

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



المفاوضات في عقود التجارة الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: القانون الإقتصادي

تحت إشراف الأستاذ:

عمري عبد الكريم

من إعداد الطالبة:

قندوسي سعاد

لجنة المناقشة :

الدكتور : بن أحمد الحاج.....أستاذ محاضر (أ).....رئيسا

الأستاذ: عمري عبد الكريم.....أستاذ مساعد (أ).....مشرفا ومقررا

الدكتور : طيطوس فتحي.....أستاذ محاضر (ب)عضوا مناقشا

الأستاذ: بن عيسى أحمد.....أستاذ مساعد (أ).....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2013/2014

مقدمة:

لقد اهتم الفقه بدراسة نظرية العقد و أعطى لها أهمية خاصة مقارنة بغيرها من النظريات الأخرى في القانون المدني، و ذلك للدور الذي يقوم به العقد في حياتنا اليومية، فهو الأساس الذي تقوم عليه المعاملات المالية في المجتمع سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

و يعتبر العقد الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها الأشخاص من أجل تنظيم العلاقات فيما بينهم، حيث يحددون من خلاله الحقوق و الالتزامات.

و لهذا أصبح العقد يحتل مكان الصدارة في التقنيات الحديثة، و لقد عنى المشرع الجزائري بتنظيم أحكامه و جعله المصدر الثاني للالتزام بعد القانون، و بالتالي كان لا بد من دراسة العقد في جميع مراحلها خاصة المرحلة التي تسبق إبرامه و ذلك لكونها المرحلة التي يتم فيها بناء العقد و تكوينه.

فإذا كان في ما مضى العقد يتم بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين أي الاقتران الفوري للقبول بالإيجاب، بمعنى إبرام العقد في مدة وجيزة، لكن في الواقع هذه الطريقة البسيطة في التعاقد و ان كانت تتناسب مع طائفة من العقود البسيطة و المألوفة في الحياة اليومية، إلا أنها لم تعد تتناسب مع العقود ذات التعقيد الفني و المالي و القانوني التي افرزها العصر الحديث فقد شهد عصرنا الحالي العديد من التطورات الاقتصادية و التكنولوجية و التي أثرت بشكل كبير على بنیان العقد، فظهرت طائفة من العقود تتصف بالتركيب و التعقيد لأنها ترد على مشروعات عملاقة، تقوم بها عادة شركات كبرى متعددة الجنسيات و مليئة بالتعقيدات الفنية و المالية و القانونية.

و لهذا فإنه من غير الممكن إبرام مثل هذه العقود عن طريق التبادل الحيني للإيجاب و القبول و أصبح من الضروري أن تسبق إبرامها مرحلة من المفاوضات التي تستغرق في كثير من الأحيان وقتا طويلا، يتم من خلالها مناقشة و تحديد شروط العقد و دراسة جدواه الاقتصادية و الفنية و بالتالي أصبح ينظر للإيجاب و القبول بأنهما المحصلة النهائية للتفاوض.

و هكذا فان ثمة مرحلة أولية تسبق إبرام العقد و تمهد له في كثير من الحالات ألا و هي مرحلة المفاوضات.

و تعتبر مرحلة التفاوض على العقد من أهم مراحلها، بل و أكثرها خطورة، فمن خلالها يتم الإعداد و التحضير للعقد محل التفاوض و ذلك بالوقوف على جميع جوانبه الفنية و المالية و القانونية و تسليط الضوء على الصعوبات المتوقعة أثناء تنفيذه و العمل على إيجاد حلول مناسبة لها، إضافة إلى ذلك يتم خلال مرحلة التفاوض التعرف على المتعاقد الآخر و التأكد من مدى قدرته المالية و كفاءته الفنية كما يتم خلال هذه المرحلة تحديد حقوق و التزامات الطرفين التي ستنشئ عن العقد و نطاق المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات و تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، إذا كان هذا الأخير ذا طابع دولي و تحديد وسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين في المستقبل.

حيث تتجلى أهمية هذا البحث في أربعة جوانب:

الجانب الأول: يتمثل في أنه رغم أهمية موضوع التفاوض لاسيما في مجال التجارة الدولية، إلا أننا لاحظنا أن هناك قلة من فقهاء القانون المقارن الذين تناولوا هذا الموضوع، أما الفقه العربي بصفة عامة لم يتناول مرحلة التفاوض على رغم أهميتها و ما تخلفه من أوضاع و ما ترتبه من التزامات فالمؤلفات الخاصة بالعقود و الالتزامات تكاد تخلو منها، إلا بعض الأبحاث المتخصصة التي لم تظهر إلا في منتصف العقد الأخير من القرن الماضي، من ثم يمكن القول ان أهمية دراسة موضوع المفاوضات في عقود التجارة الدولية تكمن في تسليط الضوء على مرحلة المفاوضات و المسؤولية التي يمكن أن تنشأ في هذه المرحلة.

الجانب الثاني: يتعلق بأن مرحلة المفاوضات هي مرحلة وقائية بالنسبة لطرفي التفاوض فالمفاوضات تمنح لأطرافها فرصة الاطلاع على شروط العقد و التأكد من مدى توافق هذه الشروط مع مصالحهم، فإما أن يقررا إبرام العقد أو عدم إبرامه و ذلك تقاديا لإبرام عقد قد يكون مصدرا للمنازعات في المستقبل.

فقرار المتفاوضين بإبرام أو عدم إبرام العقد محل التفاوض يصدر عن إرادة حرة وواعية و سليمة فالمعروف أنه في مرحلة التفاوض تلقى على عاتق أطراف التفاوض مجموعة من الالتزامات كالالتزام بالتفاوض بحسن نية و الالتزام بالإعلام فمرحلة المفاوضات جاءت لسد النقص الذي شاب نظرية عيوب الإرادة، فعلى الرغم من أهمية هذه الأخيرة و ضرورتها لحماية رضا المتعاقدين إلا أنها تبدو عاجزة عن إسداء هذه الحماية في كثير من الحالات.

الجانب الثالث: يتمثل في أهمية التفاوض في عصرنا الحديث و خصوصا مع ظهور العقود الكبيرة ذات قيمة مالية مهمة التي تحتاج في تنفيذها إلى سنوات و تحفها المخاطر من كل جهة، كما هو الحال في العقود المتعلقة بإنشاء المصانع أو بالإنتاج المشترك للطائرات و السيارات و اندماج الشركات فمثل هذه العقود لا يمكن إبرامها بإيجاب و قبول لحظيان و إنما تحتاج إلى مفاوضات تسبق إبرامها.

الجانب الرابع: و يتعلق بالدافع الذي حفزنا على دراسة موضوع المفاوضات في عقود التجارة الدولية بغرض الوقوف على كافة جوانبه القانونية و التطبيقية و ذلك من خلال تحديد معنى التفاوض و التعرف على طبيعة العلاقة بين الطرفين المتفاوضين و مدى ما ينشأ بينهما من التزامات و نوع و نطاق المسؤولية التي تترتب عن قطع المفاوضات حيث إن مشكل قطع المفاوضات هو الذي أعطى أهمية لموضوع التفاوض و لفت انتباه فقهاء القانون المقارن بدراسة مرحلة المفاوضات.

إن قطع التفاوض يعد من أكثر المشاكل العملية التي تحدث أثناء مرحلة المفاوضات ، و الواقع أن منشأ هذا المشكل يأتي من أن مبدأ المسؤولية يصطدم مع مبدأ آخر لا يقل أهمية هو مبدأ حرية التعاقد فإذا كان مبدأ المسؤولية يقوم على أساس تحقيق العدالة فإن مبدأ الحرية يقوم على أساس حرية التعاقد و عدم إجبار الفرد أن يدخل في علاقة تعاقدية أو يجبر على القيام بالتزامات غير التي أرادها و من نتائج هذا المبدأ هو ازدهار و استقرار المعاملات و هذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية.

لكن الأعمال المطلق لهذا المبدأ سينتج عنه رفض أي تدخل قانوني في العلاقة بين أطراف التفاوض بحيث يكون لكل منهما الحق في قطع المفاوضات دون أن يتعرض لأية مسؤولية أيا كان

الضرر الذي أصاب الطرف الآخر و هذا يتنافى مع مبادئ العدالة و ما يقتضيه مبدأ حسن النية من ضرورة مراعاة الأمانة و الثقة بين الطرفين المتفاوضين.

و عليه كان من الضروري تدخل القانون لتنظيم مرحلة التفاوض من جميع جوانبها لكن تبقى مشكلة قائمة تكمن فيما هو الأساس الذي يبني عليه هذا التدخل؟ و ما هو نوع المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات هل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية؟ وما هي شروط قيام هذه المسؤولية و آثارها؟ مع العلم أن المشرع الجزائري كجل التشريعات لم ينظم مرحلة التفاوض و المسؤولية الناشئة في هذه المرحلة و إنما ترك هذه المسألة لاجتهاد الفقه و القضاء و عليه سنبحث خلال هذه الدراسة في وجهة نظر القانون و الفقه المقارن في هذه المسألة.

و تستهدف هذه الدراسة في الأساس بحث المرحلة ما قبل العقدية التي يتم فيها التفاوض على العقد تمهيدا لإبرامه و هي المرحلة التي يتم فيها مناقشة و تحديد شروط العقد المرتقب من جانب الطرفين و تنتهي هذه المرحلة بصور الإيجاب البات بالعقد.

و لذلك نستبعد من نطاق دراستنا تلك المفاوضات التي يكون هدفها مجرد استطلاع كل طرف لوجهة النظر العامة للطرف الآخر حول إمكان التعاقد أو مجرد دراسة الجدوى الاقتصادية للعقد دون أن يكون الهدف منها إبرام العقد حيث أنه مثل هذه المفاوضات لا تنشئ التزاما على أيها بالاستمرار في التفاوض أي لا ترتب آثار قانونية ، فالمفاوضات محل دراستنا موضوعها إبرام العقد وهي وحدها التي ترتب آثار قانونية لفترة ما قبل التعاقد من حيث اعتبارها يترتب عليها التزامات.

و إذا كنا سنتناول الصور المختلفة للاتفاقات التمهيدية التي تتخلل سير المفاوضات، فإننا نستبعد من بينها الوعد بالتعاقد إذ أن هذا الأخير يأتي دائما بعد انتهاء المفاوضات و الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد بحيث لا يبقى لانعقاد العقد النهائي سوى أن يظهر الموعد له رغبته في التعاقد في المدة المتفق عليها فالوعد خطوة إلى العقد مباشرة، حال أن التفاوض هو خطوة إلى الإيجاب.

ففي سبيل الإحاطة بالإشكالية اعتمدنا على تأصيل المشكل محل الدراسة و ذلك بالرجوع إلى موقف الفقه و القضاء، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي و ذلك بتحليل المشكل على نحو يبرز مفهومه و أهميته و تمييزه عن غيره من المفاهيم القريبة منه و شروط نشوء المسؤولية في حالة قطع المفاوضات و آثارها.

كما دعمنا دراستنا ببيان موقف القانون الجزائري من المفاوضات في عقود التجارة الدولية موضوع هذه الدراسة و كذا معرفة موقف القانون المقارن من هذا المشكل و ذلك بالرجوع إلى موقف القانون الفرنسي و غيره من القوانين الهامة كما أننا لن نغفل عن موقف المشرع الإسلامي و إنما سنعمد إلى بيانه كلما دعت حاجة البحث إلى ذلك كما أن لهذه المقارنة وجه آخر من الأهمية إذ أن المفاوضات التي تثار المنازعات بشأنها أمام القضاء أو هيئات التحكيم هي غالباً مفاوضات ذات طابع دولي فيكون من المفيد معرفة الحلول المختلفة بشأن القانون الواجب التطبيق في حالة وقوع نزاع بشأنها.

و اعتمدنا في هذه الدراسة على الاستنباط و ذلك بعرض المشكل محل الدراسة ثم نعرض الحلول المختلفة التي طرحت بشأنه، حيث نستخلص هذا الحل من القواعد العامة نظراً لعدم وجود نصوص خاصة بشأن تنظيم مرحلة المفاوضات و المسؤولية التي ترتب عن قطعها.

- حبذنا ذكر بعض الصعوبات التي واجهتنا أثناء إنجاز هذا البحث و هذا لنندل على ما قد ترونه قصورا في بحثنا، و يمكن تلخيص أهم هذه الصعوبات في التالي:

- قلة المراجع المتخصصة في موضوع دراستنا و في حقيقة الأمر يرجع ذلك إلى أن اهتمام الفقه بموضوع التفاوض كمرحلة ممهدة لإبرام العقد لم يظهر إلا حديثا هذا من جهة، و من جهة أخرى لاحظنا عدم اهتمام الفقه العربي بالموضوع محل الدراسة إلا في منتصف العقد الأخير من القرن الماضي، فالمؤلفات التي تناولت مرحلة المفاوضات تعد على أصابع اليد.

ولقد انطلقنا في اختيارنا لخطة البحث بتسليط الضوء على موضوع دراستنا و المتمثل في المفاوضات في عقود التجارة الدولية و على هذا الأساس قسمنا البحث إلى فصلين أساسيين، فيدخل ضمن الفصل الأول المتمثل في: ماهية المفاوضات في العقود التجارية الدولية، تحديد مفهوم التفاوض، و ما المقصود بقطع المفاوضات و صورته، كما تطرقنا إلى تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات و ذلك باستعراض موقف الفقه والقانون المقارن .

أما في الفصل الثاني و المتمثل في: النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات تطرقنا فيه إلى شروط قيام هذه المسؤولية و آثارها و عليه قسم البحث على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية المفاوضات في العقود التجارية الدولية

الفصل الثاني: النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

الفصل الأول: ماهية المفاوضات في العقود التجارية الدولية

تعد دراسة فكرة التفاوض في العقد حديثة نسبياً فهي لم تكن محل اهتمام الفقهاء إلا في بداية القرن الماضي، حيث شهد العالم تطورات متلاحقة خصوصاً في ظل الثورة الصناعية الأولى والثانية، فاخترت السيارة والطائرة واكتشفت مصادر جديدة للطاقة هي البترول والكهرباء والبخار، كما تم استخدام الطاقة الذرية في مجال الصناعات والنقل وغيرها، ومع نهاية القرن العشرين « فإن ثورة صناعية جديدة قد وقعت هي الثورة الصناعية الثالثة وهي ثورة في التكنولوجيا والمعلوماتية»¹.

ولا شك أن هذا التطور في مجال الصناعة أحدث تغيرات جديدة في المجتمع في كافة جوانبه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. فأصبح من الضروري اللجوء إلى تقنية التفاوض باعتباره ممهداً لإبرام العقد و يلعب دوراً وقائياً بالنسبة لطرفيه سواء أسفرت المفاوضات عن إبرام العقد أو عن عدم إبرامه، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد جيد لا يعتريه نقص أو غموض ولا تثور بشأنه أية منازعات في المستقبل كما أن فشل المفاوضات بعد أن تبين لكل طرف حقيقة الصعوبات القائمة خير من إبرام عقد ردي، لذا يرى بعض الفقه أن « إنهاء التفاوض خير من إنهاء العقد»²، أو بعبارة أخرى مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل.

و بما أن مرحلة التفاوض مرحلة ما قبل عقدية، فأطراف التفاوض يحكمهم مبدأ حرية التعاقد فهم أحراراً في التفاوض وغير مقيدين بأي التزام هذا من جهة ومن جهة أخرى غياب التشريعات أو القوانين التي تنظم هذه المرحلة و هنا يطرح إشكالا حول ماهية المفاوضات و ذلك كون مشكل قطع المفاوضات كثير الوقوع في الحياة العملية، لذا ثار جدل فقهي كبير حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات، فرغم اتفاقهم حول قيام المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذه المسؤولية هل هي تقصيرية أم عقدية، و لذا فإننا سنتطرق في هذا الفصل إلى مبحثين هما:

المبحث الأول: مفهوم المفاوضات.

المبحث الثاني: قطع المفاوضات.

المبحث الأول: مفهوم المفاوضات.

إن للمفاوضات دور فعال في عملية إبرام العقود الدولية فهو يكتسي أهمية موضوعية كبيرة لكون المفاوضات تسبق غالباً إبرام معظم العقود الدولية الهامة مما استوجب علينا دراسة الإطار القانوني المفاهيمي لها و تتجلى أهمية المفاوضات في أن نجاح العقد أو فشله راجع في الأصل إلى هذه المرحلة و هي مرحلة التفاوض و لذا سنتناول في هذا المبحث:

المطلب الأول: تعريف التفاوض و تمييزه عن المصطلحات القانونية.

المطلب الثاني: الدعوة إلى التفاوض.

المطلب الأول: تعريف التفاوض و تمييزه عن المصطلحات القانونية.

¹- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 24.

²- أنظر: محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، 1998، ص 12.

إذا كان موضوع دراستنا يتحدد، بمرحلة المفاوضات ما قبل العقدية في العقود التجارية الدولية، فمن المعروف أن هذه المرحلة، هي بصفة عامة مرحلة الإعداد، و التحضير للعقد المرتقب، فهي المرحلة التي تسبق إبرام العقد و تمهد له.

و نظرا لحدثة موضوع المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، و نظرا لعدم وجود نصوص قانونية خاصة ، تنظم مرحلة المفاوضات ، فإنه لا يوجد في الفقه ، تعريف شامل مانع للمفاوضات ، و لكن توجد عدة تعريفات متعددة و متنوعة بتنوع موضوع المفاوضات.

و حتى نستطيع تعريف المفاوضات، يجدر بنا أن نبدأ أولاً، ببيان المعنى اللغوي للمفاوضات، ثم نقف على معناه في الاصطلاح القانوني، ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، أولاً نعرف التفاوض، وثانياً نحاول تمييزه عن المصطلحات القانونية.

الفرع الأول: تعريف التفاوض.

جرت العادة على أن يتخذ التفاوض بعدا سياسيا باعتباره مصطلحا متداولاً بكثرة في الوسط السياسي، لكن هذا لا يمنع من أن التفاوض يفرض نفسه في جميع المجالات. إذن و قبل التطرق لمعنى التفاوض في الاصطلاح القانوني يستحسن بنا بيان المعنى اللغوي للتفاوض.

إن معنى المفاوضة في اللغة العربية: هي المساواة و المشاركة، فواضه في أمره أي جراه، و تفاوضوا الحديث أخذوا فيه و تفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعض، و في حديث معاوية قال لدغفل بن حنظلة: بم ضبطت ما أرى؟ قال: بمفاوضة العلماء، قال و ما مفاوضة العلماء؟ قال: كنت إذا لقيت عالماً أخذت ما عنده و أعطيته ما عندي.¹

أما أصل كلمة التفاوض في اللغة اللاتينية (Négociation) و يرادفها في اللغة الفرنسية كلمة (Négociation) و هي تتضمن سلسلة من المحادثات و تبادل وجهات النظر بين الطرفين بهدف الوصول إلى اتفاق²، و قد أصبح التفاوض علماً قائماً بذاته له أصوله و قواعده و مناهجه باعتباره من العلوم الاجتماعية مرتبط مع غيره من العلوم الإنسانية و قد صدرت بشأنه عدة مؤلفات.³

أما بالنسبة لمفهوم التفاوض في الاصطلاح القانوني، فثمة عدة محاولات من جانب الفقه لضبط تعريف التفاوض.

فالعديد carbonier : يعرف التفاوض بأنه «تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة و مناقشة شروط العقد و في هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله و إنما هناك فحسب عروض و عروض مضادة».⁴

- - أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 62 و ما يليها.¹

³ - أنظر: جبراد إ. نير نبرج أسس التفاوض، ترجمة حازم عبد الرحمن، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 1998. و نادر أبو شيخة، أصول التفاوض، دار مجدلاوي للنشر و التوزيع، الأردن، 1997.

et B.MISSRAND la négociation, le guide de gestionnaire, ed, Chihab, Alger, 1995.

et J.ROJOT, la gestion de la négociation, RTD.Com, 1998, p 447-462.

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 62.⁴

و عرفه Cedras بأنه إجراء محادثات من أجل التوصل إلى اتفاق.¹

أما الأستاذ LeTourneau اعتبر أن التفاوض يتضمن اقتراحات و اقتراحات مضادة، فيها يكون الانفتاح و الانسحاب و فترات ترتفع الهمة وأخرى تفتقر فيها لذا فإنه اعتبر أن التفاوض يمثل اللعبة بامتياز (Jeu par excellence).²

أما بالنسبة للفقهاء العرب فقد عرف الدكتور محمد ابراهيم دسوقي التفاوض بأنه « يسفر عن وضع ملامح محددة للعقد الذي يرمي المتعاقدان إلى توقيعه».³

أما الدكتور محمد علي جود فقد اعتبر أن المفاوضات هي « حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإيرادات تجاه الحقوق و الالتزامات التي تمثل محل العقد».⁴

كما عرفه الدكتور حسام الدين كامل الاهواني بأنه « تبادل الاقتراحات و المساومات و المكاتبات و التقارير و الدراسات الفنية بل و الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف».⁵

و يمكن من خلال هذه المفاهيم أن نقترح تعريفا للتفاوض فهو وسيلة يلتجئ إليها كل من يرغب في التعاقد و يتم بالتقاء بين شخصين أو أكثر بطريق مباشر أو غير مباشر بغرض تبادل الاقتراحات و العروض و بذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى تصور مشترك حول عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل، إذ يمكن من خلال هذا التعريف أن نبرز أهم خصائص التفاوض:

– فالتفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل فهو لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الاتصال بين شخصين أو أكثر، فالتفاوض يقوم على التفاعل و التعاون و المشاركة، فإذا كان من الممكن تصور حدوث تعاقد مع النفس (contrat avec soi-même) أي أن يقوم شخص بإبرام العقد عن طريق تبادل الإيجاب و القبول مع نفسه نيابة عن الطرفين أو أصيلاً عن نفسه و نيابة عن أحد الطرفين⁶ فإنه لا يمكن تصور حدوث تفاوض مع النفس (négociation avec soi même) فالتفاوض يقوم على أساس التقريب بين وجهات النظر المختلفة و التوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف.

– التفاوض على العقد تصرف إرادي لا مجال فيه للإجبار أو الإكراه فالتفاوض لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين.

¹ - J.CEDRAS, l'obligation de négociateur, RTD.Com, 1998, p 47 - انظر :

² - ph. Le TOURNEAU, la rupture des négociations, RTD.Com.1998, p 479. - أنظر :

³ - أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ص 30.

⁴ - أنظر: محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها)، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص 45.

⁵ - أنظر: حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، (المصادر الإرادية للالتزام)، المجلد الأول، ط3 (د.ن)، القاهرة، ص 97.

⁶ - أنظر: محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، (مصادر الالتزام - التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة)، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، 1992/1993، ص 153.

– كما أن التفاوض يتم باتفاق الطرفين سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، مكتوبا أو شفويا، فالحقيقة التي لا لبس فيها أن التفاوض لا يتم بالصدفة، فهو يختلف عن الأعمال التي تقوم فجأة مثال ذلك حوادث الطريق ، كشخص الذي يصدم بسيارته أحد المارة لم تكن بينه وبين المصاب أية علاقة من قبل و دون أن تكون لإرادتهما أي دخل فيما حدث.

– الخاصية الأخرى للتفاوض أن مرحلة التفاوض يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد، فالتفاوض إما أن يكمل بالنجاح و يبرم العقد أو أن ينتهي بالفشل و عدم إبرام العقد، و لذا فإن أصل كلمة " يفاوض" في اللاتينية أي (Négotitume) و هي تتكون من مقطعين، المقطع الأول هو (Neg) (معناه (عدم) و مقطع (Otitum) (معناه (الراحة) أي أن المتفاوض يكون على غير راحة حتى يصل إلى اتفاق¹، و هذا ما يفسر لجوء المتفاوضين إلى إفراغ اتفاقهما أثناء مرحلة التفاوض في محرر مكتوب.

– أما الخاصية الأساسية التي تميز التفاوض على العقد، إن التفاوض يعتبر مرحلة تمهد لإبرام العقد، و يجوز القول أن التفاوض يمثل المرحلة الجنينية للعقد (la période embryonnaire du contrat).

و الجدير بالذكر أن التفاوض لا يتعلق بجميع أنواع العقود، فهناك عقود لا تستوجب مرحلة تفاوض سابقة لإبرامها، حيث يتم من خلالها التلاقي الحيني بين الإيجاب و القبول، فهي على حد تعبير أحد الفقهاء من فئة العقود التي تبرم من أول نظرة². و أشهرها تلك العقود المتداولة في الحياة اليومية³ و من أمثلتها كشراء الخبز أو الجريدة.

كما أن هناك عقود لا تسمح بطبيعتها بالتفاوض، أي أن التفاوض بشأنها مستبعد تماما⁴. لأن تماما⁴. لأن تحديد شروط العقد فيها خاضع إلى مطلق إرادة أحد الطرفين ولا يسع للمتعاقد الآخر إلا الإذعان لبنود العقد و قد اصطلح الفقه على تسميتها «بعقود الإذعان»⁵.

فحسب رأي الدكتور محمد حسين عبد العال « إن عدم التفاوض في هذه العقود يكمن في الحظر الذي يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر، ذلك الحظر الذي يؤدي إلى إذعان المتعاقد، و لذا فإن

أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 70¹ -

J.M.MOUSSERON, la durée dans la formation du contrat, 1²- انظر: Mélanges Jauffret, L.G.D.j paris, 1974, p509.

F.TERRE, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE, Droit civil, 2³- انظر: les obligations, 8^éed, Daloz, paris, 2002, p81.

C.LARROUMET, droit civil, les obligations, le contrat, 3⁴- انظر: t3, économia, 3^éme édit, paris, 1996, p44.

5- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان 1952، ص 229.

مراعاة الدقة تقتضي القول بأن الإذعان ليس دائما وليد لانعدام المفاوضات و إنما هو كنتيجة لحظها»¹.

و قد تطرق المشرع الجزائري في القانون المدني إلى عقود الإذعان في المادة 70²، و هذا يتطابق مع المفهوم الوارد في نص المادة 4/ 3 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 04/07/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و التي تعرف العقد بأنه « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

كما أن هذا القانون ذهب إلى أكثر من ذلك فقد نصت المادة 2/15 منه على منع رفض التعاقد إذ تنص على أنه « تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع و يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت خدمة متوفرة به».

إضافة إلى عقود الإذعان التي لا تقبل التفاوض بشأنها، فهناك طائفة من العقود النموذجية التي تتركز في مجموعها على بؤرة واحدة مفادها أن الشروط الواردة في العقد تصاغ و تميل دوما إلى مصلحة الطرف القوي و ما على الطرف الضعيف إلى القبول³.

لكن هذا لا يمنع من أن للتفاوض أهمية حيث أن الظروف الاقتصادية و ما صاحبها من متغيرات و خصوصا و أن واقع الحال فرض تداول عقود ذات قيمة مالية كبيرة لم تعد تلائمها الطريقة الكلاسيكية في التعاقد و التي تتم عن طريق التبادل الحيني للإيجاب و القبول فقد أصبحت هذه الطريقة غير قادرة على مواجهة مقتضيات التجارة الدولية و وسائل التسويق الحديثة، التي تتطلب إبرام عقود ذات قيمة اقتصادية كبيرة و نظرا لأهمية هذه العقود يفضل أطرافها الدخول بشأنها في مفاوضات عادة ما تستغرق وقتا طويلا، فهي عقود يتم تكوينها على مراحل متباعدة وفق سير مرحلي تتخلله اتفاقات تمهيدية للوصول إلى اتفاق نهائي و لذا أطلق عليها الفقهاء الفرنسيون مصطلح العقود ذات التكوين المستمر (les contrats à formation successive) قياسا بالعقود ذات التنفيذ المستمر⁴ (les contrat à exécution successive).

حيث " أن إرادة الأطراف لم تتحدد نهائيا و لم تتجه إلى التراضي، لذلك تدفعهم الرغبة في الاطلاع على شروط العقد و آفاق تنفيذه"⁵.

¹ - أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 21.

² - أنظر: تنص المادة 70 «بحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها».

³ - أنظر: لمزيد من التفاصيل أنظر: أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، (دراسة تحليلية مقارنة في الفقه و القضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت)، مجلة الحقوق الكويتية، السنة السادسة عشر، العدد الأول و الثاني مارس و يونيو، 1992.

J.CEDRAS, op.cit., p 265 - 1⁴ - أنظر:

J.M.MOUSSERON, op.cit., p 509 et s. - 2⁵ - أنظر:

فأثناء التفاوض يتم تحديد لأهم و معظم التزامات و حقوق طرفي العقد المرتقب مثل: " تحديد موضوع العقد، المدة التي يدخل فيها حيز التنفيذ، المسؤولية، القوة القاهرة، العقوبات و القانون المطبق في حالة وجود نزاع... الخ"¹.

فالعقود التي تستوجب التفاوض بشأنها هي عقود يعتبر فيها عامل المدة عنصرا فعالا و مؤثرا على تكوين العقد، حيث يساعد على إنجاحها لما يوفره من فرصة التمعن و التفكير لدى الأطراف المتفاوضة حتى يمكنهم من الإعداد لإبرام عقد يتلاءم مع مصالحهم، فالتفاوض يلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد إذ يحمي الأطراف من عيوب الرضا لأنه يتيح لهم دراسة تفاصيل العقد و التفتن إلى عيوب الرضا، لما يوفره من فرص الاطلاع على المعلومات الضرورية لنشأة إرادة سليمة و ذلك من خلال الالتزام بالإعلام الذي يعد من أهم الالتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات.

و قد كرس المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام ما قبل عقدي صراحة في عدة قوانين.²

كما أن حسن إدارة عملية المفاوضات لها دور في الحد من المنازعات في المستقبل، كما تتجلى أهمية التفاوض في تفسير العقد و الوقوف على مقاصد الأطراف عند غموض عبارات العقد، فحسب نص المادة 111 ق.م.ج « أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء، في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

فالقاضي يلجأ في تفسيره للعقد لعوامل داخلية كالعقد نفسه و في حالة تخلف هذا الأخير يمكنه الرجوع إلى مرحلة المفاوضات، حيث توجد اتفاقات تمهيدية يبرمها المتفاوضون يحددون من خلالها أهداف التفاوض و النقاط المتفاوض بشأنها و هذا ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع المؤرخة في 11 أفريل 1980 في المادة 3/8 إلى إمكانية الاستناد إلى المباحثات عند تحديد مقاصد الأطراف³، كما أن المفاوضات تتدخل في إبطال العقد جزاء لعدم احترام المتعاقدين لواجب حسن النية المفروض عليهم إتباعه خلال هذه المرحلة.

1- أنظر: نص المشرع على الالتزام بالإعلام في الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المؤرخ في 95/01/25 حيث نصت المادة 15 منه « يلزم المؤمن له بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات و الظروف المعروفة لديه ضمن استمارة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها»، و كذا قانون حماية المستهلك بموجب القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية المؤرخة في 04/07/23. ينص في المادة 4 « يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و شروط البيع ».

2- أنظر: حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، أنظر: ملحق الكتاب المتضمن لنصوص مواد اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع حيث تنص 3/8 « عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوى الإدراك يجب أن يؤخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة لا سيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين و العادات التي استقر التعامل بينهما و الأعراف و أي تصرف لاحق صادر عنهما».

و عليه يمكن اعتبار مرحلة التفاوض هي «المرحلة التي يتم فيها وضع الأساس الذي يقوم عليه بناء العقد فيما بعد، و من تم فأى خلل فيها قد يؤدي إلى انهيار العقد، بينما يؤدي خلل هذا الأساس من أسباب البطلان الضمان إلى قيام عقد سليم لا يثير مشكلات في التنفيذ»¹.

و قد أصبح للتفاوض مجالات واسعة للتطبيق منها في مجال القانون الدولي العام حيث يلجأ دائما إلى التفاوض في المجال السياسي لحل النزاعات

بالطرق السلمية و يتم التفاوض عادة عن طريق لقاءات بين الدول المعنية، حيث يطلق على ممثلي تلك الدول بالمفاوضين، كما أن للمفاوضات دور في توسيع و تعميق العلاقات الدولية.²

و بقراءة بسيطة للمعلومات العامة تسمح لنا بأن نعرف أن التفاوض يفرض في بعض المسائل مثلا وجوب التفاوض حول نزع الأسلحة مع الطرف المرشح للدخول كعضو في الاتحاد الأوروبي (C.E.E).³

كما تحتل المفاوضات في التجارة الدولية دورا هاما نظرا للطبيعة الدولية للعقود، حيث تحكمها مجموعة من الأعراف و العادات الدولية، التي ألزم التجار أنفسهم بها تسمى (l'exmercatoria) و تقوم على " تبني كامل لفكرة الحرية التعاقدية و هي أن كل أمر قابل للتفاوض⁴ (tout y est négociable) .

و هذا ما كرسته مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما سنة 1944 (uni droit principes)، حيث تضمنت قواعد تنظم مرحلة التفاوض في عدة مواد منها و اعتبرت أن لكل طرف الحرية في إجراء التفاوض.⁵

و عمليا تبرز أهمية التفاوض في مجال التجارة الدولية في مجموعة العقود المركبة التي ظهرت نتيجة للتطور الاقتصادي العالمي و مقتضيات السوق فهذه العقود تحتاج إلى تفاوض بشأنها قبل إبرامها و من بينها عقود التعاون بين الشركات (contrat de coopération inter entreprise) و هي اتفاقيات التقارب و التعاون بين المشروعات و هدفها هو تحسين عائدات المشروعات المتعاونة لتطوير إنتاجيتها و هذا النوع من الاتفاقيات يحتاج في تنظيمه و تحديد كيفية الرقابة عليه إلى التفاوض الذي يسبق إبرام الاتفاق.⁶

كما أن هناك نوع آخر من العقود انتشر بشكل كبير في الوقت الراهن و هي ما يسمى بعقود نقل التكنولوجيا (contrat de transferts de technique) نظرا للتطور التكنولوجي الهائل الذي يعرفه العالم، حيث ولد حاجة الدول النامية إلى الاستعانة بالتكنولوجيا الدول، فعقود نقل التكنولوجيا موضوعها هو " أن يتعهد الحائز على التكنولوجيا بنقل جميع المعطيات الفنية

¹-أنظر:محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 11.

²-J.CEDRAS, op.cit. 268. 1- أنظر:

³ - IBIDEM. 2- أنظر:

⁴- أنظر:محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، العدد الثاني، يونيو 97، ص

727.

⁵-Ph .LE TOURNEAU, op. Cit, p 483. 4- أنظر:

⁶-أنظر: محمد شوقي شاهين، المشروع المشترك التعاقدية طبيعته و أحكامه في القانون المصري و المقارن، (د.ن)، القاهرة، 2000، ص 177.

المستخدمة في منشآته الخاصة إلى المكتسب" ¹ و من أمثلتها عقود المعرفة الفنية و في مثل هذه العقود لا بد على مصدر التكنولوجيا و مستوردها الدخول في مفاوضات و يتطلب التفاوض هنا أن يكشف حائر التكنولوجيا عن بعض أسرارها للطرف الآخر و هذا بهدف ترغيبه في التعاقد.

أما النوع الآخر من العقود الذي يحتاج قبل إبرامه إلى اللجوء إلى التفاوض بشأنه هي عقود المفتاح باليد (contrat clés en mains) و التي تهدف إلى إقامة البنية الأساسية للدولة خاصة الدولة النامية « و قد اعتمدت الجزائر هذا النوع من العقود بعد الاستقلال من أجل بناء قاعدة صناعية قوية لتدعيم استقلالها السياسي و الاقتصادي» ²، حيث عادة ما تبرم هذه العقود مع الأجانب « و ذلك باللجوء إلى طلب عروض دولية من مختلف الشركات الأجنبية العاملة في مختلف التخصصات، و هنا يتسنى للطرف الوطني اختيار المتعاقد معه و نظرا لأهمية هذه الطريقة في التعاقد، فتجري مفاوضات بعد اختيار الطرف الأجنبي و التفاوض معه حول كل النقاط الأساسية في العقد من أجل الحصول على أفضل الشروط المالية و الفنية» ³.

كما أن التطور السريع الذي شهده القرن الحديث في مجال الاتصالات و المعلوماتية أفرز ما يسمى بعقود التجارة الإلكترونية، و التي تعرف بأنها « اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد و ذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب و القابل» ⁴، و قد نظمت بعض التشريعات في البلدان المتقدمة أحكاما لهذه الطائفة من العقود عن بعد منها فرنسا و الجزائر حديثا حيث تلعب المفاوضات دورا أساسيا في مثل هذه العقود

فالتفاوض يلعب عدة أدوار في التجارة الدولية فهو « لم يعد ينحصر فقط في الحصول على المواد المنتجة أو البحث عن أسواق لتصريف المنتجات و إنما هو أوسع و اشمل حيث يمتد ليشمل الجوانب المالية و التقنية و العلمية و مثال ذلك أن المؤسسة في حالة حاجتها إلى مصادر التمويل فإنها تدخل في مفاوضات مع المصارف و البنوك العالمية، من أجل الحصول على الأموال اللازمة، إما لغرض تسديد التزامات تستحق الدفع أو لغرض مواجهة العمليات الاستثمارية التي تنوي القيام بها» ⁵.

و إضافة إلى الدور الذي يلعبه التفاوض في المجال الدولي، فإنه يلعب دوراً آخر لا يقل أهمية في مجال القانون الداخلي لا سيما في مجال قانون العمل و ذلك من خلال ما يسمى بالمفاوضات الجماعية (Les négociations collectives) و التي تتم بين رب العمل و النقابة، إذ تساهم المفاوضات الجماعية في تحقيق العدالة الاجتماعية، فهي تهدف إلى تحسين شروط العمل مثل زيادة الأجرة، تخفيض ساعات العمل و كذا تسوية منازعات العمل الجماعية، كما تقوم المفاوضات بدور تكميلي لقانون العمل فهي من اهم مصادره ⁶.

¹- أنظر: نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 5 و ما يليها.

²- أنظر: معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح باليد في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 28 و ما يليها.

³- أنظر: معاشو عمار، المرجع السابق، ص 41.

⁴- أنظر: صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، [http : www.mohamoon.com/montada](http://www.mohamoon.com/montada)

⁵- أنظر: صالح — ص — خالص، في الإعلام التجاري و المفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 91.

⁶- أنظر في هذا الشأن بالتفصيل: عبد الباسط عبد المحسن، النظام القانوني للمفاوضة الجماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

و قد كرس المشرع حق التفاوض الجماعي و اعتبره حق أساسي للعامل من خلال المادة 05 من القانون 11/90 المعدل و المتمم و المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 أفريل 1991.¹

و قد أصبحت المفاوضات السمة الرئيسية في العقود المتعلقة بأصحاب الشهرة « كالعقود التي يبرمها مقدمو البرامج التلفزيونية، الممثلون و الرياضيون ذو المستوى العالي».²

و رغم أهمية التفاوض و ما يقوم به من التحضير و الإعداد للعقد، إلا أن التقنيات المدنية الحديثة، بما فيها التقنين المدني الجزائري لم ينظم مرحلة التفاوض و اكتفي بالاهتمام بمرحلة إبرام العقد، و ذلك نظرا للتصور التقليدي الذي كان سائدا في مجال العقود، حيث تسود فكرة الإبرام الفوري للعقود (conclusion instantanée).³

و إن كان هذا التصور يتناسب مع طائفة معينة من العقود اليومية التي تتم بشكل بسيط، إلا أن هذا التصور لم يعد يلائم العقود المركبة التي أفرزها العصر الحديث، لأن تكوينها يتم على مراحل، و نظرا لأن التفاوض أصبح ضرورة اقتصادية و قانونية و حتى نفسية⁴ فقد كان محل اهتمام الفقه و من بين الفقهاء الأوائل الذين اهتموا بدراسة مرحلة التفاوض، الفقيه الألماني (Rudolf Von Ihering) و الفقيه الإيطالي (GABRIELLE FAGELLA) ، حيث ساهما في بلورة مفهوم المسؤولية ما قبل تعاقدية، بمعنى أنه يجب على الأطراف المتفاوضة تحمل المسؤولية في هذه المرحلة في حالة إذا ارتكب أحد الطرفين خطأ أحدث ضررا للطرف الآخر، و قد تأثرت بعض التقنيات الحديثة بالفقهين حيث تضمنت نصوصا خاصة بالتفاوض و المسؤولية قبل العقدية منها التقنين المدني الإيطالي إذ تنص المادة 1337 منه على « les parties dans les pourparlers et dans la conclusion du contrat doivent se comporter conformément au bonne foi ».⁵

و كذا القانون المدني اليوناني في المادة 197 و القانون المدني اليوغسلافي لعام 1978 في المادة 30 منه.⁶

- أنظر: قد أقر المشرع بابا خاص بالتفاوض الجماعي في قانون 11/90 و ذلك بالباب السادس.¹

4²- أنظر: Ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 479.

3¹- أنظر: J.M. MOUSSERON, op.cit., p 509.

Et L.BOYER, contrat et conventions, encyclopédie, D, CIV, n° 5, 98, p 18.

4- أنظر: محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، (دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي)، دار الكتاب، القاهرة، 1995، ص3.

5- أنظر: محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص4.

6- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 55.

إلا أنه بالرجوع إلى المواد المذكورة في القوانين أعلاه نجد أنها «لا تعتبر كافية لوضع تنظيم كامل و شامل لمرحلة التفاوض على العقد، لأنها تتسم بالعموم في اللفظ و القصور في تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة، فضلا على أنها لم تحدد بشكل صريح الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض»¹، و هذا مما ساعد في الجدل الفقهي بشأن طبيعة التفاوض و تحديد نوع المسؤولية القائمة في هذه المرحلة.

و مما لا شك فيه أن التفاوض بات يخضع لنظام قانوني خاص يسهر القضاء على تطبيقه، فلم يعد التفاوض على العقد مجرد كلام في الهواء، إذ بمجرد دخول الطرفين في التفاوض ، فإنهما لا يصبحان من الغير ، حيث تتكون بينهما علاقة قانونية خاصة و تنشئ على عاتقهما التزامات متبادلة تفرضها طبيعة مرحلة التفاوض و من هذه الالتزامات ، الالتزام بالتفاوض بحسن نية و يترتب على الإخلال بهذه الالتزامات قيام المسؤولية المدنية، و بالتالي " فإن مرحلة التفاوض تجاوزت دائرة الواجبات الإنسانية العامة و أصبحت تحكمها التزامات خاصة"².

-1L. ROZES, projet et accords de principe, RTD.Com, 1998, p 502

-2Ph. LE TOURNEAU, op.cit.-, p 481

: أنظر -1

: أنظر -2

الفرع الثاني: تمييز التفاوض عن المصطلحات القانونية.

قد يلتبس مصطلح التفاوض مع بعض المفاهيم القريبة منه كالوعد بالتقاعد و الإيجاب باعتبارهما يمهدان لإبرام العقد و أحيانا يتداخل مفهوم التفاوض مع مرحلة إبرام العقد مما يستدعي التمييز بين التفاوض و هذه المفاهيم.

- التمييز بين التفاوض و مرحلة إبرام العقد:

هناك عدة نقاط يمكن من خلالها أن نحدد أوجه الاختلاف بين التفاوض باعتباره مرحلة ما قبل عقدية و مرحلة إبرام العقد.

إن مرحلة التفاوض تسبق دائما مرحلة إبرام العقد ، حيث أن إرادة الطرفين تكون غير باتة في مرحلة التفاوض فهي مجرد عروض و عروض مضادة (proposition et contre proposition) على عكس مرحلة إبرام العقد حيث توجد إرادة باتة و هي إيجاب و قبول متطابقان، كما أن مرحلة التفاوض عادة ما تستغرق وقتا طويلا و هذا بخلاف مرحلة إبرام العقد إلا في حالة إذا ما اقترن الإيجاب بميعاد للقبول. لكن الإشكالية التي تطرح ما هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض و مرحلة إبرام العقد. و الجواب بسيط و كلاسيكي و هو انه يتم الخروج من مرحلة التفاوض عند صدور الإيجاب يقترن بقبول أي بمعنى آخر أن المفاوضات تنتهي عندما تصل إلى اتفاق الأطراف المتفاوضة على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه و مثال ذلك ما أخذ به القضاة الأمريكيون في القضية المعروفة (texaco) إذ اعتبروا أن بروتوكول الاتفاق المسمى (mémorandum of agreement) يعبر بطريقة كافية على اتفاق الأطراف على جميع المسائل الرئيسية للعقد المراد إبرامه.¹

إذن باتفاق الأطراف المتفاوضة على بلورة جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه تكون المفاوضات قد حققت الهدف المرجو منها، و هكذا فالإيجاب هو الحد الفاصل بين التفاوض و إبرام العقد، فبصدور الإيجاب تكون الإرادة تخطت مرحلة التردد و عدم الحزم.

- التمييز بين التفاوض و الوعد بالتعاقد:

فالوعد بالتعاقد و التفاوض يدخلان ضمن المرحلة التي تسبق إبرام العقد و كل منهما يلعب دوراً في التمهيد لإبرام العقد، إلا أن هناك اختلاف بينهما.

فالوعد بالتعاقد باعتباره تمهيدا لإبرام العقد فهو كثير الوقوع في الحياة العملية و يمكن تعريفه بأنه « عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد في المستقبل مع شخص آخر يسمى الموعود له، إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة».²

فالوعد بالتعاقد قد يكون ملزما لجانب واحد أو لجانبين، و قد نظمته المشرع الجزائري في المادتين 71 و 72 من ق.م.ج فالمادة 71 تنص على انه « الاتفاق الذي يعد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد

¹- أنظر: A.LAUDE, Le Constat Judiciaire des pourparlers, RTD.Com, 1998, p 551 et s.

²- أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 133.

المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها» كما يمكن حسب نص المادة 72 ق.م.ج في حالة نكول الواعد للموعد له أن يقاضيه في حال كانت الشروط اللازمة لقيام العقد متوفرة و خاصة منها الشكل قام الحكم مقام العقد.¹

إذن لا بد أن يتوافر في الوعد بالتعاقد جميع الشروط و المسائل الجوهرية التي يجب أن تتوفر في العقد المراد إبرامه إضافة إلى ذلك يجب تحديد المدة التي سيبرم فيها العقد.²

فالوعد بالتعاقد يعد عقد كاملا لا مجرد إيجاب أو مفاوضة و لكنه عقد تمهيدي لا نهائي.³

فالوعد بالتعاقد يتضمن عنصر التراضي حول إبرام العقد، فهو يعبر عن إرادة الواعد في التعاقد⁴ و هذا على خلاف المفاوضات التي لا تلزم أطرافها بإبرام العقد حتى و إن كانت مرحلة التفاوض في شكل اتفاقات تمهيدية، لأنها غالبا ما تكون غير ملزمة و هدفها هو فتح نقاش بين الأطراف لبحث إمكانية التوصل إلى إبرام عقد لم تحدد ملامحه بعد.

- التمييز بين التفاوض و الإيجاب:

فلئن اندرج الإيجاب في المرحلة ما قبل العقدية، فإنه يختلف عن المفاوضات في عدة نقاط جوهرية.

و قبل بيان الفروق بين الإيجاب و التفاوض، يجب أن نتوقف عند مفهوم الإيجاب فجاك غستان يعرف الإيجاب بأنه « إبداء إرادة أحادية الجانب مبينة و حازمة و مجردة من اللبس بما فيه الكفاية، حيث إذا ما اقترن بقبول ممن وجه إليه كان كافيا لتكوين العقد».⁵

فالإيجاب (l'offre) أو (pollicitation) يمكن تعريفه بأنه ذلك العرض الذي يصدر من شخص معين إلى شخص آخر أو عدة أشخاص، حيث يتضمن هذا العرض طبيعة العقد المراد إبرامه و جميع العناصر الجوهرية للعقد و التي لا بد من توافرها لإبرام العقد.

فالإيجاب يعبر عن إرادة جادة في التعاقد، تلزم صاحبها بإبرام العقد بمجرد موافاته بالقبول⁶. و هو يوجه إلى شخص أو عدة أشخاص أو إلى الجمهور فهذا الأخير يلزم صاحبه تماما مثل الإيجاب الموجه إلى شخص معين و هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية «الإيجاب الموجه إلى الجمهور يرتبط به الموجب اتجاه أول قابل بنفس شروط الإيجاب الموجه إلى شخص معين».⁷

¹- أنظر: قرار المحكمة العليا 1996/04/17، تحت رقم: 154760، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1996، ص 99-102.

3

A.COHERIER, op.cit., p 42. -3 أنظر:

³- أنظر: جاك غستان، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2000، ص 338.

C.PAULIN, promesse et préférence, RTD.Com, 1988.p 516. -4 أنظر:

-أنظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 199.⁵

-أنظر: قد نظم المشرع الجزائري مسألة الإيجاب و القبول في تكوين العقد في المواد من 59 إلى 68 ق.م.ج.⁶

CASS 3^{ème} civ, 28 nov.1968, cité par ph LE TOURNEAU, op.cit., p 487. -4 أنظر:⁷

و حتى نكون بصدد إيجاب في وسعه الإسهام في تكوين العقد و قيم مسؤولية من صدر منه يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الصفات و هي أن يكون محددًا و جادا و باتًا و واضحًا لا لبس فيه و موجه إلى المرسل إليه¹، و هذا ما جاء في المادة 1/14 من اتفاقية فيينا للأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع « يشكل اقتراح إبرام عقد موجه إلى شخص معين أو عدة أشخاص إيجابًا، إذا كان محددًا بما فيه الكفاية و إذا بين إرادة فاعله أن يرتبط بقبول»².

فالإيجاب غير ملزم للموجب و يمكنه العدول عنه قبل أن يتصل بعلم من موجه إليه و حتى إن اتصل بعلم من وجه إليه لا يكون له أثر قانوني و يمكن للموجب أن يعدل عنه طالما لم يقترب بقبول، بمفهوم آخر إذا اقترب الإيجاب بقبول لا يمكن للموجب أن يعدل عنه و نفس الحال في حالة إذا ما ألزم الموجب نفسه بميعاد. يجب عليه البقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، و هذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري.

و من خلال تحديد مفهوم الإيجاب نستطيع أن نميزه عن التفاوض و من الامثلة الكلاسيكية التي تبين التفرقة بين الإيجاب و المفاوضات هي كعرض البضائع مع بيان ثمنها يعد إيجابًا، أما قيام شخص بإعلان ينبئ أنه يعرض منزلاً للبيع أو الإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة يعتبر هذا من قبيل المفاوضات³.

و قد صدر في هذا الشأن عن " الغرفة المدنية الثالثة بفرنسا بتاريخ 1 جويلية 1998 قرارا يسمح ببيان الفرق بين الإيجاب و الدعوة إلى التفاوض و فحوى القضية « أن بلدية (commune) قامت بتوجيه إيجاب للجمهور ببيع قطعة أرض معينة، فوافق أحد سكان البلدية على هذا الإيجاب، إلا أن البلدية تراجعت عن هذا الإيجاب و حجتها أن هذا الإيجاب مخصص للسكان الجدد فقط، هذه الحجة رفضت من طرف مجلس الاستئناف بسبب أن البلدية موجبة و ان إيجابها لم يتضمن أي شرط في من وجه إليه الإيجاب و في هذا الصدد ألزم المجلس أنه يجب على من يصدر منه إيجاب سواء كان موجه إلى الجمهور،

أو إلى شخص معين أن يلتزم الحذر، فالموجب ليس له الحق أن يتراجع عن إيجابه و هذا عكس القاعدة المعمول بها في الدعوة إلى التفاوض»⁴.

و من جهة أخرى قد يكون أحيانا الإيجاب سببا لانطلاق المفاوضات لتكوين العقد إذا لم يقبله من وجه إليه و صاحب رفضه عرض جديد و شروط جديدة.

و أحيانا أخرى حتى و إن كان العرض يتوافر على الأركان الأساسية للعقد المراد إبرامه إلا ان شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار، فهنا لا يعد هذا العرض إيجابا بل تفاوضا⁵ إذن فالإيجاب المقترن بتحفظ إذا كان يتعلق بعقد قابل للتفاوض فغنه يصبح مجرد دعوة إلى التفاوض و هو في

¹-أنظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 293.

²-أنظر: نفس المرجع، ص 293.

- تحديد الإيجاب بتعلق بطبيعة العقود، فقد يقوم إيجاب حتى و إن لم يتضمن تحديد للثمن عندما تكون العادة أن يحدد هذا الثمن بصورة لاحقة كأنتعاب الأطباء أو بعض الوكلاء المهنيين.

³-أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 206 و ما يليها.

⁴- أنظر: 1^{er} chambre civ. Le 1^{er} juillet 1998, cité par P.MOUSSERON, J.C.P, 1999, ed, juris classeur, n°4, p 4.

⁵- L.BOYER, op.cit., p 14.

حقيقته إيجاب ضمني بالتفاوض¹ أو من التطبيقات القضائية على ذلك، « أن شخصا قام بالإعلان في الصحف عن حاجته إلى استئجار شقة، فتلقى خطابا من أحد الملاك يعلن فيه عن استعداده لتأجير شقة وصفها في الخطاب بدقة، و حدد الأجرة المطلوبة، فقام هذا الشخص بمطالبة المالك بتنفيذ عقد الإيجار، و اعتقادا منه بأن هذا العقد قد أبرم بمجرد قبوله للإيجاب الذي تضمنه خطاب المالك، و لكن هذا الأخير رفض التنفيذ متمسكا بتحفظه الضمني بالموافقة على شخص المستأجر، و حينما رفع الأمر للقضاء رفضت محكمة استئناف ليون دعوى المستأجر باعتبار أن خطاب المالك لا يعدو أن يكون دعوة إلى التفاوض، حتى و لو كان متضمنا جميع المسائل الجوهرية في العقد، و ذلك نظرا لأن عقد الإيجار من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، و من ثم فإن المؤجر لا يلتزم بالتعاقد فورا مع الشخص الذي سيستجيب لعرضه، أيا كانت أخلاقه أو ملاءته المالية أو حالته الاجتماعية، و إنما من حقه أن يتعرف جيدا على هذا الشخص، ثم يقرر بذلك ما إذا كان سيتعاقد أو لا يتعاقد معه»².

و عليه يمكن القول إذا كان الإيجاب خطوة لإبرام العقد، فإن التفاوض خطوة إلى الإيجاب³.

المطلب الثاني: الدعوة إلى التفاوض (الإيجاب بالتفاوض)

التفاوض ما هو « إلا مناقشة مشتركة لعناصر عقد مقترح بهدف الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول من الطرفين»⁴.

و من ثمة فإنه يكون لكل طرف القابلية أن يغير إرادته في مدى حقوقه و التزاماته، و هذا حتى يمكن الوصول إلى صيغة مقبولة من الطرفين حول العقد المراد إبرامه، و يتم التفاوض بين بين الأطراف عن طريق الدعوة إلى التفاوض و هي دعوة يوجهها احد الطرفين للآخر للتفاوض بشأن إبرام عقد مستقبل بينهما، و غالبا لا تتضمن هذه الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه و الهدف من ذلك هو جس نبض من سيستجيب لهذه الدعوة، للوقوف على مدى استعداده للتعاقد، فإذا وجد لديه رغبة في التعاقد، فهنا يتم الدخول معه في مفاوضات حول شروط العقد المختلفة و ذلك للتوصل إلى اتفاق مشترك و مثال ذلك « كأن يطلب مشروع صناعي من إحدى الشركات دراسة الشروط التي تقبل بمقتضاها تزويده بمعدات لازمة لنشاطه، فتتقدم الشركة على أثر ذلك بمقترحات أكثر وضوحا تصلح أساسا للتفاوض»⁵.

إذن إن افتتاح المفاوضات يتم بالدعوة إلى التفاوض أو ما إصطلح عليه الفقه « الإيجاب بالتفاوض»⁶، لأن الداعي إلى التفاوض إنما يعرض في الحقيقة على من وجهت إليه الدعوة أن يدخل معه في التفاوض حول عقد معين، حيث يلتزم بموجب هذا العرض و بمحض إرادته أن يتفاوض مع من قبل بالتفاوض و لذا فإن الدعوة إلى التفاوض تعد بمثابة إيجاب (offre) بالتفاوض، إذا ما اقترن بقبول ممن وجه إليه انعقد اتفاق التفاوض و تتخذ الدعوة إلى التفاوض إحدى الصورتين فهي إما أن تكون دعوة صريحة إلى التفاوض (الإيجاب الصريح بالتفاوض) أو تكون دعوة ضمنية للتفاوض (الإيجاب الضمني بالتفاوض).

1- C.LARROUMET, op.cit, p 263-3- أنظر :

- محكمة استئناف ليون، 16 ماي 1928، أشار إليه، رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 395 و ما يليها.²

3- أنظر: محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 70.

4- أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 25.⁴

- أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 36.⁵

6- C.LARROUMET, op.cit., p 248-3- أنظر :

كما أن الدعوة إلى التفاوض بصورتها قد تقترب بقبول و هو ما يسمى بقبول التفاوض و هذا ما سندرسه بالتتابع فيما يلي:

- أولاً: الإيجاب الصريح بالتفاوض

- ثانياً: الإيجاب الضمني بالتفاوض

- ثالثاً: قبول التفاوض

الفرع الأول: الإيجاب الصريح بالتفاوض:

أو ما يسمى بالدعوة المقترنة بأسس التفاوض، أحياناً يقوم أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض بشكل صريح، حيث يحدد له الأسس التي يجري عليها التفاوض، من حيث الإطار العام لحقوق و التزامات الطرفين في العقد المراد إبرامه.¹

و هذا النوع من الدعوة الصريحة إلى التفاوض تنتشر في مجال المعاملات التجارية خاصة في مجال المناقصات.

و من صور الدعوة الصريحة إلى التفاوض ما يسمى بالتعاقد عن طريق المناقصة (appel d'offre) أو التعاقد المباشر (contrat gré à gré) و يكون هذا في مجال الصفقات، حيث أنه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المعدل و المتمم المؤرخ في 24 جويلية 2002، الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و الذي يعرف في المادة 21 منه المناقصة بأنها « إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض».

و يتم اللجوء إلى المناقصة في العقود ذات القيمة الاقتصادية² فمن خلال التعريف السابق للمناقصة إن الشخص أو صاحب المشروع الذي يسعى إلى التعاقد عن طريق المناقصة فهو يحرص من جهة على ان تتم المناقصة بأقل تكلفة ممكنة و من جهة أخرى أن يبرم العقد مع أفضل المتعاقدين، ويتم الإيجاب بالتعاقد في المناقصة عن طريق الدعوة إلى تقديم العروض، و هي علانية، حيث تلزم المادة 43 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر أن ينشر الإعلان عن

- أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 27.¹

- أنظر: المادة 11 من نفس المرسوم رقم 250/02 التي تحدد العمليات التي تشملها الصفقة العمومية.²

المناقصة إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و على الأقل في جريدتين وطنيتين.¹

و هناك نوعان من المناقصة هما، المناقصة المفتوحة و هي إجراء يمكن من خلاله لأي مترشح أن يقدم تعهدا، و المناقصة المحدودة و هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا.²

و قبل قيام صاحب المشروع بإعلان عن المناقصة فإنه يقوم بإعداد ملف كامل عن المشروع محل المناقصة و هذا ما يطلق عليه دفتر الشروط العامة (cahier des clauses générale) و الذي يتضمن مجموعة من الشروط العامة و الخاصة التي يعدها صاحب المشروع و التي يرغب في التعاقد على أساسها منها: الوصف الدقيق لموضوع الخدمات المطلوبة و المواصفات التقنية اللازمة، الشروط ذات الطابع التقني و الاقتصادي، و الضمانات المالية، كيفية التسديد...إلخ.

فمن خلال هذه الشروط يدخل صاحب العرض و المترشح (le candidat) في مفاوضات بالأخص فيما يتعلق بالإجراءات القانونية مثلا كتحديد المحكمة المختصة أو التحكيم في حالة وجود نزاع، و كذا تحديد الالفاظ القانونية بدقة، كما يتم التفاوض حول الاقتراحات التجارية والاقتصادية و تقديم التحفظات والتعليقات و هذا حتى التوصل إلى إبرام العقد النهائي.³

فالمناقصة بهذا المعنى هي مجرد دعوة إلى التفاوض، لأن الدعوة إلى المناقصة لا تشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه إذ ينقصها على الأقل عنصر الثمن.

أما الصورة الثانية في الإيجاب الصريح بالتفاوض هي التعاقد المباشر أحيانا يلجأ صاحب المشروع إلى التعاقد مباشرة مع شخص معين و في حالات معينة، و قد عرفه المشرع في المادة 37 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر بالتراضي البسيط و حدد الحالات التي تسمح بمثل هذا النوع من التعاقد منها عندما لا ينكم تنفيذ الخدمات، إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة...إلخ.⁴

و يتم الإيجاب بالتفاوض في التعاقد المباشر بتوجيه اقتراح إلى شخص معين للدخول معه في التفاوض بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه⁵. و توجه هذه الدعوة إما كتابة و إما عن طريق البريد العادي أو البريد الإلكتروني أو البرق...إلخ، فالدعوة إلى التعاقد المباشر لا تتضمن العزم النهائي على التعاقد بل مجرد رغبة في الدخول للتفاوض.

و تمكن أهمية الإيجاب الصريح بالتفاوض بما يتضمنه من اسس التفاوض التي تصلح من بعد سندا لتفسير العقد، كما أنها قد تكون دليلا على عدم سلامة الرضاء من عيوب الغلط أو التدليس⁶، غير أن تحديد أسس التفاوض لا يعني أن هذه الاسس ملزمة لطرفي التفاوض مادام القصد منها هو تنظيم عملية التفاوض و تسهيل مهمة الطرفين في التوصل إلى صيغة مقبولة للعقد

¹ - أنظر: فمثلا الشركات التابعة لقطاع الطاقة و المناجم تقوم بنشر و إعلان عن المناقصات في نشرة المناقصات التابع لقطاع الطاقة و المناجم المسمى (Bulletin Des Appels D'offres Du Secteur De L'énergie Et Des Mines)

- في هذا الشأن أنظر: المادتين 24 و 25 من المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية.²
X.BIRBES ; op.cit. p 474. -4³ - أنظر:

- لمعرفة حالات اللجوء إلى التعاقد المباشر ارجع إلى المادة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250.⁴
J.CEDRAS, op.cit, p 270. -2⁵ - أنظر:

- أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 29.⁶

المقترح و بالتالي فإن كل من الدعوة إلى المناقصة أو إلى التعاقد المباشر لا يعدان إيجابا بالعقد لانهما لا يشتملان على الاقل على عنصر الثمن، و إذا اقترنت الدعوة إلى المناقصة أو التعاقد المباشر بقبول فيلزم الموجب بالدخول في التفاوض و الاستمرار فيه بحسن نية، دون أن يلزم بإبرام العقد النهائي.

الفرع الثاني: الإيجاب الضمني بالتفاوض:

تتمثل هذه الصورة في دعوة أحد الطرفين للآخر في الدخول في مفاوضات بشأن إبرام عقد في المستقبل حول موضوع معين، دون تحديد العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، فهي دعوة لا ترقى أن تكون إيجابا بالعقد بل هي مجرد دعوة ضمنية للتفاوض حول هذا العقد و تتخذ الدعوة الضمنية للتفاوض صورتين:

الصورة الاولى هي العرض غير المتضمن للعناصر الجوهرية للعقد و هذه الصورة كثيرة الوقوع في الحياة العملية و مثال ذلك أن يقوم شخص بعرض سلعة في واجهة محل دون بيان سعرها، فهذا العرض يعد دعوة ضمنية للتفاوض، و من امثلتها كذلك الشخص الذي و يضع لافتة في شرفة منزله أو على الباب مكتوب عليها للبيع (a vendre) فهذه اللافتة لا تعد إيجابا بالبيع لأنها لا تحدد المبيع و لا ثمن المبيع و هما عنصران أساسيان في عقد البيع.

كما أن إرادة المالك لا تتجه إلى إبرام عقد في الحال مع أول شخص يستجيب لهذا العرض، فهو ينوي التفاوض معه بشأن الثمن و كيفية الوفاء به و تحديد الشيء المبيع و ملحقاته... الخ.

فهذه اللافتة هي دعوة ضمنية بالتفاوض و تعتبر ضمنية لان المالك لم يعبر صراحة بأنه يريد التفاوض و غنما يستنتج ذلك من خلال اللافتة.¹

و نفس الحكم يؤخذ به بالنسبة للإعلان الذي ينشر في الصحف مثل إعلان شقة للبيع أو الإيجار دون ذكر عناصر العقد.²

و في هذا الصدد رأَت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 جوان 1973 « أن الإيجاب في الإيجار يجب أن يذكر الشيء المؤجر، و قيمة بدل الإيجار و التاريخ الممكن لبدء التمتع به و إلا يعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض من أجل إبرام عقد».³

أما الصورة الثانية للإيجاب الضمني بالتفاوض هو الإيجاب المقترن بتحفظ و يكون هذا خاصة في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار، فالإيجاب المقترن بتحفظ يخول للموجب حق الموافقة أو عدم الموافقة على إبرام عقد مع شخص معين، فهنا يفقد الإيجاب صفته كإيجاب بالعقد و يصبح مجرد دعوة إلى التفاوض.⁴

- أنظر: حسام الدين كامل الاهواني، المرجع السابق، ص 112.¹

- أنظر: نفس المرجع، ص 112.²

- أنظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 294.³

- أنظر: لمزيد من التفصيل أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 110.⁴

أما بالنسبة للأثر القانوني للدعوة الضمنية بالتفاوض لا يترتب على الدعوة الضمنية للتفاوض التزاما حقيقيا على أحد الطرفين إلا إذا تبين أن الإيجاب بالتفاوض الضمني قد وصل إلى علم من وجه إليه، و حتى إن وصل إل علم من وجه إليه يمكن للموجب بالتفاوض أن يرجع عن إيجابه و هذا قبل أن يقترن بقبول، فهنا تتحول الدعوة الضمنية للتفاوض متى قبلها الطرف الآخر إلى اتفاق على التفاوض و هو ما يفرض التزام باستمرار التفاوض¹ دون أن يلزم صاحبه بإبرام العقد النهائي و قد يحكم بالتعويض على من دعا إلى التفاوض و هو يبييت النية على عدم العقد.²

الفرع الثالث: قبول التفاوض

فلكي ينعقد التفاوض لابد من أن تلقى الدعوة إلى التفاوض قبول من طرف من وجهت إليه الدعوة، و على هذا إذا ما وصل الإيجاب بالتفاوض إلى علم من وجه إليه ، فإن لهذا الأخير مطلق الحرية في قبول التفاوض أو رفضه، فإذا قبله يتم الدخول في مفاوضات تمهيدية للتعاقد و بالتالي فهو يعلن قبوله في المشاركة في وضع تصور مشترك لصيغة العقد المقترح.³

و يأخذ قبول التفاوض صورتين، فإما أن يكون قبول من وجهت إليه الدعوة بالتفاوض صراحة، و إما أن يكون هناك قبول ضمنيا للتفاوض، و ذلك بأن يقوم الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بالتفاوض باتخاذ موقف ينبئ بشكل غير مباشر عن قبوله التفاوض، و يتخذ القبول الضمني للتفاوض صورا عديدة في الحياة العملية.

و لعل من أشهرها أن يقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بالتفاوض بالبداية في التفاوض مباشرة مع الداعي إلى التفاوض دون أن يعلن صراحة قبوله الدخول في التفاوض و مثاله الشخص الذي يذهب إلى صاحب المنزل الذي علقت عليه لافتة (البيع) و يتناقش معه مباشرة حول شروط العقد.

أما بالنسبة للأثر القانوني لقبول التفاوض، فحتى ينتج القبول أثره يجب أن يكون مطابقا للإيجاب بالتفاوض و يترتب على قبول التفاوض، تأكيد طرفي التفاوض بدء التشاور و التحاور لوضع تصور مشترك حول العقد محل التفاوض.

و ينتج عن مسألة الدخول في التفاوض التزام طرفيه بالتفاوض بحسن النية⁴ و ما يتفرع عنه من التزامات حتى الوصول إلى إبرام عقد نهائي.

و كما رأينا سالفًا بأن التفاوض تجاوز دائرة الواجبات الإنسانية العامة و أصبح يترتب عنه التزامات خاصة، فإنه لابد لنا من التوقف حول أهلية طرفي التفاوض و محل التفاوض.

إذن بالرجوع للقواعد العامة للالتزامات، نلاحظ أن التفاوض ليس مجرد عمل مادي بل يلزم طرفيه بمجموعة من الالتزامات ما قبل العقدية و التي من أهمها الالتزام بالتفاوض بحسن النية و

- أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 27.¹

- أنظر: نفس المرجع، ص 27.²

- أنظر: نفس المرجع، ص 29.³

- أنظر: J.CEDRAS, op.cit, p 271-1.⁴

بالتالي فإن التفاوض هو من الاعمال الدائرة بين النفع و الضرر لأن في عملية التفاوض كل طرف يحاول أن يصل إلى وضع شروط للعقد المرتقب تتفق مع مصالحه و عليه فإنه يجب أن تتوافر في المفاوض الأهلية المقررة للتفاوض حتى يكون تفاوضه صحيحا و يجب التأكد من خلو إرادته من عيوب الإرادة.¹

إضافة إلى الأهلية يجب أن لا يكون الشيء محل التفاوض خارجا عن دائرة التعامل بطبيعته بأن يكون مستحيلا أو بحكم القانون محضور التعامل فيه، و أن لا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، و إلا كان التفاوض باطلا.²

2- في هذا الشأن أنظر: المادة 40 من ق.م التي تنص على أن سن الرشد 19 سنة كاملة (و هي السن التي تؤهل الشخص لمباشرة حقوقه المدنية) و المواد 81 إلى 90 من ق.م.ج المتعلقة بعيوب الإرادة، الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن.

²-أنظر المادتين: 98،97 من ق.م.ج.

المبحث الثاني: قطع المفاوضات.

إن الهدف من التفاوض على العقد هو محاولة التقريب بين وجهات النظر المختلفة لطرفي المفاوضات، و إيجاد نوع من التوازن بين مصالح الأطراف المتعارضة.

لذا فإنه إما أن تسفر المفاوضات عن اتخاذ أطرافها قرار نهائي بإبرام العقد أو عدمه، و عندئذ تكون المفاوضات قد وصلت إلى نهاية الطريق، و تعتبر بذلك أنها قد فشلت.

في حقيقة الأمر إن فشل التفاوض يعد من النهايات المتوقعة للتفاوض على العقد، و ذلك لأنه كما قلنا أن نتيجة المفاوضات احتمالية فقد تسفر المفاوضات عن إبرام العقد و تعتبر بأنها مفاوضات ناجحة و قد تفشل و لا يبرم العقد.

في الواقع تتعدد الاسباب التي تؤدي إلى فشل التفاوض، فقد تصل المفاوضات الجارية بين الطرفين إلى مرحلة تصاب فيها بالجمود التام¹، إذ تتوقف المفاوضات عن السير إلى الامام و يرجع ذلك إلى اللامبالاة و عدم الاهتمام المتبادل من الطرفين بالعملية التفاوضية، و خاصة إذا تأكد لهما أنه لا فائدة من الاستمرار في هذه المفاوضات، و يصبح ما توصلوا إليه من نتائج في طي النسيان و يبقى مصير هذه المفاوضات مجهولاً، فلا يمكن معرفة إن كانت هذه المفاوضات ستستمر في المستقبل أم لا؟.

و احياناً أخرى قد يرجع سبب فشل التفاوض هو وصول المفاوضات إلى طريق مسدود²، فالمعروف أن المفاوضات تقوم اساساً على التقريب بين وجهات النظر المتقابلة للوصول إلى حل وسط يرضي طرفي التفاوض، لكن نتيجة تصلب اطراف التفاوض في الرأي و رفض كل طرف تقديم أية تنازلات، مما يجعل استحالة توصل الطرفين إلى اتفاق و بالتالي تصبح هذه المفاوضات غير مجدية مما يفرض على طرفيها وضع حد لها.

أما السبب الأهم و الشائع في الحياة العملية و الذي يؤدي بدوره إلى فشل المفاوضات هو قطع المفاوضات.

إذن سنتطرق أولاً إلى تحديد المقصود بقطع المفاوضات و ثانياً صور قطع المفاوضات و ثالثاً موقف الفقه في تأصيل الطبيعة القانونية و رابعاً موقف القانون المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات .

المطلب الأول: المقصود بقطع المفاوضات:

في الواقع أن قطع التفاوض هو أكثر الاسباب التي تؤدي إلى فشل التفاوض في الحياة العملية و الذي ينجر عنه عدة مشكلات قانونية، و عليه فما المقصود بقطع المفاوضات؟

إن قطع المفاوضات هو قيام أحد طرفي المفاوضات بوضع حد للمفاوضات الجارية سواء تم ذلك بعلم من الطرف الآخر أو بدون علمه كأن يكون القطع فجأة بمعنى أن قطع المفاوضات يتم

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 546¹.

- أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 97².

بقرار أحادي الجانب يقرر فيه أحد طرفي المفاوضة إنهاء عملية التفاوض، و قطع التفاوض قد يولد فعل موجب للمسؤولية إذا كان يمثل خطأ¹ و ألحق ضرراً بالطرف الآخر.

في الأصل إن مرحلة المفاوضات تخضع لمبدأ الحرية التعاقدية، الذي يفترض سير المفاوضات وفق ما تمليه إرادة الأطراف و ذلك ما يخول لهم سلطة قطع المفاوضات متى شاؤوا ذلك و هذا ما كرسته مبادئ عقود التجارة الدولية و ذلك بالنص على أن المفاوضات يحكمها مبدأ الحرية في المادة² 2/15، و هذا ما قضت به كذلك محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 1994/01/05.³

فأثناء التفاوض يتطلع كل طرف في استبقاء حريته في عدم التعاقد حتى اللحظة الأخيرة، حيث يمكن لأي طرف قطع التفاوض و بدون مسؤولية طالما أن لهذا القطع ما يبرره مثلاً إذا ما رأى المتفاوض أن شروط العقد بالصورة التي وصلت إليها لا تحقق مصالحه و تعتبر جائرة في حقه.

لكن السؤال المطروح ما مدى حرية الاطراف في قطع التفاوض؟ بعض الفقه يأخذ للحد من حرية قطع المفاوضات بمعيار المفاوض الجيد (le bon négociateur) و الذي يفرض على المتفاوضين واجب اتباع سلوك المفاوض الجيد اثناء سير المفاوضات، لكن هذا المعيار يبقى غير واضح، و لذا فإن غالبية الفقهاء يميلون إلى الاخذ بمعيار حسن النية (La bonne foi).⁴

حيث أن لحسن النية دوراً هاماً في المرحلة ما قبل العقدية و ذلك لأنها تتدخل في تنظيم سير المفاوضات و إلزام المتفاوضين باتباع سلوك النزاهة و الاستقامة و الجدية سواء توصل الاطراف إلى إبرام عقد أم لا. فمبدأ حسن النية يفرض على طرفي المفاوضة أنه في حالة إذا ما قرر أحدهما قطعها ان يلتزم بواجب التهيئة البسيكولوجية للطرف الآخر لمثل هذا الظرف⁵ و بالتالي فإن حسن النية يوجب على الطرفين متابعة المفاوضات و تقادي كل ما من شأنه ان يؤدي إلى فشل التفاوض، و الاحتكام إلى العقلانية و الجدية و عدم إخضاع سير المفاوضات إلى انفعالات المتفاوضين.

المطلب الثاني: صور قطع التفاوض:

في الواقع هناك صورتان لقطع المفاوضات، فإما أن تقطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب أو بعد صدوره.

و قبل الخوض في صورتتي قطع المفاوضات، لابد من تحديد مضمون الإيجاب في مرحلة التفاوض، لأن الإيجاب في هذه المرحلة له صبغة خاصة. ففي الوضع المألوف يكون الإيجاب من صنع أحد الطرفين، فإذا ما تضمن الإيجاب جميع العناصر الجوهرية للعقد، ينعقد العقد بمجرد

1- أنظر:

¹-PH. LE TOURNEAU, OP.CIT, P484

²- IBID, P 483. - أنظر:

³- CASS 2EME CIV.5 JANVIER 1994, JURIS DATA N° 000039

CITES PAR B.BEIGNIER, OP.CIT, P 464.

⁴- PH.LE TOURNEAU, OP.CIT, P 483. - أنظر:

⁵- IBID, P 484. - أنظر:

قبول الطرف الآخر، غير أنه في العقود التي تسبقها مفاوضات تجعل الإيجاب من صنع الطرفين، فهو يعبر عن تصور مشترك لكل الموضوعات التي جرت مناقشتها، وبالتالي فهو تصور مشترك لمشروع العقد الذي يلزم الطرفين نفسيهما به « فالإيجاب في هذه الحالة يتجرد من صفته ليصبح مجرد دعوة إلى التفاوض غير ملزم و يرمي إلى مناقشة عناصر العقد المقترح»¹.

و لذا فالإيجاب في المفاوضات يطلق عليه وصف الإيجاب المشترك لأنه وليد الإرادة المشتركة لطرفي المفاوضة و ليس تعبيراً عن الإرادة الفردية لأحدهما و يمكن تعريفه « هو إيجاب يقدمه أحد طرفي المفاوضة بعد ان يجري تعديله أو تحويله من خلال المفاوضات ليتفق مع جهة نظر المتعاقد الآخر»² أي ان الإيجاب المشترك يتكون بعد تبادل الاقتراحات و الاقتراحات المضادة بين طرفي المفاوضة، و بالتالي « فإنه ليس منطقياً بمناسبة الحديث، عن هذه العقود وصف أحد الطرفين بأنه موجب و الآخر باعتباره قابل، فإذا كان الإيجاب كما سلف ذكره يأتي مشتركاً، فالقبول يتم بدوره مشتركاً و متبادلاً بين الطرفين فهو قبول متبادل بينهما لإيجاب سطرته إرادتهما المشتركة»³.

إذن بعد تحديد الصيغة التي يتصف بها الإيجاب في مرحلة المفاوضات سوف نستعرض صورتها قطع المفاوضات دون التطرق للأثار القانونية التي سوف نتناولها في الفصل الثاني.

الفرع الأول: قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب:

قبل أن يتوصل طرفا المفاوضة إلى صيغة الإيجاب المشترك الذي يوجهه أحد الطرفين للآخر، فإنهما يكونان في وضع لم تتحدد أمامهما بعد كل الشروط و المسائل الجوهرية للعقد، و لم تتكون لديهما إرادة باتة في التعاقد بل مجرد إرادة أولية مترددة و غير مستقرة تسعى إلى الوصول إلى مشروع اتفاق، و في ظل عدم وجود إيجاب فإن إرادة الاطراف تخضع لمبدأ الحرية التعاقدية و يمكن لكل طرف أن يقطع التفاوض متى أراد ذلك.

لكن أحيانا و أثناء بدء التفاوض يقيد الأطراف المتفاوضة أنفسهم بما يسمى بالاتفاقات التمهيدية و هي اتفاقات يبرمونها فيما بينهم و يلتزمون بمقتضاها بمتابعة التفاوض و إتمامه.⁴

فتكون هذه الاتفاقات مصدرا لإنشاء الثقة لدى الطرف الآخر في حتمية مواصلة المفاوضات و يتضاعف الأمل بقرب التعاقد، فيكون القطع الفجائي للمفاوضات في هذه الحالة سببا في هدم الثقة و خرقاً لمبدأ حسن النية المفروض اتباعه أثناء سير المفاوضات، و هذا ما ذهب إليه قرار فرساي (Arrêtée De Versailles) بتاريخ 21 سبتمبر 1995، إذ نص على أنه «في إطار العلاقات المبرمة عن طريق رسالة النوايا أو مشروع العقد أو ما قبل العقد، كل طرف عليه واجب السير

¹ - أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 19.

² - لمزيد من التفصيل أنظر: نفس المرجع، ص 30.

³ - محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 33.

⁴ - فيما يتعلق بالاتفاقيات التمهيدية، أنظر: ص من هذه المذكرة.

وفق حسن النية اتجاه الشريك الآخر، و ان يكون لديه الرغبة في إجراء مفاوضات حسنة أو تقديم مبررات جادة عن عدم متابعتها»¹.

و حتى في حالة غياب اتفاقات تمهيدية بين الاطراف تلزمهم بمتابعة التفاوض يبقى دائما الأطراف يخضعون لمبدأ حسن النية و ما يترتب عنه من واجب الامانة و النزاهة و الاستقامة و الجدية و عليه فإنه قبل صدور الإيجاب يمكن للأطراف قطع المفاوضات و لكن بدون الضرر بمصالح الطرف الآخر و ان يكون هذا القطع له مبرراته و إلا اعتبر صاحب القطع خرق الالتزام المفروض عليه بمتابعة التفاوض و هو التزام متفرع عن الالتزام الأساسي و هو الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

فإذا كانت المرحلة السابقة لصدور الإيجاب تحتكم إلى حد ما إلى إرادة الأطراف فالأمر يختلف بعد صدور الإيجاب و انتظار التفاوض بشأنه.

الفرع الثاني: قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب:

قد يتمكن المتفاوضون خلال سير المفاوضات من التوصل إلى صياغة المشروع المشترك، فقيوم أحد الطرفين بتوجيه هذا المشروع إلى الطرف الآخر في صورة إيجاب مع إمكانية إعادة التفاوض بشأنه.

ففي هذه المرحلة هل الموجب ملزم بالإبقاء على إيجابه أم هو حر في التراجع عنه؟، و هل يمكن الموجه إليه الإيجاب رفض هذا الإيجاب؟.

فالأصل إذا كان الموجب صدر منه إيجابا موجهها إلى الطرف الآخر دون تعيين ميعادا للقبول فهنا على حد تعبير الأستاذ عبد الرزاق السنهوري يعد الإيجاب قائم غير ملزم².

بمعنى أنه لا يلزم صاحبه بالإبقاء عليه و له أن يعدل عنه سواء قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه و بعده طالما أن قبولا لم يصدر بعد ممن وجه إليه الإيجاب، و هذا ما أكدته المادة 64 من ق.م.ج التي تنص على أنه «إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإنه الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل».

فمن خلال نص المادة يفهم أن الإيجاب غير المقيد بمدة يمكن للموجب أن يتحلل منه ما لم يلق قبول فوري" و لكن لا يوجد ما يمنع من أن يبقى على إيجابه و يقصد بالفورية الوحدة الزمنية المناسبة للرد على الإيجاب بما في ذلك الوقت اللازم للتفكير فيه قبل الرد"³.

لكن أحيانا إذا عين ميعاد للقبول يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى ان ينقضي الميعاد و هذا ما ورد بنص المادة 63 ق.م.ج « إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى

¹ - Arrêter de Versailles du 21 sept.1995, Juris-data n° 049781, cité par B.Begnier, op.cit. 464.

² - أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 210.

³ - أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 120.

انقضاء هذا الأجل. و قد سيتخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة» فحسب نص المادة إن الإيجاب يستمد قوته الملزمة من الإرادة المنفردة و يعتبر إيجابا ملزما¹ فالموجب قد يلتزم صراحة في إيجابه بالبقاء عليه مدة معينة، إذ يمنح للموجب له مهلة للتفكير أو لتدبير أمره و تحديد موقفه من الإيجاب، و احيانا قد يكون تحديد الميعاد ضمنا يستفاد من مجموع الظروف المحيطة أو من طبيعة المعاملة أو من طبيعته، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه قصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة و عند النزاع في تحديد الميعاد يترك الأمر للقاضي.²

و قد يكون مصدر إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة هو نص القانون و هذا ما جاء به قانون إعلام المستهلكين و حمايتهم في مجال بعض عمليات الائتمان في فرنسا الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 حيث تنص المادة 1/05 منه «أن تسليم الإيجاب يلزم المقترض بالحفاظ على الشروط التي يبينها خلال مهلة دنيا لأربعة عشرة يوما من تاريخ إصداره».³

فالإيجاب الملزم، لا يجوز للموجب أن يعدل عنه، لأن القانون قد ألزم الموجب بالبقاء على إيجابه طيلة المدة المحددة، لكن السؤال الذي يطرح ما مصير الإيجاب في حالة وفاة الموجب؟

فلا شك أن الإيجاب يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره و يظل قائما عملا بأحكام المادة 62 من ق.م.ج «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل».

لا صعوبة إذا لم يكن الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه مدة معينة، فإذا لم يلحقه قبول فوري فإن الإيجاب يسقط بوفاة الموجب.

أما إذا كان الموجب ملزم بالبقاء على إيجابه مدة معينة صراحة أو ضمنا فيذهب بعض الفقه إلى أن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى الورثة⁴. فورثة الموجب مطالبون بنفس الالتزامات المحمولة على مورثهم و لكن الإشكالية قد يحصل أن يكون هؤلاء الورثة غير مطلعين على جزئيات المشروع و يفتقدون للكفاءة اللازمة للمناقشة، مما يفتح المجال للمتفاوض الآخر لاستغلال نقطة هامة في توجيه إرادة الورثة و يوقعهم في تغرير دون أن ينتظنوا إلى ذلك أو يتعمد إلى إنشاء المعلومات السرية التي أدلى بها المورث عند تفاوضه معه و أن الحل الناجع لهذه الفرضية يكمن في تعيين الورثة لموكل يتفاوض لفائدتهم حتى يتجنبوا الوقوع في مثل هذه المشاكل.⁵ فقطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب يتخذ شكلين:

¹ - أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 210.

² - أنظر: نفس المرجع، ص 210.

³ - أنظر: جاك غستان، المرجع السابق، ص 312.

⁴ - أنظر: نفس المرجع، ص 315.

⁵ - أنظر: A.COHERIER، op.cit، p82 et s.

الشكل الأول، و هو عدول الموجب عن إيجابه عدولا مجردا، أي دون أن يتقدم بعرض جديد، و دون أن يلتفت إلى ما قدمه الطرف الآخر من عروض، إذ لا يمنح فرصة للطرف الآخر بدراسة هذا الإيجاب لكي يصدر قبول.

أما الشكل الثاني، هو رفض الموجب له الإيجاب رفضا مجردا و لم يقدم هذا الأخير أي اقتراح أو شروط جديدة، فهنا يكتشف أن الموجب له يرفض الاستمرار في التفاوض، و هذا بعكس إذا ما كان رفض الموجب له مقترنا باقتراح مضاد أو شروط جديدة، فهذا لا يعد قطعاً للتفاوض بل يعد إيجاباً¹ و يمكن أن يقترن بقبول أو يكون كأساس للتفاوض بشأنه من جديد.

و عليه يعتبر العدول عن الإيجاب في مرحلة التفاوض أو رفضه رفضا مجردا قطعاً للتفاوض، لأنه بمجرد صدور الإيجاب تخلق ثقة مشروعة لدى الطرف المقابل بمتابعة التفاوض و إتمامه و بالتالي يعتبر كل خرق لهذه الالتزامات تعدياً على مبدأ حسن النية.

المطلب الثالث: موقف الفقه في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

منذ أوائل القرن العشرين أصبح التفاوض على العقد، محط أنظار الفقهاء، حيث بدأ الفقه المقارن يولي أهمية لدراسة المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات و ذلك نظراً لأهمية مرحلة التفاوض و تأثيرها على مستقبل العقد.

لكن الشيء الملاحظ هو اختلاف الفقهاء في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات، فمنهم من اعتبرها مسؤولية تقصيرية و منهم اعتبرها مسؤولية عقدية... الخ، و في هذا الشأن ظهرت عدة نظريات فقهية، و منها من ذاع صيتها و تواتر الشرح على ذكرها و هم بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات.

و لذا سنحاول بدورنا أن نتطرق لأهم النظريات التقليدية التي قيلت و نرى مدى مساهمتها في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات و عليه سيحتوي هذا المطلب على ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد (نظرية إيرنج)

الفرع الثاني: نظريات أخرى في الفقه الألماني.

الفرع الثالث: نظرية فاجيلا في الفقه الإيطالي.

- تنص المادة 66 منق.م.ج « لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً ».¹

الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد

تعتبر نظرية الخطأ عند تكوين العقد¹ من أهم النظريات التي أقرت بوجود المسؤولية في المرحلة ما قبل العقدية، وقد حققت هذه النظرية من الشهرة و الانتشار مما جعلها تتبوأ مكانة هامة و مرموقة بين نظريات القانون المدني المقارن و يرجع الفضل في صياغتها إلى الفقيه الألماني المعروف (Rodalf.Von.Ihering) و ذلك عام 1860.²

و نستعرض فيما يلي مضمون النظرية و آثارها في القوانين الحديثة، ثم نتعرض لأهم ما وجه إليها من نقد و مدى اتصالها بمرحلة المفاوضات.

أولاً: مضمون النظرية:

ترتكز هذه النظرية التي جاء بها إيرنج³ في أن كل شخص يقدم على التعاقد و يكون هو السبب في بطلانه، بحيث يقيم مظهراً كاذباً ليطمئن إليه المتعاقد الآخر، يلتزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل، أي أن المسؤولية عن هذا الخطأ عقدية بمقتضى العقد الباطل نفسه.⁴

و الأسباب التي جعلت إيرنج يؤسس المسؤولية ما قبل العقدية على أساس الخطأ عند تكوين العقد، هو أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده و لم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسؤولية مدنية بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مفيدة بشروط قانون (Aquila) فلم يستطع إيرنج أن يقرر أن العقد الباطل كواقعة مادية يعتبر خطأ يوجب التعويض، و لكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعثر على بعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين في العقد الباطل على الآخر بمقتضى دعوى العقد ذاتها.

إضافة إلى هذه النصوص فقد صدر حكم من محكمة كولونيا بألمانيا فكان هذا الحكم السبب المباشر الذي دفع إيرنج إلى وضع نظريته « الخطأ عند تكوين العقد » و تتلخص فحوى الدعوى التي صدر شأنها ذلك الحكم في: أن تاجر أُرسل إلى المصرف الذي يتعامل معه ببرقية يأمره فيها بأن يبيع لحسابه أوراقاً مالية معينة و لكن البرقية التي وصلت إلى المصرف ثبت فيها على سبيل الخطأ الفعل (Kauf) أي يشتري بدلاً من الفعل (Verkaufen) أي يبيع، فسقط سهواً من البرقية مقطع (Ver) فقام المصرف بشراء العدد المحدد من الأوراق المالية لحساب التاجر بدلاً من أن يبيع، و حدث و أن انخفضت أسعار هذه الأوراق المالية، فطالب المصرف

¹- أنظر في هذه التسمية: « نظرية الخطأ عند تكوين العقد » عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 503 و محمد الطاهر حسين، المرجع السابق، ص 766.
و انظر في تسميتها: « نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض » محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص 34.
A.COHERIER, op.cit, p 60-2²- أنظر:

- أنظر تسمية: إيرنج و ليس اهرنج، محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص 34.³
- محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص 39.⁴

الزبون بفارق السعر، لكن التاجر تمسك ببطلان الوكالة لعدم مطابقة الإيجاب للقبول، إلا أن المحكمة لم تأخذ بادعائه و قضت ضده بالتعويض.¹

و استخلص ايرنج من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية². حيث رسم مبدأ عاما يقضي: «إنه مجرد إلتقاء طرفين سعيا وراء إبرام عقد معين يعني اتفاقهما ضمنا على عقد أولي يتعهد كل منهما بمقتضاه بالأ يأتى من جانبه ما يمكن أن يحول دون التوصل إلى إبرام العقد المنشود صحيحا، منتجا لآثاره المقصودة، فإذا أخفق الطرفان من بعد في الوصول إلى العقد المنشود أو اتضح بطلان هذا العقد لسبب يرجع إلى أحد طرفيه، كان هذا الطرف مسؤولا عن ذلك أمام الطرف الآخر، و كانت مسؤوليته عقدية»³.

و ما يميز نظرية ايرنج أنه أضفى على الخطأ و الضرر و العلاقة السببية صيغة خاصة.

أما الخطأ في نظرية ايرنج فيتمثل في إقدام المتعاقد من أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد، و كان واجب عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد. على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان فيبقى أن ضررا وقع، و أنه من العدل أن يتحمله هو و قد وجد سبب البطلان في جانبه، لا أن يتحملة المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف هذا السبب، فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض.⁴

إن فالأساس الذي تقوم عليه نظرية الخطأ عند تكوين العقد هو الالتزام باليقظة عند التعاقد⁵ (diligentia in contrahendo) و هو أن يبذل المتعاقد اليقظة اللازمة لضمان إبرام عقد صحيح، فالحماية القانونية من خطأ المتعاقد لا تقتصر على العلاقة العقدية القائمة بالفعل بل تشمل أيضا العلاقات العقدية الناشئة أي التي في طور الانعقاد.

و يعتبر حسب نظرية ايرنج أن المتعاقد المسؤول عن البطلان قد أدخل بعقد الضمان الذي التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد، و أن لا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد، و رضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه، إنما هو قبول ضمني لهذا التعهد، فيتم عقد الضمان بإيجاب و قبول ضمنين.

إن أهم ما يميز نظرية ايرنج أنه يترتب على العقد الباطل أثر أصليا لا باعتباره واقعة مادية بل على أساس أنه عقد.

أما التعويض فقد أضفى عليه ايرنج لونا خاصا، إذ أن التعويض لا يكون كاملا كما في التعويض عن العقد الصحيح.

فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية (intérêt positif) و هي أن للمتعاقد مصلحة في قيام العقد، و من ثم تنفيذه و لو تقاعس المتعاقد الآخر عن التنفيذ، يمكنه المطالبة بتعويض يساوي ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب كنتيجة لعدم التنفيذ، بمعنى

¹ - أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 36.

² - أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 505.

³ - أنظر: مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص 17.

⁴ - أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 506.

⁵ - أنظر: ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 481 - 2.

الحصول على تعويض يعادل ما كان سيحصل عليه لو تم تنفيذ العقد و لذا تسمى المصلحة الإيجابية¹. و التي لا تكون للمتعاقد إلا إذا قام العقد صحيحا.

أما إذا وقع العقد باطلا يكون للمتعاقد المضرور سوى مصلحة في عدم إبرامه و يكون له الحق في المطالبة بتعويض عما لحقه من ضرر من جراء اعتقاده صحة العقد و هو الحصول على تعويض يعيده إلى الحالة التي كان سيصبح عليها لو لم يوجد العقد مطلقا و تسمى بالمصلحة السلبية² (intérêt négative) .

و يأتي ايرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين: هو أن شخصا حجز غرفة في فندق ليوم معين و تخلف عن الحضور، فإذا كان العقد صحيحا كان مسؤولا عن تعويض المصلحة الإيجابية أي الضرر الذي أصاب الفندق من عدم تنفيذ العقد، فيدفع أجره الغرفة، أما إذا كان العقد باطلا كأن يكون شخص حجز غرفة في فندق ليوم معين عن طريق برقية، ثم تخلف عن الحضور نظرا لوقوع غلط في البرقية التي ذكرت يوما غير اليوم الذي يقصده، و كان صاحب الفندق قد رفض تأجير هذه الغرفة لزبون آخر في ذات اليوم اعتمادا منه على صحة البرقية، فإن لصاحب الفندق أن يطالب هذا الزبون بأجرة الغرفة تعويضا عن الضرر الذي أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الكاذب من التعاقد و يترتب عن ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محجوزة و هذا عكس الحال إذا كان العقد صحيحا فإنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أم لا.³

و عادة ما يكون التعويض عن المصلحة الإيجابية و يضرب ايرنج مثلا لذلك تاجر باع عشرة صناديق من (السجائر) و كان العقد صحيحا و لكن المشتري لم ينفذه، فللبائع أن يطلب تعويضا عن المصلحة الإيجابية أي الربح الذي سيجنه من الصفقة و الخسارة التي لحقته من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات في ارسال الصناديق و استردادها.

أما إذا كان العقد باطلا، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقا واحدا مثلا و لكن وقع في خطأ مادي في الرسالة فجعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق، فإن التعويض الذي يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التي كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد، فيرجع بنفقات إرسال الصناديق و استردادها دون المكسب الذي كان يربحه لو تمت الصفقة، فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية.⁴

و قد يكون التعويض عن المصلحة السلبية مساويا للتعويض عن المصلحة السلبية ينطوي على عنصرين الخسارة التي لحقت بالدائن و الكسب الذي فاتته.

فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بالثمن ذاته و امتنع ظلنا منه أن الصفقة الأولى قد تمت، ففي هذه الحالة يرجع أيضا بالمكسب الذي فاتته مع المصروفات التي أنفقتها، على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون في بعض الفروض منعدما، ففي المثال الذي نحن بصده إذا فرض أن التاجر تبين له بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشتري

- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 506.¹

- A.COHERIER, op.cit. p 64.² - أنظر:

- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 507.³

- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 507.⁴

و قبل أن تعرض عليه صفقة أخرى، فإنه لا يتقاضى تعويض إذا لم يفته كسب و لم يتكبد خسارة.¹

و قد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية ايرنج منها القانون الألماني الذي أخذ بنظرية ايرنج و لكن لا كنظرية عامة، و إنما في مواطن متفرقة، فقد أخذ بها في المادة 122 مدني ألماني التي تنص عن حالة بطلان العقد لعدم جدية إعلان الإرادة، و حالة الغلط في نقل إعلان الإرادة.

أما في المادة 307 مدني ألماني فجاءت تنص على حالة بطلان العقد لإستحالة المحل، ففي هذه الحالة يلتزم المتعاقد الذي تسبب في بطلان العقد بالتعويض للطرف الآخر عما أصابه من ضرر من جراء اعتقاده صحة التعاقد². غير أن القانون الألماني لم يجعل المسؤولية في هذه الحالات مسؤولية عقدية وفقا لرأي ايرنج، فقد جعل المسؤولية في الحالات الواردة في المادة 122 مسؤولية مادية، حيث أعطى للطرف المضرور في هذه الحالات الحق في التعويض حتى و إن كان الضرر راجعا لسبب أجنبي لا يد للطرف الآخر فيه، كما أنه جعل المسؤولية في الحالة الواردة في المادة 307 مسؤولية تقصيرية، أي قائمة على الخطأ و اشترط لقيام المسؤولية أن يكون المدعى عليه مخطئا، أي أن يكون أقدم على التعاقد و هو عالم أو كان يجب أن يكون عالما باستحالة المحل. و عليه

فإن القانون الألماني و إن كان أخذ بنظرية ايرنج في المادتين 122 و 307 إلا أنه لم يبيّن هذه المسؤولية على خطأ عقدي كما فعل ايرنج بل جعلها مسؤولية غير عقدية.³

أما في فرنسا فإن نظرية الخطأ عند تكوين العقد لم تتجاوز حدود الحوار الأكاديمي⁴ إلا أن هناك قلة من الفقهاء الفرنسيين منهم الفقيه⁵ LABBE يميلون إلى الأخذ بنظرية ايرنج و يعتبرون أن المسؤولية عن بطلان العقد مسؤولية عقدية، و استندوا في ذلك إلى نص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي و المتعلقة ببطلان بيع ملك الغير و التي تقضي بأن بيع ملك الغير باطل و يترتب عليه جواز الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يجهل أن الشيء المبيع مملوك للغير، دون أن تفرق بين إذا كان البائع حسن النية أو سيء النية، حيث يقول هؤلاء الفقهاء أن القانون الفرنسي أخذ بنظرية ايرنج من خلال هذه المادة، إذ أن الالتزام بالتعويض في هذه الحالة ليس مصدره خطأ البائع لأن هذا الأخير يلتزم بالتعويض و لو كان حسن النية، وإنما مصدره حسب سالي هو عقد ضمان ضمني يلتزم بموجبه المتعاقدان بضمان صحة العقد⁶، غير أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا يأخذون بنظرية ايرنج و يرون أنه في حالة ما إذا كان العقد باطلا، إن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسؤولا إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.⁷

أما فيما يخص القانون المدني الجزائري، فإذا حذا حذو القانون المدني الفرنسي و لم يأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد.

¹ - أنظر: نفس المرجع، ص 508.

² - A. BETTAIB, la sanction de la faute précontractuelle, 2- أنظر: Mémoire DEA en droit des affaires, non publié, Tunis, 1997, p 9.

³ - أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 218.

⁴ - LE TOURNEAU, op.cit., p 482-14- أنظر:

⁵ - A. COHERIER, op.cit. p78 et s. 2- أنظر:

⁶ - أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 509.

⁷ - أنظر: نفس المرجع، ص 509.

و قد أفرد المشرع الجزائري لنظرية بطلان العقد مكانا خاصا حيث جمع فيه النصوص الرئيسية التي ترسم القواعد العامة في بطلان العقد تحت عنوان إبطال العقد و بطلانه، و قبل معرفة الجزاء الذي يترتب عليه القانون المدني الجزائري في حالة بطلان العقد، لابد أن نحدد ما معنى بطلان العقد؟

يمكن تعريف بطلان العقد بأنه « ذلك الجزاء الذي يترتب عليه القانون على تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من شروط الانعقاد أو الصحة»¹.

أو كما عرفه الأستاذان BOULANGER et RIPERT بأنه « الوسيلة التي بها يمكن تحقيق حماية القواعد القانونية »².

فمن هذا التعريف يظهر أن للبطلان، دورين، دور جزري و يتمثل في منع التصرف الذي لم تراعى فيه متطلبات القانون من إنتاج أي أثر في الماضي أو في المستقبل. و دور وقائي فيظهر في أحجام الأفراد عن إبرام عقد يكون عرضة للبطلان في مرحلة لاحقة، و لذا فإنه يترتب على بطلان العقد اعتبار أن العقد كأن لم يكن .

و قد نص المشرع الجزائري على هذا الاثر في المادة 103 المعدلة من ق.م.ج و التي تنص على أنه « يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل»، فليس المقصود من هذه المادة التعويض عن المصلحة السلبية المعروفة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد، بل أن يرد كل من المتعاقدين ما تسلمه من الآخر مثال إذا كان العقد بيعا التزم البائع برد الثمن و المشتري برد المبيع و ثمراته من يوم المطالبة القضائية³ دون أي تعويض، أي عن مصلحة إيجابية أو سلبية، سلبية، إلا إذا ثبت في جانب المسؤول خطأ تقصيري أو تعذر الرد كهلاك الشيء المبيع مثلا، فيجوز حسب نص المادة المذكورة أعلاه الحكم بتعويض معادل.

أما فيما يتعلق بنص المادة 399 من ق.م.ج التي تنص على أنه « إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم و كان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بتعويض و لو كان البائع حسن النية» ذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشيء غير مملوك له يعتبر في حد ذاته خطأ تقصيري يوجب التعويض و لو كان هذا الشخص حسن النية.

¹ - أنظر: محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومة للنشر و التوزيع و الطباعة، الجزائر، 2003، ص 38.

² - أنظر: نفس المرجع، ص 39.

³ - أنظر: محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 269.

ثانياً: نقد النظرية: لقد تعرضت نظرية إيرنج (الخطأ عند تكوين العقد) إلى نقد شديد، حيث اعتبرها بعض النقاد أنها خلقت ما يسمى بالخيال القانوني¹ (une fiction juridique) لتبرير الأعمال بالمسؤولية العقدية و ذلك عن طريق ما يسمى بالاتفاق الضمني، و قد تعرضت هذه الفكرة إلى نقد حاد إذا اعتبرها الفقهاء الفرنسيون خيال محض² (pure fiction) لا أثر للحقيقة فيه، إذ أن هذا الاتفاق غير موجود في الواقع، و لم يفكر المتعاقدان فيه مطلقاً، و على فرض أنه موجود فهو لا يعدو أن يكون اتفاقاً ثانوياً تابعاً للعقد الأصلي، و من تم فإن إفتراض بقاءه صحيحاً و نافذاً رغم بطلان العقد الأصلي لا يخلو من التناقض³.

لأن هذا الاتفاق الضمني يتطلب لوجوده توافر نفس الشروط اللازمة لوجود العقد الأصلي، خاصة توافق الإرادتين، فمثلاً إذا كان العقد الأصلي قد تم إبطاله أو تقرر بطلانه لنقص أهلية أحد المتعاقدين أو انعدامها فلن يكون مقبولاً أن يظل هذا المتعاقد ملتزماً بالاتفاق الضمني لكونه غير ملتزم بالعقد الأصلي لأن نقص الأهلية أو انعدامها يؤثر في الاتفاق الضمني مثل العقد الأصلي، و نفس الحال إذا كان العقد الأصلي باطلاً لعدم جدية الإرادة، لأن من كان هازلاً في الإتفاق الصريح يكون أكثر هزلاً في الإتفاق الضمني⁴.

و لهذا رفض جمهور الفقهاء في فرنسا الأخذ بهذه النظرية⁵ و اعتبروا أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي وحدها واجبة التطبيق، إذا ما اقترن العدول عن التعاقد أو صاحب بطلان العقد خطأ اقترفه أحد الطرفين و ألحق ضرراً بالطرف الآخر، ذلك لأن المسؤولية التقصيرية هي الشريعة العامة للمسؤولية المدنية، و قد أخذ بهذا الرأي كذلك الأستاذ السنهوري⁶.

و قد ذهب السنهوري في تأصيل بطلان بيع ملك الغير إلى تأييد الرأي الذي يرى أن هذا البطلان جاء نتيجة لنقص خاص و لعلة معقولة و هذا بخلاف بعض الفقهاء الذين يرجعون إبطال عقد بيع ملك الغير إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد، إذ يرى الأستاذ السنهوري، أنه لما قرر التقنين الفرنسي بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية، و ينص المشرع على أن بيع ملك الغير قابل للإبطال، لأن بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع و لذلك جزاؤه أن يكون هذا العقد قابل للإبطال حماية للمشتري، فالعلة في كون عقد بيع ملك الغير قابل للإبطال هي منافاة هذا العقد لطبيعة البيع ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد، فسبب إبطال العقد وفقاً للقواعد العامة ليس إلا نقص الأهلية أو عيب من عيوب الرضا، لذلك كان لابد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير، و لذا فإن الأستاذ السنهوري يرى أن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة و أنشأه نص تشريعي صريح و استند في إنشائه إلى علة معقولة⁷.

فالمسؤولية العقدية هي مسؤولية استثنائية و لا يمكن أن تقوم إلا بوجود عقد صحيح بين المضرور و المسؤول، فهي جزاء الإخلال بالالتزام الناشئ عن هذا العقد و من ثمة تظل الفترة

J.GESTIN, traite de droit civil, la formation du contrat, 1¹- أنظر: 3^{me} éd, L.G.D.J, paris, 1993, p 250.

ph. LE TOURNEAU, op.cit. , P 481. -2² أنظر:

A.COHERIER, op.cit. p66. -3³ أنظر:

- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 511⁴.

ph. LE TOURNEAU, op.cit. , P 482. -- 5⁵ أنظر:

- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 512⁶.

1- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ' العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة)، المجلد الأول، ج4، دار احياء التراث العربي بيروت، (د.ت)، ص 284.

السابقة على إبرام العقد خارجة عن نطاقها، أما العقد الباطل فلا يعدو أن يكون واقعة مادية قد يستكمل عناصر الخطأ التقصيري فيوجب التعويض و يكون في هذه الحالة العقد الباطل أنتج أثرا عرضيا باعتباره واقعة مادية لا باعتباره عقدا¹.

خلاصة القول إن نظرية إيرنج تتعلق، بمسألة التعويض عن بطلان العقد أي أن يكون الطرفان قد تبادلا الإيجاب و القبول نهائيا و يتضح بعد ذلك أن العقد باطل و ذلك إما لعدم مطابقة الإيجاب للقبول، أو استحالة المحل أو لأنه غير مشروع، أما قبل إبرام العقد و تبادل الإيجاب و القبول لا يمكن لأحد المتفاوضين أن يدعي أنه تضرر من جراء اعتقاده صحة العقد لأنه لا يوجد عقد بعد و بالتالي يستحيل تأسيس المسؤولية على اتفاقية ضمنية التي يتبين فيما بعد أنها ضد إرادة أطراف التفاوض، إذن فنظرية الخطأ عن تكوين العقد التي جاء بها إيرنج لا علاقة لها بمرحلة التفاوض على العقد و لا يمكن الإستناد إليها لتأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

الفرع الثاني: نظريات أخرى في الفقه الألماني.

إضافة إلى نظرية إيرنج فالفقه الألماني غني بالعديد من النظريات الأخرى التي جاءت بشأن إيجاد أساس آخر للمسؤولية قبل العقدية و ذلك لتفادي العيوب التي شابت نظرية إيرنج.

أولا: نظرية تحمل التبعة (risque contractuel)

صاحب هذه النظرية الفقيه الألماني WINSHEID²، و مضمون هذه النظرية أن كل شخص يقدم على التعاقد، باتخاذ زمام المبادرة يتحمل تبعه نشاطه التعاقدية، فيكون مسؤولا عن الأضرار الناجمة عنه، و التي تلحق بالطرف الآخر أو حتى بالغير نتيجة عدم قيام العقد أو بطلانه بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى بطلان العقد أو عدم قيامه.

فيجب أن يتحمل تبعه النشاط التعاقدية الطرف البادئ به و تتعقد مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدية بمجرد حدوث ضرر منه، حتى و لو لم يكن مخطئا أو حتى و لو كان حسن النية لا يعلم بسبب الضرر، لكن يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن هذا الضرر ناشئ عن خطأ المضرور كأن يثبت أن هذا الأخير قد مضى في التعاقد مع علمه باستحالة المحل.

و في الحقيقة أن هذه النظرية لا تختلف كثيرا عن نظرية إيرنج، فكأننا النظرية تتفقان في النتيجة و تختلفان في أساس المسؤولية و عبء الإثبات، فإذا كانت نظرية إيرنج تقيم المسؤولية عن بطلان العقد على أساس الإخلال بالالتزام باليقظة عند التعاقد، و تجعل المسؤولية عقدية، فإن نظرية فينشيدي تقيم مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدية على أساس تحمل تبعه هذا النشاط و لذا فإنها تجعل المسؤولية مادية و ليست عقدية.

فضلا عن أن عبء الإثبات يقع على المضرور في نظرية إيرنج، و ذلك بأن يثبت أن المسؤول أخل بالتزامه باليقظة عند التعاقد، أما نظرية فينشيدي فيكفي أن يقوم المضرور بإثبات

- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص 512.

- أنظر: رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 233 و ما يليها.

الضرر الذي أصابه لكي تقوم مسؤولية البادئ في النشاط التعاقدية، و يمكن لهذا الأخير نفي هذه المسؤولية بإقامة الدليل على إهمال المضرور أو علمه بما عاق قيام العقد أو أدى إلى بطلانه.¹

و قد جاءت نظرية فينشيد بميزتين، الأولى هي سهولة الإثبات، فقد كفلت نظرية تحمل التبعة العقدية للطرف المضرور طريقاً سهلاً للإثبات، حيث اكتفت لقيام المسؤولية أن يثبت المضرور وقوع ضرر له من جراء النشاط التعاقدية الذي بادر إليه المسؤول، و هذا أمر سهل، إذ أن الضرر غالباً ما يكون مادياً يسهل إقامة الدليل عليه، و هذا أسهل من إثبات الخطأ لأنه مسألة نفسية غير ملموسة يصعب إقامة الدليل عليها.

أما الميزة الثانية هي الإستجابة لمقتضيات العدالة، إذ أن هذه الفكرة تكفل للمضرور حماية قانونية فعالة، و ذلك عن طريق إعطائه الحق في الحصول على تعويض عادل في الحالات التي ينتفي فيها الخطأ، حيث أنها تلزم صاحب الشأن حتى إن لم يرتكب خطأ، بتحمل تبعة نشاطه التعاقدية الذي أضر بالغير و لذلك أخذت التشريعات الحديثة بهذه الفكرة.

أما ما يعاب على هذه النظرية، أن هذه النظرية لم تفصل بين مشكلة التعويض عن قطع المفاوضات و مشكلة التعويض عن بطلان العقد، بل هي تتناول الفترة قبل العقدية ككل لا يتجزأ، كما أنها لم تبين طبيعة المسؤولية ما قبل العقدية هل هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية؟

أما العيب الآخر أنها تنطلق من فكرة مؤادها البادئ بالنشاط التعاقدية يتحمل تبعته دائماً و عليه وحده تقوم المسؤولية باعتباره أنه الموجب لكن هذا لا يتفق مع الواقع العملي، فليس البادئ بالتفاوض هو الموجب بالضرورة، إذ أن الأدوار قد تتغير و يتم تبادلها بين الطرفين، فقد يصبح من تقدم بالعرض هو القابل في النهاية و يصبح الطرف الذي تلقى العرض هو الموجب، فضلاً عن ذلك قد يكون البادئ بالتفاوض هو الضحية و ذلك عندما يقوم متلقي العرض بقطع المفاوضات.²

و عليه فإن الأخذ بفكرة تحمل التبعة في مجال التفاوض ستجعل الأفراد يعزفون على الدخول في التفاوض، رغم ماله من فوائد في الحياة الاقتصادية، فمن يعلم أنه بمجرد مبادرته بالدعوة إلى التفاوض ستحملة كل النتائج الضارة المترتبة عن فشله حتى و لو لم يخطئ فلن يفكر يوماً في أن يتفاوض، إذ أن فشل المفاوضات هو أمر محتمل دائماً كما أن هذه الفكرة تصطم بمبدأ حرية المنافسة السائدة في بلدان كثيرة.³

ثانياً: نظرية الوكالة

هذه النظرية كسابقتها أصلها ألماني، نادى بها الفقيهان الألمانيان SCHEWL و MORMMSEN.⁴

و فحوى هذه النظرية أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن توجه إليه توكيلاً ضمنياً باتخاذ كل الأعمال اللازمة للوصول إلى إبرام العقد، فإذا فشلت المفاوضات و لم يبرم العقد، فإن الموكل

1- أنظر: A.COHERIER, op.cit. p64. -2 أنظر:

2- أنظر: A.COHERIER, op.cit. p94. -1 أنظر:

3- Ibid, p 78 et s. -2 أنظر:

- أنظر: كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 237.⁴

يلتزم وفقا للقواعد العامة بأن يرد للوكيل كل المصروفات التي أنفقتها في سبيل تنفيذ الوكالة و هذا و هذا ما نصت عليه المادة 1999 مدني فرنسي.

فحسب نظرية شورل لو أن شخصا دخل في تفاوض مع مقاول من أجل تنفيذ مشروع معين و طلب منه إعداد التصميمات و الدراسات اللازمة، و بعد ذلك منعه من تنفيذ المشروع، فإن بإمكان المقاول وفقا لنظرية الوكالة، أن يطالب هذا الشخص عن طريق دعوى الوكالة برد النفقات التي تكبدها في سبيل إعداد هذه التصميمات و الدراسات.

و هكذا فإن هذه النظرية تجعل من المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية عقدية تقوم على أساس عقد الوكالة الضمني، فهي تعتبر الشخص الذي تلقى الدعوة إلى التفاوض بمثابة وكيل عن صاحب هذه الدعوة في القيام بما يلزم لإبرام العقد فإذا قطع هذا الأخير المفاوضات، أو فشلت لسبب آخر، فإنه يلزم بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر من جراء تنفيذ الوكالة عن طريق دعوى تعويض و هي دعوى عقدية أساسها عقد الوكالة.

و تمتاز هذه النظرية بأنها تضع حلا سهلا للمسؤولية في مرحلة المفاوضات و افتراض وجود عقد وكالة بين الطرفين، و إن المشرع الفرنسي قد تأثر بهذه النظرية في حالة خاصة هي حالة التفاوض مع مهندس من أجل تشييد البناء، والتي يقوم فيها المهندس بعمل تصميمات و دراسات بناء على طلب صاحب العمل، ففي هذه الحالة إذا فشلت المفاوضات، فإنه من حق المهندس أن يطالب صاحب العمل بتعويضه، و لا يمكن تبرير ذلك إلا بوجود وكالة أعطاه صاحب العمل للمهندس للقيام بعمل الدراسات اللازمة.¹

لكن نظرية الوكالة لم تسلم من النقد، حيث لم يتقبل فكرة الوكالة كأساس في مرحلة المفاوضات، لأن هذه الفكرة تتعارض تماما مع فكرة التفاوض، ففي الوكالة يقوم الوكيل بالعمل باسم و لحساب الموكل (الأصيل) و هذا ما نصت عليه المادة 74 ق.م.ج و المادة 1984 مدني فرنسي، و لا يعمل لحساب نفسه، و كذلك لا يوجد تعارض بين مصالح الطرفين، و هذا عكس الحال في التفاوض على العقد، فكل متفاوض يعمل بإسمه و لحسابه الخاص و يعمل على حماية مصالحه الخاصة، فالمصالح متعارضة و الأهداف متباينة في التفاوض، و من ثم لا يمكن وصف العلاقة بين المتفاوضين بأنها وكالة.²

ثالثا: نظرية الفضالة

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني (Thon)³ الذي أسس المسؤولية ما قبل العقدية على فكرة الفضالة، فقد اعتبر أن الشخص الذي وجهت إليه الدعوة إلى التفاوض فضوليا يدير شأننا لرب العمل (و هو الذي وجه إليه هذه الدعوة) و من ثم يستطيع الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات، لاسترداد ما أنفق عن طريق دعوى الفضالة، ذلك لأن النفقات التي قام بها في سبيل إبرام العقد كان قد أنفقتها تحقيقا للمصلحة المشتركة للطرفين.

80-A.COHERIER, op.cit. p80. -2¹ - أنظر:

81-A.COHERIER, op.cit. p81. -1² - أنظر:

82-Ibid, p 82. -2³ - أنظر:

و قد حاول thon أن يتجنب الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة و ذلك بإخراجه المسؤولية قبل العقدية من دائرة العقد و اعتبرها مسؤولية شبه عقدية.

لكن رغم ذلك تعرضت نظرية الفضالة للفقهاء الألماني thon للنقد فقد اعتبر الفقهاء أنه من غير المقبول الأخذ بفكرة الفضالة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد و ذلك لعدة أسباب منها:

– إن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلا بتدخل الفضولي، غير أن المتفاوض يقوم بما يلزم لإبرام عقد بعلم المتفاوض الآخر و بمشاركة منه أحيانا.

– إن الفضولي يتولى القيام بشأن عاجل لرب العمل، في حين أن المتفاوض ليس في عجلة من أمره.

– يجب لقيام الفضالة أن يتجه قصد الفضولي إلى العمل لمصلحة رب العمل المادة 150 ق.م.ج، في حين أن المتفاوض حينما يقوم باتخاذ إجراءات معينة تمهيدا لإبرام العقد و استعدادا لتنفيذه، إنما يفعل ذلك بقصد تحقيق مصلحة خاصة له.

و خلاصة القول أن هذه النظرية ليست لها فائدة حقيقية في الحياة العملية لأنها تحصر حق المتفاوض المضروب في التعويض على استرداد المصروفات التي أنفقها لمصلحة المتفاوض الآخر فحسب، دون التي أنفقها لمصلحته هو.

الفرع الثالث: نظرية فاجيلا في الفقه الإيطالي.

يرجع الفضل في صياغة هذه النظرية إلى المستشار الإيطالي¹ Faggela Gabriel و ذلك في دراسة قيمة تناول فيها بعمق الفترة ما قبل العقدية من الناحية النفسية و الاقتصادية و القانونية و بالتالي سنتناول مضمون النظرية (أولا) و نقد هذه النظرية (ثانيا).

أولا: مضمون النظرية:

يستند FAGGELLA في نظريته على ثلاث أفكار أساسية و هي بمثابة المعطيات التي ينطلق منها ليبرهن على مصداقية نظريته.

حيث يرى فاجيلا أن الطرفين يمران بثلاث مراحل في طريقهما إلى التعاقد، و هي على التوالي مرحلة المفاوضات التمهيديّة و مرحلة صياغة الإيجاب و مرحلة تصديره و يرى أن لهذه المراحل الثلاثة قيمة قانونية معينة و أنه لكل طرف الحق أو الحرية العدول عن التعاقد في هذه المراحل ما دام العقد لم ينعقد مع التوفيق بين مبدأ الحرية في العدول و المسؤولية.

و سنتعرض لهذه المراحل، لنرى قيمتها القانونية، و ما يترتب عنها من الآثار و ذلك وفقا لرأي فاجيلا.

المرحلة الأولى: مرحلة المفاوضات التمهيديّة

¹ - أنظر في تسميتها: « نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة التفاوض»، محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 47.

تعد مرحلة المفاوضات، أول مرحلة من مراحل التعاقد، يستهدف الأطراف في هذه المرحلة الطويلة تبادل الإيجاب و القبول بهدف التوصل إلى تفاهم مشترك حول النقاط الأساسية للعقد، فقد يبرم الأطراف اتفاقات متلاحقة بهدف الحسم التدريجي لكل مرحلة يتجاوزونها، لكن حسب رأي فاجيلا هذه الاتفاقات المتلاحقة لا ترقى إلى مرتبة العقد، فكل شيء متوقف على الاتفاق النهائي لمشروع العقد ككل، و قد شبه فاجيلا هذه المرحلة بمرحلة سن التشريع، حيث تتم الموافقة على كل مادة من مواد المشروع على حدى ثم يوافق على المشروع كله في النهاية، و مع ذلك فإن هذه المقارنة غير دقيقة إذ أن أعضاء البرلمان لا يملكون الرجوع فيما وافقوا عليه من قبل، بخلاف الأطراف المتفاوضة التي تملك إمكانية العدول و إهدار ما توصلوا إليه من اتفاقات جزئية، فينقضون في الصباح ما أبرموه في المساء¹ فحسب رأي فاجيلا لا شيء بات و لا شيء محدد في مرحلة المفاوضات².

المرحلة الثانية: مرحلة صياغة الإيجاب

بعد ان ينتهي الطرفان من المفاوضات يقوم أحدهما بوضع صيغة نهائية للإيجاب وفقا لما تم التوصل إليه من حلول أثناء التفاوض كي يتم تصديره إلى الطرف الآخر، فتعتبر هذه المرحلة أكثر تقدما في الطريق إلى العقد، حيث أن الطرفين قد خرجا من دائرة جس النبض و الحلول الوسطى، و دخلا في مرحلة صياغة الإيجاب النهائي.

المرحلة الثالثة: مرحلة تصدير الإيجاب

ففي هذه المرحلة يتم اتخاذ القرار الحاسم و المدروس بتصدير الإيجاب من أحد الطرفين إلى الآخر و بذلك يتم الإعلان رسميا عن الإرادة النهائية و الباتة في التعاقد، فإذا ما اقترنت بقبول انعقد العقد.

و قد نادى فاجيلا برأي جديد يعتبر من أهم ثمار نظريته، حيث اعتبر أن المراحل الثلاث قبل العقدية، و ان اختلفت في الخصائص و الأهداف، إلا أن لكل مرحلة من المراحل قيمة قانونية حقيقية، و اعتبر أن الاتفاقات التي يبرمها الأطراف أثناء مرحلة التفاوض، و إن كانت غير ملزمة فهي ليست « مشروعات في الهواء »³، كما يترتب عن هذه المراحل آثارا قانونية.

أما بالنسبة للآثار القانونية للمراحل الثلاث قبل العقدية، فقد اعتبر فاجيلا أن المراحل الثلاث قبل العقدية بمثابة وقائع قانونية منتجة لآثار قانونية و ليست مجرد وقائع مادية، و قسم فاجيلا هذه الآثار إلى نوعين:

النوع الأول، الآثار السلبية إذا اعتبر فاجيلا أن الآثار السلبية تخضع إلى مبدأ سلطان الإرادة ، الذي من خلاله يحتفظ الطرفان بكامل حقهما في العدول في أي مرحلة من المراحل الثلاث قبل عقدية، حتى بعد صدور الإيجاب النهائي. و إن اختلفت المسميات التي تطلق على ممارسة هذا الحق، فقد تسمى قطع أو انسحاب أو رجوع في حالة العدول عن الإيجاب.

- أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 49.

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 244.

- أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 49.

فالإرادة التعاقدية تظل حرة و لو تم الإعلان عنها نهائياً و لا تتقيد إلا إذا اقترنت بقبول، و لو ذهب القانون إلى خلاف ذلك و ألزم الطرف الذي أعلن عن إرادته (الموجب) بعدم العدول، لكان ذلك محاباة على حساب الآخر، و هذا هو عين التحكم و الإستبداد القانوني¹.

أما النوع الثاني، الآثار الإيجابية، فحسب فاجيلا إنه بمجرد الدخول في مفاوضات بهدف إبرام عقد معين ينشأ عنه واقع يحميه القانون و تترتب عن ذلك قيام المسؤولية ما قبل العقدية بحيث تتعدد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة.

فالمسؤولية في مرحلة المفاوضات تقوم عن الإنسحاب التعسفي من المفاوضات و قد بين فاجيلا شروط قيام هذه المسؤولية و أساسها و نطاقها أما بالنسبة لشروط المسؤولية فهي أربعة شروط:

– الشرط الأول، الرضاء الصريح أو الضمني بالدخول في التفاوض و ذلك من أجل التحضير لإبرام العقد، فإذا انسحب أحد الطرفين من المفاوضات بطريقة تعسفية، قامت مسؤوليته، و هذا بخلاف الحال في حالة رفض الدخول في التفاوض، لأن من يرفض الدخول في مفاوضات لا يمكن تحميله أي ضرر.

– الشرط الثاني، أن يكون الإنسحاب من المفاوضات لا يستند إلى أسباب موضوعية تبرره، أي أن انسحابه جاء مخالفاً لقواعد العدالة و حسن النية، فلا يجب أن ينسحب من المفاوضات لمجرد نزوة أو لأسباب شخصية و إلا كان متعسفاً و بالتالي يكون مسؤولاً عن تعويض الطرف الآخر عما أصابه من أضرار.

أما إذا كان المتفاوض قد استند في انسحابه إلى أسباب موضوعية تبرره كوجود تعارض بين المصالح الإقتصادية للأطراف، فإن انسحابه يكون مبرراً و من ثم لا تقوم مسؤوليته² و مثال ذلك لو أن أحد الطرفين انسحب من المفاوضات الجارية، لكونه تلقى عرضاً أكثر تمييزاً من تلك التي عرضها عليه الطرف الآخر الذي يتفاوض معه و رفض هذا الأخير أن يقدم له نفس المزايا المعروضة من الغير فإن انسحابه يكون غير تعسفي لأن هذا الإنسحاب له ما يبرره من الناحية الإقتصادية.

– الشرط الثالث، فحسب فاجيلا يجب أن تكون هناك قيمة مالية أهدرها الإنسحاب من التفاوض. و قد حصر فاجيلا القيمة المالية في الدراسات الأولية و الأعمال التحضيرية التي تمت بسبب المفاوضات.

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 250.¹

- أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 50 و ما يليها.²

– الشرط الرابع، هو وجود علاقة سببية بين الضرر و الرضاء بالتفاوض في الحقيقة إن فاجيلا يؤسس المسؤولية على فكرة الضمان القانوني *garantie légale* فبمجرد قبول الدخول في التفاوض ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الإنسحاب من المفاوضات بدون مبرر موضوعي و هذا الضمان يفرض على المتفاوض بموجب العدالة و لذا فهو ضمان قانوني و ليس اتفاقي¹.

أما بخصوص نطاق المسؤولية، فحدد فيه فاجيلا التعويض عن هذه المسؤولية و يتمثل ذلك في الضرر الذي يلحق بالطرف الذي وقع ضحية العدول بعد قبول الطرف المنسحب الدخول في التفاوض. و يقتصر هذا التعويض على التعويض عن النفقات التي تكبدها الطرف المضرور بغية التحضير للعقد مثل نفقات الدراسات و التصميمات و نفقات الإنتقال و الإقامة... الخ.

و يجب وجود علاقة سببية مباشرة بين ما أنفقه الطرف المضرور و ما لحقه من ضرر، و بذلك استثنى فاجيلا من نطاق المسؤولية في مرحلة المفاوضات الأضرار التالية:

- النفقات التي تتم قبل الدخول في التفاوض، لإنقطاع العلاقة السببية بينها و بين الرضا بالتفاوض.

- الأرباح التي كان سيجنيها المتفاوض من تنفيذ العقد، لأن ذلك يفترض قيام العقد.

– التعويض عن تقويت الفرصة (*occasion manquée*) لأنه حسب فاجيلا أن الطرف الذي عرضت عليه فرصة أكثر تميزا كان بإمكانه التمسك بها و الإنسحاب من المفاوضات دون أية مسؤولية، لأن انسحابه تبرره المصلحة الإقتصادية، فلا يسأل الطرف المنسحب عن تقويت الفرصة².

أما عن المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب، في هذه المرحلة يتحقق للطرفين قدر أكبر من الطمأنينة، حيث أنهما قد رضيا بصيغة الإيجاب النهائي، و على هذا الأساس قد يتخلى أحد الأطراف عن العرض الذي عرض عليه، فإذا عدل الطرف الآخر، تحقق للمضرور طلب التعويض ليس فقط على نفقات التفاوض بل حتى على الفرص الضائعة.

أما بخصوص المسؤولية بعد صدور الإيجاب، إذا صدر الإيجاب النهائي و وجه إلى الموجه إليه فإنه ينشأ ضمان قانوني بأن الموجه لا يعدل عن إيجابه، فإذا عدل عن إيجابه هو ملزم بموجب الضمان القانوني بتعويض الطرف الآخر و تختلف هنا المسؤولية عن المرحلتين السابقتين، إذ لا يشترط في العدول عن هذه المرحلة أن يكون تعسفا بل مجرد العدول يلزم صاحبه التعويض للطرف الآخر عن نفقات التفاوض و الفرص الضائعة.

- أنظر: نفس المرجع، ص 51.¹

- أنظر: محمد حسام محمود لطف، المرجع السابق، ص 52.²

مما لا شك فيه أن نظرية فاجيلا قد ساهمت بشكل فعال في تسليط الضوء على مرحلة المفاوضات كما قدمت لنا مجموعة من الأفكار المتميزة منها الإقرار بأن مرحلة التفاوض على العقد لها قيمة قانونية و ليست مشروعا في الهواء و كذا الإقرار بوجود رضا صريح أو ضمني للدخول في المفاوضات، كما اعتبر أنه بمجرد دخول الأطراف في المفاوضات لم يعودا من الغير حيث تنشأ بينهما علاقة قانونية خاصة.

كما أوضح فاجيلا فكرة الالتزام بالضمان في مرحلة التفاوض، حيث يتمثل هذا الالتزام في عدم الإنسحاب من المفاوضات إلا لأسباب اقتصادية بحتة و بذلك تتفوق نظرية فاجيلا على نظرية إيرنج التي لم تحدد مضمون الالتزام باليقظة.¹

كما أن فاجيلا جعل الحرية التعاقدية هي الأصل و المسؤولية هي الاستثناء و لا تقوم مسؤولية المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات إلا إذا كان متعسفا في انسحابه، أما إذا كان هناك سبب يبرر هذا الإنسحاب كوجود سبب إقتصادي فلا تقوم المسؤولية و هذا يتفق مع الواقع العملي و يستجيب لمقتضيات الحياة الإقتصادية الحديثة²، كما قيد نطاق المسؤولية بالضرر المباشر الذي يوجد بينه و بين التفاوض علاقة سببية فعلية.

ثانيا: نقد النظرية:

رغم الأفكار المتميزة التي جاء بها فاجيلا في نظريته إلى أنه تعرض للنقد من طرف الفقه، و يمكن تلخيص أهم الانتقادات التي وجهت لنظرية فاجيلا فيما يلي:

– إن التقسيم الثلاثي للفترة قبل العقدية لا يتفق مع الواقع إذ أن هذه المراحل لا توجد في كل العقود، فمرحلة المفاوضات غير موجودة في عقود الإذعان لأن هذه العقود غير قابلة للتفاوض، كما أن مرحلة صياغة الإيجاب غالبا ما تدخل في مرحلة التفاوض التي تنتهي بصدور الإيجاب النهائي، و بالتالي يجب النظر إلى التفاوض ككل لا يتجزأ، و لا مبرر لتشديد المسؤولية في مرحلة صياغة الإيجاب، لأنه لا يوجد في هذه المرحلة سوى مشروع إيجاب لم يعلن عنه بعد.³

– الأخذ بمعيار غير دقيق للفرقة بين الإنسحاب التعسفي و الإنسحاب غير التعسفي و هو معيار المصلحة الإقتصادية و هو من شأنه أن يفتح باب التحكم أمام القاضي من أجل البحث عن النية الحقيقية لمن قطع المفاوضات لمعرفة إذا ما كان انسحابه مبررا أو غير مبرر، بل أن هذا المعيار قد ينفي المسؤولية كلية في مرحلة المفاوضات، فمن يريد الإنسحاب يستطيع أن يخلق لنفسه المبررات الكافية، كأن يعرض شروطا مجحفة يعرف أنها لن تقبل أو يرفض كل ما يعرض عليه بدعوى أنها لا تتفق مع مصالحته الإقتصادية، و بالتالي يصعب على القاضي التوصل إلى السبب الحقيقي للقطع.⁴

1- A.COHERIER, op.cit., p 106 - أنظر:

2- Ibidem. - أنظر:

3- Ibidem. - أنظر:

4- A.COHERIER, op.cit., p 104. - أنظر:

– الإستناد إلى فكرة وهمية لتأسيس المسؤولية في مرحلة المفاوضات و هي فكرة الضمان التي تلزم الطرفين بعدم الإنسحاب من المفاوضات بدون مبرر مشروع، فهذا الضمان مجرد وهم خالي من الأساس القانوني السليم¹، فمن المسلم به أن الالتزام القانوني لا ينشأ إلا بنص خاص يقرره القانون، و ليس هناك نص قانوني خاص ينشئ التزاما بالضمان في مرحلة المفاوضات و عليه لا يمكن قبول فكرة الضمان القانوني كأساس للمسؤولية في مرحلة المفاوضات، إضافة إلى هذا فإن التسليم بفكرة الضمان القانوني كأساس للمسؤولية في مرحلة المفاوضات لا تخلو من التناقض، فرغم أن فاجيلا يعتبر هذا الضمان قانونيا و ليس اتفاقي إلا أنه يشترط لوجوده رضاء الطرفين بالدخول في التفاوض سواء كان صريحا أو ضمنيا و بسبب هذا الرضاء ينشأ على عاتقهما التزام حقيقي بالتفاوض بحسن النية، فهذا الإتفاق يكفي بذاته لتأسيس المسؤولية عن الإنسحاب من المفاوضات و لا داعي لإفترض وجود ضمان قانوني لتأسيس هذه المسؤولية².

– التناقض بين الأفكار الأساسية للنظرية، فهي من ناحية تعترف بحق كل طرف في العدول و لو بعد صدور الإيجاب، في الوقت الذي يجعل فيه الموجب مسؤولا بمجرد عدوله عن الإيجاب حتى و لو لم يكن متعسفا في هذا العدول هذا من جهة، و من جهة أخرى ترفض قيام المسؤولية على أساس الخطأ، في حين أنها تشترط لقيام المسؤولية الإنسحاب التعسفي من المفاوضات، و يجب أن يكون هذا الإنسحاب مبررا موضوعيا الأمر الذي تعتبره النظرية بمثابة إخلال بقواعد العدالة و حسن النية في التعامل و في ذلك رجوع إلى فكرة الخطأ التي تنكرها النظرية³.

لكن رغم هذه الإنتقادات التي وجهت إلى نظرية فاجيلا، إلا أن هذا لا ينفي بعض الأفكار المتميزة التي جاءت بها هذه النظرية و التي أثرت على مرحلة المفاوضات، فاعتبرت أن الدخول في المفاوضات يتم برضاء الطرفين المتبادل سواء كان رضاء صريحا أو ضمنيا و بهذا الرضاء تتكون علاقة قانونية خاصة، و تنشأ على عاتقهما التزامات حقيقية و ليست مجرد واجبات عامة، و اعتبار أن الإتفاقات التمهيدية التي يبرمها الأطراف أثناء مرحلة التفاوض ليست مشروعات في الهواء بل هي اتفاقات تتم تحت عباءة القانون و تكون سببا لقيام المسؤولية.

إذن و باستعراض نظرية إيرنج و فاجيلا و غيرهما من النظريات نكون قد سلطنا الضوء على موقف الفقه التقليدي من مسألة تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

و لكن يبقى أن نعرف ما هو موقف القانون المقارن في هذه المسألة و هذا ما سندرسه في المطلب الرابع .

المطلب الرابع: موقف القانون المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.

1- Ibidem. -3 أنظر:

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 260.²
A.COHERIER, op.cit., p 105. -2³ أنظر:

في الأصل، وفقا لمبدأ سلطان الإرادة و إعمالا لمبدأ حرية التعاقد، فإن التفاوض يخضع لمبدأ حرية الدول.¹

فلا إلزام بالبدا في التفاوض لإبرام عقد ما، كما يجوز لأي من الطرفين أن ينهي المفاوضات و يرفض التعاقد واضعا بذلك حدا للمفاوضة و لو في مرحلة متقدمة منها، كلما اتضح أن الشروط المطروحة للتعاقد ليست مناسبة²، و لكن أحيانا إن التفاوض في بعض الفروض يتطلب مفاوضات طويلة و معقدة و تتطلب نفقات و تكاليف باهضة كعقود التجارة الدولية، حيث كان لهذه الأخيرة الدور في ظهور نوع جديد من الاتفاقات يطلق عليها (اتفاق التفاوض) أو (عقود التفاوض) و هي اتفاقات يلجأ إليها أطراف المفاوضات و عادة ما تكون في شكل اتفاق مكتوب تهدف إلى وضع تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض.

و لذا فإن القانون المقارن يفرق في مرحلة التفاوض من أجل الوصول لإبرام العقد بين حالتين و التي سنتطرق لهما في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.

الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض.

الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض.

و هي تلك المفاوضات التي تتم بدون أن يكون هناك اتفاق صريح ينظمها و هي دخول الأطراف في المفاوضات دون صياغة إتفاقهما على إجراء التفاوض في ورقة مكتوبة، و دون أن يصرحا بهذا الإتفاق.

و لذا فإنه يطرح في هذا الشكل من المفاوضات عدة اشكاليات و خصوصا في ظل غياب نص قانوني ينظم العلاقة بين الطرفين، فضلا عن عدم وجود اتفاق صريح بالتفاوض، و لذا يثار تساؤل حول القيمة القانونية لمثل هذه المفاوضات؟ و إن وجدت مسؤولية في هذا النوع من المفاوضات، فما طبيعة هذه المسؤولية؟

و سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة باستعراض موقف القانون المقارن فيما يلي:

1- أنظر: L.BOYER, op.cit., p 14.

2- أنظر: J.CEDRAS, op.cit. ,p 270.

أولاً: موقف القوانين الرومانية الجرمانية

ثانياً: موقف القانون الفرنسي.

ثالثاً: موقف القانون في بعض الدول العربية.

أولاً: موقف القوانين الرومانية الجرمانية:

و يمثل القانون (Romano-germantique) كل من القانونين الألماني والإيطالي بالنسبة للقانون الألماني، فقد كان القانون الألماني القديم (le code prussien) يحمل الطرف الذي لا يلتزم بحسن النية أثناء التحضير للعقد المسؤولية العقدية و هذا الالتزام أعيد نقله في المشروع التمهيدي للقانون الألماني في المادة 97 منه.

و لقد نص القانون المدني الألماني على تطبيقات هذه المادة في المواد 122 و 179 و 307 و فحوى هذه المواد أنها توقع عقوبة ضد كل من يأتي سلوك يتصف بسوء النية في المرحلة قبل العقدية.¹

إن الفقه و القضاء في ألمانيا تأثرا بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، للفقيه الألماني إيرنج، و أصبح من المقبول لديهما أنه بمجرد الدخول في التفاوض من أجل إبرام عقد ما تنشأ بين طرفي المفاوضة علاقة قانونية خاصة، تلزم أطرافها بمراعاة الأمانة و حسن النية في التفاوض، و يترتب على الإخلال بهذه الالتزامات قيام المسؤولية ما قبل العقدية، أو هي مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية.

أما عن موقف القانون الإيطالي، فقد بدأ في إيطاليا بالإهتمام بمرحلة المفاوضات، منذ أكثر من قرن مع الفقيه الإيطالي فاجيلا، حيث تأثر القانون المدني الإيطالي بهذه النظرية و انعكس ذلك في المادتين 1337 و 1338، إذ تنص المادة 1337 على أنه « يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض و إبرام العقد بحسن نية»²، و لذلك يكون القانون الألماني و الإيطالي من بين التشريعات المدنية الحديثة التي تضمن قانونها المدني النص على المرحلة ما قبل العقدية.

ثانياً: موقف القانون الفرنسي:

إن فقهاء القرن التاسع عشر بفرنسا، لم يعتنوا بمرحلة التفاوض و اعتبروها عديمة الفائدة من الناحية القانونية.³

و قد اعتمدوا مبدأ الحرية التعاقدية و لم يقبل الفقهاء حين ذاك بنشأة التزامات قانونية على عاتق المتفاوضين قبل إبرام العقد.

و لكن مع بداية القرن العشرين بدأ الفقه الفرنسي يهتم بدراسة المفاوضات التمهيديّة، حيث أصبحت هذه الأخيرة تشكل المشكل الأكثر طرحاً في مجال المسؤولية ما قبل العقدية فكان الفقيه

85. A.COHERIER, op.cit., p 1- أنظر:

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 255²

³- أنظر: أحمد أبو الوفا، المفاوضات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 8.

labbe أول من اعتنى بمشكل المفاوضات التمهيدية و ذلك من خلال تعليقاته على بعض الإجهادات القضائية.¹

لكن الإشكال الذي طرح نفسه في فرنسا هو في حالة كون المفاوضات مجرد محادثات بين الأطراف، أي أن المفاوضات لم تصغ في شكل معين.

الملاحظ أن القانون المدني الفرنسي لم ينص على مرحلة المفاوضات، لأن مبدأ حرية التعاقد هو المبدأ الذي يحكم القانون المدني الفرنسي²، و هذا ما يفسر عدم تطرق القانون المدني الفرنسي إلى التفاوض.

إذن و في ظل غياب نص قانوني يحكم مرحلة التفاوض في التقنين المدني الفرنسي فقد اجتهد الفقه و القضاء الفرنسيان على محاولة ارساء دعائم المسؤولية ما قبل العقدية بما في ذلك المسؤولية عن قطع المفاوضات مستعينين في ذلك بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

و قد اتفق جمهور الفقهاء الفرنسيين³ و يؤيدهم في ذلك القضاء⁴ إلى القول بأن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض ما هي إلا أعمال مادية، غير ملزمة، لأنها تخضع لمبدأ الحرية التعاقدية، و في حالة إذا ما وقع ضرر لأحد طرفي المفاوضات خارج إطار اتفاقات التفاوض فقواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في المادتين 1382 و 1383 مدني فرنسي وحدها واجبة التطبيق على المسؤولية ما قبل العقدية عن قطع المفاوضات.

و قد شبه الفقهاء الفرنسيون⁵ مرحلة المفاوضات فيظل غياب اتفاق التفاوض بمرحلة الخطوبة (Fiançailles) ، فالنشابه واضح بينهما لأن مرحلة الخطوبة هي مرحلة ممهدة لإبرام عقد الزواج، فالمخطوبان لا يوجد بينهما أي التزام بإبرام عقد القران، و كل واحد منهما يجوز له فسخ الخطوبة في أي وقت شاء، لكن دون الإضرار بالطرف الآخر و إلا تقوم المسؤولية التقصيرية في مواجهة الطرف المسؤول عن الضرر و قد ساير القضاء الفرنسي هذا الموقف « إذ رفض وجود واجب الوفاء في الخطوبة الذي يوجد فقط بين الأزواج، لكن يوجد واجب الإستقامة كما هو الحال في المفاوضات».⁶

ثالثاً: موقف القانون في بعض الدول العربية:

سنحاول أن نستعرض موقف القانون في بعض الدول العربية من مرحلة المفاوضات في ظل غياب إتفاق التفاوض، بداية سنسلط الضوء على موقف المشرع الجزائري.

¹ - A.COHERIER, op.cit., p 08. - أنظر:

² - A.COHERIER, op.cit., p 10. - أنظر:

³ - C.LARROUMET, op.cit., p 218. - أنظر:

⁴ - Cass com.23 Mai 1989. - أنظر:

أشار إليه، محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 68.

⁵ - Ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 480. - أنظر:

⁶ - Civ1^{er}, 4 janv,1995, cité par B.BEGNIER, op.cit , p 465. - أنظر:

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، و هذا في ذلك حدو المشرع الفرنسي الذي يتبنى مبدأ سلطان الإرادة مفسحا المجال لإرادة الأطراف و حريرتهم في التعاقد، و لذا تجاهل المشرع الفرنسي النص على مرحلة المفاوضات و ما يمكن أن ينتج عنها من التزامات و هذا ما انعكس على التشريع المدني الجزائري الذي جاءت نصوصه خالية من النص على مرحلة المفاوضات.

غير أن التطور الذي تعرفه الجزائر منذ الإستقلال، أنشأ نوعا جديدا من المعاملات العقدية التي تستوجب مرحلة تفاوض سابقة لإعدادها، و خصوصا و أن الجزائر غنية بثرواتها الطبيعية¹ مما جعلها تتوخى سياسة اقتصادية مشجعة للإستثمار الأجنبي.²

كما أنها في الآونة الأخيرة انفتحت على الأسواق الخارجية، حيث أبرمت اتفاقية الشراكة مع الإتحاد الأوروبي.³

حيث أن ظهور نوع جديد من العقود تتصف بالتعقيد و التركيب و لم تعد تتم بمجرد التلاقي الفوري للإيجاب و القبول، بل تتطلب مفاوضات سابقة على إبرامها « لأن الأهداف التي يرغب الأطراف في تحقيقها هامة و ضخمة » على حد تعبير الفقيه الفرنسي René Demogue.⁴

جعل المشرع الجزائري يحاول أن يواكب هذا التطور الذي تعرفه المعاملات الإقتصادية و التجارية و الذي فرض ضرورة اللجوء إلى تقنية المفاوضات للتمهيد لإبرام العقود المهمة، لذا فقد نص مثلا في المادة 4/85 من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 و المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات على أنه « تحدد الأسعار و العقود عن طريق التفاوض الحر بين المتعاملين و المعنيين».⁵

لكن ما يميز هذا النص أن الإشارة إلى التفاوض جاءت عامة و يبقى أن المشرع الجزائري لم ينظم عملية التفاوض أو المرحلة التي تسبق إبرام العقد.

لكن يبقى التساؤل مطروح حول موقف القضاء من هذه المفاوضات و خصوصا في ظل غياب اتفاق ينظم هذه المفاوضات، و موقفه من الإخلال بالالتزامات الناتجة عن هذه المرحلة؟ نلاحظ في هذا الصدد غياب الاجتهادات القضائية المتعلقة بمرحلة التفاوض و بالتالي كان لابد من الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية و لا سيما قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 124 من ق.م.ج المعدلة و التي تنص على انه « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

¹- G.NICAUD, en 1960 L4ONU rangeait l'Algérie parmi les pays riches, le figaro, 20.03.2002. أنظر:

²- مرسوم رئاسي رقم 57/02 المؤرخ في 2002/02/05 يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الولايات المتحدة الأمريكية حول تنمية العلاقات التجارية و الإستثمار الموقع بواشنطن د.س في 13 يوليو سنة 2001، حيث تنص المادة 03 من هذا الاتفاق « تتمثل أهداف هذا المجلس في إجراء مشاورات حول المسائل الخاصة بالتجارة و الإستثمار التي تهم الطرفين، و تحديد اتفاقات من شأنها أن تكون محل مفاوضات و تحديد العراقيل التي تعترض التدفقات التجارية و الاستثمارية و العمل على إزالتها».

³- Décret présidentiel n° 05-159 du 27 Avril 2005 portant

ratification de l'accord euro-méditerranéen établissant une association entre la République algérienne démocratique et populaire d'une part et la communauté européenne et ses Etats membres d'autres parts, signé à Valence le 22 avril 2002, ainsi que ses annexes 1 à 6, les n° s à 7 et l'acte final y afférents.

- أنظر: أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 10.⁴

- القانون رقم 01/02 المذكور أعلاه منشور في الجريدة الرسمية العدد: 08 المؤرخة 6 فيفري 2002.⁵

فكما رأينا رغم أن مرحلة التفاوض تخضع لمبدأ الحرية، إلا أن هذه الحرية مقيدة في حدود عدم الإضرار بالغير.

فليس من العدل أنه بعد أن يدخل الطرفان في مفاوضة، وتستمر هذه الأخيرة مدة طويلة، يتكبد أحد طرفيها نفقات من أجل التمهيد لإبرام العقد، ثم يقوم الطرف الآخر بقطعها بطريقة تعسفية و بدون مبرر مشروع، فمن العدل تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية و إلزام الطرف المسؤول بالتعويض للمتضرر هذا عن موقف القانون الجزائري.

أما فيما يخص موقف القانون المدني المصري، فإنه كغيره من القوانين، لم يتضمن بدوره أي نص ينظم مرحلة التفاوض على العقد، تاركاً للفقهاء والقضاء مهمة الاجتهاد.

بعض الفقهاء المصريين¹ اتفقوا على أن التفاوض ليس إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليه أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، و ذلك طبقاً لمبدأ حرية التعاقد و الذي يحق بموجبه لأي طرف أن يعدل عن المفاوضة، و يرفض التعاقد متى يريد و لا يخشى أية مسؤولية، إلا إذا اقترن هذا العدول بخطأ ألحق ضرراً بالطرف الآخر، فحينئذ تقوم المسؤولية على من عدل و لكن المسؤولية في هذه الحالة ليست مسؤولية عقدية بل تقصيرية مبنية على العدول المقترن بخطأ، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية² حيث اعتبرت « أن المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في أي وقت يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، إلا إذا أثبت وجود خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، و ينتج عنه ضرر يلحق بالطرف الآخر، و في هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ و هذا الضرر على عاتق ذلك الطرف المضرور، كما لا يعتبر العدول عن إتمام المفاوضة هو عنصر الخطأ، بل يجب أن يثبت الخطأ من عناصر أخرى اقترنت بهذا العدول و يتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية».

كما قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر³، بأنه لا يجوز لأي من الطرفين في مرحلة التفاوض، أن يتخذ أحدهما إجراء ما من شأنه أن يوقع الطرف الآخر في فهم خاطئ للظروف و يحمله تكاليف ما كان يتحملها لولا هذا الإجراء و عليه حملت الطرف الخاطئ التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

إلا أن الدكتور رجب كريم عبد اللاه جاء بموقف مخالف للفقهاء و القضاء في مصر حيث يرى أنه لا جدوى للترقية بين المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض و غير المصحوبة باتفاق التفاوض، لأن هذه التفرقة تفتقر إلى الأساس القانوني السليم، و يرى أنه من العدل و المنطق توحيد الطبيعة القانونية للتفاوض دون تمييز بين صورة و أخرى من صور التفاوض، و ذلك لتجنب المشكلات القانونية التي قد تثور في التطبيق العملي بسبب هذه التفرقة، و لذا فقد أرسى الدكتور رجب كريم عبد اللاه الطبيعة العقدية للتفاوض على العقد سواء كان هذا التفاوض في

¹-أنظر بوجه خاص: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 207.

و حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 103.

²-نقض مدني مصري 9 فيفري 1967، أشار إليه كل من: حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 104.

و محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 62، و رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 275

³-نقض مدني 27 مارس 1968، أطراف هذه القضية هما: (الهيئة العامة للبترول و شركة الملاحة بمصر)، أكثر تفاصيل حول هذه القضية أنظر: حسام

الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 106 و ما يليها.

و محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 62.

شكل اتفاق أو بدونه، لأنه حسب رأيه أن عقد التفاوض ينعقد بمجرد تراضي الطرفين صراحة أم ضمنا على الدخول في التفاوض دون حاجة لإفراغه في شكل معين، و أنه يلزمهما بالتفاوض على العقد دون أن يلزمهما بإبرامه .

و ينشأ عن هذا الإتفاق التمهيدي على عاتق الطرفين التزامات تبادلية معينة و يأتي على رأسها الالتزام بالتفاوض.¹

أما عن موقف القانون التونسي من المفاوضات غير المصحوبة بإتفاق التفاوض فإن مجلة الإلتزامات و العقود التونسية و التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1907 أين كانت المعاملات المدنية تتسم بالبساطة، و قد طغت على القواعد المضمنة بتلك المجلة مبادئ الحرية التعاقدية، التي تتنافى و إخضاع المرحلة ما قبل العقدية إلى القانون، إذ أكد *santilana* في تقريره المتعلق بمجلة الإلتزامات و العقود التونسية على تبني محرري المجلة لمبدأ سلطان الإرادة مبررا هذا الخيار بمقولة « أن الدين الإسلامي المبني على حسن النية جاء بحكم الضرورة مفسحا المجال إلى أبعد حد لإرادة الإنسان و متخلصا من التشبث بالشكليات»، فكان من الصعب تبعا لذلك إقرار قواعد المجلة بنشأة إلتزامات معينة خلال التفاوض.²

أما عن موقف القضاء التونسي فقد اعترفت محكمة التعقيب التونسية بمبدأ حسن النية أثناء تكوين العقد.³

أما فيما يخص موقف القانون اللبناني، لم يعرف المشرع اللبناني المفاوضات و جل ما ذكره بموجب المادة 172 من قانون الموجبات و العقود « أنه في عقود التراضي تجري المنافسة و المساومة في شروطها و توضع الحرية بين المتعاقدين»، و كذا القول بموجب 178 منه « أنه لكي يتحقق الرضى في العقود يستلزم مساومات قد تكون طويلة و معقدة الوجوه».⁴

و ظل الإجتهد القضائي في لبنان يعالج مسألة المفاوضات بالرجوع إلى نص المادة 122 من قانون الموجبات و العقود اللبناني، و التي تحدد مفهوم الخطأ، و من بين الأحكام القضائية التي أخذت بنص هذه المادة في مجال المسؤولية في مرحلة المفاوضات، ما رأته محكمة استئناف جبل لبنان بتاريخ 1968/04/25، « بعدم مسؤولية طرفي العقد في حال أقر أحدهما على وقف المفاوضات التمهيديّة بشأن بيع شقة للسكن ».⁵

الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض.

و هي تلك المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح من الطرفين بالدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد معين، و إعادة ما يكون هذا الإتفاق مكتوبا و يتضمن تنظيم العلاقة بين

- بخصوص هذا الموقف أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 288-310.¹

- أنظر: أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 9.²

- محكمة التعقيب التونسية، 20 جوان 1994، أشار إليه: محمد محمد أبوزيد، المرجع السابق، ص 8.³

⁴- أنظر: نعيم مغيب، قانون الأعمال، دراسة في القانون المقارن، مكتبة الحلبي الحقوقية، 2000، بيروت، ص 212.

- أنظر: نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 213.⁵

الطرفين أثناء التفاوض و عند فشله، و قد ازدادت هذه الصورة من صور التفاوض في العصر الحديث، خاصة في التفاوض على العقود الهامة.¹

و يطلق على هذا النوع من اتفاقات التفاوض في الحياة العملية عدة مسميات أبرزها « الاتفاق المبدئي» و « عقد التفاوض» و الغاية من لجوء أطراف المفاوضة إلى هذا النوع من المفاوضات هو لضمان استمرار عملية التفاوض

و إلزام الأطراف المتفاوضة، حيث أن الإخلال بهذه الإتفاقات يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، و لذا سنتطرق إلى موقف القانون المقارن من هذه الإتفاقات في ما يلي:

أولاً: موقف القانون الفرنسي.

ثانياً: موقف القانون الانجلو ساكسوني (الأنجلو أمريكي).

ثالثاً: موقف القانون في بعض الدول العربية.

أولاً: موقف القانون الفرنسي:

و لو أن الفقهاء الفرنسيين أطلقوا عدة تسميات على اتفاقات التفاوض فهناك من يطلق على جميع الإتفاقات التي تسبق إبرام العقد بما يسمى ما قبل العقد² (avant contrat) ، و هناك من اعتبرها عقود مقدمة³ دون أن تلزم أطرافها إبرام العقد النهائي.

لكن غالبية الفقه الفرنسي تقبل بسهولة وجود التزامات ما قبل عقدية ذات طبيعة عقدية.⁴

حيث لم يتردد الفقهاء الفرنسيون في الإعتراف باتفاق التفاوض، فقد إعتبروه اتفاقاً حقيقياً، ينشئ على عاتق الطرفين التزامات حقيقية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية⁵، و مثال ذلك أن الإخلال باتفاق المبدأ، يعتبر اخلالاً بالتزام تعاقدي يقضي بالزام طرفي المفاوضة باستمرار التفاوض بحسن نية، و عليه قيام المسؤولية العقدية في جانب من اخل بهذا الالتزام.⁶

أما بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي، فإنه اجتهد في تكييف الاتفاقات قبل تعاقدية تماشياً مع إرادة الأطراف حيث لم يتردد القضاء الفرنسي في اعتبار أن هذه الاتفاقات السابقة لإبرام العقد تنطبق عليها المسؤولية ما قبل العقدية

ذات طبيعة عقدية⁷ كما أن محكمة العدل للإتحاد الأوروبي اعتبرت أن بروتوكول اتفاق ملزم⁸.

- أنظر في هذا النوع من المفاوضات: حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضة العقدية، المرجع السابق.¹

P.MOUSSERON, op.cit., p4. -2 أنظر:

L.BOYER, op.cit., p 19 et s. -3 أنظر:

J.SCHMIT-SZALEWESKI, la force obligatoire à l'épreuve des avant contrat, RTD.civ.2000, p 25. -4 أنظر:

C.LARROUMET, op.cit. , p 662. -5 أنظر:

J.CEDRAS, op.cit. p275. -6 أنظر:

Cass.com 23 Mai 1989. -7 أنظر:

أشار إليه، رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 264.

J.SCHMIT-SZALEWESKI,op.cit. p25. -4 أنظر:

مع العلم أن محكمة العدل الأوروبية أنشأت بمقتضى معاهدة روما سنة 1957 و هدفها تحقيق التوحيد في تطبيق القانون بين الدول الأوروبية.

ثانيا : موقف القانون الأنجلو ساكسوني :

بالنسبة للتشريعات الأنجلوساكسونية (Anglo-Saxons)، أما مايسمى بالبلدان (Common Law) فإنها لا تعتمد على قوانين صادرة عن جهاز تشريعي (البرلمان) مثل ما هو جاري العمل به في دول (Civil Law) مثل فرنسا والجزائر وغيرها، بل تعتمد قوانينها على قرارات المحاكم، إذ تعتبر هذه القوانين قوانين قضائية تقوم على نظام السوابق القضائية المسمى¹ (du précédent) ، ومن بين هذه القوانين على سبيل المثال القانون الإنجليزي والأمريكي.

إن كل من القانون الإنجليزي والأمريكي لا يفرضان قيودا أو إلتزمات على عاتق الأطراف المتفاوضة، بل يخول لهم مطلق الحرية في التفاوض² (Freedom of negotiation)، فالمفاوضة في الفكر السائد في القانون الأمريكي والإنجليزي تقوم على الإحتمال و المخاطر ولذا يجب على كل متفاوض أن يتوخى الحيطة والحذر وهو يتفاوض.

وهكذا فإن القانون الأنجلو ساكسوني لا يفرض إلتزاما عاما بالتفاوض بحسن النية وإنما يعالج كل حالة على حدى، ويقدم حلاولا فرضية بالنسبة للمشكلة الناتجة عن الإخلال بالعدالة في مرحلة التفاوض.

إذن التشريعات الأنجلو ساكسونية تخضع مرحلة التفاوض سواء في حالة وجود إتفاق التفاوض أو بدونها، لمطلق حرية الأفراد، إلا إذا إقترن التفاوض بوجود حالة غش أو تدليس أو خيانة ثقة الطرف الأخر أثناء التحضير للعقد، فيترتب على المسؤول على تلك الأفعال إصلاح الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

غير أنه في الأونة الأخيرة بدأ القضاء الأنجلو ساكسوني، لا سيما القضاء الأمريكي بالإعتراف بإتفاق التفاوض المكتوب، وفي هذا الصدد صدر أهم حكم قضائي في الولايات المتحدة الأمريكية ، من حيث قيمة التعويض المحكوم به وذلك في 14 نوفمبر 1985 في القضية المشهورة بقضية (Texco)³، وتعد شركة (Texco) من اهم الشركات البيتروولية.

في أمريكا أنذاك، إذ تدخلت هذه الأخيرة في إفساد صفقة شراء شركة (PENNZOIL) لشركة (GETTY) وذلك بعد ان كان قد حرر بين شركتي (PENNZOIL) و (GETTY) برتوكول إتفاق (Memorandum agreement) ، إذ إتفقا فيه على جميع المسائل الجوهرية بما فيها سعر شراء السهم الواحد ولم يبقى إلا موافقة مجلس إدارة شركة (GETTY) وهنا تدخلت شركة (Texco) عارضة على شركة (GETTY) مبلغ أكبر من المبلغ المعروض من طرف شركة (PENNZOIL)، حيث دخلت هذه الأخيرة في مفاوضات مع شركة (GETTY) أسفرت عن توقيع

51 - X.BIRBES, op.cit, p 473 - أنظر:

12 - A.BETTAIEB, op.cit, p 8 - أنظر:

3- بشأن تفاصيل قضية Texco أنظر : محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 74.

خطاب نوايا بينهما تضمن الإتفاق على شراء شركة (Texco) لشركة (GETTY) مع شرط تحمل شركة (Texco) المسؤولية في مواجهة الغير .

على إثر ذلك قامت شركة (PENNZOIL) في 10 جانفي 1984 برفع دعوة قضائية ضد شركة (Texco) ومطالبتها بالتعويض وذلك من جراء تدخلها غير المشروع في إفساد الصفقة التي جرت بينها وبين شركة (GETTY) وعلى هذا الأساس أصدر القاضي S.Casseb حكمه ا لتاريخي بإلزام شركة (Texco) بتعويض شركة ¹(PENNZOIL).

وأهم ما جاء في هذا الحكم هو إقرار المحكمة بأن الإتفاق المبرم بين شركتي (PENNZOIL) و (GETTY) والمسمى (Memorandumagrement) عقد ملزم بطرفيه رغم أنها إعتبرت الإخلال به يترتب عنه المسؤولية التقصيرية².

ثالثا : موقف القانون في بعض الدول العربية :

كما رأينا سلفا أن التقنيات المدنية العربية ، لم تنص على مرحلة التفاوض ولم تعطي أية أهمية للمرحلة السابقة على إبرام العقد، لكن السؤال الذي يطرح هو في حالة وجود إتفاق تفاوض بين طرفي المفاوضة، فما هو موقف القوانين العربية من هذا الإتفاق ؟

فبالنسبة لموقف المشرع الجزائري، في الظاهر ان القانون المدني لم يتطرق إلى فكرة إتفاق التفاوض، وهي الحالة التي يلزم فيها الأطراف المتفاوضة أنفسهم بإتفاقات تمهيدية، تقوم عادة على محورين أساسيين، الأول هو إلزام الأطراف على مواصلة التفاوض، والثاني هو تنظيم عملية التفاوض وهذا من اجل التوصل إلى إتفاق وإضفاء الجدية على مرحلة التفاوض.

إلا انه بالرجوع إلى نص المادة 65 من ق.م.ج والتي تنص على أنه "إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وإحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها ، أعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون ، والعرف والعدالة" ويقابلها المادة 95 من القانون المدني المصري.

ويفهم من المادة أن عدم تضمن الإتفاق للمسائل التفصيلية لا يحول دون إنعقاد العقد وهذا بخلاف المادة 154 من القانون المدني الألماني، فإنها تعتبر أن الإتفاق على بعض الشروط لا يكفي لإنعقاد العقد، حتى ولو كانت تلك الشروط هي الشروط الرئيسية، ولو كانت تلك الشروط محررة كتابيا، فحسب القانون المدني الألماني تظل مرحلة ما قبل التعاقد قائمة حتى تماما الإتفاق على كافة المسائل الداخلية مضمونة العقد³، وهذا الرأي أخذ به بعض الفقهاء المصريين وإعتبروا أن المادة 95 من القانون المدني المصري و التي تقابل المادة 65 من القانون المدني الجزائري، والتي قررت بان الإتفاق على الإحتفاظ بالمسائل التفصيلية يتم الإتفاق عليها فيما بعد يعتبر " إتفاق على

1- إن هذا الحكم أثار معركة حامية الوطيس بين شركة (Texco) وشركة (Penzoil) وأسفرت عن تقديم طلب شهر.

إفلاس شركة (Texco)، مما أدى في الأخير إلى التصلح بين الشركتين نظير سداد أربعة ملايين مكن الدولار الأمريكي لشركة (Penzoil).

A.LAUD, op.cit, p 551 -2- أنظر:

- أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 136 و ما يليها. ³

التفاوض" وعلى رأسهم الأستاذ/ حسام الدين كامل الأهواني، إذ يعتبر أن الإتفاق على الإحتفاظ بمسائل تفصيلية يتم الإتفاق عليه فيما بعد ، يلتقي عائق الطرفين إلتراما بالتفاوض حول المسائل المؤجلة، فلا يجوز لأحد الطرفين ان يتمتع عن التفاوض حول هذه المسائل المعلقة وإلا إعتبر مخلا بهذا الإلزام العقدي¹.

ويعد هذا الإلتزام هو إلتزام ببذل عناية، فلا يلتزم الطرفان بضرورة التوصل إلى إتفاق حول هذه المسائل، وإنما يلتزمان بضرورة الدخول في مفاوضات من أجل المناقشة والتوصل إلى إتفاق مع مراعاة قواعد حسنة النية².

فإذا فشلت المفاوضات، فلا مفر من أعمال أحكام المادة 95 مدني مصري وهي تدخل المحكمة لتحديد تلك المسائل المؤجلة وفقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

وهكذا فإننا نحبذ موقف الأستاذ/ الأهواني ونعتبر أن المادة 65 من القانون المدني الجزائري تضمنت في سياقها فكرة الإتفاق على التفاوض، وهو ما يعني أن المشرع الجزائري إترف ضمنيا بإتفاق التفاوض.

أما فيما يخص موقف القانون المصري من إتفاق التفاوض، فهو كموقف القانون الجزائري لم يتطرق إلى فكرة إتفاق التفاوض .

أما الفقه المصري الحديث³ ، لم يتردد في الإعتراف بإتفاق التفاوض قدسلم بأن إتفاق التفاوض خاصة الصريح، ينشئ على عائق الطرفين إلتراما عقديا بالتفاوض يتعين تطبيقه وفقا لما يوجبه حسن النية طبقا للمادة 1/148 من القانون المدني المصري إذا ما أخل أحد الطرفين بإلتزامه بالتفاوض بحسن النية فإنه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية طبقا لنص المادة 215 مدني مصري.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد كرس الإتفاقات الناقصة في الفصلين 23 و 24 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسي، عندما نظم مسألة الإتفاقات الناقصة التي يبرمها الأطراف فيما بينهم ويجعلون بعض النقاط الأساسية موضوع تباحث لعقد تالي، ونفي عنها الصيغة الإلزامية حتى ولو وقع تحريرها كتابيا⁴.

أما عن رأي الفقه التونسي فقد إعتبر الأستاذ محمد الزين أنه يترتب على عقود التفاوض المسؤولية العقدية⁵ ، أما بالنسبة لموقف القضاء الكويتي من إتفاق التفاوض فإنه لا يقر بأهمية إتفاقات التفاوض وهذا ما أكدته محكمة التمييز الكويتية بقولها " المراحل السابقة على التعاقد لا ترتب في الأصل أثر قانونيا"⁶.

¹ - أنظر: نفس المرجع، ص 145.

² - أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 164.

³ - ولمزيد من التفاصيل أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 68. ومحمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 92 وما يليها، ومحمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 768.

⁴ - أنظر: أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 68.

⁵ - أنظر: محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 8.

⁶ - أنظر: محكمة التمييز الكويتية، تجاري رقم: 82/152، بتاريخ 1983/03/23 أشار إليه، جمال فاخر النكاس، العقود و الإتفاقات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على العقد ، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة العشرون، مارس 1996، ص.1.

الفصل الثاني: النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات

إن انتماء مرحلة التفاوض إلى الفترة السابقة للتعاقد يجعل المتفاوضين يشعرون بتحرر من كل التزام يقيدهم في تسيير المفاوضات، و ذلك تماشياً مع مبدأ الحرية التعاقدية الذي يجعل الإرادة الفردية سبباً لنشأة كل التزام.

لكن الأعمال المطلق لهذه الحرية قد يفتح الباب لمفاوضات غير جادة تكون سببا لإضاعة الوقت و الجهد و المال و دون نية حقيقية في التعاقد، كما قد تكون ساحة لمفاوضة لا تبتغي سوى الدعاية أو تفويت فرص التعاقد أو للتعرف على حجم نشاط الغير و كشف أسرارها، كما أنها تتعارض مع حاجة طرفي المفاوضة بالشعور بالأمان في التفاوض.

و حتى لا يكون مبدأ الحرية الذي يحكم مرحلة التفاوض مصدرا للتعسف، كان لابد من تدخل قواعد المسؤولية المدنية للتوفيق بين متطلبات التفاوض المتعارضة. فباعتبار أن الحرية هي مطلب أساسي لكل متفاوض، إلا أنه وجب أن تكون هذه الحرية في حدود عدم الإضرار بالطرف الآخر، بحيث ينعم الطرفان بالحرية و الأمان في نفس الوقت، و ذلك بضبط سلوك أطراف التفاوض و تقيدهم بمجموعة من الضوابط، يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية المدنية، إذ تلعب هذه الأخيرة دورا إيجابيا و فعالا في مرحلة التفاوض على العقد، فتساهم بشكل كبير في تحقيق الأمن و الطمأنينة للأطراف المتفاوضة، كما تكفل تعويضا عادلا في حالة وقوع ضرر ناتج عن قطع المفاوضات.

و عليه سندرس في هذا الفصل شروط قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات و آثارها في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: شروط قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

المبحث الأول: شروط قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

لقد عرف الفقيه بلانيول المسؤولية المدنية بأنها «عبارة عن ذلك الجزاء الذي يرتبه القانون على الإخلال بالتزام سابق»¹ فإذا كان مصدر هذا الالتزام هو الإرادة فهي مسؤولية عقدية، و هي التي تنشأ من الإخلال بما التزم به المتعاقد، و إذا كان مصدره القانون فهي مسؤولية تقصيرية و هي التي تترتب على ما يحدثه الفرد من ضرر للغير بخطئه²، و بما أن مرحلة المفاوضات هي مرحلة سابقة على إبرام العقد، فهي بذلك تعد مجالاً خصباً لاقتراف أطرافها أخطاء متعددة تلحق ضرراً بالطرف المقابل، مما يحمل المسؤول عنها المسؤولية المدنية بغض النظر عن طبيعة هذه المسؤولية.

و طبقاً للقواعد العامة يجب لقيام المسؤولية المدنية بصورتها العقدية و التقصيرية توافر ثلاث شروط و هي: الخطأ و الضرر و العلاقة السببية، و لذا سيتضمن هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: الخطأ.

المطلب الثاني: الضرر.

المطلب الثالث: العلاقة السببية.

المطلب الأول : الخطأ

1- أنظر: A.COHERIER, op.cit., p 145.

2- أنظر: عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، ط 7، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2002، ص 10.

بما أن المفاوضات هي مرحلة يتم فيها مناقشة و دراسة مسائل مختلفة بشأن العقد و شروطه و القيام بأعمال تحضيرية و فحوص فنية و دراسات قانونية و اقتصادية... الخ.

من أجل الوصول إلى وضع صيغة مشتركة لمشروع العقد المراد إبرامه في المستقبل.

و بما أن مرحلة التفاوض تخضع لمبدأ الحرية، إذ يمكن قطعها في أي وقت من طرف أحد المتفاوضين، لكن من المعروف أيضا أن الإرادة الفردية باعتبارها أساس نشأة الالتزام تفقد قيمتها إذا لم تراعى المبادئ القانونية العامة و لم تحترم في نشأتها مبدأ حسن النية.

لذلك نجد أن الفقه و القضاء اتفقا على أن مرحلة التفاوض من شأنها أن تفرض على الأطراف التقيد بالتزامات معينة تهدف إلى حماية مصالحهم و المحافظة على الثقة الناشئة بينهم خلال سير المباحثات في حال الانحراف عنها تعد خطأ يترتب عنه قيام المسؤولية المدنية.

و عادة ما يسمى الخطأ الذي يقع في مرحلة التفاوض بالخطأ ما قبل العقدي¹ (la faute précontractuelle) لأنه خطأ يقع أثناء تكوين العقد.²

فهناك نوعان من الأخطاء التي يمكن أن تحدث أثناء سير مرحلة المفاوضات، فالنوع الأول و هو موضوع بحثنا يتسبب في فشل التفاوض و يمنع إبرام العقد، أما النوع الثاني فهو على عكس الأول لا يعرقل التعاقد، بل يتسبب في وقوعه من خلال مساهمته في نجاحه و يؤدي إلى تكوين خاطئ للعقد أو ما يسمى (mal formation du contrat).³

أما عن تعريف الخطأ ما قبل العقدي، فيعرفه العميد Carbonnier بأنه الخطأ في طريقة التعاقد «Faute dans la manière de contracter».⁴

و عموما يعتبر الخطأ في مرحلة التفاوض هو عدم تنفيذ المتفاوض للالتزام على الوجه المعتاد⁵، لكن الإشكال هو في إيجاد معيار يأخذ به للإعتداد بالخطأ إذا اعتبر وضع معيار من طرف القضاة لضبط سلوك الأطراف خلال مرحلة التفاوض هو الأمر الأكثر تعقيداً.⁶

و لقد اتفق الفقه و القضاء على وضع معيار الرجل العادي⁷ (le bon père de famille) أي أن الخطأ يتمثل في الانحراف عن سلوك الرجل العادي.⁸

و بالتالي يكون سلوك المتفاوض خاطئاً إذا كان منافياً لسلوك الرجل العادي الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية التي تتم فيها المفاوضات.¹

1- voir : A.BETTAIEB, op.cit. p 3-8. أنظر:

2- أنظر: A.COHERIER, op.cit., p 145.

3- أنظر: A.BETTAIEB, op.cit. p 76.

4- Ibid, p 6.

5- أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 768.

6- أنظر: A.COHERIER, op.cit., p 2.168A.

3- أو ما يسمى بمعيار رب الأسرة الرشيد، أنظر بالتفاصيل حول هذا المعيار: عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التصديرية، (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه و قضاء النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 1996، ص 15 و ما يليها.

8- A.COHERIER, op.cit., p 4.168. أنظر:

هذا إذا كان المدين بالالتزام بشخصا عاديا، اما إذا كان شخصا مهنيا أو حرفيا فيختلف المعيار ليصبح معيار الرجل المهني الموضوع في نفس ظروف المدين.²

لكن كما رأينا في الفصل الأول من هذه المذكرة في مجال قطع التفاوض أن الفقه و القضاء الحديث بدأ يميل إلى ترسيخ معيار حسن النية لمعرفة السلوك الخاطئ في مرحلة المفاوضات.³

حيث اعتبر الأستاذ Gorphe أن حسن النية هو « بمثابة النموذج القانوني الذي يمثل الوسيلة التي تملئ على القاضي النوع المتوسط من السلوك الاجتماعي الصحيح بالنسبة لنوعية الأعمال التي يبث فيها».⁴

وقد ساير القضاء الفرنسي هذا الرأي، و اعتبر أن سلوك الأطراف خلال مرحلة التفاوض يجب أن يخضع لمبدأ حسن النية و ما يقتضيه هذا المبدأ من الاستقامة و الثقة و الأمانة في التعامل، و كل مخالفة لهذا المبدأ تشكل سلوكا خاطئا يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية.

-أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 126.¹

-أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق ص 769.²

-7³- أنظر: LE TOURNEAU, op.cit. P 485.

-أنظر: أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 168.⁴

و من الأمثلة التي تدل على هذا الرأي هو إجراء عدة مفاوضات مع عدد من الأشخاص في نفس الوقت بكيفية تجعل كل متفاوض يعتقد أنه الوحيد مع إخفاء أمر المفاوضات الموازية عنه، مما يولد الثقة المشروعة لدى الطرف المقابل في نجاح هذه المفاوضات، فيتحمل مصاريف باهضة لتسيير و الإعداد لإبرام العقد.

فالخطأ هنا لا يتمثل في القيام بعدة مفاوضات في نفس الوقت، لأن كل متفاوض حر في إجراء ما شاء منها ، بل الخطأ يتمثل في إخفائها عن الطرف المقابل و إيهامه بقرب التعاقد معه، و في هذا الصدد حمل فقه القضاء في فرنسا²¹⁶ الشركة التي أطالت المفاوضات، و أجرت مباحثات مع الغير دون إعلام الطرف المقابل المسؤولية التقصيرية على أساس المادة 1382 مدني فرنسي، و فحوى القضية أنه قامت شركة في الدخول في مفاوضات مع شركة بناء و أوكلت إليها بموجب رسالة نوايا مهمة دراسة تنفيذ المشروع و تقييم التكلفة المالية لإنجازه و لكنها كانت في نفس الوقت تجري مباحثات مع شركة أخرى منافسة و كلفتها ببناء العمارة دون أن تعلم شركة البناء الأولى، و اعتبرت المحكمة أن سلوك الشركة صاحبة المشروع خاطئاً يتنافى مع مبدأ حسن النية و ما يقتضيه من الاستقامة و الشفافية في التعامل.

و هكذا يعتبر حسن النية بما يتضمنه من سلوكات واجبة الإلتباع المركز الذي تدور حوله الإلتزامات المفروضة على المتفاوض في مرحلة المفاوضات، حيث يعد الإخلال به يشكل خطأ.

و عليه سننتظر في هذا المطلب إلى تحليل مبدأ حسن النية و ما هي أهم الإلتزامات المتفرعة عنه، كما نحاول أن نعرف الطبيعة القانونية للخطأ في مرحلة التفاوض (هل هو خطأ تقصيري أم عقدي) مع بيان حالات قيام المسؤولية التقصيرية و العقدية و ذلك في:

²¹⁶-C.A,Paris,04 Avril 1997,juris-data n° 0107, cité par B.BEIGNIER, op.cit., p 465. أنظر:

الفرع الأول: الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية.

الفرع الثاني: التكيف القانوني للخطأ.

الفرع الأول: الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية:

نظرا للدور الفعال و الإيجابي الذي يقوم به مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض باعتباره مبدأ يحكم سلوك الأطراف.

سنحاول أن نسلط الضوء على مضمون هذا المبدأ و تحديد طبيعته القانونية و معرفة أهم الالتزامات المتفرعة عنه فيما يلي:

أولا: مضمون المبدأ.

ثانيا: الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن نية.

ثالثا: أهم الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن نية.

أولا: مضمون المبدأ:

قبل أن نتطرق إلى مضمون مبدأ حسن النية يستحسن بنا أن نتوقف عند المعنى اللغوي لكلمة حسن النية (*la bonne foi*)، فالنية لغة: هي القصد و عزم القلب على شيء معين²¹⁷، أما الحسن لغة: من حسن الشيء تحسينا، أي زينه و جملة²¹⁸.

أما معيار الحسن و السوء، فهما عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين.²¹⁹

أما عن مضمون هذا المبدأ، فإن محاولة وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية في القانون المدني ليس أمرا سهلا و ذلك لتعدد أدوار حسن النية وتباينها في التصرفات القانونية هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن حسن النية تخلط فيها الأخلاق بالقانون.²²⁰

فالإعتداد بمبدأ حسن النية في القانون، يكفل تكريس قواعد الأخلاق، لذا نجد أن غالبية التشريعات، قد قننت حسن النية كمبدأ عام يحكم سلوك أطراف العقد يجب عليهم مراعاته في تعاملهم و تصرفاتهم.²²¹

1- أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات، في الفقه الإسلامي و القانون المدني المصري، (دراسة مقارنة)، (د.ن)، القاهرة، 1997، ص 86.

-أنظر: نفس المرجع ص 39 و ما يليها. ²¹⁸

-أنظر: نفس المرجع ص 86 و ما يليها ²¹⁹

-أنظر: نفس المرجع ص 80. ²²⁰

- أنظر: حسام الدين الصغير، المرجع السابق، ص 53. ²²¹

غير أنه لم يوضع تعريف موحد لفكرة حسن النية، و في هذا الشأن برز اتجاهان في تعريف مبدأ حسن النية.

الاتجاه الأول: المفهوم الذاتي أو الشخصي لمبدأ حسن النية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون يعتد بحسن النية باعتبارها حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، أو هي ذلك الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط (Croyance Erronée) الذي يتولد في ذهن شخص ما²²². حيث يرى أنصار هذا الاتجاه بأن القانون يجب أن يعتمد على مقاصد الأطراف في تعريف حسن النية²²³.

و بهذا المفهوم فإن حسن النية يعكس حالة نفسية لشخص اعتقد أنه يسير وفق القواعد القانونية بينما الحقيقة عكس ذلك²²⁴.

و المفهوم الذاتي لحسن النية هو المقصود بحسن النية في إطار قواعد الحيازة و الالتصاق و البناء فوق ملك الغير، فحسن النية في هذه الحالات يتمتع بمركز قانوني لا يتمتع به ساء النية²²⁵.

الاتجاه الثاني: المفهوم الموضوعي لمبدأ حسن النية:

إن أصحاب هذا الإتجاه يرون أنه لا يجب إصاق مفهوم حسن النية بنية الأطراف بل لابد من إحقاق مفهوم حسن النية بمفهوم موضوعي²²⁶، و لذا فإن حسن النية حسب المفهوم الموضوعي يرتدي ثوبا أخلاقيا خالصا و يتمثل في تلك الأحكام الاجتماعية التي تفرض على الأشخاص إتباعها و التمسك بالنزاهة و الاستقامة في التعامل²²⁷.

حيث يرى سلاي أن حسن النية بالمفهوم الموضوعي هو « مثل أعلى يمكننا عند الضرورة إحلالة محل إرادة الأطراف »²²⁸.

فحسن النية بالمفهوم الموضوعي يمكننا من تقدير العلاقات القانونية من زاوية أخلاقية لتسليط الجزاء على التصرفات المخالفة للنزاهة و الثقة و

-أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 84. ²²²

3- أنظر: حسين بن سليمة، حسن النية في تنفيذ العقود (حسب أحكام الفصل 243 من المجلة المدنية التونسية)، تعريب محمد بن سالم، المطابع الموحدة مجموعة سراس، تونس، 1993، ص 24.

-أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 82²²⁴

5- إن القانون المدني الجزائري فرق في الجزاء بين حسن النية و سوء النية في مجال الحيازة إذ منح امتيازات للحائز حسن النية لم يمنحها للحائز السوء الفيه و في هذا الشأن أنظر المواد: 808 و 814، 824، 825، 826 ق.م.ج، و كذا نص المادة 791 ق.م.ج المتعلقة بالالتصاق . و نفس الحكم بالنسبة للبناء فوق ملك الغير انظر المواد: 784 و 785 ق.م.ج، و هذا ما أقرته كذلك المحكمة العليا في قرار رقم: 48167 بتاريخ 1988/10/26، المجلة القضائية، عدد 3، سنة 1990، ص 23، 26.

-أنظر: حسين بن سليمة، المرجع السابق، ص 29. ²²⁶

-أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 86. ²²⁷

-أنظر: حسين بن سليمة، المرجع السابق، ص 29. ²²⁸

الإستقامة في المعاملات، و عليه يصبح مبدأ حسن النية حسب هذا المفهوم، يعبر عن قيمة خارجية تتعدى نفسية المتعاقد و تتمثل في الأعراف الجاري العمل بها أو قاعدة السلوك الاجتماعية أو المنطق المتبع في الحياة الاجتماعية.²²⁹

و أساس إعطاء بعد أخلاقي لحسن النية هو من أجل فرض استقرار المعاملات و البعد عن مشقة البحث عن عوامل نفسية.²³⁰

و لذا فإن الشريعة الإسلامية قد أخذت بالمعيار الموضوعي، بحيث جعلت النية لب التصرفات و قوامها وما التعبير إلا دليل عليها يقبل إثبات العكس.²³¹

و مبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي المتقدم باعتباره قاعدة للسلوك، هو الذي يفرضه القانون، كلما تعلق الأمر بتفسير العقد أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه و المعتاد في هذه الأحوال أن يتقرر هذا المبدأ بموجب نص صريح.²³²

من خلال التعريف الموضوعي و الشخصي لمبدأ حسن النية، فإنه لا يمكننا أن نأخذ بتعريف دون الآخر في تقدير حسن النية أو سوءها بالرجوع إلى نية المتعاقد من خلال اعتبارات نفسية بحتة بل لابد أن يتبلور ذلك في سلوك يتم تقديره بما تفرضه المعاملة و أصول الشرف في التعامل، فحسن النية يجب تقديره بعنصرين معا (العنصر النفسي و الموضوعي) و هما متكاملان، حيث يعتبر العنصر الموضوعي دليلا على العنصر النفسي لكنه دليل يقبل إثبات العكس.²³³

لكن يثور التساؤل عما إذا كانت المراحل السابقة على التعاقد تخضع لمبدأ حسن النية؟ و خصوصا أنه في فترة التفاوض يسعى كل طرف إلى تحقيق مصالحه على حساب الطرف الآخر، فلإجابة على هذا السؤال لابد من أن نعرف موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ حسن النية فمضمون حسن النية له طابع مميز في الشريعة الإسلامية و مختلف عن كافة الشرائع الوضعية، فعلى الرغم من عدم استعمال الفقه الإسلامي لهذا المصطلح إلا أن مضمون حسن النية و دوره في المعاملات في الشريعة الإسلامية أكثر عمقا و أوسع

²²⁹- j.GESTIN,op.cit, p 203-2-أنظر:

-أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 86²³⁰

-أنظر: نفس المرجع، ص 99.²³¹

²³²- و هذا هو الشأن في المادة 3/1134 من التقنين المدني الفرنسي، و المادة 1/107 من التقنين المدني الجزائري، و قد كرس مبدأ حسن النية من خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أنظر قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 1990/11/15 تحت رقم: 52061، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1993، ص 113.

و كذا المادة 1/148 من التقنين المدني المصري، و المادة 13 من التقنين المدني التركي و المادة 203 من التقنين التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية.

-أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 99²³³

نطاقاً من كل الأنظمة القانونية، فهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بقواعد الأخلاق التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ عن قواعد التشريع الإسلامي.²³⁴

و إذا حاولنا أن نلتمس لمبدأ حسن النية في التصرفات أساساً في القرآن الكريم، فإننا نجد فيضاً من الآيات التي تبرهن و تدل في مجموعها على رسوخ هذا المبدأ في كتاب الله عز و جل و منها قوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » سورة النساء، الآية رقم 57 و يقول سبحانه « يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله و الرسول و تخونوا أمانتكم و أنتم تعلمون » سورة الأنفال، الآية رقم 27 و يقول جل شأنه « و الذين هم لأماناتهم و عهدهم راعون » سورة المؤمنون، الآية رقم 8.

أما السنة المطهرة فقد جاءت مرسخة لمبدأ حسن النية في العديد من الأحاديث النبوية²³⁵، و قد أخرج الترمذي بسند صحيح أن النبي صلى الله عليه و سلم قال « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين و الصديقين و الشهداء ».²³⁶

و هكذا يتضح لنا من دلالة النصوص السابقة و عموم ألفاظها أن الشارع الحكيم قد فرض على الأفراد لاسيما منهم المتعاقدين أو الذين هم في إطار إبرام العقد الالتزام بمبدأ حسن النية و ما يقتضيه من الصدق و الأمانة و النزاهة في التعامل و التي تتجسد في الالتزام بالإعلام و الالتزام بالنصيحة و الالتزام بالمحافظة على الأسرار و غير ذلك من الالتزامات التي تتفق مع حسن المعاملة.

و بذلك يكون للشريعة الإسلامية الأولية في هذا الصدد على القانون الوضعي، فقد أرست التزامات الأطراف المتفاوضة منذ ما يزيد على أربعة عشر قرناً من الزمان، غير أنها لم تظهر في القانون الوضعي إلا حديثاً.

أما التقنيات الوضعية، فإنها كرست مبدأ حسن النية في مجال تنفيذ العقد في حين أنها لم تضع نصاً يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في مرحلة التفاوض وخصوصاً أن المراحل السابقة لإبرام العقد أصبحت لا تقل أهمية عن مرحلة تنفيذه لا سيما في عصرنا هذا و بالأخص في مجال عقود نقل التكنولوجيا و عقود التجارة الدولية.²³⁷ إلا أن هناك قلة نادرة من التقنيات نصت صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض كالتقنين المدني الإيطالي في المادة 1337، كما أن هناك بعض

-أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 94.²³⁴

2- لمزيد من التفاصيل حول مشروعية حسن النية في التصرفات في السنة المطهرة أنظر: نفس المرجع، ص 126-156.

²³⁶-أنظر: محمد خليل الخطيب، خطب الرسول صلى الله عليه و سلم (574 خطبة من كنوز الدرر و جوامع الكلم)، دار الفضيلة، القاهرة، 1993، ص 191.

-أنظر: عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 376.²³⁷

التشريعات نظمتها في قانونها المدني باعتباره مبدأ عاماً²³⁸، كالقانون المدني السويسري (المادة 1/2) و الهولندي المادة 2/6 و التقنين المدني الياباني المادة²³⁹ 1.

و لذا فإن الفقه و القضاء في فرنسا، سلما بأن حسن النية باعتباره ضابط أخلاقي للسلوك يعتبر أحد المبادئ التي تحكم المرحلة ما قبل العقدية²⁴⁰. أما عن موقف المشرع الجزائري رغم أنه لم ينص صراحة على مبدأ حسن النية في المرحلة ما قبل العقدية إلا أنه كرس ذلك ضمناً في نص المادة 2/86 ق.م.ج التي تنص « يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة» حيث اعتبر المشرع السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا و عليه يحوز إبطال العقد، و يمكن المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 2/86 نجد أن المشرع الجزائري تحدث عن الجزاء في حال مخالفة حسن النية في المرحلة ما قبل عقدية و الذي يؤدي إلى إبرام عقد معيب إذ اعتبر أن العقد في هذه الحالة قابل للإبطال و يمكن تعويض المتضرر على أساس المسؤولية التقصيرية.

فالسؤال الذي يطرح نفسه هل يسرى مبدأ حسن النية في حال التفاوض الذي ينتهي بالعدول و بالتالي لا يبرم العقد؟

من الناحية المنطقية لا محل للفرقة بين الحالتين فهما يدخلان في إطار مرحلة واحدة و هي مرحلة ما قبل العقد، غير أن الجزاء يختلف بحسب ما إذا كانت المفاوضات قد انتهت بالتعاقد أم لا.

فإذا انتهت المفاوضات بالتعاقد، فإن الجزاءات العقدية يمكن أن تطبق و إن فشلت المفاوضات فلا محل إلا للمسؤولية التقصيرية²⁴¹، و في حالات استثنائية المسؤولية العقدية.

ففي الحالتين يكون التقييم منصبا على سلوك سابق للتعاقد و أساس الأخذ بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض هو أن تكون المفاوضات ساحة للتعامل بأمانة و شرف و نزاهة و ليست ساحة للأكاذيب و الخداع.

-أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 123.²³⁸
- كما تنص المادة 1/7 من مبادئ عقود التجارة الدولية على أنه « يجب على كل طرف أن يتصرف وفق لما تقتضيه حسن النية

و الأمانة في التعامل في التجارة الدولية» أنظر في هذا الشأن: حسام الدين الصغير، المرجع السابق، ص 64.
-B.BEIGNIER, op.cit. p 464.²⁴⁰ 3-أنظر:

-أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 99.²⁴¹

فصور الخطأ في مرحلة في مرحلة التفاوض و التي سنراها لاحقا تكون نتيجة لمخالفة مبدأ حسن النية.

ثانيا: الطبيعة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن النية:

يشكل مبدأ حسن النية سواء أثناء التفاوض أو عند إبرام العقد التزاما و ليس واجبا عاما، فهو التزام حقيقي له دائن و مدين و محل و سبب ينشأ بمجرد دخول الطرفين في مفاوضة، في حين أنه يتقيد بالواجب العام، في أي وقت و اتجاه أي شخص، و مصدر حسن النية هو اتفاق التفاوض و هو التزام تبادلي²⁴²، فيكون كل طرف في المفاوضة حريصا على مصالح المتفاوض الآخر كحرصه على مصالحه الشخصية.

أما عن طبيعة هذا الالتزام، فقد يبدو للوهلة الأولى أنه التزام ببذل عناية لكن إذا فحصنا جيدا هذا الالتزام نجد أن التفاوض يوجب على المتفاوض أن يكون حسن النية أثناء التفاوض، بحيث لو علم أحد طرفي المفاوضة أن الطرف الآخر لن يكون حسن النية لامتنع حتما عن الدخول معه في مفاوضات و بذلك يكون التفاوض بحسن النية هو التزام بتحقيق نتيجة²⁴³، و لا يجوز للمتفاوض أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل ما في وسعه ليكون حسن النية، لأن حسن النية كل لا يتجزأ، إما أن يكون الشخص حسن النية أو سيء النية و لذا يجب عدم الخلط بين الالتزام بالتفاوض بحسن النية و بعض الالتزامات المتفرعة عنه كالتزام بمواصلة التفاوض الذي يعد التزاما ببذل عناية، بمفهوم آخر أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية، لا يعني البتة أن يكون المتفاوض ملزما بإبرام العقد النهائي، لأن ذلك من شأنه المساس بحرية التعاقد.²⁴⁴

ثالثا : أهم الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية:

رأينا فيما تقدم أن الالتزام بالتفاوض بحسن النية هو التزام رئيسي ينشأ بمجرد دخول طرفين في مفاوضة، و يتفرع عن هذا الالتزام مجموعة من الالتزامات القانونية التي من شأنها تنظيم سير عملية المباحثات و إلزام المتفاوضين بإتباع سلوك النزاهة سواء وقع التوصل إلى إبرام العقد أو لم يقع ذلك، و هو سلوك قد ينتج مباشرة عن مبدأ حسن النية أو ينظمه الأطراف حين يلتزمون بمتابعة التفاوض و قد ينشأ في أحيان أخرى عن التزام يكرسه القانون يتمثل في الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد.

-أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 419. 242

-أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 420. 243

-C.A, paris, 13 Mai 1988. 244-4-أنظر:

- الالتزام بالاستمرار في التفاوض:

إن الاتفاق على التفاوض سواء كان صريحا أو ضمنيا، لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي بالفعل بل يظل كل متفاوض متمتعاً بكامل حريته في التعاقد من عدمه.

غير أن هذه الحرية المطلقة في التفاوض يمكن أن تكون مصدرا للتعسف، ولذلك اعتبر الفقيه MAZEAU أن الحرية السائدة في مرحلة التفاوض هي حرية محروسة (Liberté surveillée).²⁴⁵

و لذا فإنه ينشأ التزام قانوني على عاتق طرفي المفاوضة بالاستمرار في التفاوض و هو التزام يفرض على أطراف التفاوض بذل كل ما في وسعهم من جهد لمواصلة التفاوض و في حقيقة الأمر أن الالتزام بالاستمرار في التفاوض²⁴⁶ وضع لإيجاد توازن بين اعتبارين مختلفين، فالاعتبار الأول يتمثل في حماية الطرف الذي وثق بجدية المفاوضات، أما الاعتبار الثاني فيتمثل في حماية الطرف الآخر من أن يجبر على عقد لا يريده، تحت تهديد الالتزام بالتعويض.²⁴⁷

أما عن طبيعة الالتزام بالاستمرار في التفاوض، فهو مجرد التزام ببذل عناية²⁴⁸، و ليس التزاما بتحقيق نتيجة، حيث يلتزم المتفاوض فحسب ببذل العناية اللازمة للاستمرار في التفاوض بهدف إنجازه دون أن يلتزم بإبرام العقد النهائي فعلا، فهو ملزم بأن يواصل التفاوض مع الطرف الآخر بحسن نية فلا يقوم بقطع المفاوضات فجأة و بدون مبرر مشروع أو أن دخوله التفاوض كان الغرض منه الحصول على معلومات سرية. و لذا فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض يفرض على المتفاوضين التزام آخر هو الالتزام بالتعاون (l'obligation de coopération) و ما يقتضيه من الجدية و يفرض هذا

²⁴⁵1-أنظر: M.D'AULTFOEUILE, et F.ZAUDER, contrats informatiques : ruptures des pourparlers

²⁴⁶2-أنظر: J.CEDRAS, op.cit., p 272.

-أنظر: محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 91.²⁴⁷

²⁴⁸1-أنظر: J.CEDRAS, op.cit., p 279

الالتزام في حال التفاوض بشأن بعض العقود التي تتطلب التعاون بين أطرافها كعقود العمل و الإنتاج.²⁴⁹

إلا أن هناك جانب من الفقه و على رأسه الفقيه²⁵⁰ Starck يرى و ذلك بعد دراسته الأحكام في هذا الصدد، أن الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا ينشأ بمجرد بدء حالة التفاوض أي بمعنى آخر ليس لازماً أن كل مفاوضات تبدأ يجب أن تتوقف حتى تنتهي بالنجاح أو بالفشل و إلا كان في ذلك التزام على المفاوض أن يوقع العقد أو يقدم سبباً لعدم التوقيع، بل أن الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا يقوم إلا إذا اقترنت حالة المفاوضات بظروف من شأنها أن تبعث في نفس المفاوض من الثقة و الاحتمال المؤكد بقرب إبرام العقد النهائي.

و بمفهوم المخالفة لا يقوم الالتزام بالاستمرار في التفاوض إذا لم يتبين أن ثقة ما قد تولدت في نفس الطرف المتفاوض بأن العقد النهائي أمر محقق.²⁵¹

و عموماً ينجر عن عدم إحترام الالتزام بالاستمرار في التفاوض قيام المسؤولية المدنية و الواقع أن الالتزام بمواصلة التفاوض يزداد شدة كلما تقدمت المفاوضات و أوشكت على الإنتهاء بالنجاح، حيث يجب على المتفاوض أن يستمر في تفاوضه و لا يعدل عنه و إلا كان مخطئاً و بالتالي قيام المسؤولية المدنية.²⁵²

249-F.TERRE, ph. SIMLER, Y.LEQUETTE, op.cit., p 348. أنظر: 2-أنظر:

250-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 93.

251-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 93.

252-J.CEDRAS, op.cit., p 270. 1-أنظر:

كما يمكن اعتبار الالتزام بمواصلة التفاوض، التزام ناجع في غياب عقد التفاوض، حيث يذهب فقه القضاء إلى الحماية القانونية للعلاقات ما قبل التعاقدية تماشياً مع النزاهة و حسن النية.²⁵³

- الالتزام بالاعلام:

يؤدي الدخول في المفاوضات في الفترة السابقة على إبرام العقد إلى قيام حالة من الثقة المتبادلة بين الطرفين.

فالفقه و القضاء يريان أن هناك التزام حقيقي يقع على عاتق المتفاوض بأن يحيط الطرف الآخر علماً بكل ما يعرفه من ظروف العقد و إلا كان مسؤولاً²⁵⁴، و هو ما يسمى بالالتزام بالاعلام.²⁵⁵

و قد تنوعت الآراء حول أساس هذا الالتزام هل هو من قواعد الأخلاق أو فرض من اجل حماية الإرادة أو ناتج عن مبدأ النظرة الاجتماعية إلى العقد.

في الحقيقة الأمر أنه في العصر الحديث توجد إلى جانب الإرادة المعيبة (الغلط، الإكراه، التدليس و الغبن)، إرادة غير متكافئة بسبب الجهل أو عدم العلم أو النقص في المعلومات، و من ثم يصبح العقد في هذه الحالة عقد غير متوازن بسبب القوة التي يتمتع بها أحد الطرفين إتجاه الآخر.

و قد ظهرت الحاجة إلى الالتزام بالاعلام الذي يلقي على عاتق أطراف التفاوض أو المتعاقدين، بسبب تطور التشريعات التي تحمي المستهلك، و ذلك لعدم مساواة المعلومات عند إبرام العقد بين المحترفين و غير محترفين (profanes) و ذلك لحمايتهم، فكان لا بد من وجود التزام بالاعلام ما قبل عقدي.²⁵⁶

إن يعد الالتزام بالاعلام وسيلة لحماية طائفة من المتعاقدين الأضعف شأنًا بسبب نقص المعرفة.²⁵⁷

فالالتزام بالاعلام يفرض على كل متفاوض و منذ لحظة بدء المفاوضات، فهو التزام تبادلي²⁵⁸. يلزم كل متفاوض أن يتخذ موقفاً إيجابياً اتجاه المتفاوض الآخر فيطلع على كافة البيانات و المعلومات المتعلقة بالعقد المعزم إبرامه²⁵⁹، لا سيما في ظل عدم التعادل في المعلومات، و في هذا الشأن هناك عدة نظريات

-أنظر: محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 72. ²⁵³

- أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 76. ²⁵⁴

- لمزيد من التفصيل أنظر: نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 257 و ما يليها. ²⁵⁵

-A.BETTAIB, op.cit., p 6. ²⁵⁶-5-أنظر:

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 18. ²⁵⁷

-J.CEDRAS, op.cit., p 267, et B.BEGNIER, op.cit., p 463. ²⁵⁸-2-أنظر:

-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 77. ²⁵⁹

جاءت حول تحديد عدم المساواة بين الطرفين، فعدم المساواة لا تتمثل فقط في اختصاص أحد أطراف التفاوض دون الآخر، و لكن أكثر من ذلك هي عدم قدرة أحد الأطراف على التعبير بوضوح عن حاجياته²⁶⁰، و يتجسد هذا في العقود ذات التعقيد الفني و المالي كعقود نقل التكنولوجيا أو العقود التي تكون بين المحترف و غير المحترف مثال كالتفاوض حول شراء معدات الإعلام الآلي مع تاجر بسيط²⁶¹ و حتى يكون المتفاوض حسن النية، يجب عليه أن يقوم بإعلام المتفاوض الآخر بشفافية تامة.

و في هذا الصدد يجب أن نشيد بموقف المشرع الجزائري، مقارنة ببعض القوانين، ففي المادة 2²⁶²/86 التي سبق و أن أشرنا إليها، أنه اعتبر مجرد السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، يؤدي إلى إبطال العقد، فخرج المشرع هنا عن التعريف الكلاسيكي للتدليس الذي يتمثل في اللجوء إلى طرق إحتيالية تولد الغلط في ذهن المتعاقد، فيخفي عنه الحقيقة، إلا أن المشرع رأى أن مجرد السكوت عمدا يكفي أحيانا لقيام التدليس و يكون بذلك قد كرس الالتزام بالإعلام ما قبل العقدي في هذه المادة و ألزم المتفاوض بالشفافية و عدم الكتمان طيلة مرحلة المفاوضات.

أما في فرنسا لا يوجد ما يقابل نص المادة 2/86 ق.م.ج، إذ أنه و في ظل غياب النص القانوني، كان الفقه في البداية يتردد كثيرا في الإعراف بكون الكتمان تدليسا، و ذلك لأنه كانت تسيطر عليه النزعة الفردية التي تنادي بأن كل طرف يدافع عن مصالحه.²⁶³

لكن القضاء الفرنسي الحديث أصبح يقر بوجود التزام عام بالمصارحة و الشفافية في التفاوض و قد أيده في ذلك الفقه الحديث.²⁶⁴

فالالتزام بالإعلام القبل تعاقدي، يقوم و ينقضي في الفترة السابقة لإبرام العقد.

أما عن حدود هذا الالتزام، فقد حرص الفقه و القضاء على وضع حدود لهذا الالتزام و هي:

إن الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية، إذ يذهب الرأي الراجح في الفقه و يؤيده القضاء في ذلك أن الالتزام بالإعلام هو مجرد التزام ببذل عناية و ليس

260-B.BEGNIER, op.cit., p 464-4 أنظر:

261-Ibidem. 5- أنظر:

6- يقابل نص المادة 2/86 ق.م.ج الفصل 56 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية التي تتحدث عن الكتمان، أنظر: أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 126.

أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 425.²⁶³

264-C.LARROUMET, op.cit, p 318 et s. 1- أنظر:

التزاما بتحقيق نتيجة²⁶⁵، و ذلك لأن المدين يلتزم فحسب أن يفضي إلى الدائن بالبيانات و المعلومات التي تؤدي عادة إلى تمكينه من استخدام الشيء المتعاقد عليه الاستخدام الصحيح.²⁶⁶

إن الالتزام بالإعلام يقتصر فقط على البيانات و المعلومات التي يستحيل على المتفاوض الآخر العلم بها بنفسه، بمعنى وجب على المتفاوض الآخر الاستعلام بنفسه عن البيانات و المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه.²⁶⁷

و لذا فإن الالتزام بالإعلام يكون في حالة إذا كان الطرف الدائن أقل معرفة من المدين، فإذا كان الدائن محترفا يتفاوض مع مدين (بائع) غير محترف حول بيع سيارة فهذا لا يلتزم البائع أن يبين للمشتري المحترف إلا ما سأل عنه من معلومات تهمة على وجه الخصوص.²⁶⁸

و من أمثلة العقود التي تقوم على الثقة بين أطرافها و على المعلومات المتبادلة بينهم عقد الشركة المنظم في القانون المدني الجزائري في الفصل الثالث فهو من العقود التي تستوجب الثقة، و يعتمد المتفاوضون في تكوينهم لهذا العقد كلياً، على المعلومات التي يفضي بها الأطراف، و كل طرف ملزم بالإدلاء بالمعلومات التي تخصه و ذلك مراعاة لحسن النية و حتى ينشأ عقد يجعل أطرافه على دراية تامة بجزئياته و أبعاده، و يجنبهم السلبيات المترتبة عن كتمانهم للمعلومات الضرورية لإبرامه، إذ ليس من مصلحة الذين يهدفون إلى تكوين شركة ما بينهم إخفاء معلومات هامة تتعلق مثلاً بطبيعة الحصص كأن يخفي أحد المتفاوضين أنه تقدم بطلب قرض من البنك، إلا أن طلبه رفض و لم يخبرهم بذلك إلا ليلة إمضاء الوعد بالبيع، فهذا يضع بقية الأطراف في وضعية حرجة،- كما أنه أظهر سوء النية في مجريات التفاوض، الذي إنجر عنه الوضع الخاطئ و إعطاء معلومات غير صحيحة.²⁶⁹

و خلاصة القول إن الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد هو التزام المتفاوض بأن يقدم إلى المتفاوض معه كل المعلومات المهمة بالنسبة إليه و التي من شأنها أن تؤدي إلى قبول التعاقد الصادر عن إرادة حرة سليمة و واعية.²⁷⁰

الفرع الثاني: التكييف القانوني للخطأ:

إن الخطأ في مرحلة التفاوض يتمثل في إخلال المتفاوضين بالالتزامات التي تقيدهم خلال سير المفاوضات نحو تكوين العقد، و لا شك أن أهم صورة للخطأ

265-Ibid, p 338-2-أنظر:

-أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 439. 266

-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 79. 267

-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 79. 268

-B.BEIGNIER, op.cit., p 464-1-269-أنظر:

-أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 759. 270

في هذه المرحلة و أكثرها حدوثاً في الحياة العملية هي قطع المفاوضات بدون مبرر جدي إذ أن ذلك يعد إخلالاً واضحاً بالالتزام بالتفاوض بحسن النية.

فمبدأ حسن النية يهدف إلى تأمين عملية المفاوضات و المقصود هنا ليس حماية الرضا و لكن منع الخداع و التضليل الذي قد يؤدي إلى فشل المفاوضات و يلحق أضراراً بالطرف الآخر²⁷¹. ففشل المفاوضات في هذه الحالة يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية و هذا يؤدي بنا إلى طرح تساؤل حول الطبيعة القانونية للخطأ المرتكب أثناء مرحلة المفاوضات هل هو خطأ عقدي أم تقصيري؟

من البديهي أن يخضع تكييف الفعل المولد لقطع المفاوضات إلى نظام المسؤولية التقصيرية، لأن الخطأ إن وجد فهو خطأ ما قبل عقدي أي خارج العقد (Extracontractuelle)²⁷².

إلا أنه كما سبق و أن رأينا هناك تيار فكري و على رأسه الفقيه الألماني (إيرنج) اعتبر أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات تعد مسؤولية عقدية.

إلا أنه عموماً الفقه الحديث يفرق بين قطع المفاوضات الذي يكون في غياب اتفاق التفاوض و الذي يطبق عليه نظام المسؤولية التقصيرية و بين قطع المفاوضات الذي يتم بوجود عقود التفاوض²⁷³ و الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية و التي يحلو للأستاذ le TOURNEAU أن يسميها بنظام الإنحراف العقدي (la défaillance contractuelle)²⁷⁴.

أولاً: الخطأ التقصيري:

يقصد بالخطأ التقصيري بوجه عام الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالمعتدي²⁷⁵، و عليه فالضحية لخطأ ارتكب أثناء المرحلة التي تسبق إبرام العقد له الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية²⁷⁶. فهنا تختلف المسؤولية المترتبة على الخطأ التقصيري بين حالتين:

أ- قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب:

-أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 125. 271.
LE TOURNEAU, op.cit., p 480. -4- أنظر: 272.

P.COLOMBANI, la protection de l'idée à valeur économique -5- أنظر: 273.
(1^{ère} partie -B) mémoire soutenu à la faculté de Lille .

ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 484. -5- أنظر: 274.

-أنظر: عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 275.12.

ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 483. -2- أنظر: 276.

من المنطقي القول أنه ما لم يصدر إيجاب بالتعاقد خلال التفاوض، فإن قطع المفاوضات لا ينشئ أية مسؤولية باعتبار خضوع هذه المرحلة إلى حرية الأطراف، حيث قضت المحكمة التجارية لباريس أن « الحرية العقدية، تفرض حق رفض التعاقد، و حدود هذا الحق هو عدم التعسف و الذي يمكن تقديره عن طريق قواعد المسؤولية التقصيرية»²⁷⁷.

لكن هذا لا يعني أن حرية الأطراف في قطع المفاوضات حرية مطلقة بل يقتضي حسن النية من الطرفين إدارة المفاوضات بأمانة و نزاهة و هذا يفرض عليهم واجبا سلبيا يتمثل في عدم إتيان سلوك غير مشروع بإمكان الشخص الذي انتهجه الامتناع عنه و عدم اتباعه.²⁷⁸

فالمفاوض الذي يقطع المفاوضات خارقا مبدأ حسن النية ما قبل عقدي يكون قد تسبب في وقوع خطأ لأن هذا المبدأ هو معيار تحديد الخطأ، كما أن قطع المفاوضات يتخذ عدة صور تعد في مجملها مخالفة لمبدأ حسن النية و تشكل بذلك خطأ تقصيريا.

و لذا فقد اتفق الفقهاء على أن هناك مجموعة من الظروف و الوقائع التي تشوب قطع المفاوضات فتجعله خطأ و من أهمها:

– قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع (sans motif légitime) يعد خطأ²⁷⁹ فالأصل كما قلنا مرارا و تكرارا أن لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات و ذلك إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يهيمن على الفترة ما قبل العقدية.

لكن هذا لا يعني أن للأطراف المتفاوضة الحق في التعسف في استعمال آلية القطع، فحسن النية يقضي بأن يكون القطع لمبرر جاد و معقول.²⁸⁰

و عليه فإن قطع المفاوضات لا يعد خطأ إذا كان هناك ما يبرره، و هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ 25 مارس²⁸¹ 1992،

3-أنظر: Com. Paris, 27 juin 1996, cité par B.BEIGNIER op.cit.,

p 464«la liberté contractuelle implique de droit de ne pas contacter et la limite de ce droit est l'abus que l'on peut en faire lequel s'apprécie à la lumière des règles de responsabilité délictuelle»

–أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 125.²⁷⁸

J.CEDRAS, op.cit., p 279.-1²⁷⁹-أنظر:

2- لمزيد من التفاصيل أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 92، و حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 100، و نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص 138.

TGL.Paris, 25 Mars 1992, juris- data n°046931, cité par B.BEIGNIER, op.cit., p 464.-3²⁸¹-أنظر:

حيث قضى بعدم مسؤولية قناة تلفزيونية عن قطع المفاوضات مع صاحب حق النشر، حيث رأت المحكمة أنه لا يوجد أي تصرف غير نزيه لهذه القناة.

و في هذا الشأن صدر قرار عن الغرفة التجارية الفرنسية بتاريخ 07 أبريل 1998²⁸² حيث ألقى على عاتق المتفاوض الذي يريد قطع المفاوضات أن يجد سبب شرعي لكن في تعليق للأستاذ CHAUVAL على هذا القرار طرح تساؤل حول المرحلة التي تصل إليها المفاوضات فيعد قطعها بدون مبرر مشروع خطأ.²⁸³

و لذا فإن الغرفة التجارية الفرنسية و في قرارها اللاحق بتاريخ 21 جانفي 1999 و حسب تعليق CHAUVAL قد تخلت عن ضرورة فرض إيجاد مبرر شرعي لقطع المفاوضات بالأخص في الحالات التي لم تصل فيها المفاوضات إلى مرحلة متقدمة و لم تحدد ملامحها بعد، حيث لم يحدد أطرافها العناصر الأساسية للعقد المتفاوض بشأنه.²⁸⁴

إذن قطع المفاوضات بدون مبرر شرعي يجعل هذا القطع مكونا لخطأ و إضافة إلى هذا هناك عناصر أخرى تأخذ بعين الاعتبار في تقدير أن القطع خطأ منها:

— إن حسن النية و ما تتضمنه من أمانة تقتضي عدم دخول المفاوضات أو مواصلتها دون وجود نية جادة في التعاقد و عدم إشاعة آمال كاذبة في نجاح المفاوضات فالقطع الفجائي لمفاوضات دامت مدة طويلة و أنشأت لدى الطرف المقابل ثقة بقرب إبرام العقد يسميها شراح القانون المقارن بالثقة المشروعة (la confiance légitime) أو ما يسمى بالثقة المغلوطة و هي التي يكونها أحد المتفاوضين لدى الآخر فهي تشكل خطأ تقصيريا يترتب المسؤولية²⁸⁵ و تثبت الثقة المشروعة من خلال تحليل الظروف و الملابسات التي تحيط بالمفاوضات.

فلا شك أن وقت قطع المفاوضات، يلعب دورا لا يمكن تجاهله في القول بوجود خطأ في ذلك القطع، إذ أن تقدم المفاوضات (l'avancement des

²⁸²4-أنظر: -Com.7 Avril 1998, cité par P. Mousseron, op.cit.p5.

²⁸³5-أنظر: -P. Mousseron, op.cit.p5.

²⁸⁴6-أنظر: -Com.21 janv 1999 cité par P. Mousseron, op.cit.p5.

²⁸⁵1-أنظر: - Cass.18 juin 2002, juris-data n° 9915488 cité par M.D'HAULT FOEUIL et F.ZAUDER, op.cit, p3.

(pourparlers) و اقتربها من تحقيق غايتها يبعث في نفس الطرف الآخر ثقة مشروعة في نجاحها أو أن العقد في طريقه للانعقاد، فقطع المفاوضات في هذه الحالة يعد خيانة للثقة المتولدة لدى الطرف الآخر و في هذا الصدد قضت محكمة استئناف (RIOM) الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 10 جوان 1992 بأن «لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات، إلا أن القطع يكون خاطئاً إذا تم في وقت تكون فيه المفاوضات قد وصلت إلى درجة متقدمة للغاية تجعل الطرف الآخر يعتقد اعتقاداً مشروعاً أن العقد في سبيله إلى الانعقاد»²⁸⁶، و نفس الحكم قضت به محكمة استئناف فرساي صادر بتاريخ 21 سبتمبر 1995 في اعتبار أن قطع مفاوضات دامت لمدة 04 سنوات بشأن عقد مهم يعد قطعاً متعسفاً.²⁸⁷

لكن هذا لا يعني أن المتفاوض لا يستطيع قطع المفاوضات طالما وصلت إلى مرحلة متقدمة و إنما الصواب أنه يملك قطعها حتى و لو كان ذلك في آخر لحظة، لكن شريطة أن يكون هناك ما يبرر لهذا القطع في ذلك الوقت المتأخر.²⁸⁸

فكلما تقدمت المفاوضات كلما اقتربت من دائرة الخطأ و المسؤولية²⁸⁹، فالقاضي مطالب باتباع الدقة في تقدير الخطأ فالإعمال المطلق لمعيار الثقة المشروعة من شأنه المساس بمبدأ الحرية التعاقدية.²⁹⁰

فالمفاوض الذي تسرع في منح ثقته للطرف المقابل في حتمية التعاقد و أنفق مصاريف باهضة قصد الإعداد لتنفيذ العقد لا يعتبر ضحية لخطأ المتفاوض الآخر و خاصة إذا كانت صفته تحتم عليه عدم منح ثقته بسرعة في نجاح المفاوضات كأن يكون محترفاً (Professionnel) فإذا كان هذا الأخير ضحية يصعب عليه القول بأنه كان ألعوبة جاهل (Profane) أما إذا كان هو المسؤول عن القطع فمسؤوليته تقوم بسهولة.²⁹¹

و قد ذهب الأستاذ Cohérier في هذا الاتجاه حيث اعتبر « أنه لا يمكن للمحترف أن ينتظر نجاح كل المفاوضات التي يجريها ، بل عليه التنبؤ بوقوع الفشل مهما كان سببه، لذلك فإن المحترف لا يتحصل على تعويضات لأنها من

²⁸⁶ - أنظر: C.A RIOM, 10 juin 1992, cité par le ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 485.

²⁸⁷ - C.A Versailles, 21 sept.1995, cité par le ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 485.

²⁸⁸ - أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 601.

²⁸⁹ - أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 129.

²⁹⁰ - أنظر: أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 154.

²⁹¹ - ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 485, et A.BETTAIEB, op.cit., p 21.

المفروض أن تدخل ضمن نفقات مخاطر المؤسسة (Risque «D'entreprise»²⁹² .

– أحيانا قد يكون قطع المفاوضات يحمل في طياته سوء النية (la mauvaise foi) كالتفاوض بقصد الحصول على معلومات من الطرف الآخر بشأن نشاطه أو أسرار تخص صناعته²⁹³ .

فالاتجاه القضائي يدين الطرف المتفاوض الذي يقوم بإفشاء المعلومات المتحصل عليها من قبل الطرف الآخر على أساس غياب قواعد حسن النية في العلاقات التجارية²⁹⁴ .

كما أن مبادئ عقود التجارة الدولية في المادة 16/2 ترتب خطأ تقصيريا على من يستعمل معلومات سرية منحت له أثناء التفاوض و يدخل هذا ضمن المنافسة غير المشروعة²⁹⁵ .

كما تتجسد سوء النية في القطع المفاجئ للمفاوضات (la rupture brutale) و مثال ذلك أنه أحيانا و أثناء التفاوض يقوم أحد الطرفين بالقيام بنفقات للتحضير للعقد و يتفاجأ في آخر لحظة بقطعها من الطرف الآخر.

و في هذا الصدد قضت محكمة استئناف (Montpellier) في قرارها الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1998 الذي تلخص وقائعه فيما يلي: « إن ممول مسرح منتولبيه تفاوض مع مسير المطرب (Murray Head) من أجل إمضاء عقد لإنجاز عرض جماهيري فشرع منظم مسرح منتولبيه في بدء حملته بإلصاق البطاقات الإشهارية و بث رسائل إذاعية و لكن عن طريق البريد الموجه ثلاث أسابيع فقط قبل العرض تفاجأ بقرار ممول العرض بإيقاف العرض و عليه قضت محكمة استئناف مونتولبيه أن قرار الممول بوقف العرض جاء متأخرا و فجائيا بالنظر للتاريخ المحدد للحفل و على هذا الأساس حملت المسؤولية الشبه تقصيرية للممول و ذلك لعدم جديته في التعاقد²⁹⁶ و

²⁹² -A.COHERIER, op.cit., p 148. 4-أنظر:

²⁹³ - O.ITEANI, la rupture abusive des pourparlers portant sur la technologie, 2001. 5-أنظر:

CA Paris, 4 juin 1992, cité par le ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 485. -

²⁹⁴ -Cass.com. Avril 1997, cité par P. Colombani, op.cit., p2. 6-أنظر:

«Manque aux règles de bonne foi dans les relations commerciales».

²⁹⁵ - ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 486. 7-أنظر:

²⁹⁶ - 1^{er} Ch.Montpellier, 9 Décembre 1998, cité par P.MOUSERON, op.cit, p 5. 1-أنظر:

«Cette décision et tardive et brutale au regard de la date du concert et engage la responsabilité quasi délictuelle de Patrick Mazet du fait de sa légèreté coupable à ne pas contacter»

من بين الحالات كذلك التي تدل على سوء النية في قطع المفاوضات هي إبلاغ الشريك بقطع مفاوضات دامت مدة طويلة بمجرد مكالمة هاتفية²⁹⁷.

- وفي حالات أخرى قد تقطع المفاوضات على سبيل الكيد بالطرف الآخر و الإضرار به و هذا ما يسمى بنية الإضرار (l'intention de nuire) حيث اعتبر فقه القضاء في فرنسا أن نية الإضرار تمثل خطأ ما قبل تعاقدى تقصيري.²⁹⁸

و من صور التي تدل على نية الإضرار في قطع التفاوض هو أن يدخل أحد طرفي المفاوضة التفاوض من أجل تضييع فرصة هامة للتعاقد على الطرف المقابل.²⁹⁹

و الجدير بالذكر أن المسؤول عن قطع المفاوضات ليس بالضرورة من أخذ القرار بوضع حد للمفاوضات و بالأخص إذا كان هذا القرار نتيجة أفعال و تصرفات الطرف الآخر³⁰⁰، حيث يقوم هذا الأخير باستفزات غير معقولة كالتمسك بثمن مبالغ فيه إذا كان بائعا أو زهيدا إذا كان مشتريا، حتى يجعل المتفاوض معه يمل و يقوم بقطع المفاوضات فيبدو أنه هو الذي قطع التفاوض و المتفاوض الأول هو الضحية و الواقع أن هذا التصرف يتنافى مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التفاوض³⁰¹، و بالتالي يتعين على كل طرف أن يتقدم بمقترحات جادة تكون أدعى للقبول أو استمرار التفاوض و ليست مؤكدة الرفض.³⁰²

و لتحديد ما إذا كانت هذه الشروط التي يطرحها المتفاوض معقولة من عدمها يلجأ القاضي أو المحكم بوجه عام إلى إجراء المقارنة التقليدية بين مسلك المتفاوض و مسلك الشخص العادي.³⁰³

297-Cass 20Mars 1972- أنظر:

أشار إليه، أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 155.

18. p. cit., op. cit., L. BOYER, cité par 20 juin 1961, Civ 1^{er} - 298-3 أنظر:

أشار إليه، محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 78.

486. p. cit., Ph. LE TOURNEAU, op. cit., - 299-4 أنظر:

1- أنظر: Ibidem - 300

485. p. cit., ph. LE TOURNEAU, cité par 4 juin 1997, Civ 2^{ème} - 301-2 أنظر:

279. p. cit., J. cedras, - 302-3 أنظر:

4- أنظر: Ibidem - 303

- غير أنه في بعض الحالات ليس بالضرورة توافر سوء النية أو نية الإضرار للقول بأن قطع المفاوضات يعتبر خطأ بل يكفي الغفلة، فأحياناً نجد أن تصرف صاحب القطع يحمل في طياته استخفافاً بالأمر فهذا التصرف يكفي وحده لقيام المسؤولية و في هذا المعنى قضى مجلس النقض الفرنسي رفض طعن بالنقض لشركة قامت بقطع المفاوضات بعد أن تبين لها أن وضعها المالي لا يسمح لها بمواصلة المفاوضات و سبب رفض الطعن الذي تقدمت به الشركة من قبل مجلس النقض أن هذه الشركة بإهمالها لم تقم بدراسة مالية لأوضاع السوق قبل الشروع في مفاوضات و عليه حكم عليها بتعويضات.³⁰⁴

طبعاً و في جميع الأحوال فإن إثبات الخطأ محمول على المتضرر من فعل القطع باعتبار أن إثبات الالتزام يقع على الدائن طبقاً لنص المادة 323 ق.م.ج، و التي تنص على أنه « على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه».

أما عن أساس الخطأ التقصيري في المرحلة التي تسبق إصدار الإيجاب، فقد اعتبر فقه القضاء في فرنسا أن الخطأ التقصيري يستند إلى فكرة إساءة استعمال الحق.³⁰⁵ و هي نظرية فقه قضائية إذ لا يوجد نص في القانون المدني الفرنسي الحديث ينص على التعسف في استعمال الحق و يرجع ذلك لأن واضعي تقنين نابليون كانوا متأثرين بمبادئ الثورة الفرنسية و بنزعتها الفردية التي تقوم على تقديس حقوق الفرد فكان من الطبيعي خلو التقنين المدني الفرنسي من النص على فكرة إساءة استعمال الحق³⁰⁶، و هذا بخلاف الشأن بالنسبة للقانون المدني الجزائري إذ نص في المادة 124 مكرر على أنه « يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ».

كما أن القضاء المصري قيد استعمال الحقوق بتحقيق مصلحة جديّة و مشروعة لذويها بحيث يعد استعمالاً تعسفياً متى انتهت المصلحة في استعمال الحق أو كانت تافهة أو غير مشروعة، و لا يكفي أن يقصد صاحب الحق

³⁰⁴ - A.BETTAIEB, op.cit., p 20. - أنظر: 5-³⁰⁵ - T.G.I.paris, paris, 25 Mars 1992, précité. - أنظر: 1-³⁰⁶ - أنظر: عبدالحكم فودة، المرجع السابق، ص 107.

الإضرار بالغير بل يجب كذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما
يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي.³⁰⁷

و الغرض من أن القضاء الفرنسي يعتبر أن الخطأ الذي يتمثل في العدول
عن المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه خطأ قائم على نية الإضرار
أو الخطأ الذي يصاحبه سوء النية و ليس مجرد الخطأ العادي و ذلك لإيجاد
توازن بين فكرة الحرية التعاقدية و فكرة التعامل على أساس مقتضيات حسن
النية.³⁰⁸

و ما يجدر ذكره أن القضاء الجزائري لم يتعرض إلى حالة القطع التعسفي
للمفاوضات ليقر على ضوئها بوجود خطأ تقصيري، و ربما يعود ذلك إلى أن
المتفاوضين عادة ما يحسمون المشاكل المنبثقة عن سير المفاوضات رضائياً و
لا يلتجئون بذلك إلى القضاء، لكن في حالة عرض مثل هذا المشكل أمام
المحاكم الجزائرية، فإن الأسس القانونية متوافرة للإقرار بالخطأ التقصيري
للمتفاوض الذي قطع المفاوضات تعسفاً و ذلك من خلال المادتين 124 و 124
مكرر ق.م.ج.

و بخصوص نفس الموضوع فقد لاحظ الأستاذ le Tourneau أنه رغم
تزايد حجم المفاوضات و تداولها خصوصاً في عقود التجارة الدولية إلا أنه
لاحظ قلة المنازعات المتعلقة بالمفاوضات سواء تلك التي تعرض على محاكم
الدول أو هيئات التحكيم و لذا فإنه خلص بنتيجة أن دراسة موضوع قطع
المفاوضات تبقى دراسة نظرية أكثر منها تطبيقية.³⁰⁹

ب-قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب:

من المسلم أن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه أو التعديل فيه طالما لم
يصل إلى علم من وجه إليه، إذ حتى في هذه اللحظة يكون الإيجاب عديم الأثر
أي لا يصلح لأن يقترن به قبول، بل بإمكان الموجب أن يعدل عن إيجابه حتى
بعد وصوله إلى علم من وجه إليه ما دام لم يتم قبوله شريطة أن يكون هذا
الإيجاب غير ملزم و حتى و إن كان هذا الإيجاب غير ملزم (غير مقترن

-أنظر: عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 128.³⁰⁷

-أنظر: محمد شوقي شاهين، المرجع السابق، ص 193.³⁰⁸

-ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 485.³⁰⁹ 1-أنظر:

بميعاد) فإن حسن النية يفرض على الموجب واجب البقاء عليه فترة من الزمن تكفي لكي يتخذ الموجب له قرار بشأنه بعد شيء من الدراسة و التفكير.³¹⁰

إذ أن صدور الإيجاب يزيد من ثقة الطرف الآخر، الذي يحق له الاعتقاد في أن الموجب لن يعدل عن إيجابه قبل مضي الفترة الزمنية المعقولة و خاصة و أن الإيجاب يرتب حقا للموجب له في إنشاء العقد بقبوله له.³¹¹

فكما سبق و أن رأينا أن الإيجاب في مرحلة المفاوضات، يوصف بأنه إيجاب مشترك³¹²، و بالتالي فإن العدول عن الإيجاب يؤدي حتما إلى عودة الطرفين إلى طولة المفاوضات و كأن إيجابا لم يصدر و يتعين على الموجب أن يستمر في التفاوض وفقا لالتزامه بالتفاوض بحسن النية مع الطرف الآخر حتى يتم التوصل إلى إيجاب جديد.

أما إذا أصر الموجب عن العدول عن إيجابه و رفض المقابل أي عرض آخر فإنه بذلك يكون قد قطع المفاوضات في مرحلة متقدمة و ذلك لأن صدور الإيجاب ساهم في خلق ثقة مشروعة للطرف المقابل بقرب التعاقد. و إن إقرار المسؤولية التقصيرية في الإيجاب غير الملزم خاضعة لاجتهاد القاضي المطالب بالبحث عن وجود تسرع في سحب الإيجاب من عدمه و هي مسألة دقيقة.

أما إذا كان الإيجاب مقترن بميعاد للقبول صريحا كان أو ضمنيا، فهل يستطيع الموجب أن يعدل عن إيجابه قبل انقضاء الأجل؟

فالمادة 63 ق.م.ج، تلزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الأجل المحدد و إذا كان هذا الأجل ضمني فيستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

فالالتزام الموجب بالبقاء على إيجابه في الإيجاب المقيد بأجل هو التزام بتحقيق نتيجة³¹³. و لقد نظم المشرع طبيعة الإيجاب المقيد بأجل، و أساس الالتزام به هو الإرادة المنفردة للموجب، إلا أنه لم ينص على قواعد تتعلق بالمسؤولية الواجبة في صورة التراجع عن الإيجاب الذي لم يقترن بقبول بعد، و خاصة و أن قواعد المسؤولية العقدية لا يمكن أن تطبق في هذه الحالة لأن من شروط قيامها وجود عقد تام بين الأطراف، و أن تراجع الموجب عن نيته في

310-2- أنظر: ph. LE TOURNEAU, op.cit, p 486.

311- أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 129.

- في هذا الشأن أنظر بالتفصيل: الفصل الأول من هذه المذكرة، ص 35. 312

313- أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 129.

الالتزام بإبرام العقد، لا يجوز معه إجباره على إبرام اتفاق انصرفت إرادته عن إتمامه لأن ذلك يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية التي تهيمن على المرحلة ما قبل عقدية.

أما فيما يخص متلقى الإيجاب فهو حر في رفضه لكن قد يكون رفضه هذا تعسفيا و يستفاد ذلك من الظروف المحيطة بالرفض، إذ أنه لو كانت لديه نية مواصلة التفاوض لتقدم بشروط و اقتراحات جديدة.

و يتضح مما سبق أن صور الخطأ التقصيري و الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية تمثل التزاما بالامتناع عن عمل يوجب على الأطراف تدخلا سلبيا فقط و لا يتطلب منهم سوى الامتناع عن إتيان أي سلوك يتنافى مع حسن النية كقاعدة لسلوك.³¹⁴

ثانيا: الخطأ العقدي:

لاشك في أن المحصلة النهائية من تكوين علاقة تعاقدية وجوب تنفيذها و من ثم إذا أخل أحد طرفي هذه العلاقة بتنفيذ الالتزامات التي تثقل كاهله فإنه يكون مسؤولا تجاه المتعاقد معه و ذلك وفقا لقواعد المسؤولية العقدية.³¹⁵

و لقيام المسؤولية العقدية لابد من توافر ثلاث شروط هي: وجود عقد صحيح يربط بين المسؤول و المضرور و أن يقع من الطرف المسؤول الذي أخل بأحد التزاماته الناشئة عن هذا العقد ضررا للطرف الآخر المضرور³¹⁶،

-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 94.³¹⁴

- فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية في إطار الأسرة العقدية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992/1991، ص19.³¹⁵

- عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 14.³¹⁶

فعلى هذا النحو يعتبر الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي سواء كلياً أو جزئياً أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ المعيب.³¹⁷

و لذا فالسؤال الذي يطرح في موضوع بحثنا هذا هو هل إخلال المتفاوض بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عاتقه نتيجة للاتفاقات التمهيدية المبرمة خلال مرحلة المفاوضات يشكل خطأ عقدياً يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية؟

للإجابة على هذا السؤال لابد أن نسلط الضوء على الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل مرحلة المفاوضات ثم نحاول أن نحدد مدى قوتها الإلزامية.

أ- الاتفاقات التمهيدية التي تتخلل سير المفاوضات:

في الواقع أنه كثيراً ما يحتاج الطرفان قبل دخولهما في علاقة تعاقدية إلى التروي³¹⁸ و خصوصاً إذا كانت طبيعة العقد المراد إبرامه جد معقدة (كعقود نقل التكنولوجيا) لأن إبرام العقد النهائي يرتبط بظروف قانونية و اقتصادية و عملية لابد من تحققها و هي عقود تتطلب مرحلة طويلة من المفاوضات، و لأن الأطراف في مثل هذا النوع من المفاوضات يتكبدون نفقات كبيرة لدراسة العروض و السفر و التعاقد مع الخبراء³¹⁹ و لذا فإنه غالباً ما يلجأ الأطراف إلى عقود تمهد لإبرام العقد النهائي و في هذا الشأن عادة ما تقسم العقود التي تمهد إلى التعاقد إلى طائفتين تتعلق أولاهما مباشرة بمرحلة إبرام العقد النهائي و تسمى العقود التمهيدية المتعلقة بإبرام العقد النهائي³²⁰.

و من أهمها عقد الوعد بالتعاقد، أما عن العقود الحديثة التي تمهد لإبرام العقد النهائي فهي كعقد القرض الممهد لشراء عقار، و عقد الحجز على عقار هو عقد ممهد لعقد البيع.³²¹

و في هذا الخصوص يرى (Collart Détilleul) من أن هذه العقود ليست من عقود التفاوض و لا تتضمن تنظيمًا للمفاوضات بالمعنى الدقيق نظراً لاتصالها الوثيق بمرحلة إبرام العقد و لأنها كذلك تتوافر على عناصر العقد لاسيما العناصر الجوهرية و بالتالي الإخلال بها يترتب المسؤولية العقدية³²²، و هذا ما قضت به محكمة فرساي في قرارها الصادر بتاريخ 25 جوان 1993

- حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 268.³¹⁷

4- بخصوص أثر الحاجة إلى التروي في التعاقد على تقنية إبرام العقود و قوتها الملزمة أنظر بالتفصيل: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، (دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية)، جامعة الكويت، 1994، ص 24 و ما يليها.

- جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 163.³¹⁹

- محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 105 و محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 90.³²⁰

J.-L. BERGEL, les contrats préliminaires de réservation

1- أنظر: dans les ventes d'immeubles a construire unité ou dualisme, J.C.P, 1974, I, 2669.

2- أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 89.³²²

حيث اعتبرت أن العقود التحضيرية ترتب آثار عقدية على عاتق طرفيها³²³، و لذا فإننا نستبعد مثل هذه العقود من نطاق دراستنا.

أما الطائفة الثانية فتشمل العقود التمهيديّة المتعلّقة بمفاوضات العقد النهائي دون أن تمتد إلى مرحلة إبرامه³²⁴، فيعمد الأطراف في مثل هذه العقود إلى تنظيم المفاوضات و تهيئة أنسب الظروف و أكثرها ملائمة لإبرام العقد النهائي.

إذن و لضمان إطار قانوني للمفاوضات، يلجأ المتفاوضون إلى تقنية التنظيم الإتفاقي للمفاوضات و ذلك للدور الذي تلعبه هذه الأخيرة كحام لمصالح كل الأطراف من تعسف الأطراف الأخرى في إطار مرحلة المفاوضات³²⁵. و تنقسم هذه الاتفاقات بدورها إلى قسمين:

— أما القسم الأول يتعلق بالاتفاقات التمهيديّة المنشئة للالتزام بالاستمرار في التفاوض و أهم صور هذه الاتفاقات و أكثرها شهرة و شيوعاً ما يسمى باتفاق المبدأ (l'accord de principe)³²⁶.

و هي التسمية السائدة في الفقه و القضاء لبيان أن هذا الإتفاق ينظم من حيث المبدأ انعقاداً محتملاً لعقد مرتقب³²⁷.

و يعرف اتفاق المبدأ بأنه « اتفاق تمهيدي يلزم أطرافه بالبدا في التفاوض أو الاستمرار بالتفاوض بحسن نية بشأن عقد معين بهدف إبرامه في المستقبل³²⁸ ».

من خلال هذا التعريف يبدو لنا أن اتفاق المبدأ لا ينشئ التزاماً بإبرام العقد النهائي و إنما يرتب التزاماً بالتفاوض بحسن النية بهدف إبرام عقد أولى لم تتحدد عناصره بعد أو توفر بعضها و لكن بما لا يكفي لانعقاده³²⁹.

و في الحقيقة يرجع ظهور فكرة اتفاق المبدأ بهذا المفهوم إلى الحكم الشهير الذي أصدرته الدائرة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 مارس 1958.³³⁰

³²³-Cour Versailles,25 Juin 1993,juris-data n° 044474, أنظر: cité par B.BEIGNIER,op.cit,p 467

³²⁴-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 105.

³²⁵- محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 91.

³²⁶- و يسمى بالإنجليزي (morandum of undestanding) و قد ظهرت فكرة اتفاق المبدأ في المجال الدبلوماسي كمرحلة من المراحل الممهدة لإبرام المعاهدات الدولية في مجال القانون الدولي العام، ثم انتقلت الفكرة إلى القانون الخاص.

³²⁷-J.CEDRAS, op.cit, p 275. أنظر:

³²⁸-Voir : B.BEIGNIER, op.cit., p 466 et L.ROZES, op.cit,p 506. أنظر: 1-

³²⁹-C.LARROUMET, op.cit., p 265. أنظر: 2-

و تتلخص الوقائع التي انتهت إلى هذا الحكم في أن أحد العاملين بشركة رونو لصناعة السيارات كان قد ترك وظيفته بالشركة أثناء الاحتلال الألماني، ثم عاد عقب الاستقلال يلتمس العودة لعمله، فأفادته الشركة بأنها سوف تدرس إمكانية تشغيله ثانية إلى العمل بمجرد عودة الانتعاش إلى صناعة السيارات غير أنها لم تفعل.

و على إثر ذلك التجأ العامل للقضاء، فقضت محكمة السين بأن خطاب الشركة على هذا النحو يتضمن التزاما نهائيا في جانبها بإعادة المدعي إلى منصب عمله، غير أن الدائرة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية ألغت حكم محكمة السين مقرررة بأن خطاب الشركة لا يشكل سوى اتفاقا مبدئيا.

و من خلال تعليق العميد Carbonnier على هذا الحكم توصل إلى أنه من يقبل مبدأ التشغيل (عودة العامل إلى منصب عمله) يجب عليه أن يضع قبوله موضع التنفيذ عن طريق إجراء التحديدات اللازمة لذلك، و إلا كان غير ملتزما بشيء و من هنا جاءت مقولته الشهيرة « من يريد المبدأ لا بد أن يكون قد أراد نتائجه و إلا كان متصلا منه».³³¹

«qui veut la fin doit vouloir les conséquences, sinon il se délie du principe»³³²

و قد تواترت الأحكام القضائية المؤكدة على هذا الحكم³³³، و عليه استقر الفقه و القضاء في فرنسا على أن اتفاق المبدأ ينشئ على عاتق المتفاوضين التزاما اتفاقيا ، بالاستمرار في المفاوضات هذا من جهة، و إدارتها بحسن نية من جهة أخرى بهدف الوصول إلى اتفاق بشأن المسائل التي لم تتم مناقشتها بعد.³³⁴

و لا ريب أن التسليم بأثر الاتفاق المبدئي في إنشاء إلزام اتفاقيا بالتفاوض يجعل هذا الإتفاق داخلا في نطاق القانون فهو يشكل إذا تصرفا قانونيا يتضمن إرادة حقيقية.³³⁵

- حول تفاصيل هذه القضية لأنظر: محمد مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 261.³³⁰

- مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 262.³³¹

J.CEDRAS, op.cit., p 279.³³²-5-أنظر:

- أنظر بالتفصيل حول فكرة اتفاق المبدأ في القضاء: محمد مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 263-266.³³³

C.LARROUMET, op.cit., p 265.³³⁴-2-أنظر:

- أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 112.³³⁵

في هذا الشأن يجب أن نميز بين اتفاق المبدأ بصفته اتفاق مستقل يتخلل المرحلة السابقة على التعاقد و اتفاق المبدأ الذي يأتي في صورة تحفظ أو شرط يتضمنه عقد آخر و تلك هي الصورة المعتادة في المجال الصناعي و التجاري، و يتجسد ذلك تحفظا على الظروف الاقتصادية التي تم التعاقد على أساسها فيسمح بتعديل العقد على أثر تغير الظروف الاقتصادية، و ذلك بإعادة التفاوض على شروط العقد و جعله ملائما للظروف الجديدة و هو ما يسمى بشرط الظروف الطارئة³³⁶ (Clause Hardship). فهنا يعتبر اتفاق المبدأ التزام عقدي بشأن تنفيذ العقد و ليس إبرامه.³³⁷

كما يختلف اتفاق المبدأ عن الوعد بالترفضيل (le pacte de préférence) فإذا كان كلاهما ينشئ التزاما بتوجيه اقتراح بإبرام عقد مستقبل، غير أن اتفاق المبدأ يرتب التزاما نهائيا بالتفاوض، أي يلتزم الأطراف بالتفاوض إما في الحال أو في موعد معقول.

أما الوعد بالترفضيل لا يعدو أن يكون اتفاقا على الأفضلية في التفاوض يعطي المستفيد منه مجرد الحق أن يختاره الواعد قبل أي شخص من الغير ليتفاوض معه إذا ما قرر مستقبلا إبرام عقد معين.³³⁸

و عليه يستخلص مما سبق أن اتفاق المبدأ هو التزام بالتفاوض لإبرام العقد النهائي³³⁹، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض التجارية بفرنسا حيث قضت بنفي وصف العقد النهائي على اتفاق مبدئي على البيع لعدم اتفاق الأطراف بشأن الثمن و كيفية الوفاء به.³⁴⁰

و من بين كذلك الإتفاقات أو العقود التمهيديّة التي يمكن اعتبارها منشئة للالتزام بالاستمرار في التفاوض ما يسمى عقد الإطار (Contrat Cadre) و لو أنه مثل هذا العقد له وظيفتان الأولى هي إلزام المتفاوضين بالاستمرار في التفاوض و الثانية هي تنظيم المفاوضات.³⁴¹

في الواقع أن عقود الإطار شائعة التداول في مجال العلاقات الجماعية للعمل و في الميدان التجاري.

³³⁶-أنظر: نفس المرجع، ص 100.

³³⁷-J.CEDRAS, op.cit., p 283. 5-أنظر:

³³⁸-C.LARROUMET, op.cit., p 263 et C.PAULIN, op.cit., 513. 6-أنظر:

³³⁹-L.ROZES, op.cit., p 508. 7-أنظر:

³⁴⁰-Cass.Com.9 Juin 1980. 8-أنظر:

حكم أشار إليه محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 108.

³⁴¹- L.BOYER, op.cit., p 19. 1-أنظر:

و حول مجال عقد الإطار أنظر بالتفصيل: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 108.

فأحياناً يكون هناك تعامل مستمر بين شركة أو مؤسسة و أحد العملاء كما لو كان العميل يطلب بصفة دورية بعضاً من منتجات الشركة ففي الوضع العادي يجب على العميل أن يبرم عقد مع الشركة عن كل صفقة على حدى و عادة ما تكون هذه الشروط كثيرة و متكررة بحيث يقتصر الاختلاف بين عقد و آخر على الكمية و الأسعار، أما الشروط المتعلقة بطريقة التسليم و الضمانات و طريقة دفع الثمن و كيفية الوزن و المحاسبة و المسؤولية العقدية و غيرها موحدة في جميع العقود³⁴²، و لذا فإنه تلجأ الشركات الكبرى إلى إبرام عقد تمهيدي مع العميل يسمى عقد الإطار، يتفق فيه على كافة الشروط الموحدة في جميع العقود المستقبلية التي سيدخل فيها الطرفان مستقبلاً³⁴³ و هي عقود التطبيق أو عقود التنفيذ.

و يتميز عقد الإطار بهذا المعنى عن العقود اللاحقة التي يمهد لها فهو يختلف عن العقود التنفيذية اللاحقة، فهو عقد واحد تتبعه عقود تنفيذية مستقلة يتطلب إبرامها تراصياً جديداً بين الطرفين في كل مرة.³⁴⁴

و عليه فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية صراحة بأن عقد الإطار ما هو إلا تمهيدا لبيع أو خدمات مستقبلية لم تحدد بعد كمياتها أو أسعارها أو إمكانيات توريدها.³⁴⁵

و بالرغم من الاستقلال من حيث التكوين بين عقد الإطار و العقود التنفيذية اللاحقة فإن كل ذلك يشكل مجموعة عقدية يربطها هدف اقتصادي واحد³⁴⁶، غير أنه طرح الإشكال حول الطبيعة القانونية لعقد الإطار و هي معرفة ما إذا كان هذا العقد نوعاً من عقود التوريد أو عقود بيع أو عقود تقديم خدمات أو هي مجرد عقود تضع إطاراً ملزماً للتفاوض عند إبرام العقود التنفيذية.

و قد عرضت هذه العقود على محكمة النقض الفرنسية فقضت في البداية أن هذه العقود ليست عقود بيع بالمعنى الدقيق، و لكن هذا لا يمنع من أنها تنفذ

-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 109. ³⁴²

أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 109 ³⁴³

-أنظر: نفس المرجع، ص 109. ³⁴⁴

-Cass.Com.15 Octobre 1968-³⁴⁵5-أنظر:

أشار إليه، محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 109.

-أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 480. ³⁴⁶

فيما بعد عن طريق سلسلة من العقود التنفيذية مما يتطلب تحديد الثمن أو الإتفاق على أسس تحديده في عقد الإطار و إلا كان باطلا.³⁴⁷

ثم عدلت المحكمة عن أساس هذا الحل و هو البطلان و قضت بأن القاعدة العامة في محل العقد أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين و من ثم يبطل أي عقد لم يحدد الثمن و الكميات سواء كان بيعاً مباشراً أو بيعاً تنفيذياً لعقد من عقود الإطار العام.³⁴⁸

لكن أثار هذا الحكم جدلاً كبيراً في الفقه الفرنسي حيث قبل البعض هذا الأساس على اعتبار أنه يؤكد على حماية القانون للمتعاقد الذي يخضع لتحكم المنتج في تحديد الأسعار، بينما يرى البعض الآخر أن هذه العقود ليست بيعاً بل هي نوع من عقود تنظيم المفاوضات.³⁴⁹

و واقع الأمر أن عقود الإطار لا تعد عقوداً بالمعنى التام فهي لا تفرض التزاماً محدداً على عاتق أحد من الطرفين بأن يبيع أو يورد إلى الآخر شيئاً معيناً و بثمن معين و لكن يمكن القول أنها عقود تمهد لعقود أخرى و من ثم فإن عقد الإطار يلزم كل من الطرفين بإتباع ما ورد فيه من شروط عند إبرام عقود جديدة مستقبلية و لكنه في نفس الوقت لا يلزم أحدهما بتوقيع هذه العقود. إذن هذا فيما يتعلق بالعقود التمهيدية المنشئة للالتزام بالاستمرار في التفاوض.

³⁴⁷-Cass.Com.27 Avril 1971. 2-أنظر:

أشار إليه محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 110.

³⁴⁸-Cass.Com.11Oct 1978. 3-أنظر:

أشار إليه محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 110.

-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 110³⁴⁹

– أما عن القسم الثاني و المتعلق بالاتفاقات التمهيديّة المنظمة لمراحل التفاوض، فهي اتفاقات تمهيديّة يلجأ إليها الأطراف لتحقيق المزيد من الأمان و الاستقرار و ذلك من خلال تنظيم خطوات التفاوض ذاتها و ذلك بصياغة و تحديد المسائل التي اتفقوا بشأنها في كل مرحلة من مراحل التفاوض و إفراغها فيما يسمى بالاتفاقات أو العقود الجزئية (les contrats partiels).

و يمكن تعريف العقد الجزئي بأنه « اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات يحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الإتفاق بشأنها».³⁵⁰

إذن فالهدف من إبرام العقود الجزئية هو لتحديد النقاط التي توصل فيها المتفاوضون إلى اتفاق بشأنها حتى يتجنبوا العودة إليها مجدداً، فيحددوا من خلالها المراحل اللاحقة للعقد.

و لذا نجد تأصيل فكرة العقد الجزئي تعود إلى نظرية الإتفاق المرحلي التي نشأت في الفقه الألماني، ثم شاع اعتناقها في دول عديدة مجاورة، إذ يرى أنصار هذه النظرية أن المفهوم التقليدي لأسلوب إبرام العقد من إيجاب يعقبه قبول مطابق لم يعد ملائماً للعديد من العقود الحديثة لاسيما الدولية التي تقتضي مفاوضات بشأنها، لذا يرى هؤلاء أن عملية تكوين العقد تتضمن مراحل متتابعة كل مرحلة تعقبها مرحلة أخرى و تقتضي موافقة مستقلة و يمكن أن تكون محلاً لاتفاق.³⁵¹

و لذا غالباً ما يستعمل الفقه مصطلح الإتفاق المرحلي³⁵² (punctation) للدلالة على العقد الجزئي، إذن الإتفاق المرحلي يلقى على عاتق الأطراف اتفاقاً مرحلياً ملزماً لهم.³⁵³

و غالباً ما يشترط الطرفان أن الإتفاق المرحلي الذي توصلوا إليه أثناء التفاوض لا يكفي بذاته لانعقاد العقد النهائي، بل يعلقا انعقاد العقد على التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل المؤجلة الباقية قيد المناقشة.³⁵⁴

و عليه يجب أن نميز بين صورتين الأولى كون العقد الجزئي جزءاً من عقد واحد³⁵⁵ كعقد البيع أو الإيجار، فإذا توصل الأطراف إلى اتفاق مرحلي حول جميع المسائل الجوهرية لإبرام عقد معين و لم يبق سوى المسائل

L.BOYER, op.cit., p 19. ³⁵⁰1-أنظر:

- في هذا الشأن أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 142 و ما يليها.³⁵¹

L.ROZES,op.cit,p 507. ³⁵²3-أنظر:

-أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 143.³⁵³

-أنظر: جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، 175.³⁵⁴

أنظر:-محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 153.³⁵⁵

التفصيلية و مع ذلك يعلقا إبرام العقد على التوصل إلى اتفاق بشأن هذه المسائل الثانوية ففي هذه المرحلة يكون العقد الجزئي غير نافذ كاتفاق نهائي و إنما يكون معلقا على شرط واقف هو المسائل المؤجلة³⁵⁶، و من الألفاظ التي يستعملها المتفاوضين لتدليل على أن العقد الجزئي غير نافذ لا سيما في العقود الدولية عبارة (Subject to contract) ³⁵⁷.

أما الصورة الثانية هي كون العقد الجزئي جزءا من مجموع عقدي³⁵⁸، فإذا كان الطرفان يتفاوضان حول مجموعة عقود سواء كانت ذات طبيعة واحدة أو من طبيعة مختلفة و توصلا عن طريق الإتفاق المرحلي إلى إبرام أحد هذه العقود إلا أنهما اتفقا على تعليق نفاذ العقد على إبرام العقود الأخرى، ففي كلتا صورتين ينتج عن الإتفاق المرحلي الالتزام بمواصلة التفاوض في المسائل المؤجلة و إذا لم يتوصل الطرفين إلى اتفاق ففي هذه الحالة يعتبر الإتفاق المرحلي لاغيا من نفسه.³⁵⁹

لكن الإشكالية تكمن في حالة سكوت الطرفين حول مسألة تحديد القيمة القانونية للاتفاق المرحلي أو الجزئي، فهل يعتبر هذا الإتفاق كافياً لانعقاد العقد النهائي أم لا؟

في الواقع أن القانون المدني الجزائري لم يعالج هذه الإشكالية ضمن المادة 65 ق.م.ج و هذا حذو القانون الفرنسي الذي سكت حيال هذه المشكلة إذ لم يتضمن نصا خاصا في هذا الشأن على غرار بعض القوانين الأخرى منها كما ذكرنا في الفصل الأول القانون المدني الألماني (BGB) في المادة 154 منه الذي نص صراحة على أن الإتفاق على بعض الشروط لا يكفي لانعقاد العقد حتى لو كانت تلك الشروط هي الشروط الرئيسية و تم صياغتها كتابة، طالما أنه قد ثبت أن مضمون العقد وفقا لما أعلنه أحد الأطراف يشمل أمورا أخرى غير تلك التي تم الإتفاق بصدها فتظل مرحلة ما قبل التعاقد قائمة حتى تمام الإتفاق على كافة المسائل الداخلة في مضمون العقد.

غير أن القضاء الفرنسي سلط الضوء على هذه المشكلة و انتهى إلى القول أن الإتفاق على المسائل الجوهرية يعتبر كافيا لانعقاد العقد حتى و لو كانت هناك مسائل ثانوية معلقة طالما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، و هذا ما أكدته بعض الأحكام القضائية منها قرار 14 جانفي 1987 الذي قضى بأن « البيع يتم بين الأطراف بمجرد الإتفاق على الشيء المبيع و الثمن و في حالة عدم الإتفاق

-أنظر: نفس المرجع، ص 143.³⁵⁶

-A.LAUDE, op.cit., p 556.³⁵⁷ -4-أنظر:

- أنظر: -محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 157.³⁵⁸

-J.CEDRAS,op.cit, p 280.³⁵⁹ -6-أنظر:

النهائي على العناصر اللاحقة المتعلقة بالبيع يعتبر عقد البيع قد انبرم، إلا إذا اتفق الأطراف على تأخير تكوين العقد حتى الإتفاق على المسائل التفصيلية».

و يعتبر من العقود الجزئية ما يعرف بخطاب النوايا (lettre d'intention) بحيث يدون فيه الأطراف ما تم التوصل إليه من خلال مفاوضاتهم، و هو يختلف عن خطاب النوايا المصرفي الذي توجهه الشركة الأم إلى البنك الذي يتعامل مع الشركة الفرع و فيه تلتزم الشركة الأم بضمان الفرع في إطار عملية محددة و محسوبة لفترة زمنية معينة.

و إذا كان لفظ النوايا يثير لأول وهلة شكوك حول القيمة العقدية لهذه الخطابات و مدى قوتها الإلزامية، غير أن العبرة بالمضمون الذي تحتويه و ليس بالأوصاف التي يطلقها عليها الأطراف، و يقوم القاضي أو الحكم بتقدير ما إذا كان خطاب النوايا يتضمن اتفاقاً أم لا.³⁶⁰

و قد يترجم المتفاوضون اتفاقاتهم الجزئية في شكل ما يسمى « البروتوكول الإتفاقي» أو « Protocol d'accord »³⁶¹، و اختلفت الآراء حول مضمون البروتوكول الإتفاقي فهناك من اعتبره « عقد حقيقي ملزم للجانبين فهو يحمل في طياته الشروط الأساسية للعقد الرئيسي و إن اقتصر لبعض التفاصيل التي ترتبط بكيفية تنفيذه».³⁶²

و هناك من عرفه بأنه « اتفاق على التفاوض بشأن عقد»³⁶³، و عليه فالتعريف الثاني للبروتوكول الإتفاقي و الذي يعتبر أن هذا الأخير مجرد تصرف سابق على العقد هو رأي منطقي يتماشى مع إرادة الأطراف التي لا تقبل بوجود عقد في مرحلة التفاوض.

أما الصورة الثانية من الاتفاقات التمهيدية و التي يعتمد الأطراف من خلالها إلى تنظيم مرحلة التفاوض و هي ما يسمى بالعقود أو الاتفاقات الوقتية (les contrats temporaires) و يلجأ إلى هذا النوع من العقود في حالة التفاوض على العقود المهمة كعقود نقل التكنولوجيا و سميت بالوقتية لأنها محددة بفترة إجراء مرحلة المفاوضات و الهدف منها إنشاء التزامات تقع على عاتق الأطراف خلال مرحلة المفاوضات³⁶⁴، و نذكر منها الإتفاق الذي ينشئ التزاماً

J. CEDRAS, op.cit., p 277. -1- أنظر:

- أنظر: جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 181.³⁶¹

- أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 182.³⁶²

- أنظر: نفس المرجع، ص 182.³⁶³

- أنظر: نصيرة بوجمعة سعدي، المرجع السابق، ص 132.³⁶⁴

بكتمان السر و عدم استخدام المعلومات التي كشف عنها خلال المباحثات³⁶⁵، أو الإتفاق القصر (Accord d'exclusivité) الذي من خلاله يمنع عل طرفي المفاوضة إجراء مفاوضات موازية مع طرف منافس خلال مدة محددة.³⁶⁶

ب-مدى القوة الإلزامية للاتفاقيات التمهيدية:

في الواقع إن السؤال الذي يثير الجدل حول القيمة القانونية للاتفاقيات التمهيدية المتعلقة بمرحلة المفاوضات هذا من جهة و من جهة أخرى هل تعتبر هذه الإتفاقيات بمثابة عقود؟

و ما هو الجزاء المترتب في حالة الإخلال بها؟

في الحقيقة يصعب القول وجود التزام عقدي في مرحلة المفاوضات باعتبارها مرحلة تسبق إبرام العقد، حتى أن بعض الفقهاء أنكروا وجود علاقة تعاقدية في هذه المرحلة و اعتبروا أن المتفاوض لا يمكن اعتباره طرفاً في العلاقة العقدية مما يحول دون مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء عملية التفاوض و ذلك بمقتضى دعوى المسؤولية العقدية.³⁶⁷

غير أنه لا أحد ينكر أهمية هذه الإتفاقيات و دورها في ترتيب التزامات على عاتق المتفاوضين و التقييد من الحرية المطلقة في مرحلة المفاوضات، فبالنسبة للاتفاق المبدأ بوصفه اتفاق تمهيدي منشئ للالتزام بالاستمرار في التفاوض فقد استقر الفقه و القضاء على أهميته سواء على المستوى الدولي أو الداخلي.³⁶⁸

و بما أن اتفاق المبدأ كما رأينا لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي و إنما يلزمهم بالتفاوض بحسن نية.

فللوهلة الأولى يبدو لنا أنه يرتب التزاماً على عاتق المتفاوضين بالاستمرار في التفاوض بحسن نية غير أن مراعاة الدقة تقتضي القول أن هذا الالتزام يتألف من شقين:

الشق الأول هو بدء التفاوض و هو التزام بتحقيق نتيجة بحيث يعد المتفاوض مخطئاً إذ هو امتنع عن الدخول في مفاوضات دون الحاجة إلى إثبات إهماله أو سوء نيته.³⁶⁹

³⁶⁵-F.TERRE, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE, op.cit,p 185. 2-أنظر:

³⁶⁶- Ibidem. 3-أنظر:

-أنظر: فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص 150.³⁶⁷

- أنظر:جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 168.³⁶⁸

-أنظر: محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 107 و ما يليها.³⁶⁹

و عليه فإن رفض الدخول في المفاوضات أو المشاركة فيها ليس خطأ تقصيرياً لكنه يشكل إخلالاً بالتزام عقدي بالتفاوض³⁷⁰ و نفس الحكم بالنسبة للرفض المستمر لشتى الاقتراحات المطروحة للتعاقد دون التقدم باقتراحات مضادة أو تقديم مقترحات غير جادة.³⁷¹

و يكون الإقتراح جادا إذا كان مناسباً مع موضوع العقد و أهميته الاقتصادية وفقاً للظروف المحيطة و العادات و الأعراف السائدة في كل مهنة.³⁷²

أما الشق الثاني هو الاستمرار في التفاوض بحسن نية و هو التزام ببذل عناية متبادل على عاتق الطرفين و يقضي من أطراف المفاوضات اتخاذ موقف إيجابي يسهل إدارة المفاوضات لإبرام العقد النهائي.³⁷³

و إذا كان الالتزام بالاستمرار في التفاوض كقاعدة عامة، التزمًا ببذل عناية غير أنه قد يصبح في بعض الفروض التزمًا بتحقيق نتيجة و ذلك تبعاً لطبيعة العمل الذي يكون ملزماً بالقيام به أو الإمتناع عنه بمقتضى الإتفاق أو العادات التجارية³⁷⁴، و مثال ذلك التزم المفاوضات بتحديد موقفه تجاه مسألة ما في المفاوضات قبل فوات الأجل المعين³⁷⁵، كما يتضمن الإتفاق المبدئي واجباً إيجابياً يقتضي على الأطراف الالتزام بالجدية في التفاوض للوصول إلى إبرام العقد النهائي، و ذلك بتقديم مقترحات جادة و إجراء دراسات مختلفة تدفع المفاوضات إلى الأمام و عدم الركون إلى مواقف سلبية.³⁷⁶

و عليه فإن وجود اتفاق المبدأ يسهل على القاضي إضفاء وصف الخطأ على قطع المفاوضات³⁷⁷، و معنى ذلك أن اتفاق المبدأ يوفر أساساً عقدياً للمسؤولية عن قطع المفاوضات مما يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.³⁷⁸

و يفترض لتطبيق الجزاء العقدي إخلال المدين بتنفيذ التزامه و يتحدد الإخلال بهذا الالتزام بمقارنة السلوك الفعلي للمفاوض بذلك الذي يفرضه عليه مضمون التزامه وفقاً لمعيار الشخص العادي.³⁷⁹

370 - J.SHC MIDT-SZALEWSKI, op.cit, p 32. - أنظر: 2- أنظر:

371 - أنظر: جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 171.

372 - J.CEDRAS, op.cit., p 279. - 4- أنظر:

373 - أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 131.

374 - J.CEDRAS, op.cit., p 280. - 6- أنظر:

375 - Ibidem. - 7- أنظر:

376 - أنظر: جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 170.

377 - C.LARROUMET, op.cit., p 265. - 1- أنظر:

378 - J.CEDRAS, op.cit., p 282. - 2- أنظر:

أما عن القوة الإلزامية للاتفاقات التمهيدية المنظمة لمرحلة التفاوض فهي تختلف من اتفاق لآخر حسب طبيعة الالتزام الذي تتضمنه هذه الاتفاقيات، فالاتفاق الجزئي أو المرحلي كما تقدم سالفاً أنه من خلاله يعمل الأطراف على تدوين ما تم الإتفاق بشأنه حفاظاً على مصالحهم، و لكي ينتقلوا إلى النقاط المتبقية في العقد للتفاوض بشأنها لكن هذا من دون أن يعني ذلك قيام أية علاقة تعاقدية.

لكن هذا لا يعني أنه إذا اكتسبت هذه الاتفاقات الطبيعية العقدية باعتبارها جزءاً من العقد النهائي و لم يتوصل الأطراف إلى إبرام العقد النهائي أن تفقد هذه الإتفاقات كل قيمة قانونية.

و في هذا الخصوص يتجه الفقه إلى أن هذه الإتفاقات تولد التزامات من طبيعة خاصة شبه عقدية.³⁸⁰

أي يمكن مساءلة من يخرقها عن الأضرار التي تتولد عن ذلك و لكن لا يلزم أي طرف بإبرام العقد النهائي بأي ثمن.³⁸¹

أما عن القيمة القانونية لرسائل أو خطابات النوايا فقد اختلفت الآراء حول طبيعتها فهل هي مجرد التزام أدبي أم هي التزام مدني يقيد صاحبه؟³⁸²

فبعض الفقه و على رأسه Fontane اعتبرها التزامات أدبية أما البعض الآخر منهم NAJJAR اعتبرها التزاماً مدنياً بتحقيق نتيجة.³⁸³

أما البعض الآخر فيرى أن رسائل النوايا تمثل تقنية تفاوضية من طبيعة خاصة، و في الحقيقة هي عبارة عن علامات أو إشارات يتم من خلالها تحديد المراحل التي تم تجاوزها من المفاوضات فلا يمكن الرجوع عنها دون أن يثير ذلك مسؤولية الطرف الذي يرغب في الرجوع، فهي وسيلة لتدعيم سير المفاوضات وجديتها و نفس الحكم بالنسبة للبروتوكول الإتفاقي الذي يعد وسيلة للتأكيد على جدية التفاوض و لإبراز النية الحقيقية للأطراف في الوصول إلى العقد النهائي.

فكل من رسائل النوايا و البروتوكولات الاتفاقية و باعتبارهما يتضمنان تدوين ما تم من مراحل المفاوضات، تسهل مهمة الأطراف في إثبات الجهد

-أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 131³⁷⁹

-أنظر: جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 175.³⁸⁰

-أنظر: نفس المرجع، ص 175.³⁸¹

-أنظر: أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 40.³⁸²

-أنظر: نفس المرجع، ص 40.³⁸³

الذي تم بذله في تلك المراحل و النفقات التي تكبدها الأطراف و تكون بذلك سنداً لإثبات مسؤولية الطرف الآخر الذي تخلى عن التفاوض بدون مبرر معقول.³⁸⁴

أما الإتفاقات المؤقتة فهي تنشئ التزامات متنوعة تبعا لتنوع مضمونها³⁸⁵ ، فالعقد أو الإتفاق المؤقت يرتب التزامات محددة بمراعاة النزاهة كالتزام بعدم إجراء مفاوضات منافسة مع الغير و هو التزام بالامتناع عن القيام بعمل و يعد التزاما بتحقيق نتيجة، فلولا وجود مثل هذا الإتفاق المؤقت فإن قواعد حسن النية لا تمنع المتفاوض من إجراء مفاوضات موازية مع الغير إذا كان الطرف الآخر عالماً.³⁸⁶

و عموماً فإن عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقود المؤقتة يشكل خطأ في ذمة الطرف المخل بالالتزام و يعتبر هذا الخطأ عقدياً و المتفاوض الدائن بهذا الالتزام معفى من إثبات الخطأ لأنه مفترض بمجرد عدم تحقق النتيجة المتعهد بها.

فمن خلال تحليلنا إلى مدى القوة الإلزامية التي تتمتع بها الإتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وجدنا أن هناك صعوبة في تحديد طبيعة هذه العقود حتى أن MOUSSERO «اعتبر أن هذه الإتفاقات باعتبارها عقود أولية (Avant contrats) هي بمثابة أحجار و أكياس اسمنت ملقاة على أرض معدة للبناء فلا يمكنها أن تكون على تلك الحالة منزلاً أولياً. و أننا نكون بصدد مرحلة ما قبل العقد و لسنا مع عقود و ذلك مهما بلغت درجة التشابه مع العقود فإن إتفاقات التفاوض تبقى متخلفة عنها».³⁸⁷

و عليه لا بد من الاعتراف بأن تأصيل التزام الأطراف في مرحلة التفاوض ليس بالأمر السهل، حيث رأينا اختلاف الفقه بشأن هذه المسألة إلا أن تأكيد وجود الالتزام هو هدف جماعي و عام.

و تظل أقرب النظريات إلى الصواب تلك التي تنادي بتأكيد التزامات الأطراف في هذه المرحلة على أساس شبه عقدي أي من خلال التزام من طبيعة مدنية يرتبط بالمفاوضات العقدية و يرتب آثار المسؤولية التقصيرية عند خرقه.

-أنظر: جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 184.³⁸⁴

-أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 497.³⁸⁵

-أنظر: محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 169.³⁸⁶

-أنظر: أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 71.³⁸⁷

و خلاصة القول أن الإتفاقات التمهيدية التي تخلل سير المفاوضات سواء للتمهيد أو لتنظيم المفاوضات تعد مجرد مرحلة من مراحل التفاوض أين الإرادة التعاقدية تكون في طريقها إلى التعاقد.

المطلب الثاني: الضرر

إن ثبوت الخطأ في جانب المفاوض لا يكفي لقيام المسؤولية بل لابد من وجود ضرر ناتج مباشرة عن ذلك الخطأ و تربطهما علاقة سببية، فالضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أو عقدية، فإذا انتفى الضرر فلا مسؤولية و لا تعويض³⁸⁸، و هذا ما أكدته المادة 124 من ق.م.ج، حيث اشترط المشرع الجزائري بصفة قاطعة ضرورة توافر الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية.³⁸⁹

و لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى :

الفرع الأول: أنواع الضرر.

الفرع الثاني : الشروط التي يجب توافرها في الضرر.

الفرع الأول: أنواع الضرر:

قد يكون الضرر ماديا يصيب المضرور في جسمه أو ماله و هو الغالب الوقوع³⁹⁰، و قد يكون أدبيا يصيب المضرور في عاطفته أو شعوره أو كرامته أو شرفه و عليه يمكن تعريف الضرر بأنه « ذلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له»³⁹¹.

فالضرر المادي في المفاوضات هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص و يتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بمصلحة مشروعة للمتضرر (intérêt légitime) و هي حسب القانون المدني الجزائري هي تلك المصلحة التي لا تتعارض مع النظام و الآداب العامة المنصوص عليها في المادتين 96 و 97 ق.م.ج.

و عليه فإن الضرر المادي في المفاوضات يتمثل في تلك الخسارة التي تلحق بالمتفاوض المضرور من نفقات الانتقال أو الإعداد للتفاوض من دراسات و

1-أنظر: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع — الإثراء بلا سبب و القانون)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 142.

- أنظر: قرار المحكمة العليا، 15 نوفمبر 1989، تحت رقم: 56439، المجلة القضائية، العدد2، 1990، ص14.³⁸⁹

- أنظر: عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 143.³⁹⁰

-أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 143.³⁹¹

استشارات قانونية و عمليات حسابية، و قد يدخل فيها ما يتكبده لإعداد مكان التفاوض، كما قد يتمثل الضرر في الوقت الذي أضاعه في المفاوضات بدون جدوى.³⁹²

أما الضرر الأدبي: « هو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية فهو يصيب الشخص في كرامته أو شعوره أو شرفه أو في عاطفته».³⁹³

و قد توسع القضاء في مفهوم الضرر الأدبي إذ اعتبر الضرر الأدبي كل ما يصيب الشخص من أذى من جراء السب و القذف و إيذاء السمعة.³⁹⁴

لكن الإشكال الذي كان قائما هو حول كون الضرر الأدبي موجبا للتعويض أم لا؟

و لذا ثار جدال في فرنسا حول هذه المسألة و على أثره اتفق الفقه و القضاء على أن الضرر الأدبي يوجب التعويض.³⁹⁵

و قد أقره كل من القانون المدني المصري في المادة 222 و القانون المدني السوري في المادة 223³⁹⁶، و هذا ما تداركه المشرع الجزائري في التعديل الأخير للقانون المدني إذ نص في المادة 182 مكرر « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة».

أما عن الضرر الأدبي الذي يمكن أن يصيب المتفاوض في مرحلة المفاوضات فيتمثل في كل ما يمس المتفاوض في سمعته و مكانته كأن يؤدي قطع المفاوضات إلى الإساءة إلى السمعة التجارية للمتفاوض المضرور أو يستولي المتفاوض المسؤول عن القطع على أسرار تتعلق بصنع المبيع أو يجني منفعة معنوية من أفكار مفاوضه³⁹⁷، و سواء كان الضرر الذي أصاب

-أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 711.392

-أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 148.393

أنظر:- نفس المرجع، ص 149.394

4-أنظر: محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام،(القواعد العامة و الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري و القانون المدني الجزائري و القانون المدني الفرنسي)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 109.

-أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 109.396

-أنظر: أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 160.397

المتفاوض المضرور أدبيا أو ماديا فإن عبء إثباته يقع عليه لأنه الدائن بالالتزام و يثبت الضرر بكافة الطرق³⁹⁸ و ذلك لأن الضرر واقعة مادية.

و يقدر القاضي التعويض طبقا لنص المادة 131 المعدلة من ق.م.ج «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.»

أما إذا كانت هناك اتفاقات تمهيدية ابرمها المتفاوضين بشأن الاستمرار في التفاوض أو تنظيمه، فهي تسهل مهمة الأطراف و القاضي في إثبات وقوع الضرر.

الفرع الثاني : الشروط التي يجب توافرها في الضرر:

للاعتداد بالضرر يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط و هي:

– يجب أن يكون الضرر محققا لقيام المسؤولية و الضرر المحقق هو الضرر الذي يجب أن يكون قد وقع فعلا أو سيقع حتما³⁹⁹ فالضرر المحقق الوقوع في المستقبل في حكم الضرر المحقق و جب التعويض عنه.⁴⁰⁰

و من أمثلة الضرر المحقق الوقوع هي تلك النفقات التي تحملها المضرور فعلا منها نفقات الإقامة و الانتقال بسبب المفاوضات و أجور بيوت الخبرة التي استعان بها لهذا الغرض.⁴⁰¹

أما عن الضرر المتمثل في ما فات المتفاوض المضرور من كسب فمن الصعب تقبله في كل الحالات في المسؤولية ما قبل العقدية إذ أن القول به يعني في الوقت نفسه أننا نرتب أثرا على عقد لم يبرم بعد، إذا الكسب المراد تعويضه هو ما كان يأمل المضرور تحقيقه من وراء إبرام العقد، أما و أنه لا يوجد حديث عن عقد في المرحلة السابقة على التعاقد بل ينصب الكلام عن خطأ

2-أنظر: و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 جوان 1987، تحت رقم: 49174، المجلة القضائية، عدد 3، 1990، ص 27.

- أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 858.³⁹⁹

- أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 161.⁴⁰⁰

J.CEDRAS, op.cit., p 282-⁴⁰¹5-أنظر:

ترتب عليه قطع المفاوضات أو توقفها قبل أن تؤدي إلى إبرام عقد، فإنه من المقبول في هذه الحالة هو تعويض المضرور من توقف المفاوضات أو فشلها عما لحقه من خسارة بسبب هذا الفشل أو ذلك التوقف. أما عن النتائج أو المكاسب التي كان ينتظر تحقيقها بعد إبرام العقد فليس هناك مجال لتعويضها⁴⁰² و هو يختلف عن تعويض تفويت الفرصة الذي يعرض عنه.

— كما يجب أن يكون الضرر مباشرا و ذلك بأن يكون نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه و هو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة المدين المتفاوض أو يتوقاه ببذل جهد معقول و هذا ما نصت عليه المادة 182 ق.م.ج، أما الضرر غير المباشر فلا يلتزم المدين المتفاوض بالتعويض عنه و ذلك لانقضاء العلاقة السببية بينه و بين خطأ هذا الأخير و مثال ذلك كأن يترتب على فشل التفاوض وضياع الصفقة من التاجر المتفاوض أن تسوء حالته و يعجز عن سداد ديونه، فيشهر إفلاسه و تصفى أمواله قضائيا، فهذه الأضرار غير مباشرة لا يعرض عنها لأنه كان يستطيع أن يتفادها ببذل جهد معقول كأن يحاول البحث عن صفقة أخرى.⁴⁰³

— أما عن شرط أن يكون الضرر متوقعا أو غير متوقعا فهو يختلف حسب نوع المسؤولية، فإذا كانت المسؤولية عقدية فيجب أن يكون الضرر متوقعا حسب نص المادة 2/182 ق.م.ج و هو ذلك الضرر الذي يمكن توقعه وقت إبرام الإتفاقات التمهيديّة المتعلقة بمرحلة المفاوضات ما عدا حالتى الغش و الخطأ الجسيم.

أما إذا كان المتفاوض المسؤول مسؤولية تقصيرية فهنا يلتزم بتعويض الضرر المباشر كله سواء كان هذا الضرر متوقعا أو غير متوقعا و ذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.⁴⁰⁴

و فضلا عن ذلك فإن المتفاوض لا يستطيع في اتفاق التفاوض اشتراط إعفائه من مسؤوليته التقصيرية التي يمكن أن تقوم بمناسبة قطع المفاوضات فهذا الشرط يقع باطلا و لا يعتد به و ذلك طبقا لنص المادة 4/178 ق.م.ج و التي تقضي بأنه « يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن

Ibidem. -1⁴⁰² -أنظر:

-أنظر: رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 613.⁴⁰³

⁴⁰⁴ - أنظر: يري الدكتور محمود جلال حمزة أن التعويض عن الضرر المتوقع و غير المتوقع لا يتعلق بنوع المسؤولية عقدية أو تقصيرية بل العبرة في التقاء الدائن و المدين أو عدم التقائهما سابقا، و على هذا النحو إذا اسقطنا هذا الرأي على مرحلة المفاوضات فالمتفاوض المسؤول سواء كانت مسؤوليته تقصيرية أو عقدية يسأل عن الضرر المتوقع فقط لأن المتفاوضين تربطهما علاقة سابقة في هذا الرأي أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق ص 26.

العمل الإجرامي» و السبب في ذلك أن المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام، فيبطل كل اتفاق يخالف أحكامها.

- و إضافة إلى ذلك يشترط أن لا يكون الضرر قد تم تعويضه من قبل و لو من غير طريق المدين إذ لا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح الضرر⁴⁰⁵، و لهذا فإن المحاكم الفرنسية لا تقضي غالباً بالتعويض عن النفقات العادية التي يبذلها المهني في سبيل التفاوض مع العملاء بشأن مهنته و ذلك لأن المهني يفرض عليه طابع نشاطه تدوين تلك المصاريف مسبقاً بالسجل الخاص بحسابات المؤسسة (le compte relatif aux charge de l'entreprise)⁴⁰⁶ و تطبيقاً لذلك قضت محكمة (d'Aix-en-Provence) « بأن الأشغال المتعلقة بدراسة العقد و التي تقوم بها شركة إشهارية، يجب أن تبقى على عاتق الشركة الإشهارية و عليه فإن قيمة الكشف و الدراسات المحتملة يدخلان ضمن المصاريف العامة و التي تكون مجانية
407. »

المطلب الثالث: العلاقة السببية.

يجب لقيام مسؤولية المتفاوض المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أن تتوافر علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه و الضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر.

-أنظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 166. 405

- أنظر: أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 158. 406

407-3-أنظر: Cour d'Aix-en-provence,16 Sept.1993,juris-data n° 045651

cité par B.BEGNIER,op.cit,p 469.«Les travaux effectués à la charge de l'entreprise publicitaire conformément à l'usage selon lequel le coup de devis et études préalable entrent dans les frais généraux et sont délivrés gracieusement».

فالعلاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية و قد نصت المواد 124 و 125 و 126 ق.م.ج على ضرورة توافر ركن السببية بين الضرر و الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية.

أما عن علاقة السببية في المسؤولية العقدية فقد نصت عليها المادة 176 ق.م.ج على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه».

و يستنتج من نص المادة أنه يجب أن يكون خطأ المدين هو السبب المباشر في حدوث الضرر و على التفاوض المتضرر أن يثبت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، كما يجب عليه أن يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في وقوع الضرر.⁴⁰⁸

و في كل الأحوال يقع على عاتق المدين المتفاوض عبء نفي العلاقة السببية إذا ادعى عدم قيامها، و قد نصت المادة 127 ق.م.ج على أسباب نفي العلاقة السببية بقولها «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك».

إذن لقد رأينا من خلال النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات أهم شروط قيام هذه المسؤولية، بحيث بدون توافرها لا يمكن أن تقوم المسؤولية عن قطع التفاوض، كما حاولنا معرفة الحالات التي تكون فيها هذه المسؤولية عقدية و الحالات التي تكون فيها تقصيرية، و يبقى لنا أن نستعرض آثار هذه المسؤولية و هذا ما سندرسه في المبحث اللاحق.

المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

إن ما يلفت الانتباه أن المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات لها أثران يميزانها عن غيرها.

الأول يتمثل في أن قطع المفاوضات في الأحوال التي يعد فيها هذا القطع خطأ يتسبب في ضرر للطرف المقابل، فيحق لهذا الأخير أن يطالب بالتعويض لإصلاح الضرر.

لكن ما هو التعويض الذي يمكن أن يستفيد منه المتفاوض الضحية هل هو التعويض العيني أم التعويض بمقابل.

أما الثاني فيتمثل في أن التفاوض غالبا ما ينصب على العقود المهمة منها عقود نقل التكنولوجيا ، و عادة ما يكون أطراف هذه العقود من جنسيات مختلفة أو أن يجري التفاوض في بلد أجنبي، فهنا تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة وقوع نزاع بين أطراف التفاوض، و لذا سيتضمن هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: التنفيذ العيني.

المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

المطلب الثالث: تنازع القوانين التي تحكم المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

المطلب الأول: التنفيذ العيني (La Réparation en nature)

إذا قام الالتزام، فله أثر واحد هو وجوب تنفيذه و لو جبرا على المدين⁴⁰⁹ فإذا كان من الممكن تصور وجود التنفيذ العيني الجبري في مجال العقد، فهل يمكن وجود مثل هذا التصور في مجال التفاوض و عليه سنتطرق إلى :

- الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني.

- الفرع الثاني: موقف الفقه من التنفيذ العيني في مجال التفاوض.

الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني:

يقصد بالتنفيذ العيني هو تنفيذ عين ما إلتزم به المدين⁴¹⁰ و هو النمط المثالي لإصلاح الضرر⁴¹¹ ، إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه.⁴¹²

فللدائن الحق في مطالبة المدين بالتعويض العيني و إجبار المدين عليه و قد نص عليه القانون المدني في المادة 164 و يقابلها المادة 203 مدني مصري.⁴¹³

و في حال ما إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه يجوز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ بدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك حسب نص المادة 174 ق.م.ج.

و إذا كان الالتزام المراد تنفيذه عينا هو التزام بعمل، و لم يقم المدين بتنفيذ التزامه يجوز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا و هذا ما قضت به المادة 170 ق.م.ج و يقابلها المادة 1144 مدني فرنسي.⁴¹⁴

و بما أن الالتزام العيني هو الأصل، فمن المقرر أنه لا يجوز للدائن أن يطالب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني ، أو لم يكن التنفيذ

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 83.⁴⁰⁹

-أنظر: مصطفى جمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000، ص 344.⁴¹⁰

-ph. LE TOURNEAU, op.cit,p 488-3⁴¹¹-أنظر:

-أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152.⁴¹²

⁴¹³-أنظر: علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، (المسؤولية عن فعل الغير — المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض)، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 203.

J.SCHMIDT-SZALEWSKI, op.cit,p 28-6⁴¹⁴-أنظر:

العيني مرهقا للمدين ، فهنا يجوز للقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني و يصرف النظر عن طلب الدائن و لا يعتبر ذلك منه حكما بغير ما طلب الخصوم أو بأكثر مما طلب.⁴¹⁵

و ما يعيننا في هذا الصدد هو دراسة الحالة التي لم يقم فيها أحد أطراف التفاوض بتنفيذ التزامه اختياريا، بأن رفض الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، رغم اعداره، فهل يجوز للمتفاوض الآخر طبقا للقواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ العيني أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بإجبار المتفاوض المدين بالدخول معه في التفاوض أو الاستمرار فيه؟ بمعنى آخر هل يجوز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا؟ و هذا ما سنتطرق له فيما يلي:

الفرع الثاني : موقف الفقه من التنفيذ العيني في مجال المفاوضات:

لم يتردد الفقه في مجموعه⁴¹⁶ في استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض و قد ذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك و رأوا عدم جواز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا حتى و لو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا و لا مرهقا و ذلك للأسباب التالية:

إن محل الالتزام الذي لم ينفذ هو " التفاوض " و ليس " التعاقد " لذلك فليس من المقبول القول بإنعقاد العقد لأن المتفاوض يرفض تماما الدخول في التفاوض و الاستمرار فيه، فإذا أجبر على ذلك كان هذا الإجبار مساس بحريته الشخصية و ليس من المعقول أن تعين المحكمة من يمثل المدين في عملية التفاوض و لو كانت المرحلة التي توقفت عندها المفاوضات مقبولة و يمكن معها إبرام العقد.⁴¹⁷

و قد أكدت محكمة بروكسل التجارية⁴¹⁸ على استحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ (Accord de principe) و أكدت أن ما ضاع هو فرصة للتعاقد و ليس العقد نفسه.

إن الإجبار على التفاوض⁴¹⁹ (négociation forcée) ، يكون غير مجد في مجال التفاوض ، و ذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي

- أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 205.⁴¹⁵
- أنظر: 2-ph. LE TOURNEAU, op.cit,p 489-⁴¹⁶
- أنظر: 3-⁴¹⁷J.SCHMIDT-SZALEWSKL, op.cit,p 32.
- أنظر: 4-⁴¹⁸Trib.Com Bruxelles, 13° ch,24 Juin 1985.
أشار إليه، محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 85.

بين الطرفين، و لا يتصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض بل إن الإجبار على التفاوض يقضي على فرص إبرام العقد المرتقب.⁴²⁰

و رغم ندرة التطبيقات القضائية في شأن الإجبار على التفاوض إلا أن ثمة حكما صادرا من محكمة استئناف باريس في 28 ديسمبر⁴²¹ 1976، قضي بالإجبار على التفاوض و قد استند إليه بعض الفقه للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا إذا ما قدر القاضي ذلك و تتعلق وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركتي (EDF) و (Shell) و قد كان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن في حالة ارتفاع و انخفاض الأسعار و عقب ارتفاع أسعار البترول كان لابد أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن و هذا ما حدث فعلا، لكن التفاوض باء بالفشل و رفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس حيث قضت هذه الأخيرة قبل أن تفصل في الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات و الحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو تعديله بمعرفتها.

و الواقع أنه لا يمكن التعويل على هذا الحكم للقول بجواز الإجبار على التفاوض، لأن التفاوض الجبري لا طائل من روائه إذ أنه عادة لا يكلل بالنجاح.

لكن أحيانا ينظم المتفاوضون بعض الالتزامات الخاصة في شكل عقود مؤقتة كالالتزام بالسرية و الالتزام بالاستقامة و الالتزام بالقصر و هي كلها التزامات بتحقيق نتيجة و يمكن في حالة عدم تنفيذها أن يلجأ الدائن إلى التنفيذ بالقوة.⁴²²

و إذا كان لا يجوز للقاضي أن يجبر المتفاوض على الدخول في التفاوض أو الإستمرار فيه فلا يجوز من باب أولى أن يجبره على التعاقد، أي لا يجوز له

J.SCHMIDT-SZALEWSKL, op.cit,p 32. -⁴¹⁹1-أنظر:

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 85.⁴²⁰

C.A Paris,28 Déc.1976, cité par J.SCHMIDT-SZALEWSKL, op.cit,p 32. -⁴²¹3-أنظر:

J.SCHMIDT-SZALEWSKL, op.cit,p 32. -⁴²²4-أنظر:

أن يحل محل إرادة المتفاوض الراض في الإستمرار في التفاوض و يقضي باعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض العيني⁴²³، و ذلك للأسباب التالية:

إن الخطأ الذي يسأل عنه المتفاوض يتمثل فحسب في رفضه الإستمرار في التفاوض بدون مبرر مشروع و ليس رفض إبرام العقد النهائي، فاتفق التفاوض كما قلنا يلزم المتفاوضين بالتفاوض بحسن نية و لا يلزمهما بإبرام العقد النهائي و من ثم إذا أقام القاضي العقد رغم إرادة الأطراف فإنه يكون بذلك قد ألزم المتفاوض بأكثر مما طلب⁴²⁴ حيث أن القاضي لا يملك أن يتدخل لتكملة العقد نفسه و الحكم بانعقاده، إلا عندما يتوصل الطرفان بالفعل إلى اتفاق على جميعا لمسائل الجوهرية في العقد دون أن يعلقا تمام العقد على الاتفاق على المسائل الأخرى الثانوية.

أما إذا لم يتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية في العقد أو اتفقا عليها و احتفاظا بالمسائل الثانوية للاتفاق عليها فيما بعد و اشترط أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها فيعتبر هذا الاتفاق مجرد « مشروع عقد » غير ملزم للطرفين و لا يجوز للقاضي أن يحوله إلى عقد نهائي و يفرضه على أحد الطرفين.⁴²⁵

و خلاصة القول أن التنفيذ العيني مستبعد تماما في كل الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة التفاوض و لكن يثور السؤال عن إمكانية اللجوء إلى أسلوب التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض لجبر ما لحق المتفاوض الدائن من أضرار و نجد الإجابة على هذا السؤال في المطلب التالي:

المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

رأينا أنه لا جدوى من التنفيذ العيني في مجال التفاوض فهنا لا بد من الاستعاضة عن التنفيذ العيني بالتعويض أو التنفيذ بمقابل.

J.CEDRAS, op.cit., p 281. -⁴²³1-أنظر:

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 86.⁴²⁴
- أنظر في هذا المعنى: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 86.⁴²⁵

فالتنفيذ بمقابل هو ان يدخل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها فهو لا يرمي إلى محو الضرر بل يرمي إلى جبره.⁴²⁶

و غالبا ما يكون التعويض بمقابل نقدي و هو الأصل الذي نصت عليه المادة 2/132 ق.م.ج و عليه يحتوي هذا المطلب على:

الفرع الأول: التعويض كجزء على إخلال المتفاوض لالتزامه بمواصلة التفاوض.

الفرع الثاني: الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة التفاوض.

الفرع الأول: التعويض كجزء على إخلال المتفاوض لالتزامه بمواصلة التفاوض.

يترتب على عدم تنفيذ المتفاوض لالتزامه الناشئ خلال التفاوض و المتمثل في الإستمرار في التفاوض في نشوء حق المتفاوض الآخر في الحصول على تعويض نقدي عادل وشامل⁴²⁷ عن كل ما أصابه من ضرر من جراء عدم التنفيذ ما دام قد تعذر إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه عينا حسب نص المادة 176 ق.م.ج و عموما يقدر التعويض بطريقتين:

أولا - تقدير التعويض من قبل القاضي :

طبقا للقواعد العامة فإن القاضي يتولى مهمة تقدير التعويض شريطة ألا يكون هذا التعويض مقدرا في اتفاق التفاوض (المادة 182 ق.م.ج) فحسب نص هذه المادة على القاضي تقدير التعويض الذي يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب، كما يجوز له أن يقدر التعويض الأدبي، الذي ألم بالمتفاوض المضرور و الهدف هو إعادة المتفاوض المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل الدخول في التفاوض و على نفقة المتفاوض المسؤول غير أنه يجب على القاضي عند تقديره للتعويض أن يقتصر هذا الأخير على الضرر الذي يجوز جبره فحسب و هو كما رأينا الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، و يجب أن يكون التعويض عن الضرر الحال و المحقق الوقوع في المستقبل و يعتبر تقدير التعويض من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قضاة الموضوع دون معقب عليهم.⁴²⁸

ثانيا-تقدير التعويض من قبل الأطراف:

-أنظر: محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 152.⁴²⁶

-ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 489.⁴²⁷-أنظر:

- المحكمة العليا، غ م، 8 فيفري 1989، رقم 58012، المجلة القضائية، العدد 2، 1992، ص 14.⁴²⁸

أحيانا قد يلجأ الطرفان بنفسيهما لتقدير التعويض و الذي يعرف بالشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة 183 ق.م.ج، و عليه فإنه خلال مرحلة المفاوضات قد يتفق أطراف التفاوض على توزيع نفقات التفاوض بينهما و ذلك للحيلولة دون نشوء نزاع بشأنها في المستقبل و تتمثل في جميع النفقات التي يتكبدها المتفاوضين في سبيل التفاوض على العقد و عادة ما يكون ذلك في شكل شرط يسمى ⁴²⁹ (Clause relative au coup) ، لكن هذا الشرط لا يعتد به إذا كانت نية الأطراف تدل على أن هذا الإتفاق لا ينطبق إلا إذا فشلت المفاوضات بدون خطأ من أحدهما.⁴³⁰

الفرع الثاني : الأضرار التي يعرض عنها في مرحلة التفاوض:

في الواقع أن الأضرار التي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة التفاوض لا تدخل تحت حصر⁴³¹ و سنقتصر فيما يلي على بيان أهمها:

أولا- نفقات التفاوض:

و هي النفقات التي يتكبدها المتفاوض في سبيل التفاوض و الإعداد للعقد مثل نفقات الدراسات و الرسومات و الخرائط و تقارير الخبرة و كذلك نفقات التنقل و أتعاب الأشخاص الذين استعين بهم في التفاوض و غيرها من الأمور التي تقتضيها عملية المفاوضات فهذه النفقات بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور و من ثم يجب أن يتحملها المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات.⁴³²

غير أنه يجب أن تكون هذه النفقات تمت بمناسبة التفاوض أو بسببه و من ثم لا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء التفاوض و لا ما أنفقه بعد علمه بانسحاب المتفاوض الآخر، كما لا يجب أن يكون المتفاوض قد تكبد هذه النفقات بسبب خفته أو سذاجته أو عدم احترازه.⁴³³

و فضلا عن ذلك فإن النفقات العادية التي يبذلها المهني في سبيل جذب العملاء و التفاوض معهم لا تكون محلا للتعويض حيث يذهب الفقه⁴³⁴ و القضاء⁴³⁵ إلى أن المهني وحده الذي يتحمل مثل هذه النفقات و ذلك لكونها تضاف إلى المصاريف العامة لمنشأته، أما إذا أثبت ما أنفقه المهني بسبب

⁴²⁹-F.TERRE, ph. SIMLER, y.LEQUETTE,op.cit, p 185. -2-أنظر:

⁴³⁰-Ibidem -3-أنظر:

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 89.⁴³¹

⁴³²- Com.20 Mars 1972, cité par ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 489. -5-أنظر:

حيث تمثل الضرر في هذا الحكم في نفقات السفر و الإقامة التي تحملتها الشركة الراغبة في الشراء في سبيل من عاين الآلة محل التفاوض في الولايات المتحدة الأمريكية.

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 92.⁴³³

⁴³⁴-A.COHERIER, op.cit., p 148 et s. -1-أنظر:

⁴³⁵- cour, d'Aix-en- provance, 16 septembre 1993 précite. -2-أنظر:

التفاوض مع عميله يتجاوز حدود النفقات العادية كما لو كان قد فرغ بعض عماله مقابل أجر خاص أو استعان بخبراء من الغير لإعداد العطاء و الرسومات ، فإن العدالة تقتضي حينئذ بضرورة تعويض المهني عن هذه النفقات الخاصة.⁴³⁶

ثانيا- ضياع الوقت:

يعد ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات و لذا يجب التعويض عنها متى قام الدليل عليها⁴³⁷ و يتمثل الوقت الضائع في الساعات أو الشهور أو السنين التي تكون قد استغرقتها المناقشات أو الدراسات.⁴³⁸

و يجدر التنويه بحكم فرنسي شهير في هذا المقام أبرز موضوع التعويض عن ضياع الوقت، فقد أعلن زوجان رغبتهما في قبول إيجاب تمثّل في طرح عقار للبيع، ثم طلبا تمديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء و بعد ثلاثة أشهر أفصحا عن إرادة قاطعة في عدم الشراء و على أثر ذلك تمسك موجه الإيجاب بأن الرفض جاء متأخرا و طلب تعويض عن "ضياع الفرصة" و رفض السداد، فرفض قضاء الموضوع مطالبه لعدم وقوع ضرر يبرر إلزام الزوجين بجبره و لكن محكمة النقض أبت إلا أن تؤكد أن مناط الحكم بالتعويض هو معرفة ما إذا كان الموجب التزم بإيجابه بالفعل و لم يتصرف في العقار طول هذه المدة من عدمه.⁴³⁹

ثالثا-تفويت الفرصة:

من المعروف أن الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه لكونه ضرر غير محقق الوقوع في الحال أو المستقبل، لكن ألا يمكن اعتبار مجرد الحرمان من التطور المعتاد للأمر و الذي كان يحتمل معه الكسب هو في حد ذاته ضررا محققا ماثلا يتمثل في الحرمان من فرصة الكسب.⁴⁴⁰

و لذا أقر القضاء في مجمله بأنه إذا كان الحرمان من الكسب احتماليا لا يكفي أساسا للتعويض، فإن الحرمان من فرصة تحقيق هذا الكسب تمثّل ضررا محققا و يجب التعويض⁴⁴¹ و هكذا يمكن تعريف تفويت الفرصة بأنها، ذلك الحرمان من فرصة جادة و حقيقية لتحقيق كسب احتمالي.

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 92.436

-أنظر: نفس المرجع، ص 92.437

ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 489 - 5-أنظر:

Cass.19 ganv.1977 - 6-أنظر:

أشار إليه محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 93 و ما يليها.

440-أنظر: ابراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد الثاني، جويلية 1986، ص 83.

-أنظر: ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 83.441

و قد أخذ القضاء المصري بتعويض تفويت الفرصة، و في ذلك قررت محكمة النقض المصرية أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق.⁴⁴²

و يعتبر تفويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة التفاوض، حيث يؤدي فشل المفاوضات عادة إلى حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة حقيقية و جادة لتحقيق كسب احتمالي و يتمثل هذا في الحرمان من إبرام العقد المتفاوض عليه أو في إبرام عقد بديل مع الغير.

كما أن قطع التفاوض يؤدي إلى فقدان كل أمل في إبرام العقد المتفاوض عليه لكن ثمة تساؤل هام لابد و أن يثور و هو مدى اعتبار فوات فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه ضررا يتعين التعويض عنه؟.

واجهت هذه المسألة في بادئ الأمر موقفا متشددا من جانب القضاء، فهناك أحكام مختلفة جاءت رافضة لفكرة التعويض عن تفويت الفرصة و نذكر منها على سبيل المثال ما جاء في حكم محكمة استئناف (Rennes) الفرنسية حيث قضت بأنه « يجب ألا يدخل في حساب مقدار التعويض المزايا التي حرم منها المتفاوض المضرور بسبب عدم إبرام العقد معه، لأن العمل بغير ذلك يؤدي بطريق غير مباشر إلى ترتيب آثار العقد بالرغم من عدم انعقاده».⁴⁴³

و الواقع أن هذا الاتجاه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأنه إن كان صحيحا أنه لا يجوز عند قطع المفاوضات التعويض عن الأرباح التي كانت ستتحقق من العقد المتفاوض عليه لو تم إبرامه، لكون إبرام العقد أمرا احتماليا و غير محقق الوقوع إلا أن الحرمان من فرصة إبرام هذا العقد و الحصول على أرباحه هو ضرر محقق و حال و من ثم يجب التعويض عنه.

فبمجرد الدخول في التفاوض يعطي لكلا الطرفين فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه و كلما تقدمت المفاوضات، كلما أصبحت هذه الفرصة حقيقية و

⁴⁴²-أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني، مجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد الثالث، سبتمبر 1986، ص 151 و ما يليها.

⁴⁴³-C.A.RENNES, 8 Juillet 1929. -3-أنظر:

أشار إليه رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 630.

جادة، فإذا قام أحد الطرفين بقطع المفاوضات بدون مبرر مشروع فإنه يكون بذلك قد فوت على الطرف الآخر فرصة حقيقية في إبرام العقد.⁴⁴⁴

و لذا أقر القضاء الفرنسي على وجوب تعويض المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات عن حرمانه من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه شريطة أن تكون هذه الفرصة حقيقة و جادة، أي يجب أن يكون أمل المتفاوض في إبرام العقد مستندا إلى أسباب معقولة مثل تقدم المفاوضات و الذي يبعث الطمأنينة في قلب المتفاوض الآخر بقرب إبرام العقد.⁴⁴⁵

كما قد يؤدي قطع التفاوض إلى تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير فيحق للمتفاوض المتضرر أن يطلب التعويض عن تفويت الفرصة عليه في إبرام عقد آخر مع الغير محل العقد الذي لم يحصل عليه⁴⁴⁶، و ذلك إذا ما ثبت أنه تخلى عن هذه الفرصة بحسن نية اعتمادا منه على الأمل الكاذب الذي خلقه الطرف الآخر في نفسه و جعله ينظر إلى الصفقة موضوعا للتفاوض كما لو كانت مضمونة المنال⁴⁴⁷.

أما عن مدى تقدير التعويض، فكما هو معلوم أن القاعدة العامة في تقدير التعويض هي معادلته و جبره للضرر، كل الضرر المحقق الذي أصاب المضرور بحيث يتساوى التعويض مع الضرر فلا يزيد عنه و لا يقل و هذا ما يعبر عنه بمبدأ التعويض الكامل.⁴⁴⁸

غير أن تطبيق مبدأ التعويض الكامل على فوات الفرصة تعترضه صعوبة كبيرة تتمثل في أن الضرر في هذه الحالة يتعذر حسابه و تحديده تحديدا واقعيًا حقيقيًا، بل يعتمد تقديره على الحدس و التخمين فهو لا يشمل كل الضرر الاحتمالي المقابل للكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور و إنما يمثل نسبة فقط من هذا الضرر⁴⁴⁹، حيث يشترط ألا يصل التعويض عن تفويت الفرصة إلى حد قيمة الأرباح المتوقعة من العقد لو تم إبرامه، و ذلك لأن الضرر يتمثل في مجرد تفويت الفرصة و ليس في عدم الإفادة منها و نسبة التعويض تزيد أو

⁴⁴⁴-1-أنظر: Cass.Com 6 Juin 1990, cité par, Ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 490.
Cass.Com 2 Nov.1993, cité par, Ph. LE TOURNEAU, op.cit., p 490.

⁴⁴⁵-2-أنظر: C.A RIOM, 10 juin, 1992, précité.

⁴⁴⁶-أنظر: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 250.

⁴⁴⁷-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 95.

⁴⁴⁸-أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 156.

⁴⁴⁹-أنظر: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 250.

تنقص أو تتعدم بحسب الأحوال فتتقص إذا ثبت أن الفرصة البديلة سهلة و متاحة دون عقبات،⁴⁵⁰ و تزيد إن كانت الفرصة البديلة (منعدمة) أو صعبة المنال⁴⁵¹ و تتعدم إذا ثبت أن فرصة إبرام عقد بديل مع الغير كانت منعدمة طيلة مرحلة المفاوضات.⁴⁵²

رابعا- عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير استنادا إلى مشروع العقد محل التفاوض:

قد يقوم المتفاوض أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير توطئة و تمهيدا للعقد المرتقب الذي يجري التفاوض عليه و ما يدفع المتفاوض إلى ذلك هو الأمل الذي ينبعث في داخله و يجعله يعتقد في أن العقد محل التفاوض أصبح قريب المنال، و من جانب آخر قد يجد المتفاوض في هذه الطريقة ما يعطي الانطباع للمتفاوض الآخر بجديته في التعاقد⁴⁵³ و هنا يثور التساؤل هل يستطيع هذا المتفاوض أن يرجع على المتفاوض المسؤول عن الضرر بما يستحق عليه من تعويضات لعدم تنفيذ ما أبرمه من عقود مع الغير للإجابة على هذا السؤال يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات عالما بهذه العقود و لم يعترض عليها، أو أنه هو الذي حث المتفاوض المضروب على إبرامها مطمئنا إياه بأن العقد المتفاوض عليه على وشك الإنعقاد ففي هذه الحالة تقضي العدالة بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول ملتزما بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المضروب تجاه الغير.⁴⁵⁴

الفرض الثاني: أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن قطع المفاوضات غير عالم بهذه العقود أو كان عالما بها و اعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة و طبقا لقواعد العدالة أيضا، فإن هذا المتفاوض لا يكون مسؤولا عن التعويضات التي تستحق على المتفاوض المضروب اتجاه الغير بسبب عدم تنفيذ هذه العقود و علة ذلك أن المتفاوض المضروب هو الذي تسرع برعونته و عدم احترازه في إبرام العقود قبل الأوان.⁴⁵⁵

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 95⁴⁵⁰

-أنظر: نفس المرجع، ص 95.⁴⁵¹

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 633⁴⁵²

-أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 96.⁴⁵³

-أنظر: نفس المرجع، ص 97.⁴⁵⁴

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 636.⁴⁵⁵

على أية حال فإن المتفاوض الحريص لا يجب أن يوقع أية عقود مهما كانت درجة تقدم المفاوضات، إلا بعد انعقاد العقد محل التفاوض و إذا أراد أن يثبت جديته في التفاوض أو حرصه على الإعداد الجيد لعطائه أو إيجابه بما يكفل تنفيذ العقد المرتقب على أتم وجه فما عليه إلا أن يضمن هذه العقود شرطاً واقفاً أو فاسخاً يربط مصيرها بمصير العقد محل التفاوض⁴⁵⁶. أو أن يبرم وثيقة تأمين من خطر محتمل لا يتوقف وقوعه على محض إرادته كمؤمن له و هو خطر عدم إبرام العقد المرتقب أو يجعل من تعاقد معه بالفعل مستفيد من وثيقة التأمين.⁴⁵⁷

خامسا-المساس بالسمعة التجارية:

يتمثل ذلك في الضرر المادي و المعنوي الذي يؤدي بالمساس بسمعة المتفاوض (التاجر) ضحية القطع الخاطئ للمفاوضات و الذي من شأنه أن ينال من سمعته التجارية بين أقرنائه في الوسط المهني التابع له، إذ أن ذلك غالباً ما يثير حوله الشكوك و يعرضه للأقويل فقد يشيع بين الناس أن قطع التفاوض مع هذا التاجر في هذه الظروف الغامضة لابد و أن يكون وراءه أسباب خفية تتعلق بسوء مركز المالي أو القانوني أو قلة خبرته في مجال المفاوضات مما يجعله فريسة سهلة في يد المتفاوض الآخر⁴⁵⁸، و كذا يؤثر دون شك على سمعة التاجر في سوق الحاضر و المستقبل و يظهر بمظهر الساذج الذي يسهل خداعه و التلاعب به هو ضرر يستحق الجبر و هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث قضت بجبر ما لحق ضحية التفاوض من ضرر أدبي يتمثل في إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه و من لا يوثق به، فقد اعتبرت المحكمة بحق أن ذلك ما ينال من سمعته و اعتباره في السوق.⁴⁵⁹

و يعتبر كذلك من قبيل المساس بالسمعة التجارية التشهير بالطرف المقابل (التاجر) و الإساءة إلى سمعته أو أن يفشي بأسرار تتعلق بمهنته إلى المنافسين أو الحرفاء.

المطلب الثالث: تنازع القوانين التي تحكم المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.

من بين المعضلات التي تثور في معرض الحديث عن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات هي معضلة تحديد القانون الواجب التطبيق على

- أنظر: محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص 98.⁴⁵⁶

- أنظر: نفس المرجع، ص 98.⁴⁵⁷

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 267.⁴⁵⁸

- أنظر: نقض مدني مصري في 27 جانفي 1966، أشار إليه، محمد حسام محمود لطفى، المرجع السابق، ص 99.⁴⁵⁹

هذه المسؤولية إذا كان النزاع ذا طابع دولي، أي أن يكون أحد أطراف التفاوض شخصاً أجنبياً أو أن التفاوض جرى في بلد أجنبي، و يحدث ذلك عادة عندما يكون التفاوض بشأن عقد دولي و يقصد بهذا الأخير ذلك العقد الذي يشمل على عنصر أجنبي⁴⁶⁰، « كأن يتفاوض أمريكي مع فرنسي حول عقد مهم متعلق بتشيد متحف جديد بـ (Houston) على متن طائرة تابعة للخطوط الجوية البريطانية متجهين نحو سنغافورة »⁴⁶¹.

في هذه الحالة يطرح تساؤل حول القانون الواجب التطبيق عند وقوع نزاع ناشئ عن قطع التفاوض، هل يطبق القانون الفرنسي أو الأمريكي أو قانون بلد الطائرة؟⁴⁶².

فهنا تثار عدة مشاكل بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناتجة عن قطع المفاوضات و ذلك نظراً لإختلاف الحلول المتبعة في القانون المقارن بشأن المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، لا سيما عندما لا تتبلور هذه المفاوضات في شكل معين، فالقانون الفرنسي و المصري يعتبران أن المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية و هذا بخلاف القانون الألماني الذي يعتبر المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية شبه عقدية و من ثم يطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية، أما القانون الأنجلو أمريكي فإنه يتردد كثير في الاعتراف باتفاق التفاوض هذا من جهة أخرى أن النزاع الدولي يتقيد بالمعاهدات الدولية كمعاهدة فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980، لكن موضوع دراستنا لا تطبيق عليه هذه المعاهدة لأننا لسنا بصدد بيع و لا بضائع⁴⁶³، كما أنه من بين المصادر التي تطبق على النزاع الدولي المبادئ العامة لقانون التجارة الدولي.

و أمام هذا الإختلاف في الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات و عدم إهتمام الفقه بهذه المسألة، فنادر ما يتطرقون إليها، اكتفاء منهم بتطبيق القواعد العامة في تنازع القوانين.

فإننا سنحاول التطرق إلى الحل بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري دون الخوض في التفاصيل حيث لا يسع المقام إلى ذلك، فإذا ما عرض على القاضي الجزائري نزاع بشأن المسؤولية المدنية الناتجة عن قطع المفاوضات، و كان هذا النزاع ذا طابع دولي فإنه يتعين عليه، أولاً البحث عن قاعدة الإسناد التي يندرج تحتها النزاع و التي يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق.⁴⁶⁴

1-أنظر: اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، (تنازع القوانين)، ج1، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 302.

2-أنظر: P.Y GAUTIER, les aspects internationaux de la négociation, RTD.Com.1998, p 493.

3-أنظر: Ibidem.

4-أنظر: P.Y GAUTIER, op.cit., p 493.

و يتوقف تحديد قاعدة الإسناد المختصة على تكييف القاضي للعلاقة المتنازع عليها و ذلك بردها إلى طائفة معينة يخصها القانون بقاعدة إسناد محددة و يتم تكييف العلاقة موضوع النزاع طبقا لقانون القاضي أي طبقا للقانون الجزائري و في ذلك تقول المادة 9 من القانون المدني الجزائري «يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه».⁴⁶⁵

و بما أن كافة النظم القانونية المعاصرة تفرق بين العقد و الفعل الضار و تجعل المسؤولية العقدية جزاء الإخلال بالعقد و المسؤولية التقصيرية جزاء الفعل الضار، فإنه يصبح من الأهمية تحديد ما إذا كان التفاوض محل النزاع يدور في إطار عقدي أم لا؟

و لأنه و كما سبق و إن ذكرنا في الفصل الأول إن الفقه و القضاء يميز بين التفاوض المصحوب باتفاق و الذي يترتب عنه المسؤولية العقدية و غير مصحوب باتفاق و الذي يترتب عنه المسؤولية التقصيرية.

و لذا يجب على القاضي التأكد من وجود أو عدم وجود اتفاق التفاوض بين الطرفين و ذلك حتى يتسنى له تكييف العلاقة القائمة بينهما و وصفها بأنها علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية و لذا سيتضمن هذا المطلب ما يلي:

- الفرع الأول: في حالة وجود اتفاق التفاوض.

- الفرع الثاني: في حالة غياب اتفاق التفاوض.

الفرع الأول: في حالة وجود اتفاق التفاوض:

فإذا قام الدليل على وجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين كانت مهمة القاضي سهلة، إذ أنه يعتبر العلاقة بين الطرفين في هذه الحالة تعاقدية و من ثم يطبق على النزاع قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية و قد تضمنت المادة 18 المعدلة من القانون المدني على أنه «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة».

و يستفاد من هذا النص أن النزاع ذو الطابع الدولي الناشئ عن الإخلال باتفاق التفاوض يخضع كقاعدة عامة إلى القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين⁴⁶⁶ (la loi de l'autonomie) أي بإمكان الطرفين المتفاوضين أن يحددا في

1- أنظر: لمزيد من التفاصيل أنظر: نادية فوضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، 2004، ص 17-9.

- أنظر: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 1991، ص 44⁴⁶⁵

- أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 106. ⁴⁶⁶

اتفاقهما على التفاوض و بشكل صريح القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة بينهما أثناء التفاوض و سواء كللت المفاوضات بالفشل أو النجاح⁴⁶⁷، و حينئذ يصير هذا القانون هو الواجب التطبيق شريطة أن لا يكون مخالفا للنظام العام في الجزائر حسب نص المادة 24 من القانون المدني لكن الإشكال المطروح هو هل يمكن لأطراف العقد تجزئته بحيث يخضع كل جزء منه لقانون معين.

في الحقيقة إن المادة 18 من القانون المدني اعتبرت أنه لا فرق بين جزء و آخر في العقد ساوت الالتزامات التعاقدية و بذلك اقتدى المشرع الجزائري بنظيره المصري في المادة 19 قانون مدني مصري.⁴⁶⁸

غير أن من الفقه المصري من اعتبر أن الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في المادة 19 تمثل فقط آثار العقد دون تكوينه، مما يفيد أن المشرع لم يحرص على وحدة القانون الذي يحكم العقد الأمر الذي يمكن القول معه أن العقد يمكن ان يخضع لأكثر من قانون.⁴⁶⁹

لكن الرأي الغالب في مصر خالف هذا الرأي فلفظ الالتزامات التعاقدية يشمل حسب الأعمال التحضيرية كل ما يتعلق بالرابطه التعاقدية من حيث تكوينها و آثارها أي العقد في مجموعه فيما يفيد عدم رغبة المشرع في تجزئة العقد.⁴⁷⁰

أما في حالة غياب اتفاق على القانون الواجب التطبيق فإن المشرع الجزائري أتى بضابطي اسناد و هما على التوالي، قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو الجنسية المشتركة من جهة، و من جهة أخرى محل إبرام اتفاق التفاوض بحيث يخضع لقانون الدولة التي يتم فيها إبرامه.

الفرع الثاني: في حالة غياب اتفاق التفاوض:

إذا لم يقم الدليل على وجود اتفاق التفاوض بين الطرفين فحينئذ تكون مهمة القاضي جد شاقة، فإنه غالبا ما تعتبر المفاوضات في هذه الحالة مجرد عمل مادي و هذا ما أكده القضاء الفرنسي، و عليه فإذا طرح مثل هذا النزاع على القاضي الجزائري عليه أن يقوم أولا بتكييف العلاقة بين الطرفين طبقا لأحكام المادة 20 من ق.م التي تنص على أنه «يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث

467- P.Y GAUTIER, op.cit., p 493. -أنظر:

468- أنظر: اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 308.

469- أنظر: نفس المرجع السابق، ص 308.

470- أنظر: نفس المرجع السابق، ص 308.

بالخارج و تكون مشروعة في الجزائر أو كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه «، فإذا اعتبر القاضي المطروح عليه نزاع ذا طابع دولي متعلق بالمفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض بأنها مجرد عمل مادي فإنه حسب نص المادة 20 ق.م.ج، القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار الناشئ عن قطع المفاوضات⁴⁷¹ (lexlocidélitici) فإذا كان هذا الفعل وقع في فرنسا مثلا فلا صعوبة لأن القاضي الجزائري سيطبق على النزاع قواعد المسؤولية التقصيرية الموجودة في القانون الفرنسي لكن الإشكالية إذا وقع الفعل الضار في ألمانيا و من ثم أصبح القانون الألماني هو الواجب التطبيق على النزاع فعندئذ يجد القاضي الجزائري نفسه في مأزق إذ أن القانون الألماني يعتبر هذا النوع من المفاوضات شبه عقدية و عليه يطبق آثار المسؤولية العقدية.⁴⁷²

و يبقى السؤال المطروح هل تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الألماني لان القاضي إعتبر التفاوض هو فعل ضار الأمر الذي يجعل القانون الألماني هو الواجب التطبيق على النزاع كونه مكان وقوع الفعل الضار أم تطبق أحكام المسؤولية العقدية باعتبار أن القانون الألماني يرتب عن الفعل الضار الناشئ عن قطع المفاوضات المسؤولية شبه عقدية.

فمن خلال المادة 9 ق.م.ج يبدو لنا أن التكييف الذي يخضع لقانون القاضي هو التكييف الأولي أو التكييف الذي يؤدي إلى وضع المسألة محل نزاع ضمن طائفة قانونية تختص بحكمها قاعدة إسناد معينة، لكن السؤال الذي يطرح ما هي حدود القاضي في التكييف؟

ففي هذا المجال يفرق الفقيه بارتن بين التكييف الأولي و التكييف اللاحق أو الثانوي فالأول، غرضه الاهتداء إلى قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها، و الثاني هو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الاستناد بعد الاهتداء إليها، فالتكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي، أما الثاني فيخضع لقانون البلد الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.⁴⁷³

و الأساس الذي جاء به بارتن للقول بأن التكييف اللاحق يخضع للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، لأنه لا علاقة له بالاختصاص التشريعي و لا أثر له عليه فخضوعه للقانون الأجنبي لا مساس فيه بالسيادة التشريعية للدولة و هذا ما أقره الفقه الحديث.⁴⁷⁴

- أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 88. 471

- أنظر: رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 66. 472

- أنظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 83. 473

- أنظر: نفس المرجع السابق، ص 84. 474

و عليه فإن التكييف الأولي في المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات خاصة في حالة اعتبارها فعل ضار تخضع للتكييف قانون القاضي، أما التكييف اللاحق فيخضع للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

و على أية حال قانون البلد الأجنبي الذي وقع فيه الفعل الضار لا ينطبق على النزاع وفقا للفقرة 2 من المادة 20 ق.م.ج، إذا كان هذا الفعل يعتبر مشروعا في هذا البلد الأجنبي.

نخلص من كل هذا إلى أن اختلاف الفقه و القضاء في تأصيل المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات و غياب النصوص التشريعية التي تنظم مرحلة التفاوض من شأنه أن يخلق صعوبات كثيرة في الحياة العملية و في مجال القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي و هذا ما يؤكد على ضرورة أن يهتم المشرعين بمرحلة التفاوض باعتبارها مرحلة تسبق إبرام العقد و يجب توحيد الحلول القانونية بشأنها و هذا حتى يتحقق الاستقرار و الازدهار بالأخص في المعاملات التجارية.

الخاتمة:

يعتبر التفاوض حول تكوين العقد من المسائل الثرية التي يروق درسها لتعلقه بالمرحلة ما قبل العقدية و اعتباره في نفس الوقت حجر الأساس في تكوين العقد، و قد ظهرت الحاجة إلى أهمية التفاوض من خلال ظهور نوع جديد من العقود التي تتصف بالتركيب و التعقيد الفني نتيجة التطور الذي شهده العصر الحديث لا سيما في مجال التجارة الدولية ففرض ضرورة اللجوء إلى التفاوض حول هذه العقود تمهيدا لإبرامها، فمن خلال مرحلة التفاوض يتم وضع تصور مشترك للعقد المراد إبرامه.

و عليه فقد عرفنا التفاوض بأنه: " وسيلة يلجأ إليها كل من يرغب في التعاقد و يتم بالتقاء بين شخصين أو أكثر بطريق مباشر أو غير مباشر بغرض تبادل الاقتراحات و العروض و بذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل "كما استخلصنا من هذا التعريف أن التفاوض هو المرحلة التمهيديّة أو الأوليّة لإبرام العقد و هو ذو نتيجة احتمالية فقد يسفر عن إبرام العقد أو عدم إبرامه كما أنه من التصرفات الإرادية فهو لا يتم بمحض الصدفة.

كما توصلنا إلى أن التفاوض هو خطوة إلى الإيجاب و عادة ما يتم عن طريق دعوة يوجهها أحد الطرفين للآخر للدخول في التفاوض أو ما يسميها الفقه الإيجاب بالتفاوض فإذا تم قبول هذا الإيجاب ممن وجه إليه قام اتفاق التفاوض الذي ينشئ على عاتق الطرفين التزامات متبادلة على رأسها الالتزام بالتفاوض بحسن نية و الاستمرار في التفاوض دون أن يلزمهم بإبرام العقد النهائي.

كما خلصنا بنتيجة هامة و هي أن مرحلة التفاوض يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد و عليه يمكن لطرفي التفاوض العدول عنه في أي وقت أرادا، فقطع التفاوض لا يعتبر خطأ إلا إذا اقترن بعناصر أخرى توجب قيام المسؤولية المدنية.

و من خلال تطرقنا لتأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات خلصنا إلى أن نظرية إيرنج الخطأ عن تكوين العقد أنها لا تتعلق البتة بالمسؤولية في مرحلة المفاوضات و إنما تتعلق ببطلان العقد الذي أبرم بالفعل ثم اتضح بعد ذلك بطلانه لسبب آت من جانب أحد المتعاقدين.

أما النتيجة الأخرى التي توصلنا إليها القانون المقارن عادة ما يفرق بين التفاوض غير المصحوب باتفاق و التفاوض المصحوب باتفاق لتحديد نوع المسؤولية و ترتيب آثارها.

أما النتيجة الأخيرة التي خلصنا إليها أنه بمجرد دخول طرفين في مفاوضة يصبحان من الغير و يخرجان من دائرة الواجبات العامة و يترتب على دخولهما في التفاوض مجموعة من الالتزامات الخاصة.

أما بخصوص الفصل الثاني فقد تناولنا شروط المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات و لعل من أهم شروط قيام هذه المسؤولية هو عنصر الخطأ الذي له خصوصية، خاصة في موضوع دراستنا و يقوم عنصر الخطأ عند الإخلال بالالتزامات التي ترتبها مرحلة المفاوضات على عاتق أطراف التفاوض و أهمها الالتزام الرئيسي و المتمثل في التفاوض بحسن نية و ما يتفرع عنه من التزامات كالالتزام بالاستمرار في التفاوض و الالتزام بالإعلام ثم استخلصنا أن الخطأ قد يكون في حالات خطأ تقصيرياً و له صورتان و عموماً اشترط القضاء الفرنسي حتى يمكن اعتبار أن قطع التفاوض يمثل خطأ تقصيرياً أن يكون العدول عن المفاوضة أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه خطأ قائم على سوء النية أو نية الإضرار و ليس مجرد خطأ عادي و ذلك لإيجاد توازن بين فكرة الحرية التعاقدية و فكرة التعامل على أساس مقتضيات حسن النية، كما لاحظنا أنه قد يكون الخطأ عقدياً في حالة وجود الاتفاقات التمهيدية المنشئة للالتزام في التفاوض أو المنظمة لمرحلة المفاوضات و قد توصلنا في هذا الشأن أنه في حالة وجود اتفاقات التفاوض تقوم التزامات الأطراف على أساس شبه عقدي أي من خلال التزام من طبيعة مدنية يرتبط بالمفاوضات العقدية و يرتب آثار المسؤولية التقصيرية عند خرقه و عموماً تعد هذه الاتفاقات مجرد مرحلة من مراحل التفاوض أين الإرادة التعاقدية تكون في طريقها للتكوين.

أما عن آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات فإننا خلصنا بنتيجة هامة هي أن التنفيذ العيني الجبري مستبعد تماماً من مجال التفاوض فلا يجوز إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ إلتزامه بالتفاوض عينا، حتى و لو لم يكن هذا التنفيذ مرهقاً أو مستحيلاً نظراً لما في هذا الإجبار مساساً بحرية المتفاوض الشخصية و لعدم جدوى التفاوض حينئذ و إنما تقتصر مسؤولية هذا المتفاوض على تعويض المتفاوض المتضرر تعويضاً نقدياً.

و النتيجة الأخرى التي خلصنا إليها هي أن الأضرار التي يعرض عنها في مرحلة التفاوض هي: نفقات التفاوض، ضياع الوقت، المساس بالسمعة التجارية، تقويت الفرصة عدم تنفيذ العقود التي

أبرمت مع الغير استنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه دون أن يشمل التعويض الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ العقد المتفاوض عليه.

و قد انتهينا أخيرا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات خاصة في الحالة التي تكون فيها المفاوضات غير مصحوبة باتفاق التفاوض إذ أن هذا النوع من المفاوضات ليس له حكم واحد في جميع الدول.

أما النتيجة العامة التي خلصنا إليها من خلال دراسة موضوع المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، أنه و في ظل غياب تشريعات تنظم مرحلة المفاوضات باعتبارها مرحلة ممهدة لإبرام العقد، لاحظنا أن الفقه و القضاء قاما بتحديد إطار المسؤولية في مرحلة المفاوضات و ذلك عن طريق تحديد نطاق هذه المسؤولية و شروط قيامها في حالة قطع المفاوضات و أثارها.

و ما يلفت انتباهنا هو أنه رغم أن فكرة المسؤولية التقصيرية عن قطع المفاوضات توفر نوعا من الانضباط أثناء مرحلة التفاوض فلا تصبح هذه الأخيرة مجالا للتعسف و العبث إلا أنها لا توفر ضمانا كافيا للمتفاوضين فهي ترتب التزامات سلبية بخلاف الالتزام العقدي الذي يرتب التزامات إيجابية من شأنها دفع عجلة المفاوضات إلى الأمام مما يزيد من فرص نجاح المفاوضات.

و عليه نقترح ما يلي:

. المبادرة إلى قطع المفاوضات دون تأخر متى تبين أن الشروط المطروحة في التعاقد غير مناسبة
فكلما تأخر القطع كلما اقترب من دائرة الخطأ و المسؤولية، ذلك أن متطلبات حسن النية تزيد تبعا
لتزايد الثقة المشروعة لدى الأطراف في قرب إبرام العقد.

. يجب على أطراف التفاوض و لتفادي مشكل قطع التفاوض أن يحرصوا منذ البداية على إبرام اتفاق
تمهيدي إما لإنشاء التزام بالاستمرار في التفاوض أو تنظيم المفاوضات و خاصة في المفاوضات التي
تتم بشأن العقود الهامة و أن يتم ذلك في ورقة مكتوبة و يحددوا ضمن هذا الاتفاق التزامات قانونية
محددة كالالتزام بعدم إنشاء المعلومات و هذا من شأنه أن يؤدي إلى تجسيد فكرة حسن النية في
التفاوض و صياغتها في قوالب قانونية أكثر وضوحا و تحديداً و بيان الواجبات التي تفرضها على
عائق الأطراف.

. يجب أن يبين اتفاق التفاوض طريقة و تفاصيل تنفيذه، كما ينبغي تنظيم نفقات التفاوض و أسلوب
توزيعها عندما يفشل التفاوض و هذا حرصا على زيادة فرص نجاح المفاوضات فكلما كان الاتفاق
على التفاوض محدد و مفصلا كلما كان الالتزام بالتفاوض الناشئ عنه أكثر قوة و وضوحا.

. إذا كان التفاوض ذا طابع دولي و يجب أن يحدد في اتفاق التفاوض القانون الواجب التطبيق على
المنازعات التي قد تثور بشأنه نظرا لأن الحلول المتبعة بخصوصه ليست واحدة في جميع الدول.
. يجب على الطرفين أن يقوموا أثناء التفاوض بصياغة المسائل التي توصلوا إلى الاتفاق بشأنها و
إفراغها في اتفاقات جزئية قبل مواصلة التفاوض بشأن مسائل أخرى فالاتفاق الجزئي يعني انتهاء
التفاوض بالنسبة للمسائل التي تم إفراغها فيه مما يحول دون معاودة التفاوض بشأنها مرة أخرى و هذا
ما يؤدي إلى تأمين المفاوضات و دفعها إلى الأمام و يلزم المتفاوضين بالاستمرار في التفاوض حول
باقي النقاط.

. في حالة ما إذا توصل طرفا التفاوض إلى اتفاق جزئي حول جميع المسائل الجوهرية في العقد و
بقيت المسائل التفصيلية دون اتفاق و يجب عليهما أن يحددا مدى سلطة القاضي في تكميل هذا الاتفاق
حتى يتفاديا انعقاد العقد قبل أن يرضيا به فإذا رغبوا في عدم انعقاد العقد إلا بعد الاتفاق على باقي

المسائل تعين عليهما أن يضمننا هذا الاتفاق بندا يقضي صراحة بتعليق تمام هذا الاتفاق حتى التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل المتبقية.

كما ينبغي في هذا الخصوص استعمال عبارات واضحة و ذات دلالة قاطعة على المعنى المقصود و يستحسن الاستعانة في هذا الشأن بخبراء متخصصين في القانون.

. يجب على كل متفاوض أن يكون مستعدا لاحتمال قطع المفاوضات من قبل المتفاوض الآخر، إذ من المسلم به أن لكل طرف مطلق الحرية في العدول عن المفاوضة و لو في آخر لحظة ما دام أن لهذا العدول ما يبرره، و لهذا يتعين على أطراف المفاوضة عدم التسرع في اتخاذ أية إجراءات كإبرام عقود مع الغير أثناء التفاوض استعداد لتنفيذ العقد النهائي.

. نتمنى ان يولي الفقه لموضوع المسؤولية في حالة قطع المفاوضات الاهتمام الذي يستحقه و أن يخصص له مساحة كافية عند دراسة نظرية العقد و خصوصا و أن التفاوض أصبح ضرورة اقتصادية و اجتماعية و حتى نفسية و أن يتخلى عن ذلك الاعتقاد التقليدي بأن التفاوض هو مجرد عمل مادي غير ملزم و هو ما من شأنه أن ينفر الأشخاص من التفاوض خوفا من ضياع حقهم و وقتهم و مالهم في مفاوضات لا أمن فيها.

. ضرورة أن يهتم المشرعين بمرحلة التفاوض باعتبارها مرحلة تسبق إبرام العقد لاسيما منها العقود المهمة (ذات التعقيد الفني و المالي و القانوني...الخ) ، كما نقترح أن توجد الحلول القانونية بشأن تنظيم مرحلة التفاوض و ذلك لأنها غالبا ما تنصب على العقود ذات الطابع الدولي، و هذا لتحقيق الاستقرار و الازدهار بالأخص في مجال التجارة الدولية.

الفهرس

- 1.....مقدمة
- 6.....الفصل الأول: ماهية المفاوضات في عقود التجارة الدولية
- 7.....المبحث الأول: مفهوم المفاوضات
- 7.....المطلب الأول: تعريف التفاوض و تمييزه عن المصطلحات القانونية
- 8الفرع الأول: تعريف التفاوض
- 20الفرع الثاني: تمييز التفاوض عن المصطلحات القانونية
- 25.....المطلب الثاني: الدعوة إلى التفاوض
- 26.....الفرع الأول: الإيجاب الصريح بالتفاوض
- 29.....الفرع الثاني: الإيجاب الضمني بالتفاوض
- 30.....الفرع الثالث: قبول التفاوض
- 33.....المبحث الثاني: قطع المفاوضات
- 34.....المطلب الأول: المقصود بقطع المفاوضات
- 35.....المطلب الثاني: صور قطع التفاوض
- 36.....الفرع الأول : قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب
- 37الفرع الثاني: قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب
- المطلب الثالث : موقف الفقه في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات
- 41
- 42.....الفرع الأول : نظرية الخطأ عند تكوين العقد (نظرية إيرنج)
- 51.....الفرع الثاني : نظريات أخرى في الفقه الألماني
- 55.....الفرع الثالث : نظرية موقف الفقه الإيطالي

المطلب الرابع : موقف القانون المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.....	63
الفرع الأول : المفاوضات غير المصحوبة بإتفاق التفاوض.....	64
الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة بإتفاق التفاوض.....	71
الفصل الثاني : النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.....	78
المبحث الأول : شروط قيام المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات.....	79
المطلب الأول : الخطأ.....	80
الفرع الأول : الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن النية.....	83
أولا : مضمون المبدأ.....	83
ثانيا : الطبيعة القانونية للإلتزام بالتفاوض بحسن النية.....	88
ثالثا : أهم الإلتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية.....	89
الفرع الثاني : التكييف القانوني للخطأ.....	94
أولا : الخطأ التقصيري.....	95
ثانيا : الخطأ العقدي.....	104
المطلب الثاني : الضرر.....	117
الفرع الأول : أنواع الضرر.....	117
الفرع الثاني :الشروط التي يجب توافرها في الضرر.....	119
المطلب الثالث : العلاقة السببية.....	122
المبحث الثاني : آثار المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات.....	123
المطلب الأول : التنفيذ العيني.....	124
الفرع الأول : تعريف التنفيذ العيني.....	124
الفرع الثاني : موقف الفقه من التنفيذ العيني في مجال المفاوضات.....	125
المطلب الثاني : التنفيذ بمقابل (التعويض).....	128

الفرع الأول: التعويض كجزاء على إخلال المتفاوض بالتزامه بمواصلة
التفاوض...128

أولاً : تقدير التعويض من قبل القاضي.....128

ثانياً : تقدير التعويض من قبل الأطراف.....129

الفرع الثاني : الأضرار التي يعرض عنها في مرحلة التفاوض.....129

المطلب الثالث : تنازع القوانين التي تحكم المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع
المفاوضات.....135

الفرع الأول : في حالة وجود اتفاق التفاوض.....137

الفرع الثاني : في حالة غياب اتفاق
التفاوض.....138

الخاتمة.....141

قائمة المصادر والمراجع.....144

الفهرس.....152

قائمة المصادر و المراجع :

أولا :المصادر

القوانين :

القانون رقم : 90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل (الجريدة الرسمية العدد 1990/17).

القانون رقم : 02-01 المؤرخ في 5 فيراير سنة 2002 ، المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوت (الجريدة الرسمية العدد 2002/08).

القانون رقم : 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الجريدة الرسمية العدد 2004/41) .

الأوامر :

الأمر رقم : 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم (الجريدة الرسمية العدد 1975/58).

الأمر رقم : 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات (الجريدة الرسمية العدد 1995/13).

المراسيم :

س المرسوم الرئاسي رقم : 02-57 المؤرخ في 5 فيراير 2002 يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الولايات المتحدة الأمريكية حول تنمية العلاقات التجارية الاستثمار الموقع بواشنطن في 13 يوليو 2001 (الجريدة الرسمية العدد 2002/10) .

المرسوم الرئاسي رقم : 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم (الجريدة الرسمية العدد 2002/52).

Décret présidentiel n°05-159 du 27 avril 2005 portant ratification de l'accord euroméditerranéen établissant une association entre la république algérienne démocratique et populaire d'une part et la communauté

européenne et ses états membres d'autre part ,signé a valence le 22 avril 2002, ainsi que ses annexes 1a6 , les protocoles n°s 1 a 7 et l'acte final afférents (journal officiel n ° 31/2005).

ثانيا : المراجع

أ / المراجع باللغة العربية :

ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم ، (دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية) ، جامعة الكويت ، 1994 .

أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، (تنازع القوانين) ، ج 1 ، دار هومة ، الجزائر ، 2005 .

أحمد أبو الوفا ، المفاوضات الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005.

بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ج 2 ، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب و القانون) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001 . جاك غستان ، المطول في القانون المدني ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ، 2000 .

جيرارد إ . نيرنج ، أسس التفاوض ، ترجمة حازم عبد الرحمن ، المكتبة الأكاديمية ، القاهرة ، 1998.

حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للإلتزام ، ج 1 ، (المصادر الإرادية للإلتزام) ، ط 3 ، (د . ن) ، القاهرة ن 2000 .

حسام الدين الغني الصغير ، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .

حسين بن سليمة ، حسن النية في تنفيذ العقود ، (حسب أحكام الفصل 243 من المجلة المدنية التونسية) ، تعريب محمد بن سالم ، المطابع الموحدة ، تونس ، 1993 .

رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .

صالح خالص ، في الإعلام التجاري و المفاوضات التجارية الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001 .

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام ، ج 1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1952 .

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، (العقود التي تقع على الملكية ، البيع و المقايضة) ، ج 4 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، (د . ت .) .

علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، (المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء - التعويض) ، ط 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الجزائر ، 1989 .

علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ط 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1991 .

عبد الحكم فودة ، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية ، (دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه و قضاء النقض) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1996 .

عز الدين اليناصورى و عبد الحميد الشورابي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء ، ط 7 ، شركة الجلال للطباعة ، الإسكندرية ، 2002 .

عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات ، في الفقه الإسلامي و القانون المدني المصري و الفرنسي ، (دراسة مقارنة) ، القاهرة ، 1997 .

فيصل زكي عبد الواحد ، المسؤولية في إطار الأسرة العقدية ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، 1992 .

محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، ج 1 ، (مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة) ، الطبعة الأولى ، دار الهدى ، عين المليلة ، 1993 .

محمد سعيد جعفر ، نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2003 .

محمد محمد أبوزيد ، المفاوضات في الاطار التعاقدى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 .

محمود جلال حمزة ، العمل الغير المشروع باعتباره مصدرا للإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1985 .

- مصطفى الجمال ، أحكام الالتزام ، الفتح للطباعة و النشر ، الإسكندرية ن 2000.
- معاشو عمار ، النظام القانوني لعقود المفتاح باليد في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989.
- محمد خليل الخطيب ، خطب الرسول (ص) ، (574 خطبة من كنوز الدرر و جوامع الكلم) ، دار الفضيلة ، القاهرة ، 1993.
- محمود سمير الشرقاوي ، العقود التجارية ، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992.
- محمد شوقي شاهين ، المشروع المشترك التعاقدية ، طبيعته ، أحكامه ، في القانون المصري المقارن ، (د . ن) ، القاهرة ، 2000.
- محمد علي جواد ، العقود الدولية ، مفاوضاتها ، إبرامها ، تنفيذها ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1997.
- مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، منشورات مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ن 1995.
- محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، (دراسة في القانونين المصري و الفرنسي) ، النسر الذهبي للطباعة ، القاهرة ، 1995.
- محمد حسين عبد العال ، التنظيم لاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.
- نادية فوضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004.
- نادر أبو شيخة ، أصول التفاوض ، دار مجدلاوي للنشر و التوزيع ، عمان ، 1997.
- نعيم مغبغب ، قانون الأعمال ، (دراسة في القانون المقارن ° ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000.
- نزیه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقدية بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود ، (دراسة فقحية قضائية مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996.

نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيات في المجال التبادلي الدولي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992.

المقالات :

أحمد عبد الرحمن الملحم ، نماذج العقود و وسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها ن (دراسة تحليلية مقارنة في الفقه و القضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت) ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 16 ، عدد 2 ، 1992 ، جامعة الكويت ، ص 241.

إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، تعويض تقويت الفرصة ، القسم الأول ، مجلة مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 2010 ، العدد 2 ، ص 81.

إبراهيم الدسوقي ابو الليل ، تعويض الفرصة ، القسم الثاني ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 2010 ، العدد 3 ، ص 145.

جمال فاخر النكاس ، العقود الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على العقد ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 1996 ، ص 133 .

محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية في المرحلة السابقة على التعاقد ، مجلة الحقوق الكويتية السنة 1998 ، العدد 2 ، ص 727.

المقالات :

صابر محمد عمار ، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية ، 2002 .

<http://www.mohamoon.com>

D.GOBERT,le principe de la bonne foi dans la formation du contrat,
[http://www.droit.fundp.ac.Textetes/contrat dit 96 .PDF.](http://www.droit.fundp.ac.Textetes/contrat%20dit%2096.PDF)

مواقع الأنترنت :

p.colombani ,la protection de l'idée a valeur économique (1^{er} partie B),
mémoire soutenu a la faculté de lille II ,publie le 24 novembre 2003,
<http://www.avocats.publishing.com>

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

-C.LARROUM

Paris, 1996.

-B.MISSENARD, La négociation, le guide du gestionnaire, ed, Chihab, Alger, 1995.

-F.TERRE, Ph. SIMLER, Y.SIMLER, Y.LEQUETTE, Droit civil, les obligations, 8^e ed, Dalloz, Paris, 2002.

-J.GHESTIN, Traite de droit civil, la formation du contrat, 3^e ed, L.G.D.J, Paris, 1993.

-P.GUIHO, G.PEYARD, Droit civil, 4.les obligations, t1, les sources, 3^e ed, l'hermes, Lyon,1991.

: الرسائل B- Les thèses :

-A.COHERIER, Des obligations naissant des pourparlers préalables a la formation des contrats, thèses pour le doctorat en droit, imprimerie les presses modernes, université de paris, 1939.

-A.BETTAIEB, La sanction de la faute pré contractuelle, mémoire DEA en droit des affaires université de droit d'économique et gestion Tunis III, non publié, Tunis, 1996/1997.

: المقالات C- Les articles :

-A.LAUDE, Le constat judiciaire des pourparlers, RTD. com.1998, p551.

-B.BEIGNIER, La conduite des négociations, RTD.com.1998, p463.

-CPAULIN, Promesse et préférence, RTD.com.1998, p511.

-J-L.BERGEL, Contrat préliminaire de réservation dans les ventes d'immeubles à construire unité ou dualisme?, JCP, 1974, I, 2669.

-J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, in Melanges Jauffret, L.G.D.J, Paris, 1974, p509.

-J.CEDRAS, L'obligation de négocier, RTD.com.1985, p265.

-J.ROJOT, La gestion de la négociation, RTD.com.1998, p447.

-J.SCHMIDT-SZALEWSKI, La force obligatoire a l'épreuve des avant contrat, RTD.civ.2000. p25.

- L.BOYER, Contrats et Conventions, Encyclopédie, civil, Dalloz, n° 5, 1998, p13.
- L.ROZES, Projets et Accords de principe, RTD.com.1998, p501.
- P.MOUSSERON, L'avant contrat, J.C.P.1999, ed, juris-classeur, n° 04, p2.
- Ph.. LE TOURNEAU, La rupture des négociations, RTD.com.1998, p479.
- P.Y.GAUTIER, Les aspects internationaux de la négociation, RTD.com.1998, p493.
- X.BIRBES, L'objet de négociation, RTD.com.1998, p471.
- G.NICAUD, En 1960, L'ONU rangeait l'Algérie parmi les pays riches, le Figaro, 20/03/2002.