

جامعة ابن خلدون - تيارت -



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام التفاوض في العقود المدنية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث

تخصص: عقود مدنية وتجارية

تحت إشراف:

- أ.د. بن عمارة محمد.

إعداد الطالب:

- جيلالي محمد

لجنة المناقشة:

الأعضاء:	الرتبة:	الجامعة:	الصفة:
- أ.د. مقني بن عمار	أستاذ	جامعة تيارت	رئيسا
- أ.د. بن عمارة محمد	أستاذ	جامعة تيارت	مشرفا مقرر
- أ.د. بلقيشي الحبيب	أستاذ	جامعة تيارت	ممتحنا
- أ.د. حساني علي	أستاذ	جامعة تيارت	ممتحنا
- د. بن صالح محمد حاج عيسى	أستاذ محاضر. أ	جامعة الأغواط	ممتحنا
- أ.د. طيطوس فتحي	أستاذ	جامعة سعيدة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2020 - 2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَأَذْكُرُوا إِذْ جَعَلَكُمْ خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ عَادٍ وَبَوَّأَكُمْ فِي الْأَرْضِ

تَتَّخِذُونَ مِنْ سُهُولِهَا قُصُورًا وَتَنْحِتُونَ الْجِبَالَ بُيُوتًا

﴿فَاذْكُرُوا آيَاتِ اللَّهِ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾

سورة الأعراف، الآية 74.

شكر وتقدير

أشكر الله عز وجلّ وأحمده أن أنعم علي بإنجاز هذا العمل، والذي أتمنى أن يبلغ المستوى الذي كنت أطمح إليه.

كما أتوجّه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور بن عمارة محمد الذي أشرف على إنجاز هذا العمل، وأمدني بالدعم اللازم، سواء من ناحية المعلومات والتوجيهات والنصائح، أو من ناحية التحفيز والتشجيع من أجل المضي قدما لبلوغ قمة النجاح. فألف شكر أستاذنا الكريم.

كما أتوجّه بأسى عبارات الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة الأطروحة، وتحملهم عناء قراءتها، لتقييمها و تقويمها، وصولا لإبداء ملاحظاتهم القيمة والتي ستسهم في الرفع من قيمتها العلمية.

كما أشكر جميع الأساتذة وبالخصوص أساتذة العلوم القانونية بجامعة تيارت. وفي الأخير نشكر كل من ساعدنا، ووقف إلى جانبنا، وأمدنا بالدعم ولو بكلمات التشجيع.

شكرا

إهداء

إلى روح أبي الطاهرة طيّب الله ثراه وأسكنه فسيح جنّانه.
إلى والدتي نبع الحياة ومبعث العطاء أمّها الله بوافر الصحة.
إلى جميع إخوتي وأخواتي.
إلى زوجتي وأبنائي، إسلام، إسحاق، نور الهدى.
إلى جميع الأهل والأصدقاء.

قائمة بأهم المختصرات:

أولاً: باللغة العربية

ق، م، ج: القانون المدني الجزائري.

ق، م، ف: القانون المدني الفرنسي.

د، م، ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ج: الجزء.

ط: الطبعة.

ص: الصفحة.

ثانياً: باللغة الأجنبية

CASS. CIV: cour de cassation, chambre civil.

ART. PRèc: Article précité.

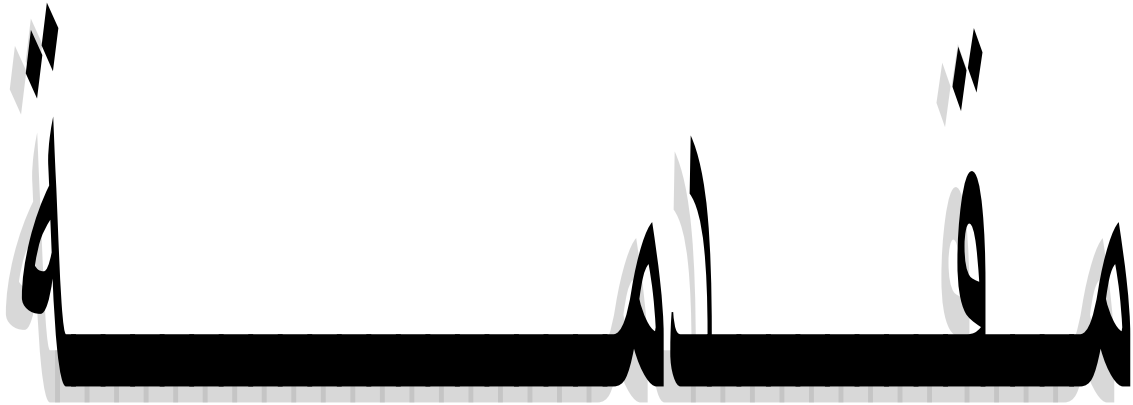
Civ: Chambre Civile

C. Civ: Code Civil.

P: Page.

Nº: Numéro.

éd: édition.



اهتم المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأجنبية والعربية بموضوع العقد واعتبره أهم مصدر للالتزامات، حيث خصّ الفصل الثاني من الباب الأول لمصادر الالتزام، من الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود، من التقنين المدني، ووضع المشرع الجزائري تعريفا للعقد بموجب المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

وتضمّن القانون المدني المصري تعريفا للعقد في المادة 122 منه والتي جاء فيها أنه: "العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها"، ويتّضح من هذا التعريف أنه لا يفرّق بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئا واحدا، ولكن حذف هذا النص إعمالا لمبدأ وجوب تجنب المشرع للتعريفات لأنّه من عمل الفقه.

أمّا المشرع الفرنسي فقد ميّز بين العقد والاتفاق بموجب المادة 1101، واعتبر أنّ الاتفاق نوع والعقد جنس من هذا النوع، وعرّف الاتفاق على أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء الالتزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه، أمّا العقد فهو اتفاق إرادتين على إنشاء التزام، ومن خلال تحليل ذلك نجد بأنّ المشرع الفرنسي يعتبر كل اتفاق ليس عقدا، وإنّما كلّ عقد هو اتفاق، وقد انتقد جانب كبير من الفقه هذه التفرقة باعتبار أنّها لا تكتسي أهمية عملية، كما أنّها تفرقة لا تتبناها التقنيّنات الحديثة.

وقد حرص التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 على تفادي النقد السابق فعرّف العقد في المادة 1101 على أنه: "اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها"، وعلى هذا الأساس يمكن تعريف العقد بأنّه اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه.

وعليه فإنّ العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، وأنّ أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدّد آثاره أيضا كقاعدة عامة، ثمّ يأتي القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة، ومنه نجد أنّ تعريف العقد على هذا النحو يميزه عن التصرف القانوني بالإرادة المنفردة من ناحية، وعن الاتفاقات غير الملزمة من ناحية أخرى.

كما نجد أنّ للإرادة سلطانا ذاتيا، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، وهذه هي القاعدة الرضائية، كما أنّ الإرادة حرّة في تحديد وتعيين الآثار التي تترتب على العقد أو التصرف القانوني، ولقد أشارت معظم القوانين إلى هذا الأمر، فمثلا نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1134 منه على أنّ الاتفاقات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافها وكذلك القانون المصري في المادة 147 منه التي تتطابق معها المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي تنصّ على أنّ: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

ولا يلزم الشخص بحسب الأصل إلا بإرادته، وإذا اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إنشاء التزامات تفرض عليه بالرغم من إرادته، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، فتقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء إذ أنّ الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، ولذا فالالتزامات الإرادية تكون عادلة بالضرورة، حيث أنّه تحمّل هذه الالتزامات بإرادته.

هذا وإرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقود، فهي تستطيع إنشاء الالتزامات العقدية، دون قيد على حرية الإنسان الكاملة، ولا يحدّ من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام وحسن الآداب فإرادة الفرد لا تحتاج في إبرام العقود إلى شكل خاص، وهذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أنّ حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها.

أمّا بالنسبة لنطاق العقد فهو يشمل كل الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية، كما يشمل أيضا الاتفاقات الخاصة بالأحوال الشخصية وعلاقات القانون العام، وإنّ اتّسم في هذا المجال بطبيعة خاصة، وعلى كل حال فنحن إذ نتناول العقد باعتباره مصدرا للالتزامات، فإننا نعالجه بصفة أساسية في مجال المعاملات المالية.

غير أنّ المتتبع للتطورات الاقتصادية والتقنية التي شهدها ويشهدها العالم منذ أكثر من قرن من الزمن، وما صحبها من تحول في أنماط التعامل وآلياته، لا بد أن يلاحظ تحولا موازيا له في منهج دراسة تكوين العقد ومنوال التعاقد، فبدلا من تركيز النظر على لحظة إبرام العقد والتي يتحقق فيها تطابق بين الإيجاب والقبول، أصبحت الدراسة تتجه أكثر فأكثر نحو نقطة البداية الحقيقية في أي تعاقد وهي لحظة التفكير فيه، وما يعقبها من سعي متبادل ومتواصل إلى تحقيقه، وهو اتجاه من شأنه أن

يكون حجر الزاوية في هذه الدراسة. دراسة تكوين العقد، وهو التفاوض على العقد المراد وما يتخلله من سلوك الأفراد الساعية إليه.

لكن مع التطور العلمي والتقدم التكنولوجي، الذي طرأ على الحياة المدنية المعاصرة التي شملت كافة نواحي الحياة الإنسانية، وما أحدثه من أثر بليغ في إيجاد عقود كثيرة، وعلى جانب من الأهمية والخطورة، إذ يغلب عليها طابع التعقيد والتركيب بالنظر إلى التقنيات المرافقة لها، أو التي تتضمنها كما تقدّر تكلفتها بمبالغ مالية ضخمة، فضلا عما قد يترتب عليها من نتائج وأثار حتى بعد تمام الاتفاق وإبرام العقد، أصبحت مرحلة التفاوض بشأن هذه العقود أهم من مرحلة تنفيذها. كما هو الحال في عقود تشييد البنية التحتية، أو المشاريع الزراعية، وإقامة الموانئ البحرية، والمطارات وعقود إنشاء المصانع وتجهيزها بالمعدات، وعقود التنقيب عن الثروات الطبيعية واستخراجها واستغلالها، أو باندماج الشركات، أو بشراء أسهمها.

من هنا فإنّ المرحلة التفاوضية تعدّ من أهم وأخطر مراحل العملية التعاقدية، وأكثرها حساسية، كونها يتم فيها تحديد محتوى العقد بما يتضمنه من حقوق والتزامات ملقاة على عاتق أطرافه. إذ كلما كان التحضير للعقد المطلوب جيدا، كلما سهّل من مهمة إبرام العقد، وتحدّدت بوضوح التزامات طرفيه، وقامت على أسس متعادلة ومتوازنة بما يكفل تنفيذه دون نشوء أيّة منازعات أو خصومات، على اعتبار أنّ هذا المضمون غالبا ما يأتي مرضيا ومحققا للمصالح الاقتصادية المنشودة لدى كل مفاوض.

كما أنّ الاعتداد بمرحلة المفاوضات قبل العقدية كمرحلة سابقة وممهدة لعملية إبرام العقد النهائي، وما ترتبه من أثر قانوني ما بين الأطراف الساعية إلى التعاقد، أمر يجذب أي باحث للإلمام بكافة الجوانب التطبيقية، والقانونية الناشئة في هذه المرحلة. ومن ثمّ التعرف على الحد الفاصل الذي يفرّقها عن غيرها من الحالات السابقة على تحقيق قيام العقد، وكيفية بدئها وانتهائها. وعلى الاتفاقات الممهدة في المرحلة التفاوضية التي قد تبرم في بدئها وفي سيرها، والتي يتم تنفيذها تباعا ويقدر ما يتقدم المتفاوضون نحو العقد المنشود. وكذلك التعرف على الالتزامات التي يقع على عاتق كل مفاوض واجب النهوض بها خلال المفاوضة، أو بعد العدول عنها، وحدث فشل في إبرام العقد. وعلى نوع ومدى المسؤولية المدنية التي تترتب بمناسبة الإخلال بالالتزامات الناشئة في المرحلة التفاوضية التي قد يكون تمّ تنظيم كيفية إدارتها باتفاق يجمع المتفاوضين، أو قد تكون غير مسبوقة باتفاق تنظيمي

لها. خاصة وأنّ عدد الدعاوى قد يكون سببها منازعات ناشئة في مرحلة التفاوض السابقة على العقد ومن الملاحظ أنّ عدد هذه الدعاوى قد أصبح مرتفعا في وقتنا الحاضر، وفي كافة دول العالم، وهو في تزايد مستمر سواء أكانت تلك الدعاوى مقدمة أمام المحاكم، أو أمام هيئات التحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي.

لا شكّ بأهمية جانب المسؤولية في المفاوضات، لما لهذا الجانب من مكانة وأثر في نفوس الأفراد وفي المجتمع ككل. إذ أنّ إخضاع المرحلة التفاوضية لمبدأ المسؤولية من شأنه تعزيز الثقة الواجب توافرها. كما أنّها تعزّز الثقة بين الأطراف المتفاوضة بعضهم ببعض، فمن يدخل في مفاوضة قد يعاقب إذا ما تخلى عن التفاوض دون نقاش جديّ، أو دون طرح عروض مقابلة، أي أنّ سلوك كل طرف خلال المرحلة التفاوضية، ينبغي أن يعكس نيّة حقيقية وجدّية في الوصول للعقد النهائي.

إضافة لذلك فإنّ قرار مبدأ المسؤولية في هذه المرحلة بالذات يأتي كحام لمصالح كلّ الأطراف المتفاوضة في مفاوضات تكون مدعاة لبذل نفقات وجهود إضافية. فقد يدخل أحدهما في مفاوضة دون أن تقوم عنده نيّة جادة في أن تسفر المفاوضات إلى تعاقد، بحيث كان الهدف منها هو الحيلولة بين مفاوضه وبين صفقة منسودة يسعى هو إلى إبرامها مع شخص غيره، في الوقت الذي تكون مفاوضاته مع المفاوض المخدوع مستمرة. أو أن يقوم أحدهما بقطع المفاوضات دون سبب جدّي، في وقت كانت فيه المفاوضات قد بلغت مبلغا متقدما، قرّبت الفرقاء من محطة العقد النهائي، أو أن يكون المفاوض سيء النيّة قد وقف على معلومات سرّية خاصة بالمركز المالي للمتفاوض الضحية، أو خاصة بالصفقة المتفاوض بشأنها بعدما يكون هذا الأخير قد أنفق في سبيل الوصول إليها مبالغ طائلة. ممّا يستلزم معه توفير حماية كاملة للأطراف المتفاوضة من مثل هذه التصرفات التي تتم عن سوء نيّة، وقصد الإضرار بالغير. ومنه فإنّ مبدأ المسؤولية في المفاوضات بشكل عام له آثار اقتصادية مفيدة على المجتمع.

إلا أنّ أغلب التشريعات قد أغفلت وضع تنظيم للمفاوضات، باستثناء بعض النصوص القليلة في التشريعات المقارنة، ففي التقنين المدني الإيطالي في مادته 1337 التي نصّت على أنّه: "يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية". والتقنين المدني الألماني في مادته 311 التي قضت بان واجبات حسن النية والإفصاح، يمكن تنشأ أيضا خلال البدء في مفاوضات العقد والتقنين المدني اليوغوسلافي المادة 30، وهذا ما نجده أيضا في التقنين المدني البولوني المادة 61 وفي تقنين الالتزامات السويسري المادة 02 واللذين لحظا إمكانية تكون العقد المقترح في اتفاقات متلاحقة

في الزمن، واستمرار المفاوضات الجارية بشأن عناصره وشروطه إلى حين الفراغ من آخرها، وقد أخذ بهذا المبدأ كل من المشرع المصري في المادة 95 من القانون المدني المصري، والمشرع الجزائري في المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

غير أنّ المشرع الفرنسي حاول استدراك الأمر، ونصّ بموجب القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016/02/10 في مادته 1104 على وجوب أن يكون التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بحسن نية، كما نظمت المادة 1112 منه المفاوضات قبل التعاقدية والمسؤولية الناشئة في هذه المرحلة في محاولة منه لجعل نظام قانوني ينظّم مرحلة التفاوض على العقد.

فهذه القوانين لا تعتبر الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد كافية لإبرامه، طالما أن أصحاب الشأن قد علّقوا إبرام العقد على التوصل إلى اتفاق لاحق على العناصر التفصيلية المطروحة للتفاوض وعندئذ ينعقد العقد بتحقيق هذا الاتفاق الأخير، وتكون هذه العناصر خاضعة له.

وفي ظل غياب تنظيم تشريعي واضح ينظم مرحلة التفاوض على العقد، حاول الفقه والقضاء من خلال الاجتهادات المتعددة إيجاد تنظيم خاص بهذه المرحلة الحساسة والخطيرة، والتي تسبق إبرام العقد، الأمر الذي يدفعنا في هذه الدراسة لمحاولة الوقوف على أهم الأحكام المنبثقة على مرحلة التفاوض في العقود المدنية.

1- أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في أنّ القواعد العامة لنظرية العقد لم تعد كافية لتنظيم مرحلة التفاوض، لا سيما وأنّ أغلب التشريعات المدنية المقارنة لم تتناول هذه المرحلة بالتنظيم وما تثيره من مشاكل، خاصة بعد أن تطورت النظرة إلى المفاوضات من مجرد وقائع مادية تحكمها قواعد المسؤولية التصويرية إلى علاقة تعاقدية تحكمها قواعد المسؤولية العقدية.

والمشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى، ورغم تعديلاته الحديثة لم ينظم مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد بنصوص قانونية صريحة وواضحة، بل تركها لإجتهاد الفقه والقضاء وهو ما يزيد في الحقيقة من أهمية هذه الدراسة علميا وعمليا، والمتعلقة أساسا بمرحلة تكوين العقد باعتبارها مرحلة حساسة وجوهرية.

كما تكمن أهمية هذه الدراسة أيضا في أنّ مشكلة المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة في مرحلة التفاوض، تعتبر من أهم المشاكل وأكثرها

انتشارا في الحياة اليومية، وجوهر هذه المشكلة يكمن في الفراغ التشريعي في الكثير من التشريعات المقارنة، وذلك لعدم تنظيمهم للطبيعة القانونية للمسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد، تاركين المسألة كذلك إلى اجتهاد الفقه والقضاء لتنظيمها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ضرورة إقامة نوع من التوازن بين مبدأ حرية التعاقد من جانب، والمسؤولية المترتبة من جانب آخر، والذي بدوره يؤدي إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات، ومعرفة كل طرف لما يترتب عليه من حقوق وواجبات، لأنّ إخلال الأطراف بالالتزامات في مرحلة التفاوض وإن كانت تقع خارج الإطار العقدي، إلا أنّها ليست خارجة عن دائرة المسؤولية وما يترتب عليها من أحكام قانونية.

2- أهداف موضوع البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة إيجاد نظام قانوني خاص بمرحلة المفاوضات قبل العقدية يساير جميع الأوضاع القانونية المستجدة، والناشئة من خلال التفاوض على العقد المطلوب، وما يترتب عليها من التزامات، وأثره في العلاقات التعاقدية اللاحقة، وكذا الوضع القانوني للاتفاقات التمهيدية والتي يبرمها الطرفان، وما يصاحبها من اتفاقات وتعهدات والتزامات الأطراف.

كما تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على مسألة الإخلال بالالتزامات التي تقع على الأطراف في مرحلة التفاوض، وذلك بتحديد طبيعة المفاوضات والالتزامات التي تترتب على الأطراف نتيجة لذلك ومتى يعتبر الإخلال بالالتزامات في مرحلة المفاوضات العقدية غير مشروع، وكذلك تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة على هذا الإخلال، ومدى حق الطرف المضرور في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيبه نتيجة فشل المفاوضات العقدية، وعدم إبرام العقد المنشود.

3- صعوبات الدراسة:

من أهم الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذه الأطروحة والتي كانت متنوعة وعديدة، وأهمها: أنّ أغلب التشريعات المدنية، ومنها التشريع الجزائري لم تتناول تنظيم مرحلة التفاوض على العقد، واكتفت بدراسة مراحل العقد الأخرى.

أكثر الدراسات في هذا الموضوع اهتمت بالمسؤولية المدنية عند إبرام العقد، وليس في مرحلة التفاوض التي تسبق تكوين العقد.

إضافة إلى قلة المصادر المتخصصة التي تتناول هذا الموضوع، وقلة الأحكام القضائية المتعلقة بمرحلة التفاوض، والمسؤولية المدنية المترتبة عنها.

بالإضافة إلى هذه الصعوبات، لاحظنا ندرة الكتب العلمية التي تناولت بالتفصيل هذا الموضوع مع وجود بعض المراجع شبه المتخصصة فيه، ولكن من جانب جزئي، وضيّق جداً.

4- مناهج الدراسة:

من أجل شرح وتفصيل أحكام مرحلة التفاوض في العقود المدنية، تمّ اتباع المنهج الوصفي والتحليلي، والمنهج المقارن، وسبب اختيارنا لهذه المناهج يعود إلى طبيعة الدراسة التي تحتاج إلى تحليل وتفسير مجمل العناصر المكوّنة لموضوع الدراسة بشكل علمي واضح.

- المنهج الوصفي:

وذلك باتباع طريقة علمية في عرض مشكلة الدراسة، وفق أبعادها الحقيقية ودراستها من كلّ الجوانب، من خلال عرض وصفي للنصوص التشريعية، والأحكام القضائية، والآراء الفقهية التي وردت في موضوع البحث.

- المنهج التحليلي:

من خلاله نقوم بتحليل كلّ من مرحلتَي التفاوض على العقد، والمسؤولية المدنية المترتبة عن قطع المفاوضات، من أجل التوصل إلى الحل الأمثل، وملاحظة مدى توافقه مع الواقع العملي، من خلال دراسة القواعد العامة وتحليلها، وإسقاط الآثار الناجمة عن تطبيق تلك القواعد على مشكلة الدراسة.

ولا مناص من اتباع المنهج التحليلي وذلك من أجل تحليل وشرح المواد القانونية، المتعلقة بموضوع الدراسة، خاصة ما يتّصل بمناقشة الجزئيات، وذلك من خلال شرح المفاهيم القانونية التي تضمّنتها مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد.

- المنهج المقارن:

اعتمدنا على المنهج المقارن، لعرض النماذج المختلفة في النصوص القانونية، لاستحالة أن تكون كل القوانين جامعة ومانعة لكل المجالات، ومنها موضوع البحث، وذلك من خلال بيان موقف كلّ من القوانين المقارنة فيما يتعلق بمرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، وطبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عن قطع المفاوضات العقدية، من أجل الوقوف على موقفها من موضوع الدراسة وبالأخص التشريعات العربية، على غرار القانون المصري والجزائري، والتشريعات المقارنة الأخرى التي لها صلة بهذا الموضوع، لاسيما القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016، وذلك باعتباره من أهم القوانين

اللاتينية التي لها التأثير الهام في التشريعات المدنية، خاصة لخلو القوانين موضوع المقارنة من أيّ سند قانوني، كما أثرنا أن نتناول بعض القوانين الأخرى مثل القانون المدني الألماني والقانون المدني الإيطالي وعلى النحو الذي يمكن أن نستخلص منه نتائج تخدم موضوع الدراسة، فضلا عن ذلك عرض اجتهادات الفقه وتطبيقات القضاء، والخروج من هذه المقارنة بالحلّ الأمثل لموضوع الدراسة.

5- مبررات اختيار الموضوع:

اختيارنا للبحث في موضوع أحكام التفاوض في العقود المدنية، يعود إلى مبررات موضوعية وأخرى ذاتية.

- المبررات الموضوعية:

رغبنا في إثراء الموضوع، وتسهيل الضوء على أحكام التفاوض في العقود المدنية، في ظل نقص النصوص القانونية المنظمة لهذه المرحلة الحساسة، التي تسبق إبرام العقد، من خلال محاولة إيجاد نظام قانوني ينظم هذه المرحلة، استنادا إلى أهم الاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية الصادرة بمناسبة هذه المرحلة.

- المبررات الذاتية:

من المبررات الذاتية هو ميلنا لدراسة العقود المدنية والتجارية، ورغبة منا في محاولة وضع اليد على أهم العناصر التي من شأنها تنظيم مرحلة التفاوض على العقد، والإشكالات التي تعترض تنظيم هذه المرحلة، كما أنّ تكويننا في مجال تخصص العقود المدنية والتجارية دفعنا للولوج في هذا الموضوع ومحاولة تبيان جوانبه القانونية والتي تمتاز بالغموض، وخلو أغلب التشريعات من نصوص قانونية تنظم مرحلة التفاوض على العقد، وبالتالي نحاول من خلال هذه الدراسة إبراز أهم الأحكام الخاصة بالتفاوض في العقود المدنية.

6- إشكالية البحث:

وتندرج إشكالية هذا الموضوع في الوقوف على أهم الأحكام الخاصة بهذه المرحلة الحساسة التي تسبق إبرام العقد، ومدى كفاية النصوص القانونية في تنظيم هذه المرحلة، وكذلك خلو القانون المدني الجزائري والتقنينات المقارنة، من نصوص قانونية خاصة تنظم مرحلة التفاوض في العقود المدنية. وعليه نطرح الإشكالية كما يلي:

ما مدى كفاية النصوص القانونية المطبقة على تكوين وتنفيذ العقد المدني في الإلمام بالجوانب القانونية والتطبيقية الخاصة بمرحلة التفاوض؟ وما هي طبيعة المسؤولية المدنية التي تنشأ في هذه المرحلة؟

حيث تتفرع هذه الإشكالية إلى مجموعة من الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هي القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل المرحلة السابقة للتعاقد؟

- ما هي الالتزامات التي تترتب على عاتق الأطراف المتفاوضة؟

- ما هي طبيعة المسؤولية المترتبة على عاتق الأطراف عند الإخلال بهذه الالتزامات؟

7- تقسيم الموضوع:

من خلال ما سبق وللإجابة على إشكالية البحث قمنا بتقسيم الأطروحة إلى بابين، نتطرق في (الباب الأول) إلى النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية، حيث قمنا بتقسيمه إلى فصلين الإطار المفاهيمي لمرحلة التفاوض في العقود المدنية في (الفصل الأول)، ثم الاتفاقات الممهدة للمرحلة التفاوضية في (الفصل الثاني).

أما (الباب الثاني) فخصصناه للالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها، وقسمناه إلى فصلين، نتناول الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض في (الفصل الأول) ثم نتطرق إلى المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة التفاوض في (الفصل الثاني).

الباب الأول:

النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الباب الأول:

النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

تعتبر مرحلة التفاوض على العقد، من أهم المراحل وأخطرها التي تسبق إبرام العقد، ومرد ذلك لما تتخلل هذه المرحلة من عمليات إعداد وتحضير العقد المتفاوض من أجله، وذلك من خلال التطرق إلى جميع جوانبه القانونية والمالية والفنية، والوقوف في هذه المرحلة على أهم الصعوبات التي قد تواجه وتعيق الأطراف المتفاوضة، وتقف حاجزا أمام إبرام العقد المنشود.

إلا أنّ مرحلة التفاوض على العقد لم تحظى باهتمام أغلب التشريعات، والمشعّ الجزائري على غرار القوانين المقارنة الأخرى، لم يضع نصوصا قانونية تنظم هذه المرحلة المهمة والحساسة التي تسبق إبرام العقد، واستند في تنظيم هذه المرحلة على القواعد العامة التي تنظم العقود، لاسيما تكوين وتنفيذ العقد، وقام بإسقاطها على مرحلة التفاوض.

أمّا المشعّ الفرنسي فقد استدرك الأمر، ونصّ بموجب القانون المدني الجديد لسنة 2016 على بعض النصوص القانونية التي من شأنها تنظيم مرحلة التفاوض على العقد، من خلال نص المادة 1104 التي نصّت على ضرورة التفاوض في إبرام العقود وتنفيذها بحسن نية، والمادة 1112 والتي نصّت بدورها على حرية الأطراف في سير وقطع المفاوضات قبل التعاقدية، وإلزامية مراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض.

كما تعتبر الاتفاقات التمهيدية في مرحلة المفاوضات، التي يبرمها أطراف العلاقة التعاقدية أثناء المفاوضات في تنظيم عملية التفاوض والمساهمة في عملية التحضير والتمهيد لإبرام العقد النهائي المطلوب، حيث تعمل هذه الاتفاقات على التسهيل والإسراع في إبرام العقد المنشود، كون مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه بين الطرفين مرحلة مليئة بالكثير من العقود والاتفاقات التمهيدية السابقة لإبرام العقد النهائي.

وللاتفاقات التمهيدية السابقة على التعاقد أهمية كبيرة في مرحلة التفاوض، حيث تضمن تأمين وجدية إدارتها ورسم آلياتها زمنيا وموضوعيا، ومن ثم زيادة فرص نجاحها في تحقيق أهدافها بإبرام العقد النهائي، وإيجاد قدر كبير من الثقة والاستقرار، في علاقات الأطراف المتفاوضة خلال مرحلة التفاوض، بحصولهم على ما يثبت النجاح والتقدم في مفاوضاتهم، وعلى نحو يحد من مبدأ الحرية

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

التعاقدية، وتنقسم هذه الاتفاقات التي تسبق إبرام العقد إلى اتفاقات أولية وتتمثل في الاتفاق المبدئي واتفاق الإطار، واتفاقات مرحلية وهي الاتفاق الجزئي والاتفاق المؤقت.

ومن خلال هذه المعطيات نتناول في هذا الباب الإطار المفاهيمي لمرحلة التفاوض في العقود المدنية في (الفصل الأول)، ثم الاتفاقات الممهدة في المرحلة التفاوضية في (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

تكتسي مرحلة التفاوض دورا كبيرا في إبرام العقود المدنية، فلها أهمية كبيرة من الجانبين القانوني والعملي نظرا لما تحمله هذه المرحلة من دقة وأهمية، تؤثر بصفة كبيرة على إبرام العقد في المستقبل، إلا أن التشريع الجزائري ومعظم التشريعات المقارنة لم تنظم هذه المرحلة السابقة على العقد بنصوص قانونية خاصة، بل تركت الأمر للفقه والقضاء. وسنحاول في هذا الفصل التعرف على ماهية المفاوضات في العقود المدنية عن طريق التعرّف على المقصود بالمفاوضات من خلال تناول أهم التعريفات الفقهية لهذه المرحلة الحساسة التي تسبق إبرام العقد، وكذا الوقوف عند أهم الخصائص التي تميّز مرحلة التفاوض التي تسبق العقد، كما نتطرّق إلى تمييز مرحلة التفاوض على غيرها من المفاهيم المشابهة لها، والتي بدورها سابقة لإبرام العقد، هذا وسنبيّن كذلك أهم الجوانب العلمية والفنية للتفاوض، والمتمثلة في أهم التطبيقات الخاصة بهذه المرحلة، وذلك من خلال التطرق إلى التفاوض في بعض العقود المدنية مثل عقد العمل، وعقد التأمين، بالإضافة إلى العقود النموذجية ومحاولة تبيان ودراسة مرحلة التفاوض التي تسبق هذه العقود.

وللوقوف عند الإطار المفاهيمي لمرحلة التفاوض نتعرف على ماهية التفاوض في (المبحث الأول)

ثم الجوانب التطبيقية لمرحلة التفاوض في العقود المدنية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

ماهية التفاوض

لم تهتم غالبية التشريعات بوضع تعريف لمرحلة التفاوض، أو حتى وضع إطار قانوني يحكم هذه العملية، وينظم إجراءات سيرها، ومراكز أطراف التفاوض خلال هذه المرحلة، بل اكتفت معظم التشريعات بذكر بعض المبادئ القانونية العامة التي تلتزم بها الأطراف المتفاوضة عند مخالفتها، إلا أن هناك عدّة تعاريف ذكرها فقهاء القانون، حاولوا من خلالها إعطاء تعريف لمرحلة التفاوض.

وسنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم التفاوض في (المطلب الأول)، ثمّ الجوانب العلمية والفنية

للتفاوض في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التفاوض

لتبيان مفهوم التفاوض ينبغي علينا تعريفه في (الفرع الأول) ثمّ تحديد خصائص التفاوض في

(الفرع الثاني)، لننتقل إلى التمييز بين التفاوض والمفاهيم المشابهة له في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التفاوض

ونتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي للتفاوض أولاً، ثمّ نتطرق إلى التعريف الاصطلاحي ثانياً.

أولاً: تعريف التفاوض لغة

إنّ معنى المفاوضة في اللغة العربية هي المساواة والمشاركة، فإوضه في أمره أي جراه¹، ويقال فوّض تفويضاً إليه الأمر أي صيّره إليه وجعله الحاكم فيه، ويقال تفاوض القوم في كذا أي فاوض فيه بعضهم بعضاً، وتفاوضوا في الحديث أخذوا فيه، ومفاوضة العلماء يعني محادثتهم ومذاكرتهم في العلم يأخذ كل ما عند غيره، ويعطي ما عنده، كما يقال فاوضه في الأمر مفاوضة أي بادلته الرأي فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق².

وتفاوضوا الحديث أخذوا فيه وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم البعض، وفي

حديث معاوية قال لدغفل بن حنظله بما ضببطت ما أرى؟ قال بمفاوضة العلماء، قال وما مفاوضة

العلماء؟ قال كنت إذا لقيت عالماً أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي³.

1- يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص25.

2- علي أحمد صالح، المفوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص46.

3- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص62 وما يليها.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

أما أصل كلمة التفاوض في اللغة اللاتينية *Négociation* يعود إلى الكلمة اللاتينية *Négoce* والمشتقة من كلمة *Neg - Otuim* والتي لم تكن تعني بالضرورة التجارة، ولكن كان يقصد بها عدم العطالة أي العمل، عملية الأعمال بصفة عامة¹.

ويرادفها في اللغة الفرنسية كلمة *Négociation* وهي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر بين طرفين بهدف الوصول إلى اتفاق بشأن صفقة معينة²، وقد أصبح التفاوض علما قائما بذاته له أصوله وقواعده ومناهجه باعتباره من العلوم الاجتماعية مرتبط مع غيره من العلوم الإنسانية وقد صدرت بشأنه عدة مؤلفات³.

والمفاوضات هي المناقشة والمحاورة وتبادل الرأي بين ذوي الشأن، بهدف الوصول إلى اتفاق أو تسوية لحل مشكلة وهي تنطوي على الحوار المباشر والمشاركة بين الأطراف، سعيا للتلاقي بينهم حول موضوع معين أو لحل خلاف أو نزاع بينهم⁴.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتفاوض

أما بالنسبة للتعريف الاصطلاحي للتفاوض، فهناك عدة تعريفات من جانب الفقه لضبط تعريف للتفاوض.

يعرّف البعض التفاوض بأنه: "المرحلة التمهيديّة حيث تتم دراسة ومناقشة شروط العقد"⁵، ويعرّفه البعض الآخر بأنه: "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال

1 - ARNAUD (S) , La négociation , Dunod , France , 2005, P9.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 47.

3- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة ماجستير، فرع الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2006، ص 10.

- MISSRAND (B) , La négociation , le guide de gestionnaire , édition chihab , Alger , 1995, P78.

- ROJOT (J) , La gestion de la négociation , RTD. Com, 1998, P447-462.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني وأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، طبعة جديدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 20.

5 - CARBONNIER (J) , Droit civil , les obligations , PUF Thémis , 1985, P85.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"¹.

ويعرف جانبا من الفقه عقد التفاوض بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الآخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه"، وعرفه جانب من الفقه تحت تسمية الاتفاق المبدئي بأنه: "تعهد تعاقدى بعمل إيجاب أو بمواصلة تفاوض جار بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد محله إلا بطريقة جزئية لا تكفي بأي حال لانعقاده"².

وعرف الدكتور بلحاج العربي التفاوض بأنه: "المقصود من المفاوضات العقدية هي المرحلة السابقة على التعاقد، هي كل الأعمال التمهيديّة التحضيرية بين طرفي العقد، والتي تكون بغرض الوصول إلى إيجاب مشترك لإبرام عقد معين، ومن ثم يدخل في ذلك الدعوى إلى الإيجاب وتعديلاته وكذا المناقشات والمباحثات والمساومات والخطابات المتبادلة والاستفسارات، والاتفاقات المبدئية والعقود التمهيديّة، وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تحديد ملامح وعناصر العقد المنشود، بما في ذلك إدارة المفاوضات ومراحل إعداد العقد، وكيفية إبرامه، وصياغته، والأصل في هذه المفاوضات هو الحرية والاختيار، إلا أن يكون أحد الطرفين قد ألزم نفسه باتفاق بالدخول في مفاوضات، باعتبار أن العقد لا يرتب حقوق ولا التزامات بين أطرافه قبل انعقاده نهائياً"³.

وعرفه الدكتور يونس صلاح الدين علي بأنه: "قيام أطراف العقد المقرر التوصل إلى إبرامه بتبادل وجهات النظر والمشاورات والمقترحات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية لأجل حسم الخلافات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي وتحديد الحقوق والالتزامات سواء ما تعلق منها بتنظيم فترة المفاوضات نفسها أو العقد المزمع إبرامه"⁴.

1- محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، المجلد 01، 2018، ص 140.

2- كما ورد تعريف لعقد التفاوض في حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 26 أكتوبر 1979 وبمقتضاه فإن عقد التفاوض هو "عقد بموجبه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو الاستمرار لغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد محله إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده، كما عرفته محكمة باريس في حكمها الصادر في 23 أيار 1992 بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل". ينظر: يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 143.

3- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 25.

4- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 26.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

أمّا الدكتور محمد علي جود اعتبر أنّ المفاوضات هي: "حواري يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات تجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد"¹ وعرف الدكتور محمد إبراهيم دسوقي التفاوض بأنه: "يسفر عن وضع ملامح محددة للعقد الذي يرمي المتعاقدان إلى توقيعه"².

كما عرّفه الدكتور حسام الدين كامل الأهواني بأنه: "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف"³.

أمّا البروفيسور LE TOURNEAU اعتبر أنّ التفاوض: "يتضمن اقتراحات واقتراحات مضادة، فيها يكون الانفتاح والانسحاب وفترات ترتفع الهمة وأخرى تفتقر فيها الهمة لذا فإنه اعتبر أن التفاوض يمثل اللعبة بامتياز⁴ jeu par excellence، وعرفه CEDRAS من أنه إجراء محادثات من أجل التوصل إلى اتفاق"⁵.

فالعميد carbonier يعرّف التفاوض بأنه: "تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله، وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة"⁶.

وقد شاع في الحياة العملية استعمال مصطلح الاتفاق المبدئي أو اتفاق المبدأ l'accord de principe⁷ للتعبير عن هذا الاتفاق، وهي التسمية السائدة لدى الفقه والقضاء للدلالة على أنّ هذا العقد ينظّم من حيث المبدأ انعقاداً محتملاً لعقد مرتقب⁸، وعرّفت محكمة التحكيم بغرفة التجارة

1- محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص 45.

2- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 11.

3- بن أحمد صليحة، المرجع نفسه، ص 11.

4 - LE TOURNEAU (PH), La rupture des Négociations, RTD .Com, 1998, P 479.

5 - CEDRAS (J), l'obligation de négocier, RTD. Com, 1985, P265.

6- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 62.

7 - NAJJAR(I), Accord de principe, recueil, sirey 1991, P57.

8- ضريفي الصادق، النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خده بن عكنون، الجزائر، سنة 2015، ص 18.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الدولية هذا الاتفاق بوصفه عقداً بأنه: "عقد يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لو يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده"¹.

وهناك من قال عن التفاوض أنه: "هو فن الاتصال الفعال والإدارة والحوار والبناء فهو سلوك طبيعي يستخدمه الإنسان للتفاعل مع محيطه وأسلوب علم الحياة في كل المجالات المختلفة، إذ أن التفاوض سمة أساسية من سمات الحياة"²، فعرفه البعض بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص قبل آخر بالبدء في التفاوض أو بمتابعته، بشأن عقد معين بهدف إبرامه"³، وهو عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالدخول في مفاوضات لإبرام عقد لاحق لم تتحدد بعد شروطه وعناصره الأساسية والثانوية"⁴، كذلك عرّف التفاوض على أنه: "عبارة عن إجراء المناقشات والحوار من أجل تسويق مشروع معين أو الوصول إلى اتفاق يهدف إلى تحقيق هذا المشروع"⁵.

وعرّفه جانب آخر من الفقه على أنه: "التفاوض موقف تعبيرى حركي قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا، يتم من خلاله عرض وتبادل وتقريب وملائمة، وتكييف وجهات النظر، واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة، أو الحصول على منفعة جديدة بإجبار الخصم بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو تجاه الغير"⁶.

من خلال هذه التعاريف يمكننا صياغة تعريف للتفاوض على أنه: "عملية تبادل وجهات النظر وحوار ومناقشة بين طرفين أو أكثر تربطهما مصلحة مشتركة بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ويتم

1- الحكم الصادر في القضية رقم 3131 بتاريخ 26 أكتوبر 1979، منشور في:

- sentence c.c.i dans l' affaire n° 3131 du 26 octobre 1979 , R, ARB , 1983 , P525 .

منقول عن ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص18.

2- براهي فايّزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009/2008، ص12.

3 -SCHMIDT(j) : Négociation et conclusion du contrat , DALLOZ , Paris, 1982 , PP201 -202.

4 - MOUSSERON (J,M), La durée dans la formation du contrat , in MELANGES ALFRES ,JAUFFRET, AIX MARSEILLES, 1974, P509.

5- حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، ط 01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1993، ص11.

6- أحمد أبو القاسم محمد العجمي، حكم الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2019، ص55.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

استخدام كافة أساليب الإقناع بهدف الوصول إلى اتفاق أو عقد أو حسم خلافات ونزاع، وهو التوفيق بين المصالح المتعارضة والوصول إلى تحديد الحقوق والالتزامات لتحقيق مصلحة قائمة أو منفعة جديدة".

الفرع الثاني: خصائص التفاوض

من التعريفات السابقة يتبين أنّ مرحلة التفاوض تتميز بعدة خصائص تميّزها عن غيرها من المفاهيم القانونية المشابهة لها ومن بينها الخصائص التالية:

أولاً: التفاوض عقد حقيقي

اتّفاق التفاوض هو عقد حقيقي يتمّ بتطابق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ويتضمن الأركان اللازمة لكل عقد بوجه عام وهي: التراضي، والمحل، والسبب، مع ضرورة توافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، وإلا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال¹.

والتراضي هو اتّفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني²، أو عبارة عن اتحاد الإيجاب والقبول ويتم من خلال تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، ويتم التعبير عن الرضا بالدخول في التفاوض باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو بطريقة ضمنية أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة³.

ويستلزم لانعقاد عقد التفاوض وجود محل يرد عليه، ومحل عقد التفاوض هو محل الالتزام الرئيسي فيه، وهو الالتزام بالتفاوض ومحلّه هو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي المرتقب. وعليه وطبقاً للقواعد العامة فإن محل العقد النهائي ينبغي أن يكون موجوداً أو ممكناً الوجود في المستقبل⁴.

ويجب أن يكون العقد النهائي ممكناً إذا ورد على عمل أو امتناع عن عمل. فإذا كان مستحيلاً فإن عقد التفاوض لا ينعقد. كما يجب كذلك أن يكون العقد النهائي المتفاوض عليه معيّناً أو قابلاً للتعيين بحيث يكون معلوماً من الطرفين المتفاوضين، علماً كافياً، فإذا لم يكن كذلك كان عقد التفاوض باطلاً، لعدم تعيين المحل، كما ينبغي أن لا يكون العقد النهائي مخالفاً للنظام العام والآداب وإلا كان عقد التفاوض باطلاً لعدم مشروعية المحل.

1- هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، بيروت، لبنان، سنة 1998/1999، ص 229.

2- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 145.

3- براهي فيزة، مرجع سابق، ص 45.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 20.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

كذلك ينبغي لانعقاد عقد التفاوض أن يكون له سبب مشروع، يتمثل في إتمام العقد النهائي، وهو الباعث والدافع للطرفين في الاتفاق على التفاوض، لذلك فإنه ينبغي أن يكون العقد النهائي مشروعاً، وإلا وقع عقد التفاوض باطلا لعدم مشروعية السبب¹.

ثانياً: التفاوض عقد تمهيدي

يعتبر اتفاق التفاوض من العقود التمهيديّة التي تسبق إبرام العقد²، إلا أنّ المفاوضات لا تؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد النهائي، بل تبقى مستقلة عن العقد النهائي، الهدف منها هو الإعداد والتحضير للعقد النهائي فهي لا تلزم الطرفين بالتوصل إليه عملاً بمبدأ حرية التعاقد³. وباعتباره عقداً تمهيدياً فإنه لا يخوّل أيّاً من طرفيه حقاً عينياً أو حقاً شخصياً نهائياً له طبيعة مالية، ولا ينشئ حقاً عينياً يقيد من سلطات المالك على الشيء محل التفاوض، ولا يرتب أفضلية تحدّد من حرية التفاوض بشأن هذا الشيء⁴.

ثالثاً: التفاوض ذو نتيجة احتمالية

المفاوضات ذات نتيجة احتمالية أي أنّ النتيجة المرجوة من التفاوض وهي إبرام العقد النهائي قد تتحقّق أو قد لا تتحقّق لأنّ هذا العقد وإن كان يرتب التزاماً بالتفاوض فإنه لا يتضمّن التزاماً بالتعاقد باعتباره عقداً احتمالياً، لأنّ احتمال أن تؤدي المفاوضات إلى انعقاد العقد النهائي أو عدم إبرامه تهيمن على العملية التفاوضية⁵، وذلك استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد والذي بموجبه يتمتع كلّ متفاوض بكامل الحرية في إبرام أو عدم إبرام العقد النهائي بشرط عدم الإضرار بالطرف الآخر⁶.

رابعاً: التفاوض عقد رضائي غير مسمى

عقد التفاوض هو عقد رضائي، بمعنى أنّه يكفي لانعقاده أن يعبّر الطرفان عن رغبتهما في الدخول في عملية التفاوض والسير فيها سعياً لإبرام العقد المنشود، ولا يشترط أن يتم إفراغه في شكل معين إلاّ

1- رجب كريم عبد اللّاه، مرجع سابق، ص 306.

2- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 22.

3- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 28.

4 - NAJJAR (I), op.cit. P60.

5- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 22.

6- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 28.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

إذا اتفق الطرفان أو نص القانون على خلاف ذلك¹، وتنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه: يظل هذا العقد رضائي حتى ولو كان العقد المراد إبرامه شكليا لاستقلالهما عن بعضهما².

وتطبيقا لذلك فإنّ عقد التفاوض الممهّد لعقد بيع وارد على عقار معين هو عقد رضائي يتم بمجرد تطابق الإرادتين، رغم أنّ عقد البيع الوارد على عقار يعدّ عقدا شكليا طبقا للمادة 324 مكررا 1 من القانون المدني الجزائري التي تشترط أن تكون العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار مكتوبة كتابة رسمية وإلا كانت باطلة³.

كما أنّ عقد التفاوض من العقود الحديثة غير المسماة، التي أفرزها تطور العلاقات الاقتصادية والتجارية في العصر الحديث، ذلك أنّ أغلب التشريعات المقارنة لم تنظم أحكامه رغم المكانة التي أصبح يحتلّها في الواقع العملي على المستويين المحلي والدولي على حد سواء⁴.

خامسا: التفاوض يقوم على التعاون والأخذ والعطاء

إنّ أول مرحلة من المفاوضات هي مرحلة التعاون بين الأطراف المتفاوضة، بحيث يتم التعرف على بعضهم البعض والإعراب عن المشاعر والتعبير عن الأفكار، وفي هذه المرحلة تقوم محاولة لإرساء أسس علاقات طيبة وبناء الثقة بين الأطراف المتفاوضة، فإذا فشل الأطراف في إقامة علاقات طيبة في هذه المرحلة، فإنّ الفشل سيكون هو المصير المحتمي للمفاوضات فيما بعد⁵.

إنّ المفاوضات عملية تبادلية، تقوم على الأخذ والعطاء، ولا تقوم على تحقيق أحد أطراف المفاوضات لمكاسب على حساب استسلام وإذعان الطرف الآخر، وتسعى الأطراف المتفاوضة إلى التوصل إلى نتيجة مقبولة ومرضية من طرف الجميع⁶. وعلى هذا الأساس تقوم المفاوضات على الأخذ والعطاء بين الأطراف المتفاوضة⁷.

1- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 146.

2 - الأمر رقم: 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج. ر العدد 78 لسنة 1975.

3- المادة 324 مكررا 1 من القانون نفسه.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 23.

5- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 64.

6- ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة وإستراتيجية إدارة المفاوضات، ط01، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، عمان،

2000، ص 316.

7- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 65.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

فمن خلال تبادل العروض والعروض المضادة والمقترحات المضادة، يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه¹، وإقناع الطرف الآخر، من أجل تعديل موقفه، وتقديم تنازلات في مطالبه الأصلية للتوصل إلى اتفاق يحقق مصالح الطرفين.

ومن خلال ذلك فإن المفاوضات هي وسيلة للتقريب بين وجهات النظر المختلفة، وهي تتعارض مع عدم القابلية للنقاش أو التنازل، وهو ما يميز عقد الإذعان الذي هو من العقود غير القابلة للتفاوض.

سادساً: التفاوض ذو طابع ثنائي

من خصائص المفاوضات، أنها ثنائية الأطراف لا تتم إلا بوجود طرفين أو أكثر، لديهم حاجة حقيقية للاتصال والتفاعل فيما بينهم لتحقيق نتائج نافعة لهم، وذلك بالالتقاء الشخصي في موعد محدد ومكان تتفق عليه الأطراف المتفاوضة، والدخول في محاورات ومناقشات وتبادل المقترحات والأفكار حول المشكلة المطروحة، بقصد الوصول إلى اتفاق حول المسألة المطروحة².

والتفاوض على العقد لا يكون إلا من خلال المناقشة وتبادل وجهات النظر والحوار ولا يمكن تصور هذه المسائل إلا من خلال وجود شخصين على الأقل، وإذا كان من الممكن تصور وجود تعاقد الشخص مع نفسه إلا أنه ليس من المتصور حدوث تفاوض الشخص مع نفسه³، لأن المفاوضات تقوم على مبدأ مبدأ التفاعل والتعاون والمشاركة، وهذا لا يتصور حدوثه من طرف شخص واحد، وإنما لا بد من وجود شخصين أو أكثر.

ويحق لأي طرف أن ينسحب من المفاوضات دون أن يبين سبب هذا العدول أو الانسحاب استناداً لمبدأ حرية التعاقد، فقد يكون السبب أنه لم ير داعياً لإتمام الصفقة أو أنه رأى أن إتمامها ليس في مصلحته⁴.

سابعاً: التفاوض عقد مؤقت

عقد التفاوض هو عقد مؤقت ينشئ التزامات على عاتق طرفيه، بهدف تنظيم المفاوضات الجارية بينهما، فهو لا يوجد إلا لمدة محددة، هي المدة التي تستغرقها المفاوضات، فإذا انتهت هذه الأخيرة سواء

1 - JEAN CEDRAS , L'obligation de Négociateur, Rev , Tri. De droit .com , N2 , 1985 , P 265.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 61.

3- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 27

4- عبد الرزاق أحمد السهوري، نظرية العقد، ج 01، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 239.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

تحقق الهدف منها أولم يتحقق، زال كل أثر لعقد التفاوض، مع عدم الإضرار بحقوق الغير الذي اعتقد بحسن نية أنّ الأمر متعلق بعقد نهائي¹.

والغالب ألا يكون اتفاق التفاوض محدد المدة، إذ عادة ما لا يحدد الطرفان المتفاوضان مدة معينة تستغرقها مفاوضاتهما، وبناء على ذلك يجوز لكل منهما إنهاء التفاوض متى شاء، ودون أن يكون ملزما بتقديم مبررات لانسحابه منها، مع ضرورة إخطار المتفاوض الآخر بذلك في وقت ملائم، وإلا عدّ مغلا بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، غير أنّه لا يوجد ما يمنع الطرفين من تحديد مدة معينة للتفاوض كأن يكون متعلقًا بصفقة عاجلة لا تحتمل التأجيل².

الفرع الثالث: التمييز بين التفاوض وما يشابهه

من خلال ما تمّ التطرق إليه من خصائص نجد أنّ التفاوض يقترب كثيرا لمجموعة من المفاهيم والاتفاقات التي تسبق إبرام العقد مثل الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، والوعد بالتفضيل، وكذلك المساومة والتشاور، وعقد الإطار، إلّا أنّه قد يختلف مع هذه المفاهيم والمراحل في نقاط أخرى وسنحاول أن نحدد ما يميّز التفاوض عن هذه المفاهيم والاتفاقات في العناصر التالية.

أولا: التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب

يمثل الإيجاب الحد الفاصل بين التفاوض على العقد وإبرام العقد، فإذا صدر الإيجاب البات الجازم انتهت المفاوضات العقدية ودخل الطرفان في مجلس العقد بهدف إبرام العقد، وإذا لم يصدر الإيجاب تستمر المفاوضات³، فمن الضروري أن نفرّق بدقّة بين الإيجاب ومجرد الدعوة إلى التفاوض لما تمثله هذه التفرقة من أهمية كبيرة، حيث أنّها تكتسي دورا رئيسا في التمييز بين التفاوض على العقد ومرحلة إبرام العقد⁴.

1- صعوبة التمييز بين الإيجاب الملزم وبين مجرد الدعوة إلى التفاوض:

إنّ التمييز بين الدعوة إلى التفاوض، وبين الإيجاب الملزم له أهمية كبيرة من الناحية القانونية مما أدّى إلى صعوبة التمييز بينهما، فالتفاوض مجرد عرض من الناحية القانونية يتضمن فقط إرادة

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص24.

2- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص148.

3- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص29.

4- محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، ط01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص24.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

أولية ترغب في التفاوض على عقد ما، تأخذ شكل دعوة إلى التعاقد لا يتكون منها إيجاب قاطع ملزم وتكون بعيدة عن تحديد طبيعة وشروط وتفاصيل العقد وعلى قضاة الموضوع استخلاص هذه النية من عبارات الإيجاب والظروف والملابسات المتعلقة بالدعوى¹.

والإيجاب إذا لم يقترن بميعاد محدد، فإنه لا يعتبر في حد ذاته ملزماً، الأمر الذي يتيح للموجب العدول أو الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول، وهذا ما يمكن أن يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة ومع قاعدة حرية إبرام العقود²، لأن الإيجاب المعروض على شخص لإبرام عقد معين وفقاً لشروط محددة إذا اقترن بهذا العرض قبول مطابق انعقد العقد. وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا الجزائرية في قراراتها المشهورة من أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين³. أما الدعوة إلى التفاوض فليس لها هذا الأثر القانوني فهي مجرد رغبة في التعاقد، ويجوز العدول عنها دون أن يترتب على هذه العدول أية مسؤولية⁴.

ومنه نجد أن معيار التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتفاوض يكون أساساً بالنظر إلى أسلوب العرض والعبارات المستخدمة في صياغته، فإذا كانت عبارات العرض باتة، وتتناول العناصر الأساسية الخاصة بإبرام العقد، كان العرض المقدم إيجاباً، وأما إذا لم يستوف العرض شرط القطعية ولم يتناول العناصر الأساسية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، كان الأمر لا يتعدى مجرد دعوة للتفاوض تتضمن إرادة أولية ترغب في التفاوض على عقد ما، لا أثر قانوني لها بين أطرافها، وعلى قضاة الموضوع استخلاص هذه النية من عبارات الإيجاب والظروف والملابسات المتعلقة بالدعوى⁵.

1- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج01، ط02، دار هومه، 2016، ص216 وما يليها.

2- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج01، ط07، 2015، فقرة 178 وما يليها.

3- المحكمة العليا، غ.م، 1987/12/07، ملف رقم 45658، م. ق، 1990، العدد04، ص61، ملف رقم 51440، منقول عن: بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص24.

4- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، طبعة جديدة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص104.

5- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص216 وما يليها.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

2- أوجه الاختلاف بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب:

يقصد بالإيجاب التعبير البات عن الإرادة بقصد الارتباط بالتعاقد، ويتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويتم به العقد إذا ما تلاقى معه القبول¹.

وهو التعبير عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه²، وجب أن تتوافر فيه الشروط التي تتعلق بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، والتعبير عنها بالإضافة إلى ذلك يجب أن يشتمل على العناصر التي تجعله صالحاً لأن ينعقد به العقد متى صادفه قبول مطابق³.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، ولا يعتبر التعاقد تاماً وملزماً إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام ونفاذه، وأي لفظ يصدر أولاً من أحد المتعاقدين فهو إيجاب⁴.

والإيجاب كتعبير عن الإرادة يمكن أن يتخذ أية صورة من صور التعبير عن الإرادة، كأن يكون باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون صريحاً أو ضمنياً المادة 1/90 و2 من القانون المدني المصري والمادة 79 من القانون المدني العراقي⁵.

أمّا الدعوة إلى التفاوض فهي عرض يوجهه شخص إلى آخر أو إلى الجمهور، يعبر فيه عن رغبته في التفاوض على عقد معين، تمهيداً لإبرامه في المستقبل⁶. بمعنى أن الدعوة إلى التفاوض والإيجاب هما صورة من صور التعبير عن الإرادة، الأولى تعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض على عناصر العقد المنشود ولا تتوفر فيها مقومات الإيجاب، والثانية تعتبر إيجاباً بالمعنى الدقيق، تتوفر فيه العناصر الجوهرية للعقد، على نحو يمكن معه أن ينعقد العقد، بمجرد قبوله من الطرف الآخر⁷.

ونكون بصدد الدعوة إلى التفاوض، في حالة أن الشخص الداعي إلى التفاوض لا يلتزم بإبرام العقد مباشرة مع من وجهت إليه الدعوة، وإنما يلتزم صاحب الدعوة بأن يتفاوض مع من وجهت له

1- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، دار الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2000، ص119.

2- عبد الحميد عثمان الحفني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة المنصورة، مصر، 2010، ص53.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص181.

4- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص26.

5- محمد شاكر محمود محمد، المرجع نفسه، ص26.

6- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص86.

7- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص128.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الدعوة بحسن نية، فهناك فرق كبير بين الدعوة إلى التفاوض، والإيجاب هو فارق وظيفي، فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هي مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبته المجردة في التفاوض، بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، أو بقصد استدراج من توجه إليه الدعوة إلى تقديم عرض محدد للتعاقد والاستجابة لها لا توفر القبول الذي يتحقق به الاتفاق النهائي. أما الإيجاب فوظيفته صياغة مشروع محدّد المعالم قابل للتحويل إلى اتفاق نهائي، بمجرد إعلان من يوجه إليه قبوله له¹.

3- النتائج المترتبة على هذا التمييز:

ويترب على التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض عدة نتائج نذكر منها:

أ- إلزامية الإيجاب في الدعوة إلى التفاوض:

القاعدة العامة في التفاوض هي حرية المتعاقدين في الدخول في المفاوضات، ولهما حرية الاستمرار فيها أو إنهاؤها في أي وقت دون الوصول إلى اتفاق، ودون أن يترتب عليها أي أثر قانوني والأصل فيها وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة هو الحرية والاختيار².

والإيجاب البات أو الملزم، هو الإيجاب الذي يشتمل على المسائل الجوهرية أو الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد العقد بمجرد صدور قبول مطابق من الموجب له المادة 59 و 68 و 69 و 70 من القانون المدني الجزائري³.

ويقع على القاضي عبء تقدير متى يكون الإيجاب ملزماً لأنه قد يكون مجرد دعوة إلى التعاقد كما يقع على عاتقه تقدير ما إذا كان العدول عن التعاقد يستوجب المسؤولية أم لا، وتقدير هذه المسائل يكون تقديراً موضوعياً⁴، موكول تقديره لقضاة الموضوع⁵.

ولا تعدّ الدعوة إلى التفاوض إيجاباً ملزماً من الناحية القانونية، بل مجرد رغبة في التعاقد، لا تلزم صاحبها بالبدء في التفاوض، كما لا تلزم الطرف الآخر بقبولها، فهي مجرد خطوة نحو الإيجاب إذا

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 129.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 33.

3- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 02، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 104-105.

4- نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 239.

5- محمد حسين عبد العال، التنظيم الإفتاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص 36.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

نجحت المساومات والمناقشات والمحادثات التمهيدية المتعلقة بموضوع العقد كما أنها لا تلزمهما بالاستمرار في المفاوضات إذا بدأت فعلاً¹، ولا يعد إيجاباً ملزماً².

ب- نشوء المسؤولية العقدية:

لا يترتب على قطع المفاوضات في المرحلة السابقة على الإيجاب نشوء المسؤولية العقدية، لعدم وجود العقد، غير أنه إذا اقترن قطع المفاوضات بخطأ نتج عنه ضرر للطرف الآخر فيستحق هذا الأخير وفقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري تعويضاً عادلاً عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الخطأ قبل التعاقد كالمصاريف والنفقات، والمجهودات التي بذلها لإعداد الدراسة الفنية المتعلقة بالمفاوضات، أو ضياع فرصة إبرام عقد، بسبب عدم إخطار الطرف الآخر بالعدول عن التعاقد³.

ج- النيابة في التفاوض:

لا يكون الوسيط نائباً في العرض أو المفاوضة، بل هو مجرد وسيط أو وكيل لأن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية المادة 73 و 74 و 571 من القانون المدني، ومن هنا فإن الوسيط أو الوكيل، لا يعتبر نائباً من الناحية القانونية، لأن المفاوضة تعتمد على الحوار المباشر بين الطرفين ولا تحتاج إلى أي طرف ثالث، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المفاوضين أو المتنازعين بواسطة وكلاء عنهم⁴، فلا يغير ذلك من طبيعة التفاوض مادام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكلهم⁵، وعليه يمكن القول: إذا كان الإيجاب خطوة لإبرام العقد فإن التفاوض خطوة إلى الإيجاب⁶.

ثانياً: التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد والتفاوض يدخلان ضمن المرحلة التي تسبق إبرام العقد، وكل منهما يكتسي دوراً في التمهيد لإبرام العقد، غير أن هناك اختلاف بينهما، فالدعوة إلى التعاقد عبارة عن عرض يوجهه شخص إلى آخر أو إلى الجمهور، يعبر به عن رغبته في التفاوض على عقد معين تمهيداً لإبرامه في

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 33.

2- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 36-37.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 34.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع نفسه، ص 34.

5- إيمان منصور، شريف عيد، الوساطة وفن التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص 22.

6- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص 70.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

المستقبل، وفقا لشروط محددة سلفا ولا يمكن النقاش فيها¹. ودون أن يعلن عن إرادته الباتة والنهائية في إبرام هذا العقد².

والوعد بالتعاقد باعتباره تمهيدا لإبرام العقد فهو كثير الوقوع في الحياة العملية ويمكن تعريفه بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد في المستقبل مع شخص آخر يسمى الموعد له، إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة"³، أما الدعوة إلى التفاوض فيقصد بها الدخول في مفاوضات تهدف إلى تحديد شروط العقد تحديدا نهائيا⁴، وبالتالي الوصول إلى إبرام عقد معين، ويحاول كل طرف في هذه المناقشات والحوارات أن يبذل ما في وسعه من جهد وبراعة وخبرة، وتمحيص وتدقيق لتوضيح مضمون العقد المراد إبرامه⁵.

فالداعي إلى التعاقد يهدف من وراء دعوة الشخص أو الجمهور للتعاقد إلى التعاقد فورا دون الحاجة إلى تفاوض، فليست لديه نية التفاوض على العقد مع من يستجيب إلى دعوته، ولكن في المقابل نجد أن الداعي إلى التفاوض تتجه إرادته إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية مع من يستجيب لدعوته لمناقشة شروط العقد المزمع إبرامه، ومن خلال هذا نجد أن أساس التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد يكمن في وجود نية التعاقد، بحيث إذا وجدت هذه النية كنا بصدد دعوة إلى التعاقد، وفي حال عدم وجود النية، كنا أمام مجرد دعوة إلى التفاوض⁶.

ويستلزم الوعد بالتعاقد الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد النهائي ويستلزم تحديد المدة التي يجب خلالها على الموعد له إبداء رغبته في التعاقد، أما عقد التفاوض على عكس عقد الاتفاق فهو لا يستلزم أي اتفاق أو تحديد أية مدة⁷.

وينعقد العقد النهائي الموعد به في الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد بمجرد إبداء الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها، وفي الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين عند حلول الموعد المتفق عليه، بخلاف العقد النهائي المراد إبرامه في عقد المفاوضة، إذ يتطلب انعقاده تراض جديد بين

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 90.

2- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 22.

3- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 126.

4- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 120.

5- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 23.

6- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 158.

7- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 150.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الطرفين كما يتطلب الوعد بالتعاقد إفراده في قالب شكلي إذا كان العقد النهائي شكليا، بخلاف عقد التفاوض فإنه لا يشترط التقيد بالشكلية حتى وإن كان العقد النهائي المتفاوض عليه عقدا شكليا، وفي حالة ما إذا نكل الواعد عن وعده بالتعاقد وقاضاه الموعد له طالبا منه تنفيذ وعده، وكانت جميع الشروط اللازمة لتمام العقد متوافرة، فإنه يمكن للقاضي أن يقضي بانعقاده ويقوم بالحكم مقام العقد النهائي¹.

أما إذا رفض الطرف المتفاوض في عقد المفاوضة تنفيذ التزامه بالتفاوض أو الاستمرار فيه فإنه وإن اعتبر مخلا بالتزام تعاقدى تترتب عليه المسؤولية العقدية، إلا أن العقد النهائي لا ينعقد، وليس بإمكان القاضي أن يحلّ محله في إبرام العقد النهائي²، ويعتبر الوعد بالتعاقد مرحلة متقدمة في العقد النهائي المزمع إبرامه، في حين أن عقد التفاوض أقلّ إتاحة لإبرام العقد النهائي.

ثالثا: التمييز بين عقد التفاوض عن الوعد بالترفضيل

عقد التفاوض والوعد بالترفضيل كلاهما من العقود التمهيدية التي تمهّد لإبرام العقد النهائي المرتقب، ويمكن اللجوء إليهما في المرحلة السابقة للتعاقد، حيث يكون اللجوء إلى عقد التفاوض في فترة المفاوضات، ويرتب التزامات تبادلية متقابلة على عاتق الطرفين، أما الوعد بالترفضيل فيكون اللجوء إليه في فترة المشروع، ولا يلزم الواعد بالتفاوض على العقد النهائي، بل يلزمه فقط بتوجيه الدعوة إلى الموعد له بالأفضلية على غيره.

كما أنّ الوعد بالترفضيل يعني حسم المنافسة وبدون هذه المنافسة لا يتحقق معنى التفضيل والمنافسة هي السمة الجوهرية للوعد بالترفضيل، فهو عقد منشئ لحق أفضلية في اكتساب مال معين ويتم تحديد الثمن في العقد النهائي عن طريق الغير، أما عقد التفاوض فلا يترتب عليه أي حق أفضلية، لأنه لا توجد منافسة، بل تبادل وتقريب لوجهات النظر، إذ يتمّ تحديد الثمن في العقد النهائي عن طريق تفاوض الطرفين المتفاوضين واتفاقهما على الثمن³. وفي حالة عدول أحدهما عن

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص25.

2- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص150.

3- يونس صلاح الدين علي، المرجع نفسه، ص153.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

التفاوض فلا يسوغ للقاضي الحلول محله في إبرام العقد النهائي، ولا يكون أمام الطرف المضرور سوى الرجوع عليه بالتعويض طبقاً للمسؤولية العقدية¹.

رابعاً: التمييز بين التفاوض والمساومة

تعرف المساومة بأنها نشاط من جانب واحد، يقوم به أحد الطرفين أثناء التفاوض على العقد أو عند إبرام عقد من عقود الإذعان، بهدف الضغط على الطرف الآخر للحصول منه على تخفيض أو زيادة في الثمن، أو في المقابل²، وقد عرف بعض الفقهاء المساومة بأنها تبادل المقترحات، بشأن شروط الاتفاق حول مسائل معينة، أو حول شروط الاتفاق في مسألة ما³.

والمساومة هي نشاط أحادي الجانب ترد على عنصر واحد من عناصر العقد، وهو عنصر الثمن ونجدها في جميع أنواع العقود، سواء كانت قابلة للتفاوض أثناء التفاوض على العقد، أو غير قابلة للتفاوض، مثل عقود الإذعان⁴، وتعتبر أسلوباً من أساليب تخفيض الثمن، حيث يبادر المشتري عادة بالتمسك بثمن أقل بكثير من الثمن الذي عرضه البائع⁵.

أما التفاوض فهو ثنائي الجانب، لأنه يستند إلى المناقشة وتبادل المقترحات، والآراء، ويرد التفاوض على كل عناصر العقد، وبذلك تعد المفاوضات أوسع نطاقاً من المساومة، وعلى الرغم من أن المتفاوضين يلجأون إلى المساومة أثناء التفاوض على العقد باعتبارها تكتيكا تفاوضياً فعالاً، إلا أنه توجد ثمة اختلافات بينها⁶.

ومنه نستخلص أنه وبالرغم من أن التفاوض والمساومة كلاهما يحدث في الفترة السابقة للتعاقد، إلا أنهما يختلفان في عدة نقاط من أهمها أن التفاوض يكون بين طرفين أو أكثر، بينما المساومة تكون من جانب واحد وغالباً ما يكون المشتري، كما أن المفاوضات تعتبر أوسع وأشمل من المساومة، كونها ترد على كل عناصر العقد محل التفاوض، أما المساومة فهي ترد على عنصر واحد من عناصر العقد وهو عنصر الثمن.

1- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للطبع والنشر والتوزيع، مصر، القاهرة، 2009، ص50.

2- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص114.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص107.

4- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 34

5- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص107.

6- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص35.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

خامساً: التمييز بين التفاوض والتشاور

على الرغم من أن المفاوضات قد تتضمن نوعاً من التشاور بين الطرفين، إلا أن هناك اختلافاً بينهما، حيث أن التشاور يعرّف بأنه تبادل الرأي بين شخصين حول مسألة معينة تخص أحدهما تمهيداً لاتخاذ الآخر قراراً بشأنها¹.

والهدف من التشاور هو مجرد إبداء الرأي حول مسألة معينة، حيث لا يجبر الطرف طالب المشورة على التنازل عن رأيه الخاص، على عكس التفاوض، فهو قيام كل متفاوض بتقديم تنازلات من جانبه بهدف التوصل إلى اتفاق يرضي الطرفين، عن طريق تبادل وجهات النظر من خلال دراسة جميع المقترحات، والمسائل القانونية، والفنية التي يتطلبها إبرام صفقة، أو عقد²، ويتّضح من ذلك بأنه على الرغم من أن المفاوضات، تتضمن أحياناً نوعاً من التشاور بين الطرفين، لكن ذلك لا يعني بأن المفاوضات هي التشاور³، فهناك عدة فوارق بينهما تتجلى في هدف كل منهما.

سادساً: التمييز بين التفاوض وعقد الإطار

"عقد الإطار هو ذلك العقد الذي يحدد موضوع علاقات الأطراف، وكذا الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان اتباعها، فيما يبرمانه من عقود لاحقة تسمى عقود التطبيق"⁴. ويعرّف بعض الفقه عقد الإطار بأنه: "عبارة عن اتفاق أولي أو ابتدائي يشتمل على إبرام عقود لاحقة تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ ويهدف هذا الاتفاق إلى تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود، في حين تترك مسألة تقدير الثمن لتتم من خلال العقود اللاحقة والتي يشكل هذا العقد إطاراً لها"⁵.

ويرى جانباً من الفقه بأن عقد الإطار يتميز عن عقد التفاوض على الرغم من أن كلاهما يمهّد لإبرام عقود لاحقة، هي العقد النهائي في حالة عقد التفاوض، وعقود التطبيق، أو التنفيذ في حالة

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 130.

2- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 35.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 130.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 130.

5- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 205.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

عقد الإطار، وفي كلتا الحالتين يستلزم الأمر تراضيا جديدا، غير التراضي الذي انعقد به العقد التمهيدي، أي عقد الإطار وعقد التفاوض، إلا أن نقاط الاختلاف تبدو واضحة¹.

ومن جهة أخرى يتميز أيضا بشكل واضح عن عقد التفاوض، وهو من عقود ما قبل العقد النهائي، أو من العقود التمهيديّة، حيث أنه يتضمن القواعد العامة، أو الشروط الرئيسية التي يتم على أساسها إبرام عقود التطبيق، أو التنفيذ مستقبلا، في حين أن عقد التفاوض لا يتضمن هذه الشروط².

ومنه نجد أن عقد التفاوض يلزم الطرفين بالتفاوض على العقد النهائي فقط، دون التقيد بالشروط المسبقة أثناء التفاوض، بينما عقد الإطار هو عبارة عن اتفاق يتولد عنه التزام الأطراف بأن يكون عقد التطبيق، أو التنفيذ مطابقا للشروط الواردة في عقد الإطار، ولا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال، ويبقى الاختلاف بين عقد الإطار، وعقد التفاوض واضحا، رغم أن عقد الإطار يتضمن التزاما بالتفاوض على عقود التطبيق أو التنفيذ.

المطلب الثاني: الجوانب العلمية والفنية للتفاوض

تعد المفاوضات عملية مرهقة، وشاقة، ومكلفة، فهي عملية إنسانية بالغة التعقيد، تتم بين طرفين أو أكثر حول مسائل يراد الاتفاق على حلها. وهي تقوم على مبادئ عامة ومحددة، تبدأ بمنهج عقلي محدد المعالم، يسانده حوار راشد، يعتمد على الذكاء، ويتوقف نجاحها إلى حد كبير على الإبداع الذهني، والسلوك المرن، والتحضير الجيد، ويرتبط نجاحها بالإعداد الجيد، وحسن التنظيم، والتحضير والتهيئة لبدء المفاوضات، وتوفير متطلباتها المادية، والفنية، والبشرية بما يمكن من إجراء عملية المفاوضات بكل سهولة ويسر. ذلك أن الإعداد الجيد يساعد في التقليل من المفاجآت في عملية التفاوض، وبالتالي زيادة القدرة على إدارة المفاوضات بنجاح كبير³.

1- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 206.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 131.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 116-117.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الفرع الأول: إستراتيجية التحضير للتفاوض

يقوم التفاوض على أسس ومبادئ علمية، وتتحكم فيه عوامل فنية كثيرة، ولكي نتمكن من دراسة التفاوض على العقد من الناحية القانونية، ينبغي أن نعرف الجوانب العلمية والفنية لعملية التفاوض وذلك على النحو التالي.

أولاً: التفاوض علم وفن

فن التفاوض هو قدرة المفاوض على الاستماع والحصول على المعلومات، واتباع إستراتيجية معينة، وتطبيق تكتيك منطقي ملائم لتنفيذها، ومهارات فنية في عالم التفاوض العملي، الذي يقدم مجالاً واسعاً لحل مشاكل التفاوض¹. ويعتمد فن التفاوض على أشخاص لهم الخبرة التفاوضية الكافية، والقدرات على تحديد الأولويات، والذكاء، والإقناع للتأثير في النشاط التفاوضي. مع مراعاة النزاهة والشرف والأمانة وتجنب الخداع، والاعتماد على الاستماع واليقظة، وأن تكون لديهم الإرادة والجدية، والتنظيم والتنسيق، والإعداد الجيد لجدول الأعمال، ضمن أخلاقيات التفاوض وآدابه².

كما تتبع الأطراف المتفاوضة التكتيكات المناسبة، من حيث تناول كل عنصر من عناصر القضية التفاوضية أثناء التفاوض على هذه الأخيرة، والاستعانة بالأدوات التفاوضية المناسبة، وبصفة خاصة تجهيز المستندات، والبيانات، والحجج، والأسانيد³.

ومنه فإنّ اتباع إستراتيجيات وتكتيكات التفاوض التعاقدية، وفنونه، ومهاراته الأساسية، وحسن إدارة المباحثات ليست من المهام الصعبة على المفاوضين الأذكياء. وهذا دون إغفال المؤهلات العلمية والدبلوماسية، والأخلاقية، واللباقة، والحكمة، والمرونة، وحسن التصرف، والقدرة على تحويل الخصوم إلى أصدقاء، وكذا الابتعاد عن أساليب الوعود الكاذبة، والخداع، والتحايل، والغش، كلها من أهم العوامل التي تؤدي إلى نجاح المفاوضات⁴.

1- إبراهيم السقا، أسرار التفاوض العصري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، القاهرة، مصر، 2016، ص35. وما بعدها. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص49.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع نفسه، ص49

3- إبراهيم الفقي، استراتيجيات فن التفاوض، الحياة للدعاية والإعلان، مصر، بدون سنة نشر، ص12.

4- محمود علي و محمد الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات، دارالحامد، عمان، الأردن، 2006، ص147 وما بعدها.

ثانياً: تكتيكات التفاوض

من أهم التكتيكات المستخدمة في الحياة العملية أسلوب التهديد بالانسحاب من المفاوضات في حالة نشوب نزاع أثناء التفاوض، وغالبا ما يضعف المتفاوض الآخر أمام هذه الحيلة، فيسارع بتقديم تنازلات من جانبه لإرضاء المتفاوض الغاضب ومنعه من الانسحاب¹.

كما يعتبر تكتيك استغلال نقاط الضعف من التكتيكات الفعالة، والمستخدم بكثرة في الحياة العملية، ويكون ذلك بالعمل على تحديد نقاط الضعف لدى المتفاوض الآخر، والقيام بالضغط عليه بشدة، حتى يرضخ للشروط المعروضة عليه. كأن تكون الصفقة عاجلة للغاية، أو يكون المتفاوض في حاجة ماسة إلى الصفقة، أو إذا كانت هذه الأخيرة هي الوحيدة التي تناسب مع الإمكانيات المالية للمتفاوض الآخر، ففي هذه الحالة عامل الوقت يكون بمثابة أهم نقاط الضعف بالنسبة للمتفاوض. وقد يلجأ المتفاوض أيضا إلى تكتيك جس النبض، لأجل التعرف على أهداف المتفاوض الآخر من العقد، والوقوف على استعداداته، وقدرته الشخصية، والمالية من أجل رسم خطة محكمة، للتأثير عليه.

وتعتبر المساومة من أقدم، وأشهر التكتيكات التفاوضية على الإطلاق، حيث جرت العادة على استخدامها في التفاوض، حتى لدى العامة، وفكرتها أن يطلب المتفاوض دائما أكثر مما يرغب في الحصول عليه، لجبر الطرف الآخر على قبول شروطه، وبالتالي تحقيق غايته².

وأخيرا نجد أن نجاح هذه التكتيكات يعتمد على وجود رغبة جامحة لدى المتفاوض الآخر في إنجاح المفاوضات، وإنهائها، نظرا لأهمية الصفقة بالنسبة له، بحيث كل طرف من أطراف التفاوض بمجرد جلوسه إلى طاولة المفاوضات يلجأ إلى استخدام بعض التكتيكات التفاوضية، من أجل الضغط والتأثير على المتفاوض الآخر، ومن ثم تحقيق أهدافه المرجوة، لكن يجب أن تكون في ظل أجواء مفعمة بالصدق، والأمانة، وحسن النية، والثقة المتبادلة بين الطرفين بعيدا عن أساليب الكذب، والخداع، والغش لأن هذه الأخيرة تعيب إرادة الطرف المتفاوض، وبالتالي تبطل العقد المراد إبرامه.

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 41

2- رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص 42-43.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الفرع الثاني: وقت التفاوض

يحدد وقت التفاوض حسب حجم الصفقة المتفاوض بشأنها، فكلما كانت الصفقة كبيرة وخطيرة طال وقت التفاوض، بل يمكن أن يمتد إلى شهور وسنين عديدة، أما إذا كانت الصفقة سهلة وبسيطة كانت مدة التفاوض قصيرة¹.

ولكن في المقابل يجب عدم الإسراف في تضييع الوقت، فقد يؤدي ذلك إلى ركود العملية التفاوضية وجمودها، فضلا عما قد يحدث من تقلبات، وتغيرات في الظروف الاقتصادية، والقانونية المحيطة بالتفاوض والتي يكون من شأنها التأثير على نتيجته النهائية.

أولا: مدة التفاوض

والأصل ألا يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض، بل يترك ذلك لظروف الصفقة المتفاوض عليها، وعلى المفاوض الحريص أن يستغل عامل الوقت لصالحه جيدا، حتى يحقق لنفسه المكاسب التي جاء من أجلها، فيحاول كسب الوقت لدراسة كل عرض يقدم إليه دراسة جيدة، وللهرب من أي حصار نفسي قد يفرض عليه، أو أي سؤال تقتضي الحكمة الإجابة عليه في الحال، وللضغط على المفاوض الآخر حتى يقدم له تنازلات مهمة، ولكي يوفر لنفسه الوقت الكافي للتفكير، والتروي قبل اتخاذ قراره النهائي².

ويفضل الطرفان أحيانا تحديد مدة معينة للتفاوض، بحيث إذا لم يتوصلا إلى اتفاق خلالها فإن التفاوض ينتهي من تلقاء نفسه، بل إن الطرفين قد يضطران إلى القيام بهذا التحديد، وذلك إذا كانت الصفقة عاجلة للغاية، ولا تحتمل التأخير، مثل التفاوض لتوريد مستلزمات مؤتمر دولي ينعقد بعد أيام قليلة.

ولكن يجب عدم اللجوء إلى تحديد وقت للتفاوض إلا عند الضرورة، وأن تقدّر هذه الضرورة بقدرها، فقد يستغل أحد الطرفين عامل الوقت كتكتيك تفاوضي للضغط على الطرف الآخر، كي يقدم له تنازلات لا يرغب فيها.

1- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 48.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 242. رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 49.

ثانياً: مكان التفاوض

تقوم الأطراف المتفاوضة باختيار مكان التفاوض، ولا يجري التفاوض دائماً بين حاضرين، بل قد يتم بين غائبين، كما هو الحال في إبرام العقد.

1- التفاوض بين حاضرين:

وهو التفاوض الذي يتم بين المتفاوضين بطريقة مباشرة، وهذا يكون باجتماع الطرفين في مكان واحد، حيث لا يتطلب علم الطرف الآخر بفترة زمنية تفصل بين صدور الكلام وعلم الآخر به، ويكون الاتصال المباشر بحضور الطرفين في نفس المكان، كما قد يختلف مكان كل طرف، ويجتمعان عن بعد بواسطة وسائل الاتصالات الحديثة. ويأخذ التفاوض بين حاضرين عدة أشكال منها:

أ- التفاوض وجهاً لوجه:

يجلس الطرفان في التفاوض وجهاً لوجه إلى مائدة مفاوضات واحدة تتخذ أشكالاً مختلفة فهناك المائدة المستطيلة، والمائدة المستديرة، والمائدة البيضاوية، وتوضع المائدة في قاعة التفاوض والتي يلحق بها عادة ما يسمى بصالون التفاوض، الذي ينتقل إليه أعضاء فريق التفاوض للاسترخاء والراحة، أو لتعميق الصلات الودية بينهم، وهو ما يساعد على إنعاش جلسات التفاوض¹.

ويستحسن أن يكون المكان الذي ستجرى فيه المفاوضات، بعيداً عن الضوضاء والصخب، ويتم تأمينه وخلوه من أجهزة التصنّت، التي يمكن أن توضع للتصنّت على ما يدور في الجلسات السرية. وتشكّل العوامل النفسية، والاقتصادية، أو السياسية دوراً كبيراً في اختيار مكان التفاوض، وقد جرت العادة لدى رجال الأعمال، والساسة على بدء التفاوض في مكان أحد الطرفين، ثم الانتقال إلى مكان الطرف الآخر لمواصلة التفاوض فيه².

والمفاوضات التي تجري في بلد المفاوضات لها إيجابيات عديدة، أهمها توفير الوقت والجهد والمال والراحة النفسية لفريق التفاوض، بالإضافة إلى ذلك فإن إجراء المفاوضات في بلد المفاوضات، سيوفر تكاليف النقل، والإقامة بالعملة الصعبة، وفي المقابل نجد أن المفاوضات التي تجري لدى الطرف الآخر

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص45.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص235.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

لها سلبيات، تتمثل في عبء التكاليف الباهظة، والتأقلم مع بيئة غير معروفة، يتعذر التحكم فيها ووسائل اتصال ليست مضمونة وغير آمنة¹.

وقد يتفاوض الطرفان في البداية لاختيار المكان الذي سيتفاوضان، فيه كأن يتبادلا الجولات المختلفة لمفاوضاتهما بين بلديهما، أو أن يختارا مكانا محايدا، لأن المكان الذي سيقع عليه الاختيار ستكون له بالطبع آثار إيجابية، أو سلبية على سير المفاوضات، وما ستسفر عنه من نتائج.

ب- التفاوض بين غائبين:

قد يحدث التفاوض بين طرفين، كل طرف منهما في مكان مختلف، بحيث يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير من أحدهما، وقد علم الآخر به، ويكون التفاوض بين الغائبين عن طريق الاتصال غير المباشر بينهما، ويُعتمد فيه على عدّة وسائل، كتبادل الرسائل بالبريد العادي، أو الإلكتروني، أو الرسول، أو البرق، أو التلكس، أو الفاكس².

وقد يحدث مزج بين التفاوض وجها لوجه، وبين التفاوض بين غائبين في تفاوض واحد، فيتم جزء منه بطريق الاتصال الشفوي المباشر وجها لوجه، ويتم الجزء الباقي بتبادل الوثائق وخطابات النوايا عن بعد بواسطة الرسائل أو غيرها من الوسائط الأخرى.

2- التفاوض الإلكتروني:

وهو التفاوض عن طريق الوسائل الحديثة الإلكترونية، والذي يتم بين طرفين في مكانين مختلفين عن طريق الاتصال المباشر بواسطة الوسائل الحديثة³، وذلك بفضل الأقمار الصناعية والألياف البصرية، فقد تم ابتكار التلفون الدولي المباشر، والتلفون المرئي، ومؤتمرات الفيديو، وبدلا من الخلاف على اختيار مكان للتفاوض فيه، وتوفير نفقات السفر، وتجنب مشقة الانتقال والإقامة بعيدا عن أرض الوطن، وما يتضمنه ذلك من إضاعة للوقت، فإن هذه الوسائل التكنولوجية الحديثة خلّصت الأطراف من كل هذه المعوقات، عن طريق توفير وسائل اتصال مباشرة، وقد أصبح استخدام هذه الوسائل الحديثة في التفاوض معموّلا به في جميع دول العالم⁴.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 237.

2- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 48.

3- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015/2014، ص 47.

4- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 47.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ومن أهم تطبيقات التفاوض الإلكتروني التفاوض في العقود الإلكترونية، وذلك نظرا لخصوصية هذه العقود وأن جانبا كبيرا من هذه العقود الآلية يبرم عن بعد، مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين، بالنسبة لبعض جوانب العملية التعاقدية. الأمر الذي يدفع كل طرف إلى الدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر قبل إبرام العقد النهائي¹، من خلال استخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، كالتعاقد بالمزاد العلني الإلكتروني، أو من خلال شبكة مواقع المعلومات العالمية الإلكترونية أو الويب Website، أو من خلال البريد الإلكتروني EMail، ونظام الميسانجر Messenger الذي يلعب دورا فعالا في التفاوض الإلكتروني الفوري، حيث تتم المباحثات بسرعة فائقة في الإرسال والاستقبال، وعبر خدمة الاتصال عن بعد Tél Net بطريقة المحادثة والمشاهدة الفوري².

ورغم ما توفره هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة من مزايا في التفاوض كالتسريع³، وقلّة التكاليف، إلا أنه يعاب عليها أنها لا تسمح بمعرفة القدر الكافي من المعلومات عن الطرف الآخر، كما هو الشأن في التفاوض وجها لوجه، فهذه الوسائل الحديثة تنقل معلومات للمتفاوض وتحجب عنه الجزء الأكبر منها، والتي قد تؤدي إلى تضييع الفرصة على التفاوض في بلوغ هدفه المنشود، وانعقاد العقد النهائي.

وتعتبر شخصية المفاوض محل اعتبار في العملية التفاوضية، نظرا للدور الهام الذي تلعبه في التفاوض، فكل مفاوض يحمل معه خصائصه المعينة، وخلفيته الثقافية، والاجتماعية، مما يخوله أن يتمتع بصفات شخصية، وقدرات ذاتية معينة، كالقدرة على الإقناع، واللباقة، والفتنة، وقوة التحمل، ونضج الشخصية، وحسن التصرف، وسرعته، وإجادة فن الاستماع، والعلم ببواطن الأمور والقدرة على قراءة الشخصية التي أمامه، والبراعة في التحليل، والإعداد، والتخطيط⁴.

وتختلف شخصية المفاوض باختلاف ميوله وقناعاته، فهناك المفاوض الذي يميل إلى العطاء ومساعدة الناس، ويقدم هذا النوع من المفاوضين تنازلات عن طيب خاطر من أجل التوصل مع

1- أرجيلوس رحاب، مسعودي يوسف، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 01، مارس 2018، ص 53.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 110.

3- بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الأنترنت، (البريد المرئي)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة السانبا، وهران، 2010/2011، ص 13-14.

4- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 49.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الطرف الآخر إلى اتفاق، فهو يسعى دائما للحلول الودية، ويتصف هذا النوع من الشخصيات بالهدوء والصبر، والواقعية، والقدرة على إقامة الدليل، والحجة، والتمسك بالحقائق، وهذا النوع من المتفاوضين يعتمد كثيرا على تجاربه الخاصة¹.

إنّ هذا النوع من المتفاوضين يفرض على الطرف الآخر أن يكون دقيقا في عرض الحقائق، كما يفرض عليه أن يكون على دراية كاملة بتفاصيل صفقة العقد المتفاوض عليه. ويحبذ هذا النوع من المتفاوضين العمل في المهن، والخدمات الدينية، والاجتماعية، وقلما ينجح في محيط المال والأعمال. أما النوع الثاني من المتفاوضين فيرى بأن المفاوضات عبارة عن صراع إرادات، فهو يريد أن ينجح دائما، ويحبذ هذا الشخص الكسب أكثر من العطاء، فهو بذلك مفاوض متمرس، قادر على النجاح في كل العقود المتفاوض بشأنها، ولا يقبل الفشل بسهولة، وله القدرة الكبيرة على الانتقال من موضوع إلى آخر بسرعة فائقة، هذا النوع من المتفاوضين يفرض على الطرف الآخر المتفاوض معه² أن يكون سريعا في ردّة أفعاله، وأن يكون صبورا ومنطقيا³.

فضلا عن تمتعه ببعض الصفات والخصائص يتعين على المفاوض إتقان اللغة الأجنبية التي يتم اختيارها للتفاوض، وصياغة العقد، والوعي الجيد بمعاني المفردات، والمصطلحات المتخصصة التي يتم استخدامها، والإلمام بعلم النفس، والاجتماع، والتاريخ، وإجادة فن البروتوكول، والعلاقات العامة وأن يتقن أسلوب التفاوض الذي هو فن، ومهارة يكتسبه عن طريق التجربة والممارسة⁴.

إلا أنّ العقود الضخمة والمركبة تفرض على الأطراف الاستعانة بالغير من ذوي الخبرة للقيام بالتفاوض على العقد نيابة عنهم، فيقوم بتشكيل فريق تفاوض متخصص، يتم اختيار أعضائه بدقة وعناية فائقة، و يجب أن يكون بينهم تفاهم وانسجام، كما تراعى في تخصصاتهم علاقتها بالعقد محل التفاوض، ويتشكّل عادة فريق التفاوض من خبير قانوني، وخبير فني، وخبير مالي، وخبير لغوي، ويترك لأحد أعضائه رئاسة الفريق، وغالبا ما يتم إعدادهم وتدريبهم على فن التفاوض.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص ص 251-252.

2- أمازوز لطيفة، مرحلة التفاوض في العقود الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 11، العدد 04، ديسمبر 2018، ص 116.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 253.

4- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 50.

المبحث الثاني:

الجوانب التطبيقية للتفاوض في العقود المدنية

إنّ اللجوء إلى التفاوض في العصر الحديث أصبح في انتشار كبير، حتى أنه أصبح ميزة من ميزات هذا العصر، نظراً لما له من فوائد على أطراف التفاوض، حيث يعتبر أسلوباً حضارياً لحل المنازعات التي تنشأ بين الأطراف، وذلك لدوره الفعّال في تقريب وجهات النظر بين الجهات المتفاوضة والراغبة في إبرام عقد مستقبلي، ومن بين هذه المجالات المفاوضات في العقود المدنية، مثل عقد العمل في إطار علاقات العمل الجماعية، وكذلك عقود التأمين، والعقود النموذجية. وسنتناول في هذا المبحث التفاوض في إطار عقد العمل في (المطلب الأول)، ثم العقود النموذجية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التفاوض في إطار عقد العمل

تلعب المفاوضات دوراً هاماً في مجال قانون العمل، وذلك من خلال المفاوضات الجماعية، التي تتم بين صاحب العمل، أو منظمة أصحاب العمل، أو منظمة عمالية أو عدة منظمات، بهدف حل منازعات العمل، أو تحسين ظروف وشروط العمل، بما يتماشى مع التطورات والمستجدات على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي.

نتناول في هذا المطلب تحديد المقصود بالتفاوض في عقد العمل في (الفرع الأول)، ثم التعرف على مستويات المفاوضات الجماعية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالتفاوض في إطار عقد العمل

لمعرفة المقصود بالتفاوض في إطار عقد العمل، ينبغي علينا تحديد تعريف المفاوضات الجماعية، ثم تبيان دور المفاوضات الجماعية في قانون العمل.

أولاً: تعريف المفاوضات الجماعية:

تحظى المفاوضات الجماعية في مجال علاقات العمل الجماعية بأهمية كبيرة، فلقد وردت لها عدة تعريفات سواء على مستوى التشريعات الوطنية، أو على مستوى منظمات العمل الدولية، أو العربية، وسوف نتناول أهم التعريفات كما يلي:

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

1- التعريف الفقهي للمفاوضة الجماعية:

عرّفه بعض الفقه على أنه: "الحوارات والمناقشات الجماعية الودية المباشرة بين العمال أو ممثليهم من جهة، وبين أصحاب العمل أو ممثليهم من جهة أخرى، بقصد التوصل إلى اتفاق يقضي بتعديل أو الانضمام إلى اتفاق قائم يتعلق بشروط العمل، وظروفه وعلاقاته"¹.

التي تجري بين صاحب العمل، أو أكثر، أو منظمة، أو أكثر من منظمات أصحاب العمل، وبين منظمة نقابية، أو أكثر من منظمات العمل، على مختلف مستويات النشاط الاقتصادي للتوصل إلى اتفاق لتنظيم شروط العمل وظروفه.

وعرّفه جانب آخر من الفقه على أنه: "هو الحوار والمناقشات بأنها الحوار والمناقشات التي تدور حول مائدة المفاوضات، بين صاحب العمل أو أكثر أو منظمة أو أكثر من منظمات أصحاب الأعمال من جانب، وبين نقابة عمالية أو أكثر أو نقابات العمال من جهة أخرى، للتوصل إلى اتفاق ينظم شروط وظروف العمل"².

وتعرّف المفاوضة الجماعية أيضا بأنها، وسيلة ودية ومباشرة لتنظيم شروط العمل وظروفه وعلاقاته بقصد التوصل إلى اتفاق عمل جماعي، أو تعديل لاتفاق عمل جماعي، أو الانضمام إلى اتفاق عمل جماعي تمارس من خلاله المناقشات والحوارات والاتصالات التي تجري بين العمال وممثليهم من جهة وأصحاب الأعمال أو ممثليهم من جهة أخرى بصورة جماعية وعلى مستويات متعددة وفقا للإطار القانوني المنظم لها أي كان مصدر هذا الإطار سواء كان مصدره التشريع أم اتفاق الأطراف المعنية أم العرف"³.

1- بن عزوز بن صابر، الاتفاقيات الجماعية للعمل في التشريع الجزائري والمقارن، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص89.

2- أحمية سليمان، قانون علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن، ط02، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص24. عبد الباسط عبد المحسن، النظام القانوني للمفاوضات الجماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص20.

3- سلامة عبد التواب عبد الحليم، المفاوضة الجماعية في قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص14. علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص89.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

2- التعريف التشريعي للمفاوضات الجماعية¹:

عرّفت منظمة العمل الدولية المفاوضات الجماعية بموجب المادة الثانية من الاتفاقية الدولية رقم 154 لسنة 1981، المتعلقة تشجيع المفاوضات الجماعية: "أنه يشمل تعبير (المفاوضة الجماعية) في مفهوم هذه الاتفاقية، جميع المفاوضات التي تجري بين صاحب العمل أو مجموعة من أصحاب العمل أو واحدة أو أكثر من منظمات أصحاب العمل من جهة، ومنظمة عمالية أو أكثر من جهة أخرى من أجل:

- تحديد شروط العمل وأحكام الاستخدام.

- تنظيم العلاقات بين أصحاب العمل والعمال.

- تنظيم العلاقة بين أصحاب العمل أو منظماتهم أو منظمات عمال².

أما منظمة العمل العربية فلم تعرّف المفاوضات الجماعية بل اكتفت بالنص على أن المفاوضات الجماعية بجميع أشكالها القانونية، حق لكل منظمات العمال وأصحاب الأعمال أو منظماتهم في كافة قطاعات النشاط الاقتصادي العامة، أو الخاصة دون تدخل من أي جهة كانت³، وذلك بموجب نص المادة الأولى من الاتفاقية العربية رقم 11 لسنة 1979، المتعلقة بالمفاوضة الجماعية⁴. كما عرّف قانون العمل المصري الجديد رقم 12 لسنة 2003، المفاوضات الجماعية طبقاً لنص المادة 146⁵، بأنها الحوار والمناقشات التي تجري بين المنظمات النقابية العمالية من جهة وبين أصحاب العمال أو منظماتهم من أجل:

- تحسين شروط وظروف العمل وأحكام الاستخدام.

1- المقصود بالتشريع هنا، هو كل الاتفاقيات والتوصيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية. وكذلك منظمة العمل العربية.

2- سلامة عبد التواب عبد الحلیم، مرجع سابق، ص 14.

3- عبد الباسط عبد المحسن، مرجع سابق، ص 18.

4- تبنت الدول العربية أسلوب المفاوضات الجماعية في تشريعاتها الداخلية، بل إنها قد كرست لذلك اتفاقية خاصة، هي الاتفاقية العربية رقم 11، لسنة 1979 المتعلقة بالمفاوضة الجماعية، التي تم إقرارها في الدورة السابعة لمؤتمر العمل العربي، الذي عقد بالخرطوم شهر مارس، 1979 وصادقت عليها ثلاث (03) دول عربية فقط هي: العراق والمغرب، والأردن. وهو العدد المطلوب لسريانها، المادة (21) من الاتفاقية، ينظر: رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 159.

5- لم يعرف المشرع المصري المفاوضات الجماعية في القوانين السابقة الملغاة، إلا أنه عرفها بموجب المادة 146 من قانون العمل المصري الجديد رقم 12 لسنة 2003، المتضمن قانون العمل الجديد، جريدة رسمية مصرية، عدد 17 المؤرخة في 07 أبريل 2003.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

- التعاون بين طرفي العمل ولتحقيق التنمية الاجتماعية لعمال المنشأة.

- تسوية المنازعات بين العمال وأصحاب الأعمال.

لم يعرّف المشرع الفرنسي التفاوض ولكنه اكتفى بتحديد موضوعات التفاوض الجماعي وتحديد مميزات المفاوضات الجماعية عن طريق اشتراطه ضرورة وجود نقابات تمثل العمال كطرف في المفاوضات، واستبعاد العمال غير المنتمين لتنظيم نقابي.

أما المشرع الجزائري لم يعرّف المفاوضات الجماعية، واعتبر أن التفاوض الجماعي وسيلة لإبرام الاتفاقيات الجماعية، فهو يتفق بذلك مع التشريعات المقارنة الأخرى على غرار المشرع الفرنسي والمصري، حيث عنون الباب السادس من القانون رقم 11/90 المتضمن علاقات العمل "بالتفاوض الجماعي"، وتناول إلزامية التفاوض في الاتفاقيات العمل من المواد 114 إلى غاية المادة 124. من قانون العمل رقم 11/90.

ثانياً: دور المفاوضات الجماعية في قانون العمل

تقوم المفاوضات الجماعية بدور تكميلي لقانون العمل، حيث أنها توفر له أهم مصدر من مصادره، وهي الاتفاقيات الجماعية¹، فالواقع أن قانون العمل هو في حقيقته قانون تفاوضي ذو أصل اتفاقي، فإذا كان التشريع هو المصدر الأول والرئيسي لقانون العمل، إلا أن الاتفاقيات الجماعية هي المصدر الأهم، حيث أنها تقدم حلولاً وتنظيمات متطورة ومتجددة لعلاقات العمل، وذلك من خلال المفاوضات الجماعية المتواصلة بين العمال وأصحاب العمل².

وتقدم الاتفاقيات الجماعية للعمال مزايا وشروط أفضل بكثير من تلك الواردة في التشريع، ذلك أن الحلول النابعة من ذوي الشأن هي أصدق الحلول وأكثرها فاعلية واستجابة لمتطلبات وظروف سوق العمل³.

وأهم دور تلعبه المفاوضات الجماعية هو وضع القواعد التي تحكم هذه التفصيلات بقواعد اتفاقية بين طرفي العمل⁴، والتي لم تفصل فيها الأحكام التشريعية بدقة، كما تهدف إلى توجيه المشرع

1 - BONNIN, les rapports entre le contrat de travail et de convention collective , th, bordeaux, 1993, P43.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص90.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص120.

4- سلامة عبد التواب عبد الحليم، مرجع سابق، ص76.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الاجتماعي، ذلك أن طرح الموضوعات التي تهم طرفي علاقة العمل للتفاوض، والتوصل إلى اتفاق بشأنها يؤدي إلى تنظيمها، ومن ثم توجيه المشرع الاجتماعي إلى أهمية تنظيم مثل هذه الموضوعات، وخاصة إذا كانت هذه الموضوعات قد تكرر النص عليها في اتفاقيات عمل جماعية عديدة¹.

ثالثا: المفاوضات الجماعية حق والتزام

أقرت الاتفاقية العربية رقم 11 لسنة 1979 الحق في التفاوض الجماعي، حيث نصت في مادتها الأولى: "المفاوضة الجماعية بجميع أشكالها القانونية حق لكل منظمات العمال وأصحاب الأعمال أو منظماتهم في كافة قطاعات النشاط الاقتصادي العامة أو الخاصة دون تدخل من جهة كانت"²، كما اعترف إعلان فيلادلفيا عام 1944 والملاحق بميثاق منظمة العمل الدولية بحق التفاوض الجماعي وتعاون أصحاب الأعمال والعمال من أجل التحسين المستمر لتنظيم العلاقات الإنتاجية، ومساهماتهم في إقرار وتطبيق السياسة الاجتماعية والاقتصادية³.

وبالرغم من أن المفاوضات الجماعية هي حق للعمال، إلا أن أصحاب العمل دائما يتجنبون الدخول في المفاوضات⁴، ومرد ذلك أن المشرع غالبا ما يكون في صف العمال ويمنحهم العديد من المزايا الأمر الذي يجعل أصحاب العمل في مركز ضعف أمام العمال أثناء عملية التفاوض مما يدفع بهم إلى التماطل و عدم الدخول في المفاوضات الجماعية، الأمر الذي يجعل حق العمال في التفاوض الجماعي مفرغا من كل قيمة، مما قد يجعلهم يلجأون إلى الإضراب كحل بديل لتحقيق مطالبهم المشروعة.

1- ويقصد باتفاق العمل الجماعي ذلك الاتفاق الذي تنظم بمقتضاه شروط العمل وظروفه بين منظمة نقابية أو أكثر، وبين صاحب عمل أو أكثر أو من يستخدمون عمالا ينتمون إلى تلك المنظمات أو منظمات أصحاب الأعمال بما يكفل شروطا أو مزايا أو ظروفًا أفضل. ويكمن جوهر هذا الاتفاق في أن آثاره تنصرف إلى باقي العمال وأصحاب العمل الذين لم يشاركوا في المفاوضات ولم يوافقوا عليه، ومن ثم فإنه يعد استثناء على مبدأ نسبية أثر العقد. وبناء على ذلك فإن اتفاق العمل الجماعي يعتبر عقدا عند إبرامه ولائحة عند تطبيقه. فهو يحكم عقود العمل الفردية التي تبرم في المستقبل ويفسره القاضي كاللائحة، ويخضع في تفسيره لرقابة محكمة النقض. ينظر: رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 160.

2- بن عزوز بن صابر، مبادئ عامة في شرح قانون العمل الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2010، ص 124-125.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 161.

4 - DESPAX(M), droit du travail, négociation, conventions et accords collectifs, 2e édition, dalloz, 1989, P17.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ومن أجل ذلك حرصت تشريعات العمل المختلفة في القانون المقارن على النص صراحة على التزام صاحب العمل بالدخول في مفاوضات جماعية مع العمال، أو ممثليهم لحل منازعات العمل ولتحسين شروط وظروف العمل، مع وضع جزاء للإخلال بهذا الالتزام، والذي قد يصل إلى حد العقوبة الجنائية الأمر الذي حمل المشرع ليرتقي بالتفاوض إلى مصاف الالتزام¹.

وفي هذا الصدد تعرض قانون العمل المصري الجديد للوظيفة التي تقوم بها المفاوضة الجماعية في هذا الشأن، حيث ألزم طرفي الاتفاق السعي إلى تعديله متى تغيرت الظروف المحيطة به². فقد أقر القانون المصري مبدأ الالتزام بالتفاوض الجماعي في إطار علاقات العمل، حيث بموجب قانون العمل المصري الجديد رقم 12 لسنة 2003 حيث عرف المفاوضة الجماعية وحدد هدفها، وهو تحسين شروط العمل وظروفه، والتعاون بين طرفي علاقة العمل لتحقيق التنمية الاجتماعية لعمال المنشأة، وتناولت كذلك وظيفة المفاوضة الجماعية لتسوية منازعات العمل الجماعية بين العمال وأصحاب الأعمال³.

أما المشرع الفرنسي فقد رسخ مبدأ الالتزام بالتفاوض الجماعي على كافة مستويات العمل، ووضع لذلك تنظيماً تشريعياً يحتذى به⁴، حيث نص في قانون العمل على هذه الوظيفة، إذ ألزم صاحب العمل متى كان مبرماً لاتفاق عمل جماعي سابق مع عماله بالتفاوض معهم مرة كل سنة حول موضوع الأجور الحقيقية وقت العمل⁵.

أما المشرع الجزائري فقد اعترف بالحق في التفاوض الجماعي وإبرام الاتفاقيات الجماعية بموجب القانون 90/11 المتعلق بعلاقات العمل، وألزم أصحاب الأعمال بالدخول في المفاوضات مع العمال عن طريق وجوب عقد اجتماعات دورية بين المستخدمين وممثلي العمال لدراسة وضعية العلاقات الاجتماعية والمهنية ومختلف ظروف العمل وتحدد الدورات باتفاق الأطراف وهذا الأسلوب من شأنه أن يوفر فرص التشاور والتعاون الفعال بينهم من أجل فك النزاعات والخلافات المستقبلية.

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 161.

2- المادة 162 من قانون العمل المصري الجديد، رقم 12 لسنة 2003.

3- المادة 146 من قانون العمل المصري الجديد، رقم 12 لسنة 2003، ونصت على أن: "المفاوضة الجماعية هي الحوار والمناقشات التي تجري بين المنظمات النقابية العمالية من جهة وبين أصحاب الأعمال أو منظماتهم، من أجل: تحسين شروط وظروف العمل وأحكام الاستخدام، التعاون بين طرفي العمل ولتحقيق التنمية الاجتماعية لعمال المنشأة، تسوية المنازعات بين العمال وأصحاب الأعمال".

4 - SATHE(D), la réforme de la négociation collective en France(loi du 13/11/1982), th, Toulouse, 1987, P72.

5- المادة 08-132 -L، من قانون العمل الفرنسي.

الفرع الثاني: مستويات المفاوضات الجماعية

تجري المفاوضة الجماعية بين العمال وأصحاب العمل على مستويات متعددة، نظرا لتعدد علاقات العمل الجماعية واختلاف مستوياتها، ولأهميتها البالغة في مجال علاقات العمل الجماعية، فهي إما أن تجري على مستوى قطاع مهني، أو على مستوى المؤسسة، وإما أن تجري على المستوى الوطني، وإما على المستوى المهني.

أولاً: المفاوضات الجماعية على مستوى المؤسسة

تعد المفاوضات الجماعية على مستوى المؤسسة، من أقدم مستويات المفاوضات الجماعية، ومن أكثر صور التفاوض الجماعي شيوعاً وانتشاراً في الواقع العملي، وفي مختلف الدول¹، فالمفاوضات الجماعية عند بداية ظهورها كانت تجري على مستوى المنشأة، قبل ظهور المنظمات النقابية إلى الوجود، لذلك فهي من أكثر المستويات انتشاراً في العالم سيما في الدول النامية، لضعف الحركة النقابية. ويعتبر هذا المستوى من أهم مستويات المفاوضات الجماعية²، نظراً لما ينطوي عليه هذا الأسلوب التفاوضي من مزايا وفوائد، أهمها سهولة التفاوض في هذا المستوى، فممثلي العمال يكونون على معرفة تامة بممثلي الإدارة في المفاوضات، بالإضافة إلى ذلك فإن أصاب العمل يفضلون هذا النوع من المفاوضات نظراً لأنها تمكنهم من إدارة المفاوضات مباشرة مع المنظمة النقابية التي تمثل عمال المؤسسة³، ومن ثم فإن الموضوعات المتفاوض بشأنها تكون معروفة، وتوجد المعلومات المتعلقة بها⁴.

ويشمل هذا المستوى من المفاوضات كل عمال المؤسسة وفروعها، وذلك في المكان الذي يتيسر تنظيمها فيه، سواء في المصنع أو في المنجم أو في المنشأة. وهي تجري بين نقابة عمال المنشأة أو النقابة العامة في حالة عدم وجودها وبين صاحب العمل أو إدارة المنشأة⁵، ويكون موضوع المفاوضات فيه كل ما تتفق عليه الأطراف المتفاوضة، من شروط العمل وظروفه وعلاقاته، ونتيجة لأهمية هذا النوع من

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 92.

2- أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 190.

3- عبد الباسط عبد المحسن، مرجع سابق، ص 69.

4- محمد نصر الدين منصور، المفاوضات الجماعية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993، ص 75.

5- المادة السادسة(أ) من الاتفاقية العربية رقم 11 لسنة 1979، بشأن المفاوضة الجماعية.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

التفاوض نجد بان منظمة العمل الدولية أصدرت عدة توصيات فيما يخص هذا النوع من مستوى المفاوضات الجماعية، وهي:

- التوصية 94: بشأن التشاور والتعاون بين أصحاب العمل والعمال على مستوى المؤسسة¹ الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 26 جوان 1952.
- التوصية 129: بشأن الاتصالات بين الإدارة والعمال داخل المؤسسة²، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 28 جوان 1967.
- التوصية 130: والتي تتعلق بفحص الشكاوى في المؤسسة من أجل تسويتها³، الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 29 جوان 1967.

أما المشرع الجزائري وتكريسا منه لاتفاقيات والتوصيات الدولية، قد حدد المستوى الأول من التفاوض الذي يكون على مستوى المؤسسة⁴، ومثال ذلك الاتفاقية الجماعية لمؤسسة سوناطراك التي أبرمت بتاريخ 22 نوفمبر 1994 بين المديرية الوطنية لمؤسسة سوناطراك من جهة وممثلي النقابة الوطنية لعمال مؤسسة سوناطراك التابعة للاتحاد العام للعمال الجزائريين، والاتفاقية الجماعية لمؤسسة اتصالات الجزائر المؤرخة في 16 جويلية 2003 المبرمة بين الرئيس المدير العام من جهة، وبين فيدرالية عمال البريد والمواصلات التابعة للاتحاد العام للعمال الجزائريين.

إلا أن هذا الأسلوب من المفاوضات، قد يؤدي إلى اختلاف شروط وظروف العمل بين العمال العاملين في صناعة واحدة، حيث تتحكم قوى التنظيم النقابي في تحديد هذه الشروط والظروف،

1- التوصية 94: تنص هذه التوصية على: ضرورة اتخاذ خطوات مناسبة لهيئة فرص التشاور والتعاون بين أصحاب العمل والعمال داخل المؤسسة في المسائل ذات الأهمية المشتركة، وأن يتم التشاور وتحدد نطاق عملها واختصاصها وتشكيلها وكيفية أداء مهامها، كما يشمل مواضيع التشاور وما تعلق بالحياة اليومية للمؤسسة والعاملين فيها والمشكلات التي تشوب العلاقة وعملها.

2- التوصية 129 أكدت هذه التوصية على ضرورة أن يقر كل من العمال وأصحاب العمل بأهمية إيجاد جو من التفاهم والثقة المتبادلة في المؤسسة، باعتبار أن ذلك يحقق مهمة العمال وفعالية المؤسسة.

3- التوصية 130 بموجب هذه التوصية المشرع الجزائري تكريسا منه لاتفاقيات والتوصيات الدولية، حدد المستوى الأول من التفاوض الذي يكون على مستوى المؤسسة حيث بلغ عدد الاتفاقيات الجماعية للعمل على مستوى المؤسسة في الجزائر في الفترة الممتدة ما بين 1991 إلى 1992 ما يقارب 1389 اتفاقية.

4- في الجزائر بلغ عدد الاتفاقيات الجماعية للعمل على مستوى المؤسسة في الفترة الممتدة ما بين 1992 إلى 1997 ما يقارب 1389 اتفاقية، توزعت بين عدة قطاعات: قطاع النشاط الصناعي 31 اتفاقية والنشاط الفلاحي 18 اتفاقية، وقطاع نشاط الأشغال العمومية والري 33 اتفاقية، أما قطاع نشاط الخدمات 70 اتفاقية جماعية، أما الفترة الممتدة من 2008 إلى 2010 فقد عرفت ارتفاعا ملحوظا حيث بلغ عدد الاتفاقيات الجماعية سنة 2008 حوالي 2893 اتفاقية، و13606 اتفاق جماعي، وفي سنة 2010 ارتفعت إلى 2946 اتفاقية 13813 اتفاق جماعي، ينظر عبدون عواد، المرجع السابق، ص 73.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

فعندما يكون التنظيم النقابي قويا يحقق للعمال ظروف عمل ملائمة، وفي حالة ما إذا كان الفرع النقابي ضعيفا يعود بالسلب على العامل، ومن ثم فإن انتشار هذا النوع من التفاوض الجماعي، قد يؤدي إلى تفاوت في الأجور وساعات العمل في المهنة أو الصناعة الواحد¹.

ثانيا: المفاوضات الجماعية على المستوى الوطني

يتم التفاوض على المستوى الوطني بين الاتحاد العام للعمال واتحادات أصحاب العمل بواسطة لجان ذات تمثيل مهني وعمالي متكافئ، وذلك من أجل التوصل إلى إبرام اتفاقيات عمل جماعية تسري على جميع المهن المختلفة الموجودة في الدولة، ويؤدي هذا النوع من المفاوضات إلى إبرام اتفاقيات جماعية، تكون هي الحدود الدنيا التي لا يجوز التنازل عنها، سواء في اتفاقيات العمل الجماعية التي تبرم على المستويات الأخرى، أو على مستوى عقود العمل الفردية التي تبرم بين العمال وأصحاب العمل، لذلك فإن أثر هذه المفاوضات من الناحية القانونية يماثل أثر النصوص القانونية².

ويتم اللجوء إلى التفاوض على هذا المستوى في البلدان التي لا توجد فيها منظمات نقابية مركزية قوية، أو في البلدان التي تتعدد فيها المنظمات النقابية المركزية على نحو يضعفها ويثير مشكلات بشأن تمثيلها للعمال.

وعالجت المفاوضات الجماعية على المستوى الوطني عدة اتفاقيات دولية، أهمها:

- التوصية رقم 113 المتعلقة بالتشاور والتعاون بين السلطات العامة ومنظمات أصحاب العمل ومنظمات العمال الصادرة عن منظمة العمل الدولية في 01 جوان 1960³.

1- عبد الباسط عبد المحسن، مرجع سابق، ص70. علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص93.

2- عبد الباسط عبد المحسن، المرجع نفسه، ص84.

3- التوصية رقم 113: بشأن التشاور والتعاون بين السلطات العامة ومنظمات أصحاب العمل والعمال على مستوى الصناعة والمستوى المهني، وجاء فيها: "يجب أن يستهدف التشاور والتعاون لتحقيق التقدير المشترك من منظمات العمال وأصحاب العمل في المسائل ذات الأهمية المشتركة للوصول إلى حلول متفق عليها، ضمان إطلاع السلطات العامة على وجهة نظر هذه المنظمات وتعاونهم في مجالات إعداد التشريعات التي تؤثر في مصالحهم وتطبيقها، وفي تشكيل وإدارة الهيئات الوطنية التي عهد إليها تنظيم المواضيع ذات العلاقة بالعمل من مختلف جوانبه، ووضع وتنفيذ المشاريع الخاصة بالتنمية الاجتماعية والاقتصادية، أن يتم تحقيق هذا التشاور إما اختياراً أو بإدارة الأطراف نفسها أو بتشجيع من السلطة العامة أو بموجب القوانين والأنظمة، أو بجميع هذه الوسائل".

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

- الاتفاقية رقم 144 المتعلقة بالمشاورات الثلاثية لتعزيز تطبيق معايير العمل الدولية، الصادرة في 02 جوان 1976¹.

- الاتفاقية رقم 150 الصادرة عن منظمة العمل الدولية بتاريخ 26 جوان 1978².

وقد أشارت منظمة العمل الدولية إلى المفاوضة الجماعية على المستوى الوطني من خلال التوصية الدولية رقم 163 لسنة 1981، وكذلك منظمة العمل العربية من خلال الاتفاقية العربية رقم 11 لسنة 1979 بشأن المفاوضة الجماعية. والتفاوض على المستوى المركزي في الاعتبار مصالح العمال جميعا في الدول من جانب، يراعي قدرات جميع المنشآت العاملة فيها³. في حين المشرع الجزائري لم يشير إلى هذا المستوى من المفاوضة الجماعية، واكتفى فقط بالنص على إمكانية التفاوض الجماعي على مستوى المؤسسة، وعلى مستوى القطاع والمهنة، وترك المبادرة لممارسة الحق في الدخول في المفاوضة لأطراف علاقات العمل المتواجدة على مستوى المؤسسة أو القطاع، وذلك مراعاة لظروف كل هيئة مستخدمة، وأطلق تسمية هذا المستوى من التفاوض بالحوار الاجتماعي الذي يجد مصدره في التشريع الوطني الذي يتضمن آليات تجسيده الفعلي وتفعيله من خلال آليات التشاور والتفاوض وحل النزاعات العمالية بالطرق السلمية وفق ما تحدده المعايير الدولية في هذا المجال⁴.

ثالثا: المفاوضات الجماعية على المستوى المهني

تجري المفاوضات الجماعية على مستوى القطاع المهني أو الصناعي الواحد مثل قطاع صناعة النسيج، أو قطاع صناعة السيارات، أو قطاع السكك الحديدية، أو قطاع المناجم. وذلك بأن يتم

1- الاتفاقية رقم 144: بشأن المشاورات الثلاثية لتعزيز تطبيق معايير العمل الدولية، وأهم ما ورد فيها: "الالتزام بإجراء مشاورات فعالة بين ممثل الحكومات وممثل كل من أصحاب العمل والعمال بشأن معايير العمل الدولية، وأن تحدد الإجراءات اللازمة للمشاورات بعد التشاور مع منظمات أصحاب العمل والعمال، أن تجري المشاورات مرة كل سنة على الأقل".

2- الاتفاقية رقم 150: "بشأن إدارة العمل، التي أكدت على الدولة اتخاذ الترتيبات المناسبة للظروف الوطنية لتكفل وتضمن قيام المشاورات وتعاون ومفاوضات بين السلطات العامة والمنظمات الأكثر تمثيلا لأصحاب العمل والعمال، أن تتخذ هذه الترتيبات على المستوى الوطني والإقليمي والمحلي وعلى مستوى القطاعات الاقتصادية، إتاحة الخدمات لأصحاب العمل والعمال ومنظماتهم التي تساعد على تشجيع قيام تشاور وتعاون فعال بين الأطراف الثلاث وكذلك بين طرف العمال وأصحاب العمل".

3- الياس يوسف، أطروحات في القانون الدولي والوطني للعمل، داروائل للنشر، عمان، 2008، ص 137.

4- بلعيدون عواد، دور التفاوض الجماعي في السلم الاجتماعي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون الاجتماعي، جامعة وهران، 2014، ص 75.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

التفاوض بين ممثلي أصحاب العمل في الشركات العاملة في صناعة معينة وبين ممثلي نقابة عمال هذه الصناعة¹، وتعد مفاوضات العمل الجماعية على مستوى الصناعة أهم صورة المفاوضات الجماعية حيث تقضي على المنافسة بين العمال العاملين في القطاع الصناعي، أو المهني الواحد، وتحسن ظروف وشروط العمل في هذه الصناعة، كما توحد شروط المنافسة بين أصحاب العمال العاملين في ذات القطاع الصناعي، وتساعد على تطور الصناعة². وبالتالي فهو أوسع نطاقا وشمولا من التفاوض على مستوى المؤسسة.

ومثل هذه المفاوضات شائعة في دول أوروبا الغربية، كما أنها تمارس في العديد من الدول النامية³، ففي فرنسا تلتزم النقابات العمالية ومنظمات أصحاب العمل المرتبطة باتفاق عمل جماعي على مستوى قطاع معين بالتفاوض الجماعي كل عام حول الأجور خاصة الحد الأدنى للأجور، وكل خمس سنوات حول تصنيف العمال⁴.

أما في الجزائر فقد اعترف المشرع بهذا المستوى الثاني من التفاوض الذي يتم على مستوى القطاع، بحيث يكون بين مجموعة من مجموعة مستخدمين، أو منظمة أو عدة منظمات نقابية تمثيلية للمستخدمين من جهة وبين منظمة أو عدة منظمات نقابية تمثيلية للعمال الأجراء من جهة أخرى ومثال ذلك في "الاتفاقية الجماعية الخاصة بصناديق الضمان الاجتماعي" التي أبرمت بتاريخ 25 أفريل 1997 بين كل من المدير العام لصندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء، والمدير العام للصندوق الوطني للعمال غير الأجراء، والمدير العام للصندوق الوطني للتقاعد، والمدير العام للصندوق التأمين على البطالة من جهة، وبين الفيدرالية الوطنية لعمال صناديق الضمان الاجتماعي التابعة للاتحاد العام للعمال الجزائريين، والاتفاقية الجماعية للعمل لدواوين الترقية والتسيير العقاري المحررة بتاريخ 15 جانفي 2006⁵.

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص164. علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص93-94.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص192.

3- محمد عبد الله نصار، المفاوضات الجماعية ودور منظمة العمل العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص141.

4- المادة 12-132 من قانون العمل الفرنسي.

5- بلعبدون عواد، مرجع سابق، ص74.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

وتجدر الإشارة إلى أن أصحاب العمل لا يميلون إلى هذا النوع من المفاوضات لخشيتهم الدائمة من تزايد نفوذ النقابات العمالية داخل أوساط العمال¹.

المطلب الثاني: العقود النموذجية

تعتبر العقود والصيغ النموذجية كألية لإبرام التعاقدات، بحيث أصبحت ظاهرة ذات انتشار وتطبيق واسع في العصر الحديث، زاد اللجوء إلى استعمالها في مختلف المعاملات المدنية والتجارية، وذلك بالنظر لما تحققه هذه العقود النموذجية من فوائد ومزايا كبيرة.

وفي هذا المطلب سنتعرف على المقصود بالعقود النموذجية، بتحديد مفهوم العقد النموذجي وتطبيقاته، في (الفرع الأول)، ثم طبيعة العقود النموذجية في (الفرع الثاني). ثم العقود الغير قابلة للتفاوض (عقود الإذعان) في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بالعقود النموذجية

تعتبر العقود النموذجية نوع خاص من أنواع صياغة العقود، تبرم على إثرها عقودا تحمل نفس موضوعها. والعقود النموذجية ليست مقصورة على نوع معين من العقود، وإنما يمكن أن تمتد لتشمل كل العمليات القانونية المعاصرة.

أولاً: تعريف العقود النموذجية

عرف العقد النموذجي بأنه صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من قبل أحد الأشخاص، تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها، وذلك باتفاق أطراف هذا العقد².

وعرف بعض الفقه العقود النموذجية بأنها: "صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة، تنصب على نفس موضوع العقود النموذجية"³.

كما عرفها جانب آخر من الفقه بأنها "عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها"⁴.

1- عبد الباسط عبد المحسن، مرجع سابق، ص74.

2- أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص12.

3 -Leaute (m.j), les contrats, types, R.T.D, 1953, P430.

4 -Ghestin(j) Traite de droit civil, La formation du contrat, 3éd, L, G, J, 1993, P80.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

كما عرفت بأنها: "عقود تعتمد صيغا مطبوعة يقدمها إحدى الطرفين للآخر، الذي يقتصر دوره على ملئ الفراغات المتروكة فيها بالبيانات الخاصة به، والتوقيع عليها، فيصير العقد مبرما بهذا التوقيع"¹.

من خلال هذه التعريفات، نجد بأن العقود النموذجية هي صياغة لنماذج تعاقدية في مجال المعاملات المالية بين الأفراد، تأتي في صورة نماذج مطبوعة ومعدة مسبقا قبل عملية التعاقد المنشود، وتكون على شكل مطبوعات، بحيث يقوم الأطراف بالتوقيع على هذا النموذج بمجرد الاتفاق، فينعقد العقد بهذا التوقيع، وفي حالة التفاوض من أجل تغير مضمون العقد أو تعديله سواء بالزيادة أو النقصان يشترط على الأطراف التعبير عن إرادتهم في التعديل الحاصل على هذا النموذج².

وتحدد الشروط النموذجية جميع الالتزامات المترتبة على عاتق الأطراف، وتشمل جميع مراحل تكوين العقد، ابتداء من المراحل التمهيديّة إلى غاية الهدف المنشود من إبرام العقد، كما تحدد الشروط النموذجية أيضا كيفية حل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين الطرفين خلال مرحلة تنفيذ العقد النهائي³.

وقد تأتي العقود النموذجية على شكل نماذج لعقود جماعية أعدتها منظمة أو جمعية مهنية، أو جماعات تستهدف حماية الطرف الضعيف الأقل خبرة في موضوع العقد المطلوب إبرامه⁴، كما قد تأتي على شكل عقود فردية معدة مسبقا يرمها الفرد مع عملائه، مثل عقود التأمين⁵.

وفي الأخير نجد بأن صياغة نماذج ونود العقود النموذجية تكون من طرف أشخاص أصحاب خبرة علمية وقانونية وفنية في مجال العقود⁶. بحيث تكون لهم الدراية الكاملة بتفاصيل العقد سواء في مرحلة التفاوض أو مرحلة انعقاده، وكذا أثناء تنفيذه، ومعرفة كل ما قد ينشأ بموجب هذا العقد من التزامات على عاتق الأطراف، والحلول الممكنة في حالة نشوء نزاع بين أطراف العقد المراد إبرامه

1- مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص94. أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص12.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص143.

3 - NEUMAYER(k), Les contrat d adhésion dans les pays industrialises, librairie droz, Genève, 1999, P255.

4 - GHESTIN(j), op. cit. P85.

5 - Ibid, P84.

6- حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم تكافؤ المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص108.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

بحيث تكون كل هذه التفاصيل معدة مسبقا في شاكلة عقد نموذجي يقوم الأطراف بالتوقيع على جميع بنوده.

ثانيا: تطبيقات العقود النموذجية

تعتبر ظاهرة التعاقد وفقا لصيغ نموذجية معدة سلفا من أهم الظواهر المتنامية في المعاملات المعاصرة¹، فهي ليست ظاهرة حديثة فحسب، وإنما هي طريقة قديمة اعتاد الناس منذ القدم أن يستخدموها عند إبرام عقود معينة، حيث كانت هذه العقود تنصب على أنواع معينة من المعاملات المالية، مثل عقود التأمين، أما في الوقت الراهن لم يبق استعمالها حكرا على نوع معين من المعاملات فقد امتدت لتشمل أغلب أنواع المعاملات المالية، التي تفرضها الظروف الحديثة في الإنتاج الصناعي الكبير، وظهور المشروعات الكبيرة التي تقوم بعملية توزيع ضخمة لما تقدمه من سلع وخدمات، لذلك فإنها تقوم مسبقا بإعداد نموذج عقودها، ثم تقوم بعرض هذا النموذج على جميع المتعاقدين فيها². ومنه فإن هذه الصيغ النموذجية تتولى تحديد مضمون العقد وشروطه بطريقة مباشرة أحيانا وتتولى مجرد توجيه المتعاقدين إلى المسائل والشروط التي يستترشدون بها في إعداد عقودهم المستقبلية التي تحمل نفس موضوعها أحيانا أخرى، الأمر الذي من شأنه إعطاء بعدا آخر جديدا في المعاملات القانونية المعاصرة في الآونة الحديثة، ولذلك أصبحت ظاهرة انتشار استعمال النماذج العقدية ظاهرة قانونية تستحق إجراء تقييم موجز لها، وذلك لأجل معرفة فوائدها وعيوبها³.

الفرع الثاني: طبيعة العقود النموذجية

إن العقود النموذجية تقوم على أساس وجود صياغة لعقود معينة تعد سلفا قبل إبرام تلك العقود⁴، بحيث تكون هذه العقود معدة سلفا من قبل أحد أطراف وحده، أو من قبل الطرفين معا. بحيث إذا اتفق طرفي التعاقد على الأخذ بالبنود الواردة بها قاموا بالتوقيع عليها، فيصبح العقد نهائيا وملزما لهما. كما يستطيع الأطراف أن يعدلوا أو يضيفوا أو ينقصوا أو يلغوا بنودا منها، وهو ما يعني فتح باب التفاوض بشأن ما جاء في هذه العقود⁵.

1 - GHESTIN(j), op.cit. P80.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 143-144.

3- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 94-95.

4 - GHESTIN(j), op .Cit. P80.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 151.

أولاً: تكييف العقود النموذجية

تكييف العقود النموذجية يكمن في معرفة ما إذا كانت هذه الصيغ أو العقود النموذجية مجرد نماذج يستعين بها المتعاقدان في إعداد عقودهم؟ أم أنها تعتبر عقوداً حقيقية؟

1- العقد النموذجي ليس عقداً حقيقياً:

في إطار المعنى الواسع والشامل لمفهوم العقود والشروط النموذجية، يتضح بأن هذه العقود ليست عقوداً حقيقية تتم بتوافق إرادتين، وتولدت التزامات متبادلة تقع على عاتق أطرافها، وتخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، على نحو ما ورد في طيات نصوص التقنيات المدنية، فهي لا تمثل بذاتها عقوداً حقيقية أو شروطاً تعاقدية، وإنما هي مجرد نماذج يستعين بها المتعاقدون في إعداد عقودهم، أحياناً من خلال اعتماد النموذج الخاص بالعقد المراد بإضافة البيانات الخاصة بعقدهم إلى هذا النموذج، وأحياناً أخرى بالإحالة إلى الشروط النموذجية في العقد الذي يرمونه صراحة أو ضمناً. وهي لذلك لا تكون ملزمة للطرفين في عقودهم الفردية إلا بانصراف إرادتهم معها¹.

فالمادة 1101 من القانون المدني الفرنسي الجديد لعام 2016 عرفت العقد بأنه: "اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات، أو تعديلها، أو نقلها أو إنهائها"².

ومنه فإن العقد يقوم على توافق إرادتين أو أكثر من جهة، وأن يكون الهدف من هذا الاتفاق هو إحداث أثر قانوني من جهة أخرى. بحيث لا يكفي لقيام العقد توافق إرادتين ما دام أنهما لم تتجها إلى إنشاء رابطة قانونية، أما العقود والشروط النموذجية تعد من قبل العقود الموجهة المصاغة مسبقاً لبند تعاقدية تطبق على عقود ستبرم مستقبلاً، فهي نوع خاص من أنواع صياغة العقود³.

2- العقود النموذجية نوع من أنواع العقود الموجهة:

تعتبر العقود النموذجية مجرد نماذج تعاقدية يستعين بها أطراف التعاقد في إعداد عقودهم الفردية أحياناً، من خلال اعتماد النموذج الخاص بالعقد المطلوب بإضافة البيانات الخاصة بعقدهم

1- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 96.

2- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, Texte n° 26, article n° 1101.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 153.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

إلى هذا النموذج، وأحيانا أخرى بالإحالة إلى الشروط النموذجية في العقد الذي يرمونه صراحة أو ضمناً¹ فهي لا تمثل عقوداً حقيقية، أو شروطاً تعاقدية بالمعنى الفني الدقيق.

أما التكييف القانوني الدقيق والصحيح للعقود النموذجية يتمثل في اعتبارها نوع من أنواع العقود الموجهة، تتولى مجرد توجيه المتعاقدين إلى المسائل والشروط التي يسترشدون بها في إعداد عقودهم المطلوبة²، والعقود والشروط النموذجية يقوم بإعدادها شخص طبيعي أو معنوي، وعادة ما يكون شخصاً قانونياً أو مهنياً صاحب خبرة متراكمة وامتتالية في القيام بالعمليات المماثلة موضوع العقود النموذجية، على نحو تمكنه خبرته بالتأكد من الفائدة التي تحققه صياغة هذه العقود، وإنها أصح صياغة قانونية ولغوية تمنع من إثارة مشكلات عند تنفيذها، وقام لذلك بصياغتها في وثيقة موحدة يضعها أمام المتعاملين معه³.

وعليه فإن الغاية من صياغة وتحرير العقود والشروط النموذجية هو توجيه المتعاملين نحو اعتماد صياغتها عند إبرامهم لعقود مستقبلية تنصب على نفس موضوعها.

ثانياً: مزايا وعيوب العقود النموذجية

إن كثرت استعمال العقود النموذجية في نطاق المعاملات المعاصرة، هو نتيجة المزايا الكبيرة التي تحققها هذه الصيغ المتبعة في إبرام العقود، إلا أنها لا تخلو من المساوئ والعيوب، نظراً لعدم التكافؤ في القدرة على التفاوض بين أطراف العقد.

1- مزايا استعمال العقود النموذجية:

يتم طباعة النماذج التعاقدية مسبقاً وبأعداد هائلة، وتتضمن شروط موحدة تطبق على كل شخص يكون طرفاً في نوع العقد النموذجي المعني، وهي بذلك تحقق مجموعة من الفوائد، ومن أهم المزايا التي تحققها العقود النموذجية العمل على معالجة مشكلة قصور التشريعات وتوحيد القواعد القانونية. وتوفير الوقت والجهد في صياغة العقود، بالإضافة إلى توفير النفقات لإجراء العقد.

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 178. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 95.

2- أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 29.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 154.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

أ- علاج مشكلة قصور التشريعات:

الواقع أن الطريقة التي يتم بها توافق الإرادتين في العقد النموذجي ليست إلا ثمرة تطور محسوس في الفن التعاقدي¹، ذلك التطور الذي جاء كما بينا وليدا لتطور في الحياة الاقتصادية والصناعية الحديثة.

إن تطور المعاملات المدنية والتجارية في العالم أدى إلى اختلال التوازن بين المنتج والموزع وبين جمهور المستهلكين للسلع والخدمات، بحيث لا تستطيع التشريعات مواكبة هذه التطورات الناشئة، وتأخرها في علاج المشكلات القانونية المتعلقة ببعض العقود، والناجمة عما أصاب المعاملات المدنية والتجارية من تطورات تقنية وفنية وصناعية لم يشهدها العالم من قبل².

ولمعالجة مشكلة قصور التشريعات ظهرت العقود والصيغ والشروط النموذجية كوسيلة ناجعة لعلاج المشكلات القانونية المتصلة بهذه العقود، حيث أن الذي يقوم بصنع وصياغة نماذج هذه العقود جهة أو شخص احترف القيام بالعمليات المماثلة، واكتسب من احترافه خبرة تمكنه من تعديل تلك الصياغة في أي وقت، وبما يتفق مع الحاجة العملية ويتجلى قصور التشريعات في غياب مقصود وعمدي للدور التشريعي في التنظيم، بما يفسح المجال للتنظيمات الاتفاقية، خاصة للشركات والهيئات الكبرى، الأمر الذي جعل من العقود النموذجية تلعب دروا هاما في ترسيخ مبادئ التنظيم القانوني الذي قد يتبناه المشرع لاحقا، سواء بالتقنين، أو بالتعديل لمواجهة ثغراته³.

ومنه فإن التحولات الاقتصادية التي يشهدها العالم قد ولدت عدم التوازن في العقد مما أدى إلى ظهور عقود وصيغ نموذجية، وهذا التحول لا يرجع إلى طبيعة أطرافه، ولا إلى طبيعة محله، وإنما إلى طبيعة العقد ذاته.

ب- توحيد القواعد القانونية الحاكمة للمعاملات:

إن توسع ظاهرة استعمال العقود والصيغ والشروط النموذجية قد انعكس على مختلف المعاملات القانونية المالية، فأدت إلى ظهور نماذج تعاقدية أو نماذج لمعاملات قانونية موحدة لا تختلف من دولة إلى أخرى، إذا ما كانت هذه الأشياء محل التعامل يتم تداولها عبر دول العالم المختلفة، وذلك حتى لا يصطدم الأطراف المتعاملون بهذه النماذج التعاقدية بقواعد قانونية متعارضة

1 - GHESTIN(j), op.cit. P97.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص154.

3- أنس عبد المهدي فريجات، المرجع نفسه، ص146.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

بين الدول، ومن أمثلة ذلك الشيكات المصرفية، والبطاقات البنكية المصرفية، حيث لا يختلف شروط إصدارها أو حتى شكلها من دولة إلى أخرى¹.

ومنه فإن اللجوء إلى استعمال العقود والصيغ النموذجية هو الوسيلة المثلى لتوحيد القواعد القانونية، ومن ثم تجنب تنازع القوانين من مكان إلى آخر، مما أدى إلى انتشار هذه العقود في كل أنحاء العالم².

ج- توفير الوقت والنفقات في صياغة العقود:

قد يستفيد الأطراف من خبرات من قبلهم في إبرام العقد، لذا فإن إن لجوء أطراف التعامل إلى استعمال العقود والشروط النموذجية سيوفر الوقت والجهد في إعداد وصياغة العقود المطلوبة، كون أن العقود النموذجية لا تستقر في مجال المعاملات القانونية إلا بعد وقت طويل، وتراكم خبرات متتالية تسمح باكتساب فائدتها العملية، وإنها أصلح صياغة قانونية ولغوية تمنع من إثارة النزاعات عند تنفيذها.

والنماذج التعاقدية تحتوي على شروط موحدة تطبق على أي متعامل في العقد النموذجي، فإنها تقلل من كلفة إدارة التصرفات القانونية، كالبيع والشراء مثلا في سهولة التعميم، سهولة الحفظ وسهولة التوثيق وسهولة التدقيق، توفر الوقت الذي يمضيه الطرفان في التفاوض، كما أنها تسمح بتوكيل الآخرين، أو تكليفهم بالقيام بالتصرفات القانونية دون إعطائهم حرية التفاوض بشأن شروط التصرف.

كما أن هذه النماذج مفيدة للطرف الذي يقوم بإعدادها حيث يقوم بإجراء حسابات دقيقة للمخاطر، ويقوم بإسقاط تبعة مسؤوليته عن الظروف والحوادث غير المتوقعة، من جهة أخرى فإن هذه النماذج أيضا مفيدة ليس فقط للطرف الذي يقوم بإعدادها بل للطرف الآخر، حيث أن تقليل كلفة الطرف الأول يدفعه إلى تخفيض السعر، وهذا يكون في صالح الطرف الآخر³.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 147.

2 - Leaute (m.j), les contrats, types, R.T.D, 1953, P434.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 148.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

2- عيوب استعمال العقود النموذجية:

رغم المزايا التي تتمتع بها العقود النموذجية إلا أنها لا تخلو من المساوئ والعيوب أهمها، أن هذه النماذج تحقق مصلحة أحد طرفي التعاقد على حساب المتعاقد الآخر، وأنها تحد من حرية التعبير عن الإرادة بالمضمون العقدي.

أ- تغليب مصلحة أحد طرفي العقد على الآخر:

تقلص العقود النموذجية من مجال التفاوض، بالنظر إلى عدم التوازن بين الأطراف المتفاوضة حيث أن الطرف الضعيف في التفاوض يكون مقدما على القيام بعملية منفردة لم يعد نفسه مسبقا في الوقت الذي يكون فيه المتعاقد الآخر، صاحب القوة التفاوضية شخص محترف يمتلك مركز اقتصادي وقانوني قوي، وخبرة تمكنه من إعداد نموذج عقدي وفقا لمصلحته على حساب المتعاقد معه، وقام لذلك بصياغة وإعداد مضمون العقد في وثيقة موحدة يفرضها على سائر المتعاملين معه. وبذلك يكون الأطراف المتفاوضة والساعية للتعاقد قد خرجت عن نطاق التفاوض والتكافؤ وحرمانهم من الدخول في مفاوضات متوازنة في ظل انعدام، تبادل الآراء والمقترحات التي يتقدم بها كل متفاوض إلى تحقيق اتفاق، أو تصور مشترك لجميع العناصر والمسائل اللازمة لقيام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، ويراعا فيه مصالح الطرفين التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها، من خلال إبرام العقد بين الطرفين¹.

ب- تقييد حرية التعبير عن الإرادة بمضمون العقد:

عند تقديم أحد الأطراف إلى الطرف الآخر نمودجا معد مسبقا، بحيث يكتفي المتعاقد الثاني بملاء البيانات الخاصة به في الفراغات المتروكة في النموذج والتوقيع عليها بعد ذلك دون أية مفاوضة على شروط وصيغ النموذج، من شأنه العمل على الحد أو التقليل من حرية هذا الطرف وقدرته على التعبير عن رضائه بمضمون وشروط العقد الذي التزم به، وأصبح مبرما بعد التوقيع. فإبرام العقد المطلوب من خلال النماذج والصيغ التعاقدية عادة ما يتم التوقيع والالتزام به دون حدوث مفاوضة أو مباحثه في مضمونها، فكثيرا ما يندفع الطرف المقدم إليه النموذج العقدي نحو التعامل والالتزام تحت تأثير بريق الإعلام، أو تحت تأثير الحوافز المعروضة من قبل معد النموذج أو إفادة من التخفيض من الأسعار مثلا، أو من تقسيط الثمن محدود بإتمام التعاقد في فترة محددة

1 - LEAUTE(m,j), op.cit. n°10, P435.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

دون تروي وبصر كاف في مضمون وشروط هذه العقود¹. كذلك أيضا فإنه قد يصعب عليه فهم ما تضمنته من شروط وعدم القدرة على إدراك معناها، أو أنه يرى حسب تقديره بأنها شروط ثانوية وغير مهمة، فيمتنع عن المفاوضة فيها.

هذا إلى جانب أن العقود والصيغ والشروط النموذجية لا تفسح المجال أمام أحد طرفي التعاقد في التعبير عن إرادته بالطريقة التي يفضلها أو التي تروقه، فقد تقوم لديه الرغبة في التعبير عن إرادته بألفاظ أو صياغة معينة، ولكن بعد أن يقدم إليه نموذج عقدي مطبوع ومعد سلفا، فإنه بالنتيجة يحرم من استعمال هذه الصياغة، فالعقود والشروط النموذجية تعتبر بمثابة قيد على حرية المتعاقد في التعبير عن إرادته².

ومنه فإن العقود والصيغ والشروط النموذجية قد تكون من صنع الطرفين معا، بقصد تنظيم التعامل المستقبلي بينهما، وقد تكون من صنع المنظمات المهنية التي ينتمي إليها الطرفان بقصد تنظيم التعامل المستقبلي بينهما، فتكون بمثابة إتقان جماعي مبرم بين هذه المنظمات، وفي هذه الأحوال تكون العقود والصيغ والشروط النموذجية، من البداية بمثابة اتفاقات حقيقية تلزم الطرفين اللذين وقعها في تعاملهم المستقبلي أو تلزم المنتميين إلى المنظمات التي وقعها في المعاملات التي تجري بينهم. وهو ما سوف تعود إليه عقد دراسة ما يسمى بالاتفاقات الإطارية أو التنظيمية.

كما تكون العقود النموذجية معدة أحيانا من قبل الجهات الإدارية وتصدر بها قرارات إدارية تنظيمية، ضمانا للالتزام المتعاقدين بأحكام القانون المتعلقة بالنظام العام. وهي في هذه الحالة تكون مفروضة على المتعاقدين اللذين يتواجدان في نطاق تطبيقها دون حاجة للبحث فيما إذا كانت إرادتهما قد انصرفت إليها³.

ومنه فإن العقود النموذجية تؤدي الوظيفة ذاتها التي تؤديها القواعد القانونية المفسرة أو المكملة. وهي تؤدي هذه الوظيفة رغم عدم تمتعها بصفة القواعد القانونية، لا في صورتها التشريعية المكتوبة ولا في صورتها العرفية المستمدة من اتساع رقعة العمل بها على مستوى المجتمع، وتكرار هذا العمل إلى الحد الذي يولد الشعور أو الاعتقاد بإلزامها، فهي تعتبر شروطا تعاقدية تستمد قوتها من إرادة طرفي العقد، وتكون لذلك مقدمة على القواعد المكملة تشريعية كانت أو عرفية.

1- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص13

2-LEAUTE(m.j), op.cit. n°10, P435.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 149-150.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ومع ذلك فإن كثرت استعمال العقود والصيغ والشروط النموذجية، المعدة مسبقا في إطار مهنة معينة أو مجال من المجالات التعامل، يؤدي بالتدرج إلى اكتسابها صفة العادة الاتفاقية، إن لم يكن صفة العرف في بعض الأحيان، وهي في هذه الحالة تصبح معبرة عن العادات والأعراف السائدة في نطاق المهنة أو التعامل الذي تطبق فيه، على نحو يمكن معه تطبيقها دون حاجة إلى الاتفاق على تطبيقها، بشرط واحد هو عدم انصراف إرادة الطرفين إلى خلافها¹.

الفرع الثالث: العقود غير القابلة للتفاوض (عقود الإذعان)

الأصل أن المتعاقدين لهم كامل الحرية في مناقشة شروط التعاقد وتحديد آثاره، وأن تتحقق المساواة بين كلا الطرفين في التفاوض التعاقدية الحر، وهذا ما يسمى بعقد المساومة أو التفاوض، وهذا هو الشأن الغالب في جميع العقود المدنية بصفة عامة، كما هو الحال في عقود البيع والإيجار والمقاوله والشركة والوكالة والرهن.....الخ².

غير أنه بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي، والشركات التجارية الاحتكارية، أصبح أحد الأطراف هو الذي يناط به وضع شروط العقد وبنوده، ولا يسمح للطرف الآخر بمناقشة هذه الشروط أو المساومة أو التفاوض عليها، وتلك ما يسمى عقود الإذعان³.

ويعرف عقد الإذعان⁴ على أنه عقد يملئ فيه أحد المتعاقدان شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له الحق في مناقشتها، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر⁵. وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 الجديد عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي لا تكون شروطه العامة، محلا للمناقشة، ويتم تحديدها سلف، بمعرفة أحد الأطراف".

1- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص ص98-99.

2- المواد 54 و59 و106 و107 ومن القانون المدني الجزائري.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ص74-75.

4- ومثال عقود الإذعان، عقود الاحتكار وعقود الاشتراك في الماء والكهرباء والهاتف والغاز، وعقود النقل وغيرها من العقود، حيث يكون القبول في مثل هذه العقود يقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة التي يضعها الموجب مقدما، ولا تقبل المناقشة أو المساومة فيها. فلا يستطيع محتكر الخدمة أو السلعة أو المرافق التحلل من العقد، برفض التعاقد مع شخص قابلا لهذه الشروط الموضوعية مقدما، وإلا قامت مسؤولية التعاقدية.

5- علي فيلاي، التزامات النظرية العامة للعقد، ط03، موفم للنشر، الجزائر، 2003، ص ص82.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

أما المشرع الجزائري عالج عقد الإذعان من خلال عدة نصوص قانونية¹ دون وضع تعريف محدد له مثل باقي التشريعات، واكتفى بتنظيم أحكامه، حيث حرص على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص يعتبر استثناء من الأصل القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وما تقتضيه هذه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل مضمون العقد أو إلغائه وذلك احتراماً لإرادة المتعاقدين، إذ أنه الحكم الذي تضمنت النصوص الخاصة بعقد الإذعان قد خول القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعن منها².

أولاً: مفهوم عدم قابلية التفاوض

يقصد بعدم القابلية للتفاوض Non négociation أن يكون التفاوض على العقد مستبعداً تماماً³، أي أن يكون الموجب رافضاً بتاتا للمفاوضة في شروطه، بحيث يعرض هذه الشروط ككل تقبل جملة أو ترفض دون أية مناقشة، ولا يعتبر العقد إذعان بمجرد غياب التفاوض بشأنه، بل لا بد أن يكون التفاوض على هذا العقد محظوراً أصلاً، أي أن تكون شروطه منذ البداية غير قابلة للنقاش بأي حال من الأحوال.

ومنه فإن العقد إذا كان قابلاً للتفاوض من حيث الأصل، ولكن المتعاقد الآخر لم يتفاوض فيه بمحض اختياره، وقبل شروط الموجب كما هي دون نقاش، فإن هذا العقد يظل رغم ذلك عقداً قابلاً للتفاوض، ولا يتحول بسبب عدم التفاوض فيه إلى عقد إذعان، لأن عدم التفاوض في هذه الحالة كان اختيارياً، أما عدم التفاوض في عقد الإذعان فليس اختيارياً، بل هو مفروض منذ البداية على الطرف المدعن، بحيث لا يكون في مقدور هذا الأخير سوى التسليم بهذه الشروط دون نقاش إن هو أراد التعاقد.

1- نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها". كما نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". أما المادة 112 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن".

2- نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقاً لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، أكتوبر 2015، ص 33.

3-LARROUMET(CH), droit civil, t3, les obligations la contrat, 3ed, 1996, P244.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

وفي المقابل فإن العقد إذا كان غير قابل للتفاوض من حيث الأصل أي عقد إذعان، فإنه لا يتحول إلى عقد قابل للتفاوض بمجرد قيام الطرف المدعن بالمساومة فيه، حتى ولو أسفرت هذه المساومة عن حصول هذا الأخير على تخفيض في الثمن بالفعل. إذ أن ذلك لا يعني أن الموجب قد قبل التفاوض على العقد، وإنما هو يظل رغم ذلك رافضا للتفاوض في شروطه، وكل ما هنالك أنه وافق على منح الطرف المدعن تخفيض في الثمن لا يعدو أن يكون نسبة مئوية من الثمن الأصلي المعلن، دون أن يوافق على الدخول معه في مفاوضة لإعادة تحديد شروط العقد¹.

إلا أن هناك حالات يمكن لعقد الإذعان فيها أن يتحول إلى عقد قابل للتفاوض. ومثال ذلك عقد التأمين، حيث يتم هذا العقد عادة من خلال صيغ نموذجية² لا يمكن التفاوض فيها، ولكن عندما يتعلق التأمين بمشروع ضخم ومركب، فإن هذه الصيغ قد لا تتناسب معه، نظرا لطبيعته الخاصة، ولذلك فإن شركة التأمين تضطر في هذا الحالة إلى الدخول في مفاوضات مع طالب التأمين للتوصل إلى وثيقة تأمين خاصة تراعى فيها الظروف الخاصة بالمشروع، وبذلك يتحول عقد التأمين في هذه الحالة بالذات من عقد إذعان إلى عقد قابل للتفاوض³.

ثانياً: مبررات عدم القابلية للتفاوض

هناك عدة عوامل ومبررات تدفع بالمتعاقدين إلى استخدام عقود نموذجية غير قابلة للتفاوض في تعامله مع الطرف الآخر، هذه العوامل تبرر عدم قابلية هذه العقود للتفاوض. ومن أهمها، مبررات اقتصادية، ومبررات قانونية.

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 185.

2- تعد العقود النموذجية *contrats types* المصدر الثاني لعقود الإذعان، حيث أنها تتضمن شروطاً عامة نموذجية يتم إبرام عقود الإذعان الفردية على منوالها، أو تتم الإحالة إليها فتعتبر بذلك جزءاً لا يتجزأ من العقد. ويتم إعداد هذه العقود بواسطة النقابات المهنية المختصة، وذلك لكي يتخذها المهنيون كنموذج لما يرمونه من عقود فردية في المستقبل، وفي هذه الحالة تكون شروط عقد الإذعان قد وضعت من قبل الغير، وليس من الموجب نفسه. بيد أن هذه العقود النموذجية لا تعتبر عقوداً حقيقية، وإنما هي مجرد صيغ نموذجية يحتذى بها عند إبرام عقود المستقبل. ويجب لاعتبار تلك الصيغ النموذجية جزءاً من العقد أن يحال إليها صراحة، وأن يكون بإمكان المتعاقد الآخر أن يعلم بها، سواء بإعطائه نسخة منها، أو بمجرد إتاحة الفرصة له للعلم بها، كأن تكون قد وضعت تحت تصرف الجمهور.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 186.

1- مبررات اقتصادية:

تعتبر عقود الإذعان ثمرة من ثمرات التطور في المجتمعات الحديثة وظهور المشروعات الكبيرة لتوزيع السلع والخدمات المختلفة، فزيادة أعداد المتعاقدين، وعدم توافر الوقت الكافي لمناقشة شروط كل عقد حدة دفع بأصحاب هذه المشروعات إلى إعداد الشروط التي يرغبون التعاقد وفقا لها مقدما، وعلى من يريد الدخول في علاقة تعاقدية بشأن السلعة أو الخدمة محل الاعتبار أن يقبل هذه الشروط بجملتها دون مناقشة حيث لا يسمح واضح تلك الشروط بمناقشتها¹.

وسبب انفراد أحد أطراف العقد بوضع شروطه يرجع إلى ما يتمتع به من قوة اقتصادية أو دراية فنية، أو معلوماتية، بشأن السلعة أو الخدمة محل التعاقد. فالطرف الأقوى اقتصاديا أو فنيا يمكنه فرض شروطه على الطرف الآخر، أي الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، والذي يقتصر دور إرادته على مجرد الإذعان للشروط التي أعدها الطرف الآخر سلفا وبغير مناقشة².

2- مبررات قانونية:

إن أهم المبررات القانونية التي تدعوا إلى استبعاد التفاوض كلية في بعض المجالات هو "مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة". والذي تلزم بمقتضاه المرافق العامة بتقديم خدماتها للمنتفعين على أساس المساواة بينهم دون تمييز.

ونجد أن أفضل وسيلة لتحقيق المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة هي توحيد شروط التعاقد معهم، بحيث يتم تقديم الخدمات إليهم من خلال عقود نموذجية غير قابلة للتفاوض. إذ أن التفاوض على العقد مع كل منتفع على حده من شأنه التمييز بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة رغم تماثل ظروفهم.

ونتيجة للتطور الاقتصادي والاجتماعي الذي شهده العالم المعاصر، أصبح يتم في كثير من الأحيان من خلال صيغ نموذجية وفي غياب أية مفاوضة. ويتم التعاقد في هذه الحالة بمجرد ملئ البيانات الخالية في تلك الصيغ والتي تحدد هوية المتعاقد الآخر أو بمجرد الإحالة إلى هذه الصيغ أو إلى

1- محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، العقد، ط02، المجلد 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2018، ص54.

2- محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص55.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

شروط عامة مقررة، بل وبمجرد استلام إيصال أو تذكرة من خلال نافذة خاصة، ولم يعد العقد يتم دائما بعد تفاوض ونقاش متبادل من جانب الطرفين¹.

وسنتج من خلال ذلك أنه لا يوجد مانع قانوني يمنع التعامل من خلال عقود نموذجية غير قابلة للتفاوض، إذ أن التفاوض ليس شرطا قانونيا لوجود العقد أو لصحته.

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 189.

الفصل الثاني: الاتفاقات الممهدة في المرحلة التفاوضية

الفصل الثاني:

الاتفاقات الممهدة في المرحلة التفاوضية

إن الواقع العملي جعل مرحلة التفاوض في العقود المدنية مرحلة غنية بالعقود التمهيدية، والاتفاقات السابقة على التعاقد المعاصرة لفترة المفاوضات والمنظمة لعملية التفاوض، والتي تتفاوت في قوتها الملزمة، وفي ما يمكن أن ترتبه من آثار قانونية لاحقا، وتتميز هذه العقود التمهيدية بأن لها خصائص مشتركة تتمثل في كونها ليست عقود نهائية بل هي عبارة عن اتفاقات مبدئية تفرض على الأطراف التزامات ببذل الجهد من أجل الوصول إلى اتفاق لاحق، وتشتمل على القواعد الإجرائية التي تحكم مرحلة المفاوضات، وكذا الشروط الأساسية التي سوف يتم إدراجها في العقد النهائي المنشود.

وتختلف هذه الاتفاقات باختلاف الهدف الذي يسعى إليه الطرفان المتفاوضان، ويمكن تقسيم هذه الاتفاقيات إلى قسمين: الاتفاقات الأولية في التفاوض وتتكون من اتفاقات المبادئ واتفاق الإطار، والاتفاقات المرحلية في التفاوض التي تضم بدورها: الاتفاق الجزئي والاتفاق المؤقت.

وعلى هذا النحو فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في (المبحث الأول) الاتفاقات الأولية في مرحلة التفاوض، أما (المبحث الثاني) فسننتقل إلى الاتفاقات المرحلية في التفاوض.

المبحث الأول:

الاتفاقات الأولية في مرحلة التفاوض

الاتفاقات الأولية في مرحلة التفاوض، هي اتفاقات سابقة على التعاقد يهدف من ورائها الأطراف المتفاوضة لتحقيق قدر أكبر من المرونة والسرعة في سير مرحلة التفاوض، من أجل تسهيل وصول الطرفين إلى إبرام العقد المراد إبرامه، حيث هذه الاتفاقات الأولية الممهدة في المرحلة التفاوضية على إلزامية البدء بالتفاوض على العقد المراد إبرامه في المستقبل عن طريق اتفاق المبادئ، كما تستلزم هذه الاتفاقات الأولية، وضع إطارا عاما يتم بمقتضى شروطه وأحكامه إبرام عقود مستقبلية تطبيقا له تسمى هذه المرحلة باتفاق الإطار.

وسنتناول الاتفاقات الأولية في مرحلة التفاوض في مطلبين، نخصص (المطلب الأول) للاتفاق المبدئي، ثم اتفاق الإطار في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اتفاق المبادئ

قد يلجأ أطراف التفاوض إلى إبرام اتفاقات مبدئية تسبق مرحلة إبرام العقد المنشود تسمى (باتفاق المبادئ) بحيث يلتزم بموجبه الأطراف بالتفاوض حول موضوع التعاقد المستقبلي، إضافة إلى تحديد الالتزامات العقدية التي تقع على عاتقهما، وذلك بهدف ضمان سير المفاوضات في ظروف حسنة بغية بلوغ الأطراف إلى هدفهم والمتمثل في انعقاد العقد النهائي.

ولمعرفة مفهوم الاتفاق المبدئي يتعين علينا تعريف الاتفاق المبدئي وتبيان خصائصه، وذكر أهم صوره في الفرع الأول، ثم تحديد طبيعته القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف اتفاق المبادئ

يعد اتفاق المبادئ عقدا من العقود التي ترمي إلى تنظيم وسير المفاوضات وتحديد حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف المتفاوضة¹، فهو لا يبعد عن تعريف أي اتفاق آخر كونه تصرفا قانونيا إراديا، يسعى أطرافه إلى تحقيق غاية، وأثر قانوني من جراء إبرامه. ويعد الاتفاق المبدئي من طائفة العقود الحديثة غير المسماة، وغير المنظمة في إطار القواعد القانونية².

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 139.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 234.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ولقد عرف جانب من الفقه الاتفاق المبدئي بأنه: "تعهد تعاقدى بعمل إيجاب أو بمواصلة تفاوض جار، بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية، لا تكفي بأية حال لانعقاده"¹.

كما يعرف اتفاق المبادئ بأنه اتجاه نية الأطراف خلال فترة المفاوضات، أي في المرحلة السابقة على إبرام العقد النهائي إلى ترتيب أثر قانوني معين يتعلق بالمفاوضات ذاتها، أو لتنظيم سير المفاوضات². ومنه نجد أن تعريف اتفاق المبادئ لا يبعد كثيرا عن تعريف أي اتفاق آخر كونه تصرفا قانونيا إراديا يسعى أطرافه إلى تحقيق غاية، وأثر قانوني من خلال إبرامه نظرا لدوره في التمهيد والتحضير لإبرام عقد مستقبلي يسعى الأطراف لبلوغه. ويتميز الاتفاق المبادئ بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره هي كالآتي:

أولا: خصائص اتفاق المبادئ

يتميز اتفاق المبادئ بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من الاتفاقات، فهو عقد تمهيدي مؤقت لا يولد التزاما بإبرام العقد النهائي. وهذا ما سنوضحه في النقاط التالية:

1- الاتفاق المبدئي عقد تمهيدي:

أن الاتفاق المبدئي لا يعتبر عقدا نهائيا بل هو عقد تمهيدي أو تحضيرى يهيئ لإبرام العقد النهائي فهو بمثابة خطوة على طريق تحقيق هذا العقد³، ولعل هذه الميزة تشكل لب هذا الاتفاق، وما يتطلبه انعقاد هذا العقد من مزيد من اللقاءات والاقتراحات والمشاورات في سبيل الوصول إلى تصور مشترك يتم على أساسه انعقاد العقد المزمع إبرامه.

2- الاتفاق المبدئي عقد مؤقت:

يعتبر الاتفاق المبدئي عقدا مؤقتا، يبقى قائما خلال مدة إجراءات السير في مرحلة المفاوضات على العقد المراد إبرامه بين الطرفين، وينتهي بانتهائها سواء بالنجاح أو الفشل حتى وإن طال أمد ذلك التفاوض⁴.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 235.

2- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 201.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 119.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 236.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

3- الاتفاق المبدئي عقدا حقيقيا:

يعد هذا الاتفاق عقدا حقيقيا لا يشترط لانعقاده سوى توافر شروط الانعقاد، وهي وجود رضا بين الطرفين لقيامه، ووجود محل له، ومحلله هو السعي الجاد إلى إبرام العقد البات، وقيام سبب مشروع وباعث دفع الطرفين إلى الاتفاق، هو الوصول إلى إبرام العقد المنشود بينهما، بالإضافة أيضا إلى شروط الصحة من أهلية صالحة للتفاوض، وسلامة الإرادة من العيوب التي قد تلحقها¹.

4- الاتفاق المبدئي لا يولد التزاما بإبرام العقد النهائي:

لا يلزم الاتفاق المبدئي الأطراف المتفاوضة بإبرام العقد النهائي، بل ينشئ التزاما فوريا بالتفاوض وهو التزام متبادل بالتفاوض يقع على عاتق كل من الطرفين المتفاوضين وبذلك فهو يمثل تصرفا قانونيا ينتج عن اتفاق إرادتين على الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها وإدارتها بحسن نية. لذلك فهو لا ينشئ التزاما باتا بإبرام العقد النهائي بل يمهد فقط لإبرام هذا العقد².

ومن خلال ذلك يمكن أن نضع تعريف الاتفاق المبدئي بأنه: " اتفاق تمهيدي مؤقت يلزم الأطراف المتفاوضة بتنظيم مرحلة المفاوضات وصولا إلى تحديد العناصر الأساسية والمسائل الجوهرية للعقد المزمع إبرامه كما لا يلزم الاتفاق المبدئي الأطراف المتفاوضة بإبرام العقد النهائي، وتتنوع صور اتفاق المبادئ كالآتي:

ثانيا: صور اتفاق المبادئ

يتخذ اتفاق المبادئ عدة صور وتطبيقات تختلف باختلاف الهدف الذي يسعى إليه الطرفان المتفاوضان، ويمكن إدراج هذه الصور فيما يلي:

1- اتفاق مبادئ للدخول في المفاوضات:

يتم إبرام اتفاق المبادئ لأجل الدخول في المفاوضات فحسب وليس إبرام العقد النهائي محل التفاوض³، فالإتزام بالتفاوض يستتبع اعتبار الاتفاق على محل التفاوض مجرد اتفاق مبدأ وليس عقد كامل الانعقاد⁴.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 236.

2- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 111.

3- أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 3، سبتمبر 2001، ص 272.

4- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 202.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

2- اتفاق مبادئ على مراعاة حسن النية في التفاوض:

يترتب على قطع المفاوضات أو العدول عنها في وقت غير مناسب أو دون مبرر معقول أو مقبول أو بصورة مفاجئة قيام المسؤولية العقدية، فهو بذلك ينشأ التزاما عقديا حقيقيا¹. فبموجب اتفاق المبادئ تحول المسؤولية عن العدول عن المفاوضات أو قطعها من نطاق المسؤولية التقصيرية إلى نطاق المسؤولية العقدية².

3- اتفاق مبادئ بعدم التفاوض مع الغير مدة محددة:

ينشأ الاتفاق المبدئي التزاما سلبيا على عاتق الطرفين المتفاوضين بعدم التفاوض مع الغير على محل العقد المراد إبرامه خلال المدة اللازمة للتوصل إلى اتفاق على جميع بنود العقد النهائي، ويؤدي الإخلال بهذا الالتزام إلى نهوض المسؤولية العقدية³. وفي حالة عدم تحديد هذه المدة فإنها تكون المدة المعقولة⁴.

4- اتفاق مبادئ للالتزام بالمحافظة على الأسرار في فترة المفاوضات:

بموجب هذا الاتفاق يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين التزاما بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات والمعطيات التي يطلع عليها الطرفين أثناء مرحلة المفاوضات⁵.

ونجد في الأخير أن الاتفاق المبدئي يعد اتفاقا ذا طبيعة مؤقتة، يبقى قائما طيلة إجراءات السير في مرحلة المفاوضات على العقد المراد إبرامه بين الطرفين، وينتهي بانتهائها سواء بالنجاح أو الفشل حتى وإن طال أمد ذلك التفاوض⁶.

وهذا ما يجرنا إلى التطرق إلى مفهوم الاتفاق المبدئي في التشريع المقارن، حيث نجد أن التشريع الفرنسي، والتشريعات التي سارت على نهجه كالتشريع المدني المصري، واللبناني، والأردني يختلف جذريا عن مفهومه السائد في التشريع الإنجليزي، والتشريعات السائرة على نهجه، كالتشريع الأمريكي

1- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص202.

2- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص271.

3- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص203.

4 -Mousseron(j.m) , op .cit. P54.

5- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص203.

6- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص236.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

والقانون الأسترالي، ومرد ذلك إلى الفلسفة المختلفة التي تنتهجها هذه القوانين في إطار مبادئ قيام العقد.

حيث أن القضاء الإنجليزي لا يعترف بأن الاتفاق على إجراء عقد في المستقبل يشكل عقداً، فأى عقد يتم بمقتضاه اتفاق الطرفين على إبرام عقد مستقبلاً يعتبر باطلاً، بسبب الشك الذي يلف عناصره وأركانه المتروك أمر تحديدها للتفاوض عليها¹. فالعقد في إطار القانون الإنجليزي هو في واقع الأمر عبارة عن صفقة BARGAIN². بمعنى أن يكون هناك مقابلاً fontaine يتم تقديمه من الطرف الآخر أثناء التعاقد³، وإلا يصبح قيام العقد مستحيلًا، وفي حال إخلال أي طرف في الاتفاق⁴. فإنه لا يؤدي إلى توقيع الجزاء من خلال دعوى العقد⁵.

ومنه نستنتج أن الاتفاق المبدئي في إطار القانون الإنجليزي يخلو من أي قيمة قانونية، ولا يكتسب أية صفة تعاقدية تلزم الطرفين، أو أحدهما على الدخول في المفاوضات⁶، لأن هذا الأخير لا يعترف بعقد التعاقد، وعقد التفاوض⁷.

وبمقارنة القانون الإنجليزي والقانون الفرنسي، نجد أن القانون الإنجليزي لا يفرض التزاماً عاماً بالتفاوض بحسن نية، حيث أن كل مفاوض يملك كامل الحرية في تحقيق مصالحه وغاياته الخاصة وأن يتخذ كافة الوسائل والطرق التي تمكنه من تحقيق ذلك، طالما أنه لم يلجأ لأي أساليب خداعية أو غش⁸. بينما القانون الفرنسي أو اللاتيني يشترط في المفاوضات قبل العقدية أن يكون قوامها مبدأ حسن النية والثقة في التعامل.

ثالثاً: مقارنة اتفاق المبادئ بما يشابهه من اتفاقات سابقة على التعاقد

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 237.

2 -RENE (D), les contrats en droit anglais , 2ed , L, G, D, J, 1985, P 94.

3 - ibid, P96.

4- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 283.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 237.

6- هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، في القانون المصري والانجليزي، مجلة اتحاد الجامعات العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 04، أكتوبر 1996، ص 109.

7- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 238.

8- هاني صلاح سري الدين، مرجع سابق، ص 109.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

من أهم خصائص الاتفاق المبدئي أنه لا يعتبر عقدا نهائيا، وإنما هو عقد تمهيدي يحظر لقيام اتفاق بين الطرفين على مضمون وشروط عقد آخر في المستقبل، فهو بذلك يتشابه مع بعض الاتفاقات التمهيدية الأخرى التي لها نفس الهدف، كالبروتوكول الإتفاقي، والعقد المعلق على شرط والوعد بالتعاقد، والوعد بالترتيب، كما قد يختلف اتفاق المبادئ مع هذه الاتفاقات في بعض الإجراءات والمراحل.

1- اتفاق المبادئ وبروتوكول الاتفاق

يتضمن البروتوكول الإتفاقي العناصر الأساسية للعقد ماعدا بعض الجزئيات ذات الصلة بشروط تنفيذ العقد¹، فهو يختلف عن الاتفاق المبدئي في أنه اتفاق على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه فهو يعتبر رضا حقيقي لا ينقصه إلا الاتفاق على الجوانب التفصيلية للعقد حتى يصبح نهائيا². ومنه فإن البروتوكول الإتفاقي يتضمن أغلب العناصر الأساسية و الجوهرية للعقد النهائي، باستثناء بعض الشروط المرتبطة بتنفيذه، أو الجزاءات المترتبة في حال إخلال أحد الأطراف بالتزاماته³.

وقد ذهب بعض الفقه⁴ إلى أن البروتوكول الإتفاقي هو بمثابة عقد حقيقي ملزم لأطرافه، ويمثل ويمثل هدفا تم الوصول إليه، لكونه يرد متضمنا الشروط الأساسية للعقد المطلوب، وإن خلا من بعض التفاصيل الثانوية التي لا تشكل بحد ذاتها عقدا نهائيا، وبالتالي فإن الآثار التي تنشأ عن هذا البروتوكول لا تبعد كثيرا عن آثار أي عقد آخر، بشكل غير قابل للرجوع عنه من أي طرف، وإلا قامت مسؤولية العقدية⁵. باعتبار أنه يمثل إخلالا بالأمانة والثقة المشروعة في التعامل، وما ينبغي من حسن نية في إدارة هذه العملية لبلوغ غايتها المقصودة⁶.

ومنه نخلص إلى أن الاتفاق المبدئي لا يختلف في مضمونه عن الاتفاق البروتوكولي، فهما مترادفان من حيث التحليل القانوني، إلا أن أهميته تفوق كثيرا مجرد الاتفاق المبدئي، طالما أن أطراف هذا البروتوكول لا يحتفظوا بأي إمكانية للرجوع عن التزامهم.

1- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 20، مارس 1996، ص 180.

2- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 106-107.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 240.

4 - Najjar (A), l'accord de principe, Dalloz, 1991, P67.

5- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 237.

6- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 243.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

2- اتفاق المبادئ والعقد المعلق على شرط

يعتبر العقد المعلق على شرط عقدا مبرما، اجتمعت فيه مقومات الوجود القانوني، فهو عقد يشمل رضا بات ونهائي من قبل طرفيه على جميع عناصره وتفصيلاته، إلا أنه يربط هذا الوجود بتحقيق واقعه مستقبلية غير محققة الوقوع، ومن ثم فإن هذا الوصف الذي يلحق بالعقد لا يؤثر على وجوده المحقق، كعقد تام الإبرام، وإنما يتعلق بنفاذه وترتيب آثاره¹.

وعليه فإن الشرط هو أمر مستقبل، وغير محقق الوقوع، ويتوقف على تحقيقه وجود الالتزام أو زواله²، ويعد الشرط أمرا خارجيا أو أمرا عارضا تضيفه الإرادة إلى الالتزام، وتوفر له سائر العناصر والمقومات التي يستلزمها القانون لإنفاذ العقد³.

وبالتالي إذا كان الشرط واقفا، وتحقق تأكد وجود الالتزام، يصبح صالحا لترتيب جميع آثاره بمفعول رجعي، وإذا كان الشرط فاسخا وتحقق فإن الالتزام يزول ويعتبر كأن لم يوجد أصلا وتزول جميع التصرفات التي باشرها على هذا الحق أثناء فترة التعليق⁴.

ومن خلال ذلك نجد أن الشرط الذي يعلق عليه نفاذ العقد، هو حدث خارجي ومستقل عن إرادة المدين بالالتزام الناشئة عن العقد. أما الاتفاق المبدئي يأتي خاليا من صفة التراضي النهائي كما يخلو من تحديد عناصر وشروط العقد المراد إبرامه بين الطرفين.

3- اتفاق المبادئ والوعد بالتعاقد

يعرف الوعد بالتعاقد بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أحد الطرفين بإبرام العقد الموعود به متى أبدى الموعود له رغبته في ذلك، ويمهد ويحضر لعقد يراد إبرامه في المستقبل⁵ خلال مدة معينة محددة محددة اتفاقا⁶، وقد عرف المشرع الفرنسي في المادة 1124 من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 2016/02/10 الوعد بإرادة منفردة هو العقد الذي من خلاله يعد أحد الأطراف الطرف المقابل بإبرام العقد الذي تكون عناصره الأساسية محددة، ولا ينقص إبرامه إلا رضا المتعاقد⁷.

1- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج03، مرجع سابق، ص3.

2- المادة 265 من القانون المدني المصري.

3- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج03، مرجع سابق، ص7.

4- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج03، المرجع نفسه، ص56.

5- خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص ص72-73.

6- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج01، مرجع سابق، ص262.

7- المادة 1124 من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 2016/02/10.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ويشترك الاتفاق المبدئي مع الوعد بالتعاقد في الغاية من إبرامهما، وهو السعي لتحقيق هدف محدد، يتمثل بالتمهيد للوصول إلى إبرام عقد نهائي، وتسهيل إتمامه بين الطرفين¹، على اعتبار أن عقد الوعد بالتعاقد ليس مقصودا بحد ذاته، كونه يأتي وسطا بين الإيجاب والعقد النهائي المنشود إبرامه².

إلا أنهما يختلفان من حيث تحديد العناصر الجوهرية و الأساسية للعقد، ففي الوقت الذي يستلزم فيه القانون لقيام الوعد بالتعاقد تحديد الطرفين لجميع العناصر الجوهرية، وكذلك المدة التي يتم خلالها الإعلان عن الرغبة في إبرام العقد الموعد به³. فإن الاتفاق المبدئي لا يتضمن في الأصل تحديدا لعناصر العقد الجوهرية أو الأساسية، وإن تضمنها فإنه يكون بصورة جزئية، أو غير كافية لإعطائه وصف العقد النهائي، أو أن التراضي النهائي لم يتم عليها⁴. والاتفاق المبدئي لا يلزم بإبرام العقد النهائي، إنما يلزم فقط بمباشرة التفاوض، والاستمرار فيه بحسن النية سعيا لبلوغ العقد المطلوب⁵، أي يولد التزاما بوسيلة، وليس التزاما بنتيجة⁶.

وفي الأخير يتبين لنا بأن الاتفاق المبدئي أقل عمقا من الوعد بالتعاقد، من حيث التمهيد لإبرام العقد النهائي المزمع انعقاده، كما أنه أقل منه في إتاحة الفرصة لإبرام العقد النهائي.

4- اتفاق المبادئ والوعد بالترفضيل

يعرف الوعد بالترفضيل بأنه: "اتفاق بين شخصين يفيد إرادة جازمة وباتة من قبل أحد الأطراف يسمى الواعد بترفضيل الطرف الأخر يسمى الموعد له على غيره، في التفاوض معه على العقد، أو إبرام العقد معه بالبنود، والشروط التي يطرحها الغير على الواعد ويقبل بها هذا الأخير"⁷.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 247.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج01، مرجع سابق، ص262.

3- حيث نصت المادة 1/101 من القانون المدني المصري، والمادة 1/105 من القانون المدني الأردني بأن: "الاتفاق على الوعد بالعقد لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها".

4- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص218.

5 -Schmidit (j), op.cit. P 202.

6- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 248.

7- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، ج04، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1960، ص68.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

كما أن المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ في 2016/02/10، قد عرفت عقد المفاضلة بأنه العقد الذي من خلاله يلتزم أحد الأطراف بتفضيل متعاقده لإبرام العقد الذي يقوم بأخذ القرار بإبرامه¹.

غالباً ما يأتي الوعد بالتفضيل في صورة شرط مقترن بعقد آخر قائم بين الأطراف، وحتى ينعقد الوعد بالتفضيل يجب أن تتوافر فيه كافة العناصر الجوهرية للبيع الموعود بالتفضيل فيه، وهي الثمن والشئ محل الوعد، ومدة الوعد التي يبقى فيها قائماً والوعد بالتفضيل يتحقق عادة في عقود البيع² ولكنه ليس مقصوراً عليها إذ يتصور وجوده بالنسبة لأي عقد آخر³.

ويذهب الرأي السائد في الفقه⁴ إلى أن الوعد بالتفضيل هو وعد بالتعاقد معلق على شرط واقف⁵، وأخيراً في هذا الوعد حق شفعة اتفاقى يجاور حق الشفعة القانوني⁶.

ويشترك الاتفاق المبدئي مع الوعد بالتفضيل بأن كلا منهما يمهد للتفاوض حول إبرام عقد نهائي مطلوب، وقد يقترب الوعد بالتفضيل مع الاتفاق المبدئي في حال كان وعدا بالتفضيل في الدخول في مفاوضات.

إلا أن هناك فارق كبير بينهما، سواء من حيث تعيين موعد بدء العملية التفاوضية، أو من حيث تحديد الثمن أو من حيث تعيين شخص المتفاوض معه، فمن حيث تعيين موعد لبدء العملية التفاوضية بين الطرفين، فالاتفاق المبدئي يتضمن موافقة أو رغبة مبدئية على موضوع التعاقد بين الطرفين، وبدء التفاوض بينهما حالاً، أو في الموعد المعين في الاتفاق لتحديد عناصره الأساسية، أما في الوعد بالتفضيل فإنه لم يحدث بين أطرافه اتفاق على مبدأ التعاقد⁷، والتفاوض عليه.

أما من حيث تعيين الثمن، فإنه في إطار الوعد بالتفضيل في عقد البيع، فإن الثمن في العقد النهائي عادة ما يتحدد عن طريق الرجوع العرض المنافس الذي يقدمه الغير طالب الشراء إلى الواعد

1- المادة 1123 من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ في 2016/02/10.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 250.

3- رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، عقود البيع والمقايضة والتأمين، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت لبنان، 1994، ص 155.

4- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج 04، مرجع سابق، ص 68.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 251.

6 -Schmidit(J), op .cit. P208.

7 -Schmidit(J), op .cit. P208.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

في حين أن تقدير الثمن في العقد النهائي في حالة الاتفاق المبدئي لا يقوم على هذه الطريقة، إذ يتم تحديد هذا العنصر الأساسي¹ عن طريق اتفاق الطرفين المتفاوضين عليه، وليس استقلالاً عن إرادتهما أو عن طريق الغير².

أما من حيث تعيين شخص المتفاوض معه، فإن الاتفاق المبدئي يلزم كلا طرفيه بالتفاوض فيما بينهما على العقد المراد تحقيقه، أما الوعد بالترفض لا يلزم الواعد بالتفاوض مع الموعد بالفعل، وإنما يلزمه بأن يختاره فقط لتفاوض معه إذا ما قرر مستقبلاً إبرام العقد محل التفضيل، مفضلاً إياه على أي شخص آخر أي إنشاء حق شخصي لمصلحة المستفيد³، فإذا ما رفض هذا الأخير التفاوض، حق للواعد التفاوض مع أي شخص من الغير بهدف إبرام العقد معه.

وأخيراً تجدر الإشارة بأنه على خلاف الاتفاق المبدئي الذي يعد ملزماً للطرفين المتعاقدين، فإن الوعد بالترفض غالباً ما يعد ملزماً لطرف واحد⁴، كما يمكنه أن ينسحب دون أن تترتب عليه مسؤولية عملاً بمبدأ المحافظة على حرية التعاقد، طالما أن عناصر العقد النهائي المتفاوض عليه من شروط والتزامات وثمان لم يكتمل بعد، أو لم يحصل اتفاق عليها أو إذا انقضت مهلة العرض دون جواب، أو لم يكن العرض مقروناً بمهلة وسحب قبل قبوله⁵.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق المبادئ

لتحديد الطبيعة القانونية لاتفاق المبدأ يجب علينا معرفة ما إذا كان الاتفاق المبدئي السابق على التعاقد يعد بمثابة اتفاق على التفاوض، وهو ما سوف نعالجه في (الفرع الأول)، أو يعد بمثابة مشروع للعقد النهائي، ونعالجه في (الفرع الثاني) كما يلي:

أولاً: الاتفاق المبدئي اتفاق على التفاوض

يعبر الاتفاق المبدئي عن رغبة جادة وموافقة مبدئية في التعاقد، حول موضوع معين، لم تحدد بعد معالمه وعناصره الأساسية. وهذه الرغبة في التعاقد غير ملزمة، ولا تترتب أي مسؤولية على عاتق

1- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 25.

2- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 255.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 378.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 254.

5- مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 01، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 230.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الأطراف في حالة عدم إبرام العقد المنشود. لأن علاقة الطرفين تحكمها الرغبة في إجراء تفاوض خارج أي ارتباط، فالحاصل بين الطرفين لا يعدو أن يشكل تعبير عن نية التفاوض حول موضوع معين. بينما اتفاق التفاوض يشكل خطوة أكثر تقدماً إذ إن اتفاق الطرفين على التفاوض يعني أنهما وضعاً آلية ومنهجاً لسيره وإرادته¹. وبالتالي فإن هناك اختلاف واضح بين رغبة أو إرادة الطرفين بالتفاوض، وبين الاتفاق على التفاوض.

ونجد اتفاق التفاوض في اتفاق الطرفين مثلاً على تحديد مكان، وزمان، ومدة التفاوض والوسائل والشروط، واللغة المستعملة فيه، وكل ما من شأنه تقريب الأطراف من الوصول إلى إبرام العقد المنشود الذي سوف يجري التفاوض بشأنه. وكذا تحمل كلا الأطراف التزامات محددة، وذلك ضماناً لبلوغ الهدف أو الغاية المنشودة من عملية التفاوض². الأمر الذي يعني خروج الطرفين بموجب اتفاق التفاوض من دائرة الحرية المطلقة في التفاوض إلى دائرة الالتزام الإداري.

ويجمع الفقهاء على أن ما يميز الاتفاق المبدئي على التفاوض، أنه اتفاق تمهيدي سابق على التعاقد يحضر ويمهد للعقد النهائي، ويسعى لإبرامه³، لكونه يأتي فاقداً لركن التراضي تجاه أي عنصر من عناصره الجوهرية، والتي يراد الوصول إليها من خلال التقاء الطرفين للتفاوض، والتباحث وتبادل وجهات النظر فيها لتحقيق التراضي النهائي الذي يحدث التفاوض عليه، أو حتى الوعد به.

وبناء على ذلك، فإن الأثر الجوهري للاتفاق المبدئي يتمثل، في تحويل الالتزام بالتفاوض بحسن نية من مجرد التزام عام يتجرد من الطبيعة العقدية إلى التزام محدد يكتسب صفة تعاقدية، وإن سمي بالاتفاق المبدئي أنه اتفاق مبدئي على التفاوض. ومن هنا فإن الالتزام بالتفاوض، يعد بمثابة الالتزام الوحيد والأساسي الذي يقع على عاتق طرفي الاتفاق المبدئي على التفاوض.

والالتزام الطرفين بالتفاوض في هذه الحالة لا يثير أي إشكال إذا ما جاء هذا الالتزام منصوص عليه صراحة في اتفاق المبدأ، وتطبيقاً لذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية لعام 1989 المتعلق باتفاق الطرفين بالنزول في ساعات العمل الأسبوعية إلى خمس وثلاثين ساعة بحلول عام

1- مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 208.

2- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 236.

3- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 307.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

1985 مع تقييد الاتفاق باجتماع الطرفين لبحث التدابير التي يمكن اتخاذها فيما يتصل بساعات العمل الأسبوعية¹.

إلا أن الالتزام بالتفاوض يكون في الاتفاق المبدئي دون وجوب النص عليه بالفعل في اتفاق المبدأ فهذا الأخير يعبر عن حالة لا تقتزن فيها إرادة الأطراف الساعية إلى التعاقد في وقت آني، وإنما يتم الوصول إلى إبرام العقد المطلوب في هذه الحالة عبر مراحل متتالية، وهو ما يعبر عنه بفكرة PONCTUATION²، والذي يتضمن التزاما باستئناف عملية التفاوض لتحقيق الهدف المنشود³. وفي الأخير أجمع الفقه⁴ على أن تعويض المفاوض الآخر عما لحقه من خسائر وأضرار مادية أو معنوية يعتبر الجزاء الوحيد الذي يمكن أن يترتب على عائق الطرف المخل بالالتزام بالتفاوض الناشئ عن الاتفاق المبدئي، بحيث لا يجوز إجبار المفاوض المخل بالالتزام رغما عن إرادته بتنفيذ التزامه عينا كما لا يجوز القاضي أن يجبره على ذلك، واعتبار العقد منعقدا بينهما، وإلا كان مخالفا للمبدأ العام لسلطان الإرادة وكان تعدي واضحا على حرية المدين الشخصية.

ثانيا: اتفاق المبدأ وصف للاتفاق الأولي على عناصر العقد المنشود

تلقي فكرة اتفاق المبدأ طائفة أخرى متميزة من التطبيقات يجمعها اتفاق الطرفين فيها كل العناصر اللازمة لإبرام العقد المنشود، لكن الاتفاق فيها لا يكفي لتحريك آثار العقد، لأن إرادة الطرفين أو أحدهما غير مستقرة، يحتاج استقرارها إلى تأكيد لا حق من الطرفين أو من أحدهما. في هذه التطبيقات السابقة بنوعها، يصدق الاتجاه الذي يرى في اتفاق المبدأ اتفاقا غير نهائي فمن ناحية أولى فمحل اتفاق المبدأ في هذه التطبيقات هو العقد المنشود ذاته وليس التفاوض عليه حقا إن اتفاق المبدأ في هذه التطبيقات يمكن أن يكون محصلة لمفاوضات سابقة عليه، أو نتيجة لها لكنه مع ذلك لا يختلط بها على وجه آخر، فلا هو يجد مصدره بالضرورة في التزام بالتفاوض سابق عليه، ولا هو ينشئ التزاما لا حقا بالتفاوض، لكون الاتفاق عليه قد تجاوز مرحلة التفاوض إلى تحقيق الاتفاق على العناصر اللازمة لإبرام العقد، وإن ظل هذا الاتفاق مؤقتا إلى حين تأكيده بتصرف قانوني لاحق.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 272.

2- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 267.

3- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2001، ص 198.

4- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 246.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ومن ناحية ثانية، فاتفاق المبدأ في هذه التطبيقات هو اتفاق غير نهائي، أو هو مجرد مشروع تعاقدى شارك الطرفان في إعداده وأعطى كل منهما موافقة مبدئية عليه، في انتظار الموافقة النهائية التي يصير بها عقداً. وهو بهذه المثابة يظل عارياً عن القوة الملزمة للعقد إلى حين الموافقة النهائية عليه فلا يمكن المطالبة باقتضاء الحقوق وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه إلى حين تحقق هذه الموافقة النهائية، وكل ما يترتب عليه من أثره ووضع الارتهان أو الحجز المؤقت إلى حين تحقق هذه الموافقة.

ومن ناحية ثالثة فاتفاق المبدأ يصبح عقداً ملزماً بمجرد تأكيد إرادة الالتزام به تأكيداً لاحقاً لكن حرية التأكيد أو الرفض تظل مكفولة دون قيد عليها، فالتأكيد اللاحق ليس محل التزام ممن كانت موافقته غير نهائية من الطرفين أحدهما أو كلاهما. فالأمر يتعلق بإمكانه إرادياً محضاً. وهذا ما يميز اتفاق المبدأ في الصورة محل البحث عن الاتفاق المعلق على شرط واقف، حيث يكون العقد تام التكوين، ويكون إنتاجه لأثره متوقفاً على حدث احتمالي مستقبلي، مستقل عن إرادة الملتزم فيه.

ومن ناحية رابعة فإن تخلف الموافقة النهائية، أو تخلف التأكيد اللاحق، يظل متميزاً عن العدول عن العقد بمعناه المألوف، بمقابل كان أو بغير مقابل. فتخلف الموافقة النهائية، أو تخلف التأكيد حتى انتهاء المهلة المحددة من شأنه إزالة هذا الاتفاق على نحو ما نراه في صورة العقد المعلق على شرط واقف، حيث يزول العقد بأثر رجعي في حالة عدم تحقق الشرط، مع فارق واحد هو أن نفاذ اتفاق المبدأ يكون متوقفاً على محض إرادة أحد الطرفين أو كلاهما، بينما نفاذ العقد المعلق على شرط واقف بالمعنى الدقيق يكون معلقاً على حدث موضوعي لا دخل لإرادة أحد الطرفين منه، أما العدول بمعناه المألوف، فهو عدول عن عقد اجتمعت له مقومات الوجود والالتزام، لكن العدول يؤدي إلى حل عقده بعد انعقادها على نحو يؤدي إلى زواله ما قد يكون قد ترتب عليه من أثره، بعد أن كان كل ذلك حقيقة قائمة بالفعل.

ومن ناحية خامسة وأخيرة فالأمر في اتفاق المبدأ بالمعنى المقصود في هذا المقام ليس مظهراً من مظاهر تقسيم انعقاد العقد إلى مراحل متتالية، يتم فيها الاتفاق تباعاً على عناصره، بقدر ما هو مظهر من مظاهر اتجاه آخر ينحو إلى تجزئة الإرادة أو التراضي ذاته إلى إرادة أو تراضي أولى مؤقتة أو غير نهائية، محله تكوين العقد، وتراضي بات نهائي محله نفاذ العقد ولزومه.

وعلى هذا النحو فإننا ننتهي إلى أن فكرة اتفاق المبدأ هي مجرد فكرة إطارية تستوعب أو ضاعاً اتفاقية مختلفة سابقة على التعاقد، لا تنتهي إلى فكرة موضوعية واحدة، فبعضها ينتهي إلى فكرة

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الاتفاق على التفاوض سعياً إلى إبرام العقد المنشود، وبعضها ينتمي إلى فكرة التراضي غير البات وغير النهائي، أو فكرة التراضي المقترن بتحفظ إرادي.

وهي لذلك فكرة ليس لها في ذاتها فائدة إيجابية، بمعنى أنها غير مجدية في تحديد مضمون الاتفاقات السابقة على التعاقد وتحديد آثارها. واستعمالها في هذا المجال يؤدي إلى الخلط والغموض لكن هذه الفكرة تظل لها فائدة سلبية في مجال الفصل في النزاع على انعقاد العقد المنشود من عدمه، من خلال إضفاء وصف اتفاق المبدأ على الاتفاقات التي لا ترقى إلى مقام العقد المنشود. وبهذا المعنى يكون ما اتفق عليه الطرفان مجرد اتفاق المبدأ، كلما كان مضمون الاتفاق هو الالتزام الطرفين بالتفاوض وصولاً إلى العقد المنشود، أو كان مضمونه تحديد العناصر اللازمة لانعقاد هذا العقد بصفة مبدئية لا نلزم الطرفين إلا بتأكيد لا حق لهذا الاتفاق.

المطلب الثاني: اتفاق الإطار

في بعض الأحيان يلجأ الطرفان المتفاوضان إلى إبرام سلسلة من العقود ذات الطبيعة الواحدة ومثال على ذلك عقود التوريد، والتي من خلالها يقوم الطرفان بوضع شروط رئيسية وجوهرية¹ تنظم إبرام هذه العقود في المستقبل وتسمى هذه الشروط اتفاق الإطار. والذي نبينه من خلال مفهوم اتفاق الإطار في (الفرع الأول)، وأهم الجوانب القانونية المحيطة به في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عقد الإطار

لمعرفة مفهوم اتفاق الإطار كمرحلة سابقة على العقد النهائي لابد من تعريفه، وتبيان ما يميزه عن غيره من المفاهيم المشابهة له وذكر أهم صوره وتطبيقاته.

أولاً: تعريف عقد الإطار

هو عبارة عن اتفاق أولي أو ابتدائي يشتمل على إبرام عقود لاحقة، تعرف بعقود التطبيق، أو التنفيذ، ويكون المغزى من هذا الاتفاق تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود، في حين يترك تحديد المسائل الأخرى لكي تتم من خلال العقود اللاحقة التي يشكل هذا الاتفاق إطاراً لها.²

1- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص369.

2- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص68.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ويعرف بعض الفقه بأنه " ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان باتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة وهي عقود التطبيق أو عقود التنفيذ¹ .

ويعرفه آخرون بأن عقد الإطار هو اتفاق أولي أو ابتدائي يشتمل على إبرام عقود لاحقة تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ ويهدف هذا الاتفاق إلى تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود في حين تترك مسألة تقدير الثمن لكي تتم من خلال العقود اللاحقة والتي يشكل هذا العقد إطارا لها² .

وهو ذلك العقد الذي يحدد موضوع علاقات الأطراف، وكذا الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان باتباعها، فيما يبرمانه من عقود لاحقة تسمى "عقود التطبيق"³ .

كما أن عقد الإطار لا يتضمن بالضرورة تحديدا لكافة العناصر الجوهرية والأساسية للعقد التطبيقي الوارد مباشرة على السلعة أو الخدمة، نظرا لصعوبة أو استحالة هذا التحديد عند إبرامه⁴ . فالهدف الأساسي من اتفاق الإطار هو مجرد تسيير إبرام وتنفيذ العقود المطبقة أو المنفذة له عند الحاجة إلى إبرامها⁵ ، غير أنه لا مانع من أن يتضمن اتفاق الإطار العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية أو التنفيذية، والقواعد العامة التي ستحكمها، وإلزام طرفيه أو أحدهما إذا ما رغب الآخر في ذلك⁶ .

ينشئ عقد الإطار مجموعة من الالتزامات الإيجابية والسلبية، على طرفيه تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية المتوقع إبرامها بينهما مستقبلا كما أن عقد الإطار وعقود التطبيق التي يمهد لها تشكل مجموعة عقدية، يربطها هدف اقتصادي واحد⁷ .

وعرف القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016/02/10 اتفاق الإطار في المادة 1111 على أنه: "عقد الإطار هو اتفاق يحدد الأطراف بمقتضاه الخصائص العامة لعلاقاتهم التعاقدية المستقبلية. وتحدد عقود التطبيق كيفية تنفيذ هذا الاتفاق"⁸ .

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 479.

2 - Mousseron(j,m), op.cit. P 66.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 130.

4- علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 116.

5- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق، ص 130.

6- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 73.

7- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق، ص 130.

8- المادة 1111 من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016/02/10.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ومن خلال تحليل نص هذه المادة نجد أن الهدف الذي يسعى الطرفان إلى تحقيقه من اتفاق الإطار، هو تنظيم العلاقات التعاقدية المستقبلية بينهما، وضمان واستمرارية المعاملات بينهما بصورة منتظمة من ناحية، وإتمامها بصورة بسيطة وسريعة عبر تقليص دائرة التفاوض والتباحث بشأنها من ناحية أخرى، الأمر الذي يلزم الطرفين بالاتفاق سلفاً على إخضاع هذه المعاملات المستقبلية لقواعد وشروط لها نفس الطبيعة.

أما في القانون المدني الجزائري فإن عقد الإطار يخضع للشروط المطلوبة لصحة العقد¹ وإذا كان موضوع الالتزام يجب أن يكون محددًا أو قابلاً للتحديد، وفقاً لأحكام المادة 92 من القانون المدني الجزائري²، فإن عقد الإطار نادراً ما يحدد عقود التطبيق التي ستبرم في المستقبل³. وعلى هذا الأساس فإنه يختلف عن العقد النهائي، كما يختلف عن غيره من العقود السابقة على التعاقد⁴. ونشير إلى أن عقد الإطار ليس في ذاته وعداً بالتعاقد، وإنما هو اتفاق متميز عنه في أهدافه ومحتواه⁵.

وعلى هذا الأساس فإن اتفاق الإطار هو عبارة عن تنظيم نموذجي حاكم لتعاقد مستقبلي، يتم بمراعاة القواعد والشروط الأساسية الواردة في الاتفاق، فهو اتفاق على إبرام عقود مستقبلية تسمى بعقود التطبيق أو التنفيذ حيث يهدف هذا الاتفاق إلى تحديد الشروط الأساسية والجوهرية لتلك العقود، التي يمكن للأطراف من خلالها تنفيذ تعهداتهم بإبرام العقد النهائي، كما يرتب التزامات إيجابية أو سلبية وآثار قانونية خاصة تتعلق بطرق إبرام عقود التطبيق، وضبط القواعد العامة التي ستحكمها.

وفي الأخير نجد أن خصوصية اتفاق الإطار تعود لكون الاتفاق المبرم بين الطرفين يضع إطاراً عاماً واحداً تخضع له سائر المعاملات المستقبلية، ويتميز هذا الاتفاق على أنه يترك مهمة تحقيق أهداف طرفيه لعقود أخرى لاحقة مستقبلية تسمى بالعقود التطبيقية، حيث تبرم تطبيقاً لاتفاق آخر سابق عليها.

1- المادة 59 من القانون المدني الجزائري، وما يليها.

2- المادة 92 من القانون المدني الجزائري.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 132.

4- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 370.

5- المادتين 71 و72 من القانون المدني الجزائري.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ثانياً: التمييز بين اتفاق الإطار وغيره من الاتفاقات السابقة على التعاقد

قد يتشابه اتفاق الإطار مع غيره من الاتفاقات السابقة على التعاقد كاتفاق التفاوض، والوعد بالترفضيل، والوعد بالتعاقد في نقاط كثيرة، كما قد يختلف عنها في نقاط أخرى. تجعل منه اتفاق سابق على التعاقد يختلف عن غيره من المفاهيم.

1- اتفاق الإطار واتفاق التفاوض:

يشترك عقد الإطار مع اتفاق التفاوض بأن كلاهما يعد اتفاقاً سابقاً على التعاقد، يمهد ويحضر لقيام عقد نهائي.

إلا أن هناك فوارق جوهرية ما بين اتفاق الإطار واتفاق التفاوض، حيث نجد أن اتفاق الإطار يتضمن تحديداً لقواعد وشروط أساسية، والتي يتعين خضوع عقود التطبيق المبرمة بين الطرفين مستقبلاً لها، على نحو يقلص من دائرة التفاوض بشأنها، ويضمن سيرها واستمرارها. على عكس اتفاق المبادئ الذي يخلو من مثل هذه القواعد أو الشروط¹.

كما أن اتفاق الإطار يهدف إلى إبرام عقود التطبيق وفقاً للشروط المقررة²، إلا أن الاختلاف بينه وبين اتفاق التفاوض هو أن هذا الأخير يأتي مقتصرًا على إلزام أطرافه بمباشرة عملية التفاوض على العقد المراد تحقيقه بينهما، ولكن دون أن يفرض عليهما أي شرط من شروط هذا الأخير³. أما اتفاق الإطار فيلزم جميع أطرافه بأن يكون العقد المراد إبرامه متطابقاً مع الشروط والأحكام الواردة فيه وغير مخالف لها.

ويعتبر اتفاق التفاوض حسب طبيعته اتفاق مؤقت، حيث ينتهي دور هذا الأخير بوصول الأطراف المتفاوضة على العناصر اللازمة للعقد المزمع إبرامه، في حين أن اتفاق الإطار يهدف إلى تنظيم معاملات مستقبلية بين طرفيه بشكل يرتبط فيه تحديد عناصرها بالزمن الذي تتحقق فيه.

2- اتفاق الإطار والوعد بالترفضيل:

يشترك اتفاق الإطار مع الوعد بالترفضيل، في كونهما اتفاقاً يمهد ويحضر لعقد آخر، يسعى الطرفان لإبرامه في المستقبل، إلا أنهما يختلفان في أن اتفاق الإطار يتضمن عقداً رئيسياً يحكم وينظم

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 307.

2- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 271.

3- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 480. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 109.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

العلاقات بين الطرفين، ولدة زمنية ليست بالقصيرة، في حين الوعد بالترفضيل والذي يعتبر عقدا ثانويا يعقبه عقد آخر رئيسي، ونتيجة هذا الطابع الثانوي فان الوعد بالترفضيل يرد عادة منصبا على عقد واحد، أما إذا ما ورد متعلقا بعقود متعددة فان الوعد بالترفضيل قد يشكل عندئذ اتفاق إطار غير ملزم بالتعاقد¹.

إن الالتزام الأساسي أو الجوهرى في عقد التفضيل يتمثل بامتناع الواعد عن إبرام عقد التفضيل مع الغير في المستقبل قبل أن يعرضه على الطرف الموعد له، أما في اتفاق الإطار فان هذا الالتزام لا يعد من جوهر هذا الاتفاق. فقد يرتب على اتفاق الإطار التزامات متعددة، أو اتصال بالهاتفون أو بالفاكس، وآخر متصل بشروط تنفيذها حجم المشتريات، شروط ضمان العيوب الظاهرة أو الخفية، كيفية النقل وشروطه مواعيد التسليم ومكانه، كيفية الوفاء بالثمن².

3- اتفاق الإطار والوعد بالتعاقد:

يرى البعض³ أن عقد الإطار لا يعدو أن يكون وعدا بالتعاقد، يتم تنفيذه من خلال العقود التطبيقية أو التنفيذية اللاحقة له، إلا أن هذا الرأي محل نظر لوجود العديد من الفوارق بينهما من أن العقود التنفيذية أو التطبيقية التي يمهدها لها عقد الإطار، تتطلب تراضيا بين أطرافها، أي أن يتفقا مستقبلا، ذلك أنها ليست مجرد إجراء تنفيذي لهذا العقد أما العقد الموعد به فإنه يبرم حينما يعلن الموعد له عن رغبته في التعاقد، خلال المدة المتفق عليها في الوعد⁴.

ويختلف اتفاق الإطار عن الوعد بالتعاقد، في أن العقد في الوعد بالتعاقد يتم بمجرد أن يظهر الموعد له رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة فيه، ودون حاجة لأي إجراء آخر، في حين العقود التطبيقية اللاحقة على اتفاق الإطار لا تقوم بمطلق إرادة منفردة من قبل أحد الأطراف، وإنما تستلزم رضا متبادلا من الطرفين بشأن العناصر الخاصة بكل عقد تطبيقي على حدة⁵.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص308.

2- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص283.

3 -Schmidit(J), op.cit. P230.

4- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص238.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص309. ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص47.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

كما أن عقد الإطار لا يتضمن اتفاقاً على المسائل الجوهرية لعقود التطبيق وعقود التنفيذ اللاحقة له حيث يستبقى تحديد الثمن والكمية كمحل لاتفاق لاحق لهما بين المتعاقدين¹ عكس الوعد بالتعاقد الذي ينبغي أن تتوافر فيه كافة الشروط الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه²، طبقاً لما تقتضيه المادة 71 من القانون المدني الجزائري³.

هذا وقد يتضمن عقد الإطار وعدا بالتعاقد، إذا تضمن التزاماً بإبرام عقود التنفيذ خلال مدة معينة في حال ما أبدى الطرف الآخر رغبته في التعاقد خلال هذه المدة شريطة أن يتضمن كافة الشروط الجوهرية لهذه العقود⁴. ورغم ذلك فإن الوعد بالتعاقد في هذه الحالة يظل متميزاً عن الاتفاق الإطاري، فهو يعد بمثابة اتفاق مستقل يضاف إلى الاتفاق الإطاري دون أن يحدث أي تغيير في حقيقته الذاتية⁵.

ومنه نخلص إلى أن اتفاق الإطار لا يتضمن سوى شروط تنفيذ العقود المستقبلية، أو ما يعرف بالشروط العامة للتعاقد، وهي شروط لا تكفي بذاتها لإبرام هذه العقود، لكن الوعد بالتعاقد يبقى متميزاً عن اتفاق الإطار، فهو بمثابة اتفاق مستقل يضاف إلى اتفاق الإطار، دون أن يحدث فيه أي تغيير.

كما نستنتج أن عقد الإطار يختلف عن الاتفاقات السابقة على التعاقد، ويتميز عن العقود اللاحقة التي يمهد لها والتي تعرف بعقود التطبيق أو عقود التنفيذ فعلى الرغم من أن وظيفته هي التحضير أو التهيئة لهذه العقود إلا أنه يبقى مستقلاً عنها فلا يكفي الاتفاق على عقد الإطار إبرام عقود التطبيق أو عقود التنفيذ بل يجب الاتفاق أو التراضي مجدداً على هذه العقود.

أما بخصوص الطبيعة القانونية لعقد الإطار فهو ليس عقد بيع أو وعد بالبيع بل هو عقد يهدف إلى تحديد الشروط العامة والقواعد الأساسية التي تحكم وتنظم عملية إبرام وتنفيذ عقود التطبيق أو التنفيذ اللاحقة، وهو في جميع الأحوال يتضمن القواعد الأساسية التي تحكم انعقاد وتنفيذ عقود أخرى مستقبلية. كذلك فإن هذه العقود لا يتم في الغالب تحديد الثمن فيها بل يترك ليحدد في عقود

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 480.

2- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 47.

3- المادة 71 من القانون المدني الجزائري

4 -Schmidit(J), op.cit. P231.

5- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 284.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

التطبيق اللاحقة التي تمثل عقود بيع¹. وهو الاتجاه الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية منذ عام 1995².

ثالثا: صور وتطبيقات عقد الإطار

تتعدد وتتنوع صور عقد الإطار، في الواقع العملي فقد تأتي على شكل اتفاقات جماعية، أو اتفاقات فردية، وذلك بهدف تنظيم المعاملات بين الأطراف التي تتجسد في روابط عقدية قد تبرم في المستقبل.

1- عقد الإطار الفردي:

قد يكون اتفاق الإطار اتفاقا فرديا، بحيث يجري إبرامه بين طرفين طبيعيين أو معنويين، وذلك بهدف تنظيم المعاملات المستقبلية التي قد تتم بينهما. بغية تبسيط هذه المعاملات وتيسير إبرامها على وجه السرعة دون إطالة لأمد المفاوضات بشأنها.

ويتجلى الاتفاق الفردي عادة في الاتفاقات التي ترتبط بمؤسسات الصناعة بالمنتجين للمواد والصناعات الأولية التي تستلزمها صناعاتهم، أو تربطها بمؤسسات التوزيع، أو تربط هؤلاء بالموزع النهائي، أو تربط رب الخدمة بمن هو في حاجة مستمرة إليها³.

ومثاله أيضا الاتفاق المعروف تحت تسمية الفرانشيز franchise، الذي يعرف بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى المانح، بتعليم شخص آخر يسمى الممنوح له المعرفة العملية، والتي تشمل على نقل المعرفة الفنية وتقديم المساعدة التقنية، وتخويله استخدام علامته التجارية والتزويد من المومنين له، مع التزام الممنوح له دفع مقابل متفق عليه بين الطرفين، والالتزام بعدم المنافسة والحفاظ على السرية"⁴.

كما يتجسد عقد الإطار بصفة واضحة في الاتفاق الخاص بتوزيع إنتاج مصنع السيارات، فالمنتج يعتمد على الموزع في توزيع السيارات التي ينتجها وكفالة الانتشار لها، وبالدراسة الفنية والتجارية

1- صدام فيصل كوكز المحمدي، اتفاقات الإطار، دراسة في آليات التعاقد المنظمة للعلاقات القانونية المستمرة، دراسة مقارنة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، العراق، 2006، ص 91.

2- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 208.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 312.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 53.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

والمالية، من خلال مساعدته في إقامة المعارض ومراكز الصيانة ومخازن قطع الغيار، وما يتطلبه كل ذلك من أعباء مالية¹.

2- عقد الإطار الجماعي:

قد يكتسب اتفاق الإطار طابعا جماعيا، والاتفاق الجماعي عبارة عن اتفاق يربط مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية، بفرد أو مجموعة أخرى من الأفراد بصفتهم الجماعية، فتعنى أحكامه وشروطه بمجموعة كبيرة من الأفراد التي يجب مراعاتها في الروابط التي قد تنشأ بينهم مستقبلا وينصرف أثر هذا الاتفاق ليس فقط إلى من اشترك في إبرامه، وإنما يمتد إلى باقي الأفراد، حتى من لم يشترك منهم في إبرامه.

قد يطبق اتفاق الإطار الجماعي في مجال الزراعة، فقد يبرم المنتجين الزراعيين والمشتريين لهذا الإنتاج اتفاقات جماعية، ولفترة زمنية طويلة ينصب موضوعها على وضع إطار عام، يطبق على المعاملات المستقبلية التي تتم بينهما في هذا المجال².

واتفاقات العمل الجماعية تعتبر النموذج الأمثل والأقرب لاتفاق الإطار الجماعي، كون أن هذه الاتفاقات تبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين واحد أو أكثر من أصحاب الأعمال، أو منظمة من منظمات أصحاب العمال، من أجل تنظيم شروط العمل وتحسين ظروف العامل³.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 114 من قانون العمل 11/90 بأنه: "اتفاق مدون يتضمن مجموعة شروط التشغيل والعمل، فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية"⁴.

ويهدف اتفاق الإطار الجماعي إلى حماية أفراد تربطهم مصالح مشتركة، الأمر الذي يجعلهم في مركز قوة قبل التفاوض، وهو ما يضيف عليهم نفوذا لا يملكه كل منهم بمفرده، فالاتفاق الجماعي ينصرف أثره ليس فقط إلى من اشترك في إبرامه من أفراد المجموعة، وإنما إلى باقي أفرادها حتى من لم يشترك منهم في إبرامه، باعتبار من اشترك منهم في إبرامه ممثلا لهم، أو مشترطا لصالحهم⁵.

1- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 288-289.

2- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 272.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 313.

4- القانون رقم 11/90 المؤرخ بتاريخ 1990/04/21، يتعلق بعلاقات العمل، ج، ر، العدد 17، لسنة 1990.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 313.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ومنه نجد أن عقد العمل الجماعي يتم إبرامه بين نقابات العمال ورب العمل أو منظمة ممثلة لأرباب العمل، والتي تهدف إلى تنظيم شروط العمل¹، والعلاقة بينه وبين عقود العمل الفردية هي تطبيق حقيقي للعلاقة بين فكرة اتفاق الإطار والعقود التي تبرم تطبيقاً له²، باعتبار أن عقد العمل الجماعي هو في الواقع اتفاق إطار تبرم على أساسه عقود العمل الفردية والتي تعد بمثابة عقود تطبيقية له³.

الفرع الثاني: الجوانب القانونية لاتفاق الإطار

يعتبر اتفاق الإطار عقداً حقيقياً، متى توافرت فيه أركان انعقاده، وشروط صحته كالرضا والمحل والسبب، وذلك طبقاً للقواعد العامة لانعقاد العقد، كما قد يرتب آثاراً تتمثل في التزامات إيجابية والتزامات سلبية تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية المستقبلية.

أولاً : الرضا في اتفاق الإطار

يعد اتفاق الإطار من العقود الرضائية التي يتحقق الوجود القانوني لها، من خلال تطابق عنصري الإيجاب والقبول واقتراحهما معاً، وبالتالي فإن هذا الاتفاق يخضع إلى ذات القواعد العامة فيما يتصل بوجود الرضا والتعبير عنه⁴، وفيما يتعلق أيضاً بصحة الرضا من أهلية، وخلو من العيوب⁵. كما لا يشترط في اتفاق الإطار أن يوضع في شكلاً خاصاً.

ويرى الفقه القانوني أن العنصر الرئيسي المميز لاتفاق الإطار يكمن في رضا الطرفين على توحيد معاملتهما المستقبلية، وإخضاعها لأحكام نظام عقدي محددة مسبقاً⁶، وهو ما يعكس قيام نية التوحيد للمعاملات الجارية ما بين الطرفين، وفي حال إبرام عقود متعددة لا ترتبط فيما بينهما باتفاق

1- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص272.

2- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 51.

3- محمد حسين عبد العال، إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص33.

4 -Schmidit(J) , op.cit. P234.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص315.

6- أنس عبد المهدي فريجات، المرجع نفسه، ص316.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

إطارى سابق، فلا تعد عقوداً تطبيقية¹، وهو ما يجعل من عناصر وشروط أي عقد تطبيقي لاحق بحاجة إلى رضا آخر مختلف ومستقل عن الرضا الأول المنشئ لاتفاق الإطار.

لكن قد يحدث في بعض الحالات، أن يكون أطراف عقد الإطار مختلفين كلية عن أطراف عقود التطبيق، وهو ما يحدث بصفة خاصة في عقود الإطار الجماعية، بحيث لا يكون أطراف عقد الإطار هم أنفسهم الذين يبرمون عقود التطبيق الفردية في المستقبل.

وهذا ما نجده في اتفاق العمل الجماعي الذي، يبرم بين صاحب العمل ونقابة العمال، نجد بأن صاحب العمل طرفاً، سواء في عقد الإطار الجماعي أو في عقود التطبيق، بينما يكون الطرف الآخر، هو النقابة في اتفاق الإطار والعمال أنفسهم في العقود التطبيقية، وهي عقود العمل الفردية.

ففي هذه الحالة، يختلف طرفاً عقد الإطار عن طرفي العقود التطبيقية، وهنا تثار المشكلة وتبدو الصعوبة في إخضاع العقود التطبيقية لعقد الإطار، في ظل مبدأ آثار العقد².

يرى البعض من الفقهاء³ أنه يمكن لحل هذه الإشكالية من خلال الالتجاء إلى فكرة النيابة باعتبار أحد طرفي عقد الإطار نقابة العمال مثلاً نائباً عن الطرف المقابل له في العقود التطبيقية العمال، أو من خلال فكرة الاشتراط لمصلحة الغير⁴، باعتبار أحد طرفي عقد الإطار مشروطاً لمصلحة أحد أطراف العقود التطبيقية، غير أن هذه الآليات القانونية لا تصلح حلاً لهذه الإشكالية في كافة الفروض⁵.

ويرى بعض الفقهاء بأنه يجب التغلب على هذه الصعوبة انطباق عقد الإطار على عقود مبرمة بين غير أطرافها، من قبيل الاستثناء على مبدأ نسبية أثر العقد⁶. ويبرر البعض هذا الحل بأن القانون المعاصر يتجه إلى التخلي عن المعيار التقليدي لتحديد أطراف الاتفاق أو العقد، القائم على التعبير عن إرادة الالتزام به، إلى معيار آخر ذي طابع اقتصادي يستند على أساس المصلحة التي يسعى العقد إلى تحقيقها لشخص أو أشخاص سواء اشتركوا أم لم يشتركوا في إبرامه⁷.

1 -Schmidit() , op. cit. P297.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 512.

3- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص ص290-291.

4- المادة 116 إلى 118 من القانون المدني الجزائري.

5- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص55.

6- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص273.

7- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص291.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

وفي العقود الفردية لا يكون أطراف العقود التطبيقية بالضرورة هم أنفسهم أطراف عقد الإطار، بحيث يمكن أن يكون أحدهما أو كلاهما خارج عن إبرام عقد الإطار، ومثال عقد التوريد الذي يلتزم فيه الموزع بالتزود بالمنتج عن طريق شخص من الغير، يحدده الطرف الآخر، كصانع معدات فلاحية فرنسي يبرم عقد إطار توريد مع موزع في الجزائر، ويلزم هذا الأخير بقصر نشاطه على معداته فقط، وأن يحصل عليها من موزعه الوحيد في تونس، كما يحل هذا الأخير محل الصانع الفرنسي في كافة حقوقه ودعاواه وتأميناته الناشئة عن عقد الإطار قبل الموزع الجزائري¹.

وفي الأخير نجد أنه لا يتعين لصحة عقد الإطار تعيين كافة العناصر الأساسية والجوهرية لعقود التطبيق، وإنما يكون تعيين العناصر الجوهرية لازما، عند إبرام العقود التطبيقية في المستقبل². حيث يتطلب عقد الإطار تراضيا مستقلا لانعقاده، وهو غير كاف بذاته لإنشاء العقود التطبيقية، حيث يتطلب لانعقادها تراضيا جديدا نظرا إلى استقلال هذا الاتفاق عن العقود التي تبرم تطبيقا له، والتي تعتبر إجراء تنفيذي له، يخضع لأحكامه وبدون ذلك لا يمكن عده عقدا تطبيقيا³.

ثانيا: المحل في اتفاق الإطار

هناك اختلاف فيما يخص تعيين محل عقد الإطار، حيث يرى البعض أن محل اتفاق الإطار يتمثل في العقود التطبيقية ذاتها، وذلك على اعتبار أن المقصود بمحل العقد هو العملية القانونية التي يسعى الطرفان إلى تحقيقها. ويرى آخرون أن محل الاتفاق هو الالتزام باحترام الشروط الواردة فيه عند إبرام العقود التطبيقية في المستقبل، ذلك بالنظر إلى أن المراد بمحل العقد هو الالتزام الرئيسي الذي يسمح بتحقيق الهدف الاقتصادي المطلوب من العقد⁴.

ومن خلال ذلك نجد أن محل عقد الإطار هو الالتزام الرئيسي الذي ينشئه عقد الإطار الذي يتمثل في تنظيم إبرام عقود التطبيق، بحيث يتم هذا الإبرام بطريقة سهلة وسريعة، مع الالتزام بمراعاة الشروط الواردة فيه عند إبرام عقود التطبيق مستقبلا⁵.

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 56.

2- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 294.

3- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 56.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 319.

5- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 293.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

وبما أن هذا الالتزام يرد أساسا على عقود التطبيق، فإنه يتعين أن تكون هذه العقود ممكنة ومعينة أو قابلة للتعين، ومشروعة، وذلك حتى يكون محل عقد الإطار صحيحا، وفقا للقواعد العامة¹.

وأخيرا يتعين أن يكون إبرام عقود التطبيق، ممكنا في المستقبل² فإذا كانت هذه العقود مستحيلة في حد ذاتها، كان عقد الإطار باطلا³. ويستوجب أن تكون عقود التطبيق، معينة أو قابلة للتعين بنوعها ومقدارها، وإلا وقع عقد الإطار باطلا⁴ كما ينبغي أن تكون عقود التطبيق مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فإذا كانت كذلك، كان عقد الإطار باطلا⁵.

ثالثا: آثار عقد الإطار

تترتب على عقد الإطار عدة آثار تتمثل في التزامات إيجابية والتزامات سلبية تتعلق بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية المستقبلية.

1- الالتزامات الإيجابية:

ينشئ في الغالب عقد الإطار التزامات إيجابية تتعلق بإبرام العقود التطبيقية، تختلف باختلاف الحالات ومن مثال على ذلك وضع نماذج لطلبات التعاقد، وتحديد أوقات تقديمها. ومن ذلك تحديد كيفية الإعلام بقبولها كأن يتفق على ضرورة الإعلان عنه برسالة بريد، أو بالفاكس⁶. كما يستطيع أن يبين عقد الإطار، مواعيد إبرام عقود التطبيق، كأن يحدد تواريخ معينة لإبرام هذه العقود، مثل اليوم الأول من كل شهر⁷، أو ينص على أن مجرد السكوت عن الرد مدة معينة يعتبر يعتبر بمثابة قبول. ومن ذلك تحديد عنصر أو آخر من عناصر العقد الجوهرية، كالكمية أو الثمن، وكتحديد المواصفات الفنية للسلعة محل التعاقد وكيفية النقل والتأمين⁸.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 514.

2- تنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا".

3- تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".

4- تنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يكن محل الالتزام مستحيلا في ذاته، وجب أن يكون معين بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

5- تنص المادة 96 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام، أو الآداب كان العقد باطلا".

6- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 303.

7- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 520.

8- علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 520.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

وقد ينشئ كذلك التزامات تتعلق بتنفيذ العقود، كتحديد مواعيد التسليم ومواعيد الوفاء بالثمن وكيفيته، وتحديد شروط ضمان العيوب الظاهرة أو الخفية¹.

2- الالتزامات السلبية:

يمكن أن تتعدد بدورها، من ذلك مثلا الشروط التي تلزم أحد الطرفين بقصر تعامله في السلعة أو الخدمة على الطرف الآخر أو على دائرة الأشخاص الآخرين المرتبطين به، والذين يتضمن الاتفاق تحديدا لهم². وهو الشرط الذي، يلتزم بموجبه أحد الطرفين، أو كل منهما بعدم إبرام عقد تطبيق مماثل مع الغير، مثال ذلك الشرط الذي يلزم المورد إليه في عقد إطار التوريد، بأن يقتصر على توزيع السلع التي تورده إليه من الطرف الثاني بحيث يكون هذا الأخير هو المصدر الوحيد للسلع التي يوزعها ومن ذلك أيضا، الشرط الذي يحرم على الموزع تجاوز ثمن معين في العقود التي يبرمها مع عملائه.

ومن من الالتزامات السلبية أيضا الشروط التي تلزم الموزع بعدم بيع السلعة أو الخدمة محل التعاقد إلا وفقا لنموذج معين يتضمنه الاتفاق. وفي حالة ما إذا أخل أحد الطرفين، بالالتزامات الناشئة عن عقد الإطار جاز للطرف الآخر، أن يطالب بفسخ أو بالتعويض، إلا أن عقد الإطار غالبا ما يتضمن شرطا يقضي بالفسخ التلقائي بمجرد إعلان رغبة أحد الطرفين فيه، أو عند إخلال الطرف الآخر بالتزام من التزاماته، دون حاجة إلى تنبه أو اعدار أو اللجوء إلى القضاء. وذلك تفاديا لإضاعة وهدر الكثير من الجهد والوقت والنفقات على نحو، لا يتناسب مع أهداف عقد الإطار، من تبسيط في المعاملات³.

واتفاق الإطار ليس بطبيعته من عقود الاعتبار الشخصي فالأصل أنه قابل للانتقال، فليس هناك ما يمنع من تنازل أحد طرفيه عنه للغير، وعلى العكس من ذلك فإنه يبدو أكثر ارتباطا بالمشروع الذي يمثله كل من الطرفين. وعلى هذا الأساس فإن عقد الإطار ينصرف أثره إلى الورثة أو الموصى له عند وفاة أحد الطرفين، وقد ينص فوق ذلك على أنه في حال تنازل أحد الطرفين عن اتفاق الإطار إلى الغير، يبقى المتنازل مسؤولا عن الالتزامات الناشئة عنه، مع المتنازل له، على سبيل التضامن⁴.

1- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 303.

2- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع نفسه، ص 303.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 521.

4- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص ص 304 - 305.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

كما قد يكون لاتفاق الإطار مدة محددة أو غير محددة، لكن بصفة عامة تحدد له مدة طويلة كعشر سنوات أو أكثر، فالهدف من اتفاق الإطار هو تأمين علاقة مستمرة للأطراف واستقرارها، وهو ما يتوافق مع إطالة مدة الاتفاق، كما يمكنه أن ينقضي خلال هذه المدة أو قبل انقضائها كحالة القوة القاهرة التي تحول دون إمكانية تنفيذه خلال المدة المتبقية، كما قد ينتهي الاتفاق في حالة فسخ والتعويض إذا ما أخل أحد الطرفين بالتزاماته¹.

المبحث الثاني:

الاتفاقات المرحلية في المفاوضات

يقصد بالاتفاقات المرحلية السابقة على التعاقد، اتفاقات تنصب على جزء من الغاية التي يبتغيها الطرفان من العقد المنشود²، فهي بذلك تجسد مرحلة من مراحل التفاوض وخطوة في اتجاه العقد المراد إبرامه أو تحقق هذه الغاية بصفة جزئية، أو مؤقتة قبل الاتفاق النهائي على العقد المنشود، بحيث يلجأ الأطراف إلى إبرام اتفاقات تنصب إما على جزء من الهدف الذي يرمون إليه من العقد النهائي عن طريق صياغة المسائل التي اتفقوا عليها في كل مرحلة من مراحل التفاوض وإفراغها فيما يسمى الاتفاق الجزئي، حتى لا يضطروا إلى مناقشتها من جديد عند صياغة العقد النهائي، وإما إلى تحقيق هذه الغاية بصفة وقتية احتياطية ريثما يتم الاتفاق على هذا العقد ينصب العقد الجزئي على مسألة وقتية ترتبط زمنياً بمرحلة المفاوضات، وهنا نكون بصدد ما يسمى بالعقد المؤقت³.

كما تسهل الاتفاقات المرحلية عملية التفاوض على العقود المستقبلية اللاحقة لها. ومنه تعتبر بمثابة اتفاقات سابقة على التعاقد لكنها في الوقت ذاته اتفاقات نهائية تحقق التزاماً بين الطرفين، في حدود النطاق الموضوعي أو النطاق الزمني المؤقت المتفق عليه⁴. وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين (المطلب الأول) نتعرض للاتفاق الجزئي، أما (المطلب الثاني) نخصصه للاتفاق المؤقت.

المطلب الأول: الاتفاق الجزئي

1- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع نفسه، ص 306.

2- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع نفسه، ص 314.

3- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 69.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 345.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

قد يلجأ الطرفان المتفاوضان في كثير من الأحيان إلى تنظيم كل خطوة من خطوات المفاوضات من خلال إفراغ كل مسألة متفق عليها أثناء مرحلة التفاوض في وثيقة مكتوبة تسمى بالعقد الجزئي ثم يواصلان التفاوض على النقاط المتبقية، إلى غاية إبرام العقد النهائي.

وفي هذا المجال، نتطرق للاتفاق الجزئي كأحد صور الاتفاقات المرحلية في مرحلة التفاوض من خلال التعرف على مفهوم هذا الاتفاق، في (الفرع الأول) ثم تحديد القيمة القانونية للاتفاق الجزئي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الاتفاق الجزئي

لمعرفة مفهوم الاتفاق الجزئي يقتضي تحديد تعريف الاتفاق الجزئي أولاً، ثم مقارنته عما يشابهه من اتفاقات سابقة على التعاقد ثانياً، كما نعرض على أهم التطبيقات المختلفة التي قد يتخذها الاتفاق الجزئي في الواقع العملي ثالثاً.

أولاً: تعريف الاتفاق الجزئي

عرفه أحد الفقهاء بأنه: "العقد الذي يتوصل إليه الطرفان أثناء المفاوضات، وبموجبه تحسم المسائل التي تم الاتفاق عليها أولاً بأول"¹. أي أن بالاتفاق الجزئي هو ذلك الاتفاق الذي يتوصل إليه الطرفان خلال المفاوضات التعاقدية، وبموجبه يحددان المسائل التي تمكنوا من تحقيق اتفاق بشأنها أولاً بأول.

وبإبرام الاتفاق الجزئي يكون الأطراف المتفاوضون قد عمدوا إلى تكريس مرحلة من مراحل التفاوض، دون إرادة الالتزام بروابط العقد النهائي². لذلك فإن الاتفاق الجزئي يجد أساسه في نظرية الاتفاق المرحلي، وهي ما يسمى *ponctuation*، فهذا الاتفاق يشتمل على مراحل متعددة ومتعاقبة على نحو يقوم به الاتفاق المرحلي بمهمة رصد وصياغة المسائل التي توصل الأطراف إلى حسم الاتفاق بشأنها، ثم ينتقلوا بعد ذلك إلى المرحلة الأخرى، وهكذا السير إلى أن يتم الوصول إلى وقت إبرام العقد النهائي بسائر عناصره وشروطه الأساسية³.

1 - Mosserron(j.m), op.cit. P 506

2 -Schmidit(j), op.cit. P245.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص349.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ويعد الاتفاق الجزئي خطوة في اتجاه إبرام العقد النهائي لأنه يتضمن جزءا من شروط هذا الأخير الذي تم الاتفاق عليه¹، والذي يمثل اتفاقا جزئيا سابق على التعاقد، لكن في الوقت ذاته هو اتفاق نهائي يفرض التزامات على عاتق الطرفين في حدود النطاق الموضوعي أو الزمني المؤقت الذي تم الاتفاق عليه².

وعلى هذا الأساس فإن الاتفاق الجزئي هو اتفاق يبرم أثناء المفاوضات، ويتفق بمقتضاه الأطراف على بعض عناصر العقد موضوع التفاوض³.

من خلال ذلك نرى أن الاتفاق الجزئي يجسد مرحلة من مراحل المفاوضات الجارية بين الأطراف وهو عبارة عن اتفاق تمهيدي يبرم خلال مرحلة التفاوض على العقد تمهيدا لإبرام العقد النهائي لأنه يتضمن جزءا من شروط هذا العقد التي تم الاتفاق عليها، وبالاتفاق على باقي الشروط يكتمل بناء العقد المنشود⁴.

ثانيا: مقارنة الاتفاق الجزئي عما تتشابه معه من اتفاقات سابقة على التعاقد

يعتبر الاتفاق الجزئي، اتفاقا تمهيديا وتحضيريا يسبق العقد المنشود المراد تحقيقه بين أطراف التفاوض، إلا أنه يختلف عن غيره من الاتفاقات التحضيرية أو التمهيديّة الأخرى، التي تسبق قيام العقد النهائي، فهو يختلف عن العقد النهائي ذاته، والوعد بالتعاقد، وكذا اتفاق التفاوض، واتفاق الإطار.

1- الاتفاق الجزئي والعقد النهائي:

طبقا لنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري فإن العقد الجزئي ينصب على بعض عناصر العقد النهائي⁵، كما ينتج عن الإبرام النهائي لأحد العقود التي تتضمنها المجموعة العقدية، أي بمعنى أن إبرام العقد الرئيسي هو دائما شرط لفعالية العقد الجزئي⁶.

1- محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص51.

2- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص69.

3- علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص ص 114-115.

4- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص213.

5- المادة 65 من القانون المدني الجزائري .

6- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص135.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

وقد يرد العقد الجزئي في الحياة العملية على بعض عناصر تتعلق بعقد واحد أو أكثر من العقود التي تضعها المجموعة، كما أنه قد يرد على سائر العناصر الجوهرية لأحد العقود الداخلة في المجموعة¹. وعليه يجب أن يتضمن الاتفاق الجزئي تحديدا واضحا لعلاقته بالعقد النهائي، بتبيان هل هو جزء من العقد النهائي أم هو اتفاق بشأن مسائل أخرى².

فهو يهدف في الغالب إلى تقنين نتائج المفاوضات على العقد في وثيقة تسمى عادة مشروع العقد المرتقب، مع إرجاء المسائل التي ما تزال محلا للتفاوض³. وفي هذا النطاق يعتبر بعض الفقه الفرنسي أن العقد النهائي يبقى قائما إذا تضمن العقد الجزئي سائر عناصره الموضوعية والشخصية⁴.

ومن خلال ما أشرنا إليه نجد أن الاتفاق الجزئي يختلف عن العقد النهائي، فالاتفاق الجزئي لا يتضمن سوى بعض من عناصر العقد النهائي، فهو ليس العقد النهائي المنشود، وهو ما يميز هذا الاتفاق الجزئي المرحلي عن الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد⁵.

ونستنتج أن القانون المدني الجزائري لم ينظم القيمة القانونية للعقد الجزئي والآثار المترتبة عليه وكذلك إلى العلاقة بينه وبين العقد النهائي، وبالأخص في حالة اتفاق الطرفين المتفاوضين على عدم الارتباط بين عقود المجموعة العقدية، مكتفيا في المادة 65 من القانون المدني الجزائري بالإشارة إلى أنه اتفاق يبرم أثناء المفاوضات على العقد، ويتفق بمقتضاه الأطراف على بعض عناصر العقد الأساسية موضوع التفاوض⁶.

2- الاتفاق الجزئي والوعد بالتعاقد:

يختلف الاتفاق الجزئي عن الوعد بالتعاقد. حيث يرد هذا الأخير متضمنا لكافة العناصر والشروط الجوهرية للعقد الموعد بإبرامها، حيث لا توجد حاجة لاتفاق لاحق لتحديدها، ويلتزم الواعد بإبرام العقد الموعد به، بمجرد أن يعلن الموعد عن رغبته ورضائه في إبرامه ضمن المدة المحددة اتفاقا⁷.

1 - Schmidit(j) , op.cit. PP247- 248.

2- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 144- 153.

3- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 136.

4 -Labarthe (F) , la notion de document contractuel, LGDJ , Paris , 1994 , P167.

5- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 313. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 136.

6- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 138.

7- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 72.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

كما يتميز الاتفاق الجزئي عن الوعد بالتعاقد، في أن الوعد بالتعاقد يتضمن جميع العناصر الجوهرية للعقد النهائي المنشود كتعيين الشيء المبيع والتمن إذا تعلق الأمر بعقد بيع مثلا، أما الاتفاق الجزئي فيتضمن بعض شروط هذا العقد بغض النظر عن كونها جوهرية أو ثانوية. هذا ويرتب عقد الوعد التزاما على عاتق أحد الطرفين أو كلاهما بإبرام العقد النهائي متى أعلن الطرف الآخر رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها، في حين أن الاتفاق الجزئي لا يتضمن في الغالب شيئا من هذا القبيل¹.

وحسب المادة 65 من القانون المدني الجزائري أن الاتفاق الجزئي يختلف عن الوعد بالتعاقد التي نصت عليه المادة 71 من القانون المدني الجزائري، إذ أنه لا ينصب إلا على بعض المسائل الجوهرية للعقد النهائي فقط².

ومنه نجد أن الاتفاق الجزئي ليس في ذاته وعدا بالتعاقد، وإنما هو اتفاق متميز عنه في مضمونه وفي غايته المنشودة، وإن كان البعض³ يرى أن دائرة المفارقة بين الاتفاق الجزئي والوعد بالتعاقد، تضيق كلما جاء هذا الاتفاق جزءا من مجموعة عقدية واحدة، مع التزام أطرافه بإبرام سائر العقود الأخرى القائمة في تلك المجموعة، ضمن فترة محددة، باعتبار أن الاتفاق الجزئي يعد بمثابة وعد بإبرام العقود المستقبلية⁴. مثل ما يحدث في عد الإيجار التمويلي، حيث تقوم المؤسسة التمويلية في البداية بإبرام عقد وكالة مع المستأجر تعهد إليه بموجبه أن يقوم بشراء الشيء محل العملية، فهذا العقد يمكن اعتباره مجرد اتفاق جزئي في تلك العملية، وهو يتضمن وعدا تبادليا بإبرام العقد الأخرى اللازمة لإنجاز العملية وهي الإيجار، والوعد من جانب المصرف ببيع الشيء المؤجر للمستأجر في المستقبل⁵.

3- الاتفاق الجزئي واتفاق الإطار:

1- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 214.

2- نصت المادة 65 من القانون المدني الجزائري 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 اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها، طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة". بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 136.

3 -Schmidit(j), op.cit. P246.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 351.

5- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 509.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

يشارك الاتفاق الجزئي مع اتفاق الإطار في اعتباره وسيلة في سبيل الوصول إلى إبرام عقد آخر هو المقصود، أو كونه اتفاق يحضر ويسهل لعملية إبرام العقد النهائي، بحيث يجري إبرامه في بساطة وسهولة.

إلا أن اتفاق الإطار يأتي متميزاً ومستقلاً عن العقود المستقبلية التي ستبرم تطبيقاً له، ويتضمن القواعد الأساسية التي تخضع لها عقود أخرى سوف يجري إبرامها في المستقبل¹، ويكون مستقلاً عنها بينما يمهد لإبرام عقد واحد أو مجموعة عقود يكون هو نفسه جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد أو تلك المجموعة². في الوقت الذي يعتبر فيه الاتفاق الجزئي جزءاً لا يتجزأ من العقد النهائي الواحد، أو من المجموع العقدي الذي يشترك فيه³.

ثالثاً: تطبيقات الاتفاق الجزئي

يضم الاتفاق الجزئي تطبيقات مختلفة، تشترك في نفس الهدف والغاية، بحيث يتخذ صورتين أساسيتين إما أن يكون الاتفاق الجزئي جزءاً من عقد واحد، وإما أن يكون الاتفاق الجزئي جزءاً من مجموع عقدي.

1- الاتفاق الجزئي جزء من عقد واحد:

قد يأتي الاتفاق الجزئي كجزء من عقد نهائي واحد ويقصد به ذلك العقد الذي ينفرد بتحقيق عملية قانونية كاملة دون حاجة إلى مساعدة أخرى، وفي هذا التطبيق فإن الاتفاق الجزئي يرد بالضرورة منصبا على مسألة أو عنصر من عناصر العقد المقصود، لذلك تتعدد الاتفاقات الجزئية في إطار عقد واحد⁴.

ويراد بالعقد النهائي الواحد ذلك العقد الذي ينفرد بتحقيق عملية قانونية كاملة دون توقف لانتظار مساعدة من عقود أخرى، ومثال ذلك عقد البيع أو الإيجار، فالإيجار البسيط يتم عن طريق عقد الإيجار فقط، وإذا ما دخل الطرفان في مفاوضات لإبرام هذا العقد، وتوصلا إلى اتفاق بشأن بعض عناصره وشروطه دون البعض الآخر فإن هذا الاتفاق يعد اتفاقاً جزئياً⁵، وهو ينتج باعتباره

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 73.

2- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 509.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 353.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 73.

5- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 510.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

جزءاً من عقد واحد إما قبول جزئي بالعرض المنصب على إبرام العقد النهائي، وإما عن قبول تام بالعقد الجزئي¹.

ومن أهم تطبيقاته كذلك عقد التأمين، وغيرها من عقود مشابهة، فعقد التأمين يتحقق له الوجود القانوني بإبرام عقد التأمين، ولكن إذا ما تعلق عقد التأمين بالمشاريع الكبرى التي يراد تأمينها التي تناولها الطرفان في المرحلة السابقة قبل التعاقد، في سبيل الوصول إلى اتفاق على مقدار قسط التأمين، والخطر المراد تغطيته، وتم الاتفاق بينهما على أحد عناصره، كالقسط أو الخطر مثلاً دون الأخر عد هذا الاتفاق اتفاقاً جزئياً².

كما أن الاتفاق الجزئي كجزء من عقد واحد قد ينتج، إما عن طريق القبول الجزئي للعرض المنصب على إبرام العقد النهائي، وإما عن طريق قبول تام كامل لعرض جزئي³.

2- الاتفاق الجزئي جزء من مجموع عقدي:

قد يرد الاتفاق الجزئي جزءاً من مجموعة عقود ذات طبيعة واحدة أو مختلفة، ترتبط بعضها البعض من خلال وحدة الهدف الاقتصادي العام، الذي يسعى الطرفان إلى تحقيقه عن طريق هذه المجموعة مكتملة، على نحو يصعب معه مواجهة كل عقد استقلالاً عن باقي عقود المجموعة⁴، وبالتالي فإن المجموعة تضم عدة عقود تنظم عملية واحدة، على نحو يتمثل فيه الاتفاق الجزئي في إبرام أحد هذه العقود التي يتألف منها المجموع العقدي ككل⁵.

ومن ناحية ترابط العقود التي تتكون منها المجموعة العقدية، حيث يكون كل عقد من هذه العقود غير كافي لوحده لتحقيق الهدف الرئيسي المطلوب، كما هو الحال في العقود المركبة⁶، ومثال ذلك التعاقد على تسليم مصنع في حالة جاهزيته الكاملة للتشغيل، فموضوع العقد يمكن تحليله إلى عمليات متعددة، يختص بكل منها عقد من العقود المسماة أو غير المسماة، كعقد إنشاء الأبنية، وعقد

1- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 280.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 354.

3- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 280. رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 510.

4- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 511.

5- محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 141.

6- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 316.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

توريد الماكينات والآلات يتبعه عقد تركيب للماكينات، وعقد تدريب المهندسين و العاملين عليها، وكذلك عقد توريد الخبرة الفنية وغيرها من عقود¹.

والارتباط هنا بين جميع هذه العقود هو أن الهدف الاقتصادي المرجو من العقد الأصلي، لا يتحقق إلا من خلال استكمال باقي عقود المجموعة مكتملة.

كما قد تتكون مجموعة العقود من سلسلة عقود تتوالى على نفس الشيء، وتجد تطبيقه مثلا في عمليات النقل المتتابع، والتي تستلزم إبرام عقود متعددة ومع ناقلين مختلفين تبعا لتعدد وسائل نقل ذات البضاعة إلى مكانها المقصود².

فقد يستخدم لإيصال البضاعة وسائل نقل مختلفة على سبيل التتابع من مركبات أو شاحنات يلحقها سكك حديدية ثم البواخر لتنتهي في الطائرات، وهكذا فهذه اتفاقات متكاملة متساندة لا يتحقق الهدف العام من إبرامها إلا بمجموعها، وليس بعض منها، ويتوقف نفاذها على إبرامها جميعا، ففي هذه الحالة يكون كل عقد قابلا للانفصال عن العقد الآخر³.

كما أن ناحية خضوع المجموع العقدي لعقد رئيسي أو أصلي، يتطلب إبرام عقود ثانوية تابعة له، كما في عقد القرض ويعد عقد أصلي أو رئيسي، وعقد الرهن أو الكفالة الضامن له، ويعد عقد ثانوي خاضعا للعقد الأصلي وتابعا له، والذي لا يرتب أثره وحده، ولا يدخل حيز النفاذ إلا إذا تحقق الوجود القانوني لعقد القرض الأصلي⁴.

وفي الأخير نجد أنه مهما كانت الصورة التي يرد فيها الاتفاق أو الاتفاقات الجزئية، سواء كان جزءا من عقد نهائي واحد أم كان جزءا من مجموع عقدي مترابط ومتكامل، فإن تحديد القيمة القانونية لتلك الاتفاقات. يبقى المشكل الرئيسي الذي تثيره الاتفاقات الجزئية⁵.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للعقد الجزئي

تتمثل القيمة القانونية للاتفاق الجزئي في معرفة مدى كفاية اتفاق الطرفين في حالة الاتفاق الجزئي لانعقاد العقد النهائي المنشود، ومعرفة ما إذا كان الاتفاق الجزئي لا يكفي لانعقاد العقد النهائي

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص355.

2- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص316.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص512.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص115.

5- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص513.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

المنشود، أي أن مسألة ابرمه تتوقف على الاتفاق على جميع ما تبقى من أجزاء، أو أن مجرد الاتفاق على العقد الجزئي يكفي لانعقاد العقد النهائي.

أولاً: الاتفاق الجزئي لا يكفي لانعقاد العقد النهائي المنشود

قد يكون الاتفاق الجزئي جزء من عقد واحد ينصب على عنصر من عناصر العقد النهائي كما قد يكون جزء من مجموعة عقود.

1- العقد الجزئي جزء من عقد واحد:

قد يحدث اتفاق بين الأطراف أثناء المفاوضات حول جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد دون اتفاقهما على بعض المسائل الثانوية، بحيث لا ينعقد العقد النهائي إلا بالاتفاق عليهما، ومنه يكون الاتفاق الجزئي، غير نافذ ومعلقا على شرط واقف وهو التوصل إلى اتفاق حول المسائل الثانوية¹، وفي هذه الحالة تكون المسائل الثانوية بمثابة مسائل جوهرية، لا ينعقد العقد النهائي، إلا بعد الاتفاق عليهما.

وفي هذا الإطار نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري، على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليهما فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليهما، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليهما، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"².

نستنتج من هذا النص أنه بإمكان الطرفين أن يشترطا في الاتفاق الجزئي، والذي يتضمن الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، أن لا ينعقد إلا بعد الاتفاق على المسائل الثانوية المؤجلة.

ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي تجاهل هذا الشرط فيعتبر، بأن العقد قد تم نهائيا بمجرد الاتفاق على بعض مسائله الجوهرية، ما دام أن هناك مسائل أخرى غير متفق عليهما، كما لا يجوز للقاضي أن يحل محل الطرفين، لاستكمال هذه المسائل الثانوية الغير متفق عليهما.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 569.

2- المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

كما يرى بعض الفقه أن أطراف الاتفاق الجزئي بوضعهم للشرط الواقف لإبرام العقد النهائي مردده عدم تحملهم لأي التزام قانوني قد ينشأ عن الاتفاق الجزئي، وإبقاء ما توصل إليه من اتفاق خارج إطار القانون¹.

غير أن هذا الرأي لم يحظ بقبول أغلب الفقه، لأن شرط الاتفاق على العناصر الثانوية قبل إبرام العقد النهائي لا يفقر الاتفاق الجزئي من قيمته القانونية، وإنما يعبر عن رغبة الأطراف في عدم اعتبار الاتفاق الجزئي عقدا نهائيا، يكتمل بالاتفاق على ما تبقى من مسائل ثانوية، لأن الاتفاق الجزئي يبقى اتفاقا تمهيديا يبين العناصر التي تم الاتفاق عليها في العقد، ويلزم الأطراف بأمرين هما:

أ- الالتزام بالامتناع عن المنازعة فيما تم الاتفاق عليه:

وهو أن يلتزم أطراف الاتفاق الجزئي بعدم التنازع فيما تم الاتفاق عليه، ويدخل هذا الالتزام ضمن ما يسمى بالالتزام بالتعاون، بغية تفادي عرقلة سير المفاوضات، وإطالتها، وبالتالي فإن مخالفة ذلك سيؤدي حتما إلى قيام المسؤولية العقدية².

ب- الالتزام بمواصلة التفاوض على المسائل المؤجلة:

وهو يتمثل في أن يلتزم الأطراف بمواصلة التفاوض على المسائل الثانوية المؤجلة، من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي، وفي حالة امتناع أحد الأطراف المتفاوضة عن مواصلة التفاوض في المسائل الثانوية المؤجلة، دون سبب مشروع، تقوم عليه المسؤولية العقدية³.

كما أن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن: "البيع يعتبر قد تم بمجرد اتفاق الطرفين على المبيع والثمن، ولا يحول دون ذلك عدم اتفاقهما على المسائل الثانوية، وذلك ما لم يتفقا على إرجاء إبرام العقد حتى يتم الاتفاق على هذه المسائل"، حيث اعتمد القضاء الفرنسي على نص المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت بأنه "يعتبر البيع قد تم بين الطرفين بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والثمن". ومن خلال هذه المادة انتهى القضاء الفرنسي إلى أن الاتفاق على المسائل

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 77.

2- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 519. هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 282.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 571.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

الجوهريّة في العقد، يعتبر كافياً لانعقاد العقد، حتى ولو كانت هناك مسائل ثانوية خلافية معلقة، طالما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك صراحة¹.

وفي الأخير نجد أن إدراج هذه الشروط في الاتفاق الجزئي ما هو إلا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهي بذلك ملزمة للقاضي². بحيث لا يمكن للقاضي تجاهل هذا الشرط الصريح، ويعتبر بأن العقد المرحلي قد تم بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية، ولا يستطيع أن يحل محل الأطراف لاستكمال المسائل الثانوية والغير متفق عليها³.

2- العقد الجزئي جزء من مجموعة عقود:

إذا كان الطرفان يتفاوضان حول مجموعة عقود، وتوصلاً عن طريق العقد المرحلي، إلى إبرام أحد هذه العقود، كانا بإمكانهما أيضاً، أن يتفقا على تعليق نفاذ الاتفاق المرحلي، على إبرام العقود الأخرى، ومثال ذلك عقد القرض، وعقد الرهن أو الكفالة الضامن له، ففي حالة التفاوض على عقد القرض المصحوب بضمان، إذا تمكن الطرفان من إبرام عقد القرض هو العقد الرئيسي، كان باستطاعتهم أن يعلقا نفاذه إلى إبرام عقد الضمان، وهو العقد الثانوي، كما أنه إذا اتفق الأطراف على المسائل الأساسية لعقد الضمان التبعية (الرهن أو الكفالة) تاركين الاتفاق على عناصر العقد الرئيسي (القرض)⁴، فإن العقد التبعية لا يشكل عقداً مستقلاً عن العقد الرئيسي، وذلك لارتباطهما ببعضهما البعض.

1- علي أحمد صالح، المرجع نفسه، 572.

2- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 153.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 517.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 376.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ونشير إلى أن إبرام أحد هذه العقود باعتباره عقدا مرحليا، لا يمكنه أن يؤدي قانونا إلى إبرام بقية العقود الأخرى. ولذا يجب الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية الخاصة بكل عقد على حدة¹، وعليه نرى أن العقد الجزئي الذي يشكل جزءا من مجموع عقدي، يعتبر قد انعقد، بمجرد الاتفاق على عناصره الجوهرية، ولا يكون انعقاده معلقا على إبرام عقود أخرى، إلا إذا اتفق أطراف التفاوض على الأطراف خلاف ذلك².

ثانيا: العقد الجزئي يكفي لانعقاد العقد النهائي

قد يقرر الأطراف المتفاوضة، على أن العقد الجزئي يكفي لانعقاد العقد النهائي، حتى وإن لم يتفق الأطراف على بعض المسائل الثانوية، ويحدث هذا كثيرا في حالة الاستعجال، بحيث تتطلب حالة الصفقة العاجلة، أن يبدأ الأطراف في تنفيذ الصفقة حالا³، ويؤجلوا الاتفاق على المسائل الثانوية التي اختلف فيها إلى وقت لاحق.

ومن الناحية القانونية هذا الحل صحيح، حيث يمكن للأطراف المتفاوضة أن يعتبروا العقد النهائي قد تم فعلا بمجرد اتفاقهما على المسائل الجوهرية في العقد، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، وأن عدم اتفاقهما على المسائل الثانوية لا يحول دون انعقاد العقد النهائي.

1- وقد أجابت محكمة استئناف روان rouen الفرنسية على هذا التساؤل خلال نظرها النزاع الحاصل بين شركة ألمانية قامت بإرسال طلبية شراء آلة رافعة (ونش) إلى شركة فرنسية، وافقت الأخيرة على هذه الطلبية، موضحة أن تمويل هذه العملية يجب أن يحصل بأسلوب الإيجار التمويلي، فأجابت الشركة الألمانية بالموافقة، وبسبب امتناع مؤسسة الإيجار التمويلي عن تمويل العملية، اتجهت الشركة الألمانية إلى القضاء، مطالبة بإلزام الشركة الفرنسية بتنفيذ عقد البيع. وبالفعل فإن محكمة استئناف روان أجابت طلب الشركة الألمانية عندما قضت، بأنه يجب لوجود الشرط الواقف أن يتم التعبير عنه صراحة، وهو غير متوافر في النزاع المنظور، لتنتهي المحكمة بعد ذلك إلى اعتبار عقد البيع قائما بصورة نهائية، بتمام الاتفاق على محل البيع والتمن. ومما يؤخذ على هذا الحكم أن امتناع إحدى مؤسسات الإيجار التمويلي عن تمويل العملية، يجعل تنفيذ الشرط مستحيلا، إذ إن طريقة دفع الثمن يتعين الالتزام بها على ما ورد بالاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة. وكأن المحكمة هنا استدلت من واقع ظروف المعاملة إلى أن الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين قد اتجهت إلى إبرام عقد الشراء، كعقد قائم بذاته استقلالا عن آلية تنفيذه، والوفاء بالتمن المتفق عليه. وما يعيننا في هذا المقام، أن النزاع السابق يعطينا صورة واضحة لربط عقدين معا عقد البيع بعقد الإيجار التمويلي. وكذلك يتضح أيضا بأن كل اتفاق جزئي يرد متضمنا لسائر عناصره ومسائله الجوهرية، وقابلا للانفصال عن باقي العمليات التي يتكون منها المجموع، يعد عقدا له قوته الملزمة الذاتية استقلالا عن غيره، ودون انتظار لتمام الاتفاق على باقي العمليات التعاقدية المرتبطة به، ما لم تتجه الإرادة المشتركة إلى كونه اتفاقا جزئيا مرتبطا بمجموع عقدي، أو يتضح ذلك من طبيعة المعاملة، أو من ظروف التعامل، أو من الغرض المنشود من التعامل، سواء تم ربط هذه العمليات ببعضها البعض، أو ربطها جميعا بالعقد النهائي المطلوب إبرامه.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص576.

3- علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص578.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

بشرط أن يكون اتفاق الأطراف على جميع المسائل الجوهرية، أما إذا كان الاتفاق الجزئي لا يتضمن سوى البعض منها، أو بعض المسائل الثانوية فلا يعتبر العقد النهائي قد تم، ولو قرر الطرفان ذلك، وإذا قام خلاف بعد ذلك بينهما على المسائل الثانوية، فإن القاضي يستطيع أن يفصل فيما طبقا لما تقتضيه طبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة¹.

من خلال ذلك نخلص إلى أن العقد الجزئي يختلف من كونه جزءا من عقد واحد ينصب على بعض عناصر العقد النهائي²، أو جزءا من مجموعة عقود تهدف إلى عملية اقتصادية واحدة، ينتج عن إبرام النهائي لأحد العقود التي تتضمنها المجموعة العقدية، أي بمعنى أن إبرام العقد الرئيسي هو دائما شرط لفعالية العقد الجزئي³.

كما قد يرد العقد الجزئي في الحياة العملية على بعض عناصر تتعلق بواحد أو أكثر من العقود التي تضعها المجموعة، كما أنه قد يرد على سائر العناصر الجوهرية لأحد العقود الداخلة في المجموعة⁴، ومنه يجب أن يتضمن الاتفاق الجزئي تحديدا واضحا لأثره في علاقته بالعقد النهائي، وذلك بتبيان هل هو جزء من العقد النهائي أم الأمر يتوقف على تحقق الاتفاق بشأن مسائل أخرى⁵.

وعلى هذا الأساس فإن الاتفاق الجزئي ليس بالعقد النهائي المنشود، لأنه لا يتضمن إلا بعض العناصر من العقد النهائي، وهو ما يميز هذا الاتفاق الجزئي المرحلي عن الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، فهو يهدف في الغالب إلى تقنين نتائج المفاوضات أي المسائل الداخلة في دائرة التفاوض على العقد في وثيقة تسمى عادة مشروع العقد المرتقب، مع إرجاء المسائل التي ما تزال محلا للتفاوض⁶.

1 - ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 79.

2- المادة 65 من القانون المدني الجزائري. من خلال تحليل هذه المادة نجد بأنه إذا اتفق الطرفان على المسائل الأساسية في العقد المرتقب إبرامه، واحتفظا بالمسائل الثانوية أو بما يسمى بالتفصيلية للاتفاق عليه في وقت لاحق، كأن يتفقا في عقد البيع على المبيع والثمن، ويؤجلان الاتفاق على مكان التسليم وميعاده والمصاريف، أما في حالة وقع النزاع على المسائل التفصيلية أو الثانوية، يجوز للمحكمة الفصل في هذه المسائل المتنازع عنها في عقد تام الانعقاد، ومنتفق فيه على جميع المسائل الجوهرية، بما ورد فيه وبما هو من متطلباته.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 135.

4 - Schmidit(j), op.cit. PP 247- 248.

5- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 136.

6- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 136.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

وهذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي حيث يعتبر أن العقد النهائي قائما إذا تضمن العقد الجزئي سائر عناصره الموضوعية والشخصية¹.

المطلب الثاني: الاتفاق المؤقت

يلجأ الأطراف المتفاوضة في كثير من الأحيان إلى إقامة علاقات مؤقتة بينهما، وذلك بهدف تفادي أي صعوبات أو أي إشكال ينشأ بمناسبة التفاوض على العقد، ومن ثم إيجاد حلول مناسبة مسبقة له²، وتعرف هذه الاتفاقات بالاتفاقات المؤقتة وسميت هكذا لأنها محدودة زمنية بفترة المفاوضات، بحيث تنقضي بانتهاء هذه الفترة، وهي لا تتناول موضوعا بذاته، إذ أن كل ما يتعلق بإدارة المفاوضات يمكن تنظيمه بعد مؤقت³. وهذا ما يقودنا إلى معرفة مفهوم الاتفاق المؤقت في (الفرع الأول)، ثم مجال الاتفاق المؤقت في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الاتفاق المؤقت

يقتضي التعرف على مفهوم الاتفاق المؤقت تناول تعريفه أولا ، وتمييزه عما يشابهه من اتفاقات سابقة على التعاقد ثانيا.

أولا: تعريف الاتفاق المؤقت

الاتفاق المؤقت هو ذلك الاتفاق الذي يتم إبرامه بين أطراف التفاوض بقصد تنظيمه، وبموجبه يحتاج الأطراف إلى إقامة علاقة آنية مؤقتة بينهما، تمتد لأسابيع أو لأشهر أو حتى لسنوات⁴، تنقضي بانقضاء السير في إجراءات مرحلة التفاوض، سواء توجت المفاوضات أو لم تتوج بإبرام العقد النهائي الذي يجري التفاوض بشأنه⁵.

كما يعرف البعض الاتفاق المؤقت بأنه: "الاتفاق الذي ينشئ على عاتق أحد الطرفين أو كليهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء التفاوض على العقد أو عند فشله"⁶.

1 -Labarthe (F) , op.cit. P167.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 379.

3- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 86.

4- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 329.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 381

6 -Mousseron(j.m), op.cit. P516.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

فالاتفاق المؤقت يقصد به ذلك الاتفاق الفرعي المنظم يرمي بهدف تنظيم عملية التفاوض على العقد، والتأمين على ما يترتب عليه من مخاطر، أو لتنظيم مركز أصحاب الشأن في مرحلة التفاوض، فهو عبارة عن اتفاق تمهيدي، يرمي إلى تنظيم عملية التفاوض¹، على العقد النهائي المنشود، من خلال إنشاء التزامات تقع على عاتق الطرفين خلال مرحلة المفاوضات².

والاتفاق المؤقت لا يقتصر على موضوع بحد ذاته، بل يتعدى إلى كل الجوانب التي تخص إدارة السير في المرحلة التفاوضية المنتهية إلى عقد يمكن للأطراف المتفاوضة العمل على تنظيمه بموجب اتفاق مؤقت³ فالاتفاق المؤقت في هذه الحالة ينصب على أية مسألة وقتية تهم الأطراف، وترتبط زمنياً بمرحلة التفاوض، وينتهي بانتهاء هذه الأخيرة، كما يأتي الاتفاق المؤقت مدرجا في صورة شرطا أو بندا في اتفاق التفاوض، كما قد يرد أيضا في إطار اتفاق مستقل خاص به⁴.

والاتفاق المؤقت بهذا المفهوم يتميز عن غيره من الاتفاقات التمهيدية أو التحضيرية الأخرى السابقة على إبرام العقد النهائي لأنه لا ينشئ على عاتق طرفيه التزاما بالتفاوض ولا يتضمن رضاً أحد أطرافه أو كليهما بالعقد النهائي المراد إبرامه، كما أنه لا يحدد شروط العقد النهائي التي يتم التعاقد على أساسها⁵.

ثانياً: تمييز الاتفاق المؤقت عما يشابهه من اتفاقات سابقة على التعاقد

إذا كان الاتفاق المؤقت يتشابه من زاوية إبرامه في المرحلة السابقة على التعاقد مع غيره من الاتفاقات التي تصدر في هذه المرحلة، بهدف التمهيد والتحضير لقيام اتفاق نهائي على مضمون وشروط العقد المطلوب إبرامه، كالوعد بالتعاقد، واتفاق التفاوض، والوعد بالترتيب، واتفاق الإطار والاتفاق الجزئي.

1- لم تتضمن التشريعات المقارنة على اختلافها تنظيماً قانونياً لهذا الاتفاق حيث تردد المشرع الفرنسي مثلاً في الاعتراف بالوجود القانوني له، بينما ترى الدكتورة هدى عبد الله أن هذا الاتفاق يستمد شرعيته في القانون اللبناني من المادة 166 من قانون الموجبات والعقود التي كرست مبدأ الحرية العقدية، الذي يسمح للأطراف بتنظيم علاقتهم العقدية كما يشاءون، شريطة أن لا يخرجوا عما تقضي به قواعد النظام العام والآداب، والقواعد القانونية الآمرة. ينظر: ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 87.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 381.

3- محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 162.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 87.

5- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 252.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

يتشابه الاتفاق المؤقت مع غيره من الاتفاقات في المرحلة السابقة على التعاقد على غرار الوعد بالتعاقد، واتفاق التفاوض، والوعد بالتفضيل، واتفاق الإطار، والاتفاق الجزئي في كيفية إبرامه في المرحلة التي تسبق إنشاء العقد النهائي.

كما يتشابه الاتفاق المؤقت مع هذه الاتفاقات التمهيدية أو التحضيرية في أنه لا يتم إلا بتوافق إرادتين، كونه يعد عقدا بالمعنى القانوني الصحيح منسئاً لمسؤولية تعاقدية في حال تم الإخلال بما يترتب من التزامات تثقل كاهل الطرفين.

ورغم التشابه بين الاتفاق المؤقت وغيره من الاتفاقات التمهيدية إلا أننا نلمس نقاط اختلاف واضحة بينهم تجعل عقد الاتفاق يتميز عن غيره من الاتفاقات التي تسبق التعاقد، حيث يختلف الاتفاق المؤقت عن كل من اتفاق الإطار والاتفاق الجزئي على اعتبار أن الاتفاق المؤقت لا يتضمن تحديدا لأي شرط من الشروط المتصلة بالعقد النهائي، والتي سوف يتم بمقتضاها إبرام العقد المستقبلي بين الطرفين¹.

كما يختلف الاتفاق المؤقت عن الوعد بالتعاقد في أن هذا الأخير لا بد أن يتضمن رضا أحد الأطراف المتفاوضة أو كلاهما بإبرام العقد النهائي المطلوب، في حالة ما أبدى الطرف الآخر رغبته في التعاقد ضمن المدة المتفق عليها²، في حين أن الاتفاق المؤقت لا يتضمن شيئا من هذا القبيل، كون أن رضا الأطراف مازال لم يحسم فيه على العقد النهائي.

إضافة إلى ذلك يختلف الاتفاق المؤقت عن اتفاقا التفاوض والوعد بالتفضيل في أنهما يلزمان الأطراف المتفاوضة بمباشرة التفاوض والسير في مرحلة التفاوض حول العقد النهائي، في حين نجد أن الاتفاق المؤقت غير ملزم لأطرافه بالتفاوض، وإنما يقتصر دوره على تنظيم مرحلة التفاوض، وكذلك تنظيم العلاقة بينهما خلال هذه المرحلة³.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص382.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، ج 01، مرجع سابق، ص251.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص382.

الفرع الثاني: مجال الاتفاق المؤقت

يمكن أن يتناول الاتفاق المؤقت نفس الموضوع الذي يسعى الطرفان المتفاوضان لتحقيقه، أي ينصب الاتفاق المؤقت على نفس الموضوع العقد النهائي، كما يمكن أن يختلف عن موضوع العقد النهائي، بحيث يتناول موضوع آخر غير ذلك الذي ينصب عليه العقد النهائي.

أولاً: الاتفاق المؤقت ينصب على نفس موضوع العقد النهائي

تتجسد هذه الصورة عملياً في اتفاقات التجربة واتفاقات التأمين

1 - اتفاقات التجربة:

من تطبيقات العقود المؤقتة التي تنصب على نفس موضوع العقد النهائي هو ما يعرف بعقد التجربة أو الاختبار، حيث يلجأ أحد الطرفين أو كليهما إلى اتفاقات التجربة في المرور بمرحلة تجريبية للوقوف والتأكد من تحقيق العقد المنشود لأهدافه¹، وهذا العقد له بالضرورة نفس موضوع أو محل العقد النهائي طالما كان هدفه يتمثل في تمكين الطرفين المتفاوضين من تقييم مزايا وعيوب العقد النهائي²، من أهم العقود الزمنية التي يتم إبرامها تحت التجربة عقود العمل، حيث يرتبط العامل برب العمل بعقد عمل تحت التجربة، وذلك تمهيداً لإبرام عقد عمل نهائي يحل محل هذا العقد ينشئ التزامات على عاتق طرفيه ما ينشئه عقد العمل، لكنه يكون معلقاً على شرط فاسخ، ومقيد بفترة التجربة.

فإذا نجحت التجربة بالنسبة للطرفين، تؤكد عقد العمل وصارباتاً من تاريخ انعقاده إذ تتحدد التزامات وحقوق طرفيه من تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ تخلف الشرط، وتحسب أقدمية العامل، ومدة خدمته، منذ بداية الاختبار³.

أما إذا فشلت التجربة، فإن العقد يفسخ دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعي لأن عقد العمل تحت التجربة من العقود الزمنية التي لا يكون للفسخ فيها أثر رجعي⁴.

1- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 70.

2 -Schmidit(j), op.cit. P256.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 559.

4- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 234.

2- اتفاقات التأمين:

نجد كذلك في مجال التأمين تطبيقات للعقود المؤقتة التي تنصب على نفس موضوع العقد النهائي، حيث تتجسد صورته فيما يعرف بمذكرة التغطية المؤقتة، التي تصدر من جانب المؤمن تجاه المؤمن له أثناء سير مرحلة التفاوض على عقد التأمين، وإلى حين تمام العقد التأميني المطلوب أو العدول عنه.

فمرحلة عقد التأمين تبدأ بتقديم طلب من طالب التأمين، وكثيرا ما يحتاج المؤمن إلى وقت لدراسة للبت في هذا الطلب وتقييمه قبل قبول تأمين الخطر المؤمن عليه، فالقبول به يعني ضمان المؤمن للخطر، وتلك مسؤولية كبيرة قد تعرضه للخسارة إذا لم يتم بتقييم مدى احتمال الخطر، ومدى جسامته تقييما صحيحا ودقيقا يحدد على أساسه مقدار قسط التأمين¹. ففي مثل هذه الحالات يكون طالب التأمين في حاجة إلى ما يثبت قبول تغطية الخطر المؤمن عليه، وبناء عليه درجت شركات التأمين على تسليمه وثيقة تسمى مذكرة التغطية المؤقتة² التي تجسد عمليا في حالتين هما:

أ- الحالة الأولى: المذكرة دليل مؤقت على اتفاق نهائي

تتجسد هذه الحالة إذا كان هناك اتفاقا سابقا بين طرفي عقد التأمين، بحيث يوافق المؤمن على طلب المؤمن له، ويدون ذلك في مذكرة وقتية تثبت قيام الرابطة التعاقدية بينهم، كما في الحالة التي يتم فيها القبول النهائي للتأمين، ولكن يتأخر تسليم وثيقة التأمين. وفي هذا الفرض تعتبر المذكرة المؤقتة دليلا على التعاقد النهائي، بالتالي تكون بمثابة بديل مؤقت عن الوثيقة النهائية³، وتحل المذكرة محل العقد النهائي أثناء تلك الفترة، فإذا حررت بعد ذلك بمدة فإن تاريخ التأمين يرجع لتاريخ تحرير المذكرة المؤقتة⁴. وينتهي دور المذكرة المؤقتة عند تسليم وثيقة التأمين إلى المؤمن له والتي يسري أحكامها بأثر رجعي من وقت تسلّم المؤمن له لمذكرة التغطية المؤقتة⁵.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 389.

2- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 90. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 331.

3- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 331.

4- عبد المنعم البدرابي، التأمين، دار الكتاب العربي، مصر، القاهرة، سنة 1983، ص 158.

5- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 235.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

ب- الحالة الثانية: المذكرة تثبت وجود اتفاق مؤقت قائم بذاته

يظهر هذا النوع في الواقع العملي عندما تتأخر شركة التأمين في البت النهائي في طلب التأمين. وفي هذه الحالة تعد مذكرة التغطية المؤقتة عقدا وقتيا أو اتفاقا مؤقتا على تغطية الخطر إلى حين البت في الطلب بصيغة نهائية بالقبول أو الرفض¹.

فهي بمثابة عقد تأمين مؤقت يلتزم فيه المستأمن بدفع الأقساط ويلتزم المؤمن بتغطية الخطر حال حدوثه خلال مدة معينة متفق عليها في المذكرة المؤقتة، وذلك بعد التثبت من حقيقة الخطر، أو حتى تصل إلى وكيل الشركة موافقة المركز الرئيسي، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها لهذا الوكيل سلطة إبرام العقد النهائي². فإذا رفض المؤمن التعاقد مع طالب التأمين انتهى بذلك مشروع التعاقد الأصلي واستمرت المذكرة المؤقتة سارية المفعول إلى أن ينتهي أجلها المحدد في الاتفاق، أما في حالة ما إذا قبلت شركة التأمين التعاقد مع طالب التأمين فإنه يقوم بتوقيع على وثيقة التأمين الأصلية وإرسالها إلى المستأمن، يبقى التأمين ساريا حتى نهاية المدة المحددة له في الوثيقة الأصلية³.

ومنه فإن المذكرة المؤقتة في هذا النوع تتميز بطبيعة مؤقتة ومستقلة ومنفصلة بشكل تام عن عقد التأمين النهائي، حيث تلعب دورا مهما في المرحلة التمهيدية لانعقاد هذا الأخير.

ومن خلال ذلك نستنتج أن الاتفاقات المؤقتة لا تكون صحيحة إلا إذا توافرت فيها كافة أركان العقد وشروطه لاسيما عناصر العقد الجوهرية، كالعمل والأجر في عقد العمل تحت التجربة، والخطر وقسط التأمين ومبلغ التأمين في مذكرة التغطية المؤقتة كما أنها عبارة عن عقود ملزمة لأطرافها وللمدة محددة⁴.

ثانيا: الاتفاق المؤقت ينصب على موضوع يختلف عن موضوع العقد النهائي

من أهم الحالات التي يكون فيها موضوع الاتفاق المؤقت يختلف عن موضوع العقد النهائي، اتفاق قصر التفاوض، الاتفاق على مدة معينة للتفاوض، بالإضافة إلى اتفاق توزيع نفقات التفاوض وأخيرا اتفاق الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية.

1- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 235.

2- عبد المنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص 159.

3- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 332.

4- لقمان بومزير، الالتزام بالإعلام في عقد التأمين، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، المجلد 27، العدد 03، ديسمبر 2016، ص 489، 490.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

1- اتفاق قصر التفاوض:

يلتزم بموجب هذا الاتفاق كلا الطرفين أو أحدهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير لمدة محددة¹ بغية إبعاد المنافسة عن المستفيد، إلا أنه لا وجود للالتزام قانوني على أي طرف بإعلام الطرف المقابل من أطراف التفاوض، بقيام بمفاوضات مع أطراف أخرى إذا لم يتفقا على عدم إجراء مفاوضات موازية، لأنه يصعب استخلاص هذا الحضر طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية والأمانة أثناء التفاوض².

أما إذا أراد أحد الأطراف أو كلاهما أن يقتصر التفاوض مع الطرف الآخر دون سواه، بحيث يمنع من الدخول في مفاوضات موازية مع الغير، فإنه يتعين عليهما الاتفاق على ذلك بشكل صريح، مع ضرورة تحديد مدة الخطر³.

وقد لا يضمن هذا الشرط الوصول إلى اتفاق حاسم بشأن العقد المراد إبرامه، وخروج الطرفين من طور المفاوضة دون الوصول إلى اتفاق لإبرام العقد النهائي، إلا أنه يضمن في مقابل ذلك للطرف المستفيد من شرط حصري وحدانية التفاوض عدم وجود طرف منافس له بشأن الصفقة موضوع المفاوضة، مما يسهل من فرص تحقيقها.

هذا وينشئ عن الإخلال بهذا الالتزام قيام المسؤولية العقدية. ويتعين على المفاوض المضروب أن يثبت قيام الطرف الآخر بالإخلال بهذا الالتزام. بإجراء مفاوضة موازية⁴.

2- الاتفاق على مدة معينة للتفاوض:

إن تحديد المدة في عملية التفاوض يكون حسب ظروف العقد المتفاوض بشأنه⁵، ويعد عامل الوقت عنصرا أساسيا في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، لذلك يجب اختيار الوقت الملائم لبدء

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 91.

2- وفي هذا الشأن رفضت محكمة استئناف versailles مطالب المدعي بالتعويض على أساس إجراء الطرف المقابل لمفاوضات مع جهة أخرى أثناء التفاوض على شروط العقد، معللة ذلك بعدم اشتراط هذا المدعي حصري المفاوضات بين الطرفين، كما أن العرض الذي قدمه المدعي عليه كان موجها للجميع تحت عنوان دعوى للشراكة، ومن الطبيعي أن تتقدم أكثر من جهة للمعلن للتفاوض، ينظر: أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 384.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 499.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 384.

5- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 501.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

المفاوضات، كما يجب تحديد الوقت المتاح لإتمامها، ولو تحديدا مبدئيا قبل التفاوض¹. فالمفاوضات قد تستهلك من الوقت سنين. عديدة حسب أهمية العقد محل التفاوض، فإذا كانت التعاقدات كبيرة الحجم ذات قيمة هائلة وممتدة في الزمن، فإن تنفيذها يحتاج إلى عدة سنوات تتخللها مجموعة من المخاطر، ومثال ذلك العقود المتعلقة بإنشاء المصانع والمطارات، أو بالبحث عن الثروات الطبيعية كالغاز أو النفط واستغلالها فمن المؤكد أن مثل هذه العقود تتطلب مفاوضات مكثفة طويلة المدى قد تتجاوز السنين².

وقد تكون مدة العقد المؤقت مساوية أو معادلة لمدة التفاوض، وفي هذه الحالة يكون مصير هذا الاتفاق مرتبطا بمصير التفاوض الذي ينظمه، كما هو الحال في الالتزام بقصر التفاوض حيث يلتزم به أطراف التفاوض طيلة مرحلة المفاوضات، بحيث لا ينقضي إلا بانقضائها، وقد يؤدي نجاح المفاوضات إلى انقضاء بعض الالتزامات الناشئة عن هذا الاتفاق³.

ومنه نجد أنه كلما كانت الصفقة بسيطة وقليلة الأهمية، كلما كانت المفاوضات بشأنها سريعة وسهلة، وكلما كانت الصفقة ضخمة ومعقدة، كلما كان التفاوض عليها طويل وصعب وشاق⁴.

3- اتفاق توزيع نفقات التفاوض:

تتطلب عملية التفاوض إجراء دراسات وأبحاث واستشارات والاستعانة بخبراء، إلى جانب مصاريف التنقل والإقامة، التي غالبا ما تتطلب نفقات باهظة ومكلفة، وهو ما يحدث بوجه خاص في عملية التفاوض على المشروعات الكبيرة والضخمة، كمشروعات إنشاء المصانع والمطارات والاستغلال الزراعي وشبكات التزويد بالحاسب الآلي، حيث أن تنفيذ هذه المشروعات غالبا ما تستلزم دراسات مسبقة، سواء أكانت جغرافية أو اقتصادية أو فنية هندسية وغيرها، وهذه الدراسات غالبا ما تتطلب نفقات مالية جسيمة، والتي إن غاب الاتفاق بشأنها تحسم على طرفي الاتفاق بالتساوي⁵.

1- مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح، الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2005، ص414.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص386.

3- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص95.

4 - MOUSSERON(j.m),op. cit. P509.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص388.

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

وقد يتفق الطرفان في حالة فشل المفاوضات على تسوية نوع معين من النفقات، مثل تسوية النفقات الخاصة بالدراسات الأولية أو التمهيدية حيث تقسم هذه النفقات التي اتفق الطرفان على إجرائها بالتساوي فيما بينهما وذلك وفقا لكشوف الحسابات المتفق عليها عقب إتمام كل دراسة¹. وميزة هذا الاتفاق أنه يحول دون وقوع منازعات بشأن هذه المصاريف من جهة، ويغلق الباب أمام الدعاوى التعسفية للمطالبة بتعويضات مبالغ فيها في حالة فشل المفاوضات من جهة أخرى فهو بذلك الاتفاق على كيفية تسوية وتوزيع نفقات التفاوض، في حالة فشل المفاوضات، وذلك لتجنب الوقوع في منازعات بشأنها في المستقبل².

ويقتضى هذا الاتفاق التزام أحد طرفي التفاوض بدفع تكاليف الدراسات والأبحاث السابقة، والتي تكبدها الطرف الآخر بمناسبة عملية المفاوضات في سبيل التمهيد والوصول لإبرام العقد النهائي³، فالأصل أن يتحمل كل طرف بما يكون قد أنفقه لكن يكون له مع ذلك أن يطلب التعويض عنها من الطرف الآخر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، أما في حال وجود هذا الاتفاق، فيكون له أن يرجع بما تحمله من نفقات ومصروفات على أساس المسؤولية العقدية، وذلك إذا ما ثبت إخلال المفاوض الآخر بهذا الاتفاق⁴.

4- اتفاق الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية:

يمكن أن يكون موضوع الاتفاق المؤقت، هو الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية الناشئة عن عقد التفاوض، حيث يجوز للطرفين أن يتفقا على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بموجب اتفاق مؤقت⁵، فلهما أن يتفقا على حسب ما تنص عليه المادة 178 من القانون المدني الجزائري⁶، على التشديد من المسؤولية، ولو كان ذلك إلى حد تحميل المدين المسؤولية عن

1 - fontaine(m), les chausés de hard ship, D, P, C, I, 1976, P 96.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص564.

3 -fontaine(m), op.cit. P 97.

4- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص417.

5- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 239.

6- تنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرام..."

الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية

السبب الأجنبي، كقيام حرب أو وقوع زلزال، مما يؤدي إلى فشل المفاوضات، ولهما أن يتفقا أيضا على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، كأن يشترط المتفاوض ألا تتجاوز مسؤوليته مبلغا معيناً، بصرف النظر عن قيمة الضرر الناتج عن فشل المفاوضات¹.

غير أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية عن غشه أو خطئه الجسيم وهذا ما نصت عليه المادة 205² من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم". بمعنى أن الإعفاء من الخطأ العمدي يجعل التزام المدين معلقاً على شرط إرادي محض³، وباعتبار أن الخطأ الجسيم يقترب من الخطأ العمدي فإنه يأخذ نفس الحكم⁴.

ومن خلال ذلك نجد أنه لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية عند مخالفة الأطراف لقاعدة تتعلق بالنظام العام. وأن الاتفاق على الحد من المسؤولية أو الإعفاء منها يقتصر على حالة الخطأ غير العمدي أو التافه فقط. كما أن عدم تحديد أجل للاتفاق المؤقت لا يحول دون نفاذه وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وفقاً لطبيعة المعاملة وما جرى عليه العرف⁵، وعليه فإن عدم إبرام العقد النهائي المنشود يترتب على عائق أطراف الاتفاق المؤقت التزامات مثل الوفاء بنفقات التفاوض⁶.

1- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 503.

2- المادة 205 من القانون المدني الجزائري.

3- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 504.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 93-94.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 402.

6- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 292. رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 506. ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 95.

الباب الثاني

الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الباب الثاني:

الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الأصل أن الالتزام لا ينشأ في ذمة الشخص إلا بإرادته الحرة أو بمقتضى نص قانوني، فهو بذلك لا يتقيد إلا بالالتزامات العقدية أي الناشئة بموجب العقد، إلا أنه بمجرد دخول الأطراف المتفاوضة في عملية التفاوض تنشأ على عاتقهم عدة التزامات تنظم مرحلة المفاوضات وسيرها، بهدف الاتفاق على إبرام عقد نهائي، وتحقيقا لمصلحة الأطراف المتفاوضة وحماية حقوقهم القانونية، ومن أهم هذه الالتزامات، الالتزام بالتفاوض بحسن النية، وهو التزام عام وجوهري تقوم عليه عملية التفاوض، بالإضافة إلى التزامات أخرى أساسية تقع على عاتق الأطراف وأهما الالتزام بالإعلام، والالتزام بالمحافظة على الأسرار.

واستنادا للحرية التعاقدية فإن لكل طرف الحرية في العدول عن المفاوضات، ولا يترتب على هذا العدول أي مسؤولية، طالما كان لهذا العدول ما يبرره، ولا يكلف بإثبات أسباب ودوافع هذا العدول ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل مقيدة بمراعاة مبدأ حسن النية في المفاوضات، والذي لم يعد مقتصرًا على مرحلة التنفيذ، بل امتد ليشمل مرحلة المفاوضات كمبدأ عام يترتب على الإخلال به قيام المسؤولية، لذا فإن قطع المفاوضات فجأة ودون مبرر مشروع وإلحاق الضرر الطرف الآخر يعتبر خطأ يقيم المسؤولية على مرتكبه لمخالفة مقتضيات حسن النية.

ومن خلال ذلك نتناول الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض في (الفصل الأول)، ثم نتطرق

إلى المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة التفاوض في (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض على العقد

الفصل الأول:

الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض على العقد

إن أهم الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض هي التزامات تسبق مرحلة التعاقد وجب على الأطراف احترامها والالتزام بها وهي التزامات يفرضها القانون بهدف التوصل من خلالها إلى تحقيق مصلحة الأطراف وحماية حقوقهم قبل الاتفاق النهائي على العقد المزمع إبرامه، وبالتالي تحقيق التوازن العقدي، مما يوفر الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية في مرحلة التفاوض على العقد.

ولعل أهم هذه الالتزامات هي الالتزام بالتفاوض بحسن نية الذي يعتبر التزاماً أساسياً في مرحلة التفاوض، فهو التزام عام ورئيسي يقع على عاتق الطرفين في هذه المرحلة الحساسة التي تسبق تكوين العقد، كما تتولد عليه التزامات أخرى تلعب دوراً مهماً في مرحلة التفاوض يلتزم بها الأطراف في المرحلة التي تسبق العقد، ومن أهمها الالتزام بالإعلام، والالتزام بالمحافظة على الأسرار.

وهي التزامات تقوم أساساً على أخلاقيات التفاوض، انطلاقاً من مبدأ حسن النية وواجب التعاون والإعلام وتقديم المعلومات والبيانات والمحافظة على سرية المفاوضات لتحقيق أكبر قدر من الانسجام والتوافق بين مصالح الأطراف المتفاوضة، والتسهيل من مهمتهم في الوصول إلى الهدف المنشود وبالتالي إبرام العقد النهائي المطلوب، الخالي من أسباب المنازعات الناشئة عن تنفيذه أو تفسيره في حال تم إبرامه.

وسنتناول هذه الالتزامات على التوالي: الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض في (المبحث الأول)

والالتزام بالإعلام والمحافظة على الأسرار في مرحلة التفاوض في (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية، يعتبر التزاماً أساسياً في مرحلة التفاوض على العقد، حيث يعد حسن النية مطلباً جوهرياً لنجاح المفاوضات، وأحد المبادئ الأساسية والضرورية في المجال القانوني بصفة عامة وفي مجال العقود بصفة خاصة، نظراً لما يقتضيه هذا المبدأ من التزام بموجبات الثقة والأمانة في مرحلة التفاوض التي تسبق تكوين العقد المراد إبرامه، ولتبيان ضرورة هذا الالتزام ودوره في مرحلة التفاوض على العقد يجدر بنا التطرق إلى مفهوم حسن النية في مرحلة التفاوض في (المطلب الأول)، وأحكام الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم حسن النية

نتناول في هذا المطلب المقصود بحسن النية في (الفرع الأول)، وامتداد مبدأ حسن النية في التشريع الإسلامي والتشريعات المقارنة في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بحسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية، نقطة اتصال وامتزاج بين الأخلاق والقانون، مما يجعلها صعبة التحديد والتعريف ويشوبها الغموض وعدم الدقة¹.

فمن الناحية القانونية، نجد بأن دور حسن النية في التصرفات القانونية، يترتب عليه اختلاف في المعنى من حالة إلى أخرى، ففي إطار تنفيذ العقود، نجد حسن النية يعني الأمانة والاستقامة، وفي إطار كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة، نجد حسن النية، يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف²، وبهذا المفهوم تصبح فكرة حسن النية شخصية تركز على حالة الشخص النفسية أو الذهنية.

1- محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي العام، العدد 51، سنة 1995، ص 149.

علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 392.

2- عبد الحليم عبد اللطيف عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 366.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

أما من الناحية الأخلاقية نجد بأن فكرة حسن النية، تكتسي طابعا أخلاقيا بحتا¹، بحيث يشكل قاعدة للسلوك، تتطلب من الشخص مراعاة النزاهة والأمانة، والاستقامة، وعدم الغش في المعاملات، وبهذا المفهوم تصبح فكرة حسن النية موضوعية، لا شخصية، وهنا تأتي في شكل ضابط أخلاقي للسلوك الإنساني، يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد، وفقا للسلوك الحسن للشخص في المجتمع.

ويعتبر مبدأ حسن النية وما يوجبه من أمانة ونزاهة وثقة مشروعة في التعامل من المبادئ الهامة التي تقوم عليها المعاملات والتصرفات القانونية الواقعة بين الأفراد، يشمل جميع التصرفات والعقود، بحيث يعد مبدأ عاما يدخل في صلب النظام القانوني للعقد، إبراما وتنفيذا وانقضاء بما يقتضيه هذا المبدأ العام من شفافية واستقامة² وأمانة ونزاهة وثقة في التعامل، وإرادة عدم الإضرار بالغير³.

أولا: التعريف التشريعي

ذهبت بعض التشريعات في بعض الأنظمة القانونية إلى محاولة وضع تعريف لمفهوم حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، ولم تنص هذه التشريعات على مبدأ مفهوم حسن النية في مرحلة المفاوضات، حيث أشارت المادة 1/148 من القانون المصري إلى أنه: "ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبأسلوب يتفق مع ما يوجبه حسن النية". وكذلك المشرع الجزائري أشار إلى مبدأ حسن النية من خلال المادة 1/107 من القانون المدني والتي نصت على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

ومن خلال ذلك نجد أن نصوص هذه المواد تنص صراحة على مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد لا في تكوينه، إلا أن مضمون هذه النصوص القانونية لا يقتصر تطبيقه على مرحلة التنفيذ بل يتعدى إلى مرحلة التفاوض على العقد.

1- إقلولي أولد رايح صافية، التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد، عنصر منافس لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، مجلة بحوث، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 14، العدد 01، أكتوبر 2020، ص 131.

2- زيتوني فاطمة الزهراء، مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، الجزائر، المجلد 02، العدد 04، جوان 2016، ص 440.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 423.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وعلى خلاف ذلك فإن المشرع الفرنسي بموجب القانون المدني الجديد نص صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض من خلال المادة 1104: "يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية".

لهذا نجد بأن التشريع والقضاء¹ لم يضعوا تعريفاً محدداً ومضبوطاً لمبدأ حسن النية في المعاملات، مما دفع بالبعض بالبحث في الآراء الفقهية عن تعريف محدد لها.

ثانياً: التعريف الفقهي

يرى البعض أن حسن النية يعني التعامل بصدق واستقامة والخلاص مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المتوخاة منه²، كما عرف بأنه التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة المعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن³.

وعرف أحد الفقهاء حسن النية بأنه توقع تعامل طرفي العقد كل منهما تجاه الآخر واتجاه الأطراف الأخرى التي قد تكون لها علاقة بهذا العقد بصدق وعدالة وأمانة ونزاهة⁴.

وذهب آخرون إلى تقسيم مبدأ حسن النية إلى معنيين: انتفاء النية السيئة، وانتفاء الخطأ العقد، وأجيز البعض تعريفه بالقول بأنها توجه القلب المسلم إلى الخير، أو حسن القصد، أو قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون. أو الاعتقاد بمراعاة جميع الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة⁵.

1- أورد القضاء تعريف لمبدأ حسن النية في قضية *Waugh v, prince*، حيث جاء فيها أن المقصود بحسن النية بوجه عام، أن يبذل كل فرد الجهد المعقول والعناية اللازمة، وكذلك ما جاء في قضية *Hiker v, western Automobile Ins. Go. Of f, T. Scol* من تعريفات لحسن النية أنها "التزام الفرد بالصدق في أداء التزاماته". أما حسن النية في قضية *Efron. V Kalmanovitz* فيقصد به "النية الصادقة في الامتناع عن اخذ أي مزايا غير مشروعة من الغير وهي حالة ذهنية دالة على عدم وجود نية الغش والتزام الشخص بالصدق في تعهداته والتزاماته". ينظر: أحمد أبو القاسم محمد العجوي، مرجع سابق، ص 76.

2- أحمد محمد رفاعي، الالتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 13 وما بعدها، أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 415.

3- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، أبريل 2013، ص 231.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 210.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 416.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وهناك جانب آخر من الفقه عرفه بأنه التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي من أجلها قام التفاوض والتزم كل من طرفي التفاوض بها، بحيث لا يؤدي إلى إضرار الطرف الآخر دون مسوغ قانوني، بل يتوصل كلا الطرفين إلى حقه بأمانة¹.
ومنه نجد أن لحسن النية تعريف ايجابي هو أن حسن النية ذلك السلوك القويم، والمعقولة، والعدالة، والإنصاف، والأمانة في التصرف، كما له تعريف سلبي هو أن حسن النية يعني غياب نية الإضرار والتصرف وفقا للسلوكيات المعقولة المقررة طبقا للأعراف السائدة².

الفرع الثاني: امتداد مبدأ حسن النية في التشريع الإسلامي والتشريعات المقارنة

يعتبر حسن النية أحد المبادئ الأساسية في المجال القانوني بشكل عام، وفي مجال العقود بشكل خاص، فهو يعتبر من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق، على صعيد القانون العام أو على صعيد القانون الخاص. ونظرا للأهمية الكبيرة التي يتمتع بها حسن النية نجد أن كافة التشريعات القانونية سواء القديمة أو الحديثة قد عمدت على تكريس وترسيخ هذا المبدأ في طيات تشريعاتها، إذ يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ عالمي وتأخذ به كافة النظم القانونية دون استثناء. يحرص كل نظام قانوني على تقنينه وتكريسه في جميع المعاملات التعاقدية والمالية.

أولاً: في التشريع الإسلامي

لقد وجد مبدأ حسن النية حيزا كبيرا له في إطار التشريع الإسلامي، لأن الشريعة الإسلامية أخضعت كافة أنواع العقود على اختلافها وفي جميع مراحلها العملية العقدية لمبدأ حسن النية، ويرجع ذلك إلى كون الشريعة الإسلامية تعد شريعة أخلاقية، لقول الله تعالى: "وإنك لعلی خلق عظیم"³. وحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق"⁴.

والشريعة الإسلامية وضعت قواعد وإطارا عاما، لما يجب أن تكون عليه تصرفات الأفراد وسلوكياتهم فيما تقع بينهم من معاملات مالية. فأرست مبادئ النزاهة، والقسط، لقوله تعالى: "يا أيها

1- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2001، ص ص64-66.

2- وائل حمدي أحمد حسن، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012، ص ص212-213.

3- الآية رقم 04 من سورة القلم.

4- رواه الإمام مالك ابن أنس في الموطأ، ج 02، ضبط وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ص 690.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط"¹. والعدالة، ولقوله سبحانه تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"².

ونَهت الشريعة الإسلامية عن الخيانة، لقوله عزى وجل "يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون"³. والغش والخديعة، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من غش فليس منا". والكذب، لقوله تعالى "فنجعل لعنة الله على الكاذبين". والكتمان ومن ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم⁴، نهى عن التغيرير أو التدليس، ونهى عن النجش وهو نوع من التدليس، الذي يؤدي إيهام وإيقاع المتعاقد في غلط مدبر أو وهم يدفعه إلى التعاقد. ومن ثم يقع على عاتق المتعاقد المفاوض التزام الأمانة بالإخبار عن كافة المعلومات، وكشف جميع العيوب في الشيء محل المفاوضة، فالكتمان وعدم الصدق وعدم الإفصاح يخل بمبدأ حسن النية في المعاملات⁵.

ومنه نجد أن الفقه الإسلامي يعتبر مبدأ حسن النية قاعدة عامة أساسية تقوم عليها كافة التصرفات، وهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبادئ الأخلاق، بأن يلتزم المتعاقدان أقصى درجات الصدق والصراحة والأمانة في الإخبار والإعلام عن كل ما يتصل بالعملية العقدية في مرحلة تكوين العقد، ودون ذلك يكون باطلاً كل تصرف يخلو من مبدأ حسن النية.

ثانياً: في التشريعات الأوروبية

هذا وقد ورد المبدأ العام لحسن النية ضمن أغلب النظم القانونية الأوروبية، باعتباره تعبيراً عن التضامن الإنساني، والثقة المتبادلة بين الأطراف، فنجد في نص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي⁶، بأن الاتفاقات المنعقدة طبقاً للقانون تعتبر شريعة الأطراف الذين أبرموا، ويجب أن تنفذ بحسن نية، كما نصت المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي⁷ على أن من يدفع بحسن نية ليد المتصرف بالدين، يبرئ ذمته، حتى ولو قضي فيما بعد ملكية ذلك المتصرف للدين.

1- الآية رقم 08 من سورة المائدة.

2- الآية رقم 01 من سورة المائدة.

3- الآية رقم 27 من سورة الأنفال.

4- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا اشتريت فقل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام". أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، ج2، ص 745، ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، ج3، ص 1165، أي لا خديعة ولا تضليل ولا تغيير.

5- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص93.

6- المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

7- المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

أما في القانون الألماني فإن المادة 242 من القانون المدني¹، تفرض على المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه بما يتفق وحسن النية وكذلك فإن المادة 157 من نفس القانون² أوجبت أن يتم تفسير العقد بحسن نية، وأن مبدأ حسن النية قد تم تطويره في القانون الألماني ليطبق على مجمل العلاقات التعاقدية بين الأفراد، ويمتد تطبيقه إلى المرحلة السابقة على إبرام العقد.

وسار القانون المدني الإيطالي عن هذا النهج فوفقاً لما جاءت به المادة 1375 فإنه: " يجب أن ينفذ العقد وفقاً لحسن النية"³، وكذلك الحال بالنسبة للقانون المدني السويسري في المادة 02 منه⁴، منه⁴، تبين على أن كل شخص ملزم بمباشرة حقوقه، وتنفيذ التزاماته وفقاً لقواعد حسن النية.

ثالثاً: في التشريعات العربية

أما عن تجسيد المبدأ العام لحسن النية في التشريعات العربية، فنجد في مضمون بعض النصوص الواردة بهذا الشأن في كل من التشريع المدني المصري واللبناني والأردني والجزائري وغيرهم من التشريعات العربية الأخرى.

أما التشريع المدني المصري فقد أورد الكثير من النصوص على حسن النية، ولعل من أهمها المادة 1/148 التي أكدت أن العقد يجب تنفيذه بطريقة مع ما يوجبه حسن النية في إشارة واضحة منه بأن حسن النية من أهم مشتملات العقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الأردني من خلال بعض المواد الواردة فيه كالمادة 1/202 والتي أوجبت أن يتم تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

أما التشريع اللبناني قد أخذ بالمبدأ العام لحسن النية، ولقد ورد هذا المبدأ في بعض مواد قانون الموجبات والعقود، ويبرز ذلك من خلال المادة 221 منه فبعد أن ألزمت المتعاقدين بالعقود المنشأة عن الوجه القانوني، أوجبت أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والأنصاف والعرف.

والمشرع الجزائري حذا حذو التشريعات العربية السابقة باتخاذها من مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري قاعدة عامة لكافة التصرفات، عملاً بمقتضيات المادة 2/107 منه⁵ التي

1- المادة 242 من القانون المدني الألماني.

2- المادة 157 من القانون المدني الألماني.

3- المادة 1375 من القانون المدني الإيطالي.

4- المادة 02 من القانون المدني السويسري.

5- المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

تنص بأنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية". بما يعني صراحة ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وبمفهوم الضمنية يسري هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على العقد، فقد اشترط المشرع الجزائري البحث في النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد¹، كما اشترط حسن النية للتمسك بإبطال العقد، وبأن لا يضر الإبطال بالغير حسن النية²، وأجاز للمشتري حق الرجوع بضمان العيوب الخفية وطلب التعويض ولو كان البائع حسن النية³، إلى غير ذلك من النصوص القانونية التي رتب فيها القانون المدني الجزائري العديد من الآثار بالنظر إلى حسن وسوء نية المتعاقد⁴.

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

أشارت بعض التشريعات الدولية في نصوصها على ضرورة تطبيق المبدأ العام للتفاوض، فنصت عليه صراحة فيما وضعت من نصوص بوجود الالتزام بحسن النية في المفاوضات، ولم تغفله الشريعة الإسلامية الغراء كذلك، في حين أن بعض التشريعات الأخرى جاءت خالية من أي نص قانوني يتناول مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه على غرار المشرع الانجليزي والمشرع الأمريكي فهذه التشريعات لم تعترف بمبدأ حسن النية في الالتزامات التعاقدية، كما أشرنا إليه سابقا.

أولا: التشريعات التي نصت صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

أقر القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016/02/10 في نص المادة 1104 على وجوب أن يكون التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بحسن نية⁵. أي أصبح الالتزام بحسن نية واجبا منذ مرحلة التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه، مروراً بمرحلة إبرامه.

وجعل المشرع الفرنسي واجب الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات مرتبطاً بالنظام العام وهو ما يعني بأنه لا يكون بمقدور أي طرف مفاوض تحديد نطاق مبدأ حسن النية بتضييقه أو استبعاد الالتزام به في المفاوضات، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف هذا المبدأ.

1- المادة 2/111 من القانون المدني الجزائري

2- المواد: 82، 101، 103 من القانون المدني الجزائري

3- المادة 399 من القانون المدني الجزائري.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 92.

5 - les contrats doivent être négociés formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وبعد أن أطلق المشرع الفرنسي في المادة 1112 من ذات القانون حرية الإرادة في أخذ المبادرة بالتفاوض ومواصلته¹، وقطع المفاوضات قبل التعاقدية، إلا أنه أوجب وبشكل إلزامي أن تحترم مقتضيات حسن النية، ورتب المسؤولية بالتعويض على الطرف الذي ارتكب خطأ في المفاوضات الجارية مع الطرف الآخر².

كما نصت بعض التشريعات الوطنية والدولية، بشكل صريح على مبدأ حسن النية كمبدأ عام خلال مرحلة المفاوضات العقدية، وإن كانت قليلة جدا ونذكر من ذلك القانون المدني الإيطالي في المادة 1337 منه حيث قضت بأن يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتعامل بما يتفق وحسن النية³، وفي نفس السياق نص القانون المدني الألماني في المادة 2/311 من على أنه علاقة المديونية لما ترتبه من التزامات واردة في المادة 2/241 من القانون ذاته والمتعلقة بمراعاة حقوق والتزامات الطرف الآخر، مثل واجبات حسن النية والإفصاح يمكن أن تنشأ أيضا خلال البدء في مفاوضات العقد لتحضير لإبرام عقد إذا ما كان أحد الطرفين بالنظر إلى علاقة تعاقدية محتملة قد تسبب في التأثير على حقوق أو مصالح الطرف الآخر أو من ضمن له ذلك.

وكذا الحكم أيضا في نص المادة 30 من القانون المدني اليوغسلافي التي قضت بأن أي طرف مفاوض يدخل في مفاوضات دون أن تقوم لديه نية جادة في إبرام العقد، يكون مسؤولا عن الضرر الذي ينجم عن الضرر الذي ينجم عن هذه المفاوضات، وبالتالي أخضعت هذه المادة المرحلة التفاوضية على العقد المطلوب لمبدأ حسن النية⁴.

ثانيا: التشريعات التي نصت ضمينا على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

أكثر هذه التشريعات هي التشريعات العربية فنجد أنها لم تنص على حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، إلا أننا نستطيع القول أنها اعترفت ضمينا بمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد بصفة عامة، حيث نص القانون المدني المصري في المادة 1/148 على أنه: "يجب تنفيذ

1 - l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص492.

3- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص214.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص491.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، ويقابله في ذلك كل من القانون الأردني في المادة 1/202، والتشريع اللبناني في المادة 221، كل هذه التشريعات نصت على وجوب مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد وتفسيره، ولم تذكر صراحة مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد. وهذا ما يعاب على التشريعات العربية.

ويعتبر مبدأ حسن النية في القانون المدني الجزائري قاعدة عامة لكافة التصرفات، عملاً بمقتضيات المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري¹ التي تنص بأنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية." بما يعني صراحة ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وبمفهوم الضمنية يسري هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على العقد.² وكان الأجدد بالمشعر الجزائري أن يحذو حذو المشعر الفرنسي من خلال إدراج نص قانوني صريح خاص بمرحلة التفاوض على العقد في القانون المدني باعتبار أن المرحلة قبل العقدية أصبحت في ظل تطور وتشعب العلاقات التعاقدية في الوقت الراهن أكثر أهمية من مرحلة تنفيذ العقد نفسه.

ثالثاً: التشريعات التي لم تنص على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

يأخذ القانون الانجليزي بالمعيار الموضوعي في تكوين العقد، هذا المعيار لا يعير اهتمام لنية طرفي العقد، ولا يقيم وزناً لبواعثهما الداخلية، ولهذا كان من البديهي أن لا يجد مبدأ حسن النية طريقاً سهلاً لنظرية العقد في القانون الانجليزي³. فهو لا يأخذ بشكل عام بمبدأ حسن النية في العقود، سواء في مرحلة التفاوض على العقد أو مرحلة تنفيذه، ولم تتطرق المحاكم الانجليزية لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات ومرد ذلك بصفة رئيسية إلى وجهة النظر التي تبنتها هذه المحاكم فيما يتعلق بصحة الاتفاقات التي تبرم في مرحلة المفاوضات، ومن ناحية أخرى، مدى صلاحيتها لترتيب آثار قانونية ملزمة. فالقاضي لا يملك سلطة في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، والأخذ بظاهر ما اتفقوا عليه فقط⁴، فهذا المبدأ إلى حد ما يبدو غريباً عن الفكر القانوني الأنجلوسكسوني، والذي يأخذ بالفلسفة الفردية بمعنى أنه لا يقرر مبدأ عاماً في هذا الشأن، وإنما يعالج كل حالة على حدة ويقدم حلاً فردياً لمعالجة المشكلات الناجمة عن الإخلال بالعدالة.

1- المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 92.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 437.

4- محمود فياض، مرجع سابق، ص 228.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

غير أن القضاء الانجليزي يميل إلى الاعتراف بمبدأ حسن النية بطريق غير مباشر¹ باستعمال عدة أفكار وآليات قانونية تهدف جميعها إلى جبر الضرر الناجم عن التصرفات المخالفة للعدالة وحسن النية، منها فكرة العقد الملزم أو الإضافي، حيث يعقد مسؤولية كل من يقوم بالانسحاب من المفاوضات بشكل تعسفي ودون مبرر جدي².

وقد انتهت هذه المحاكم الانجليزية إلى دعم من مجلس اللوردات إلى تأكيد أن اتفاق التفاوض لا يترتب عليه أي التزام عقدي، خاصة الالتزام بحسن النية، وتبرر المحاكم الانجليزية هذا الرأي استنادا إلى مثل هذه الاتفاقات الأولية تصل إلى درجة كبيرة من عدم التحديد على نحو يجعلها اتفاقات لا تفرض أي التزام بالتفاوض بحسن النية³.

وقد أكد على ذلك اللورد أكثر، بقوله إن القانون الانجليزي لا يفرض التزاما عاما بالتفاوض بحسن النية، وإنما يحق لأي طرف من أطراف التفاوض إتباع ما يراه من الوسائل التي تؤدي إلى تحقيق مصالحه الخاصة طالما أنه تفاعل خداع أو غش الطرف الآخر⁴.

وعلى هذا الأساس نجد أن القانون الانجليزي يؤكد على عدم الاعتراف بمبدأ عام يقضي بالالتزام بالتفاوض بحسن النية، فلا يكون الطرف المتفاوض مسؤولا على حساب القانون، كقاعدة عامة، إلا إذا ثبت أنه ارتكب غشا أو تدليسا خلال مرحلة المفاوضات،

أما القانون الأمريكي فقد أشار إلى مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد فقط في بعض النصوص القانونية، وتغاضى عنه في مرحلة التفاوض، فجاء مسائرا لما ذهب إليه نظيره الإنجليزي من

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 218.

2- فقد أعلن مجلس اللوردات في إحدى القضايا التي عرضت عليه أن المدعى عليه بقيامه بالدعوة إلى التقدم بعطاءات لشراء مجموعة من الأسهم للمتقدم بالعطاء الأعلى، إنما يعتبر ملتزما بهذا التعهد، لقد فسر اللورد دبلوك الأمر على أساس وجود عقدين معا، الأول هو عقد البيع للمتقدم بالعطاءات، أما الثاني فهو عقد البيع الأساسي المتعلق بالأسهم، ورغم أن الدعوة للتقدم بعطاء لا تعتبر إيجابيا ملزما، بل هي مجرد دعوة للتفاوض وفقا للقانون الإنجليزي، إلا أنه لا يجوز التراجع عن هذه الدعوة، فالقاضي هنا استعمل فكرة العقد الملزم، وهي من الأفكار المعروفة في القانون الانجليزي بغية الوصول إلى قرار عادل دون الحاجة لإعمال مبدأ حسن النية، ينظر: يزيد أنيس نصير، مرجع سابق، ص 17. ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 218.

3- حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، العدد 02، جويلية 1996، ص 14.

4- أحمد أبو القاسم محمد العجوي، حكم الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2019، ص 84.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

عدم الاعتراف بهذا المبدأ صراحة خلال مرحلة تكوين العقد وأثناء سير عملية المفاوضات¹، فهو لا يفرض أي قيود أو التزامات على الأطراف، بل يعطي الأطراف الحرية الكاملة أثناء التفاوض لكي لا يمتنع الناس عن الدخول في المفاوضات، فإذا كان الأصل هو حرية التعاقد، فإن ذلك مشروط بالألا يخالف المتفاوض مبدأ حسن النية وعدم الإخلال بالثقة التي تنشأ بين المتفاوضين بمجرد الدخول في التفاوض².

فالفقه والقضاء الأمريكي لا يزالان متحفظان فيما يتعلق بإقرار مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وعليه فقد سن المشرع الأمريكي تشريعات نظمت سلوك الأطراف أثناء مرحلة التفاوض³.

وفي الأخير نشير إلى أن القانوني الأنجلوسكسوني لا يأخذ بشكل عام بمبدأ حسن النية في العقود، سواء في مرحلة التفاوض على العقد أو مرحلة تنفيذه وإنما يأخذ بالمعيار الموضوعي في تكوين العقد و يقيم المسؤولية على كل طرف متفاوض ينسحب من المفاوضات دون أي مبرر من شأنه الإضرار بالعملية التفاوضية والحيلولة دون سير المفاوضات على أحسن وجه، وبالتالي عرقلة تكوين العقد.

المطلب الثاني: أحكام الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض

نصت بعض التشريعات على مبدأ حسن النية صراحة في نصوص قانونية خاصة، في حين جاءت تشريعات أخرى خالية من أي نص قانوني يتناول مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه، إلا أنها اعترفت به ضمناً في المرحلة السابقة على التعاقد بصفة عامة، وعليه سنتناول الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض في (الفرع الأول)، و الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض في (الفرع الثاني).

1- أحمد أبو القاسم أمحمد العجمي، المرجع نفسه، ص84.

2- أحمد أبو القاسم أمحمد العجمي، مرجع سابق، ص84.

3- صدرت في الولايات المتحدة الأمريكية ثلاث تشريعات نظمت سلوك الأطراف من خلال فرض الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض وهي :

- قانون علاقات العمل المحلي سنة 1976 National labour relation

- قانون المتعاملين في مجال السيارات سنة 1976 Automobile dealer court act Addca

- قانون بورتوريكو للعقود المعدلة في القسم 278 سنة 1976، the law pertorico ينظر: ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 220-221.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

في ظل غياب نصوص قانونية صريحة تشير إلى مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد بطريقة مباشرة، يختلف تحديد الأساس القانوني الذي يؤسس عليه الالتزام بحسن النية من اتجاه إلى آخر، وذلك كما يلي:

أولاً: مشتملات العقد كأساس لحسن النية في التفاوض

اتجه بعض الفقه إلى أن الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد يجد أساسه القانوني فيما جاء بنص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي¹، الواردة بصدد تنفيذ العقود بحسن نية. المقابلة للمادة 1/107 من القانون المدني الجزائري، و1/148 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"².

وعليه فإن الالتزام القانوني بالتفاوض بحسن نية هو التزام تبادلي يقع على كلا الطرفين خلال مرحلة التفاوض، يفرض على المتفاوض الأمانة والاستقامة و بأن لا يلجأ في تفاوضه إلى الغش والخداع والاحتيال، بل يتبع المسلك المألوف والقيام والابتعاد عن نية الإضرار، وفقاً لما يمليه مبدأ حسن النية، والامتناع عن كل تصرف من شأنه، خداع الطرف الآخر³. أي أن العقد المقصود إبرامه يجب أن يكون مبنياً وقائماً على مبدأ حسن النية منذ بداية نشوئه، أي ببدء عملية التفاوض عليه.

وفي حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10/05/1989 "البنك الذي يعلم حالة مدينه ميئوساً منها، أو على الأقل مثقلة بالديون، ويمتنع عن إبلاغ هذه المعلومة إلى علم الكفيل بقصد دفعه إلى التعاقد بأنه يخالف التزامه بالتعاقد بحسن النية، ويرتكب هكذا تدليسا بالكتمان، وانتهت المحكمة من ذلك إلى بطلان عقد الكفالة استناداً إلى نص المادة 1116 المتعلقة بالتدليس، والمادة 1/1134 المتعلقة بوجوب تنفيذ العقد بحسن النية"⁴.

وبعد التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي تم استحداث المادة 1104 بموجب الأمر رقم 131/2016 الصادر بتاريخ 10/02/2016 التي نصت صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض

1- المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي.

2- المادة 1/148 من القانون المدني المصري.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 89.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 525.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

على العقد، والتي جاءت كما يلي: "يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام"¹.

حيث أنه نستشف من خلال المادة أن المشرع الفرنسي أوجب مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك كغيرها من المراحل من الإبرام والتنفيذ دون تمييز وجعله على قدر من الأهمية مثل باقي المراحل التي يمر بها العقد.

ثانياً: عيب التدليس كأساس لحسن النية في التفاوض

يرى جانباً من الفقه² أن الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد يظهر في نص المادة 2/125 من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه: "يعتبر تدليس السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، ويقابلها المادة 2/86 من القانون المدني الجزائري".

ويعتبر تدليس السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة"، حيث تفرض هذه المواد ضرورة الإدلاء بجميع المعلومات والبيانات الضرورية التي من شأنها أن تؤدي إلى تنوير رضا المتعاقد، واعتبرت أن كتمان هذه المعلومات يعد من قبيل التغيير الذي يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال³.

1- حميداني محمد، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر 131/2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قلمة، الجزائر، المجلد 13، العدد 01، جوان 2019، ص 305.

2- سبير المنتصر، الالتزام بالتبصير، ط 01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 119. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 406.

3- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 228.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وعلى هذا الأساس، فإذا وقع أحد الأطراف ضحية التدليس¹ من جراء الغش والخديعة والاحتيال، جاز له قانونا طلب إبطال العقد²، كما يمكنه المطالبة بالتعويض، باعتبار أن التدليس عمل غير مشروع، يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الناتج عنه وفقا لحكام المسؤولية التقصيرية³.

ففي قرار للغرفة المدنية لدى المحكمة العليا قضت بأنه: "يعد غشا تسليم كمية من البطاطا المخصصة للاستهلاك بدلا من أن تسلم نفس الكمية بذور البطاطا حسب العقد المبرم بين الطرفين، ومن ناحية ثانية أن البضاعة المسلمة إلى المشتري كانت فاسدة ومصابة بمرض، بحيث أن المدعية في الطعن أصبحت مسؤولة عن هذه الأفعال في إطار المسؤولية العقدية"⁴.

ونجد أن الغش والخداع يبطل العقد لوجود سوء النية خلال مرحلة التفاوض على العقد وأثناء تكوينه وتنفيذه، وهذا ما أضفى إليه الاجتهاد القضائي السابق لكون الحكم يراعي الجوانب القانونية والأخلاقية والاجتماعية⁵.

أما التشريع الفرنسي الذي لم يعترف صراحة بهذا العيب إلا بعد تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 من خلال المادة 1137 الفقرة 2 التي تنص على أنه: "ويعتبر تدليسا كذلك، إخفاء أحد المتعاقدين عمدا لمعلومة يعرف صفتها الحاسمة بالنسبة للطرف الآخر"⁶.

وعليه فإن مبدأ حسن النية يلزم البائع بأن يدلي إلى المشتري في مرحلة التفاوض على العقد بجميع البيانات والمعلومات التي من شأنها تنوير رضاؤه بالعقد، وعلى هذا الأساس فإن الثقة والأمانة

1- التدليس لغة، الخداع وفي الاصطلاح والمعاملات إيهام متعاقد بما يدفعه إلى التعاقد بوسيلة غير مشروعة، ويقع في لحظة تكوين العقد، ومن ثم فهو عيب في السلوك والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين، بحيث يجب ألا يقتصر الأمر على النظر إلى العنصر الداخلي، والمتمثل في الوعي أو الشعور لدى المتعاقد الذي عيبت إرادته، بل يجب النظر كذلك في سلوك الطرف الآخر، والذي قد يكون من شأنه جعل الرضا معيبا. والتدليس بهذا المعنى قد يكون حصيلة استخدام وسائل وطرق احتيالية، وهو ما يعرف بالتدليس الإيجابي أو كتمان أمر من الأمور، وإذا تبين أن العقد ما كان ليبرم لو علم العاقد الآخر بها، وهذا ما يسمى بالتدليس السلبي. والنوع الأخير هو ما استند عليه هذا الرأي في محاولة لإيجاد أساس قانوني لمبدأ حسن النية في المفاوضات الجارية على العقد المطلوب. ينظر: أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 527.

2- المواد 86 و87 من القانون المدني الجزائري.

3- المادة 124 من القانون المدني الجزائري .

4- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2000/02/16، ملف رقم 213691، مجلة قانونية 2001، عدد 01، ص 125. ينظر: بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 91.

5- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 92.

6-Article 1137/2 du code civil français: "Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie".

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

في التعامل بين المتعاقدين تلزم المتعاقد بتقديم المعلومات وعدم الكتمان باعتباره تدليسا يبطل العقد خلال جميع مراحلها، بدءا بمرحلة التفاوض وصولا إلى مرحلة التنفيذ .

ثالثا: العلم الكافي بالمبيع كأساس لحسن النية في التفاوض

يجد جانبا من الفقه¹ أساسا قانونيا صالحا لتأسيس مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه في نص المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي التي تنص بأنه: " البائع يلتزم بأن يشرح بوضوح ما يلتزم به"². والمقابلة للمادة 419 من القانون المدني المصري. والمطابقة لنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه"³. ويرى هذا الرأي أن النص يعد تطبيقا مثاليا للالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بمحل العقد تم تطبيقه على عقد البيع، حيث أكد على ضرورة علم المشتري بالأوصاف الأساسية للمبيع عند إبرام العقد⁴.

فنلاحظ أن هذه التشريعات أوجبت إلى جانب القواعد العامة المقررة في القانون ضرورة تحقق علم المشتري بالشيء المباع علما كافيا، على اعتبار أن الغاية من الالتزام بالشرح الواضح المفروض على عاتق البائع يعد بمثابة ضمان للمشتري للعلم بالشيء المبيع، من حيث خصائصه ومكوناته، ليأتي رضائه مستنيرا وصادرا عن علم وإدراك تام بحقيقة المبيع. وبالتالي فإن علم الطرف الآخر بجميع البيانات والمعلومات الضرورية يعتبر من أهم مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد.

رابعا: معايير تفسير العقد كأساس لحسن النية في التفاوض

يذهب أصحاب هذا الاتجاه⁵ على أن مبدأ أحسن النية يؤسس على نص المادة 2/111 القانون المدني الجزائري⁶ التي تنص على أنه: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 529.

2- المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي.

3- المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

4- نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 86.

5- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 67.

6- المادة 2/111 من القانون المدني الجزائري.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

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". المقابلة للمادة 2/150 من القانون المدني المصري والمتعلقة بتفسير العقد¹.

فمن خلال هذه النصوص القانونية نجد أنه عند إبرام العقد ينشأ التزام قانوني، على عاتق الطرفين يقضي بضرورة توافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين حيث يكمن هذا الالتزام بضرورة إفصاح المتعاقد بالبيانات والمعلومات اللازمة لتكوين رضا سليما متنورا للطرف الآخر². وبالتالي توسيع مجال ونطاق مبدأ حسن النية، من مرحلة تنفيذ العقد إلى مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه بين الأطراف³.

وفي الأخير نجد أن المشرع الفرنسي استدرك الأمر ونص صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، بموجب التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي حيث استحدثت المادة 1104 بموجب الأمر رقم 131/2016 الصادر بتاريخ 2016/02/10 التي نصت صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، والتي جاء نصها كما يلي: "يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام"⁴، أي أصبح الالتزام بحسن النية واجبا منذ مرحلة التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه، مروراً بمرحلة إبرامه، وجعله من النظام العام، ويجب على المشرع الجزائري أن يحذو حذوا المشرع الفرنسي، وينص على ضرورة إعمال مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، نظرا لأهمية هذه المرحلة وما تكتسيه من خطورة ومالها من تأثير على مرحلة تكوين وتنفيذ العقد المراد إبرامه.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن نية

لتحديد طبيعته القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن نية يجب معرفة ما اذا كان يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية.

1- المادة 2/150 من القانون المدني المصري.

2- علي احمد صالح، مرجع سابق، ص403.

3- عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد 02، نوفمبر 2020، ص1005.

4- حميداني محمد، مرجع سابق، ص305.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

أولاً: الالتزام بحسن النية التزاماً ببذل عناية

إن اعتبار حسن النية في المفاوضات مجرد التزام ببذل عناية يلزم الطرف المتفاوض ببذل ما يستطيع من جهد وعناية في سبيل بلوغ النتيجة المرجوة، دون أن يتعهد بتحقيق هذه النتيجة أو هذا الهدف¹. كما يوجب على الأطراف مواصلة السير في إجراءات التفاوض للوصول إلى لحظة إبرام العقد النهائي المطلوب، وبكل ما يستلزمه مبدأ حسن النية من موجبات النزاهة والأمانة والصدق والشفافية والثقة المشروعة في التعامل بين الطرفين. فإن الالتزام في هذا المبدأ وما ينشأ عنه من مقتضيات يشكل من حيث طبيعته القانونية التزاماً بوسيلة أو ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة².

وتطبيقاً لذلك التزام الطبيب تجاه المريض، فهو لا يستطيع أن يضمن للمريض شفائه مما يعاني من مرض، ولكنه يعده في المقابل ببذل الجهد اللازم واستخدام كافة الوسائل العلمية المتاحة وقدراته العلمية في سبيل الوصول إلى هذا الهدف، فالطبيب لا يلتزم تجاه المريض بتحقيق الشفاء، فالتزامه ليس التزاماً بتحقيق هذه النتيجة، وإنما هو التزام ببذل العناية الصادقة، والمتفقة مع الأصول العلمية الثابتة، تجاه المريض³.

ومن ذلك أيضاً التزام المحامي تجاه زبونه، فهو يلتزم بدراسة الملف بعمق، وينصح بالموقف الواجب اتخاذه، والدفاع عنه والمرافعة بالوسائل الملائمة، لكنه لا يتعهد بريح القضية وإلا أصبحت المهمة مستحيلة⁴.

وعلى هذا الأساس، فإنه يجب على كل طرف مفاوض إثبات أنه بذل كل ما في استطاعته طبقاً لمعيار الرجل العادي من جهد في سبيل إنجاح عملية التفاوض على العقد المنشود بشكل يجوز له فيه أن يدفع عن نفسه المسؤولية.

والمشرع الفرنسي بموجب القانون المدني الجديد جعل واجب الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات من النظام العام لا يحق لأي طرف استبعاده أو التضييق من مجاله، ومنه فهو

1- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 24.

2- همام زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 55.

3- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 104، وما بعدها.

4- LE TOURNEAU ET CADIET, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2000/2001, P 617.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

مفروض على الطرفين بمجرد شروعهما في عملية التفاوض، ويقع باطلا كل اتفاق يهدف إلى إعفاء أحدهما أو كلاهما من هذا الالتزام¹.

ثانياً: الالتزام بحسن النية التزاماً بتحقيق نتيجة

يذهب بعض الفقه إلى اعتبار الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض قبل العقدية التزامات بتحقيق نتيجة أو غاية² وهو الذي يلتزم بمقتضاه المدين بتحقيق النتيجة المرجوة، فالمدين في هذه الحالة يتعهد للدائن بالقيام بأداء محدد لمصلحته³. كما يفرض هذا الالتزام على المتفاوض أن يتجنب أساليب الغش والخديعة، وأن يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض.

ويدخل حسن النية في تقدير الطرفين عند اتفاقهما على التفاوض، بحيث لو علم أحد الطرفين أن الطرف الآخر لن يكون حسن النية لأمتنع حتماً عن الدخول معه في التفاوض، وعليه فإن الالتزام بحسن النية هو التزام بتحقيق نتيجة⁴.

من ذلك مثلاً التزام المدين بتسليم شيء معين بالنوع، والتزام الناقل بتوصيل المسافر إلى الجهة المتفق عليها، أو توصيل البضاعة إلى المكان المتفق عليه في وقت معين، والتزام البائع بنقل الملكية، والتزام المقاول بالبناء الذي يتعهد بإقامته. في كل هذه الأمثلة، يكون مضمون الالتزام هو النتيجة المقصودة. لا شك أنه في هذه الحالات هناك عناية تبذل ووسائل تتخذ لكنها لا تؤخذ بعين الاعتبار، وإنما النتيجة أو الهدف المقصود⁵.

ويجد مثل هذا الالتزام تطبيقه كذلك فيما يتعلق بقيد التزام السرية والكتمان حول الدراسات والمعلومات والأبحاث التكنولوجية الفنية المتصلة بموضوع العقد محل عملية التفاوض، التي يحصل عليها المتفاوض لأغراض المفاوضات، وإبرام العقد المنشود⁶.

أو الالتزام بشرط القصر أو الحصرية الذي بمقتضاه يحظر على الأطراف المتفاوضة إجراء مفاوضات موازية مع الغير، وفي نفس الوقت، وعلى ذات الشيء الذي يشكل محورا لعملية التفاوض

1- المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي.

2- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 420.

3- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 24.

4- حميداني محمد، مرجع سابق، ص 306.

5- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 24.

6- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 565-557.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الدائرة بين الطرفين، فكل متفاوض لابد أن يكون حسن النية في تفاوضه، حتى يستطيع الوفاء بجميع الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض وعن ما سيرتبه العقد في المستقبل، ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما بوسعه لكي يكون حسن النية¹.

والالتزام بالتفاوض بحسن النية لا يعني التزام المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، فله الحرية في إبرام العقد من عدمه، ويحق له الانسحاب من التفاوض شريطة أن يتم ذلك وفقاً لمبدأ حسن النية.

وهذا ما أكدته المشرع الفرنسي الذي لم يلزم المتفاوضين بإبرام العقد محل التفاوض، فالمادة 1112 من القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016/02/10، أعطت لأطراف التفاوض حرية قطع المفاوضات قبل التعاقدية، وعدم مواصلتها، طالما روعيت مقتضيات مبدأ حسن النية، ولم يرتكب خطأ خلال هذه المرحلة².

ثالثاً: اعتراف القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016 بالالتزام بمبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض

نص المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد لسنة 2016 في المادة 1104 على وجوب أن يكون التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بحسن نية³. أي أصبح الالتزام بحسن نية واجباً منذ مرحلة التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه، مروراً بمرحلة إبرامه.

كما جعل المشرع الفرنسي واجب الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات مرتبطاً بالنظام العام وهو ما يعني بأنه لا يكون بمقدور أي طرف مفاوض تحديد نطاق مبدأ حسن النية بتضييقه أو استبعاد الالتزام به في المفاوضات، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف هذا المبدأ⁴.

وتجسيدا لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي الجديد على أنه: "يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً. يجب لزاماً أن تراعى هذه المسائل مقتضيات حسن النية".

1- حميداني محمد، مرجع سابق، ص 306-307

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 556.

3- les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 554.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه"¹.

جاءت الفقرة الأولى من المادة 1112 متضمنة المبادئ المنظمة لمرحلة المفاوضات، الحرية وحسن النية، فقد نصت هذه الفقرة على أنه يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية، وسيرها وقطعها حراً لكن يجب مراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية"².

ومنه يجب أن تسود مرحلة التفاوض على العقد الحرية في جميع مراحلها، منذ بدايتها إلى غاية انتهائها، وذلك إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية"³.

ومن خلال تحليل المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي الجديد نجد أن هذه المادة أعطت للأطراف المتفاوضة حرية قطع هذه المفاوضات قبل التعاقدية، وعدم مواصلتها، طالما روعيت مقتضيات مبدأ حسن النية، ولم يرتكب خطأ خلال هذه المرحلة.

فمبدأ حسن النية يفرض مجموعة من القيود والضوابط على حق الأطراف المتفاوضة في حرية قطع المفاوضات والانسحاب منه، وهذا هو الهدف المنشود من تطبيق مبدأ حسن النية في المرحلة التفاوض على العقد.

المبحث الثاني:

الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام والمحافظة على الأسرار

يعتبر الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد من الالتزامات التي تنشأ عن الالتزام بالتفاوض بحسن نية، الذي يفرض على كل طرف متفاوض منذ بداية المفاوضات على العقد اتخاذ موقف إيجابي تجاه الطرف الآخر، فيفرض عليه إحاطته وعلمه بكل البيانات والمعلومات التي لها صلة بالعقد المزمع انعقاده، وبمقتضاه يتوجب على كل طرف متفاوض أن يقوم بالإفصاح لصالح الطرف

1 -L'initiative le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.

2- عهود أحمد حسين خلفيات، مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية (دراسة تحليلية)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، مارس 2020، ص584.

3- المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي.

.chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter , de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui interdisent l'ordre public.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الأخر بكل ما لديه من معلومات وبيانات تتعلق بالعقد المراد إبرامه، حتى يتسنى للطرف المتفاوض الآخر أن يقدم على التفاوض بإرادة مبصرة ورضا مستنير.

كما يلتزم المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات والبيانات التي اطلع عليها أثناء عملية التفاوض على العقد المراد إبرامه، بحيث يلتزم ببذل كل ما في وسعه ليمتنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها أو نقلها للغير سواء أثناء فترة التفاوض أو حتى في حال فشل هذه المفاوضات، فالالتزام بالمحافظة على الأسرار لا يتوقف على أطراف التفاوض فقط بل يمتد إل غيرهم ممن حضروا عملية التفاوض أو أسندت إليهم مهام بمناسبة العقد المراد إبرامه.

وسنتناول في هذا المبحث الالتزام بالإعلام في (المطلب الأول)، والالتزام بالمحافظة على الأسرار في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام

يفرض مبدأ حسن النية على كل من طرفي التفاوض بالالتزام بالإفشاء بكل ما لديه من معلومات وبيانات تتعلق بالعقد محل التفاوض، والتي من شأنه أن تؤثر على قرار الطرف الآخر بالاستمرار في التفاوض، وإبرام العقد لهذا يقع على عاتق الطرف المتفاوض تبصير المتفاوض الآخر بمعلومات من شأنها جعل رضاه مستنير وكامل حول العقد المراد إبرامه.

الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام

لم يعرف المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام¹ على غرار المشرع الفرنسي، وترك المجال للفقه والقضاء لوضع التعريف المناسب الذي يتلاءم مع تطور عقود الاستهلاك ووسائل إبرامها، ولا جدال في أن التعريف الدقيق لهذا الالتزام يعد الوسيلة المثلى لمعرفة خصائصه.

وقد عرّفه جانب من الفقه الحديث بأنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إل طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم

1- الإعلام من فعل علم وعلمت بالشيء بمعنى عرفته، وعلم الأمر بمعنى أدركه وتحصل على حقيقته. ينظر: ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، المجلد 09، ط 04، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان 2005، ص 264.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

بيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"¹.

وهو التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاماً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإطاحة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه بالعقد².

كما عرف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بأنه التزام قانوني عام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد، فرضه المشرع حماية للطرف الضعيف في عقود الاستهلاك³، جوهره الإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالمتوجات المزمع التعاقد عليها، وذلك باستخدام اللغة والوسيلة الملائمة لطبيعة العقد، هدفه تمكين المستهلك من اتخاذ قراره بناء على رضا سليم ووعي حر مستنير⁴.

الفرع الثاني: أساس الالتزام بالإعلام في التفاوض

يجد هذا الالتزام أساسه في الالتزام الرئيسي التفاوض بحسن النية، حيث إن هذا الالتزام الأخير يفرض على كل متفاوض منذ بداية التفاوض، أن يتخذ موقفاً إيجابياً تجاه المتفاوض الآخر انطلاقاً من مبدأ حسن النية، فيطلع على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه.

أولاً: مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام

يجد الالتزام بالإعلام في التفاوض أساسه الرئيسي في مبدأ حسن نية، حيث أن هذا الأخير يفرض على كل متفاوض، منذ اللحظة الأولى لبدء المفاوضات، أن يتخذ موقفاً إيجابياً تجاه المتفاوض الآخر، فيطلع على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه بغض النظر عن طبيعة هذه المعلومات سواء كانت اقتصادية أو فنية⁵، ويعد أهم مظهر من مظاهر حسن النية أن يقوم كل طرف

1- نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص15.

2- خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص82.

3- زايد محمد، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مجلة آفاق علمية، المركز الجامعي تمارست، الجزائر، المجلد 12، العدد 04، سبتمبر 2020، ص540.

4- شهباز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، ط01، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2017، ص29.

5- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص59.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

بالإفشاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد المنشود، وذلك حتى يتمكن الطرف الآخر أن يقدم على إبرام العقد بإرادة سليمة خالية من العيوب.¹

وإن من واجب المتفاوض أن يقدم إلى المتفاوض معه معلومات حقيقية عن مدى ملائمة العملية المطروحة للتفاوض فنيا وماليا، فلا يستغل جهل المتفاوض معه المسائل الفنية والمالية، ويدخله في عقد لا يناسبه، خاصة إذا ما تعلق الأمر بشخص متمرس وصاحب خبرة في مجال تخصصه، حيث ينبغي عليه اطلاع الطرف الآخر غير المتخصص أو قليل الخبرة عن الطبيعة المالية والفنية للصفقة التي يقدم عليها²، خاصة في ظل عدم التعادل البين في المعلومات التي يحوزها الطرفان، والذي أسفر عنه التعقيد الفني المتزايد في العقود الحديثة التي يتم إبرامها غالبا بين شخص محترف وآخر غير محترف.³

والالتزام بالإعلام وإن قام على أساس من حسن النية إلا أنه يبقى في النهاية التزام قبل تعاقد، ويتعلق بتقديم المعلومات الكافية المتعلقة بالوضع القانوني للشيء أو بصفاته المادية⁴. فهو لا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد أو سلطان الإرادة ومرد ذلك أن مبدأ حرية التعاقد يقتضي إلزام المتعاقد بالالتزام بحسن النية وعدم الإخلال بما يتوقعه منه المتعاقد الآخر من ثقة وسلوك قويم⁵، فالأصل أن يبذل كل متفاوض على العقد الجهد اللازم استنادا لمعيار الرجل المعتاد، فإذا كان يمكنه الحصول على معلومات بنفسه، ولم يبذل أدنى جهد في الحصول عليها كان عذره بجهل بهذه المعلومات غير مبرر، وبالتالي لا يجوز له التمسك بتقصير الطرف الآخر في إمداده بهذه المعلومات⁶.

اعترف المشرع الجزائري بالالتزام بالإعلام ضمنيا بموجب نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية المتعلقة بالكتمان التدليسي، باعتبار أن منع المتعاقد من السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة يفهم منه إلقاء المشرع على عاتقه الالتزام بالإعلام. ويقابلها في ذلك المادة 125 من

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 424.

2- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القوانين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995، ص 118.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 425.

4- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 60.

5- أحمد أبو القاسم أحمد العجوي، حكم الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، القاهرة، 2019، ص 87.

6- أحمد عبد الكريم سلامة، أبو العلاء النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط 02، دار أبو المجد للطباعة، الهرم، 2002، ص 151.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

القانون المصري¹ التي أقر من خلالها المشرع المصري بصراحة على الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض، باعتبار السكوت العمدا عن واقعة مؤثرة يعتبر تدليسا دون تفرقة بين معاملة وأخرى، فعدم الكتمان أو المصارحة أصبح واجبا عاما على المتعاقد مصدره القانون حيث اعتبر السكوت والإخفاء كتماناً، أي أن اعتبارات الثقة وحسن النية في التعامل تغلب على الاعتبارات الفردية التي تنادي بأن يدافع كل طرف عن مصالحه².

ويرى بعض الفقه المصري³ أن نص المادة 150 الفقرة 02 من التقنين المدني المصري يؤيد مبدأ حسن النية قبل التعاقد باعتباره أساساً للالتزام بالإعلام، ويقابله في ذلك نص المادة 111 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بتفسير العقد، والتي تستلزم من بين المعايير التي يستند عليها القاضي في تفسير العقد "ما يجب أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

من خلال هذا النص نستخلص التزام قانوني بضرورة توافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين، ولاشك أن أهم مظاهر هذه الأمانة وتلك الثقة ضرورة إفضاء المتعاقد بالمعلومات اللازمة لتكوين رضا حر سليم متنور بكافة تفصيلات العقد لدى الطرف الآخر⁴.

كما نجد أن المشرع الفرنسي قد فرض عند تنظيمه لعقد التأمين على المستأمن التزاماً بأن يذكر للمؤمن البيانات والمعلومات التي تساهم في تكوين فكرته عن الخطر الذي يأخذ على عاتقه ضمانه، وبالمقابل فإنه ألزم المؤمن كذلك بأن يقدم للمستأمن العديد من البيانات والمعلومات التي تتصل بتكلفة التأمين وقيمه وكيفية الحصول عليه، غير أن هذه الظاهرة قد أخذت في الوقت الراهن في فرنسا أهمية كبيرة، لا سيما مع تعاظم الاتجاهات التشريعية نحو حماية المستهلكين، فقد أصدر المشرع الفرنسي العديد من التشريعات التي تتعلق بحماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية، وقد خصص المشرع الجانب الأعم من هذه التشريعات لما يسمى بالالتزام بالإعلام⁵.

1- تنص المادة 125 الفقرة 2 على أنه: "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا أثبت المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

2- حسام الدين كمال الأهواني، مرجع سابق، ص 72.

3- نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 67.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 303.

5- أحمد أبو القاسم أحمد العجبي، مرجع سابق، ص 89.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وعلى هذا الأساس فإن التزام الصدق والأمانة والتعاون مع الطرف الآخر يفرضه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض ابتداء من لحظة بدء المفاوضات التمهيدية للتعاقد، أي أن مبدأ حسن النية يعتبر قيد أو التزام يفرض على المفاوض إحاطة الطرف الآخر بكل المعلومات والتفصيلات التي يعتقد أنها ذات أثر على قراره بالنسبة لمبدأ التعاقد أو شروطه¹.

ثانياً: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقد

الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد يجد أساسه القانوني من خلال أحكام الالتزام بالإعلام التي نجدها في القانون المدني الجزائري، حيث يعتبر الغلط أحد العيوب التي نشوب الرضا، وقد عرفته المادة 82 من القانون المدني كما يلي: "يكون الغلط جوهرياً، إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط"، ويقابلها المادة 130 مدني مصري، كما نجد الأساس القانوني للالتزام بالإعلام في التدليس حيث تناول المشرع أحكام التدليس في المادتين 86 و87 من القانون المدني الجزائري والمقابلة للمادة 2/125 مدني مصري 2/125 مدني مصري، وعرفه الفقه بأنه: "حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد"².

ويستخلص من ذلك أن المشرع ألزم المتعاقد أن يطلع المتعاقد الآخر على كل العيوب التي لا يستطيع أن يكتشفها لو لم يعلمه بها، وأن يفضي بالمعلومات الضرورية والهامة التي تجعل المتعاقد الآخر يقبل التعاقد.

كما اعترف المشرع الجزائري بالالتزام بالإعلام من خلال المادة 352 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 419 مدني مصري فيما يتعلق بالعلم كافياً بالمبيع، إذ تنص المادة على أنه: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه"، نستشف من ذلك أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، أي إلزام البائع بإعلام المشتري، العلم الكافي بالمبيع ويحق للمشتري في حالة عدم إعلامه بالمعلومات

1- أحمد عبد الكريم سلامة، أبو العلاء النمر، مرجع سابق، ص 150.

2- علي فيلال، الالتزامات، مرجع سابق، ص 124.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

والبيانات الضرورية عن المبيع الحق في المطالبة بإبطال العقد وفقا لمقتضيات المادة 352 من القانون المدني الجزائري¹.

والقانون الجزائري ركز كثيرا على الالتزام السابق على التعاقد، والمتمثل في إعلام المتعاقد، وإخباره بمضمون العقد من جهة، وبالأسعار وشروط البيع من جهة أخرى، كما أنه تدخل لحماية إرادة المشتري وإعادة التوازن بين طرفي العقد، حيث أوجب المادة 17 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك²، ونفس الحكم صدر في المادة 02 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 الصادر بتاريخ 20 جويلية 2006.

ونجد ذلك أيضا في نص المادة 04 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية، والتي تقضي بأنه يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع³.

ومن خلال هذه النصوص نجد أن الالتزام بالإعلام وفقا لقانون حماية المستهلك وقمع الغش، والقانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية، هم التزام قانوني ملقى على عاتق كل متدخل في العملية الاستهلاكية ووضع منتوجا للاستهلاك لحساب المستهلك، بأن يقوم بإعلامه بكل المعلومات المتعلقة به، وبالعملية العقدية ككل، بالوسائل المعينة والمحددة، خاصة ما تعلق بالأسعار وشروط العقد المرتقب إبرامه، تحت طائلة جزاءات قانونية محددة قانونا⁴.

وعلى هذا فإن المشرع الجزائري يفرض على المتفاوضين في مرحلة التفاوض، التزامات الصديق الأمانة وحسن النية والمصارحة ونزاهة التعامل في مرحلة المفاوضات العقدية، بحيث يحق للطرف المتعاقد إبطال العقد إذا وقع في الغلط أو التدليس وإذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين

1- شعباني نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص71.

2- المادة 17 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد15، الصادرة في 2009/03/08.

3- المادة 04 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخ في 2004/06/27.

4- يلس أسيا، الالتزام بالإعلام في عقد البيع الاستهلاكي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص54، بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص104.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

تبلغ حد من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، وهي المعطيات التي تستوجب تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام في القواعد العامة في التشريع الجزائري لتحقيق التوازن التعاقدية، لأن العدالة العقدية لا يمكن أن تتحقق إذا كان الدائن يجهل المعلومات المؤثرة على رضائه في العقد¹.

أما القانون الفرنسي الجديد عرف التدليس بموجب المادة 1137 على أنه: "التدليس هو حصول أحد المتعاقدين على رضا الآخر باستخدام الطرق الاحتيالية أو الأكاذيب، ويعتبر تدليسا كذلك إخفاء أحد المتعاقدين عمدا لمعلومة يعرف صفتها الحاسمة بالنسبة للطرف الآخر"².

وفي الأخير نجد أنه إذا كان الالتزام بالإعلام هو التزام قبل تعاقدية يهدف إلى حماية الرضا التعاقدية، لذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام من شأنه أن يؤثر في رضا المتعاقد الدائن بما يؤدي إلى تعيب إرادته، فكان طبيعيا بالتالي التوجه نحو الجزاء المقرر في حالة عيوب الإرادة، أي نحو بطلان العقد في حالة الإخلال بهذا الالتزام، إذا ما ترتب على هذا الإخلال أن تعيب رضا المتعاقد بعيب من هذه العيوب، وهي الغلط و التدليس. حيث إذا ما تبين أن عدم الإدلاء بالبيانات المطلوبة قد تم بقصد إخفاءها عن المتعاقد معه بقصد تضليله ودفعه إلى المتعاقد، كان له طلب إبطال العقد استنادا إلى هذا الكتمان التدليسي³.

وفي الأخير نجد أن الالتزام بالإعلام، هو التزام يفرضه القانون خاصة على المتفاوض المهني أو المحترف، بضرورة تبصير المتعاقد وتنوير إرادته بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد محل التفاوض، في المرحلة السابقة على التعاقد، وعلى ذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام الذي تفرضه طبيعة الالتزامات المهنية إذا وقع في مرحلة التفاوض على العقد، يجعلنا بصدد أحكام المسؤولية التقصيرية وفقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني الجزائري⁴.

الفرع الثالث: التكريس القانوني للالتزام بالإعلام

كرس المشرع الالتزام بالإعلام بمقتضى القانون المدني على أساس أنه الشريعة العامة للقوانين الأخرى، كما كرس هذا الالتزام بموجب قوانين خاصة يتجلى فيها الالتزام بالإعلام بصورة واضحة وعملية مثل قانون حماية المستهلك وقمع الغش، والقانون الذي ينظم العقد الطبي.

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص104.

2- المادة 1137 من القانون المدني الفرنسي الجديد.

3- قاسم محمد حسن، مرجع سابق، صص278-279.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص109.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

أولاً: تكريس الالتزام بالإعلام في القانون المدني الفرنسي

ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى أن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام المستهلك ضروري وأكد لإطلاعه بالعناصر الجوهرية والصفات الأساسية التي تميز هذه السلعة أو الخدمة محل التعاقد، في المرحلة التي تسبق التعاقد، وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية لإحاطته علماً بالمميزات الأساسية والصفات المميزة للسلعة أو الخدمة محل التعاقد، في فترة تكوين العقد، وفقاً لمبدأ حسن النية من جهة، وكذا إعطائه كافة المعلومات اللازمة لإيجاد رضا حروسليم لدى المستهلك خالي من عيوب الرضا من جهة أخرى¹.

يرى الأستاذ برتراند فاج Bertrand FAGES أن اعتراف المشرع الفرنسي بالالتزام عام بالإعلام في القانون المدني هو تكريس لما ناد به جانب من الفقه منذ زمن، وفرضه القضاء على الأطراف دون تمييز بين المهني وغير المهني، إلا أن هذا التكريس جاء بحذر من أجل طمأنة مؤيدي الحرية التعاقدية وتحرير العقد من كل الشكليات².

وبعد تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 من خلال المادة 1/1112 اعترف المشرع الفرنسي صراحة بوجود التزام عام بالإعلام³، بحيث يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعاً، أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه، وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء.

وتعد معلومات لها أهمية حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الأطراف، ويقع على من يدعى أن معلومة كانت واجبة له إثبات أن الطرف الآخر كان مدينا له بها، ويقع على هذا الطرف الآخر إثبات تقديمها له، ولا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب أو استبعادها فيما

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 102.

2- عثمان بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في التحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 199.

3- «Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties».

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

عدا مسؤولية المدين بواجب الإعلام، فإن الإخلال بهذا الواجب ممكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون¹.

ثانيا: اعتراف القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016 بالالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض

اعترف المشرع الفرنسي صراحة بوجود التزام عام بالإعلام بعد تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 من خلال المادة 1/1112 التي تنص على أنه: "يجب على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضاء الطرف الآخر أن يعلمه بها متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعا أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه"².

على الرغم من ذلك فإن هذا الواجب بالإعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء. تعد معلومات لها أهمية حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة الأطراف.

يقع على من يدعي أن معلومة كانت واجبة له إثبات أن الطرف الآخر كان مدينا له بها، ويقع على هذا الطرف الآخر إثبات تقديمها له، لا يجوز للأطراف الحد من هذا الواجب أو استبعاده.

فيما عدا مسؤولية المدين بواجب الإعلام، فإن الإخلال بهذا الواجب يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد 1135 وما بعدها.

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي بموجب المواد المنظمة للمرحلة التفاوض على العقد نص صراحة على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وتوجيه الخطاب الذي يتضمنه النص لكل متعاقد بإعلام المتعاقد معه، وهذا ما يؤكد أن هذا الالتزام يتصف بالعمومية ويقع على عاتق كل متعاقد متى توافرت شروط وجوده مثل أن يكون المدين به على علم بالمعلومات محل الإعلام، والتي يكون لها أهمية حاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر، ولها علاقة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو

1- المادة 1/1112 من القانون المدني الفرنسي.

2- «Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ».

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

صفة أطرافه¹. من جهة، وجعل الدائن بهذا الالتزام بها جهلا مشروعاً من جهة أخرى، أي أن الالتزام بالإعلام لا يتوافر إلا إذا كان جهل المتعاقد بالمعلومات بسبب استحالة وصول هذا المتعاقد بنفسه إلى المعلومات المطلوب علمه بها².

ومنه نجد أن هدف المشرع من الالتزام بالإعلام هو ضرورة إعلام المستهلك وتنويره وتبصيره بوضاهة قبل التعاقد مع الطرف الآخر على نحو واضح ومحدد يمكنه من التأكد من مصداقيته وعلى نحو يسهل الرجوع عليه عند الاقتضاء³.

ثالثاً: تكريس الالتزام بالإعلام في القانون المدني الجزائري

اعترف المشرع الجزائري بالالتزام بالإعلام ضمناً من خلال نص المادة 86 من القانون المدني في فقرتها الثانية والمتعلقة بالكتمان التديسي حيث نصت على أنه: "يعتبر تديسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان، ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"⁴، ويفهم من ذلك أن المشرع ألزم المتعاقد بإعلام الطرف الآخر من خلال عدم السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة من شأنها أن تديس وتظليل المستهلك.

كما اعترف المشرع بالالتزام بالإعلام من خلال المادة 352 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالعلم كافياً بالمبيع، إذ تنص المادة على أنه: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويكون العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا اثبت غش البائع"⁵.

هذا ويلتزم البائع بأن يعلم المشتري عن حقيقة الوضع القانوني للشيء المبيع وما إذا كان خالياً من أية حقوق عينية أو شخصية للغير وطبيعته ونوع هذه الحقوق في حالة وجودها. لذلك يجب على

1- المادة 03 /1112 من القانون المدني الفرنسي.

2- المادة 01/ 1112 من القانون المدني الفرنسي.

3- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص 274 - 275 .

4- المادة 86 من القانون المدني الجزائري.

5- المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

التعاقد أن يطلع الراغب في التعاقد على الحالة القانونية للشيء محل التعاقد ليتسنى له معرفة ما على الشيء المبيع من أعباء وتكاليف، وما قد ينجر عنها من تعرض من طرف الغير في المستقبل¹. وعلى هذا الأساس فإن القانون المدني الجزائري يفرض على المتفاوضين في المرحلة قبل التعاقدية التزامات الصدق والأمانة وحسن النية والمصارحة ونزاهة التعامل في مرحلة المفاوضات العقدية، وهي المعطيات التي تستوجب تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام في القواعد العامة في التشريع الجزائري لتحقيق التوازن التعاقدية، لأن العدالة العقدية لا يمكن أن تحقق، إذا كان الدائن يجهل المعلومات المؤثرة على رضائه في العقد².

رابعاً: الاعتراف بالالتزام بالإعلام في نصوص قانونية خاصة

كرس المشرع الالتزام بالإعلام في العديد من العقود الخاصة، حيث فرضت أغلب القوانين الخاصة بالالتزام بالإعلام على أطراف العقد، والمشرع الجزائري سار على نفس النهج حيث نظمه بموجب بعض النصوص الخاصة.

1- تكريس الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك وقمع الغش:

نصت المادة 17 من القانون رقم 03/09 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"³. فهو بذلك كرس مبدأ الالتزام بإعلام المستهلك حول المنتج الذي هو بصدد اقتنائه من خلال تحديد البيانات الإلزامية للمنتج محل العقد، وقد صنف المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 378/13، المنتجات التي قد يعرضها المتدخل للاستهلاك إلى ثلاث أنواع هي⁴:

- المواد الغذائية في الفصل الثالث⁵.

- المواد غير الغذائية في الفصل الرابع⁶.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 425.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 105.

3- بوالكور رفيقة، مستويات الالتزام بالإعلام في نطاق حماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 11، العدد 02، أوت 2020، ص 288.

4- المرسوم التنفيذي رقم 378/13، مؤرخ في 2013/11/09، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج، ر، العدد 58، المؤرخة في 2013/11/18.

5- المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13.

6- المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

- الخدمات في الفصل الخامس¹.

والملاحظ أن الالتزام بالإعلام وفقا للمادة 17 من القانون 03/09، هو التزام قانوني ملقى على عاتق كل متدخل في العملية الاستهلاكية لحساب المستهلك، بأن يقوم بإعلامه بكل المعلومات المتعلقة به وبالعملية العقدية ككل، بالوسائل المعينة المحددة، خاصة ما تعلق بالأسعار وشروط العقد المرتقب إبرامه، تحت طائلة جزاءات قانونية محددة قانوناً²، وفي حالة غياب نص يفرض التزام بالإعلام في أحد النصوص التي تنظم عقد معين من العقود بين المهني والمستهلك، يبقى لهذا الأخير الحق في مطالبة المتدخل بتنفيذ التزامه بالإعلام تطبيقاً لنص المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ولتقتضيات المرسوم التنفيذي 378/13 الذي يحدد الشروط الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك³.

كما نص المشرع الجزائري كذلك على الالتزام بالإعلام، في القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية من خلال المادة 4 منه، والتي تقضي بأنه يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع.

وعلى ذلك يحمي المشرع الجزائري المتعاقد الضعيف، أو المتعاقد العادي أو المستهلك في عقود الاستهلاك⁴، من خلال نظرية عيوب الرضا، أو العيوب الخفية، وكذا من مظاهر التدليس أو الخداع أو التحايل أو الغش في مرحلة المفاوضات العقدية السابقة على التعاقد النهائي⁵.

2- الالتزام بالإعلام في العقد الطبي:

يلتزم الطبيب بتبصير المريض من خلال ضرورة إعلام المريض بطبيعة العمل الطبي الذي سيقوم به على جسد المريض، وتحديد نوعية التدخل العلاجي المقترح، خاصة في الحالات الحرجة، بحيث يكون لدى المريض بعد تبصيره رؤية واضحة، لاتخاذ القرار المناسب بشأن سلامته الجسدية.

1- المادة 55 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13.

2- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 104.

3- عثمان بلال، مرجع سابق، ص ص 200-201.

4- المادة 04 من القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية.

5- أماروز لطيفة، العلاقة بين عدم مطابقة المبيع للمواصفات والعيوب الخفية، المجلة الجزائرية، الجزائر، المجلد 49، العدد 03،

سبتمبر 2012، ص 239.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

يوضح الطبيب عن مخاطر العلاج المحتمل توقعها، كما يلتزم الطبيب بتبصير المريض عن المخاطر في حالة امتناع هذا الأخير عن العلاج، وكذلك يبين المخاطر التي ستحدثها هذه الأدوية والوسائل المستعملة في العلاج، حتى يتخذ المريض قراره الأخير عن قناعة وتبصر¹.

وفي هذا الإطار نص قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/26، المعدل بالقانون 17/90 المؤرخ في 1990/07/31، على أنه لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية بهدف الزرع، إلا بعد الموافقة الموثقة الصريحة المستنيرة، وهو رضا المريض بعد تبصيره بطريقة واضحة ومفهومة، وبعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المعني بجميع الأخطار الطبية التي تنجز عن التدخل العلاجي أو الجراحي²، كما أنه يمنع قانوناً أن يخضع المريض للأبحاث العلمية والتجارب الطبية إلا بعد موافقته الحرة المتبصرة والمستنيرة، وتكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة، أي ضرورة إعلام الشخص الخاضع للتجربة الطبية بجميع المعلومات الكافية، بما فيها الإعلام بالمخاطر المتوقعة المحتملة والاستثنائية³.

ويقع على عاتق الطبيب⁴ الالتزام بتبصير المريض في المجال الطبي، حتى يكون رضا المريض متبصراً بالتدخل الطبي أو الجراحي، احتراماً لإرادة المريض بأن تكون واعية مستنيرة، وحفاظاً على الثقة في العلاقة بين طرفي العقد الطبي⁵، بإحاطة هذا الأخير علماً بطبيعة العلاج ومخاطره المتوقعة والجانبية، وحتى الاستثنائية منها، بصورة دقيقة تفصيلية تناسب مع قدراته العقلية والنفسية⁶، وإلا

1- أنس محمد عبد الغفار، التزام بالتبصير في العقد الطبي، (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين)، دار الكتب القانونية، دار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، 2013، ص ص 21- 22.

2- المادة 5/166 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/26، المعدل بالقانون 17/90 المؤرخ في 1990/07/31.

3- المادة 168 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/26، المعدل بالقانون 17/90 المؤرخ في 1990/07/31.

4- استقرت اجتهادات المحكمة العليا، على أن المقصود من الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب، هو بذل الجهود الصادقة المتفق عليها، وفقاً للظروف القائمة، والأصول العلمية الثابتة المتعارف عليها، ويشترط لقيام مسؤولية الطبيب أن يثبت المريض أن الطبيب لم ينفذ التزامه، أي بأنه لم يبذل في علاجه العناية المطلوبة قانوناً، بأن يثبت على الطبيب إهمالاً أو تقصيراً معيناً، أو انحرافاً عن أصول المهنة الطبية، ينظر: بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص ص 106- 107.

5- حسام الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 141. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 106.

6- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 355.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

قامت مسؤولية الطبيب المعالج عن كافة النتائج الضارة والمترتبة على هذا التدخل الطبي أو الجراحي، ولولم يرتكب خطأ في عمله¹.

ومنه نجد أن الالتزام بالإعلام، هو التزام يفرضه القانون وخاصة على المتفاوض المهني أو المحترف، بضرورة تبصير المتعاقد وتنوير إرادته بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد محل التفاوض، والإخلال بهذا الالتزام الخاص الذي تفرضه طبيعة الالتزامات المهنية، إذا وقع في مرحلة التفاوض على العقد، يجعلنا بصدد أحكام المسؤولية التقصيرية لا العقدية، وفقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 10/05².

3- الالتزام بالإعلام في عقد التأمين:

تلتزم شركات التأمين بضرورة إعلام المستهلك وإخطاره بالشروط الهامة والأكثر خطورة، وبكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالمنتج أو الخطر المؤمن عنه، وأن تكون هذه البيانات واضحة ومقروءة، وغير قابلة للمحو ومحركة باللغة الوطنية³.

وعلى هذا الأساس المؤمن له إعلام المؤمن وإطلاعه بالتصريح الصحيح عند إبرام العقد، بكافة الظروف المعروفة المساعدة على تقدير الخطر ودرجة جسامته، بكل وضوح وأمانة من خلال نماذج الاستثمارات المطبوعة المتضمنة لأسئلة محددة، لتبصرة المؤمن بدرجة احتمال وقوع الخطر⁴. وذلك بغية تمكين المؤمن من اتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة أو ناجعة، كأن يقترح قسطا جديدا لاستمرار التأمين أو فسخ العقد. وفي حالة قيام المؤمن له بكتمان معلومات، أو تصريح كاذب متعمد، بقصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر المؤمن عنه، فإنه يترتب عنه إبطال العقد⁵.

ومن التطبيقات القضائية الخاصة بهذا النوع من الالتزام بالإعلام وتقديم البيانات ما تعرضت له محكمة النقض الفرنسية، في حكم أصدرته بتاريخ 16/04/1975، استندت فيه للحكم على المدعى عليه بوجود التزام على عاتقه، بإخبار وإعلام المتعاقد الآخر ببيانات معينة ولفت نظره إلى خطورتها

1- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2004/2005، ص 509-510. بلجاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 106.

2- بلجاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 109.

3- المواد 5 و8 و13 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بقانون التأمينات الجديد والمعدل بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20/02/2006.

4- المواد 15 و19 و21 و75 و153 من تقنين التأمين الجزائري لعام 1995.

5- المواد 12 و75 من تقنين التأمين الجزائري لعام 1995.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

نظرا لما ينتج عنها من آثار قانونية مهمة، كان يجب أن يكون على علم بها المتعاقد الآخر، عند التعاقد، حتى يقوم باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لمواجهتها¹.

الفرع الرابع: شروط الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد

يلزم لوجود الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض التي تسبق التعاقد توافر شرطين أساسيين وهما علم المدين بالالتزام على معلومة حاسمة، والجهل المشروع للدائن بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المزمع انعقاده.

أولا: علم المدين بالالتزام على معلومة حاسمة

يجب أن يكون المدين بالالتزام على علم بالمعلومات والبيانات التي يجب أن يعلم بها المتعاقد معه، وهي التي يكون لها أهمية حاسمة بالنسبة لرضا هذا الأخير، والتي لها علاقة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة أطرافه. وقد حددها القانون المدني الفرنسي الفقرة الثالثة من المادة 1112 بأنه: "يقع على من يدعي أن معلومة كانت واجبة له إثبات أن الطرف الآخر كان مدينا له بها، ويقع على هذا الطرف الآخر إثبات تقديمها له"².

وإذا كان يشترط في المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن يكون عالما بالمعلومات التي يتعين عليه الإدلاء بها للمتعاقد معه، فإن ذلك يوجب عليه أحيانا أن يستعلم بنفسه حتى يتمكن من الحصول على المعلومات التي يجب عليه إعلام المتعاقد معه بها إضافة إلى ذلك فإن الصفة المهنية للمتعاقد تفترض علمه بالمعلومات والبيانات التي يتعين عليه الإدلاء بها³.

1- تلخص وقائع هذه القضية في أنه رفع متسابق دعوى قضائية ضد منظم السباق يطالبه فيها بالتعويض على أساس الخطأ الذي ارتكبه منظم السباق، والمتمثل في كونه لم يلفت نظره أو يخبره، إلى شرط استبعاد المساعد من ضمان عقد التأمين الذي توفي أثناء اصطدام أحد المتسابقين بشجرة، حيث اكتشف بأن عقد التأمين الذي أبرمه مع شركة التأمين يشتمل على شرط، يستبعد أفراد الطاقم المساعدين من نطاق ضمان عقد التأمين. ولم يستطع بذلك صرف مبلغ التعويض للخلف العام للمساعد المتوفى.

وفي هذا الصدد ألغت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف الذي رفضه قضاة الدرجة الثانية (دعوى التعويض)، وقضت بالتعويض على أساس أنه يوجد غموض في عبارات العقد، لم يستطع المتسابق أن يعلم بها، بالنظر إلى الخطورة القانونية الناتجة من شرط الاستبعاد، ومن بقاء مساعد الطاقم بدون تغطية، فإن منظم السباق يكون قد ارتكب خطأ في عدم لفت نظر المتسابق وإحاطته علما، بشرط استبعاد الضمان الموجود في عقد التأمين. ينظر علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 433-434.

2 - il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle la fournie.

3- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 271.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الشرط في عدة أحكام منها الحكم الصادر في 1986/04/08 بقولها: "إن الالتزام بالإعلام الواجب على مختبرات أو معامل الأدوية فيما يتعلق بموانع الاستعمال والآثار الجانبية الخاصة بالأدوية لا يمكن أن يوجد إلا فيما يتعلق بما هو معروف فعلا لديها من هذه المعلومات لحظة دخول هذه الأدوية للأسواق، فمنذ هذا التاريخ، تكون المختبرات ومعامل الأدوية مسؤولة عن الإخلال الواقع بخصوص أدائها لدورها عن هذه المعلومات"¹.

أما المشرع الجزائري فقد نص في هذا الخصوص بموجب المادة 489 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على أنه: "إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، يجوز للمستأجر حسب الحالة أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار. وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لا يشكل نفقة باهظة على المؤجر. فإذا لحق المستأجر ضررا من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب"².

ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري اشترط علم المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالبيانات والمعلومات العقدية، حيث قصر المشرع التزام المؤجر بتعويض المستأجر عما لحق به من ضرر على الحالات التي يعلم فيها المؤجر بالعيب، فإن لم يتحقق هذا العلم فلا مجال للتعويض³.

وعلى هذا الأساس يشترط لقيام الالتزام قبل التعاقد بالإعلام أن يكون المدين به على علم بالمعلومات والبيانات الجوهرية وبمدى تأثيرها على رضا المستهلك في الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه، لكن هذا الالتزام لا يقتصر على تلك المعلومات التي يعلمها المتدخل فعلا، وإنما يشمل أيضا البيانات التي يفترض أن يكون المتدخل على علم بها، وهو ما يتطلب منه أن يقوم بالاستعلام عنها لغرض الإدلاء بها إلى المستهلك، وهو ما يطلق عليه الفقه الالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام، ويتلخص مضمون هذا الالتزام في حرص المدين على البحث والتحري عما يجهله من بيانات حول العقد المراد

1 -cass.civ.1ere ch,8 avril 1986 ,bull.civ.,i-n°82.P81 : l'obligation de renseignements des laboratoires , relatives aux contre-indications et effets secondaires des médicaments ne peut s'appliquer qu' a ce qui est connu au moment de l'introduction du médicament sur le marché et a ce qui a été porté a la connaissance des dits laboratoires depuis cette date.

نقلا عن الدكتور ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص305.

2- المادة 489 من القانون المدني الجزائري.

3- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص306.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

إبرامه، وذلك من أجل تقديمها إلى المستهلك ليكون على علم بها فيتخذ قراره عن رضا صحيح وإرادة حرة مستنيرة¹.

ثانياً: الجهل المشروع للدائن بالمعلومات

يشترط لقيام الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، أن يكون الدائن جاهلاً بالبيانات والمعلومات المتعلقة بحقيقة الشيء المباع وأن يكون جهله هذا مشروع، ويكون جهل الدائن مشروعاً إذا استحال عليه العلم ببيانات العقد، استحالة موضوعية أو استحالة شخصية.

1- الاستحالة الموضوعية:

وهي استحالة العلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء محل التعاقد، سواء كانت هذه المعلومات متعلقة بوضع الشيء المادي أو القانوني، أم بطريقة استخدامه، وتتجلى الاستحالة الموضوعية²، فيما إذا تعذر على الدائن العلم بسبب الحيازة المادية للشيء المباع بواسطة المتعاقد الآخر، ويكون ذلك في العقود التي تتضمن الالتزام بإعطاء شيء، مثل عقد البيع، حيث يكون الشيء المباع في حوزة البائع وتحت سيطرته عادة، بحيث يستحيل على المشتري العلم الحقيقي بطبيعته وأوصافه قبل استلامه، إلا من خلال فحص بسيط يتسم حتماً بالسطحية وعدم الكفاءة، خلال مرحلة التفاوض³، ولذا يلتزم البائع بإعلامه بهذه البيانات⁴.

ويجد هذا الفرض مجاله الحيوي في نطاق العقود التي يتجسد موضوعها بإعطاء شيء داخل في حيازة أحد المتفاوضين، كما هو الحال في عقد البيع، وعقد الإيجار وعقد العارية، حيث يلتزم هذا المتفاوض الأخير بالإفصاح والإفشاء تجاه متفاوض معه بجميع المعلومات والبيانات المتصلة بالشيء محل هذه العقود.

وفي هذا السياق ذهب القضاء الفرنسي إلى التأكيد على ذلك، حيث قضى بعدم قيام الالتزام بالإعلام قبل التعاقد استناداً إلى إمكانية علم الطرف المقبل على التعاقد بالبيانات والمعلومات المطلوبة، في ضوء عدم وجود عائق مادي يحول دون علمه بهذه البيانات⁵.

1- شهبنازرفاوي، مرجع سابق، ص 61-63.

2- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 309.

3- خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 302. علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 423.

4- نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 84. علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 423.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 643.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وفي قضية مماثلة، قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية بائع المحل التجاري، عن عدم الإفضاء للمشتري بأن العقار الذي يوجد به المحل التجاري محل لمشروع هدم مع إعادة بناء مصحوبة بقرار تنظيم يجعل من المستحيل الاستمرار في استغلال المحل التجاري¹.

ويستخلص من ذلك أن التزام البائع بإعلام المشتري هو التزام عام في كل ما يتعلق بحقيقة الوضع القانوني للشيء المبيع والحقوق المتعلقة به والتي من شأنها المساس بالانتفاع به.

2- الاستحالة الشخصية:

يقصد بالاستحالة الشخصية، استحالة علم المتفاوض الساعي إلى التعاقد بالمعلومات والبيانات المتصلة بموضوع العقد محل التفاوض بين الطرفين².

وسبب هذه الاستحالة يعود إلى ظروف وأسباب شخصية متعلقة بالشخص الساعي إلى التعاقد، على نحو جعل من شأن قيام تلك الظروف إيجاد عائق بينه وبين الاستعلام عن البيانات والمعلومات المطلوبة³.

إلا أن هناك خلاف فقهي حول المعيار الذي يقاس به مدى صلاحية الأسباب والمبررات والظروف الشخصية التي تقوم في حق المتفاوض، فلقد تباينت آراء الفقهاء حول الأخذ بمعيار ذاتي ينظر فيه إلى الظروف وأحوال المتفاوض في تقدير مدى كفاءته وقدرته في الوصول إلى البيانات المطلوبة، والأخذ بالمعيار الموضوعي يراعى فيه الظروف طبقاً لمعيار الرجل العادي وجد في نفس الظروف. وهناك رأي ثالث أخذ بمعيار مزدوج بين الذاتية والموضوعية.

أ- المعيار الذاتي (الشخصي):

هي الاستحالة الشخصية التي تمنع المستهلك من العلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء المبيع، نتيجة عدم خبرة المستهلك وعدم كفاءته أو عدم درايته بالشيء المبيع، بحيث يقع على عاتق البائع في هذه الحالة الالتزام بإعلام المستهلك بكافة البيانات والمعلومات التي استحالة على المستهلك معرفتها بنفسه. وقد أخذ بهذا المعيار كل من الفقه والقضاء الفرنسي، حيث قضى بالاعتداد بسن

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 426.

2- نايي محمد، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، جانفي 2019، ص 147.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 644.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الغالط وعدم تجربته¹، وأيضاً بمدى جدارته أو كفاءته أو درايته الخاصة². كما قضى بأنه يمكن للمستهلك أن يثبت عدم إمكانية اكتشافه للعيب الموجود في الشيء المبوع، بالنظر إلى ظروفه الشخصية.

إلا أن الاعتماد على المعيار الذاتي بشكل مطلق قد يؤدي إلى تقاعس وتخاذل المتفاوض الساعي إلى التعاقد قليل الخبرة عن محاولة الاستعلام والتحري عن ما يهيمه من بيانات ومعلومات متصلة بالعقد المزمع إبرامه، مستندا في ذلك إلى الالتزام بالإعلام والتبصير الواقع على عاتق المتفاوض الآخر ذو الخبرة. الأمر الذي من شأنه التقليل من إرادة أصحاب الخبرة نتيجة تحميلهم أعباء هذا الالتزام بالإعلام في الوقت الذي بإمكان الدائن الاستعلام والتحري بنفسه عن هذه البيانات والمعلومات³.

ب - المعيار الموضوعي:

يعتبر المعيار الموضوعي جهل المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمبيع أمراً غير مشروع، إلا إذا أثبت المستهلك بأنه بذل العناية اللازمة التي يبذلها الرجل العادي من أجل الاستعلام عن هذه المعلومات، إلا أنه استحال عليه العلم بها⁴.

إلا أن الأخذ بهذا المعيار، قد يؤدي إلى إمكانية إلحاق الضرر بالدائن بالالتزام بالإعلام والذي قد تمنعه ظروفه الخاصة أو أسباب شخصية من الاستعلام، وفي هذا إجحاف في حقه في المعرفة والعلم والدراية المطلوبة لتنوير رضاه عند سعيه للتعاقد⁵، حيث يستحيل عليه الوصول إلى العلم، والإلمام بالمعلومات والبيانات بالشيء محل العقد المراد إبرامه بين الأطراف المتفاوضة.

ج - المعيار المزدوج:

يأخذ هذا الاتجاه بمعيار مزدوج، يمزج بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي، لتفادي الآثار السلبية عند الاعتماد على معيار واحد من هذين المعيارين⁶. وعلى هذا الأساس يأخذ هذا المعيار إلى تفضيل الأخذ بمعيار مزدوج، يجمع بين الذاتية الشخصية والموضوعية في تقدير مدى صلاحية

1 - cass, civ, 27octobre1965.bull, civ, n°558,P479.

2 - cass, civ, 02 mars1964.bull, civ, n°122,P191.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 644. ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص312.

4- خالد جمال أحمد حسن، مرجع سابق، ص 321.

5- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص313.

6- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 429.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الظروف المتعلقة بأحد المتفاوضين، وتحول دونه والاستعلام عن المعلومات المرتبطة بموضوع التعاقد المستقبلي بينهما، شرط تغليب المعيار الذاتي الشخصي على المعيار الموضوعي، بحيث يكون التركيز أولاً على المعيار الذاتي أو الشخصي، ثم ضبطه بحدود وقواعد المعيار الموضوعي¹.

المطلب الثاني: الالتزام بالمحافظة على الأسرار

يعرف الالتزام بالمحافظة على الأسرار، بأنه ذلك الالتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كل ما يصل إلى علمه²، ويقصد به إجراء المفاوضات في كتمان وسرية تامة، أثناء سير المفاوضات، أو من خلال ما يتبادله مع المتفاوض الآخر من مستندات أو من خلال ما يدور بينهما من مناقشات، أو من خلال الأبحاث والدراسات التي يستلزمها إبرام العقد المزمع إبرامه³. وقد تكون هذه الأسرار متعلقة بمسائل فنية⁴، والاستشارات الهندسية، والمساعدات الفنية والصناعية، وتصنيع برامج الحاسبات الالكترونية... الخ، أو تكون متعلقة بأمر شخصية تخص الذمة المالية أو حجم المعاملات لدى طرفي التعامل، وسائر الأسرار الأخرى التي تتصل بالكيان المادي أو المعنوي لهما⁵.

لذلك ينبغي على الطرف المتفاوض الذي حصل على هذه المعلومات أن يكتمها ولا يفشيها بأي حال من الأحوال، أو يقوم باستغلالها لحسابه الخاص دون موافقة صاحبها⁶، إذ ليس من العدل أن يدخل أي طرف في مفاوضات وفي حوزته أفكار ومعلومات أو معطيات أو بيانات لها خصوصية معينة أو تتسم بطابع السرية ويأمل صاحبها في الحصول على مقابل لها نتيجة دخوله في تلك المفاوضات ثم يخرج من المفاوضات خالي الوفاض⁷.

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالمحافظة على الأسرار

اختلف الفقه في تحديد وتعريف المعلومات التي تعتبر سرية والمعلومات التي لا تعتبر سرية، بحيث يعتبر الاتجاه الأول أن المعلومات التي تعتبر سرية هي التي يجب أن تشمل على كافة البيانات

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 646.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 481.

3- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 28.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 245.

5- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط 01، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008، ص 359-360.

6- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 186.

7- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 45.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

والمعلومات المتبادلة دون تحديد مهما كانت طبيعة هاته المعلومات، بينما يرى الاتجاه الثاني بأنه يتعين حصر المعلومات التي تعتبر سرية وتحديدتها بدقة¹، ويتكون محل الالتزام بالمحافظة على الأسرار من شرطين أساسيين هما: الامتناع عن إفشاء الأسرار، والامتناع عن استعمال واستغلال هذه الأسرار.

أولاً: الامتناع عن إفشاء الأسرار

يلتزم المتفاوض الذي اطلع على أسرار الطرف الآخر أثناء عملية التفاوض بأن يمتنع عن إفشاءها للغير، بحيث لا يتسنى لأي شخص خارج عن العقد أثناء التفاوض الإطلاع على ما دار بين المتعاقدين أثناء التفاوض وأن لا يطلع أي شخص آخر على المعلومات والبيانات التي أدليا بها أثناء هذه المرحلة. كما أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار يمتد ليشمل أعضاء الوفد المفاوض كذلك ولا يقتصر على الشخص المفاوض فقط، فالأشخاص التي حضرت عملية التفاوض تلتزم بعدم إفشاء الأسرار وتسريب المعلومات للغير باعتبارهم طرف في المفاوضات على العقد.

ثانياً: الامتناع عن استعمال واستغلال هذه الأسرار

يلتزم المتفاوض أيضاً بعدم استعمال أو استغلال المعلومات التي اطلع عليها أثناء مرحلة التفاوض لحسابه الخاص دون موافقة مسبقة من المتفاوض الآخر. ومثال ذلك أن يطلع أحد الأطراف المتفاوضة على موضوع اختراع، وجب عليه أن لا يقوم بتصنيع هذا الاختراع أو تقليده، ويمتنع عن استعمال أو بيع التكنولوجيا الجديدة في حالة الإطلاع عليها إلى الغير.

وكما يلتزم بالامتناع عن التصرف في الخرائط والرسوم والنماذج كأن يقوم بأخذ صور منها دون موافقة المتفاوض الآخر أو أخذ صور منها، دون موافقة المتعاقد الآخر بل يتعين عليه ردها إليه كاملة غير منقوصة عند فشل التفاوض².

إلا أن هناك أعمال تخرج عن نطاق الالتزام بالسرية وهي الأعمال الغير مشروعة كالتهرب الضريبي والتهرب الجمركي، أو التصرفات التي تخفي من ورائها أعمال غير مشروعة، فحين ليس للطرف الذي اطلع على هذه الأسرار الحرية المطلقة في نشرها وإذاعتها، إنما يقتصر الإفشاء بها للسلطات العامة، متى كانت تشكل جريمة نص عليها قانون العقوبات.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص485.

2- علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص485-486.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وتخرج المعلومات والبيانات عن إطار الالتزام بالسرية، التي أفصح عنها صاحبها لوسائل الإعلام. وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد طبيعة الأسرار، كما أن له أن يقرر ما يعد موضوعا لعدم الكشف من المعلومات طبقا لمبدأ حسن النية في إبرام العقود¹.

الفرع الثاني: أساس الالتزام بالمحافظة على الأسرار

طبقا لقواعد العامة فإن المتفاوض لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي اطلع عليها إلا في حالة وجود نص قانوني يلزمه بذلك، أو اتفاق يلزمه بالمحافظة على سرية هذه المعلومات. وفي حالة عدم وجود نص قانوني فإنه يمكن للطرفين المتفاوضين الاتفاق على الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وعدم إفشاء الأسرار التي يطلع عليها كل منهما خلال سير المفاوضات، وبذلك يكون الاتفاق هو مصدر هذا الالتزام².

أولا: أساس الالتزام بالمحافظة على الأسرار في القانون المدني الجزائري

والمشروع الجزائري يحمي البيانات التقنية وأسرار المعرفة الفنية، والأسرار الصناعية، وغيرها من الأسرار الفنية والتقنية، والأسرار المالية التي يطلع عليها الأطراف المتفاوضة في مرحلة التفاوض حماية مدنية وجنائية³.

وفي هذا الإطار نجد أن المشروع الجزائري أولى حماية قانونية خاصة للمحافظة على الأسرار والالتزام بعدم إفشاءها من خلال سن عقوبات مدنية وجنائية على مخالفة هذا الالتزام⁴.

كما نص القانون على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر على الحالات التي يعتبر فيها الشخص مؤتمنا على ما تلقاه من معلومات، فلا يجوز له الكشف عنها ما لم يكون الأمر متعلقا بارتكاب جريمة ومن ذلك الموظفين العموميين، فيما يتلقونه من معلومات بمناسبة عملهم، كموظفي الجمارك والضرائب والإحصاء، ومن ذلك أيضا المحامون والأطباء وغيرهم الذين يؤتمنون على أسرار

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 254.

2- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص ص 188-189.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 96.

4- تتمتع بحماية قانونية خاصة في المنظومة القانونية الجزائرية كل من براءة الاختراع (المادة 56 وما يليها من الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19)، والعلامات التجارية (المادة 26 وما بعدها من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19)، والرسوم والنماذج الصناعية (المادة 23 وما يليها من الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/22)، وكذا معطيات أنظمة المعالجة الآلية (المادة 394 مكرر وما بعدها من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10).

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

عملائهم¹، وهناك نصوص في قانون العقوبات تجعل الإفشاء والإفصاح بالمعلومات التي يحرض الغير على إخفائها جريمة معاقب عليها، إما باعتبار ذلك جريمة إفشاء الأسرار وإما باعتباره نوعا من القذف والتشهير إذ كان من شأن هذه المعلومات أن تحط من شأن الشخص بين الناس².

ولكن التساؤل المطروح هو هل يلتزم الأطراف المتفاوضة بالمحافظة على الأسرار في حالة عدم وجود نص قانوني أو اتفاق يفرض هذا الالتزام؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإنه وطبقا لمبدأ حسن النية والذي يعد أساس أو مصدر هذا الالتزام وجميع الالتزامات الأخرى المنفرعة عنه والتي يلتزم بها الأطراف المتفاوضة في فترة السابقة على التعاقد، يجب على المتفاوضين الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في جميع الأحوال بغض النظر عن وجود نص قانوني أو اتفاق يقضي بذلك أو عدم وجودهما³.

لكن على أي حال فمثل هذا الاتفاق المفصل على الالتزام بالسرية من شأنه أن يقطع أي خلاف عليه، بالإضافة إلى تعيين مده، سواء من حيث المعلومات التي ينصرف إليها أو من حيث الأشخاص الذين يسمح لهم بالاطلاع عليها، أو من حيث النطاق الزمني للالتزام⁴.

وفي الأخير نجد أنه في حال توصل الأطراف إلى اتفاق وانتهت المفاوضات على العقد بالنجاح فإن الالتزام بالمحافظة على الأسرار ينظمه العقد النهائي المتفق عليه. أما إذا تكللت المفاوضات بالفشل ولم يتوصل الأطراف المتفاوضة إلى اتفاق ففي هذه الحالة فإن المتفاوضين غالبا ما يحتاطون لهذه المسألة كأن يتم اشتراط المحافظة على سرية المعلومات لفترة محددة يبقى خلالها هذا الالتزام محتفظا بصفته العقدية، فإذا ما أخل أحد المتفاوضين بالتزامه بالسرية فإن ذلك يؤدي إلى نهوض مسؤوليته العقدية.

1- براهي فايذة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد. مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009/2008، ص ص140-141.

2- المادة 301 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في جوان 1966 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر(01) إلى ستة أشهر(06)، وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار جزائري، الأطباء والجراحون والصيدلة والقبالات وجميع الأشخاص المؤتمنون بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم، وأفسوها في غير الحالات التي يوجب فيها القانون إفشاءها، ويصرح لهم بذلك".

3- يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 189.

4- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، السعي إلى التعاقد، ص 415-416.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وفي هذا الصدد فإن المفاوض يمنع عليه الإفشاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر في أثناء المفاوضات العقدية، استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، فالخطأ التقصيري يتمثل في الإخلال الواجب العام بعد الانحراف عن سلوك الرجل العادي عند التعامل مع الغير، والرجل العادي لا يفشي الأسرار التي علمها بمناسبة مفاوضات العقد، ولا يفصح بها إلى الغير، ولا يستغلها لحسابه، فمعيار الرجل المعتاد يقوم على اعتبار أخلاقي إلى جانب الاعتبار المادي.

ثانياً: اعتراف القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016 بالالتزام بالمحافظة على

الأسرار خلال مرحلة التفاوض

نص المشرع الفرنسي في تعديل 2016 للقانون المدني بموجب المادة 1112 الفقرة 02 على أنه: "يكون مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة، كل من يستخدم أو يفشى دون إذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات"¹. ويكون بذلك المشرع الفرنسي قد استحدث نص جديد يتعلق بمنع الأطراف المتفاوضة من الإفشاء والإدلاء بأي معلومات سرية اطلع عليها أثناء مرحلة التفاوض على العقد، كما يمنعه من استغلال هذه المعلومات لأغراض أخرى غير الذي تم الكشف عنها أثناء التفاوض.

ويعتبر الالتزام بالسرية الذي جاء به القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016 أحد مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد لأن مبدأ حسن النية يفرض على كل طرف عدم استغلال هذه المعلومات والبيانات المتحصل² عليها لأغراض أخرى غير متفق عليها والبوب بهذه الأسرار من أجلها.

1 -celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les condition du droit commun.

2- القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها أن مقاول دخل في مفاوضات متقدمة مع أحد المهندسين المعماريين لإعداد مخطط بناء مسكن وقد تبادل الأطراف الاقتراحات، إلا أن العقد لم يتم بين المقاول والمهندس المعماري، غير أنه وبعد مدة زمنية اكتشف هذا الأخير أن المقاول استعمل المخططات التي قدمها له أثناء المفاوضات، وقام بتشديد مباني مطابقة لها، فقام برفع دعوى قضائية ضد المقاول لمطالبته بالتعويض. حيث قضت محكمة النقض بمسؤولية المقاول، واعتبرت منافي لحسن النية استغلال مخططات المهندس المعماري التي تحصل عليها أثناء المفاوضات لأغراضه الشخصية ومخالف للولاء loyauté الواجب التحلي به بين الأطراف.

Cass. Civ. 1ere, 05 juillet 2006, N° 05-12.193, Bull. Civ. N° 7, 2006, P309. Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la société Karelis avait utilisé le projet et les plans de la société Cuny, remis par M. Y..... constatations, a violé le texte susvisé. ينظر: عثمان بلال، مرجع سابق، ص 181.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الفرع الثالث: حدود الالتزام بالمحافظة على الأسرار

يلتزم المتفاوض بإعلام وتبصير الطرف الآخر بكافة المعلومات كما يطلعه على جميع الأسرار التي من شأنها تكوين رضا سليم بخصوص إقدامه على التعاقد، بحيث يقع على عاتق الطرف المتفاوض الآخر التزاما بالمحافظة على هذه الأسرار.

أولا: الطبيعة القانونية للالتزام بالمحافظة على الأسرار

لمعرفة الطبيعة القانونية للالتزام بالمحافظة على الأسرار، يجب معرفة ما إذا كان هذا الالتزام هو التزاما بتحقيق نتيجة أو هو التزاما ببذل عناية.

وبما أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار يدخل ضمن الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل فهو بذلك التزاما بتحقيق نتيجة حيث لا يكفي المفاوض أن ينفي المسؤولية عن نفسه ببذل ما بوسعه للحفاظ على الأسرار والإفصاح عنها للغير الخارج عن التفاوض، بل يجب عليه تحقيق غاية ونتيجة عن طريق الامتناع كلية عن القيام بذلك فعلا، ذلك أن الهدف من هذه النتيجة أو الغاية هو التزام الطرف المفاوض بكتمان جميع الأسرار محل العقد المزمع إبرامه عن الغير¹.

وعليه فإن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو التزام بتحقيق نتيجة، يرى الفقه والقضاء الفرنسيين بضرورة تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بهذا الالتزام، ومرد ذلك عدم وجود اتفاق مسبق صريح عليه. فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه ليمتنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها، وإنما يستوجب عليه أن يمتنع عن ذلك بالفعل وإلا انعقدت مسؤوليته².

ويرى الدكتور بلحاج العربي أن فكرة تكملة العقد إعمالا لنص المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل تتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام، وهي قاعدة أساسية تسمح للقاضي أن يفرض بعض الالتزامات التي تقتضيها طبيعة العقد³.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 644. ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 255.

2- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 470.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 97-98.

ثانياً: نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار

لمعرفة نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار ينبغي تبيان ما إذا كان هذا الالتزام محدود بمدّة زمنية معينة أو غير محدد المدّة، وهل يتوقف هذا الالتزام على أطراف التفاوض على العقد أو يمتد إلى الغير الخارج عن أطراف العقد المتفاوض عنه؟

1- نطاق الالتزام بالسرية من حيث المدّة:

يرى بعض الفقه أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار هو التزام أبدي ليس له حدود زمنية، فالمعلومات السرية لا تزول ولا تفقد صفة السرية إلا إذا علم بها الغير الخارج عن دائرة التعاقد دون أن يكون للطرف المتفاوض سبب في ذلك.

ويرى الدكتور علي أحمد صالح بأنه يتعين أن لا نغالي في حماية السرية بطريقة غير مقبولة، وأنه من الضروري أن نقيّد هذا الالتزام بزمان معين ومدّة معقولة، خاصة وأن الابتكارات التكنولوجية سريعة التطور فما هو سري اليوم يعتبر غير ذلك غداً¹.

ويرى جانب آخر من الفقه² ألا يتجاوز هذا الالتزام مدّة مناسبة وتسري من اليوم التي يقدم فيه أي جزء من المعلومات السرية، ويرى الدكتور ضريفي الصادق عدم صحة هذا الرأي، لأن عدم تحديد مدّة معينة من شأنه أن يطلق يد القضاء الذي يكون له سلطة تقديرية بشأن تحديد المدّة المناسبة³. ونحن بدورنا نعتقد أنه يجب تحديد مدّة زمنية للمحافظة على الأسرار، نظراً للتطور الحاصل في مجال التكنولوجيا مما أدى إلى ظهور أنواع جديدة من العقود تتسم بالسرعة في ظل عدم المغالاة في الحماية السرية نتيجة الوسائل الإعلامية المتطورة، حيث لا يمكن الحفاظ على هذه السرية إلى مدّة غير محدّدة.

2- نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص:

في غالب الأحيان يلجأ أحد أطراف التفاوض بالاستعانة بخبير متخصص في موضوع العقد محل التفاوض على أساس أن له معرفة وخبرة كبيرة يستطيع من خلالها تقييم مدى أهمية المعلومات التي

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 496.

2- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، القاهرة، 1984، ص 38.

3- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 256.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

يفصح عنها الطرف المتفاوض الآخر، وهو ما يمثل تهديدا وخطرا على المتفاوض الآخر في حالة إفشاء الخبير ما اطلع عليه من معلومات.

وعليه فإن الالتزام بالمحافظة على الأسرار لا يقتصر على أطراف التفاوض فقط بل يمتد لكل الأشخاص الذين تدخلوا في المفاوضات، واطلعوا على جميع الأسرار أو البعض منها والتي يمكن إفشاءها للغير.

إلا أن الالتزام بالسرية لا يمتد إلى المسائل غير المشروعة والتي يجب إفشاءها إلى السلطات العامة إذا كان السكوت عنها من شأنه أن يفاقم أو يساهم في إخفاء عمل غير مشروع أو جريمة جنائية كالتهرب من الضرائب أو التهرب الجمركي، أو الاحتكارات المحظورة أو المسائل الصورية التي تخفي هدفا غير مشروع¹.

كما أن المعلومات والبيانات التي اطلع المتفاوض عليها وسائل الإعلام وأصبحت مكشوفة للغير، فهي تخرج من نطاق الالتزام بالسرية والكتمان، وتبقى السلطة التقديرية للقضاء في مدى معرفة سرية المعلومات ومدى امتدادها للغير الخارج عن التفاوض².

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 701.

2- أنس عبد المهدي فريجات، المرجع نفسه، ص 701.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة التفاوض

الفصل الثاني:

المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة التفاوض

لقد اختلف الفقهاء في تحديد نوع المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ومرد ذلك لخلو أغلب القوانين المدنية من نصوص قانونية تنظم مرحلة المفاوضات، بحيث ظهرت عدة نظريات فقهية متباينة، حاولت تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض هل هي مسؤولية تقصيرية أم هي مسؤولية عقدية أم هي مسؤولية من نوع خاص. وذلك لما ينشأ عنها من مشاكل قانونية عديدة، سواء منها ما يتعلق بالمخالفات اللاحقة للالتزامات الناشئة عن هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية التي تنشأ على عاتق الطرف الذي بسببه لم ينعقد العقد وتوقفت العلاقات بين الأطراف على هذه المرحلة السابقة على التعاقد¹.

والإخلال بالالتزامات التفاوض وبالأخص مبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات، لأن قيام هذه المسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية لا يتحقق إلا إذا توافرت شروط قيمها أساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، بغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية. ولتحديد نوع المسؤولية المدنية التي تترتب في مرحلة التفاوض يتعين علينا تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة التفاوض في (المبحث الأول)، ثم نتعرض إلى أحكام المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض في (المبحث الثاني).

1- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 19.

المبحث الأول:

طبيعة المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض

اختلف الفقهاء حول بيان نوع وطبيعة المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة التفاوض، نتيجة الإخلال بالالتزام من الالتزامات التي تسبق مرحلة إبرام العقد، هل هي مسؤولية عقدية أم هي مسؤولية تقصيرية؟

وفي هذا الشأن ظهرت عدة نظريات فقهية لكل منها حجج وأسانيد تبرر نوع المسؤولية التي تترتب في هذه المرحلة المهمة التي تسبق إبرام العقد، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها مسؤولية عقدية، في حين ذهب جانب آخر إلى أن المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية، أما بعض الفقه فيرى بأنها مسؤولية من نوع خاص (مسؤولية موضوعية). ومن خلال ذلك نتطرق في هذا المبحث إلى النظرتين، النظرية العقدية في (المطلب الأول)، والنظرية التقصيرية في (المطلب الثاني)، المسؤولية الموضوعية في (المطلب ثالث).

المطلب الأول: نظرية المسؤولية العقدية

إن أهم النظريات التي نادى بنظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض هي نظرية الفقيه الألماني إهرنج IHRING حيث تعتبر السبابة في إضفاء طابع المسؤولية العقدية على المسؤولية الناتجة في مرحلة التفاوض، كما سارت نظرية ثانية في نفس الاتجاه بجانب نظرية إهرنج حيث تعتبر المسؤولية المدنية في هذه المرحلة مسؤولية ذات طابع عقدي، وهذه النظرية الوكالة، وهي نظرية الفقيه الألماني شورل SCHEURL ونستعرض فيما يلي مضمون هذه النظريات وأثارها في القوانين الحديثة، ثم نتعرض لأهم ما وجه إليهما من نقد وعلاقتها بمرحلة التفاوض.

الفرع الأول: نظرية الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض (إهرنج IHRING)

تعتبر نظرية الفقيه الألماني المعروف (Rodalf . Von . Ihering) لسنة 1860¹، من أهم النظريات التي أقرت بوجود المسؤولية في مرحلة التفاوض، حيث تأسس المسؤولية المدنية على أساس الخطأ عند تكوين العقد².

1- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص41.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص503.

أولاً: مضمون النظرية

أطلق الفقيه الألماني إيهرنج على هذه النظرية اسم "نظرية الخطأ عند إبرام العقد"¹، والتي مفادها أنه يجب على كل متعاقد أن يتعهد للطرف الآخر بضمان صحة تصرفه ولو كان راجع إلى سبب أجنبي عنه، وأن كل طرف يقدم إلى التعاقد، ويقوم بإبداء مظهر غير حقيقي قصد طمأنة الطرف الآخر على أن العقد صحيح تترتب عليه مسؤولية عقدية أساسها العقد الباطل²، ويلتزم بالتعويض بمقتضى هذا العقد الباطل.

اعتمد الفقيه الألماني إيهرنج على نصوص القانون الروماني، التي تقوم على أساس احترام مبادئ حسن التصرف وبذل العناية اللازمة لإنجاح المفاوضات. وأن اتفاق الأطراف يتواجد منذ اللحظة التي يدخلون فيها المباحثات أو المفاوضات، فتقوم بينهم اتفاقية ضمنية، يلتزم كل واحد منهم تجاه الآخر بأن يتحمل نتائج الخطأ في مرحلة التفاوض³.

ويستند إيهرنج في تكييف الخطأ بأنه عقدي على الرغم من عدم إبرام العقد أو بطلانه، إلى افتراض وجود عقد ضمان مقترن بكل تعاقد، بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم للتعاقد للطرف الآخر بصحة التصرف، وبأن لا يقوم بأي سبب يؤدي إلى بطلان العقد، وبذلك يكون رضا الطرف الآخر في نفس الوقت أيضاً قبولاً ضمنيًا لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين، ومن ثم فإن خطأ المتعاقد يعتبر إخلالاً منه بهذا العقد الضمني بالضمان ومن ثم خطأً عقدياً مستوجباً لتعويض الطرف الآخر وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية⁴.

وقد تأثر الفقيه إيهرنج بنصوص القانون الروماني، الذي لم يكن يعتبر العقد الباطل بوصفه واقعة مادية تكون عملاً غير مشروع، خطأً مرتباً بالتعويض عنه، حيث كان هذا القانون يقصر التعويض فقط على قيام حالتين، وهما حالة التدليس، حيث لا يمكن قيام دعوى التعويض لأن المدعى عليه قد يكون حسن النية، أي يجهل ما حال دون قيام العقد أو أدى إلى بطلانه، وحالة قانون

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 714.

2- أبحار حامد حبش علي، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر 2020، ص 123.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 227.

4- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 89.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

أكيليا نظرا لطبيعة الضرر الذي يستوجب التعويض عنه، وعدم استكمال الشروط التي يجب توافرها فيه. كونه خطأ مادي قد يتعدى إلى الأشخاص والأشياء الأخرى¹.

ومن بين نصوص القانون الروماني التي تأثر بها الفقيه إيهرنج، نصوص خاصة بعقد البيع الذي يكون باطلا، بسبب عدم توافر شروط المحل، كأن يكون المبيع، مما لا يجوز التصرف فيه، كبيع شركة لا وجود لها، وتقضي هذه النصوص، في الرجوع على البائع بنفس دعوى البيع للمطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصابه، من جراء اعتقاده في صحة البيع، اعتقادا يؤيده الظاهر، سواء كان البائع عالما بسبب البطلان، أو غير عالم. أي يكون للمتعاقد في العقد الباطل الحق في الرجوع على من تعاقد معه، بمقتضى دعوى العقد ذاته².

وفي الأخير خالص إيهرنج إلى أنه إذا أخفق الطرفان في التوصل إلى العقد المزمع إبرامه واتضح بطلان هذا العقد لسبب يرجع إلى أحد الأطراف المتفاوضة، كان هذا الطرف مسؤولا عن ذلك أمام الطرف الآخر وترتبت عليه مسؤولية عقدية³، بمعنى أن الخطأ الذي يقع في مرحلة التفاوض على العقد وأدى إلى بطلانه يعتبر خطأ عقديا تترتب عليه المسؤولية العقدية وينشئ بذلك التزامات بالتعويض.

ثانيا: أساس نظرية الخطأ عند تكوين العقد

يرى الفقيه إيهرنج أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد تقوم على أساس الالتزام باليقظة عند التعاقد منعا من اضطراب المعاملات القانونية، وهو أمر ضروري في العلاقات العقدية التي هي في طور التكوين، مثلما هو واجب في العلاقات التعاقدية القائمة، وعد مراعاة هذه اليقظة ينشئ في الحالتين دعوى عقدية بالتعويض⁴.

ويؤسس إيهرنج السبب المنشئ قانونا للالتزام بالتعويض في خطأ المدعى عليه، أي البائع في عقد البيع الباطل، حيث أن هذا الأخير يضمن للطرف الآخر في التعاقد صحة التصرف، وعدم التسبب في

1- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج01، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978، ص123. أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص716.

2- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص205، علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص591.

3- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص17.

4- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص214.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

بطلانه. وكون أن البائع يلتزم بضمان صحة وسلامة العقد فإن خطأه يتمثل بجعله بالعائق أو السبب

الذي كان من شأنه الحيلولة دون إبرام العقد، والحكم ببطلانه مما أدى إلى إلحاق ضررًا بالمشتري¹.

وطبقا لمقتضيات العدالة يظل خطأ البائع قائماً حتى ولو لم يكن يعلم به، على اعتبار أن المانع متصل بالشيء المبيع، فالمسؤولية هنا تقع على عاتق البائع الذي يجهل العائق، ولا تقع على الطرف المشتري، وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع أن يكشف عن هذا العائق².

ويتجه إيهرنج إلى أن التزام البائع بالتعويض بسبب خطأه في عقد بيع تركة لا وجود لها أو عيننا خارجة عن التعامل، هو بمثابة مبدأ عام يتعين تطبيقه على جميع العقود الأخرى. لقد أكد إيهرنج على أنه يجب على المتعاقد أن يبذل اليقظة اللازمة لأن الحماية القانونية تشمل أيضاً العقود التي تكون في طور الإنشاء والتكوين، حماية للأطراف المتعاقدة من أي اضطراب في المعاملات الذي من شأنه إلحاق ضررًا بالطرف المتعاقد بسبب إهمال وجهل الطرف الآخر³.

ومن خلال ذلك يرى إيهرنج هذه النظرية أن الخطأ عند إبرام العقد هو بمثابة خطأ عقدي يجد مكانه في نظرية الخطأ العقدي⁴، ودرجة الخطأ المطلوب عند إبرام العقد لقيام المسؤولية العقدية عنه هي نفس الدرجة المطلوبة في الخطأ عند تنفيذ العقد على أساس أن الخطأ ذو طبيعة عقدية، كما أن الخطأ الذي يرتكبه الشخص عند تكوين العقد يجب أن يقع من أحد أطراف العقد وليس من الغير الذي يستعين به المتعاقد عند إبرام العقد⁵.

ويخلص إيهرنج في الأخير إلى أنه برغم من بطلان العقد إلا أنه ينشأ التزاماً بالتعويض على أساس دعوى العقد ذاتها، حيث يتحمل الطرف الذي تسبب في الخطأ والضرر للمتعاقد الآخر حسن النية بالتعويض أي أن إيهرنج يرى أن الخطأ هو وجود سبب البطلان من جانب أحد المتعاقدين مما يستوجب معه الحكم بالتعويض للمتعاقد الآخر⁶، إن بذل اليقظة العقدية هو أمر مطلوب في

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 718.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 01، مرجع سابق، ص 506.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 719-720.

4- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 592.

5- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 214-215.

6- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 593. نزيه محمد الهادي المهدي، مرجع سابق، ص 302.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

العلاقات العقدية التي في طور التكوين، مثلما هو مطلوب في العلاقات العقدية القائمة بالفعل، وعدم مراعاة هذه اليقظة ينشئ في الحالتين، دعوى عقدية بالتعويض¹.

ثالثا: نقد النظرية

وبالرغم من المزايا التي تميزت بها نظرية إيهرنج، إلا أنه تعرضت إلى نقد شديد، من حيث أنها تقوم على الوهم والافتراض مثل وجود الاتفاق الضمني المزعوم في حالة الدخول في مفاوضات العقد، وذلك لانطلاقها من القانون الروماني الضيق وأحكامه². إضافة إلى تجاهل هذه النظرية الأثر المطلق للبطلان، ويعني ذلك بزوال كل أثر للتصرف الذي يلحق البطلان وهو ما يتعارض جذريا مع اقتصار أثر البطلان على الركن الذي أصابه البطلان وحده³.

كذلك يأخذ عليها صعوبة تبرير التفرقة بين التعويض عن المصلحة العقدية الإيجابية والمصلحة العقدية السلبية.

اعترض الفقه الفرنسي على هذه النظرية وذهب إلى أن المسؤولية العقدية تنحصر في الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، وحيث أنه لا عقد إلا بتوافق إرادتين وتلاقيهما معا، وليس عن الإرادة المنفردة، فلا تقوم المسؤولية العقدية إلا عندما نكون أمام إخلال بالالتزام الناشئ عن العقد، ونكون أمام مسؤولية تقصيرية⁴، عكس الفقيه إيهرنج الذي يرى أن الإرادة المنفردة مصدرا مستقلا للالتزام وتنشأ مسؤولية عقدية على أساس الخطأ عند تكوين العقد.

وعلى هذا الأساس اعتبر الفقه الفرنسي أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي وحدها الوجبة التطبيقية، إذا ما اقترن العدول عن التعاقد أو صاحب بطلان العقد خطأ اقتطفه أحد الطرفين وألحق ضررا بالطرف الآخر، ذلك لأن المسؤولية التقصيرية هي الشريعة العامة للمسؤولية المدنية، لهذا السبب رفض الفقهاء في فرنسا الأخذ بهذه النظرية⁵.

1- أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص125.

2- محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص134. محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص97.

3- لطفي محمد حسام محمود، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995، ص42.

4- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص98.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ويرى الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري أن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة و أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة¹. فالمسؤولية العقدية هي مسؤولية استثنائية ولا يمكن أن تقوم إلا بوجود عقد صحيح بين المضرور والمسؤول، فهي جزاء الإخلال بالالتزام الناشئ عن هذا العقد ومن ثمة تظل الفترة السابقة على إبرام العقد خارجة عن نطاقها، أما العقد الباطل فلا يعدو أن يكون واقعة مادية قد يستكمل عناصر الخطأ التقصيري فيوجب التعويض ويكون في هذه الحالة العقد الباطل أنتج أثرا عرضيا باعتباره واقعة مادية لا باعتباره عقدا².

ومن خلال هذا النقد نجد بأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي جاء بها إهرنج لا علاقة لها بمرحلة التفاوض على العقد ولا يمكن الاستناد إليها لتأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات. كما يستحيل تأسيس المسؤولية على اتفاقية ضمنية لا تتوافق وإرادة الأطراف المتفاوضة على العقد.

الفرع الثاني: نظرية الوكالة

تستند هذه النظرية على فكرة الوكالة كتأسيس للمسؤولية عن قطع المفاوضات بأنها مسؤولية عقدية، والتي قال بها الفقيه الألماني (شورل SCHEURL) حيث حاول شورل تفادي الانتقادات التي وجهت لنظرية للفقيه (إهرنج IHRING).

أولا: مضمون نظرية الوكالة

نادى بهذا النظرية الفقيه الألماني شورل (SCHEURL)³ ويذهب بمقتضى هذه النظرية على أن أساس المسؤولية عن قطع المفاوضات أنها مسؤولية عقدية، واستند في نظريته على أساس فكرة الوكالة ومفادها أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن توجه إليه توكيلا ضمنيا باتخاذ كل الأعمال اللازمة للوصول إلى إبرام العقد، حيث في حال فشل المفاوضات ولم يبرم العقد كان الموكل مسؤولا عن

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة)، المجلد الأول، ج 04، دار إحياء التراث العربي بيروت، (د . ط)، ص 284.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، ج 1، مرجع سابق، ص 512.

3- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 226.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

تعويض الوكيل عن المصاريف التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة حتى ولم ينجح في مهمته¹. طبقا لما جرى عليه نص المادة 1999 من القانون المدني الفرنسي.

وتجد هذه النظرية التي تأثر بها المشرع الفرنسي تطبيقا لها، عند رغبت شخص معين في تشيد بناء ويوكل هذه العملية إلى مهندس، والذي يقوم بدوره بتحضير التصاميم اللازمة، وإعداد الخرائط، والدراسات، وفحص التربة، وفي حالة فشل هذه المفاوضات لسبب من الأسباب كأن يقوم صاحب البناء بالعدول عن الاتفاق المبرم مع المهندس ويعطي هذا الالتزام لمهندس آخر. فإنه من حق المهندس طبقا لنظرية الوكالة أن يطالب صاحب العمل بالنفقات اللازمة التي أنفقها في سبيل إعداد الدراسة ولا يمكن تبرير ذلك إلا من خلال وجود وكالة أعطها صاحب العمل للمهندس للقيام بعمل الدراسات اللازمة². ومن ثم فإن فشل هذه المفاوضات في الوصول إلى إبرام العقد النهائي يلزم الموكل تعويض الوكيل عن ما لحقه من خسارة بسبب تنفيذ عقد الوكالة، ويحق للوكيل رفع دعوى الوكالة وهي دعوى عقدية³.

وعلى هذا الأساس فإن المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية تعد في نظر شورل مسؤولية عقدية، تقوم على أساس عقد الوكالة الضمني الناشئ عن توكيل أحد الأطراف المتفاوضة طرف آخر بالقيام بالإجراءات والأعمال اللازمة لإبرام العقد، ومن ثم فإن الانسحاب من المفاوضات، أو فشلها في تحقيق هدفها المنشود بإبرام عقد، يلزم الموكل بتعويض الوكيل عن الأضرار التي لحقته من جراء تنفيذ عقد الوكالة بموجب دعوى عقدية، تسمى بدعوى الوكالة⁴.

ثانيا: نقد نظرية الوكالة

إلا أنه بالرغم لما قدمته نظرية الوكالة من تكييف لطبيعة المسؤولية للمرحلة السابقة على التعاقد، إلا أنها تعرضت للنقد من جانب الفقه، فقد اخذ عليها، أن الوكالة شأنها شأن بقية العقود يفترض لقيامها ضرورة اتفاق الطرفين، وهذا الاتفاق لا يمكن أن يوجد ضمنا بمجرد دخول الطرفين في المفاوضات، لأنها تتعارض تماما مع مفهوم التفاوض، لأن الوكالة وفق القواعد العامة يقوم الوكيل بالعمل باسم ولحساب الموكل، ولا يعمل لحسابه الخاص، وهذا ما نصت عليه المادة 74 من القانون

1- أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 128.

2- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 104.

3- بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 53.

4- أنس فريجات عبد المهدي، مرجع سابق، ص 730.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

المدني الجزائري، ويقابلها في ذلك المادة 1984 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 699 من القانون المدني المصري.

ففي عقد الوكالة يقوم الوكيل بالعمال لحساب الموكل و بإسمه، لذلك لا يوجد تعارض بين مصالح الطرفين، عكس المفاوضات، نجد بأن مصالح الأطراف المتفاوضة متعارضة ومتباينة وتختلف من متفاوض إلى آخر، بحيث يعمل كل متفاوض بإسمه ولحسابه الخاص، وبالتالي فالعلاقة بين المتفاوضين لا تقوم على أساس الوكالة¹. وهي بذلك عقد يشترط لقيامه تطابق إرادتي طرفيه الوكيل والموكل، وهذا ما لا يمكن حصوله ضمنا بمجرد شروع الطرفين في المفاوضات، وإذا كان العدول عن الإيجاب يمنع انعقاد العقد الأصلي فإنه يمنع من باب أولى قيام الوكالة المزعومة².

ومنه نجد أن افتراض عقد وكالة ضمني بين الطرفين في مرحلة المفاوضات على العقد، كأساس قانوني لنشوء مسؤولية عقدية في حال فشل هذه المفاوضات وعدم التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن العقد المنشود، هو افتراض مغلوطة ولا أساس له من الصحة في جميع الأحوال³.

إلا أن هذا الانتقاد بدوره لم يسلم من النقد⁴، هو أيضا وفقا لمبدأ حسن النية، وعلى اعتبار أن إرادة الوكيل يكفي أن تكون ضمنية تستخلص من شروط التي يعمل في ظلها الوكيل، حيث ليس من الضروري أن تكون إرادة الوكيل صريحة بل يكفي أن تكون ضمنية وهذا ما ورد بمقتضى المادة 1985 من القانون المدني الفرنسي.

المطلب الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية

أدت الانتقادات التي واجهت دعاة نظرية المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض على العقد بأنها مسؤولية عقدية، إلى ظهور اتجاه فقهي آخر يكيّف المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض على أنها مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس نظرية الخطأ التقصيري كما قد تقوم على أساس التبعية العقدية، وذهب اتجاه آخر إلى أن أساس المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض على العقد يقوم على أساس نظرية الفضالة.

1- المادة 571 من القانون المدني الجزائري، تنص على أنه: "الوكالة أو الإئابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

2- هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 99. ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 368.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 732.

4- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 239. هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 99. أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 731.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الفرع الأول: نظرية الخطأ التقصيري

أيدى هذه النظرية غالبية الفقه الفرنسي والفقه العربي واعتبروا أن المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض على العقد هي مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس نظرية الخطأ التقصيري.

أولاً: مضمون النظرية

تعد نظرية الخطأ التقصيري في التفاوض التي اعتمدت كأساس قانوني لشغل المسؤولية التقصيرية، قبل المتفاوض الذي أقدم على ارتكاب أي إخلال بالواجبات الناشئة في مرحلة التفاوض على العقد، من أكثر النظريات المؤسسة لقيام مسؤولية في هذه المرحلة التي لاقت قبولا وصدى واسعا لها لدى معظم الآراء في الفقه الفرنسي¹، والفقه العربي بوجه عام².

ترتكز نظرية الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات قبل العقدية على منح الطرف المتفاوض الحرية في عملية التفاوض، وتحديد نتائجها كيفما شاء، وبما يتلاءم وتحقيق مصالحه الاقتصادية التي يطمح إلي تحقيقها، من جراء إبرام العقد المتفاوض عليه من الطرف الآخر.

ومن ثم فإن أي متفاوض يملك الحق في الانسحاب من عملية التفاوض الدائرة مع الطرف الآخر وقطعها متى أراد، وبغض النظر عن المرحلة التي تكون قد وصلت إليها هذه المفاوضات، ودون أن يتعرض ذلك المتفاوض في هذا التصرف لقيام أية مسؤولية قانونية قبله، حتى أنه لا إجبار عليه بأن يقدم سببا أو مبررا لهذا العدول، باعتبار أن هذا المتفاوض يمارس حريته في التفاوض التي تعتبر أحد مظاهر الحرية التعاقدية، التي كفلها له القانون.

يعتبر أنصار نظرية المسؤولية عن الخطأ التقصيري المفاوضات قبل العقدية مجرد أعمال مادية غير ملزمة، ولا ترتب أي التزام على عاتق الطرفين المتفاوضين، حتى ولو توصل الطرفان إلى اتفاق بخصوص العقد المزمع إبرامه. فمادام العقد لم ينعقد، فإن كل طرف يبقى له الحرية في عدم التعاقد³.

وخلافا للقواعد العامة ألزم أنصار هذه النظرية الطرف المتفاوض بدفع تعويض للطرف الآخر عن الأضرار والخسائر، التي ألحقها به بسبب عدوله عن متابعة إجراء التفاوض وبالتالي بطلان العقد،

1 - SCHMIDT(j), la période précontractuelle en droit français, R, I, C, 1990, P547.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، الجزء 1، مرجع سابق، ص 207.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 234.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وتنشأ المسؤولية التقصيرية إذا أثبت الطرف المتفاوض بأن المتفاوض الآخر قام بقطع مفاجئ أو غير مبرر للتفاوض.

خاصة إذا كانت هذه المفاوضات متقدمة، وعلى وشك إبرام العقد، فيجب على المتفاوض المتضرر أن يثبت بأن المتفاوض التي تقع عليه المسؤولية قد أخطأ في استعمال حقه عن طريق انسحابه من هذه المفاوضات، وقد خالف بذلك مبدأ حسن النية وما يتطلبه من نزاهة وأمانة وصدق بين الأطراف في مرحلة التفاوض. وبالتالي بأن انتفاء المسؤولية التقصيرية عن الطرف المتفاوض تنفي بانتفاء الخطأ أثناء مرحلة التفاوض على العقد، في أي مرحلة كانت عليها المفاوضات¹.

ثانياً: نقد النظرية

واجهت نظرية الخطأ التقصيري عدة انتقادات منها:

- أنصار هذه النظرية يشترطون للقيام المسؤولية التقصيرية على عاتق المتفاوض المخطئ، إثبات المتفاوض المتضرر الدليل على توافر الخطأ المصاحب للعدول والمستقل عنه²، الأمر الذي يعتبر عبء ثقيل يقع على عاتق المتفاوض المتضرر، الذي يجب عليه إثبات قيام أركان المسؤولية الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. التي من الصعب إثباتها، وبالتالي تضيع حقوقه.
- قيام المسؤولية التقصيرية لا يكون إلا إذا كان الخطأ مستقلاً عن العدول، لأن أساس المسؤولية لا يكمن في العدول بل في الخطأ الذي صاحبه، إلا أن فكرة اشتراط استقلال تنتفي مع قواعد المسؤولية التقصيرية لأن فكرة الخطأ فيها تقوم على أساس الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد وبالتالي فإن العدول المفاجئ يعتبر خطأ تقصيري يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية³.
- صعوبة التحديد الدقيق لكيفية التعويض عن الخطأ التقصيري المرتكب في مرحلة التفاوض، لأنه تعويض ناقص لا يشمل جميع المزايا والفوائد التي كان من الممكن تحقيقها في حالة إبرام العقد المنشود⁴.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص235.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، الجزء1، مرجع سابق، ص207.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص300-301. أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص738.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص739.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

- قطع المتفاوض ناقص الأهلية للمفاوضات، تقع على عاتقه المسؤولية التقصيرية عملاً بالطبيعة المادية للمفاوضات¹، وهذا الأمر غير مقبول في حالة انعقاد العقد وإبطاله، بسبب نقص أهلية هذا المتفاوض، ويكون غير ملزم بالتعويض بسبب نقص أهليته مع أن ناقص الأهلية يكون ملزماً بالتعويض في حالة قيام المسؤولية التقصيرية².

الفرع الثاني: نظرية تحمل التبعة العقدية

إلى جانب نظرية الخطأ التقصيري أعتبر جانب من الفقه أن أساس المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد هو نظرية تحمل التبعة، وسنين فيما يلي مضمون هذه النظرية وما واجهها من انتقادات.

أولاً: مضمون النظرية

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني WINDSCHEID، مضمون هذه النظرية أن كل شخص يقدم على التعاقد يتحمل تبعة نشاطه التعاقدية، ومنه المسؤولية عن الأضرار الناجمة عنه، التي تلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر، وحتى الأضرار التي تتعدى إلى الغير بسبب عدم إبرام العقد أو بطلانه حتى وإن كانت هذه الأسباب مجهولة وكان حسن النية ولا علم له بها³، فيتحمل بمقتضاه الطرف الذي أقدم على التعاقد الأضرار بكونه هو الذي بادر بالتعاقد، وبالتالي تنتفي المسؤولية عن الطرف الآخر أو الغير بسبب تبعة الإخلال بالتعاقد، غير أنه إذا اثبت أن الإخلال بالتعاقد كان سببه خطأ المضرور يدفع في هذه الحالة عن نفسه المسؤولية⁴.

تتميز نظرية التبعة بسهولة الإثبات وإقامة المسؤولية على أساس التبعة العقدية، إذ يكفي إثبات الضرر من قبل الطرف المتضرر فور حدوثه⁵.

كما أنها تعفي الطرف المقبل على التعاقد من المسؤولية إذا ثبت أن الضرر الذي لحق بالطرف المتعاقد الآخر كان بسبب هذا الأخير، وتعتبر هذه النظرية تطبيقاً للقواعد العدالة التي تقضي أن يكون

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص302.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص740.

3- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص106.

4- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص132. رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص226.

5 - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، 2010، ص161.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

لكل امرئ ثمرة عمله، من حيث أنها تكفل للمتضرر على الحصول على تعويض مناسب من جراء عدم إبرام العقد، وأن من ينشأ بفعله في المجتمع مخاطر مستحدثة يتعين عليه تحمل تبعاتها¹.

إلا أن نظرية تحمل التبعة العقدية، لم تفصل بوضوح بالشأن الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، هل هي مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية²؟ الأمر الذي جعل بعض الفقهاء³ يتجهون بالقول بأن نظرية (فينشيد) تجعل من المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية مادية وليس عقدية⁴.

أخذت التشريعات الحديثة بالنظرية التبعة العقدية على غرار التشريع الألماني، الذي أقام المسؤولية على فكرة التبعة العقدية الذي نادى بها (فينشيد)⁵.

كما سارت على نهجه بعض التشريعات العربية كالمشروع المصري في مسؤولية صاحب العمل عن حوادث العمل، والمشروع الجزائري أصدر قانون التعويض عن حوادث العمل سنة 1972، وأقام المسؤولية فيه على أساس تحمل التبعة، ولم يعفي المسؤول من المسؤولية جزئياً، إلا بإثبات خطأ ارتكبه العامل بدون مبرر⁶.

ثانياً: نقد النظرية التبعة العقدية

وعلى الرغم من هذه الميزات التي تميزت بها النظرية التبعة العقدية إلا أنها قد شابتها بعض العيوب منها أن هذه النظرية لم تفصح عن طبيعة المسؤولية قبل العقدية، كما أنها تنطلق من فكرة مفادها أن البادئ بالنشاط التعاقدية يتحمل تبعته دائماً، وعليه تقوم المسؤولية عليه وحده باعتباره الموجب. وهذا مالا لا يتفق مع الواقع العملي، إذ ليس البادئ بهذه المرحلة التي تسبق التعاقد هو الموجب بالضرورة.

والأخذ بهذه النظرية من شأنه أن يجعل الأشخاص يمتنعون عن البدء أو الدخول في هذه المرحلة رغم ما قد ينتج عن هذه المرحلة من فوائد كبيرة لصالح المتعاقدين والغير في الحياة العملية.

1- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 107.

2- محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 132.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 234.

4- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 626.

5- محمود حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 45.

6- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 627.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

بمجرد علمهم بأن من يبدأ بالدعوة إلى هذه المرحلة سيتحمل كل النتائج الضارة التي تترتب على فشل المفاوضات، فيتجنب الدخول في هذه المرحلة وما يحيطها بها من منازعات قد تنشأ في أي وقت ممكن، خصوصاً أن فشل هذه المرحلة هو أمر محتمل دائماً¹.

كما أن هذه النظرية لم تفصل بين مشكلة التعويض، عن قطع المفاوضات، ومشكلة التعويض عن بطلان العقد. بل هي تتناول الفترة قبل التعاقدية ككل لا يتجزأ².

الفرع الثالث: نظرية الفضالة

سنتناول في هذا الفرع مضمون نظرية الفضالة، التي جاء بها الفقيه الألماني³ THON، حيث أسس فيها المسؤولية في مرحلة التفاوض على أساس الفضالة.

أولاً : مضمون النظرية

نادى بها الفقيه الألماني تون (THON) الذي ذهب إلى أن أساس المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات هي نظرية الفضالة، على اعتبار أن من توجه إليه دعوة التفاوض فضولياً يدير شأننا لرب العمل الذي وجهت إليه هذه الدعوة، والذي يمكنه الرجوع على هذا الأخير بتعويض ما أنفقه من مصروفات عن طريق دعوى الفضالة في حال ما إذا فشلت هذه المفاوضات⁴، على اعتبار أن النفقات التي قام بها في سبيل إبرام العقد قد أنفقها تحقيقاً للمصلحة المشتركة للطرفين. فهو وإن كان يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه في نفس الوقت يحقق مصلحة صاحب الدعوة، ومن ثم يحق له أن يسترد المصروفات التي أنفقها لمصلحة الأخير⁵.

ومنه نجد أن اتجاه الفقيه تون نحو فكرة الفضالة لإقامة مسؤولية قبل عقدية في مرحلة المفاوضات، ما يعني ضمناً بأنه قد ابتعد بهذه المسؤولية في هذه المرحلة عن منطقة العقد، لتشكل في

1- احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال منشور في مجلة الأفراد والقانون التي تصدرها أكاديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشر، العدد 01، 2003، ص34. علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص628.

2- رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص235. علي احمد صالح، مرجع سابق، ص629.

3 - THON, Die haftpflcht des offrenten bie wiederruf seiner offerte ,dans archiv fuer die zivilstische praxis , t,80 ,1893,p93.

4- محمود جمال الدين زكي، المرجع نفسه، ص132. أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص129.

5- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص240.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

نظره مسؤولية شبه عقدية، تخضع وفقا للرأي الراجح في الفقه الفرنسي لذات الأحكام والقواعد التي تخضع لها المسؤولية التقصيرية¹.

ثانيا: نقد النظرية

تعرضت هذه النظرية للنقد مما جعلها لا تصلح أيضا كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات، لاختلاف فكرة المفاوضات عن فكرة الفضالة².

- فالفضالة تفترض جهل صاحب العمل في إدارة شؤون أعماله، في حين أن عملية التفاوض تقوم على اتفاق بين الطرفين بصدد العمل السابق على تحقيق قيام العقد النهائي المطلوب إبرامه³.

- كما أنه يشترط لقيام الفضالة أن يتجه قصد الفضولي للعمل لمصلحة رب العمل، في حين أن المتفاوض في مرحلة المفاوضات إنما يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة، كما أن التعويض بموجب الفضالة يكون بقدر الأقل من القيمتين الإثراء والافتقار وهذا ما لم يقل به أحد ولا قضى به القضاء⁴.

- وعمل الفضولي يكون على أساس أمر طارئ ومستعجل لا يتحمل الانتظار ويكون لمصلحة رب العمل⁵، أما المتفاوض له كامل الحرية والوقت في عدم الاتفاق النهائي، سواء نجحت أم فشلت المفاوضات من أجل إبرام العقد المنشود.

- لقد واجهت نظرية الفضالة نفس الانتقادات التي وجهت لنظرية الوكالة والمتعلقة بتعارض الأهداف والمصالح المرجوة بين الطرفين⁶، حيث نجد توافق وانسجام بين المصالح في الفضالة، على عكس الوكالة التي تتبين وتختلف مصلحة كل متفاوض عن الآخر.

وأخيرا ومن خلال هذه الانتقادات التي وجهت لنظرية الفضالة، فلا نستطيع أن نعتبرها أساس للمسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض نظرا لما لها من مميزات تتعارض والأساس القانوني للمسؤولية في هذه المرحلة الحساسة قبل إبرام العقد.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 742. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 132.

2- أبجار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 130.

3- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 100.

4- خاطر صبري حمد، قطع المفاوضات العقدية، مجلة الحقوق، جامعة النهدين، العراق، المجلد 01، العدد 03، 1997، ص 131.

5- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 240. أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 742.

6- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 743.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

المطلب الثالث: نظرية المسؤولية الموضوعية.

على خلاف نظرية المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، ظهرت نظرية أخرى، تسمى بالمسؤولية الموضوعية جاء بها الفقيه الإيطالي (فاجيلا FAGELLA)، وهي مسؤولية من نوع خاص تنشأ في فترة التفاوض على العقد، وقد استمد فاجيلا هذه النظرية من نظرية الفقيه إيهرنج، مع محاولته تجنب الانتقادات التي وجهت لنظرية إيهرنج.

الفرع الأول: مضمون النظرية

يستند فاجيلا FAGELLA في نظريته إلى التمييز في مرحلة التفاوض على العقد بين ثلاث مراحل أساسية، هي على التوالي، مرحلة المفاوضات التمهيديّة، ومرحلة صياغة الإيجاب، وأخيراً مرحلة تصدير الإيجاب. مع اعترافه بأن كل مرحلة تتمتع بذات القيمة القانونية، والتي ينشأ عنها آثار ونتائج قانونية معينة سلبية وإيجابية، مع بقاء كل محتفظاً بحريته العقدية الكاملة طيلة هذه المراحل، التي تخوله إمكانية الانسحاب أو الرجوع في أي مرحلة، بحيث تنعقد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة وسنتناول هذه المراحل فيما يلي:

أولاً: مرحلة المفاوضات التمهيديّة

تعد مرحلة المفاوضات التمهيديّة، أول مرحلة من مراحل التفاوض على العقد وتظهر هذه المرحلة، خاصة في إبرام الصفقات الهامة والمركبة والمعقدة، وذات التركيب والتعقيد الفني والمالي، إن مرحلة التفاوض على العقد المطلوب إبرامه تستغرق فترة زمنية أطول بكثير من الفترة التي تستلزمها بقية المراحل الأخرى، نظراً لما يدور خلالها بين الأطراف الساعية إلى التعاقد من مباحثات ومناقشات متصلة بعناصر وشروط العقد اللازمة لانعقاده بحيث يبدأ الطرفان عادة بالدخول في المفاوضات بهدف التوصل إلى تفاهم مشترك ومتبادل حول نقاط العقد الرئيسية، وذلك عن طريق تبادل العروض والعروض المضادة، المقترحات والمقترحات المضادة ومناقشة شروط العقد المختلفة، حتى إذا ما تم التوصل إلى اتفاق مشترك حول بعض النقاط فإن الطرفين يقومان ببلورة هذه النقاط في اتفاقات متلاحقة، بهدف الحسم التدريجي لكل مرحلة يجتازونها¹.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 745. علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 646.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وقد يقع خلال مرحلة المفاوضات قبل العقدية اتفاقات جزئية متعاقبة، بغية حسم وتدوين المسائل التي أضحت محل اتفاق بين الأطراف المتفاوضة، غير أم هذه الاتفاقات المتلاحقة ليست ملزمة ولا ترقى إلى مرتبة العقد النهائي، ولا تلزم الأطراف المتفاوضة¹، فهي تبقى مجردة من أي قيمة، كونها تأتي معلقة على قيام العقد المنشود تحقيقه بين الطرفين، فهي اتفاقات محكومة بالهدف الذي ترمي إليه، وهو التمهيد والتحضير لبلوغ عقد نهائي مطلوب، الذي يتم تكوينه عبر مراحل متتالية.

لذلك يرى FAGELLA² أن من هذه الاتفاقات المتلاحقة لا تلزم أطراف العلاقة التفاوضية بأي شيء، ولا حتى وجوب متابعة السير في مرحلة التفاوض، أو الإبقاء على الطروحات والعروض المقترحة خلالها، على نحو يحول دون إمكانية استعمال الحق في الرجوع أو العدول عنها³.

فهو يعتبر بأن ما يحدث في هذه المرحلة، هو من قبل الأعمال التحضيرية⁴، التي ليست سوى مجرد اجتماعات، ومناقشات وتبادل لوجهات النظر، وجس النبض، فلا شيء بات، ولا شيء محدد في هذه المرحلة، فليس ثمة اتفاق حقيقي بين الإرادتين، من أجل إنشاء التزام أو إنهاء، ولا يقصد الطرفان التقيد بهذه الاتفاقات الجزئية أو الالتزام بمقتضاها.

ومن منه يرى الفقيه فاجيلا أنه طالما لم يعرض على المفاوض مشروع العقد النهائي، فإنه يظل متمتعاً بكامل حرّيته في العدول، حيث يستطيع أن يرجع في الصباح عما أقره في المساء، وأن يبادر بطرح عروض ومقترحات مختلفة تماماً عما تم الاتفاق عليه في السابق⁵.

ثانياً: مرحلة صياغة الإيجاب

بعد انتهاء الأطراف المتفاوضة من مرحلة المفاوضات الأولية، ومحاولة الوصول إلى اتفاق بشأن شروط والعناصر الجوهرية للعقد، يقوم أحد أطراف التفاوض بصياغة مشروع العقد النهائي

1- محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 48.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 745.

3- صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، أطروحة دكتوراه، الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1962، ص 78.

محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 49.

4- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 244.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 746.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

استعدادا لتوجيهه إلى الطرف الآخر بشكل إيجاب، يعرض عليه من خلاله الدخول معه في مفاوضات من أجل إبرام العقد الذي كان محل عملية التفاوض الجارية بين تلك الأطراف¹.

كما يحق للطرف الذي بادر أو تطوع لإعداد المشروع النهائي للعقد، أن يحدد المسائل التفصيلية التي تم التفاوض عليها، ويحق له أيضا، أن يضيف لها شروطا جديدة، وعندئذ يحق للطرف الآخر، أن يقبل هذا الإيجاب أو أن يرفضه.

ومن خلال ذلك يرى فاجيلا، بأن هناك مرحلة وسطى تفصل بين المرحلة التمهيدية والمرحلة النهائية مرحلة تصدير الإيجاب²، يصاغ فيها مشروع العقد النهائي في شكل إيجاب، وتتميز عنهما من حيث الهدف المرجو منها، وهو جمع شتات ما تم الاتفاق عليه، بغية عمل مشروع نهائي للعقد المزمع إبرامه، ووضع الإيجاب في صيغة ملموسة³. على نحو يؤدي إلى قيام العقد النهائي إذا ما صادف هذا الإيجاب قبولا من الطرف الآخر.

وفي الأخير نجد أن مرحلة صياغة الإيجاب هي مرحلة تزداد فيها الثقة والطمأنينة بين الطرفين وتزداد فرص إبرام العقد، وعلى ضوءها يستطيع أن يتخلى كل طرف عن الفرص التي تعرض عليه فإذا عدل الطرف الآخر بعد ذلك دون مبرر مشروع⁴، فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الطرف المضطرب عن الفرص الضائعة، كما يتحمل كل المصاريف والنفقات في هذه المرحلة⁵.

ثالثا: مرحلة تصدير الإيجاب

تعد هذه المرحلة مرحلة نهائية بمقتضاها يتم تصدير الإيجاب الثالثة والأخيرة صوب إبرام العقد النهائي الذي شكل محلا للعملية التفاوضية بين الطرفين، ففي إطار هذه المرحلة يقوم الطرف الذي اضطلع بمهمة وضع وصياغة إيجاب مشروع العقد النهائي، باتخاذ القرار الحاسم والنهائي⁶، وعرض هذا الإيجاب وتصديره إلى الطرف الآخر، فإذا ما صدر من قبل هذا الأخير قبولا موافقا ومطابقا لذلك

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 648. أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 746.

2- محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 49.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 246.

4- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 122.

5- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 255.

6- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 650.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

العرض، فإن هذا الأمر يعد كافياً حتى يتحقق للعقد المطلوب وجوده القانوني النهائي¹. ومنه الإعلان رسمياً عن الإرادة النهائية والباتة في التعاقد، فينعقد العقد إذا ما صادفه قبول.

ويرى فاجيلا أن هذه المراحل الثلاثة تتمتع بقيمة قانونية حقيقية، بحيث يترتب على كل مرحلة آثار قانونية، ويقر بإمكانية نشوء المسؤولية في أي مرحلة من مراحل التفاوض على العقد²، وأن هذه المسؤولية مسؤولية مفترضة³.

لا تؤسس على إهمال أو خطأ، بل تؤسس على فكرة الضمان القانوني⁴ الذي ينشأ بمجرد الدخول في المفاوضات وينشأ التزام على عاتق الأطراف بعدم الانسحاب من التفاوض بدون مبرر موضوعي.

ويعتبر فاجيلا بأن الاتفاقات الجزئية التي تبرمها الأطراف المتفاوضة في مرحلة المفاوضات الأولية تعتبر اتفاقات حقيقية تتمتع بقيمة قانونية حتى وإن كانت تتجرد من طابع الإلزامية، وتكون بذلك سبباً في قيام المسؤولية.

وعلى عكس النظريات الأخرى التي عالجت مسألة المسؤولية في مرحلة التفاوض، نجد أن نظرية فاجيلا ساهمت بشكل كبير وفعال في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد من خلال المزايا التالية:

- اعترفت نظرية فاجيلا بالقيمة القانونية للمفاوضات من خلال اعتبار التفاوض واقعة قانونية يحميها القانون وأنها ليست مجرد عمل مادي⁵.

- أقرت بوجود رضا حقيقي بين الطرفين المتفاوضين يتحقق بمجرد البدء في التفاوض.

- يكتسب المتفاوضين صفة الدائن والمدين بمجرد دخولهما في المفاوضات وذلك لنشوء رابطة

قانونية ترتب على عاتقهما التزامات وليس مجرد واجبات عامة⁶.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 747.

2- محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 51.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 651.

4- أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 134.

5- أبحار حامد حبش علي، المرجع نفسه، ص 134.

6- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 257.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

- الخروج عن فكرة الخطر العقدي واعتبار الحرية التعاقدية هي الأساس وانعقاد المسؤولية هي الاستثناء¹، بحيث لا يسأل المتفاوض إلا على الضرر الذي سببه نتيجة انسحابه الغير مبرر من المفاوضات.

رابعاً: أساس المسؤولية في نظرية فاجيلا

يبنى فاجيلا أساس المسؤولية في مرحلة التفاوض على وجود التزام قانوني ضمني مفاده الرضا المتبادل في إبرام العقد المنشود، ويستند وجود هذا الالتزام الضمني على قواعد العدالة التي تتمثل في الدخول الإرادي في المفاوضات، فبمجرد قبوله ينشأ ضمناً قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الانسحاب من المفاوضات بدون مبرر ويتحمل كل متفاوض مخاطر عدم الإبرام التي تم التراضي على ضمائها².

ومنه فإن مسؤولية الطرف المنسحب في نظر fagella لا تعتمد على الخطأ الناجم عن عدم تنفيذ اتفاقية ضمنية. وإنما تجد أساسها عنده في فكرة ميثاق الضمان القانوني الذي بموجبه تلتزم أطراف المرحلة التفاوضية بالعمل وفقاً لمبادئ حسن النية والعدالة³.

وبما أن هذا الضمان يؤسس على وجود تراضي صريح أو ضمني بين الطرفين، على البدء في مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه، فتكون هذه الحماية أو الضمانة هنا ضمانة قانونية وليست تعاقدية أو اتفاقية⁴، وعليه فإن المسؤولية الناشئة عن قطع التفاوض فهي نوع من تحمل التبعة بموجب القانون القائم على أساس العدالة وبسبب فعل الإرادة⁵.

خامساً: نقد نظرية فاجيلا

لم تسلم نظرية فاجيلا من الانتقادات بالرغم من كل الايجابيات التي تضمنتها ولعل من أهم ما أخذ على هذه النظرية ما يلي:

- يعاب على هذه النظرية أيضاً، أنها تستند إلى فكرة وهمية مماثلة لفكرة إيهرنج، وهي فكرة تأسيس المسؤولية في مرحلة المفاوضات، على اتفاق الضمان القانوني، الذي يلزم الطرفين بعدم

1- محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 53.

2- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 122.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 751.

4- صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 82.

5- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 377.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الانسحاب من المفاوضات، دون مبرر مشروع، فهذا الضمان شيء وهمي وينقصه الأساس القانوني السليم¹. وفي الوقت نفسه تجعل الموجب مسؤولاً، بمجرد عدوله عن الإيجاب، وهنا نجد تناقض بين أفكارها الأساسية فهي تعترف بحق كل طرف في العدول والانسحاب من المفاوضات.

- يؤخذ عليها تبيينها لتقسيم ثلاثي للفترة قبل العقدية وهو تقسيم لا يتفق مع الواقع، إذ لا توجد هذه المراحل في جميع العقود، ومثال ذلك عقود الإذعان التي لا تقبل التفاوض عليها أصلاً².

- تشترط هذه النظرية لقيام المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات، أن يكون المفاوض المنسحب متعسفاً في انسحابه، كأن يكون قد انسحب دون مبرر موضوعي يبرر انسحابه، الأمر الذي تعتبره النظرية بمثابة الإخلال بقواعد العدالة وحسن النية في التعامل، والحقيقة أن ذلك يرجع إلى فكرة الخطأ التي تنكرها النظرية³. فهي ترفض قيام المسؤولية على الخطأ.

- كما أن اعتماد fagella مبرر وجود المصلحة الاقتصادية، كمعيار وضابط أساسي لمعرفة هل الانسحاب تعسفي في مرحلة التفاوض أو غير تعسفي، وهل تقوم على هذا الانسحاب المسؤولية أم لا هذا من شأنه إفشال المفاوضات كونه معياراً غير منضبط، يصعب من خلاله الكشف عن النية الحقيقية للمفاوض الذي قام بعملية الانسحاب.

ومثال ذلك عقد البيع تم الاتفاق على سائر عناصره ومسائله الأساسية، إلا أن أطرافه قد اختلفوا بشأن عنصر ثانوي فيه، يتمثل بتعيين مكان الوفاء بالثمن مثلاً، الأمر الذي نجم عنه قطع للمرحلة التفاوضية، فيصعب هنا معرفة واستظهار نية الطرف الذي قام بعملية القطع، وبالتالي يصعب إثبات ما إذا كان هذا القطع مبرراً⁴.

- لا تختلف نظرية fagella على نظرية IHERING على اعتبار أن كلا النظريتين تقومان على فكرة وهمية، حيث يؤسس IHERING المسؤولية العقدية بالتعويض في مرحلة المفاوضات على أساس وجود اتفاق ضمني تابع للعقد المقترح إبرامه. يتعهد بمقتضاه كل متفاوض تجاه الطرف الآخر بتجنب كل ما من شأنه عرقلة إبرام العقد، أو يؤدي إلى بطلانه. كما أن الفقيه fagella يؤسس المسؤولية الموضوعية في مرحلة المفاوضات على أساس قيام فكرة الضمان القانوني، الذي يوجد بمجرد موافقة

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 663.

2- أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 135.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 260.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 758.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الطرفين على إجراء مفاوضات. وبموجب هذا الضمان يلتزم الطرفين بعدم الانسحاب من المفاوضات لأسباب شخصية. ومن ثم فإن هذه الضمانة تعد ضماناً قانونية وليست تعاقدية. لا يمكن التخلص منها بإرادته، مراعاة لما تقتضيه قواعد حسن النية والعدالة والثقة المشروعة في التعامل، الأمر الذي يجعل من هذه الضمانة فكرة تشكل خطراً حقيقياً مفروض بموجب القانون¹.

وأخيراً نجد أنّ كل الانتقادات السابقة التي طالت نظرية فاجيلا، لا تقلل من شأنها، وذلك لما لها من مزايا متعددة لعل أهمها الاعتراف بالقيمة القانونية للمفاوضات، بحيث لا تعتبر المفاوضات مجرد عمل مادي وإنما هي واقعة قانونية يحميها القانون تترتب عليها آثار تتمثل في قيام المسؤولية عن القطع التعسفي للمفاوضات، وأن هناك رضا متبادل من الطرفين للدخول في المفاوضات، وأنه بواسطة هذا الرضا، تتكون بين الطرفين علاقة قانونية خاصة، وتنشأ على عاتقهما التزامات خاصة وأن المفاوضات ليست مجرد واجبات عامة.

الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من المسؤولية في مرحلة التفاوض

أغلب التشريعات المدنية في القانون المقارن على غرار القوانين اللاتينية والقوانين العربية لم تتطرق إلى المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، إلا أن الفقه والقضاء حاولا إيجاد الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية من خلال بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم واجتهادات الفقهاء من أجل حل النزاعات التي قد تثور بموجب ارتكاب أحد الأطراف للخطأ في المرحلة التفاوضية قبل العقدية. وسنتطرق في هذا الفرع إلى موقف التشريعات اللاتينية والعربية من نظريات المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية.

أولاً: موقف القوانين اللاتينية

سنبين موقف القوانين اللاتينية من طبيعة المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض على العقد في التشريع والفقه والقضاء، بدءاً بالقانون الألماني، ثم القانون الإيطالي، وأخيراً القانون الفرنسي.

1- القانون الألماني:

لم ينص القانون المدني الألماني على نصوص قانونية تنظم مرحلة التفاوض على العقد، كما أن هذا القانون لم يعترف بنظرية الخطأ عند إبرام العقد، التي جاء بها الفقيه إيهرنج إلا أنه أخذ بأحكامه

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 759.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

في نصوص قانونية معينة فقط، تاركا المهمة للفقهاء والقضاء لإيجاد حلول مناسبة للتطبيقات الغير منصوص عليها قانونا¹.

إلا أن القانون المدني الألماني الجديد² نص صراحة على مبدأ التفاوض بحسن نية، وكذا المسؤولية الناشئة عن فشل التفاوض بمقتضى المادة 311 من القانون المدني الألماني، التي تنص على أن علاقة المديونية، لما ترتبه من الالتزامات الواردة في المادة 2/241 من نفس القانون والمتعلقة بمراعاة مصالح وحقوق الطرف الآخر، مثل واجبات حسن النية والإفصاح، يمكن أن تنشأ أيضا خلال³:

1- البدء في مفاوضات العقد.

2- التحضير لإبرام عقد إذا ما كان أحد الطرفين، بنظر إلى علاقة التعاقدية محتملة، قد تسبب في التأثير على حقوق أو مصالح الطرف الآخر، أو ضمن له ذلك.

3- علاقات الاتصال التجاري.

ومن خلال تحليل هذا النص يتبين أن القانون المدني الألماني، وضع شروطا لانعقاد المسؤولية، على أساس الخطأ المرتكب خلال مرحلة التفاوض، وهي البدء في المفاوضة وتمهيد لإبرام العقد، وأن يتسبب أحد الطرفين في التأثير على حقوق ومصالح الطرف الآخر وأن يضمن له ذلك، ويجب أن تكون العلاقة بين الطرفين، قائمة على الاتصال التجاري وليست علاقات اجتماعية. وأن يتم قطع هذه المفاوضات دون سبب جدي أو مشروع.

أما الفقه والقضاء الألمانيين تأثرا بنظرية الخطأ عند إبرام العقد للفقهاء الألماني إيهرنج، وذلك لخلو القانون المدني الألماني من أية نصوص تنظم مرحلة التفاوض على العقد، وكيفا طبيعة المسؤولية الناشئة في هذه المرحلة على أنها مسؤولية شبه عقدية⁴ أساسها الثقة المتبادلة بين الأطراف

1- تناول القانون المدني الألماني بعض الحالات القليلة فقط، في المادة 118 التي تنص على أن: " إعلان بطلان الإرادة إذا لم تكن جدية في التعاقد، والمسؤولية تنشأ فيها بسبب عدم جدية صاحبها، والمادة 119 التي تنص على إعلان إبطال الإرادة لغلط في مضمونه، والمادة 120 تنص عن إعلان إبطال الإرادة إذا ما تم نقلها بصورة غير صحيحة، والمادة 122 التي نصت بدورها، وألزمت من صدر عنه الإعلان في الحالات السابقة بأن يقوم بتعويض الطرف الذي وجهه إليه الإعلان عن الضرر الذي ألحق به. وتناولت المواد 307 و309 حيث فرضتا على عاتق الطرف الذي كان يجب عليه أن يعلم باستحالة تنفيذ الالتزام، أو عدم قانونية هذا الالتزام حين التعاقد". ينظر: أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص770.

2- القانون المدني الألماني الجديد المؤرخ في 2002/01/01، المعدل والمتمم، للقانون المدني الألماني لسنة 1896.

3- المادة 311 من القانون المدني الألماني.

4- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص141.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

التفاوضية، بحيث يكون لكل طرف الحصول على تعويض لما لحقه من ضرر، من جراء الإخلال بهذه الثقة¹.

وعلى هذا الأساس صدرت أحكام عن القضاء الألماني² تقر بالمسؤولية قبل العقدية، على أساس الثقة المتبادلة بين الطرفين المتفاوضين، والتي تنشأ بمجرد الدخول في المفاوضات قبل العقدية، التي تلزم الأطراف بمراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض إلى غاية إبرام العقد المنشود.

2- القانون الايطالي:

تميز القانون الايطالي المدني عن القوانين المقارنة الأخرى بأنه جاء بنص خاص يلزم الطرفين المتفاوضين بالتفاوض بحسن نية، وذلك من خلال نص المادة 1337 منه³ والتي تنص على أنه: "يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض، وإبرام العقد بحسن النية، إلا أن ذلك لا يعني أن المسؤولية الناشئة في هذه المرحلة مسؤولية عقدية أو شبه عقدية، بل جاء نص المادة عام، لا يحدد طبيعة و نوع المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض.

أما الفقه والقضاء الايطالي اعتبر أن المسؤولية قبل العقدية هي مسؤولية تقصيرية، حيث يعتبرون أن التفاوض ليس إلا عاملاً مادياً غير ملزم، ولا يرتب عليه أي أثر قانوني⁴، حيث اعتبروا المفاوضات الغير مصحوبة باتفاق تفاوض مجرد أعمال مادية غير ملزمة للطرفين يجوز قطعها دون تحمل أية مسؤولية⁵. حيث يرونا بأن للمتفاوض كامل الحرية في قطع إجراءات التفاوض والانسحاب منه في أي وقت يريد، دون أن يخضع في ذلك لأية مسؤولية طالما كان هذا الانسحاب أو القطع له مبرر مشروع.

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 266. أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 773.

2- أصدرت المحكمة الفدرالية للقضاء الألماني "أن مبدأ مسؤولية الشخص، الذي تسبب أثناء إجراء المفاوضات بقيام دواعي الثقة في الطرف الآخر بإيهامه بأن العقد على وشك الإبرام، وبسبب ذلك يتكبد هذا الطرف الأخير بعض الخسائر. لقد أكدت المحكمة أن مثل هذه المسؤولية لا تترتب على نتيجة إعلان صادر من المدعى عليه، يلتزم فيه بهذه المسؤولية، بل تقوم على التزام ينشأ بقوة القانون، وتنشأ عند البدء بإجراء مفاوضات، حيث يلتزم المتفاوض باستعمال درجة العناية المتبعة أو المعتادة في العلاقات بين الأشخاص، وهي تنشأ بصورة مستقلة عند إرادة الشخص. منقول عن: أنس عبد المهدي فريجات، المرجع نفسه، ص 774.

BGH. 16 MARCH 1954. LM BGB, 276 (FA) N° 3, BGH 19 OCT, 1960, LM, BGB, 276 (FA) N°11.

3- المادة 1337 من القانون المدني الايطالي الموافق عليه بموجب المرسوم الملكي رقم 262 المؤرخ في 1942/03/16.

4- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 780.

5- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 141-140.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

3- القانون الفرنسي:

أما القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر في 2016/02/10، تضمن بموجب هذا التعديل تنظيمًا لمرحلة التفاوض قبل العقدية بمقتضى المواد 1112 إلى غاية 3/1112، التي نصت على المبادئ التي تحكم مرحلة التفاوض، وهي الحرية وحسن النية، والتي تهدف إلى أن يكون سير التفاوض وقطعه حراً، يجب مراعاة فيه مقتضيات حسن النية، بحيث يجب أن تسود المفاوضات الحرة في كافة مراحلها منذ بدايتها إلى غاية انتهائها، وذلك إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية، ويجب أن تمارس هذه الحرية وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية، الذي هو من النظام العام.

كما نص المشرع الفرنسي الجديد على حدود التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ الذي يرتكب في مرحلة التفاوض، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 1112 من نفس القانون على أنه لا يشمل تعويض الضرر الناشئ عن الخطأ المرتكب في مرحلة المفاوضات خسارة المزايا المترتبة من العقد الذي لم يبرم.

مع أن المشرع الفرنسي، لم يفصل ولم يحدد طبيعة المسؤولية الناشئة عن الخطأ المرتكب، خلال مرحلة التفاوض لخلو القانون المدني الفرنسي الجديد من نص قانوني صريح وواضح يحدد فيه نوع وطبيعة المسؤولية القانونية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية. إلا أن الفقه والقضاء استدركا الأمر من خلال اجتهادات المبذولة من أجل تحديد طبيعة المسؤولية في هذه المرحلة.

ويرى في ذلك غالبية الفقه¹ والقضاء² الفرنسي أن طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ المترتب عن الخروج عن المبدأ العام لحسن النية، وما يقتضيه من عدم الإخلال بالأمانة والنزاهة والثقة المشروعة في التعامل بين الأطراف الساعية للتعاقد فالمفاوضات في نظرهم ليست إلا عمل مادي غير ملزم ولا يرتب أي أثر قانوني.

1 - Tourneau,(Ph), op.cit. P21.

2- عرضت قضية على القضاء الفرنسي اعتبرت بموجبها محكمة التمييز سنة 1998 أنه: "إيهام بائعي عقار بأن المفاوضات جاد في مفاوضاته معهم حول شراء العقار منهم، وبأنه قادر ماليًا على الوفاء بالتزامه المالي، كاتما عنهم خلال المفاوضات السريعة التي تمت معهم على شراء العقار بمبلغ تسعين مليون فرنك فرنسي، بأنه بحاجة للاستدانة لتوفير المال اللازم، أو لتوفير ضمانات مصرفية، وكان قد طلب منهم عدم تأجير طابق بكامله للغير، ومن ثم امتناعه عن التعاقد بحجة عدم توفير المال لديه، يشكل خطأً تقصيرياً متصل سبباً بالأضرار التي لحقت بالمفاوضين الآخرين، أي البائعين المحتملين، وهذا الخطأ يرتب مسؤولية عليه نتيجتها للكتمان الخادع، وإعطاء معلومات خاطئة، وبالتالي صدقت محكمة التمييز الفرنسية قرار محكمة الاستئناف الذي ألزم المفاوضات المخل بدفع مبلغ نصف مليون فرنك فرنسي، كتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمفاوضين الآخرين. منقول عن أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 778.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن المسؤولية التقصيرية لا تقوم في المرحلة التفاوضية حال قطعها أو العدول عنها، إلا في حالة مصاحبة ذلك القطع بخطأ أو تقصير، لذلك رفضت المحاكم الفرنسية دعوى المضرور بالتعويض، مادام أن قطع المفاوضة أو العدول عنها، لم يقرن به خطأ أو تقصير أو إساءة أو تشهير¹.

ثانياً: موقف القوانين العربية

نتعرض في هذا الموقف إلى تبيان طبيعة المسؤولية في بعض القوانين العربية والفقهاء والقضاء، بدءاً بالمشروع المصري، ثم موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات.

1- القانون المصري:

القانون المصري يكاد يخلو من أي نص ينظم عملية التفاوض على العقد، ويحدد طبيعة المسؤولية عن قطع المفاوضات أو الإخلال بأية التزامات التي تقع على عاتق الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات العربية، تاركاً للفقهاء والقضاء مهمة الاجتهاد والبحث عن الحلول المناسبة لبيان طبيعة المسؤولية وفقاً للقواعد العامة².

وفي ظل غياب نصوص تشريعية صريحة تنظم مرحلة التفاوض قبل العقدية، اجتهد كل من الفقهاء والقضاء المصري على إيجاد الحلول المناسبة³، حيث استقر الفقه المصري على أن المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض هي في الحقيقة ليس سوى عمل ماديا يترتب أي أثر قانوني، فللأطراف الحرية المطلقة في الدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها دون أن تترتب عليهم أي مسؤولية وفقاً لمبدأ حرية التعاقد⁴.

ويرى الفقه المصري أن العدول ليس سبباً لقيام المسؤولية إلا إذا اقترن هذا العدول أو الانسحاب بخطأ سبب ضرر لطرف الأخر أثناء مرحلة التفاوض، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية على من قام بالعدول أو الانسحاب، وهي بالتالي مسؤولية تقصيرية، وهذا الرأي أخذ به القضاء المصري

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 779.

2- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 127.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 782.

4- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 678.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

حيث قضت محكمة النقض المصرية¹ بأن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني².

2- موقف القانون المدني الجزائري:

القانون المدني الجزائري شأنه في ذلك شأن بقية القوانين العربية الأخرى، لم يتضمن أية نصوص خاصة تنظم مرحلة التفاوض قبل العقدية، ولم يهتم المشرع الجزائري بهذه المرحلة، مثل اهتمامه بالمراحل التالية على إبرام العقد، حيث نجد جل نصوص القانون المدني الجزائري، تناولت تنفيذ التزامات الأطراف العقدية والمسؤولية المترتبة على الإخلال بها.

وفي هذا السياق نص المشرع الجزائري في المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"³، وعلى هذا فإن مبدأ حسن النية الواجب مراعاته عند تنفيذ العقد، يشمل ضمنا مرحلة المفاوضات العقدية، أي المرحلة السابقة على إبرام العقد.

كما تقضي المادة 124 من القانون المدني الجزائري⁴ على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" فان هذا النص جاء عاما ومطلقا متعلقا بالمسؤولية عن الفعل الضار يشمل أيضا الخطأ المرتكب خلال مرحلة مفاوضات العقد، بما في ذلك الخطأ المتمثل في قطع عملية التفاوض دون مبرر مقبول أو دون سبب جدي⁵.

وقد تضمن القانون المدني الجزائري أيضا بعض النصوص الهامة التي تعد في الحقيقة تطبيقا للمسؤولية عن الخطأ خلال المرحلة السابقة على التعاقد، ونذكر منها على الخصوص المادة 103 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالتي بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل"، كما أن الفقرة الثانية من نفس المادة 2/103 من القانون المدني تخول لناقص الأهلية الحق في طلب إبطال العقد

1- أهم حكم صدر من محكمة النقض المصرية في شأن التفاوض هو الحكم الصادر في 1966/01/27. ينظر تفاصيل القضية علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 679، محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 62.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 784.

3- المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

4- المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

5- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 68-69. علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص 114-362.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

لنقص أهليته، ويحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به المادة 3/103 من القانون المدني الجزائري¹.

بالإضافة إلى نص المادة 399 من القانون المدني، التي تقضي بأنه إذا حكم للمشتري بإبطال العقد، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية². وتطبيقاً لذلك هناك حكم حكمت به المحكمة العليا، فيما يتعلق بالوعد بالتعاقد الذي هو من العقود التمهيدية قبل إبرام العقد النهائي، إلى أنه: "إذا تصرف الواعد في العقار الموعود به وانتقلت ملكيته إلى الغير وتم تسجيل ذلك في المحافظة العقارية فإنه لا يبقى للموعود له سوى رفع دعوى التعويض عما ناله من ضرر، وفقاً للمادة 176 من القانون المدني الجزائري"³.

ويستند هذا الحكم على الاجتهادات الفقهية، على أساس الالتزامات التي تنشأها الاتفاقات التمهيدية أو التحضيرية على عاتق الأطراف، وخاصة الالتزام بالتفاوض وما يترتب عنه من مبدأ حسن النية الذي يجب مراعاته أثناء مرحلة التفاوض، يجب مراعاته خلال مرحلة تنفيذ العقد استناداً لنص المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري.

ويرى الدكتور بلحاج العربي أنه لا يجوز قانوناً اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضات ذاتها، هو المكون لعنصر الخطأ في تكوين العقد أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول، ويتوافرها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية قبل التعاقدية، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ والأضرار الناجمة عنه على عاتق الطرف الذي يدعي ذلك. ومن ثم فإنه يستحسن معه إعادة صياغة نص المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري، لتشمل في دلالتها المرحلتين السابقة واللاحقة على التعاقد⁴.

وفي الأخير نجد أن المشرع الجزائري سار على نفس نهج التشريعات العربية السابقة حيث يعتبر المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض تعتبر مجرد عمل مادي، لا يترتب أي أثر قانوني، فللأطراف المتفاوضة الحرية المطلقة في الدخول في المفاوضات والانسحاب منها، دون أن تترتب عليه أي مسؤولية، إلا إذا ارتكب أحد الأطراف خطأً مستقل عن الانسحاب، ففي هذه الحالة تنشأ مسؤولية

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 239.

2- المادة 399 من القانون المدني الجزائري.

3- المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 241.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

تقصيرية، أما إذا كانت المفاوضات مصحوبة بعقد تفاوض، تعتبر تصرفاً قانونياً ملزماً، بسبب وجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، ومن ثمة تكون المسؤولية الناشئة عنها مسؤولية عقدية.

المبحث الثاني:

أحكام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

الأصل أن للأطراف الحرية المطلقة في الدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها دون أن تترتب عليهم أي مسؤولية في مرحلة التفاوض، غير أنه إذا اقترنت عملية العدول أو الانسحاب بخطأ يتسبب في ضرر الطرف الآخر، تنشأ مسؤولية تقصيرية على عاتق المتفاوض المخطأ، أما إذا كانت عملية المفاوضات بموجب اتفاق تفاوض، فهي تعتبر بمثابة تصرف قانوني يقر بوجود علاقة تعاقدية بين الأطراف تنشأ بمقتضاها المسؤولية العقدية، وسنتطرق في هذا المبحث إلى أحكام المسؤولية المترتبة في هذه المرحلة من خلال الوقوف عند شروط قيام كل من المسؤولية التقصيرية في (المطلب الأول) وشروط قيام المسؤولية العقدية في (المطلب الثاني)، وأثار هذه المسؤولية في مرحلة التفاوض في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية التقصيرية

تقوم المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض في حالة وجود خطأ تقصيري من طرف أحداً للمتفاوضين سبب ضرراً للطرف المتفاوض الآخر، فمنه وطبقاً للقواعد العامة يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية، توافر ثلاث شروط، وهي الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما.

الفرع الأول: الخطأ التقصيري

سنبين الخطأ التقصيري من خلال نقطتين أساسيتين، حيث نتعرض لتعريف الخطأ التقصيري أولاً، ثم أهم صور الخطأ التقصيري ثانياً.

أولاً: تعريف الخطأ التقصيري

لا يوجد تعريف جامعاً مانعاً للخطأ في القانون المدني على عكس الفقه الذي وضع عدة تعاريف للخطأ نذكر منها:

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الخطأ هو انحراف في السلوك لا يصدر من الرجل المعتاد إذا وجد في نفس الظروف الواقعية التي صدر فيها هذا الفعل¹.

ويعرفه البعض الآخر بأنه عيب في الإرادة للفاعل بحيث يفترض أن هناك إهمالا متعمدا لليقظة الواجب توافرها لدى الإنسان الحريص². كما عرفه الفقه الفرنسي بأنه: "عدم القيام بالالتزام عقدي أو قانوني"³.

وذهب بعض الفقه إلى تعريف الخطأ التقصيري على أنه: "الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالمعتدي"⁴.

كما عرفه جانب من الفقه بعدة تعاريف مختلفة لم تسلم بدورها من النقد، حيث عرف بأنه: "العمل الضار المخالف للقانون"، على أن هذا التعريف تعرض للنقد لأنه جاء مهمم، ويفتقر إلى تحديد ما المقصود بالعمل الضار من جهة، وما المقصود بمخالفة القانون من جهة أخرى⁵.

عرف الفقيه بلانيول الخطأ التقصيري بأنه: "الإخلال بالالتزام قانوني سابق" هذا التعريف الذي يعتبر أيسر التعاريف وأقربها لفكرة الخطأ، لم يسلم هو أيضا من الانتقادات، لانصراف التعريف إلى تقسيم وتعداد أنواع الخطأ فقط، وعدم تحديد المقصود بالالتزام الذي يعد مخالفته خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية⁶.

وقيل إنه الإخلال بالالتزام قانوني سابق، وانتقد هذا التعريف على أساس أنه لم يعرف الخطأ بل اكتفى فقط بذكر أنواعه وتقسيمه، كمعرف أيضا بأنه انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل⁷.

1- أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص189.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 690.

3- MARIE THERES CALAIS AULOY, la liberation du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute, D,N,14/04/1998,P01. أشار إليه علي أحمد صالح المرجع نفسه، ص690

4- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، ج01، نظرية الالتزام بوجه عام، ط 02، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1997، ص1083.

5- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص854.

6- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص199.

7- محمد شاكر محمود محمد، المرجع نفسه، ص198.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وقيل أيضا في تعريف الخطأ أنه: "الإخلال بالثقة المشروعة"¹، ومضمون هذا التعريف أن هناك قدرا معقولا من الثقة يجب أن يتوافر للإنسان في نفسه، وفي الآخرين، لأجل أن يقدم على عمل ما ويعاب على هذا التعريف أنه مهم كذلك لأنه يحتاج إلى توضيح المقصود بالثقة وبالمشروعية، ثم بنوع الإخلال الذي ينشئ المسؤولية المدنية².

ومن خلال هذه التعاريف نجد بأن الخطأ التقصيري هو انحراف المتفاوض عن السلوك المعتاد الموضوع في نفس ظروفه، ويسبب هذا الانحراف ضررا للطرف الآخر، ويقع عبء إثبات الخطأ التقصيري على الطرف المتفاوض المضرور، كون أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات.

ثانيا: صور الخطأ التقصيري

للخطأ التقصيري في التفاوض عدة صور من أهمها: الانسحاب المفاجئ من التفاوض دون مبرر التفاوض دون نية التعاقد، والتفاوض على ملك الغير، وعرقلة التفاوض، والإخلال بالالتزام بالإعلام.

1- الانسحاب المفاجئ من التفاوض دون مبرر:

إن ظهور عقود جديدة تمتاز بالتعقيد وتستلزم دراسات وترتيبات كبيرة، وطول الإجراءات، قد يؤدي في غالب الأحيان إلى استغراق مرحلة التفاوض مدة زمنية طويلة، تؤدي إلى تأخير إبرام العقد أو احتمال تغير بعض المسائل والعناصر التي تم الاتفاق عليها في مرحلة المفاوضات العقدية. الأمر الذي يؤدي بإمكانية انسحاب أحد الأطراف المتفاوضة من التفاوض قبل انتهائه³.

وعلى هذا الأساس فإنه يقتضي على كل مفاوض الالتزام بمواصلة السير في إجراءات التفاوض على العقد المراد إبرامه حتى نهايته، وهذا الالتزام قد يشكل خطرا لانسحاب الطرف المتفاوض بصورة مفاجئة غير مبررة، مما يؤدي إلى فشل هذه المفاوضات وبالتالي عدم إبرام العقد المنشود.

كما أن الانسحاب أو القطع المفاجئ للتفاوض يلعب دورا هاما في تحديد السبب الحقيقي والمبرر لهذا الانسحاب، على اعتبار أن حجم المسؤولية وإقرارها يتوقف تحديدها على درجة احتمال إبرام العقد المصاحبة للمرحلة التي وصل إليها التفاوض، حيث يختلف الحكم على متفاوض قام بقطع

1- حسين عامر، المسؤولية المدنية، التفصيلية والعقلية، مطبعة مصر، القاهرة، مصر 1956، ص 175.

2- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 854.

3- أنس عبد المهدي فريجات، المرجع نفسه، ص 867.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

المفاوضات والانسحاب منها في بداية التفاوض، ومتفاوض انسحب من العملية التفاوضية في المراحل النهائية للتفاوض، حيث كلما كانت المفاوضات في مرحلة متقدمة تزداد الثقة بين الأطراف المتفاوضة والتخلي عن فكرة الانسحاب والعدول وإلا ترتبت عليهم المسؤولية التقصيرية. إعمالاً بمبدأ الالتزام بالاستمرار بالتفاوض بحسن نية، تحت طائلة الجزاء المدني في حالة الإخلال بهذا الالتزام دون مبرر مشروع¹.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية² بعقد مسؤولية الشخص الذي يقدم على قطع المفاوضات دون سبب جدي أو مشروع يؤسس له، وقضى في هذا الشأن بأن: "إذا كان الأساس في المفاوضات السابقة على التعاقد هو حرية قطع هذه المفاوضات في أية لحظة، فإن ذلك لا يكون مقبولاً إذا كانت الأعمال التحضيرية قد أخذت وقتاً طويلاً، وأنها كانت شديدة بدرجة تبعث على الاعتقاد بشكل قانوني لدى كل طرف في المفاوضات بأن الآخر جاد في التعاقد، فإن قطع هذه المفاوضات بعد من جانب أحد الطرفين وبسبب الخلاف حول بعض البنقات، يكون بلا شك خاطئاً ويسبب ضرراً ويعطي للطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويض".

2- التفاوض دون نية التعاقد:

قد يقدم أحد الأطراف المتفاوضة على العقد مباشرة إجراءات التفاوض مع شخص، دون أن تكون له أية نية حقيقة وجادة في التعاقد من هذا التفاوض، مثال ذلك كأن يباشر شخص التفاوض على عقد مع شخص آخر وكان هدفه من الدخول في عملية التفاوض هو مجرد الحصول على معلومات وأسرار من الطرف الآخر، أو مجرد الدعاية أو تفويت فرصة للتعاقد بين متفاوض وبين شخص آخر غيره، أو تحويل الأنظار عن عقود أخرى يسعى لإبرامها.

وتكون نية المتفاوض سيئة في حالة عدم وجود له رغبة في التعاقد من البداية، أو كان غير جاد في التفاوض، وقد يكون سيئ النية بسبب علمه بنتيجة التعاقد مسبقاً، وإن هذه المفاوضات لا يمكن

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 867.

2- كما أيدت محكمة النقض الفرنسية في عام 2003 القرار الصادر عن محكمة الاستئناف والذي قضت فيه هذه المحكمة بحق المدعي في التعويض على أساس إخلال المدعي عليه بمبدأ حسن النية في التفاوض من خلال تفاوضه مع جهات أخرى في وقت اتفق فيه الطرفان على ميعاد محدد للتوقيع العقد، وتبين فيه من ظروف التفاوض حتمية التوقيع على العقد. ينظر أنس عبد المهدي فريجات، المرجع نفسه، ص 868.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

أن تكفل بعقد كأن يكون مستهزئاً منحرفاً عن السلوك الرجل العادي، بسبب إدراكه لعدم إمكانية الوفاء بمتطلبات التعاقد، ومع ذلك يتفاوض بنية التفاوض لا بنية التعاقد.

ومنه نجد أن عدم الالتزام بالمبدأ العام لحسن النية كأساس لمرحلة المفاوضات العقدية يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية على عاتق المتفاوض سيئ النية¹، مهما كانت غايته من التفاوض المصحوب بسوء نية، لأن هذه التصرفات فيها إنكار صريح ومخالف للمبدأ العام الذي يقتضيه التفاوض بحسن نية.

3- التفاوض على ملك الغير:

من المعلوم أن القانون يمنع التصرف في ملك الغير، وعليه فإنه لا يجوز التفاوض على ملك الغير أيضاً، بهدف التصرف فيه كذلك. وعلى هذا الأساس إذا دخل شخص في مفاوضات، من أجل التصرف في مال معين، دون أن يكون مالكا له، وكان الطرف الآخر يجهل أن المال المتفاوض عليه غير مملوك للطرف الآخر المتفاوض فإنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ، يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية².

كما يلتزم المتفاوض على ملك الغير، بالتعويض حتى ولو كان يعتقد أنه هو المالك، طالما أن الطرف الآخر كان حسن النية. وهذا ما يستشف من نص المادة 397 على أنه: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه"، ونصت المادة 399 من القانون المدني الجزائري المتعلقة ببيع ملك الغير كذلك في هذا الشأن على أنه: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية"³.

ويعتبر الفقه الفرنسي، أنه يعتبر خطأ تقصيرياً مجرد دخول الشخص في مفاوضات، من أجل التصرف في شيء، دون أن يكون مالكا له، حتى ولو لم يكن هذا الشخص سيئ النية، ويعتد القضاء

1- نصت على هذا المبدأ صراحة المادة 2/301 من مبادئ القانون الأوروبي الموحد التي جاءت تحت عنوان (التفاوض بسوء نية)، حيث نصت في فقرتها الثالثة على أنه " يعتبر مخالفاً لمبدأ حسن النية قيام طرف ما بالتفاوض على إنشاء عقد في وقت اتجهت لديه النية على عدم إنشاء هذا العقد، ينظر: أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص ص 874-875.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 699.

3- المادتين 397-399 من القانون المدني الجزائري.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الفرنسي، من جانبه بالخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات، حتى ولو انتفى قصد الإضرار، لكون المسؤولية التقصيرية يمكن الأخذ بها حتى في غياب نية الإضرار بالطرف الآخر¹.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية²، قضت في حكم لها بنقض حكم محكمة الاستئناف، الذي قضى بإلزام المفاوض على ملك الغير بالتعويض، وذلك بحجة أن الحكم لم يوضح ولم يبين توافر قصد الإضرار أو سوء النية لدى البائع المتفاوض.

4- عرقلة التفاوض:

وهي دخول الطرف المتفاوض في مفاوضات، بهدف إعاقة المتفاوض الآخر، وتحويل نظره وتعطيله عن إتمام الصفقة أخرى كان على وشك إتمامها وإبرامها مع الغير، وذلك لتحقيق مصلحة شخصية له أو لغيره، وعندما يحقق مبتغاه يلجأ إلى قطع المفاوضة³، وهنا مسؤولية المتفاوض الذي قام بإعاقة المفاوضات وإفشالها تكون تقصيرية لا عقدية، لأنه اعتمد على أساليب الغش الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية، حيث أن قطع المفاوضات بهذا التصرف غير المشروع يعد قطعاً غير مبرر ويترب عنه خطأ يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية، التي تقتضي أن يتفاوض الشخص وفق مسلك الرجل العادي وإلا يعد منحرفاً في سلوكه هذا انحرافاً يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية⁴.

كما قد يكون الهدف من عرقلة التفاوض كون المتفاوض الآخر يعد متنافساً قوياً له ويرغب أن يفوت عليه هذه الصفقة المربحة، كي تسوء حالته المالية ويهتز مركزه المالي، وبالتالي إقصاؤه خارج المنافسة⁵.

1- المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي.

2- تتلخص وقائع القضية، في قيام مالك قطعة أرض، بالتفاوض مع شخص آخر، من أجل بيعها له، حيث كان هذا الأخير يمتلك قطعة أرض مجاورة، ليست لها أية فائدة، إلا بضمها إلى القطعة المتفاوض عليها ولكن في لحظة إبرام العقد المتفاوض عليه، تبين للمشتري بأن البائع لا يملك قطعة الأرض المتفاوض عليها، وإنما هو مالك على الشيوع، وأن أحد شركائه على الشيوع كان يرفض بيع نصيبه، أقام المشتري، دعوى المسؤولية التقصيرية على البائع، فتمسك هذا الأخير بانتفاء نية الإضرار لديه، ولكن قضاة الموضوع لم يأخذوا ذلك بعين الاعتبار، وقضت المحكمة بإلزام البائع بالتعويض، ولما تم عرض القضية على محكمة النقض الفرنسية، قضت هذه الأخيرة بنقض الحكم بحجة، أن حكم الاستئناف، لم يوضح توافر نية الإضرار، أو سوء النية لدى البائع، ينظر: علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 700-701.

3 - MESTRE(j), transparence et droit des contrats, RJC, nov 1993, P 87.

4- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 641.

5- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 209-210.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

5- الإخلال بالالتزام بالإعلام:

يعتبر الإخلال بالالتزام بالإعلام عند إبرام العقد مثالا واضحا على الخطأ التقصيري خلال مرحلة التفاوض، حيث يلتزم الطرف المتفاوض بضرورة الإفشاء بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعملية العقدية، من النصيحة والمشورة والتحذير لتنوير المستهلك وتبصيره وحمايته، سواء تعلق الأمر بمقتضى التزام اتفاقي أو قانوني أو حتى مهني¹.

وعلى هذا الأساس فإن الثقة والأمانة والصراحة التي توجب على المتفاوض بالالتزام بالإفشاء بالبيانات والمعلومات الحاسمة، هي ثقة من نوع خاص يفرضها القانون في بعض أنواع العقود كما هو الحال في قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25².

كما أن السكوت العمدي عن كل واقعة مؤثرة، تلعب دورا حاسما في قبول الطرف الآخر للتعاقد، يعد تدليسا وفقا للمادة 86 من القانون المدني الجزائري دون تفرقة بين معاملة وأخرى³.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بصدد منازعة تتعلق في قيام زوجين في حجز شقة في مبنى تحت التشييد بموجب اتفاق حجز مبدئي، وقد جاء في هذا الاتفاق أن الشقة ستكون مكونة من حجرتين ذاتا نافذتين عاديتين لتسمحا بالإضافة الكافية، إلا أن البائع قام بعد ذلك بتعديل تصميم البناء إثر خطأ فني من المهندس، واستبدل بالنافذتين، دون أن يقوم بإعلام الزوجين بهذا التعديل في حينه، وعندما علم الزوجان بهذا التعديل فيما بعد رفضا إبرام العقد النهائي، وقاما باسترداد ما دفعاه من تأمين طالبا البائع بتعويض ما أصابهما من ضرر، لأنه لو كان قد أبلغهما بهذا التعديل في وقت مبكر لكانا قد تمكنا من إبرام عقد بديل في مشروع إسكاني آخر.

وأمام رفض البائع قاما برفع الأمر إلى القضاء، وقد أيدت محكمة النقض ما قضت به محكمة الاستئناف من اعتبار البائع مخطئا لإخلاله بالالتزام بالإعلام، حيث كان يتعين عليه بمقتضى التزامه بتنفيذ الاتفاق المبدئي بحسن النية أن يخطر الزوجين فورا بالتعديل الذي ادخله على البناء وإلغاء النافذتين، ولكنه تقاعس عن القيام بذلك، الأمر الذي أسفر عن فشل المفاوضات بإلغاء الزوجين للحجز الأول الذي كان يعولان عليه، فضاعت عليهما فرصة إبرام عقد بديل، كما قضت بمسؤولية

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 246.

2- المواد 17 و18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 246.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

أحد متعهدي بيع العقارات، عن إخلاله بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد في مواجهة الراغبين في الشراء معلنة في حكمها أنه كان ينبغي عليه أن يقدم إليهم إعلاما صادقا وواضحا، بدلا من أن يخضعهم لوعد محرر من جانبه في عبارات تتسم باللبس والغموض¹.

الفرع الثاني: الضرر

يعتبر الضرر ركن أساسي من أركان المسؤولية المدنية، يشترط في الضرر، أن يكون محققا، أي أن يكون وقع فعلا، أما إذا كان الضرر محتملا، أي لم يقع بالفعل، فلا يمكن تعويضه، ويشترط فيه أيضا أن يكون مباشرا، أي يتعين أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزاماته، أما الضرر غير المباشر، فلا يستوجب التعويض وذلك لانتفاء علاقة السببية بينه وبين خطأ المتفاوض وعليه فإنه يستوجب لقيام مسؤولية المتفاوض في المرحلة قبل التعاقدية أن يرتب الخطأ التقصيري ضررا يصيب الطرف الآخر، لأن على أساس ذلك الضرر يكون التعويض، والضرر نوعان مادي ومعنوي².

أولا: الضرر المادي

يتمثل الضرر المادي فيما أصاب المتفاوض المضرور من الناحية المالية، مثل النفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور فعلا أثناء فترة المفاوضات، والوقت الذي ضاع منه سدا في عملية المفاوضات والفرص التي فاتته بسبب فشل المفاوضات³.

ويتمثل الضرر المادي في مرحلة التفاوض على العقد في مقابل ما أضاعه المتضرر من وقت وجهد في إجراءات التفاوض التي خلصت إل الفشل، كما يتمثل الضرر المادي فيما فات المتفاوض من كسب نتيجة فشل المفاوضات وعدم إبرام العقد، أو ضياع فرصة التفاوض مع شخص آخر كان يريد إلى إبرام العقد معه.

ويتجلى الضرر المادي كذلك في مرحلة التفاوض عند إفشاء المتفاوض للغير بيانات ومعلومات سرية، من شأنها أن تؤثر على عملية التفاوض وتسبب ضررا يصيب المتفاوض الآخر، خاصة في حال ما فشلت هذه المفاوضات بين الطرفين ولم يبرم العقد المنشود.

1- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص878.

2- مصطفى مرعى، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط 02، القاهرة، 1944، ص103.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص702.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ومنه نجد أن الضرر المادي الناتج عن قطع المفاوضات، هو عبارة عن خسارة مالية يتكبدها المتفاوض المضرور نتيجة فشل المفاوضات وعدم إبرام العقد، كما يعتبر الوقت الذي أمضاه في المفاوضات، والفرص التي فاتته بسبب ذلك ومصاريف الدراسات الفنية والتقنية والخبرة ضررا ماديا ويعتبر من قبيل الضرر المادي أيضا تفويت فرصة إبرام العقد المنشود، أو إبرام عقود مماثلة مع أشخاص آخرين، وكذلك ضياع حقوقه المالية في معلوماته السرية التي تم إفشاؤها أو استغلاله بدون إذنه إلى الغير¹.

ثانيا: الضرر المعنوي (الأدبي)

يتمثل الضرر المعنوي في كل ما يمس المتفاوض المضرور في كرامته و/ أو اعتباره سمعته، كأن يؤدي فشل المفاوضات إلى الإساءة إلى سمعته، والنيل من مصداقيته، وإثارة الشكوك حول قدرته المهنية، من جراء إفشاء أسراره ومهارته الفنية أثناء التفاوض أو بمناسبته².

وهو ذلك الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية للفرد، وبصورة عامة هو كل ما يؤدي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألما أو حزنا، فالضرر المعنوي هو إما الألم بذاته الناتج عن المساس بتلك المشاعر من جراء عمل غير مشروع يأتيه الفاعل، وإما الاضطراب الذي يحدثه في كيان الشخص ومكانته الاجتماعية أو المهنية، محدثا لديه الألم النفسي أو الشعور بالانتقاص من قدره ومكانته³.

وقد أجاز المشرع المصري تعويض كافة صور الأضرار، بما في ذلك الضرر المعنوي. وقد أخذ الفقه والقضاء في فرنسا بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، أما في القانون المدني الجزائري، فقد أجاز المشرع الجزائري تعويض كافة صور الضرر، سواء المادي أو المعنوي، بحيث يشمل التعويض في الضرر المادي كل خسارة، وما فات الدائن من كسب، أما الضرر المعنوي الذي يمكن تعويضه، فيشمل كل ضرر يمس بالحريّة أو الشرف أو السمعة⁴.

وأخيرا استقر الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر، على أنه طبقا لقواعد المسؤولية المدنية، لا يشمل التعويض إلا الضرر الذي تتوافر فيه الشروط القانونية، بأن يكون الضرر محققا

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص248.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص703.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص892.

4- المواد 182 و182 مكرر من القانون المدني الجزائري.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ومباشرا ومؤكدا، أما الأضرار الاحتمالية أو غير المباشرة أو غير المتوقعة في مرحلة التفاوض، فقد لا يشملها التعويض لانتفاء علاقة السببية.

كما أن تقدير قيمة الضرر بما في ذلك الضرر المعنوي يخضع للسلطة المحكمة العليا، طالما أنهم عللوا قرارهم تعليلا كافيا وقانونيا¹.

ومنه إذا لم يترتب على قطع المفاوضات أي ضرر للطرف الآخر، فلا مسؤولية في مرحلة التفاوض إذا ما انتهت المفاوضات لأسباب موضوعية محضة، كما أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر متوقعا كان أو غير متوقع، وأن الضرر بدوره يقوم على عنصرين هي الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاتته². ويتم تعويض الضرر الناجم عن تفويت الفرصة وفقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني الجزائري³، ضمن إطار أحكام التنفيذ بطريق التعويض والمطالبة القضائية تقوم مقام الإعذار، عند التنفيذ بطريق التعويض⁴.

وبخصوص الضرر المعنوي فإن المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري، نصت صراحة على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". مع ذلك يجب على قضاة الموضوع التأكد من الدليل، على توافر الخطأ في مرحلة التفاوض، مع مراعاة حرية التعاقد وعدم جواز التوسع في عقد المسؤولية المدنية أثناء مرحلة مفاوضات العقد⁵.

وعلى كل فإن التعويض الذي يحكم به ليس تعويضا كاملا، إذ أنه لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد، ولا التعويض عن المزايا التي كانت ستترتب على إبرام العقد المنشود، باعتبارها من قبيل الضرر غير المباشر.

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

طبقا للقواعد العامة، فإنه يقع على عاتق المدعى المضرور، عبء إثبات توافر علاقة السببية بين الضرر الذي لحقه وخطأ المدعى عليه. فلا يكفي من المضرور، أن يثبت خطأ المدعى عليه والضرر

1- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص248

2- المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

3- المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص249

5- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع نفسه، ص250.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

فقط، بل يتعين عليه إثبات علاقة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر، لأن رابطة السببية تعتبر ركنا مستقلا من أركان قيام المسؤولية، ولهذا واجب إثباتها¹.

ومنه يجب أن يكون خطأ المتفاوض، هو السبب المباشر في حدوث الضرر. ومن ثم لا يكون المتفاوض مسؤولا عما ارتكبه من أعمال إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه وذلك لانتهاء علاقة السببية بين الخطأ الذي وقع منه وبين الضرر الذي وقع بالمتفاوض المضرور أو الطرف الآخر.

كما يستطيع المدعى عليه دفع المسؤولية عن نفسه عن طريق إثبات، بأن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي، لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، بأن يقع حادث غير متوقع، لا يد للشخص فيه، ولا يمكن دفعه، بشرط استحالة تنفيذ الالتزام وأن يكون الحادث غير ممكن التوقع، وعدم إمكان التوقع يتعين أن يكون مطلقا، وليس نسبيا ويتعين أن يكون عدم التوقع في المسؤولية العقدية وقت إبرام العقد، بينما يكون في المسؤولية التقصيرية وقت وقوع الفعل الضار ذاته².

ومن تطبيقات ذلك أن يثبت المتفاوض المدعي بالتعويض بأن المدعى عليه قد دخل معه في مفاوضة، دون أن تقوم لديه نية حقيقية وجادة نحو إبرام ذلك العقد محل المفاوضة، وإنما أقدم على المتفاوض بقصد الحصول والاطلاع على بعض المعلومات والبيانات المتصلة بالصفقة التي يجري التفاوض عليها، وكشف أسرارها، أو الوقوف على الوضع المالي والاقتصادي للمتفاوض الضحية. أو أن يثبت أنه أقدم على المتفاوض معه في الوقت التي كانت فيه المفاوضات الدائرة بينه وبين شخص آخر قد قاربت على الانتهاء بالوصول إلى تمام التعاقد بينهما، أو أقدم على التفاوض بغرض تعطيله عن إتمام صفقة أخرى كان على وشك أن يبرمها مع شخص آخر غيره، فأثبات هذا المتفاوض لمثل هذه التصرفات غير المشروعة يعد في واقع الأمر إثبات الرابطة السببية بين خطأ المسؤول عن هذه التصرفات، وبين الضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر³.

ويعتبر خطأ المضرور، من الأسباب التي تؤدي إلى نفي العلاقة السببية بين الضرر والخطأ وإعفاء المدعى عليه من المسؤولية، كأن يكون الخطأ من المدعى نفسه، أي الطرف المضرور، أو كان الخطأ من

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 704.

2- أبحار حامد حبش علي، مرجع سابق، ص 146.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص 902.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الغير، والغير هنا يقصد به الشخص الذي ينسب إليه الخطأ، لا بد وأن يكون شخصا محددًا ومعروفًا وهو كل شخص غير المدعى عليه والمضروب، والأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنياً¹.

فإذا أثبت المدعى عليه أن الخطأ بسبب المضروب، أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك وهذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 127 منه²، حيث إذا أثبت المدعى عليه أن الخطأ كان بسبب وقوع حادث خارجاً عن حدود التزامه يستحيل عليه دفعه، إنتفت عنه المسؤولية.

وتطبيقاً لهذه الحالة يجب إعمال قواعد وأحكام المسؤولية الناجمة عن فعل الشيء أو عن فعل الحيوان، والتي تتطلب من المتفاوض المتضرر إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر الذي أصابه ويكون على المتفاوض المسؤول إذا ما أراد أن يتصل من المسؤولية أن يثبت هو أن علاقة السببية غير متوفرة وأن الضرر قد نجم عن سبب آخر³.

المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية

تقوم المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض طبقاً للقواعد العامة عند الإخلال بعقد التفاوض بشرط أن يكون العقد صحيحاً نافذاً، وأن يسبب هذا الخطأ ضرراً، ويشترط لقيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بعقد التفاوض، توافر ثلاثة شروط، وهي الخطأ العقدي، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

الفرع الأول: الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض

عرف الفقهاء الخطأ العقدي بأنه، عدم تنفيذ المدين للالتزام المترتب عن العقد والذي نشأ في ذمته، باعتباره طرفاً من أطراف العقد⁴، بمعنى أن الخطأ العقدي، في مرحلة التفاوض يتمثل في عدم تنفيذ المتفاوض لالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد التفاوض.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص705.

2- المادة 127 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضروب، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك.

3- أنس عبد المهدي فريجات، مرجع سابق، ص903.

4- خليل أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج01، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص145.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ومن أهم هذه التعاريف التي ذكرها الفقه تعريف الفقيه الفرنسي (PLANIOL) حيث عرف الخطأ العقدي بأنه: "خرق التزامات موجودة من قبل، وهذه الالتزامات إما أن تنتج عن اتفاق بين الأطراف، فيكيف الخطأ في هذه الحالة على أنه إخلال بالالتزامات التي نص عليها الاتفاق، أما في ظل عدم وجود اتفاق فإن الخطأ ينتج عن خرق واجبات قانونية"¹.

وعلى هذا الأساس فإن الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض يتمثل في عدم تنفيذ أحد الطرفين أو كليهما لالتزاماته الناشئة عن اتفاق التفاوض، سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو كان عدم التنفيذ بسبب مجهول أو بقصد أو بإهمال ويأخذ التنفيذ المعيب والمتأخر ذات الحكم²، ولا تنتفي المسؤولية عن المتفاوض المخطئ (المدعى عليه) إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه.

أولاً: صور الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض

تتعدد صور الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض على العقد بتعدد الالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة في تلك المرحلة المهمة التي تسبق إبرام العقد ومن أهم هذه الصور، رفض الدخول في المفاوضات، وقطع المفاوضات دون مبرر مشروع.

1- رفض الدخول في المفاوضات:

إذا اتفق الطرفان بموجب عقد تفاوض على الدخول في مفاوضات سعياً لإبرام عقد معين ورفض بعد ذلك أحد الطرفين الدخول في المفاوضات، أعتبر مغلاً بالتزامه التعاقدى بالتفاوض، ومن ثم تنشأ مسؤوليته التعاقدية لأن مجرد الامتناع عن البدء في المفاوضات، يعتبر خطأً عقدياً يستوجب المسؤولية العقدية، بحيث يقع على عاتق أحدهما أو كليهما التزام بالبدء في المفاوضات في الموعد الذي اتفقا عليه، وعليه فإن الالتزام بالدخول في المفاوضات، هو التزام بتحقيق نتيجة³، وليس التزاماً ببذل عناية⁴.

1- هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 136.

2 - ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 398-399.

3 - DESGORCES(R), la bonne foi dans le droit des contrats, thèse, paris, 02, 1992, PP 134, 168.

4- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 734.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وفي هذا الصدد صدر حكم لمحكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها¹ في "نزاع يخص استقالة مندوب عام لشركة تأمين، ثم قيام الشركة بتعيين من يقوم مقامه، دون أن تنتظر الفترة التي يحق خلالها لهذا المندوب، أن يقترح على الشركة من يخلفه وبعد أن تم عرض النزاع على العدالة أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الموضوع، الذي قضى بخطأ شركة التأمين لكونها أضعفت فرصة المندوب في أن يفتح المفاوضات، ويقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده".

2- قطع المفاوضات دون مبرر مشروع:

قطع المفاوضات دون مبرر مشروع، وهي من أكثر الأسباب وجود في الحياة العملية التي تؤدي على فشل المفاوضات، ويكون قطع المفاوضات فجأة من أحد الطرفين، ليضع حدا للمفاوضات الجارية لأن قطع المفاوضات دون مبرر مشروع يمثل إخلالا واضحا بمبدأ التفاوض بحسن نية، وعلى هذا الأساس فإن دخول الأطراف في عملية التفاوض هو أمر يستلزم الاستمرار فيها وبذل جهد من أجل إبرام العقد².

كما نجد أن هناك فرق بين سبب القطع المشروع وسبب القطع الغير مشروع ومعيار التفرقة بينهما أن السبب المشروع، لقطع المفاوضات أو الانسحاب منها يتمثل في وجود أسباب موضوعية تدعو إلى قطع المفاوضات، كأن يقوم المتفاوض بقطع المفاوضات، لعدم رضائه بالشروط التعسفية التي عرضها عليه المتفاوض الآخر، فهنا يعتبر القطع مبررا ومشروع لأن المتفاوض يرى بأن مصلحته لن تتحقق في ظل هذه الشروط الغير عادلة.

أما قطع التفاوض بسبب غير مبرر ومشروع يعتبر خطأ عقدي يتنافى مع قواعد حسن النية والأمانة والصدق في التعامل، ومن التطبيقات القضائية حول انعدام المبرر المشروع، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1972/03/20، حيث اعتبرت المحكمة، بأن قطع الشركة للمفاوضات يعتبر خطأ يستوجب مسؤوليتها، وذلك بسبب قطعها للمفاوضات، فجأة ومن جانب واحد، ودون مبرر مشروع.

1 - Cass.Civ 15mai 1992.Bull. Civ2. No143.P.71.R.T.D.Civ, 1993, P344,obs.MESTRE.

منقول عن علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص734.

2- محمد حسن منصور، أحكام البيع، التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 42.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ونجد الخطأ العقدي بسبب قطع التفاوض لانعدام المبرر المشروع أكثر وضوحاً في قضية محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 فبراير (1994)، تتلخص وقائعها في قيام مشتري محل تجاري بالتفاوض مع مالك العقار المقام فيه المحل بغرض إبرام عقد إيجار جديد للعقار، وبعد أن أبدى المالك استعداداً لإبرام العقد قام بالانسحاب من المفاوضات مع الراغب في الاستئجار بشكل مفاجئ وأدى ذلك إلى إخفاق الأخير في إعادة بيع المحل للغير، مما جعله عاجزاً عن سداد ديونه، فتمت تصفية المحل قضائياً وبيع بثمن بخس، وقد أيدت محكمة النقض رأي قضاة الموضوع الذين اعتبروا مالك العقار متعسفاً في قطعه للمفاوضات، لأنه انسحب منها دون مبرر مشروع¹.

كما أن وقت قطع المفاوضات يعتبر عاملاً أساسياً في تحديد الخطأ في هذا القطع، حيث أنه كلما كانت المفاوضات في مرحلة متقدمة وقطع أحد الطرفين التفاوض دون مبرر مشروع في هذا الوقت ثبت وتأكد خطأ المتفاوض الذي قطع المفاوضات وفقاً لمبدأ حسن النية الذي يقضي بعدم الانسحاب وقطع التفاوض دون وجود مبرر مشروع.

وهذا ما أكدته محكمة استئناف ريوم Riom الفرنسية في حكمها الصادر في 10 جوان 1992 بأنه: "إن كان لكل متفاوض مطلق الحرية في الانسحاب من المفاوضات وقتما شاء، إلا أن هذا الانسحاب يعد خطأً إذا تم في وقت بلغت فيه المفاوضات مرحلة متقدمة، بحيث تتولد ثقة مشروعة لدى المتفاوض الآخر في أن العقد على وشك الانعقاد"².

وفي الأخير نستنتج أن معيار تحديد الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض هو معيار ثابت، لا يتغير من شخص إلى آخر، وهو معيار موضوعي ينظر فيه إلى سلوك الشخص العادي، وليس معياراً شخصياً، ينظر فيه إلى الأهواء الشخصية، وعليه يوجد حالتان لقطع المفاوضات، فقد يتم قطع

1 - Cass. Com. 22 Février. 1994, R.J.D.A., 1994, n° 765, P. 611, R.J.C., 1996, n° 1448, P. 105, note KARIMI (A.).

منقول عن علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 738.

2 - C.A. de RIOM, 10 juin 1992, R.J.D.A., 1992, P. 732; obs. MESTRE, R.T.D.C., 1993, P. 34 3 "Si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que sur l'autre est sur le point de conclure le contrat, (...) la rupture est alors fautive". Cité par-LASSALLE (B) les pourparlers, R, R, J. 1994, P. 850.

منقول عن ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 402.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

المفاوضات أو الانسحاب منها قبل صدور الإيجاب، وقد يتم قطع المفاوضات أو الانسحاب منها بعد صدور الإيجاب.

أ- قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب:

يكون الطرفان قبل صدور الإيجاب، مازالا في مرحلة الإعداد والتحضير لمشروع العقد النهائي لكونهما، لم يتوصلا بعد إلى اتفاق على كل الشروط الجوهرية في العقد المزمع إبرامه، ولم تتولد لديهما إرادة باتة وعازمة ونهائية، على التعاقد وإنما تكون لديهما إرادة أولية، غير نهائية، وغير مستقرة ولا زالت تسعى إلى التوصل إلى عقد نهائي، من خلال تبادل العروض والعروض المضادة، والاقتراحات المضادة وكل طرف يقوم بجس نبض الطرف الآخر، والوقوف على مدى استعداده للتعاقد معه، وفقا للشروط التي تحظى برضاها¹.

إلا أن هذا لا يعطي الحق لأي متفاوض أن يقوم بقطع المفاوضات في أي وقت يشاء وفق أغراضه وأهوائه الشخصية، بل يجب أن يستند في قطعه للمفاوضات إلى أسباب موضوعية مشروعة تبرر قطعها، وإلا اعتبر قطعه للمفاوضات خطأ تترتب عليه مسؤوليته العقدية، مراعاة لمبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات².

ومنه فإذا أراد أحدهما قطع المفاوضات، لأي سبب من الأسباب المعقولة والجديّة، كان له ذلك ويتعين عليه مراعاة مبدأ حسن النية في ذلك، وأن يستند في هذا القطع إلى أسباب جديّة وموضوعية لا سيما إذا كانت المفاوضات، قد وصلت إلى درجة متقدمة، وأوشكت على نهايتها ولا يعني ذلك، أن المتفاوض لا يستطيع أن يقطع المفاوضات طالما وصلت إلى مرحلة متقدمة، وإنما يعني، أن يستند في هذا القطع إلى مبرر مشروع وجدي وموضوعي³.

ونستخلص في الأخير أن المتفاوض يستطيع أن يقطع المفاوضات في أي وقت حتى في آخر لحظة تسبق إبرام العقد، بشرط أن يكون مستندا في قطعه للمفاوضات على أسباب موضوعية ومشروعة ولا يستند إلى مبررات شخصية.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص739.

2- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص183.

3- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص598.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ب- قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب:

الخطأ في قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب البات والنهائي، يتمثل في العدول عن الإيجاب في حدي ذاته، أو رفضه ممن وجه إليه في حالة ما أدى إلى قطع المفاوضات دون مبرر مشروع¹. كما أنه يمكن أن يخرج الطرفين المتفاوضين في مرحلة المفاوضات بإيجاب نهائي وبات، ويقوم أحد الأطراف بتوجيهه إلى الآخر فيرد له هذا الأخير مصحوباً ببعض التعديلات، وقد نص المشرع الجزائري في هذا السياق في نص المادة 66 من القانون المدني الجزائري² "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً"، فهو بهذا الشكل اعتبر قبول الإيجاب مع تعديله بمثابة رفض يتضمن إيجاباً جديداً.

ومن خلال ذلك نجد أن المفاوضات تتوقف عند صدور إيجاب بات ونهائي، فإذا تم قبول هذا الإيجاب دون قيد أو شرط فإنه يتم إبرام العقد النهائي.

أما في حالة ما إذا قام الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بتعديل فإن هذا الإيجاب يعتبر كأن لم يكن، وبالتالي يكون هذا التعديل إيجاباً جديداً يعيد التفاوض من جديد، ويعتبر الإيجاب الجديد في هذه الحالة عرض تفاوضي جديد تستمر على أساسه المفاوضات حتى يصدر إيجاب العقد، ويتم قبوله دون قيد أو شرط، فينعقد العقد بصفة نهائية.

كما يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد، إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة³، حيث إذا كان من وجه إليه الإيجاب هو الذي دعا إلى التعاقد وصدر الإيجاب بناء على هذه الدعوة، فإن رفضه القبول دون مبرر شرعي يعد إخلالاً بثقة المشروعة، ومنه الرفض لا يصح إلا لأسباب معقولة لأنه يؤدي إلى قطع المفاوضات وإعادة الطرفين إلى مرحلة المفاوضات الأولى، وهذا يتنافى مع مبدأ الالتزام بحسن نية ويترتب عليه خطأ يستوجب قيام المسؤولية العقدية⁴.

1- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 743.

2- المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

3- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 190.

4- محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 151.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ثانيا: إثبات الخطأ العقدي

يقع على عاتق المضرور (المدعي) عبء إثبات الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض تطبيقا للقاعدة العامة البينة على من إدعى، بحيث يجب على المضرور أن يثبت وجود الالتزام، ثم يثبت إخلال الطرف الآخر(المدعى عليه) بهذا الالتزام¹.

ويستطيع المضرور أن يثبت الالتزام بإثبات مصدره بكل سهولة في حالة ما إذا كانت عملية التفاوض في شكل عقد تفاوض مكتوب، لكن يصعب عليه إقامة الدليل إثبات الالتزام في حالة ما إذا كان هذا الاتفاق غير مكتوب فعملية الإثبات هنا تكون بكافة الطرق كون المفاوضات واقعة مادية تستلزم على الطرف المضرور إثبات الدخول في عملية التفاوض، وتختلف عملية الإثبات باختلاف نوع الالتزام، فقد يكون الالتزام بتحقيق نتيجة أو الالتزام ببذل عناية.

1- الالتزام في مرحلة التفاوض التزام بتحقيق نتيجة:

إذا كان الالتزام قبل التعاقد التزمًا بتحقيق نتيجة، فإن المضرور (المدعي) يستطيع إثبات الخطأ في جانب المدين (المدعى عليه) بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة، خاصة إذا كان هذا الالتزام إيجابيا، كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالدخول في المفاوضات، حيث يكفي أن يعلن المضرور (المدعي) أن (المدعى عليه) لم يدخل معه في التفاوض المتفق عليه، حتى يقوم الدليل على خطأ هذا الأخير فإذا ادعى المدعى عليه أنه شرع فعلا في المفاوضات، وأن عدم التنفيذ يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه كقوة القاهرة، أو حادث مفاجئ². وقع عليه عبء إثبات ما يدعيه لنفي خطئه³.

غير أن الأمر لا يكون بهذه السهولة إذا كان الالتزام سلبيا، كما هو الحال بالنسبة للالتزام بعدم إفشاء الأسرار واستغلالها دون ترخيص من صاحبها، إذ يتعين على المتفاوض أن يثبت أن الطرف الآخر قد أفشى هذه المعلومات أو استغلها⁴، ففي هذه الحالة، يتعين على المتفاوض أن يقدم الدليل على أن الطرف الآخر، قد أفشى أسرار التي تم الاطلاع عليها أثناء مرحلة التفاوض، وهذا ليس بالأمر السهل⁵.

1- المادة 323 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

2 - علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 750.

3 - رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 610.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 405.

5- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 751.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

2- الالتزام في مرحلة التفاوض التزام ببذل عناية:

الالتزام ببذل عناية يجد تطبيقه في إخلال المتفاوض بالالتزام بمواصلة التفاوض فتكون عملية الإثبات فيه، أصعب من حالة الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة، ففي الالتزام ببذل عناية، يجب على المتفاوض أن يثبت أن الطرف الآخر، لم يبذل العناية الكافية، فإذا كان المتفاوض يدعى بأن الطرف الآخر قام بقطع المفاوضات، دون سبب جدي، أو مبرر مشروع، إخلالا بالتزامه بمواصلة المفاوضات وهو التزم ببذل عناية، فعليه أن يقدم الدليل على انتفاء المبرر الجدي والمشروع في هذا القطع، كأن يثبت مثلا، أن المتفاوض الآخر قطع المفاوضات رغم أن جميع الشروط التي عرضها عليه، كانت شروطا معقولة وتهدف كلها إلى تحقيق مصلحته الاقتصادية، فإذا قدم هذا الإثبات، قام الدليل على خطأ المتفاوض الآخر، وإذا إدعى هذا الأخير، أن ثمة مبررا مشروعاً لقطعه للمفاوضات، فيجب عليه عندئذ إثبات ذلك¹.

وتبقى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في تقدير حصول الفعل أو عدم الفعل المشكل للخطأ العقدي، الذي تقوم على أساسه المسؤولية العقدية للمتفاوض، دون أن يعترض قضاة القانون على حكمه من مسائل الواقع، طالما كان تقديره مستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى، أما مسألة تكييف الفعل ومدى اعتباره خطأً من عدمه فهي من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة قضاة القانون².

الفرع الثاني: الضرر

لا تقوم المسؤولية العقدية، لمجرد توافر الخطأ العقدي وحده، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المتفاوض الآخر. فالخطأ لا يؤخذ بعين الاعتبار، إلا بالنظر لما ينجم عنه من ضرر. والضرر في مرحلة المفاوضات، إما أن يكون مادياً، أو أن يكون معنوياً.

ويتمثل الضرر المادي فيما يصيب المتفاوض المضروب من الناحية المالية، مثل النفقات التي تكبدها في مرحلة التفاوض، ونجد الضرر المادي كذلك في ما قد يصيب المضروب بسبب ما فاتته من فرص أثناء ضياع وقته في التفاوض³. ومصاريف الدراسات الفنية والتقنية والخبرة، وكذا ضياع حقه

1- - رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 611. علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 751.

2 - رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص 611. ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 405.

3- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 191.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

المالي في أفكاره السرية التي تم إفشاؤها أو استغلالها دون إذنه، إلى غير ذلك من أنواع الخسارة المالية ويقع إثبات الضرر على المدعي (المضرور)، ويكون ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات عملاً بالقواعد العامة¹.

أما الضرر الأدبي أو المعنوي هو كل ما يمس المتفاوض المضرور في سمعته أو اعتباره كأن يؤدي فشل التفاوض إلى إساءة وتشويه المتفاوض الآخر، وقد أجاز المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المعنوي بصريح المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

ويشترط في الضرر الواجب التعويض عنه طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، وهي أن يكون الضرر مباشراً، ومحققاً، ومتوقعاً.

أولاً: أن يكون الضرر مباشراً

يكون الضرر مباشراً، متى كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه، أي نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه، بمعنى إذا لم يكن باستطاعة الدائن (المضرور) أن يتوقاه ببذل جهد معقول². والضرر المباشر الذي يستوجب التعويض عنه، هو الذي يعتبر نتيجة ضرورية أو محققة للواقعة التي توصف بأنها خطأ، أما الضرر غير المباشر، فهو وإن وقع بمناسبة الخطأ، يمكن مع ذلك رجوعه إلى أسباب أخرى، ولا يعتبر من ثم نتيجة محققة له وتنعدم من بينهما علاقة سببية³.

والضرر المباشر الذي يعرض عنه هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه ويكون كذلك إذا لم يكن بوسع الدائن (المضرور) أن يتوقاه ببذل جهد معقول. والضرر المباشر هو ألا يستطيع الدائن (المضرور) أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها رب الأسرة الطيب⁴ فإذا كان مثل هذا الرجل العادي يستطيع أن يتوقى الضرر ببذل جهد معقول، كان الضرر غير مباشراً⁵.

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 408-409.

2- المادة 1/182 من القانون المدني الجزائري.

3- محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 68.

4- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 407.

5- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 08، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

2008، ص 170.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ولا يلتزم المتفاوض المخطئ بالتعويض عن الضرر غير المباشر بسبب انعدام علاقة السببية بينه وبين الخطأ، وتطبيقا للضرر المباشر كأن يفشي أحد المتفاوضين للغير بمعلومات سرية اطلع عليها بمناسبة عقد تفاوض وترتب عن ذلك إعراض طرف ثالث عن التعاقد مع الطرف المضروب¹.

ثانيا: أن يكون الضرر محققا

يقصد بالضرر المحقق، ذلك الضرر الذي وقع بالفعل، مثل النفقات التي تحملها المتفاوض المضروب فعلا، أو أن يكون محقق الوقوع في المستقبل، أي أن يكون وقوعه في المستقبل أمر يتفق والمجرى العادي للأمور، كالتأثير في سمعة المتفاوض في المستقبل².

أما الضرر المحتمل، وهو الضرر الذي لم يقع فعلا، وليس بمحقق الوقوع مستقبلا فلا يمكن التعويض عنه³، وبناء على هذا لا يمكن للمضروب من قطع المفاوضات أن يحصل على تعويض عما فاتته من كسب، يتمثل في الكسب الذي كان سيعود عليه من تنفيذ العقد لو تم إبرامه، لأن انعقاد هذا الأخير هو أمر محتمل وليس محقق الوقوع⁴.

وقد بينت ذلك محكمة النقض المصرية⁵ بقولها المقرر أن الضرر من أركان المسؤولية، وثبوته شرط لازم لقيامها والحكم بالتعويض نتيجة ذلك، وهو لا يفترض وجوده لمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدي، ويشترط فيه أن يكون محققا، بمعنى أن يكون قد وقع، أو أنه سيقع حتما في المستقبل، أما مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل فإنه لا يكفي للحكم بالتعويض.

1- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 407.

2- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 753.

3- وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في الكثير من أحكامها، حيث ورد في أحدها "أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرا محققا، بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتما، أما الضرر الاحتمالي غير محقق الوقوع، فإن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا" منقول عن: ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص 406.

4- ضريفي الصادق، المرجع نفسه، ص 406.

5- نقض مدني مصري 2002/12/26 (م.م.ف) س 53، ق 248، ص 1292، منقول عن: محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 193.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ثالثاً: أن يكون الضرر متوقعاً

يقصد بالضرر المتوقع أن يكون الضرر مما يمكن توقعه وقت الاتفاق على الدخول في المفاوضات¹، فالطرف الذي يمتنع عن السير في المفاوضات دون مبرر مشروع لا يُسأل عن تعويض المضرور إلا عن الأضرار المتوقعة وهذا الشرط تختص به المسؤولية العقدية وحدها². لأن في المسؤولية العقدية لا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع. على العكس من ذلك فإن التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر كله المتوقع وغير المتوقع³. إضافة إلى ذلك، يجب أن لا يكون الضرر قد تم تعويضه من قبل، ولو من غير طريق المدين⁴، وهناك من يرى بأن التعويض، لا يكون في النفقات العادية التي ينفقها المهني في سبيل التفاوض مع العملاء بشأن مهنته.

وعلى هذا الأساس نجد أن الضرر يجب أن يكون متوقعاً، فالمفاوضات مرحلة تمهيدية للعقد وتحضر له وتسبق إبرامه وهي تقترب من العقد من حيث كونها قائمة على التوقع خاصة بعد أن قطعت مراحل كثيرة وطويلة، واقتربت من إبرام العقد، ومن ثم لا يجوز التوسع في التعويض ليشمل الضرر غير المتوقع⁵.

الفرع الثالث: العلاقة السببية

لقيام مسؤولية المتفاوض العقدية، لا يكفي الخطأ والضرر وإنما لا بد من وجود علاقة سببية بينهما، أي يكون خطأ المتفاوض هو السبب المباشر في حدوث الضرر، وإلا فلا تقوم المسؤولية ويستطيع أن ينفي المدعى عليه المدين هذه العلاقة إن ادعى عدم وجودها للتخلص من المسؤولية، ولا يمكنه ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي، كأن يثبت أن الضرر ناتج عن قوة قاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور نفسه⁶.

1- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 613.

2- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص ص 407-408.

3- علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص ص 754-755.

4 - COHERIER(A), des obligations naissant des pourparlers préalables a la formation des contrats, thèse paris, 1939, P148.

5 - محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 195.

6- بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص ص 435-436. رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 615.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

كما أن أثر القوة القاهرة في المسؤولية التقصيرية لا يختلف عن أثره في المسؤولية العقدية، ففي مجال المسؤولية التقصيرية عند تحقق القوة القاهرة يترتب عليه الإعفاء من المسؤولية، أما في مجال العقد، فإذا نجم عن القوة القاهرة استحالة تنفيذ الأداء المتفق عليه، فإن التزام المدين ينقضي بها¹، فلا يكون هناك محل التعويض في الحالتين².

المطلب الثالث: جزاء المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات

جزاء الإخلال بالالتزام في مرحلة التفاوض، سواء كان عقدياً أو تقصيرياً، هو قيام المسؤولية قبل التعاقدية، من خلال دعوى عادية طرفاًها المضرور والمتسبب في الضرر، فإذا قام الالتزام قبل التعاقدية صحيحاً، جاز إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان هذا التنفيذ ممكناً وطلبه الدائن³.

أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو كان ممكناً ولم يطلبه الدائن، وفي نفس الوقت لم يعرضه المدين، فلا يكون أمام القاضي سوى الحكم بالتنفيذ بمقابل، أي بطريق التعويض النقدي⁴، والتعويض هو الأثر الجوهرى المترتب على قيام المسؤولية المدنية، لجبر ما لحق بالمضرور من أضرار مادية أو معنوية أو هما معاً، من كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، فإن التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالى هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية⁵.

الفرع الأول: التنفيذ العيني

إذا كان التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، في القانون المدني الجزائري، وفقاً للمادة 164 من القانون المدني الجزائري، وما يليها، إذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك، اختيارياً أو جبرياً أو بطريق التعويض⁶، بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات⁷، فإن الفقه المدني في مجموعته ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض حول

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري و الفرنسي، ط 01، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007، ص 199.

2- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، 196.

3- المادة 164 من القانون المدني الجزائري.

4- المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

5- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 253.

6- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 21.

7- AUBERT(J), notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse, paris, 1970, P215.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

العقد، في مرحلة ما قبل التعاقد، وذلك لأن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولاً إلى تحقيق العقد النهائي بالقوة، خلافاً لأحد الأطراف على الأقل، وفي هذا الإجماع مساساً بالحرية الشخصية، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية¹.

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية في قرار حديث أن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذاً عينياً، يستوجب تدخل المتفاوض شخصياً، والحال أنه يرفض أصلاً الدخول في المفاوضات، أو الاستمرار فيها، مما يتعين معه استبعاد التنفيذ العيني الجبري في مجال المفاوضات العقدية، احتراماً للحرية الشخصية، ولبدأ حرية التعاقد، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلاً ولا مرهقاً للمتفاوض المدين.

وعلى هذا الأساس، فإن الالتزام بالتفاوض، لا يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي المنشود إجبارياً وإنما يلزمهم فقط بالتفاوض حول هذا العقد تمهيداً لإبرامه، والاستمرار في المفاوضات العقدية بهدف نجاحها بإبرام العقد النهائي، مع مراعاة حسن النية والأمانة والمصارحة في سير المفاوضات².

ومن ثم فإنه لا يجوز من الناحية القانونية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذاً عينياً، حتى ولو كان هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للمتفاوض الممتنع، فإن إجباره على التفاوض فيه مساس بحريته الشخصية، وبحرية التعاقد المضمونة قانوناً، كما أن ذلك غير مفيد لأن مصير مفاوضات العقد سيكون الفشل لا محالة، ومن ثم لا يجوز للمتفاوض أن يلجأ إلى القضاء لطلب فرض التفاوض على الممتنع عن المفاوضات³.

ومن هذا المنطلق، اتجه اجتهاد القضاء الفرنسي إلى إرساء ضمانات التفاوض، والتي منها على الخصوص مبدأ حرية إبرام العقود، ومبدأ قطع المفاوضات دون أي مسؤولية عن العدول في ذاته، ذلك أن مبدأ الحرية التعاقدية لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي المنشود، متى توفر الحد الأدنى من حسن النية، والثقة والنزاهة والأمانة والجدية وإتباع السلوك القويم أثناء المفاوضات⁴.

1- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مرجع سابق، ص 241.

2- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 415.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 254.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 254.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

ومن ناحية أخرى فإن العرض بالدخول في المفاوضات أو المناقشات أو المباحثات لا يشكل عرضاً ملزماً¹، كما أن معالم العقد محل التفاوض، أي عناصره الجوهرية أو مسائله الأساسية ما زالت غير محددة ولا مضمونة، فلا يستطيع القاضي أن يحل محل أحد الأطراف في متابعة هذه الافتراضات المحتملة وفقاً للمادة 65 من القانون المدني الجزائري².

فإذا اشترط الطرفان أن العقد لا ينعقد إلا بعد الاتفاق على المسائل التفصيلية أو الفرعية المؤجلة، فعندئذ يعد العقد كأن لم يكن عند عدم الاتفاق عليها، إعمالاً لإرادة الطرفين، وليس من سبيل إلى تسويته.

وأما إذا لم يشترط ذلك، وقام نزاع بشأن هذه المسائل التفصيلية المؤجلة، جاز للمحكمة استثناء الحلول محل المتعاقدين في تكملة العقد، لأن الأصل أن إنشاء العقد ليس هو من شأن القاضي، الذي تنحصر مهمته في تفسير نية المتعاقدين أو تكملة نطاق العقد فقط، مستهدية في ذلك بأحكام القانون وبطبيعة المعاملة والعرف وقواعد العدالة³.

وقد قضت محكمة النقض المصرية⁴ في قرار مشهور صادر بتاريخ 1992/12/13 طعن رقم 2/666، بأنه: "إذا اتفق طرفا العقد على جميع المسائل الجوهرية أو الأساسية، واحتفاظاً بمسائل تفصيلية أو ثانوية يتفقان عليها، فيما بعد، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام بينهما خلاف على المسائل التي أرجئ الاتفاق عليها، كان لهما أن يلجأ إلى المحكمة للفصل فيه".

1- محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 118.

2- علي فيلاي، مرجع سابق، ص 114، 115.

3- المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

4- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1992/12/13 طعن رقم 2/666، منقول عن: بلحاج العربي، مرجع سابق، ص

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وفي قرار¹ مؤرخ في 1980/02/27 طعن رقم 49/970، قضت بأن: "الخلاف على تنفيذ التزامات الطرفين، وميعاد الوفاء بالثمن هي مسائل تفصيلية، وأن عدم اشتراطها يجعل المحكمة تؤسس قضائها، طبقا لما جرى عليه القانون والعرف وقواعد العدالة".

ويرى الدكتور بلحاج العربي وهو رأي صائب في نظرنا، أن هذا اجتهاد قضائي سليم، لأن الإيجاب إذا تضمن بعض المسائل الثانوية أو التفصيلية التي لا يمكن أن يتم العقد دون اتفاق عليها، فإن القبول يجب أن يكون مطابقا له حتى بالنسبة لهذه المسائل، وإلا فإن العقد لا ينعقد قانونا.

وعلى أي حال، فإن الالتزام الذي لم ينفذ هنا، هو التفاوض وليس التعاقد، لأن هذا الأخير يحتاج على الأقل اتفاقا على العناصر الجوهرية أو الأساسية، ومن ثم فإن التنفيذ العيني هو أمر مستبعد في مرحلة المفاوضات، والمشكلة قد تثور أساسا حول ضياع فرصة حقيقية للتعاقد وليس العقد نفسه، وهذا ما لم يجد القاضي، بداية عقد غير كامل، يحتاج إلى تكميل وتنظيم، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام².

قد حكمت المحكمة العليا في قرار مشهور حديث مؤرخ في 2001/01/30، ملف رقم 258113 من أنه: "تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى للموعود له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض³.

ويرى الدكتور بلحاج العربي أيضا ونحن نشاطره الرأي، أن هذا اجتهاد صائب هو الآخر، وإن كان يحتاج إلى بعض الوضوح والاستقرار، لأن مشروع عقد البيع لا يكون ملزما لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام العقد النهائي، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء ليس أن يحل محل إرادة الأطراف، ما دام لا يوجد مثل هذا التدخل سندا قانونيا، وعندئذ ليس أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض لجبر ما لحق بالمضروب من أضرار، وفقا لأسلوب التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض.

1- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية مؤرخ في 1980/02/27 طعن رقم 49/970، منقول عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 256.

2- محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 86.85.

3- المادة 176 من القانون المدني الجزائري وما يليها. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 256.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بتعويض الضرر المترتب عن عدم تنفيذ التزامه¹، كما أنه إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره وفقاً لما لحق المضرور الدائن من خسارة وما فاتته من كسب²، ويشمل التعويض الضرر المعنوي أو الأدبي من ألم وكل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة وغيرها³.

فإذا عدل المتفاوض عن تنفيذ التزامه بالتفاوض عيناً، لم يكن أمام المتفاوض الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل، أي بطريق التعويض، والذي يتمثل في تعويض نقدي عادل وشامل، لكل ما لحقه من ضرر مادي أو معنوي من جراء قطع مفاوضات العقد بسوء نية أو بدون مبرر مشروع. بحيث يشمل التعويض ما لحق المتفاوض الدائن من خسارة وما فاتته من كسب⁴.

ومن أهم الأضرار الناجمة عن قطع مفاوضات العقد، التي يستوجب تعويضها هي: نفقات التفاوض، الوقت الضائع، تفويت الفرصة.

أولاً: نفقات التفاوض

يقصد بنفقات التفاوض بصورة عامة تلك النفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل إبرام العقد الذي يتم التفاوض عليه مثل نفقات الدراسة التمهيديّة، والخرائط والرسومات والتصاميم، وتقارير الخبراء، ونفقات السفر والإقامة والاتصالات، وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض، فهذه النفقات تعد بمثابة خسارة فعلية للمتفاوض المضرور من قطع المفاوضات ويتعين على المتفاوض المسؤول أن يتحملها⁵.

يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات وعملية التفاوض التي باءت بالفشل، أي أن تكون تلك النفقات قد أنفقت بسبب عملية التفاوض، من ثم لا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء عملية التفاوض أو بعد علمه بانسحاب التفاوض الآخر⁶.

1- المادة 176 من المدني الجزائري.

2- المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

3- المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري.

4- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 256.

5- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 264.

6- رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 624.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

وفي كل الأحوال لا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض المضرور، إذا ثبت أنه تكبد هذه النفقات بسبب عدم حيطة واحترازه وخفته وسذاجته، فإنه يفقد حقه في استردادها من المتفاوض الآخر¹، كما أنه لا مجال لاستردادها إذا كانت هذه النفقات قد تمت نتيجة خطأ المتفاوض المضرور وليس بسبب خطأ المتفاوض المسؤول، إضافة إلى ذلك أن لا تكون مبالغ فيها، وغير معقولة بحيث تخرج عن ما هو مألوف ومنطقي من النفقات التي تصرف في المفاوضات التي تجري في نفس الظروف التي يوجد فيها الطرفان وبنفس الموضوع محل التفاوض².

هذا وتفتقر المصلحة السلبية عن المصلحة الإيجابية، من حيث أن هذه الأخيرة يعوض عنها في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين عقدا صحيحا، كما يدخل فيها ما كان العاقد يجنبه من ربح أو كسب وثمرات ينتجها له العقد.

وهو الاتجاه الذي سار عليه القضاء الفرنسي، من أن التعويض يجب أن يغطي كل الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالمضرور، من جراء قطع المفاوضات بدون سبب جدي أو بدون مبرر مشروع، وهي الخسارة الواقعة فعلا التي يعود تحديد مقدارها لقضاة الموضوع³.

ثانيا: الوقت الضائع

يعتبر ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات يستحق التعويض عنه، أي كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات، كلما قام الدليل عليه وما استدعاه ذلك من مناقشات وتنقلات، فيتم التعويض وفقا لقواعد العدالة، وقد يتمثل الوقت الضائع في الساعات أو الأيام أو الشهور بل والسنين أحيانا، ويكفي المضرور لإثبات هذا الضرر أن يقيم الدليل على أنه لولا هذه المفاوضات ما كان ليفقد ما فقد من وقت⁴.

ويقوم القاضي بتقدير التعويض عن ضياع الوقت على نحو جزافي، مراعي ما تقضي به قواعد العدالة، وهذا نظرا لندرة العناصر المادية التي تساهم في تقدير هذا الضرر⁵. وهو ما سارت عليه أيضا

1- محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص96.

2- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص624. محمد شاكر محمود مجمد، مرجع سابق، ص264.

3- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص257.

4- محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص93. ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص417.

5- ضريفي الصادق، مرجع سابق، ص417. أشار إليه رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص625.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

أيضا اجتهادات محكمة النقض المصرية¹ لمشهورة المتعلقة بمسألة تقدير التعويض الناتج عن وقف التفاوض، من أنه: "لا يتم التعويض إلا عن الخسارة الفعلية الحاصلة، التي أصابت المضرور في الفترة قبل التعاقدية، وليس عما فاته من كسب كان يتوقعه عند التفاوض على العقد، لأن العقد لم ينعقد أصلا بين الطرفين، إذ لا يمكن التعويض عن فوات الكسب إلا على أساس التعاقد، أو الاتفاقات أو التعهدات التي اشتمل عليها العقد، والحال أن العقد لم يبرم بين الطرفين".²

ثالثا: تفويت الفرصة

يقصد بتفويت الفرصة الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي، باعتبارها ضررا محققا أصاب المضرور، لذا فإن التعويض الذي يستحقه المضرور يقدر هذا الضرر المحقق أي يقدر بقدر قيمة الفرصة التي ضاعت عليه³، وليس بقدر الضرر الاحتمالي المتمثل في الكسب الذي كان يتوقعه المضرور ولكنه أصبح مستحيلا نتيجة فوات فرصة حقيقية⁴.

والتعويض لا ينصب هنا على الفرصة في حد ذاتها، لأنها أمر احتمالي، وإنما يكون عن تفويت فرصة إبرام العقد المنشود محل التفاوض، باعتبارها ضررا محققا أو مؤكدا يجب التعويض عنه، وهو من قبيل خيبة الأمل أو سوء الحظ الذي تسبب فيه المتفاوض المسؤول من جراء تصرفاته الخاطئة غير المحسوبة⁵.

وبالإضافة إلى كون تفويت الفرصة ضررا محققا، فهو يعد من الأضرار المتوقعة في مرحلة التفاوض، وقد يكون تعويض الفرصة ضرر حال محقق أو يكون ضررا مستقبلا، وذلك في صورتين أولاها أن يحدث الضرر في الحال، ولكنه يستمر أو يمتد إلى الزمن المستقبل، وثانيتها أن لا يتحقق هذا الضرر إلا في المستقبل، وفي تلك هاتين الصورتين لا يجوز صياغة قاعدة عامة ثابتة بالتعويض

1- وقد صدر في هذا الشأن حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 يناير 1977، وتتلخص وقائع الدعوى في أن زوجين أعلنوا عن رغبتهم في قبول إيجاب تمثل في طرح عقار للبيع، ثم طلبا تمديد مدة القبول حتى يتسنى لهما توفير المبلغ اللازم للشراء، غير أنه بعد ثلاثة أشهر أعلنوا عن عدم رغبتهم في التعاقد، دون إبداء أي سبب، وتمسك الموجب بأن الرفض جاء متأخرا، ورفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن ضياع الوقت، فرفض قضاة الموضوع طلبه لعدم وقوع ضرر يبرر إلزام الزوجين بجبره، إلا أن قضاة القانون عابوا على قضاة المحكمة رفضهم طلب الموجب، مؤكدين أنهم لم يأخذوا بعين الاعتبار أن البائع قد تولد لديه اعتقاد بأنه ملزم بالبقاء على إيجابه، وبالتالي لم يحم بالتصرف في الشيء المبيع طيلة تلك المدة.

2- نقض مدني مصري، 1975/12/09، م، أن، س، 26، رقم 299، ص 1593، منقول عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 258.

3- أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 140.

4- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 269.

5- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 259-260.

الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها

عن تفويت الفرصة، وإنما يستوجب على الفقه والقضاء أن يميز بين الضرر المحقق، وبين مجرد الضرر الاحتمالي وفقاً لظروف كل قضية¹.

وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، على وجوب تعويض المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات، عن حرمانه من فرصة إبرام العقد محل التفاوض، شريطة أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجادة، وأن الأمل المدعي به في إبرام العقد له أسباب معقولة أو مقبولة، وأنه ليس مجرد احتمال أو مجرد أمنية، بأن يقتصر القاضي على تعويض الضرر المحقق دون الضرر الاحتمالي، الذي هو في نهاية المطاف مجرد أمنية افتراضية بعيدة المنال².

وفي الأخير نجد بأن المغزى من تفويت الفرصة هو الحرمان من فرصة جادة وحقيقية وحالة وهو ضرر محقق ومؤكد، من تحقيق ربح احتمالي، أو غياب نتيجة كان المضرور يرغب في تحقيقها، قبل أن يكشف الواقع استحالة ذلك بفعل خطأ الطرف المقابل.

ونلاحظ في الأخير أنه لا يجوز أن يبلغ التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه إلى حد قيمة الأرباح المتوقعة من العقد لو تم إبرامه، ونفس الحكم ينطبق على التعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير³.

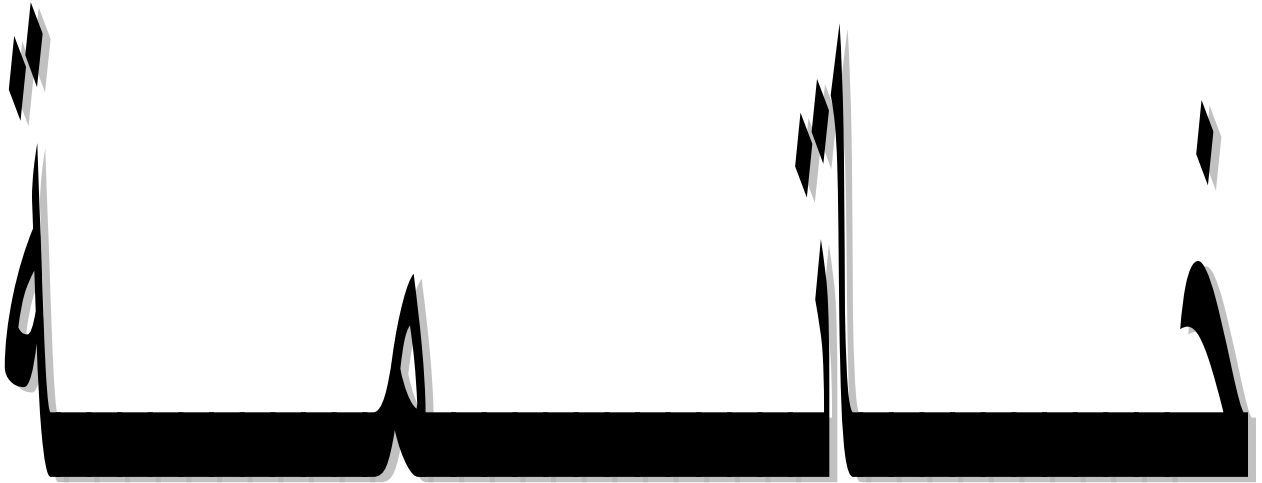
ولا يخضع القاضي في تقديره للتعويض عن تفويت الفرصة لرقابة محكمة النقض، باعتبار ذلك من مسائل الواقع، شريطة أن يتضمن الحكم الأسباب السائغة التي تبرر الأخذ بالفرصة الضائعة، بأن يبين أن هذه الفرصة كانت جادة وحقيقية، ولها أسباب معقولة⁴.

1- محمد شاكر محمود محمد، مرجع سابق، ص 270.

2- محمد شاكر محمود محمد، المرجع نفسه، ص 269، محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 180. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 260.

3- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 633-634.

4- آمال بكوش، تفويت الفرصة الضائعة في إطار الالتزام بالتبصير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 150.



خاتمة:

من خلال هذه الدراسة نخلص أن مرحلة التفاوض في العقود المدنية تعتبر مرحلة هامة وحساسة، بحيث يهدف من خلالها أطراف التفاوض إلى التحضير والتمهيد والمناقشة والمساومة من أجل محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي فهي تعتبر من أهم مراحل تكوين العقد وأخطرها على الإطلاق، نظرا لما تحتويه من حقوق والتزامات طرفي العقد المزمع إبرامه، وهي تنتهي قانونا في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب البات الجازم، بالوصول إلى الصيغة النهائية لشكل ومضمون العقد الذي ارتضاه الطرفان.

ويترتب على مرحلة التفاوض التزامات قانونية، يستوجب القيام بها من قبل الأطراف خلال مرحلة المفاوضات العقدية، ومن أهمها على الخصوص نشوء التزام بالتفاوض وفقا لمبدأ حسن النية ومقتضياته، والثاني هو الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والالتزام الثالث هو الالتزام بالمحافظة على الأسرار.

كما تناولنا الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الواقعة على عاتق الأطراف المتفاوضة، وذلك من خلال تسليط الضوء على الاتجاهات الفقهية في الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض، وذلك بعرض النظريات التي تناولت الطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة، وآراء الفقهاء في هذا الشأن وأهم الحجج والمبررات التي استدلو بها في عرض أفكارهم ونظرياتهم، وأهم الانتقادات التي تعرضت لها نظرياتهم، كما تطرقنا إلى موقف كل من القوانين المقارنة بخصوص المسؤولية، وخلو التقنينات المدنية الحديثة من تنظيم المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات الناتجة في تلك المرحلة. كما عرجنا في هذه الدراسة إلى بيان أحكام المسؤولية في مرحلة التفاوض والآثار المترتبة عن قيام هذه المسؤولية.

ومن خلال هذه الدراسة تم استخلاص النتائج التالية:

- وجدنا أن إبرام العقد تسبقه مراحل تمهيدية وصولا إلى مرحلة إنشاء وتحقيق اتفاق على سائر عناصره ومسائله الجوهرية، وأنه لا يتكون دفعة واحدة وفي زمان ومكان واحد، كما أن مرحلة التفاوض تعتبر من أهم مراحلها وأشدّها خطورة، وأكثرها حساسية، لما يترتب عليها من نتائج وأثار حتى بعد الاتفاق، وبلوغ العقد المطلوب.

- تتمتع مرحلة التفاوض بأهمية كبيرة في الحياة العملية لا تقل أهمية عن مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، إلا أن معظم التشريعات المدنية المقارنة ومنها التشريع الجزائري لم تتناول مرحلة التفاوض، واكتفت بتطبيق القواعد العامة لتنظيم هذه المرحلة، على عكس مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، لقيت اهتمام كبير من طرف التقنينات المدنية.

- يحق لكل طرف من أطراف التفاوض العدول والانسحاب من المفاوضات في أي لحظة من لحظات التفاوض، طالما هناك مبرر مشروع لهذا العدول والانسحاب وفقا لمبدأ الحرية التعاقدية، إلا أن هذه الحرية مقيدة طبقا لمبدأ حسن النية في التفاوض الذي أصبح سائدا في هذه المرحلة، وامتد ليشمل مرحلة التفاوض كمبدأ عام يترتب على الإخلال به دون مبرر مشروع قيام المسؤولية المدنية، ولم يبقى مقتصرًا على مرحلة إبرام العقد وتنفيذه.

- نستنتج أنه في حالة ما إذا توصل الطرفين بنتيجة المفاوضات إلى صياغة إيجاب أو عرض نهائي، متضمن لسائر العناصر والمسائل الجوهرية والثانوية التي تفاوضا فيها بشأن العقد المطلوب إبرامه، فتكون المفاوضات حققت نجاحا ووصلت إلى الهدف المنشود وتنتهي بإبرام العقد المطلوب، بحيث يقوم أحد الأطراف بتوجيه إيجاب إلى الطرف الآخر، يتضمن بطبيعته سائر عناصر الاتفاق الذي أسفرت عنه العملية التفاوضية، فإذا ما وقع قبول مطابق له انعقد العقد بينهما، وتحقق له وجوده وكيانه القانوني، إلا أنه إذا قام أحد الأطراف بإدخال أية إضافة أو تعديلات، على العناصر التي تم الاتفاق عليها في مرحلة التفاوض يؤدي إلى تعليق التفاوض، ومن ثم عدم انعقاد العقد، ويعيد الأطراف إلى الحالة الأولى التي كان عليها قبل التفاوض.

- بينا أن العقود النموذجية ليست في معظم صورها عقود إذعان فقد يحدث في إطارها مفاوضات مسبقة مع المتعاقد المهيمن على الصفقة فيما وضعه من شروط نموذجية، فقد يتحول العقد المبرم بين الطرفين إلى عقد مساومة نموذجي، بحيث تمثل الصيغة النموذجية دعوة للتفاوض تبدأ من خلالها العملية التفاوضية.

- إن الواقع العملي جعل مرحلة التفاوض في العقود المدنية مرحلة غنية بالعقود التمهيدية، والاتفاقات السابقة على التعاقد المعاصرة لفترة المفاوضات والمنظمة لعملية التفاوض، والتي تعتبر جانب تطبيقي آخر يساهم أيضا في عملية التحضير والتمهيد لإبرام العقد النهائي الذي يشكل محلا لعملية التفاوض بين الأطراف الساعية إليه، وذلك من خلال صياغة اتفاقات تمهيدية سابقة على

إبرام العقد المطلوب يرميها أطراف العلاقة التعاقدية أثناء المفاوضات لإنهاء أو تنظيم عملية التفاوض ذاتها، ومن ثم بلوغ مرحلة إبرام العقد النهائي المطلوب، إذ يكون من شأن هذه الاتفاقات العمل على التسهيل والإسراع في الوصول إلى إبرامه.

- وتتميز هذه العقود التمهيدية بأن لها خصائص مشتركة تتمثل في كونها ليست عقود نهائية، بل هي عبارة عن اتفاقات مبدئية تفرض على الأطراف التزامات ببذل الجهد من أجل الوصول إلى اتفاق لاحق، وتشتمل على القواعد الإجرائية التي تحكم مرحلة المفاوضات، وكذا الشروط الأساسية التي سوف يتم إدراجها في العقد النهائي المنشود.

- وتختلف هذه الاتفاقات باختلاف الهدف الذي يسعى إليه الطرفان المتفاوضان، ووجدنا أن هذه الاتفاقيات تنقسم إلى قسمين: الاتفاقات الأولية في التفاوض وتتكون من اتفاقات المبادئ واتفاق الإطار، والاتفاقات المرحلية في التفاوض التي تضم بدورها الاتفاق الجزئي والاتفاق المؤقت.

- تنشأ في مرحلة التفاوض التزامات مستقلة عن التزامات العقد النهائي، بحيث يلتزم الأطراف بالتفاوض بحسن نية، وهو الالتزام الأساسي وتتفرع عنه عدة التزامات تعد في حقيقة الأمر من مقتضياته، مثل الالتزام بإعلام الطرف الآخر بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات المطلع عليها خلال هذه المرحلة، وتعتبر هذه الالتزامات التزامات حقيقية وليست مجرد واجبات عامة، وتنشأ حق شخصي للطرف الآخر المتفاوض، كما أنها تتميز بعناصرها الخاصة.

- وأوضحت الدراسة بخصوص المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالتزامات التفاوض، حيث وجدنا خلاف فقهي كبير حول طبيعة ونوع هذه المسؤولية، فمن الفقه من ذهب إلى أنها مسؤولية ذات طابع عقدي، وقد كان الفقيه الألماني إهرنج JHERING صاحب الرأي بافتراضه أن كل متصرف وهو يقدم على التعاقد يتعهد للطرف الآخر بصحة تصرفه، ومن ثم فإن عدم إبرام العقد، وبطلانه يشكل إخلالا من جانب المتسبب في ذلك لهذا العقد الضمني بالضمان، وذهب آخرون إلى أنها مسؤولية ذات طابع تقصيري، تقوم بحكم القانون وليس على أساس التصرف الباطل، وقد نادى بهذا الاتجاه غالب الفقه والقضاء.

- وهناك من قال بأنها مسؤولية ذات طابع خاص أو مسؤولية موضوعية، وقد كان الفقيه الايطالي فاجيلا FAGELLA من صاغ هذه النظرية، مبتدعا فكرة وجود اتفاق بالضمان عند الدخول في المفاوضة، أساسه التعامل طبقا لمبدأ حسن النية، وقواعد العدالة.
- وإما على صعيد النظم القانونية المقارنة، وعلى اختلاف في المدى الذي تأخذ به النظم القانونية بهذه المسؤولية، بحيث يعتبرها التقنين المدني الألماني مسؤولية شبه عقدية، أما التقنين المدني الفرنسي يعتبرها مسؤولية ذات طابع تقصيري، أما موقف التقنينات المدنية العربية كالتشريع المصري والجزائري فإنه لا يبتعد كثيرا عن موقف التقنين الفرنسي في اعتبار المسؤولية ما قبل العقدية في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية ذات طابع تقصيري.
- وخلصنا في الأخير بأن طبيعة المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، أنها مسؤولية تقصيرية كأصل عام أساسها فكرة الخطأ في استعمال حرية التفاوض على العقود، التي كفلها القانون لكافة الأفراد، وذلك بالانحراف عن سلوك الرجل العادي ومخالفته لمبدأ حسن النية وما يجب أن يسود المفاوضات من صدق وجدية وشفافية وثقة في التعامل بين الأفراد.
- ورأينا أن عقد المسؤولية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية لا تتطلب شروطا خاصة بهذه المرحلة، وإنما هي ذات الأركان والشروط الثلاث التي تقتضيها المسؤولية المدنية بوجه عام، وهي: خطأ المتفاوض والمتمثل بخروجه عن السلوك المألوف للرجل العادي في التفاوض، على نحو يتعارض مع مبدأ حسن النية والثقة المشروعة في التعامل، أما الركن الثاني فيتمثل في شرط وجود ضرر مادي أو معنوي لحق بالمتفاوض المضرور، وأخيرا الركن الثالث وهو قيام علاقة سببية تربط ما بين الخطأ الصادر والضرر المطلوب تعويضه، بحيث يقع على عاتق المتفاوض المضرور عبء إثبات دور المتفاوض المخطئ في إحداث الضرر، وعلى هذا الأساس تقوم مسؤولية المتفاوض المخطئ.
- وتتمثل أهم صور الخطأ التقصيري في التفاوض في الانسحاب المفاجئ الغير مبرر من المفاوضات وإجراء مفاوضة دون نية جدية في التعاقد، والتفاوض على ملك الغير، والإخلال بالالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض.
- إذا أخل أحد الطرفين المتفاوضين بالالتزامات قبل التعاقدية بالإخلال بالالتزام بمبدأ حسن النية، والإخلال بالالتزام بالإعلام، والإخلال بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، حكم عليه بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه، ما لم يثبت أن عدم وفائه بالتزامه نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

- يشمل التعويض عن قطع المفاوضات بسوء نية أو بدون سبب جدي، الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالطرف المضرور، كالنفقات والمصاريف التي صرفت في التنقلات والإقامة والدراسات الفنية من أجل إبرام العقد المنشود، وكذا الضرر الناتج عن المساس بسمعته، وتفويت فرصة إبرام العقد المنشود في حدود احتمال تحقيقها.

وبناء على النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة، يمكن تقديم بعض التوصيات التالية:

- ضرورة اهتمام المشرع الجزائري وسائر التشريعات المقارنة الأخرى، بالاهتمام بمرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، وذلك عن طريق إصدار نصوص قانونية تنظم مرحلة التفاوض على العقد، وتنظيم الآثار المترتبة عليها بنصوص قانونية خاصة، وذلك لعدم كفاية أحكام قواعد النظرية العامة للعقد لتقديم الحلول للمنازعات والمشاكل التي تطرأ خلال هذه المرحلة ومنها طبيعة المفاوضات والمسؤولية المترتبة عنها، ويولمها باهتمام كبير، لأنها لا تقل أهمية من المرحلة التالية لإبرام وتنفيذ العقد.

- نقترح على الفقهاء وخاصة الفقهاء الجزائريين أن يولوا مرحلة التفاوض على العقد باهتمام كبير وكافيا، ويخصوه بأبحاث ودراسات معمقة تتناول جميع جوانبه القانونية.

- يجب على الأطراف المتفاوضة ضرورة تنظيم مرحلة التفاوض عن طريق صياغة المسائل التي تم الاتفاق بشأنها وضع منهجية موضوعية وإجرائية للمرحلة التفاوضية، وذلك يساعد كثيرا على تنظيم المفاوضات، وتأمينها وإلزام الأطراف على الاستمرار في مواصلة التفاوض.

- يجب على الأطراف ضرورة إضفاء الصفة العقدية على مرحلة التفاوض لضمان عدم انسحاب الطرف الآخر من المفاوضات إلا لأسباب مبررة ومشروعة، وهو ما من شأنه ضمان المفاوضات، وزيادة فرص نجاحها.

- يجب على الأطراف المتفاوضة تسجيل كل ما تم الاتفاق عليه من عناصر ومسائل متصلة بالعقد المطلوب، ويجب إفراغها في محررات مكتوبة، وأن يقوم بتحرير مثل هذه الوثائق أشخاص من ذوي الخبرة الكافية.

- وفي الأخير نقترح على المشرع الجزائري، تعديل القانون المدني بشكل يسمح بتنظيم مرحلة التفاوض بنصوص قانونية خاصة وصریحة، اقتداءً بالمشرع الفرنسي في تنظيمه التشريعي للمفاوضات في قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة 2016 والذي حرص من خلاله:

- على أن يتضمن تعديل قانون العقود تنظيماً لمرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، وذلك نظراً لأهمية هذه المرحلة بالنسبة للكثير من العقود، أتى هذا التنظيم في مجمله تقنياً لقضاء محكمة النقض الفرنسية السابق عليه. بموجب هذا التعديل أصبح القانون المدني الفرنسي يتضمن تنظيمًا لهذه المرحلة في المواد الجديدة من 1112 إلى 3/1112، أي على مدى ثلاث مواد تضمنت الكثير من الأحكام.

- جاءت الفقرة الأولى من المادة 1112 متضمنة المبادئ الحاكمة لمرحلة المفاوضات، الحرية وحسن النية، فقد نصت هذه الفقرة على أنه: يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية، وسيهه وقطعها حراً. لكن يجب أن تراعى فيها مقتضيات حسن النية، فالحرية يجب أن تسود المفاوضات قبل التعاقدية في كافة مراحلها، منذ بدايتها إلى حين انتهائها، وذلك إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية المادة 1102 الجديدة. هذه الحرية يجب أن تمارس وفقاً لمقتضيات حسن النية، والالتزام بحسن النية هنا من النظام العام، وهذا ما يتضح على نحو صريح من عبارة النص الفرنسي والتي جاء بها:

- أما الفقرة الثانية من المادة 1112 فقد أوضحت حدود التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ الذي يرتكب في هذه المرحلة، وبذلك أنهى هذا الحكم خلافاً بين قضاة الموضوع، وكرس قضاء محكمة النقض الفرنسية، باستبعادها من الضرر القابل للتعويض المزايا المنتظرة من العقد المنشود، وكذلك الربح الذي كان مأمولاً منه، فقد نصت هذه الفقرة على أنه: لا يشمل تعويض الضرر الناشئ عن الخطأ المرتكب في مرحلة المفاوضات خسارة المزايا المرتقبة من العقد الذي لم يبرم.

- وتناولت المادة 1/1112 الالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض، ويتبين من ذلك حرص المشرع على تأكيد هذا الالتزام إلى جوار الالتزام بحسن النية الذي يجب أن يسود مرحلة التفاوض.

- جاء بالفقرة الأولى من هذه المادة أنه: على من يعلم من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة لرضا الطرف الآخر أن يعلمه بها، متى كان الأخير، يجهل على نحو مشروع، هذه المعلومة أو كان المتعاقد معه محل ثقته.

- وبذلك يكون المشرع قد بين شروط وجود الالتزام بالإعلام خلال مرحلة المفاوضات، وهي الأهمية الحاسمة للمعلومة بالنسبة لرضا المتفاوض، وقد بينت الفقرة الثالثة من المادة 1/1112 المقصود بالأهمية الحاسمة للمعلومة بقولها أنه تعتبر ذات أهمية حاسمة للمعلومة التي لهل علاقة مباشرة، وضرورية بمضمون العقد أو صفة أطرافه. ويجب من ناحية أخرى، لوجود الالتزام بالإعلام

علم المدين بالمعلومة، وجهل الطرف الآخر بها، على أن يكون هذه الجهل مشروعاً، أو كان عائداً للثقة الواجبة بين المتعاقدين المحتملين.

- أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد تضمنت حدود الالتزام بالإعلام، فأوضحت أن هذا الالتزام لا يرد على تقدير قيمة الأداء.

- وعرضت الفقرة الرابعة من ذات المادة لعبء الإثبات بشأن هذا الالتزام. وفقاً لهذه الفقرة يقع على عاتق من يدعي أن معلومة ما كان واجباً الإدلاء له بها أن يثبت أن الطرف الآخر كان مديناً له بها، أي يثبت أن هذه المعلومة كان لها أهمية حاسمة بالنسبة لرضائه، وأن الطرف الآخر كان يعلم بها، وجهله هو بها، على النحو السابق بيانه. فإذا ما اثبت ذلك، فإنه وفقاً للفقرة الرابعة، يكون على الطرف الآخر عبء إثبات إدلائه بهذه المعلومة، أي قيامه بواجبه بالإعلام.

- والفقرة الخامسة من المادة 1/1112 تؤكد على أن الالتزام بالإعلام قاعدة من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على الحد من هذه الالتزام أو استبعاده.

- وتناولت الفقرة السادسة من المادة 1/1112 جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بحسب هذه الفقرة فإن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى انعقاد مسؤولية الملتزم به، إضافة إلى ذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد، وذلك إذا ما أدى الإخلال به إلى تعيب رضا المتعاقد بعيب من عيوب الرضا، الغلط أو التدليس. الواقع أن الإخلال بالالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات قد لا يؤدي إلى أن يلحق بإرادة المتعاقد عيب من العيوب، من ذلك مثلاً حالة ما إذا انتهت المفاوضات بالفشل ودون إبرام العقد المنشود، بعد مدة طويلة قطعتها المفاوضات، ثم يتبن لأحد المتفاوضين معلومة حاسمة لو أدلى له بها المتفاوض الآخر لأدى ذلك إلى رفضه التعاقد وعدم الاستمرار في المفاوضات طوال هذه المدة، في هذه الحالة يمكن لهذا المتفاوض المطالبة بتعويض الضرر الذي لحق به نتيجة الإخلال بالالتزام بالإعلام، من ذلك مثلاً المطالبة بالتعويض عن النفقات التي أنفقتها خلال مرحلة التفاوض، أو عن فوات فرصة إبرام عقد بديل مع شخص من الغير.

- وأخيراً وفي إطار هذا التنظيم التشريعي لمرحلة المفاوضات، تناولت المادة 2/1112 الالتزام بالسرية الذي يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، بنصها على أنه: يكون مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة، كل من يستعمل أو يذيع معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات، بهذا النص يكون المشرع قد

كرس القضاء الذي ألزم أطراف التفاوض، استناداً إلى مبدأ حسن النية، بالمحافظة على سرية المعلومات التي يتم تبادلها أو الحصول عليها خلال مرحلة التفاوض.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

• المصادر:

- القرآن الكريم.
- السنة النبوية الشريفة.

• المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية

- الكتب:

- 1- أيمن سعيد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 2- أسامة حمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005 .
- 3- أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- 4- أبحار حامد حبش علي، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، ط01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، القاهرة، 2020.
- 5- أحمد أبو القاسم أمحمد العجمي، حكم الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2019.
- 6- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المجلد الأول، المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية 2007.
- 7- أحمد محمد رفاعي، الالتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 8- أحمد عبد الكريم سلامة، أبو العلاء النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط 02، دار أبو المجد للطباعة، الهرم، 2002.
- 9- أحمية سليمان، قانون علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن، ط02، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

- 10- الياس يوسف، أطروحات في القانون الدولي والوطني للعمل، دار وائل للنشر، عمان، 2008.
- 11- أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي (دراسة مقارنة)، بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنش والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2013.
- 12- إيمان منصور، شريف عيد، الوساطة وفن التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
- 13- آمال بكوش، تفويت الفرصة الضائعة في إطار الالتزام بالتبصير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
- 14- ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد 09، ط 04، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، 2005.
- 15- أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 16- بن عزوز بن صابر، الاتفاقيات الجماعية للعمل في التشريع الجزائري والمقارن، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 17- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
- 18- _____، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، طبعة جديدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.
- 19- _____، الإطار القانوني للمرحلة التي تسبق إبرام العقد، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010 .
- 20- _____، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 21- حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1993.
- 22- حسين عامر، المسؤولية المدنية، التفصيلية والعقلية، مطبعة مصر، القاهرة، مصر، 1956.
- 23- حسن عبد الباسط جمعي، أثر عد التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.

- 24- حسام الفهد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 25- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون سنة النشر.
- 26- خليل أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 .
- 27- خليل أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 28- خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- 29- خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
- 30- رمضان محمد أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني، العقود المسماة، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010 .
- 31- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، ط 03، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2004.
- 32- زاهية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، ط01، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 33- سليمان مرقس، الوفي في شرح القانون المدني، ج03، في العقود المسماة، المجلد01، عقد البيع، دون نشر، القاهرة، مصر، 1990.
- 34- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
- 35- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط01، منشورات دار دجلة، عمان، الأردن، 2008.
- 36- شهيناز رفاوي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، ط01، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017 .
- 37- طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011 .

- 38- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، المجلد 01، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000 .
- 39- _____، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، ج04، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 40- _____، الوسيط في شرح القانون المدني، (العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة)، المجلد الأول، ج 04، دار إحياء التراث العربي بيروت، (د . ت)
- 41- _____، الوسيط في شرح القانون المدني المصري الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- 42- عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، دون نشر، القاهرة، مصر، 2005.
- 43- عبد الكريم يوسف القاضي، نظرية التدليس في القانون المدني المصري، ط01، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 44- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط08، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 45- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط02، موفم للنشر، الجزائر، 2007.
- 46- _____، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
- 47- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 48- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، ط01، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006 .
- 49- عبد الحلیم عبد اللطيف عبد الحلیم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

قائمة المصادر والمراجع

- 50- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 51- فؤاد محمد موسى عبد الكريم، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 52- لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 53- محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1995.
- 54- محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- 55- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، ط01، مطبعة النسرالذهبي، القاهرة، مصر، 1995.
- 56- _____، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط02، مطبعة النسرالذهبي، القاهرة، مصر، 2002.
- 57- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
- 58- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 59- محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 60- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط02، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 61- _____، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، ط01، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

- 62- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج01، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.
- 63- محمد شاكر محمود، المسؤولية عن قطع المفاوضات، ط01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- 64- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- 65- _____، القانون المدني، الالتزامات، العقد، المجلد الأول، ط02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- 66- محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997.
- 67- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 68- محمد حسن منصور، أحكام البيع، التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 69- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للطبع والنشر والتوزيع، مصر، القاهرة، 2009، ص50.
- 70- مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط02، القاهرة، 1944.
- 71- مصطفى العوجي، القانون المدني، ج01، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- 72- _____، القانون المدني، ج02، المسؤولية المدنية، ط03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 73- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 74- مصطفى محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- 75- مصطفى محمود أبوبكر، التفاوض الناجح، الدار الجامعية للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2005.

76- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، القاهرة، 1984.

77- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.

78- همام زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

79- هدى عبد الله، دروس في القانون المدني(العقد)، ج02، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

80- وائل حمدي أحمد حسن، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2012.

81- يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط01، دار الكتب القانونية، دارشحات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، 2010.

82- يلس أسيا، الالتزام بالإعلام في عقد البيع الاستهلاكي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.

- الأطروحات والمذكرات:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1- السيد بدوي، حول نظرية عامة لحسن النية في المعاملات المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1989.

2- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2001.

3- بلعبدون عواد، دور التفاوض الجماعي في السلم الاجتماعي في الجزائر، أطروحة دكتوراه، القانون الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2014.

4- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2015.

- 5- بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الأنترنت، (البريد المرئي)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة السانبا، وهران، 2011/2010.
 - 6- ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009 /2008.
 - 7- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
 - 8- ضريفي الصادق، النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2015.
 - 9- صدام فيصل كوكز المحمدي، اتفاقات الإطار، دراسة في آليات التعاقد المنظمة للعلاقات القانونية المستمرة، دراسة مقارنة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2006.
 - 10- صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، أطروحة دكتوراه، الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1962.
 - 11- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2005/2004.
 - 12- عثمانى بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في التحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
 - 13- فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1992.
 - 14- هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، بيروت، لبنان، 1999 /1998.
- ب- مذكرات الماجستير:

- 1- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة ماجستير، فرع حقوق تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2006.
 - 2- براهمي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009/2008.
 - 3- جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001.
 - 4- زوبر أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.
 - 5- سعاد دراج، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012 /2011.
 - 6- شعباني نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.
 - 7- عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، 2008.
 - 8- علي حسين علي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة اليرموك، اربد، الأردن، 2011.
 - 9- نادية فضيل، الغش نحو القانون، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1984.
- **المقالات والدوريات:**
- 1- أمازوز لطيفة، العلاقة بين عدم مطابقة المبيع للمواصفات والعيب الخفي، المجلة الجزائرية، الجزائر، المجلد49، العدد 03، سبتمبر2012.
 - 2- أمازوز لطيفة، مرحلة التفاوض في العقود الالكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد11، العدد04، ديسمبر2018.

- 3- أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 03، السنة الخامسة والعشرون، سبتمبر 2001.
- 4- احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال منشور في مجلة الأفراد والقانون التي تصدرها أكاديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشر، العدد 01، 2003.
- 5- أرجيلوس رحاب، مسعودي يوسف، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الالكتروني، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 03، مارس 2018.
- 6- إقلولي أولد رابح صافية، التكريس القانوني لمبدأ حسن النية في العقد، عنصر منافس لحرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، مجلة بحوث، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 14، العدد 01، أكتوبر 2020.
- 7- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 20، مارس، 1996.
- 8- حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، العدد 02، جويلية 1996.
- 9- حميداني محمد، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 131/2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، المجلد 13، العدد 01، جوان 2019.
- 10- خاطر صبري حمد، قطع المفاوضات العقدية، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 01، العدد 03، 1997.
- 11- زاهية حورية سي يوسف، الالتزام بالإفضاء عنصر من ضمان حماية المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، جوان 2010.

- 11- زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، المجلد 02، العدد 04، جوان 2016.
- 12- زايد محمد، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مجلة أفاق علمية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، المجلد 12، العدد 04، سبتمبر 2020.
- 13- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، العدد 20، 2001.
- 14- عبد المجيد قادري، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد 02، نوفمبر 2020.
- 15- عهود أحمد حسين خلفيات، مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية (دراسة تحليلية)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، مارس 2020.
- 16- محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي العام، العدد 51، سنة 1995.
- 17- محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية (صورها وأحكامها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، العدد 01، سنة 2005.
- 18- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، أبريل 2013.
- 19- لقمان بومزبر، الالتزام بالإعلام في عقد التأمين، مجلة العلوم الانسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، المجلد 27، العدد 03، ديسمبر 2016.
- 20- نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقاً لأحكام القانون الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، أكتوبر 2015.

21- نابي محمد، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، جانفي 2019.

- النصوص التشريعية والتنظيمية:

1- الأمر 58/75 المؤرخ في 28 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج، ر، العدد 78 لسنة 1975.

2- الأمر 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج، ر، العدد 49، لسنة 1966.

3- القانون 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتضمن قانون العمل المعدل والمتمم، ج، ر، العدد 17 لسنة 1990.

4- القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج، ر، العدد 44 لسنة 2005.

5- القانون 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ج، ر، العدد 15 لسنة 2009، المعدل والمتمم.

6- الأمر 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بقانون التأمينات، ج، ر، العدد 13، لسنة 1995.

7- القانون 04/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، ج، ر، العدد 15 لسنة 2006.

8- الأمر 86/66 المؤرخ في 22 أبريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، ج، ر، العدد 35 لسنة 1966.

9- الأمر 07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق ببراءة الاختراع، ج، ر، العدد 44، لسنة 2003.

10- المرسوم التنفيذي رقم 378/13، مؤرخ في 09/11/2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج، ر، العدد 58، المؤرخة في 18/11/2013.

- التشريعات المقارنة:

1- القانون المصري رقم 131 لسنة 1949 المتضمن القانون المدني المعدل.

2- القانون المدني الفرنسي الجديد، الصادر بتاريخ 10 فيفري 2016، يعدل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، ج، ر، العدد 1135، لسنة 2016.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

- LES LIVRES

- 1- LABARTHE(F), la notion de document contractuel, L. G. D.J , PARIS , 1994.
- 2- GHISTIN(j) , Définition, de l'ignorance légitime note ou D, 1984.J, 457 et traite de droit civil, le contrat, L. G. D. J, 1988.
- 3- SCHMIDT(j), négociation et conclusion de contrats, DALLOZ, PARIS, 1982.
- 4- MOUSSERON(J.M), la durée dans la formation du contrat in MELANGES ALFRED , JAUFFRES, AIX MARSEILLES 1974.
- 5- FOUNTAIN(M),les clauses de Hardship ,aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrat a long terme. D. C. C. L, 1976.
- 6- CARBONNIER (J) , Droit civil , les obligations , PUF Thémis 1985.
- 7- LE TOURNEAU ET CADIET, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2000/2001.
- 8- LEAUTE (j), les contrats, types, R.T.D,1953 .
- 9- RENE (D) , les contrats en droit anglais , 2ed , L, G, D, J,1985 .
- 10-MISSRAND(B) , La négociation , le guide de gestionnaire , édition chihab , Alger, 1995.
- 11-ROJOT(J) , La gestion de la négociation , RTD. Com, 1998.
- 12-MESTRE(j), transparence et droit des contrats, RJCOM, nov 1993.
- 13-DESPAX(M), droit du travail, négociation, conventions et accords collectifs, 2edition, dalloz1989.

- LES THESE

- 1- COHERIER(A), des obligations naissant des pourparlers préalables a la formation des contrats, th, paris, 1939 .
 - 2- - SATHE(D), la réforme de la négociation collective en France(loi du 13/11/1982),th, Toulouse,1987.
 - 3- AUBERT(J.L), notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, th, paris, 1970.
 - 4- DESGORCES(R), la bonne foi dans le droit des contrats, thèse, paris, 02, 1992.
- **PERIODIQUES**
- 1- FONTAINE(M), les lettres d'intentions dans la négociation des contrats internationaux, R. D. P. C. I, 1977.
 - 2- LASSALLE(B), les pourparlers, revu de la recherche juridique, 1994.
 - 3- SCHEMIDT(J), la sanction de la faute précontractuelle, R. T. D. civ1974.
 - 4- SCHEMIDT(j),LA PERIODE PRECONTRACTUELLE EN DROIT FRANÇAIS. R. I. D. C, vol, 42n°2, avril. Juin1990.
 - 5- LE TOURNEAU(PH), la rupture de négociation, R.T.D, com.n°3, 1998.
 - 6- NAJJAR(A), l'accord de principe, Dalloz, 1990.
 - 7- CEDRAS(J),l'obligation de négocier ,R.T.D ,Com ,1985.

الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
11	الباب الأول: النظام القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المدنية
14	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمرحلة التفاوض في العقود المدنية
16	المبحث الأول: ماهية التفاوض
16	المطلب الأول: مفهوم التفاوض
16	الفرع الأول: تعريف التفاوض
16	أولاً: تعريف التفاوض لغة
17	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للتفاوض
21	الفرع الثاني: خصائص التفاوض
21	أولاً: التفاوض عقد حقيقي
22	ثانياً: التفاوض عقد تمهيدي
22	ثالثاً: التفاوض ذو نتيجة احتمالية
22	رابعاً: التفاوض عقد رضائي غير مسمى
23	خامساً: التفاوض يقوم على التعاون والأخذ والعطاء
24	سادساً: التفاوض ذو طابع ثنائي
24	سابعاً: التفاوض عقد مؤقت
25	الفرع الثالث: التمييز بين التفاوض وما يشابهه
25	أولاً: التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب
29	ثانياً: التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والوعد بالتعاقد
31	ثالثاً: التمييز بين عقد التفاوض عن الوعد بالتمضييل
32	رابعاً: التمييز بين التفاوض والمساومة
33	خامساً: التمييز بين التفاوض والتشاور

33	سادسا: التمييز بين التفاوض وعقد الإطار
34	المطلب الثاني: الجوانب العلمية والفنية للتفاوض
35	الفرع الأول: إستراتيجية التحضير للتفاوض
35	أولا: التفاوض علم وفن
36	ثانيا: تكتيكات التفاوض
37	الفرع الثاني: وقت التفاوض
37	أولا: مدة التفاوض
38	ثانيا: مكان التفاوض
42	المبحث الثاني: الجوانب التطبيقية للتفاوض في العقود المدنية
42	المطلب الأول: التفاوض في إطار عقد العمل
42	الفرع الأول: المقصود بالتفاوض في إطار عقد العمل
42	أولا: تعريف المفاوضات الجماعية
45	ثانيا: دور المفاوضات الجماعية في قانون العمل
46	ثالثا: المفاوضات الجماعية حق والتزام
48	الفرع الثاني: مستويات المفاوضات الجماعية
48	أولا: المفاوضات الجماعية على مستوى المؤسسة
50	ثانيا: المفاوضات الجماعية على المستوى الوطني
51	ثالثا: المفاوضات الجماعية على المستوى المهني
53	المطلب الثاني: العقود النموذجية
53	الفرع الأول: المقصود بالعقود النموذجية
53	أولا: تعريف العقود النموذجية
55	ثانيا: تطبيقات العقود النموذجية
55	الفرع الثاني: طبيعة العقود النموذجية
56	أولا: تكييف العقود النموذجية

57	ثانيا: مزايا وعيوب العقود النموذجية
62	الفرع الثالث: العقود الغير قابلة للتفاوض (عقود الإذعان)
63	أولا: مفهوم عدم قابلية التفاوض
64	ثانيا: مبررات عدم القابلية للتفاوض
67	الفصل الثاني: الاتفاقات الممهدة في المرحلة التفاوضية
69	المبحث الأول: الاتفاقات الأولية في مرحلة التفاوض
69	المطلب الأول: اتفاق المبادئ
69	الفرع الأول: تعريف اتفاق المبادئ
70	أولا: خصائص اتفاق المبادئ
71	ثانيا: صور اتفاق المبادئ
74	ثالثا: مقارنة اتفاق المبادئ بما يشابهه من اتفاقات سابقة على التعاقد
79	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق المبادئ
79	أولا: الاتفاق المبدئي اتفاق على التفاوض
80	ثانيا: اتفاق المبدأ وصف للاتفاق الأولى على عناصر العقد المنشود
82	المطلب الثاني: اتفاق الإطار
83	الفرع الأول: مفهوم عقد الإطار
83	أولا: تعريف عقد الإطار
85	ثانيا: التمييز بين اتفاق الإطار وغيره من الاتفاقات السابقة على التعاقد
88	ثالثا: صور وتطبيقات عقد الإطار
90	الفرع الثاني: الجوانب القانونية لاتفاق الإطار
90	أولا: الرضا في اتفاق الإطار
93	ثانيا: المحل في اتفاق الإطار
93	ثالثا: آثار عقد الإطار
95	المبحث الثاني: الاتفاقات المرحلية في المفاوضات

96	المطلب الأول: الاتفاق الجزئي
96	الفرع الأول: مفهوم الاتفاق الجزئي
96	أولاً: تعريف الاتفاق الجزئي
97	ثانياً: مقارنة الاتفاق الجزئي عما تتشابه معه من اتفاقات سابقة على التعاقد
100	ثالثاً: تطبيقات الاتفاق الجزئي
103	الفرع الثاني: القيمة القانونية للعقد الجزئي
103	أولاً: الاتفاق الجزئي لا يكفي لانعقاد العقد النهائي المنشود
106	ثانياً: العقد الجزئي يكفي لانعقاد العقد النهائي
108	المطلب الثاني : الاتفاق المؤقت
108	الفرع الأول: مفهوم الاتفاق المؤقت
108	أولاً: تعريف الاتفاق المؤقت
109	ثانياً: تمييز الاتفاق المؤقت عما يشابهه من اتفاقات سابقة على التعاقد
111	الفرع الثاني: مجال الاتفاق المؤقت
111	أولاً: الاتفاق المؤقت ينصب على نفس الموضوع العقد النهائي
113	ثانياً: الاتفاق المؤقت ينصب على موضوع يختلف عن موضوع العقد النهائي
118	الباب الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بها
120	الفصل الأول: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض على العقد
122	المبحث الأول : الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض
122	المطلب الأول: مفهوم حسن النية
122	الفرع الأول: المقصود بحسن النية
123	أولاً : التعريف التشريعي
124	ثانياً: التعريف الفقهي
125	الفرع الثاني: امتداد مبدأ حسن النية في التشريع الإسلامي والتشريعات المقارنة
125	أولاً: في التشريع الإسلامي

126	ثانيا: في التشريعات الأوروبية
127	ثالثا: في التشريعات العربية
128	الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض
128	أولا: التشريعات التي نصت صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض
129	ثانيا: التشريعات التي نصت ضمنا على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض
130	ثالثا: التشريعات التي لم تنص على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض
132	المطلب الثاني: أحكام الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض
133	الفرع الأول: الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض
133	أولا: مشتملات العقد كأساس لحسن النية في التفاوض
134	ثانيا: عيب التدليس كأساس لحسن النية في التفاوض
136	ثالثا: العلم الكافي بالمبيع كأساس لحسن النية في التفاوض
136	رابعا: معايير تفسير العقد كأساس لحسن النية في التفاوض
137	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن نية
138	أولا: الالتزام بحسن النية التزاما ببذل عناية
139	ثانيا: الالتزام بحسن النية التزاما بتحقيق نتيجة
140	ثالثا: اعتراف القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016 بالالتزام بمبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض
141	المبحث الثاني: الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والمحافظة على الأسرار
142	المطلب الأول: الالتزام بالإعلام
142	الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام
143	الفرع الثاني: أساس الالتزام بالإعلام في التفاوض
143	أولا: مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام
146	ثانيا: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي
148	الفرع الثالث: التكريس القانوني للالتزام بالإعلام

149	أولاً: تكريس الالتزام بالإعلام في القانون المدني الفرنسي
150	ثانياً: اعتراف القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016 بالالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض
151	ثالثاً: تكريس الالتزام بالإعلام في القانون المدني الجزائري
152	رابعاً: الاعتراف بالالتزام بالإعلام في نصوص قانونية خاصة
156	الفرع الرابع: شروط الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد
156	أولاً: علم المدين بالالتزام على معلومة حاسمة
158	ثانياً: الجهل المشروع للدائن بالمعلومات
161	المطلب الثاني: الالتزام بالمحافظة على الأسرار
161	الفرع الأول: مضمون الالتزام بالمحافظة على الأسرار
162	أولاً: الامتناع عن إفشاء الأسرار
162	ثانياً: الامتناع عن استعمال واستغلال هذه الأسرار
163	الفرع الثاني: أساس الالتزام بالمحافظة على الأسرار
163	أولاً: أساس الالتزام بالمحافظة على الأسرار في القانون المدني الجزائري
165	ثانياً: اعتراف القانون المدني الفرنسي الجديد لسنة 2016 بالالتزام بالمحافظة على الأسرار خلال مرحلة التفاوض
166	الفرع الثالث: حدود الالتزام بالمحافظة على الأسرار
166	أولاً: الطبيعة القانونية للالتزام بالمحافظة على الأسرار
167	ثانياً: نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار
169	الفصل الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة في مرحلة التفاوض
171	المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض
171	المطلب الأول: نظرية المسؤولية العقدية
171	الفرع الأول: نظرية الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض (إهرنج IHRING)
172	أولاً: مضمون النظرية

173	ثانيا: أساس نظرية الخطأ عند تكوين العقد
175	ثالثا: نقد النظرية
176	الفرع الثاني: نظرية الوكالة
176	أولا: مضمون نظرية الوكالة
177	ثانيا: نقد نظرية الوكالة
178	المطلب الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية
179	الفرع الأول: نظرية الخطأ التقصيري
179	أولا: مضمون النظرية
180	ثانيا: نقد النظرية
181	الفرع الثاني: نظرية تحمل التبعة العقدية
181	أولا: مضمون النظرية
182	ثانيا: نقد النظرية التبعة العقدية
183	الفرع الثالث: نظرية الفضالة
183	أولا: مضمون النظرية
184	ثانيا: نقد النظرية
185	المطلب الثالث: نظرية المسؤولية الموضوعية
185	الفرع الأول: مضمون النظرية
185	أولا: مرحلة المفاوضات التمهيديّة
186	ثانيا: مرحلة صياغة الإيجاب
187	ثالثا: مرحلة تصدير الإيجاب
189	رابعا: أساس المسؤولية في نظرية فاجيلا
189	خامسا: نقد نظرية فاجيلا
191	الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من المسؤولية في مرحلة التفاوض
191	أولا: موقف القوانين اللاتينية

195	ثانيا: موقف القوانين العربية
198	المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض
198	المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية التقصيرية
198	الفرع الأول: الخطأ التقصيري
198	أولا: تعريف الخطأ التقصيري
200	ثانيا: صور الخطأ التقصيري
205	الفرع الثاني: الضرر
205	أولا: الضرر المادي
206	ثانيا: الضرر المعنوي (الأدبي)
207	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
209	المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية
209	الفرع الأول: الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض
210	أولا: صور الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض
215	ثانيا: إثبات الخطأ العقدي
216	الفرع الثاني: الضرر
217	أولا: أن يكون الضرر مباشرا
218	ثانيا: أن يكون الضرر محققا
219	ثالثا: أن يكون الضرر متوقعا
219	الفرع الثالث: العلاقة السببية
220	المطلب الثالث: جزاء المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات
220	الفرع الأول: التنفيذ العيني
224	الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض
224	أولا: نفقات التفاوض
225	ثانيا: الوقت الضائع

الفهرس

226	ثالثا: تفويت الفرصة
228	خاتمة
237	قائمة المراجع
252	الفهرس

ملخص:

تعد مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، من أهم المراحل وأخطرها، بحيث لها أهمية كبيرة من الناحية القانونية والعملية، إلا أن التشريع الجزائري ومعظم التشريعات المقارنة لم تنظم هذه المرحلة السابقة على العقد بنصوص قانونية خاصة، وتترتب على عاتق أطراف التفاوض التزامات تسبق مرحلة التعاقد وجب على الأطراف احترامها والالتزام بها وهي التزامات يفرضها القانون بهدف التوصل من خلالها إلى تحقيق مصلحة الأطراف وحماية حقوقهم قبل الاتفاق النهائي على العقد المزمع إبرامه ولعل أهم هذه الالتزامات هي الالتزام بالتفاوض بحسن نية والالتزام بالإعلام، والالتزام بالمحافظة على الأسرار، ويتربط على الإخلال بهذه الالتزامات قيام المسؤولية المدنية.

الكلمات المفتاحية: مرحلة التفاوض، العقود المدنية، الاتفاقات التمهيدية، الالتزامات قبل التعاقدية، المسؤولية المدنية.

Abstract:

The phase of negotiating of the contract is one of the most important and dangerous stages that precede the conclusion of the contract, as it has great importance in legal and practical terms. However, Algerian legislation and most comparative legislation have not regulated this stage prior to the contract with special legal texts, and the parties to negotiation have obligations that precede the stage Contracting parties must respect and abide by them, and they are obligations imposed by the law with the aim of reaching through them to achieve the interests of the parties and protect their rights before the final agreement on the contract to be concluded. Perhaps the most important of these obligations is the obligation to negotiate in good faith, the obligation to inform, and the obligation to preserve secrets, and breach these obligations entails Do civil liability.

Key words: negotiation stage, civil contracts, preliminary agreements, pre-contractual obligations, civil liability.