بحسن النية أنه " الاعتقاد غير الخاطيء بوجود أو عدم وجود واقعة أو حق أو قاعدة قانونية¹ و هذا المعنى يقرن حسن النية بالجهل ويشترط أن يكون هذا الجهل نابعا من خطأ جسيم² بوجود واقعة قانونية أو حق أو نص قانوني.

وهناك جانب من الفقه يتجه الى وضع عبارات عامة وبراقة من صدق وأمانة ونزاهة واستقامة، في حين يرفض جانب آخر هذه المفاهيم ويراهم بأنها غير كافية لتحديد المعنى القانوني³ المطلوب إلا انهم يتفقون على أن حسن النية يتحدد معناه حسب موقعه، وأنه يتغير من حالة الى أخرى⁴.

فقد عرف جانب من الفقه حسن النية بأنه " قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون أي اعتقاد الشخص بمطابقة تصرفاته للقانون، والتزامه بعدم الاضرار بالغير"⁵ أي أن الشخص يقصد قبل أن يلتزم بان سيكون التزامه في الحدود القانونية المطلوبة وأنه سيكون ملتزما بما هو محدد قانونا ويلتزم فضلا عن ذلك بعدم الاضرار بغيره.

وبالتالي فإن هذا الاتجاه يرى أن مبدأ حسن النية يجد مصدره في فكرة قانونية وليس فكرة اخلاقية، الامر الذي يؤدي الى عدم اعتبار القيم كأساس لحسن النية، كما أن عنصر القصد الذي يتحدد من خلاله حسن أو سوء النية يؤدي الى تداخل عناصر المفهوم القانوني والمفاهيم الاخرى لحسن النية مما يضيف صعوبة في التمييز بينها.

¹ LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUE 2017-2018 , DALLOZ ,25 EDITON, P298 « LA BONNE FOI :Croyance erroné et non fautive en l'existence ou l' inexistence d'un fait , d'un droit ou d'une règle juridique »

² بيلامي سارة، المرجع السابق ، ص 26

³ زيتوني فاطمة الزهراء، مضمون مبدأ حسن النية في اطار نظرية العقد(مجلة القانون والعلوم السياسية جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان)، العدد الرابع، الجزائر، 2016 ص 432

⁴ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد (مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة)، الجزائر، 2017 ص 25

⁵ بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 25

وعرف البعض الآخر مبدأ حسن النية بأنه " ما يجب ان يكون وما لا يجب أن يكون " فهذا التعريف يعطي لمفهوم حسن النية جانبان، جانب ايجابي يترجم فكرة ما يجب أن يكون وجانب سلبي يترجم فكرة ما لا يجب أن يكون، دون أن يتحدد عمق الفكرة هل تعني سلوك معين أو تعني التزام معين، فحسن النية في السلوك ينتج عن هذا المفهوم عدة تعريفات¹ منها إن حسن النية هو "السلوك القويم " أو هو "المعقولة"² أو هو "العدالة و الانصاف"³ أو هو " الامانة في التصرف"⁴.

وهذا التعريف منتقد لأنه يتسم بالغموض والإبهام ولا يحدد سلوك إيجابي معين يعبر عن حسن النية في أي مرحلة من مراحل التعاقد. لذلك فإن مفهوم العدالة والإنصاف والأمانة والمعقولة، فهي في حقيقة الامر تعبر عن مصطلحات قانونية متفرقة ومتباينة المعانى وترمز الى اشارات مختلفة، يصعب في حد ذاتها تحديد معانيها بشكل دقيق.

وأما تعريف حسن النية بأنه " بما لا يجب أن لا يكون" فهذا تعريف سلبي يعبر عن غياب نية الاضرار والتصرف وفقا لسلوكيات معقولة مقرررة طبقا للأعراف السائدة⁵.

¹ وائل حمدي أحمد، المرجع السابق ، ص 212

² المعقولة : هو مصطلح قانوني – اصلها الاصلي في الكلمة اللاتينية "rationabilitas" ويمثل عنصرا جوهريا في الانظمة القضائية الحديثة، كما أنه يعتبر هاما على وجه الخصوص في مجال النزاعات والخلافات الدولية الخاصة بمشكلات القوانين، ويقوم هذا المفهوم على أساس فكرة انه يجب على الاطراف ان يتحملوا قدرا معقولا من سلوكياتهم تعريف اخذ بتاريخ 2021/04/16 من الموقع . <https://ar.m.wikipedia.org/wiki> المعقولة تضم العديد من المقتضيات التي من الواجب انجازها في هذه المرحلة ، منها ما هو متعلق بتوقعات مشروعة لكل طرف من اطراف التفاوض ، ومنها ما يتعلق بالوقت الذي يجب التوصل فيه الى اتفاق في تكوين العقد، لذلك فقد تعرض القضاء الفرنسي لمقتضيات المعقولة ، خاصة فيما يتعلق بعدم التمييز بين متعاقد وآخر، وبالأخص عندما يتم التعاقد على نفس السلعة او الموضوع في آن واحد لاسيما في العقود التي تستوجب المساواة كما هو الحال في العقود الاستهلاكية .انظر بيلامي سارة ، المرجع السابق، ص 33

³ تعني مبادئ العدالة والإنصاف عموما بأنها " مجموع القواعد التي يتم استخلاصها من خلال العقل وحكمة التشريع ويتم الالتجاء اليها من اجل استخلاص الحلول الواجب تطبيقها على المنازعات المعروضة على القضاء"

⁴ الامانة (la loyauté): تعد مظهر من بين المظاهر المتعددة لحسن النية في تنفيذ العقد الى جانب التعاون والثقة المشروعة وانتفاء التعسف في استعمال الحق وهذا ما تؤكد المادة 2/150 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 111 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على " اما إذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات" فهكذا قد جعل التشريع المصري والجزائري الامانة ضابطا لتفسير العقود وبمقتضاه يتعين على من وجه اليه ايجابا أن يفهمه حسبما تقتضيه الامانة في التعامل، فاذا وجد أن هناك خطأ في التعبير أو غموض ،كان عليه أن يوجهه الى المعنى الذي تقتضيه الامانة في التعامل. انظر في هذا الاطار: عبدالحليم عبداللطيف الفوني ، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2010، ص:251

⁵ وائل حمدي أحمد، المرجع السابق ، ص 212

فغياب نية الاضرار تحتاج الى وسيلة أو تحديد معيار معين يمكن من خلاله استخدامه للكشف عن الحالة الذهنية المستقبلية المتمثلة في " نية الأضرار"¹ وهذا يعتبر أمر صعب المنال.

وبالتالي فإنه يصعب من خلال هذه المحاولات الفقهية التعريف بحسن النية والوقوف على تعريف جامع مانع بسبب الادوار العديدة و المتباينة التي يلعبها هذا المبدأ والتي قد تؤدي الى اختلاف المعنى المقصود.

فإذا كان حسن النية في إطار تنفيذ العقد- على الاقل من الناحية النظرية- يعني الاستقامة والأمانة وانتفاء الغش ومراعاة ما يجب ان يكون من إخلاص في تنفيذ العقد فإنه في مجال كسب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف، وفي تكوين العقد يعني الالتزام بتوجيه الارادة لتحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد.²

وقد تناول بعض الفقه هذه الاطوار الثلاثة نفسها من خلال التعليق على نطاق مبدأ حسن النية في ظل القانون المدني المعدل، معتبراً أن المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق المبدأ، مؤكداً بأن العقود يجب التفاوض حولها وتكوينها وتنفيذها بحس نية باعتبار ذلك من النظام العام مغفلاً للمرحلة المرتبطة بانتهاء العقد، واعتبر أن الجانب المتعلق بالتفاوض على العقود وتكوينها اتسم بالحدائثة والجانب المتعلق بالتنفيذ اتسم بالمحافظة والجانب المتسم بالتجاهل يمثل مرحلة انتهاء العقد³.

لذلك يمكن القول بأن تعدد المعاني لحسن النية بتعدد الاطوار التي يتفاعل معها وينسجم مع التعبير الذي جاء به الفقيه ghestin. z الذي اعتبر أن "مبدأ حسن النية باختراقه الصياغة القانونية، يفقد وحدته، ولا يمكن تفاعله مع القواعد القانونية، التي يعدل اتجاهها إلا أن يعرف وفقاً للصياغة التي يندمج فيها"⁴.

كما أن الفقه حينما يتحدث عن فكرة حسن النية، فهو يتحدث عن الجهل والغلط والخطأ وغيرها من الافكار التي تتبع من ذاتية الانسان وقياسها يكون بالفعل ذاتيا

¹ وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 213

² زيتوني فاطمة الزهراء مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 433

³ محمد عرفان الخطيب، المرجع السابق، ص 207

⁴ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 433

لارتباطها بعواطف وأفكار الانسان، لكن هذه المفاهيم لا تحدد المعنى الحقيقي ومضمون حسن النية وما يفرضه هذا المبدأ في إطار نظرية العقد.

لكن ما يهمننا من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، بل فرض تطبيق حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد بمقتضى المادة 111 من القانون المدني ومثله في ذلك المشرع المصري من خلال المادة 2/150 من القانون المدني المصري، فيكون على القاضي لزاما عند تفسير العقد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل طبقا لهذا النص الاخير، فهل يقف هذا المبدأ عند هذا الحد من التعاقد ويقتصر حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، أم أنه يشمل مرحلة إبرام العقد و المرحلة السابقة على التعاقد تبعا لموقف التشريع الفرنسي الذي استوجب للتفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها أن يتم ذلك بحسن النية تبعا لمقتضيات نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي؟

يلعب حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد دورا هاما باعتبار أن هذه المرحلة هي مرحلة اختيارية في العديد من العقود، حيث يختبر فيها كل طرف من المتفاوضين الطرف الاخر، وتقتضي هذه المرحلة بالضرورة المصارحة والحوار بنية صادقة و متبادلة بين الطرفين حتى يمكن التفاهم ويتمكن كل طرف من تقدير موقفه وتحديدته تحديدا نهائيا¹.

وعليه كان لزاما البحث عن المعنى الحقيقي لحسن النية بشكل عام والبحث عن معناه في مرحلة التفاوض على العقد بشكل خاص، غير أن ما تجدر الإشارة اليه في هذا المقام إن البحث في كنه النية باعتبار أنها من الامور الخفية المستترة، يصعب الغوص في أعماقها أو قياس مجالها، لذلك نجد الفقه يبحث في مجال التعبير عن النية ويسترشد لتحديد مفهومها وقياس حسنها عند الاطراف من خلال ضوابط أو معايير محددة.

¹ عبدالحليم عبداللطيف الفوني، المرجع السابق، ص:366

لذلك يتجه غالبية الفقه للكشف عن ماهية حسن النية من خلال ضابطين أو معيارين يتمخض عنهما مفهومان¹ أولهما معيار ذاتي شخصي وثانيهما معيار موضوعي².

ثانيا- معايير تحديد مبدأ حسن النية:

لتحديد مبدأ حسن النية نميز بين معيارين، أولهما المعيار الشخصي أو الذاتي و ثانيهما المعيار الموضوعي.

أ- المعيار الشخصي أو الذاتي:

يعتمد هذا المعيار على نية المتصرف من خلال بحث القرائن المحيطة بالتصرف فالنائم والمغمى عليه لا يصح قولهما ولا يرتب أي أثر قانوني على اعتبار ان قرينة كل من النوم و الاغماء تفقدان النية والقصد الصحيح، وكذلك الامر بالنسبة للسكران والمخطئ والناسي وإن اختلف الفقه حولها، فالمفهوم الذاتي لحسن النية يبحث بالدرجة الاولى في نفسية المتعامل باعتبارها تمثل حالة نفسية أو ذهنية في الجهل بواقعة ما أو ظرف معين أو في الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن هذا الطرف أو ذاك³ أي أن المفهوم الذاتي يقصد به الاعتقاد الخاطئ الذي يحدث للطرف المقابل ويناقض الكذب والكتمان القصدي⁴.

وبالتالي فإن المعيار الذاتي لحسن النية في التصرف القانوني ينصب على اتجاه نية المتصرف وقصده إلى الالتزام بأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته في تصرف جائز قانونا، ويندرج ضمن هذا المعيار وضعية المتعاقد في حالات لا يقصد فيها الإضرار

¹ يعرف بعض الفقه من بينهم قورف وبرتون وبارو حسن النية من خلال تداخله بثلاث عناصر تحدد مفهومه يتداخل حسن النية مع العدالة أولا ، وقيض الغش ثانيا، والغلط في الوضعية القانونية ثالثا، ويكون تقريب حسن النية بالعدالة تغليب الطابع الموضوعي وتقريبه بالعنصرين الآخرين تغليب الطابع الذاتي . بينما يذهب البعض الآخر من الفقه الى تعريف حسن النية من خلال عنصر واحد أعذ يعتبر حسن النية هو الجهل المبرر بواقعة معينة رتب عليها المشرع أثرا قانونيا، وهو ما يعبر عنه بالاعتقاد الخاطئ كالجهل بالعيب أو الاعتقاد بتلقي الحق من صاحبه الحقيقي .انظر كريم بولعابي، المرجع السابق ، ص:126

² وقسم بعض الفقه حسن النية الى حسن نية المتعاقد وحسن نية تعاقدية ، وهو تعريف قائم على العنصرين الذاتي والموضوعي، فحسن نية المتعاقد ذاتي وحسن النية التعاقدية موضوعي، فالأول مجال بحثه الارادة والثاني مجال بحثه باقي العناصر المرتبطة به . انظر في هذا الشأن:كريم بولعابي، حسن النية في المادة التعاقدية، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2015 ، ص:123

³ زيتوني فاطمة الزهراء ، مبدأ حسن النية في العقود – دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص:26

⁴ كريم بولعابي ، المرجع السابق ، ص:121

بالغير ولا ينوي تحقيق إي مصلحة غير مشروعة، كما يندرج تحته حالة عدم العلم أو الجهل بواقعة معينة يرتب عليها القانون أثر معين¹.

ويتم تقدير حسن النية أو سيئها من خلال هذا المعيار بالرجوع الى ما أعتقده الشخص أنه حقيقة ودار في مكانن نفسيته، فلذا يجب البحث والتحري عن قصد المتصرف والتحقق من أن قصده هو الخروج عن حكم القانون وقيم المجتمع، فيصنف على أنه سوء النية وأما إن كان قصده هو التمسك بحكم القانون وقيم المجتمع، فيصنف في هذه الحالة ضمن حسني النية، لذلك أقر بعض الفقه من بينهم الفقيه بيكو أنه في العنصر الذاتي يعبر على نية المتعاقد².

فمن خلال هذا التقدير ينتج أن مقياس حسن النية يختلف من شخص إلى آخر و يتمحور هذا المفهوم في الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن الشخص نتيجة عدم العلم أو الجهل بالواقعة أو ظرف معين فيتربت عن ذلك آثار قانونية.

إلا أن الفقه يختلف حول تحديد أساس هذا المعيار، فجانن منه يعتبر أن حسن النية يقوم على انتفاء نية الاضرار بالغير وجانب آخر يعتبر أن حسن النية يقوم على اساس انتفاء التحايل على احكام القانون للوصول لغرض غير مشروع .

01- حسن النية يقوم على انتفاء نية الاضرار بالغير:

لما كان قصد الاضرار ينم عن تدني الأخلاق ويعتبر هذا دليلا عن سوء النية، فإن انتفاء نية الاضرار بالغير تعبر عن حسن النية، وطالما أن سوء النية أو حسننها هي من الامور المستترة فإنه يجب للبحث عن أي منهما بالاستعانة بأمر مادية ظاهرة تدل عليهما مثل القرائن، لذلك يعتبر الفقه التصرف مع انعدام المصلحة الجدية قرينة على سوء النية أو قرينة على نية الاضرار على اعتبار أن الشخص يسعى دوما بالتصرف من أجل بلوغ تحقيق مصلحة مشروعة.

¹ عبدالحليم عبداللطيف الفوني ، المرجع السابق ، ص:294

² كريم بولعابي، المرجع السابق، ص:121

02 - حسن النية يقوم على اساس انتفاء التحايل:

يكون المتصرف حسن النية إذا انتفى لديه قصد المناقضة لقصد الشارع من إبرام التصرفات أو قصد الاضرار الطرف المقابل له في العقد، فإن قصد المناقضة أو التحايل كان سوء النية¹ ويمكن الوقوف على نية هذا الطرف من خلال القرائن التي تمكن من الكشف عن نية المتعاقد وقصده، كأن يتفاوض بدون جدية أو يستعمل حقه من أجل الاضرار بالطرف المقابل² فإثبات هذه القرائن من شأنها اثبات حسن أو سوء نية المتفاوض.

وبالتالي فان مفهوم حسن النية سواء بانتفاء نية الاضرار أو انتفاء التحايل يتطابق مع المفهوم القانوني لهذا المبدأ الذي يفرض لوجوده أن يكون قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون ويكون سوء النية بعكسه، ينم عن مخالفة أحكام القانون سواء بقصد الاضرار بالغير أو بالغش والتحايل.

غير أن الأخذ بالمفهوم الشخصي لفكرة حسن النية يجعلها تتصف بعدم الثبات لارتباطها بنية المخاطب بها، فيقال أن الشخص حسن النية إذا وقع في غلط أو جهل العيوب التي تجعل من تصرفه عملاً ناقصاً لا يقره القانون، أو لا يجعل منه سبباً كافياً لترتيب أثره القانوني³.

ب- المعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية:

يقصد بالمعيار الموضوعي أو المادي لحسن النية في التصرفات العقدية هو أن يكون التصرف متفقاً مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته، وليست العبرة في صحة التصرف أو عدم التصرف فيما يعتقد الشخص، بل العبرة في مدى مطابقتها لأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته، فقد يعتقد الشخص أن تصرفاته صحيحة وصالحة في الوقت الذي ينظر إليها ينظر القانون وضمير الجماعة نظرة موضوعية⁴.

¹ عبدالحليم عبداللطيف الفوني، المرجع السابق، ص:275

² بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد، المرجع السابق، ص 37

³ زيتوني فاطمة الزهراء ، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص:32

⁴ عبدالحليم عبداللطيف الفوني ، نفس المرجع ، ص:305

إن المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية يجد مجال تطبيقه في العلاقات العقدية بحيث تتطلب من الاشخاص لتأسيس علاقاتهم العقدية مراعاة عوامل النزاهة والأمانة في معاملاتهم ، وبالتالي فإن حسن النية يشكل بهذه المفاهيم فكرة موضوعية لا شخصية¹ .
وعرف البعض الاخر المفهوم الموضوعي لحسن النية بأنه يمثل الأمانة التي تعني انعدام الغش² وفي هذا الصدد يرى الفقيه الانجليزي Robert Summers مبدأ حسن النية بمفهومه الموضوعي يلعب دوراً أساسياً في تمكين القاضي من مراقبة و ضمان تحقيق العدالة العقدية عن طريق الحفاظ على حالة التوازن العقدي بين طرفي العقد.

فالمفهوم الموضوعي لحسن النية ووجوده مرتبط بمدى مراعاة مقتضيات هذه الفكرة من عدمها³ وهذه الفكرة تشكل قاعدة سلوكية تفرض على الاشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم وشرف التعامل حتى ولو لم يتضمن هذه المفاهيم نص تشريعي فضلاً على إنها تفرض على كل طرف الاخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف المقابل له.

ومخالفة مبدأ حسن النية تتحقق بمجرد قيام التصرف على خلاف ما تقضي به مقتضيات هذا المبدأ دون النظر فيما إن كان المخالف يعلم بهذا المقتضى الذي خالفه أو لا يعلمه.

ويجد المعيار الموضوعي أساسه لمفهوم حسن النية في العدالة وقواعد الاخلاق كما هو الحال عليه في المعيار الذاتي الذي يتطلب بأن تكون تصرفات هذا الطرف أو ذاك منسجمة مع أحكام القانون وقيم المجتمع التي لا تقر نية الاضرار بالغير "سوء النية الذاتي" كما لا تقر كذلك الاهمال والتقصير "سوء النية الموضوعي"⁴.

لذلك يمكن القول أن مفهوم حسن النية لا يمثل حالة نفسية أو ذهنية فحسب، بل يمثل قاعدة للسلوك أو ضابط أخلاقي يتفق مع المؤلف في التعامل وما يجري عليه العمل وطبيعة المعاملة وظروف المفاوضات المختلفة حتى ولو لم يتضمن هذه المفاهيم نص

¹ زيتوني فاطمة الزهراء ، مبدأ حسن النية في العقود – دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص:35

² كريم بولعابي، المرجع السابق ، ص:124

³ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود – دراسة مقارنة، مرجع السابق، ص:35

⁴ عبدالحليم عبداللطيف الفوني، مرجع سابق، ص:306

تشريعي فضلاً على إنها تفرض على كل طرف الاخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرف المقابل له¹.

وبالتالي فإن مفهوم حسن النية يتسم بالازدواجية فيبنى عليه مفهوم ذاتي يتسم بطابع سلبي قوامه الاعتقاد المخالف للحقيقة أو الجهل بالعيب² ومفهوم موضوعي يتأسس على معايير ومؤشرات موضوعية تفترض الصدق والأمانة وواجب التعاون بين المتعاقدين والإخلاص والنزاهة في كافة التعاملات السابقة واللاحقة على التعاقد وغياب التعسف في استعمال حق العدول عن التفاوض³.

والواقع إنه يصعب تحديد تعريفاً جامعاً مانعاً لحسن النية استناداً الى المعيار الموضوعي برغم من تعدد عناصره، بل أن هذا المفهوم في جانبه الموضوعي لا يقف عند مجرد الجهل أو انتفاء العلم بل يتعداه حتى وإن كان هو الأقرب ليشمل غالبية العناصر التي تناولتها العديد من التشريعات المقارنة التي تستوجب من القاضي الاستهداء بها أو تستوجب من الاطراف المتعاقدة التحلي بها كالأمانة والاستقامة والنزاهة والتعاون بل أن مفهومه في بعض الحالات يتداخل مع المفاهيم الأخرى القريبة منه وتتباين وتختلف عنه في معانيها.

ولذلك فإن مجمل التعاريف المقترحة لمبدأ حسن النية سواء القائم منها على المعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي لا يقف أياً منها على تعريف دقيق وتحديد معناه الحقيقي بل مازال الغموض يكتسي مفهومه، ويفتضي ضرورة الركون لتأويله وتقريبه من مفاهيم مشابهة له كالوفاء والأمانة أو مفاهيم عكسية كالتعسف والتحايل وهي مصطلحات تتطابق مع حسن النية ايجاباً أو سلباً⁴ ومن ثم فإنه لا يمكن ترجيح معنى ذاتي على معنى آخر موضوعي، فيحسن الاخذ بالمعنيين أو المعياريين فيتكاملان في تحديد مفهوم حسن النية وعلى القاضي أن يأخذ في تقديره لوجود حسن النية من عدمه في تكوين العقد أو بالأحرى في إجراء المفاوضات العقدية النظر في الاحوال النفسية والشخصية

¹ ابحار حامد حبش علي ، المرجع السابق، ص:75

² ابحار حامد حبش علي ، نفس المرجع، ص:74

³ بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر(صحة العقد والاستقرار التعاقدية)، مجمع الاطرش، ط1 ، تونس، 2017، ص:49

⁴ بديع بن عباس، المرجع السابق ، ص:112

للأطراف والبحث عن سلوكهما والظروف المحيطة لحظة تكوين العقد، وكذلك يؤخذ بالأعراف والقيم الاخلاقية من أمانة وثقة في التقدير¹.

الفرع الثالث - نطاق حسن النية في مرحلة المفاوضات:

بالرغم من أن أغلب التشريعات المقارنة لم تنص صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض واقتصرت على النص عليه في مرحلة تنفيذ العقد، غير أن وجهة نظر الفقه والقضاء ترى أن مضمون هذا المبدأ يمتد ليشمل مرحلة المفاوضات، باعتبارها مرحلة مهمة من مراحل ابرام العقد ولا بد أن تخضع لأحكام هذا المبدأ، ومع ذلك فإن من التشريعات المدنية من أدركت أهمية المبدأ مثل التقنين المدني السويسري والهولندي والياباني² والفرنسي وعملت على النص عليه صراحة ويرجع الاساس القانوني لشمول هذا المبدأ مرحلة التفاوض ومرحلة ابرام العقد الى عدة آراء فقهية يمكن تلخيصها كما يلي:

الرأي الاول : يجعل من أساس المادة 1/148 مدني مصر الموافقة للمادة 1/107

مدني جزائري المتعلقة بتنفيذ العقد عن طريق الرجوع بها الى مرحلة الابرام التي تسبقها ذلك ان المقصود من هذا النص لا يتحقق إلا إذا كان العقد مبنيا على حسن النية من بدايته إذ كيف يعقل أن يتم تنفيذ العقد بحسن النية، مع أن المتعاقدين قد أساءوا نيتهما في المراحل السابقة على التنفيذ فهذا لا يستقيم مع المنطق القانوني.

الرأي الثاني: استند الى نص المادة 2/125 مدني مصري المطابقة للمادة 86 مدني

جزائري التي تنص " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس " بمعنى أنه يلزم المتعاقدان بالإفصاح عن كل البيانات اللازمة التي يكون لها تأثير على الرضا بالتعاقد.

الرأي الثالث: أستند هذا الرأي الى نص المادة 2/150 مدني مصري الموافقة للمادة

2/111 مدني جزائري والتي تنص " ..إذا كان هناك محل للتفسير العقد فيجب البحث عن

النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي مع الاستهداء في ذلك

¹ بن يوب هدى ، المرجع السابق ، ص 38

² ابحار حامد حبش علي ، المرجع السابق، ص:75

بطبيعة المعاملة وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين " وهذا النص يفرض الالتزام بالاستهداء بالأمانة والثقة المشروعة في المرحلة السابقة على التعاقد.

الرأي الرابع : اعتمد هذا الرأي على نص المادة 2/419 مدني مصري المطابقة للمادة 1/352 مدني جزائري" يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه." ويعتبر هذا الجانب من الفقه إن هذا النص يعتبر تطبيقا مثاليا للالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بمجمل العقد.

بالرغم من النقد الموجه لهذه النصوص وقصر مجالها على مرحلة التنفيذ بدليل أن المشرع لم يقصد إلا مرحلة التنفيذ، ولو قصد غيرها لكان قد صرح بذلك¹ فإن هذه النصوص في مجملها لم تستثن صراحة مرحلة من مراحل التعاقد رغم ربط محتوياتها ضمن مجالها وإطارها العام المقننة فيه، إلا أنها في مجملها لا يمكن تطبيقها إلا بالرجوع الى مرحلة ما قبل التعاقد للكشف عن الظروف الملازمة والمصاحبة للتعاقد من جهة ومن جهة أخرى يستأنس القاضي في تفسيره بمجموعة من العوامل الداخلية بالرجوع الى العقد ذاته و عباراته ومدلولاته وشروطه، كما يستأنس بعوامل خارجية عن العقد بما في ذلك ظروف التعاقد و طبيعة العقد وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين من بداية التعاقد الى مرحلة تنفيذه وهو ما يتماشى مع النظرة الحديثة لتفسير العقد ويستحسن إزالة الغموض واللبس عن محتوى هذه النصوص من حيث استعمالها للمرحلة السابقة على التعاقد والتصريح بنصوص صريحة على غرار بعض التشريعات المقارنة الحديثة².

الفرع الرابع- موقف التشريعات المقارنة من مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض:

أغلب التشريعات المقارنة تأخذ بمبدأ حسن النية في مجال العقود، لاسيما في مرحلة تنفيذ العقد باعتباره مبدأ من المبادئ العامة للقانون أو باعتباره التزام أو قاعدة أخلاقية أو التزام قانوني وتختلف فيما بينها في مسألة تحديد موقفها إزاء المعيارين الشخصي و الموضوعي لحسن النية وأساس تطبيقها للمبدأ.

¹ عبدالحليم عبداللطيف القوني، المرجع السابق، ص 375

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 296

لذلك يجدر بنا الوقوف على بعض النماذج من التشريع المقارن لتحديد مواقفها من المبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، بدءاً من موقف التشريعات الغربية التي أقرت المبدأ، ثم التشريعات العربية لنخلص في الأخير الى موقف المشرع الجزائري.

أولاً- موقف التشريعات الغربية من مبدأ حسن النية:

سنتناول ضمن هذا البند موقف بعض التشريعات الغربية من مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، وعلى رأسها التشريع الألماني و التشريع الفرنسي لاسيما بعد تعديله سنة 2016.

01- موقف التشريع الألماني من حسن النية:

بدوره التشريع الألماني لم يتناول تعريف حسن النية، بالرغم من أنه تبني المبدأ ومعترف به كالتزام قانوني مند فترة طويلة جداً¹.

لذلك نصت المادة 157 من القانون المدني الألماني على أنه " يجب أن يفسر العقد في ضوء حسن النية " كما نصت المادة 242 من نفس القانون على التزام المدين بتنفيذ التزامه بحسن نية.

ومن المستقر عليه فقها وقضاء أن مبدأ حسن النية في القانون المدني الألماني يشمل مرحلة المفاوضات، ويلتزم به الاطراف قبل وبعد انشاء العقد².

02- موقف التشريع الفرنسي:

عرف القانون المدني الفرنسي الحديث مبدأ حسن النية وأقره من خلال عدة نصوص من بينها نص المادتين 1134 و 1135 منه، إذ تنص المادة 1134 على أنه " يجب الاتفاقات بحسن نية" أما المادة 1135 من نفس القانون تنص على أن " العقود لا تلزم فقط بما ورد فيها بل كذلك بما ترتبه العدالة والعرف ".

فالمشرع الفرنسي اعتنق حسن النية كمبدأ قانوني عام ، مما أدى الى تنوع مجال تطبيقه لدى القضاء الفرنسي وبرغم من عدم وجود نصا صريحا بخصوص حسن النية في مرحلة التفاوض في ظل القانون السابق أي قبل صدور المرسوم 2016-131 المتعلق

¹ وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص:302

² وائل حمدي أحمد، نفس المرجع، ص:303

بتعديل قانون العقود، فإن القضاء الفرنسي كان مستقرا على الالتزام بهذا المبدأ في هذه المرحلة غير أن القضاء الفرنسي بصدد طبيعة المسؤولية كان يفرق بين حالة وجود اتفاق تفاوضي من عدمه، ففي حالة الاولى تكون المسؤولية تعاقدية وفي الحالة الثانية تكون المسؤولية تقصيرية¹.

غير أنه بصدور التعديل الجديد ساير التشريع الفرنسي ما ذهب اليه الاجتهاد القضائي ونص صراحة بموجب المادة 1104 من قانون العقود الفرنسي الجديد على أنه " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام ". كما نصت المادة 1112 من نفس القانون على وجوب أن تراعى في اقتراح وسير المفاوضات وقطعها لمقتضيات حسن النية.

إن التزام حسن النية المنصوص عليه بموجب الاحكام السالفة الذكر هو التزام عام يشمل جميع مراحل العقد بما في ذلك مرحلة التفاوض، ويقع هذا الالتزام على عاتق الطرفين على نحو متبادل، ولا يقتصر على طرف دون الآخر ، كما أنه التزام جوهري باعتبار أن التفاوض على العقد، لا يستقيم بدونه².

ثانيا- موقف التشريعات العربية من حسن النية:

سوف نقتصر على عرض موقف التشريع المصري والتونسي لنخلص في الاخير على موقف المشرع الجزائري من مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد.

01- موقف التشريع المصري:

جاء في نص المادة 148 من القانون المدني المصري "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...". النص يؤكد على أهمية حسن النية في التشريع المصري ، ويعتبره من المبادئ المهمة في المعاملات بين الافراد.

وعلى الرغم من أن النص السالف الذكر لم ينص صراحة على امتداد حسن النية الى مرحلة المفاوضات في التشريع المصري اي مرحلة ما قبل التعاقد، إلا أن المشرع

¹ نقلا عن : وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص:312

² محمد حميداني، مبد أحسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الامر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي (حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والانسانية)، العدد 26، الجزائر، 2019، ص.306

المصري يعتبر حسن النية مبدأ عاما، لا يمكن الاستغناء عليه في جميع المعاملات وخلال جميع مراحل التعاقد السابقة واللاحقة¹.

ويرى أغلبية الفقه المصري المعاصر أن امتداد آثار مبدأ حسن النية يصل الى مرحلة التفاوض، ويؤكد هذا الجانب من الفقه على وجود الالتزام بالأمانة وحسن النية والثقة بين المتعاقدين عند إبرام العقد، طبقا لما تنص عليه المادة 150 مدني مصري (المطابقة للمادة 111 من القانون المدني الجزائري).

02- موقف التشريع التونسي.

أقر المشرع التونسي بدوره مبدأ حسن النية وأعتبره كالتزام قانوني يتميز بالصيغة الوجوب الآمرة طبقا للمادة 243 من مجلة الالتزامات والعقود. ويشمل اختيار المشرع التونسي للأخذ بمبدأ حسن النية ، مرحلة تكوين العقد باعتبار أن التنفيذ السليم للعقد يقتضي بالضرورة نشأته على أسس سليمة².

وأقر فقه وقضاء محكمة التعقيب واجب حسن النية وسحبه على مرحلة تكوين العقد في العديد من القرارات من بينها القرار التعقيبي مدني عدد 4170 مؤرخ في 2006/01/19³.

03- موقف التشريع الجزائري

تبنى المشرع الجزائري مبدأ حسن النية في مجال العقود في العديد من النصوص المنظمة للعقد، ويتضح ذلك جليا في الماد 85 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالغلط، وكذا المادة 87 من نفس القانون⁴ المتعلقة بالتدليس⁵ الصادر من الغير التي تشترط علم المتعاقد معه أو يفترض فيه حتما أنه كان يعلم، حتى يمكن للمتعاقد المدلس

¹ أحمد أبو القاسم أحمد العجمي، حكم الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر والقانون ، مصر 2019، ص 82

² بديع بن عباس ، المرجع السابق ،ص:48

³ أشار اليه : بديع بن عباس، نفس المرجع، ص 47

⁴ ويطلق هذا النص المادة 126 من القانون المدني المصري،

⁵ "التدليس هو استعمال أحد المتعاقدين طرقا احتيالية لتضليل المتعاقد الاخر تضليلا يحمله على التعاقد" ويميز الفقه بين الغش والتدليس ، فالتدليس طرق احتيالية يقصد به الاضرار بأحد المتعاقدين سواء وقع التدليس عند تكوين العقد أو عند تنفيذه ، اما الغش فطرق احتيالية يقصد بها الاضرار بالغير كما هو الحال في الدعوى البوليسية وفي الصورية، انظر عبدالرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ص 391

عليه أن يطلب ابطال العقد بسبب تدليس الغير¹، فضلا عن اشتراط أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد يجب ان تكون الطرق الاحتمالية التي لجأ اليها الغير أن تكون مصحوبة بنية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع .

فالتضليل يعبر عن خطأ مدني يقتضي إدراك المدلس وانصراف إرادته الى تحقيق غاية غير مشروعة، تتمثل في اخفاء الحقيقة عن المدلس عليه حتى ينتزع رضاه².
وعلم المتعاقد معه بالطرق الاحتمالية المضللة التي يلجأ اليها الغير لحمل المتعاقد المدلس عليه للتعاقد من شأنها أن تظهر بوضوح سوء نية المتعاقد معه بمجرد علمه أو كان من المفترض حتما أن يعلم بذلك.

وفي نفس السياق نصت المادة 89 مدني جزائري" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه " .

فإمكان العلم يفيد اعتناق المشرع الجزائري للمفهوم الموضوعي، كما أن النزاهة والأمانة والاستقامة وشرف التعامل يعبران عن مبدأ حسن النية بالمفهوم الموضوعي³.

كما تبني المشرع الجزائري المعيار الموضوعي لحسن النية من خلال أحكام المادة 2/111 من القانون المدني التي تنص على أنه " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري به التعامل " .

¹ وهذا مطابقا للمادة 2/1138 من قانون العقود الفرنسي الجديد التي تنص " ويتحقق التدليس كذلك إذا صدر عن الغير المتواطئ" خلافا لما كانت تنص عليه 1116 من القانون المدني الفرنسي المعدل التي تشترط أن يكون التدليس صادر من المتعاقد ، حتى يجعل العقد قابلا للإبطال، فإذا صدر من الغير لا يؤثر على صحة العقد حتى ولو كان دافعا الى ابرامه . انظر محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 187 وانظر ايضا عبدالرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ص 391

"ويرجع التميز بين التدليس الصادر من المتعاقد والتدليس الصادر من الغير الى القانون الروماني ، ومردده العدالة العقدية، إذ يرى الفقه التقليدي أنه ليس للمتعاقد أن يتحمل ابطال العقد بسبب التدليس الصادر من الغير" انظر على فيلاي ، المرجع السابق ، ص 200

² على فيلاي ، مرجع سابق ، ص 198

³ زيتوني فاطمة الزهراء ، مبدأ حسن النية في العقود – دراسة مقارنة، المرجع السابق ، ص:38

ويكتسي مبدأ الامانة أهمية بالغة في تكريس المفاهيم القانونية المرتبطة بنظرية العقد والمتصلة بإرادة الاطراف المتعاقدة، ولعل أهمها مفهوم حسن النية وما يفرضه من خصال كالتحلي بالنزاهة والثقة والتعبير عن الاخلاص والتعاون¹.

ويتضح من خلال أحكام المادة 111 مدني جزائري أن القاضي برغم من رجوعه بصفة مبدئية الى الارادة الباطنة لأطراف العقد إلا أنه ملزم بالبحث عن النية المشتركة في ضوء طبيعة التعامل - أي بالرجوع الى العقد ذاته- للبحث عن الدلالة التي تتفق مع العقد بالاستهداء في ذلك بطبيعة هذا العقد وبما ينبغي أم يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين.

فعلى سبيل المثال يرى البعض أنه "قد يتضمن عقد شركة التضامن شرطا يقضي بقابلية انتقال حصص الشركاء عن طريق الارث، وقد يفسر مثل هذا الشرط على أنه حالة استثنائية تسمح بانتقال الحصص، وقد يفهم منه أيضا أنه عند وفاة أحد الشركاء تستمر الشركة مع الورثة وبالرجوع الى طبيعة التعامل يكون المعنى الثاني أكثر انسجاما مع طبيعة عقد شركة التضامن"².

وكذلك بالنسبة لأحكام المادة 2/82 مدني جزائري "ويعتبر الغلط جوهريا على الاخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

فمن خلال هذا النص يرى العديد من الفقهاء أن الغلط يعتبر صورة من صور حسن النية بينما يرى الفقه الفرنسي أن الغلط والجهل قائمين على عنصر واحد وهو انعدام المعرفة الصحيحة قصد حمل القاعدة على احتواء صور الغلط الى جانب صور الجهل مادام القضاء متشددا في اعتمادها³.

وفي المادة 1/107 والتي تنص " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية" يرى بعض الفقه أن تطبيق هذا النص لا يقتضي تفعيل واجب الأمانة وحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد فحسب ويستثني مرحلة ابرام العقد، بل أن عمومية عبارات النص

¹ بديع بن عباس، المرجع السابق، ص:110

² علي فيلاي، مرجع سابق، ص:414

³ كريم بولعابي، المرجع السابق، ص 117

وأهمية المبدأ في تحقيق التكافؤ في العلاقات التعاقدية وخاصة العقود الملزمة للجانبين جعل هذا المبدأ يمتد من مرحلة تكوين العقد الى مرحلة تنفيذه¹.

¹ بديع بن عباس ، المرجع السابق، ص:111

الفصل الثاني - نطاق سير المفاوضات العقدية:

تعرضنا من خلال الفصل الأول من الباب الأول إلى بيان مفهوم المفاوضات العقدية السابقة على التعاقد، وإبراز أهم الضوابط التي تقوم عليها عملية التفاوض من أجل الوصول الى ابرام عقد نهائي، إذ تمثل هذه المفاوضات منذ انطلاقتها الركيزة الأساسية في تكوين العقد، وضمن هذا الفصل نسعى الى تحديد نطاق التفاوض بما تحويه من اتفاقات مبدئية و جزئية وعقود ومستندات معاصرة لمرحلة المفاوضات تتنوع وتتشعب بتشعب مجالات استعمالها، فضلا عن تنوع مصطلحاتها المبهمة حينا والمتداخلة أحيانا أخرى، فقد تتضمن صيغا مختلفة لا يمكن حصرها أو حتى تحديد مدلولها، وقد بلغت من كثرت تنوعها واختلاف مسمياتها أن أكد البعض على أننا بصدد فوضى في مجال المصطلحات.¹

ولتدليل على هذه الفوضى من المسميات يكفي أن نشير الى بعضها على سبيل المثال فهناك مذكرة التفاهم وخطاب التفاهم واتفاق المبدأ وعهد الشرف وخطاب الثقة وخطاب النوايا وبرتوكول الاتفاق والاتفاق المرحلي واتفاق التفاوض ومشروع العقد والاتفاق الاطاري والاتفاق الجزئي والاتفاق الوقتي وغيرها من المسميات الغامضة أو يشوبها غموض.

وقد أرجع البعض سبب كثرة المصطلحات والمسميات للاتفاقات السابقة والممهدة للتعاقد، وتحديدًا عند بداية مرحلة التفاوض وأثناء سريانه الى كونها جاءت من إفراز الواقع العملي وشاع استخدامها في الممارسات اليومية بين أرباب المهن غير القانونية من مهندسين وتقنيين ثم ما لبثت أن فرضت وجودها على رجال القانون من جهة، ومن جهة أخرى أن معظم هذه المصطلحات تعتبر دولية المصدر تم ترويجها واستعمالها في مجال المعاملات الداخلية،² والتي يمكن إجمالها تحت مسمى الاتفاقات التفاوضية أو الاتفاقات الممهدة لعملية التفاوض.

¹ محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة في القانونين المصري والفرنسي)، دار النشر الذهبي للطباعة، مصر ، 1995 ص:5

² مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ، ص 229 وانظر ايضا على أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص:293

وقد قسم البعض هذه الاتفاقات الى طائفتين¹ الطائفة الأولى لا تمثل غاية نهائية في حد ذاتها، بل هي وسيلة لبلوغ العقد النهائي المراد ابرامه، أما الطائفة الثانية فتتمثل غاية نهائية في حد ذاتها، بطابعها الجزئي أو المرحلي المؤقت، ويمكن لها أن تشمل بعض عناصر العقد المراد ابرامه.

المبحث الاول- الاتفاقات التفاوضية:

باعتبار أن هذه الاتفاقات والمستندات والوثائق المتنوعة الناجمة عن عملية التفاوض يربط بينها جميعا رباط واحد، حيث " أنها تصدر في المرحلة السابقة على التعاقد وتتفاوت في قيمتها القانونية، فمنها ما هو عديم القيمة، حيث لا يولد إلا التزامات أدبية بحثه ومنها ما يولد التزامات قانونية حقيقية"² ومهما يكون من أمر حول مضمون هذه الاتفاقات فهي تختلف في أغراضها ويمكن للمرء أن يرصد في هذا المقام بصفة خاصة الاتفاقات المنظمة للتفاوض والاتفاقات الملزمة بالتفاوض واتفاقات المبدأ واتفاقات الاطار والاتفاقات الجزئية والاتفاقات المؤقتة وخطابات المساندة³.

وبالنظر الى الاهداف التي تؤديها هذه الاتفاقات والمستندات وما تولده من التزامات قانونية من عدمها نتيجة لمدى محتوياتها لعناصر العقد المراد ابرامه، فقد ارتأيت محاولة دراسة مختلف الاتفاقات الممهدة للتعاقد وتوزيعها بين طائفتين طائفة تضم اتفاقات أولية سابقة على التعاقد واتفاقات نهائية سابقة على التعاقد.

المطلب الأول: الاتفاقات الأولية السابقة على التعاقد

إذا كان مبدأ الحرية في المرحلة السابقة على التعاقد يمنح للمتفاوضين حرية مباشرة المباحثات وإجراء المفاوضات، ووضع حد لها كيفما يرون وفي أي وقت كان، ولا يمكن إلقاء مسؤولية عليهم في هذه المرحلة، وبوجه خاص لا يمكن إلقاء أي مسؤولية عليهم لمجرد قطع المفاوضات، حتى ولو أدى ذلك الى الحاق ضرر بأحد المتفاوضين فإن هذه

¹ مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 233 وانظر أيضا على أحمد صالح، المرجع السابق، ص 353

² محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص 7

³ مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 233

الحرية نفسها تمنح المتفاوضين اتخاذ الوسائل الى يمكن استعمالها بغية ابرام اتفاقهم النهائي ومن ذلك اتفاق مبدئي، عقد تفاوض وغيرها من الوسائل¹.

الفرع الأول- اتفاقات المبدأ : les accords de Principe

لم تنظم معظم التشريعات ماهية اتفاقات المبدأ المرتبطة بالمرحلة السابقة على التعاقد ولكن بعض الدراسات الفقهية كشفت عن وجود بعض مفاهيم هذه الاتفاقات من خلال تتبعهم أحكام القضاء وتوجهات بعض الفقهاء لفهم حقيقة اتفاقات المبدأ، وهذا ما يدعونا الى الوقوف على محاولة تحديد ماهية هذه الاتفاقات.

أولاً- ماهية اتفاقات المبدأ:

لغويا مصطلح "اتفاقات المبدأ" أو اتفاقات المبادئ les accords de Principe يتركب من كلمتين "اتفاق" و"مبدأ" وبتركبيهما يمكن أن يشير مدلول مصطلح " اتفاقات المبدأ" ،ويسميا البعض اتفاق التفاوض أو عقد التفاوض² .

ويقصد باتفاق التفاوض أو اتفاقات المبدأ تلك الاتفاقات السابقة على التعاقد، وهي اتفاقات متنوعة، بحسب صياغة كل منها، والتي تجسد في الحقيقة مرحلة من مراحل التفاوض، أو خطوة في اتجاه العقد النهائي³ .

وذهب البعض الى تحديد اتفاق المبدأ في اطار مفهومين، المفهوم الاول يعبر عنه بأنه " اتفاق مبدئي accord en Principe " والثاني يعبر عنه بأنه " اتفاق على المبدأ accord sur le Principe"⁴.

فيكون المدلول أو المفهوم الاول هو الاتفاق على الهدف، بمعنى قبول الطرفين لمبدأ التعاقد في غياب الاتفاق على العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد المنشود فيعني ذلك

¹ بيار كتالا، المرجع السابق ، ص:45

² انظر محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول ، المرجع السابق، ص:206 وانظر ايضا بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ، ص 281

³ بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص 112

⁴ MONZER Rabih, op cit, p185

إن الطرفان يلتزمان على سبيل التبادل بالسعي الى الاتفاق على التفاوض على هذه العناصر تحقيقا لإبرام العقد المراد ابرامه.

ويكون المدلول أو المفهوم الثاني لاتفاق المبدأ هو الاتفاق على مشروع العقد النهائي بكل ما يتطلبه من عناصر وشروطه لازمة لذلك، تمهيدا لإقراره بشكل نهائي ويحقق به التراضي البات من الطرفين¹.

يتجلى مما سبق أن اتفاقات المبدأ أو اتفاق المبدأ أو اتفاق التفاوض هو اتفاق سابق على التعاقد إما ان يكون اتفاق اولي على عناصر العقد المنشود أي اتفاق على الهدف، و إما أن يكون اتفاق على التفاوض على عناصر العقد المنشود أو هو اتفاق يجمع بين المفهومين.

01- مفهوم اتفاق المبدأ باعتباره اتفاق على الهادف :

لتحديد مفهوم اتفاق المبدأ باعتباره اتفاق على الهدف الذي يرسمه اطراف التفاوض يقتضي التطرق لتعريفه أولا ثم تحديد خصائصه ثانيا من خلال البندين التاليين:

أ- تعريف اتفاق المبدأ باعتباره اتفاق على الهدف:

عرفت محكمة النقض الفرنسية اتفاق المبدأ بأنه " عقد اولي يلتزم الاطراف بمقتضاه بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بحسن النية بشأن عناصر و شروط عقد مستقبلي"². وقد جاء ضمن المشروع التمهيدي لتعديل قانون المدني الفرنسي سنة 2016 تعريفا مقاربا لهذا التعريف حيث عرفت المادة 1104-1 من مشروع بيار كتالا " يمكن للفرقاء أن يتعهدوا بموجب اتفاق مبدئي على إجراء مفاوضات في وقت لاحق حول عقد يجب تحديد عناصره ، وأن يتعاونوا بحسن نية على تحديدها"³.

¹مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:251

² Cass.civ 3° .7octobre1997,D,n°96-10380 .L'accord de principe peut se définir « comme un contrat préliminaire par le quel les parties s'oblige(nt)à engager ou poursuivre de bonne foi la négociation des conditions d'un contrat future » cite par Jaques ghestin, op cit ; p 317

³ بيار كتالا ، المرجع السابق، 117

وعرفه البعض بأنه " اتفاق تحضيري مؤقت ينظم سير إجراءات التفاوض بين الاطراف ويلزمها بمباشرة التفاوض ومواصلته سعيا الى تحديد العناصر والمسائل الجوهرية اللازمة لتحقيق الوجود القانوني للعقد المطلوب ابرامه¹.

وعرفه البعض الاخر بأنه " عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالدخول في مفاوضات والاستمرار فيها من اجل التوصل الى ابرام عقد معين لم تتحدد بعد شروطه وعناصره الاساسية، حيث يلتزم طرفاه بالتفاوض على عقد معين بغرض التوصل الى ابرامه مستقبلا"².

فيظهر من خلال التعاريف السابقة أن اتفاق المبدأ هو عقد التفاوض يلتزم ويتعهد الاطراف من خلاله بإجراء المفاوضات أي أنه ينشئ التزاما بالتفاوض. غير أنه يجب أن نشير إلى أن هذا الرأي قد تعرض لنقد شديد من بعض الفقه الذي يرى في تقديره أن الالتزام بالتفاوض ليس من خصائص اتفاق المبدأ التي تدور معه وجودا وعدما، ذلك أن المرء لا يعطي موافقته على المبدأ - على الاقل من الناحية العملية- من أجل الزام نفسه بالتفاوض، وإنما من أجل الاعراب عن نيته أو عن ارتباطه ارتباطا عاريا من التحديد.³

وهذا لا يعني أن الالتزام بالتفاوض لا يقوم قطعا في اتفاق المبدأ، بل معناه أن هذا الالتزام ليس من طبيعته، بحيث يكون رهينا بالنص عليه ضمن الاتفاق، فقد يكون في بعض الحالات الالتزام بالتفاوض مقترنا باتفاق المبدأ، ولا يكون مصدر هذا الالتزام اتفاق المبدأ في حد ذاته بل مصدره الشرط العقدي المقرر له.

وقد عرف البعض اتفاقات المبدأ بأنها "التزامات تعاقدية بتحقيق ايجاب أو بمواصلة التفاوض الى غاية التوصل الى العقد المراد ابرامه، دون تحديد جميع عناصر العقد وفي جميع الحالات ليس بإمكان العناصر المتفق عليها تشكيل العقد المنشود"⁴.

¹ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص 235

² بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)،

مرجع سابق، ص 281

³ مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص: 268

⁴ Jaques ghestin, op cit ; p 520

واعتبر البعض الآخر أن اتفاق المبدأ هو الطرفين على التفاوض وليس على تكوين العقد، فهو يحمل فقط الى ضرورة التفاوض ولا يحمل معنى التوافق والاقتران في تكوين العقد الاصيلي أو العقد المزمع ابرامه فهو يحمل الاطراف الى مباشرة اعمال التفاوض وليس الى تنفيذ احكام العقد الاصيلي، فليس اتفاق المبدأ اتفاقا على مبدأ العقد بل هو اتفاق على مبدأ ابرام العقد¹.

وعلى هذا يمكن تعريف الاتفاق المبدئي بأنه اتفاق تحضيرى سابق على التعاقد ينظم التفاوض بين الطرفين ويلزمهما بالبدء بالتفاوض ومواصلته سعيا لتحديد العناصر والمسائل الجوهرية لتحقيق وجود العقد المنشود.

ب- خصائص اتفاق المبدأ باعتباره اتفاق على الهدف:

يتميز اتفاق المبدأ ضمن مرحلة التفاوض بعدة خصائص تميزه عن غيره، فينتبين أنه:

- يعتبر هذا الاتفاق عقدا حقيقيا لا يشترط لانعقاده سوى توافر شروط الانعقاد وهي وجود رضا الطرفين، ولاشك بأن الاستدلال على وجود العقد يتم بالرجوع إلى إرادة الاطراف الصريحة أو الضمنية، ولا خلاف على استبعاد العلاقة العقدية في حال تضمن المستندات ما يفيد عدم الارتباط بأي تعهد².
- اتفاق المبدأ يعتبر اتفاق تمهيدى سابق على التعاقد يحضر من خلاله لعقد آخر فهو بمثابة خطوة من أجل تحقيق العقد المراد ابرامه فهو ينصب بالضرورة على العقد المنشود، غير أنه عقد غير بات وغير نهائي.
- فهو عقد غير بات باعتبار أن الارادة المكونة له هي إرادة أولية لم تصل الى مرحلة النضج الذي يؤهلها لتقييد صاحبها الذي صدرت عنه، أما كونه غير نهائي لأن عدم تقييد إرادة صاحبها تحفظ له حرية العدول عن التعاقد وحرية مراجعة ما أعطى موافقته عليه، ولعل هذه السمة تشكل جوهر هذا الاتفاق لاسيما في العقود ذات الطبيعة المعقدة بسبب تعقيد المحل المتفاوض عليه أو بسبب ضخامة المشروع وتفرعاته³.

¹ على كحلون ، المرجع السابق ، ص:147

² أنس عبدالمهدي فريحات ، المرجع السابق ، ص 235

³ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ، ص 270

- أن اتفاق المبدأ يعد اتفاقاً مؤقتاً فهو يبدأ ببداية التفاوض ويمتد الى مرحلة سير المفاوضات على العقد المراد إبرامه وينتهي بانتهاء التفاوض بأي شكل كان سواء بقيام العقد المنشود أو بقطع التفاوض، واتفاق المبدأ على هذا النحو يمثل مرحلة وسطى بين مطلق المفاوضات وبين العقد المراد إبرامه فمن ناحية أن هذا الاتفاق ينشأ عن عملية التفاوض ويسري ويمتد الى غاية تحقيق تراضي مبدئي على العقد المنشود ويبقى دوماً دون هذا العقد الذي يتطلب لإبرامه إرادة باتة ونهائية فهو بهذه الخاصية يعد بمثابة مشروع للعقد النهائي¹.

- وأخيراً يتميز اتفاق المبدأ بقابليته تأكيد الإرادة الأولية المتميز بها بعمل إرادي يحقق قيام صفة البت ويوفر له صفة الالتزام، لاسيما في حالة ا فراغ اتفاق الطرفين في الشكل الرسمي فيمكن بهذه الميزة تحقيق قيام العقد المراد إبرامه وترتيب جميع آثاره، ومن ثم تكون المسؤولية في هذا الأثناء مسؤولية تعاقدية، أما قبل تحقيق العقد المنشود وعدم تأكيد الاتفاق المبدئي، فإن ذلك يظل خارج المجال التعاقدى بمعناه التقليدي.

ويعتبر التأكيد مسألة واقع يستظهرها قاضي الموضوع من الظروف المحيطة والعدول عن اتفاق المبدأ ليس إلا انعدام التأكيد المحقق للإرادة الباتة النهائية للتعاقد، انعداماً يؤدي الى عدم انعقاد العقد المنشود.

02- مفهوم اتفاق المبدأ باعتباره اتفاق على عناصر العقد المنشود:

يشكل اتفاق المبدأ بهذا المفهوم الى اعتباره اتفاقاً يلزم بالتفاوض انطلاقاً مما توصلت اليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1958/03/24 ضد الحكم الصادر عن محكمة السين الرامي الى تعويض موظف مصانع رونو لعدم إعادته الى وظيفة مماثلة لوظيفته حال تحسن الوضع الاقتصادي لصناعة السيارات ثم رفضت بعد ذلك، مما يشكل اخلافاً بالتزامها.

فرفضت محكمة النقض هذا الطرح بقولها إن مصانع رونو لم تلتزم بإعادة العامل الى العمل التزاماً جازماً ومؤكداً، وإن محكمة الموضوع شوهدت معنى الشروط الواضحة والمحددة، باعتبار أن مصانع رونو انطلاقاً من رغبتها في الاستجابة لطلب الموظف

¹ مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص: 270

سوف تقوم ببحث الطلب في ضوء تطور مركز المشروع وهو الامر الذي لا يمثل أكثر من اتفاق مبدأ¹.

الاستاذ كربونيه انطلقا من تحليله لقرار محكمة النقض السالف الذكر²، توصل الى وجود تفرقة بين العقد الحقيقي الذي تكون له شروط، وهي وحدها التي تكون محلا لتشويه يقتضي رفع شأنها للقضاء وبين العقد المتضمن فكرة اتفاق المبدأ، كما هو عليه الحال في قضية موظف مصانع رونو والذي كان عقده يقتصر على مبدأ إعادته الى العمل اما فيما عدا ذلك وبصفة خاصة فيما يتعلق بالتاريخ الفعلي للعودة ، فلم تلتق الارادتان على هذا العنصر ولم يكن اي اتفاق أو عقد بشأنها³.

ويستطرد الاستاذ كربونيه في تحليله بقوله أنه من يريد المبدأ لا بد أن يكون قد أراد نتائج وإلا فإنه يحل نفسه من المبدأ، فمن يقبل بمبدأ عودة الموظف الى العمل فهو يقبل مقدما وضع قبوله موضوع التنفيذ عن طريق اجراء التحديدات اللازمة لذلك وإلا فإنه غير ملزم بشيء، باعتبار أن مناقشة محكمة النقض فكرة اتفاق المبدأ في هذا الحكم تكون قد خلعت على الفكرة قيمة قانونية وبالتالي يتعين التسليم بوجود التزام ضمني بالتعاون لوضع المبدأ موضع التنفيذ سواء بإبرام اتفاق تكميلي، وعند تعذر ذلك يمكن اللجوء الى القضاء.

وبالتالي فإن الاستاذ كربونيه توصل الى استظهار فصيلة تعاقدية سابقة على التعاقد تحمل اسم " اتفاق المبدأ" تلزم بوضع مبدأ التعاقد موضع التنفيذ، عن طريق ابرام اتفاق تكميلي يستجمع به العقد المقصود من وراء ابرام اتفاق المبدأ مقومات وجوده وهو ما نسميه اليوم بالالتزام بالتفاوض⁴.

فالالتزام بالتفاوض يمثل التزام ضمن اتفاق المبدأ وهو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية فالغاية النهائية للطرفين هي ابرام العقد المنشود، لكن تحقيق هذه الغاية

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:261

² تم متابعة تحليل الاستاذ كربونيه لقرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1958/03/24 نقلا عن: مصطفى

محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص.262

³ Rabih monzer ,op cit , p186

وانظر ايضا مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع ، ص 262

⁴ مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص:263

ليست هي محلا للالتزام بالتفاوض وإنما هو مجرد هدفا له وبالتالي فإن محل الالتزام الاساسي الوارد في الاتفاق المبدئي في هذه الصورة هو تأكيد الالتزام بالتفاوض وليس في ابرام العقد النهائي محور التفاوض، أو حتى الوعد به¹.

فلذلك يظل محله محصوراً في القيام بعمل على نحو معين أو كيفية معينة وهذا العمل الذي هو محل الالتزام هو مباشرة التفاوض من خلال تقديم الاقتراحات والرد عليها ويحكمها في ذلك مبدأ حسن النية الذي يفرض على الطرفين سلوكا ايجابيا أو سلبيا. وبناء على ذلك يكون الاثر الجوهرى لهذا الاتفاق المبدئي هو تحويل الالتزام بالتفاوض بحسن نية من مجرد التزام عام يتجرد من الطبيعة العقدية إلى التزام محدد يكتسب صفة التعاقدية، يكون من شأنه الزام أطراف الاتفاق بالدخول في مرحلة تفاوضية بهدف استكمال اتفاقهما باتفاق آخر، يحدد العناصر الجوهرية أو الاساسية للعقد المزمع إبرامه².

03- مفهوم اتفاق المبدأ باعتباره مفهوم مزدوج:

قد أشرنا سابقا أن اتفاق المبدأ، فضلا عن أنه اتفاق سابق على التعاقد، فإنه يمثل فكرة مزدوجة تعبر عن مفهومين مختلفين، المفهوم الاول يعبر عن الاتفاق المنشئ للالتزام بالتفاوض، ويعبر المفهوم الثاني عن مفهوم العقد غير النهائي الذي تنقصة إرادة التعاقد البات³.

وفي الحالات التي ينصب فيها اتفاق المبدأ على تجديد عقدا قائما أو تعديله أو استبدال به عقدا آخر، ففي هذه الحالة يتفق أنصار الاتجاهين على وجود اتفاق المبدأ وعلى الالتزام بالتفاوض على السوء، لكن يختلفان في تحديد أي منهما هو الاصل للآخر⁴. انصار الاتجاه الاول يرون أن اتفاق المبدأ هو الاصل الذي يتفرع عنه الالتزام بالتفاوض، بينما يرى انصار الاتجاه الثاني عدم وجود أي ارتباط بينهما، فبحسب هذا الاتجاه الاخير أن الالتزام بالتفاوض لا ينشأ عن اتفاقات المبدأ ذاته، وإنما ينشأ عن نص خاص به في العقد المنشئ لاتفاق المبدأ.

¹ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق ، ص:271

² أنس عبد المهدي فريجات، نفس المرجع ، ص:272

³ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:251

⁴ مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص:273

حقيقة إن وجود اتفاق المبدأ رهين بقيام الالتزام بالتفاوض وليس العكس، فلو لا التزام الطرفان بالتفاوض ما حصل أو ما قام اتفاق المبدأ، فإذا كان اتفاق المبدأ لا ينفصل عن الالتزام بالتفاوض، فهذا لا يعني ان اتفاق المبدأ يستتبع قيام الالتزام بالتفاوض بل أن قيام هذا الاخير يستتبع اعتبار أن الاتفاق محل التفاوض هو مجرد اتفاق مبدأ وليس عقدا تام الانعقاد.

وبالتالي يمكن القول ان الالتزام بالتفاوض هو ذاته اتفاق المبدأ وليس أصل له، فلذلك يمكن ايجاد اتفاق المبدأ يلتزم من خلاله الطرفان أو أحدهما بالتفاوض، دون أن يكون هذا الالتزام محل الاتفاق المبدأ كما هو عليه الحال في عقد التفاوض، إذ يرتب هذا العقد على الطرفين المتفاوضين التزاما بالتفاوض¹.

ثانيا - انواع اتفاقات المبدأ:

تتنوع اتفاقات المبادئ بتنوع محلها الى أنواع لا حصر لها، واهم صور هذه الانواع تتمثل في اتفاق المبادئ للدخول في التفاوض -اتفاق المبادئ بمراعاة حسن النية في التفاوض- اتفاق المبادئ بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة - اتفاق المبادئ بالسرية في مرحلة التفاوض².

01-اتفاق المبدأ للدخول في التفاوض:

يلتزم الطرفان بموجب هذا الاتفاق بالدخول في عملية التفاوض أو الاستمرار فيه بغرض الوصول الى ابرام عقد ما، وبرغم من أن المشرع الجزائري لم ينظم اتفاق المبدأ بأحكام خاصة، فقد اشار اليه بصورة ضمنية ضمن المادة 65 مدني جزائري والتي تعتبر أن العقد ينعقد اذا اتفقت الاطراف على المسائل الجوهرية واحتفظت بمسائل ثانوية للاتفاق عليها مستقبلا ولم تشترط أن يرتبط انعقاد العقد بالوصول الى الاتفاق على هذه

¹ Rabih monzer,op cit , p186 « En effet l'engagement de négociateur dans l'accord de principe n'est pas expressément stipulée ni l'objet essentiel du contrat comme c'est le cas de contrat de négociation proprement dit »

² بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ، ص 117.

المسائل، ففي هذه الحالة يشكل الاتفاق على الاحتفاظ بالمسائل الثانوية لمناقشتها مستقبلا اتفاقا مبدئياً¹.

ويكفي في هذا الاتفاق حتى يكون عقداً بوجهة نظر المشرع الجزائري أن يشتمل طبقاً للمادة 65 من القانون المدني على العناصر الجوهرية للعقد وفي حالة قيام أي خلاف بشأن المسائل الثانوية التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة المختصة تقضي فيه طبقاً لطبيعة المعاملة وطبقاً لأحكام القانون ومبادئ العرف والعدالة.

لذلك فإن اتفاق المبدأ للدخول في التفاوض إذا ما اشتمل على عناصره الأساسية فهو يعتبر عقداً، غير أنه في الحقيقة لا يترتب عليه أي التزام بالتوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض، وإنما يقتصر آثاره على إلزام الأطراف بالبداية في التفاوض والاستمرار فيه على أساس مبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة وجدية في التعامل دون الالتزام بتحقيق العقد النهائي، باعتبار أنه التزام بتحقيق غاية تتمثل في البدء بالدخول في التفاوض، وفي حالة الإخلال برفض الدخول في التفاوض والاستمرار فيه، ومن شأن ذلك أن يلحق ضرراً بالطرف الآخر فيؤدي ذلك إلى قيام المسؤولية العقدية على أساس الخطأ العقدي الناجم عن الإخلال بالتزام تعاقدي بالتفاوض مصدره اتفاق المبدأ، غير أنه لا يجوز الحكم على المخالف بالتنفيذ العيني، أو إجباره على الدخول فعلاً في المفاوضات، لعدم تحقق شروط التنفيذ العيني باعتبار أن التنفيذ العيني في هذه الحالة ينطوي على المساس بالحرية الشخصية للمتفاوض².

02- اتفاق المبدأ بمراعاة حسن النية في التفاوض:

يقتضي مسألة الالتزام بالتفاوض أمرين اثنين، التزام الطرفين ببداية التفاوض وأن يكون التفاوض بمراعاة حسن النية والالتزام بالتفاوض بحسن النية يفرض على الأطراف المتفاوضة عدم اللجوء إلى الغش والخديعة وعدم إفشاء أسرار التفاوض أو الانسحاب من التفاوض دون مبرر مشروع، ويقتضي تبادل الثقة والصدق والأمانة والجدية في التعامل

¹ بناسي شوقي، القيمة القانونية للاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، مجلة البحوث في العقود وقانون

الاعمال (جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة)، مجلد 6 العدد 04، 2021، ص 87

² بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)،

المرجع السابق، ص 119

طبقا لمقتضيات المواد 65، 107، 111 من القانون المدني الجزائري ويقتضي الالتزام بحسن النية ليس فقط مرحلة ابرام العقد أو مرحلة تنفيذه بل يشمل هذا الإلتزام جميع المراحل السابقة على التعاقد بما في ذلك مرحلة المفاوضات .

لذلك فإن اللجوء إلى استعمال الغش والخديعة و افشاء أسرار التفاوض أو حتى الانسحاب من المفاوضات على نحو يضر بالطرف الاخر وبصفة مفاجئة أو دون أي مبرر معقول أو مقبول أو حتى التفاوض لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق دون اي نية حقيقية في التعاقد، فإن مثل هذه المسائل تتنافى مع مبدأ حسن النية في التفاوض وتعد إخلالا واضحا بالثقة المشروعة¹.

03- اتفاق المبدأ بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة:

يولد التزام الدخول في التفاوض التزاما سلبيا على عاتق الاطراف المتفاوضة أو على أحدهم يتمثل في الامتناع عن التفاوض مع الاخرين المنافسين للطرف المتفاوض معه خلال مدة معينة، وهي المدة اللازمة للتوصل الى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد المراد ابرامه، وقد عرف البعض هذه المدة بأنها المدة المحددة التي يمكن بعدها قطع المفاوضات أو العدول عنها، ويعرف هذا الالتزام في القانون الفرنسي ب(Exclusivité)، وفي القانون الانجليزي ب(lock-out) ويقتضي تحديد مدة معقولة لسريان الالتزام طبقا للقواعد العامة وفي الانظمة الانجلوسكسونية كالقانون الانجليزي لا يعد الالتزام نافذا ما لم تحدد مدة الالتزام بعدم التفاوض مع الغير في الاتفاق المبدئي باعتبار ان المدة عنصر أساسي وجوهري في الاتفاق ولا ينعقد العقد ما لم يتفق على جميع عناصره الجوهرية².

ويلاحظ أن التزام حظر إجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث أو مع الغير من المسائل التي يمكن الاتفاق عليها ضمن شروط محددة قبل البدء في التفاوض.

¹ بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن، المرجع السابق ، ص 123

² بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص 125

04- اتفاق المبدأ بالسرية في مرحلة التفاوض:

يفرض التزام ضمان السرية (discretion ou confidentialité) على الاطراف المتفاوضة أو أحدهما ضمان المحافظة على المعلومات والبيانات سواء كانت هذه الاسرار اسرار تكنولوجية أو صناعية أو مهارات تقنية أو خبرات فنية أو أسرار مالية أو أسرار متعلقة بأطراف التفاوض أو أسماء العملاء، والتي قد يترتب عن الكشف عنها أضراراً فادحة للطرف المتفاوض نفسه أو الطرف المقابل له.

فضلا عن ذلك فإن المعرفة الفنية والسرية تعتبر حقوقاً ذات قيمة مالية تضي عليها القوانين المعاصرة الحماية القانونية المدنية والجنائية تحت مسمى حماية حقوق الملكية الصناعية والفنية، وهي حقوق تحظى بتشريعات خاصة تنظم كيفية انتقال ملكيتها أو الانتفاع بها¹.

والواقع إن هذا الالتزام يتطلب تحديده وتحديد نوعية البيانات أو المعلومات المقصودة بالحماية ومضمون الالتزام بالسرية الواردة عليه وتحديد مداه الذي يقع على الطرف المتفاوض ويمكن أن ينص على هذا الالتزام ضمن اتفاقات المبادئ.

ولا يكفي المتفاوض الذي تلقى السر بذل عنايته للمحافظة عليه بل يستوجب منه أن يمتنع فعلاً عن إفشاء أي معلومة يكون قد أطلع عليها أثناء التفاوض، وأن يمتنع أيضاً عن استغلالها لحسابه دون إذن صاحبها، طبقاً لمتطلبات الحماية القانونية الخاصة المنصوص عليها ضمن قواعد حماية الملكية الفكرية والصناعية وغيرها، وهذا لا يمنع الاطراف المتفاوضة من الاتفاق مسبقاً ضمن اتفاقات المبدأ من تحديد معنى الالتزام بالسرية ومداه على وجه الدقة، والاتفاق على سريان هذا الالتزام حتى في حالة فشل المفاوضات².

علاوة على ذلك يجب أن نشير إلى ضرورة الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات إبتداءً إلى ما يقتضيه واجب حسن النية الذي يقضي قطعاً أن يحافظ كل متفاوض على

¹ بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق ، ص 305
² بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ، ص 76

الأسرار التي تكشف له بمناسبة المفاوضات، وأن يمتنع عن استغلالها بأي شكل وإلا قامت مسؤولية الطرف المتسبب في الضرر.

ثالثا: تمييز اتفاقات المبدأ عما يشابهها من اتفاقات أخرى

لنتناول أهم نقط التشابه والاختلاف بين اتفاقات المبدأ مع ما يشابهها من اتفاقات أخرى، فقد ارتأيت معالجة ذلك بشيء من التفصيل من خلال البنود التالية:

01- اتفاق المبدأ والعقد المعلق على شرط واقف.

قد يلجأ بعض المتعاقدين التي تعليق نفاذ العقد المبرم بينهم أو إنهائه على تحقق شرط ما، فإذا تعلق الامر على تحقق الشرط سمي هذا الشرط شرطا واقفا¹ وسمي العقد عقد معلق على شرط فهذا العقد اجتمعت فيه جميع المقومات القانونية، فهو يتضمن رضاً باتاً من طرفيه على كافة عناصره وشروطه، إلا أنه يرتبط وجوده بتحقق وجود واقعة مستقبلية لانعقاده أو وجوده القانوني، وهو يمثل الغاية النهائية للمتعاقدين غير أن هذه الغاية تبقى معلقة ومرتبطة بتحقق حدث معين وغير مؤكد الوجود، ولذلك فقد جعل بقاءه وتحقيق آثاره مرهونا بتحقق الحدث المستقبلي، وإن تأكد عدم تحقق هذا الحدث زال دون أن يترك آثارا².

غير أن الحدث الذي يعلق عليه وجود العقد، هو حدث مستقل عن ارادة المدين بالالتزامات الناشئة عن العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 205 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم³."

وإذا تحقق الشرط يرجع آثاره الى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام، إلا اذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط طبقا لما نصت عليه المادة 208 مدني جزائري.

¹ الشرط الواقف هو الامر الذي يثوقف على تحققه نفاذ الالتزام ، شريطة ان يكون امرا مستقبلا غير مؤكد الوقوع وان يكون مشروعاً ولا يتوقف وجوده على محض ارادة الملتزم. طبقا للمادة 204 وما بعدها من القانون المدني جزائري

² مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:253

³ أنس عبد المهدي فريجات ، المرجع السابق ، ص:244

أما اتفاق المبدأ فهو يفتقر الى عناصر العقد المرتقب إبرامه، ويفتقد صفة التراضي البات و إلى تعلق وجوده ونفاذه على حدث مستقبلي، إلا أن هذا الحدث كيفما كان ليس مستقلا عن إرادة الطرفين¹.

02- اتفاق المبدأ والوعد بالتعاقد:

الوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل واحد منهما اتجاه الآخر، بإبرام العقد الموعود به في المستقبل، متى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها وقد نص المشرع الجزائري على الوعد بالتعاقد من خلال المادة 71 مدني جزائري وأشار اليه بأنه اتفاق أو عقد كامل يتم بإيجاب من قبل الواعد وقبول من قبل الموعود له، يعد من خلاله الطرفان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل فهو على هذا الاساس يمهد لإبرام عقد آخر يراد إبرامه نهائيا خلال مدة معينة².

لذلك فان الوعد بالتعاقد هو عقد يدخل ضمن الاتفاقات الممهدة لإبرام عقد آخر يجب أن تتوافر فيه جميع الشروط العامة لانعقاده، وحتى ينعقد العقد صحيحا يجب أن تتوافر فيه جميع الشروط الموضوعية المتمثلة في الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإذا كان الوعد بالبيع فيجب أن يتضمن تعيين المبيع والتمن³ الذي يلتزم به الموعود في حالة اظهار رغبته في الشراء⁴.

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:253

² انظر بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:319 وانظر ايضا على

فيلاي، المرجع السابق ص:155، وانظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص:132

³ تشير العديد من الدراسات الفقهية الى اعتبار " تحديد الثمن" من المسائل الجوهرية في عقد وعد بالبيع وهو ما يؤيده قرار المحكمة العليا مشهورا لها مؤرخ في 1993/12/22 الذي قضت فيه ببطلان الوعد بالبيع لتخلف الثمن ، وهو شرط أساسي من شروط قيام عقد البيع ، في حين ان المحكمة العليا- الغرفة العقارية- وفي قرارها الصادر بتاريخ 2016/03/17 ملف 0971384 قضت بإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدة بتاريخ 2013/06/27 باعتبار أن المادة 71 من القانون المدني لا تشير في مضمونها الى أن تحديد الثمن هو من المسائل الجوهرية التي يجب تعيينها عند ابرام عقد الوعد بالبيع. انظر مجلة المحكمة العليا ، العدد 01 سنة 2016 ص:111 وانظر ايضا بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق ، ص:332.

فضلا عن ذلك لا يجوز استلام الثمن المطالب به إلا بعد ابرام العقد النهائي على اعتبار ان استلام الثمن لا يكون الا بعد العقد النهائي ومادام لم يتم العقد النهائي فان دفع الثمن لم يحن وقته. انظر قرار المحكمة العليا-الغرفة العقارية- الصادر بتاريخ 2016/05/12 ملف 0980992 انظر مجلة المحكمة العليا، العدد 01 سنة 2016

ص:113

⁴ انظر بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق ، ص:330 وانظر ايضا محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول ، المرجع السابق ص:174 وانظر ايضا علي فيلاي، المرجع السابق، ص:154

كما يجب أن يتضمن الوعد تحديد المدة التي يكون للموعد له الحق في أن يبدي رغبته في التعاقد وإلا سقط الوعد. وهذه المدة تحدد صراحة أو ضمنا حيث تستخلص من ظروف الحال¹.

أما إذا كان العقد الموعد به يشترط لصحته استقاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرامه، وهو ما نصت عليه المادة 2/71 مدني جزائري" اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

فالوعد ببيع أو هبة أو مبادلة عقار يقتضي إخضاعها الى الشكل الرسمي في إبرام العقد تحت طائلة البطلان طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري و كذا في نقل ملكيته طبقا للمادة 793 مدني جزائري.

والجدير بالذكر فقد استقرت المحكمة العليا في اجتهادات في السنوات الاخيرة على أنه " لا يكون للوعد بالتعاقد أي أثر قانوني، إلا إذا عينت جميع المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه في المستقبل، وتم تحديد المدة التي يتم فيها إبرام العقد النهائي، ومن ثم فان اغفال اي عنصر من العناصر الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه في المستقبل فضلا عن المدة التي يجب اظهار الرغبة خلالها ينفي عن العقد صفة الوعد طبقا لمقتضيات المادة 71 مدني جزائري².

وبالتالي إذا توافرت جميع الشروط القانونية لإبرام وصحة الوعد بالتعاقد، أنتج الوعد آثاره القانونية تبعا لإبداء رغبة الموعد له لإبرام العقد من عدمها، وتبعا لتحقيق الرغبة من طرف الواعد من عدمها.

قبل أن يعبر الموعد له للواعد عن رغبته في التعاقد، خلال المدة المتفق عليها لا يكون التزام الواعد في حقيقة الامر، سوى التزام بعمل الذي لا يمكن تنفيذه جبراً إلا إذا اتفقا بموجب بند في الوعد ذاته حسب ما انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها

¹ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، مرجع سابق ص:174

² نقلا عن : بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:331

مؤرخ في 15/12/1993¹ بشأن جزاء الاخلال بالوعد بالتعاقد، حيث أقرت بموجب هذا القرار المبدئي إمكانية اتفاق اطراف الوعد بموجب بند خاص في الوعد ذاته يكون قابلا للتنفيذ جبرا على الواعد في حالة الاخلال به مما يمنح للوعد بالتعاقد فعالية أو قوة أكثر من تلك التي تتوفر للإيجاب المقترن بمدة².

اما إذا قبل الموعد له بالوعد وعلم بذلك الواعد في الميعاد المحدد المتفق عليه انعقد العقد المنشود في تاريخ العلم بالقبول دون أن يكون للانقضاء اثر رجعي، ودون حاجة لصدور رضا جديد من الواعد أو قبول من الواعد أو إي اجراء آخر.

وفي حالة رجوع الواعد عن وعده خلال الاجل الممنوح للموعد له لإبداء رغبته في التعاقد، فهذا لا يحول دون انعقاد العقد وهو ما أشارت إليه المادة 2/1124 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه " لا يحول الرجوع عن الوعد خلال الوقت المعطى للمستفيد لممارسة خياره دون تكوين العقد الموعد به".

كما أن العقد الذي يبرمه الواعد مع الغير بالمخالفة للوعد من جانب واحد يكون باطلا إذا كان هذا الغير سيء النية، بحيث أنه كان يعلم بوجود الوعد وأقدم على شراء ما هو محل وعد ، يعتبر هذا الغير شريكا في الاخلال بالالتزام العقدي الواقع على عاتق الواعد فيجوز الحكم عليه بالتعويض وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية³.

اما في حالة امتناع الواعد عن التعاقد متى أعلن الموعد له رغبته في اتمام العقد النهائي الموعد به دون مبرر مشروع خلال مدة الوعد، فلا يكون للموعد له إلا طلب تنفيذ الوعد قضاء متى كانت الشروط اللازمة لإتمام التعاقد متوفرة بما في ذلك المتطلبات الشكلية، وهذا عملا بمقتضيات المادة 72 مدني جزائري التي تنص على " إذا وعد شخص بإبرام عقد، ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد متوفرة وخاصة فيما يتعلق منها بالشكل قام الحكم مقام العقد".

¹ انظرا قرار محكمة النقض الفرنسية - الغرفة المدنية 3 المؤرخ في 15/12/1993 (Bull 1993 III n°174 p115) -انظر ايضا قرار محكمة النقض الفرنسية - الغرفة المدنية 3- رقم 583 المؤرخ في 23/01/2021(ملف 20/17.554)

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية ، المرجع السابق، ص 338

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية ، نفس المرجع، ص 341

ولا يلزم القاضي الواعد بالذهاب الى الموثق لإجباره على اتمام العقد الموعود به لأن ذلك يعتبر مساساً بمبدأ الرضائية، ومساساً بمبدأ الحرية التعاقدية.

فاتفاق المبدأ وان كان يشترك مع الوعد بالتعاقد في كون كل منهما ليس غاية في حد ذاته وإنما وسيلة لبلوغ العقد النهائي أو في كونهما يمهدان ويحضران للعقد المنشود، إلا أن الفارق بينهما من ناحية مضمونهما، إذ يتضمن الوعد بالتعاقد كافة العناصر الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، وليس للواعد تعديل وعده في الاجال الممنوحة للموعود له ويبقى ملتزماً على وعده الى غاية أن يبدي الموعود له رغبته في ابرام العقد، فيتحقق القبول وينعقد العقد نهائياً ابتداءً من يوم إبداء الرغبة في الاجال الممنوحة له، ومن هنا كان الوعد عقداً يضمن لطرفيه تحقيق غايتهم النهائية وهي ابرام العقد الموعود به¹.

بينما اتفاق المبدأ لا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد ابرامه، وإن تضمنها فهو يظل مع ذلك غير نهائي لكون التراضي عنها غير حاسم وغير بات، وبالتالي فهو عقد غير نهائي يحتاج دوماً الى اتفاق جديد يحدد العناصر الجوهرية في العقد المنشود، ولا يكفي لانعقاد هذا الاخير إبداء رغبة أحد الطرفين لإتمام العقد، كما هو عليه الحال في عقد الوعد بالتعاقد، والاتفاق بالتعاقد لا يضمن للطرفين تحقيق غايتهم النهائية قضائياً خلافاً للوعد بالتعاقد الذي يقوم الحكم فيه مقام العقد النهائي لو تخلف الواعد عن وعده في الاجال الممنوحة للموعود له.

03- اتفاق المبدأ والوعد بالتميز.

الوعد بالتميز يمثل اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد أن يفضل الموعود له (المستفيد من الوعد) في إبرام عقد معين إذا ما قرر الواعد ابرام هذا العقد في المستقبل². فالوعد بالتميز هو اتفاق تمهيدي أو تحضير يدخل ضمن اتفاقات المرحلة السابقة على التعاقد النهائي، حيث يلتزم بمقتضاه الواعد أن يختار الموعود له دون غيره في حال قرر فعلياً التعاقد مستقبلاً بشأن الشيء محل التعاقد³.

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 25

² محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر (1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق ص: 192

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص: 355

وقد عرفه قانون العقود الفرنسي الجديد بنص المادة 1123 / 1 بأنه "العقد الذي يتعهد بموجبه أحد الاطراف أن يمنح الافضلية للمستفيد في حال أنه قرر التعاقد في المستقبل¹". فالوعد بالترفضيل يكون عقد مستقلا بين طرفيه، اي لا يستند الى عقد آخر يربط بينهما ولكنه في الغالب يأتي مقترنا بعقد بينهما، بحيث يكون هذا الوعد عنصرا من عناصر عقدهما، ومثال ذلك أن يأتي الوعد ضمن عقد ايجار بين الواعد والمستفيد من الوعد بالترفضيل، حيث يعد الطرف الاول الطرف الثاني بأن يفضله على غيره إذا قرر بيع العقار المؤجر مستقبلا.

فيتبين أن الوعد بالترفضيل يمثل آلية للتعاقد تمهد لعقد مستقل، وهو متميز عن الوعد بالتعاقد من عدة أوجه من حيث طبيعته وآثاره ومن حيث جزء الاخلال به. فالواعد بالترفضيل يلتزم بأن يفضل المستفيد عن غيره في حال قرر التعاقد بشأن الشيء محل الوعد، بمعنى أن تعهد الواعد في مواجهة المستفيد يقتصر على عرض عليه أمر التعاقد قبل غيره.

لذلك اعتبر العديد من الفقهاء² أن الوعد بالترفضيل هو وعد ملزم لجانب واحد معلق على شرط واقف مضمونه أن يعزم الواعد على ابرام العقد المقصود³. لكن هذا الرأي تعرض لنقد شديد من الفقه الحديث، باعتبار أن الوعد بالترفضيل يمثل آلية مستقلة عن الوعد بالتعاقد، ويتميز عن غيره من الآليات بما يتيح من أفضلية وأولية للمستفيد في حالة اذا قرار الواعد التصرف في الشيء محل الوعد.

والحقيقة أن الوعد بالترفضيل ليس وعداً بالتعاقد ولم يتعهد الواعد بالتعاقد مع الموعد له أو المستفيد، وإنما وعده فقط بتفضيله إذا ما قرر التعاقد في المستقبل، بمعنى أن تعهده في مواجهة المستفيد يقتصر على عرض التعاقدى معه أولا قبل غيره من الراغبين في التعاقد المحتملين.

¹ لم يتعرض القانون المدني الجزائري لأحكام خاصة بالوعد بالترفضيل.

² الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسي يرى ان الاتفاق بالترفضيل يرتب حقا شخصيا للمستفيد في مواجهة الواعد معلق على شرط واقف ، انظر : بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية ، المرجع السابق ، ص:364

³ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق ص:194

فالواعد على سبيل المثال في الوعد بالتفضيل بشأن بيع عقار، يكون حراً في أن يبيع أو لا يبيع العقار، أما الواعد في عقد الوعد بالبيع يكون قد التزم نهائياً بالبيع للموعد له إذا عبر عن رغبته في الشراء خلال المدة المتفق عليها.

فالفارق واضح بين الوعدين ولا يكون الوعد بالتفضيل وعداً بالتعاقد من جانب واحد معلق على شرط واقف، إلا إذا كان هذا الشرط هو رغبة الواعد في إبرام العقد المراد إبرامه، مما يفسر أن الشرط الموقوف عليه هو إرادة ورضا الواعد، ولا يمكن أن يكون محلاً للشرط الواقف كوصف للالتزام¹.

كما أن وقوف الوعد على شرط، يستلزم عدم قيام التزام الواعد أصلاً، لأن اعتبار رغبة الواعد - المدين في الوعد - هي الشرط المعلق عليه الوعد، فإن مثل هذا الشرط يتوقف على محض إرادة المدين، حتى ولو كان البعض الآخر يدفع بأن هذا الشرط هو شرط مختلط وليس إرادياً محضاً، على اعتبار أنه مرتبط بالظروف الخارجية التي تدفع الواعد للتعاقد.

لذلك فإن الوعد بالتفضيل لا يعتبر وعداً بالتعاقد وإنما وعد بمنح الأفضلية والأولوية للمستفيد من الوعد إذا ما قرر التعاقد، ولا يشترط لصحة الوعد بالتفضيل الاتفاق على العناصر الجوهرية أو الأساسية فهو لا يشترط لصحته الاتفاق على ثمن الشيء محل البيع المحتمل إبرامه مستقبلاً، كما لا يشترط الاتفاق على مدة معينة للوعد كما هو الحال في الوعد بالتعاقد².

وهو ما كرسته الغرفة المدنية لدى محكمة النقض الفرنسية في اجتهاداتها المشهورة من أنه " ليس من طبيعة الوعد بالتفضيل أن يحدد مسبقاً ثمن العقد المنوي إجراؤه " كما أن شرط المهلة ليس شرطاً من شروط صحة الوعد بالتفضيل³.

ويترتب عن الوعد بالتفضيل عدة آثار بين الواعد والموعد له أهمها:

¹ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر (1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص 194

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:360.

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، نفس المرجع، ص 361.

- يبقى الواعد ملتزماً بعدم التعاقد مع الغير بشأن الشيء محل الوعد بالتفضيل دون عرض الشيء الموعود به أولاً على الموعود له أو المستفيد، فهو يرتب لهذا الأخير حق شخصي ولا يرتب له أي حق عيني على محل الوعد بالتفضيل.
- للموعود له حق اتخاذ اجراءات المحافظة على الشيء الموعود له بحق الاولوية والتفضيل في التعاقد بشأنه . وهذا الحق يكون قابلاً للانتقال الى خلفه العام، كما يقبل حق الحوالة للغير ما لم يتفقا على غير ذلك¹.
- وفي حالة ما إذا قرر أو عزم الواعد بالتفضيل، التعاقد على الشيء الموعود به فيكون الواعد ملزماً بعرض التعاقد مع الموعود له بالأفضلية عن غيره، فيقتضي إخطار الموعود له برغبته في إبرام العقد، حينئذ يكون للمستفيد حق قبول التعاقد أو رفضه.
- وإذا خالف الواعد وعده وقام بالتعاقد مع شخص من الغير دون الالتزام بتفضيل الموعود له، فيترتب عليه المسؤولية العقدية طبقاً للقواعد العامة، ويكون من حق الموعود له الرجوع بالتعويض على المتصرف له في الشيء الموعود به طبقاً لإحكام المسؤولية التقصيرية، ويكون الامر كذلك في حالة ثبوت علمه وقت التعاقد بالالتزام الواعد بالأفضلية ومع ذلك تعاقد مع الواعد خلافاً للالتزامه بالأفضلية.
- وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في قرار مشهور لها الى أن عقد الايجار الذي يتضمن شرط الافضلية للمستأجر، ينتج اثاره القانوني في مواجهة المؤجر، حتى ولو تبين أن هذا الأخير قد باع العقار، وسلم المستأجر عند الانتهاء الايجار إنذاراً بأنه لن يجدد عقد الايجار وعرض دفع تعويض عن التعرض².
- وفضلاً عن التعويض الذي اقرته العديد من أحكام القضاء الفرنسي لمصلحة الموعود له عند اخلال الواعد بالالتزام الافضلية، نجد أن القضاء الفرنسي قد استقر في العديد من أحكامه قديماً وحديثاً على جزاء البطلان للعقد الذي ابرمه الواعد بالمخالفة للحق في الافضلية واشترط لإعمال هذا الجزاء شرطاً مزدوجاً، وذلك بأن يكون الغير المتعاقد معه

¹ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص 196

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 370.

على علم بحق الافضلية من ناحية، وعلمه في ذات الوقت بأن المستفيد او الموعود له ينوي استعمال الافضلية المقررة له¹.

كما اتجهت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث مشهور للغرف مجتمعة مؤرخ في 26/05/2006 نحو إرساء مبدأ جديد يعد بمثابة تحول هام و جذري، فيما يتعلق بجزاء الاخلال بالحق في الافضلية، إذ هو إخلال بالقوة الملزمة للعقد باعتبار أن الوعد بالترفضيل إن لم يكن عقدا نهائيا فهو عقد ملزم لطرفيه، حيث قضت بأحقية الموعود له في الوعد بالترفضيل في طلب إبطال العقد الذي تم مع الغير على اعتبار ان ذلك يندرج تحت مفهوم الغش الذي يفسد التصرفات، كما اقرت بأحقية الموعود له في أن يحل محل الغير الذي تم التعاقد معه².

وقد كرس هذا الاجتهاد المادة 2/1123 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه " إذا أبرم عقد مع الغير بالمخالفة للوعد بالترفضيل يكون للمستفيد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه إذا كان الغير على علم بوجود الوعد وبنية المستفيد التمسك به فيمكن لهذا الاخير أيضا المطالبة بالبطلان أو أن يطلب من القاضي الحل محل الغير في العقد الذي تم ابرامه"³.

فالإخلال بالوعد بالترفضيل هو إخلالا بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وجبر الواعد (المدين) على التنفيذ العيني من خلال تمكين المستفيد من الحل محل الغير المتعاقد معه، هو في الواقع تدعيما لهذه القوة الملزمة للعقد.

لذلك نرى أن هذا الحل الذي استقر عليه القضاء الفرنسي وكرسته المشرع الفرنسي من خلال التعديلات الاخيرة لنظرية العقد هو عين الصواب حسب رأينا، وليس هناك مانع من استئناس القضاء الجزائري بمثل هذه الحلول في ظل انعدام النصوص المنظمة للوعد بالترفضيل ضمن قواعد القانون المدني الجزائري.

¹ انظر محمد حسن قاسم القانون المدني، الالتزامات المصادر(1) العقد، المرجع السابق، ص 199، وانظر ايضا

بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 370

² أشار اليه: بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 373.

³ انظر المادة 1123 من قانون العقود الفرنسي الجديد

ومن خلال المميزات والخصائص التي ينفرد بها الوعد بالترفضيل، تجعله عقد مميزا ومستقلا عن اتفاقات المبدأ برغم من أن كل منهما عقدا يمهد لإبرام عقد نهائي، إلا أن الوعد بالترفضيل يعبر عن إرادة قاطعة وباتة من الواعد بترفضيل الموعد له، إذا قبل التعاقد بالشروط التي يطرحها الغير على الواعد ويقبل بها هذا الاخير، في حين ان اتفاق المبدأ يعبر عن استعداد أحد الطرفين لترفضيل الاخر أو استعداد كل منهما لترفضيل الثاني، لكن التفضيل يبقى رهينا بتراضي الطرفان على عناصر وشروط العقد المراد ابرامه أو يكون رهينا على صيرورة التراضي نهائيا من خلال تأكيد لاحق¹.

وعلى سبيل المثال اتفاق المبدأ الذي يتراضى فيه البائع والمشتري بترفضيل كل منهما للآخر في ابرام عقد البيع المنشود، لكن هذا التفضيل يكون رهينا باتفاق الطرفين على الثمن وشروط البيع الاخرى، أو يكون رهينا على تراضيها البات فيما لو تم تحديد عناصر العقد في الاتفاق المبدئي .

لكن بالنسبة للوعد بالترفضيل يمكن أن تكون عناصر العقد غير محددة اصلا، بينما تكون قابلة للتحديد الموضوعي- استقلالا عن إرادة الطرفين أي عن طريق العرض الذي يقدمه الغير طالب الشراء من الواعد، ويكون التزام هذا الاخير في مواجهة الموعد له التزاما نهائيا لا رجوع فيه، ودون حاجة لتأكيديه لاحقا².

والواقع أنه في الوعد بالترفضيل يلتزم الواعد إذا رغب في بيع الشيء أن يعرضه أولا على الموعد له تفضيلا على غيره، فالواعد لم يلتزم هنا ببيع الشيء وإنما التزم في حالة ما إذا رغب في بيعه أن يمنح الاولوية أو الافضلية في شرائه للموعد له، فاتفق بالترفضيل لا يلزم الواعد ولا الموعد له بشيء إذ يستطيع الواعد ألا يبيع الشيء مطلقا وللموعد له أيضا إلا يستفيد من الافضلية الممنوحة له، ومن تم لن يتم البيع النهائي إلا باجتماع أمرين أن يريد الواعد بيع الشيء وأن يريد الموعد له شراؤه³.

¹ مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص:254

² انظر مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص: 255 وانظرا ايضا بخيت عيسى ، المرجع السابق ، ص: 124

³ محمد حسين عبدالعال، ابرام العقد تطبيقا لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الاطار، (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء المبادئ العامة للقانون الفرنسي والبحريني والمصري)، دار النهضة العربية ، مصر ، 2004، ص:51

04- اتفاق المبدأ والوعد المقترن بحق العدول:

حق العدول هو الصلاحية أو السلطة التي يتمتع بها المتعاقد للعدول عن العقد الذي أبرمه في مقابل ثمن معين سلفاً، ويخول حق العدول لصاحبه العدول عن العقد المبرم دون حاجة الى موافقة الطرف الثاني على أن يؤدي الثمن المتفق عليه،¹ و قد يكون حق العدول دون مقابل².

والفرض في الحالتين يكون العقد المنشود قد انعقد بين الطرفين، وان عدول احدي الطرفين يكون لاحقاً لانعقاد العقد، بحيث يتم فك الرابطة العقدية بأثر رجعي، ولم يبق سوى مقابل العدول اذا كان هذا الاخير بمقابل .

لذلك يختلف اتفاق المبدأ عن العقد المقترن بشرط العدول في كون العقد المنشود لا يكون قد انعقد بعد لانعدام الاتفاق على عناصر وشروط العقد الجوهرية أو لأن التراضي عليه مازال غير بات وغير نهائي، ويعتبر اتفاق المبدأ مجرد مرحلة من مراحل السعي الى التعاقد³.

كما أن العقد المقترن بشرط العدول طالما أنه عقد نهائي وبات، فهو يرتب لصحاب الحق في العدول حقا ماليا يخول له اتخاذ الاجراءات التحفظية للمحافظة عليه، أما في حالة اتفاق المبدأ فلا يتمتع بمثل هذا الحق، وبالتالي لا يمكن له المطالبة بالإجراءات التحفظية على محل اتفاق المبدأ.

ولكن العقد المقترن بحق العدول دون مقابل يصعب التمييز بينه وبين اتفاق المبدأ المتضمن العناصر العقد المرتقب ابرامه، والذي ينقصه مجرد الارادة الباتة في الالتزام به فإذا كان العقد المقترن بالعدول دون مقابل يعتبر عقد كامل التعبير عن الارادة متمتع بصفة القطع والجزم غير أن هذه الارادة تكون قابلة للتغيير في وقت لاحق، وبظل العقد على هذه الحالة طيلة مدة العدول مما يضفي عليه صورة من صور اتفاق المبدأ الذي يتفق الطرفان على عناصر العقد المنشود، ويكون ابرامه رهينا بالتعبير عن الارادة بصفة نهائية.

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 164

² مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص: 257

³ مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع ص: 257

ولعل نقطة التقاطع بين العقد والاتفاق في الحالتين، يكمن في انقضاء المدة المتاحة للعدول في العقد و انقضاء المدة المتاحة للتعبير عن الارادة نهائيا في الاتفاق، ففي الحالة الاولى يظهر العقد من شرط العدول ولا يمكن للطرفين التحلل منه، أما في الحالة الثانية يزول مشروع العقد المنشود ويصبح اتفاق المبدأ كأن لم يكن¹.

ثانيا: آثار الاتفاقات المبدئية-

الاتفاق المبدئي أو اتفاق التفاوض، يرتب على عاتق أطرافه التزاما أساسيا وهو الالتزام بالتفاوض الذي يتضمن شقين، الشق الأول هو الالتزام ببدء التفاوض وهو التزام بتحقيق نتيجة أو غاية وليس التزام ببذل عناية، أما الشق الثاني فهو إلتزام بالاستمرار في التفاوض وهو إلتزام بوسيلة أو ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، إذ يلتزم الطرفان المتفاوضان ببذل كل في وسعهما لغرض التوصل إلى ابرام العقد النهائي المتفاوض عليه، ولا يلتزمان بإبرامه فعلا².

01- الالتزام بالدخول في التفاوض:

يلتزم طرفا التفاوض أو أحدهما في هذا الشق من الالتزام بالتفاوض، المتمثل في الالتزام ببدء التفاوض أو الدخول في التفاوض الذي يفرض اتخاذ المبادرة عن طريق القيام بإجراءات معينة أو تقديم عرض محدد أو دراسة أو اعلان عن موقف معين لبدء عملية التفاوض أو من خلال توجيه الدعوة للأطراف للبدء في مباشرة التفاوض وإعداد المقترحات التي سيدور حولها التفاوض في المواعيد المحددة، لكن في جميع الاحوال لا تكون المبادرة للتفاوض بشكل عشوائي، بحيث ينتظر من الطرفين ابداء التفاوض دون أن يرسم مسارا لبدء التفاوض بل يتفقا مقدما على الطرف الذي عليه المبادرة بالتفاوض وتحديد المكان والزمان لبدء التفاوض، وإذا لم يحدد اتفاقهما وقت بدء التفاوض، فيكون ذلك خلال المدة المعقولة³.

والالتزام ببدء التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة وليس بالالتزام ببذل عناية بمعنى أن من يقع عليه الالتزام باتخاذ المبادرة الى التفاوض، يلتزم بتقديم مقترحاته أو تقديم الدراسات

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 257

² يونس صلاح الدين علي ، المرجع السابق ، ص: 147

³ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول ، المرجع السابق، ص: 206

حول الموضوع المراد التفاوض بشأنه، فإذا لم يبادر ولم يسع في اتخاذ الاجراءات اللازمة لذلك، عد مخلا بالتزامه ومرتكبا لخطأ عقدي، يستوجب قيام المسؤولية العقدية اتجاهه، ويقابل تنفيذ هذا الجزء من الالتزام التزام المتفاوض الآخر بالاستجابة الى دعوة الطرف المبادر للتفاوض أو الرد على مقترحاته والعروض التي تم إعدادها ويكون التزام الطرف الاخر هو التزام بتحقيق نتيجة ايضا¹.

وبالتالي فإن الالتزام بالتفاوض في هذا الشق هو التزام بتحقيق نتيجة يضع على عاتق الطرفين مسؤولية الدخول في التفاوض فعليا والجلوس على طاولة المفاوضات والشرع في تقديم الاقتراحات المتبادلة والمناقشات وتباحث الحلول للمسائل المطروحة مع مراعاة ما يقتضيه حسن النية في التعامل من ثقة وأمانة وإخلاص.

02- الالتزام بمواصلة التفاوض:

يمثل الالتزام بمواصلة التفاوض أو الاستمرار في التفاوض الشق الثاني من الالتزام بالتفاوض باعتبار أن هذا الاخير هو جوهر التزامات الاتفاق المبدئي أو اتفاق التفاوض وهو اداء يقع على طرفي التفاوض يقتضي من كل طرف متفاوض أن يكون قد بعث في نفسية الطرف الآخر الثقة بأنه سيفاوض ويناقش ويدرس معه بجدية وبرغبة صادقة ظروف العقد النهائي المراد ابرامه، فيحتم على الطرفين متابعة وسير التفاوض طبقا لمقتضيات مبدأ حسن النية².

والالتزام بالتفاوض في هذا الشق هو التزام ببذل عناية أو وسيلة وليس بتحقيق غاية بحيث يقتضي من الطرفين بدل ما في الوسع بصورة ايجابية وفعالة في سبيل ابرام العقد المنشود، إلا أنه لا يحتم ابرامه، وهذا لا يعني إتاحة الفرصة لأي من الطرفين للتصل والانسحاب من التفاوض دون إي دوافع جدية أو مبررات مشروعة ، بل يجب على كل واحد منهما بذل ما في وسعه من جهد للوصول الى العقد المنشود³.

¹ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص:207

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، 478

² يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:165

³ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، نفس المرجع، ص:207

وبالرغم من أن اتفاق المبدأ أو اتفاق التفاوض الذي لا يلزم المتفاوضين ببلوغ العقد النهائي، إلا أن الدخول في التفاوض والاستمرار فيه، ولا يقوض من حرية الطرفين في العدول مادام هناك أسباب جدية وسائغة تسمح للطرفين أو لأحدهما بالعدول عن التفاوض والانسحاب منه بكل حرية تماشياً مع مقتضيات المادة 1112 من قانون المدني الفرنسي.

والجدير بالذكر أن أهمية الالتزام بمواصلة التفاوض تزداد كلما تقدمت المفاوضات وبلغت مرحلة متقدمة، وهو ما يستوجب من كل المتفاوضين مزيداً من الحرص على متابعة مسيرة التفاوض والاستمرار فيه بكل جدية، ولا يسعه التوصل من التزامه باستمرار التفاوض، واصطناع مظلة العدول والانسحاب دون توافر الأسباب الجدية والموضوعية لذلك¹.

الفرع الثاني- اتفاق الاطار:

عادة في المعاملات المتكررة ذات الأهمية، حينما يرغب أطرافها في إبرام سلسلة من العقود ذات طبيعة واحد مثل عقود توريد وتوزيع المنتجات مثل المشروبات واللحوم والمواد البترولية، أو في مجال نقل التكنولوجيا وغيرها، فإن أطراف هذه العقود يتفقان على وضع شروط رئيسية تحكم إبرام العقود في المستقبل ضمن اتفاق خاص يعرف ب"عقد الاطار أو الاطار التعاقدي" بدلاً من أن يناقش الطرفان في كل مرة تفاصيل العقد المراد إبرامه². ومن هنا تظهر أهمية اتفاق الاطار، إذ من شأنه أن يسهل التفاوض على العقود المستقبلية فيبسط ويسرع من عمليات إبرامها وتنفيذها.

وحتى يتسنى لنا تعريف اتفاق الاطار وتحديد طبيعته القانونية ثم بيان احكامه في ظل القواعد العامة لنظرية الالتزام سنحاول أولاً تحديد ماهيته من خلال البنود الآتية:

أولاً- ماهية الاتفاق الاطار:

تنوعت آراء الفقه واتجاهاته بشأن المقصود باتفاق الإطار وبيان طبيعته القانونية ويرجع سبب اختلافهم الى حداثة عهدهم بهذه الفكرة، فضلاً عن تنوع تطبيقاتها العملية

¹ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 388

² رجب كريم عبدالله، المرجع السابق، 478

في مجالات مختلفة كما أن الفكرة وليدة الممارسات العملية في النشاط التجاري الذي يتطلب أدوات قانونية تتسم بأقصى درجات المرونة¹.

01- تعريف اتفاق الاطار:

عرف البعض عقد الاطار أو اتفاق الاطار بأنه عقد يرمي إلى تطوير العلاقات العقدية بين الاطراف لمدة طويلة².

فهو اتفاق يهدف إلى إقامة تنظيم نموذجي لعلاقة مستمرة، تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن بحيث يصبح كل تطبيق محكوما بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الإطاري³. وعرفه آخرون بأنه "اتفاق يلزم الطرفين بالتعاون في مجال معين ويحدد لهما ما ينبغي إتمامه من معاملات تاركا لعقود تطبيقية مهمة تنظيم هذه المعاملات".

ورأي آخر عرفه بأنه "اتفاق أساسي عام يحدد الاهداف دون أن يبين بالضرورة وسائل تحقيقها فهو يفترض كقاعدة عامة مفاوضة لاحقة بشأن عقود تطبيقية غالبا ما يكون كل منها مستقل عن غيره، وذلك بقصد تحقيق أهداف الاتفاق الاصيلي الذي يعد عقدا حقيقيا وإن بقيت آثاره غير محددة⁴.

وعرف البعض الآخر اتفاق الاطار بأنه "العقد الذي يتفق فيه على شروط عامة موحدة يلتزم الطرفان بإتباعها والتقييد بها، فيما قد يرغبان في إبرامه من عقود في المستقبل تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ⁵.

وعرفت المادة 1111 من قانون المدني الفرنسي عقد الاطار بأنه "هو اتفاق يحدد الاطراف بمقتضاه الخصائص العامة لعلاقاتهم التعاقدية المستقبلية، وتحدد عقود التطبيق كيفية تنفيذ هذا الاتفاق.

¹ محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص:11

² علي فيلالي، المرجع السابق ص:132

³ مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص:261

⁴ محمد حسين عبدالعال، نفس المرجع، ص:33

⁵ أنظر أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص:297 وانظر ايضا بخيت عيسى ، المرجع السابق،

ص:133

لاشك إن تنوع واختلاف هذه التعريفات أمر يرجعه البعض بصفة أساسية إلى حرص انصار النظرية العقدية على التفرقة في هذا الصدد بين اتفاقات الإطار التي ترتب التزاما بإبرام العقود التطبيقية، وتلك التي لا ترتب هذا الالتزام¹.

فمن خلال مختلف التعاريف ندرك أن اتفاقات الإطار تمثل عقود يتم إبرامها في المرحلة السابقة على التعاقد، وهي تمهد لإبرام عقود تطبيقية أو تنفيذية تنشأ عنها ويهدف الأطراف من خلالها إلى إيجاد ضمان لاستمرار الروابط الاقتصادية، بما قد يتخللها من معاملات بين طرفيها فيقتضي منهم تحديد القواعد أو الاسس العامة التي تحكم اتمام هذه المعاملات وتنظيمها في المستقبل على نحو تصبح موحدة، وتأمين هذه المعاملات وضمان تدفقها واستمرارها بصورة منتظمة ومطردة من ناحية، وإتمامها بصورة بسيطة وسريعة عن طريق تقليص دائرة التفاوض والتباحث بشأنها من ناحية أخرى، وهو ما يستلزم من الطرفين الاتفاق سلفا على اخضاع هذه المعاملات المستقبلية لقواعد وشروط لها ذات الطبيعة حتى يتم اتمامها في بساطة ويسر².

وتحقيقا لذلك يعتمد الأطراف إلى إبرام اتفاق اطار يكون منشأ لالتزام بالتعاقد، الذي يرتب آثاره على عاتق الطرفين أو احدهما بإبرام العقود التطبيقية³.

ولا يكون عقد الاطار صحيحا إلا إذا تحددت فيه عناصره الجوهرية من مبيع وثن أو من عمل معين وأجرة أو من بضاعة يتم نقلها وأجرة النقل أو من خطر يتم التأمين عليه وقسط التأمين وقد لا يتأتى هذا بالنسبة لمعاملات مستقبلية التي يرتبط تحديد عناصرها بالزمن الذي تتحقق فيه.

02- الطبيعة القانونية لاتفاق الاطار:

إن تنوع تطبيقات فكرة اتفاق الإطار في الميدان العملي والالتجاء إلى هذه الفكرة في شتى المجالات أدى إلى صعوبة الوقوف على تعريف جامع مانع لهذا الاتفاق يفي شتى

¹ محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص:49

² أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص:297

³ محمد حسين عبدالعال، نفس المرجع، ص:13

تطبيقاته لأن هذا التعريف من شأنه أن يعكس الطبيعة القانونية التي يمكن اضافؤها عليها وهي مسألة اختلف فيها الفقه قديما وحديثا¹.

فالفقه التقليدي يميز بين اتجاهين رئيسيين أحدهما يضيف الطبيعة العقدية على اتفاقات الاطار ويعتبر هذا الاتجاه أكثر انتشارا لاسيما بين فقهاء القانون المدني، بينما الاتجاه الثاني يضيف عليه طابعا لائحيا ويفرق كل منهما بين الاتفاقات المنشئة للالتزام بإبرام العقود التطبيقية وبين الاتفاقات غير المنشئة للالتزام بإبرام العقود التطبيقية.

فاتفاقات الاطار المنشئة للالتزام بالتعاقد هي التي ترتب آثارا عقدية، وتعد بالتالي عقود متميزة بالمعنى الدقيق لأنها لا تلزم الطرفين أو أحدهما بإبرام عقود تطبيقية فحسب بل ترتب حقوقا والتزامات فورية بينهما².

بينما الفقه الحديث يرفض هذه التفرقة ويعتبرها مجرد تفرقة ظاهرية لا تأخذ بعين الاعتبار ما يجمع هذه الاتفاقات من خصائص مشتركة كافية بذاتها لتحديد طبيعتها³. ويرى هذا الجانب الاخير من الفقه أن اتفاق الاطار يشكل مع العقود التي تبرم تطبيقا له مجموعة عقدية مستقلة، تتألف من اتفاق أساسي وعقود لاحقة يجري ابرامها تطبيقا لهذا الاتفاق، فهذه المجموعة العقدية تتمتع بذاتية مستقلة تبرز من جهتين أساسيتين من زاوية الرضا من جهة، وعلى صعيد فكرة السبب من جهة أخرى.

فمن زاوية الرضا يتطلب اتفاق الإطار باعتباره مجموعة عقدية رضاً مزدوجاً يصدر أولهما بمناسبة الاتفاق الأساسي، لكن الرضا في عقد الاطار لا يكفي لإنشاء عقود تطبيقية، فكل عقد من هذه العقود يقتضي رضا آخر مستقلا عن الرضا الذي كان بمناسبة الاتفاق الاساسي.

¹ محمد حسين عبدالعال ، المرجع السابق ، ص:34

² أي انها متميزة عن الوعد بالتعاقد وتمتيزة ايضا عن كل عقد من العقود الزمنية التي يكون عنصر الزمن جوهريا فيه مثل عقود الايجار، وقد يكون زمنيا باتفاق الطرفين بأن يكون تنفيذه على نحو دوري أو متتابع مثل عقد التوريد ، وتمتيزة ايضا عن ما يعرف بالشروط العامة للتعاقد ، وهي شروط يتم ادراجها عادة في نماذج مطبوعة مثل دفتر الشروط التي يكثر استخدامها في بيوع الاجهزة والمعدات الصناعية والسيارات وتسمى بالشروط العامة للبيع. ويكون متميزا ايضا بتشكيل الاتفاق الاطاري والعقود المبرمة تطبيقا له تشكل معا مجموعة أو منتظما عقديا واحد تجمعه وحدة الهدف الذي يسعى اليه الاطراف وهذا يعطي للعقود التطبيقية طابعا خاصا مميذا في بعض الاحوال . انظر محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص:50 وانظر ايضا مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق ، ص:282

³ محمد حسين عبدالعال ، مرجع سابق ، ص:34

لذلك أن تحقق الرضا في اتفاق الاطار ليس بديلا عن توافر الرضا بشأن كل عقد تطبيقي على حده، فيحتمل أن يخفق الاطراف في التوصل الى ابرام عقود تطبيقية، ومع ذلك يبقى اتفاق الاطار قائما، بل أن حرص الطرفين على التقليل من درجة الاخفاق هو الذي يفسر إرادتهما في الخضوع أولا لقواعد الاتفاق الاطار، وهذا يعزز من فرص إبرام العقود التطبيقية.¹

اما فيما يخص فكرة السبب فقد جرى الفقه التقليدي على التمييز بين وجهين للسبب يتضمن كل منهما معنى خاص، هما سبب العقد وسبب الالتزام.²

فإذا كان سبب العقد يعني الباعث الدافع الذي يحمل المتعاقد على التعاقد فهو سبب شخصي أو ذاتي، يعود الى المتعاقد وما حمله شخصيا على التعاقد وهو لا يكون واحد في طوائف العقود المختلفة فإن البحث في سبب اتفاق الاطار لن يكشف في النهاية، إلا عن بواعث عديدة تتنوع من متعاقد الى آخر زمن اتفاق اطار الى آخر، مما يقتضي القول بأن فكرة سبب العقد غير كافية لتحديد ذاتية اتفاقات الاطار.³

اما الوجه الثاني المتعلق بسبب الالتزام الذي يقصد به السبب المباشر لالتزام المدين وأنه سبب موضوعي أو مجرد، لا ينظر فيه لأي اعتبارات شخصية أو ذاتية تتعلق بأهداف المتعاقد وبواعثه على التعاقد، ولا يختلف في النوع الواحد من العقود.⁴

لذلك المجموعة العقدية التي يمثلها اتفاق الاطار لا تكتفي بالرضا المزدوج فحسب بل تقتضي لزوما أن يكون هناك سببا لالتزام الطرفان في هذا الاتفاق المشترك، يتأتى في توحيد عقودهما المستقبلية أي بمعنى أن تكون لهما رغبة في اخضاع لقواعد موحدة في اتفاق الاطار.

¹ أنظر محمد حسين عبدالعال، مرجع سابق، ص: 64 و 65

² محمد حسين عبدالعال، مرجع سابق، ص: 72

³ انظر محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص: 334 وانظر ايضا عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 544 وما يليها، وانظر ايضا علي فيلاي، المرجع السابق، ص: 260

⁴ انظر محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، مرجع سابق، ص: 334 وانظر ايضا عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 544 وما يليها، وانظر ايضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص: 260

وإذا كانت آراء الفقه قديما وحديثا قد تباينت وجهة نظرهم فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لاتفاقات الاطار هل تمثل عقود أو تنظيمات ام هي مجموعات عقدية مستقلة؟ فإن ما نستخلصه وحسب تقديرنا أن اتفاقات الاطار تمثل عقودا بكل ما تعنيه كلمة عقد فيقتضي لإبرامها أن يتم التوافق بين إرادتين أو أكثر بهدف ترتيب اثارا قانونية معينة، ابرزها واجب مراعاة الشروط العامة الواردة في اتفاق الاطار عند ابرام عقود تطبيقية مستقبلا والعلاقة بين اتفاق الاطار والعقود التطبيقية المبرمة في إطاره ليست علاقة بين عقد تمهيدي والآخر نهائي، بل أن اتفاق الاطار هو عقد نهائي من خلاله يتم حسم العديد من المسائل المتعلقة بالعقود التطبيقية المنفذة له.

ثانيا- احكام اتفاقات الاطار:

لدراسة اتفاقات الاطار في سياق واحد يربط بينه وبين العقود التطبيقية، في شكل مجموعة عقدية، ولإبراز الروابط القانونية القائمة بين هذه العقود التطبيقية الداخلة ضمن هذه المجموعة العقدية، لذلك يقتضي بيان قواعد انعقادها وآثارها وطرق انقضائها.

01- ابرام اتفاقات الاطار

كما سبقت الاشارة إلى أن اتفاقات الاطار تمثل عقود بمعناها الحقيقي، لذلك فانعقادها وصحتها منوطا بتوافر ما تتطلبه القواعد العامة، من توافر التعبير عن ارادتين خاليتين من العيوب وتلاقيهما وتطابقهما طبقا لما نصت عليه المادتين 59 و60 من القانون المدني الجزائري، بالإضافة الى توافر الشروط التي يتطلبها القانون من توافر المحل والسبب¹.

أ- شروط انعقاد اتفاقات الاطار

كما سبقت الاشارة الى أن اتفاق الاطار يعتبر عقداً شأنه شأن سائر العقود الاخرى يجب أن يتوافر على جميع الاركان والشروط العامة لانعقاده من رضا الطرفين ومحل وسبب، وسوف لن نستعرض في هذا المقام إلا ما يحتاج الى بيان خاص فيما يتعلق بتحديد اطراف ومحل اتفاق الاطار وما يثيره عنصر الثمن في عقود التوزيع الحصرية من مشكلات خاصة.

¹ و يقابلها المادة 1113 من قانون العقود الفرنسي الجديد والتي تنص " يتم التعاقد بالتقاء والإيجاب والقبول اللذان يعبر الأطراف بموجبهما عن إرادتهما في التعاقد...."

أ-01 الرضا في اتفاقات الاطار:

ندرك أن العقود تخضع في مجملها لقاعة عامة مفادها نسبية آثار العقد بمعنى أن العقد يلزم أطرافه ولا يلزم غيرهم¹ وهذا لا يثير صعوبة في اتفاقات الاطار، لاسيما اذا كان أطراف الاتفاق الاساسي هم أنفسهم أطراف العقود التطبيقية المبرمة في إطاره، كما لو تعلق الامر باتفاق بين منتج أو تاجر جملة من جهة وبين مستهلك نهائي من جهة أخرى، ففي هذا الحالة يكون اتفاق الاطار قاصراً على تنظيم العلاقة بين طرفيه ولا يثير ذلك أي صعوبة في خضوع العقود التطبيقية التي تبرم فيما بعد تطبيقاً للاتفاق الاساسي لكن الأمر لا يجري في معظم الاحيان بهذه السهولة.²

فقد يختلف طرفاً اتفاق الاطار عن طرفي العقود التطبيقية، كما هو الحال بالنسبة لاتفاقات العمل الجماعية، فقد يكون أحد طرفي العقود التطبيقية أو هما معا أجنبيا، كأن يكون الاتفاق مبرم بين نقابات العمال ومنظمات أصحاب الاعمال، بينما يكون أطراف العقود التطبيقية - عقود العمل- هم العمال وأصحاب الاعمال أنفسهم، كما قد يكون الاتفاق بين صاحب العمل من جهة وبين نقابة العمال من جهة أخرى، ففي هذه الصورة يكون صاحب العمل طرفاً في العقود التطبيقية بينه وبين العمال التابعين له، ففي الحالتين تبدو صعوبة اخضاع العقود التطبيقية لاتفاق الاطار تطبيقاً لقاعدة نسبية آثار العقود وعدم انصراف آثارها الى غير أطرافها³.

لذلك يبدو أن انطباق اتفاق الاطار على عقود مبرمة بين غير أطرافها، يمثل أحد مظاهر الخروج على مبدأ نسبية أثر العقود، وهذا ما يمثل جانب من مظاهر التطور القانوني المعاصر، قد يكون المغزى من هذا التطور بتطبيقاته المختلفة، هو اتجاه القانون الى التخلي عن المعيار التقليدي لتحديد أطراف الاتفاق أو العقد واستبداله بمعيار آخر

¹ وهذا ما تنص عليه المادة 108 من القانون المدني الجزائري والتي تنص " ينصرف العقد الى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"

² مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:290

³ إذ تعتبر هذه الاتفاقات الجماعية بمثابة عقود إطار

ذي طابع اقتصادي يعتمد على مجرد المصلحة التي يسعى الاتفاق أو العقد، الى توفيرها للشخص أو الاشخاص بصرف النظر عن اشتراكه أو اشتراكهم في إبرامه.¹

كما قد تثار مسألة الخروج على مبدأ نسبية أثر العقود في حالة اتفاقات الاطار الفردية حيث يختلف طرفيها عن أطراف العقود التطبيقية، فقد يكون أحد طرفي العقود التطبيقية أو هما معا أجنبيا عن طرفي اتفاق الاطار، ومثال ذلك أن يلزم منتج سلعة أو تاجر جملة الطرف الاخر بالتزود بالسلعة من اشخاص معينين تربطهم علاقة بهم، أو يلزم الطرف الاخر بتزويد آخرين يرتبط بهم، ففي هذه الحالة يكون العقد التطبيقي يربط بين الطرف الملتمزم في اتفاق الاطار مع طرف اجنبي عن الاتفاق، وكذلك الامر في حالة التزام طرف في الاتفاق بعدم التزود بالسلعة إلا من دائرة اشخاص يحددهم الاتفاق وفي نفس الوقت يلتزم الطرف المقابل له بتزويده بالسلعة إلا من طرف اشخاص محددين يرتبط بهم وعندئذ يكون التعاقد في العقود التطبيقية بين فردين أجنبين عن اتفاق الاطار الاول من شبكة الطرف الاول والثاني من شبكة الطرف الاخر.

وفي نفس السياق تثار مسألة نسبية آثار العقود في حالة اتفاقات الاطار الفردية فقد تتضمن شروطا لا تتعلق مباشرة بالعقود التي يبرمها أحد طرفيها مع الطرف الاخر وإنما تتعلق بالسلعة أو الخدمة محل التعامل بين أحد الطرفين مع الغير، كأن يتفق منتجا مع موزع السلعة باعتباره طرفا آخر في اتفاق الاطار، فيشترط عليه التعامل مع عملائه وفقا لصيغة عقدية أو نموذج معين، أو يشترط عليه عدم بيع السلعة بأقل من سعر معين أو بأكثر منه، ففي حالة الاخلال بالشرط المتفق عليه، فلا ريب من قيام مسؤولية الطرف المخل بالاتفاق، ويبقى التساؤل مطروحا حول مدى مسؤولية الغير المتعامل مع هذا الطرف باعتبار أن هذا العقد المبرم مع الغير هو عقد تطبيقي لاتفاق الاطار.²

أ-02 المحل في اتفاقات الاطار:

اتفاق الاطار باعتباره عقدا فهو ينشئ التزامات عديدة بين طرفيه، ويتناول جملة من المسائل، ولعل أهمها والثابت منها هو مسألة العقود التطبيقية من جهة، ومسألة مدى

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:291

² مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص:291

تأثير تعيين العناصر الجوهرية لهذه العقود التطبيقية في صحة اتفاق الاطار في صحة الاتفاق ذاته من عدمها من جهة أخرى، الأمر الذي يثير جدلا بصدد تحديد محل اتفاق الاطار.¹

فإذا كان المقصود باتفاق الاطار هو العملية القانونية التي يسعى الطرفان الى تحقيقها فإن بعض الفقه يرى أن محل الاتفاق هو إبرام العقود التطبيقية المنفذة له²، باعتبار أن العقود لا ترد على الاشياء المادية فحسب بل ترد على كل قيمة اقتصادية مشروعة، ومن ثم فإن ما يتطلب لصحة الاتفاق المنظم هو تعيين محله الذي يعبر عنه البعض بأنه يتمثل في العقود التطبيقية المنفذة له³، فيما يذهب البعض الآخر الى اعتبار محل الاتفاق هو ما يذوب في المجموعة العقدية التي يندرج فيها، ويعرف البعض الآخر محل الاتفاق بأنه هو الالتزام باحترام القواعد والشروط الواردة فيه عند ابرام عقود في المستقبل⁴.

ويمثل هذا التعريف الاخير لمحل اتفاق الاطار الاكثر دقة ووضوح في تحديده حسبما نستخلصه وينصب المحل ضمن مختلف التعارف السابقة على العقود التطبيقية في مجملها أو في ترابطها كمجموعة متميزة عن اتفاق الاطار أو في آثارها.

أما مسألة تعيين كافة العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية أو حتى قابليتها للتعيين فهذا لا يلزم، وإنما يكون تعيينها لازما عند ابرام هذه العقود التطبيقية ذاتها⁵ ويلزم بداية تعيين العقود التطبيقية أو تكون قابلة للتعيين وإلا كان الاتفاق الاطاري باطلا يستلزم بالضرورة تحديد للعقود التطبيقية⁶ وهو ما يقتضي تحديد نوعها ومقدارها، وتظهر أهمية هذا التحديد، بوجه خاص، كلما كان الاتفاق الاطار يتضمن التزاما بإبرام هذه العقود، بينما تتضاءل أهميته في حالة عدم وجود هذا الالتزام⁷.

¹ أنس عبد المهدي فريجات ، المرجع السابق، ص 319

² محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص:101

³ محمد حسين عبدالعال، مرجع سابق، ص:101

⁴ محمد حسين عبدالعال، نفس المرجع، ص:101

⁵ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:294

⁶ أنس عبدالمهدي فريجات ، مرجع سابق، ص:320

⁷ محمد حسين عبدالعال، نفس المرجع، ص:103

أ-03 سبب اتفاق الاطار:

يشترط لانعقاد اتفاق الاطار باعتباره عقدا كسائر العقود، أن يتوافر له ركن السبب بوجهيه حسبما يتطلبه الفقه التقليدي، فيكون الباعث الدافع للطرفين سببا للعقد شريطة أن يكون مشروعاً وإلا اعتبر الاتفاق باطلاً، ويكون الالتزام المقابل باعتباره عقد ملزماً للجانبين سبباً للالتزام فضلاً عن ذلك، فإن الفقه الحديث يضيف عنصراً ثالثاً لفكرة السبب في اتفاق الاطار يتمثل في السبب الحاسم أو المميز¹.

الذي يشترط توافر نية توحيد العقود التطبيقية بمعنى أن تكون إرادة الطرفين قد اتجهت وقت إبرام الاتفاق الى اخضاع معاملتهما المستقبلية لقواعد واحدة وإذا انتفت نية توحيد المعاملات المستقبلية بين الطرفين، زال السبب الذي يميز اتفاق الاطار عن غيره ويختلف السبب المميز عن السبب باعتباره ركن في اتفاق الاطار عن السبب المميز فالسبب المميز يفترض توافر نية توحيد العقود التطبيقية وجزءاً تخلف السبب المميز ينحصر في زوال وصف الاتفاق بأنه اتفاق اطار دون أن يؤدي الى بطلان العقد، ويبقى التصرف صحيحاً، ولن يعد اتفاق اطار كما لا تعد العقود التي يبرمها الطرفان مستقبلاً عقود تطبيقية لاتفاق الاطار².

ب- آثار اتفاق الاطار:

متى تم اتفاق الاطار صحيحاً بين أطرافه، فإنه يترتب عدة آثار لا تنحصر بالكامل في إبرام العقود التطبيقية وتحديد عناصرها التفصيلية فحسب، بل يترتب عنه عدة آثار أخرى أهمها الالتزامات السابقة على إبرام العقود التطبيقية والالتزامات تتعلق بهذه العقود و تعاصر إبرامها وآثار تظهر إثر إبرام العقود التطبيقية.

¹ تعتبر فكرة السبب المميز وليدة القانون العام، حيث نادى بها فقهاء القانون الإداري مثل هوريو وفيدال بمناسبة تحليلهم لأحكام مجلس الدولة الفرنسي، فتأثر بها فقهاء القانون الخاص مثل بوييه الذي طبقها في شأن عقد الصلح. ويرى انصار هذه النظرية الحديثة أن سبب العقد يتسم بالضرورة بطبيعة موضوعية، ويرفضون فكرة الفصل بين سبب العقد وسبب الالتزام، والسبب وفقاً لنظرته هو الذي يسمح بتكليف العقد وتمييزه عن العقود. ومن ثم جاءت تسمية السبب المميز أو الحاسم،

² محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص:109

01- الالتزامات السابقة المحددة في اتفاق الاطار:

يرتب اتفاق الاطار باعتباره عقدا على عاتق طرفيه مجموعة من الالتزامات الايجابية وسلبية¹ وفورية في نفس الوقت، وفيما يخص الالتزامات الإيجابية فإن الاتفاق غالبا ما ينشئ التزامات مرتبطة بآلية أو كيفية إبرام العقود التطبيقية مستقبلا².

ويمكن ان يربط الاتفاق التزامات أخرى سابقة على إبرام العقود التطبيقية مثل وضع نماذج لطلبات التعاقد وتحديد آجال تقديمها، وتحديد كيفية إعلان قبولها، فضلا عن ذلك يمكن أن ينص اتفاق الاطار على بعض الالتزامات ذات طابع سلبي، وتتعلق هذه الالتزامات بصورة خاص بطرق تنفيذ العقود التطبيقية، حيث تنتوع بحسب طبيعة هذه العقود وتبعاً لاتفاق الطرفين وأهم هذه الالتزامات الناشئة عن اتفاق الاطار هي تلك التي تفرضها شروط القصر التي تنتشر تطبيقاتها في اتفاقات التوزيع³.

سواء تعلق الامر بشرط قصر الشراء أم شرط قصر البيع أم شرط القصر المتبادل، فشرط قصر الشراء يلزم الموزع بالألا يشتري المنتجات موضوع الشرط إلا من المنتج المتعاقد معه دون غيره، وفي حالة شرط قصر البيع يلتزم المنتج بمقتضاه بالألا يبيع المنتجات التي يشملها الشرط في دائرة جغرافية معينة إلا للموزع المتعاقد معه، وفي الغالب تكون هذه الالتزامات متعلقة بطرق إبرام العقود يقتضي تنفيذها قبل الوصول الى إبرام العقود التطبيقية، فتكون إذن هذه الاتفاقات سابقة على إبرام هذه العقود⁴.

هذه الالتزامات المشار اليها في الفقرة السابقة قد ترد في صورة شروط صريحة ضمن اتفاق الاطار، الى جانب التزام التفاوض بحسن النية، والتزام بإبرام العقود التطبيقية اللذان يمثلان الالتزامات الملازمة لاتفاق الاطار، فلو لم ينص على ايا منهما صراحة ضمن شروط الاتفاق، فيعتبر منصوص عليهما ضمناً قبل إبرام العقود التطبيقية.

ولا يعني تنفيذ هذه الالتزامات قبل إبرام العقود التطبيقية من شأنها أن تعد شرطاً لانعقاد هذه العقود الاخيرة أو أن اتفاق الإطار ذاته يعتبر عقداً معلقاً على شرط واقف

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 302

² أنس عبدالمهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 328

³ محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص: 148

⁴ محمد حسين عبدالعال، نفس المرجع، ص: 129

ذلك أن مفهوم الشرط هو أمر مستقبل غير متحقق الوقوع، حينما يقرر الطرفان تعليق نشأة الالتزام أو زواله عليه وهو أمر خارجي عن العقد، بينما في حالة اتفاق الاطار، فلا تنصرف ارادة الطرفين الى تعليق إبرام العقود التطبيقية على وجود أو عدم وجود التزامات سابقة بل هو عقد قد يرتب التزامات أولية معينة بمجرد إبرامه.

فعلى سبيل المثال قد يلتزم عميل البنك ضمناً فور إبرام اتفاق تقديم الخدمات المصرفية بالوفاء بمقابل مالي للبنك في صورة حد أدنى لفتح حساب مصرفي، بصرف النظر عن الخدمات التي سيحصل عليها مستقبلاً.

ولاشك أن تنفيذ هذه الالتزامات الأولية أو السابقة على إبرام العقود التطبيقية تشكل خطوة هامة نحو إبرام هذه العقود الاخيرة، لاسيما أن مقتضيات التعاقد قد تفرض تنفيذ بعض الالتزامات الاولية ولو لم ينص عليها الاتفاق صراحة كأن يمنح البنك ائتمان لعميله ويطلب منه تقديم معلومات مالية أو مستندات محاسبية مطلوبة لتنفيذ التزام سابق فهد ليس مرده تنفيذ التزام سابق بمقتضى اتفاق الاطار، وإنما مرجعه في ذلك الى أن تنفيذ هذا الالتزام السابق قد اتاح للبنك فرصة التحقق من صحة المعلومات أو المستندات وتحديد درجة يسار العميل، ومن ثم تقدير مدى الخطر الذي يتعرض له إذا ما قرر الموافقة على منح الائتمان المطلوب¹.

02- الالتزام بالتفاوض بحسن النية:

يرتب اتفاق الاطار بمجرد انعقاده التزاماً فورياً على عاتق طرفيه يتمثل في التزام بالتفاوض بشأن إبرام العقود التطبيقية، وبظهر ذلك جلياً في حالة اتفاقات الاطار التي لا تتضمن التزاماً بإبرام هذه العقود مما يفسر أن لجوء الاطراف لإبرام اتفاق الاطار دون تباحثهما في مسألة إبرام العقود التطبيقية هو حرصهما على التقليل من احتمالات الاخفاق في إتمام عقودهما المستقبلية فينشأ على عاتقهما التزاماً بالتفاوض بحسن النية، الذي من شأنه أن يفرض على الطرفين واجب مراعاة الامانة والنزاهة من جهة، وواجب التعاون من جهة أخرى، ومن شأنه أيضاً أن يعزز من فرص إبرام هذه العقود، ويشكل ضماناً هامة

¹ محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص: 132

للطرفين تقودهما الى التفاوض الايجابي، وهذا لا يظهر ضمن الاتفاقات المتضمنة التزاما بإبرام العقود التطبيقية.¹

ولا يعني أن اتفاقات الاطار المتضمنة التزاما بإبرام العقود التطبيقية، إنها تتنافى مع وجود التزام بالتفاوض، بل القاعدة أن الاطراف ببلوغهما الى تحديد التزام بإبرام العقود التطبيقية، يكونا قد قطعا مرحلة هامة تمكنهما من البدء في تفاصيل ابرام العقود التطبيقية ويصبح اللجوء الى التفاوض استثناء لا تظهر الحاجة اليه إلا في حالة رفض أحد الطرفين للشروط المطروحة فعندئذ ينبغي أن يتفاوض الطرفان بحسن نية بشأن هذه الشروط.

وتجدر الاشارة الى أن التطبيقات الاساسية للالتزام بالتفاوض في مجال اتفاق الاطار تبقى مطلوبة، في حالة عدم تضمين اتفاق الاطار التزاما بإبرام العقود التطبيقية، غير أن الالتزام بالتفاوض في حالة اتفاق الاطار يبقى متميزا من عدة نواحي عن الالتزام بالتفاوض في حالات أخرى خارج الاتفاق، قد تنشأ مع قيام معاملات تجارية دون أن يستند أطرفها الى اتفاق إطار معين.

فمن ناحية الاخلال بالالتزام بالتفاوض يؤدي الى إثارة المسؤولية عن الانتهاء التعسفي للمعاملات محل التفاوض، كما في حالة انتهاء التفاوض في وقت غير ملائم أو بعد إشاعة أمال كاذبة أثناء التفاوض تبعث الثقة الزائفة لدى الطرف الآخر في الاستمرار بالتفاوض.

لكن في حالة الالتزام بالتفاوض الناشئ عن اتفاق الاطار، فإن هذا الالتزام يشكل قيلاً على حرية الطرفين في ابرام أو عدم ابرام العقود التطبيقية، مما يفسر أن الحرية في اتفاق الاطار باعتباره عقداً، فهي تتعايش جنباً الى جنب مع القوة الملزمة لهذا الاتفاق في حالة عدم وجود الالتزام بإبرام العقود التطبيقية. لأن هذا الالتزام يفرض على الطرفين الابقاء على علاقتهما طيلة المدة المحددة في الاتفاق.

وبالتالي فإن الاخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن النية بمناسبة عقد تطبيقي لاتفاق التفاوض فهذا لا يؤدي الى الانهيار الكامل للاتفاق بل تقتصر آثاره على هذا العقد

¹¹ محمد حسين عبدالعال، مرجع سابق، ص:139

التطبيقي وحده وتظل الروابط العقدية بين الطرفين قائمة، بينما الاخلال بالتفاوض خارج اتفاق الاطار، يؤدي الى انها التعامل كليا بين الطرفين دون أن تبقى له إثر ذلك سوى تعويض الضرر للطرف الآخر على الانهاء التعسفي للتعامل¹.

ومن ناحية الالتزام بالنزاهة والأمانة في التفاوض فإن هذا الواجب يعتبر من مقتضيات حسن النية في تنفيذ اتفاق الاطار باعتباره عقدا ايضا، ويجري تقدير مراعاة هذا الواجب القانوني في تنفيذ الاتفاق بالنظر الى سلوك كل من الطرفين أثناء المفاوضات السابقة على ابرام كل تطبيقي على حده، فيلزم الطرفين عن اتيان أي عمل يتنافى مع حسن النية كقاعدة للسلوك اثناء التفاوض.

أما من ناحية الالتزام بالتعاون في تنفيذ اتفاق الاطار، فإن هذا الواجب يتطلب من الاطراف التحلي بالسلوك الايجابي والفعال بشأن التفاوض على ابرام العقود التطبيقية وذلك بتقديم مقترحات جادة وبناءة في الاستمرار في التفاوض، وعدم الركون الى المواقف السلبية أو إبداء عروض غير معقولة، تتنافى مع واجب التعاون، مما تشكل إخلالا بالالتزام التفاوض بحسن النية، فتولد معها المسؤولية العقدية عن قطع المفاوضات اتجاه الطرف المخل بواجب التعاون، باعتبار أن هذا الالتزام الأخير وليد اتفاق الاطار باعتباره عقدا بخلاف التفاوض الذي يتم خارج الاطار العقدي.

03- الالتزامات المتعلقة بالعقود التطبيقية:

الى جانب الالتزامات الفورية التي يرتبها اتفاق الاطار بين طرفيه، فإنه يرتب ايضا التزامات أخرى على علاقة مباشرة بالعقود التطبيقية من حيث ابرامها وتنفيذ ومن حيث مضمونها، والتي يمكن تصنيفها ضمن فئتين تبعا لما يرتضيه أطراف الاتفاق، فئة تضم الالتزامات الايجابية والفئة الاخرى تضم الالتزامات السلبية .

فالالتزامات الايجابية تمثل شروط في اتفاق الاطار وهي متعلقة بإبرام العقود التطبيقية ترتبط بطبيعة الاتفاق الاساسي أو الاصلي من جهة، ومن جهة أخرى ترتبط بوجهة نظر الطرفين الى العقود المستقبلية، بحيث تمثل بحسبهم انها عقود مؤكدة أو هي مجرد عقود احتمالية وعادة ما يبين اتفاق الاطار الاساليب التي يتم من خلالها إبرام العقود التطبيقية

¹ محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص:139

وبيين الآلية التي يتم من خلالها إبرام هذه العقود، كأن يشترط إرسال سند طلبه لشراء بضاعة، وتحديد المواعيد المقررة للشراء¹.

وهناك جانب من الالتزامات الايجابية متعلقة بتنفيذ العقود التطبيقية، يمكن لاتفاق الاطار تحديدها، كأن يحدد الوسائل التي تفيد في تعيين الثمن، وطريقة الوفاء ومكانه و ضمانات التسديد والمدة القصوى للوفاء، كما يحدد اتفاق الاطار البضاعة أو الخدمة المطلوبة وشروط التسليم البضاعة المباعة، كما قد يحدد ضمانات تسليمها.

وهناك جانب آخر من الالتزامات الايجابية لاتفاق الاطار، المتمثلة في الالتزامات متعلقة بمضمون العقود التطبيقية، وهي تنصب مباشرة على فحوى العقود التطبيقية أو على العناصر الموضوعية اللازمة لإبرام هذه العقود، ويتمتع الاطراف بالحرية الكاملة في ادراج أي شرط يتعلق بالعناصر الموضوعية اللازمة لانعقاد العقود التطبيقية، شريطة أن لا يتسع الامر لتناول جميع العناصر، وإلا فقد اتفاق الاطار الوصف القانوني ويظهر بمثابة عقد واحد يتم تنفيذه على مراحل.

أما الالتزامات السلبية المتعلقة بالعقود التطبيقية تتعلق بوجه خاص بطرق تنفيذ هذه العقود، وأهم الشروط تدخل ضمن هذه الفئة من الالتزامات تتمثل في شروط القصر والتي يكثر إدراجها ضمن عقود توزيع المنتجات، حيث يشترط اطرافها قصر الشراء من مناطق معينة أو الشراء من عند متعاملين معينين، كما قد يشترطان قصر البيع لعمال محددين أو البيع في مناطق معينة.

وأحيانا قد يفرض اتفاق الاطار تقديم معلومات مالية أو تجارية أو فنية محددة بغرض ابرام عقود تطبيقية في المستقبل، فينشأ عن ذلك التزام سلبي بالامتناع عن افشاء هذه المعلومات².

المطلب الثاني- الاتفاقات النهائية السابقة على التعاقد:

قد تستغرق المفاوضات العقدية الهامة فترة طويلة فيكتنفها العديد من الصعوبات تنعكس سلبا على أمنها ومسارها، مما يدفع الاطراف الى إقامة علاقات في مجالات معينة ومحدودة، وقد تكون هذه العلاقات مؤقتة في انتظار ابرام العقد النهائي¹.

¹ محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق ، ص:139

² محمد حسين عبدالعال، مرجع سابق، ص:148

وتتميز هذه المرحلة من الاتفاقات، بأنها تشكل وسيلة لتسهيل وتبسيط التعقيدات الفنية أو القانونية التي تواجه الاطراف المتفاوضة خلال المراحل النهائية من التفاوض ولا تعتبر هذه الاتفاقات مجرد وسيلة من شأنها بلوغ الاهداف التي تقف عندها اتفاقات المرحلة الابتدائية، بل هي وسيلة من شأنها بلوغ بعض الغايات التي يرسمها الطرفان لتحقيق العقد المزمع ابرامه.

وتشكل هذه الاتفاقات السابقة على التعاقد إجمالاً بما تشتمل عليه طائفتين من العقود الطائفة الأولى تحوي جانباً من العقد المزمع إبرامه في نطاقه الموضوعي أو الزماني ويعرف بالاتفاقات المرحلية، وتضم في نطاقها الاتفاقات الجزئية والاتفاقات المؤقتة، بينما الطائفة الثانية تهدف الى مجرد تأمين إبرام أو تنفيذ عقد مبرم أو عقد مزمع إبرامه بين أحد طرفي التفاوض مع شخص من الغير، ويعرف هذا النوع من الاتفاقات باتفاقات المساندة أو الدعم والتي تضم من بينها نوع من خطابات النوايا والتي تعرف بخطابات الثقة أو المساندة أو الدعم².

الفرع الاول-الاتفاقات المرحلية:

يقصد بالاتفاقات المرحلية تلك الاتفاقات التي يبرمها الطرفان في إحدى مراحل التفاوض ويحددان فيه بعض شروط العقد النهائي المتفق عليها في تلك المرحلة فالاتفاق المرحلي يجسد مرحلة من مراحل التفاوض من جهة، ومن جهة أخرى فهو يبلور المحاور والشروط التي تم الاتفاق عليها في هذه المرحلة، والتي ينوى الطرفان عدم الرجوع الى مناقشتها في المراحل القادمة، فضلاً عن أن هذه الخطوة تمثل خطوة في تجسيد العقد النهائي، لكونه يتضمن جزءاً من شروطه³.

لذلك فإن هذه الاتفاقات المرحلية، تبقى هي مجرد اتفاقات تمهد لإبرام العقد النهائي لكنها تبقى متميزة عن باقي العقود الأخرى، السابقة على التعاقد، فهي تنصب على جزء من الغاية التي يبتغيها الطرفان، في اتفاقهما النهائي، كما هو عليه الحال في الاتفاقات

¹ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:547
² مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، 313
³ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص:507

الجزئية (أولا) ،وقد يتم تحقيق هذه الغاية بصورة مؤقتة.¹ في حالة الاتفاقات المؤقتة(ثانيا).

أولا- الاتفاقات الجزئية:

عرف البعض الاتفاق الجزئي² بأنه عقد يتم إبرامه في المراحل النهائية من التفاوض، فيحدد أطراف التفاوض المسائل التي تمت مناقشتها وتم الاتفاق بشأنها، أو هو ذلك العقد الذي توصل إليه الطرفان في إثناء التفاوض، ويكون بموجبه حسم المسائل المتفق عليها أولا بأول³.

وعرفه البعض الآخر بأنه"اتفاق يبرم أثناء المفاوضات، ويتفق بمقتضاه الأطراف على بعض عناصر العقد موضوع المفاوضة.⁴

لذلك يتضح من التعريفين السابقين أن العقد الجزئي يجسد مرحلة من مراحل التفاوض على العقد النهائي، فيتم من خلاله الاتفاق على بعض الشروط التي ينوي الطرفان عدم الرجوع والعودة لمناقشتها مجددا، غير أن هذه الشروط تعتبر مجرد شروط جزئية تمهيدا للعقد المرتقب إبرامه، فهي بذلك تعتبر خطوة الى الامام باتجاه العقد النهائي.

فالالاتفاق الجزئي له خصائص تميزه عن غيره من الاتفاقات التمهيديّة الاخرى، مثل الاتفاق المبدئي أو الوعد بالترفضيل، فهذه الاتفاقات لا تتضمن أي شرط من شروط العقد النهائي المراد إبرامه، في حين نجد أن العقد الجزئي يتضمن بالضرورة بعض الشروط والعناصر المتعلقة بالعقد النهائي.

كما يتميز الاتفاق الجزئي عن الوعد بالتعاقد، في أن هذا الاخير يتضمن حتما جميع الشروط الجوهرية للعقد النهائي المزمع إبرامه، في حين ان الاتفاق الجزئي يتضمن بعض الشروط فقط.⁵ سواء كانت هذه الشروط جوهرية أو ثانوية، كما أن الوعد يتضمن بداهة

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، 314

² ويسميه البعض العقد الجزئي أو المرطي.

³ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:551

⁴ بلحاج العربي أحمد، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، المرجع السابق، ص: 114.

⁵ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:552

رضا أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام العقد النهائي إذا ما أعلن الطرف الآخر رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها أما الاتفاق الجزئي فيقتضى رضا الطرفان معا¹.

01- صور الاتفاق الجزئي:

تتنوع صور الاتفاق الجزئي حسب المجال التعاقدى الذي ينتمي اليه، فقد يتم إبرام العقد الجزئي ما بين الطرفين في إطار مرحلة تفاوضية، تمهد وتحضر لقيام اتفاق على عناصر وشروط عقد واحد من العقود البسيطة، التي تتسم بطبيعة قانونية واحدة، و يكون الاتفاق الجزئي في هذه الحالة جزءا من عقد واحد، كما قد يكون الإبرام في إطار مرحلة تفاوضية تمهد و تحضر لقيام مجموعة أو عدة كيانات عقدية، ذات طبيعة قانونية واحدة أو مختلفة، يربط بينها هدف اقتصادي واحد، فيكون الاتفاق الجزئي في هذه الحالة يرد على مجموعة عقود².

أ- الاتفاق الجزئي جزء من عقد واحد:

يقصد بالاتفاق الجزئي الواحد ذلك العقد الذي ينفرد بتحقيق عملية قانونية كاملة دون حاجة الى مساعدة من عقود أخرى، ويظهر ذلك بصورة جلية في العقود التقليدية البسيطة حيث ينصب العقد الجزئي على بعض عناصر العقد النهائي³ مثل عقد البيع أو الإيجار وغيرها والتي يتطلب إنجازها بواسطة عقد واحد، فإذا تم التفاوض على هذا العقد وتوصل الطرفان من خلاله الى الاتفاق على بعض الشروط دون البعض الآخر، فإن هذا الاتفاق يعد بمثابة عقد جزئي وقد يتحقق هذا الاتفاق بعدة طرق مختلفة كأن يتم القبول الجزئي لإيجاب نهائي أو القبول الكامل لعرض جزئي⁴.

¹ رجب كريم عبدالله ، المرجع السابق، ص:509

² انظر رجب كريم عبدالله ، المرجع السابق، ص:510 وما بعدها.

وانظر ايضا: بلحاج العربي أحمد، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، المرجع السابق، ص: 114.

و انظر كذلك أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص:353 وما بعدها.

³ بلحاج العربي أحمد، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، نفس المرجع، ص: 114.

⁴ رجب كريم عبدالله ، نفس المرجع، ص:510

ت- الاتفاق الجزئي جزء من مجموع عقدي:

يشمل المجموع العقدي عدة عقود قد تكون من طبيعة قانونية واحدة أو تكون من طبيعة مختلفة، تترايط فيما بينها وتتكامل لتحقيق هدف اقتصادي واحد، فيكون العقد الجزئي ناتج عن الابرام النهائي لأحد العقود التي تتضمنها المجموعة،¹ وحينئذ يكون من الصعب و غير مقبول مواجهة كل عقد على حدى، مستقلا عن باقي عقود المجموعة.² وصور الترابط بين عقود المجموع العقدي قد تكون متتابعة، بحيث يتبع العقد الرئيسي عقداً أو مجموعة عقود ثانوية مكملة له، كأن يكون العقد الرئيسي عقد قرض أو عقد إيجار في عملية التأجير التمويلي «Crédit-bail, Leasing»، وتكون عقود الضمان كالرهن والكفالة الشخصية والكفالة العينية بمثابة عقود ثانوية مكملة له . وقد يكون الترابط بين عدد من العقود متكاملة فيما بينها، بحيث يكون كل عقد في المجموعة غير كاف بمفرده لتحقيق الهدف الاقتصادي المطلوب على نحو الترابط القائم بين العقود في العقد المركب.³

فعلى سبيل المثال في عقد تسليم مفتاح⁴ الذي يتطلب عدة عمليات وعقود، منها عملية إقامة البناءات عن طريق عقد مقاوله، وعمليات نقل التكنولوجيا وتوريد الآلات

¹ بلحاج العربي أحمد، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد فى ضوء القانون المدنى المقارن، مرجع سابق، ص: 114

² رجب كريم عبداللاه ، مرجع سابق، ص: 510

³ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 355

⁴ يعرف عقد تسليم مفتاح بأنه "عقد موضوعه الاساسي الاستثمار التكنولوجي، يبرم بين طرفين (طالب الاستثمار والمستثمر)، بحيث ينوي القيام بمشروع معين، ويكلف المستثمر، لقاء بدل معين القيام بجميع الاعمال التي تؤدي الى إنجاز المشروع بصورة كاملة وجاهزة للعمل حالا، وذلك عن طريق تسليم صاحب الاستثمار، مفتاح المشروع. وتسليم المفتاح يعني أن جميع المتطلبات اللازمة لإتمام المشروع قد تمت فعلا، وأنه بإمكان طالب الاستثمار أن يبدأ استعماله في الغاية التي وجد من أجلها. وعموما فإن الهدف من ابرام عقد تسليم المفتاح هو تجهيز وحدة صناعية (مجمع صناعي) وتسليمه جهازا للتشغيل من المستثمر الى طالب الاستثمار.

جاء في التقرير اللجنة الاقتصادية الاوروبية حول تعريفها الوصفي لعقد تسليم المفتاح بأن "عقد المعرفة الفنية منفردا أو مرتبطا بعقود تنازل عن براءات الاختراع أو عقود ترخيص وعقد الاعمال الهندسة وعقد الاشغال العامة المعتمدة في عقود نقل الصناعة الميكانيكية تشكل جميعها عناصر في كل واحد أو مركب واحد يشار اليه عادة باصطلاح مفتاح باليد.

انظر مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، لبنان، 2010 ص: 52

والأجهزة عن طريق عقود البيع، وعمليات تركيب الآلات عن طريق عقد الإستصناع، وعمليات تدريب العاملين عن طريق عقد من نوع خاص.¹

وقد يكون الترابط بين المجموع العقدي عن طريق سلسلة من العقود ترد على ذات الشيء، حيث تكون العقود مستقلة في وجودها عن بعضها البعض، كأن يتم نقل بضاعة معينة عن طريق عقود النقل المتتالي، فنتطلب عملية نقل هذه البضاعة عن طريق وسائل النقل المختلفة، وقد يستدعي ذلك إبرام عقد نقل بري وعقد نقل بحري وعقد نقل جوي².

02- القيمة القانونية للاتفاقات الجزئية:

الأصل في الآثار القانونية المترتبة على العقد الجزئي، أنها تتوقف على إرادة الطرفين المتفاوضين اللذان قد يعلقا إنعقاد العقد النهائي على التوصل إلى اتفاق بخصوص المسائل المؤجلة أو يعتبرا أن العقد الجزئي كافياً بذاته لإنعقاد العقد النهائي، شريطة أن يتضمن العقد الجزئي جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي. كما تتوقف هذه الآثار على نوع العقد ومجال ارتباطه، باعتبار أن الاتفاق الجزئي هو جزء من عقد واحد أو جزء من مجموع عقدي³.

وطالما أن إرادة الاطراف هي الحاكمة في تحديد مضمون الاتفاق الجزئي، فإن هذا المضمون يبدو جليا أنه يختلف من عقد الى آخر، فقد يتم الاتفاق بين الطرفين المتفاوضين على مجرد مسائل ثانوية أو على بعض المسائل الجوهرية أو كلها، دون أن يتم الاتفاق على المسائل الثانوية، وقد يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والثانوية لاتفاق جزئي في إطار المجموعة العقدية.

ويثور التساؤل حول القيمة القانونية لهذه الاتفاقات الجزئية، ومدى كفاية هذه الاخيرة في إبرام العقد النهائي المزمع إبرامه؟

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:512

² أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص:355 و ايضا رجب كريم عبداللاه ، مرجع سابق، ص:512

³ يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:216

الواقع أن القيمة القانونية للاتفاق الجزئي تنصب على إرادة الطرفين المتطابقة وتوافق الارادتين في هذا الاتفاق ترد على العناصر الجوهرية دون الامور الثانوية لأن عدم وقوع الاتفاق على العناصر الأساسية أو الجوهرية للعقد واقتصاره على بعض المسائل التفصيلية ففي هذه الحالة لا يتم العقد بطبيعة الامر، إلا إذا تبين من نية الطرفين تمسكهما بالاتفاق على المسائل التفصيلية التي وقع عليها القبول، فإنهما يتقيدان بما تم الاتفاق عليه، برغم من عدم تمام العقد الاصيلي¹.

أما إذا لم يتضح ذلك من نية المتعاقدين وظهر أنهما لا يريدان التقيد بما تم الاتفاق عليه إلا بعد أن يتم العقد الاصيلي، فمثل هذا القبول التمهيدي لا يلزم المتعاقدين، حتى يتم الاتفاق على المسائل الثانوية².

وبالتالي فإذا كان اتفاق الطرفين ينصب على مجرد الشروط والعناصر الثانوية دون الشروط الجوهرية³، فهذا لا يشكل في حد ذاته كياناً عقدياً، ليس للاتفاق فحسب، بل لانعقاد العقد النهائي⁴.

أما إذا كانت إرادة الطرفين في الاتفاق تنصب على الشروط والعناصر الجوهرية للعقد فيقتضي لتحديد القيمة القانونية لهذا الاتفاق التفرقة بين ثلاث حالات:

أ- قد يعلق الطرفان انعقاد العقد النهائي على التوصل الى اتفاق بشأن المسائل المؤجلة وبالتالي يكون الاتفاق الجزئي الذي توصلوا اليه أثناء التفاوض لا يكفي بذاته لانعقاد العقد النهائي، غير أنه يجب أن نميز بين أمرين باعتبار أن الاتفاق الجزئي هو جزء من عقد واحد، أو هو جزء من مجموع عقدي.

فإذا كان الاتفاق الجزئي هو جزء من عقد واحد مثل عقد بيع أو عقد ايجار، فاتفاق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية اللازمة لإبرام العقد النهائي، ولا يبقى سوى

¹ انظر: علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 129

² عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 278

³ تدق التفرقة أحياناً بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية، وليس هناك معياراً قانونياً للفصل بينهما، ويبقى القاضي هو الذي يفصل في أمر التفرقة في حالة النزاع، ويضع الفقه معيارين للتفرقة، أولهما، معيار موضوعي يعتبر فيه كل المسائل المتعلقة بالشروط والأركان هي مسائل جوهرية والمسائل الأخرى تعتبر ثانوية، وثانيهما معيار شخصي: يسند للإرادة تحديد المسائل الجوهرية عن المسائل الأخرى، وفي حالة النزاع من يتمسك بالصفة الجوهرية عليه إثبات بأنه ما كان ليبرم العقد لولا هذه المسألة، وان الطرف الآخر على علم بذلك قبل صدور القبول منه.

⁴ انظر: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 315

اتفاقهما على بعض المسائل الثانوية ومع ذلك يعلقا ابرام هذا العقد على التوصل الى اتفاق بشأن هذه المسائل الثانوية، بحيث لا يتم العقد النهائي عند عدم الاتفاق عليها ويكون مع ذلك عدم نفاذ الاتفاق الجزئي في حق الطرفين، ويبقى نفاذه معلقا على شرط واقف مضمونه التوصل الى الاتفاق على المسائل الثانوية¹.

لذلك فإن الاتفاق الجزئي يعتبر جزء لا يتجزأ عن العقد النهائي، فلو أن الاتفاق الجزئي على سبيل المثال كان يتمحور حول عقد بيع شيء ثمين، وتم الاتفاق على المبيع والتمن وأعتبر الطرفان أنه لا يتم العقد إلا بعد أن يحين موعد التسليم الذي اتفقا على تأجيل تحديد مواعده ومكانه الى وقت لاحق، فلا يكون للبائع حينئذ تحمله بالتزام تسليم المبيع في الحال، كما لا يكون للمشتري تحمله دفع الثمن، باعتبار أن العقد لم يتم بعد، واتفق الطرفان على وقف انعقاده على شرط تحديد ميعاد التسليم ومكانه.

وبالتالي يبقى الاتفاق الجزئي جزء من عقد البيع مكتمل وغير نافذ ويبقى عقد البيع غير تام، ولا يسع أي طرف التمسك باتفاقه على المسائل الجوهرية، فيعتبر أن عقد البيع قد تم ابرامه .

وتجدر الاشارة أن المشرع الجزائري لم يتناول الاتفاق الجزئي ضمن قواعد تفصيلية وإنما تناول قاعدة عامة بموجب المادة 65 من القانون المدني² والتي تنص على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفاظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد منبرما³ وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة"⁴.

¹ رجب كريم عبدالله ، المرجع السابق، ص:512

² ويقابلها المادة 95 من القانون المدني المصري بنفس الصياغة التي وردت في المادة 65 مدني جزائري

³ كلمة "منبرما" واردة في نص اصلي غير مترجم، تميل الى اللغة العامية، وكان من الاجدر أن يقول " العقد منبرماً" اي اسم مفعول لفعل "ابرم" وليس مصدر لفعل "انبرم"

⁴ يقصد بالتكميل هو استكمال ما لم يصرح به في العقد، لتنظيمه وتحديد مضمونه، ولسد النقص والفجوات والغموض، باعتبار أن العقد قد تم وليس المقصود زيادة الالتزامات، مما يتعرض مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين . انظر بلحاج العربي أحمد، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، المرجع السابق، ص: 263.

إذ يستفاد من هذا النص - بمفهوم المخالفة- أنه يمكن للطرفين طبقاً لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، أن يشترطاً في اتفاقهما الجزئي على تأجيل المسائل التفصيلية، برغم من اتفاقهما على المسائل الجوهرية في العقد، بل ويشترطاً أيضاً عدم قيام العقد إلا بالاتفاق على المسائل التفصيلية، وليس للقاضي حينئذ أن يتجاهل هذا الشرط ويعتبر أن العقد قد تم بمجر الاتفاق على المسائل الجوهرية، باعتبار أن المادة 65 مدني تنص صراحة على أنه يكون العقد مبرماً إذا لم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية.

ويجب الإشارة إلى أن الاتفاق الجزئي إذا لم يكن كافياً لانعقاد العقد النهائي ولم يكن نافذاً في حق الطرفين، إلا أنه يظل عقداً تمهيدياً يبلور المسائل التي تم الاتفاق عليها أثناء التفاوض، ومن ثم يمكن القول بأنها هذا الاتفاق لا يتجرد من كل قيمة قانونية بل يرتب بعض الآثار القانونية التي تختلف عن تلك التي يخلفها العقد النهائي، وتتمثل هذه الآثار في التزامين هما:

أولهما هو الالتزام بعدم المنازعة حول المسائل المتفق عليها الذي يمثل وجه من وجوه الالتزام بالتعاون من أجل إبعاد جميع العراقيل التي تعيق مسار التفاوض، أما الالتزام الثاني يتمثل في ضرورة مواصلة التفاوض على المسائل الثانوية المؤجلة¹ وهو التزام ببذل عناية يلزم الطرفين ببذل ما في وسعهما من جهد للتوصل إلى الاتفاق حول المسائل المؤجلة.

أما إذا كان الاتفاق الجزئي جزءاً من مجموع عقدي وانفق الطرفان من خلال إبرام أحد العقود على أن يعلقا نفاذ هذا العقد على إبرام جميع العقود الأخرى في المجموعة، بحيث لا يتم التوصل إلى الاتفاق على جميع المسائل المؤجلة إلا بإبرام جميع عقود المجموعة العقدي كأن يكون التفاوض على عقد قرض مصحوب برهن حيازي أو كفالة شخصية أو عينية للقرض التمويلي المسدد من طرف البنك المقرض، فإذا تمكن الطرفان من إبرام عقد القرض باعتباره العقد الرئيسي في المجموعة، فيمكن لهما تعليق نفاذ القرض على

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص: 519

ابرام عقد الرهن الحيازي أو الكفالة لضمان تسديد القرض، وباعتبار أن محور التفاوض يدو حول المسائل الثانوية في كل عقد من المجموع العقدي.

ب- وقد يعتبر الطرفان أن الاتفاق الجزئي كافيا بذاته لانعقاد العقد النهائي، بصرف النظر على بقاء بعض المسائل التفصيلية أو الثانوية محل خلاف، شريطة أن يكون هذا الاتفاق شاملا لجميع الشروط والعناصر الجوهرية لإبرام العقد النهائي، فهذا الحل يعتبر في حد ذاته تكريسا لإرادة الطرفين في التعاقد من جهة، ومن جهة أخرى فان هذا الحل يستجيب لشروط ومقتضيات المادة 65 من القانون المدني الجزائري التي تعتبر أن العقد مبرما بمجرد اتفاق الطرفان على المسائل الجوهرية و لم يشترطا أن لا أثر للاتفاق في حالة عدم اتفاقهما على المسائل التفصيلية المؤجلة.

فإذا كان الاتفاق الجزئي ينصب حول مجموع عقدي، وتوصل الطرفان من خلال ابرام أحد عقود المجموع العقدي، فهل يكون بإبرام هذا الاتفاق يكون نافذا في الحال أم يعلق نفاذه على شرط ابرام باقي العقود المنتمية للمجموع العقدي؟ ففي الاصل أن ابرام عقدا من المجموع العقدي لا يعتبر ابراما لباقي العقود باعتبار أن لكل عقد ذاتيته الخاصة¹ حتى وإن كان يجمعهم هدفا اقتصاديا واحدا.

أما إذا كان الاتفاق لا يتضمن سوى المسائل الثانوية أو بعض المسائل الجوهرية في العقد، فان العقد النهائي لا يتم حتى ولو قرر الطرفان أنه تم،² وقد يلزمان السكوت بشأن هذه المسألة، فيكون الحكم لنص القانون إن وجد، وإلا كان الفصل في ذلك للقاضي مراعيًا طبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

ثانيا-الاتفاقات المؤقتة:

يمثل الاتفاق المؤقت إحدى الاتفاقات الممهدة للتعاقد ضمن مرحلة التفاوض العقدية ويتعلق الامر بالاتفاقات المبرمة اثناء المفاوضات الطويلة الامد، والتي قد يتعدى مداها السنة أو السنتين للوصول الى العقد النهائي المزمع ابرامه، الامر الذي من شأنه أن يهدد أمن المفاوضات وعرقلة سيرها،³ فيحتاج الطرفان الى لم شمل المسائل المتفق عليها ولو

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:541

² رجب كريم عبداللاه ، مرجع سابق، ص:521

³ رجب كريم عبداللاه ، نفس المرجع، ص:495

لفترة وجيزة لا تتعدى مدة التفاوض، فيلجأ إلى إبرام اتفاقات مؤقتة من شأنها أن تحقق الأهداف المشتركة للطرفين ولو لمدة محدودة، قد تقف آثارها عند مدة يحددها الطرفان وقد تتعدى آثارها مرحلة التفاوض في حالة إخفاق الاتفاق في الوصول إلى العقد المنشود¹.

لكن هذه الاتفاقات رغم محدودية مدتها، فهي تختلف من حيث طبيعتها ومن حيث مجالاتها ومدى فعاليتها بالنسبة للعقد المنشود، فضلا على كونها تثقل طرفيها أو أحدهما بالتزامات متعددة وأعباء متنوعة خلال مرحلة التفاوض، كما أن مصير هذه الاتفاقات مرتبط بنتائج المفاوضات التي أسفرت عنها. لذلك يقتضي تحديد مفهومها وتحديد القيمة القانونية لهذه الاتفاقات.

01- مفهوم الاتفاقات المؤقتة :

لتحديد مفهوم الاتفاقات المؤقتة يقتضي تناول تعريفها وتحديد مجالاتها وتمييزها عن بعض الاتفاقات المشابهة لها.

أ: التعريف بالاتفاقات المؤقتة:

الاتفاق المؤقت هو الاتفاق الذي ينشئ على عاتق أحد الطرفين أو كلا منهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء التفاوض على العقد أو عند فشله² وهو الاتفاق الذي ينظم العلاقة بين طرفين متفاوضين خلال مدة معينة، ويلزم الطرفين أو أحدهما بالتزامات محددة ذات صفة وقتية تنقضي بانقضاء مدة السير في إجراءات التفاوض، سواء حققت هذه المفاوضات أهدافها بإبرام العقد المنشود أو فشلت في تحقيق ذلك³.

فالالاتفاق المؤقت هو مجرد اتفاق تمهيدي يسبق التعاقد، يهدف إلى تنظيم جانب من جوانب المفاوضات سواء تعلق الأمر بإجراءات معينة أو بمسائل مؤقتة تتعلق بموضوع التفاوض، تضع شروط والتزامات تلزم الطرفين أو أحدهما بالتزامات مؤقتة ومميزة تميزها عن غيرها الاتفاقات الأخرى السابقة على التعاقد.

أ- تمييز الاتفاقات المؤقتة عن ما يشابهها من الاتفاقات السابقة على التعاقد:

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 329

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 492

³ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 380

الاتفاق المؤقت كما سبقت الإشارة إليه هو مجرد اتفاق تمهيدي له خصائص ومميزات تميزه عن الاتفاقات الأخرى الممهدة للتعاقد.

فهو يتميز عن الوعد بالتعاقد الذي يعد فيه أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد نهائي إذا ما أبدى رغبته في التعاقد خلال مدة معينة، أما الاتفاق المؤقت فلا يتضمن شيئاً من هذا كون التراضي على العقد النهائي لم يتحقق بعد ولم يتضمن رضا الطرفين بل أن التراضي مازال غير حاسم وغير بات.

يتميز عن اتفاق التفاوض الذي يرتب على طرفيه التزام ببدء التفاوض، و مواصلة التفاوض بحسن نية في حين أن الاتفاق المؤقت لا يلزم الطرفان بالتفاوض على العقد وإنما ينظم هذا التفاوض فحسب¹.

ويتميز الاتفاق عن الوعد بالتفضيل الذي يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين بأن يعطي الأفضلية للموعود له في حالة قرار الواعد بالتفضيل التعاقد على الشيء الموعود به، أما الاتفاق المؤقت لا يكون موضوعه الوعد بالتعاقد أو بالتفضيل وهي أمور خارجة عن ذاتية العقد النهائي بل أن الاتفاق المؤقت يتعلق بموضوعه بالتفاوض وتنظيم علاقة الأطراف بعضها ببعض اثناء مرحلة التفاوض.

كما يتميز الاتفاق المؤقت عن اتفاق الاطار في أن هذا الأخير ينطوي على تحديد المسائل المرتبطة بالعقد النهائي، والتي بمقتضاها يتفق الطرفان على مضمون العقد المستقبلي بينما الاتفاق المؤقت ينطوي على تحديد العلاقة المؤقتة خلال فترة محددة أو خلال مدة التفاوض.

ب- مجال الاتفاق المؤقت:

تتنوع مجالات الاتفاقات المؤقت بتنوع الالتزامات المترتبة عنها وحسب موضوع الاتفاق والغاية المقصودة منه، فقد يكون محل الاتفاق هو نفسه الموضوع الذي يتناوله العقد النهائي ولعل المثال التقليدي الذي الفقه لهذه الحالة يتمثل في عقد التجربة الذي يسمح

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:496

للطرفين باختبار محل العقد النهائي قبل إبرامه، والتحقق من مدى تلبية الحاجة التي يتوخاها كل طرف في حالة التوصل الى إبرام العقد المنشود¹.

فيتضح من هذه الحالة أن مضمون الاتفاق المؤقت هو نفسه المحل الذي سوف يبني عليه العقد النهائي في حالة نجاح التفاوض، ومن شأن هذا الاتفاق أن يمكن الطرفين من تقدير مزايا وعيوب العقد المزمع إبرامه والتأكد من قدرة أحد أطراف التفاوض من تنفيذ الالتزامات الى سوف تنجر عن العقد النهائي².

ويدخل ضمن العقد تحت التجربة الذي يطابق موضوعه موضوع العقد النهائي، عقد العمل الذي يمثل أهم العقود المؤقتة التي يكثر إبرامها تحت التجربة بهدف تمكين رب العمل من الوقوف على مدى صلاحية العامل وكفاءته من جهة ومن جهة أخرى تمكين العامل من التحقق من ظروف العمل ومزاياه، ومدى ملاءمته له³، تمهيدا لتثبيت العامل وإخضاعه لعقد عمل غير محدد المدة، الذي يرتب اثاره ابتداء من تاريخ عقد العمل المحدد المدة لا من تاريخ انتهاء التجربة⁴.

وبالتالي فإن عقد التجربة للعمل لا يثير أي إشكال حول طبيعته العقدية المؤقتة لاسيما أن التشريعات المقارنة والفقهاء استقروا على معالجة عقد العمل تحت التجربة مستقلا عن العقد النهائي بعد التجربة باعتباره ممهدا لهذا العقد الاخير.

¹ انظر على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:558 وانظر ايضا رجب كريم عبدالله، المرجع السابق، ص:496
² يجب أن ننبه أن عقد التجربة بصفته عقد مؤقت لا يمكن تصوره إلا في حالة العقود النهائية ذات التنفيذ المستمر ما بخصوص العقود ذات التنفيذ الفوري التي تبرم بشرط التجربة فإنها لا تعتبر عقودا مؤقتة، وإنما هي عقود معلقة على شرط واقف مثل عقد البيع بشرط التجربة المنصوص عليه بالمادة 355 مدني الجزائري والتي تنص على أنه "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع أعتبر سكوتة قبولا. ويعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقفا على شرط القبول، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ"

³ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:559

⁴ يرى البعض إنكار صفة الاتفاق المؤقت على عقد العمل تحت الاختبار، باعتبار أن الطرفين (العامل ورب العمل) لا يقصدان ابتداء إبرام عقدين متتالين، أو حتى إبرام عقد عمل جديد إذا ما أسفر الاختبار على نتيجة إيجابية، وإنما يقصدان إبرام عقد واحد منذ إبرام عقد العمل تحت الاختبار، مع إمكانية فسخه بإرادة منفردة، لكن البعض الآخر من الفقهاء وجد في اتفاق العمل تحت الاختبار تطبيقا تشريعا يدخل في زمرة الاتفاقات المؤقتة السابقة على إبرام العقد النهائي، إلا أنه يمكن القول أن عقد العمل له طابع تنظيمي خاص به، يقتضي تنفيذه مرور العامل بفترة تجربة، وهي فترة تنظيمية، ولا دخل لإرادة الطرفين فيها، غير أن هذا لا ينفي على عقد العمل باعتباره عقدا خضوعه للقواعد العامة، التي تسمح للطرفين الاتفاق ضمن اتفاقات مؤقتة مستقلة، ممهدة للتعاقد على بعض المسائل قبل نفاذ العقد النهائي.

ويجب أن نشير في هذا المجال أنه إذا ما فشل التفاوض على العقد النهائي فإن الالتزامات الناشئة عن عقد التجربة تنقضي، وعلى العكس من ذلك إذا نجحت فإن العقد النهائي يحل محل العقد المؤقت بأثر رجعي¹.

أما الاتفاق المؤقت الذي يختلف موضوعه عن موضوع العقد النهائي ويتضح مثل هذه الحالة في عقود نقل التكنولوجيا غير المحمية بالأحكام المنظمة لبراءة الاختراع، فنظرا لأهميتها الاقتصادية يسعى الاطراف للحيلولة دون وقوع المعلومات السرية ذات الطابع التقني المتعلقة بها، في أيادي غير شريفة تكشف عن تفاصيلها السرية فيبرمان اتفاقات مؤقتة تنظم السلوك الواجب مراعاته اتجاه هذه المعلومات، والذي مفاده الامتناع عن إفشاء الاسرار الصناعية أو التقنية التي قد يطلع عليها أحد الطرفين اثناء التفاوض والتزامه بعدم استغلالها خارج اتفاقات التفاوض دون حصول الاذن المسبق، لذلك يحدد الاتفاق نوع وطبيعة المعلومات الواجبة الحماية الخاصة، والتي تقتضي من المتفاوضين المحافظة على سريتها وعدم استغلالها بأساليب غير مشروعة².

02- القيمة القانونية للاتفاقات المؤقتة:

يمكن للاتفاق المؤقت أن يكون على شكل شرط في اتفاق التفاوض، لاسيما إذا كان التفاوض يتم بناء على عقد تفاوض مكتوب، كما يمكن أن يكون الاتفاق المؤقت في شكل عقد مستقل له قيمة قانونية تتحقق بمراعاة أمرين في تكوينه، أولهما مراعاة شروط انعقاده وصحته وثانيهما مراعاة مضمون ومدة الاتفاق.

أ- مراعاة شروط وصحة إبرام الاتفاق المؤقت:

يستوجب لوجود الاتفاق المؤقت باعتباره عقدا توافر الاركان والشروط العامة لانعقاد والصحة، المتمثلة في الرضاء والمحل والسبب وأن يتمتع طرفي التفاوض بالأهلية القانونية اللازمة، وأن تكون لهما إرادة خالية من العيوب³.

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:497

² على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:560

³ ينص المشرع الفرنسي على ركن واحد لانعقاد العقد المتمثل في الرضاء طبقا للمادة 1109 من قانون العقود الفرنسي والتي نصها كالتالي " يتكون العقد رضائيا بمجرد تبادل الرضاء بين أطرافه بأي طريقة كانت" وطبقا للمادة 1128 اشترط لصحة العقد أن يكون بالضرورة : رضاء الاطراف المتعاقدين- أهليتهم للتعاقد- مضمون مشروع ومؤكد" ونلاحظ من خلال هذين النصين أن المشرع الفرنسي قد تخلى عن ركني العقد المحل والسبب واكتفى بركن الرضاء واتي بمفهوم جديد في شروط صحة العقد بدلا عنهما يتمثل في "مضمون العقد"

ب-مراعاة مضمون ومدة الاتفاق المؤقت:

يتنوع مضمون الاتفاقات المؤقتة من اتفاق الى آخر بحسب الهدف والغاية التي يتوخاها الطرفان من خلال الالتزامات التي يحددها الطرفان، وتتعلق هذه الالتزامات في عمومها إما بمراعاة الامانة في التفاوض، وإما بتسوية الخلافات أو المشكلات التي قد تبرز أثناء عملية التفاوض.¹

ومن بين الاتفاقات المؤقتة التي تتضمن التزامات تستوجب مراعاة الامانة في التفاوض تتمثل في اتفاق قصر التفاوض والاتفاق على السرية، وأما الاتفاقات التي تتضمن حلولاً لمشكلات قد تبرز أثناء التفاوض فتتمثل في الاتفاق على مدة التفاوض والاتفاق على تسوية نفقات التفاوض واتفاقات الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية.²

• الاتفاق على قصر التفاوض مضمونه أن يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات متوازية مع الغير لمدة معينة، أما الاتفاق على السرية مضمونه أن يلتزم أحد الطرفين أو كلاهما عن عدم إفشاء أو استغلال الاسرار التي يطلع عليها أثناء التفاوض دون اي إذن أو ترخيص مسبق.

• أما مضمون الاتفاق على المدة فإن الطرفين يلتزمان على مدة معينة للتفاوض بحيث يمتنع كلا منهما تجاوز المدة المحددة، وعادة يتم ذلك بخصوص الصفقات العاجلة أما اتفاق تسوية نفقات التفاوض فمضمونه تقاسم الاعباء والنفقات الناجمة عن عملية التفاوض في حالة فشل هذا الاخير، وذلك للحيلولة دون نشوء اي نزاع بشأن مستقبلي فيما يخص تكبد نفقات وأعباء التفاوض.

ج-مراعاة مدة الاتفاق المؤقت:

المدة في الاتفاقات المؤقتة بصفة عامة، تختلف من اتفاق الى آخر حسب الهدف والغاية التي يتوخاها الطرفان، فقد تقل أو تقصر أو تساوي مدة التفاوض، فقد يحدد الطرفان أجل قصير للاتفاق على بعض الالتزامات مثل الاتفاق على عدم الدخول في مفاوضات متوازية لمدة معينة، فيقتضي التقيد بالمنع خلال المدة المحددة في الاتفاق وفي

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:498

² رجب كريم عبداللاه ، نفس المرجع، ص:502

حالة انتهاء المدة يرفع الحضر، ويمكن لأي طرف الرجوع إلى الاصل ممارسة حقه في التفاوض أو العدول عن التفاوض مع أي جهة أخرى، وقد تكون مدة الحظر مساوية للمدة المحددة للتفاوض كما هو عليه الحال بالنسبة للاتفاق المؤقت بقصر التفاوض وعندئذ يكون مصير الاتفاق مرتبط بمصير التفاوض نفسه، وقد تفوق مدة الاتفاق المؤقت مدة التفاوض كما في حالة الاتفاق على السرية في مجال نقل التكنولوجيا، فهذا الاتفاق يلزم المتفاوض عادة بعدم افشاء الاسرار التكنولوجية حتى في حالة فشل المفاوضات، إلا أن هذه المدة وان طالت فلا يعني ذلك أن الالتزام بعدم كشف الاسرار يبقى دائماً، بل يجب أن يكون هذا الالتزام لمدة محددة وليس للأبد¹.

ثالثاً- مستندات ووثائق المرحلة السابقة على التعاقد:

بعد تعرضنا للاتفاقات الاولية والاتفاقات النهائية من خلال هذا الفصل، يقتضي ان نتناول كذلك مجموعة من المستندات والوثائق التي يتم افرغ هذه الاتفاقات ضمنها خلال المرحلة السابقة على التعاقد، لنكتشف في الاخير، ان هذه الوثائق والمستندات تعبر عن مجرد مجموعة من القوالب تودع ضمنها الاتفاقات السابقة على التعاقد²، وأن كل واحد من هذه القوالب يمكن أن يحتوي على طائفة من الاتفاقات بما في ذلك الاتفاق على العقد النهائي ذاته، ومن بين القوالب أو المستندات أو الوثائق المتعارف عليها، لاسيما في مجال المعاملات الدولية هي: الاتفاقات الادبية- خطابات النوايا - البروتوكولات الاتفاقية وللتعرف على هذه المستندات سنتناول كلا منها بشيء من التفصيل.

01- الاتفاقات الادبية:

في العقود ذات الاهمية الاقتصادية والتجارية (العقود الثقيلة)، غالباً ما يقوم راغب التعاقد أو الاطراف المتفاوضة، بإفراغ اتفاقاتهم المبدئية في مستندات ووثائق تحضيرية مختلفة ومتنوعة حسب مضامينها، وذلك بقصد التعرف على الإمكانيات الفنية والتقنية للطرف المقابل أو الحصول على الائتمان، أو إثبات محتوى هذه الوثائق والمستندات

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:506

² مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:369

المتبادلة بينهما، ومن بين هذه الوثائق نجد الاتفاقات الادبية أو اتفاقات الشرف) (Engagement d'honneur) الذي يقوم على الثقة المتبادلة بين الطرفين. وللوقوف على أهم تفاصيل هذه الاتفاقات الادبية، والتعرف عليها يتعين تحديد مفهومها و مجالاتها وقيمتها القانونية .

أ- مفهوم الاتفاقات الادبية

يعتبر الاتفاق الادبي بأنه تعهد شرفي نابع من ضمير وشرف الاطراف المتفاوضة، غير ملزم لأي منهما، بل يتوقف الزامه على مجرد مشيئة مصدره، إن شاء نفاذه، أو امتنع عن تنفيذه، لا يؤدي ذلك لإجباره بالطرق المنصوص عليها قانوناً، كما لا يؤدي الى قيام مسؤوليته العقدية، وهذا ما يثير التعريف به وبيان خصائصه وقيمه القانونية.

أ-01 تعريف الاتفاق الادبي

• عرف البعض الاتفاق الادبي أو التعهد الشرفي أو الادبي بأن " هو أن يفصح شخص عن إرادته في الالتزام أخلاقياً أو ادبياً، فمتى توفر للخطاب مقدمات الالتزام الشرفي بأمر أو آخر قبل الغير، كان متعلقاً بالتعهد بالمعنى الدقيق"¹ .
 فيفهم من هذا التعريف أن الإرادة هي محور الالتزام الاخلاقي في وثيقة التعهد الشرفي، فمتى اتجهت الإرادة الى مجرد المجاملة، فلا يكون للتعهد عندئذ اي قيمة قانونية، أما اذا ذهبت إرادة الاطراف الى الالتزام والارتباط عقدياً من خلال عبارات واضحة، فعندئذ يكون للتعهد القيمة القانونية الملزمة.

وعرف البعض الاتفاق الادبي بأنه " اتفاق يقوم الاطراف بموجبه بإخضاع تنفيذه لمحض أمانتهم وشرفهم وبالتالي يلتزمون بعدم طرح المنازعات التي تثار بينهم على القضاء العادي أو التحكيم"² .

وعرف آخرون الاتفاق الادبي بأنه " هو الذي يهدف اطرافه الى اقصائه عن دائرة القانون والجبر، وتعليق تنفيذه على أمانة ونزاهة وشرف كل منهم للحيلولة دون طرح منازعاته أمام القضاء أو التحكيم"³ .

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:233

² بونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:293

³³ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:295

بمعنى أن الاطراف المتفاوضة، في حالة اتفاقهم على مسائل معينة لا يريدون ربط علاقاتهم بالزام عقدي قبل الوصول الى العقد النهائي، بل يكتفون بإنشاء تعهد لا يرتب اي التزام قانوني في ذمة أحدهم، لكن يلتزمون أخلاقيا أو أدبيا، على أرضية يسودها الصدق والأمانة، بعيداً عن تدخل القضاء أو التحكيم في شكل تصريح شرفي¹. وعادة يؤشر على هذا التصريح الاخير بعبارات يستفاد منها أن هذه الوثيقة "ليس لها أي قيمة عقدية" أو "انها خالية من التزام قانوني" مما يفهم أن هذه الوثيقة مبنية على مجرد الثقة.

وهكذا يتبين من خلال التعاريف السابقة أنه ليس للأطراف المتفاوضة، الاتفاق على العقد الذي يريدون إنشاؤه وتحديد آثاره فحسب، استنادا إلى مبدأ سلطان الارادة، بل لهم أيضا سلطة محو الآثار القانونية لهذا الاتفاق، وإبعاد هذا الاتفاق عن دائرة القانون، بجعله خاليا من الالزام و الجبر اللذان يفرضهما القانون، وحصر اتفاقهما في دائرة الشرف والأمانة والنزاهة، وكذلك يمكن لهما الاتفاق بعدم اللجوء الى القضاء والتحكيم، بشأن المسائل المنفق عليها في وثيقة التعهد الشرفي، مما يثير التساؤل حول إرادة الاطراف لمثل هذه الاتفاقات .

أ-02 الطبيعة القانونية للاتفاقات الادبية أو الشرفية:

إن أهم الخصائص المميزة للاتفاق الادبي أو التعهد الشرفي أنها وثيقة يتم انشاؤها في المرحلة السابقة على التعاقد ليس لها أية قوة ملزمة من الناحية القانونية، ولا ترتب سوى التزامات معنوية وأخلاقية، هذه الوثيقة بمنظور الفقه والقضاء الفرنسي، تمثل صورة من أعمال المجاملات التي لا ترتب أي أثر قانوني ملزم² ولا تعدو آثارها إلا أن تكون محض التزامات أخلاقية، تخرج عن نطاق العقود والالتزامات، فلا يجبر المدين للوفاء بالتزاماتها.

¹ Luiz Fernando KUYVEN , Thèse d doctorat, (La Responsabilité précontractuelle dans le commerce international :fondements et règles applicable dans un prospective d'harmonisation)université de Strasbourg, 2010,p62

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:234

وبالتالي فإن الاصل في الاتفاق الادبي أنه لا يعد ملزماً قانوناً ما لم يتضح من عبارات وألفاظ الاتفاق ان إرادة الاطراف قد اتجهت لربط علاقتهم والتزاماتهم عقدياً، لأن إرادة الاطراف لا تكون حرة دائماً في إضفاء الطابع الادبي أو الشرفي على اتفقاتهم. وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدراسات الحديثة تناولت ظاهرة المجاملات، وما ينتج عنها من اتفاقات، والتي انتهت بالكشف عن الاعمال التي لا تدخل ضمن إطار المجاملات، إلا إذا توافر فيها شرطان، أولهما انتفاء نية الارتباط القانوني في القيام بالعمل محور الاتفاق، وثانيهما أن يكون هذا العمل من أعمال البر أو المعروف، وإلا اعتبر يدخل مجال القانون، متى توفرت فيه نية الارتباط القانوني أو توفرت فيه نية تحقيق منفعة أو مصلحة من العمل على نحو ينفي صفة البر و المعروف¹.

لذلك فقد يتم تقييد ارادة الاطراف، فلا يتمتعان بالحرية في إخراج الاتفاق من دائرة القانون، ويمكن للقاضي أن يصبغ الصفة القانونية الملزمة على الاتفاق الادبي وترتيب جميع الآثار القانونية للعقد الذي توصل إليه عن طريق تكييف الاتفاق، دون أن يتقيد بإرادة الاطراف الظاهرة، متى تبين أن إرادتهم قد اتجهت الى إحداث أثر قانوني².

وتأكيداً لهذا الرأي الاخير، نجد أن الاجتهاد القضائي في فرنسا قد استقر على أن التعهد الشرفي، في غير علاقات المجاملة والتسامح والأعمال المجانية، قد يترتب آثاراً قانونية، إذا ما تم الكشف عن النية الحقيقية التي تؤكد أن إرادة الأطراف قد اتجهت الى التزامهم قانوناً من خلال صياغة عبارات الاتفاق الشرفي أو الادبي³، خاصة إذا كان الهدف من هذا الاتفاق هو التهرب من تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية في العديد من اجتهاداتها إلى أن التعهد الذي يتمخض عنه التزام قانوني هو تعهد ملزم قانوناً، فاعتبرت أن التعهد الشرفي الذي قطعه الزوج على نفسه بالإنفاق على زوجته بعد الطلاق، هو تعهد يتمخض عن التزام قانوني يؤدي الاخلال به الى نهوض المسؤولية العقدية، كما اعتبرت النية الحقيقية للملتزم مساوية تماماً للتحمل بالالتزام قانوني حقيقي، مادام مضمون التعهد وغايته محددة

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص:403

² يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص:309

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:236

وواضحة"¹، وكذلك أقرت محكمة النقض - الغرفة التجارية - في حكم لها صادر بتاريخ 1968/02/23² بسلطة قضاة الموضوع في تقدير أن " تعهد المدين بشرفه بدفع ناتج تصفية الانتمان الممنوح له من أحد البنوك في حدود إمكانياته لا يعتبر مجرد التزام طبيعي " .

وخلاصة القول إذا اتفق طرفا التفاوض على سبيل المجاملة، حيث لا تتجه ارادتهما الى إحداث آثارا قانونية، فضلا عن كون هذا الاتفاق يدخل ضمن الواجبات الاخلاقية أو الأدبية، ففي هذه الحالة لا يعتبر اتفاقهما عقدا ملزما ولا يدخل ضمن نطاق العقود، أما إذا كان الاتفاق يظهر بوضوح بعبارات واضحة ومحددة، نية الطرفين من التحمل بالتزام معين، فهذا لا يمنع من تدخل القاضي بما له من سلطة في الكشف على الارادة الحقيقية للطرفين و تكيف اتفاقهما لعقد معين، وترتيب جميع آثاره القانونية، دون أن يتقيد بالارادة الظاهرة للأطراف.

الفرع الثاني: خطابات أو رسائل النوايا (Lettres d'intentions)

لنتناول خطابات أو رسائل النوايا يقتضي الوقوف على محاولات تحديد مفهومها من خلال مجموعة من التعاريف وتحديد صورها أولا ثم تحديد قيمتها القانونية ثانيا.

أ- تعريف خطابات أو رسائل النوايا:

تمثل خطابات أو رسائل النوايا إحدى الوثائق أو المستندات التحضيرية المهمة، في المرحلة السابقة على التعاقد، والتي يتم التوصل إليها قبل إبرام العقد النهائي، إذ يسعى الاطراف من خلالها الى إثبات نيتهم الدخول في التفاوض، وتحديد النقاط التي تم الاتفاق عليها ، وتعداد النقاط الى ينبغي التوصل الى اتفاق بشأنها، كما يمكن للأطراف إعطاء تصريحات بخصوص مسألة معينة متعلقة بسير المفاوضات، أو العمل على تدقيق بعض مسائل التفاوض أو حتى يمكن تحديد من خلالها مراحل التفاوض.³ كما قد يرغب إحدى

¹ انظر بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص:236

² Cass.com.23 déc.1968 ,n°67-13.046,Bull.civ. 4,n°374

³ LACHACHI MOHAMMED , Les aspects juridique de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur – Etude comparative-(thèse droit de doctorat en droit privé université Oran Mohammed Ben Ahmed) ,Algérie, 2020,p136.

الاطراف من خلالها الحصول على امتياز تجاري أو ائتمان، أو الزام العميل بضمانات فنية أو تقنية، أو الزامه بعدم إفشاء اسرار التفاوض وقد يكون من شأن خطاب النوايا اثبات الاتفاق المبدئي الذي يتم التوصل اليه وعندئذ يعد الخطاب في هذه الحالة مستند عقدي¹.

كما قد تتضمن تحديد للأعمال أو الاعباء التي يتعين على الطرفين القيام بها أو تحملها سبيل تحقيق المفاوضات الغاية منها، وقد تتضمن تحديد للأسس التي تقوم عليها مشاركة الغير كشركات التأمين والبنوك².

لذلك تظهر لخطابات النوايا أهمية كبيرة في سير المفاوضات، على اعتبار انها تحتوي على بعض العناصر المفصلة للعقد المزمع ابرامه. وأغراضها ومعانيها، تتعدد بتعدد مجالاتها وقد تقتصر على التعبير عما اثارته العملية المنوه عنها في الخطاب من اهتمام لدى مصدرها دون التطرق الى اي تفاصيل فنية أو قانونية.

ولكنها في بعض الحالات قد تتجاوز ذلك كله وقد تصل الى مرحلة التعبير عن إرادة بآتة من مصدرها في التعاقد، إيجابا كانت أو قبولا، أو تتضمن تسجيلا لانعقاد العقد بتمام الاتفاق السابق على عناصره الجوهرية³.

لذلك حاول بعض الفقه التعريف بخطابات النوايا واعتبرها انها تمثل " كل اتفاق مبدئي يتم التوصل اليه قبل ابرام العقد النهائي، ويتعلق بتنظيم عملية التفاوض ويسمىها البعض باتفاقات التفاوض"⁴.

غير أن هذا التعريف حصر خطابات المساندة في الاتفاقات المبدئية والتي تمثل اتفاقات مميزة ومستقلة عن خطابات النوايا، بل يمكن لهذه الاخيرة أن تمثل وسيلة اثبات وتجسيد لمحتوى هذا النوع من الاتفاقات فحسب، ولا تمثل نوع من انواع خطابات النوايا بل أن اتفاقات المبدأ تختلف عن خطاب النوايا من حيث طبيعتها ومن حيث قيمتها القانونية.

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص: 225

² مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 406

³ مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص: 406

⁴ انظر بخيت عيسى، المرجع السابق، ص: 178، وانظر ايضا على محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص.

فالالاتفاق المبدئي هو عقد في جميع الاحوال عكس ما عليه بالنسبة لخطاب النوايا، وأن عقد التفاوض يتحقق من الناحية العملية ضمن نطاق الاتفاق المبدئي الذي يسعى بداية الى تنظيم سير المفاوضات وتحديد حقوق والتزامات الطرفين، وليس ضمن نطاق خطاب النوايا الذي قد يثبت الاتفاق كغيره من الاتفاقات التمهيديّة التي يتوصل أثناء المفاوضات بشأن العقد النهائي كما يمكن أن تكون مجرد إعلان عن النوايا ولا ينشأ عقداً ولكل منهما نظامه القانوني الخاص به، حيث أن الاخلال بالتزامات الاتفاق يترتب عنه قيام المسؤولية العقدية، بينما خطاب النوايا يعد مجرد اعلانا عن النوايا وليس له قيمة تعاقدية و يترتب عنه في حالة الاخلال به المسؤولية التقصيرية فحسب على اساس الاخلال بالواجب العام الذي يستوجب مراعاة حسن النية في التفاوض¹.

ويرى جانب آخر من الفقه أن تعريف خطاب النوايا يتوقف على الغرض منه، وهو لا يخرج عن فرضين: أولهما يعتبر خطاب النوايا وثيقة أو مستند لإثبات التوصل الى اتفاقات مبدئية في مرحلة التفاوض على العقد، وقبل التوصل الى العقد النهائي . أما الفرض الثاني، فيعتبر خطاب النوايا المستند الذي يفصح فيه الغير " الشركة القابضة " على علاقة بين الدائن(البنك) والمدين (فرع الشركة)، عن نيته بصياغات متنوعة، في المساعدة في جعل المدين يوفي بالدين، أو طمأنة الدائن الى قدرة المدين على الوفاء بمنح المدين الائتمان المطلوب أو التعهد بالوفاء نيابة عن المدين، إذا تخلف هذا الاخير عن السداد في الميعاد المحدد².

لكن هذه التعاريف يلاحظ أنها تبين جانب من الجوانب المتعددة التي ينظمها خطاب النوايا، ولم تحصر جميع الجوانب التي ينظر منها الى حقيقة خطابات النوايا، والتي حاول بعض الفقه حصرها في أربعة صور³ بالنظر الى محتواها وأهدافها بينما قسمها البعض الآخر الى عدة صور بالنظر الى طبيعة الالتزامات التي تنطوي عليها⁴.

ب- صور خطابات النوايا:

¹ بخيت عيسى، المرجع السابق، ص 180

² على محمد حسين بوهان ، المرجع السابق ، ص.57

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص:226

⁴ وهناك جانب من الفقه قد أحصى صورها في مجموعتين بحسب نوعها ومحلها من التفاوض. انظر على سبيل المثال مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص:407 وما يليها.

كما سبقت الإشارة أن خطابات النوايا تتعدد بتعدد محتوياتها أو أغراضها، ويمكن النظر إليها من خلال زاويا أربع أو أكثر، من بينها :

ب-01 خطابات متضمنة رغبة محرريها في التعاقد:

ويسمى هذا البعض بخطاب الدعوة للبدء في المفاوضات¹ ويتضمن عادة هذا الخطاب الدعوة الى التفاوض، وهو بمثابة عرض من شخص الى آخر يعرض فيه رغبته في التفاوض على عقد معين، ويحدد من خلاله العناصر الرئيسية المقترحة للتفاوض بشأنها، وتحديد مواعيد المفاوضات ومكانها، والالتزامات المرتبطة بالمرحلة مثل الالتزام بالسرية والالتزام بعدم اجراء مفاوضات موازية وكيفية تسوية المنازعات وغيرها²، وهذه الدعوة لا تتطوي على إرادة نهائية باتة وجازمة على التعاقد بل هي مجرد إرادة أولية من أحد الاطراف تهدف الى إبداء رغبته في الدخول في التفاوض والتمهيد لإبرام عقد نهائي .

ب-02 خطابات باعتبارها وثيقة أو مستند:

هذه الصورة تتضمن تفاصيل العقد المزمع ابرامه فقد يشتمل الخطاب على العناصر الاساسية للتعاقد، وقد يتضمن موافقة جهة معينة على نشاط ما وترخيص هذه الجهة لمصدر الخطاب بإبرام عقد معين أو الحصول على رخصة من مجلس إدارة شركة لإجراء معاملة معينة.

ب-03 خطابات تثبت اتفاقات مبدئية:

هذا الخطاب يجسد وجود الاتفاقات التعاقدية التحضيرية والتمهيدية خلال مرحلة التفاوض ومن بين هذه الاتفاقات يثبت وجودها، الاتفاقات المبدئية وما يترتب عنها من التزامات قانونية مختلفة وما توصل اليه الطرفين من اتفاقات سابقة على التعاقد وغالبا ما يصدر هذا النوع من الخطابات، بعد قطع شوط كبير من المفاوضات³ فيتم خلالها الاتفاق على العديد من المسائل والعناصر الجوهرية للعقد المزمع ابرامه، لذلك تكون

¹ انظر على محمد حسين بوهان، مرجع سابق، ص. 57 وما بعدها.

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص: 226

³ في هذه الحالة يسمى هذا النوع من الخطابات بخطابات الاتفاق المبدئي الحر. إذ يتوصل من خلاله الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد المنشود، في انتظار الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية.

الوظيفة الاساسية لهذا الخطاب هو إثبات التوصل الى أي اتفاق مبدئي في هذه المرحلة من التفاوض¹.

فقد نصادف هذا النوع من الخطابات في نهاية المفاوضات مما يشكل وسيلة للتعبير عن انعقاد العقد المنشود بشروطه المحددة من الطرفين، فهو بذلك يمثل اداة لتأكيد انعقاد العقد.

وقد يطلب مصدر الخطاب من مفاوضه ارجاء التوقيع الى غاية تحديد من يتولى التوقيع على العقد، برغم من الطرفين قد توصلا الى الاتفاق على ابرامه بالفعل بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية مع الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية للاتفاق عليها لاحقا، فيكون الاقرب الى روح الخطاب أن العقد لم ينعقد بعد².

فعلى سبيل المثال إذا صدرت خطابات النوايا من الشركة القابضة الى الدائن(البنك) بغرض الحصول على ائتمان للمدين (فرع من فروع الشركة مصدرة الخطاب)، فهي بذاتها تكون عقدا، وربما لا تكون كذلك، نظرا الى صياغة وأسلوب الخطاب³.

ت - القيمة القانونية لخطابات النوايا:

تتوقف القيمة القانونية لخطابات النوايا على دقة ووضوح ما اشتمل عليه الخطاب من عبارات وألفاظ، وعلى الظروف المحيطة بصياغتها من حيث الوقت والغاية والأسلوب لذلك فان تحديد مضمون التعهدات والالتزامات محور الخطاب تتعكس سلبا أو إيجابا على تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا، فإذا كانت العبارات و الالفاظ غامضة وفضفاضة بحيث تكون بعيدة عن المعنى المقصود، فالخطاب في هذه الحالة يكون غامضا وعديم القيمة القانونية، وهو ما أشارت إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي المشهورة، في كون خطاب التوصية مجرد التزام أخلاقي لا يصل الى صفة من صفات التصرف القانوني الملزم، غير أنه تجوز مساءلته مراسله تقصيريا وإلزامه بالتعويض عن الاضرار المتسبب فيها والناشئة عن البيانات غير الصحيحة والمخلة بالثقة الواردة في

¹ على محمد حسين بوهان ، المرجع السابق، ص.57

² مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص.410

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:227

الخطاب¹، ويندرج ضمن هذا النوع من خطابات النوايا العديمة القيمة القانونية: خطابات نوايا لا تشمل على أي تعهد أو التزام قانوني مثل الاعلانات التي تمثل مجرد أدبي أو اخلاقي أو التزام طبيعي وخطابات نوايا تتضمن تعهدا أو التزاما غير محدد ويمثل هذا النوع الخطابات التي تتم صياغتها بطريقة غامضة أو مبهمة.²

وأما إذا كانت العبارات والألفاظ واضحة ومحددة وتفيد نية الالتزام والارتباط العقدي فإن الخطاب في هذه الحالة يعتبر خطابا قانوني ومن شأنه أن يولد التزامات قانونية حقيقية وهو ما يستقيم مع ما توصل اليه الاتجاه السائد في الفقه الجزائري على ندرته في هذا المجال في اعتبار أن خطابات النوايا الموقعة من طرفيه والمثبتة لاتفاقات والتزامات محددة بينهما، فهذا الاتفاق شأنه شأن آخر ملزما يخضع للقواعد العامة للعقد، بما في ذلك قواعد المسؤولية العقدية حال الاخلال بها³.

وهو ما سار عليه بعض الفقه الفرنسي والانجليزي من أنه ينعقد العقد إذا تأكدت المحكمة من توافر شروط قانونية ثلاثة، أولها أن تتجه نية الطرفين بصور قاطعة الى الدخول في اتفاق ملزم، وثانيها أن يتم الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإنعقاد العقد، وثالثها أن تكون شروط وينود الاتفاق مؤكدة ومحقة⁴.

وهذا لا يتأكد إلا من عبارات وألفاظ الخطاب ومضمونه والنية المشتركة للطرفين وظروف صدوره باعتباره اتفاق سابق على التعاقد، ويشمل هذا النوع من الخطابات بحسب الغاية من التزام :

• خطابات نوايا تتضمن التزام ببدل عناية:

حيث لا يتعهد مصدر هذا الخطاب بتحقيق نتيجة معينة بل يقتصر ببدل ما في وسعه لتحقيق النتيجة، وقد أشار القضاء الفرنسي إلى هذا النوع بصيغ مختلفة منها " سيسهر أو سيحرص على أن يتم الالتزام بجميع التعهدات" أو "يباشر كل الوسائل الضرورية التي من شأنها أن تمكن الفرع في مواجهة التزاماته"⁵.

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص: 230

² على محمد حسين بوهان ، المرجع السابق، ص. 62

³ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقد، المرجع السابق، ص: 198 و 381 وما بعدها.

⁴ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص: 231

⁵ نقلا عن : على محمد حسين بوهان ، المرجع السابق، ص. 64

• **خطابات نوايا تتضمن التزام بتحقيق نتيجة:**

حيث يتعهد مصدر هذا الخطاب بتحقيق نتيجة معينة أو غاية مقصودة بألفاظ وعبارات واضحة لا تحتمل التفسير في معانيها، وبصور جازمة وقطعية لا تقبل الشك كأن يتعهد بتوفير وسائل معينة أو يقدم نفسه كفيلا على مدين، أو يضع تأميناً لضمان الدين، ولقيام مسؤولية مصدر هذا النوع من الخطابات، يكفي تخلف النتيجة التي تعهد بها، ولا يكفي قيامه بالعناية اللازمة لتحقيق هذه النتيجة¹.

المبحث الثاني - آثار الاتفاقات التفاوضية:

إن من هم الآثار المترتبة عن مرحلة التفاوض تمثل الالتزامات قبل التعاقدية والتي يفرضها واجب حسن النية منذ بداية المفاوضات حول العقد المزمع إبرامه وأثناء سيرها وعند نهايته التفاوض.

تقوم هذه الالتزامات على أساس أخلاقيات التفاوض، انطلاقاً من مبدأ حسن النية الذي يسود مرحلة تكوين العقد، وعلى أساس من الثقة والإخلاص والنزاهة والجدية في التفاوض والصدق والأمانة والصراحة والابتعاد عن الغش والخديعة والاحتتيال، كما أن هذه الالتزامات تفرض تقديم واجب النصح والمشورة والتعاون وتقديم المعلومات والمحافظة على سرية المعلومات² والابتعاد عن كل ما يعكس صفو المفاوضات.

فيكون من شأن تنفيذ هذه الالتزامات أو الواجبات القانونية على أكمل وجه تسهيل مهمة الاطراف المتفاوضة لبلوغ مرحلة العقد النهائي، وإذا ما فشلت مساعي الطرفين بعدول أحدهما أو هما معاً، فإن ذلك لا ينجر عنه قيام المسؤولية في جانب الطرف المنسحب أو الطرف الذي عدل عن التفاوض لاسيما إذا كان هذا الانسحاب ناتج عن تحقق أسباب سائغة وجدية.

أما إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه بالتفاوض باعتباره التزاماً أساسياً ينجر عن عقد التفاوض، فيترتب عليه في حالة فشل المفاوضات مع الحاق بالطرف الاخر أضراراً تستوجب قيام مسؤولية المتسبب في الضرر، كأن ينسحب من التفاوض دون سبب جدي

¹ على محمد حسين بوهان ، مرجع سابق، ص.65

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقد، المرجع السابق، ص:137

بعد أن بلغ التفاوض مرحلة متقدمة فيسبب للطرف الأخر خسارة في الوقت والمال والجهد كما قد يعمل هذا الطرف على إطالة أمد المفاوضات دون أن تكون له نية البلوغ بالتفاوض الى ابرام العقد النهائي، فيسبب بتصرفاته الايجابية والسلبية الاخلال بالتزاماته التفاوضية، فلا مناص من نهوض بمسؤوليته والزامه بتعويض الخسائر جبرا للضرر. ومن أهم الالتزامات المترتبة عن هذه المرحلة، الالتزام بالتفاوض بحسن النية وما يتفرع عنه من التزامات، كاللتزام التفاوض والاستمرار فيه والتزام التعاون والإعلام والاستعلام وعدم قطع المفاوضات لأسباب غير جدية، وذلك ما سوف نعالجه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الاول- الالتزام بالتفاوض بحسن النية:

يلتزم الطرفان بمقتضى اتفاقهما على التفاوض، بأن يباشرا عملية التفاوض على العقد المزمع ابرامه، انطلاقا من التزامهما صراحة أو ضمنا بالتفاوض بحسن النية، وذلك بأن يختار كل منهما الطريقة التي يفرضها واجب الامانة والنزاهة في التعامل طبقا لما تقتضيه ضمنا المادة 1/107¹ من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"².

فحكم المادة السالفة الذكر إن كان لا يعبر صراحة بوجود حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، إلا أن مقتضيات حسن النية لا تتوقف على تنفيذ العقد، بل تشمل ايضا مرحلة تكوين العقد والتي تشمل بدورها مرحلة التفاوض على العقد وجميع الاتفاقات الارادية.

وقد كان هذا الحكم نفسه³ منصوص عليه ضمن المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب المرسوم 131-2016 الصادر بتاريخ 2016/2/10 والتي كانت تستوجب تنفيذ العقد بحسن النية، ثم عدلت عن طريق تفريق الاحكام المنصوص عليها لتشمل عدة مواد من بينها المادة 1103 من قانون المدني الفرنسي والتي تنص

¹ وتقابلها المادة 1/138 مدني مصري التي تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:416

³ رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص:417

على أنه " تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشئوها " والمادة 1104 التي تنص على أنه " يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام"¹.

كما نصت المادة 1/1112 من نفس القانون صراحة على أن تكون المفوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حرا، ويجب الزاما أن تراعى هذه المسائل مقتضيات حسن النية. ويعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن النية حسب المادة 1112 فقرة اخيرة والتي تنص على " ويجب الزاما أن تراعى هذه المسائل مقتضيات حسن النية"².

فهذه النصوص القانونية تبين بوضوح وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد وأن هذه المبدأ لم يعد التزاما أخلاقيا فحسب ولم تعد الآثار المترتبة عنه تفتقد الى القوة الالزامية بل أصبح إلزاما مصدره نصوص قانونية، تتجسد في عقود واتفاقات ممهدة للتعاقد يجب الالتزام بمضامينها.

ولذلك فالالتزام بالتفاوض بحسن نية يستوجب قبل كل شي توافر نية الدخول في المفاوضات والسير فيها بقصد الوصول الى ابرام العقد النهائي، وليس للطرفين الاستمرار في المفاوضات دون جدوى ودون أي نية في بلوغ الهدف الاساسي من التفاوض. بل أن حسن النية يقتضى من الطرفين عدم إضاعة الوقت في خوض مفاوضات طويلة الامد، تتطلب أساسا لتحقيق أهدافها الجهد المضمني والصدق والأمانة، والعمل سويا لبلوغ العقد النهائي، وعدم المضي قدما في التفاوض من اجل إضاعة الوقت والسعي في مفاوضة لا جدوى منها، أو العمل من أجل قطعها في منتصف الطريق دون أسباب سائغة و مشروعة.

الفرع الاول - موقف التشريع المقارن من حسن النية في التفاوض:

إن التشريع المقارن يختلف في تحديد الدور الذي يعلبه حسن النية كالتزام قانوني في مرحلة التفاوض على العقد باختلاف الانظمة القانونية، فهناك بعض التشريعات الحديثة

¹ Art 1104 « le contrat doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition et d'ordre public.

² Art 1112/2 « IL doit impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. »

تستوجب على اطراف المعاملات مراعاة مبدأ حسن النية سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة ابرامه أو أثناء تنفيذه¹.

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في من خلال العديد من النصوص القانونية لاسيما المادة 1104 مدني فرنسي، والذي جاء تكريسا للاجتهادات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن وتكريسا لما جاءت به المشاريع التمهيدية لتعديل قانون الالتزامات والتقاد .

كما نص القانوني المدني الايطالي في المادة 1337 منه على أنه " يلتزم الاطراف أثناء التفاوض بالتعامل بما يتفق وحسن النية" كما نصت المادة الاولى من القانون المدني الياباني بأن " استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات ينبغي أن يتم بأمانة وحسن نية" ونجد نفس الحكم منصوص عليه بالقانون المدني الهولندي والقانون المدني اليوناني².

بينما تقتصر تشريعات أخرى على النص بواجب تنفيذ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد مثل القانون الجزائري والمصري، في الحين الذي تعد المرحلة السابقة على التعاقد ذات أهمية بالغة لاسيما مرحلة المفاوضات، فضلا عن ذلك أن حسن النية في تنفيذ العقد ذاته يقتضي وجود عقدا لا يبني على أساس من الغش والخداع وسوء النية، فقد أشار في هذا المجال فقهاء القانون الرماني الى قاعدة هامة مفادها "أن الغش يفسد كل شيء" وهي قاعدة خلقية واجتماعية لها مكانتها من الناحية القانونية ليس فقط في تنفيذ العقد، بل أيضا في فترة تكوينه والتفاوض عليه³.

الفرع الثاني-الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن النية:

كما سبقت الاشارة الى أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية يعد التزاما قانونيا عاما كما أنه التزاما حقيقي له دائن ومدين ومحل وسبب يفرض على الاطراف المتفاوضة الامتثال لمضمونه والخضوع له، فلهذا فإن هذا الالتزام يضع كل واحد من الطرفين دائنا ومدينا ولا يقتصر على طرف واحد، كما أنه التزاما جوهريا لا يستقيم التفاوض على العقد بدونه ولذلك فهو يفرض على الطرفين بمجرد دخولهما في التفاوض حتى ولو لم ينصا صراحة

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص:396

² بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص:66

³ بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص:67

على الخضوع له، بل يقع باطلا كل اتفاق يقضي بإعفاء أحد الطرفين أو كلاهما من هذا الالتزام¹.

ويعتبر هذا الالتزام من النظام العام يستوجب على الطرف المتفاوض أن يكون فعلا حسن النية أثناء التفاوض، وبالتالي فإن حسن النية هو محل هذا الالتزام وغايته المنشودة وهو بذلك التزام بتحقيق نتيجة تتحقق بالخضوع لهذا الالتزام والعمل بما تم الاتفاق عليه في عقد التفاوض ولا يسع المتفاوض دفع مسؤوليته بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه من جهد لكي يكون حسن النية ولم يتمكن من ذلك، بل أن عليه أن يتخذ موقفا ايجابيا منذ الدخول في التفاوض وأثناء سير المفاوضات، وذلك بأن يتشاور ويناقش شروط وبنود العقد بجدية تامة بقصد الوصول الى ابرام العقد النهائي، وأن يكون سلوكه مستندا إلى النزاهة والشرف والأمانة والثقة وأن يمتنع عن كل ما من شأنه اعاقا المفاوضات وإفشالها².

المطلب الثاني - الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بحسن النية:

علاوة على الالتزام بالتفاوض بحسن النية الذي يمثل الالتزام الرئيس في مرحلة المفاوضات العقدية، فإننا نجد هذا الالتزام يتفرع عنه عدة التزامات أخرى ثانوية أو مكملة ومساعدة له، تقوم بجواره جنبا الى جنب بمجرد الاتفاق الصريح أو الضمني بين الطرفين على عملية الدخول في التفاوض، ولا يشترط الاتفاق عليها صراحة ضمن اتفاق التفاوض، طالما تم الاتفاق على المسائل الجوهرية لاتفاق التفاوض وتبقى المسائل الثانوية والتي تعد من مستلزمات التنفيذ الحسن لاتفاق التفاوض طبقا لما تنص عليه المادة 2/107³ من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" .

¹ ماجد عمار احمد نزال، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد(أطروحة دكتوراه)، جامعة المنصورة، مصر 2017، ص:51

² يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق ، ص: 173

³ تقابلها المادة 1194 من قانون العقود الفرنسي الجديد والتي تنص "لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فقط ، بل أيضا بجميع ما يعتبر من تواجها وفقا للعدالة والعرف والقانون " ويقابلها المادة 2/148 من القانون المصري بنفس صياغة المادة 2/107 مدني جزائري.

كما أن هذه الالتزامات قابلة للتوسع والتطور بتطور الظروف المحيطة بالتفاوض دون أن تفقد أساسها في مبدأ حسن النية، وهي ترد على سبيل المثال لا الحصر، فيمكن أن يضاف إليها أي التزام آخر مستجد، ويجب أن نفر أن هذه الالتزامات الفرعية كانت من نتائج بعض الاجتهادات الفقهية وأكدت عليها بعض الاحكام القضائية¹.

قد ترد هذه الالتزامات الفرعية في صورة التزامات إيجابية مثل التزام بالجدية في التفاوض والتزام الصدق والدقة والوضوح في إعطاء المعلومات، وكذا المحافظة على سرية الدراسات والمعلومات التي حصل عليها المتفاوض بمناسبة التفاوض والتزام مواصلة التفاوض في المسائل المؤجلة بغرض حسم الاتفاق وإبداء التعاون مع الطرف الآخر من أجل استكمال اجراءات ابرام العقد النهائي².

كما قد تكون في صورة التزامات سلبية كالالتزام بعدم قطع التفاوض إلا لأسباب جدية ومشروعة وعدم ترك المفاوضات الآخر يتكبد نفقات الدراسات مع نية قطع التفاوض وعدم إجراء مفاوضات موازية وغيرها من الالتزامات.

وعلى العموم فإن أهم صور هذه الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن نية، تتمثل في الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام بالتعاون وضمن السرية والالتزام بالاستعلام.

الفرع الاول - الالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

من المتطلبات التي يقتضيها مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد هو قيام المتفاوض بإعلام والإفشاء الى الطرف الراغب في التفاوض، بكل المعلومات والبيانات التي بحوزته على محل العقد المزمع إبرامه، حتى يتسنى له الاقدام على المفاوضات التعاقدية بإرادة حرة وسليمة خالية من العيوب .

إذ تأكد بعد دراسة عيوب الارادة، قصور وعدم كفاية هذه الاخيرة باعتبارها الوسيلة التقليدية في توفير الحماية الحقيقية للرضا، إذ اتضح جليا أن أعمال هذه العيوب يقتضي توافر شروط معينة يتحمل الطرف الذي يدعي وقوعه ضحية عيب من العيوب عبء

¹¹ ابحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص:79

² أنس عبدالمهدي فريحات، المرجع السابق، ص:510 وما بعدها

اثبات توافره، عن طريق اللجوء الى القضاء بما يتطلبه من نفقات ووقت لا تتناسب مع قيمة الشيء الذي تعاقد من أجله، كما أن هذه الوسيلة سوف لن تكون متاحة الا بعد اتمام التعاقد والدخول مرحلة التنفيذ ولن تمنح المتعاقد الذي ثبت عيب بإرادته سواء ابطال العقد، بمعنى أن هذه الوسيلة التقليدية هي وسيلة علاج لا وسيلة وقاية في الوقت الذي كان يصب هذا المتعاقد الى الحصول على سلع وخدمات انطلقا من إرادته السليمة الخالية من أي عيب¹.

لذلك كان لزاما دعم هذه الوسائل العلاجية التقليدية في حماية الرضا بوسائل وقائية حديثة تستوجب اعلام المتفاوض، باعتبارها وسائل أكثر فعالية وأكثر ملائمة للتطورات الاجتماعية والاقتصادية التي انعكست على الممارسات التعاقدية، لاسيما في الفترة التي أصبحت فيه هذه الأخيرة الاداة المثلى لممارسة التعسف والتضليل والدعاية الكاذبة المدعمة بالإعلانات المتنوعة و الإشهار المغري بشتى الوسائل، والتي من شأنها تضليل جمهور المستهلكين.

لذلك أهتم الفقه والقضاء ببحث الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام باعتباره إحدى الوسائل الحديثة لحماية الرضا التعاقدى عند مراحل تكوينه، من العيوب الناجمة عن الجهل وعدم الادراك، ليس في حالة تكلل المفاوضات التعاقدية بالنجاح فحسب، بل حمايتها أيضا من العيوب أثناء المفاوضات ذاتها.

ولدراسة الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام يقتضي محاولة التعريف به وتحديد أسسه وتمييزه عن الالتزام بالإعلام التعاقدى و تحديد شروطه ومضامينه وجزء الاخلال به من خلال البنود التالية :

أولاً- التعريف بالالتزام قبل التعاقدى بالإعلام:

يعرف البعض الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام بأنه "الالتزام الذي يفرض على كل متعاقد يعرف، أو كان عليه أن يعرف، معلومات يدرك أهميتها وتأثيرها في رضا المتعاقد معه أن يعلمه بها"².

¹ محمد حسن قاسم ، القانون المدنى الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول ، المرجع السابق، ص:256

² محمد حسن قاسم، القانون المدنى الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، نفس المرجع، ص:260

وعرفه البعض الاخر بأنه" من الالتزامات المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن نية وبموجبه يتعين على كل طرف متفاوض أن يقوم بالإفشاء الى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه، حتى يتسنى للطرف الآخر أن يقدم على التعاقد بإرادة مبصرة"¹.

وهناك من عرفه بأنه "إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر، بإخطار هذا الاخير عند ابرامه العقد، بكافة البيانات التي تساهم في تكوين الرضا الحر المستتير وتمكين المتعاقد الضعيف من الاقدام على العقد عند ابرامه أو التحلل منه إذا شاء"².

فيتبين من هذه التعاريف أن الغاية من الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام هو حماية من لا يعلم من المتفاوضين في مواجهة المتفاوض الذي يعلم أو يفترض فيه أن يعلم، فيتحتّم على المتفاوض الذي يوجه دعوة للتفاوض حول عقد معين أن يقدم بمجرد الدخول في التفاوض كافة المعلومات الحقيقية والبيانات حول محل العقد المزمع التفاوض عليه، وعن مدى ملائمة محل العقد المتفاوض عليه فنيا وتقنيا وماليا بالاعتماد على الضمير المهني للمتفاوض، فلا يستغل عدم تخصص الراغب في التفاوض معه في هذه المسائل، فيعمل على الزج به في عقد لا يناسبه³.

فذلك يستوجب على المتفاوض أن يلتزم بالمصارحة والتبصير والشفافية والنصيحة، بما في ذلك ضرورة تحذير المتفاوض معه أو لفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناشئة عن تنفيذ العقد محل التفاوض⁴.

كما أن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام من شأنه تحقيق التكافؤ بين المراكز العقدية وتحقيق المساواة في العلم، خاصة بعد التطورات الاقتصادية والتكنولوجية والفنية التي عرفها العالم حديثا و التي أدت إلى ظهور مشاريع العملاقة، من شأنها أن تؤدي الى توسيع الهوة بين المحترف والمستهلك.

¹ يونس صلاح الدين علي ، المرجع السابق، ص:175

²² علي محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص:87

³³ علي أحمد صالح ، المرجع السابق، ص:421

⁴ بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص:186

فلذلك يمكن تعريف الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام بأنه التزام متعاقد مهني في مواجهة شخص راغب في التفاوض، بتقديم معلومات أو بيانات لها أهمية حاسمة في تشكيل إرادة التفاوض بحسن نية مع هذا الشخص، بغرض إبرام عقد مستقبلي.

ثانياً - خصائص الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام:

من خلال التعاريف السابقة يمكن ان نستخلص مجموعة من الخصائص تميز الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام على النحو التالي:

01- الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام يرتكز على مبدأ حسن نية:

إن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام يرتكز على أساس التعامل بحسن نية، الذي يقتضي من المتفاوض المبادرة بإعلام المتفاوض الآخر بكل شفافية عن المعلومات والبيانات التي تخص العقد المزمع إبرامه دون كتمان أي جزء منها.

02- الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى هو التزام سابق على التعاقد:

إن هذا الالتزام ينشأ وينقضي في مرحلته السابقة على التعاقد لذلك فهو يختلف عن الالتزام بالمشورة والنصيحة الذي ينشئ في المرحلة اللاحقة لقيام العقد، وتعتبر في حد ذاتها ناشئة عن العقد إذ أن اطراف التفاوض يتقفا على الاستمرار في التفاوض بناء على معلومات تحصلوا عليها في هذه المرحلة، خاصة إذا كان التفاوض على أمور فنية وتقنية يجهلها الطرف الآخر، فمن هنا يكون لزاما على الطرف الثاني (المهني أو المحترف) توضيح كافة الجوانب التقنية أو الفنية، وذلك تجنباً لعدم التكافؤ بين الطرفين نتيجة للتفاوت في درجة الخبرة والمعلومات بقصد الوصول الى تحقيق العدالة العقدية¹.

03- الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى هو التزام عام :

يشمل هذا الالتزام جميع عقود المرحلة السابقة على التعاقد، وليس التزام خاص بعقد معين، إلا أن هذا لا يعني أن مضمونه له نفس الشدة ونفس المحتوى، بل هو يختلف بحسب طبيعة ونوع العقد وحسب محل العقد، وبالتالي فإن مضمون هذا الالتزام لا يعد عاماً وموحد في جميع العقود، فعلى سبيل المثال نجد أن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام له أهمية كبيرة في عقود الاستهلاك والعقود التي يكون محلها تكنولوجيا معقدة، أو ينطوي

¹ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 83

استعمالها أو نقلها أو حفظها على خطورة كبيرة، ففي مثل هذه العقود يظهر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بصورة مشددة قياسا على العقود الاخرى، نظراً لان العلم بالصفة الخطرة للشيء محل الالتزام يعتبر من العناصر المكملة لرضا الطرف الآخر¹.

04- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام ذو طابع وقائي:

إذ أن من شأن إقبال المتفاوض معه على ابرام الاتفاق بناء على رضا واعٍ ومستتير بكافة الظروف والوقائع المتصلة بالعقد المزمع ابرامه، فهذا من شأنه ايضا أن ينعكس على ثبات واستقرار المراكز القانونية ليس على مستوى التفاوض فحسب، بل على مستوى العقد النهائي في حالة نجاح التفاوض، ويعمل على مقاومة التصدع وانهيار البناء القانوني للعقد ويقيه من دواعي الابطال، ولا يكون الامر كذلك إلا من خلال تعزيز الدور الوقائي الذي يلعبه الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في البناء السليم والصحيح للعقد والعمل على افرغ التكوين العقدي من كل الشوائب والعيوب المبطلّة، وذلك بتزويد الساعي الى التعاقد بجميع المعلومات والبيانات الدقيقة وكشف مدى صلاحية وملائمة، محل التعاقد للغرض المتفاوض من أجله وبيان ما خفي من العيوب، بمجرد الدخول في التفاوض والاستمرار فيه².

05- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو واجب قانوني:

حيث يستمد هذا الالتزام مصدر وجوده من المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقد، وما يقتضيه هذا المبدأ من واجب الاخلاص والأمانة والنزاهة والثقة في التعامل مع الغير المفضية الى العقد.

كما قد يجد مصدره في التشريع المقارن من خلال عدة نصوص، قد تفرض هذا الالتزام وتحدد محله ونطاقه والجزاء المترتب على مخالفته، فعلى سبيل المثال نجد أن نص المادة 1/1112 مدني فرنسي قد نظم فعلا هذا الالتزام واستوجب على من يعرف من الاطراف معلومة لها أهمية حاسمة في قبول التفاوض أن يعلم بها الطرف المتفاوض معه، ولا يجوز للإطراف الحد من هذا الواجب أو استبعاده³.

¹ أنس عبدالمهدي فريحات، المرجع السابق ، ص:570

² أنس عبدالمهدي فريحات، مرجع سابق ، ص:573

³ انظر المادة 1/1112 من قانون العقود الجديد.

بينما التطبيقات القضائية في التشريع الجزائري يرجع مصدره الى القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 2/86 مدني جزائر¹ والتي تنص على أنه "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

ونص المادة 17 من القانون رقم 03-09 الصادر بتاريخ 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي تنص على أنه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

06- الالتزام بالاعلام قبل التعاقد هو التزام مستقل:

إن الالتزام بالاعلام قبل التعاقد هو التزام حديث النشأة يعود الفضل في كشف عنه الى القضاء الفرنسي في أواخر 1970 كالتزام مستقل لتحقيق المساواة في العلم والمعرفة بين المتعاقدين بحقيقة ومضمون العقد المنشود، وهو ما يتجه اليه الفقه الحديث، الذي بدوره لا يرى في هذا الالتزام قبل التعاقد بأنه التزام تابعا للعقد، بل يعتبره التزاما مستقلا له كيان وذاتية تساهم في تكملة نصوص التشريع².

كما أن هذا الالتزام مستقلا عن العقد المراد ابرامه وعن الالتزامات المترتبة عنه، فهو مستقلا عن نظرية عيوب التراضي التي تلحق الدائن، ومن شأن الاخلال به أن يرتب مسؤولية على عاتق المدين حتى وإن كانت إرادة الدائن غير معيبة بعيب من عيوب الرضا، كما أنه مستقلا عن نظرية الضمان بدليل أنه يرتب مسؤولية المدين في حالة الاخلال به بالرغم من عدم حدوث ما يوجب الضمان على المدين³.

ثالثا - أساس الالتزام قبل التعاقد بالإعلام:

إذا كان الفقه لا يختلف بشأن في الالتزام قبل التعاقد من حيث وجوده، فعلى العكس من ذلك فإنه يختلف بصدد تحديد الاساس القانوني الذي يقوم عليه، فهناك من يردده الى الالتزام بالتسليم وآخرون يردونه الى الالتزام بضمان العيوب الخفية، وهناك جانب آخر

¹ و التي تقابلها المادة 2/125 من القانون المدني المصري بنفس صياغة المادة 2/86 مدني جزائري

² أنس عبدالمهدي فريحات، المرجع السابق، ص:573

³ أنس عبدالمهدي فريحات، مرجع سابق، ص:575

من الفقه يردده الى مبدأ حسن نية، وهو الاتجاه الذي أخذت به العديد من الاحكام القضائية في فرنسا، وهناك جانب آخر من الفقه يردده الى فكرة الثقة في التعامل بين المهنيين.¹ ويمكن رد هذه الآراء في اتجاهين رأسين اتجاه يرى أن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام هو التزام تبعية للالتزامات أخرى و اتجاه آخر يرى بأنه التزم مستقلا، وهو ما يجسده مسار الاجتهادات القضائية الفرنسية في هذا الشأن، قبل وبعد دخول حيز التنفيذ قانون العقود الجديد لسنة 2016 .

01- الاتجاه الاول:الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام هو الالتزام تبعية

يذهب فريق من هذا الاتجاه الى القول أن أساس الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام هو الالتزام بالضمان باعتباره أنه تابع ويتفرع عن هذا الاخير، فلذلك فإن التزم المنتج لا يقف على شرط أن تكون السلعة خالية من العيوب بل يتسع ليشمل كافة الالتزامات الاخرى حتى يكون عنصر الرضا سليما، وبالتالي فإن ضمان العيوب الخفية تستتبع بإحاطة المستهلك بالبيانات.²

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد بسبب اختلاف مصدر الالتزامين فالالتزام بضمان العيوب الخفية مصدره القانون، في حين أن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام هو من نشأة الاجتهاد القضائي، ونتيجة للتطور الصناعي من شأنه الاخلال بالتزام قبل التعاقدى بالإعلام أن يلحق اضرارا بمحل العقد بالرغم من خلو هذا الاخير من العيوب وفضلا عن ذلك فإنهما يختلفان من حيث الطبيعة والنطاق فإن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام هو على الرأي الراجح التزم بعناية ونطاقه أوسع من الالتزام بالضمان .

نتيجة النقد الموجه الى هذا الرأي برز رأي آخر اعتبر أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى هو من قبيل الالتزامات التابعة للالتزام بالتسليم وذلك وفقا لنص المادة 1615 من القانون المدني الفرنسي والتي تلزم البائع بتسليم الشيء المبيع وملحقاته والمعلومات

¹ محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص:264

² على محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص:92

التي يلتزم البائع بالإدلاء بها للمشتري تتوحد مع الشيء محل التسليم ذاته ليصبح من ملحقاته¹.

والواقع أن الملحقات المقصودة في نص المادة هي الملحقات المادية فقط في حين أن المعلومات التي يجب الإدلاء بها بالرغم من امكان اعتبارها ثانوية بالنظر لمحل العقد غير أن هذا لا ينفي عنها كونها أساسية بالنظر الى وظيفة العقد.²

كما أن الالتزام بالتسليم هو من قبيل الالتزامات المترتبة عن البيع، مما يعني أن البيع قد تم إبرامه وأنتقل الى مرحلة التنفيذ، وبالتالي لا يستقيم القول بأن التزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزاما تابعا له، فضلا على أن هذا الالتزام الاخير ينشأ وينقضي في المرحلة السابقة على التعاقد.

وهناك رأي ثالث يرجع أساس الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الى الالتزام بالسلامة ويعد تطبيقا خاصا لهذا الالتزام العام، يهدف الى تحقيق الامان في مواجهة المخاطر التي تصيب المستفيد، لأن الالتزام بالإعلام يزود المتفاوض بالبيانات الضرورية للفت انتباهه الى المخاطر وعلى ذلك يتحقق الامان لغير المهني³.

غير أن هذا الرأي تعرض بدوره الى النقد للفروق الواضحة بين الالتزامين، حيث أن طبيعة الالتزام بالسلامة هو تحقيق غاية أو نتيجة ويقتصر على تسليم المبيع خال من العيوب وتوفير الأمان للأشخاص فقط، بينما الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية⁴.

02- الإتجاه الثاني: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو الالتزام مستقل

يذهب هذا الاتجاه من الفقه الى اعتبار الالتزام بالإعلام قبل التعاقد التزاما قانونيا مستقلا يسود العلاقات العقدية من شأنه ان يدعم الثقة المشروعة في الروابط العقدية وليس التزاما تبعيا، وأن هذا الالتزام يجد مصدره في الالتزام الرئيسي بالتفاوض بحسن نية، إذ أن هذا الاخير يفرض على كل متفاوض منذ اللحظة الاولى لبدء التفاوض أن

¹ يقابلها المدة 432 مدني مصري والتي تنص على أنه "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة قصد المتعاقدين" ولا يوجد مقابل لها في القانون المدني الجزائري

² محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص:263

³ على محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص:93

⁴ على محمد حسين بوهان، نفس المرجع، ص:93

يتخذ موقفا إيجابيا تجاه المتفاوض الاخر فيطلع على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد ابرامه، لاسيما في ظل عدم التعادل في المعلومات التي يحوزها الطرفان¹. ويقتضي مبدأ حسن النية في التفاوض أن يجري التفاوض بشرف وأمانة، ومن ثم فإن كتمان معلومة أو بيان يعلمه المتفاوض أو من المفروض أن يعلمه يتنافى مع الثقة المشروعة ويعد إخلالا بمبدأ حسن النية .

وهذا ما عبرت عنه صراحة المادة 1-1112 مدني فرنسي والتي تستوجب من الطرف الذي يملك معلومة لها أهمية حاسمة في جعل الطرف الاخر يقدم أو يمتنع عن التفاوض، متى علمها أو متى كان يضع ثقته الكاملة بالمتعاقدين معه، فهذا يلقي جانب كبير من المسؤولية على المتفاوض في تقديم المعلومة والبيانات اللازمة حول العقد المرتقب ابرامه، وإن هذا النص قد حدد بوضوح مدى هذا الالتزام حينما استبعد البيانات المتعلقة بتقدير قيمة الاداء واعتبر كل معلومة أو بيان له صلة مباشرة بالعقد أو صفة من صفات الاطراف.

وقد سبقت محكمة النقض الفرنسية في الأخذ بهذا الاتجاه من خلال حكمها الصادر بتاريخ 1992/06/30 تتلخص وقائعها في زوجين اشترى قطعة أرض من سيدة لكي يقيما عليها مبنى سكني وقد اكتشفا بعد إتمام البيع، وجود محتوى مائي تحت الارض المباعه يعوق عملية البناء ولا يمكن اتمامه إلا بالقيام بأعمال إضافية تتطلب مصاريف ونفقات كبيرة، فطلب الزوجين بفسخ البيع.

وإثر رفض محكمة الاستئناف طلب الفسخ تم الطعن أمام محكمة النقض التي قررت نقض قرار محكمة الاستئناف لإخلاله بأحكام المادة 3/1134 مدني فرنسي بسبب إحجام البائعة أن تدلي للمشتري بالصفات الجوهرية للأرض المباعة، وأن تكشف عن وجود دعوى قضائية رفعت ضدها بنفس الموضوع من طرف مشتري آخر للأرض المجاورة لها².

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص: 425

² اشار اليه :علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص:451

مما يعني أن البائعة تكون قد أخلت بالتزاماتها القانونية السابقة على إبرام العقد لاسيما التزامها قبل التعاقد بالإعلام الذي يفرضه حسن النية في التعامل، والذي كان يلزم البائعة مراعاة لهذا المبدأ التحلي بالأمانة والثقة المشروعة، بإخبار المشتري عن جوانب مهمة في تعيين القطعة المباعة، قبل بحث المسائل الجوهرية الأخرى، وإحجامها وسكوته عن تقديم المعلومات والبيانات الجوهرية يجعلها مخلة بالتزامها بالإعلام، وهو الأمر الذي انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية.

وقد اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة أثناء التعاقد تدليسا، يجيز للمدلس عليه المطالبة بإبطال العقد إستنادا لما تنص عليه المادة 2/86 مدني جزائري والتي تنص على أنه " يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة" وهو المبدأ الذي سارت عليه المحكمة العليا- الغرفة المدنية- في قرارها الصادر بتاريخ 1993/06/23 ملف رقم 101365 حيث إعتبرت (أن العنب المباع كان مصابا بأمراض الكروم، وإن البائع كتم هذا المرض قصد بيع العنب) واعتبرت أن سكوت البائع عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا¹.

فإذا كان التدليس في الأصل لا يتم إلا باللجوء الى طرق احتيالية تولد الغلط في ذهن المتعاقد، فتخفي عنه الحقيقة إلا أن المشرع رأى أن مجرد السكوت يكفي أحيانا لقيام التدليس، ويطلق عليه في هذه الحالة " الكتمان التدليسي" فهذا لا يقصد به مجرد الامتناع عن الكلام ، بل يقصد به السكوت العمد بسوء نية عن ذكر واقعة معينة حينما يشعر هذا المتفاوض أن الطرف الآخر يجهل أمراً ما كان ليبرم العقد لو علم به².

وفضلا عن المادة 86 مدني جزائري فإن المادة 17 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تستوجب على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك³.

¹ نقلا عن : بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص:187

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:427

³ الجريدة الرسمية الجزائرية ، العدد 15، المؤرخة في 2009/03/08.

فيتبين من مقتضيات المادة 17 من القانون 03/09 السالف الذكر أن الالتزام بالإعلام السابق على التعاقد في عقد البيع الاستهلاكي هو التزام قانوني يتحملة كل متدخل في العملية الاستهلاكية في حالة وضع المنتج للاستهلاك، فيستوجب أن يقوم بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج وبالعقبة بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، ناهيك عن احترام الشروط القانونية المنصوص عليها بالمادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش والتي تبين كيفية عرض البيانات والمعلومات.

وعلى ذلك يمكن أن نستخلص بأن المشرع الجزائري يحمي المتعاقد الضعيف أو المتعاقد العادي أو المستهلك في عقود الاستهلاك من خلال نظرية عيوب الرضا أو العيوب الخفية وكذا حمايته في الفترة السابقة على التعاقد من خلال حمايته من مظاهر التدليس والخداع والغش، غير أنه يجب أن نلاحظ غياب النصوص القانونية الصريحة ضمن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري في مرحلة تكوين العقد والتي من شأنها بيان الالتزام المتفرع عن حسن النية والمتمثل في الالتزام قبل التعاقد بالإعلام وتمييزه بأحكام تبين حدوده ومداه ونطاق تطبيقه.

رابعا- شروط ومضمون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

إذا كان الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو الوسيلة المثلى لحماية الرضا التعاقد في مواجهة اختلال التوازن المعرفي أو المعلومات، فإنه يشترط لوجوده مجموعة من الشروط تتحدد في ضوء ما يهدف إليه الالتزام، ومن الاهداف التي يقصدها هذا الالتزام بصفة عامة أن يعلم من لا يعلم من المتفاوضين حتى يكون رضاه صادر عن إرادة سليمة وواعية ومدركة لما يقدم عليه كل متعاقد ما لم يتبين أن الاستمرار في التفاوض هو مضيعة للجهد والوقت، وأن محل التفاوض لا يلبي رغباته وطموحه، فلذلك يشترط لقيام هذا الالتزام أن يكون المدين به على علم بالمعلومات محل الالتزام بالإعلام من ناحية وأن يكون الدائن جاهل بهذا الالتزام من جهة أخرى¹.

¹ محمد حسن قاسم، القانون المدني للالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص:268

فمن ناحية علم المدين بالمعلومات والبيانات المتعلقة بمحل الالتزام بالإعلام فإن هذا يجب تحققه بدهاءة، فالبائع يجب أن يكون على علم بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالشيء الذي يعرضه للتفاوض بغرض التوصل الى بيعه الى شخص آخر في نهاية الامر، فلا يستقيم أن يعرض البائع سلعة، وهو يجهل الغرض منها ومدى صلاحيتها وعدم تضمينها ببيانات المصنع أو المعلومات التقنية أو الفنية للمبيع، فإن كان كذلك فيجب عليه أن يستعلم بنفسه حتى يتمكن من المعلومات التي يجب عليه اعلام المتعاقد معه، كما أن صفة المحترف أو المهني المتعاقد تفترض عليه أن يكون عالما بالشيء المبيع وعالما بجميع المعلومات والبيانات التي يتعين عليه الادلاء بها للمتعاقد معه أو المستهلك.

أما من ناحية جهل الدائن أو عدم علمه بالمعلومات والبيانات المتعلقة بمحل الالتزام التعاقدى بالإعلام فهذا مفترض بسبب عدم تخصص الدائن وعدم خبرته بشأن محل التعاقد، أو بسبب ارتكازه فقط على الثقة المشروعة التي تربطه بالمدين بالالتزام، وهذا شرط أساسي في قيام هذا الالتزام لأن الالتزام بالإعلام لا يتوافر إلا إذا كان جهل المتعاقد بالمعلومات جهلا مشروعاً.

ويكون الجهل مشروعاً إما بسبب استحالة وصول هذا المتعاقد بنفسه الى المعلومات المطلوب علمه بها، على اعتبار أن هذه المعلومات أو البيانات بحوزة المدين بها وأما بسبب اعتبارات الثقة المشروعة التي تربط الدائن بالمدين، والتي تجعله يعتقد بأن المتعاقد معه سيقوم بمبادرة إعلامه بذلك وتجد هذه الثقة مصدرها في طبيعة العقد، بحيث يربط الطرفين عقد من عقود الثقة مثل عقد الوكالة وغيرها وقد يكون الثقة صفة الاطراف حيث يكون بينهما علاقة قرابة أو يكون أحد الطرفين مهني أو محترف، بينما الطرف الآخر غير مهني لا يملك إلا أن يركن الى ثقته في الاول للحصول منه على المعلومات المؤثرة في رضائه التعاقدى والمبادرة الى ذلك¹.

أما بخصوص مضمون الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام فهو لا يقتصر دوماً على مجرد الادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد فحسب، بل قد يصل مداه في بعض الحالات الى

¹ محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد،المجلد الاول، المرجع السابق، ص:271

التحذير أو تقديم النصيحة،¹ فلذلك للإحاطة بمضمون هذا الالتزام نتناول ذلك بشيء من التفصيل على النحو التالي:

- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

يقتضي مضمون هذا الالتزام أن يلتزم المفاوض بتقديم البيانات والمعلومات المكتوبة أو الشفوية المتعلقة بمحل العقد المتفاوض عليه ومضمون هذه البيانات يختلف باختلاف محل التفاوض.

فإذا كان محل التفاوض منقولاً (منتجات صناعية أو سلع تجارية) فيقتضي التعريف به من خلال مكوناته وأوصافه الخارجية وملحقاته إن وجدت ووزنه أو قياسه وعدده وبلد المنشأ وسنة الصنع أو الإنتاج واسم المنتج وصفته وطريقة الاستعمال وموانع الاستعمال تاريخ انتها صلاحية و كفاءات الحفظ والصيانة وغيرها من البيانات المتطلبة وقد اشار الى بعض هذه البيانات المادة 05 من القانون رقم 04- 02 المؤرخ 2004/07/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم².

أما إذا كان محل التفاوض واردا على عقار، فيكفي تعيينه تعينا نافيا للجهالة وذلك بتحديد طبيعته وموقعه ومساحته ومكوناته الاساسية وملحقاته، ووضع القانوني والمادي وتحديد أصل ملكيته، وقد يستعين الدائن على معرفة ذلك بنفسه من خلال الحصول على شهادة معلومات على العقار من المحافظة العقارية المختصة.

- الالتزام قبل التعاقد بالتحذير:

قد لا يكفي في بعض الاحيان احاطة الدائن في التزام بالإعلام قبل التعاقد بإحاطته بالمعلومات أو البيانات المتعلقة بالعقد فحسب، بل يقتضي من المدين وتبعا للظروف المحيطة بالتعاقد ومحل العقد أن يلفت انتباه الدائن الى احتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناتجة عن العقد، حتى يتسنى له أخذ الحيطة والحذر لتفادي هذه الخطورة ولا

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:429

² القانون رقم 04- 02 المؤرخ 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية(ج ر 41 مؤرخة في 2004/06/27) معدل ومتمم بالقانون 06-10 مؤرخ في 2010/08/15 (ج ر 46 مؤرخة في 2010/08/18).

يكفي في هذه الحالة الادلاء بالتحذير شفاهة بل يقتضي اتخاذ موقف ايجابي يصل الى حد التأكيد والتصميم على تنبيه الدائن للخطورة الناشئة عن العقد¹ . وهذا الالتزام لا يعد مستقلا عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، بل هو مكمل له وينطبق بالدرجة الاولى على بائعي وصانعي المواد الخطرة التي تهدد أمن وسلامة المستهلك مثل المتفجرات والأسلحة بمختلف انواعها والمواد الكيميائية السامة والآليات والآلات الميكانيكية² .

- الالتزام قبل التعاقد بالمشورة أو النصيحة :

هذا الالتزام ينطوي على درجة متقدمة من الايجابية ومشاركة المهني أو المحترف اتجاه المستهلك فهذا الالتزام لا يقف عند مجرد تقديم بيانات أو معلومات متعلقة بالعقد على سبيل البيان أو العرض، بل يضع على عاتق المهني أو المحترف الزامية اظهار مزايا وعيوب الشيء محل التفاوض، من أجل تمكينه من اتخاذ القرار الصحيح وإدراك ما سيقدم عليه من خلال التفاوض، وقد يصل الامر الى إلزام المهني أو المحترف إلى توجيه خيارات المتعاقد معه وذلك بتتوير رضائه³، والواقع إن هذا الالتزام هو جزء لا يتجزأ عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في درجة متقدمة من الشدة، شأنه في ذلك شأن الالتزام بالتحذير⁴ .

خامسا - حدود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

سبق وإن علمنا أن مصدر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يتمثل في الثقة المشروعة التي يضعها الدائن بهذا الالتزام في المدين وأن هذه الثقة تبعث الامل في الدائن للتحويل على الحصول على المعلومات والبيانات وملابسات العقد من المدين، إلا أن هذا لا يمنح الدائن أن يستكن ويتخذ موقفا سلبيا لا يراعي مصالحه الخاصة من التفاوض.

¹ رجب كريم عبدالله، المرجع السابق، ص:433

² عرفت المادة 3 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري: المنتج الخطير كل منتج لا يستجيب لمفهوم المنتج المضمون .

وعرفت نفس المادة المنتج المضمون بأنه: كل منتج، في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها، بما في ذلك، المدة، لا يشكل اي خطر أو يشكل اخطارا محدودة في أدنى مستوى ، تتناسب مع استعمال المنتج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الاشخاص.

³ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص:273

⁴ رجب كريم عبدالله، نفس المرجع، ص:437

لذلك كان لزاما تقييد حدود الالتزام بالإعلام بأمرين، أولهما أن هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة على حد الرأي الراجح فقها وأيده القضاء، لان المدين ملزم بالإدلاء بالبيانات التي تمكّن هذا الاخير من الاستخدام الصحيح لمحل العقد المتفاوض عليه وتجنبه الخطورة الكامنة فيه، ولا يضمن تحقيق هذه النتيجة التي يتوقف أمرها على التزام الدائن في الاخذ بها، أما الامر الثاني أن الالتزام بالإعلام يقتصر على الافضاء بالبيانات والمعلومات التي يستحيل على الدائن الوصول إلى العلم بها بنفسه كما ان الدائن نفسه يكون ملزما بالاستعلام عن الحقيقة بكافة الوسائل المتاحة¹.

الفرع الثاني - الالتزام بالتعاون :

عرف الفقيه الفرنسي المشهور " جون كربونييه" الالتزام بالتعاون بأنه هو أداة للتوفيق بين مصالح متعارضة ومتشابكة، يسعى من خلالها كل متعاقد الى تحقيق مصالحه الخاصة ولو على حساب الطرف الاخر، الامر الذي يحتم وجود صراع مستمر يخفيه التعاون الظاهر بين الطرفين، بأن يتفاوضا على العقد المراد ابرامه بطريقة توافقية تتفق مع ما يوجبه حسن النية والثقة المشروعة في التعامل².

فالتفاوض على العقد المراد ابرامه يحتاج دوما إلى التوافق بين الاطراف المتفاوضة في جو يسوده التعاون بحسن نية لبلوغ الاهداف المشتركة للطرفين، فعلى هذا الاساس فإن المفاوضات العقدية تقتضي التعاون المشترك البناء والمستمر بين الطرفين قصد الوصول الى الاتفاق الذي سوف يجسد العقد المتفاوض عليه.

فلهذا فان الالتزام بالتعاون يفرض على كل طرف أن يكون متعاوننا تعاوننا تاما ومستمر مع الطرف الآخر الى غاية انتهاء التفاوض ببلوغ العقد النهائي أو بفض عملية التفاوض وهذا التعاون يقتضي التفاعل والتعاون في نفس الوقت للوصول الى المصالح المشتركة والمتوازنة للطرفين ولم يعد التفاوض مجالا للتناحر والتكالب والتمسك بالمصالح الضيقة، بل هو مجالا لتبادل الثقة واتحاد المصالح المشتركة ومظاهر التعاون كثير وليس لها حصر³.

¹ رجب كريم عبدالله، المرجع السابق، ص:440

² بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص:176

³ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق ، ص28

تتجلى في بعض الصور التالية احترام مواعيد جلسات التفاوض ومواعيد الاجتماعات و جداول الاعمال، الرد على المراسلات المتبادلة بين الاطراف في المواعيد المحددة أو المعقولة، والجدية في مناقشة العروض وعدم التقدم بعروض تعجيزية أو غير العقلانية والمخالفة لمنطق التعامل وعدم التأخر في التعبير عن الرغبات أو المواقف من عروض مطروحة¹ وعدم الرفض غير لمبرر لتعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة فنية مختلف عليها وتحديد أماكن مختلفة للتفاوض والتي من شأنها الاكثار من التنقل وشد الرحال دون مبرر، والعبرة في ذلك معيار الرجل العادي².

الفرع الثالث - الالتزام بالمحافظة على السرية:

المقصود بالالتزام بالمحافظة على السرية هو ذلك الالتزام الذي يفرض على كل متفاوض التزام الصمت بخصوص كل ما يصل الى علمه أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات أو من خلال ما يتبادله مع المتفاوض الآخر من وثائق ومستندات أو من خلال ما يدور بينهما من مناقشات، أو من خلال الصدفة أو من خلال الابحاث والدراسات التي يستلزمها ابرام العقد المزمع ابرامه³.

وتكمن أهمية التزام المحافظة على السرية في مرحلة التفاوض باعتباره أهم التزام يقتضيه مبدأ حسن النية في هذه المرحلة، ذلك أن السير الامثل للتفاوض يتطلب من الطرفين أو من أحدهما بالبوح عن أسرار هامة المتعلقة بالعقد المرتقب إبرامه، وأن هذه الاسرار تمثل أهمية قصوى لصاحبها.

فلذا يستوجب لمن تلقى السر بأي شكل وبأي كيفية كانت أو يكون قد إطلع عليها أثناء التفاوض، أن يحافظ عليها بعدم افشائها للغير ولا يعتمد إلى استغلالها لحسابه الخاص دون الحصول على ترخيص من مالكها، فليس من العدل أن يتجه المرء الى مائدة التفاوض من أجل استثمار أفكاره للحصول على ما يقابلها من أموال فيرجع صفر اليدين لا هو تحصل على المقابل بموجب تصرفه في الشيء موضوع التفاوض، ولا هو احتفظ على استغلال أسرارها.

¹ انس عبدالمهدي فريجات، المرجع السابق، ص 676

² محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص 29

³ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص 481

أولاً- مضمون الالتزام بالمحافظة على السرية:

إذا كان الالتزام بالمحافظة على السرية يقتضي من المدين بهذا الالتزام عدم إفشاء الاسرار المطلع عليها أثناء التفاوض أو عدم استغلالها على أي وجه كان إلا بموافقة صاحبها، فإن هذين الشقين الأساسيين يشكلان مضمون هذا الالتزام .

فمن ناحية الالتزام بالمحافظة على الاسرار بعدم افشائها و إذاعتها للغير فيقتضى من الطرف الذي تلقى هذه الاسرار بأن يمتنع كلياً عن نشر أو نقل المعلومات والبيانات التي تلقاها أو اطلع عليها سواء أثناء التفاوض أو حتى بعد فشله أو العدول عنه من أحد الاطراف، وهذا الالتزام لا يخص الشخص المفاوض فحسب، بل يمتد ليشمل كذلك اعضاء الوفد التفاوضي عند الاقتضاء، فيلتزمون ايضاً بعدم افشاء هذه الاسرار باعتبارهم تابعين للطرف المفاوض¹.

أما من ناحية الالتزام بالامتناع عن استغلال أو استعمال الاسرار المطلع عليها لحسابه الخاص، فإن هذا الالتزام يحتم على المتفاوض الذي تلقاها أو اطلع عليها أن يمتنع عن استغلالها لحسابه الخاص دون إذن من صاحبها سواء اثناء التفاوض أو بعده عند فشل التفاوض.

فإذا كان السر يتعلق ببراءة اختراع فيستوجب عدم المضي قدماً في تصنيع هذا الاختراع أو تقليده وإذا تعلق الامر بأسرار تكنولوجيا جديدة، فيتعين على متلقى هذا السر إلا يستعمله أو يبيعه الى الغير قبل أن يتحصل على موافقة أصحابها وأما إذا تعلق الامر بوثائق سرية مثل الخرائط والرسوم والنماذج أو العقود والشهادات والتي يكون قد تلقاها من الطرف الآخر بهدف تسهيل عملية التفاوض، فإنه يلتزم عندئذ بأن يمتنع عن التصرف فيها أو أخذ صور منها، وأن يقوم بإرجاعها الى صاحبها في حالة فشل التفاوض².

ومن التطبيقات القضائية للالتزام بالمحافظة على الاسرار قضية المدعو(سميت Leatham .D .Smith) والتي تتلخص مجرياتها في أن هذا الاخير استحدث طريقة جديدة لنقل البضائع بابتكار تصاميم لحاويات وشيد مصنع لإنتاجها، وبعد الشروع في

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:369

² رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص:470

الانتاج سنة 1945 أبدأت شركة (درافو Dravo) استعادها لشراء عدد من الحاويات وبأشرت التفاوض معهم في هذا الشأن، فتطورت المفاوضات ليس لشراء الحاويات فحسب، بل لشراء المصنع برمته وفي هذه الاثناء قد أفصح ممثلي شركة سميت عن معلومات تفصيلية بخصوص التصميمات والنماذج المتعلقة بالحوايات فضلا عن قوائم العملاء ووكلاء الشركة الحاليين والمتوقعين مستقبلا، كما أن مندوبو شركة دارفو قاموا بزيارة تفقدية للمصنع موضوع التفاوض وشاهدوا عن قرب عملية التصنيع¹.

وإثر مواصلة التفاوض مع ورثة سميت بعد وفاة مالكة الاصل في 1947/01/30 فشلت المفاوضات، ثم شرعت بعد ذلك شركة دارفو في صنع حاويات مماثلة للحاويات التي كانت تصنعها شركة سميت مع ادخال بعض التحسينات عليها بلغ عددها 500 حاوية سنويا، وتم بيعها لعملاء سابقين لشركة سميت التي تعرضت لخسائر فادحة.

فقامت شركة سميت برفع دعوى قضائية ضد شركة دارفو من أجل استصدار أمراً يمنعها من استغلال الاسرار التجارية من معلومات وتصاميم فنية سرية للحاويات وخطط للمصنع وأسماء العملاء المتحصل عليها بموجب عملية التفاوض، باعتبارها أنها أساءت استغلال المعلومات والمعارف المتحصل عليها من التفاوض، مما أدى الى إلحاق الأضرار بشركة سميت.

دفعت الشركة المدعى عليها بأن المعلومات والمعارف الفنية المستخدمة في إنتاج الحاويات لم تعد تكتسي طابع السرية، من خلال انتاج الشركة المدعية عدد كبير منها وطرحها في الاسواق فأصبح من السهل التعرف على مكوناتها وطريقة صنعها، أما بخصوص قوائم العملاء، فإنها تنكر حيازتها لهذه القوائم.

فانتهت الدعوى بصدور حكم برفض الدعوى على اعتبار أن المعلومات والمعارف المستخدمة في إنتاج الحاويات فقدت طابع السرية بنشرها في المجلات والمطبوعات فضلا عن بيع الحاويات في الاسواق وانتشر استعمالها.

فتم استئناف الحكم أمام الدائرة السابعة لمحكمة الاستئناف الامريكية والتي أصدرت حكما بإلغاء الحكم المستأنف فيه وتصديا من جديد بقبول الدعوى في الموضوع على

¹ أشار اليه: علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 487

اعتبار أن التصميمات التفصيلية والرسومات الهندسية للحاويات لم ينشر عنها أي شيء وأن كشف سر صناعة الحاويات يحتاج الى جهد كبير للتعرف على مكوناتها ورسوماتها وهو الشيء الذي لم تفعله الشركة المدعى عليها في الاستئناف، وإنما تحصلت عليها مع قوائم العملاء أثناء المفاوضات، استغلالاً لثقة التي كانت تجمع الشركتين¹.

وعليه فان حكم محكمة الاستئناف في هذه القضية يعبر صراحة عن مبدأ عدم استغلال واستعمال الاسرار التجارية المتحصل عليها من عمليات التفاوض، سواء أثناء المفاوضات أو بعد فشلها، وتعتبر المفاوضات المخل بهذا الالتزام سيء النية.

ثانياً - حدود الالتزام بالمحافظة على الاسرار:

إن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات والبيانات التي يقتضيها اتفاق التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة، لا يكفي الطرف الذي يلقي على عاتقه هذا الالتزام التحجج بأنه قام ما بوسعه القيام به ليمتنع عن إفشاء الاسرار أو استغلالها بدون وجه حق، وإنما يجب عليه أن يمتنع عن ذلك فعلياً، وإلا عد مخلاً بهذا الالتزام ويستوجب مساءلته على نتائج أفعاله.

لكن يبقى التساؤل حول حجم ونوع المعلومات التي يتم إفشائها، حتى يعتبر الطرف الملزم بالمحافظة على السرية مخلاً بهذا الالتزام ويستوجب قيام مسؤوليته.

يرى البعض أن حجم ونوع المعلومات التي يلتزم بها المتفاوض بالمحافظة على سريتها فإنه يتحدد بالرجوع الى اتفاق الطرفين أولاً، فإذا لم يكن هناك اتفاق، وهو الوضع الغالب تولى القاضي تحديده وفقاً لسلطته التقديرية، ولا جدال في استبعاد المعلومات المعروفة لدى الجميع، لكونها ليست أسرار تحظى بالحماية القانونية وكذلك المعلومات العارية من أي قيمة مادية أو قانونية أو معنوية بالنسبة لأصحابها²، لكن استعمال الشيء الذي ينطوي عليه الالتزام بالمحافظة على السرية لا يمنع المتفاوض من استعماله على سبيل التجربة ولكن لا يجب تجاوز الهدف الحقيقي من التجربة .

الفرع الرابع- الالتزام بالاستعلام:

¹ أشار اليه :علي أحمد صالح، المرجع السابق،ص:487

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:471

إذا كان الالتزام بالإعلام التعاقدى يلزم المدين به تقديمه للطرف الآخر التعليمات والبيانات المتعلقة بالعقد، فإن الالتزام بالاستعلام على العكس من ذلك فهو يضع على كاهل المتفاوض المحترف أو المهني بأن يسعى بنفسه أو بواسطة شخص آخر الى البحث عن المعلومات وكل ما هو ضروري ومؤثر في اتخاذ القرار لعملية التفاوض فيكون على كل متفاوض بذل الجهد ليستعلم عن ظروف وملابسات كل العملية المتعلقة بموضوع التفاوض¹.

ولتناول الالتزام بالاستعلام بأكثر تفصيل يقتضي التعريف به وتحديد مضمونه وحدوده من خلال البنود التالية:

أولاً- تعريف الالتزام بالاستعلام:

عرف البعض الالتزام بالاستعلام بأنه "النزاهة" قصد منه أن يلتزم المدين مهنيًا كان أو غير مهني بالتحري أو البحث عما يجمله من معلومات يتعين عليه تقديمها الى الدائن بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد².

فيتبين من خلال هذا التعريف أن المدين بالالتزام بالاستعلام يسعى بنفسه أو بالواسطة في طلب الحصول على المعلومات، التي من شأنها دفع جهالته بموضوع التفاوض من أجل تقديمها الى الدائن بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وعادة ما يكون المدين بهذا الالتزام صاحب مهنة أو حرفة.

يجد هذا الالتزام مجال تطبيقها أكثر في عقود الاستهلاك التي تستلزم من الحرفي او المهني تقديم المعلومات الجوهرية الخاصة بمحل العقد.

ثانياً- مضمون الالتزام بالاستعلام:

الالتزام بالاستعلام بصفة عامة يقتضي من المدين المحترف أو المهني قبل إعلام المتفاوض معه بمحل العقد المرتقب ابرامه، أن يكون هو نفسه على علم بالمعلومات والبيانات التي تُنهض اختصاصاته، وبالتالي يستوجب من المدين كمحترف أو مهني أن يكون على علم بمضمون المعلومة التي يزود بها الدائن، ويستوجب منه البحث عنها

¹ محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص:23

² بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2018، ص:22

بنفسه وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية في وقت مبكر الى تأكيدها على هذا الالتزام بقولها " يجب على كل بائع لبضاعة ما، قبل أن تتحقق عملية البيع بصفة نهائية أن يتحصل على المعلومات الضرورية للمشتري ويعلم هذا الاخير بها، و يعلمه بالعوائق التقنية لشيء المباع ومدى صلاحيته للغرض الذي يأمله المشتري. وهذا ما يثبت بأن الالتزام بالاستعلام قبل التعاقد يكون على عاتق المحترف أو المهني الذي يستوجب عليه أولاً معرفة الجدوى من التعاقد و الاخطار الناجمة عن استعمال محل العقد سواء كانت أخطار مادية أو قانونية والعوائق التقنية التي قد يصادفها المشتري من استعماله أو استغلاله كما يستوجب معرفة مدى صلاحية الشيء المباع للغرض الذي من شأنه أن يجعل المشتري يقدم على التفاوض للوصول في النهاية الى ابرام العقد النهائي.

الباب الثاني - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد:

سبق وإن عرفنا بأن المرحلة السابقة على التعاقد تنطوي على العديد من الالتزامات والمستندات المختلفة التي يفرزها التفاوض بدء من بداية التفاوض الى مرحلة السير فيها وبلوغه مرحلة العقد النهائي أو إنهاء التفاوض بسبب فشل المفاوضات.

غير أنه يجب أن نشير الى أنه في جميع مراحل التفاوض يستوجب نهوض الواجب القانوني الذي يضطلع به مبدأ حسن النية في التعامل، قبل وبعد أن يصير التزاماً قانونياً، ويتفرع عنه العديد من الالتزامات قبل التعاقدية تختلف في طبيعتها وقيمتها القانونية، فيتعين على كل مفاوض التقيد ومراعاة مضامينها والنهوض بها و التزام حدود مجرياتها.

لكن هذه الالتزامات الأصلية والفرعية منها قد لا تجد دوماً الأذان الصاغية من هذا المتفاوض أو ذلك، فينأى بنفسه من أول وهلة ويركن الى جانب سوء النية، لا لتحقيق غرض التفاوض بل ليركب قوارب الغش والتضليل إضراراً بالمتفاوض الآخر.

فقد يعمد المتفاوض السيئ النية الى الإنسحاب أو العدول عن التفاوض دون سبب جدي ومشروع ولا يقف عند هذا الحد فحسب، بل يسعى الى إفشاء أسرار التفاوض بالكشف أو الاستغلال، كما قد يعمد الى الإحجام والتستر عن تقديم المساعدة اللازمة لبناء إرادة التفاوض فضلاً عن تضليل المتفاوض باستعمال أساليب الغش والخداع.

كل هذا يثير التساؤل حول أهمية الحماية القانونية للمتفاوض المضرور؟ وما هي مفاعيل هذه الحماية للنهوض بمسؤولية المتفاوض السيئ النية تحقيقاً للعدالة العقدية؟ وما طبيعة هذه المسؤولية؟

لذلك سأحاول عرض مختلف الآراء ومناقشتها للوقوف على الطبيعة القانونية المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض وتحديد موقف التشريع المقارن في كل منها على النحو التالي:

الفصل الاول- طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة التفاوض :

لاشك أن مرحلة المفاوضات العقدية يتم خلالها بحث كل الجوانب الفنية والمالية والقانونية للعقد المرتقب ابرامه فضلا عن ذلك، إن ما تستغرقه هذه المرحلة من وقت نفقات لإعداد الدراسات والمخططات والخبرات وغيرها، وقد يلجأ المتفاوضون الى ابرام اتفاقات تحضيرية ونهائية وتحرير مستندات متعددة يقصد بها الشعور بالأمان في التفاوض وهو الشعور الذي يجعل كل طرف يقدم على التفاوض، وهو مطمئن لا يخشى أي غدر أو خديعة من الطرف الاخر، ويشعر الراغب في التفاوض بنوع من الإلزام للسير والدفع بالمفاوضات الجارية الى الامام¹.

وقد يحدث كل هذا دون أن يكون لأطراف التفاوض أي نصوص قانونية تنظم المفاوضات على العقد، وما يصدر في هذه المرحلة من مستندات، لذلك فقد أهتم الفقه بدراسات طبيعة الالتزامات الناجمة عن مرحلة التفاوض ودراسة المسؤولية المرتبطة بها . غير أن الفقه اختلف في تحديد طبيعة هذه المسؤولية من وقت الى آخر وقد اشدت هذا الخلاف منذ مطلع القرن العشرين حول ما يمكن أن يكون أساسا للمسؤولية واختلفت آراهم في محاولات رد هذه المسؤولية لنظام قانوني معين.

اعتبر بعض الفقه أن التفاوض على العقد هي مجرد وقائع مادية لا يترتب عنها في حالة وقوع اضرار سوى المسؤولية تقصيرية، ومنهم من يعتبر أن التفاوض على العقد هو تصرف قانوني ذو طبيعة عقدية، يترتب عليه في حالة الاخلال به أو التأخر في التنفيذ المسؤولية العقدية.

الى جانب هذين الرأيين الفقهيين ظهر رأي فقهي ثالث إثر الانتقادات الموجهة لتكييف المسؤولية المتفاوض، واعتبر طبيعة هذه المسؤولية هي مسؤولية من نوع خاص وقد ذهب انصار هذا الاتجاه الى انها مسؤولية تقف جنبا الى جانب المسؤوليتين العقدية و التقصيرية وأن أحكامها متميزة بطبيعة المرحلة التي تعالجها، على اساس أن هذه

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق ، ص:589

المسؤولية تحمل طبيعة وأوصاف الحق نفسه الذي تحميه وهذه المسؤولية هي مسؤولية ما قبل التعاقد¹.

غير أن هذا الاتجاه الأخير ليس له ما يبرره من وجهة نظرنا ولا يمكن مسايرة أنصاره باعتبار أن جل التشريعات نظمت كل من المسؤولية العقدية و التقصيرية بأحكام مستقلة عن بعضها البعض ولا مجال لابتداع نوع ثالث من المسؤولية، هذا من جانب ومن جانب آخر، فإن قواعد وأحكام كل من المسؤوليتين تفي بتغطية ومعالجة كافة الأضرار حتى وإن كانت في مرحلة السابقة على التعاقد، لأن الأصل في العقود إنها قائمة على مبدأ حسن النية الذي هو مبدأ عام يسري على كافة الالتزامات سواء كانت سابقة على إبرام العقد أو بعد إبرامه وأثناء تنفيذه.² كما أن الخطأ لتحقيق المسؤولية سوف لن يكن إلا خطأ تقصيري في الأساس أو خطأ عقدي استثناء في حالة الاتفاق على التفاوض.

وهذا الاختلاف والتباين في المواقف اتجاه طبيعة المسؤولية الملقاة على المتفاوض لا تقف عند وجهات النظر الفقهية فحسب، بل أن هذا الاختلاف انعكس على مختلف نظم القانون المقارن، وتبعه في ذلك الاجتهادات القضائية الذي ما زال الى يومنا هذا يكيف كل ما يتم في المرحلة التفاوض بمجرد وقائع مادية التي تقوم جرائها أية مسؤولية إلا بثبوت خطأ المتفاوض بغض النظر عن الإخلال بما تم من اتفاقات تحضيرية و عقود تمهيدية تتخلل مرحلة التفاوض.

لذلك سوف نحاول الوقوف على مختلف الآراء الفقهية لمعرفة الطبيعة القانونية للمسؤولية التفاوضية من خلال بحث أسسها ضمن النظريات الفقهية التقليدية والمعاصرة ومعرفة وجهة نظر القانون المقارن من ذلك على النحو التالي:

المبحث الأول- اتجاهات الفقه التقليدي في تحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة

التفاوض:

كما سبقت الإشارة أن الفقه التقليدي في حد ذاته لم يقف برأي واحد حول طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد، فقد تصدى هذا الفقه لدراسة الطبيعة القانونية للمسؤولية

¹ مجد عمر أحمد نزال، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، (أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة)، مصر، 2017، ص، 229

² مجد عمر أحمد نزال، المرجع السابق، ص 230

الناشئة عن قطع المفاوضات بهدف تحديد أحكام هذه المسؤولية وطبيعتها، إلا أن الفقه آنذاك لم يكن يميز بين المسؤولية عن قطع التفاوض والمسؤولية عن بطلان العقد بل كان يخلط بين المسؤوليتين ويضعهما الى قواعد قانونية واحدة حيث كان يتحدث عن المسؤولية قبل التعاقدية بصفة عامة ودون تمييز فظهر إثر ذلك عدة نظريات فقهية تؤسس للمسؤولية التفاوضية¹.

فاعتبر البعض أن هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية وأوجد لرأيه أسسا سابقة على التعاقد ومرتبطة بالعقد في إبرامه أو في صحته، كما اعتبرها البعض الاخر مسؤولية تقصيرية فأوجد لها أسسا سابقة على التعاقد إلا أنها غير مرتبط بالعقد، بل مرتبطة بأوضاع مادية تسبق عملية التعاقد. لكن الفقه المعاصر حافظ على نفس التقسيم للمسؤولية التفاوضية ولو من الناحية الشكلية وفرق بين المسؤوليتين على اعتبار وجود عقد أو اتفاق التفاوض الصريح من عدمه فإذا وجد الاتفاق الصريح بين المتفاوضين، فإن هذا الاتفاق يعد اساسا للمسؤولية العقدية، أما إذا لم يوجد اتفاق فهذا يعد أساسا للمسؤولية التقصيرية.

لذلك سوف يكون محور البحث هو النظر في مجموع هذه الاسس من أجل تحليل مقتضاها وتقييمها لمعرفة مدى صحة وقوة كل رأي فقهي، حتى يمكن الوصول الى الرأي السديد الذي يصلح أن يكون أساس لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية التفاوضية ضمن ثلاث مطالب على النحو التالي:

المطلب الاول- نظريات الطبيعة العقدية للمسؤولية في مرحلة التفاوض :

المفهوم السائد² لدى الفقه للمسؤولية العقدية هو أن هذه المسؤولية تمثل جزء الاخلال بعقد، أو بالأحرى جزء الاخلال بالتزام ناشئ عن العقد، تتجسد هذه المسؤولية في نهاية

¹ حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص:27

² هذا المفهوم تعرض لنقد شديد من جانب من الفقه الفرنسي، وصل الى حد إنكار وجود مسؤولية عقدية ، واعتبر أن المفهوم السائد هو مفهوم فقهيًا خاطئًا لم يرد في نصوص القانون المدني ما يدعم وجوده، والواقع أن هذا النقد ينطوي على مبالغة ومخالف لما هو سائد فقهيًا وثابت في نصوص ومشاريع القانون المدني الفرنسي. ولورد على هذا الرأي جاء في مشروع كتالا الذي اكتفى في تقريره بذكر المواقف التي تبدو الأكثر تأثير في الواقع بقوله " يعلم الكل أن تيارا فقهيًا حديثًا ينفي أي ارتباط لبذل العطل والضرر التعاقدية بمفهوم المسؤولية التعاقدية ، فيعتبر المؤلفون الذين يدافعون عن وجهة النظر هذه أن بدل العطل والضرر هذا يشكل مجرد نوع من تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، الامر الذي يحملهم على استبعاد ضرورة حصول ضرر لتبرير منح بدل العطل والضرر، كما يحملهم على إخضاع كل الاحكام بالتعويض عن نتائج عدم التنفيذ الضارة للنظام غير تعاقدية. إن رؤية الامور على هذا

الامر بالحكم على المدين الذي أخل بتنفيذ التزامه بتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الاخلال.¹

وهذا ما أشار اليه صراحة نص المادة 2/1340 من مشروع " كتالا" التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادام في القانون الفرنسي الذي يكرس مفهوم المسؤولية التعاقدية بقوله "وكذلك (يلزم) كل عدم تنفيذ التزام تعاقدي يسبب ضررا للدائن يجبر المدين على تحمل مسؤوليته"² وكذلك الامر بالنسبة لمشروع وزارة العدل الفرنسية لتعديل قانون الالتزامات السابق ذكره.

كما نص قانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم 131-2016 قد تعرض الى ما يشير الى المسؤولية التعاقدية في المبحث الفرعي رقم 05 بعنوان " تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد" في مواده من 1231 الى 1231-7 مدني فرنسي. كما أن القانون المدني الجزائري لم يتضمن في نصوصه ذكر اسم " المسؤولية العقدية" على غرار باقي أصناف المسؤولية التقصيرية، ولكن يشير لها من خلال النصوص المنظمة لآثار الالتزام لاسيما المادتين 176 و 182 مدني جزائري، إذ تنص المادة 176 أنه " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه..." وتتص المادة 182 من نفس القانون " إذا لم يكن التعويض مقدر في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به...." وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة " غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة في وقت التعاقد".

النحو المتعارض مع معظم الاجتهاد، لم يتبناها معظم العلم" للإطلاع على هذا النقد انظر: محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات المصادر(1) العقد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2018 ص:191 وما بعدها. وانظر أيضا: بيار كتالا، المرجع السابق، ص:232 و 233، وانظر أيضا في نفس السياق : محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام – الواقعة القانونية(العمل غير المشروع- شيه العقود-

والقانون)، الجزء الثاني، دار الهدى ط2، الجزائر، 2004 ،ص:13

¹ محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات المصادر(1) العقد، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص:191

² بيار كتالا، المرجع السابق، ص:243

فهذه النصوص بالرغم من أنها تشير الى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض مهما كان مصدره، إلا أنها تبين بوضوح أنها تشمل التعويض الناجم عن الاخلال بالالتزام التعاقدى وتبين المادة 182/ 2 حدود هذا التعويض.

ولذلك فالتشريع المقارن يقر بالطبيعة العقدية للمسؤولية الناجمة عن الاخلال بالتزام تعاقدى في جميع مراحل تكوين العقد بما في ذلك مرحلة التفاوض على العقد، وينظم أحكامها في بعض الحالات بقواعد عامة.

لكن البحث عن الاساس القانوني للمسؤولية العقدية السابقة على التعاقد يقتضى منا تتبع مسارها من خلال نظريات الفقه التقليدي والمعاصر من الفروع التالية:

الفرع الاول/ نظرية الخطأ عند إبرام العقد **CULPA IN CONTRAHENDO**

تعتبر نظرية الخطأ عند إبرام العقد من أهم النظريات التي قيل بها في مجال التفاوض على العقد بصفة عامة وفي مجال المسؤولية التفاوضية بصفة خاصة، كونها تمثل أهمية لدى الفقه وجعلها في صدارة الحديث على المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات العقدية، وباعتبار أن هذه النظرية تمثل الاتجاه الفقهي القائل بأن المسؤولية السابقة على التعاقد هي مسؤولية ذات طبيعة عقدية، وقد حققت هذه النظرية شهرة وانتشار في الوسط الفقهي، مما يجعلها تتبوأ مكانة مرموقة بين نظريات القانون المدني ويرجع الفضل لهذه النظرية الى الفقيه الالماني إيهرينج Ihering.¹

أولا/ مضمون النظرية:

انطلق إيهرينج من فرضية أنه في حالة وقوع أحد المتعاقدين في غلط جوهري وطلب بطلان العقد لهذا السبب أفلا يحق للمتعاقد الآخر أن يطلب تعويضا عما سبب له البطلان من الضرر، فتلمس مصدر الرجوع بالتعويض في العمل الضار، فلم يجده لأن القانون الروماني الذي كان يطبق في المانيا آنذاك كان يحدد الاضرار التي تستوجب التعويض بشروط معينة، وبعد تفحصه نصوص القانون الروماني وجد أن بعضها تشير

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 202

الى حق الرجوع في حالة بطلان العقد بمقتضى دعوى العقد نفسها واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض¹.

وصاغ نظريته التي تجاوزت التطبيقات التي وجدها في القانون الرماني، بحيث رسم مبدأ يقضي بأن كل متعاقد تسبب ولو عن حسن نية في ايجاد مظهر كاذب لعقد باطل أطمئن المتعاقد الآخر بأنه صحيح، يلتزم بمقتضى هذا العقد الباطل أن يعرض المتعاقد عما أصابه من ضرر بسبب اطمئنانه الى العقد، فتكون مسؤولية المتسبب بخطئه في بطلان العقد مسؤولية عقدية قوامها العقد الباطل، وقد أطلق على هذه النظرية اسم "الخطأ عند إبرام العقد"².

فينتبه أن هذه النظرية أنها تتميز بعدة خصائص تتجلى في طبيعة دعوى المسؤولية التي يقوم عليها التعويض وأساس ومقدار التعويض في هذه الدعوى .

01- طبيعة دعوى المسؤولية عن الخطأ في إبرام العقد:

يرى إيهرينج أن دعوى التعويض القائمة على الخطأ عند تكوين العقد لا يمكن إلا أن تكون دعوى العقد، ولا تصلح أن تكون في دائرة العلاقات غير العقدية، رغم أن بطلان العقد قد يقتضي القائها في هذه الدائرة، إما أن تكون على شكل دعوى الغش التي تتأسس على التدليس ولكن يمنع اعتبارها دعوى تدليس في حالة المدعى عليه حسن النية الذي يجهل سبب بطلان العقد، وإما أن تكون دعوى الضرر المعروفة بدعوى قانون إكيليما التي تقتصر على اضرار محددة قانوناً، ولم يبق للتكييف دعوى تعويض القائمة على الخطأ في تكوين العقد سوى الدعوى المرتبطة بالعقد الباطل، على اعتبار أن العقد الباطل قد ينتج آثاراً ما، إذ لا يجوز أن يتجرد العقد الباطل من كل آثاره، فإذا تعلق البطلان بنقص ركن أو شرط من شروط العقد، فهذا يعني أن العقد لا ينتج آثار هذا الركن أو الشروط فقط، ولا يمنع من ترتيب آثار أخرى.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص: 624

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 203

02- أساس دعوى المسؤولية عن الخطأ عند تكوين العقد

وأساس هذه الدعوى هو أمرين اثنين، الأمر الأول يتمثل في الخطأ التعاقدى المنسوب الى المتعاقد الذي كان في جانبه سبب البطلان، بحيث أنه اقدم على التعاقد وهو يعلم أو من المفروض أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب تستوجب بطلان العقد، بينما المتعاقد الاخر إطمئن الى صحة التعاقد، فأصيب بضرر جراء هذا البطلان بل حتى في حالة عدم استطاعته أن يعلم بخطئه، فإنه من العدل تحمل نتيجة البطلان الذي تسبب فيه ولا يسوغ أن يتحمله الطرف المضرور من البطلان، باعتبار أنه حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع كشف سبب بطلان العقد، أما الأمر الثاني هو خرق المدين المنسوب له الخطأ التزاما تعاقديا، مصدر هذا الالتزام هو عقد الضمان¹ الذي التزم بمقتضاه كل متعاقد بأن يضمن للآخر صحة التعاقد، فإذا وجد سبب البطلان في جانب أحدهما، اعتبر مخلا بالتزامه يستوجب مساءلته والحكم عليه بالتعويض.²

والواقع أن الأساس القانوني للالتزام بالتعويض يكمن في خطأ المدعى عليه الذي يتمثل في البائع حال بيعه الاشياء الخارجة عن التعامل³.

فإذا كان البائع يتعين عليه أن يعلم بالمانع الذي يحول دون قيام العقد ولا يقدم بالتالي على إبرامه أما إذا أقدم على البيع وهو جاهل بهذا المانع، مما أدى الى الاضرار بالمشتري فيظل خطئه قائما حتى ولو لم يكن في مقدوره أن يعلم بهذا المانع، وهذا الحكم يتوافق مع ما تقضي به العدالة لأن من العدل أن نحمل البائع عواقب جهله بالمبيع، فكان من السهل على البائع معرفة العوائق التي تمنعه من التصرف في المبيع قبل الاقدام على ذلك وطالما أنه أقدم على البيع وهو جاهل بالمبيع، فهذا كافيا لإضفاء صفة الخطأ على جهل البائع حتى ولو لم يكن في استطاعته أن يعلم، لأنه أن لم يكن متأكدا تماما للتأكد

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق،ص: 624

² الفقيه ايرنج لا يدعي وجود عقد ضمان صريح بين المتعاقدين، بل يستخلصه من ظروف التعاقد، فبحسبه أن كل متعاقد إذا أقدم على التعاقد، فهو يتعهد ضمنا بأن لا يكون في جانبه سبب من اسباب بطلان العقد ورضا المتعاقد الاخر هو قبول هذا التعهد، فيقوم عقد الضمان الضمني، ولما كان الالتزام الناشئ عنه التزاما عقديا فالخطأ يكون مفترضا ولا يكلف الدائن بإثباته.

³ تكون الاشياء خارجة عن التعامل بحكم طبيعتها، وهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالهواء الطبيعي والشمس... الخ وتكون الاشياء خارجة عن التعامل بحكم القانون، والتي قد يجيزها القانون أن تكون محلا للحقوق المالية .

انظر في هذا الصدد المادة 682 من القانون المدني الجزائري

من صحة تصرفه فلا ينبغي له الاقدام على البيع على اعتبار أن التصرف بجهل يعد خطأ من جانبه، حتى ولو كان معذورا بجهله بما يعيق التصرف في المبيع¹.

لذلك إن التزام البائع بالتعويض نتيجة لخطئه عند إبرام العقد، سواء في حالة بيع شيئا خارج عن التعامل أو في حالة بيع مال تركه لا وجود لها يكون قد استخلصه إيهرينج من تطبيق مبدأ عام مفاده أن كل شخص يقدم على التعاقد يكون هو السبب في بطلانه، سواء كان سيء النية أو كان حسن النية، يلتزم بمقتضى العقد الباطل بتعويض المتعاقد المضرور، عما أصابه من ضرر جراء اعتقاده في صحة العقد اعتقادا يؤيده الظاهر².

طالما أن علة التزام البائع بالتعويض هي الخطأ عند إبرام عقد البيع، فلماذا يقتصر الأمر على الحالتين المنصوص عليهما قانونا ولم يعمم الحكم على الحالات المشابهة لها بحيث يطبق النص على كل حالة يقع فيها الخطأ عند إبرام العقد سواء في بيع الاشياء الخارجة عن التعامل أو في بيع الممنوع من التصرف أو غيرها من نفس الحالات، كما يطبق في بيع الشركة غير موجودة أو في بيع الدين غير موجود وغيره من نفس الحالات باعتبار أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدمًا³.

وعلى ذلك نرى أن يكون مفهوم الخطأ عند إبرام العقد بأنه " إقدام المتعاقد على التعاقد فيلحق ضررا بالمتعاقد الاخر، يلزمه بالتعويض نتيجة خطئه في إبرام عقد باطل، حتى لو لم يكن في مقدوره أن يعلم سبب هذا البطلان " .

03- تقدير التعويض في دعوى المسؤولية عن الخطأ في تكوين العقد

ولتقدير هذا التعويض بحسب إيهرينج فإنه يجب التميز بين عقد صحيح لم ينفذ وعقد باطل سبب ضرر للمتعاقد الذي إطمئن لصحته، ففي حالة العقد الصحيح يكون التعويض لمصلحة إيجابية، وفي حالة العقد الباطل يكون لمصلحة سلبية ووجه ذلك أن للمتعاقد مصلحة في قيام العقد وفي تنفيذه، فلو نقاعس المدين عن تنفيذ العقد لأمكن الدائن من المطالبة بتعويض يساوي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة عدم التنفيذ، وهذا

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:209

² هاتان الحالتان اللتان كانتا منصوص عليهما في القانون الالمانى

³ رجب كريم عبد اللاه، نفس المرجع، ص:211

ما يفسر المصلحة الايجابية والتي لا تكون إلا في العقد الصحيح فالمصلحة الايجابية أساسها صحة العقد.

أما إذا وقع العقد باطلا فلا يكون للمضور سوى مصلحة في عدم إبرامه، فيحق له حينئذ المطالبة بتعويض عما لحقه من ضرر من جراء اعتقاده صحة العقد على خلاف حقيقة بطلان العقد، وهذا ما يعرف بمصلحة العقد السلبية التي يتمتع بها المتعاقد حسن النية في حالة البطلان والتي مفادها أنها تقتصر على إعادة المتعاقد الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد وباعتبار أن مسألة البطلان في حد ذاتها هي من صميم القانون لا المدعى عليه، وإنما يؤخذ على المتسبب في الضرر جهله بأسباب البطلان يكون قد استخلصه إيهرينج من تطبيق مبدأ عام مفاده أن كل شخص يقدم على التعاقد يكون هو السبب في بطلانه، سواء كان سيء النية أو كان حسن النية، يلتزم بمقتضى العقد الباطل بتعويض المتعاقد المضور، عما أصابه من ضرر جراء اعتقاده في صحة العقد اعتادا يؤيده الظاهر وإقدامه على التعاقد بجهله هذا مما أدى الى الاضرار بالطرف المتعاقد معه نتيجة توهمه صحة العقد.

ثانيا - تقدير النظرية:

نظرية الخطأ عند إبرام العقد عرفت شهرة وانتشار واسع بين الفقه والقانون المقارن وبالرغم من سهولة فهمها وسلاسة طرحها، واعتبرت في نظر الفقه أول نظرية أسست للمسؤولية السابقة على التعاقد، وأقرت الطبيعة العقدية لهذه المسؤولية وسوت بين المرحلة قبل العقد ومرحلة التنفيذ بتأسيسها لتعويض المتعاقد الذي يتوهم صحة العقد الباطل وبالرغم من هذه المزايا وغيرها من المزايا الاخرى إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد الموجه لها مما يقتضي تناول مزاياها وعيوبها من خلال البنود التالية:

01- مزايا نظرية إيهرينج

يمكن ان نستخلص عدة مزايا لنظرية إيهرينج نوجزها في البنود التالية :

* بنى إيهرينج نظريته على فكرة الخطأ وأقام المسؤولية على مسلك من تسبب في عدم انعقاد العقد بالخطأ، وذهب الى حد افتراض وجود الخطأ من مجرد إقدام البائع على التعاقد دون أن يكون واثقا تماما من عدم وجود ما قد يعتري البيع من عيب وهو بذلك لا

يقيم المسؤولية على عقد ضمنى فيتقضى بذلك انتفاء المسؤولية إذا كان الظن مشتركاً بين الأطراف بما يدل على حسن نيتهم كما أنه يفترض توافر قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على توافر الخطأ من مجرد الإقدام على التعاقد مع توافر العيب، ولو كان العيب خفياً على المتسبب في الخطأ هو نفسه¹.

لذلك يظل بذل اليقظة أمر مطلوب في العلاقات العقدية ليس في مرحلة التنفيذ فحسب بل في مرحلة تكوين هذه العلاقات، لأن عدم مراعاة اليقظة يسفر عنه في الحالتين مسؤولية عقدية تلزم المتسبب في الضرر بالتعويض².

لذا فإن أهم ما يترتب على بطلان العقد المترام مع الخطأ عند الإبرام هو آثار أصلية لا باعتباره واقعة مادية بل باعتباره عقد³.

* تعد فكرة الخطأ عند التعاقد بالنسبة لإهرينج إبداعاً، فهو لم يسندها إلى أساس معين عقدي أو تقصيري، وهو بذلك يجعل ما يترتب عليها من نتائج ممكن الإخذ به في الأنظمة القانونية، فبذلك يعتبر الخطأ عند التعاقد بمثابة نوعاً ثالثاً يقف إلى جوارى الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، ويرتب على مجرد ثبوت رجوع سبب البطلان إلى طرف معين التزامه بالتعويض، وهذا ما يجعل النظرية سهلة الولوج إلى مختلف الأنظمة القانونية⁴.

* إن هذه النظرية وسعت في تطبيق المبادئ المستمدة من القانون الروماني آنذاك ليستوعب سائر المعاملات القائمة بين الأفراد، فهو لم يشترط للتعويض عن الضرر أن يكون مستجعماً للشروط المحددة في قانون إكوبليا والتي من بينها أن يكون الضرر محققاً ومادياً، حيث أقر حق المتعاقد في الحصول على التعويض عن الضرر متى اعتقد صحة العقد حتى ولو كان الطرف المسئول عن التعويض حسن النية⁵.

* كما وسع إيهرينج في فكرة العقد حيث لم يكن مقبولاً اعتبار كل إيجاب وقبول "عقداً" وابتدع فكرة عدم جواز تجريد العقد الباطل من آثاره، فقصر بذلك أثر البطلان على الركن أو الشرط الباطل وحده دون سواه وهو ما مكنه من إقامة المسؤولية المدنية في

¹ محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص:40

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:214

³ حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص:30

⁴ محمد حسام محمود لطفى، نفس المرجع، ص:40

⁵ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص:723

مرحلة التفاوض على العقد الباطل نفسه كما ابتكر فكرة التعويض عن المصلحة العقدية السلبية بما لا يجاوز المصلحة العقدية الايجابية، شريطة إثبات وقوع الضرر وعدم علم المضرور أو وجوب علمه بسبب البطلان أو القابلية للإبطال¹.

02- عيوب نظرية إيهرينج:

* جاءت نظرية إيهرينج في الظرف الذي كانت المانيا تطبق فيه القانون الروماني وكان هذا الاخير لا يعترف بنظرية عامة للخطأ التقصيري، فلم يكن بحسبه كل خطأ سببا في المسؤولية بل كان الامر يقتصر على الغش من جهة وعلى حالات معينة للتقصير من جهة أخرى، فلما أرد إيهرينج أن يلزم من كان سببا في بطلان العقد بالتعويض صعب عليه تكيف هذا الالتزام وتحديد مصدره لأن قواعد القانون الروماني آنذاك كانت لا تعترف إلا بصورتين معينتين للتقصير، فلجأ الي صياغة نظرية الخطأ عند تكوين العقد، وجعل مصدر الالتزام عقداً ضمنيا لما عجز أن يجعله عملا ضاراً.

أما الآن فقد اصبح الأمر في سعة من قيود القانون الروماني بعد إن أصبح كل خطأ موجبا للمسؤولية أي كان هذا الخطأ فإذا ثبت الخطأ في جانب من كان سبب البطلان من جهته، كان مسئولا مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ الواجب الاثبات وقد تكون المسؤولية محققة ولو لم يثبت الخطأ في حدود الاعتراف بنظرية تحمل التبعة وليس من الضروري اللجوء الى المسؤولية التعاقدية².

* هذه النظرية تقوم على وهم بافتراض أمرين أولهما افتراض الخطأ في جانب المتعاقد رغم جهله سبب البطلان، أو انتفاء التقصير في جانبه لعدم علمه بهذا السبب وهو ما يجعل فكرة الخطأ أقرب الى فكرة تحمل التبعة منها الى فكرة الخطأ التقصير³ والأمر الثاني أن هذه النظرية تجعل مصدر المسؤولية عقداً ضمنيا يتعهد بمقتضاه المتعاقد بضمان صحة العقد على أن هذا العقد لا يستقيم مع جميع الاحوال فعلى سبيل المثال لو أن سبب البطلان كان القصر فهل يكون القاصر الغير ملزم بالعقد الصريح لنقص أهليته ملتزما بالعقد الضمني الذي يجعله متعهد بضمان صحة التعاقد؟ وهل حالة القصر

¹ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص:41

² عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص:633

³ محمد حسام محمود لطفي، نفس المرجع، ص:41

لا تؤثر في العقد الضمني كما تؤثر في العقد الصريح؟ وما قيل في حالة القصر يقال في حالة عدم جدية الارادة، فمن كانت إرادته غير جدية في العقد الصريح فهي من باب أولى غير جدية في العقد الضمني¹.

* تأخذ هذه النظرية بتفرقة تحكيمية بين التعويض عن المصلحة العقدية الايجابية والمصلحة العقدية السلبية وهي تفرقة يصعب تبريرها في بعض الحالات حتى وإن كانت هذه التفرقة معروفة في القانون الروماني في أحوال أخرى غير حالات بطلان العقد أو عدم انعقاده².

* ناهيك عن العيوب السابقة فإن القانون المدني الالمانى لم يأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، وهو الذي ينسب اليه الاخذ بهذه النظرية، غير أنه لم يأخذ بها كقاعدة عامة بل اقتصر فيها على أحوال معينة وانحرف عنها في أحوال أخرى فجعلها تارة مبنية على تحمل التبعة طورا وعلى التقصير طورا آخر.

فلذلك يتضح لنا جليا أن نظرية الخطأ عند إبرام العقد لا تمثل استثناء على القاعدة التي تنص على أن العقد الباطل لا ينتج أي أثر حتى وإن سلمنا على إنها حالة استثنائية، فلا نسلم بأن العقد الباطل ينتج عنه أثرا، لان القول باقتصار البطلان على الركن أو الشرط الذي أصابه البطلان يتعارض جذريا مع قاعدة زوال كل آثار التصرف الذي يلحقه البطلان، فلذلك فإن المسؤولية طبقا لهذه النظرية لا تكون عقدية ولا يكون العقد الضمني مصدرا لها³.

الفرع الثاني- نظرية الوكالة:

يعود الفضل في الكشف عن هذه النظرية للفقهاء الالمانى شورل SCHEURL والذي يعتبر الوكالة الضمنية بمثابة اساسا للمسؤولية في مرحلة التفاوض العقدي.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص:633

² محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق، ص:43

³ قد يترتب على العقد الباطل بعض الآثار الجوهرية، تقتضيها ضرورة حماية حسن النية ووجوب استقرار المعاملات ، ومن بين هذه الآثار ما يكون وقتيا كالآثار المترتبة على الزواج الظني وعلى الشركة الفعلية، كما قد يترتب آثار دائمة كالآثار المترتبة على العقد الصوري ، وعلى تصرفات الوارث الظاهر، وعلى الوفاء للدائن الظاهر، وعلى الرهن من غير المالك ، وعلى اعمال الادارة الصادرة من غير المالك، وعلى تحويل الكمبيالة لشخص حسن النية ، وعلى نظرية الخطأ الشائع، وعلى العقد الباطل لعدم مشروعيته في بعض الاحوال . انظر عبدالرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص:640 ويليها.

أولاً- مضمون النظرية:

نادى الفقيه الالماني شورل من خلال نظرية الوكالة، بقيام المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض السابق على التعاقد، حيث يجد هذا الفقيه من الدعوة التي يطلقها الطرف الساعي الى التعاقد للطرف الاخر، والتي تتضمن حث هذا الاخير للدخول معه في التفاوض من أجل الوصول الى عقد نهائي، بمثابة توكيلا ضمنيا يمنحه موجه الدعوة الى الطرف الاخر، من أجل قيامه باتخاذ جميع الاجراءات والمعاملات الضرورية التي يقتضيها ابرام العقد النهائي.

ويرى شورل في حالة فشل المفاوضات في الوصول الى هدفها المحدد والمتمثل في الوصول الى العقد المنشود، فإن الموكل باعتباره صاحب الدعوة الى التفاوض يقع عليه التزاما عقديا بالتعويض في مواجهة الوكيل الضمني الذي قبل الدعوة للتفاوض، هذا التعويض يشمل كافة المصروفات والنفقات وجميع الاموال التي تكبد خسائرها هذا الوكيل في سبيل تنفيذ عقد الوكالة الممنوحة له ضمنيا، حتى ولو أن هذا الوكيل يكون قد أخفق في أداء مهام الوكالة طبقا لما تقضي به النصوص القانونية.

كما هو الشأن في نص المادة 1999 مدني فرنسي على أنه "يجب على الموكل أن يسدد للوكيل مبالغ التسبيقات والتكاليف التي تكبدها هذا الأخير لتنفيذ الوكالة، وأن يدفع له أجره عندما يكون قد وعد بهذا ما لم يكن هناك خطأ يُنسب إلى الوكيل، فلا يمكن للموكل الامتناع عن سداد هذه المدفوعات، حتى ولو لم ينجح الوكيل في مهامه، ولا يمكنه انقاص مبلغ التكاليف و التسبيقات بحجة أنه يمكن أن تكون مبالغ فيه¹ .

ولتوضيح أكثر مضمون نظرية شورل نفترض لو أن شخصا يرغب في تشييد بناية فخمة لغرض معين، فيعمد هذا الشخص الى اللجوء الى مهندس معماري طالبا منه الاضطلاع بعملية البناء، لأن الالتزام سيؤول اليه في نهاية الامر، وعلى إثر ذلك

¹ Article 1999 de code civile française «Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis ». www.Ligéfrance.fr

وتقابلها المادة 582 مدني جزائري والتي تنص أن "على الموكل أن يرد للوكيل ما نفقه في تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة، فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم للوكيل مبلغ للإنفاق منها في شؤون الوكالة وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك .

انصرف المهندس الى تحضير نفسه لمباشرة الالتزام، فعمد الى إعداد الخرائط والمقاسات والدراسات وفحص التربة ، وتعبئة اليد العاملة اللازمة لتشييد البناية وغيرها إلا أنه عقب ذلك أكتشف أن رب العمل قد اعطى المشروع لمهندس آخر .

فيكون تبعا لما تقضي به نظرية الوكالة، أن يباشر المهندس مطالبة صاحب العمل بان يدفع له تعويضا مقابل أتعابه ونفقاته ومصاريف إنجاز الخرائط والدراسات التي بذلها في سبيل انجاز المشروع، وسنده في ذلك الوكالة الضمنية التي كلفه بها الموكل الضمني والتي على اثرها قام بتكبد مصاريف ونفقات على حساب الوكالة.

لذلك يعتبر شورل أن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض قبل التعاقد، هي مسؤولية ذات طابع عقدي، أساسها الوكالة الضمنية الناشئة عن الدعوة التي تم توجيهها الى الوكيل والتي تتضمن توكيله في القيام بجميع الاجراءات والأعمال اللازمة لإبرام العقد ومن تم فإذا قطع الموكل أو انسحب من الوكالة بأي شكل كان، بحيث ينعكس ذلك على مصير المفاوضات وتفشل في تحقيق العقد المنشود أي التوصل الى العقد نهائي فيلزم الموكل بتعويض الوكيل عن الاضرار التي لحقت به من جراء تنفيذ الوكالة الضمنية أي تعويضه عما أنفقه في سبيل الاعداد والتحضير للعقد، ولذا فالدعوى المتعلقة بالالتزام الموكل تكون دعوى مسؤولية عقدية هي دعوى الوكالة¹.

ثانيا: تقدير نظرية الوكالة

لتقدير نظرية الوكالة كأسس للمسؤولية في مرحلة التفاوض يقتضي الوقوف على مزايا هذه النظرية وعيوبها.

01- مزايا النظرية:

ابتكر صاحب هذه النظرية حلا سهلا للمسؤولية في حالة التفاوض، فهو يفترض وجود عقد وكالة بين الطرفين بل أن المشرع الفرنسي قد تأثر بهذه الفكرة في حالة خاصة، هي حالة التفاوض مع مهندس من أجل تشييد بناء، والتي يقوم فيها المهندس بعمل تصميمات ودراسات بناء على طلب صاحب العمل، فإذا تعثرت المفاوضات وفشلت

¹ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 730

في هذه الحالة فإن من حق المهندس أن يطالب صاحب العمل بأتعابه ويمكن تبرير ذلك بوجود وكالة اعطاها صاحب العمل للمهندس للقيام بعمل الدراسات اللازمة¹.

02- عيوب النظرية:

• تعرضت نظرية الوكالة مع مالها من مزايا الى عدة انتقادات، فقد أخذ عليها أن الوكالة يفترض لقيامها اتفاق الطرفين، وهذا الاتفاق لا يمكن أن يوجد ضمنا بمجرد الدخول في التفاوض، فضلا عن ذلك فإن العدول عن الإيجاب يمنع قيام العقد الاصيل ولذا فإنه من باب أولى يمنع قيام هذه الوكالة الضمنية المزعومة.

• فكرة الوكالة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض تتعارض تماما مع فكرة التفاوض في حد ذاتها، ففي الوكالة يقوم الوكيل بالعمل باسم ولحساب الموكل طبقا للمادة 571 مدني جزائري والتي تقابلها المادة 1984 مدني فرنسي كما لا يعمل الوكيل لحساب نفسه طبقا للمادة 578 مدني جزائري، ولا يوجد تعارض بين مصالح الطرفين عكس ما هو عليه الحال في التفاوض على العقد، إذ أن كل متفاوض يعمل باسمه ولحسابه الخاص ويسهر على حماية مصالحه حتى ولو أدى ذلك الى إهدار مصالح المتفاوض معه لأن المصالح متعارضة والأهداف متباينة في التفاوض ومن ثم لا يمكن أن توصف العلاقة بين المتفاوضين بأنها علاقة وكالة².

المطلب الثاني- نظريات الطبيعة غير العقدية للمسؤولية في مرحلة التفاوض:

على إثر الانتقادات الموجهة الى النظريات التقليدية التي حاولت تبرير الطبيعة العقدية للمسؤولية في مرحلة التفاوض، ظهرت عدة نظريات أخرى غير عقدية لا تقوم على افتراض خطأ العقدي في جانب المتعاقد الذي تسبب في بطلان العقد ولا على أساس افتراض عقد ضمني تترجمه الوكالة الضمنية، بل تقوم على وقائع قانونية ومادية لها علاقة باتفاقات ضمنية في المرحلة التفاوضية، وقد تشكل هذه الوقائع إطارا شبه عقدي تترجمه فكرة الفضالة كأساس لمسؤولية المتفاوض، كما قد تشكل أطارا موضوعيا يبرر الطبيعة غير العقدية لمسؤولية المتفاوض، تجسد هذه الوقائع في مجموعها النظريات

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 238

² رجب كريم عبداللاه، مرجع سابق، ص: 239

غير العقدية المتمثلة في نظرية الفضالة (فرع أول) ونظرية تحمل التبعة العقدية (فرع اني) ونظرية فاجيلا (الفرع الثالث) على النحو التالي:

الفرع الاول- نظرية الفضالة:

يرجع فضل هذه النظرية الى الفقيه الالمانى تون Thon الذي انتهى الى إرساء الطبيعة غير العقدية للمسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، والتي تقوم على أساس فكرة الفضالة¹ وهو ما سنتعرض له بشكل تفصيلي من خلال البندين التاليين:

أولاً- مضمون النظرية:

اعتبر الفقيه الالمانى تون أن الاساس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة التفاوض، يرجع الى فكرة الفضالة²، إذ يرى أن الطرف الذي وجهت اليه دعوة للدخول في إجراءات مفاوضات سابقة على التعاقد يعتبر بمثابة شخص فضولي، يقوم بإنجاز عمل لحساب صاحب المبادرة في توجيه دعوة التفاوض .

لذلك فإن تون يرى ايضا أن للشخص الفضولي حين توليه المبادرة بالدخول في التفاوض بناء على الدعوة الموجهة إليه من الطرف الاخر، إذا ما انتهت هذه المبادرة بالفشل في تحقيق هدفها الرئيسي المتمثل في إبرام العقد النهائي، له حق الرجوع على صاحب الدعوة ومطالبته باسترداد كل الاموال والمصروفات التي تم انفاقها في سبيل الاعداد والتحضير للعقد المنشود³ .

باعتبار أن النفقات والمصروفات التي قام بها في سبيل إبرام العقد، كان قد أنفقها تحقيقاً للمصلحة المشتركة بين الطرفين فهو وأن كان يهدف الى تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه يحقق في ذات الوقت مصلحة صاحب الدعوة، وبالتالي يحق له أن يسترد ما أنفقته لمصلحة هذا الاخير⁴ .

¹ ينظم المشرع الجزائري " الفضالة" في القانون المدني ضمن القسم الثالث من الفصل الرابع المعنون ب "شبه العقود" من الباب الاول الكتاب الثاني من المادة 150 الى 159 منه.

² يعرف القانون المدني الجزائري بالمادة 150 منه "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك"

³ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص:742

⁴ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:240

و تجدر الإشارة الى أن حق استرداد النفقات والمصروفات التي انفقها الطرف الذي وجهت له الدعوة والذي يمثل الفضولي، يتطابق مع الاثر الذي ينجم عن عمل الفضولي المنصوص عليهما بالمادة 157 مدني جزائري التي تعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل متى أبدل ما في إدارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة، ويكون في هذه الحالة رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبتعويضه عن التعهدات التي التزم بها ويرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف، وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل¹.

فيتبين من ذلك أن الفضالة تستوجب شخص الفضولي أن يقوم بقصد بعمل مادي أو تصرف اقتضته الضرورة دون أن يكون ملزما بذلك.

فالفضالة تعتبر وفقا للرأي السائد فقها تطبيقا متميزا من تطبيقات مبدأ الاثراء بلا سبب لأن في التزام رب العمل بتعويض الفضولي ما يمنع من إثرائه على حساب الغير². خلافا للرأي الذي يعتبرها شكلا من أشكال التصرف بإرادة منفردة وليس لها علاقة بشبه العقود وتحديدا بالاثراء بلا سبب باعتبار أن الفضالة هي عمل مادي أو تصرف قانوني يقوم به الشخص اقتضته الضرورة في مال الغير ودون إذن أو تفويض من صاحبه فللفضول فعلا منطلقات فردية، لكنه ليس له الإرادة في إلزام نفسه وكل ما في الامر لما باشر العمل بشكل فردي، فرض عليه القانون اتمامه والتصرف بشكل محدد قانونا³.

فذلك فالفضالة ليست التزاما بإرادة منفردة، بل هي واقعة قانونية أو تصرف قانوني رتب عليه المشرع آثار قانونية، فيتعين ردها الى الوقائع المشروعة التي رتب عليها المشرع آثارا قانونية، وتبقى العلاقة بين الفضولي وصاحب العمل قائمة على واقعة

¹ انظر المادة 157 ق م ج

² انظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الواقعة القانونية (العمل غير المشروع - شبه العقود- والقانون)، الجزء الثاني، دار الهدى، ط2، الجزائر، 2004، ص:283. وانظر ايضا: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الاثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5 الجزائر، 2008، ص:419

³ على كحلون، المرجع السابق، ص:785

قانونية، فليس القانون في هذه الصورة إلا مصدرا غير مباشر أما الوقائع فهي المصدر المباشر للفضالة وتلك هي الطبيعة المميزة لها¹.

ومن ثم فإن اتجاه الفقيه تون في تحديد طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد، قد تجنب من خلالها الانتقادات الموجهة للنظريتين العقدتين السابقتين مادام أنه أخرجها من مجال المسؤولية العقدية الى مجال المسؤولية شبه العقدية تخضع للرأي الراجح في الفقه الفرنسي لذات الاحكام والقواعد التي تخضع لها المسؤولية التقصيرية².

ثانيا - شروط نظرية الفضالة:

يشترط لقيام الفضالة تحقق شروط معينة وهي قيام الفضولي بشأن ضروري وعاجل لحساب رب العمل (الركن المادي)، وأن يكون قصد الفضولي هو رعاية مصلحة رب العمل (الركن المعنوي)، ولا يجب أن تتوفر أية علاقة سابقة بين الفضولي وصاحب العمل سواء كانت علاقة تعاقدية أو قضائية أو قانونية، وليس من الضروري أن يرضى صاحب العمل فعلا، بل يجب أن لا يكون العمل منهي عنه قانونا، ولا يشترط في صاحب العمل أن تتوفر لديه الاهلية، بل تشترط الاهلية في جانب الفضولي³، وأن لا يكون الفضولي ملتزما بالعمل الذي قام به (الركن القانوني)⁴.

يتضح من خلال هذه الشروط في مجموعها إن منها ما هو محمول على الفضولي ومنها ما هو محمول على صاحب العمل وهذا ما سنراه بالتفصيلي كالتالي:

01- الشروط المحمولة على الفضولي:

يجب ان تكون المبادرة اختيارية وتلقائية في عمل الفضولي، فلا يجب أن يكون ملزما اتفاقا أو قضاء أو قانونا في تدخله، ولكن حالة الضرورة والاستعجال تحتم عليه التدخل كما يجب على الفضولي أن يكون أهلا للتعاقد في توليه التصرف المادي أو القانوني كما يجب أن يكون قصده في جميع الاحوال هو مصلحة صاحب العمل لا غير.

¹ على كحلون، المرجع السابق، ص:784

² أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص:742

³ على كحلون، مرجع سابق، ص:785

⁴ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:635

أ. لا يجب أن يكون الفضولي ملزماً في تدخله:

هذا الشرط يقتضي أن لا يكون الفضولي ملزماً بإرادته المنفردة ولا بموجب عقد سابق كما لا يكون ملزماً بموجب حكم أو أمر قضائي يأمر من خلاله المدعي عليه بعمل معين فلا يعتبر في هذه الحالة فضولياً في إثباته بهذا العمل، ولا يكون أيضاً ملزماً قانوناً بحكم الانابة القانونية للوالي أو المقدم أو الوصي في حق القصر والمحجور عليهم، أما إذا كان الشخص ملتزماً بالعمل الذي قام به إيا كان مصدره عقد (كالوكيل) أو بمقتضى امر قضائي (كالحارس القضائي)، أو بمقتضى نص قانوني (كالولي أو الوصي) ففي هذه الحالات لا يعتبر فضولياً، غير أنه يعتبر فضولياً من يقوم بعمل يلتزم أدبياً أو اجتماعياً بالقيام به ذلك أن المراد بالالتزام هنا هو الالتزام القانوني أي أن يكون هناك التزام بالمعنى الفني الدقيق ملقى على عاتق الفضولي بالقيام بما قام به¹.

ب. يجب أن يأتي الفضولي تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً:

يمكن للفضولي في إطار تدخله أن يأتي تصرفاً قانونياً أو عملاً مادياً باسم صاحب العمل، إلا أن الأغلب أن يكون تدخل الفضولي عملاً مادياً يهدف إلى المحافظة على الحق، غير أنه إذا كان الغير مكلفاً من صاحب العمل بإبرام عقد معين مثلاً، فإن ما يأتيه هذا الغير يدخل ضمن الوكالة، فإذا تصرف الغير خارج إطار الوكالة أو بعد نهايتها أو بدون وكالة أصلاً وكان التصرف باسم صاحب العمل، كان هذا التصرف بمثابة تصرف فضولي إذا لم يسبق مصادقة صاحب العمل صراحة أو ضمناً².

ت. يجب أن تكون للفضولي أهلية التعاقد:

طالما أن مصدر الالتزام هو عمل الفضولي، لذا فإنه يجب أن تتوفر له أهلية التعاقد وتكون هذه الأهلية متوافرة عند بداية العمل، وفي حالة تجاوز مهامه المحددة بالعقد كما هو الشأن في حالة الوكالة، كما أن الأعمال المادية التي يأتيها الفضولي هي في حقيقتها أعمال إدارة تستوجب الأهلية الكاملة، أما إذا لم تتوفر في الشخص الأهلية الكاملة ورغم ذلك بادر في التدخل، فإنه عندئذ لا يسأل إلا في حدود ما أثري به طبقاً لقاعدة أن

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص: 504

² على كحلون، المرجع السابق، ص: 786

القاصر لا تعمّر ذمته إلا بقدر ما انتفع به إلا إذا ارتكب خطأ تقصيرياً خارج ضوابط الفضالة فتنتطبق حينئذ ضوابط المسؤولية التقصيرية¹ وإلى ذلك تنص المادة 158 مدني جزائري" إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارتها إلا بالقدر الذي أثره به ما لم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع، أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد".

ث. يجب أن يكون التصرف أو العمل ضروري:

يعد عمل الفضولي بشأن عاجل وضروري لحساب رب العمل، بمثابة الركن المادي للفضالة ويستوي أن يكون هذا العمل تصرف قانوني أو عمل مادي، ويشترط في عمل الفضولي أن يكون نافعا لصاحبه بمعنى أن يكون ما تصدى له الفضولي هو عملا ضروريا لرب العمل، ما كان لهذا الأخير أن يتأخر في القيام به فلا يكفي أن يكون العمل نافعا أو مفيدا لتبرير تدخل الفضولي في شؤونه².

ولذا يشترط في عمل الفضولي أن يكون متسما بحالة الاستعجال وحالة الضرورة، وهذا يعتبر شرطا جوهريا لقيام الركن المادي في الفضالة، ويتحقق شرط الاستعجال إذا كان التصرف يندرج ضمن التصرفات الضرورية التي ما كان لرب العمل أن يتوانى في القيام بها لو تواجد في نفس الموقف الذي قام به الفضولي بهذا العمل وهذا هو الحد الذي يتحدد فيه نطاق الفضالة وخارج هذا النطاق يكون تدخلا في شؤون الغير وهو وضع غير جدير بالحماية القانونية إلا إذا دعت إليه الضرورة العاجلة فإن لم تكن هناك ضرورة فإنه لا يجوز التدخل وإلا كان التدخل سببا في ارتكاب خطأ تقصيرياً يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية³.

ج. يجب أن يكون قصد الفضولي يصب في مصلحة رب العمل:

يجب ان تتصرف نية الفضولي عند توليه العمل المنوط به في هذا الشأن الى تحقيق مصلحة رب العمل، أما إذ انصرفت نيته الى العمل لحساب نفسه، فلا يعتبر حينئذ هذا

¹ على كحلون، المرجع السابق، ص:787

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-

الاثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص:500

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-

الاثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، نفس المرجع، ص:501

العمل عمل الفضولي حتى ولو عاد بالنفع على شخص رب العمل، ولا ينطبق عليه أحكام الفضالة، وإنما ينطبق عليها أحكام الاثراء بلا سبب إذا ما تحققت شروطه أو أحكام الدفع غير المستحق، ولا يشترط أن يكون القصد خالصا لعمل الغير حتى ينطبق عليها أحكام الفضالة، بل يمكن أن يتدخل الفضولي في عمله الخاص به هو نفسه ولمصلحة الغير في نفس الوقت فتكون الفضالة في حدود ما انصرف لمصلحة الغير فقط، كما أنه لا يشترط أن يكون قصد العمل لشخص معين بل يشترط فقط أن يكون العمل لمصلحة الغير ولو وقع في غلط في شخص هذا الغير¹.

ومن هنا فإن القصد العام في الفضالة يعد كافيا لقيام الفضالة، ولكنه ضروريا لأن المطلوب هو انصراف نية الفضولي الى العمل لمصلحة الغير لا لمصلحة شخص معين بالذات².

02- الشروط المرتبطة بصاحب العمل:

لا يشترط في صاحب العمل توافر الاهلية الكاملة، كما لا يشترط فيه الرضا على العمل الذي أتى به الفضولي :

• ليس من الضروري توافر شرط الاهلية في جانب صاحب العمل:

لا تمثل إرادة صاحب العمل مصدر للالتزام في عمل الفضولي حتى يستوجب الفعل شرط الاهلية الكاملة، فلا يهم أن يكون صاحب العمل قاصرا أو راشدا. ولذلك تنص المادة 2/158 مدني جزائري على أنه "أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد".

وإذا توفي صاحب العمل، فإنه يبقى الفضولي ملزما ازاء ورثته في غياب أية علاقة شخصية بين الفضولي وصاحب العمل، وفي هذا الوجه تختلف الفضالة عن الوكالة التي تنقضي بوفاة احد الطرفين، كما تنقل التزامات صاحب العمل الى الورثة في علاقتهم بالفضولي، والى ذلك تنص المادة 156 مدني جزائري "إذا مات الفضولي التزم ورثته بما

¹ على كحلون، المرجع السابق، ص 788

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الاثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 503

يلزم به ورثة الوكيل طبقا لأحكام المادة 589 فقرة 2. وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم ."

• لا يجب أن ينهي صاحب العمل الفضولي عن تدخله:

لا يخلو علم صاحب العمل بعمل الفضولي من الفروض التالية، أما أن يعلم بهذا العمل ولم يأذن به أو علمه فأذن به وصادق عليه، وأما أن يعلمه ونهى عن إتيانه أو لم يعلمه إلا بعد اتمام الفضولي عمله، وهذا هو الاصل في الفضالة، فهي تباشر في غياب صاحب العمل، إما إذا علمه و لم يأذن به ففي هذه الصورة من الصعب القول بالفضالة إذ أن المعرفة بالعمل دون الاذن الصريح قد يتخذ شكل الوكالة الضمنية، أما إذا علمه وأذن فيه، فهذا بمثابة عمل وكالة أجازها الموكل، وأما إن علمه ونهى عنه فلا يكون عمل المتدخل فضوليا¹.

ثالثا - تقدير نظرية الفضالة:

العديد من الانتقادات الموجهة لنظرية تون الذي يرجع أساس المسؤولية في مرحلة التفاوض العقدية الى فكرة الفضالة وذلك للأسباب التالية :

1. أن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلا بتدخل الفضولي والحال في نظرية الفضالة أن المتفاوض(الفضولي) يدخل في المفاوضات بعلم المتفاوض الآخر(رب العمل) بل وبالمشاركة معه أحيانا، فضلا عن ذلك، فإن الفضولي يتولى القيام بعمل عاجل لرب العمل، في الوقت الذي لا يكون فيه المتفاوض على عجلة من أمره بالإنتفاق بل عملية التفاوض في حد ذاتها تحتاج الى التريث وعدم الاسراع حتى تكون المفاوضات ناجحة.

2. أن المتفاوض الفضولي حينما يقوم بعمل لفائدة رب العمل، تتجه نيته وقصده الى أن يعمل لمصلحة رب العمل، والحقيقة أن المتفاوض حينما يتخذ إجراءات معينة تمهيدا لابرام العقد، إنما يفعل ذلك بقصد تحقيق مصلحته الخاصة، فهو يهدف الى دراسة جدوى العقد اقتصاديا بالنسبة له وكذلك الاستعداد من جانبه لتنفيذ ما تفق عليه، وعدم اضاعته للوقت، ولا يقدر في ذلك ما ذهب اليه المادة 151 مدني جزائري بنصها " تتحقق الفضالة

¹ على كحلون، المرجع السابق، ص:791

ولو كان الفضولي أثناء توليه شأن لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الامرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر" لان في هذه الحالة يقتضى توافر لدى الفضولي قصد تولي شأن غيره، وهذا القصد منتفي اثناء عملية التفاوض على العقد وحتى ولو عاد التفاوض بالنفع على المتفاوض الآخر بشكل عرضي ودون قصد منه ومن ثم يكون هذا العمل خارج نطاق الفضالة لعدم توافر ركن قصد الفضولي¹.

3. نظرية الفضالة لا تصلح أن تكون سند يمكن التعويل عليه في تبرير مسؤولية المتفاوض لعدم فائدتها عمليا، ولأنها تقصر حق المتفاوض المضروب في التعويض على استرداد المصروفات التي انفقها لمصلحة المتفاوض الآخر فحسب، ولا تمتد للتعويض عما انفقته المتفاوض في مصلحته الخاصة.

الفرع الثاني - نظرية تحمل التبعة العقدية:

وتدعى هذه النظرية بنظرية الخطر العقدي أو نظرية المخاطر² يرجع فضل الكشف عن هذه النظرية الى الفقيه الالماني ويند شيد (Windsheid) والتي حمل لواءها كل من (Saleiellès - Josserand-Labbe) في فرنسا، وهي نظرية موضوعية حيث يكتفي فيها حدوث الضرر لقيام مسؤولية الطرف الذي يوجه دعوة الى التعاقد، ما لم يكن وقوع الضرر ناتج عن خطأ الطرف الثاني.

سننتاول في هذا الفرع مضمون هذه النظرية وتقديرها من خلال توضيح مزاياها وعيوبها كما يلي:

أولاً - مضمون النظرية :

ترتكز نظرية تحمل التبعة العقدية على قيام مسؤولية كل مقدم على التعاقد عن تبعة النشاط العقدي الذي قام به، أيا كانت الاسباب التي أعاققت قيام العقد أو أدت الى بطلانه، بل حتى ولو كانت هذه الاسباب مجهولة تماما للمقدم على التعاقد لكون النشاط التعاقدى يتضمن أخطارا عديدة قد تلحق ضررا بالقائمين به³.

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:241

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص:435

³ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:623

لذلك يرى ويندشيد أن يتحمل المقدم على التعاقد نتائج المخاطر المحيطة بعملية التفاوض العقدية، بمجرد حدوث الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر أو بالغير، جراء فشل التفاوض وبالتالي فشل الوصول الى العقد المزمع ابرامه، أو جراء بطلان العقد، فتقوم مسؤولية المتسبب في الضرر، أي كانت الاسباب المؤدية لفشل التفاوض أو بطلان العقد حتى لو لم يكن مخطئاً فيلزم بدفع تعويضاً عن هذه الاضرار، ذلك لان النشاط التعاقدى يتضمن أخطار عديدة، قد تلحق ضرراً بالقائمين به، فيجب أن يتحمل تبعه هذا النشاط الطرف البادئ به، ولا معنى لتحميل الطرف الاخر أو الغير تبعته¹.

فنظرية تحمل التبعة (نظرية المخاطر) تتبلور حول فكرة أن الانسان الذي يقوم بنشاط معين يتحمل النتائج السلبية لهذا النشاط، والمتجسدة بإحداث الضرر للغير وذلك كنتيجة للمخاطر التي عرض لها الغير من جراء نشاطه، فمبادئ العدالة والإنصاف تقيم مسؤولية من عرض الغير للضرر، أن يتحمل موجب التعويض، وبقدر ما تكون المخاطر بقدر ما يجب أن يكون حجم التعويض².

لكن تحمل مسؤولية التبعة العقدية على المقدم على التعاقد، يمكن دحضها بمجرد إثبات الطرف الاخر أن هذا الضرر ناشئاً عن خطأ الضحية، وذلك إما بإثبات علمه أو إهماله أو عدم حييطته في العلم بما حال دون انعقاد العقد أو أدى به الى البطلان³. والواقع أن هذه النظرية لا تختلف كثيراً عن نظرية الخطأ عند ابرام العقد، فنظرية ويندشيد تحمل المتعاقد تبعه الاسباب التي أعاققت ابرام العقد أو أدت الى بطلانه حتى ولو كان حسن النية، كما تحمل نظرية إيهرينج المتعاقد الذي تسبب بخطئه عند ابرام العقد مسؤولية بطلانه حتى ولو كان حسن النية أيضاً، فكلتا النظريتان تتفقان في النتيجة إلا أنهما تختلفان في أساس المسؤولية وعبء الإثبات⁴.

¹ رجب كريم عبدالله ، المرجع السابق، ص:233

² مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط6، لبنان 2019، ص:235

³ محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق ، ص:45 وانظر ايضا :بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص:435

⁴ رجب كريم عبدالله، نفس المرجع ، ص:234

فمن حيث أساس المسؤوليتين فإن إيهرينج يرى أن المسؤولية عن بطلان العقد تقوم على أساس الاخلال بالالتزام باليقظة عند التعاقد، الناشئ عن العقد الباطل نفسه ومن ثم فهي تؤسس لمسؤولية عقدية، بينما ويندشيد يقيم مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدية على أساس تحمل تبعه هذا النشاط، ولذا فهي تؤسس لمسؤولية مادية وليست عقدية¹.

أما من حيث عبء الاثبات فإنه يختلف بين النظريتين، ففي نظرية إيهرينج يقع عبء الاثبات على المضرور الذي عليه أن يثبت الخطأ المتمثل في إخلال المتعاقد بالتزامه باليقظة عند إبرام العقد، فضلا عن اثبات الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر بينما في نظرية ويندشيد يكفي أن يقوم المضرور بإثبات الضرر الذي أصابه لكي تقوم مسؤولية الطرف الآخر، الذي يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإقامة الدليل على إهمال المضرور أو علمه بما أعاق قيام العقد أو أدى الى بطلانه.

ثانيا - تقدير نظرية ويندشيد :

لتقدير نظرية تحمل التبعة العقدية أو نظرية المخاطر كأسس للمسؤولية في مرحلة التفاوض يقتضي الوقوف على مزايا هذه النظرية وعيوبها.

01- مزايا النظرية:

تتميز نظرية تحمل التبعة العقدية بعدة مزايا عملية نوجزها كما يلي:

تكفل نظرية تحمل التبعة العقدية للطرف المضرور سهولة الاثبات، حيث تكفي هذه النظرية لقيام مسؤولية المتفاوض على العقد، في مواجهة المتسبب في الضرر، أن يثبت الطرف المضرور وقوع الضرر له جراء النشاط التعاقدية الذي بادر في بدئه المسئول عن الضرر، وهذا أمر يسير، لاسيما أن الضرر إذا كان ماديا يمكن اثباته بسهولة ويسر فلذلك يمكن القول أن نظرية تحمل التبعة العقدية من شأنها تلبية حماية قانونية وفعالة حيث تعطي للمضرور الحق في الحصول على تعويض عادل في الحالات التي ينتفي فيها الخطأ.²

¹ رجب كريم عبداللاه، مرجع سابق ، ص:234

² على أحمد صالح، المرجع السابق، ص:627

أمتد تطبيق نظرية تحمل التبعة العقدية، الى العديد من التشريعات المقارنة إذ أصبحت تقيم المسؤولية على أساس الضرر ليس فقط عند تكوين العقد فحسب، بل أمتد تطبيقها على مختلف النشاطات مثل حوادث العمل والمهن الخطيرة وحوادث النقل الجوي والأضرار المترتبة عن استخدام المنشآت الذرية وغيرها ومن التشريعات الحديثة التي أخذت بتطبيقات هذه النظرية نجد التشريع المدني الالمانى الذي تأثر كثيرا بنظرية إيهرينج في المادة 122 منه، إلا أنه اقام المسؤولية في الحالات الواردة ضمن هذه المادة على فكرة تحمل التبعة العقدية الى نادى بها ويندشيد.

وفي التشريع المصري تم تطبيق هذه النظرية على مسؤولية صاحب العمل المترتبة عن حوادث العمل، وفي الجزائر صدر قانون التعويض عن حوادث العمل سنة 1972 وأقام المسؤولية المدنية لرب العمل على أساس تحمل التبعة¹.

02- عيوب نظرية تحمل التبعة العقدية:

بالرغم من المزايا التي قدمتها هذه النظرية، إلا أنها لم تسلم من النقد كغيرها من النظريات السابقة فقد أخذ عليها:

أ. أنها لم تفصل بين التعويض الناجم عن قطع المفاوضات دون أسباب جدية وبين التعويض الناجم عن بطلان العقد، بل تناولت الفترة السابقة على التعاقد ككل لا يتجزأ بايجابياتها وسلبياتها ووضعت نتائج فشل التفاوض مهما كانت الاسباب في كفة واحدة.

ب. ينطلق ويندشيد في نظريته من فكرة أن البادئ بالنشاط التعاقدى يتحمل لوحده المسؤولية عن فشل التفاوض وعن بطلان العقد حتى ولو لم يثبت الخطأ في جانبه ومسؤوليته هذه تنطلق من اعتباره هو الموجب كونه هو البادئ في التفاوض.

لكن هذه الفكرة لم تأخذ بعين الاعتبار أن صاحب العرض ليس هو بالضرورة هو الموجب، لأن الأدوار تتبادل بين الطرفين، فمن يكون قد تقدم بالعرض الاول قد يصير في النهاية هو القابل إذا ما تقدم الطرف الثاني بعرض جديد، فيصبح عندئذ هذا الطرف الثاني هو الموجب، وفضلا عن ذلك قد يكون الطرف الثاني هو الضحية في عملية فشل التفاوض أو بطلان العقد المتفاوض عليه.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 627

ت. إن الصاق المسؤولية في مرحلة التفاوض بالبادئ بتقديم العرض، من شأن ذلك أن يدفع العديد من الأشخاص إلى العزوف عن تقديم المبادرة في التفاوض، إذا كان مجرد تقديمهم المبادر يحملهم مسؤولية فشل التفاوض، حتى ولو لم يكن هذا المبادر بالتفاوض مخطئاً¹.

ث. لم يبين ويندشيد مضمون التزامات الاطراف في مرحلة التفاوض، بل الصق المسؤولية بالطرف البادئ بالتفاوض نتيجة الضرر فحسب، دون أن يفصح عن مضمون الالتزام الذي أخل به الطرف.

ج. لم يفصح ويندشيد عن طبيعة المسؤولية التي تتعد في حالة الاخذ بنظريته، هل للمسؤولية طبيعة عقدية أو طبيعة تقصيرية².

الفرع الثالث - نظرية فاجيلا:

ويسمىها البعض نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة التفاوض، ويرجع فضل صياغة هذه النظرية الى المستشار الايطالي كابريل فاجيلا (Gabrielle FAGGELLA) وذلك في دراسة قيمة تناول فيها بعمق الفترة السابقة على التعاقد من الناحية النفسية والاقتصادية والقانونية³.

كما أن هذه النظرية جاءت مستمدة من نظرية إيهرينج إذ حاول من خلالها فاجيلا تقادى النقد الذي وجه لنظرية الخطأ عند إبرام العقد، فابتكر فكرة وجود اتفاق بالضمان عند الدخول في المفاوضات، قوامه التعامل طبقاً لحسن النية وقواعد العدالة⁴ ومراعاة حقوق ومصالح الطرف الآخر إذ بالدخول في المفاوضات لإبرام العقد محل التفاوض يلتزم كل طرف بعدم الاضرار بالآخر وعدم قطع المفاوضات دون مبرر مشروع، لأن القانون يفرض احترام مبادئ العدالة وحسن النية وفقاً لما يسمى في هذه النظرية باتفاق أو ميثاق الضمان⁵.

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 236

² محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص: 46

³ رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص: 242

⁴ محمد حسام محمود لطفي، نفس المرجع، ص: 47

⁵ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص: 438

أولاً- مضمون نظرية فاجيلا:

تقوم نظرية فاجيلا على ثلاث محاور فكرية أساسية، والتي يراها بأنها بمثابة معطيات ينطلق منها لتبرير النتائج التي تؤدي في نهاية الامر إلى القول بوجود اتفاق صريح أو ضمني على التفاوض يترتب عن مخالفته قيام المسؤولية، تتمثل هذه المحاور كما يلي:

• **المحور الاول:** اعتبر فاجيلا مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد ليست مرحلة واحدة، بل هي ثلاث مراحل متباينة من حيث خصائصها وآثارها وقيمتها القانونية .

• **المحور الثاني:** يرى فاجيلا أن لكل طرف من الاطراف المتفاوضة الحرية الكاملة في العدول عن التفاوض طيلة الفترة السابقة على التعاقد، ما لم يتم ابرام العقد المتفاوض من أجله.

• **المحور الثالث:** يرى أنه يجب التوفيق بين مبدأ حرية العدول عن التفاوض والمسؤولية الناجمة عن هذا العدول، حيث أنه يستوجب انعقاد المسؤولية عن العدول في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة¹.

يرى فاجيلا أن هذه المحاور الثلاثة تترجم التقسيم الثلاثي لمرحلة المفاوضات العقدية المتكونة من مرحلة المساومة وتضم " مرحلة المفاوضات التمهيديّة أو المبدئية" ومرحلة إعداد العرض (أي صياغة الإيجاب النهائي) ومرحلة صدور العرض (حيث يتم تصدير الإيجاب)، وهو ما سنراه بالتفصيل ضمن البنود التالية:

1. مرحلة المفاوضات التمهيديّة:

تعد المفاوضات التمهيديّة أول مرحلة من مراحل التعاقد، خاصة عند ابرام العقود المركبة والصفقات ذات الأهمية الكبيرة، حيث يبدأ الطرفان في التفاوض من أجل بلوغ التفاهم حول المسائل الجوهرية عن طريق تبادل العروض والاقتراحات ومناقشة شروط العقد المرتقب ابرامه وإذا ما توصل الطرفان الى اتفاق حول بعض النقاط فإنهما يقومان ببلورة هذه النقاط في شكل اتفاقات متلاحقة، غير أن فاجيلا يعتبر هذه الاتفاقات ليست ملزمة ولا ترقى الى مرتبة العقد وهي تشكل اتفاقات جزئية، يحدد من خلالها الطرفان

¹ على أحمد صالح ، المرجع السابق، ص:645 وانظر ايضا: رجب كريم عبالله ، المرجع السابق، ص:243

النقاط التي تم الاتفاق عليها أثناء التفاوض، دون ان تتجه ارادة الطرفان الى الالتزام بها نهائياً¹.

وقد شبه فاجيلا مرحلة المفاوضات بمرحلة سن التشريع، حيث يتم التصويت على مشروع القانون مادة مادة، شريطة أن يتم التصويت على المشروع كله في النهاية، لكن هذا التشبيه يبدو غير دقيق إذ أن أعضاء البرلمان لا يملكون حق الرجوع فيما تم التصويت عليه وإقراره في الحين أن الاطراف المتفاوضة تملك حق العدول وإهدار مل توصلوا اليه من اتفاقات جزئية طيلة فترة المفاوضات، كما أن كل طرف يملك الحرية التامة في الرجوع عن عروضه الجزئية والنهائية واقتراحاته وتقديم عروض جديدة، كما له رفض ما تم الاتفاق عليه عند عرض مشروع العقد النهائي، بل حتى يمكن الانسحاب في أي وقت شاء من المفاوضات دون أي قيد أو شرط².

وعلى هذا فإن فاجيلا يعتبر أن ما يحدث في مرحلة المفاوضات العقدية هو من قبيل الاعمال التحضيرية، يسودها المناقشات وتبادل وجهات النظر وجس النبض ليست مرحلة للتعبير عن إرادات الاطراف وليس هناك أي اتفاقات حقيقية بين الارادتين من اجل إنشاء التزام أو إنهائه، إنما هي مجرد اتفاقات تمهيدية يحكمها الهدف منها والتحضير للعقد النهائي لا غير ولا يقصد الاطراف في اتفاقاتهما الجزئية التقيد والالتزام بمقتضاها بمواصلة التفاوض كما لا يقصد من هذه الاتفاقات الابقاء على العروض المقدمة دون الرجوع فيها، فكل طرف يعبر عن رضائه بخصوص مسائل معينة في هذه المرحلة من التفاوض، فهو يملك حق الرجوع والعدول عما تم التعبير عنه قبل الموافقة على المشروع النهائي للعقد³.

2. مرحلة صياغة الإيجاب النهائي:

بعد أن يفرغ الطرفان من المحادثات والمناقشات وتقديم العروض وتبادل الآراء وإبداء الملاحظات وبعد أن يركن الطرفان لبعضهما البعض، تأتي مرحلة صياغة الإيجاب فيعمد أحد الطرفين إلى بناء مشروع العقد النهائي، استعداداً لتوجيهه إلى الطرف الآخر في

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:244

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص:647

³ رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص:245

صورة ايجاب نهائي، وهو ما يحدث عمليا في المفاوضات على الصفقات الكبرى، حيث يبدأ أحد الطرفين بتوجيه دعوة الى الطرف الآخر يعرض عليه اقتراح الدخول معه في مفاوضات من أجل ابرام عقد معين ثم يتقدم بعد ذلك كل طرف الى طاولة التفاوض ليعرض تصوراتهِ وعروضه وملاحظاته المتعلقة بمشروع العقد المراد ابرامه، من أجل مناقشتها وتبادل الآراء حولها، وعند اتفاق الطرفين حول المسائل الجوهرية، والتي قد يتم بلورتها في اتفاقات مبدئية وجزئية متلاحقة، فعندئذ يتولى أحد الطرفين صياغة الإيجاب النهائي، وليس من الضروري أن يكون هذا الطرف هو من بادر بالدعوة إلى التفاوض وقد لا يتقيد الطرف الذي يعد مشروع العقد بالمسائل التفصيلية التي تم الاتفاق عليها اثناء التفاوض، بل قد يتجاهلها تماما ويعد مشروعا يتضمن شروطا جديدة أو يضيف شروطا للمشروع المتفق عليه وعندئذ يكون قد تقدم بإيجاب جديد ينتظر قبول أو رفض الطرف الآخر¹.

فهذه المرحلة حسب فاجيلا تعد بمثابة مرحلة وسطى تفصل بين المرحلة التمهيديّة أو الأولية للتفاوض ومرحلة تصدير الإيجاب، وتتميز هذه المرحلة عن سابقتها بالهدف المتوخى منه الذي لم يعد يقف عند مواصلة التفاوض فحسب، بل يسعى الطرفان في هذه المرحلة الى لم شمل المسائل المتفق عليها قصد اعداد مشروع نهائي للعقد المرتقب ابرامه، ووضع بشكل ملموس صيغة نهائية للإيجاب، وقد ينفرد بصياغة هذا المشروع وإعداده أحد الطرفين الذي يخول له الحق في وضع صياغة نهائية للإيجاب وفقا لما تم التوصل اليه من حلول اثناء التفاوض كي يتم تصديره الى الطرف الاخر².

3. مرحلة تصدير الإيجاب:

اعتبر فاجيلا هذه المرحلة بمثابة المرحلة الاخيرة في الاتجاه نحو ابرام العقد النهائي، فبعد انتهاء الطرف الذي بادر بإعداد مشروع العقد وتقديمه في شكل ايجاب نهائي للطرف الاخر من أجل قبوله، وبذلك يتم الإعلان رسميا عن الإرادة النهائية والباتة في التعاقد وتتجسد في العالم الخارجي الملموس، فإذا ما صدر من الطرف الآخر قبولا موافقا

¹ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 648
² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 246

ومطابقا لذلك العرض، فإن هذا الامر يعد كافيا حتى يتحقق للعقد المزمع ابرامه شروط وجوده القانوني النهائي¹.

وقد جاء فاجيلا من خلال نظريته برأي جديد، حيث اعتبر أن المراحل الثلاثة للمفاوضات العقدية، وإن اختلفت في الخصائص والأهداف إلا أن لكل مرحلة من المراحل السالفة الذكر قيمة قانونية حقيقية، واعتبر أن الاتفاقات التي يبرمها الاطراف المتفاوضة حتى وإن كانت غير ملزمة لأي طرف، فهي ليست مشاريع خالية من كل قيمة قانونية بل يترتب عليها في هذه المرحلة من التعاقد بعض الاثار القانونية².

ثانيا- القيمة القانونية لمراحل التفاوض العقدية الثلاثة:

عادة ما كان يتجه غالبية الفقه الى القول بأن المرحلة التمهيدية لإبرام العقد ومرحلة صياغة الإيجاب ما هي إلا مجرد مظاهر مادية ليس لها أي قيمة قانونية وبالتالي لا تحفل بأي وجود قانوني لها وليس لها أي أثر قانوني، وتبقى مرحلة تصدير الإيجاب هي وحدها التي تحفل بالوجود القانوني لها، ويعترف لها بالقيمة القانونية لكونها هي وحدها التي تتخذ مظهر خارجي محسوس عن طريق اعلان إرادة الطرف الموجب بالوسائل القانونية المطلوبة³.

غير أن مظلة التجاهل الفقهي التي خيمت على المرحلة التمهيدية ومرحلة صياغة الإيجاب لم يستوعبها الفقيه الايطالي فاجيلا الذي أخذ ينادي من خلال نظريته برؤية جديدة، تتلخص بحسبه في تقسيم مرحلة تكوين العقد الى ثلاث مراحل تختلف فيما بينها من حيث الخصائص والأهداف ويرى أن لكل مرحلة من هذه المراحل قيمة قانونية حقيقية، يترتب عليها آثار قانونية معينة.

وتتجلى هذه القيمة القانونية في اعتراف فاجيلا بإمكانية قيام المسؤولية في جميع مراحل الفترة السابقة على التعاقد، بدءاً من مرحلة الدخول في التفاوض الى مرحلة صياغة الإيجاب ثم مرحلة تصدير الإيجاب، وأن هذه المسؤولية لا تؤسس على توافر عنصر الإهمال أو الخطأ عند ابرام العقد أو الخطأ عن قطع المفاوضات أو حتى بسبب العدول

¹ أنس عبدالمهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 747

² حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص: 41

³ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 237

عن الإيجاب، بل أنها بحسب فاجيلا هي مسؤولية مفترضة تقوم على مجرد تحقق الضرر إذا ما وجدت علاقة سببية مباشرة بين المسئول عن الضرر وبين الضرر. فضلا عن ذلك فقد رأى فاجيلا أن المراحل الثلاثة السابقة على التعاقد بمثابة وقائع قانونية منتجة لآثار قانونية معينة وليست مجرد وقائع مادية لا يعترف لها القانون بأي قيمة قانونية، واعتبر أن هذه الآثار القانونية تنطوي على فكرتين، أولهما فكرة سلبية وفيها تعجز بعض مراحل التعاقد السالفة الذكر عن ترتيب بعض الآثار، التي تعرف بالآثار السلبية وثانيهما فكرة ايجابية، حيث ينبغي لكل مرحلة من مراحل التعاقد أن ترتب عليها آثار معينة تعرف في هذه الحالة آثار ايجابية.

01- الآثار السلبية للمراحل الثلاث قبل التعاقد:

يرى فاجيلا بأن الطرفين في هذه المراحل من التعاقد يظلا متمتعان بكامل حريتهما، فلا يتقيدان نهائيا بما يصدر عنهما من اتفاقات تمهيدية أو أولية أو أي اتفاقات أخرى تتم خلال هذه المرحلة، ويستند في هذه الفكرة الى مبدأ سلطان الإرادة، الذي يعني أن الطرفين يحتفظان بكامل حقوقهما في العدول عن التفاوض في أي مرحلة من المراحل الثلاث قبل العقدية¹ ما لم يكن هناك اتفاق خاص ينظم العدول أو وجود سند قانوني للرجوع مثل الفضالة أو الاثراء بلا سبب، فللطرفين الحق في العدول بدءاً من الدخول في التفاوض الى غاية صدور الإيجاب النهائي، حتى وإن اختلفت المسميات² التي تطلق على هذا الحق³.

فالإرادة تبقى حرة طالما لم يكن هناك قبول من الطرف الآخر ولا يقيد من حرية هذه الإرادة إلا إذا اقترنت بقبول الطرف الآخر، فعندئذ لا يعتد بالعدول من أي طرف لأن العقد يكون قد انعقد ودخل حيز التنفيذ فيجب أن يتحقق له الاستقرار القانوني، أما إذا لم ينعقد العقد في حالة تأخر القبول، فيكون للطرفين حق العدول أو الاستمرار في التعاقد.

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:250

² فقد يسمى قطع (Rupture) أو يسمى انسحاب (Retrait) بخصوص المفاوضات أو يسمى رجوع (Révocation) بخصوص الإيجاب

³ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص:50

02- الآثار الايجابية للمراحل الثلاث قبل التعاقد.

إن مجرد الدخول في المفاوضات العقدية ينشأ عنه واقع يحميه القانون وتكون له قيمة قانونية بحيث يترتب عليه بعض الآثار الايجابية مثل قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض أو قيامها عند تصدير الإيجاب، لذلك نجد أن فاجيلا قد عالج هذه المسؤولية في المراحل الثلاثة السابقة على التعاقد، حيث تتعدد المسؤولية في كل مرحلة من المراحل الثلاث بدرجات متفاوتة¹، احتراماً لما يضعه الطرف الاخر في التعبير عن الإرادة من ثقة وأمانة².

أ. المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد:

عالج فاجيلا ضمن إطار هذه المسؤولية ثلاثة نقاط رئيسية تتمثل في الشروط والأساس والنطاق وذلك حسب التفصيل التالي:

إ-1- شروط مسؤولية المتفاوض عند فاجيلا:

يشترط فاجيلا لقيام المسؤولية عن الانسحاب التعسفي في المفاوضات متى توافرت أربع شروط، وهي الرضا الصريح أو الضمني بالدخول في التفاوض وعدم الاستناد في الانسحاب الى أسباب موضوعية ووجود قيمة مالية تم هدرها بالانسحاب من التفاوض ووجود علاقة سببية بين الضرر ورضا المنسحب³.

الشرط الاول- الرضا الصريح أو الضمني بالدخول في التفاوض:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون الطرفان قد تراضيا صراحة أو ضمناً بالدخول في التفاوض من أجل التحضير للعقد المزمع ابرامه، بحيث أن كل واحد من الطرفين يستكن إلى رضا مفاوضه، فيقوم بما يلزم للتحضير للعقد، فيقتضى عندئذ أن تتم عملية التفاوض في جو من النزاهة والأمانة وبما ينسجم مع مبدأ حسن النية في التعامل⁴.

فإذا فاجأ أحدهما الآخر بالانسحاب دون مرور بطريقة تعسفية، فإن ذلك يعتبر كافياً لقيام مسؤولية المنسحب حتى ولو لم يكن هذا المنسحب هو الداعي الى التفاوض، أما إذا

¹ حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص:41

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص:438

³ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:251

⁴ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص:749

لم يقبل الطرف الثاني دعوة الطرف الاول للتفاوض، ولم يقيم بما من شأنه يعبر عن إرادته في التفاوض، فهذا لا يؤسس لمسؤوليته حتى ولو قام الطرف الاول بإعمال الدراسات تمهيدية ووضع التصميمات بهدف اعداد المشروع الاولي للعقد، وان ما يلحق الطرف الاول من اضرار جراء رفض الطرف الثاني التفاوض، فهذا ينفي قيام مسؤولية هذا الاخير لإنتفاء العلاقة السببية بين رفض الدخول في التفاوض والضرر الذي أصاب الطرف الاول¹.

الشرط الثاني - عدم الاستناد في الانسحاب الى أسباب موضوعية:

يشترط أيضا لقيام مسؤولية المتفاوض أن يكون انسحابه من التفاوض تعسفيا ولا يستند الى اسباب موضوعية تبرر هذا الانسحاب، كأن يستند في انسحابه الى وجود مقترحات من مفاوض آخر أكثر تميزاً من حيث ضمانات التنفيذ أو حجم العملاء عن تلك التي طرحها صاحب الإيجاب الاول، فمن هنا فلا مجال لعقد مسؤولية من فضل ابرام العقد مع آخر مادام قراره مبررا بمصلحة اقتصادية متوافرة في عقده ومنتفية في الإيجاب المقدم اليه، إذ أنه في ظل المبررات الموضوعية من حق كل طرف أن يقطع التفاوض وينسحب منه متى شاء، دون أية مسؤولية على أساس أن كل متفاوض هو وحده الذي يستطيع تقدير مصالحه، وتحديد ما يقبل به ويرضاه لنفسه من العروض المقدمة اليه².

غير أن الانسحاب من التفاوض يجب أن يكون متفقا مع قواعد العدالة وحسن النية باعتبار أنه سبق له وإن رضي بالدخول في التفاوض، وهو ما يلزمه بمواصلة التفاوض بحسن نية فيتعين عليه إلا ينسحب لمجرد نزوة أو لأسباب شخصية و إلا كان متعسفا في انسحابه وبالنتيجة يكون مسئولا عن انسحابه التعسفي وملزما بتعويض الطرف المضرور جراء هذا الانسحاب³.

الشرط الثالث - وجود قيمة مالية أهدرها الانسحاب من التفاوض:

يقتضي هذا الشرط أن تكون ثمة قيمة مالية أهدرها الانسحاب من المفاوضات، ولا يمكن اعتبار العروض المقدمة للتفاوض أو الاتفاقات التمهيدية أو الأولية بمثابة قيمة

¹ حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص 42

² محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص: 51

³ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 654

مالية أهدرها الانسحاب التعسفي، لأنها ليست نهائية ويمكن التراجع عنها، بينما الدراسات الأولية والأعمال التحضيرية التي تمت بسبب التفاوض تمثل قيمة مالية، على أساس أنها كانت تمثل أمل التوصل لإبرام العقد النهائي فضاغت، وضاغت معها هذه القيمة المالية¹.

الشرط الرابع: وجود علاقة سببية بين الضرر والرضا بالدخول في التفاوض

ويقتضي هذا الشرط أن توجد علاقة سببية فعلية بين الضرر ورضاء الطرف المنسحب بالدخول في التفاوض، حيث أن الطرف المضرور ما كان ليقوم بتسديد نفقات من أجل الدفع بعمليات التفاوض، ولم يكن الطرف المنسحب قد رضي بدايةً بالدخول في التفاوض، ومن ثمّ فهذا الطرف يسأل عن النفقات التي تمت مع بدء التفاوض، ولا يسأل عن النفقات التي تمت قبل بدئه.

أ-2- أساس المسؤولية عند فاجيلا:

يؤسس فاجيلا مسؤولية المنسحب من التفاوض على فكرة الضمان القانوني، والذي يكمن في واقعة القبول الإرادي بالدخول في التفاوض، فبمجرد هذا القبول ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الانسحاب من المفاوضات دون مبرر موضوعي أو اقتصادي، وهذا الضمان يُفرض على المتفاوض بموجب العدالة، حتى ولو امتنع أحد الاطراف أن يتعهد به.

وبالتالي فهذا الضمان يعتبر ضمانا قانونيا وليس ضمانا اتفاقيا وكل ما في الامر أن

هذا الضمان يعلق وجوده على الرضا بالدخول في التفاوض.²

ومن ثم فان المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات حسب فاجيلا هي نوع من تحمل

التبعة بموجب القانون والذي يقوم على اساس العدالة وبسبب فعل الارادة³.

أ-3- نطاق المسؤولية:

يحدد فاجيلا نطاق المسؤولية عن الانسحاب التعسفي من المفاوضات، بدء من

الاضرار التي تحدث بعد قبول الطرف المنسحب، الدخول في التفاوض، باعتبار أن هذه

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:253

² حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص43

³ رجب كريم عبداللاه ، نفس المرجع، ص:254

الاضرار هي وحدها التي تقوم بشأنها العلاقة السببية، ويقتصر تعويض النفقات التي تكبدها الطرف المضرور بعد بدء المفاوضات بغية التحضير للعقد، ويخرج من نطاق المسؤولية النفقات التي تتم قبل الدخول في التفاوض لانقطاع العلاقة السببية بينها وبين الرضا بالدخول في التفاوض كما يستبعد من نطاق المسؤولية التعويض عن الارباح التي كان سيجنيها المتفاوض المضرور من تنفيذ العقد، لأنها تفترض قيام العقد محل التفاوض الذي لم يتم البلوغ اليه¹.

كما يستبعد من مسؤولية المنسحب التعويض عن تقويت الفرصة، على اعتبار أن الطرف الذي عرضت عليه فرصة أكثر تميزا اقتصاديا يمكن له التمسك بها والانسحاب من المفاوضات دون مسؤولية، ما لم يتبين أن المتفاوض معه عرض عليه منح نفس المزايا التي كان يتطلع اليها قبل انسحابه، وإلا أنه يكون قد فوت على الطرف المضرور هذه الفرصة بانسحابه غير المبرر².

ب. المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب:

هذه المرحلة تكون قد تجاوزت مرحلة التفاوض الى بداية مرحلة ابرام العقد، فالطرفان بعد اتفاقهما على العناصر الجوهرية للعقد يكون قد رضيا على صيغة معينة للإيجاب النهائي، فإذا عدل أحد الطرفين بعد صياغة الإيجاب دون مبرر موضوعي، فيكون عندئذ مسئولا عن انسحابه، ومسئولا عن تعويض الطرف المضرور عن نفقات التفاوض والمصروفات وعن الفرص الضائعة أيضا³.

ت. المسؤولية في مرحلة بعد تصدير الإيجاب:

بعد تصدير الإيجاب النهائي بمثابة إعلانا رسميا عن الارادة العازمة على التعاقد تنتج عنه قيمة قانونية واقتصادية هامة، لا يمكن لمن وجه إليه أن يهدرها، دون أن يكون ملزما بتعويض الضرر، على اعتبار أن تصدير الإيجاب النهائي يجعل الاطراف مطمئن لبلوغها مرحلة ابرام العقد، وتجعل من الطرف الذي وجه اليه الإيجاب يزيد في ثقته المشروعة بقرب الوصول الى الهدف الرئيسي من التفاوض.

¹ علي أحمد صالح ، المرجع السابق، ص:656

² رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق ، ص:255

³ رجب كريم عبداللاه ، نفس المرجع، ص:256

وبالتالي يعتبر وصول الإيجاب للطرف الثاني بمثابة ضمانا قانونيا بعدم انسحاب الطرف الموجب، بالرغم من عدم التزامه بذلك، طالما أن من وجه إليه الإيجاب لم يقبل بعد، فينقذ به العقد نهائيا.

فإذا تراجع الموجب بالرغم من هذا الضمان القانوني، فإنه يكون ملزما قانونا بتعويض الطرف الآخر، وينطبق على هذه المرحلة ما انطبق على المرحلة الثانية، وإن كان نطاق الضمان في المرحلة الثالثة أكثر اتساعا، فيشمل التعويض في هذه المرحلة النفقات والمصروفات والفرص الضائعة، كما كان عليه الحال في المرحلة الثانية، علاوة على زيادة عناصر التعويض لتشمل الانسحاب التحكيمي الى جوار قطع المفاوضات ايا كان سببها أو الباعث اليها، سواء كان ذلك الانسحاب تعسفي أو غير تعسفي¹.

فلذلك أن المسؤولية تنقذ طبقا لنظرية فاجيلا عن وجود التراضي المتبادل، الصريح أو الضمني، على التفاوض، ونطاق هذا المسؤولية في المرحلة الاولى للتعاقد، لا يعني إلا سداد المصروفات والنفقات فحسب، وفي المرحلة الثانية يمتد نطاق التعويض ليشمل الفرص الضائعة، أما في المرحلة الثالثة فنطاق التعويض يشمل المصروفات والنفقات وتعويض الفرص الضائعة كما هو الحال في المرحلة الثانية، غير أنه تنقذ المسؤولية في المرحلة الثالثة بمجرد الانسحاب أو قطع المفاوضات حتى ولو كان ذلك الانسحاب مشروعا.

ثالثا - تقدير نظرية فاجيلا:

لاشك أن نظرية فاجيلا قد ساهمت بشكل فعال في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية عن التفاوض على العقد، فقد قدمت لنا العديد من الافكار المتميزة لتستتير الطريق إلى الحل الصحيح، غير أنها لم تسلم من سهام النقد التي أصابتها في أكثر من موضع مما يجعلنا أن نحاول الكشف عن بعض مزاياها وعيوبها التي عددها الفقه في هذا الشأن.

01- مزايا نظرية فاجيلا:

تعتبر هذه النظرية أنه بمجرد اتجاه الارادة الصريحة أو الضمنية للأطراف الساعية الى التعاقد نحو الدخول في عملية التفاوض من أجل إبرام العقد المرتقب ابرامه فإنه ينشأ

¹ محمد حسام محمود لطفى ، المرجع السابق ، ص52

علاقة قانونية بين طرفيه، على اعتبار أن عملية التفاوض في حد ذاتها هي واقعة قانونية منتجة لبعض الآثار القانونية سواء كانت هذه الآثار ايجابية أو سلبية، فالمفاوضات بحسب فاجيلا ليست مجرد واقعة مادية خارج اطار الحماية القانونية بل هي واقعة قانونية يحميها القانون ويرتب عليها آثار ايجابية تتمثل في قيام مسؤولية التفاوض في حالة الانسحاب التعسفي من المفاوضات¹.

• الاعتراف للطرف المتفاوضة بوجود رضا متبادل فيما بينهما على العقد، هذا الرضا يمكن أن يكون صريحا أو ضمنا ينشأ بمجرد الدخول في التفاوض².

• حدد فاجيلا مضمون الالتزام بالضمان القانوني في عدم الانسحاب من التفاوض بشكل تعسفي ما لم يكن هذا الانسحاب يبرره تعارض المصالح الاقتصادية، على عكس إيهرينج الذي لم يحدد في نظريته مضمون الالتزام باليقظة الذي يلزم الاطراف بمراعاته عند التفاوض، بل أن فاجيلا عقد المسؤولية للطرف المنسحب من المفاوضات ما لم يكن هناك مبرر موضوعي ومشروع يسعى التفاوض الى تحقيقه³.

• إبراز العلاقة السببية بين قطع التفاوض والضرر الواقع ليجعل المسؤولية متدرجة ومتفاوتة في التعويض حسب درجة الثقة بين الاطراف لحظة قطع المفاوضات ولم يربط التعويض بالمصلحة السلبية وحدها فحسب كما فعل إيهرينج، بل جعل نطاق المسؤولية مقيدة فقط بالضرر المباشر الذي بينه وبين الدخول في التفاوض أو بينه وبين صياغة الإيجاب، علاقة سببية فعلية، وهو ما يجعل المسؤولية في هذه الاحوال متفقة مع قواعد العدالة ومبدأ حرية التعاقد، بحيث لا يسأل المتفاوض إلا على الاضرار الذي تسبب في احدثائها منذ الدخول في المفاوضات الى غاية انسحابه غير المبرر من التفاوض، فهذا كله بحسب الاستاذ سالي يعبر عن افكار ممتازة لم يسبقه لها الفقيه إيهرينج⁴.

• نبذت نظرية فاجيلا فكرة الخطر العقدي التي جاء بها ويندشيد والتي تجعل كل قطع للمفاوضات مصدرا للمسؤولية، بينما فاجيلا جعل الحرية التعاقدية هي الاساس

¹ أنس عبدالمهدي فريجات ، المرجع السابق، ص: 754

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، 257

³ رجب كريم عبداللاه ، نفس المرجع، ص: 257

⁴ محمود حسام محمود لطفي ، المرجع السابق، ص: 55

والمسؤولية استثناء، حيث يكون لكل متفاوض الحق في الانسحاب من التفاوض في أي وقت شاء ما لم يكن متعسفا في انسحابه، ويكون الانسحاب دون مبرر اقتصادي، مما يفسر هذا الانسحاب بالإخلال بمبدأ حسن النية السائد في المعاملات التجارية¹. لذلك اعتبر الفقه نظرية فاجيلا أيا كانت تعقيدها النظرية الأكثر توافقا مع ضرورات الحياة الاقتصادية الحديثة².

02- عيوب النظرية:

- تبنى فاجيلا في نظريته تقسيم ثلاثي للمرحلة السابقة على التعاقد دون أن يعطي مبرراً لذلك، كما أن هذا التقسيم لا يستقيم مع الواقع ويثير العديد من المشاكل العملية وهو تقسيم تحكيمي ومتعارض مع الواقع الذي يقر بأنه لا وجود للمراحل الثلاثة في الفترة السابقة على التعاقد، وهناك العديد من العقود مثل عقود الإذعان التي تفتقد الى مرحلة التفاوض أصلا فهي عقود غير قابلة للتفاوض³.

- كما أن مرحلة صياغة الإيجاب وهي المرحلة الثانية حسب فاجيلا هي بدورها تكاد تتعدم في غالبية العقود، وهذه المرحلة حتى وإن وجدت في بعض العقود فإنها لا تستقل بمرحلة خاصة بها، بل تدخل ضمن مرحلة التفاوض التي تنتهي بصدور الإيجاب النهائي، ومن ثم يكون التشدد في مسؤولية المنسحب من التفاوض غير مبرر لكون مرحلة صياغة الإيجاب هي جزء من مرحلة التفاوض، ومرحلة الصياغة تمثل مشروع للإيجاب فحسب، ولا تمثل الإيجاب الكامل إلا بعد إعلان عنه⁴.

- الأخذ بمعيار المصلحة الاقتصادية، للفرقة بين الانسحاب التعسفي والانسحاب غير التعسفي وهو معيار غير منضبط حيث يصعب تحديد مدلول المصلحة الاقتصادية الداعية الى الانسحاب، وهذا من شأنه أن يدفع القاضي الى التفسير والبحث عن النية الحقيقية لمن قطع المفاوضات، مما يجعل مصير مدلول المصلحة الاقتصادية بيد القاضي الذي يستقل ببيان فيما إن كان الانسحاب من المفاوضات مبررا أو غير مبرر

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص:660.

² محمود حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 55

³ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص:661

⁴ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص:257

كما أن هذا المعيار في حد ذاته يعتبر مطية لمن يود الانسحاب من التفاوض دون أن يكون مسئولاً في مواجهة الطرف الثاني ما دام يستطيع أن يخلق لنفسه المبرر الكافي مدعياً ان انسحابه ينطوي على اعتبارات اقتصادية مع أنها مجرد ادعاءات لا أساس لها من الصحة¹ كأن يرفض الشروط المعروضة عليه مهما كانت درجة معقوليتها أو يعرض شروطاً مجحفة يعرف جيداً أنها غير مقبولة بحجة أنها لا تتفق مع مصلحته الاقتصادية غير أن حقيقة الأمر مخالفة لذلك كل ذلك يهدف من ورأئه الى انتفاء مسؤولية انسحابه من التفاوض².

• الاستناد إلى فكرة الضمان القانوني التي تلزم الطرفين بعدم الانسحاب من المفاوضات دون مبرر مشروع كأساس لمسؤولية المتفاوض هي فكرة وهمية لافتقارها الأساس القانوني السليم ولا تستند الى مبررات قانونية، ومن ثم لا يمكن قبولها لأنها فكرة متناقضة في أساسها، إذ أن فاجيلاً يعتبر هذا الضمان ينشأ بحسبه بمجرد الدخول في التفاوض بين الطرفين وهذا ما يوحي بأن هذا الضمان هو ضمان اتفاقي وليس قانوني لأن هذا الأخير لا يحتاج الى رضا الطرفين³.

بيد أن فاجيلاً يعترف بأن التفاوض لا ينعقد إلا باتفاق الطرفين وبرضاها الصريح أو الضمني الذي على أساسه ينشأ على عاتقها التزاماً حقيقياً بالتفاوض بحسن النية الذي يعني التزام بعدم الانسحاب من المفاوضات دون مبرر موضوعي، وهذا الاتفاق من شأنه أن يكفي بذاته لتأسيس المسؤولية عن الانسحاب غير المبرر من المفاوضات، ولا حاجة لافتراض الضمان القانوني الوهمي.

• تظهر نظرية فاجيلاً تناقضاً بين الافكار الأساسية التي بنيت عليها فهي من ناحية تعترف بحق كل طرف في العدول ولو بعد صدور الإيجاب في الوقت الذي تجعل فيه الموجب مسئولاً بموجب عدوله عن الإيجاب، حتى ولو لم يكن متعسفاً في ذلك وهي بذلك تأخذ باليسار ما منحه باليمن، وهي من ناحية أخرى ترفض قيام المسؤولية على الخطأ من جهة، ومن جهة أخرى تشترط لقيام المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 259

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 662

³ رجب كريم عبداللاه، مرجع سابق، ص: 259

أن يكون هذا الانسحاب تعسفي ولا يستند الى مبرر موضوعي، الأمر الذي تعتبره النظرية بمثابة اخلال بقواعد العدالة وحسن النية في التعامل وفي ذلك رجوع الى فكرة الخطأ التي تنكرتها النظرية¹.

والحقيقة بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية فهي لا تقلل من شأن مرحلة التفاوض على العقد بل كشفت بأن لهذه المرحلة قيمة قانونية، تتجسد بالرضا المتبادل بين الطرفين منذ الدخول في التفاوض² حتى وإن صعب مسايرة فكرة الضمان القانوني التي يؤسس عليها فاجيلا قيام المسؤولية المدنية، مع صعوبة التفرقة بين المراحل الثلاث للمفاوضات وقيام المسؤولية المدنية في كل مرحلة من هذه المراحل فتختلف درجات المسؤولية حسب المرحلة العقدية التي يتواجد فيها الأطراف ودرجات متفاوتة احتراماً لما يضعه الطرف الاخر في التعبير عن الارادة من ثقة وأمانة³.

المبحث الثاني - طبيعة المسؤولية في الفقه الحديث:

بعد أن تناولنا في المبحث السابق مختلف النظريات المتداولة في الفقه التقليدي لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للمفاوضات العقدية، والتي كانت سائدة في القانون المقارن آنذاك، انطلقاً من نظرية الخطأ عند ابرام العقد ونظرية الوكالة باعتبارهما نظريتان ترجحان الطبيعة العقدية لمسؤولية المتفاوض ثم تطرقنا الى النظريات التي ترجح الطبيعة التقصيرية للمسؤولية انطلقاً من النظرية الشبه العقدية الى نظرية تحمل التبعة العقدية وأخيراً النظرية الموضوعية، وقمنا بتحليل مضمون كل نظرية وبيان مقدار ما ساهمت به في تحديد طبيعة مسؤولية المتفاوض وتحديد ما لكل نظرية من مزايا وما عليها من عيوب.

وضمن هذا المبحث سناول الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية ومعرفة وجهة نظر الفقه الحديث في ظل التطورات الجديدة التي فرضت نفسها على الفقه والقضاء المعاصرين، والتي كشفت النقاب عن ظهور نوع من الاتفاقات التمهيدية يطلق عليها "اتفاق التفاوض" أو "عقد التفاوض" والذي بموجبه يتم وضع تنظيم اتفاقي لعملية

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:26

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 664

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 438

التفاوض ويحدد باعتباره عقد كسائر العقود التزامات حقيقية للطرفين، يترتب عن الاخلال بها قيام المسؤولية العقدية.

غير أن ظهور عقد التفاوض لم يجعل الفقه والقضاء يتخلص نهائياً من تأثير المفهوم التقليدي للتفاوض، الذي يعتبر التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب عليه سوى المسؤولية التصويرية، لكن هذا الوضع الجديد أفرز تصوراً جديداً يفرق بين حالة التفاوض المصحوبة باتفاق التفاوض وحالة التفاوض غير مصحوبة باتفاق وما ينعكس عن الحالتين فيما يخص تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عنهما.

المطلب الأول - نظرية المسؤولية العقدية للمفاوضات المصحوبة باتفاق:

يقصد بالمفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض تلك المفاوضات التي تتم بناء على عقد تفاوض صريح يتفق من خلاله الطرفان على التفاوض قبل دخولهم في المفاوضات من أجل التوصل الى إبرام عقد معين، فينظم هذا الاتفاق العلاقة بين الطرفين خلال مرحلة التفاوض وعند فشل التفاوض¹ والواقع أن كل واحد من الطرفين يتنازعه عاملان أثناء سريان التفاوض، عامل حرية التفاوض وعامل أمن المفاوضات.

فعامل حرية التفاوض يستوجب أن يحتفظ المتفاوض بكامل حريته طيلة مرحلة المفاوضات، بحيث يستطيع العدول عن المفاوضات في أي وقت ولا يمنعه عن ذلك شيء فيكون بيده الخيار في السير في المفاوضات أو الانسحاب منها في حالة أن اتضح له بأن الصفقة المتفاوض عليها لن تحقق له مصالحه فيرفض التعاقد بكل حرية.

غير أن هذه الحرية على إطلاقها تتعارض مع حاجة الطرفين الملحة الى الشعور بالأمان والطمأنينة أثناء التفاوض لكي يتسنى لكل متفاوض المضي قدماً في التفاوض ولا يخشى أي غدر أو خديعة من الطرف الآخر، ولو ضاع الشعور بالأمان ما أقبل أحد على التفاوض.²

فالمفاوضات المصحوبة بعقد أو اتفاق التفاوض تسعى للتوفيق بين عامل حرية المفاوضات وعامل أمن المفاوضات، فيحرص الطرفان على أن يتم تفاوضهما على

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 714
² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 589

أساس عقدي، بحيث إذا ما اتصل أحد الطرفين أو أخل بالتزاماته العقدية الناشئة عن عقد التفاوض، فإنه يكون مسئولاً مسؤولية عقدية والتي يكون من شأنها التوفيق بين متطلبات التفاوض المتعارضة.

فإذا كانت حرية التفاوض مطلبا لكل الطرفين فإن هذه الحرية يجب أن تقف عند حد معين بحيث لا يصاب الطرف الآخر بأي ضرر، لذلك يمكن لكل طرف أن ينعم بالحرية في التفاوض والأمان في آن واحد¹، خاصة إذا ما توافرت وسيلة الإثبات المضمونة والتي من شأنها أن تقيم الدليل على الإخلال بالالتزام العقدي والإخلال بواجب حسن النية في التفاوض².

فذلك فإن المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض تتحول من مجرد عمل مادي غير ملزم الى تصرف قانوني ملزم، فينعكس ذلك على طبيعة المسؤولية سواء في حالة الإخلال بأي من التزامات التفاوض أو الإخلال بواجب حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات في هذه المرحلة من التعاقد، فتؤسس لمسؤولية عقدية.

وطبقاً للقواعد العامة فإن المسؤولية العقدية تستوجب لقيامها وجود عقد صحيح وملزم لكل طرفيه، كما يجب أن يحصل عدم تنفيذ لهذه الالتزامات أو تنفيذ جزئي أو تنفيذ هذا الالتزام بصورة سيئة، وهذا ما يشكل الخطأ العقدي، كما يستوجب أن يحصل الضرر لأحد أطراف العقد وأن يعزى الضرر للمدين بالالتزام الذي لم ينفذ أو الذي نفذ جزئياً أو بصور سيئة³.

الفرع الأول - شروط قيام المسؤولية العقدية:

تقوم المسؤولية العقدية كلما أمكن إثبات وجود عقد صحيح⁴ بين الطرفين وذلك بأن يلتزم الطرفان بمقتضى اتفاقهما الصريح أو الضمني قبل الدخول في المفاوضات، على

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 589

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، 715

³ مصطفى العوجى القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 6، لبنان، 2019، ص:27

⁴ أن اشتراط ان يكون العقد صحيحاً، حتى وإن لم يرد بشأنه نص قانونياً يستنتج من طبيعة المسؤولية العقدية القائمة على أساس عدم تنفيذ التزام صحيح وقائم وغير مخالف للنظام العام أو للأداب العامة، فحينئذ لا يمكن الزام المدين بتنفيذه، وبالتالي لا يمكن مسألته على عدم التنفيذ. انظر مصطفى العوجى، المرجع السابق، ص:29

تنظيم المفاوضات من أجل إبرام عقد في المستقبل، وعادة ما يتم ذلك في عقود التجارة الدولية التي تحتاج غالباً في إبرامها إلى إعداد دراسات مستفيضة قد تستمر لفترة طويلة وغالباً ما يكون هذا الاتفاق المبرم بين الطرفين مكتوباً ويتضمن تنظيم العلاقة بينهما أثناء التفاوض¹ وعندئذ يطلق على هذه الشكل من المفاوضات "المفاوضات المصحوبة باتفاق". ويشترط لقيام مسؤولية الطرف المتفاوض توافر أركانها الثلاثة المتمثلة في الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية، إذ أن عدم تنفيذ الطرف المتفاوض لالتزاماته الناشئة عن عقد التفاوض أو إخلاله بواجب حسن النية يشكل خطأ عقدياً، وقد باء التفاوض بالفشل لكن هذا الخطأ لا يكفي وحده لتحقيق المسؤولية، بل يستوجب توافر الضرر إلى جانب الخطأ في حق الدائن كما يقتضي توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر² وهذا ما سنراه تفصيلاً من خلال الفصل الثاني من هذا الباب على النحو التالي:

الفرع الثاني - حدود تطبيق المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض:

أن طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالتزام من التزامات التفاوض ورد ضمن الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية أو حتى عند وجود اتفاق أو عقد صريح على التفاوض بين الطرفين، هي مسؤولية عقدية، وإن كان الأصل العام للمسؤولية السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية عن فعل ضار³ إلا أن الرأي السائد فقها وقضاء يرى تطبيق المسؤولية العقدية بصورة استثنائية في حالة المفاوضات المصحوبة بعقد التفاوض، الذي ينظم علاقات التفاوض بين الطرفين ويحدد التزام كل منهما، بدء من الالتزام بالدخول في التفاوض إلى التزام بمواصلة التفاوض بحسن النية، وأن هذه مسؤولية العقدية تتحقق بتوافر أركانها السالفة الذكر.

إذ أن وجود الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية المتعلقة بالمفاوضات في حد ذاتها، أو الاتفاقات الأخرى المنظمة لبعض المسائل الجوهرية التي اتفق عليها الطرفان قبل إبرام العقد النهائي، من شأنها أن تقلب التفاوض من مجرد عمل مادي إلى تصرف قانوني

¹ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 143

² حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص: 95

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 448

ملزم فتتحول معه طبيعة المسؤولية من مسؤولية تقصيرية الى مسؤولية عقدية، بحيث في حالة إخلال أحد الطرفين المتفاوضين بالتزاماته الناشئة عن هذه الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، فإنه يكون مسئولا مسؤولية عقدية لا محالة¹.

المطلب الثاني - نظرية المسؤولية التقصيرية للمفاوضات غير المصحوب باتفاق:

في بادئ الامر عرفت فكرة المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد على الاقل من جانب الفقه والقضاء الفرنسيين، الاختيار الامثل لتعويض المتفاوض المضرور عن القطع التعسفي للمفاوضات التعاقدية² باعتبار أن هذه الفكرة كانت أول ما يخطر على الذهن وأسهل الوسائل وأيسرها، ضمانا لحفظ علاقات الاطراف المتفاوضة من جهة ومن جهة أخرى ضمانا لتعويض عادلا ومنصفا للطرف المضرور، لاسيما في حالة تفاوض الاطراف في ظل انعدام عقد أو اتفاق صريح ينظم علاقاتهم اثناء التفاوض، وهي الحالة التي تعرف بالمفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، وهي الصور الغالبة للمفاوضات وكثيرا ما نجدها تتمحور حول الصفقات البسيطة والعقود قليلة الاهمية، وغير المعقدة حيث يقوم الطرفان بالدخول في المفاوضات مباشرة دون وضع تنظيم اتقائي ينظم عمليات التفاوض³.

فالواقع أن هذه الحالة من التفاوض تفتقد في غالب الاحيان الى وجود نصوص قانونية تنظم علاقة الطرفين اثناء التفاوض، ومن ثم تنظم المسؤولية المدنية السابقة على التعاقد إذا ما استثنينا بعض التقنيات الغربية الحديثة المعدودة والتي أخذت زمام المبادرة في تنظيمها للمرحلة السابقة على التعاقد وأخضعت علاقات الاطراف المتفاوض في هذه المرحلة لنصوص قانونية خاصة، مثل القانون المدني الايطالي (المادة 1337) واليوناني (المادة 197) واليوغسلافي (المادة 30 من قانون العقد) والالمانى (311-2)⁴ والقانون

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص:448

² محمد حسام لظفي محمود، المرجع السابق، ص: 57

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص:667

⁴ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 55

نصت المادة 1337 من التقنين المدني الايطالي (1942) على أنه " فيما يخص المفاوضات والمسؤولية قبل العقدية يجب على الطرفين أن يكونا حسني النية اثناء التفاوض وإبرام العقد" نفس الحكم نصت عليه المادة 197 من التقنين المدني اليوناني.

المدني الفرنسي بموجب التعديلات الاخيرة سنة 2016 كما أنه لا يوجد اي اتفاق أو عقد صريح ينظم هذه العلاقة.

ولذلك يثور التساؤل حول الاهمية القانونية للمفاوضات التي لا تستند الى نص قانوني معين ولا الى اتفاق صريح ينظم عملية التفاوض وما مدى مسؤولية الطرف الذي يعمل على قطع التفاوض بسوء نية أو يتسبب في بطلان العقد المبرم باتخاذ موقف يتنافى مع مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض؟

الفرع الاول- مضمون نظرية المسؤولية التقصيرية:

تتعقد المسؤولية التقصيرية في كل مرة يثبت فيها اقتران العدول عن التعاقد أو مصاحبة بطلان العقد لخطأ ارتكبه أحد الاطراف المتفاوضة وألحق ضرراً بالطرف الآخر.

ويقتضي إثبات هذا الخطأ إقامة الدليل على تعسف في استعمال الحق الذي يتمثل في نية الاضرار أو سوء النية، فإذا انتفى الخطأ في الاسلوب الذي تمت به المساومة أنتفت المسؤولية مهما كانت المرحلة التي وصلت عندها المفاوضات¹.

فالأصل أن حرية العدول عن المفاوضات العقدية في أي مرحلة كانت هو المبدأ الاساسي الذي يحكم أطراف التفاوض، ولا يترتب قطع التفاوض في حد ذاته أي مسؤولية فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده إذا ما رأى أن اتمام الصفقة المتفاوض من أجلها في غير صالحه لسبب أو آخر ولا يلزم المتفاوض بالإفصاح عن سبب عدوله، وهل هو سبب عدوله جدي أم لا، ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يعتبر

المادة 30 من قانون العقد اليوغسلافي(1978) نصت على أنه "المفاوضات التي تسبق ابرام العقد لا تكون ملزمة، ويمكن لكل طرف إنهاؤها في أي وقت.

ومع ذلك فإن أي طرف يدخل في مفاوضات دون أن يكون لديه النية في ابرام العقد، يكون مسئولاً عن الضرر الذي ينتج عن هذه المفاوضات.

الطرف الذي يدخل في مفاوضات ولديه النية في ابرام العقد، ثم يتخلى عن تلك النية دون مبرر معقول ، فيلحق ضرراً بالطرف الاخر من جراء ذلك ، يكون مسئولاً ايضا عن هذا الضرر.

يتحمل كل طرف النفقات المشتركة بين الطرفين مناصفة، وذلك ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك"

¹ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص: 59

فيها العدول فعلا خاطئا من شأنه أن يستوجب المسؤولية، على أساس العمل غير المشروع¹.

وفي المقابل نجد انطلاقا من مبدأ حسن النية عدة اعتبارات أهمها اعتبار العدالة ومقتضيات المنطق القانوني، تستدعي كل منها إلى وضع ضمانات للطرف الآخر الذي قد يفاجئ بالعدول بعد أن يكون قد تهيأ نفسيا على الأقل وأعد العدة لإبرام العقد النهائي. وقد أشرنا في بداية بحثنا هذا إلى مجموعة من الالتزامات السابقة على التعاقد والتي كان من أهمها الالتزام بالتفاوض بحسن النية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى فقد يترتب عن مخالفتها قيام مسؤولية المتفاوض الذي يخل بالثقة التي أولها إياه المتعاقد الآخر أو يتعسف في استعمال حقه في إنهاء التفاوض قاصدا الإضرار بالطرف الآخر أو يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة أو منفعة تافهة بالنظر إلى جسامته الضرر الذي سيقع² وهذا ما سيوفر للمتفاوض المضرور أهم الضمانات لحمايته جراء قطع التفاوض بدون مبرر مشروع أو بسوء نية أو انتهاكا للالتزامات المترتبة عن المفاوضات العقدية.

الفرع الثاني - موقف الفقه والقضاء المقارن من النظرية:

في غياب النصوص القانونية المنظمة للمسؤولية المدنية السابقة على التعاقد في جل التشريعات المقارنة، لم يمنع القضاء من البت في العديد من المسائل المتعلقة بقطع المفاوضات العقدية تعسفا، لاسيما القضاء الفرنسي قبل تعديل نظرية العقد سنة 2016 الذي لم يكن يتردد في الاحتكام إلى الأحكام العامة المنصوص عليها بالمادتين 1382 و 1/1383 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016)³ في عقد المسؤولية التقصيرية للمتفاوض على الإنهاء المفاجئ في مرحلة متقدمة من التفاوض أو إنهاء المفاوضات مصحوبة بخطأ متميز أو بالمخالفة لقواعد حسن النية في التفاوض أو عدم توافر نية

¹ حمدي محمود بارود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة الأزهر غزة، المجلد العشرون العدد الثاني 2012، ص: 562.

² محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 77

³ Article 1382 « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à la réparer ».

Article 1384 /1 « l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par la fait des personnes dont on doit répondre, ou de choses qu l'on a sous sa garde ».

جدية للتعاقد أو الاخلال بالثقة المشروعة التي تولدت لدى المتفاوض الاخر. وقد ايداه الفقه الفرنسي في ذلك¹.

فمحكمة النقض الفرنسية تؤسس مسؤولية المتفاوض على أساس نظرية القطع التعسفي للمفاوضات إذا لم يكن للمتفاوض أساسا مشروعاً لعدوله أو انسحابه من التفاوض ويكون التعسف في ممارسة حق قطع المفاوضات ، متى كان ذلك من جانب واحد وبالتالي فإن قطع المفاوضات أحادية الجانب تؤسس لتوافر عنصر الخطأ في قيام مسؤولية المتفاوض.

ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية خلال سنة 1970 اعتبرت أن قطع المفاوضات العقدية يشكل تعسفاً متى تم ذلك بسوء نية، ولم تشترط لتحقيق التعسف وجود نية الاضرار بالتفاوض الاخر².

فضلا عن ذلك فان بعض الفقه³ يؤكد أن هناك العديد من قرارات محكمة النقض الفرنسية تؤسس لقيام المسؤولية التقصيرية الناجمة عن القطع المفاوضات في ثلاث صور هي سوء النية والخطأ العادي والخطأ المقترن بممارسة حق قطع التفاوض من جانب واحد⁴.

المطلب الثالث- النظريات السائدة في القانون المقارن :

أن المسؤولية الناشئة عن المرحلة السابقة على التعاقد أو الناشئة في المرحلة التمهيدية للعقد النهائي محل التفاوض، لم تكن محط اهتمام وعناية أغلب التشريعات المقارنة كما أشرنا سابقاً، فغالب التشريعات المنظمة لنظرية العقد في القوانين المدنية المقارنة، لم تهتم بتنظيم المسؤولية المدنية المترتبة على اطراف التفاوض في حالة في حالة الخطأ أو في

¹ Jaque Ghestin, la formation du contrat, tome 1. Op cit ,p 530

² Cass .civ, ch1 ,12/04/1976, Bull civ1,n°122 , N° de pourvoi : 74-11.770

³ Jaque Ghestin, la formation du contrat, tome 1. Op cit,p531

وانظر ايضا: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص:59

⁴ Trois fondements peuvent à priori être dégagés de l'analyse de la jurisprudence : la mauvaise foi-la simple faute—la faute commise dans l'exercice de droit de rupture unilatérale dès pourparlers précontractuels

حالة الاخلال بمبادئ التفاوض كمبدأ الامانة والثقة المشروعة أو مخالفة مبدأ حسن النية ومقتضياته.

لكن في أغلب الحالات نجد الفقه والقضاء المقارن لا يتوانيا في أخذ زمام المبادرة من أجل التعرض لمشكلات المفاوضات العقدية التي لم يسع التشريع في تنظيمها في سبيل ايجاد الحلول المناسبة للنزاعات الناشئة بين اطراف المفاوضات العقدية، بما يتوافق مع مضامين المبادئ والقواعد العامة السائدة في القوانين المقارنة¹ لذلك سادت وجهات نظر مختلفة فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن الخطأ السابق على التعاقد على وجه العموم والمسؤولية الناجمة عن قطع التفاوض والانسحاب من المفاوضات دون سبب جدي أو مسوغ قانوني يبرر ذلك.

والجدير بالذكر أن بعض التشريعات الدولية نصت صراحة على قيام المسؤولية في المرحلة الممهدة لإبرام العقد، عند الاخلال بمبدأ حسن النية السائد في هذه المرحلة من التعاقد، ويظهر هذا بشكل جلي في المادة 15.1.2 من مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية والتي تنص على أنه: "1- للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عند عدم التوصل الى اتفاق.

2- مع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات بسوء نية عما لحق بالطرف الآخر من اضرار.

3- ويعد من قبيل سوء النية بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته في عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر.

وهذا النص يتطابق على الاقل من الناحية العملية² مع المادة 301:2 من مبادئ القانون الأوربي للعقود³. فيؤسس نص المادة 15.1.2 من مبادئ يونيدروا على التفاوض

¹ أنس عبد المهدي فريحات ، المرجع السابق، ص:768

² Radu STANCU, op .cit, p134

³ Article 2:301: Négociations contraires à la bonne foi

(1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent encourir de responsabilité pour ne pas être parvenues à un accord.

(2) Toutefois, la partie qui conduit ou rompt des négociations contrairement aux exigences de la bonne foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.

أو قطع المفاوضات بسوء نية، وبعد من قبيل سوء النية بوجه خاص دخول الطرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل الى اتفاق مع الطرف الاخر بينما المادة 301.2 من مبادئ القانون الأوربي للعقود تؤسس المسؤولية عن الاخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض.

ويظهر أن هذا النص الاخير اكثر وضوحا المادة 15.1.2 من مبادئ يونيدروا، حين يوضح أن المسؤولية تقوم على الاخلال بمبدأ حسن النية ولا يعتبر مجرد عدم توصل الاطراف إلى ابرام العقد النهائي اساسا للمسؤولية، بل ينص صراحة على مسؤولية الطرف الذي يتفاوض أو ينسحب عن التفاوض اخلايا بمقتضيات حسن النية، فعلى سبيل المثال فقد نص صراحة على حالة الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها دون أن يكون لهذا الطرف نية حقيقية في بلوغ العقد المزمع ابرامه، فضلا على توسيع مجال المسؤولية لتشمل جميع الحالات المخالفة لحسن النية ولا يقتصر على العقود المبرمة بسوء نية حسب المادة 15.1.2 من مبادئ يونيدروا¹.

وفي نفس السياق نجد مشروع التقنين الاوربي للعقود المقترح من طرف اكااديمية الخواص الاوربية (Académie des privatistes Européens) والذي أعده البروفيسور Gandolfi لاسيما المادة 6 منه المتعلقة بمبدأ حرية المفاوضات ومسؤولية الطرف الذي يقطع التفاوض بسوء نية، كما يكون مسئولا في حالة الدخول في التفاوض أو سير المفاوضات دون نية بلوغ العقد النهائي و قطع المفاوضات دون سبب جدي.

الفرع الاول- موقف التشريعات الغربية:

من بين التشريعات الغربية التي نظمت أحكام المسؤولية السابقة على التعاقد نميز التشريع الالمانى والتشريع الايطالى والتشريع الفرنسى وهو ما سنتناوله من خلال البنود التالية:

(3) Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre.

¹Radu STANCU, op cit ,p135

أولا/التشريع الألماني:

القانون المدني الألماني (BGB¹) الذي دخل حيز التنفيذ في الفاتح من جانفي 1900، لم يتضمن نصا عاما ينظم المسؤولية السابقة على التعاقد، فضلا عن ذلك فإن هذا القانون لم يأخذ بنظرية ايهرينج المعروفة بنظرية الخطأ عند ابرام العقد *la culpa in contrahendo* كمبدأ عام، ولكنه أخذ ببعض تطبيقاتها في مضمون بعض النصوص لاسيما فيما يخص التعويض الناجم عن بطلان العقد مثل المادة 307 المتعلقة بالتعويض عن استحالة تنفيذ العقد، إذ تعتبر أن الطرف المسئول كان يعلم أو من المفروض أن يعلم مسبقا سبب استحالة تنفيذ العقد، وكذلك المادة 826 المتعلقة بالبطلان على أساس الغش فتعتبر الطرف المتسبب في البطلان مسئولا عن وقوع الطرف الثاني في الغلط بسبب ممارسات الغش والتضليل².

وقد ترك القانون الألماني للفقهاء والقضاء البحث عن الحلول غير المشمولة بنص قانوني حماية للأطراف المتفاوضة على العقد.

وقد تأثر الفقه والقضاء الألماني بنظرية الخطأ عند ابرام العقد، حتى أصبح من المقبول لديهما أنه لمجرد الدخول في التفاوض العقدي تنشأ بين الطرفين علاقة خاصة تلزمهما لمراعاة الحرص والأمانة وحسن النية في التفاوض ويترتب على الاخلال بهذه الالتزامات مسؤولية قبل التعاقد، ويعتبرها مسؤولية شبه عقدية³ *responsabilité quasi contractuelle*.

و بتاريخ 2001/11/26 تم عصرنه قانون الالتزامات الألماني السالف الذكر الذي دخل حيز التنفيذ في 2002/01/01، وتم بموجبه تعديل المادة 311⁴BGB منه في

¹ Burgerliches Gesetzbuch

² انظر المادتين 307 و 826 من القانون المدني الألماني (BGB)

³ رجب كريم عبدالله، المرجع السابق، ص: 267

⁴Section 311BGB: Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions

(1) In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute.

(2) An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by

الفرع الاول المتعلق بإنشاء الالتزامات ضمن القسم الثالث المعنون بالالتزامات التعاقدية، وقد تضمن هذا النص الالتزامات الناشئة عن المعاملات القانونية والالتزامات المشابهة للمعاملات القانونية، وأقر على أن الالتزامات العقدية لا تترتب عن عقد حقيقي فحسب بل يمكن ان تترتب عن التزام قبل تعاقدي¹ الذي يترتب عن الاخلال به قيام المسؤولية العقدية السابقة على التعاقد، لذلك نجد أن المادة 2 /311 BGB، تنص على أنه ينشأ الالتزام القانوني المنصوص عليه بالمادة 2/241 عن طريق بدء مفاوضات عقدية أو عن طريق بدء أحد الاطراف التمهيد لإنشاء علاقة عقدية في المرحلة السابقة على التعاقد، وأن المادة 241 تستوجب الالتزام بمبدأ حسن النية والتزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح الطرف المقابل².

فالمادة 2 /311 BGB تعتبر بمثابة الاساس القانوني للمسؤولية العقدية السابقة على التعاقد في القانون المدني الالمانى، إذ من خلال هذا النص يمكن قيام مسؤولية قبل التعاقد ضمن ثلاث حالات منصوص عليها قانونا، أولها عند بدء التفاوض على العقد وثانيها عند اتخاذ الاجراءات التحضيرية لإبرام العقد النهائي اذا تعهد أحد اطراف التفاوض للطرف الآخر بالسماح له بالمساس بحقوقه أو أمواله أو مصالحه المشروعة وأخيرا في حالة تواجد بين الطرفين معاملات تجارية متشابهة³.

1. the commencement of contract negotiations .2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or 3. Similar business contacts.

(3) An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation comes into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract.

¹ MARTIN OUDIN , un droit européen...pour quel contrat ? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé, Revue internationale de droit comparé, vol.59 n°3-2007، p483

² محمود فياض، مدى التزام الانظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة، حجم 2013 رقم 54، الامارات العربية المتحدة ، 2013، ص248.

³ « http://fr.jurispedia.org/index.php?Title=contrat_informatique/_Régles_générales_applicables_de » p2/7

فضلا عن ذلك فإن أساس هذه المسؤولية أيضا، يكمن فيما انتهت اليه المحكمة العليا الألمانية، إذ تستند الى مبدأ الثقة المتبادلة بين الطرفين، وبحسبها يستطيع كل متفاوض ان يعول على الثقة التي اولها اياه المتفاوض الاخر، وهذا ما يكفل له حق التعويض عما أصابه جراء خيانة هذه الثقة¹.

ثانيا - التشريع الايطالي:

عرف النظام القانوني الايطالي نظرية المسؤولية السابقة على التعاقد (la culpa in contrahendo) من خلال نصوص القانون المدني الايطالي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 262 المؤرخ في 16/03/1942، والذي دخل حيز التنفيذ في 21/04/1942 وذلك من خلال المادتين 1337 و 1338 منه²، ولذلك تعتبر ايطاليا من بين أول الدول الاوربية التي عملت على تقنين المسؤولية السابقة على التعاقد.

فالمشرع الإيطالي من خلال المادة 1337 مدني إيطالي يلزم أطراف التفاوض بالتزام عام مفاده يجب اجراء المفاوضات العقدية في مختلف مراحلها بحسن النية، أي منذ الدخول في التفاوض وأثناء سيرها وإثناء المرحلة النهائية لإبرام العقد، وحتى في حالة قيام المسؤولية قبل التعاقد ويتجسد تطبيق هذا الالتزام القانوني في مضمون المادة 1338 من نفس القانون، والتي تعتبر كل اطراف التفاوض على علم بأسباب البطلان أو من السهل أن يعلموا ذلك، فإذا تحقق بطلان العقد، فان الطرف الذي يتأكد علمه بسبب هذا البطلان ولم يفصح عنه للطرف الاخر قبل ابرام العقد، يعتبر مسئولا على اعتبار اخلاله بالتزام واجب الاعلام السابق على التعاقد.

وتجدر الاشارة الى أنه منذ دخول نصوص القانون المدني لسنة 1942 حيز التنفيذ فإن القضاء الايطالي كرس الطبيعة التقصيرية للمسؤولية السابقة على التعاقد، باعتبار أن المسؤولية العقدية تفترض وجود عقد صحيح يربط الطرفين، ولا مجال لتطبيقها قبل ابرام العقد.

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 266

² Article 1337 du code civile italienne «Négociation et responsabilité précontractuelle, les parties dans le développement des négociations et dans la formation du contrat devront se comporter de bonne foi. »

Article 1338 de même code :

وبذلك يكون المشرع الايطالي قد حسم فكرة الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، وتبنى فكرة المسؤولية التقصيرية لهذه المرحلة ضمن نصوص قانونية خاصة و متميزة تفرض التعامل العادل اثناء التفاوض، ويلقي على عاتق الطرفين التزاما بالتفاوض بحسن نية والذي من شأنه أن يثير مسؤولية التقصيرية للمتفاوض إذا كان هناك سوء نية بسبب الاحتيال أو الغش أو حتى في حالة عدم الافصاح عن سبب البطلان، خلافا لما عليه الحال في بعض التشريعات الغربية خاصة الفرنسي قبل تعديل 2016 حيث كان يتبنى المسؤولية قبل التعاقدية ضمن نصوص عامة تنظم أساسا احكام المسؤولية التقصيرية.

ثالثا - التشريع الفرنسي:

قبل تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 لم يكن هناك أي نص خاص ينظم المفاوضات التعاقدية ولا المسؤولية في الفترة السابقة على التعاقد، بل كان يكتفي بالمادتين 1382 و 1384 من القانون المدني الفرنسي¹ اللتين تلزمان مرتكب الفعل الضار بخطئه أو بإهماله أو بتقصيره، بتعويض الطرف المضرور، وكان يعتقد بأن المادة 1382 تطرح قاعدة عامة مفادها كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض تكفي لحل جميع مشاكل المسؤولية، وحتى تلك الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد بما في ذلك المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات العقدية².

فالقانون الفرنسي لم ينظم المرحلة السابقة على التعاقد بنصوص قانونية خاصة على غرار بعض الانظمة الغربية مثل القانون الالمانى أو الايطالي، ولم يتضمن نصا صريحا يستوجب مراعاة حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية، غير أن الماد 311 مدني فرنسي كانت تنص صراحة على ضرورة مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد وتفسيره وكذلك

¹ Article 1382 de code civile français « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage celui par la faute du quelle il est arrivé à la réparer »

Article 1384 de même code « l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on sous sa garde »

² بلحاج العربي، الاطار القانوني للمسؤولية السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، المرجع السابق،

المادة 1134 مدني فرنسي تنص على التزام طرفي التعاقد بتنفيذ التزاماتهما التعاقدية وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية، ولم يمنع هذا النص فقهاء القانون وقضاء محكمة النقض الفرنسية من التعامل مع هذا المبدأ على أنه التزام قانوني يطبق أيضا في مرحلة التفاوض على العقد¹.

لكن القانون المدني الفرنسي المعدل في 2016/10/01 قام بتنظيم مرحلة المفاوضات العقدية بنصوص خاصة ضمن المواد: 1102 و 1104 و 1112 منه، والذي جاء تكريسا لاجتهادات محكمة النقض الفرنسية، متضمنا المبادئ الأساسية التي تحكم سير المفاوضات العقدية، نذكر منها مراعاة مقتضيات حسن النية ومبدأ الحرية التعاقدية والالتزامات المترتبة عنها كالالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على سرية المفاوضات. لذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي الى القول بأن مبدأ حسن النية الواجب مراعاته عند تنفيذ العقد وتفسيره، يتسع قانونا ليشمل المرحلة السابقة على التعاقد، ويفرض الالتزام بالتفاوض بحسن النية و الالتزام بالأمانة والثقة خلال هذه المرحلة².

والى جانب التزام الطرفين بالسير في المفاوضات طبقا لمقتضيات حسن النية يمنح مبدأ الحرية التعاقدية للطرفين، الحق في قطع المفاوضات والانسحاب منها في أي وقت دون يكون هناك مبرر لقيام مسؤولية المتفاوض المنسحب، إذ انه ليس كل انسحاب أو قطع للمفاوضات يؤدي بشكل منطقي لقيام مثل هذه المسؤولية، مالم يتحقق قطع المفاوضات بسوء نية، أو قطعها دون سبب مشروع أو يثبت اقدام المتفاوض توقيعها اتفاق وهو يعلم مسبقا أنه باطل أو الاخلال بالالتزام بالمحافظة على سرية المفاوضات وتشكل هذه العناصر في مجموعها مظاهر مخالفة لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، إذ يكفي توافر عنصر واحد منها لقيام مسؤولية المتفاوض³.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، فعلى سبيل المثال في حكمها الصادر بتاريخ 2003/11/26⁴ في قضية معروفة بقضية (Manaukian)

¹ محمود فياض، المرجع السابق، ص 236

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص:443

³ محمود فياض، مرجع سابق ، ص:238

⁴Cass .com ,26 /11/2003, pourvoi n° 00-10.243,00-10.949 ,Bull 2003 IV n°186 p.206

نجدها قد رفضت الطعن المرفوع ضد قرار محكمة الاستئناف الصادر بتاريخ 1999/10/29 الرامي الى تعويض شركة Manaukian المدعية في الاستئناف 400.000 فرنك على أساس اخلال المدعى عليهم المالكين لأسهم شركة Stuck بمبدأ حسن النية في التفاوض من خلال تفاوضهم مع جهات أخرى بشأن بيع اسهمهم ضمن الشركة السالفة الذكر، معللين هذا التصرف بعدم وجود رابطة تعاقدية في الاساس بين الطرفين وكونهما لا يزالان في مرحلة المفاوضات¹، في الوقت الذي اتفق فيه الطرفان المتفاوضان على جميع المسائل وعلى تحديد ميعاد لتوقيع العقد النهائي، وتبين للمحكمة من ظروف التفاوض حتمية التوقيع على العقد.

لذلك لا يسع هذا الطرف التمسك بحق قطع التفاوض، على اعتبار عدم وجود رابطة عقدية بل أن قطع التفاوض في مرحلة متقدمة من المفاوضة يعتبر تعسفا في استعمال الحق، وعلى هذا الاساس انتهت محكمة النقض الفرنسية الى أن الحرية التعاقدية تمكن الطرفين من قطع التفاوض بكل حرية، ما لم يكن هناك تعسفا في استعمال هذا الحق والذي من شأنه أن يشكل خطأ بالإخلال بالثقة المشروعة في التعامل.

كما أن محكمة النقض الفرنسية اتجهت في قرارها الصادر بتاريخ 2003/11/26 في قضية Manaukian الى قيام المسؤولية التقصيرية بإثبات خطأ الطرف الذي يقطع التفاوض من جانب واحد دون مبرر مشروع².

وأعتبرت مسؤولية قطع المفاوضات دون مبرر مشروع من طبيعة تقصيرية³ باعتبار وقوعها في المرحلة السابقة على التعاقد وتفتقد هذه المرحلة الى وجود عقد مبرم بين طرفي التفاوض، ويرجع أساس هذه المسؤولية الى أحكام المادة 1240⁴ من القانون

¹ محمود فياض ، المرجع السابق ، ص:243

² Radu STANCU, op.cit, p : 34

³ ونجد في هذا الصدد أن مشروع وزارة العدل الفرنسية في اطار تعديل 2016 ينص في المادة 2/20 على أن:

LA conduite ou la rupture fautive de ces négociations (précontractuelle) oblige son auteur sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

⁴ Art. 1240 d code civile français :- Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

المدني الفرنسي (أي المادة 1382 قبل تعديل 2016) وأن قطع التفاوض يعد تعسفا ويشكل خطأ يستوجب تعويض الطرف المضرور¹.

لذلك اتجهت الحاكم الفرنسية الى حظر قطع التفاوض على أساس من التعسف في استعمال الحق وهذا في حد ذاته يعتبر استبعادا صريحا لوجوب توافر عنصر نية الاضرار بالطرف المقابل عند اعمال هذا الحظر، لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في القضية الشهيرة (Monoprix) عام 1969 بنقض الحكم المستأنف الذي اعتبر أن الطرف المتفاوض غير متعسفا، حينما أوقف التفاوض مع الطرف المقابل بشكل غير مبرر نظرا لانتفاء نية الاضرار بل إعتبرت أن وقف التفاوض دون سبب مشروع يعتبر شكلا من اشكال التعسف في استعمال الحق دون الحاجة للبحث عن نية الاضرار، الأمر الذي يستوجب التعويض².

وتجدر الاشارة إلى أن القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه لم يتردد في اقرار المسؤولية التقصيرية في جانب الطرف المتسبب في الضرر جراء القطع المفاجئ بسوء نية أو دون سبب جدي لمفاوضات عقدية في مراحلها المتقدمة دون مبرور مشروع أو المصحوب بخطأ متميز (caractérisé) أو واضح لا مرأى فيه أو حتى بخطأ عادي³ ويتجلى ذلك من خلال اطالة مدة التفاوض دون سبب جدي أو بالدخول في مفاوضات قصد التعرف على أسرار المتفاوض الاخر أو عدم توافر نية جدية للتعاقد وبصفة عامة المخالفة الواضحة لمبادئ حسن النية والصدق والأمانة⁴ الإخلال بالثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف الاخر بشأن ابرام العقد.

وبالتالي يمكن القول أنه بقدر ما يكون التفاوض في مرحلة متقدمة من تكوين العقد بقدر ما يقلص من مجال الحرية في قطع المفاوضات، ويجعل قطعها دون مبرر أو سبب

¹ C. François, « Introduction », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris1, p :3
<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/introduction/> [consulté le 28/03/2019].

² محمود فياض، المرجع السابق، ص 249

³ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 60

⁴ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.446

مشروع ويعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق، الذي من شأنه أن يشكل عنصر الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية في جانب المتفاوض الذي يتسبب في قطع المفاوضات¹ على أن تكون هذه المسؤولية في مرحلة التفاوض لا تنطبق على العدول عن التفاوض في حد ذاته بل على ما يصاحبه أو يلحق به من خطأ أو تقصير².

الفرع الثاني - موقف التشريعات العربية:

سنتناول فيما يلي موقف بعض التشريعات من الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد:

أولاً - التشريع المصري:

بداية القانون المدني المصري لم يتضمن نصوصا قانونية خاصة بتنظيم مرحلة المفاوضات العقدية، شأنه في ذلك شأن القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 بالرغم من أن المشروع التمهيدي لهذا القانون نص على أحكام عامة للمسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض، إلا أنه تم حذفها في الصيغة النهائية للقانون بحجة أن القواعد العامة تغني عن ذلك³.

و على غرار التشريع الفرنسي نجد المشرع المصري قد ترك بدوره مهمة البحث عن الحلول للقضايا المتعلقة بالمفاوضات العقدية، للفقهاء والقضاء المصري في ضوء القواعد العامة، لكن المنتبغ للدراسات الفقهية بشكل معمق في هذا المجال، تبدو له قليلة نوعا ما ويرجع ذلك بوجهة نظر البعض الى ندرة ما تثيره هذه المرحلة من نزاعات امام القضاء المصري⁴.

لكن الرأي الذي استقر عليه الفقه المصري بما يكاد يصبح أمر بديهيا هو أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا، لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض

¹ عرفت المادة 20 فقرة 2 من مشروع chancellerie سنة 2008 عدة صور للخطأ منها السير خطأ في المفاوضات أو الدخول ومواصلة التفاوض دون نية الوصول للتعاقد، أو الخطأ في قطع التفاوض وهذا ما اشارت

اليه المادة 1111 من مشروع chancellerie مارس 2015. انظر: Radu STANCU , op.cit , p
² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص.444

³ انظر بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، المرجع السابق، ص.171

⁴ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص 274

حر في العدول عن المفاوضة في الوقت الذي يريده دون أن يتعرض لأية مسؤولية إلا إذا اقترن بالعدول خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الاخر المتفاوض¹.

وهذا الامر استقر عليه القضاء المصري أيضا إذ أكدت محكمة النقض المصرية في أكثر من حكم على أن الاعمال التحضيرية للعقد أو ما يعرف بمشروع العقد يعد مجرد مفاوضات يتم تكييفها على انها مجرد عملا ماديا ليس لها أي أثر قانوني مالم يثبت اقترانها بخطأ يسبب ضررا يلحق بالطرف الاخر، وتتحقق معه المسؤولية التقصيرية في جانب الطرف المتسبب في الضرر².

ومن بين الاحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن حكم محكمة النقض المصرية حال فصلها للطعن رقم 219 لسنة 31 القضائية في جلستها 1966/01/27³ ضد الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف، المؤيد للحكم الصادر بتاريخ 1960/06/19 الرامي الى الزام الطاعن (ح م س) بدفع للمطعون ضده (ج غ) مبلغ 9870 جنية والمصروفات جميعها و 20 جنية مقابل أتعاب المحاماة، وانتهى هذا الحكم في أسبابه الى قيام المسؤولية العقدية بإجازة اثبات قيام شركة التضامن بين الطرفين بكافة طرق الاثبات وإثبات المطعون ضده بنفس الطرق مقدر ما حل به من خسارة وما فاتته من ربح بسبب فسخ عقد الشركة بفعل الطاعن.

وتبين من وقائع الدعوى أن المطعون ضده عرض عليه الطاعن أن يفكر له في مشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكا معه، فقبل العرض واقترح انشاء مصنع لعمل وطبع اسطوانات الاغاني والموسيقى يكون هو الاول من نوعه في الشرق الاوسط فرحب الطاعن بالفكرة وجرت بينهما مفاوضات لإنشاء شركة لتنفيذ المشروع، وتوصلا خلال اتفاهما على تكوين هذه الشركة، يساهم الطاعن فيها بكل ما يلزم لتكوين رأسمالها ونفقات انشاء المصنع وشراء الآلات اما المطعون ضده فيساهم بعمله وخبرته الفنية ويشرف على

¹ انظر عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - الجزء الاول - دار احياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1952، ص: 207، وانظر ايضا رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 274

² محمد حسام محمود لطف، المرجع السابق، ص 62

³ نقض مدني مصري في 1966/01/27 الطعن رقم 219 مجموعة المكتب الفني س 31 رقم 24 ص: 182

ادارة المشروع فنيا وتجاريا، ويكون له الربح في موجودات الشركة من أرض وبناء وآلات وغيرها وكذلك الربح من صافي الارباح، ويكون للطاعن ثلاث أرباع من كل ما ذكر.

فطلب المطعون ضده تحرير عقد الشركة الذي تم الاتفاق عليه، فأفهمه الطاعن أن هناك امر مستعجل لا يحتمل الانتظار، ويستوجب من المطعون ضده التنقل الى أوربا للبحث عن أحسن المصانع والآلات، وعليه إرجاء مسألة إبرام العقد الى حين عودته ففعل المطعون ضده ذلك وسافر تاركا وراءه العديد من الاعمال، وكلفته المهمة البقاء عدة أشهر في الخارج ولما اشرفت مهمته على الانتهاء قدم اليه الطاعن وافر اختياراته من الآلات ودفع ثمنها ولما تم تحويل المشتريات الى مصر، تنكر الطاعن الاتفاق ورفض إبرام العقد واستأثر بالآلات لنفسه وإبرم مشروع الشركة المتفق عليه مع آخرين .

وانتهت محكمة النقض الى التكييف الصحيح لهذه الوقائع، واعتبرت أن ما تم بين الطرفين لم يجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بينهما، وان الطاعن لم يكن جادا في هذه المفاوضات، ولم يكن يقصد أن تبلغ غايتها بإبرام عقد الشركة مع المطعون ضده، بل كانت رغبته مجرد الحصول على فكرة المشروع ليقوم بتنفيذها مع أشخاص آخرين يساهمون معه في رأسمال الشركة بنصيب كبير، ونتيجة لهذا المسلك مع عدم اخطار المطعون ضده بقطع المفاوضات في وقت مناسب، فيعتبر ذلك خطأ من الطاعن ترتب عليه ضرر للمطعون ضده فلذلك فان الطاعن يلتزم بتعويض الطرف المضرور عملا بأحكام المادة 163 من القانون المدني المصري¹.

فهذا الحكم بدوره قد كرس مرحلة المفاوضات واعتبرها مجرد عملا ماديا ليس لها أي أثر قانوني، ما لم يثبت اقترانها بخطأ يسبب ضررا يلحق بالطرف الاخر سواء كان هذا الخطأ ناتج عن عدم جدية الطرف المتفاوض في بلوغ الغاية من التفاوض أو كان سيء النية، يرغب في الحصول على اسرار الطرف الاخر واستغلالها في اعمال غير مشروعة كما أنه يسعى الى قطع المفاوضات في مرحلة متقدمة ودون مبررات جدية ودون أن يخطر المتفاوض الاخر في الوقت المناسب.

¹ تنص المادة 163 من القانون المدني المصري " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض "

بيد أن قطع المفاوضات من جانب من دعا إليها قد يترتب على عاتق من قطعها المسؤولية إذا اقترن ذلك بخطأ منه، وتكون هذه المسؤولية مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل غير المشروع.¹ باعتبار ان المفاوضات مجرد أعمال مادية .

وقد كرست محكمة النقض المصرية مادية الأعمال التفاوضية وحرية العدول عنها في عدة أحكامها، ويظهر ذلك جليا في حكم حديث لها مؤرخ في 2021/01/24 فصل في الطعن رقم 12935² الذي يركز على قاعدة مستقرة مفادها أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها بذاتها أي اثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان مبرر لعدوله.

فالمفاوضات بذاتها لا تقيم رابطة عقدية بين طرفيها، ولذا فهي عمل مادي يقوم به كل من المتفاوضين، ولكن هذا العمل المادي لا يرقى لمرتبة التصرف القانوني ولا يترتب عليه أي أثر قانوني في حد ذاته³، وبالتالي فإنه طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية يمكن لأي طرف من الاطراف المتفاوضة العدول عن المفاوضات ورفض التعاقد في أي وقت دون ان يكون مسئولا عن عدوله عن التفاوض في حد ذاته، ولا يصلح في هذا العدول أن يكون سببا في قيام المسؤولية طالما لم يقترن هذا العدول بخطأ يلحق ضررا بالتفاوض الآخر.

ثانيا- موقف التشريع الاردني:

بداية القانون المدني الاردني ينص من خلال المادتين 90 و 91 منه على أنه ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة للانعقاد ويكون الايجاب والقبول بكل لفظ يستعمل عرفا و أيا منهما صدر أولا فهو ايجاب والثاني قبول، ويجب مطابقة هذا الاخير بالإيجاب، وفي حالة اقتران القبول بما يزيد عن الايجاب أو بما يقيد أو يعدله، عدّ رفضا يتضمن ايجابا جديدا⁴، وأضافت المادة 94 من نفس القانون على انه يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجابا، بينما يكون " النشر

¹ حمدي بارودي، المرجع السابق، ص:563

² حكم محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم 12935 لسنة 88 القضائية ،دوائر الاجارات، جلسة 2021/01/24

³ حمدي بارودي، مرجع سابق، ص:563

⁴ انظر المادة 99 من القانون المدني الاردني

والإعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو الافراد فلا يعتبر عند الشك ايجابا وإنما يكون دعوة للتفاوض¹.

وطبقا للمادة 100 من نفس القانون أنه لا يتم تطابق القبول بالإيجاب ما لم يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية التي تم التفاوض عليها، ويعد الاتفاق على بعض المسائل غير كافي لإنشاء التزام عقدي حتى ولو تم ذلك كتابة.

فيتضح جليا من خلال ذلك أن المشرع الاردني يقر مرحلة التفاوض العقدية باعتبارها مرحلة سابقة على التعاقد وممهدة لإبرام العقد المنشود² على الرغم من عدم تنظيمه للمرحلة بأحكام خاصة، فهو يعتبر أن الايجاب الملتبس أو العروض أو الطلبات الموجهة للجمهور أو الافراد مشكوك في صياغتها للإيجاب القانوني، فحينئذ يعتبرها المشرع الاردني مجرد دعوة للتفاوض .

كما يعتبر أن تطابق القبول بالإيجاب الذي يبرره اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية يأتي نتيجة لعملية التفاوض على العقد المزمع ابرامه، ولا يعتبر اتفاقهما على بعض المسائل الاخرى دون المسائل الجوهرية كافيا لإبرام العقد النهائي، بل أن اعتبار العقد مبرما بالاتفاق على المسائل الجوهرية فحسب، يتوقف على عدم اشتراط الطرفان اثناء التفاوض بأن لا يكون العقد منعقدا ما لم يتفقا على المسائل التفصيلية المؤجلة طبقا لأحكام المادة 2/100 مدني أردني.

والجدير بالذكر أن التشريع الاردني نص صراحة كأغلبية التشريعات العربية على وجوب مراعاة مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد من خلال المادة 1/202 مدني أردني إذ تستوجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ولا يقف تطبيق هذا المبدأ الاخير على حد التصريح به في مرحلة تنفيذ العقد فحسب، بل يتوجب مراعاته والتوسع في تطبيقاته ولو ضمنا، استنادا إلى ما خلصت إليه العديد من أحكام القضاء المقارن، إذ أصبح هذا المبدأ لا يقف نطاق تطبيق عند حد تنفيذ العقد فحسب بل يمتد ويتسع ليشمل جميع مراحل العقد سواء عند المراحل الاولى من تكوين

¹ المادة 2/94 من القانون المدني الاردني

² أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 791

العقد أو عند ابرامه وتنفيذه، بل حتى عند تفسيره عند الاقتضاء، وإلى ذلك قد أشارت المادة 239 مدني أردني التي تقتضي أن يستند تفسير العقد بما ينبغي من توافر الامانة والثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات .

مع الإشارة إلى أن فكرة حسن النية تعد فكرة جديدة في القانون الاردني، ويرجع البعض ذلك لعدم اعتناقها من طرف المشرع الاردني ضمن مجلة الاحكام العدلية التي استمر العمل بها الى غاية بداية (1977)¹.

ويقتضي مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية إقبال الطرفين على التفاوض بجدية ورغبة صادقة في اتمام التعاقد بشروط مرضية للطرفين والابتعاد عن كل ما من شأنه تعطيل المفاوضات أو المساس بنزاهتها²، دون أن يخل بحقوق الطرفين في العدول والرجوع عن التفاوض، متى كان ذلك قبل أن ينفذ مجلس العقد، وقبل أن يصادف القبول الايجاب.

وهذا ما يتطابق مع نص المادة 96 مدني أردني التي تمنح للموجب حق الرجوع عن ايجابه طالما لم يقترن هذا الايجاب بميعاد للقبول، ويكون للمتعاقدين حق الخيار بعد الايجاب في الرجوع عن الايجاب أو المضي فيه الى آخر مجلس العقد وقبل القبول، فلو رجع الموجب عن ايجابه أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الاعراض يبطل الايجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك³.

وبالتالي فإنه لا يترتب على العدول عن التفاوض أي أثر قانوني إلا إذا سبب ضررا بالتفاوض الآخر، وتكون المسؤولية حينئذ مستندة الى السلوك غير المألوف الذي اقترن بالعدول وليس عن العدول في حد ذاته، ذلك أن العدول بحسب الاصل لا يصلح سببا للمسؤولية أو ترتبط هذه المسؤولية بمدى تجاوز مرحلة الايجاب من عدمها، فإذا تم الايجاب وصادفه قبول، فليس للموجب حينئذ أن يعدل عنه أو كان الايجاب في حد ذاته

¹ أنس عبدالمهدي فريحات، المرجع السابق، ص440

² أحمد ابراهيم الحيارى، أثر التعديلات التي طرأت على القانون المدني الفرنسي المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد "دراسة مقارنة"، (مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون)، الجامعة الاردنية، مجلد 46 ، عدد2، المملكة الاردنية، 2019 ص 642.

³ أحمد ابراهيم الحيارى، المرجع السابق، ص 646.

يشكل جزء من العقد ، بحيث لا يكون هناك شك في صياغة الايجاب وإلا اعتبر دعوة للتفاوض طبقاً للمادة 2/94 مدني أردني¹.

لكن المشرع الأردني لم يحسم أمره بنصوص قانونية صريحة، لبيان طبيعة الاثر المترتب عن العدول المصحوب بإخلال المتفاوض بمبدأ حسن النية، أو الاخلال بأي التزام آخر ينجر عن عملية التفاوض، كأن يتم قطع المفاوضات بصورة مفاجئة ودون مبرر مشروع أو جدي بالرغم من اتجاه بعض الفقه الاردني الى القول أن هناك العديد من النصوص القانونية ضمن القانون المدني الاردني يبدو من خلالها تأثر المشرع بنظرية إهرينج المعروفة بنظرية الخطأ عند ابرام العقد²، ويستدل هذا الرأي بالمادة 134 مدني أردني التي تجيز لناقص الاهلية المطالبة ببطلان العقد، وإذا كان ناقص الاهلية قد لجأ الى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته في مرحلة التفاوض وجب عليه تعويض المتفاوض الاخر.

وبحسب هذا الرأي يرجع أساس التعويض الى الخطأ القائم على اخفاء نقص الاهلية اثناء التفاوض، فضلا عن اخلاله بالثقة المشروعة التي استند اليها المتفاوض الاخر في دخول معه في التفاوض كما يستدل هذا الرأي بأحكام المادة 550 مدني اردني³ حيث يتحمل البائع اثار الفسخ لعدم تبصره⁴.

لكن هذا الرأي حتى وإن سلمنا بصحته، لكونه يعتمد على تفسير جانب من تطبيقات حسن النية في القانون الاردني، غير أن هذا الرأي لا يتماشى على الاقل مع ما انتهت اليه نظرية إهرينج، التي خلصت الى تقرير المسؤولية العقدية في جانب المتفاوض الذي كان يعلم أو من المفروض ان يعلم سبب بطلان العقد.

¹ مها يوسف خصاونة- رشا محمد تيسير خطاب، الحماية المدنية للمستهلك من الاعلان التجاري المضلل ، وفقا لأحكام القانون المدني الاردني ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 9 عدد 1 الامارات العربية المتحدة، 2012 ص 167.

² طبقاً لنظرية إهرينج أن مجرد البدء في التفاوض لإبرام عقد بين طرفين يربط مسؤولية تعاقدية على كل طرف بعدم ارتكابه لأي خطأ اثناء التفاوض كالانسحاب غير المبرر أو التسبب في اذاء الطرف الاخر . انظر في هذا الصدد: يزيد أنيس نصير، الايجاب والقبول في القانون المدني الاردني والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة العدد 16 ص 128.

³ تنص المادة 550 مدني اردني " إذا باع شخص ملك غيره بغير إذنه جاز للمشتري ان يطلب فسخ البيع، ولا يسري البيع في حق مالك العين المببعة ولو أجازها المشتري"

⁴ أنس عبدالمهددي فريحات، المرجع السابق ، ص 793

غير أن الرأي الصحيح يذهب الى التفرقة بين ما هو ايجابا باتا إذا صادفه قبول ينعقد العقد أو على الاقل اعتباره ايجابا يمثل جزء من العقد، و بين ما هو جانب من سير عملية التفاوض أو بالأحرى دعوة الى التعاقد، فينشأ عن هذه التفرقة اختلاف في طبيعة المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ ما ورد ضمنهما¹.

ففي الحالة الاولى متى تم صياغة الايجاب فإنه ليس للموجب بعد القبول أن يعدل عنه وإلا كان مسئولاً وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية، وكذلك الامر اذا كان الايجاب ينتظر القبول، فيعتبر ما ورد ضمنه جزء من بنود العقد، وبالتالي يبقى الطرف المعلن عنه ملزماً بما ورد في محتواه ويسأل عنه الاخلال به مسؤولية عقدية، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاردنية في حكمها رقم 93/1153 حيث اعتبرت الاعلانات والبيانات الصادرة عن الشركة المعلنه ايجابا وبالتالي ما ورد به يعد مجرد جزء لا يتجزأ من بنود العقد الموقع².

أما في الحالة الثانية والتي تبدأ بالدعوة الى التعاقد وتشمل مرحلة المفاوضات ففي هذه الحالة لا تقوم رابطة عقدية بين طرفيها، بل هي مجرد عمل مادي، بحيث لا يكون ما تم من اعلانات أو بيانات متعلقة بالعرض³ يمثل ايجابا حتى يمكن اعتباره جزء من العقد بل هي مجرد دعوة للتفاوض، وهذا ما أشار اليه حكم محكمة النقض المصرية رقم 6823 لسنة 79 المؤرخ في 20/06/2021 حيث اعتبرت "إن الاعلان عن شغل وظائف ليس ايجابا من الشركة المعلنه ولا وعدا بالتعاقد، بحيث يجب التعيين في الوظيفة الشاغرة إذا تبعه تقدم طالب الوظيفة لها أو نجاحه في الامتحان، إذ هو لا يعدو أن يكون مجرد دعوة لشغل الوظيفة وهو ما يسمى بالدعوى الى التعاقد" لا يلزم الشركة بأي حال ولا يترتب أثراً في ابرام العقد وللشركة أن تعدل عنه.

وبالتالي يحق للطرفين قطع المفاوضات دون أي مسؤولية ما لم يكون هذا القطع مصحوباً بخطأ أو تقصير يسبب اضراراً بالمفاوض الاخر، فيتربط عن ذلك قيام المسؤولية التقصيرية باعتبار أن هذه الاعلانات والبيانات في هذه الحالة لم تصل الى

¹ مها يوسف خصاونة- رشا محمد تيسير حطاب، المرجع السابق، ص 168

² انظر مها يوسف خصاونة- رشا محمد تيسير حطاب، مرجع سابق، ص 168

³ انظر المادة 2/94 مدني أردني

مرحلة صياغة الايجاب الاخيرة وتفتقر الى شروط قيام المسؤولية العقدية التي تستلزم وجود العقد الصحيح مع الاخلال بالتزام من طبيعتها العقدية .

ثالثا - موقف المشرع الجزائري:

كما سبقت الاشارة الى أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية لم يتطرق الى تنظيم مرحلة المفاوضات العقدية بأحكام متميزة وصريحة إلا أن هذا لا ينفي وجود بعض الاحكام والمبادئ القانونية المنظمة ضمن نصوص القانون المدني الجزائري يتسع مجال تطبيقها لتشمل ضمنا مرحلة المفاوضات العقدية، باعتبارها مرحلة سابقة على التعاقد¹ حتى وإن كان يرجع فضل الكشف عن هذه المبادئ لكل من الفقه والقضاء المقارن، حيث يتفق الجميع على أن هذه المرحلة يسودها مبدأ الحرية من ناحية ومبدأ حسن النية من ناحية أخرى².

فإن كان المشرع الجزائري اعتنق مبدأ الحرية التعاقدية ضمن أحكام النظرية العامة للعقد لاسيما المادتين 59 مدني و 106 منه، فإن هذا المبدأ يستتبع مبدأ الحرية التفاوضية ضمن العقود القابلة للتفاوض، كما أن اعتناق المشرع لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد طبقا للمادة 1/107 مدني فإن هذا المبدأ يتسع ضمنا ليشمل جميع مراحل التعاقد بما في ذلك المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة المفاوضات العقدية.

فمبدأ الحرية التعاقدية يمنح الطرفين حرية التعاقد أو عدم التعاقد ففي الحالة الاولى يقتضي من العارض التعبير عن ارادته بتقديم عرض صالح لإبرام عقد معين، وهو ما يعرف بالإيجاب ولا يصلح هذا العرض أن يكون كذلك، مالم يكن محددًا ويتوافر على العناصر الجوهرية للعقد المزمع ابرامه، وإلا كان مجرد دعوة للتفاوض³.

فتبدأ هذه المرحلة الاخير بالمبادرة في الدعوة الى التعاقد، وهي مرحلة تتقدم الايجاب وتتميز عنه فيكون الغرض منها انطلاق المفاوضات التي يتم من خلالها استطلاع الآراء وإبداء الاقتراحات⁴ فإذا كان الاصل في الموجب أن لا يلتزم بالبقاء على ايجابه وله أن

¹ بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية ، المرجع السابق، ص:455

² محمد حسن قاسم ، القانون المدني الالتزامات، المصادر(1) العقد، المجلد الاول، المرجع السابق، ص142

³ لم يعرف المشرع الجزائري الايجاب وعرفه بعض الفقه بأنه العرض الذي يتقدم له الشخص لتعبير على وجه الجزم عن ارادته في ابرام عقد معين، بحيث ينعقد العقد لو تطابق القبول مع الايجاب.

⁴ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ، ص:118

يعدل عنه في أي وقت مادام لم يتوقف على أجل معين أو يقترن بقبول الطرف الآخر فمن باب أولى أن يكون بوسع أي من المتفاوضين العدول عن التفاوض الذي يسبقه ما لم يقترن ذلك بخطأ¹.

وحيث أن يكون تطبيق مبدأ الحرية بدء بحرية تقديم العرض، وحرية قبول التفاوض وحرية الاستمرار فيه وصولاً إلى حرية إنهاء التفاوض والعدول عنه، غير أن هذه الحرية أي كانت صورتها لا تعني أنها حرية مطلقة بل هي مقيدة بأخلاقيات التفاوض التي يقتضيها الواجب العام الملحق على عاتق كل متفاوض، ومن ذلك وجوب مراعاة حسن النية وما يقتضيه من عدم الإخلال بالثقة المشروعة في التعامل².

كما يقتضي التفاوض بجدية ورغبة صادقة في اتمام التعاقد بشروط مرضية للطرفين والابتعاد عن كل ما من شأنه تعطيل المفاوضات أو المساس بنزاهتها، بعيداً عن أسلوب المخادعة وكتمان المعلومات والبيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، وكذا المحافظة على سرية المعلومات وإلا عد كل إخلال بمثل هذه المقتضيات، إخلالاً بمبدأ حسن النية في التفاوض، يستتبع معه قيام مسؤولية المتفاوض، بل أن المادة 1104 مدني فرنسي اعتبرت أن مبدأ حسن النية من النظام العام، يترتب على عدم مراعاته البطلان في أي مرحلة من التعاقد³.

ويكون الأساس القانوني لمسؤولية المتفاوض في التشريع الجزائري، يتلخص في مقتضى المادة 124 مدني جزائري التي تعتبر " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " باعتبار أن هذا النص جاء عاماً، ويؤسس للمسؤولية التقصيرية، إلا أن نطاق عنصر الخطأ فيه يتسع هو أيضاً ليشمل الخطأ المرتكب خلال مرحلة المفاوضات العقدية، بما في ذلك الخطأ المتمثل في قطع التفاوض دون مبرر مقبول أو سبب جدي⁴.

¹ محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر (1) العقد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص: 136

² حدد المشرع الفرنسي نطاق حسن النية ضمن المادة 1112 مدني فرنسي الساري المفعول " يكون قطع المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، بعبء لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية"

³ أحمد إبراهيم الحيارى، المرجع السابق، ص: 642

⁴ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص: 456

فضلا عن ذلك فقد اعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن قطع المفاوضات بسوء نية ودون سبب جدي يمثل صورة من صور التعسف في استعمال الحق ويعد خطأ تقصيري الامر الذي يمكن الركون اليه فيما يخص تطبيق شروط المادة 124 مكررمدي جزائري¹ فيتسع نطاق تطبيقها لتشمل حالة التعسف في استعمال حرية عدم التعاقد الذي يشكل في الحقيقة سوى وجه خاص من أوجه الخطأ التقصيري².

ويثور التساؤل في هذا المقام حول طبيعة المسؤولية في حالة الخطأ الذي يؤدي الى بطلان العقد، الذي يكون قد تسبب فيه أحد الطرفين أثناء التفاوض،³ فالأصل في هذا البطلان رجوع الطرفان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد طبقا للمادة 103 مدني جزائري، ولا يلزم المتسبب في البطلان بالتعويض إلا إذا كان العمل الذي أدى إلى البطلان يكون خطأ طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية إذا استوفت شروطها وعناصرها طبقا للمادة 124 مدني جزائري.

وينطبق هذا الحل أيضا في حالات البطلان التي تعقب ابرام بعض صور الاتفاقات التمهيدية للعقد والتي قد يعقبها غالبا ابرام عقد نهائي يحل محلها، كأن تكون هذه الاتفاقات في شكل عقود تحضيرية أو ابتدائية، حيث يتفق الطرفان على بعض المسائل الجوهرية طبقا لمقتضيات المادة 65 مدني جزائري أو تكون في شكل وعد بالتعاقد طبقا للمادة 72 مدني جزائري، فإذا كان أحد الطرفين قد تسبب في بطلان العقد، فإن التعويض لا يجب عليه إلا إذا كان هذا العمل من جانبه يكون خطأ طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية⁴.

لذلك فقد قضت المحكمة العليا-الغرفة العقارية-في قرار لها مؤرخ في 2014/07/10 بنقض وإلغاء قرار المجلس الذي لم يفصل في الطلب الاحتياطي الرامي الى المطالبة

¹ تنص المادة 124 مكرر مني جزائري " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:
- اذا وقع لقصدا لاضرار بالغير

- اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.

- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروع

² بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص:461

³ أما إذا كان سبب البطلان يرجع الى خطأ ارتكبه الطرفان فان المسؤولية بينهما تكون متساوية فيما بينهما طبقا للمادة 126 مدني جزائري

⁴ بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص:456

بالتعويض عن الضرر الملحق ببطلان العقد، باعتبار أن العقد العرفي المبرم على عقار بين الطرفين هو عقد باطل، ومن ثم لا يترتب أية مسؤولية عقدية للطرفين لأن هذه الأخيرة لا تقوم إلا بوجود عقد صحيح مستكمل لكافة أركانه وشروط صحته¹ ويكون التعويض في هذه الحالة أثرا عرضيا للعقد الباطل باعتباره واقعة مادية².

وبالتالي لا يصح اعتبار الخطأ عند تكوين العقد موجبا لقيام المسؤولية العقدية، بينما يصح أن يكون هذا الخطأ موجبا لقيام المسؤولية التقصيرية، إذا ما توافرت أركانها وشروطها، ولا يتأتى ذلك إلا بانحراف المتفاوض عن السلوك المألوف في مسار التفاوض مما يؤدي الى توافر الخطأ التقصيري الموجب لقيام المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 مدني جزائري .

ولا يجوز قانونا اعتبار مجرد الانسحاب أو العدول من التفاوض في حد ذاته خطأ يستوجب قيام مسؤولية المتفاوض، باعتبار ان المفاوضات كما اشرنا سابقا ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني³، بل يقتضي أن يفترن العدول عن التفاوض بخطأ أو يكون المتفاوض متعسفا في ممارسة حق الانسحاب من التفاوض، وذلك اما بقصد الاضرار بالطرف الاخر أو لهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة أو منفعة لا تتناسب مع ما يصيب الطرف الاخر من ضرر طبقا لما تنص عليه المادة 124 مكرر مدني جزائري السالفة الذكر.

الفرع الثالث - قيام المسؤولية العقدية و التقصيرية في آن واحد:

أن مسألة تحديد أساس المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض يقتضي تحديد طبيعة العلاقة بين الاطراف المتفاوضة، فإذا كانت العلاقة ناجمة عن اتفاق أو عقد تفاوض بين الطرفين، فلا ريب ان مخالفة بند من هذا الاتفاق أو العقد سينجر عنه اخلال بالتزام عقدي، وحينئذ تكون المسؤولية ذات طبيعة عقدية، أما اذا كان الإخلال بواجب عدم

¹ قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 845202 المؤرخ في 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا ، عدد 2,2014، ص:310 ،انظر أيضا : سايس جمال ، قضايا البيع في العقار، منشورات كليك، الطبعة الاولى،الجزائر،2019، ص:189

² بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص:456

³ بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، نفس المرجع، ص:459

الاضرار بالطرف المتفاوض معه، فلا ريب أن الاخلال بهذا الالتزام القانوني سينجر عنه مسؤولية تقصيرية.

غير أنه في واقع الامر لا نجد من أخذ بنظرية المسؤولية التقصيرية كأساس لمسؤولية المتفاوض قد انكر إمكان قيام الى جانبها انعقاد المسؤولية العقدية، كلما توافرت شروطها¹ أو العكس، فإذا كانت المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس عنصر الخطأ، فيمكن أن يكون هذا الخطأ بوصفه واقعة ضارة من طبيعة عقدية وطبيعة تقصيرية في آن واحد، وبالتالي يثور التساؤل بصدد إمكانية الطرف المضرور الاختيار بين اقامة دعوى المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية استنادا الى توافر عنصر الخطأ في المسؤوليتين أو امكانية الجمع بينهما وهو ما سنراه على النحو التالي:

أولاً: الجمع بين المسؤوليتين العقدية و التقصيرية للتفاوض

يقصد بالجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية مطالبة الدائن أو الطرف المضرور بالتعويض عن الضرر على أساس المسؤوليتين سواء عن طريق دعويين متتاليتين أو عن طريق الجمع بين ما هو أصلح للمضرور من أحكام المسؤوليتين². فيكون الجمع عن طريق دعويين متتاليتين عندما يطالب بالتعويض من المسئول عن الضرر على اساس المسؤولية العقدية أولاً، ثم يطالبه بالتعويض عن نفس الضرر بواسطة دعوى المسؤولية التقصيرية.

وقد يكون الجمع بين ما هو أصلح للمضرور من أحكام المسؤوليتين بمعنى أن المضرور يرفع دعوى واحدة، يجمع فيهما المطالبة بالتعويض استنادا لبعض قواعد المسؤولية العقدية من جهة واستنادا لبعض قواعد المسؤولية التقصيرية من جهة أخرى³ كأن يطالب بتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، ويحاول اثبات حقه وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية، لكن يثار التساؤل حول مدى جواز الجمع قانوناً بين المسؤوليتين في مثل هذا الفروض.

¹ محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق ، ص:68

² علي فيلاي ، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص:28

³ حاتم فائق مهدي ، المرجع السابق، ص 117

أجمع الفقه والقضاء على عدم جواز الجمع بين تعويضين عن نفس الضرر¹ فلا يجوز للمتفاوض الدائن أن يطالب بتعويضين أحدهما قائم على أساس المسؤولية العقدية والآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، إذ لا يتصور التعويض مرتين عن ضرر واحد² باعتبار أن لكل نوع من المسئوليتين نطاقه، فالمسؤولية العقدية ينحصر نطاقها في العلاقة بين طرفي التفاوض، بينما المسؤولية التقصيرية يتسع نطاقها للغير، كما أنه لا يصح الجمع بين المسئولتين، حتى لا نكون بصدد الخلط والمزج بين خصائص المسئوليتين وفضلا عن ذلك فإن هذا الجمع سيؤدي الى إثراء الطرف المضرور على حساب المسئول عن الضرر في الوقت الذي لا يصح معه سوى جبر الضرر المتسبب فيه، وبالتالي فإن الجمع بين المسئوليتين يعد أمرا متعارضا مع المنطق والقانون³.

وفي هذا الصدد قد أكدت المحكمة العليا الجزائرية بأنه "من المستقر عليه قانونا وقضاء أنه لا يجوز الجمع بين التعويض المحدد بمقتضى التشريع المتعلق بجبر حوادث العمل والتعويض المنصوص عليه بموجب التشريع الخاص بحوادث المرور.

ولما كان ثابتا من مستندات القضية الحالية أن الحادث المتضرر منه يكتسي طابع حادث شغل، وعلى أساسه سدد صندوق الضمان الاجتماعي للمطعون ضده معاشا دوريا استرجعه الصندوق فيما بعد من الشركة المؤمنة للمركبة المتسببة في الحادث طبقا للقانون فإن القرار القاضي بصرف المطعون ضده الى تنفيذ الحكم الجزائي للحصول على الفارق المالي المتبقي رغم استلامه على شكل معاش دوري من الصندوق، فإن قضاة الموضوع بهذا الرأي قد أخطأوا ويتعين ابطال قرارهم جزئيا بدون احالة⁴.

¹ علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، المرجع السابق، ص: 28

² زهبة حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص: 52

³ نصوص القانون المدني الجزائري لا تتضمن نص صريح على هذا المبدأ إلا أن المادة 10 من الامر رقم 15/74 المؤرخ في 1994/01/30 المعدل والمتمم بالقانون رقم 31/88 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن السيارات، قد نصت صراحة على قاعدة عدم جواز الجمع بين تعويضين على النحو التالي " أن التعويض المنصوص عليه في المواد السابقة لا يمكن أن يجمع مع التعويضات التي يمكن أن يستوفيهها نفس الضحايا بالعنوان التشريع المتعلق بالتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية..."

⁴ مقني بن عمار، فكرة الجمع بين التعويضات في مجال المسؤولية المدنية عن إصابات العمل، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، حجم 2 رقم 01، 2015 ص 190

واعترفت المحكمة العليا في قرارها رقم 1379282 المؤرخ في 2021/04/22 أنه لا يستحق التعويض مرتين عن العجز المؤقت عن العمل وان قضاة المجلس لما استبعدوا الدفع المثار من طرف المدعية في الطعن المتعلق بعدم جواز الجمع بين تعويضين طبقا لنص المادة 10 من الامر 15/74 المعدل والمتمم بالقانون رقم 31/88 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن السيارات يكونوا قد جانبوا الصواب¹.

ثانيا - الخيرة بين المسؤولية العقدية و التقصيرية للمتفاوض :

يقصد بالخيار بين المسؤوليتين في اصطلاح بعض الفقه مدى امكانية الطرف المضرور في الاختيار بين دعوى المسؤولية العقدية أو دعوى المسؤولية التقصيرية حسبما تمليه عليه مصالحه، فإذا ما توافر للمضرور شروط الدعويين، فهل له حق الاختيار بين إحداهما؟ وهل يمكنه الاستناد لإحدهما بصورة أصلية والاستناد الى الأخرى بصورة احتياطية؟

في حقيقة الأمر أن مثل هذه التساؤلات لا تطرح إلا في حالة وجود علاقة عقدية بين الطرفين ويترتب عن الاخلال بها مسؤولية عقدية، وفي حالة المفاوضات العقدية قد تتعد هذه المسؤولية، كلما أمكن اثبات وجود عقد بين الطرفين، إما لتنظيم عملية التفاوض وإما لرصد النقاط التي تم حسمها بالفعل تفاوضيا²، فإذا ما توفرت شروط قيام المسؤولية التقصيرية الى جانب شروط المسؤولية العقدية، فهل يجوز استبعاد هذه الاخيرة والتمسك بالمسؤولية التقصيرية باعتبارها الشريعة العامة للمسؤولية المدنية³؟

أثارت مشكلة الخيرة بين المسؤوليتين خلافا كبيرا في الفقه والقضاء، إذ يرى بعض الفقه أن للمضرور الحق في الخيرة باعتبار أنه ليس هناك مانع قانوني من الخيار متى توافرت شروط المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ومن ثم فللدائن(المتفاوض المضرور) أن يختار بين المسؤوليتين أو أن يتمسك بالمسؤولية التي تتفق مع مصلحته

¹ انظر القرار رقم 1379282 المؤرخ في 2021/04/22 في <http://www.coursupreme.dz>

² محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق، ص:68

³ على فيلالي، المرجع السابق ، ص: 29

ويرى الفريق الآخر من الفقه بعدم جواز الخيرة، فلا يملك المضرور الحق في المطالبة بالمسؤولية التقصيرية¹.

ويستند هذا الرأي الأخير الذي أخذ به القضاء في فرنسا ومصر والذي انتهى إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤولين، إلا إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي يكون جريمة أو خطأ جسيماً، وهو الرأي الراجح في المنطق والعدالة².

إذ تعتبر المسؤولية العقدية باعتبارها جزءاً للإخلال بالعلاقة العقدية التي تربط الطرفين امتداداً للعقد مما يحول دون لجوء المضرور إلى المسؤولية التقصيرية، ومن جهة أخرى أن هذه العلاقة قد تم صياغتها وتحديد مضمونها باتفاق الطرفين في ضوء مصالحهما المتبادلة، مما يوفر توازن للاتفاق المبرم بينهما والذي أصبح بمقتضى القانون شريعة المتعاقدين يقتضي احترام قوته الملزمة في جميع الأحوال والالتزام بها ومنع الخيرة على أحكامها بالمسؤولية التقصيرية حتى وإن كان المضرور يرى في هذه الأخيرة الملاذ الآمن لحماية مصالحه، كأن تسمح له بتجاوز بنود الاتفاق في حدود معينة أو تعفيه من المسؤولية³.

وعلى هذا الأساس ليس أمام المتفاوض المضرور في حالة الإخلال ببند اتفاقي إلا دعوى المسؤولية العقدية، حتى ولو توافر لديه شروط قيام المسؤولية التقصيرية ما لم يكن تكيف الخطأ العقدي، بأنه خطأ يشكل جرم أو أنه يوصف بالخطأ الجسيم، فيتيح للمضرور عندئذ الاختيار بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية.

وبالتالي يمكن القول أن القاعدة العامة في تحديد طبيعة مسؤولية المتفاوض في المرحلة السابقة على التعاقد هي المسؤولية التقصيرية نتيجة الإخلال بالالتزام القانوني الرامي إلى عدم الأضرار بالغير والإخلال بواجب حسن النية في التفاوض، أما المسؤولية العقدية فتتمثل الاستثناء يمكن تطبيقها في حالات الإخلال بالالتزامات الناشئة عن الاتفاقات الممهدة للتفاوض حتى ولو لم يتوصل أطراف التفاوض إلى إبرام العقد النهائي.

¹ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 845

² محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص: 79

³ على فيلالى، المرجع السابق، ص: 30

الفصل الثاني - أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة التفاوض:

إن الدخول في التفاوض يمنح للمتفاوضين حق الانسحاب والعدول عن التفاوض دون أن يكون مسئولا أيا منهما اتجاه الآخر مالم يكن هذا العدول أو قطع التفاوض ناتج عن خطأ أو سوء نية، كأن يرفض هذا المتفاوض التعاقد بعد سير في التفاوض بعد أن تكون المفاوضات قد قطعت شوطاً مهماً بات يعتقد معه المتفاوض الآخر بلوغ العقد المراد إبرامه، فيترتب عن ذلك كله قيام مسؤولية المتفاوض طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية ويكون المتسبب في ضرر ملزماً بتعويض الطرف الآخر جبراً للضرر المتسبب فيه.

وتتأسس مسؤولية المتفاوض بخروجه عن مقتضيات الواجب العام الذي يقتضي الدخول في التفاوض بحسن نية وعدم الاضرار بالمتفاوض الآخر، وإلا فقد يترتب قيام المسؤولية التقصيرية الى جانب الطرف المخل بالتفاوض، وقد تكون هذه المسؤولية ناجمة عن الاخلال بالاتفاقات التفاوضية سواء كان ذلك بالامتناع عن تنفيذ محتوياتها أو ناجمة عن التأخر في تنفيذها، ويترتب عنه حينئذ المسؤولية العقدية للمتفاوض.

غير أن مسؤولية المتفاوض في الحالتين سواء كانت ناجمة عن تقصيره أو كانت ناجمة عن الاخلال باتفاقاته التفاوضية، فإنها تقتضي لقيامها توافر مجموعة من الأركان والشروط حتى يمكن الحكم بالتعويض لفائدة الطرف المضروب جبراً للضرر الذي تسبب فيه المتفاوض الآخر.

وللوقوف على مجمل أركان وشروط هذا المسؤولية مهما كانت طبيعتها يقتضي البحث فيها بالتفصيل من خلال المبحثين التاليين، ثم نتناول بعد ذلك أهم الآثار المترتبة عنها.

المبحث الأول/ أركان المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض

تتلخص أركان المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية سواء كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية فتشمل الخطأ والضرر والعلاقة السببية، غير أنه لا يكفي توافر هذه الأركان لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن تلتئم هذه الأركان بتوافر عدة شروط عامة يقتضيها هذا النوع من المسؤولية، أهمها توافر العقد الصحيح المتضمن حقوق والتزامات طرفا التفاوض، كما يجب أن يكون قيام هذه المسؤولية ناجم عن عدم تنفيذ التزام عقدي أو عدم تنفيذ جزء منه أو حتى تم التأخير في تنفيذه، وهذه الشروط تشكل في مجموعها

الخطأ العقدي الواجب توافره لقيام المسؤولية، وفضلا عن ذلك يجب أن يحصل الضرر وأن يعزى هذا الضرر للمدين بالالتزام الذي لم ينفذ أو سيء في تنفيذ التزامه العقدي¹. غير أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية ذات الطابع العقدي والتي تستوجب في الأساس وجود رابطة عقدية تستند الى وجود عقد صحيح، فهذه المسؤولية تعتبر استثناء عن المسؤولية التقصيرية في نفس هذه المرحلة، والتي تقتضي توافر ظروف تبرر قيام الخطأ التقصيري الذي يكون من شأنه الاخلال بموجبات الامانة والثقة المشروعة في التعامل أثناء المفاوضات، والحاق خسائر واضرار بالتفاوض معه، فهذا يعد كافيا لقيام المسؤولية التقصيرية في حق فاعله طبقا للاحكام والقواعد العامة للمسؤولية².

وللوقوف على جملة الاركان والشروط اللازمة لقيام مسؤولية المتفاوض سواء كانت هذه المسؤولية من طبيعة تقصيرية أو من طبيعة عقدية، يقتضي تناول كل ركن من أركانها من خلال المطالب التالية:

المطلب الاول/ الخطأ

يعتبر الخطأ ركن أساسي في المسؤولية المدنية للمتفاوض، فلا يكفي تحقق الضرر لقيام المسؤولية إلا إذا نسب الخطأ الى المتسبب في الضرر، إلا إنه بالرغم من اختلاف الفقه في تحديد معيار معين يقاس عليه الخطأ، يتبين بالرجوع إلى أحكام القانون المدني أن اساس المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أو تقصيرية، هو الخطأ، دون أن تعرف هذه الاحكام ماهية هذا الخطأ حسب ما يتبين من المادة 124 مدني جزائري³ والتي تقابلها المادتين 163 مدني مصر و 1240 مدني فرنسي.

والجدير بالذكر أن المادة 1340 من المشروع التمهيدي المعروف بمشروع كتالا الذي يمثل إحدى مشاريع القوانين التي ساهمت في تعديل القانون المدني الفرنسي السابق نجده قد فصل موجب المسؤوليتين، حينما اعتبر أن كل عمل غير مشروع أو غير عادي يسبب ضررا للغير، يلزم من أسند اليه ذلك العمل على التعويض عن الضرر، وهذا

¹ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 27

² أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص 849

³ زهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص: 58

يعبر عن المسؤولية التقصيرية من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر أيضا كل عدم تنفيذ التزام تعاقدي يسبب ضررا للدائن يجبر المدين على تحمل مسؤوليته، وهذا تعبيراً عن المسؤولية العقدية¹.

لذلك يقتضي التطرق لركن الخطأ في جانب المسؤولية التقصيرية للمتفاوض أو الخطأ التقصيري وبيان مقتضياته وصوره، ثم الوقوف على الخطأ في جانب المسؤولية العقدية أو الخطأ العقدي وبيان مقتضياته وصوره أيضا.

الفرع الاول - الخطأ التقصيري في مرحلة التفاوض:

عندما يشرع الطرفان في الدخول في التفاوض على العقد المرتقب ابرامه، سواء كان ذلك تنفيذا لعقد او اتفاق التفاوض المنظم لعلاقتها التفاوضية أو بدونه، فإن ذلك يمنح لكل منهما حق العدول شريطة أن يكون ذلك طبقاً لمقتضيات حسن النية، أما اذا كان قطع المفاوضات أو الانسحاب منها من جانب واحد وبطريقة مفاجأة، ودون سبب جدي أو مبرر مشروع لاسيما اذا كانت المفاوضات قد قطعت شوطا كبيرا، يعتقد من خلاله قرب توصل الاطراف المتفاوضة الى الاتفاق النهائي، فيعتبر عندئذ هذا القطع مخالفا لقواعد حسن النية وإخلاصا بالثقة والأمانة الواجب توافرها اثناء التفاوض، وهذا ما يشكل في حد ذاته عنصر الخطأ التقصيري .

أولاً: مفهوم الخطأ التقصيري

بداية يمكن القول بأنه لا يوجد تعريفا خاصا للخطأ التقصيري ضمن المرحلة السابقة على التعاقد، لكن يمكن التعريف له من خلال النظرية العامة للخطأ التقصيري²، وبالرجوع للقواعد العامة المنصوص عليها ضمن التشريعات المقارنة لاسيما القانون المدني الفرنسي والمصري والجزائري، نجدتها كل منها قد تناول مصطلح الخطأ، ولكن أيا من هذه التشريعات لم يتناول تحديد مصطلح الخطأ بصفة عامة أو الخطأ التقصيري بنص خاص، إلا أن الفقه وضع عدة تعارف متباينة حول فكرة الخطأ ولعل اسهلها

¹ انظر بيار كتالا، المرجع السابق، ص: 243

² Schmidt Joanna. La période précontractuelle en droit français. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. Etudes de droit contemporain. P550.

التعريف الذي جاء به بلانيول " ان الخطأ هو اخلال بالتزام سابق سواء كان قانونيا أو عقدياً" ¹.

فالخطأ يعني بحسب هذا الرأي أن هناك مصدر يترتب التزام في ذمة شخص وهذا الالتزام واجب الاحترام، فإذا أخل به الشخص كان مخطئاً، فإذا رتب ضرراً تعين عليه التعويض ².

إلا أن هذا التعريف لم يحدد هذه الالتزامات التي يعتبر الاخلال بها خطأً، بالرغم من أن بلانيول حاول أن يحصرها في أربعة، الامتناع عن العنف والكف عن الغش والإحجام عن عمل لم تنتهياً له أسبابه، واليقظة في تأدية واجب الرقابة، هذا لا يمثل تعريفاً للخطأ بل هو يحدد أنواع الخطأ ³.

ومن ناحية أخرى فإن بلانيول يفرض أن هناك التزام واجب الاحترام في ذمة الشخص (المتفاوض) فإذا أخل به يعتبر مخطئاً، وإذا تسبب هذا الخطأ في وقوع الضرر كان من ارتكبه ملزماً بالتعويض ⁴.

أما الفقيه سافاينيه فيرى أن الخطأ "هو الاخلال بواجب كان في الامكان معرفته ومراعاته" وفي تعريف قريب منه يعرفه ديموج " هو اعتداء على حق يدرك فيه المعتدي جانب الاعتداء" وكذلك عرفه الفقيه جوسران بأنه "انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى منه أو بحق مماثل".

فهذه التعاريف ترى أن الخطأ يتكون من عنصرين عنصر مادي، وهو الواجب الذي وقع الاخلال به، وعنصر معنوي وهو إمكان العلم بذلك الواجب ⁵.

غير ان الاخلال بالواجب أو الاعتداء على الحق أو انتهاك حرمة حق بحق أقوى منه كلها الفاظ لا تحدد معنى الخطأ وإنما هي الفاظ تحتاج ذاتها الى تحديد ⁶.

¹ زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص:58

² عبدالحكيم فوده، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض،

دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة الطبع، ص:28

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص:643

⁴ زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص:58

⁵ زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص:58

⁶ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص:643

بينما يرى الفقيه مازو أن الخطأ هو انحراف في السلوك، لا يقدم عليه شخص متبصر وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها محدث الضرر¹، ومن هذا التعريف يتضح بأنه هناك نوعين من الخطأ: خطأ غير متعمد ناتج عن اهمال وعدم تبصر وخطأ متعمد صادر عن نية سيئة.

وهذا التعريف الاخير هو الذي استقر عليه الفقه والقضاء اللذان عرفا الخطأ بأنه الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد مع ادراك الشخص لذلك، بمعنى هو الاخلال بالتزام قانوني لعدم الاضرار بالغير من شخص مميز، إذ يجب على الشخص أن يلتزم الحيطة والتبصر في سلوكه نحو غيره حتى لا يضر به².

لذلك يرى الفقيه السنهوري إن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، هو إخلال بالتزام قانوني وهو التزام ببذل عناية وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف هذا السلوك عن الواجب، وكان يتمتع بالقدرة على التمييز، بحيث يدرك بأنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية³.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية التي نصت عليها المادة 163 مدني مصري تقابلها المادة 124 مدني جزائري بأنه "الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر"⁴.

وعلى هذا الاساس يقاس الخطأ التقصيري للمتفاوض بمعيار موضوعي، فيتم مقارنة سلوك المتفاوض بمعيار الرجل العادي الذي يتميز بعدم شدة حرصه و يقظته المفرطة في التفاوض، كما لا يوصف في نفس الوقت بالمتفاوض المهمل غير المحترز، وإنما يأخذ صفة المتفاوض الوسط بين هذا وذاك⁵.

¹ مصطفى العوجي ، المرجع السابق، ص:246

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام- الواقعة القانونية (العمل غير المشروع-

شبه العقود- والقانون)، الجزء الثاني، ط2، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر، 2004، ص:28

³ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص:644

⁴ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص:28

⁵ علي أحمد صالح ، المرجع السابق، ص:690

ولاشك في أن المتفاوض الذي ينحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي، أن يكون قد لجأ إلى أساليب الغش وتعتمد الأضرار بالطرف الآخر وعدم جديته في التفاوض، فينبغي سلوكه على جانب من التقصير المؤسس لقيام المسؤولية التقصيرية للمتفاوض.

ثانياً - صور الخطأ التقصيري في مرحلة التفاوض:

قد يترتب عن مجريات التفاوض عدة أخطاء ذات طبيعة تقصيرية، إما أثناء سير عملية المفاوضات العقدية، أو عند قطع التفاوض نتيجة فشل الأطراف في الوصول لإبرام العقد المنشود، أو قد يكون ذلك نتيجة انسحاب أو عدول أحد الطرفين من التفاوض بشكل مفاجئ أو يتعسف في العدول في الوقت الذي تكبد فيه الطرف الآخر أضراراً نتيجة هذا العدول،¹ كما يمكن أن يتحقق ذلك بمصاحبة بطلان العقد لخطأ ارتكبه أحد الأطراف المتفاوضة والحق ضرراً بالطرف الآخر، فينجر عن ذلك كله قيام المسؤولية التقصيرية للمتفاوض.

ولتنوع هذه الأخطاء التقصيرية يقتضي التعرض لها بشيء من التفصيل ضمن أهم صورها الأكثر شيوعاً ووقوعاً عملياً، كالانسحاب المفاجئ وغير المبرر من التفاوض أو كإبداء عروض تفاوضية غير معتدلة من شأنها أن تدفع الطرف المقابل إلى الانسحاب أو التفاوض مع عدم الرغبة ودون نية حقيقية ببلوغ العقد النهائي، وإنما يكون هدفه مجرد معرفة بعض المعلومات والتجسس على المتفاوض الآخر، أو يكون محل التفاوض أصلاً مملوكاً للغير، كما يمكن للمتفاوض سيء النية إخفاء عن الطرف الآخر معلومات جوهرية ومؤثرة في قرار التعاقد، أو أن هذا الطرف يسعى من خلال دخوله في التفاوض إلى كشف أسرار متصلة بالصفقة المزمع إبرامها أو قد يسعى من أجل إشغال الطرف الآخر ومنعه أو تعطيله عن اتمام صفقة أخرى على وشك اتمامها مع الغير وما إلى ذلك من صور الأخطاء التقصيرية الأخرى.

01- الانسحاب المفاجئ وغير المبرر من التفاوض:

قد يسعى أحد أطراف التفاوض، في غياب اتفاقات مبدئية تنظم عملية التفاوض، إلى قطع المفاوضات أو الانسحاب منها بصورة فجائية ودون سابق انذار للطرف الآخر أو

¹ عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص: 12.

يستند في قطعه للتفاوض الى حجج واهية ومخالفة لمقتضيات حسن النية رغم وصول المفاوضات الى مرحلة متقدمة، ففي هذه الحالة تكون مسؤولية المتسبب في الضرر تقصيرية.

وهذا ما أكدت عليه المادة 15-1-2 الفقرة 1 و 2 من مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية¹ والتي تنص على أنه " للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عند عدم التوصل الى اتفاق".

مع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات بسوء نية، عما لحق الطرف الاخر من أضرار، باعتبار أنه يقع على عاتق كل متفاوض التزاما قانونيا، مقتضاه مواصلة السير في إجراءات التفاوض على العقد المراد ابرامه حتى نهايتها، بإبرام العقد النهائي أو الكف عن ابرامه إذا رأى الطرفان إن ذلك يصب في مصلحتهما، فمن المؤكد أن مثل هذا الالتزام يكون من شأنه حظر القيام بقطع المفاوضات أو الانسحاب منها بصورة مفاجئة وغير مبررة، ولمجرد أسباب واهية بقصد من ورائها الاضرار بالمتفاوض الآخر².

فلذلك أن حق قطع المفاوضات يخضع بدوره الى مبدأ حسن النية وأمانة التعامل، فإذا ما قامت أسباب موضوعية مشروعة تؤسس لمثل هذا القطع أو الانسحاب، فعندئذ لا مسؤولية على الطرف المنسحب، حتى وأن تسبب هذا الانسحاب في بعض الخسائر للطرف الاخر، فالأصل يملك كل طرف حق العدول في الوقت الذي يشاء، إعمالا لمبدأ الحرية التفاوضية الذي يتيح لكل متفاوض حقا للعدول عن اتمام التفاوض والانسحاب من مجرياته في أي مرحلة تكون قد وصلت لها المفاوضات، طالما لم تصل الى مرحلة متقدمة تم الاتفاق خلالها على العناصر الجوهرية للعقد المرتقب ابرامه، ولم يقدّم الطرفان إرادة نهائية عازمة على اتمام التفاوض، بل قامت المبررات المشروعة للانسحاب ورأى المتفاوض المنسحب أن هذه الصفقة المتفاوض عليها لا تحقق مصالحه البتة، ورأى

¹ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، المرجع السابق، 59

² أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 867

أنه من مصلحته الاقتصادية ان يضح حدا للمفاوضة الجارية والانتقال الى أحسن العروض المتاحة.

وهذا ما أكدت عليه محكمة الاستئناف بو الفرنسية في قضية عرضت عليها، تتلخص وقائعها في أن متعهد دخل في مفاوضات مع تاجر لبيتاغ منه كمية من الزجاج، إلا أن ما حدث هو أن هذا المتعهد وجد أنه لو واصل التفاوض مع هذا التاجر سوف يعقد الصفقة بأسعار باهضة، لاسيما وأن هذا التاجر قد ابدى تعصبا معه فيما يخص ثمن الزجاج، مما دفعه لإبرام الصفقة مع تاجر آخر، بسعر أدنى من السعر الذي طرحه التاجر الاول، مما حدى بهذا الاخير مقاضاة المتعهد طالبا الحكم له بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به جراء قطع التفاوض معه بصورة مفاجئة وإبرامه الصفقة مع تاجر آخر.

إلا أن المحكمة حكمت برفض طلبه وانتفاء المسؤولية عن المتعهد، باعتبار أن الارتفاع المبالغ فيه في الاسعار التي طرحها ثمنا للزجاج، يعد مسوغا مشروعاً يتيح للمتعهد الانسحاب من التفاوض من غير أن يكون مسؤولاً في مواجهة المدعي في الطلب¹.

فلذلك الحد الفاصل بين القطع والانسحاب المشروع من المفاوضات والقطع غير المشروع، يتمثل في وجود أسباب موضوعية تدعو إلى قطع المفاوضات، فنكون بصدد قطع المفاوضات المشروع في حالة تلقى المتفاوض الذي يبادر الى القطع، لعرض افضل بكثير من العرض المقدم له من المتفاوض الاخر، ويكون القطع غير مشروع إذا كان يهدف أساسا الطرف المبادر للقطع للحصول على دعاية لمنتجاته، فيدعو العديد من الشركات الاخرى للدخول معه في التفاوض لإبرام عقود توزيع المنتجات والتنسيق بينهم لتغطية مساحة كبيرة لتوزيع منتجاته، وبعد الحصول على الشهرة الكافية يقوم بقطع المفاوضات والانسحاب منها تحت حجج واهية².

¹ أنس عبد المهدي فريجات ، المرجع السابق، ص:871

² علي محمد حسين بوهان ، المرجع السابق، ص 128

لذلك يرى جانب من الفقه أن مسؤولية المنسحب فجأة من التفاوض، مبنية على خطأ مستقل عن العدول أو الانسحاب من التفاوض في حد ذاته، إذ يقوم المتفاوض بأفعال خاطئة مصاحبة للعدول ومستقلة تماما عنه،¹ قد تسبقه أو تكون مترامنة له أو تتأخر عنه.²

غير أن هذا الرأي صادفه عدة انتقادات على اعتبار أنه مخالف للمنطق القانوني وغير مسلم بصحته إطلاقاً حتى وإن تصورنا استقلال الخطأ في بعض الفروض أحياناً عن مسألة عن العدول أو قطع التفاوض، كأن يقوم المتفاوض بارتكاب غشا أو خطأ جسيماً عند بدء التفاوض، إلا أنه في غالب الحالات يكمن الخطأ في قطع المفاوضات في حد ذاته ولا يستقل عنه.³

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الخطأ يكمن في قطع المفاوضات في حد ذاتها ولا يستقل عنه بل يكون مقترناً به ومصاحباً له، وهو ما يحدث غالباً في حالات تتقدم فيه المفاوضات حتى تصبح قاب قوسين أو أدنى من إبرام العقد النهائي، ثم يعمد أحد الأطراف بقطعها بصورة مفاجئة إخلالاً بالثقة المشروعة التي تولدت لدى المتفاوض الآخر بشأن إبرام العقد.

وهذا ما أكدت عليه محكمة (Riom) الفرنسية في حكم لها مؤرخ 1992/06/10 حيث أشارت إلى أن لكل متفاوض الحرية الكاملة لقطع المفاوضات في أي وقت يشاء، إلا أن هذا القطع يشكل خطأً إذا تم في وقت تكون فيه المفاوضات قد وصلت لمرحلة متقدمة للغاية تجعل المتفاوض الآخر يعتقد اعتقاد مشروعاً بأن العقد في طريقه للانعقاد.⁴

فهذا الحكم يبين صراحة بأن الخطأ الذي تقوم على أساسه مسؤولية المتفاوض، يكمن في قطع التفاوض في حد ذاته ولا يستقل هذا الخطأ عن العدول أو القطع،⁵ بل أن القطع

¹ انظر رجب كريم عبدالله ، المرجع السابق، ص:299 وانظر ايضا ابحار حامد حبش علي ، المرجع السابق 141،

² حمدي محمود بارودي ، المرجع السابق، ص:565

³ حمدي محمود بارودي ، نفس المرجع، ص:567

⁴ خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدني(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2019، ص: 184 وانظر ايضا علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 695

⁵ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 696

جاء في الوقت الذي وصلت فيه المفاوضات مرحلة متقدمة للغاية تجعل التفاوض الآخر يعتقد اعتقاداً مشروعاً بقرب إبرام العقد النهائي. وفي هذه الحالة يكون القطع يعبر عن الاخلال بالثقة المشروعة التي تولدت لدى المتعاقد الآخر.

غير أنه إذا كان الاخلال بالثقة المشروعة، سبباً في إنشاء الخطأ التقصيري في مرحلة التفاوض، فإن هذا الأمر لا يجب التوسع بشأنه الى غاية المساس بمبدأ الحرية التعاقدية الذي يمنح للطرفين حرية الدخول في التفاوض وحرية الانسحاب منها في أي وقت، وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 2015/06/02¹ بإقرارها ضرورة عدم التوسع في اعتبار عدم الثقة معياراً عاماً لتحديد الخطأ قبل التعاقدية وإما يعول عليه فقط إذا كانت الثقة التي اعتقدها الطرف المضرور هي ثقة جدية ومشروعة وكان اعتقاده مبنياً على تصرفات الطرف الآخر الذي قد يكون مسؤولاً في مواجهته².

لذلك نجد أن محكمة النقض المصرية في إحدى أحكامها، قد وفقت بين مبدأ حرية العدول عن المفاوضات وضرورات توفير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار في العلاقات قبل العقدية، واعتبرت أن ظروف وملابسات عملية التفاوض، لا تجيز للمفاوض كتمان أمر كان ينبغي الإفصاح عنه ومن ثم فإن تصرف المفاوض يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف في الظروف التي صدر فيها، وينطوي مسلك المتفاوض في هذه الحالة على خطأ تقصيري³.

ومما لا شك فيه أن المرحلة التي يمكن أن تكون قد بلغت المفاوضات العقدية، قبل الاقدام على العدول عنها أو القطع المفاجئ لها، من شأنها أن تضفي دوراً هاماً ورئيسياً في تحديد المبرر الجدي والمشروع لعملية العدول و الانسحاب من عدمه، حيث أن حجم المسؤولية وإقرارها يتوقف تعينه على درجة احتمالات التعاقد المصاحبة للمرحلة التي بلغت المفاوضات، إذ كيف لنا أن نتصور المساواة في الحكم بين مفاوض أقدم على

1 Cass. com, 2 juin 2015, 14-15.632, inédit <https://www.legifrance.gouv.fr>

² براهيمى فايزة ، التزامات الاطراف في المرحلة السابقة على التعاقد(مذكرة لنبل شهادة الماجستير قانون العقود والمسؤولية)، جامعة أوبكر بلقايد – تلمسان- 2009، ص:161

³ حمدي محمود بارود ، المرجع السابق، ص:565

قطع التفاوض في مهده وأطواره الأولى وبين مفاوض آخر أقدم على قطعها وهي في مراحلها الأخيرة تشرف على الانتهاء، وبلوغها مبلغ الإيجاب النهائي، بعد بذل كل الجهود المضنية ودفع جميع المصروفات والنفقات التي يتكبدها المتفاوض الحسن النية¹. وعليه فإن القطع المفاجئ لمفاوضات عقدية دامت فترة سريانها مدة طويلة، وأنشئت لدى المتفاوض الآخر ثقة كبيرة بقرب بلوغ أهدافها، يشكل خطأ تقصيرياً يترتب مسؤولية الطرف المتسبب في الضرر، إلا أن هذا لا يعني عدم قدرة هذا الطرف الأخير على قطع المفاوضات طالما قد بلغت مرحلة متقدمة بل له العدول عن التفاوض والانسحاب، طالما وجد مبرر القطع في الوقت المناسب².

لذلك يمكن القول كلما تقدمت المفاوضات، كلما اقتربت من دائرة وقوع الخطأ المترتب عن القطع المفاجئ وقيام مسؤولية المتفاوض المتسبب في الضرر، وبالتالي يجدر بالقاضي في هذه المرحلة، تحري الدقة للمحافظة على مبدأ الثقة المشروعة واستقرار العلاقات التفاوضية من جهة، ومن جهة أخرى أعمال مبدأ الحرية التعاقدية في العدول عن التفاوض.

2- عدم توافر نية جدية في التعاقد (مفاوضات التجسس):

يقصد بمفاوضات التجسس تلك المفاوضات التي يدعو إليها المتفاوض دون أن تتوافر لديه النية الجادة أو الحقيقية في التعاقد، وإنما يكون قصده يرمي إلى الاطلاع ومعرفة بعض الاسرار والمعلومات المتعلقة بمحل التفاوض عن الجهة التي يبدأ معها التفاوض أو من أجل إضاعة فرصة التعاقد عليها في صفقة معينة، أو معرفة حالة السوق أو الحصول على معلومات ذات طابع سري تتعلق بالبضاعة محل التفاوض أو الحصول على معلومات تقنية صناعية ذات جود عالية ومتطورة أو مجرد حصوله على الدعاية المطلوبة لمشروعه أو تحقيق اغراضه الخبيثة، لينسحب ويقطع المفاوضات بحجج واهية ودون أي سبب جدي³.

¹ أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 868

² علي محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص: 128

³ حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص: 113

وقد نصت المادة 2-1-15 فقرة 03 من مبادئ يونيدروا على أنه " يعد من قبيل سوء النية، بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل الى اتفاق مع الطرف الاخر".

وفي نفس السياق نصت المادة 2: 301 فقرة 3 من مبادئ القانون الأوربي الموحد تحت عنوان (التفاوض بسوء نية) والتي تنص على أنه "يعتبر مخالفا لمبدأ حسن النية قيام طرف ما بالتفاوض على إنشاء عقد في وقت اتجهت لديه النية الى عدم إنشاء هذا العقد"¹.

وطبقا لهذه الأحكام لا يعتبر حق أي طرف من الاطراف المتفاوضة وتحديد البنود المتفاوض عليها، حق بغير قيود، بل يشترط ان لا تتعارض حرية التفاوض مع مبدأ حسن النية وأمانة التعامل، ومن صور التفاوض بسوء نية المنصوص عليها صراحة ضمن نص المادة 2-1-15 فقرة 3 السالفة الذكر، نجد دخول أحد الاطراف في مفاوضات أو استمراره في التفاوض دون أن تتوافر لديه نية عقد اتفاق مع الطرف الآخر².

فعلى سبيل المثال إذا علم الطرف الاول بنية الطرف الثاني في بيع محله التجاري يملكه لكن الطرف الاول ليس له نية شراء هذا المحل وبالرغم من ذلك إلا أنه قرر الدخول في مفاوضات مطولة مع الطرف الثاني بغرض منعه من بيع محله التجاري لطرف ثالث منافسا له، ولما أطمئن من خلال سير المفاوضات، أن الطرف المنافس له سوف لن يستطيع شراء المحل التجاري محل التفاوض، لأنه علم بشرائه لمحل آخر، فإذا بالطرف الاول يعمد الى قطع المفاوضات بحجج واهية، فيكون الطرف الأول مسئولا في مواجهة المفاوض الآخر الذي أضطر الى بيع محله التجاري بسعر أقل من ذلك الذي عرضه عليه المنافس للطرف الأول.

¹ Il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre

² انظر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ، المرجع السابق، ص:60

ولذلك يمكن أن تنشأ نية عدم التعاقد قبل بدء المفاوضات وقد تكون أثناءها، ففي الحالة الثانية يستمر هذا الطرف السيئ النية في المفاوضات بنية عدم بلوغه مرحلة إبرام العقد، أو بنية قطع المفاوضات في مرحلة معينة من بدئها، فيعتبر هذا التصرف بمثابة مخالفة صريحة لمقتضيات حسن النية في التفاوض، من شأنه أن يكون سببا في قيام مسؤوليته التقصيرية.

ولعل حكم محكمة النقض المصرية السالف الذكر،¹ يبين بجلاء عدم توافر النية الجدية في التعاقد، حينما أعاد تكييف الوقائع تكييفاً صحيحاً وأعتبرت أن ما تم بين الطرفين لم يجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بينهما، وأن الطاعن لم يكن جاداً في هذه المفاوضات ولم يكن يقصد أن تبلغ غايتها بإبرام عقد الشركة مع المطعون ضده بل كانت رغبته مجرد الحصول على فكرة المشروع ليقوم بتنفيذه مع أشخاص آخرين يساهمون معه في رأسمال الشركة بنصيب كبير، ونتيجة لمسلك الطاعن على النحو المتقدم تجاه المفاوضات التي أجراها مع المطعون ضد مع عدم إخطاره بقطع المفاوضات في وقت مناسب، فيعتبر ذلك خطأ من الطاعن ترتب عليه ضرراً للمطعون ضده فيما تكبده من خسارة بسبب اضطراره لإهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي قضاها في الخارج لاختيار الآلات اللازمة للمصنع اعتماداً على أن الطاعن جاداً ويأمل أن تصل المفاوضات إلى غايتها .

لذلك يمكن القول أنه أياً كان الهدف المنشود للمفاوض غير العازم منذ البدء في بلوغ مرحلة التعاقد، فلا شك بأن مسلكه هذا فيه انكار ومخالفة صريحة وواضحة لمبدأ حسن النية المهيمن على مسار التفاوض برمته، مما يثير قيام المسؤولية التقصيرية في جانب هذا المتفاوض السيئ النية.²

03- التفاوض مع عدة أطراف بنية التعاقد مع طرف واحد:

الأصل أن الانظمة القانونية المقارنة لم تنكر للفرد حق تفاوضه مع أكثر من شخص أو من جهة، فقد يكون بحاجة إلى عروض متنوعة للمفاضلة فيما بينها واختيار العرض

¹ نقض مدني مصري في 1966/01/27 الطعن رقم 219 مجموعة المكتب الفني س 31 رقم 24 ص:182 المشار إليه سابقاً.

² أنس عبدالمهدي فريجات، المرجع السابق، ص874

المناسب له طالما انه لم يخل بمقتضيات حسن النية في التفاوض، وينبني أساس هذا التصرف على مبدأين أولهما مبدأ الحرية التعاقدية، الذي يعطي الحرية للفرد في اختيار الدخول في التفاوض وحرية اختيار المتفاوض، وثانيهما عدم وجود ما يلزم أي طرف في المفاوضات ببيان وإعلام الطرف المقابل له بدخوله في مفاوضات موازية مع اطراف أخرى¹.

حيث يقتضي مبدأ حرية التفاوض الذي يسود المعاملات التجارية من المتعامل في هذا المجال أن يتمتع بكامل حريته في الدخول في التفاوض والانسحاب منه في أي وقت ودون تقديم مبرر لانسحابه، متى كان ذلك في إطار مبدأ حسن النية في التفاوض، كما له صلاحية الدخول في مفاوضات موازية مع الغير حتى ولو كان ذلك في أثناء خوض مفاوضات في مراحلها المتقدمة، نتيجة لما تتطلبه الممارسات التجارية في البحث عن أفضل العروض وأحسن الفرص، ومن ثمّ يكون التفاوض الموازي مع الغير أمر مشروع ومظهر من مظاهر المنافسة الشريفة.

غير أن الاعتبارات التي تفرضها الممارسات التجارية تقتضي من الاطراف المتفاوضة في بعض الاحيان، وضع قيود في شكل اتفاقات مستقلة أو في شكل بنود عقدية تحظر وتمنعهما من فتح باب التفاوض مع الغير، لمدة زمنية محدودة حول مواضيع الصفقة المزمع ابرامها بين الطرفين.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال قضية شركة Gallay والتي تتلخص وقائعها في أن هذه الشركة الفرنسية دخلت مع الشركة البلجيكية Alvat في مفاوضات من أجل أن تتنازل الشركة الفرنسية لفائدة الشركة البلجيكية عن 70% من حصص أحد فروعها، وبعد جولات من الجلسات والمناقشات وتبادل الاراء حول العقد المزمع ابرامه بينهما، وبينما وصلت المباحثات حول عروض الثمن، وصل الى علم الشركة البلجيكية بأن مفاوضاتها الفرنسية تجري مفاوضات موازية على نفس الصفقة مع شركة انجليزية، فقامت الشركة البلجيكية بقطع المفاوضات، ولجأت الى القضاء ملتزمة بصفة أصلية بالتنفيذ العيني، المتمثل في تحقيق التنازل عن الحصص المتفاوض عليها، على اعتبار

¹ محمود فياض ، المرجع السابق، ص:242

أن العقد النهائي قد استكمل أركانه، واحتياطيا الحكم لها بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بها، جراء اخطائها المتمثلة في إجراء مفاوضات موازية مع الغير.

فأصدرت محكمة الدرجة الاولى حكما الصادر بتاريخ 1992/03/05 انتهت فيه بخصوص الطلب الاحتياطي الى أنه لا يوجد تعهد أو اتفاق من جانب الشركة الفرنسية يلزمها بالامتناع عن التفاوض مع الغير فيما يخص التنازل عن الحصص محل النزاع وأضافت المحكمة موضحة أنه لو كانت الشركة البلجيكية نفسها ترغب في احتكار التفاوض مع الشركة الفرنسية لكان لزاما عليها ابرام اتفاق خاص يلزم مفاوضها بالامتناع عن التفاوض مع الغير¹.

وبالتالي يعتبر الدخول في مفاوضات مع أطراف أخرى بأنه وضع مخالف لمبدأ حسن النية متى اشترط الطرف الذي قبل التفاوض حصرية التفاوض معه، من خلال اتفاق مستقل أو من خلال بند اتفاقي أي اشترط حظر المفاوضات الموازية مع الغير لمدة معينة وهي المدة اللازمة للتوصل الى اتفاق على جميع بنود وشروط العقد المراد ابرامه أو هي المدة المحددة التي يمكن بعدها قطع المفاوضات أو العدول عنها، والذي يعرف بشرط الحصر أو القصر أو الاستبعاد (Clause d'exclusivité)².

لذلك يمكن القول بأن الحكم السالف الذكر جاء موافقا لما ذهب إليه جانب من الفقه الذي يرى بأنه من الصعب استخلاص وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية، إستنادا الى مبدأ حسن النية في التفاوض في غياب نص صريح ينص على حظر المفاوضات الموازية .

بينما يرى جانب آخر من الفقه بأنه يكون الوضع مخالفا لمبدأ حسن النية متى تم الدخول في التفاوض مع الغير، بالرغم من أن واقع الحال يدل على أن الطرفين تقدما في المفاوضات الى أن وصلا مرحلة توقيع العقد محل التفاوض، بحيث اتفاقا على جميع الشروط الجوهرية وغير الجوهرية للعقد و أرجئا التوقيع الى وقت لاحق³.

¹ بوطبالة معمر ، الاطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام)، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2017، ص 164

² بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن ، المرجع السابق، ص 125

³ محمود فياض ، المرجع السابق، ص:242

كما يعد الوضع مخالفا لحسن النية متى شرع أحد الطرفين في الدخول في التفاوض مع عدة اطراف، لكنه منذ بدء التفاوض والاستمرار فيه، وهو يعقد العزم على قطع التفاوض بحجج ومبررات واهية مع معظم هذه الاطراف المتفاوضة معه، ويستثني منها متفاوض واحد لمواصلة التفاوض وبلوغ العقد المراد ابرامه، مما يعبر سلوك هذا المتفاوض السيئ النية عن خطئه التقصيري يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية .

فالجانب من الفقه الذي يؤسس حظر المفاوضات الموازية استنادا لمجرد حسن النية يرى بأن التقدم الحاصل في المفاوضات بين الشركتين الفرنسية والبلجيكية السالفتي الذكر يوحي بقدر كافي من الثقة لإبرام العقد النهائي بين الطرفين، إلا أن المحكمة لم تر أن ذلك كاف كأساس لفرض التزام بعدم إجراء مفاوضات موازية عندما تأكد للمحكمة بعد فحص الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع، بأن دعوى التفاوض التي وجهتها الشركة الفرنسية، كانت موجهة الى كافة الشركات التي ترغب في التعاقد ولم تكن تقتصر على الشركة البلجيكية ومن ثم تكون المحكمة قد أولت اهتماماً كبيراً لمسألة ما إذا كان التفاوض يجري في إطار عقدي أو في إطار غير عقدي وهذا الذي يجعلنا نظن في أنه لو كان التفاوض يجري في إطار عقدي لتغير موقف المحكمة تماماً¹.

ولعل أهم احكام القضاء التي لقيت تأييدا من ذلك الجانب من الفقه هي تلك الاحكام التي تستند في وجود شرط حظر المفاوضات الموازية الى مبدأ حسن النية بالرغم من غياب الاتفاق الصريح ضمن شرط أو في شكل اتفاق مستقل، حيث يمارس القاضي سلطته التقديرية من اجل استخلاص حظر المفاوضات الموازية اعتمادا على ملاسبات وظروف كل قضية.

ولعل أهم التطبيقات القضائية التي تستند في وجود الالتزام القانوني بتفحص مبدأ حسن النية وشرف التعامل، هو ما قضت به محكمة الاستئناف فرساي في حكم لها صادر بتاريخ 1995/09/21 المشار اليه سابقا والذي كان محور طعن بالنقض أمام

¹ علي أحمد صالح ، المرجع السابق، ص:501

محكمة النقض الفرنسية- الغرفة التجارية- بتاريخ 1998/04/07¹ والذي انتهى برفض الطعن لانعدام التأسيس واعتبر قرار محكمة الاستئناف مؤسس في جميع ما قضى به. وتتلخص وقائع هذه القضية² في أن شركة بولي فال Poleval أعلنت أنها طورت عملية لتعبئة منتجات طبية تسمى Diapack وقدمت له براءة اختراع في 1985/05/28 وبراءة اختراع اضافية في 1987/11/21 لحماية استغلال العملية في الخارج بشكل خاص، وقدمت نموذجاً تحضيرياً لشركة ساندوز Sandoz الفرنسية التي ابُلغت به الشركة الام Sandoz السويسرية التي دخلت معها في مفاوضات منذ 1987/11/21 وعقدت معها عدة اجتماعات وتبادلا عدة مراسلات وعدة مشاريع عقود وشركة Poleval في اعداد الدراسات المتعلقة بصناعة المنتج الطبي وتخصيص النفقات اللازمة وبدورها شركة Sandoz من جانبها شرعت في إعداد الدراسات لتنفيذ المشروع. وأعلنت هذه الشركة الاخيرة عن رغبتها في ابرام العقد مع بعض التحفظات، فوافقت الشركة العارضة مبدئياً واستجابت بشكل ايجابي، لكن شركة Sandoz السويسرية بعد دراسة الجدوى، أبلغت مفاوضاتها في 1989/12/19 بأنها لا تنوي متابعة المشروع في حين Sandoz الفرنسية واصلت الدراسات وفي نهاية 1990 تم قطع المفاوضات بشكل نهائي بين الشركتين.³

فتقدمت شركة Poleval برفع دعوى على الشركتين مطالبة بدفع تعويض عن الضرر الناجم عن خطأ في إنهاء المفاوضات دون أسباب جديدة. فاعترضت الشركتان المدعى عليهما في الاستئناف على طلب الشركة المدعية بحجة أن ما قاما به كان في إطار مبدأ حرية عدم التعاقد الذي يتضمن حرية العدول عن التفاوض في أي وقت شاء.

فلاحظت محكمة الاستئناف من خلال الوقائع أنه تشكل لدى شركة Poleval الأمل منذ أربع سنوات في توصلها لإبرام العقد النهائي، إلا أن هذا الثقة والأمل على حد تعبير

¹ Cass. Com. Du 07/04/1998.n° de pourvoi : 95-20. 361, inédit ;

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007373338>

² تم صياغة هذه الوقائع بالاستعانة بحثيات حكم محكمة النقض المتعلقة بالقضية والمؤرخ في 1998/04/07 السالف الذكر.

³ بوطبالة معمر ، المرجع السابق، ص:169

شركة Sandoz قد صرفت نظرها عن المشروع لاعتبارات المجموعة الداخلية التابعة لها، والتي لم تشكك بأي حال من الاحوال في جودة المنتج الطبي، ولكن الاخذ بهذه الاعتبارات، ترتب عنه انهيار المفاوضات التي امتدت لفترة طويلة جدا وتسببت في العديد من الدراسات، ولم يكن انهيار هذه المفاوضات بأي حال من الاحوال مرتبطا بنتيجة الدراسات المذكورة،¹ وكان قطع المفاوضات خاليا من الاسباب المشروعة، وهذا ما انتهت اليه محكمة الاستئناف، وقررت أن شركة Sandoz أفقدت شركة Poleval الثقة التي كانت تستند اليها خلال المفاوضات وسببت لها أضرار².

علاوة على هذا السلوك غير المشروع لشركة Sandoz فقد قامت بتجميد للشركة المفاوضات معها حقها المحمي ببراءة اختراع لمدة أربع سنوات دون أن تكون قادرة على التفاوض مع شريك آخر خلال هذه الفترة.

وعليه فقد خلصت المحكمة الى أن الطرفين يكونا قد ابرما العقد المتفاوض عليه نظرا لتبادل الرضا بينهما، بالرغم من عدم اتمامها على توقيع العقد، والخطأ المنسوب الى شركة Sandoz يتمثل في قيامها بقطع المفاوضات دون أسباب جدية، ترجع الى المنتج أو ترجع الى طريقة تحضيره، بالرغم من استمرار المفاوضات مدة أربع سنوات. وبالتالي يمكن القول ان الحكم بدفع التعويض مرتبط بمدى تقدم المفاوضات ومدة جريانها، فكلما تقدمت المفاوضات كلما كان أمر إنهاؤها يحتاج الى المبرر المشروع

¹ فلو كان أمر قطع المفاوضات لدواعي اقتصادية، فإن هذا من شأنه أن يكون سببا مشروعاً في قطع التفاوض، حتى ولو كانت متقدمة، ما لم يعبر الطرفان عن اردتهما المتطابقة وبتفاهقهما على جميع الشروط الجوهرية لأبرام العقد النهائي.

Cass. Com. Du 07/04/1998.n° de pourvoi :95-20. 361.opcit " Mais attendu qu'en retenant que le fait de laisser espérer à la société Poleval pendant quatre années un accord Mais attendu qu'en retenant que le fait de laisser espérer à la société Poleval pendant quatre années un accord définitif qui n'a été abandonné selon les propres dires de la société Sandoz que pour des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit, ce dont il résulte que la rupture de pourparlers s'étant étendus sur un temps très long et ayant occasionné de nombreuses études ne tenait aucunement au résultat des dites études et se trouvait dépourvue de motif légitime, la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre au moyen inopérant invoqué par la troisième branche, a, par ces seuls motifs, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la deuxième branche du moyen, pu décider que la société Sandoz avait manqué de loyauté à l'égard de la société Poleval lui causant un préjudice.

وحينها يكون الاطراف أكثر التزاما بإبرام العقد النهائي، إذ أن كل طرف يكون قد تكون لديه اعتقادا راسخا بأن العقد المزمع ابرامه على وشك الانعقاد، واحترام الاطراف لمثل هذا الاعتقاد يستوجب الالتزام بمقتضيات حسن النية والثقة في التعامل¹.

ومقتضى حسن النية والثقة بين المتفاوضين لا يقف عند مجرد اتفقاتهم الصريحة حتى يلتزموا بحظر المفاوضات الموازية أو يلتزموا بسير المفاوضات دون أن يختبئوا وراء سلوكات منافية لحسن النية في التفاوض بل يمكن للقاضي أن يستنتج ذلك من خلال ظروف التفاوض لاسيما إذا بلغت المفاوضات مرحلة من التقدم، خلال مدة طويلة من بدء التفاوض، باعتبار أن مثل هذه العوامل من شأنها أن تلعب دورا مهما في ترسيخ قناعة الوصول بالمفاوضات الى مرحلة ابرام العقد النهائي.

الفرع الثاني-الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض:

يتوافر الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض بعدم تنفيذ الطرف المتفاوض التزامه الناشئ عن عقد أو اتفاق التفاوض كأن يرفض الدخول في التفاوض أو يقوم بقطع المفاوضات دون مبرر مشروع أو يخل بالتزامه بإعلام المتفاوض أو افساء اسراره دون ترخيص منه وطبقا للقواعد العامة، فإنه يستوي أن يكون عدم التنفيذ للالتزام عن عمد أو عن إهمال أو أن يكون بسبب جهله المدين، كما يستوي أن يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا بل ويكفي أن يكون التنفيذ متأخرا² أو تنفيذا معيبا³ غير مطابق لما اتفق عليه أو غير محقق لهدف العقد، ولا يستطيع المتفاوض حينئذ أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا اثبت أن عدم التنفيذ يرجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه⁴ وهذا ما نصت عليه المادة 176 مدني جزائري " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم على عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لايد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ".

1 بوطبالة معمر ، المرجع السابق، ص:169

2 وهو ما نصت عليه المادة 1-1231 من قانون العقود الفرنسي الجديد والتي تنص " يحكم على المدين بدفع التعويض، إن كان له مقتضى ، إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر في التنفيذ، ما لم يثبت أن القوة القاهرة كانت هي المانع من التنفيذ".

3 حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية في حكم لها مؤرخ في 1989/03/06 أن " التنفيذ المعيب يعتبر في حكم التنفيذ" المجموعة س40، رقم 127، ص:735

4 رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:593،

أولاً- صور الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات:

تتعدد صور الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض ولعل أهمها هو تلك الصور الناجمة عن الإخلال بالتزامات عقد التفاوض مثل رفض الدخول في التفاوض وقطع المفاوضات بدون مبرر واستفزاز المتفاوض لدفعه الى الانسحاب من التفاوض والإخلال بالتزام بالإعلام السابق على التعاقد، وإفشاء اسرار التفاوض واستغلالها دون ترخيص من المتفاوض صاحبها الاصيل وغيرها من الأخطاء الناجمة عن عدم تنفيذ أي التزام منصوص عليه ضمن الاتفاقات المبدئية أو اتفاقات التفاوض، مما يترتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية¹ وهذا ما سنراه بالتفصيل التالي:

01- رفض الدخول في التفاوض:

قد يتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على التفاوض بشأن عقد مستقبلي فيحددان لذلك وقت لإنطلاق المفاوضات، بحيث التزم كل من الطرفين بالدخول في عملية التفاوض خلال موعد محدد أو خلال وقت معقول، لكن عند بلوغ الاجل المتفق عليه يفاجأ أحد الأطراف نظيره برفض الدخول في التفاوض أو بعدم استعداده في الوقت المحدد بالدخول في التفاوض، مما يشكل اخلالاً بالتزامه المتفق عليه، وقد يسبب ضرراً أو تفويت فرصة على الطرف الاخر يستوجب قيام مسؤوليته.

والواقع أن مجرد عدم الدخول في التفاوض يشكل خطأ عقدياً، باعتبار أن الدخول في التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة ناجم عن عقد التفاوض، حيث أن هذا العقد كأى عقد آخر يعتبر شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، ولا يستطيع أحدهما أن يفك نفسه دون موافقة الطرف الاخر، وبالتالي فإن امتناع أحد الاطراف عن الدخول في التفاوض في الوقت المحدد لذلك يعتبر اخلالاً بالتزام تعاقدى من شأنه أن ينهض بالمسؤولية العقدية في جانب الطرف المخل بهذا الالتزام، ولا يكفي المتفاوض قيامه بالتحضير للدخول في التفاوض ما لم يدخل فعلياً في التفاوض على اعتبار أن هذا الالتزام هو التزام بنتيجة وليس ببذل عناية².

¹ بلحاج العربي ، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص: 382

² حاتم فائق مهدي ، المرجع السابق، ص: 96

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية مصانع رونو الشهيرة، كما أشرنا لها سابقاً أن شركة رونو تعد مسئولة مسؤولية عقدية لرفضها الدخول في التفاوض مع طالب العمل الذي تعهدت له من قبل، بأنها سوف تبحث معه إمكانية إعادته للعمل عندما يسمح بذلك نشاط المشروع، لذلك فقد استخلصت المحكمة من هذا التعهد وجود اتفاق تفاوض (اتفاق مبدئي) بين الطرفين يلزم الشركة بالدخول في التفاوض مع طالب العمل لكنها امتنعت عن ذلك، مما يعتبر الشركة قد أخطأت بامتناعها عن الدخول في التفاوض رغم اكتمال تشغيل المصانع مما يشكل سبباً في قيام المسؤولية العقدية اتجاه الشركة¹.

02- قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع:

الأصل أن لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده دون أن يكون مسئولاً على هذا القطع طالما أنه يستند إلى مبررات مشروع أو مبررات موضوعية تدعو إلى قطع التفاوض وليس مجرد مبررات أو نزوات شخصية محضة وذلك إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يهيمن على الفترة السابقة على التعاقد، ولا يقيدتها سوى مبدأ حسن النية في التفاوض، الذي يفرض على المتفاوض أن يمارس حرته في قطع التفاوض بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وإلا اعتبر مخالفاً بالتزامه الرئيسي الذي يستوجب التفاوض بحسن النية، ويعتبر حينئذ قطع التفاوض بدون مبرر مشروع انتهاكاً لاتفاق التفاوض، وإخلالاً بالتزام التفاوض بحسن النية.

ويمثل قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع أهم صور الخطأ في مرحلة التفاوض، ومعيار هذا الخطأ هو انعدام المبرر المشروع في هذا القطع، باعتبار أن هذا القطع هو في حد ذاته يكون خطأً لمنافاته قواعد حسن النية والأمانة في التفاوض².

من التطبيقات القضائية حول انعدام المبرر المشروع، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1972/03/20 في قضية شهيرة، حيث قامت شركتان بالدخول في مفاوضات شاقة من أجل شراء أحدهما من الأخرى آلة صنع المواسير من الاسمنت

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 594

² رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، 595

تنتجها شركة أمريكية وأثناء التفاوض طلبت الشركة الراغبة في الشراء من الشركة الصانعة، معاينة تشغيل الآلة محل التفاوض على نفقاتها، وطلبت من الشركة المتفاوض معها معلومات إضافية، وتسليمها البيانات المتعلقة بالآلة التي وصلتها من الجهة الصانعة لكن الشركة المتفاوض معها بدلاً من تسليمها البيانات، قامت ببيع الآلة إلى شركة أخرى منافسة والتزمت لهذه الأخيرة بعدم بيع آلة مماثلة إلى الغير مدة أربعين شهر.

فاعتبرت محكمة النقض بأن قطع الشركة للمفاوضات يعد خطأ يستوجب مسؤوليتها وذلك بسبب قطعها للمفاوضات فجأة ومن جانب واحد ودون مبرر مشروع¹.

وفي قضية أخرى قضت محكمة استئناف فرساي في 1995/09/21 بشأن شركة بولي فال (Poleval) وشركة ساندوز (Sandoz)² حيث أن هذين الطرفين قد نظما عقد تفاوضياً وتبادلاً لمشروعات العقد، وهذا هو عقد حقيقي تنشأ عنه التزامات تعاقدية، فإذا قامت مجموعة شركة ساندوز بدون سبب جدي وموضوعي بقطع المفاوضات بعد أن سارت شوطاً كبيراً استمر ما يقارب أربع سنوات، فإنها تكون قد خالفت التزاماتها الناتجة عن عقد التفاوض³.

ومن ثم فإن المعيار الذي يقاس به في تحديد المبرر المشروع الذي يسمح بقطع التفاوض دون مساءلة، وتحديد المبرر غير المشروع الذي يقاس به الخطأ في قطع التفاوض ويستوجب المساءلة هو معيار موضوعي يعتد فيه بسلوك الرجل العادي، وليس معيار شخصي، لذلك فهذا المعيار ثابت لا يتغير من شخص إلى آخر ويمكن الاعتماد عليه في جميع الحالات.

وفي الواقع يحدث قطع المفاوضات دون مبرر مشروع في صورتين إثنين أولهما أن يتم قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب، وثانيهما أن يتم قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب، وهو ما سنراه تفصيلاً على النحو التالي:

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 738

² للإشارة أن هذا الحكم كان موضوعاً للطعن بالنقض رقم 20.361-95 أمام محكمة النقض الفرنسية - الغرفة التجارية وتم الفصل فيه بتاريخ 1998/04/07 بقرار يقضي برفض الطعن المقدم من شركة SANDOZ واعتبار جميع أوجه الطعن غير مؤسسة وإن القرار المطعون فيه مسبباً تسببياً كافياً.

³ حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص: 97

أ- قطع المفاوضات قبل الإيجاب:

يتمتع كل من الطرفين المتفاوضين خلال مرحلة قبل الإيجاب وبعد الدخول في التفاوض بقدر كبير من الحرية في قطع المفاوضات، باعتبار أنهما مازال في طور الإعداد والتحضير لمشروع العقد المزمع إبرامه، فالطرفان لم يتوصلا إلى الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، ناهيك عن توصلهما للاتفاق على العناصر الثانوية، بل أن الإرادة الباتة والعازمة النهائية على إبرام العقد، لم تتولد لديهما بعد بل أن إرادتهما في هذه الحالة لا تمثل سوى إرادة أولية غير مستقرة، ويحاولان من خلال تبادل الاقتراحات والمناقشات وتقديم العروض، وجس النبض لبعضهما البعض، الوصول إلى اتفاق نهائي على التعاقد.

وفي هذه المرحلة من بداية المفاوضات يتمتع كل طرف بقدر كبير من الحرية في قطع التفاوض لأسباب معقولة والانسحاب من المفاوضات، حتى ولو كان ذلك بعدم حضور المنسحب جلسات التفاوض أو قطع الاتصال نهائياً بالطرف الآخر، غير أنه يجب أن نشدد على لزوم التفاوض ما لم يكن هناك مبرر مشروع يسيغ قطع المفاوضات فلا يمكن قبول قطع التفاوض لمجرد نزوة عابرة أو هوى نفسي بل يتعين مراعاة مبدأ حسن النية في قطع التفاوض، وذلك بأن يستند القطع إلى أسباب موضوعية أو اقتصادية كأن يكون قد تلقى عرضاً من الغير، أفضل من عرض المتفاوض معه، أو أن هذا الأخير رفض إعطائه مزايا مشجعة لمواصلة التفاوض، أو وجد من الغير من يعطيه ضمانات أكثر¹.

وحسن النية يقتضي من الطرف العازم على الانسحاب أن يخطر الطرف الآخر بنيته في الانسحاب وأن يكون ذلك في الوقت المناسب، ولا يسع المنسحب مفاجأة نظيره بالانسحاب، وإلا اعتبر قطعه للتفاوض بهذه الكيفية خطأ يستوجب المساءلة على اعتبار أنه قبل الدخول في التفاوض والسير فيه من حيث المبدأ، ولذا كان عليه أن يتحمل نتيجة

¹ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص: 740

قبوله بمواصلة التفاوض الى غاية الوصول للهدف النهائي من التفاوض بتجسيد مشروع العقد وإبرامه نهائيا.¹

بيد أن قطع المفاوضات بدون سبب وجيه أو لمجرد نزوة أو هوى شخصي لا علاقة له باقتصايات العقد بل يشكل خطأ عقديا لانعدام المبرر الموضوعي والمشروع ومن ثم يستوجب مساءلة هذا الطرف المنسحب دون سبب جدي.

وبالتالي فإن قطع المفاوضات التعاقدية قبل صدور الإيجاب يمكن أن يحدث ضمن ممارسة حق الحرية التعاقدية، لكن دون أن يكون هذا القطع سببا في الحاق الضرر بالطرف الاخر، ويستوجب أن يكون لقطع المفاوضات مبرراته، وإلا أعتبر الطرف الذي يقدم على قطع التفاوض خارقا للالتزام بالتفاوض بحسن النية، وبالتالي تقوم عليه المسؤولية المدنية.²

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال، ما قضت به محكمة بو (PAU) الفرنسية بعدم مسؤولية مقاول البناء الذي قطع المفاوضات مع تاجر الزجاج، واتجه الى تاجر آخر بسبب الارتفاع الفاحش في الاسعار التي عرضها، باعتبار أن هذه الزيادة في الاسعار من شأنها ايجاد المبرر المشروع لقطع المفاوضات.³

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية معيار انعدام المبرر المشروع للقول بوجود خطأ في قطع المفاوضات مثلما رأينا ذلك سابقا بخصوص القضية التي نظرتها المحكمة بتاريخ 1972/03/20 المتعلقة بالشركتين اللتان قامتا بمفاوضات شاقة من أجل بيع آلة لصنع المواسير من الاسمنت والتي انتهت الى ادانة الشركة البائعة لقطعها المفاوضات و أيدت ذلك محكمة النقض باعتبار أن الشركة البائعة قامت بقطع المفاوضات المتقدمة فجأة ومن جانب واحد بدون مبرر مشروع.⁴

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:598

² حاتم فائق مهدي ، المرجع السابق، ص:98

³ علي أحمد صالح ، المرجع السابق، ص:740

⁴ رجب كريم عبداللاه ، نفس المرجع، ص:599

ب- قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب:

في حالة وصول المفاوضات الى نهايتها، ويتفق الطرفان على مشروع العقد المزمع ابرامه فيبادر أحد الطرفين بصياغة الإيجاب وإصداره الى الطرف الاخر بغرض عرضه للقبول وفي حالة قبول الإيجاب النهائي ينعقد العقد نهائياً.

إلا انه خلال هذه المرحلة من التعاقد وقبل وصول الإيجاب الى الطرف الآخر قد يعدل الموجب عن ايجابه فيؤدي ذلك الى قطع المفاوضات، فإذا كان من المسلم به أن الموجب في هذه الحالة يستطيع العدول عن إيجابه قبل وصوله الى علم من وجه اليه فيكون حينئذ الإيجاب عديم الاثر، ولا يصلح أن يقترن بقبول ليكون مطابقاً له لأن الإيجاب ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه حسب نص المادة 61 مدني جزائري¹ بل يمكن للموجب أن يعدل عن ايجابه حتى بعد وصوله الى علم من وجه اليه مادام لم يتم قبوله، شريطة أن يكون هذا الإيجاب غير ملزم أي غير مقترن بميعاد للقبول الصريح أو الضمني.²

والواقع أن الموجب لا يسأل عن مجرد عدوله عن الإيجاب، إذ أن العدول هو أمر جائز بالنسبة للمتفاوض ما لم يقترن ايجابه بقبول، ولكن يسأل عن قطعه التفاوض المصاحب للعدول إذا لم يكن هناك مبرر مشروع، بمعنى أن هذا الطرف لو أنه تراجع في ايجابه فهذا لا يعد بالضرورة قطع للمفاوضات بل يرجع الطرفين الى حالة التفاوض وكأن الإيجاب لم يصدر بعد لكن إذا أصر على انسحابه نهائياً دون وجود ما يبرره، فإن ذلك يترتب مسؤولية المنسحب عقدية ليس عن العدول في حد ذاته وإنما عن الانسحاب دون مبرر مشروع.

اما في حالة الإيجاب الملزم فإنه طبقاً للقواعد العامة لاسيما المادة 63 مدني جزائري³ لا يجوز للموجب أن يعدل عن ايجابه ما لم ينقض الاجل المحدد أو يعلن الموجب له عن رفضه الإيجاب، ويترتب على التزام الموجب البقاء على ايجابه انعقاد العقد إذا صدر

¹ تنص المادة 61 مدني جزائري " ينتج التعبير عن الارادة اثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك."

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 602

³ والتي تقابل المادة 93 من القانون المدني المصري

القبول في الموعد المحدد هذا الاجل قد يكون صريحا، كما قد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة حسب المادة 2/63 من نفس المادة السالفة الذكر¹. فإذا تم رجوع الموجب خلال مرحلة المفاوضات قبل انقضاء الموعد المحدد للقبول، مما يحول دون انعقاد العقد المنشود فيتزرب عليه المسؤولية المدنية غير التعاقدية لمن صدر عنه الإيجاب وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة 63 و 123 مكرر و 124 مكرر من القانون المدني الجزائري².

أما المادة 1116 من قانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه " لا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدة التي حددها الموجب، أو قبل انقضاء مدة معقولة إذا لم يحدد له مدة الرجوع عن الإيجاب بالمخالفة لهذا الحظر يحول دون إبرام العقد، يؤدي هذا الرجوع إلى قيام مسؤولية الموجب غير التعاقدية طبقا للقواعد العامة دون إلزامه بالتعويض عن خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه".

وبالتالي فإن الرجوع عن الإيجاب الملزم يمنع من انعقاد العقد ويؤدي الى قيام مسؤولية الموجب مسؤولية تقصيرية، تستوجب تعويض الطرف الذي وجه له هذا الإيجاب. هذا الموقف الذي جاء به المشرع الفرنسي جاء مخالفا لما إتجه اليه الفقه والقضاء في هذا المجال، والذي اعتبر في حالة عدول الموجب عن ايجابه قبل انقضاء هذه المدة فإن عدوله لا يترتب عليه أثر، بل يظل الإيجاب قائما، فإذا تم قبوله خلال هذه المدة انعقد العقد، وذلك على سبيل التعويض العيني للضرر الذي يصيب الموجب له من جراء اخلال الموجب بالتزامه بالبقاء على ايجابه مدة معينة³.

وهذا الموقف الاخير من الإيجاب الملزم يستخلص من نص المادة 93 مدني مصري واتجهت اليه محكمة النقض المصرية في حكم لها مؤرخ في 1993/07/23 والذي يقضي بأنه " إذا عين ميعاد للقبول فان الإيجاب ملزم للموجب طوال المدة المحدد مالم

¹ على فيلالي ، المرجع السابق ،ص:123

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص:465

³ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص..603

يكن ايجابه سقط برفض الطرف الاخر له قبل انقضاء هذه المدة، ولا يعتد بعدول الموجب، بل ينعقد العقد بالرغم من هذا العدول متى تم القبول¹.

03- استفزاز المتفاوض الاخر لدفعه لقطع التفاوض:

قد يرى المتفاوض أن المفاوضات التي يجريها مع الطرف الآخر أنه مدفوعا لها وليس في نيته مواصلة التفاوض، لكن يعجز عن ايجاد المبرر المشروع الذي يسمح له بقطع المفاوضات، فيعمد الى البحث عن السبيل الذي يجعل المتفاوض معه، هو من يقطع التفاوض، وذلك لكي ينأى عن نفسه المسؤولية، فيخفي عزمه الحقيقي ويستمر ظاهريا في التفاوض، ثم يفاجأ المتفاوض معه بمطالب استفزازية وغير معقولة، بغرض دفعه الى الملل وفقدان الامل في امكانية الوصول الى ابرام العقد النهائي، فيستسلم هذا المتفاوض للأعيب المترص به، فينصرف من المفاوضات مغلوبا على أمره.

وهذا التصرف الاستفزازي يتنافى تماما مع حسن النية في التفاوض، حيث ينبغي على الاطراف أن يبني التفاوض على قدر كبير من المرونة والتفهم، حتى لاتصل المفاوضات الى طريق مسدود نتيجة للتعصب في الرأي والتصلب في المواقف².

04- إفشاء اسرار التفاوض أو استغلالها بدون ترخيص:

سبق وان عرفنا ان المحافظة على اسرار التفاوض تعد إحدى الإلتزامات المتفرعة عن التزام التفاوض بحسن النية، حيث تستوجب عدم افشاء الاسرار التي يطلع عليها الأطراف اثناء التفاوض وعدم استغلالها بدون ترخيص من صاحبها الطرف الاخر في المفاوضات، وإن حدث ذلك فان هذا الطرف الذي يفشي سر التفاوض يعتبر مخطئا ومخلا بالتزامه التعاقدي الناجم عن عقد التفاوض، ومن ثم يكون مسئولا مسؤولية تعاقدية في مواجهة الطرف الآخر حتى ولو كان فشل التفاوض لا يعزو إليه.

05- الإخلال بالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

يعد الإخلال بالتزام بالإعلام قبل التعاقد اثناء التفاوض بدوره أحد الإلتزامات المترتبة عن عقد التفاوض، فهو يقتضي بالضرورة الافشاء بكافة البيانات الحاسمة

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص: 604

² حاتم فائق مهدي، المرجع السابق، ص: 99

والمعلومات الضرورية المتعلقة بالعملية العقدية ككل، لاسيما تلك المعلومات التي لها صلة مباشرة بمضمون العقد، من اسداء النصيحة والمشورة والتحذير لتتوير الطرف الاخر المتفاوض معه وتبصيره وحمايته.¹ فإذا ما أخل المتفاوض بالتزامه بالإعلام وأدى ذلك الى فشل التفاوض، فانه يكون بذلك قد ارتكب خطأ يعرضه للمسؤولية².

ومن التطبيقات القضائية ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1992/06/30 والذي سبقت الاشارة اليه ضمن الفصل الثاني من الباب الاول المتعلق بقضية الزوجين اللذين اشترى قطعة أرض لإقامة مبنى سكني و اكتشفا بعد إتمام البيع وجود محتوى مائي تحت الارض المباعة، لم تطلعهما البائعة بشأنها وانتهت المحكمة الى أن البائعة تكون قد أخلت بالتزاماتها السابقة على ابرام العقد، لاسيما التزامها قبل التعاقد بالإعلام الذي يفرضه حسن النية في التعامل والذي كان يلزم البائعة مراعاة لهذا المبدأ التحلي بالأمانة والثقة المشروعة بإخبار المشتري عن جوانب مهمة في تعيين القطعة المباعة.

ثانيا: اثبات الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض

طبقا للقاعدة العامة التي تنص على أن "البينة على من أدعى" يقع اثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات على عاتق الطرف المضرور أو المدعى في دعوى المسؤولية العقدية وعلى هذا الأخير إثبات وجود الالتزام أولا ثم إثبات عدم تنفيذه ثانيا. فيتم إثبات وجود الالتزام بإقامة الدليل على وجود عقد التفاوض الذي أنشأه الطرفان وفي هذه الحالة أما أن يكون هناك عقد تفاوض مكتوب بين طرفي التفاوض، وأما أن يدعي الطرف المضرور خضوعهما الى عقد غير مكتوب فيكون على المدعى إثبات وجود هذا العقد بإثبات دخوله في المفاوضات مع الطرف الآخر بكافة طرق الإثبات³.

اما إثبات عدم تنفيذ الالتزام يختلف باختلاف نوع الالتزام فيما أن كان التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية، فيكفي في الحالة الاولى إقامة الدليل على عدم تحقق النتيجة

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص:466

² رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص:608

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص750

حتى ينسب الخطأ إلى المدعى عليه، ولو بذل هذا الأخير ما في وسعه من جهد لتنفيذ إلتزامه، كأن يكون هذا الإلتزام هو التزم بالدخول في التفاوض فيكفي عندئذ إثبات تخلف المدعى عليه عن الدخول في التفاوض.

أما في الحالة الثانية إذا كان الإلتزام ببذل عناية، فيقتضي من المتفاوض المضرور إثبات أن الطرف الآخر لم يبذل العناية الكافية لتنفيذ التزمه، فإذا دخل الطرفان في المفاوضات، وبعد مدة من الاستمرار فيها، قام أحد الطرفين بصطع المفاوضات دون سبب جدي فيلزم في هذه الحالة أن يقدم الطرف المضرور الدليل على انتفاء المبرر الجدي لقطع التفاوض، كأن يثبت أن المتفاوض الآخر قام بقطع التفاوض رغم أن الشروط التي عرضها عليه كانت معقولة وتهدف إلى تحقيق مصلحته الاقتصادية¹.

المطلب الثاني - الضرر

إن الهدف من إقامة المسؤولية المدنية على المتسبب في الضرر أو على المدين الذي لم ينفذ التزماته التعاقدية أو تأخر في تنفيذها أو أساء التنفيذ، هو دفع التعويض للدائن عن الضرر الذي لحق به جراء عدم تنفيذ المدين لالتزماته القانونية والعقدية، فالضرر هو الأذى الذي يلحق بالشخص المضرور، فيمس حقا من حقوقه أو مصلحة مشروعة له تتعلق بجسده أو ماله وبمعنى أوسع هو سلامة الجسم أو العاطفة أو الحرية أو الشرف أو الاعتبار.²

والضرر هو الركن الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية تقصيرية أو عقدية، فإذا لم يتوفر عنصر الضرر انتفت هذه المسؤولية حتى وإن شكل سلوك المدين خطأ³، بل يتعين أن يترتب على هذا الخطأ إصابة المتفاوض الآخر ضرر بسبب عدم تنفيذ الإلتزام التفاوض أو بسبب رفض الدخول في التفاوض والاستمرار فيه أو قطع التفاوض بسوء نية، فالضرر في مرحلة التفاوض قد يكون ماديا أو يكون أدبيا.

¹ على أحمد صالح، المرجع السابق، ص 751
² عبد الحكم فودة، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة الطبع، ص 17
³ مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 59

ويتمثل الضرر المادي في كل ما يصيب المتفاوض المضرور ويتكبده في ماله كالنفقات التي يبذلها من أجل اجراءات التفاوض مثل نفقات الدراسات الاولية بما في ذلك دراسات الجدوى من التفاوض و تقارير الخبرات واعداد دفاتر الشروط و ومصاريف التنقلات والاتصالات، وضياع الوقت الذي استغرقه في التفاوض وما ترتب عليه من إهمال لنشاطه التجاري اعتقاداً منه بجدية الطرف المتفاوض معه، واعتقاده التوصل الى الغاية المنشودة من التفاوض من ابرام العقد المرتقب ابرامه وضياع الفرص الفائتة وغيرها¹.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم حديثاً لها " أن مناط الحكم بالتعويض عن الضرر المادي الاخلال بمصلحة مالية للمضرور، ويكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل ، أو يكون وقوعه في المستقبل حتمياً..."²

اما الضرر الادبي فيتمثل في كل ما يصيب المتفاوض في سمعته وكرامته وشرفه، كأن يؤدي فشل المفاوضات الى الاساءة الى سمعته التجارية³، لذلك تنص المادة 182 مكرر مدني جزائري (قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2010) يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"

لذلك فإن قطع المفاوضات دون مبرر مشروع، قد يؤدي الى سوء المركز التجاري للمتفاوض المضرور، ولاشك أن ذلك يؤثر في سمعته وبنال من شهرته في وسطه المهني أو التجاري على نحو يلحق به أضرار معنوية كان في منأى عنها قبل قبوله التفاوض والاستمرار فيه.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتعويض المتفاوض الذي تم قطع المفاوضات معه فجأة ودون مبرر عن الضرر الادبي الذي أصابه من جراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به، مما ينال من سمعته واعتباره في السوق

¹ محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات ، المصادر (1) ، العقد ، المجلد الاول ، المرجع السابق، ص:

150

² نقض مدني مصري في 2021/05/22 الطعن رقم 8109 س 90

بتاريخ 2022/05/15 . https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

³ علي أحمد صالح ، المرجع السابق، ص:752

التجاري¹، ولا يقصد بتعويض المتفاوض المضرور بسبب فشل المفاوضات تعويضه عن الربح المأمول، كما لو كان التفاوض مستمر إلى غاية إبرام العقد النهائي أو الذي كان ينتظره هذا المتفاوض من العقد محل التفاوض، فذلك يدخل ضمن إطار الضرر الاحتمالي الذي لا يعرض عنه أصلاً على أساس أن هذا التعويض لو تم دفعه، لكان يترجم بأنه آثاراً للعقد الذي لم يبرم ولم يتوصل إليه بالتفاوض.

الفرع الأول- شروط الضرر لقيام مسؤولية المتفاوض:

طبقاً للقواعد العامة، يشترط في الضرر المستوجب لتعويض المتفاوض المضرور توافر أربعة شروط وهي:

أولاً- أن يقع الضرر على حق أو مصلحة مشروعة محمية للمتفاوض:

يشكل الاعتداء على الذمة المالية للمتفاوض، سواء كان هذا الاعتداء يمس مصلحة مالية أو غير المالية، كأن يمس المتفاوض معه بحقوق ملكيته أو حقوق دائنيته أو حقوقه الملكية الفكرية والأدبية وغيرها. فالاعتداء على أي من هذه الحقوق والمصالح يكفي بأنه إخلال بحق ويعتبر ضرراً موجباً للمسؤولية طبقاً لاحكام المادة 124 مدني جزائري.

فالمفتاوض أو الشخص بصفة عامة يتمتع لحماية لحقوقه ومصالحه بحكم القانون في مختلف درجاته بدءاً من النصوص الدستورية والقوانين العضوية والعادية وغيرها سواء كان ذلك بنصوص خاصة أو بمبادئ عامة ذات طبيعة مدنية أو جزائية أو كان ذلك يدخل ضمن مقاومته الشخصية المسلم بها ضمن احكام الشريعة الدولية، وبالتالي فان المساس بأي حق أو مصلحة يستوجب المساءلة والتعويض بما في ذلك المساس بحقوقه المالية أو بحقوقه وحياته الشخصية أو الادبية .

وبالتالي فإنه ينبثق عن الحق مصالح يعمل المتفاوض على تحقيقها والحفاظ عليها خلال المفاوضات العقدية، فتشكل ذمته المالية إذا كانت تتضمن مصالحه المالية أو

¹ اشار اليه :محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، الالتزامات ، المصادر (1) ، العقد ، المجلد الاول ، المرجع السابق، ص: 150

المادية، أما إذا كانت تتناول شخص المتفاوض ومكانته وسمعته بين أوساطه فإنها تشكل كيانه المعنوي أو الادبي، وكيلهما موضع الحماية القانونية للمتفاوض¹.

ثانيا - أن يكون الضرر محققا:

يكون الضرر محققا إذا وقع فعلا مثل النفقات التي تكبدها المضرور في التفاوض أو يكون محقق الوقوع مستقبلا وفقا للمجرى العادي للأمر، كالتأثير في السمعة التجارية للمتفاوض المضرور وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي ، الاخلال بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون الضرر محققا ، بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه في المستقبل حتما "².

اما إذا كان الضرر احتمالي أي لم يقع فعلا ولم يتأكد وقوعه مستقبلا بل هناك تردد في شأن وقوعه بين احتمال الوقوع وعدمه، فانه لايعوض ولا تتحقق معه المسؤولية المدنية ، حتى يصبح الاحتمال يقينا.

وهذا ما أكدته عليه محكمة النقض المصرية في حكم آخر لها على أنه " الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون قد وقع أو انه سيقع حتما، أما الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لايستحق إلا إذا وقع فعلا."³

وعلى هذا الاساس يستبعد من تعويض المتفاوض المضرور عن ما فاتته من كسب الذي كان سيعود عليه من تنفيذ العقد لو تم ابرامه⁴.

ثالثا - أن يكون ضرر مباشرا:

يكون الضرر المباشر، نتيجة طبيعية لتخلف المدين المتفاوض عن الوفاء بالتزاماته أو التأخر فيها. ويعتبر الضرر مباشرا كذلك إذا لم يكن في استطاعة المتفاوض الاخر أي الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ويكون الضرر المباشر وحده قابلا للتعويض.

¹ أنس عبدالمهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 895

² نقض مدني مصري في 2021/05/22 الطعن رقم 8109 س 90 بتاريخ 2022/05/15.

https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

³ نقض مدني مصري جلسة 1965/05/13 الطعن رقم 25 س 29 مكتب فني ، سنة 16 - قاعدة 93 - صفحة

580

⁴ علي أحمد صالح ، المرجع السابق، ص: 154.

غير أنه في تعويض الضرر المباشر لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد في المسؤولية العقدية طبقاً للمادة 182 مدني جزائري.

فالمعيار بحسب هذا النص في حالة عدم تقدير التعويض بإرادة الطرفين أو لم يقدره القانون فيقتضي ذلك تدخل القاضي لتقدير التعويض عن الضرر المباشر فحسب الذي يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون فوات الكسب أو اللاحق بالخسارة، نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام سواء كان عقدياً أو بالتزام اللاعقدي أو التأخر في الوفاء بالتزام عقدي ويعتبر الضرر في هذه الأحوال نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

ويتبين من نص المادة 182 مدني جزائري أنه يفترض في تحديد الضرر المباشر أن تكون هناك رابطة سببية بينه وبين عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، فيكون المدين مسؤولاً عن هذا الضرر فحسب، ويقتصر عليه الالتزام دفع التعويض ولايسأل عما يجاوز هذا الضرر لأن ما يجاوزه يكون ضرراً غير مباشر، وكان بإمكان الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

رابعاً- أن يكون الضرر متوقعا:

الضرر المتوقع هو الذي يمكن توقعه وقت الاتفاق على الدخول في التفاوض، و شرط الضرر المتوقع تنفرد به المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية، حيث يكون التعويض على الضرر المباشر جملة سواء كان الضرر متوقعا أو غير متوقع، وذلك في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم، لذلك تنص المادة 182/2¹ مدني جزائري "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"

¹ نص هذه المادة يقابل المادة 221 مدني مصر بنفس الصياغة.

لذلك فالضرر الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية عند الاخلال باتفاق التفاوض هو الضرر المتوقع فحسب، أما الضرر غير المتوقع فلا يعرض عنه بشرط ألا يكون هذا الضرر المتوقع قد تم تعويضه من قبل ولو من غير طريق المدين¹.
ومن التطبيقات القضائية المدعومة لهذا الشرط الاخير، ما قضت به محكمة استئناف كولمار الفرنسية في قضية اعتبرت أن " الخرائط والمقاييس التي ترفق بالإيجاب ليست إلا ملاحق له تهدف الى إبراز ما به من مزايا، ومن ثم فان الاموال التي تنفق عليها تدخل ضمن المصروفات العامة التي يجب أن تتحملها كل المنشآت التجارية والصناعية من أجل التفوق على منافسيها"².

وبالتالي فان هذه المصروفات التي ينفقها التاجر أو المهني في سبيل التفاوض بمناسبة الايجاب، تعتبر من النفقات العادية التي تبذل مع العملاء، وهي جزء من مخاطر المشروع التي يجب أن يتحملها المهني لوحده دون أن يلزم بها مفاوضه. إذ يفترض أنه بمجرد تقديمه الدعوة العامة للتفاوض، أن يكون قد قام بإنفاق مثل هذه المصروفات في المنشورات والإعلانات، ولا ينتظر من الشخص الذي يقبل دعوة التفاوض وينسحب فيما بعد أن يدفع تعويضا لهذه المصروفات.

الفرع الثاني- أنواع الضرر الموجب للتعويض:

ويجب التمييز بين الضرر المستقبل وتقويت الفرصة اللذان يستوجبان التعويض وبين الضرر المحتمل الذي لا يكفي لايجاب التعويض، ولا يصلح لقيام المسؤولية المدنية بل ينبغي الانتظار حتى يتحول الاحتمال الى يقين³.

أولاً- الضرر المستقبل:

الضرر المستقبل هو الذي تتحقق أسبابه وتراخت آثاره كلها أو بعضها الى المستقبل وهذا النوع من الضرر يدخل في حكم الضرر المحقق، ويستتبع المسؤولية والتعويض إذ يقدر القاضي تبعا لما يتوفر لديه من عناصر هذا النوع من الضرر ويقضى بالتعويض، أما

¹ رجب كريم عبدالله ، المرجع السابق، ص:614

² رجب كريم عبدالله ، مرجع سابق، ص:614

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الاتراء بلا سبب- والقانون)، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5، الجزائر ، 2008 ، ص: 161

إذا لم يكن في استطاعته تقدير هذا الضرر من خلال عناصره فإنه يمكنه الحكم بتعويض مؤقت مع حفظ حق المضرور في المطالبة باستكمال التعويض، على ما سبق الحكم به مؤقتاً إذا ما تطور الضرر بعامل الوقت.

ولذلك نصت المادة 131 مدني جزائري¹ على أنه للقاضي صلاحية تقدير مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً للمادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت النطق بالحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يصدر حكمه بحفظ حقوق المضرور في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض.

وقد أشارت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها الحديثة إلى قاعد التعويض عن الضرر الواقع حتماً في المستقبل، وكان من بينها الحكم الصادر بتاريخ 2018/02/27² الذي اعتبر أن التعويض المادي شرطه الإخلال بمصلحة مالية للمضرور بتحقيق الضرر بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً والعبرة في تحقق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة آخر، هو ثبوت أن يكون المجني عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر، وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته ويقضي بالتعويض على هذا الأساس، أما مجرد وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي الحكم بالتعويض.

فهذا الحكم يبين بوضوح أن الضرر الذي سيقع في المستقبل يأخذ نفس مرتبة الضرر المحقق وعلى أساسه يمكن قيام المسؤولية المدنية بتعويض الشخص المضرور، عاجلاً بصفة مؤقتة وأجلاً باستكمال التعويض لإصلاح الضرر.

¹ انظر المادة 131 مدني جزائري (معدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2010) والمادتين 182 و182 مكرر من نفس القانون.

في حالة عدم تقدير أطراف العقد مقدار التعويض، طبقاً للمادة 182 مدني جزائر تسند للقاضي مهمة التقدير وتحدد به نطاق هذا التقدير في حالتي المسؤولية التصيرية والعقدية. أما المادة 182 مكرر فتحدد نطاق التعويض عن الضرر المعنوي

² نقض مدني مصري في 2018/02/27 الطعن رقم 5206 س 80 بتاريخ 2022/05/15.

ثانيا- الضرر المحتمل:

الضرر المحتمل هو ضرر لم يقع بعد، ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع في المستقبل بل يتراوح وضعه بين وقوعه من عدمه، وهذا النوع من الضرر هو بمثابة ضرر افتراضي لا يمكن أن يؤسس عليه حكم التعويض، ولا يكون أساسا لقيام المسؤولية المدنية، إذ لا تبنى أحكام القضاء على الظن أو الشك ومن ثم فإن التعويض عنه غير مستحق قانونا إلا إذا وقع فعلا¹.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية بأنه مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض².

ومن ثم فإن الضرر المحتمل غير محقق الوقوع، ولا يصلح أساسا للمسؤولية المدنية عكس ما عليه الحال للضرر المستقبلي الذي يدرج ضمن صور الضرر المحقق الوقوع ويصلح أن يكون أساسا لقيام المسؤولية.

ثالثا- الضرر عن تفويت الفرصة:

يقصد بتفويت الفرصة بصفة عامة أن المضرور كان ينتظر في المستقبل أن يكون في مركز أفضل أو في وضع أكثر ملاءمة، إلا أن الفعل الضار الذي ارتكبه المتسبب في الضرر قضى على هذا الأمل وبعبارة أخرى أكثر وضوحا، فإن تفويت الفرصة تعني إختفاء نتيجة كان مدعي الضرر يرغب في تحقيقها قبل أن تتحقق بالفعل أو قبل أن يكشف الواقع استحالة ذلك³.

وذهب جانب من الشراح إلى تعريف ضرر تفويت الفرصة بأنه الفعل الضار الذي قد يؤدي إلى أن يفقد المضرور فرصة تحقيق كسب مرجح أو تحاشي خسارة⁴.

فضرر تفويت الفرصة يفترض من المضرور أنه كان يأمل تحقيق منفعة أو تحاشي خسارة تهدده واستند إلى هذه الفرصة وعول عليها في تحقيق آماله لو أنها سارت في

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الاتراء بلا سبب- والقانون)، المرجع السابق، ص:162

² نقض مدني مصري في 2018/02/27 الطعن رقم 5206 س 80 المشار إليه سابقا.

³ أيمن إبراهيم العشماوي، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ط 2، مصر، 2000، ص:53

⁴ أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط الاردن، 2015، ص:16

وجهتها الطبيعية وبسبب تدخل محدث الضرر وبفعله الضار، تم حرمان المضرور من هذه الفرصة وتبديد أماله التي كان يصبو إليها.

فتقويت الفرصة هو أمر مؤكد وليس بالأمر المحتمل، فعلى سبيل المثال إذا ما أصيب الراكب الذي يعزم على الذهاب الى اختبار الوظيفة أثناء حادث سير فسبب له الحادث عاهة مستديمة فوت عليه فرصة التقدم للاختبار الذي كان يستعد له أو أن محامي المتهم المحكوم عليه تخلف عن ميعاد الطعن ضد الحكم الصادر في حق موكله، ففي مثل هذه الحالات فان فرصة الفوز بالامتحان أو احتمال سقوط الحكم ضد المحكوم عليه في المثال السابق ليس بالأمر المؤكد، بل امرهما يدخل في نطاق الاحتمال قد يحدث أو قد لا يحدث، وبالتالي ليس من شأن الراكب المصاب بالعاهة أن يطالب الناقل المسؤول بالتعويض على أساس عدم التحاقه بالوظيفة التي كأن يأمل النجاح فيها كما ليس للمحكوم عليه مطالبة محاميه الذي فوت عليه فرصة الطعن بالتعويض على براءته التي كان يأملها أن يصل إليها من خلال الطعن الذي فاته¹.

ولكن من المؤكد أن فرصة فوات الامتحان الوظيفي وفرصة فوات الطعن في المثالين السابقين هما أمران مؤكدان، حيث تؤكد كل حالة اثبات ضرر فوات فرصة يتعين تعويض المضرور في كل حالة عن فوات فرصته، غير أن التعويض في مثل هاتين الحالتين يكون أقل من التعويض الناشئ عن خسارة الحق الذي كان يأمله كل واحد من المضرورين.

ومن خلال الاطلاع على نصوص التشريع المقارن لاسيما القانون المدني الفرنسي أو المصري أو الجزائري لانجد أيا منهما تناول مصطلح تقويت الفرصة بالتعريف وكيفية التعويض عنها، بل أن المادة 2/1112 مدني فرنسي تنص على أن تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لايشمل خسارة المزايا² التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم ابرامه.

¹ محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات المصادر (1) العقد، المجلد الثاني، المرجع السابق ص: 233

² فنلاحظ ان المشرع الفرنسي سمى تقويت الفرصة بخسارة المزايا (perte des avantages)

وتجدر الإشارة أن المادة 1346 من مشروع كئالا السابق ذكره ، نجده يقر التعويض عن تفويت الفرصة بقوله " تكون خسارة الفرصة قابلة للتعويض عنها بصورة مستقلة عن الفائدة التي كانت ستوفرها هذه الفرصة فيما لو تحققت"¹.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية الى أن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة يمكن أن ينطوي في حد ذاته على خاصية مباشرة ومحقة، إذا ترتب على الجرم اختفاء واقعة محتملة يرغب المضرور في تحققها، مع أن تحقق الفرصة ليس أمر مؤكدا بصفة مطلقة².

فهذا الحكم يؤكد أن للمضرور التعويض عن تفويت الفرصة التي تنطوي على خاصية مباشرة ومحقة، دون ان يكون تحقيق هذه الفرصة أمر مؤكد وبصورة مطلقة، وتكمن صعوبة تحديد فوات الفرصة في انها لم تكون سوى مجرد أمل (في كسب السباق أو النجاح في الامتحان مثلا) وهذا الامل غير مؤكد تحقيقه³.

ولعلّ هذا الاعتبار الأخير، هو ما جعل القضاء الفرنسي في بادئ الأمر برفض طلبات التعويض على أساس مجرد فوات الفرصة، باعتبار أن الضرر في مثل هذه الحالة هو مجرد أمل غير محقق وغير مؤكد الوقوع ولايمس بحق ثابت، وإنما يقتصر على المساس الأمل، غير أن ذات القضاء تراجع عن هذه النظرة ، وفصل بالتعويض على أساس حرمان المضرور من الفرصة والمساس بالحق في هذه الفرصة ذاتها وفي محاولة الكسب التي تتوفر للمضرور⁴.

لكن محكمة النقض المصرية اعتبرت "أن تفويت الفرصة المحتملة، أمر محقق الوقوع للمضرور للمطالبة بالتعويض عنها، أما الكسب الفائت شموله ما كان المضرور

¹ بيار كئالا، المرجع السابق ، ص:246

² اشار اليه : أيمن ابراهيم العشماوي، المرجع السابق، ص:52

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية ، المرجع السابق ، ص:

165

⁴ بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص:165

يأمل الحصول عليه من وراء تحقق الفرصة، شريطه أن يكون ذلك الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع¹. وبالتالي فإن تفويت الفرصة لايعتبر مجرد ضرر احتمالي، بل هو أمر محقق الوقوع للطرف المضروب، حيث أنه لوتحققت به الفرصة التي كان يأملها الطرف المضروب لحقق من ورائها الكسب المنتظر من دخوله التفاوض ، أما لو فاتته الفرصة بفقدان الأمل في تحقيق المصلحة المشروعة له، لكن تحقيق الفرصة يقتضي أن يكون الأمل قائم على أسباب مقبولة من شأنها ترجيح كسب فوته عليه الأفعال الضارة التي أقدم عليها المتسبب في الضرر.

لذلك فإن المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها² نجدها قد رفضت قرار المجلس القضائي الرامي الى تعويض الطاعن بمبلغ قدره 4.000.000,00 دج فقط، على اعتبار أن التزام المطعون ضده في مواجهة الطاعن صار في حالة استحالة من تنفيذ العقد المبرم بينهما ،مما يقتضي من المجلس الحكم بتعويض الطاعن، في حين أن هذا الأخير قدم للمجلس خبرة عقارية تقدر قيمة الشقة المتنازع عليها بمبلغ 26.500.000,00 دج مما يجعل التعويض المحكوم به للطاعن لايفي بالغرض المطلوب، ولا يمكنه أبداً من اقتناء شقة بنفس المواصفات وبنفس الهي.

المحكمة العليا في ردها على الوجه المثار والمرتبط بمبدأ التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة للكسب إستلزمت وجوباً، تحديد الضرر طبيعياً، ونطاقاً، مع تبيان أسس ومعايير تقدير مبلغ التعويض.

لذلك أكدت المحكمة أنه من المعلوم بالضرورة أن التعويض الذي يستحقه الدائن بسبب عدم وفاء المدين بالالتزام أو التأخير في الوفاء به ، يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب طلقاً للمادة 182مدني جزائري³ لذلك تبين لها أن القرار المطعون فيه

¹ نقض مدني مصري في 2016/03/08 الطعن رقم 4052 س 75 بتاريخ 2022/05/16.

https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

² القرار رقم 1109755 المؤرخ في 2016/01/21 بوابة القانون الجزوي droit.mjjustice. dz بتاريخ 2022/05/16

³ انظر قرار المحكمة العليا رقم 1109755 المؤرخ في 2016/01/21 المشار اليه سابقاً

تجاهل طلب الطاعن الرامي الى تعويضه تعويضا كاملا، الذي يمكنه من اقتناء شقة مماثلة لتلك التي حرمتها منها المطعون ضدها .

فهذا الحكم يبين بجلاء ووضوح ان المحكمة العليا تقر بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة وتؤسس له من خلال تطبيق أحكام الماد 182 مدني جزائري، التي تحدد نطاق هذا التعويض على أساس ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، وذلك متى كانت هذه الفرصة الفاتنة محققة وجدية.

غير أننا نلاحظ في ضوء الاحكام السالفة الذكر أن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة يتميز عن الضرر المحتمل غير المحقق وعن الضرر المستقبل المحقق، فاذا كان الضرر المحتمل يبدو من خلال خصائصه وبصورة منطقية أنه لايقبل التعويض باعتبار أن مبدأ التعويض لا يكون الا بتحقق الضرر ، في حين أن الضرر المستقبل المحقق يقبل التعويض .

والواقع أن هناك العديد من الاحكام القضائية في حوادث المرور وحوادث العمل تمنح للمضرور تعويضا مؤقتا، وتحفظ له بحقه في المطالبة بتكميلة مبلغ التعويض حينما يتسنى لها تقدير حجم الضرر المستقبل.

لكن لايجب ان نخلط بين ضرر تفويت الفرصة مع أيأ من الضررين السابق ذكرهما باعتبار أن التعويض عن تفويت الفرصة ليس تعويضا عن الضرر الناتج عن عدم حدوث واقعة كان من الممكن أن تحدث، إذ اننا لانعلم ما إذا كانت هذه الواقعة ستحدث أم لا، بل على العكس من ذلك، هو يمثل تعويضا عن الضرر الناتج عن فعل الشخص الذي ساهم في استحالة حدوث هذه الواقعة نهائيا، والتي كان من الممكن أن تكون في مصلحة شخص آخر، وهو المضرور الذي ضاعت عليه الفرصة.¹

المطلب الثالث- العلاقة السببية:

يقتضي لركني الخطأ العقدي في جانب المتفاوض والضرر الذي يصيب المتفاوض الاخر أن تتوافر العلاقة السببية بينهما، حتى تقوم المسؤولية العقدية، بحيث يكون خطأ المتفاوض سببا مباشرا في حدوث هذا الضرر وإلا انتفت المسؤولية.

¹ أيمن ابراهيم العشماوي ، المرجع السابق، ص:24

لكن يكفي المتفاوض أن يثبت وجود الخطأ بعدم تنفيذ الالتزام العقدي مع اثبات الضرر في جانبه، فيصبح اثبات العلاقة السببية أمراً مفترضا طبقاً للقواعد العامة التي تنص على أنه لا يتحتم على المدعي أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها، وإنما حسبه أن يبرهن على بعض هذه العناصر يكفي لافتراض ثبوت الباقي منها، ويقع عبء اثبات عدم قيام العلاقة السببية على عاتق المدين، بإثبات أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كأن يثبت أن الضرر، قد وقع بسبب القوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور.¹

المبحث الثاني- آثار المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض:

إذا قامت مسؤولية المتفاوض في المرحلة السابقة على التعاقد سواء كانت مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية بتوافر جميع أركانها وشروطها، ومن ثم يكون المتفاوض مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه وملزماً بتنفيذ التزامه طبقاً للمادة 160 مدني جزائري والتي تنص على أن المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به ، فلا يبقى لهذا الأخير في مواجهة التزامه من أثر سوى وجوب تنفيذه ولو جبراً ، فيستوجب أصلاً من المدين تنفيذ هذا الالتزام عينا إذا كان ممكناً وطلبه الدائن² فإن لم يكن ذلك ممكناً فيستوجب تنفيذه بمقابل عن طريق التعويض، وتنفيذ الالتزام عينا يقتضي أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما ألتزم به سواء باعطاء شيء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل أما التنفيذ بمقابل فيقتضي دفع تعويضاً عن ما ألتزم به عينا، وهذا ما يحتاج إلى التفصيل من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول/ التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض

يعد التنفيذ العيني بما ألتزم به المدين في مواجهة الدائن الوسيلة الأصلية في الوفاء بالالتزام³ وقد نصت المادة 164 مدني جزائري⁴ " يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزام عينا، متى كان ذلك ممكناً" وفي سياق آخر نصت المادة 1221 مدني فرنسي على أنه " يحق للدائن بالالتزام معين بعد إعداره المدين المطالبة

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق ، ص.615

² ويعني هنا بالتنفيذ العيني إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع

المفاوضات . انظر بلحاح العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص.193

³ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص.83

⁴ تقابل المادة 203 مدني مصري

بالتنفيذ العيني، إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلا أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن.¹

فإذا تصورنا أن التنفيذ العيني الجبري في مجال العقود يعد أمرا جائزا متى كان ذلك ممكنا، فهل يعد هذا ممكنا أيضا في مجال المفاوضات العقدية، حيث إذا لم يتم التفاوض الذي قبل الدخول في التفاوض ورفض الاستمرار فيه أو قام بقطع المفاوضات دون مبرر مشروع، فهل يكون من الممكن جبر المتفاوض على الاستمرار في التفاوض وتنفيذ التزامه بالتفاوض عينا.

بالرجوع الى نص المادة 164 مدني جزائري والمادة 1221 مدني فرنسي نلاحظ إن كلا النصين يستوجبا للتنفيذ العيني اعدار المدين أولا، ثم يليه اجبار المدين متى كان ذلك ممكنا، لكن القانون المدني الفرنسي ينص صراحة على المطالبة بالتنفيذ العيني مما يعنى ان اجراءات التنفيذ الجبري تبدأ بالمطالبة القضائية، فيتعين على طالب التنفيذ الجبري عينا اللجوء الى القضاء للترخيص باجراءات التنفيذ الجبرية تحت مراقبة القضاء وهذا لايعني أن المشرع الجزائري ترك مهمة التنفيذ الجبري عينا في يد الدائن، بل يقتضي اعدار المدين لتنفيذ التزامه العيني اختياريا، واذا ما نكل المدين عن التنفيذ الاختياري وكان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق، وهذان الشرطان ينفرد بتقديرهما قاضي الموضوع بحسب ظروف الحال وتبعاً لمقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية وغير العقدية².

لكن ما يعنينا في هذا الصدد هو دراسة إمكانية الدائن اللجوء الى تنفيذ التزامات المتفاوض المدين عينا طبقا لما التزم به من خلال اتفاقات التفاوض أو طبقا لما يفرضه مبدأ حسن النية الذي يسود هذه المرحلة، بحيث هل يمكن اجبار المتفاوض المنسحب من التفاوض بالاستمرار في التفاوض للوصول الى ابرم العقد المتفاوض عليه.

¹ محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي، المرجع السابق، ص:96
للاشارة المادة 1221 م ف قد تم تعديلها بموجب المادة 10 من القانون 2018-287 السالف الذكر باضافة كلمة " حسن النية" لكلمة المدين الواردة في نهاية النص لتصبح صياغة المادة كما يلي:
يحق للدائن بالتزام معين، بعد اعدار المدين، المطالبة بالتنفيذ العيني، إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلا أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين "حسن النية" وفائدته بالنسبة للدائن.

2- A l'article 1221, après le mot : « débiteur », sont insérés les mots : « de bonne foi » ;

² محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص:84

أجمع الفقه على استبعاد اجراءات التنفيذ العيني الجبري في مجال المفاوضات العقدية لذلك لايجوز إجبار المتفاوض الممتنع على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا ولا مرهقا له ، وذلك لتوافر عدة اسباب سنأتي على ذكرها¹. وتجدر الاشارة أن محكمة النقض المصرية ضمن أحد احكامها المؤرخة في 1965/12/09² اعتبرت أن سند الدعوى محل الطعن مجرد مشروع لعقد بيع وهو ما لم يكن محل طعن للطاعنين، مما مقتضاه أن هذا المشروع لا يكون ملزما لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن ابرام البيع، ولايجوز للطرف الاخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء.

فهذا الحكم يفرغ مشروع البيع من كل التزام بما في ذلك التزامات التفاوض ،ويحق لكل طرف النكول عن مواصلة التفاوض، وليس لاي منهما المطالبة بإجبار الطرف الاخر على تنفيذ بنود المشروع عين، لكن إذا كان نكول أحد الطرفين منطويا على فعل غير مشروع أو كان وقوعه بسوء نية، فهذا من شأنه أن يعطي المبرر لقيام مسؤولية الذي يقطع التفاوض بسوء نية، غير أن الطرف المضرور ليس له أن يطالب باجبار الطرف المتسبب في الضرر بابرام العقد النهائي ، كما ليس له أن يجبره بمواصلة التفاوض.

الفرع الاول- أسباب استبعاد التنفيذ العيني في مجال المفاوضات العقدية:

من بين الاسباب التي تستوجب استبعاد اللجوء الى التنفيذ العيني في مجال المفاوضات العقدية ما يلي:

01- إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض، تنفيذ عينيا يقتضى تدخل المتفاوض المدين شخصا فإذا رفض هذا الاخير الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، فليس للمتفاوض الدائن أن يجبره على ذلك، فلو فعل وأجبره على ذلك فإن هذا الاجبار يعتبر مساسا بالحرية الشخصية للمدين، وهذا لايجوز أصلا طبقا لما تقضي به القاعدة العامة التي تنص على " عدم اكراه المرء على فعل ما لايريد³ .

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق، ص617

² حكم محكمة النقض المصرية رقم 299 مؤرخ في 1975/12/09، فضلا في الطعن رقم 674 لسنة القضائية رقم

40 .

³ هذه القاعدة لاتينية الاصل "Nemo praecise ad factum" وقد ترجمها رجل القانون الفرنسي Antoine Favre كما يلي " persson ne peut etre contraint à accomplir un fait parceque cela ne peut

فالضرر الناجم عن قطع المفاوضات السابقة على التعاقد ، لا يمكن اصلاحه أو جبره عينا، لان ذلك يقتضي اكرام المدين على ابرام العقد النهائي ، وليس للقاضي فرض سلطته في مجال التعاقد على اي من المتعاقدين ¹.

وتمثل قاعدة عدم اكرام المدين الاساس التاريخي للمادة 1142 مدني فرنسي (الملغاة بموجب المرسوم 2016-131) السالف الذكر، والتي كانت تنص على إن كل التزام بفعل أو عدم فعل حكم عليه بالتعويض عنه في حالة عدم تنفيذه من طرف المدين ² . فهذا النص يستبعد مسألة التنفيذ العيني للالتزام بفعل أو عدم فعل.

وتجدر الاشارة أن المادة 1154³ من مشروع كتالا السالف الذكر تنص على انه " ينفذ الالتزام بالعمل عينا إذا كان ذلك ممكنا .

ويمكن الامر بتنفيذه تحت طائلة الغرامة التهديدية أو وسيلة إكراه أخرى ، باستثناء الحالة التي يكون فيها للتقديمات المرتقبة طابعا شخصيا للغاية.

ولا يمكن الحصول على التنفيذ، بأي حال من الاحوال، بوسائل إكراه من شأنها المساس بحرية المدين أو كرامته....."

وقد تم استبدال المادة 1142 مدني فرنسي السالفة الذكر بالمادة 1221 مدني فرنسي الساري المفعول والتي تنص على أنه " يحق للدائن بالتزام معين، بعد إعدار المدين ، المطالبة بالتنفيذ العيني إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلا أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن".

فهذا النص يضع قاعدة عامة¹ في التنفيذ العيني مفادها ان التنفيذ العيني يستوجب أولا إعدار المدين كما سبقت الاشارة الى ذلك ، وبعد الاعذار يتم المطالبة من القضاء،

se réaliser sans violence ni pression, et ,pour cette raison, le paiement de la valeur de ce qui est du remplace l'obligation de faire"

انظر Geneviève Viney- Patrice Jourdain, Traité de droit civil,, les effets de la responsabilité ,L.G.D.J ; 2éd, Paris, 2001, P32

وانظر ايضا: رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص . 617 وانظر ايضا: كتالا ، المرجع السابق ، ص150

¹ Joanna schmidt, op, cit, p554

² Article 1142 (abrogé): toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommage et intérêt en cas d'inexécution de la part du débiteur .

³ كتالا، المرجع السابق، ص149

لاستصدار الترخيص بالتنفيذ العيني، شريطة ان لا يكون هذا التنفيذ مستحيلا سواء أكان ذلك استحالة مادية أو معنوية أو قانونية²، وان لا يكون هناك ايضا عدم تناسب بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن .

أما في القانون المدني الجزائري فالأصل أن يكون يجبر المدين بعد اذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا طبقا للمادة 164 مدني وفي الإلتزام بعمل قد يكون التنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المدين (وهذا كالاتزام بنقل بضاعة أو اشخاص) وقد لا يكون ممكنا الا بتدخل المدين (وهذا كرسوم لوحة فنية أو اداء دور في مسرحية مثلا) ففي الحالة الاولى متى امتنع المدين عن التنفيذ اختياريا، أمكن الوصول الى التنفيذ العيني، وذلك عن طريق تولى الدائن التنفيذ العيني على نفقة المدين الممتنع طبقا للمادة 170 مدني جزائري أما في الحالة الثانية فلا مفر من اللجوء الى التنفيذ عن طريق التعويض³.

ويبدو أن الحالة الثانية التي تعتبر أن التنفيذ العيني غير ممكن، الا بتدخل المدين هي الملائمة للتطبيق في حالة الامتناع عن الدخول في التفاوض أو في حالة قطع التفاوض بسوء نية.

02- بالرجوع الى الاصل نجد ان اصل المفاوضات قائم على التراضي بين الطرفين، فلا يمكن اجبار المتفاوض الذي قطع التفاوض بدون مبرر أو بسوء نيته، لاسيما تلك المفاوضات القائمة على الاعتبار الشخصي فليس من المجدي، وغير مقبول اجبار المتفاوض على الجلوس في مواجهة الطرف الاخر في جو نفسي يسوده التوتر والنزاع ويطلب منه مواصلة التفاوض للوصول لإبرام عقد يقال عنه فيما بعد تصرف إرادي⁴.

¹ هذا النص تخلى عن الفروق في التنفيذ على اساس محل الإلتزام سواء أكان التزم بفعل أو عدم فعل أو اعطاء شيء، فهذا النص صالح للتطبيق على جميع الحالات.

² C. François, « Présentation des articles 1221 à 1222 de la nouvelle sous-section 2 "L'exécution forcée en nature" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris I*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect2-execution-forceee/> [consulté le 28/03/2019].

³ دربال عبدالرزاق ، الوجيز في أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص13

⁴ ابحار حامد حبش علي ، المرجع السابق، ص169

03- إن اللجوء الى إجراءات التنفيذ العيني، يعتبر أمر غير مجدي في مجال المفاوضات العقدية نظرا لطبيعتها القائمة على مبدأ التعاون الحقيقي بين الطرفين ولا يمكن أن نتصوره منطقيا، أن التعاون سيكون من شخص أكره على التفاوض رغم أنه فضلا عن ذلك فإن اجبار المتفاوض للرجوع الى المفاوضات، يتنافى مع المبادئ التي تتطلبها السير في المفاوضات، ولعل أهمها ضرورة التحلي بحسن النية والتزام الطرفان التعاون خلال مراحل التفاوض، واجبار أحد الاطراف بمواصلة التفاوض يتعارض مع مبدأ التعاون بين الطرفين، وإن مثل هذا التفاوض سوف لن يثمر عقدا بل سيكون مصيره الفشل حتما.¹

لذلك فالاصل يعد الاجبار على الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها للوصول الى ابرام عقد حلا لايمكن الأخذ به، باعتبار ان الزام الطرف بمتابعة المفاوضات وصولا الى تحقيق العقد النهائي بالقوة يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية²، ويتعارض مع مقتضيات التفاوض وما يستوجبه من إضفاء الشفافية وواجب التعاون بين الطرفين.

الفرع الثاني- حدود استبعاد اللجوء الى التنفيذ العيني:

الاصل إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن . أو كان ممكنا ولم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، أو كان التنفيذ العيني من شأنه أن يرهق المدين، فليس للقاضي سوى ابعاد اجراءات التنفيذ العيني والحكم بالتعويض عن الاخلال بالالتزام الناشئ عن التفاوض. اما اذا كان ممكنا وطلبه الدائن وليس هناك ما يرهق المدين ، فان المادة 164 مدني جزائري التي تنص على أنه" يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذ عينيا متى كان ذلك ممكنا" وتضيف المادة 170 من نفس القانون في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكنا" فاذا كانت الالتزامات الناجمة عن المفاوضات العقدية بصفة عامة قد استبعدتها الفقه عن اجراءات التنفيذ العيني الجبري إما لطبيعتها أو للاسباب المذكورة سلفا.

¹ رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق، ص . 617

² مجد عمر احمد نزال ، المرجع السابق، ص286

غير أنه يجب أن نشير الى أنه إذا كان من الممكن تصور التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات العقدية، متى كان ذلك ممكنا أو طلبه الدائن أو تقدم به المدين¹، فإنه يتعدر التنفيذ العيني في مجال المسؤولية التقصيرية، ولا يبقى أمام القاضي سوى الحكم بالتعويض بمقابل.²

بيدا أن هناك بعض الحالات المعينة، من شأنها ان تسمح للالتزام في مجال المفاوضات العقدية أن تكون محلا للتنفيذ العيني، سواء كانت هذه الالتزام هو محل علاقة سابقة على التعاقد أو كان محل علاقة عقدية قائمة بين الطرفين، ومرتكزة على الشروط الواردة في صلب العقد النهائي.

ففي الحالة الاولى يمثل التزام المتفاوض بالمحافظة على اسرار التفاوض، التزاما سابقا على التعاقد ، وهوالتزام قائم بذاته، يحتم على المتفاوض المحافظة على سرية المعلومات التي تحصل عليها بمناسبة المفاوضات، وأن لا يستغلها لمصلحته الشخصية ودون أدن من المتفاوض الاخر.

ويتحدد مضمون هذا الالتزام بعدم كشف تلك المعلومات الى الغير، بمعنى عدم تمكين كل من لم يشارك في التفاوض من الاطلاع على المعلومات المتداولة، ويشمل هذا الالتزام المتفاوض وتابعيه وخلفه العام والخاص³، سواء انتهت المفاوضات بابرام العقد النهائي أو فشلت في الوصول الى اهدافها، وقد نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1112-2 مدني فرنسي " يكون مسؤولا وفقا للقواعد العامة، كل من يستخدم أو يفشي دون إذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات"⁴.

فهذا الالتزام نظرا لطبيعته يجعل التنفيذ العيني جبرا ممكنا متى كان يستجيب لمقتضيات المادة 1/1221 مدني فرنسي طالما أن هذا التنفيذ بالطريقة الجبرية لا يكون

¹ عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ص968

² محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام- الواقعة القانونية، (العمل غير المشروع -شبه العقود- والقانون)، الجزء الثاني، دار الهدى ، ط2، الجزائر، 2004، ص157

³ غادة ابوبكر صالح عبد العاطي بوكيلة ، الالتزام التعاقدى بالسرية ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2018، ص88

⁴ محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، المرجع السابق ، ص36

مستحيلا ولا يكون هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن.

فإذا كان المدين المتفاوض في طريقه الى استغلال معلومة فنية أو مالية تحصل عليها من خلال التفاوض لحسابه الشخصي أو التصرف فيها للغير، فإنه من المنطقي أن للمتفاوض الآخر الحق في منعه من الاستمرار في ذلك، بل له أن يتخذ الاجراءات القضائية اللازمة لتنفيذ هذا المنع، فإذا تمكن المدين المتفاوض من البدء في استغلال المعلومات المتحصل عليها بمناسبة التفاوض فعلا، فللدائن الحق في الحصول على رخصة من القضاء، تجبره على عدم الاستمرار في استغلال هذه الاسرار وله أن يستصدر حكما بإغلاق المنشأة التي يتم فيها هذا الاستغلال المخالف، دون الاخلال بحق الدائن في المطالبة بالتعويض¹.

غير أنه إذا كان لا يمكن جبر المتفاوض على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه فمن باب أولى ليس للقاضي جبر المتفاوض على إتمام التفاوض ببلوغ العقد النهائي باعتبار أن الخطأ الذي يسأل عنه المتفاوض يتمثل في رفض الاستمرار في التفاوض دون مبرر مشروع، وليس رفض إبرام العقد النهائي فضلا عن أن الاضرار الناجمة عن رفض التعاقد، هي مجرد اضرار محتملة قد تتجم عن فوات فرصة للتعاقد فحسب وليست اضرارا فعلية تستوجب التنفيذ العيني الجبري وما قد ينجم عن فوات هذه الفرصة سوى المطالبة بالتعويض عنها لاغير.

أما في الحالة الثانية فيمكن تصور حالة التنفيذ العيني حينما يتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية ويحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولايشترطا الا يتم العقد عند عدم اتفاقهما على هذه المسائل الثانوية، ويفضيان الى التعاقد طبقا لما تنص عليه المادة 65 مدني جزائري، ففي هذه الحالة لو باشر الطرفان تفاوضهما حول المسائل التفصيلية بغية التوصل الى الاتفاق المنشود حول المسائل التفصيلية، الا انها أخفقا في التوصل الى هذا الاتفاق ففي هذا الفرض ليس هناك ما يمنع من التنفيذ العيني حيث بإمكان كل طرف مفاوض يقدر أنه قد أوفى بما عليه من التزامات تفاوضية، فيلجأ الى

¹ رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 619

القضاء طالبا الفصل في خلافهما حول العناصر المعلقة، فيتيح للقاضي التدخل باستكمال العقد وحل الخلاف حول المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها مسترشدا في ذلك بطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة¹ حسب ما تشير اليه المادة 65 مدني جزائري².

ويقرب من هذه الحالة الثانية فيما أن اتفق الطرفان على حسم المسائل التفصيلية بتدخل من شخص من الغير، يحددانه في العقد المبرم بينهما أو يتركها أمر تعيينه الى وقت المفاوضات اللاحقة فيحدث ما لم يتوقعانه، بأن ينكل هذا الشخص عن القيام بالمهام المنوطة به، أو يفشل في القيام بها أو تتبدل أحوال هذا الشخص أو قد يتوفى قبل حسمه الامور التفصيلية الموكلة اليه، كما قد يخفق الطرفان، ويتعثرا في الاتفاق على المسائل التفصيلية، فيقتضي عندئذ اللجوء الى القضاء للاضطلاع بالمهام محل الخلاف³.

يرى البعض إن إضعاف فرص نجاح التفاوض في حالة فرض التفاوض على الطرف الممتنع لايفقد الامل في توصل الاطراف الى تفاهم مشترك، إلا انه لايجب ترك مسألة الاجبار على التنفيذ أمر مطلق، بل يجب أن تترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي الذي عليه أن يتلمس مدى امكانية الاطراف الرجوع للتفاوض ومدى الوصول الى الجدوى من التفاوض⁴.

ومن التطبيقات القضائية التي يحتج بها هذا الجانب من الفقه في شأن الاجبار على التفاوض، نجد الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف باريس في 28/09/1976 الفاصل في الدعوى المقامة بين شركتين فرنسيتين (E .D.F) من جهة وشركة شال (SHEEL) من جهة أخرى .

حيث تتعلق وقائع القضية بعقد توريد كمية من زيت المازوت مبرم ما بين هاتين الشركتين، يتضمن هذا العقد بند يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن في حالة ارتفاع أو انخفاض الأسعار، ويكون ذلك تحت رقابة شخص من الغير، وهو ما تحقق

¹ أنس عبدالمهدي فريحات ، المرجع السابق، ص916

² تقابلها المادة 95 مدني مصري

³ أنس عبدالمهدي فريحات ، نفس المرجع، ص916

⁴ أنس عبدالمهدي فريحات ، مرجع سابق، ص:916

فعلا بسبب الحرب، فارتفعت أسعار البترول، وشرع الطرفان في إعادة التفاوض حول الثمن إلا أنه باء بالفشل، فاقتضى الأمر رفع دعوى امام القضاء فصدر الحكم الذي كان محل استئناف أمام محكمة الاستئناف بباريس والتي اصدرت قرارها قبل الفصل في الموضوع القاضي بالزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل الى إتفاق على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة إما بإبطال العقد أو تعديله بمعرفتها¹.

المطلب الثاني - التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض:

إذا تعذر على المتفاوض المدين تنفيذ التزامه عينا المتمثل في الاستمرار في التفاوض لبلوغ ابرام العقد النهائي، فإنه للدائن الحق في الحصول على تعويض نقدي² عادل وشامل لكل ما أصابه من ضرر جراء الامتناع عن التفيدي العيني، والى ذلك أشارت المادة 176 مدني جزائري " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر المترتب عن عدم تنفيذ التزامه" فإذا لم يقدر الطرفان في اتفاقهما التفاوضي أو في اتفاق لاحق مبلغ التعويض (التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي) الذي يستحقه المتفاوض في حالة عدم التنفيذ، فيقتضي حينئذ وطبقا لمقتضيات المادة 182 مدني جزائري والتي تنص على انه " اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره..."

فالقاضي يقدر التعويض الذي يشمل ما لحق المضرور من خسارة، وما فاته من كسب كما يشمل التعويض عن الضرر الادبي طبقا لاحكام المادة 182 مكرر عند الاقتضاء. ويغطي التعويض جراء قطع المفاوضات تعسفا وبدون مبرر جدي أو بسوء نية مجموع الاضرار المادية والمالية والادبية، مثل نفقات التفاوض من اعداد الدراسات أو الرسومات أو الخرائط أو تقارير الخبرات وغيرها، كما قد يشمل التعويض عن ضياع الوقت والفرص الضائعة والمساس بالثقة التجارية.

¹ نقلا عن : رجب كريم عبدالله، المرجع السابق ، ص618

² في الغالب يكون التعويض بمقابل نقدي ، لكن يجوز في بعض الحالات أن يكون التعويض بمقابل غير نقدي ، كأن يأمر القاضي بنشر الحكم في الصحف العمومية في بعض القضايا كالسب والشتم وغيرها من القضايا الماسة بالشرف

وقد استبعدت المادة 2/1112 مدني فرنسي الساري المفعول من الضرر القابل للتعويض المزايا المنتظرة من العقد المزمع إبرامه، وكذلك تعويض الربح الذي كان مأمول منه¹ والتي تنص على أن " تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه"². لذلك يجب على القاضي عند تقديره للتعويض أن يقصر على الضرر الذي يجوز جبره فحسب، والذي يمثل الضرر المباشر الذي توقعه الطرفان وقت الاتفاق على الدخول في التفاوض، فيما عدا حالتَي الغش والخطأ الجسيم المحقق في الحال أو في المستقبل³. والواقع أن هذه الأضرار التي يجوز جبرها في مرحلة التفاوض تتعدد ولا يمكن حصرها ويدخل ضمنها تعويضات الأضرار الناجمة عن نفقات التفاوض والأضرار الناجمة عن تفويت الفرصة والأضرار الناجمة فوات الوقت الضائع والأضرار المتعلقة بالمساس بالثقة التجارية للمتفاوض المضرور.

الفرع الأول - التعويض نفقات التفاوض:

كما سبقت الإشارة يقصد بنفقات التفاوض مجموع النفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض والأعداد للعقد، ويدخل ضمن هذه النفقات نفقات الدراسات التمهيدية والرسومات والخرائط والتصميمات وتقارير الخبرات الفنية واتعاب الخبراء الذين تم الاستعانة بهم في إجراءات التفاوض ونفقات التنقل والإقامة والاتصالات وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض⁴ وكذلك تلك النفقات الناجمة عن ضياع الوقت المتمثل في الساعات أو الأيام أو الشهور التي استغرقتها في المفاوضات دون جدوى بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار الناجمة عن إفشاء معلومات سرية أو استعمال

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 490

² Art 1112 /2 c.civ : En cas de faute commise dans la négociation ,la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

³ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق ، ص 623

⁴ رجب كريم عبداللاه، نفس المرجع، ص 624

براءات ومهارات دون ترخيص، وقد تم كشفها خلال التفاوض، وكذا المساس بالسمعة التجارية والنيل من مصداقية الطرف المضرور¹.

وبشترط للتعويض على نفقات التفاوض، أن تكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات وبين عملية التفاوض الفاشلة، ولا يدخل ضمن مجال النفقات المستردة النفقات التي تتم خارج مجال التفاوض سواء سبقت بدء عملية التفاوض أو تمت بعد الانسحاب من التفاوض.

كما يجب ان لا تكون هذه النفقات قد تمت نتيجة لخطأ المتفاوض المضرور سواء تم دفع هذه النفقات جهلا منه أو بسبب خفته أو سذاجته وعدم احترازه، ففي جميع هذه الاحوال لا يمكن للمتفاوض المضرور أن يستردها.²

كما لا يجب أن تكون هذه النفقات مضخمة أو مبالغ فيها أو لاتعكس إجراءات التفاوض بل يجب أن تكون مبالغ معقولة بالقدر الذي يمكن توقعه عادة.

كما يخرج من تعويض النفقات ما يبذله المهني للترويج لمهنته باعتبار أن مثل هذه النفقات سوف تضاف عادة الى مصروفاته العامة من خلال ممارسة مهنته ولا يمكن أن يخلط بين متطلبات مهنته وبين متطلبات التفاوض على العقد.

الفرع الثاني- التعويض عن تفويت الفرصة :

تباينت آراء الفقه قديما وحديثا عن مسألة تعويض ضرر تفويت الفرصة في مرحلة التفاوض على العقد ، فقد كان الفقيه الايطالي فاجيلا يرى أنه من غير المقبول أن يترتب على عدم انعقاد العقد محل التفاوض حق التعويض للمتفاوض الآخر، في حين ذهب الفقيه الالمانى إهرينج الى ضرورة الاهتمام بتفويت فرصة إبرام العقد المنشود والاعتداد بها لحساب التعويض، على اعتبار أنها تمثل مصلحة تعاقدية سلبية³.

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن ، المرجع السابق، ص492

وانظر ايضا محمد حسام محمود لطفي ، المرجع السابق، ص92

² رجب كريم عبداللاه، المرجع السابق ، ص رجب كريم عبداللاه، مرجع سابق ، ص624

³ بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن ، مرجع سابق، ص497

وقد كان موقف القضاء الفرنسي القديم مؤيد لجانب من الفقه الكلاسيكي الراض للتعويض على فوات فرصة التعاقد، حيث كان يرفض التعويض على ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض، باعتبار أن التعويض في هذه الحالة، يتعارض مع طبيعة مرحلة التفاوض، التي تقوم على حرية التعاقد وحرية رفض التعاقد، ويكون خلال هذه المرحلة نسبة احتمال إبرام العقد من عدمه متساويان، مما يستتبع استبعاد فوات فرصة إبرام العقد المنشود محل التفاوض.

فذلك نجد أن القضاء الفرنسي القديم غنيا بالاحكام الرافضة للمطالبة بالتعويض عن تفويت الفرصة وبصفة خاصة بالنسبة لسباقات الخيل، فقد رفضت المحاكم الفرنسية التعويض عن عدم اشتراك الحصان بالسباق نتيجة خطأ الغير، إذ قررت هذه الاحكام صراحة رفضها التعويض لعدم التأكد من فوز الحصان، إذ يعد الضرر هذا محتملا لامحققا، ذلك مهما كانت خصال هذا الحصان وميزاته، إلا إنه لا يستطيع أحد أن يزعم أنه كان سيحصل على المرتبة الاولى ويفوز بالسباق¹.

غير أن اتجاه القضاء حديثا لاسيما في كل من فرنسا ومصر يتجه الى وجوب تعويض المتفاوض المضرور جراء الانهاء الخاطئ للمفاوضات ، نتيجة حرمان هذا المتفاوض من فرصة إبرام العقد محل التفاوض².

اما بخصوص موقف الفقه والقضاء الجزائري من مسألة التعويض عن تفويت الفرصة فان الفقه الجزائري المعاصر وكذا المحكمة العليا في اجتهاداتها الحديثة تعتمد مبدأ عام للتعويض على تفويت الفرصة ، لأن الفرصة وإن كانت أمرا محتملا، فإن تفويتها يشكل نوع من الضرر المحقق الذي قد يصيب المتفاوض الآخر، فيستوجب من قاضي الموضوع أن يأخذ في الحسبان عند الحكم بالتعويض النقدي الجزافي، وهذا وفقا لظروف وملابسات كل قضية على حدة رغم صعوبة تقدير ضرر تفويت الفرصة³.

¹ ابراهيم سلمان رشيد الجبوري، المرجع السابق، ص86

² بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن ، المرجع السابق، ص498

³ بلحاج العربي ، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن ، مرجع سابق، ص502

لذلك فالتعويض عن تفويت الفرصة يكون محققا باعتباره مقابلا وجبرا للضرر الذي يصيب المضرور، يفترض بالضرورة تحقق ذلك الضرر والتيقن منه، فلا تعويض مع انعدام الضرر، بيد أن ذلك لايعني بالضرورة ان يكون الضرر قد وقع فعلا بل يكفي توقع وقوعه لا محالة ولايكون هناك شك في عدم وقوعه مستقبلا ولايمكن تجنب وقوعه طالما أقدم الطرف المتسبب في احداث فعله الضار.¹

وطالما أمكن تقدير هذا الضرر، فإنه يقبل التعويض غير أن الحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة يستوجب توافر مجموعة من الشروط الخاصة فضلا عن توافر الشروط العامة للضرر.

أولاً: الشروط العامة اللازمة للتعويض عن تفويت الفرصة

يقتضى لاثبات ضرر تفويت الفرصة توافر مجموعة من الشروط العامة تتلخص في اثبات الضرر نفسه واثبات العلاقة السببية بين الضرر الناتج عن تفويت الفرصة والفعل المنسوب الى المتسبب في الضرر .

01- اثبات الضرر تفويت الفرصة

إن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة قد يكون ضررا أدبيا وماديا في نفس الوقت ويترتب هذا الضرر على تفويت فرصة تحقيق كسب منظر أو تجنب خسارة ، وقد ينتج عن فعل ايجابي أو عن فعل سلبي (امتناع عن فعل)².

وفي الواقع يتركز اثبات الضرر الناجم عن تفويت الفرصة بصفة عامة على القرائن أو الافتراضات³ والتي يتوقف وجودها من عدمها على مدى احتمال تحقق الفرصة الضائعة، فإذا كان هذا الاحتمال معقولا ومناسبا ويصل الى درجة التأكد من تحقق الضرر، فإن الضرر يكون عندئذ ثابتا، اما إذا كانت نسبة الاحتمال لاتسمح بتأكد تحقيق الضرر فحينئذ يكون الضرر مجرد محتمل، ولا يمكن الاعتماد عليه لتحقيق ضرر فوات الفرصة.

¹ ابراهيم سلمان رشيد الجبوري ، التعويض عن تفويت الفرصة، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2019، ص127

² أيمن ابراهيم العشماوي ، المرجع السابق، ص62

³ أيمن ابراهيم العشماوي ، مرجع سابق، ص62

وتثير مسألة الاثبات بعض الصعوبات بالنسبة لطالب التعويض، حول كيفية التفرقة بين ضرر تفويت الفرصة، باعتباره ضرر خاص ومتميز من جهة وبين الضرر النهائي من جهة أخرى برغم من انهما ضرران مختلفان ومتميزان من حيث طبيعتهما ونطاقهما ولذلك نجد العديد من أحكام محكمة النقض الفرنسية، ذهبت الى تحديد الفروق الواضحة بين الضررين.

فعلى سبيل المثال نجد حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1995/10/04¹ التي تتلخص وقائع هذه الدعوى في حادت انفجار غازي باحدى العمارات السكنية ناجم عن محاولة انتحار احد المستأجرين، الذي لم يطلب منه مالك العمارة قبل تسلمه الشقة ابرام عقد تأمين للشقة، فطالب ضحايا الانفجار المالك بالتعويض عن تفويت الفرصة بشكل كامل وعلى وجه السرعة، غير أن محكمة الاستئناف حكمت مباشرة بالتعويض عن الحادث ولم يتضمن الحكم التعويض على تفويت الفرصة، فاعتبرت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف لم توضح الاساس القانوني لحكمها، ودون أن تقدر بوضوح الضرر الناتج عن تفويت هذه الفرصة الذي يختلف عن الضرر المباشر الناتج عن الحادث. فهذا الحكم يبين بوضوح تمييز محكمة النقض بين تعويض ضرر تفويت الفرصة والتعويض الناجم عن حادث انفجار الغاز، اعتماد حكم محكمة الاستئناف تعويض الحادث وجعله تعويضا كاملا، كان سببا في نقضه.

وأكدت محكمة النقض الفرنسية تمييز تعويض ضرر تفويت الفرصة على التعويض النهائي في حكم لها مؤرخ في 1981/03/24² في قضية تتلخص وقائعها في أن طبيبا رفعت عليه دعوى جزئية بتهمة القتل الخطأ فاصدرت محكمة الجرح حكما ببراءته لعدم اثبات العلاقة بين خطأ الطبيب ووفاة الضحية، فرجع ورثة الضحية دعوى مسؤولية ضد نفس الطبيب طالبوا فيها التعويض على اساس تفويت الفرصة، إلا أن هذه الدعوى رفضت بحجة أن الحكم الصادر ببراءة الطبيب في المادة الجزئية، حاز قوة الشيء

¹ Cass ,2eme civ,4oct 1995,93-11.287, Bull.civ,II,n°230 ,p134

² Cass. 1ér civ,24mars 1981,D1981,p545

انظر : ايمن ابراهيم العشماوي ، المرجع السابق ص 64

المقضي به أمام المحاكم المدنية، في عدم وجود علاقة سببية بين خطأ الطبيب ووفاة المريض.

فتعرضت محكمة النقض بنقض حكم محكمة الاستئناف المؤيد لهذا الحكم الاخير بحجة أنه إذا كانت حجية الشئ المقضي به في الدعوى الجزائية امام المحاكم المدنية تحول دون حصول المدعي في الطعن، من المحكمة المدنية على تعويض الضرر الناتج عن الوفاة، ولايستطيع القاضي المدني أن يتجاهل ما قضت به المحكمة الجزئية الا أن هذا المبدأ لايقيد القاضي المدني الا بالقدر الذي تكون فيه المسألة المعروضة عليه مماثلة تماما لما فصل به القاضي الجزائي ، وعدم تأكد القاضي الجزائي من العلاقة بين خطأ الطبيب ووفاة المريض لايمنع القاضي المدني من تعويض الاطراف المدنية على أساس تقويت فرصة بقاء الضحية حيا ولايمنع القاضي المدني مطلقا من تقديره التعويض.

فهذا الحكم بدوره يؤكد استقلال تعويض تقويت الفرصة عن التعويض النهائي، وكان على محكمة الاستئناف في حال تأكدها من وجود علاقة بين ضرر تقويت الفرصة ووفاة المريض أن تمنح الاطراف المدنية على الاقل تعويضا على تقويت الفرصة دون التعويض عن الخطأ الطبي.

02- إثبات العلاقة السببية

يعتبر عنصر العلاقة السببية ركن اساسي لاثبات التعويض على اساس وقوع ضرر تقويت الفرصة، اذ يترتب على عدم وجود هذه العلاقة رفض طلب التعويض وتمارس محكمة النقض رقابتها على قضاة الموضوع للتحقق من وجود العلاقة السببية.

ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 1996/03/20¹ فصل في الطعن المرفوع من قبل الطبيب جون بول X ضد حكم محكمة الاستئناف الذي الزمه بدفع تعويض عن تقويت فرصة بقاء مولودها حيا للسيدة Y ومن معها.

وتتلخص وقائع هذه الدعوى في السيدة Y كانت مريضة تحت مراقبة الطاعن، كشفت تحاليلها الطبية أنها مصابة بالتهاب جرثومي ناتج عن وجود جرثومة تعرف

¹ Cass.crim ,20 mars 1996 ,95-81.168, Bull. crim 1996 N° 119 p. 349

ب(E. COLI) وبعد عدة فحوصات خلال مدة معينة أظهرت التحاليل أنها حامل، وأن تحليل الكشف الجرثومي للسيدة Y أضحت نتائجها سلبية، ثم وضعت مولودها قبل أوانه فولد لها طفلا أظهرت التحاليل الطبية عليه أنه يعاني من الاعراض الاولى لإلتهاب السحايا، الناجم عن العدوة الجرثومية السالفة الذكر وبعد عدة اسابيع توفي الطفل. حيث أنه تم رفع دعوى جزائية ضد الطاعن بتهمة القتل الخطأ على شخص الطفل المذكور اعلاه، وتمت تبرئته من الجرم المنسوب اليه.

وإثر دعوى مسؤولية ضد الطبيب المعالج قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية الطبيب الكاملة، على أساس تفويت فرصة بقاء الطفل حيا، بحجة أن الطبيب قد ارتكب حماقة إذ تسبب بشكل مصطنع في الولادة المبكرة للسيدة Y، دون أن يكون هناك مبرر طبي قاهر وبالتالي زيادة خطر العدوى الجرثومية للمولود الجديد، وقررت محكمة الاستئناف أنه لايمكن لها التأكد على أن الطفل المولود ولادة عادية كان سينجو إذا كان مصابا بنفس التهاب السحايا الذي أصيب به الطفل الضحية، وبالنتيجة لاتوجد علاقة سببية مثبتة بين الخطأ والوفاة.

غير أن محكمة النقض اعتبرت أن وصف محكمة الاستئناف على هذا النحو لايعبر عن تناقض القضاة مع انفسهم حينما الزموا الطاعن بدفع تعويض، وقد برروا وجود العلاقة السببية بين التهور الذي يحملونه على عاتق الطبيب الطاعن وفقدان الفرصة للتعويض، وعليه فإن محكمة الاستئناف قد بررت قرارها مما يستوجب رفض الطعن¹. و بالتالي فان العلاقة السببية ثابتة بين ضرر تفويت الفرصة وبين الخطأ المتمثل في تهور الطبيب المعالج حتى ولوكانت العلاقة السببية غير متأكد منها ، وغير ثابتة بين خطأ الطاعن و وفاة الطفل المصاب بالتهاب السحايا.

ثانيا- الشروط الخاصة بالتعويض عن تفويت الفرصة:

فضلا عن الشروط العامة التي يستخدمها القضاء للحكم بالتعويض عن أضرار تفويت الفرصة، فإنه يستخدم أيضا بعض الشروط الخاصة للوصول لنفس النتيجة أهمهما :

01- يجب أن تكون الفرصة الفائتة حقيقية وجدية:

¹ Cass.crim ,20 mars 1996 ,95-81.168, Bull. crim 1996 N° 119 p. 349

بمعنى أن الضرر الذي يقبل التعويض يشترط فيه أن يكون قد وقع فعلا أو يكون محقق الوقوع مستقبلا حتى يمكن القول أن هناك فرصة جدية وحقيقية تم الحرمان منها¹ ولذا يمكن الجزم منطقيا بأن ضرر تفويت الفرصة يقع بين الضرر المحقق من ناحية و بين الضرر المحتمل من ناحية أخرى، وهذا ما يجعل القضاء في بناء موقفه من مسألة التعويض عن تفويت الفرصة، إما أن يوصف الضرر بأنه محقق الوقوع أو هو مجرد ضرر إحتمالي فقط، حتى يتأكد من أن الربح أو بالأحرى الكسب الذي كان ينتظره المضرور كان من الممكن أن يتحقق، لو أن الفعل الضار لم يقع أصلا².

وتجدر الاشارة أن المشرع الفرنسي من خلال المادة 2/1112 مدني فرنسي³ المعدلة بموجب القانون 287-2018 السالف الذكر، قد استبعد صراحة من تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات، تعويض خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد، الذي لم يتم ابرامه وكذا تعويض تفويت فرصة الحصول على هذه المزايا على أساس أن هذه الاضرار غير محققة وغير مؤكدة بل هي مجرد أضرار إحتمالية يمكن أن يتوقعها كل واحد من المتفاوضين.

02- يجب أن تكون الفرصة حالة أو وشيكة:

مقتضى هذا الشرط أن الوقت الذي ضاعت فيه الفرصة، تكون فيه المفاوضات بلغت مرحلة متقدمة، وأصبح أمل المتفاوض كبير في بلوغ مرحلة ابرام العقد النهائي، بحيث أصبحت فرصة التعاقد قريبة المنال، فإذا بالمتفاوض المضرور يفاجئ بقطع التفاوض دون سابق انذار، أما إذا كان التفاوض في بدايته وما زال الطرفان يرسمان الخطوط العريضة للتفاوض ويعمل كل منهما بدراسة الجدوى من التفاوض، ولم تقطع مرحلة التفاوض شوطا مهما، فحينئذ تكون فرصة التعاقد مازالت بعيدة المنال.

¹ ابراهيم سلمان رشيد الجبوري ، المرجع السابق' ص132

²أيمن ابراهيم العشماوي ، المرجع السابق، ص71

³ Article 1112 /2 ccf : En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.

لذا يمكن القول أن زمن قطع المفاوضات، كلما كان بعيدا عن الوقت الذي كان من الممكن أن تتحقق فيه فرصة إبرام العقد، كلما كان الامل في تحقيق هذه الفرصة ضعيفا بل يمكن أن تتدخل الظروف محيطة بالتفاوض، فيصبح الامل في تحقيق فرصة إبرام العقد بعيدة عن الواقع وبالتالي تصبح فرصة غير محققة أو فرصة احتمالية¹.

الفرع الثالث: التعويض عن ضياع الوقت

يعد ضياع الوقت ضررا متوقعا، ويستحق أن يجبر هذا الضرر، ايا كانت المرحلة التي وصلت اليها المفاوضات، كلما قام الدليل على ذلك من خلال الاستجابة للاستدعاءات والمدة التي استغرقها في المناقشات والتنقلات من مكان الى آخر، فيتم تقدير التعويض جزافا وفقا لما تقضي به قواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر الضرر من يوم تحققه الى لحظة صدور الحكم².

وقد تعرضت محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 27/01/1966³ التي تتلخص وقائعها في الشخص الذي سافر تاركا وراءه العديد من الاعمال في مهمة كلفه بها المتفاوض معه، وكلفته المهمة البقاء عدة أشهر في الخارج، ولما اشرفت مهمته على الانتهاء قدم اليه الطاعن وافر اختياراته من الآلات ودفع ثمنها، ولما تم تحويل المشتريات إلى مصر تنكر الطاعن الاتفاق ورفض إبرام العقد واستأثر بالآلات لنفسه وإبرم مشروع الشركة المتفق عليه مع آخرين .

واعتبرت محكمة النقض أن الطاعن لم يكن جادا في المفاوضات التي قطعها، ولم يكن يقصد أن تبلغ غايتها بإبرام عقد الشركة مع المطعون ضده، بل كانت رغبته مجرد الحصول على فكرة المشروع ليقوم في تنفيذه مع اشخاص آخرين يساهمون معه في رأسمال الشركة بنصيب كبير. ونتيجة لهذا المسلك مع عدم اخطار المطعون ضده بقطع المفاوضات في وقت مناسب، فيعتبر ذلك خطأ من الطاعن ترتب عليه ضرر للمطعون ضده، فلذلك فان الطاعن يلتزم بتعويض الطرف المضرور عملا بأحكام المادة 163 من القانون المدني المصري.

¹ أيمن ابراهيم العشموي، المرجع السابق، ص75

² محمد حسام محمود بطفي، المرجع السابق، ص93

³ انظر تفاصيل الحكم في الصفحة 238

كما أن محكمة النقض الفرنسية أكدت ضمن أحد أحكامها على وجوب التعويض عن ضياع الوقت في المفاوضات، فقد قام مالك العقار بالتفاوض مع زوجين يرغبان في شرائه، وعندما وجه اليهما إجابا بالبيع طلبا منه تمديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء وبعد ثلاثة أشهر من الانتظار أعلن الزوجان رفضهما للإيجاب نهائيا، وعدلا عن التعاقد دون إبداء أي سبب، فتمسك الموجب بأن الرفض، جاء متأخرا وطالب بتعويضه عن ضياع الوقت.

وقد عابت محكمة النقض على الحكم المطعون فيه برفضه الحكم بالتعويض ضد الزوجين، لكون ذات الحكم لم يأخذ بعين الاعتبار أن الموجب كان قد اعتقد في التزامه بالبقاء على إجابته مما دفعه إلى عدم التصرف في عقاره طيلة هذا الوقت¹.

الفرع الرابع: التعويض على المساس بالثقة التجارية

إن قطع المفاوضات بسوء نية أو بدون مبرر مشروع لاينال من عملية التفاوض فحسب، بل له آثار سلبية على السمعة التجارية للمتفاوض المضرور، فغالبا ما يثور في الوسط المهني للمتفاوض المضرور شكوك وأقاويل تتال من سمعته المهنية أوالتجارية فقد يشيع بسبب قطع التفاوض العديد من الاقاويل في المحيط التجاري للمتفاوض المضرور فالبعض يرمي بسهام قلة خبرة هذا التاجر، والبعض الآخر يرمي بسهام الاخفاق المالي بل ويهمس البعض بالقول أن قطع التفاوض، قد تم لأسباب خفية تقلل من مركزه المالي أو القانوني، ويقلل البعض الآخر من خبرته في إدارة المفاوضات مما جعله وضعه أن يكون فريسة سهلة في يد المتفاوض الآخر فكل هذه الافتراءات قد تؤثر على سمعة التاجر في السوق حاضرا ومستقبلا، ويظهر هذا التاجر بمظهر الشخص الساذج الذي يسهل خداعه والتلاعب به².

ويعتبر المساس بالسمعة التجارية للتاجر المتفاوض، نتيجة قطع المفاوضات معه دون سبب جدي ودون مبرور مشروع من قبيل الضرر الادبي الذي يجب جبره، ومن ثم يتعين

¹ رجب كريم عبداللاه ، المرجع السابق ، ص 627

² على محمد حسين بوهان، المرجع السابق، ص 192

على القاضي أن يدخل عنصر المساس بالسمعة التجارية في اعتباره عند تقدير التعويض.¹

¹ رجب كريم عبداللاه ، مرجع سابق ، ص 627

الخاتمة:

إن المفاوضات العقدية المتكاملة تبدأ من مجرد إعلان للتعاقد، فيتمكن الطرفان من التقرب لبعضهما على أسس اجتماعية واخلاقية قائمة على الاحترام والضوابط المتينة في التعامل انطلاقاً من المبدأ الاساسي في التفاوض القائم على حسن النية والامانة والثقة المتبادلة، فيساهم كل طرف بتسخير ما لديه من جهد، لصناعة اللبنة الاولى لبناء عقد متوازن يسوده الاستقرار والثقة البناءة والتعاون المتين، وتعزيز الروابط العقدية، وتمكين العقد كوسيلة لبناء الروابط الاقتصادية والاجتماعية بعيداً عن الخداع والاستغلال والتلاعب بالمصالح الاقتصادية للأفراد والجماعات.

لذلك سارعت بعض التشريعات المقارنة بتبني نظام المفاوضات العقدية وأسست له أحكام عامة من شأنها أن تساعد الاطراف المتفاوضة، على وضع ضوابط وأسس تنير طريق التفاوض وتحمل الطرف السيء النية مسؤولية التلاعب والخداع بالتفاوض ليس على قطعه التفاوض بدون مبرر فحسب بل تحميله المسؤولية على القطع المفاجيء وعلى المرواغة و تفويت الفرصة وغيرها.

وعلى كل حال فإن المشرع الجزائري برغم من التعديلات المتلاحقة التي عرفها القانون المدني الجزائري في السنين الاخيرة، إلا أننا ما زلنا نعامل مرحلة التفاوض العقدية بأحكام ضمنية لا تتسع لفهم العلاقات في مرحلة تكوين العقد، مما يضيف الغموض على موقف التشريع الجزائري من مرحلة المفاوضات بل أن القضاء الجزائري ما زال يتجاهل تكييف وقائع هذه المرحلة من التعاقد، ولم يسير على خطى التشريع المصري، الذي بات موقفه الثابت من المفاوضات وطبيعة المسؤولية المتعلقة بها واعتبارها مجرد اعمال مادية ينعكس عليها في حالات الاخلال الطابع التصويري للمسؤولية.

أما التشريع الفرنسي فقد خطى خطوة لا يستهان بها منذ عام 2016 حينما سائر الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية، واستجاب للعديد من الاصوات الفقهية التي ظلت تطالب بتنظيم المفاوضات العقدية بأحكام خاصة فكان لها ذلك من خلال الفصل الاول و الثاني من الباب الفرعي الاول من القانون المدني الفرنسي .

وقد أقر المشرع الفرنسي ضمن احكام القانون المدني مجموعة من المبادي تقوم عليها المفاوضات العقدية، كنا قد تطرقنا اليها من خلال هذه الاطروحة أهمها حرية التعاقد و

الخاتمة

حرية عدم التعاقد وحرية اختيار المتعاقد وحرية تحديد مضمون العقد، وكذلك التفاوض على العقود وإبرمها وتنفيذها بحسن نية. ولم يتواني في تحميل مسؤولية قطع المفاوضات على المتفاوض السيء النية، أو الذي جر إلى قطعها دون سبب جدي .
لذلك فقد توصلت من خلال هذه الدراسات إلى مجموعة من النتائج والتوصيات يمكن أن أخصها كالتالي:

النتائج:

01- تمثل المفاوضات العقدية أهمية بارزة في الحياة العملية أثناء تكوين العقد تعكس هذه الأهمية استقرار المعاملات والتوازن العقدي ، كما تعكس أهميتها في توضيح والكشف عن مدى تمتع كل طرف من أطراف العقد بحقوقه ومدى التزاماته، كما تعكس هذه الأهمية في مساعدة القاضي في كشف الغموض حول أي بند من بنود العقد في أي نزاع مستجد وأثناء تفسير العقد.

02- اقتصر المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات العربية على تنظيم الأحكام المتعلقة بإبرام العقد وتنفيذه ودون أن يعلق الاهتمام على تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد بأحكام متميزة، بالرغم من تناوله لبعض المبادئ الضمنية التي يمكن يمتد مدى تطبيقه على مرحلة المفاوضات العقدية.

04- يتمتع كل طرف من أطراف التفاوض بالحرية في الدخول إلى المفاوضات وحرية الاستمرار فيها وحرية قطعها والانسحاب منها وحرية اختيار المتفاوض وحرية تحديد مضمون التفاوض.

05- مبدأ حسن النية يهيمن على مرحلة التفاوض بدء من الدخول في التفاوض والاستمرار فيه وقطع المفاوضات ويستوجب هذا المبدأ مراعاته والالتزام به والالتزام بمقتضياته.

06- الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض والإخلال بالالتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ وقطع المفاوضات دون مبرر وإجراء التفاوض بسوء نية يولد مسؤولية الطرف المخل بهذا الالتزام وطبيعة هذه المسؤولية تتراوح بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية وتعتبر هذه الأخير استثناء من الأصل في حالة وجود اتفاق التفاوض.

الخاتمة

07- تصنف أضرار التفاوض من خلال القواعد العامة واجتهادات القضاء المقارن بين أضرار مادية ومالية واضرار معنوية، وتشمل هذه الاضرار أضرار تفويت الفرصة وضياح الوقت .

08- تقتصر آثار التزامات التفاوض على إجراءات التنفيذ بمقابل أو بالتعويض ولا يمكن إجبار المتفاوض على الاستمرار في التفاوض على أي حال.

التوصيات:

• يتعين على المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات المدنية المقارنه تنظيم مرحلة المفاوضات العقدية بأحكام متميزة ضمن النظرية العامة للعقد، والابتعاد عن الاحكام الضمنية التي تعبر عن متاهة للتضليل، عند الاحتكام إليها في حل النزاعات والمشاكل التي تستجد من خلال مرحلة التفاوض، تتعب الخصوم في الوصول اليها وفهماها.

• اقتراح تعديل المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري كما يلي "يجب التفاوض على العقود وابطرامها وتنفيذها بحسن نية" على غرار المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي ليشمل مبدأ حسن النية جميع مراحل تكوين العقد.

• النص على اقتراح المحادثات وسيرها وقطعها يكون حرا على أن تراعى فيها مقتضيات حسن النية، ولا يمكن أن يشكل العدول عن التفاوض مصدر للمسؤولية المتفاوض، إلا إذا كان قطعها بسوء نية أو كان قطعها مصحوبا بخطأ.

• اقتراح تنظيم الوسائل التي يمكن للأطراف المتفاوضة الإستعانة بها واستعمالها بغية ابرام اتفقاتهم النهائية، مثل تنظيم عقد التفاوض والاتفاق المبدئي والاتفاق الجزئي والوعد بالتفضيل وغيرهم.

• النص على القواعد القانونية الرامية الى تحقيق الأمان القانوني في الفترة السابقة على التعاقد، وحماية للأطراف المتفاوضة، وتعزيز مبدأ الثقة المشروعة فيما يخص التعهدات والوعد بالتفضيل والوعد بالتعاقد.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم (ج ر78).
- الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم (ج ر101).
- القانون رقم 04-02 المؤرخ 23/06/2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم (ج ر 41).

ثانياً: المراجع العربية

1) المراجع العامة:

- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الاثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 5 الجزائر، 2008.
- بديع بن عباس، النظرية العامة للعقد في القانون المدني المعاصر(صحة العقد والاستقرار التعاقدية)، ط 1 ، مجمع الاطرش، تونس، 2017.
- بيار كثالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقاد في القانون الفرنسي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ط 1 لبنان ، 2009
- جاك غستان (ترجمة منصور القاضي)، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 1، لبنان، 2000.
- جمال بدري ، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة ، الجزائر، 2013.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري ، ط 2، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- خالد مصطفى فهمي، التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2019.
- زهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة ، الجزائر، 2009.
- دربال عبدالرزاق ، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- لحو خيار غنيمية، قاموس قانون الالتزامات، موفم للنشر ، الجزائر ، 2018
- لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر، 2014.
- محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الراية للنشر والتوزيع، الاردن، 2012.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام – التصرف القانوني، العقد والارادة المنفردة، الجزء الاول ، دار الهدى، ط 2، الجزائر، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - الواقعة القانونية (العمل غير المشروع - شبه العقود- والقانون)، الجزء الثاني، دار الهدى، ط2، الجزائر، 2004.
- محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر، (1) العقد، المجلد الاول، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018.
- محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات، المصادر، (1) العقد، المجلد الثاني، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018.
- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط6، لبنان 2019.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام- الواقعة القانونية (العمل غير المشروع- شبه العقود- والقانون)، الجزء الثاني، ط2، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2004.
- محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الراية للنشر والتوزيع، الاردن، 2012.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - الجزء الاول- دار احياء التراث العربي بيروت، لبنان، 1952.
- عبدالحكيم فوده، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة الطبع.
- عثمان بلال، محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد- الجزء الاول: تكوين العقد" موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس"، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2018.
- عبدالحليم عبداللطيف الفوني، حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2010.
- علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس 2015.
- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط3، الجزائر، 2013.
- علي فيلاي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الجزائر، 2018.

قائمة المصادر والمراجع

- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، ط2، دار هومة، الجزائر 2016
- عمار بوضياف، القانون المدني في ضوء اجتهاد المحمة العليا (سلسلة القوانين الجديدة)، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- سايس جمال ، قضايا البيع في العقار، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2019
- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (يونيدروا)، مبادئ يونيدروا المتعلقة بالتجارة الدولية ، الترجمة العربية لسنة2004، ط2، روما 2008.
- هلدبر أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، دار الكتب العلمية ، مصر ، بدون سنة الطبع .
- وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2012.
- وزارة العدل المصرية، القانون المدني، مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء الاول، الباب التمهيدي، أحكام عامة (من المادة 1 الى المادة 88)، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، 1948.(صورة في شكلPDF من الموقع الإلكتروني <http://www.Noor-Book.com>)
- (2)المراجع المتخصصة:
- أحمد أبو القاسم إمام العجمي ، حكم الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر والقانون ، مصر 2019.
- إبحار حامد حبش علي،المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، مصر 2020.
- أيمن احمد الدلوع، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الالكتروني،دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016.
- أنس عبدالمهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية، دراسة تأصلية مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، مصر، 2018.
- ابراهيم سليمان رشيد الجبوري، التعويض عن تفويت الفرصة،دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2019.
- ايمن ابراهيم العشماوي، تفويت الفرصة (دراسة مقارنة)، ط3، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000.
- بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، دراسة مقارنة، دار حافظ للنشر والتوزيع ، ط1، جدة، 2011.
- بلحاج العربي ، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة ، الجزائر ، 2014.
- بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر ، 2019.

قائمة المصادر والمراجع

- جمال عبدالرحمن محمد علي ، المسؤولية المدنية للمتفاوض، نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار الكتب، مصر ، 2004.
 - رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000.
 - كريم بولعابي ، حسن النية في المادة التعاقدية، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
 - محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض(دراسة في القانونين المصري والفرنسي)، دار النشر الذهبي للطباعة، مصر ، 1995.
 - محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي، دار النهضة العربية ، مصر ، 1999.
 - محمد حسين عبد العال، ابرام العقد تطبيقا لعقد آخر في ظل اتفاق الاطار، دار النهضة العربية ، مصر ، 2004.
 - مصطفى محمد الجمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، لبنان ، 2002.
 - على احمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة الجزائر، 2012.
 - سالم يوسف العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والمغربي واللبناني والتونسي والتوجيهات الاوربية، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2018.
 - يونس صلاح الدين علي ، العقود التمهيديّة ، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ، 2010.
- ### (3) الاطروحات والرسائل
- بخيت عيسى ،النظام القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، دراسة مقارنة (اطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة امحمد بوقرة بومرداس)، 2017.
 - بوطبالة معمر ، الاطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية (أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام)، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2017.
 - زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود – دراسة مقارنة- (رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتور في العلوم تخصص القانون الخاص) ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018.
 - مجد عمر أحمد نزال ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد(أطروحة دكتوراه حقوق)، جامعة المنصورة ، مصر ، 2017.
 - أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط الاردن ، 2015.

قائمة المصادر والمراجع

- بن يوب هدى ، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص :قانون العقود المدنية ، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي ، 2013
- براهيمى فايزة ، التزامات الاطراف في المرحلة السابقة على التعاقد (مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون العقود والمسؤولية)، جامعة أبوبكر بلقايد – تلمسان- 2009.
- بيلامي سارة، حسن النية في تكوين العقد (مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة)، الجزائر ، 2017.
- حاتم فائق مهدي، التفاوض على العقد (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون المدني ، جامعة الاسكندرية ، 2016 .
- علي محمد حسين بوهان، التفاوض في العقود، دراسة مقارنة (رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق) ، جامعة الإسكندرية، مصر ، 2018.

4) المقالات والمدخلات

- أحمد ابراهيم الحيارى، أثر التعديلات التي طرأت على القانون المدني الفرنسي المتعلقة بمرحلة ما قبل التعاقد"دراسة مقارنة"،(مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون) ، الجامعة الاردنية، مجلد 46 ، عدد2.
- بيلامي سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود،مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال(جامعة الاخوة منتوري قسنطينة)، العدد5،الجزائر، 2018.
- بناسي شوقي، القيمة القانونية للاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال (جامعة الجزائر I بن يوسف بن خدة)، مجلد6 العدد 04، 2021.
- حمدي محمود بارود ، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاقتصادية والادارية ،جامعة الازهر غزة، المجلد العشرون العدد الثاني 2012
- رغد عبد الامير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية (مجلة ديالى جامعة ديالى كلية القانون والعلوم السياسية)، العدد الرابع والعشرون ، العراق ، 2014.
- زيتوني فاطمة الزهراء ، مضمون مبدأ حسن النية في اطار نظرية العقد (مجلة القانون والعلوم السياسية جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان)، العدد الرابع ، الجزائر، 2016.
- محمد عرفان الخطيب ، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، السنة السابعة ، العدد 2- العدد التسلسلي 26، الكويت 2019.
- محمد حميداني، مبدأحسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لاحكام الامر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي(حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية)، العدد 26،الجزائر،2019.
- محمود فياض، مدى التزام الانظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة، حجم 2013 رقم 54، الامارات العربية المتحدة ، 2013

قائمة المصادر والمراجع

- مها يوسف خصاونة- رشا محمد تيسير حطاب ،الحماية المدنية للمستهلك من الاعلان التجاري المضلل ، وفقا لاحكام القانون المدني الاردني ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 9 عدد 1 الامارات العربية المتحدة،2012.
 - مقني بن عمار ، فكرة الجمع بين التعويضات في مجال المسؤولية المدنية عن إصابات العمل، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسينية بن بو علي الشلف، حجم 2 رقم 01. 2015.
 - يزيد أنيس نصير، الايجاب والقبول في القانون المدني الاردني والمقارن، مجلة الشريعة والقانون،جامعة الامارات العربية المتحدة العدد 16
 - وزارة العدل، مجلة المحكمة العليا ، عدد2،2014.
 - وزارة العدل، مجلة المحكمة العليا ، عدد 1، 2016.
- ثالثا: المراجع باللغة الاجتبية

1) OUVRAGES

- Geneviève Viney; introduction à la responsabilité; 3é éd., Paris, LGDJ-Alpha, 2008.
- Geneviève Viney- Patrice Jaurdain ; Traite de droit civil ; les effets de la responsabilité; 2é éd., Paris, LGDJ- D , 2008.
- j. GHESTIN ; Traite de droit civil, la formation de contrat, T1 le contrat – le consentement ; 4é éd., Paris, LGDJ, 2014
- j. GHESTIN ; Traite de droit civil, la formation de contrat, T2 , l’objet – la cause- les nullites ; 4é éd., Paris, LGDJ, 2014
- LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUE 2017-2018 , DALLOZ ,25 EDITON, P298 « LA BONNE FOI :Croyance erroné et non fautive en l’existence ou l’ inexistence d’un fait , d’un droit ou d’une règle juridique .
- MONZER Rabih, LA NEGOCIATION DES CONTRATS INTERNATIONAUX. Une harmonisation des régime juridique romano-germanique et anglo-saxons, édition DELTA, 1éd,Libon,2008.

2) Memoires et thèses

- Mahmoud ELSEHLY ,La période précontractuelle , étude comparée des régime français et Egyptien. thèse de doctorat de l’université de Toulouse ; le27 /11/2018.
- Martinez- Cardenas , la Responsabilité précontractuelle ,Etude comparative des régime colombien et francais,thèse de Doctorat , université Panthéon- Assas,2013.
- Sarah Barry , les pourparlers précontractuels en droit québécois de l’opportunité d’une modification du code civil du Québec a la lumière de recentrées réformes française et allemande(thèse de doctorat université de Montréal),2018.

قائمة المصادر والمراجع

•Radu STANCU, L'EVOLUTION DE LA RESPONSABILITE CIVILE DANS LA PHASE PRECONTRACTUELLE ; Comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain a la lumière de droit européenne ; (thèse de doctorat université de STRASBOURG),2015.

•Luiz Fernando KUYVEN , Thèse d doctorat, (La Responsabilité précontractuelle dans le commerce international :fondements et règles applicable dans un prospective d'harmonisation)université de Strasbourg, 2010

•LACHACHI MOHAMMED ,les aspects juridique de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur – Etude comparative-(thèse droit de doctorat en droit privé université Oran Mohammed Ben Ahmed) ,Algérie, 2020

3) les articles

•Joanna SCHMIDT SZALEWSKI , LA periode precontractuelle en droit français ,Revue internationale de droit comparé, vol42 n°2,1990.

•GUILLMARD S," De la phase préalable à la formation de certains contrats ‘Revue générale de droit, volume 24,n°2 , université d'Ottawa, édition Wilson et Lafleur ,1993.

4) C. François, « Présentation des articles 1221 à 1222 de la nouvelle sous-section 2 “L'exécution forcée en nature” », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect2-execution-forcee/> [consulté le 28/03/2019].

•TEXTES Législatives

•L'ordonnance n° 2016-131 ,10 feverie 2016, portant réforme du droit des contrats ratifiée par la loi no 2018-287 du 20 avril 2018 (jorf n°0053 du 11/02/2016) .

code civil francais/ (Dernière modification le 02 mars 2022 –génééré le 19 mai 2022) LEGITEXT000006070721.pdf .

•civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB).

http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?plang=fr&p_isn=61880

القانون رقم 131-1948 المؤرخ في 19 يوليو 1948 س119 المتضمن القانون المدني المصري
الوقائع المصرية - pdf (ragylaw.com)

• <http://www.legifrance.gouv.fr>

• <http://www.coursupreme.dz>.

• <https://www.Noor-Book.com>.

• http://www.cc.gov.eg/civil_judgments.

• <http://www.ilo.org>

• <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur> .

• <https://www.ragylaw.com>

1	مقدمة
10	الباب الاول- نطاق المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد
11	الفصل الأول- نظام المفاوضات العقدية
11	المبحث الأول- ماهية مفاوضات العقدية
13	المطلب الأول- مفهوم المفاوضات العقدية
13	الفرع الأول- تعريف المفاوضات العقدية
14	الفرع الثاني- خصائص التفاوض
16	الفرع الثالث- أهمية المفاوضات العقدية
20	المطلب الثاني- طبيعة المفاوضات
21	الفرع الاول- التفاوض على العقد كعمل مادي
26	الفرع الثاني- التفاوض على العقد عمل قانوني
31	المطلب الثالث- تمييز المفاوضات العقدية عن الأنظمة المشابهة لها
31	الفرع الاول- تمييز مرحلة التفاوض عن مرحلة إبرام العقد
36	الفرع الثاني - الحدود الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد
46	المبحث الثاني- المبادئ التي تحكم نظام المفاوضات السابقة على التعاقد
48	المطلب الاول- مبدأ الحرية التفاوضية
48	الفرع الاول- تمييز مبدأ الحرية التفاوضية عن الحرية التعاقدية
50	الفرع الثاني- مضمون مبدأ الحرية التفاوضية
55	المطلب الثاني- مبدأ الحرية التعاقدية
56	الفرع الاول- مفهوم الحرية التعاقدية
58	الفرع الثاني - نطاق الحرية التعاقدية في المرحلة السابقة على التعاقد
62	المطلب الثالث- مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض العقدية
62	الفرع الاول- تطور مبدأ حسن النية
65	الفرع الثاني- مفهوم حسن النية في المرحلة المفاوضات
75	الفرع الثالث- نطاق حسن النية في مرحلة المفاوضات
76	الفرع الرابع- موقف التشريعات المقارنة من مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض
83	الفصل الثاني- نطاق سير المفاوضات العقدية
84	المبحث الاول- الاتفاقات التفاوضية
84	المطلب الأول- الاتفاقات الأولية السابقة على التعاقد
85	الفرع الأول- اتفاقات المبدأ les accords de Principe
109	الفرع الثاني- اتفاق الاطار
124	المطلب الثاني- الاتفاقات النهائية السابقة على التعاقد

124	الفرع الاول-الاتفاقات المرحلية
142	الفرع الثاني- خطابات أو رسائل النوايا(Lettres d'intentions)
148	المبحث الثاني- آثار الاتفاقات التفاوضية
149	المطلب الاول- الالتزام بالتفاوض بحسن النية
150	الفرع الاول- موقف التشريع المقارن من حسن النية في التفاوض
151	الفرع الثاني-الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن النية
152	المطلب الثاني- الالتزامات المنفرعة عن الالتزام بحسن النية
153	الفرع الاول- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد
168	الفرع الثالث- الالتزام بالمحافظة على السرية
174	الباب الثاني - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد
176	المبحث الاول- اتجاهات الفقه التقليدي في تحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض
179	الفرع الاول- نظرية الخطأ عند إبرام العقد CULPA IN CONTRAHENDO
189	المطلب الثاني- نظريات الطبيعة غير العقدية للمسؤولية في مرحلة التفاوض
197	الفرع الثاني- نظرية تحمل التبعة العقدية
201	الفرع الثالث- نظرية فاجيلا
215	المبحث الثاني- طبيعة المسؤولية في الفقه الحديث
216	المطلب الاول- نظرية المسؤولية العقدية للمفاوضات المصحوبة باتفاق
218	الفرع الثاني- حدود تطبيق المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض
219	المطلب الثاني- نظرية المسؤولية التقصيرية للمفاوضات غير المصحوب باتفاق
220	الفرع الاول- مضمون نظرية المسؤولية التقصيرية
221	الفرع الثاني- موقف الفقه والقضاء المقارن من النظرية
222	المطلب الثالث- النظريات السائدة في القانون المقارن
224	الفرع الاول- موقف التشريعات الغربية
232	الفرع الثاني- موقف التشريعات العربية
243	الفرع الثالث- قيام المسؤولية العقدية و التقصيرية في آن واحد
248	الفصل الثاني- أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة التفاوض
248	المبحث الاول- أركان المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض
249	المطلب الاول- الخطأ
250	الفرع الاول- الخطأ التقصيري في مرحلة التفاوض

الفهرس

266	الفرع الثاني - الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض
276	المطلب الثاني - الضرر
278	الفرع الاول - شروط الضرر لقيام مسؤولية المتفاوض
281	الفرع الثاني - أنواع الضرر الموجب للتعويض
287	المطلب الثالث - العلاقة السببية
288	المبحث الثاني - آثار المسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض
288	المطلب الاول - التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض
290	الفرع الاول - أسباب استبعاد التنفيذ العيني في مجال المفاوضات العقدية
293	الفرع الثاني - حدود استبعاد اللجوء الى التنفيذ العيني
297	المطلب الثاني - التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض
298	الفرع الاول - التعويض نفقات التفاوض
299	الفرع الثاني - التعويض عن تفويت الفرصة
306	الفرع الثالث - التعويض عن ضياع الوقت
307	الفرع الرابع - التعويض على المساس بالثقة التجارية
309	الخاتمة