

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق



التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد

مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالبة :

أ. د.
بو عزة ديدن

أ. د. براهيم فيزة

أعضاء اللجنة :

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ. د. قلفاط شكري
مشرفا ومقرا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ. د. بو عزة ديدن
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ. د. تشوار جيلالي

السنة الجامعية

2009 / 2008

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى :

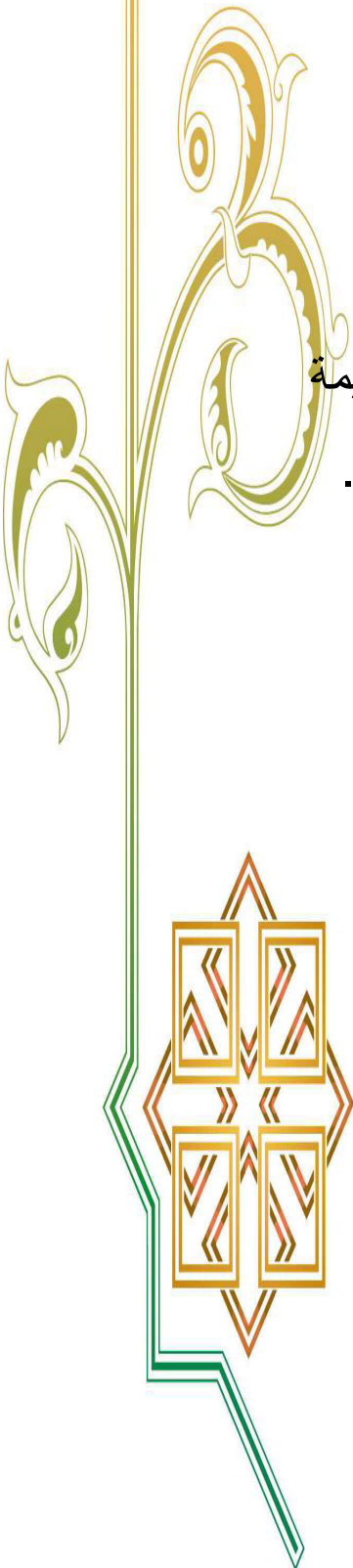
روح والدي العزيز

أمي العزيزة

إخوتي وأخواتي وعلى وجه الخصوص نعيمة

إلى كل من ساعدني على إتمام هذا العمل.

براهمي فائزة



كلمة شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله

وآله وصحبه ومن والاه.

أتقدم بالشكر إلى كافة الأساتذة الذين

ساعدوني

على المضيّ في هذا المشوار ، وعلى رأسهم

الأستاذ "بوعزة ديدن" الذي لطالما ساعدني

في إتمام هذا الإنجاز.

شكرا جزيلا

للجميع.



قائمة المختصرات

- ص : الصفحة.
د.ط : دون طبعة.
د.ب : دون بلد.
د.ت : دون تاريخ.
د.د.ن : دون دار النشر.
ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.
ق.أ : قانون الأسرة.
ج.ر : الجريدة الرسمية.
ق : قانون.

المقدمة

يتمّ العقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين ، وهاتان الإرادتان تتمثل في إيجاب يصدر من شخص معيّن يعرض فيه على آخر الدخول في علاقة عقدية ، وبقبول يرضى به الطرف الآخر بالعرض الذي وجه إليه ، فيتمّ بذلك العقد¹ ، وهذا ما يُعرف بمبدأ الرضائية الذي تخضع له العقود بصفة عامة² ، وتنطبق عليها القاعدة المذكورة في المادة 59 ق.م³ ، وهذا ما تضمنه قرار المحكمة العليا الذي قضى بعدم جواز الحكم بإتمام إجراءات البيع إذا تمّ العقد دون رضا وموافقة المتعاقد (الطاعن)⁴ .

فالتعاقد إذا ، هو نتيجة إلتقاء مشيئتين ، بعد أن تكون كلّ منهما قد استعملت استقلاليتها أو سلطانها ، ولكنها توصلت إلى اتفاق مع الآخر بعد تنازلات متبادلة⁵ .

ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الإشارة أو الكتابة ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالاته على مقصود صاحبه ، ويجوز أن يتمّ التعبير عن الإرادة ضمناً ما لم يوجد نصّ قانوني أو إتفاق بين الطرفين يقضي بأن يكون صريحاً⁶ .

ويجب أن تكون الإرادة طبقاً للقواعد العامة خالية من أي عيب قد يشوبها كالغلط أو الإكراه أو الغبن⁷ ...

¹ - خليفاتي عبد الرحمن ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، 1987 ، ص 25.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص 232.

³ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

⁴ - القرار المؤرخ في 07 ديسمبر 1987 ، ملف 45658 ، مقتبس من عمر بن سعيد ، الإجتهد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني ، د.ط ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ، ص 39.

⁵ - مصطفى العوجي ، القانون المدني (الجزء الأول) ، د.ط ، مؤسسة بحسون ، بيروت ، 1990 ، ص 110.

⁶ - المادة 60 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

⁷ - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع نفسه ، ص 232.

كما يشترط لصحة الرضا أن يصدر عن شخص مؤهل قانونا لإبرام العقد سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا¹.

من ثم فإن الرضا باعتباره ركنا منشئا للعقد ما هو إلا إتفاق بين إرادتين خرجت كل منهما من نطاقها الداخلي المحض لتظهر للطرف الآخر ، وذلك من أجل إحداث أثر قانوني معين².

غير أنه إستثناءا اشترط المشرع بالنسبة لبعض العقود إفراغ الإرادة في شكل معين وهذا بغرض تكوين العقد أو بهدف إثباته³.

كما قد تتعاطم أهمية بعض العقود عندما تتعلق بأنشطة ذات قيمة إقتصادية خاصة، لاسيما في الإتفاقيات التي يكون موضوعها مركب ، أو تلك التي تتطلب رؤوس أموال معتبرة، فالأطراف لابد أن تتفاوض حول شروط هذا العقد ، وينشأ عن مفاوضاتهم إتفاقيات جزئية وتحضيرية مختلفة الطبيعة والقيمة القانونية الإلزامية⁴.

لقد احتلّ التفاوض "négociation" أهمية بالغة في عصرنا الراهن ، وذلك بسبب ظهور العقود المركبة والمعقدة التي أسفرت عنها الأساليب الحديثة في التعامل ، وقد أصبحت أعداد كبيرة من العقود تنصب على عمليات تتسم بالتركيب والتعقيدات الفنية والقانونية وتنطوي على قيمة إقتصادية ومخاطر جسيمة بالنسبة لأطرافها ، لذا أصبح من الضروري أن تسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات الشاقة التي تتطلب الكثير من الوقت والجهد والتخصص والدراسات.

ولاشكّ في أهمية مرحلة التفاوض حيث يتمّ فيها التحضير الجيد للعقد وبحث كافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية ، والتعرف على المتعاقد الآخر وتقدير إمكانياته وتحديد

¹ - علي علي سليمان ، النظرية العام للإلتزام - مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري- ، الطبعة الخامسة ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 ، ص 48.

² - Patrick Canin, Droit civil, les obligations, 1^e ed, Hachette livre, Paris, 2002, p 30.

³ - حسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 232.

⁴ - موسى عبد الوهاب ، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد (موجهة إلى طلبة الماجستير) ، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2007 ، ص 37.

مضمون العقد على ضوء مصالح ومقاصد الأطراف حتى يُكتب له النجاح ، و توقي المنازعات التي قد تنشأ عنه وبيان سبل تسويتها والقانون الواجب التطبيق¹.

يعدّ التفاوض تخصصاً مهنياً ، وهذا يعني أنّ في كل مشكلة أو قضية أو قطاع أو نشاط تفاوض يختلف باختلاف الموضوع ونوعه ، ففي العلاقات بين الدول سواء كان تمثيلاً دبلوماسياً أو معاهدة أو إتفاق أو مشكلة بين دولتين أو أكثر يكون التفاوض دولياً أو دبلوماسياً². مثلما هو الحال في المفاوضات التي تجري في الوقت الراهن بين المغرب الأقصى وجبهة البوليزاريو حول قضية الصحراء الغربية. هذا التفاوض يجنب الأطراف المتنازعة اللجوء إلى القضاء ، بل وإلى بعض وسائل تسوية المنازعات الأخرى كالتحكيم مما يوفر كثيراً من الوقت والجهد والنفقات ، ومن ثمّ فالمفاوضة هي وسيلة أساسية ومهمة لعملية حسم المنازعات³.

وفي المجال الإقتصادي تنوعت أشكال التفاوض بتنوع فروع الإقتصاد ، فهناك التفاوض التجاري المحض ، وقد كان هذا الأخير هو التفاوض الأوّل عند بدء ظهور التعامل التجاري وأصبح الأهمّ بعد تطوره ، وهناك التفاوض الإقتصادي المتعلق بالمشاريع الإستثمارية من صناعية وزراعية وسياحية ، ويكون هذا التفاوض بين دولة وشركة أجنبية ، فتدخل هذه الأخيرة مع دولة أو مقاطعة في دولة فيدرالية من أجل تحقيق مشروع في الدولة التي يجري معها التفاوض، والتي هي بحاجة إلى تحقيق مشاريع صناعية أو زراعية أو اجتماعية أو سياحية⁴.

¹ - محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدي والإلكتروني والدولية وحماية المستهلك، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص36.

² - حسن الحسن ، التفاوض والعلاقات العامة ، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1993، ص 13.

³ - محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، د.ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 ، ص 318.

⁴ - حسن الحسن ، المرجع نفسه ، ص 13.

إنّ المفاوضات تعدّ جزءاً مهماً من العمل القانوني ، وهي في العقود الدولية¹ ذات أهمية بالغة خاصة إذا تعلّقت بالأشغال العامة.

فعقد الأشغال الدولي الذي هو عبارة عن "توافق إرادتين تتمثل في الإدارة من جهة وأشخاص أجنبية خاصة من جهة أخرى من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام وتحقيقاً لمصلحة عامة وعلى نحو معيّن ولقاء ثمن معيّن". إنّ هذا العقد هو من العقود طويلة المدّة ذات العلاقة القانونية الدولية المتشابكة ، لذا فالمفاوضة حوله قد تكون قبل التعاقد أو عند صياغة العقد من أجل مناقشة الكثير من الشروط خاصة تلك المتعلقة بتسوية المنازعات والقانون الواجب التطبيق.

هذا النوع من العقود يتطلب فترة زمنية طويلة من أجل إجراء المفاوضات بشأنه تتخلّى الدولة خلالها عن استعمالها لسلطتها العامة².

إضافة إلى عقد الأشغال الدولي ، نجد عقود استخراج المعادن أو البترول من باطن الأرض ، وعقود التوريد طويلة الأمد وعقود بيع عدّة منشآت صناعية وعقود نقل التكنولوجيا³ التي عرفها المشرع المصري كما يلي : "عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهّد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لإستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ، ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع أو بيع العلامات التجارية أو الأسماء أو الترخيص باستعمالها، إلّا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطاً به⁴.

¹ - إختلاف الفقه حول تحديد معيار معين لدولية العقد إلّا أنّ الرأي الراجح يقول بالمعيار القانوني فيعدّ العقد دولياً متى أتصل بأكثر من نظام قانوني ، وهذا ما أخذت به إتفاقية لاهاي سنة 1986 وإتفاقية فينا لعام 1980 ، مقتبس من : خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، د.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 55 ، 57 ، 63.

² - محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق ، ص 41 ، 318 ، 319 ، 106 إلى 116.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام-العقد والإرادة المنفردة-، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 83.

⁴ - نص المادة 73 من قانون التجارة المصري لسنة 1999 مقتبس من: جلال وفاء محمددين ، الإطار القانوني في نقل التكنولوجيا، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 32.

إضافة إلى ذلك فقد يكون التفاوض الإقتصادي بين دولة ودولة أخرى حول تحقيق وتنفيذ أحد المشاريع الإقتصادية ، أو عقد معاهدة أو إتفاق إقتصادي ، صناعي أو تجاري¹ ، على كل متى كان التفاوض بشأن عقد دولي سواء ربط بين أشخاص معنوية عامة أو أشخاص طبيعية خاصة فإنه يتأثر بعدة عوامل خارجية منها :

* بيئة المفاوضات : تشمل هذه الأخيرة المكان والزمان والمحيط والأحداث والأشخاص وتكون بيئة التفاوض بالضرورة أجنبية على أحد الأطراف أو عليهما معا في حالة إختيار مكان للتفاوض غير موطن أحدهم.

* الثقافة والإيديولوجية : تتأثر المفاوضات بشأن العقود الدولية بالثقافة الأجنبية، فالإنتقال عبر الحدود يعني التعامل مع طرق تفكير وتصرفات مغايرة من حيث مدلول الأقوال والأفعال.

* البيروقراطية والتنظيمات الأجنبية : قد تصطدم المباحثات بشأن العقود الدولية بالتنظيمات والعقبات البيروقراطية لمكان التعامل إذ غالبا ما نجد الأشخاص المفاوضين لا يملكون سلطة القرار خاصة في إصدار بعض الرخص مما يفرض عليهم ضرورة التعرف على كل الإجراءات الإدارية للبلد المضيف لحل المشاكل التي قد تعترضهم لإنجاح المفاوضات وإبرام العقد².

لكن كل ما سبق ذكره من أمثلة حول العقود الدولية لا ينفي وجود هذه المرحلة (مرحلة المفاوضات) حتى في بعض العقود الداخلية التي تتعلق بمشاريع ضخمة بالنسبة للأشخاص (طبيعيين أو إعتباريين) أو لها صلة بمصالح جماعية مثلما هو الحال بالنسبة لعقود بيع الأسهم ، أو عقد المفتاح في اليد أو عقود التأمين ، فهي كلها عقود تحتاج إلى بحث ومناقشات ومفاوضات قد تستغرق وقتا طويلا ونفقات كبيرة.

فدراستنا تتمحور حول المرحلة السابقة للتعاقد بغض النظر ما إذا كان العقد دوليا أو داخليا.

¹ - حسن الحسن ، المرجع السابق ، ص 13.

² - محمودي مسعود ، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 ، ص 93 إلى 96.

إذا ، يبدو أن للمرحلة السابقة لإبرام العقد النهائي (دوليا كان أو داخليا) أهمية كبيرة بصفة عامة، وللمفاوضات باعتبارها وسيلة للنقاش و التباحث حول شروط و تفاصيل العقد أهمية خاصة وبالغة في تحديد الإطار العام للعقد من حيث تحديد التزامات أطراف العلاقة التعاقدية، وإزالة أي غموض أو نزاع يقع فيه الأطراف عند تنفيذ العقد¹، كلّها أسباب دفعت بنا للتدبر أكثر في هذه المرحلة وبحث كافة أو مجمل جوانبها القانونية لما لها من تأثير في إنشاء عقد سليم قائم على التزامات و حقوق واضحة بالنسبة لأطرافه.

وعليه، ما هو مفهوم المفاوضات السابقة لإبرام العقد النهائي وفيما تتمثل طبيعتها القانونية ؟ وإلى أي مدى يلتزم الأطراف خلال فترة ما قبل التعاقد ؟ وهل للمسؤولية مكان خلال هذه المرحلة ؟ وإن وجدت فما طبيعتها ؟

كلّها إشكالات سنحاول الإجابة عنها من خلال الفصلين التاليين :

- الفصل الأوّل : مرحلة المفاوضات والإتفاقات التمهيدية للأطراف قبل وأثناء إجرائها.
- الفصل الثاني : إلتزامات الأطراف أثناء إجراء المفاوضات وطبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بها.

¹ - بوفلحة عبد الرحمن ، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2007-2008 ، ص 10 ، 11.

الفصل الأول

مرحلة المفاوضات والاتفاقات التمهيدية للأطراف قبل وأثناء إجرائها.

بالرغم من إهتمام الفقهاء والباحثين القانونيين بدراسة مرحلة المفاوضات في مجال العقود ذات الطابع الدولي- لما لهذه الأخيرة من أهمية إقتصادية، ولما تتطلبه من مدة طويلة لأجل إبرامها وإجراء مفاوضات بشأنها، هذا كله قد ينتج عنه صرف أموال ضخمة من قبل أحد الطرفين أو كليهما من أجل التنقل وإجراء الإجتماعات والمحادثات والإستعانة في بعض الحالات بخبراء ومترجمين ومختصين في مجال إجراء المفاوضات- إلا أن هذا لا يمنع من مرور بعض العقود الداخلية في المجال التجاري أو الإقتصادي أو الإجتماعي بفترة زمنية قد تطول أو تقصر تتم من خلالها المفاوضات والمناقشات حول العقد المزمع إبرامه ، من أمثلة ذلك: عقد التأمين الذي يكون مسبقا بمرحلة مفاوضات يكون للمؤمن من خلالها دور هام في تحديد ما يقدمه عقد التأمين من ضمانات تأمينية، ضف إلى إلتزامه بتقديم النصيحة لمن يدخل معه في مفاوضات تسبق التعاقد¹. إضافة إلى العقود المبرمة بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين في المجال التجاري، متى تعلق الأمر بإنجاز منشآت صناعية أو سكنية ضخمة، أو توريد سلع أو منتجات من طرف أحد المنتجين لشخص من التجار أو أصحاب المؤسسات التجارية الضخمة، فالمفاوضات تساعد الشخص على الموازنة بين فرص الربح والخسارة قبل الدخول في علاقة تعاقدية². كما قد تلجأ الشركات إلى هذه المرحلة من المفاوضات متى رغبت في التنازل عن أسهمها لشركة أخرى أو تشتري لنفسها أسهما من إحدى الشركات.

¹ - سعيد السيد قنديل، المسؤولية المدنية لشركة التأمين، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص10.

² - خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 10.

وكما سبق لنا وأن أشرنا فإن مرحلة المفاوضات نجدها في عقود العمل التي تتم بين رب العمل والمقاول أو العامل في مجال البناء، وتتضمن المشاورات والدراسات والاستشارات من قبل كل منهما¹.

بل أصبحنا نلاحظ وبصورة متكررة استعمال مصطلح المفاوضات حتى في العقود المتعلقة بالمجال الثقافي، الفني والرياضي.

وهناك نوع آخر من التفاوض أطلق عليه اسم "التفاوض الاجتماعي" وله جانب إقتصادي وتجاري، وهذا النوع من التفاوض نشأ بعد أن تطورت العلاقات الإقتصادية والإجتماعية والصناعية وتشابكت المصالح المختلفة والمتعددة، ونشأت المشاكل بين أصحاب العمل أو المسؤولين عن المؤسسات الصناعية والعمال².

هكذا يمكن القول أن مرحلة المفاوضات السابقة عن العقد قد نجدها في *العقود الدولية*، حيث يتم التفاوض بين الحكومات والأفراد والشركات بصدد مشروعات ومشاكل إقتصادية أو تجارية أو قانونية بهدف إقامة رابطة عقدية متوازنة تحقق المصالح المشتركة لأطرافها، ويتم ذلك من خلال تبادل الأفكار والمقترحات ومناقشتها، وقد يفشل الأطراف في تحقيق التوافق، وقد يتم ذلك في شكل شفهي أو كتابي رسمي أو غير رسمي³.

كما قد نجدها في *العقود الداخلية* المبرمة بين الأفراد أو الشركات إذا ما تعلقت هذه العقود برؤوس أموال معتبرة، أو كانت عقود ذات طابع مركب، أو متعلقة بمصالح مشتركة لفئة كبيرة من الأشخاص. وبصفة عامة كل تلك العقود التي لها قدر كبير من الأهمية في الحياة الإجتماعية أو الإقتصادية أو التجارية.

في مثل هذه العقود عادة ما لا يستقر الرأي بصدور إيجاب بات إلا بعد مفاوضات قد تطول أو تقصر.

1 - نعيم مغيب، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، الطبعة الثالثة، ددن، لبنان، 2001، ص51.

2 - حسن الحسن، المرجع السابق، ص13.

3 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص28.

إلاّ أنّه هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها، ونذكر منها:

- ❖ **العقود المألوفة في الحياة اليومية:** كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة¹، أو إقتناء مادة أو سلعة للإستهلاك، فحتّى إن وجد فيها أخذ ورد وتبادل للمعلومات إلاّ أنّ ذلك لا يتطلب مدة طويلة أو صرف نفقات، ومن تم فإنّ عدم إبرام العقد النهائي لا يلحق في الأصل ضررا بأحد الأطراف.
- ❖ العقود التي تبرم دون سابق مفاوضة في الحياة التجارية والتي تقتضي السرعة في البت والتعامل.

- ❖ **عقود الإذعان²:** وهي العقود التي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب³ الذي يتمتع بسمو أو أفضلية اقتصادية وحالة مهيمنة⁴، فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي، وقد تكون المناقشة محدودة النطاق في هذه العقود⁵ حيث تنص المادة 70 ق م على ما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها" (تقابلها المادة 100 قانون مدني مصري)⁶.

ومن أمثلة هذه العقود: عقود الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والهاتف والمياه⁷، وهناك من اعتبر العقود التجارية الإلكترونية هي الأخرى عقود إذعان، على اعتبار أنّ المتعاقد لا يملك إلاّ أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع أو المشتري على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة، وعلى الثمن المحدد سلفا

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول)، دط، منشأة المصارف، الإسكندرية، 2004، ص172.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول)، المرجع نفسه، ص172.

3 - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دط، منشأة المصارف، الإسكندرية، دت، ص27.

4 - Patrick Canin, OP.CIT, P33.

5 - السيد محمد السيد عمران، المرجع نفسه، ص27.

6 - بن حميدة نيهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية- دراسة مقارنة-، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2007، ص16.

7 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص65.

الذي لا يملك مناقشة أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر، وكل ما يتاح له هو إمّا قبول العقد برمته أو رفضه كليّة¹.

في حين هناك رأي يقول بضرورة وجود مرحلة تمهيدية تسبق إبرام العقود التجارية عبر شبكة الإنترنت، إذ تمكن هذه المرحلة كل من ينوي التعاقد عبر الشبكة من أن يستوثق من مدى مشروعية التعبير عن إرادته في العقد المزمع إبرامه، ومدى إمكانية إبرام هذا العقد عبر هذه الوسيلة المستحدثة².

كما تبرز أهمية هذه المرحلة التمهيدية بوجود الإلتزام بتقديم المعلومات السابقة للتعاقد³، خاصة إذا كان العقد يربط بين مهنيين (محترفين) ومستهلكين، بهدف تنوير رضاء المتعاقد الذي قدمت إليه تلك المعلومات. من تم نقول أنه في مثل هذه العقود (المبرمة عبر شبكة الأنترنت) قد حلّ فيها التفاوض الإلكتروني محل التفاوض بالطرق العادية⁴. وفي الأخير نقول أن عقود الإذعان تستوجب تدخل تشريعي حماية للطرف الضعيف⁵ المادة 106، المادة 112 ق.م وذلك بسبب غياب أو نقص دور الإرادة في مثل هذه العقود، عكس العقود القابلة للتفاوض حيث تلعب إرادة الطرفين دورا كبيرا في الإتفاق على شروط أو مضمون العقد⁶.

❖ العقود النموذجية: العقد النموذجي لا يعتبر إتفاق لإرادتين وإنما صيغة معدة مسبقا وضعت لعقود تبرم في المستقبل، لذلك يذهب البعض إلى أنه من الأفضل تسميته صيغة نموذجية للعقد، ولهذا النماذج دور كبير في إبرام عقود التجارة

¹ - إلياس ابن ساسي، التعاقد الإلكتروني و المسائل المتعلقة به، مجلة الباحث، العدد الثاني، 2003، ص 61.

² - محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في التعاقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 20.

³ - محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع نفسه، ص 20.

⁴ - السيد محمد السيد عمران، مقال بعنوان الإلتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت، عبر الموقع:

www.Liec-edu.com/uploads

⁵ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 65.

⁶ - Brigitte Hess - Fallon - Anne Marie Simon, droit civil, 8 édition, dalloz, 2005, P193.

الإلكترونية إذ تختصر النفقات¹، فلا تستغرق لإبرامها زمنا طويلا وذلك لنقص أو انعدام المفاوضات بشأنها.

سنحاول من خلال هذا الفصل التعرف على المفهوم القانوني للمفاوضات وأهم الأساليب والمهارات المعتمد عليها من قبل الأطراف أو المتفاوضين لنجاح مفاوضاتهم، وسنتطرق بالدراسة والتحليل لموضوع الطبيعة القانونية للمفاوضات باعتبارها مرحلة سابقة لإبرام العقد النهائي (المبحث الأول).

أما (المبحث الثاني) فنخصه لذكر أهم الإتفاقات المقيدة من حرية الأطراف أثناء المرحلة السابقة للتعاقد.

المبحث الأول مفهوم المفاوضات وطبيعتها القانونية

¹ - نضال إسماعيل برهم، غازي أبو عرابي، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص51.

إنّ المفاوضات هي عبارة عن حوار ومناقشة وتفاعل بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين لحسم الخلاف والتوفيق بين المصالح المتعارضة والوصول إلى إتفاق بشأنه¹، هذا التعريف جاء شاملاً لمفهوم المفاوضات في مختلف المجالات لأنّه توجد بعض التعاريف الخاصّة بالمفاوضات في قطاعات أو اختصاصات معينة مثل: التفاوض هو الأسلوب الذي يدير به السفراء والمبعوثون العلاقات الدولية وهي عمل الرجل الدبلوماسي²، كذلك عرّف التفاوض على أنّه عبارة عن إجراء المناقشات والحوار من أجل تسويق مشروع معين أو الوصول إلى إتفاق حول تحديد الربح والخسارة بهدف تحقيق المشروع³.

وهناك من قال عن التفاوض أنّه: فن الإتصال الفعال والإدارة والحوار والبناء فهو سلوك طبيعي يستخدمه الإنسان للتفاعل مع محيطه وأسلوب علم للحياة في كلّ المجالات المختلفة، إذ أنّ التفاوض سمة أساسية من سمات الحياة⁴، وحتّى تكون دراستنا قائمة على أسس واضحة كان لابد علينا التمييز بين التفاوض وما يتشابه به من موضوعات:

التفاوض والمشورة: المشورة هي الحصول على رأي الآخرين وهي بمثابة النصيحة⁵ لأنّها تقتضي توجيهها إيجابياً للمتعاقد أو المتفاوض⁶.

التفاوض والإعلام: التفاوض يتمثل في بحث ومناقشة شروط العقد المختلفة من أجل تحديدها وبلورتها في إتفاق، بينما الإعلام يقتصر على وصف الشيء دون التطرق إلى مناقشة شروط العقد¹.

1 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية، المرجع السابق، ص28.

2 - فاروق السيد عثمان ، سيكولوجية التفاوض وإدارة الأزمات، دط، منشأة المصارف، الإسكندرية، 1998، ص03.

3 - حسن الحسن، المرجع السابق، ص11.

4 - <http://www.2yes.2.com/Frest4.htm/>

5 - السيد عليوه، مهارات التفاوض والعقود والتحكيم الدولي، الطبعة الأولى، دار الأمين، القاهرة، 2002، ص52.

6 - السيد محمد السيد عمران ، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، عبر الموقع:

التفاوض والمساومة: المساومة هي جدل محدود حول مسألة جزئية وتتطلب حوار مثل المساومة في السعر²، فالقاعدة الأساسية في المساومة هي محاولة الوصول إلى تبادل شيء بشيء آخر³، ولكن التفاوض كما أوضحنا سابقا هو حوار شامل حول صفقة أو مشكلة ذات أوجه متعددة.

التفاوض والتحكيم والقضاء: التحكيم هو لجوء الأطراف المتنازعة إلى محكم أو محكمين يتم اختيارهم للفصل في منازعة معينة، أما القضاء فهو جهة رسمية معينة من قبل الدولة للفصل في المنازعات بين الأطراف، أما التفاوض فقد يكون بمثابة عمل معين للوصول إلى إتفاق بشأنه وليس منازعة وإذا كان التفاوض في شأن منازعة فهو وسيلة للتسوية الودية قبل الوصول إلى التحكيم أو القضاء⁴.

إنّ للمفاوضات أهمية كبيرة في أغلب العقود، لكن لها مكانة بارزة في إبرام العقود الدولية نظرا لإتساع وتعقد العمليات التي تحيط بهذا المجال الحيوي، خاصة إذا ما تعلق الأمر بنقل التكنولوجيا والمعارف والمواد الإستراتيجية، وتحتاج المفاوضات في إدارتها إلى منهج منظم، فهي عامل تشكله قوى عامة عديدة وتتأثر بعوامل متفرقة وتفرض على القائم بها أخلاقيات معينة⁵ (المطلب الأول)، أما بالنسبة للطبيعة القانونية للمفاوضات فقد اختلف الفقه والقضاء في تحديدها هناك فريق اعتبر التفاوض بمثابة عقد مؤقت وسابق من أجل إعداد وتحضير وتحديد الشروط والملاحظات والنقاط الهامة للعقد النهائي⁶، ذلك لأنه لا يمكن أن تبقى هذه الحقبة السابقة للتعاقد بدون تأثير في العقد النهائي ففي هذه الآونة تتموضع الوقائع القابلة لأن تعيب رضا أحد الطرفين، ويمكن أن

¹ - بوعزة ديدن، محاضرات في موضوع المفاوضات حول العقود، (موجهة إلى طلبة ماجستير تخصص قانون العقود و المسؤولية)، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2007، ص21.

² - السيد عليوه، المرجع السابق، ص52.

³ - صالح ص خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، دط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص86.

⁴ - السيد عليوه، المرجع نفسه، ص52.

⁵ - محمودي مسعود، المرجع السابق، ص93.

⁶ - Christian Larroumet, droit civil : les obligations (T3), 3^e édition, Economique, Paris, 1996, P260.

تصلح استشارات المفاوضات لتفسير العقد. في حين الفريق الثاني يرى بأن المفاوضات لا يسعها حتى ولو توصلت إلى تحرير مشروع أن تربط الطرفين فهي تتميز وبشكل واضح عن العقد¹ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإعداد للمفاوضات والأساليب المعتمدة للقيام بالتفاوض.

إنّ المتفاوض البارِع هو الذي يحضر دائما لائحة بأهدافه ويستعملها لمقارنة النتائج الفعلية لإجتماعات المفاوضات مع النتائج المتوقعة لها².

والهدف من التفاوض يختلف باختلاف محل العقد النهائي وأطرافه، فقد يكون الهدف سياسيا كما هو الحال في المفاوضات بين الدول وأطراف متنازعة في إقليم واحد مثل التفاوض الذي يهدف إلى تحرير أرض، وقد يكون اقتصادي مثل استثمار الأموال والتفاوض حول المشروعات المؤدية لذلك فيكون الهدف هو التنمية والتفاوض لجذب المستثمرين، وقد يكون الدافع هو الحصول على سلعة أو تصريفها والتفاوض على بيع أو شراء هذه السلعة.

ولقد كان من أثر التطورات في أشكال وأنواع العقود وتعدد أساليب إبرامها ازدياد الحاجة إلى التفاوض بل بلغ الأمر إلى وصف التفاوض، "أنّ العالم ما هو إلاّ مائدة هائلة للتفاوض وأنت أحد الجالسين على هذه المائدة"، من هنا اهتم العلماء وأساتذة علوم الإدارة والقانون وعلى وجه الخصوص السياسيون بموضوع التفاوض ووضعوا قواعد له ونظريات علمية³.

إذا كان لكل نوع من أنواع التفاوض أسلوبا خاصا به، ومهارات متخصصة ومزايا وخصائص متنوعة، فإنّ هناك مبادئ عامة تحكم فن التفاوض بشكل عام في

¹ - جاك غستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، دمشق، 2000، ص331.

² - بيتر فليمنج، المفاوضات التجارية الناجحة، ترجمة مركز التعريب والترجمة، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، لبنان، 1998، ص21.

³ - السيد عليوه، المرجع السابق، ص 52، 54، 55.

مختلف أنواعه وأساليبه ومراحله ومهاراته، هذه المبادئ العامة تبدأ من مرحلة الإعداد للبدء في عمليات التفاوض التي تتضمن تحديد الأهداف ووضع الإستراتيجية واختيار الفريق المفاوض ومكان التفاوض وجمع المعلومات¹.

الفرع الأول: الإعداد للمفاوضات.

لقد أصبحت مرحلة التفاوض في غاية الأهمية في العصر الحاضر مع التطور الصناعي المذهل، حيث أصبحت العقود ترد على أشياء تتسم بالتعقيد يصعب تلاقي الإيجاب والقبول فيها دون أن يكون للزمن دوره في تحقيق هذا التلاقي، إدخاله يتبادل الأطراف الإقتراحات والدراسات الفنية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه². ويتم التحضير للدخول في هذه المفاوضات من خلال مرحلة تسبق التفاوض على العقد المستهدف وتمثل في مرحلة الإعداد للمفاوضات، والتي تعدّ من العمليات الشاقة التي تستغرق وقتاً، جهداً ونفقات، بل يمكن القول أنّ المفاوضات التي يعد لها جيداً تنتهي غالباً بإبرام عقد ناجح، يتم الإتفاق عليه وتنفيذه بطريقة سليمة وهادئة ويحقق كل طرف ما يبتغيه.

ومن بين ما يتم الإعداد به للمفاوضات التعاقدية: الإتصال بين الأطراف ودعوة أحدهم الآخر للتفاوض وتبادل الآراء حول العملية التعاقدية³.

لذلك نعرض في البداية التحضير للمفاوضات ثم نبين خطاب النوايا كدعوة للتفاوض.

أولاً: التحضير للتفاوض.

إنّ المرحلة السابقة لإبرام العقد النهائي تتضمن بدورها جانبين أو مرحلتين، الفترة السابقة للتفاوض، ومرحلة إبرام الإتفاق المبدئي¹ الذي من خلاله يتعهد الأطراف إجراء المفاوضات من أجل الوصول إلى إبرام عقد موضوعه غير محدد بعد إلا جزئياً².

¹ - حسن الحسن، المرجع السابق، ص18.

² - السيد عيد نايل، التفاوض على العقد، عبر موقع:

www.gcac.biz/news.php?newsid=47.

³ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية" عبر موقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

فيما يخص الفترة السابقة للتفاوض فإنّ الأطراف يحرصون على التحضير والإستعداد الجيد قبل الدخول في التفاوض، خاصّة إذا تعلق الأمر بعقود دولية تتضمن عملية معقدة ومليئة بالمخاطر وذلك بالنّظر إلى أهمية الصفقة التي يرد عليها العقد³. إنّ الأشخاص الراغبين في الدخول للتفاوض بهدف إبرام عقد نهائي وجب عليهم مراعاة مراحل معينة إذا كانوا يريدون نجاح مفاوضاتهم ومن تم إبرام العقد الذي يصبون إليه، وتتمثل هذه المراحل فيما يلي:

1 - الدّراسة التمهيدية: أول ما يجب البدء به خلال هذه المرحلة هو تحديد موضوع التفاوض بشكل واضح وصريح. فهناك موضوع أو مشكلة يجب حلها عن طريق النقاش والحوار للوصول إلى إتفاق يرضي الطرفين المتفاوضين، ويضمن لهما الحد الأدنى المقبول من المكاسب⁴.

إنّ الدّراسة التمهيدية عن المشروع المزمع تنفيذه، تعدّ خطوة أولية ضرورية قبل الدخول في التفاوض على العقد المرتبط به. ويطلق على تلك العملية دراسة الجدول التي ترمي إلى الحصول على المعلومات الضرورية، والمشورة الفنية اللازمة لتبصير وتنوير إرادته عن فائدة الصفقة من الناحية الاقتصادية، واحتمالات النجاح والفشل، والأسس العلمية والفنية لها والمخاطر المحتملة فيها⁵.

إنّ تحديد العناصر الأساسية التي تقوم عليها المفاوضات، يعدّ أمراً مهماً لنجاح الإستراتيجية التي يضعها الأطراف بإرادتهم الحرة، والتي تسعى عادة إلى التوصل إلى حلول وسط ترعى كلّ منهم⁶.

1 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص39.

2 - جاك غستان، المطول في القانون المدني: تكوين العقد، المرجع السابق، ص357.

3 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص39.

4 - حسن الحسن، المرجع السابق، ص26.

5 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص39.

6 - محمد عرفة، العناصر الأساسية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية وعوامل نجاحها، عبر الموقع:

[http:// www.aleqtisadiah.com/article.php?do=Show_id=4036](http://www.aleqtisadiah.com/article.php?do=Show_id=4036).

لابدّ خلال هذه الدّراسة من تحديد موعد ومكان التفاوض خاصة إذا كان أحد طرفي المفاوضة دولة ذات سيادة والطرف الآخر شركة تجارية أو استثمارية¹، كما يتناول الأطراف أثناء هذه الدّراسة التمهيديّة جميع الجوانب المتعلقة بالرابطة التعاقدية سواء كانت إقتصادية أو فنية أو قانونية، فبالنسبة لعقد الإمتياز التجاري الدولي يقوم المورد بإجراء دراسة حول إمكانية التوزيع والمنافسة ومدى تناسب المنتج مع عادات وذوق المستهلك.

وفي عقود نقل التكنولوجيا تتم المفاضلة بين الوسائل التقنية لإختيار أفضل وسيلة تتناسب مع ظروف التجهيز الصناعي المراد إقامته. وينبغي التأكيد من توافر التمويل اللازم خاصة بالنسبة للدول النامية حيث يتم الإقتراض عادة من المؤسسات المالية الدولية، أو ترك الأمر إلى الشركة التي ستنفذ المشروع حيث تتولى تمويله مقابل تسوية معينة.

وينبغي دراسة الإجراءات القانونية والعوائق التي قد تعيق التنفيذ في البلد الأجنبي ومحاولة الإلمام بالقوانين المحلية والخاصة بالإستثمار والتصدير والاستيراد². كما يمكن الإستعانة بمحاميين ومستشارين قانونيين في هذا المجال ينتمون إلى الدولة المستثمر فيها، وتنصب الدّراسة كذلك على المخاطر المحتملة للمشروع سواء كانت تقليدية مثل الحريق أو تتعلق بمخاطر التجارة الخارجية حيث يتم تغطية الأولى بوثائق التأمين التقليدية أمّا الثانية فيتم تأمينها بواسطة هيئات تأمين متخصصة مثل هيئة Coface في فرنسا. يتولى المتعاقد إجراء الدراسات السابقة بوسائله الخاصة وذلك بالنسبة للشركات الكبرى التي تمتلك فريق من المتخصصين ذوي الخبرة وقد يتم الاستعانة بأهل الخبرة من الغير لإجراء هذه الدّراسة³.

¹ - حسن الحسن، المرجع السابق، ص 27.

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 40.

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 40.

فإذا كان العقد قد تم بين شركات سواء على المستوى الدولي أو الداخلي فيمكن لكل منهم أن تقوم بدراسة تمهيدية من خلال معرفة الحالة المادية أو المالية والحالة القانونية للشركة الأخرى، وذلك بواسطة البيانات المستقاة من النشاطات الاقتصادية المختلفة والبيانات المالية للشركات في تقاريرها السنوية، والدراسات الفنية التي تنشر بين آن وآخر¹.

2- التعرف على المتعاقد الآخر: إن المتعاقد الآخر يشكل عنصراً جوهرياً في العملية التعاقدية، ومن ثم يجب الحرص الشديد في اختياره والتحري عن صفاته ومركزه المالي والمهني والفني الذي يؤهله لتنفيذ العقد². ومن ثم فلا بد أن يكون لدى المفاوض معلومات وافية ومدروسة عن الطرف الآخر المفاوض معه، وعن مطالبه وما هي الحدود الدنيا التي يمكن أن يقبل بها، إضافة إلى معرفة مستواه العلمي وخبرته السابقة، كما قد يحاول هذا المتعاقد معرفة الشخصية السيكولوجية والاجتماعية لمن سيدخل معه في مفاوضات وعاداته ونقاط ضعفه وقوته³.

ويتم البحث عن المتعاقد بالوسائل الخاصة أو بتوجيه دعوة إلى الجمهور عبر وسائل الإعلام أو شبكة الأنترنت أو بالإستعانة بوسيط، وتعتبر شخصية المتعاقد عنصراً جوهرياً في العقود الهامة التي يتم التفاوض عليها وبصفة خاصة تلك القائمة على الإعتبار الشخصي⁴، ففي هذه الأخيرة عندما يعرض الشخص المتعاقد مع آخر فإن هذا العرض لا يعدّ إيجاباً إنّما دعوة للتفاوض⁵.

فغالبا ما يبدأ المتعاقد باستطلاع مدى استعداد الطرف الآخر للتعاقد، وكل ما يدخل في هذا النطاق يعتبر مجرد تحضير أو تمهيد للتعاقد ولا يعدّ إيجاباً، من ذلك مثلا عرض الشخص منزله للبيع أو الإيجار دون أن يحدد ما يطلبه من ثمن أو أجرة فمثل

1 - حسن الحسن، المرجع السابق، ص30.

2 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص40.

3 - حسن الحسن، المرجع نفسه، ص27.

4 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص41.

5 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني: مصادر الالتزام (الجزء الأول)، المرجع السابق، ص172.

هذا الشخص لا يقصد أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه بل هو يدعو الغير إلى التقدم إليه ليختار من بينهم من يقبل شروطه عن طريق التفاوض¹. وقبل ذلك من يتوفر على الصفات المطلوبة لكي يتم الدخول معه في مفاوضات حول العقد النهائي المرغوب في إبرامه.

ولعل أهم الصفات، التي يحرص الراغب في التعاقد عادة على التأكد من توافرها في الطرف الآخر قبل التفاوض معه هي الكفاءة المالية بصفة خاصة في عقود الائتمان مثل عقد القرض والإيجار التمويلي، وكذلك الكفاءة المهنية بصفة خاصة في عقود التشييد ونقل التكنولوجيا، هذا بالإضافة إلى حسن السمعة على الصعيد الدولي أو الداخلي والوسط المهني.

ثانياً: خطاب النوايا.

1- مفهوم خطاب النوايا: يقوم الراغب في التعاقد بتوجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن هذا العقد تمهيداً لإبرامه، وهذا ما يطلق عليه الدعوة إلى التفاوض، أو الإيجاب بالتفاوض، حيث لا تتضمن تلك الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه بل مجرد التعرف على من يستجيب لدعوته ليدخل معه في التفاوض حول مضمون العقد المرغوب، وقد توجه الدعوة إلى الطرف الآخر شفاهة أو هاتفياً أو عن طريق رسول أو بالكتابة العادية بالبريد العادي أو الإلكتروني Email أو الفاكس أو التلكس.

ويجرى العمل في مجال التجارة الدولية على إرسال الدعوة للتفاوض إلى الطرف الآخر عن طريق ما يسمى "بخطاب النوايا"².

فالتأمل في العقود الدولية المعاصرة كعقود إنشاء المصانع بنظام B.O.T ومحطات الطاقة بنظام البنية التحتية، إقامة المطارات، وعقود نقل التكنولوجيا، الإنتاج في اليد،

¹ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص69.

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص41، 42.

المفتاح في اليد، وعقود الائتمان التأجيري الدولي. فهي على خلاف العقود الدولية اليومية البسيطة كالبيع أو النقل، ذلك لأنها تستلزم اجتياز مراحل من المسائل الفنية الدقيقة التي لا يمكن حسمها في جلسة أو جلستين. كما تتضمن إتفاقيات تمهيدية متعاقبة ومستمرة صوب العقد النهائي، يتم من خلالها تبادل الرؤى ومفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات بين الأطراف، تحرر في مستندات تحضيرية للعقد النهائي ولعل من أهمها ما يعرف بخطاب النوايا أو خطاب التفاهم أو مذكرة التفاهم¹.

ليس من السهل وضع تعريف محدد لهذا المصطلح (أي خطاب النوايا)، ذلك لأن الواقع العملي يدل على أن لخطابات النوايا أشكالاً مختلفة ومع ذلك حاول البعض تقديم تعريف له بالقول أنه: "وثيقة مكتوبة من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي"².

تكمن جدية خطاب النوايا وطابعه الرسمي في صدوره على شكل وثيقة مكتوبة من الراغب في التعاقد إلى الطرف الآخر، يعرب فيها عن رغبته في إبرام عقد معين ويبين فيها الخطوط العريضة للصفقة ودعوته للتفاوض حولها، توطئة لإبرام العقد النهائي. ويتضح من ذلك أن خطاب النوايا وثيقة هامة يبدأ بها بحسب الأصل أطراف العملية التعاقدية مشوارهم نحو خوض غمار الإعداد للمفاوضات والتوجه نحو التعامل الجدي لإنجاز العقد المراد إبرامه³.

خطاب النوايا وإن كان لا يشكل إتفاقاً نهائياً إلا أنه يعبر عن رضا الطرفين الضمني بالدخول في المفاوضات ومواصلتها أو الإستمرار وفيها تحسباً لإبرام العقد

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 42.

النهائي¹، ومن تم فهو يهدف إلى إظهار النية الجادة في التعامل والرغبة الحقيقية في التعاقد مع إرساء عوامل التعاون.

غير أنّ ما سبق لا ينفى أنّ هناك من مقاصد خطاب النوايا ما يقتصر على مجرد طلب معلومات أو الردّ على استفسارات محدّدة بخصوص العملية التعاقدية، فيكون مجرد وجود إهتمام بمشروع تلك العملية دون أن يعبر عن أيّ نية للإلتزام بالدخول في المفاوضات التعاقدية. إضافة إلى هذا فإنّه وإن كان خطاب النوايا يأتي في شكل مكتوب إلاّ أنّه ومع تقدم وسائل الإتصال الحديثة فليس هناك ما يمنع من أن تتجسد بالطرق الإلكترونية كالبريد الإلكتروني أو الأنترنت².

2- صور أو أنواع خطاب النوايا: تتعدد صور خطاب النوايا وتتفاوت قوته بحسب الأهداف والمقاصد التي يرمي إليها، وتتنوع خطابات النوايا بتعدد أغراضها ومعانيها، واختلاف مضمونها وصورها³.

أ- خطاب الدعوة للبدء في مفاوضات: وهو خطاب يتضمن دعوة محرره الطرف الآخر للبدء في المفاوضات حول العقد المزمع إبرامه⁴. مع وضع الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها من حيث الزمان والمكان والنفقات واللغة وفريق التفاوض، ويعد ذلك أمراً جوهرياً للإقتصاد في الوقت والجهد.

كما قد يتم خلال هذا الخطاب إتخاذ التدابير التحضيرية اللازمة لإبرام الصفقة مثل الحصول على موافقة الجهات الحكومية والمؤسسات المصرفية لتمويل المشروع⁵.

1 - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 199.

2 - عبد الكريم سلامة، "النظام القانوني للمفاوضات" العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

3 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 42.

4 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات" العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

5 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 43.

ب- **خطاب الإتفاق المبدئي الحر:** وهو الخطاب الذي يوجهه محرره إلى الطرف الآخر أثناء المفاوضات ويثبت فيه إتفاق الطرفين على بعض الإلتزامات المحددة¹ والتي تكون مستقلة عن تلك الواردة في العقد النهائي المزمع إبرامه.

قد يتضمن هذا الخطاب دعوة لإعداد الدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول كافة الجوانب المالية والفنية والتنفيذية للصفقة، والتأكيد على الإلتزام بالحفاظ على سرية تلك الدراسات والمعلومات المتبادلة أثناء المفاوضات²، والإلتزام بمواصلة المفاوضات بنية جادة مع توخي الأمانة وشرف التعامل والإمتناع عن الغش والسلوك التدليسي في كل مرحلة (أي إلتزام حسن النية)³، إضافة إلى الإلتزام بعدم قطع المفاوضات دون سبب معقول وعدم الدخول في مفاوضات موازية.

يلاحظ هنا وجود إتفاق تعاقدي حقيقي على تلك الإلتزامات بحيث أن مخالفتها يثير المسؤولية العقدية⁴.

وينتشر هذا الخطاب في مجال مفاوضات نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية⁵.

ج- **خطاب الإتفاق المبدئي التعاقدي:** وهو الخطاب الذي يصدره محرره بعد أن تكون المفاوضات قد قطعت شوطاً كبيراً و تم التوصل إلى أمور وأشياء أساسية إرتضاها محرر الخطاب⁶، وهذا ما يطلق عليه مذكرة التفاهم أو مذكرة الإتفاق¹، غير أن ذلك غير ملزم للطرفين إلا بعد توقيع العقد النهائي².

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع :

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 43.

³ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع :

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

⁴ - هذا ما صرحت به الوثائق الصادرة عن الأمم المتحدة:

مرشد تحرير العقود الدولية للاستشارات الهندسية والمساعدة الفنية لسنة 1983. ومرشد تحرير العقود الدولية بين مجموعة الشركات لإنجاز مشروع محدد. مقتبس من عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

⁵ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 43.

⁶ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

أو استثناء بعض الشروط أو حدوث أمر معين مثل الحصول على تسهيل ائتماني أو قرض معين أو إستغلال براءة الإختراع أو المعرفة الفنية.

د- خطاب إستعلامي: حيث يقتصر على مجرد طلب معلومات أو الرد على استفسارات محددة بشأن العملية التعاقدية، يعبر الخطاب هنا عن مجرد وجود إهتمام بمشروع تلك العملية دون أن يعبر عن أية نية للإلتزام بالدخول في المفاوضات³.

3- الطبيعة القانونية لخطاب النوايا: أسلفنا بيان ماهية خطاب النوايا وانتهينا إلى أنه وثيقة أو مستند يحرره أحد الأطراف المعنية بعملية عقدية لتحقيق غرض معين من تلك التي أشرنا إليها من خلال أنواع الخطاب، وباعتباره محررا ومستندا ينطوي على عمل إرادي انفرادي أساسا وتبادلي ضمينا بعد وصوله إلى الطرف الآخر فقد يعد تصرف قانوني يتغني ترتيب أثر معين⁴. كما قد نعتبره مجرد رغبة أو دعوة للتفاوض وبالتالي فلا توجد طبيعة قانونية واحدة لخطابات النوايا، حيث تختلف القيمة القانونية للخطاب بحسب نوعه وصياغته والعبارات والألفاظ التي يتضمنها.

إن خطاب النوايا عملا إراديا عابرا للحدود في مجال المعاملات الدولية يرمي مصدره غالبا إلى مجرد دعوة الآخرين للتفاوض على العقد المزمع إبرامه، فهو لا يتضمن بدهاءة العزم النهائي على التعاقد لأن صاحبه لا يعلن عن إرادته الباتة في ذلك، ولا يرغب الأطراف تحمل إلتزامات معينة لمجرد تحرير خطاب النوايا، بل يظل المبدأ العام قائما فيما يتعلق بحرية المفاوضات دون تقيد الأطراف بقيود معينة، وتظل الإرادة حرة طليقة لا تفرض إلتزاما على مصدر الخطاب⁵، لذلك فالقانون الفرنسي يتضمن نصوصا تقضي بأن المسؤولية المترتبة على إخلال الطرف بإلتزامه الضمني بالتفاوض مع وجود خطاب

1 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 44.

2 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

3 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 44.

4 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

5 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 44.

النوايا تعدّ مسؤولية تقصيرية إذ أنّها المسؤولية الوحيدة المتصور انعقادها في غياب وجود العقد النهائي¹، وهذا ما ذهب إليه القضاء الإنجليزي.

يتضح من ذلك أن خطاب النوايا ليس له قيمة تعاقدية ولا يلزم صاحبه بل هو مجرد نية، ويتجرد من كلّ قيمة قانونية ومع ذلك يمكن أن تثار المسؤولية التقصيرية والتعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالواجب الأساسي بمراعاة حسن النية في مرحلة المفاوضات، وعدم الانحراف عن السلوك الطبيعي للشخص المعتاد.

ويمكن أن يأخذ خطاب النوايا شكلا إلزاميا إذ تضمن التزامات محددة أو كشفت عباراته عن إتفاق على مسائل معينة هنا نكون بصدد إتفاق مبدئي Un accord de principe² ومن تم فيخضع لقاعدة الإسناد المطبقة على العقود والمنصوص عليها في المادة 18 من القانون المدني: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنّه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

هذا من حيث القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بالنسبة لموضوعه أما شكله فهو يخضع للقاعدة الواردة في المادة 19 ق م والتي جاء فيها: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع للموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية"³.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 200.

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 44.

³ - قانون رقم 10-05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق ل 20 جوان 2005 المعدل والمتمم لأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.

ويترتب عن هذا التكيف نشوء المسؤولية العقدية في حالة مخالفة أحد الأطراف للإلتزامات الواردة في خطاب النوايا كتلك المتعلقة بالحفاظ على الأسرار ومواصلة المفاوضات بحسن نية¹ ولكن يعود للقاضي السلطة التقديرية في تقرير هذه المسؤولية. وقد وجد في تقنين العقود للولايات المتحدة الأمريكية واجب عام تفرضه المادتين 203، 205. بمراعاة حسن النية، والتعامل بإنصاف بين طرفي التفاوض، وهذا ما طبقه القضاء الأمريكي بالفعل في قضية عرضت عليه عام 1986 وتتلخص وقائعها في: أن شركة "بنزوايل Pennzoil" قد اتفقت مع المساهمين الرئيسيين في شركة "جيتي Getty" بموجب مذكرة إتفاق على دخولها كشريك معهم، وبعد أن تم اعتمادها من طرف مجلس الإدارة وإعلان هذا الأخير إبرام اتفاق مبدئي موضحاً بأن نفاذه متوقف على توقيع العقد النهائي، تمت مفاوضات سريعة وسرية وتم نشر إعلان على أن شركة "جيتي" قد اشترتها شركة "تكساكوا" وقد ترتب على ذلك أن قامت شركة بنزوايل بمحاولة التنفيذ العيني على شركة "تكساكوا" غير أن الأمر رفع أمام محاكم ولاية تكساس من طرف شركة "بنزوايل" على شركة "تكساكوا" لمطالبتها بمبلغ 7 مليارات دولار كتعويض زيادة عن 7 مليارات أخرى كجزء تعويضي لها على شركة "تكساكوا" بسبب تحريضها شركة "جيتي" على الخروج عن تعهداتها مخالفة بذلك مبدأ حسن النية والتعامل بإنصاف ونزاهة خلال فترة المفاوضات.

إن البت في المسألة يتوقف على تحديد القيمة القانونية لمذكرة الإتفاق ، فإن المحلفين وهيئة المحكمة قد انتهوا إلى صحة تلك المذكرة وهي صورة من صور خطابات النوايا والحكم على شركة "تكساكوا" بدفع مبلغ عشرة 10مليارات دولار شاملة 7 مليارات كتعويض عن الضرر وثلاثة مليارات كجزء تعويضي ثم تخفيضه في الاستئناف إلى مليار واحد².

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 44.

² - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

يستفاد من ذلك أن خطاب النوايا في الولايات المتحدة الأمريكية يعد تعهد بسيط بالتفاوض بحسن نية من أجل إبرام عقد مستقل وتترتب عليه في بعض الأحيان آثار عقدية¹، وهذا ما قد يجعل خطاب النوايا يختلط مع ما يصطلح عليه بعقد التفاوض الذي يلجأ إليه كوسيلة لضمان مواصلة المفاوضات وإثباتها في حالة إنكارها من أحد الأطراف وإقامة المسؤولية العقدية ضده إلا أن الاختلاف يكمن بينهما في أن عقد التفاوض قد نجده في العقود الداخلية القابلة للتفاوض والعقود الدولية أمّا خطابات النوايا فهو أداة يلجأ إليها في مجال التجارة الدولية فقط.

هكذا ينبغي توخي الحذر الشديد عند صياغة خطاب النوايا حيث يجب استخدام ألفاظ واضحة ومحددة تدل بشكل قاطع على أن الأمر يتعلق بمجرد دعوة إلى التفاوض لا تحمل أي جانب إلزامي لمصدرها ويجب أن تكون العبارات الواردة فيه مرنة وقابلة للإضافة والتعديل و لا تشكل إيجاباً ملزماً لصاحبها حتى لا يجد نفسه مرتبط بعقد أو بالتزام قانوني رغم إرادته وبالتالي فإن أسلوب صياغة خطاب النوايا هو الذي يجعل منه ملزماً أو غير ملزم لمن أصدره².

يستتبع هذا الأمر بالإشارة إلى أهمية عدم إفراط مديري الشركات والمؤسسات في الإعتقاد بكفاءة المهنيين لديهم كالمهندسين ومسؤولي العلاقات الخارجية في إعداد خطابات النوايا، وضرورة أن يعهدوا بهذه المهمة إلى القانونيين المختصين وذوي الخبرة في مجال التعامل الدولي من أجل تحضير ومراجعة خطابات النوايا مع الاستعانة بزملائهم المهنيين في القطاعات الهندسية أو التجارية وذلك تجنباً للمشاكل التي قد ينتجها الخطاب³ (كالغموض والتناقض لعدم إدراك الفهم القانوني للألفاظ والمصطلحات المستخدمة)⁴

1 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 200.

2 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 44.

3 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

4 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 45.

لاسيما وأن مواقف القوانين الوضعية ليست واحدة في شأن تفسير محتويات خطاب النوايا¹.

الفرع الثاني: وسائل التفاوض.

يسبق إبرام بعض العقود ذات الطابع المركب والمعقد سواء كانت داخلية أو دولية مرحلة شاقة من المفاوضات، ويمكن القول بأن مصير العقد يتوقف على ما يتوفر لدى المتفاوض من مهارات سواء كانت شخصية أو موضوعية (أولاً) ومدى معرفته للأسس التي يتسلح بها قبل الدخول في معركة التفاوض²، أي أن يقوم بإعداد أسلوب أو إستراتيجية لهذه المفاوضات (ثانياً).

أولاً: مهارات التفاوض.

إن من الأسس الرئيسية لنجاح المفاوضات هي المهارات التي يتمتع بها المتفاوض، لذلك لا بد من تأهيله كي يستطيع القيام بمهمته لمصلحة الطرف الذي يمثله، فليس كل مسؤول أو صاحب مصلحة يستطيع أن يجري تفاوضاً ناجحاً، لكن قد يكون بعض الأفراد أكثر كفاءة في إدارة الحوار والدفاع عن الفكرة التي يطرحونها، ويكون لديهم من قوة الحجج والقدرة على إقناع الآخرين ما لا يتوافر للكثيرين حتى وإن كانوا يشغلون مناصب قيادية في المؤسسة أو الشركة أو الجهة ذات العلاقة³.

ولقد تم تقسيم هذه المهارات من طرف الفقه إلى مهارات موضوعية وأخرى شخصية.

1-المهارات الموضوعية للمتفاوض: إن إدارة العملية التفاوضية يتطلب مهارات موضوعية معينة تتعلق بالأسلوب والخطة المتبعة والمناورات ومداخل الحوار وردود

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - أبو العلا علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة المالية، دط، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص25.

³ - محمد عرفة، العناصر الأساسية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية و عوامل نجاحها، عبر الموقع:

<http://www.aeptisadiah.com/article.ph?do=showfid=4036>.

الأفعال على مواقف الطرف الآخر، ويقتضي الأمر دراسات عميقة ومتكاملة للجوانب الموضوعية والنفسية ومن أبرز الخطوات المتبعة في هذا الشأن هي كالتالي¹:

* الإعداد الجيد لجدول الأعمال الذي سي طرح على بساط المفاوضات²، وذلك من أجل تحديد نطاق التفاوض ببيان المسائل والموضوعات التي يتعين حصر المفاوضات بشأنها تفاديا لإضاعة الجهد والوقت³ وعادة ما تتم هذه الخطوة في العقود الدولية عن طريق خطاب النوايا⁴ الذي سبق بيانه.

* المفاوضات حوار، لذلك فعلى المتفاوض أن يمنح الطرف الثاني⁵ فرصة لتقديم عروضه ومقترحاته⁶، ومن ثم يجب عليه الابتعاد عن أسلوب مقاطعة الطرف الآخر لأن ذلك يؤدي إلى توفّر الجو الودي للتفاوض وكذا معرفة نوايا واتجاهات هذا الأخير⁷.

* حسن التنظيم والتنسيق لفريق التفاوض: غالبا ما تتميز مفاوضات العقود بالتشابك والتعقيد لما تعالجه من جوانب فنية واقتصادية ومالية وقانونية متداخلة، خاصة متى تجاوزت حدود الدولة الواحدة (أي المفاوضات في العقود الدولية) لذلك فلا بدّ على الطرف المستفيد من المفاوضات تنظيم وتخصيص مجموعة من المتفاوضين لإجراء المناقشات بنجاح وذلك من خلال تقسيم العمل بدقة والعمل قدر الإمكان على معالجة كل المسائل المتعلقة بالعقد مرة واحدة بدلا من الرحلات المتتابة واللقاءات المتكررة، وتحاشي التضارب والتداخل بينهم، وتحديد منسق بين أعضاء الفريق التفاوضي ومتحدث رسمي واحد لهم.

1 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 35.

2 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

3 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 35.

4 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

5 - السيد عليوه، المرجع السابق، ص 17.

6 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 36.

7 - أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 45.

* توفر الإرادة الحقيقية للتفاوض: ويقصد بذلك وجود إرادة جادة لبدء المفاوضات والحرص على استمراريتها.

* توفير البيانات والمعلومات الأساسية والدراسات النوعية لمختلف جوانب المسألة التي يدور حولها التفاوض¹.

* خلق المناخ المناسب للتفاوض وهذا العامل يلخص أو يجمع لنا جميع العوامل السابقة².

2- المهارات الشخصية للمتفاوض:

إن السير بالعملية التفاوضية في الطريق الصحيح توصلنا لأفضل النتائج يتطلب توافر صفات ومهارات عالية في المفاوض الذي سيقوم بتلك المهمة ولعل من أهم صفات المفاوض الماهر ما يلي³:

* إتقان اللغة التي يتم التفاوض بها، والتمتع بقدر من الذكاء وسرعة البديهة وأن يتسم بالإتزان العاطفي والتوافق النفسي بحيث يكون موضوعيا في تفكيره⁴.

* أسلوب المفاوض في الحديث والمناقشة يتعين أن يتميز ويختلف عن أسلوب الشخص العادي، ولا نبالغ في القول بأن نجاح المفاوضات يعتمد بشكل جوهري على تمتع المفاوض بمهارات خاصة في المناقشة وعرض الإقتراحات⁵.

* إلتزام الهدوء في التفاوض⁶، أي الإمتناع عن رفع الصوت إلا عند الضرورة⁷ ومن تم يجب على المتفاوض أن يتلقى ما يقال من الجانب الآخر ويحاول إستيعابه وحفظه في

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - ويليام أوري، فن التفاوض، ترجمة نيفين غراب، الطبعة الأولى، الدار الدولية للنشر والتوزيع، مصر، 1994، ص83.

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص37.

⁴ - السيد عيد نايل، التفاوض على العقد، عبر الموقع:

www.gcac.biz/news.php?newsid=47.

⁵ - أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص43.

⁶ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص36.

⁷ - أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع نفسه، ص44.

الذاكرة بصورة منتظمة لإسترجاعه في الوقت المناسب ومناقشته وبيان ما فيه من تناقض أو أمور تؤثر على مصداقية الطرف الآخر¹.

* الإمام بشخصية المفاوض الآخر من كافة جوانبها النفسية والبيئية والثقافية والإجتماعية، لما في ذلك من تأثير على المباحثات خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود الدولية، بسبب ما تتضمنه من إختلاف بين المتعاقدين سواء في النظم أو اللغة أو المعتقدات... هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب على هذا المتفاوض أن يطلع على إمكانيات وخبرات الطرف الآخر ونقاط القوة والضعف لديه وقدرته على التعاون والمثابرة من عدمه، ويتم التوصل إلى ذلك من خلال جمع المعلومات عنه والتقارير المالية الصادرة عن المشروع الذي يمثله وتحليلها².

* التكامل الشخصي: ودلائله الصبر والقدرة على الإحتمال الذهني والبدني، والقدرة على التفكير والتعبير الشفوي بوضوح والسيطرة على مجرى المفاوضات³ وضبط النفس وإظهار الحكمة والإتزان لبعث الثقة والطمأنينة والتأثير في الطرف الآخر⁴.

* القدرة على الإقناع⁵ وذلك بتغيير طلبات ومواقف الطرف الآخر من خلال الحجج والأسانيد التي يأتي بها المتفاوض الماهر.

* القدرة على المناورة والمهارة في إيجاد البدائل والخيارات، والإبقاء على التواصل من خلال إستمرار التفاعل مع الطرف الآخر، وتقييم الموقف التفاوضي بصفة منتظمة للتعرف على المستجدات والتجاوب معها وتقديم التنازلات المعقولة في إطار الحد الأدنى المسموح به، وإتباع الأسلوب الواقعي الملائم لإحتياجات الطرف الآخر⁶.

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص37.

³ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

⁴ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص37.

⁵ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

⁶ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص38.

* النزاهة والشرف: أي الإمتناع عن الخداع من ذلك تجنب تسريب الأسرار والمراوغة والحيل التدليسية¹ التي تفقد الثقة وتبعث على الخوف والقلق لدى المتفاوض الآخر². نظرا لأهمية المفاوضات وما يجب أن يتوافر لدى القائمين بها من مهارات مختلفة، فلا بدّ على المؤسسات والشركات داخل الوطن الإهتمام بدعم وتمويل الجهود التي تتم في هذا المجال، من خلال المشاركة في إعداد ندوات وتنظيم دورات تدريبية لبعض موظفيها ليتولوا التفاوض باسمها مع شركات داخلية أو أجنبية، لأنّ هذا يجنبها العديد من المنازعات المستقبلية ويحقق لها ميزات إقتصادية كثيرة لا يمكن مقارنتها بالتكلفة الإقتصادية التي تتحملها في دعم هذه الجهود³.

ثانيا: أساليب التفاوض.

المقصود بأسلوب التفاوض هو المنهج أو الإستراتيجية المتبعة في عملية المفاوضات⁴، أي الخطة الموضوعة والمعدة مسبقا، والتي تشتمل على الخطوط العريضة للمسائل التي سيتم التفاوض عليها وصولا إلى الهدف المحدد⁵، ذلك لأنّ كلّ المفاوضات المفاوضات سواء أكانت ذات طابع صناعي أو تجاري أو استثماري أو مالي أو علمي فإنّها تحتاج إلى دراسات عميقة ودقيقة إذ أنّ لنتائج هذه المفاوضات آثار كبيرة تؤثر على مستقبل الأطراف⁶.

بما أنّ التفاوض هو عمل تفاعلي واتصالي بين أطرافه فإنّه يكون هناك تفاعل أيضا بين إستراتيجية أحد الأطراف والطرف الآخر⁷ لذلك فلا يمكن لنا أن نحدد بوصفة

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص38.

³ - [http:// www. alaswaq.net/views./2005/06/02/1353.html](http://www.alaswaq.net/views./2005/06/02/1353.html).

⁴ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص33.

⁵ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

⁶ - صالح ص خالص، المرجع السابق، ص92.

⁷ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

واحدة تقنيات المفاوضات ونحصرها بمحدود معينة، حيث أنها ترتبط بالجانب النفسي للمتفاوضين، وهذا الأخير جانب واسع ومتغير يتأثر بالمكان والزمان والظروف التي تجري فيها المفاوضات وبطبيعة هذه الأخيرة والعلاقة بين الأطراف المتفاوضة وموقع كل طرف في هذه المفاوضات.

إلا أنه يمكن ذكر بعض المبادئ أو الأساليب الأساسية التي يمكن اعتبارها وسائل تقنية للمفاوضات¹ ومنها:

1. أسلوب التشدد في التفاوض: القائم على التصلب وعدم التنازل عن المطالب والإقتراحات المعروضة إلا بقدر محدود وبصورة تدريجية²، إلا أن هذه الإستراتيجية لا تصلح إلا في بعض المفاوضات السياسية، ومن ثم فلا ينصح بها في العقود التجارية التي يكون الهدف من ورائها تحقيق أرباح أو ترويج سلع معينة أو إنجاح مشروع إستثماري سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، ذلك لأن الأطراف في مثل هذه العقود لا يهتمها فقط إبرام هذا العقد موضوع التفاوض إنما يسعى كل منها إلى المحافظة على العلاقات المستقبلية³.

2. أسلوب الأخذ والعطاء ويسمى أيضا أسلوب البقاء والإستمرار⁴ : حيث يتم التنازل المتقابل من كل طرف عن جزء من طلباته أثناء التفاوض⁵، وفي هذا يقول معاوية ابن أبي سفيان وهو من أقدم المتفاوضين في التاريخ العربي: " لو كان بيني وبين خصومي مقدار شعرة ما انقطعت أبدا، فإن شددوا أرتحيت وإن أرخوا أشددت"⁶. حتى يمكن

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

1 - صالح ص خالص، المرجع نفسه، ص128.

2 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص33.

3 - محمد عرفه، العناصر الأساسية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية وعوامل نجاحها، عبر الموقع :

<http://www.Aleqtisadiah.com/article.php?do=show&id=4036>

4 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

5 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص34.

6 - أبو العلا أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص32.

الوصول إلى تسوية أو إتفاق، ويستمر التواصل بين الأطراف من أجل تحقيق الأهداف المرجوة من المفاوضات¹.

3. أسلوب الأمر الواقع: يقوم هذا الأسلوب على أن يضع الطرف الذي يتبعه (أي يتبع هذا الأسلوب) الطرف الآخر أمام الأمر الواقع بتقديم إقتراح وإبلاغه بأن يأخذ به² أو يرفضه دون مناقشة، ويتوقف نجاح هذه الطريقة على مدى إحتياج ذلك الطرف للأمر المعروض عليه وضعف احتمال الرفض.

4. أسلوب العدالة في التفاوض: هو أسلوب قائم على فكرة مثالية مؤداها إلتزام كل طرف الموضوعية في عرض وجهة نظره، وما يرتضيه الطرف الآخر بقصد الوصول إلى حلول تحقق المنفعة المشتركة لهما من خلال إتفاق متوازن وعادل.

إن إختيار أسلوب لإجراء المفاوضات من بين هذه الأساليب يتوقف على العديد من العوامل والظروف التي تكمن وراء إختيار منهج معين دون الآخر، مثل نوع وطبيعة المصالح التي يبتغيها الأطراف ومركز كل منهم التفاوضي وقوته الإقتصادية وخبراته ومدى حرصه على الإستمرار في التعامل من عدمه³.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمفاوضات.

إن المفاوضات هي مرحلة يلجأ إليها الأطراف في بعض العقود تمهيدا للوصول إلى إيجاب بات، ومتى إقترن هذا الأخير بقبول من وجه إليه أبرم العقد النهائي وقلنا بنجاح المفاوضات، لذلك فإن الدعوة إلى التفاوض على العقد تختلف عن الإيجاب الذي يشترط فيه أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد. فإذا كان العقد المراد إبرامه يباع فإنه يلزم في

1 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص34.

2 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

3 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص34.

الإيجاب أن يتضمن تعين البيع والتمن الذي يجب اقتضائه، وليس هناك ما يمنع من أن يتضمن التعبير شروط أخرى يرى المتعاقد أنها لازمة لكي يتم التعاقد على أساسها¹.
ومن ثم فإنه يعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه، كأن يضع الشخص إعلانا ينبئ فيه أنه يعرض منزلا للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة، وإذا كانت شخصية المتعاقد محل إعتبار فلا يعد إيجابا بل تفاوضا أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد، أمّا إذا لم يكن هناك إعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجابا، وقد قضت محكمة الإستئناف المصرية بأنه لا يعدّ إيجابا باتا بل يكون من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص على آخر شيء معين أو القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة².

والأصل في الإيجاب أنه لا يحدث أي أثر قانوني إلا متى اتصل بعلم من وجه إليه، وهذا ما جاء في المادة 61 ق م، ولا يكون ملزما لمن صدر منه إلا إذا اقترن بأجل معين، فلا يجوز لصاحبه أن يعدل عنه إلا بانتهاء الأجل أو المدة المحددة للقبول المادة 63 ق م.
أمّا بالنسبة للطبيعة القانونية للمفاوضات السابقة على إبرام العقد النهائي فقد اختلف الفقهاء والقضاء في تحديدها،³ (إضافة فقرة) هناك من قال أن التفاوض على العقد لا يعدو إلا أن يكون واقعة مادية³ ومن ثم فإن المسؤولية المترتبة على عاتق أطرافه بسبب إخلال أحدهم بالواجبات الناشئة عنه (أي عن التفاوض) - كالتفاوض بحسن نية والإمتناع عن قطع المفاوضات بشكل تعسفي، وعدم إفشاء الأسرار المتبادلة أثناءها - هي مسؤولية تقصيرية (الفرع الأول). إلا أن هناك فريقا آخر قال بأن التفاوض هو تصرف ذو طبيعة عقدية بالنظر لوجود إتفاق بين الطرفين على التفاوض وهذا ما أدى إلى إعتبار المسؤولية الناشئة عنه هي مسؤولية عقدية (الفرع الثاني).

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 67، 68.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول)، المرجع السابق، ص 172.

³ - بوعزة ديدن، محاضرات في موضوع: المفاوضات حول العقود، (موجهة إلى طلبة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية)، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر، 2007، ص 38.

الفرع الأول: مبدأ حرية التفاوض.

الأصل أن للأطراف حرية الدخول في المفاوضات بهدف إبرام العقد¹، ولكل طرف حرية إستكمال التفاوض أو التوقف عنه دون الوصول إلى إتفاق²، حيث لا تترتب في ذمة الأطراف أية مسؤولية بسبب قطع المفاوضات أو عدم متابعتها إلى غاية الوصول إلى إتفاق³. ومن ثم فالقانون لا يرتب في الأصل أي أثر قانوني خاصة إذا كانت المفاوضات تتم دون وجود أية تعهدات مكتوبة من قبل الأطراف تفرض على نحو أو آخر ضرورة الوصول إلى اتفاق⁴، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية 1967/02/09 حيث قالت: "بأن المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بداتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يترتب على هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض"⁵. وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي الذي ينكر كل قيمة قانونية للمفاوضات السابقة على التعاقد⁶، إضافة إلى أن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما جاء في مجموعة التجارة الدولية والتي وضعها عام 1994 ينص في الفقرة الأولى البند 15 من المادة 02: "يكون الأطراف أحرار في التفاوض ولا يكونوا مسؤولين إذا لم يصلوا إلى إتفاق". وبالتالي فيكون للأطراف في العقود الدولية اللجوء إلى أعمال مبدأ سلطان الإرادة دون التقيد بتنظيم أو قانون معين ومن ثم فيستطيع كل منهم تطبيق إستراتيجية التفاوض التي يراها ملائمة للوصول إلى مقصده والفوز بالصفقة التعاقدية.

¹ - Jean pierre Scarano, dictionnaire de droit des obligations, 2^{ème} édition, ellipses, France, 1999, P111.

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص36.

³ - Christian Atias, contrats et conventions (tome 8), dalloz, Pris, 1998, P18.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص195.

⁵ - أحمد عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الأول)، المرجع السابق، ص172.

⁶ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص198.

إن المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات أو عدم إنهاؤها في نظر القضاء الفرنسي والمصري هي مسؤولية تقصيرية¹ إذا كان هذا القطع مبعثه الغش أو سوء النية أو عدم بدل العناية المتطلبة وقد ألحق ضرراً في ذمة المتفاوض الآخر، وفي هذا الشأن فإن مجرد تغيير رأي الطرف في الإستمرار في المفاوضات لا يكفي في حد ذاته لتكوين الغش² ومن تم لإقامة المسؤولية فلا بد من وجود نية سيئة يهدف من ورائها أحد الأطراف الإضرار بالطرف الآخر وبالتالي فمتى كان العقد دولياً يتعدى مجال الدولة الواحدة وتسبب قطع المفاوضات السابقة له في ضرر لأحد الأطراف طبق القاضي المختص بالنزاع قاعدة الإسناد المقررة بشأن المسؤولية عن الفعل الضار - طالما لا يوجد إلتزام عقدي بالدخول في المفاوضات ومتابعتها- (المادة 21 قانون مدني مصري) نصت على تطبيق القانون المحلي لمكان حدوث الواقعة، وبالتالي فمتى عرض النزاع المتعلق بقطع المفاوضات أمام القضاء المصري فلا يقيم المسؤولية التقصيرية في ذمة المتسبب فيه إلا متى إعتبر هذا القطع غير مشروع لإقترانه بخطأ قد سبب ضرراً للطرف الآخر، وإلا فلا مجال لترتيب هذه المسؤولية حتى لو كانت قائمة في نظر القانون الأجنبي محل قيام النزاع. والعكس صحيح فمتى أثبت القضاء المصري وجود المسؤولية التقصيرية لإعمال القانون المصري واكتشف أن هذا القطع للمفاوضات يعد مشروعاً في الدولة محل حدوث الواقعة، نفى المسؤولية ومن ثم قضى بعدم إستحقاق المدعى للتعويض ومن تم فalcضاء المصري لا يطبق قواعد القانون الأجنبي إلا متى كانت مطابقة للقانون المصري.

أما القضاء الفرنسي فبتاريخ 23 فبراير 1998 قد ذهب إلى ضرورة التخفيف من جهود القاعدة التي تنص على تطبيق قانون محل حدوث الواقعة على المتسبب في الضرر

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات للعقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص201.

وذلك بتطبيق القانون المحلي الاجتماعي أي قانون الدولة التي تتركز فيها معظم العناصر والظروف التي أحاطت بوقوع الضرر كقانون الجنسية المشتركة¹.

وفي الأخير نقول أن أصحاب هذا الرأي ميزوا أو جعلوا الفرق واضحا بين المرحلة التحضيرية السابقة عن العقد النهائي ومرحلة تكوين وتنفيذ هذا الأخير فهما لا يرتبان نفس الآثار القانونية وإن كان يجمعهما هدف مشترك هو سبب العقد².

إلا أنه بالرغم من كل المبررات التي قدمها هذا الفريق من القضاء والفقهاء إلا أن هناك فريق آخر انتقد هذه الأفكار وقال بضرورة خضوع المفاوضات لتنظيم تعاقدية ضمنا لحقوق ومصالح المتفاوضين خاصة في العقود التي تتطلب مدة طويلة لإجراء المفاوضات بشأها ذلك لأن مبدأ الحرية في إنجاز المفاوضات يتعارض ما يرغب فيه المتفاوضين من توفير أكبر قدر ممكن من الأمن والضمان أثناء المفاوضات³.

الفرع الثاني: عقد التفاوض وخصائصه.

الأصل أن تتم المفاوضات بحرية بين الأطراف دون وجود إتفاق⁴ على تنظيمها أو إطار يفرض إلتزامات على أطرافها، ولكن قد يلجأ المتعاقدان إلى الإرتباط باتفاق يحدد إلتزامات كل طرف من حيث بدء المفاوضات وتنظيم سيرها بحسن نية وهذا ما يعرف في القواعد العامة للعقود بتكوين العقد بحسن نية La Bonne foi dans la formation du contrat⁵.

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - Christian Larroument, Op. Cit, P261.

³ - Cabinets Fontaneau, les formations des contrats internationaux :

<http://www.fontaneau.com/cfe739.htm>.

⁴ - قد ذهب قضاء التحكيم الدولي إلى اعتبار المسؤولية عن قطع المفاوضات مسؤولية تقصيرية إلا إذا وجد إتفاق.

⁵ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص46.

أولاً: مفهوم عقد التفاوض (إتفاق المبدأ).

إذا كانت القوانين الوضعية المعاصرة قد نظمت غالبية العقود المتداولة فإنها تجاهلت عقد التفاوض ليس عن قصد ولكن لأن ظروف المجتمع الإقتصادية وغيرها لم تكن قد كشفت عن أهمية ذلك العقد، حيث كانت الحياة بسيطة تنعقد فيها العقود بإيجاب وقبول فوريان دون أن يحتاجا الطرفان إلى فاصل زمني للمساومة والتفاوض حول العقد، ومن هنا يمكن القول أن عقد التفاوض هو من العقود الحديثة غير المسماة، ومن هنا تأتي أهمية تعريفه وتحديد معالمه قانوناً.

نقول أن عقد التفاوض لا يخرج في تعريفه عن تعريف أي عقد آخر فهو كأصل عام تصرف قانوني إرادي يبتغي طرفاه ترتيب أثر قانوني منه¹. لا شك في أن مصطلح اتفاق المبدأ أو إتفاقات المبدأ مصطلح غامض لا يفصح بذاته عن حقيقة مدلوله على نحو يصعب معه التعرف على هذا المدلول إلا من خلال المجال أو المجالات التي يستخدم فيها والحالات الواقعية التي يقدمها القضاء والفقهاء كتطبيق له. ومع ذلك فإعمال الفكر المجرد يوجه المرء في هذا المقام إلى أحد المفهومين المختلفين أو إليهما معا: المفهوم الأول هو مفهوم الاتفاق على الهدف، بمعنى قبول الطرفين لمبدأ التعاقد في غيبة الاتفاق على العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد الموجود بما يعنيه هذا الاتفاق من إلزام الطرفين على سبيل التبادل بالسعي إلى الاتفاق على هذه العناصر تحقيقاً لإبرام العقد بالفعل².

وقد عرفه جانب من الفقهاء على أنه عقد يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الآخر بالتفاوض حول إبرام عقد لاحق لم تحدد بعد شروطه الأساسية أو الثانوية، وبعبارة أخرى عقد التفاوض هو عقد يستهدف إلزام طرفيه بالبدء في التفاوض والاستمرار فيه بغرض التوصل إلى إبرام عقد يرغبه كلا منهما³. ومن تم نقول أن عقد

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 250 - 251.

³ - السيد عبد نايل، التفاوض على العقد، عبر الموقع:

التفاوض يتولى إنشاء إلتزام معين يتمثل في التفاوض أو إجراء المفاوضات حول العقد النهائي المراد إبرامه¹. والمفهوم الثاني هو مفهوم الاتفاق على مشروع للعقد المنشود بكل ما يتطلبه إبرام العقد من عناصر وشروط تمهيدا لإقراره إقرارا نهائيا يتحقق به التراضي البات من الطرفين².

وبالتالي فإنّ هذا الإلتفاق الذي يربط بين الأطراف من أجل التفاوض لا يتضمن إلتزاما بإبرام العقد النهائي - ويتم صياغة هذا الإلتفاق غالبا في صورة مكتوبة كوسيلة لإثبات التفاوض عند الإنكار، وتيسير إقامة الدليل على المسؤولية العقدية لمن يخل بالإلتزامات الناشئة عن هذا الإلتفاق وبصفة خاصة عند الخروج على مقتضيات حسن النية³ أثناء التفاوض -⁴. إنّ الإلتفاق المبدئي او عقد التفاوض وفقا للمفهوم الأوّل هو عبارة عن اتّفاق على مبدأ العقد من قبل الإلتفاق على هيكله وشروطه ، أمّا وفقا للمفهوم الثاني فيكون اتّفاقا كاملا يتجاوز المبدأ إلى تحديد هيكل العقد المنشود ورسم شروطه ، لكنّ هذا الإلتفاق يكون غير ملزم بذاته لأنّ إرادة الطرفين أو أحدهما لم تكن باتة ونهائية ، على نحو يلزم معه لانعقاده تأكيدا لاحق يحوّل الإرادة إلى إرادة باتة ونهائية⁵.

ومن تمّ فيمكننا القول أن إلتفاق الدخول في المفاوضات يعد عقدا صحيحا وحقيقيا، غير أنّه يعتبر عقدا تأسيسيا وتحضيريا للعقد النهائي وبالتالي فإنّ هذا الإلتفاق أو العقد التحضيري هو في الأصل عقد مؤقت كما سنرى لاحقا⁶.

ويطلق على إلتفاق التفاوض في الحياة العملية تسميات عديدة أهمها:

www.gcac.biz/news.php?newsid=47.

¹ - J.M. Mousseron, technique contractuelle, 3^{ème} édition, Lefebvre, 2005,P52

² - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص 251.

³ - حكم محكمة باريس سنة 1992: "إنّ الإلتفاق المبدئي هو عقد يلتزم الفريقان بموجبه بأن يتعهدا أو أن يتابعا بحسن نية المفاوضات حول شروط العقد أو العمل المستقبلي. "مقتبس من: جاك غستان، المرجع السابق، ص35.

⁴ - محمّد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص46.

⁵ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 251.

⁶ - Christian larvoument, Op Cit, P261.

الإتفاق المبدئي L'accord de principe وعقد التفاوض Contrat de négociation وإتفاق التفاوض¹ Accord de négociation .

يهدف عقد التفاوض² إلى وضع تنظيم تعاقدى لأعمال التفاوض وتحديد أهدافها، ومن ذلك الإتفاق على البداية الزمنية للتفاوض، ومكان إجرائه والأشخاص المكلفين بالتفاوض، فيتقيد طرفا هذا العقد ببدء أعمال التفاوض في الأجل المحدد في الإتفاق ويمثل ذلك التزاما بنتيجة إلى جانب إلتزام ببذل عناية يتمثل في تقديم إقتراحات جادة وبناءة خلال مرحلة التفاوض وقد يتضمن العقد إلتزامات محددة في نطاق التفاوض ومن بينها³.

* الإلتزام ببدء التفاوض، ذلك لإتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض، توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر وتقديم المقترحات حول المسائل والنقاط محل التفاوض، تقديم الدراسات وتبادل البيانات التي يُعتمد عليها في إيضاح كافة الإستفسارات حول موضوع التفاوض⁴.

* الإلتزام بمدة المفاوضات وعدم الدخول في مفاوضات موازية⁵ أي قصر التفاوض على طرفيه، والإمتناع عن التفاوض مع الآخرين من المنافسين⁶ خلال مدة معينة⁷.

* الإلتزام بالإستمرار في التفاوض: هو في الأصل إلتزام ببذل عناية ولا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد، وتبدو أهميته في حالة الإتفاق على المسائل الأساسية في العقد

1 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص46.

2 - يشترط فيه شروط العقد من رضا، محل وهو محاولة التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل، سبب وهو إتمام العقد النهائي، مقتبس من: عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات، "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

3 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص84، 85.

4 - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع :

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

5 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص47.

6 - لذلك فهناك من يفضل تجنب إبرام مثل هذه العقود التحضيرية خاصة في أوساط التجار وذلك حفاظا منهم على حرية المنافسة، مقتبس من جاك غستان، المرجع السابق، ص355.

7 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص84.

النهائي، فإذا اكتمل مشروع العقد النهائي يستلزم الإستمرار في المسائل الثانوية أو التفصيلية من أجل التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة. فإذا اتجهت نية الأطراف إلى إعتبار العقد النهائي منعقدا حتى ولو لم يصل طرفا التفاوض إلى إتفاق بشأنها كان الأمر يتعلق بالتزام بنتيجة على عكس الأصل العام في أنه يبذل عناية وقد ضرب لنا القضاء الفرنسي عام 1995 مثلا لأهمية هذا الإلتزام وجزاء الإخلال به سوف نعرضه لاحقا في الفصل الثاني من المذكرة¹.

* الإلتزام بالمحافظة على أسرار المفاوضات الآخر، والإمتناع بالتالي عن إفشاء أسرارها التي وصلت إلى علمه بمناسبة التفاوض².

نشأ أو أظهر هذا الإلتزام بسبب العقود المعاصرة خاصة الدولية منها والتي أصبحت تتضمن مسائل ذات طابع فني كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا والإستثمارات الهندسية.

* الإلتزام بالتعاون³ وتقديم المعلومات: لكي يتحقق الوفاء الكامل بالإلتزام الأساسي الناشئ عن عقد التفاوض يلزم توفر تعهد فيما بين الأطراف بالتعاون وتبادل المعلومات حتى تتحقق الغاية من المفاوضات بينهم⁴.

* الإلتزام الخاص بتحمل نفقات الدراسة المتعلقة بالمفاوضات، وتجنب ما يمكن أن يثار من خلاف حولها في غير القطع التعسفي للمفاوضات، حيث يتجه البعض إلى تحمل كل مفاوضات مصروفات الدراسة التي أجراها، بينما يرى الإتجاه الآخر وجوب تقسيمها مناصفة على شريكي التفاوض⁵.

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص84.

³ - سنتعرض بالتفصيل للإلتزام بالإعلام، التعاون، حفظ الأسرار في المبحث الثاني من هذا الفصل.

⁴ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

⁵ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص84.

* إلتزام حسن النية في التفاوض¹: إنَّ حسن النية في إبرام العقود قاعدة ورد ذكرها في العديد من القوانين المدنية² ، ولكن هناك قوانين أخرى لم يرد فيها ذكر لحسن النية في إبرام العقود ، فقد توصل الفقه والقضاء عندهم إلى اعتباره موجودا من خلال القياس على حسن النية في تنفيذ العقود³ ، منها الفقه والقضاء في فرنسا ، ويبدو أنَّ حسن النية في إبرام العقود باعتباره قاعدة قانونية يتميّز بخصائص منها :

- حسن النية في إبرام العقود قاعدة سلوك اجتماعي ، فهي تفرض على الأطراف العازمة على التعاقد سلوكا معيّنًا يتمثل في تنفيذ التزامات إيجابية وأخرى سلبية في علاقتهم بالطرف المقابل ، وهو مراعاة مصلحة الطرف المقابل من خلال الصدق ، والنزاهة والمعقولية ، والأمانة ومراعاة علاقة الثقة المتبادلة بينهما والحفاظ على الأسرار ، والامتناع عن قطع التفاوض دون مبرر مشروع.

- يرى أغلب الفقهاء بأنَّ حسن النية من القواعد الآمرة ، وهذا يعني بأنّه من النظام العام والذي لا يمكن الإتفاق على ما يخالفه ، وقد ورد في القانون المدني الفرنسي والمصري والجزائري عبارة حسن النية في تنفيذ العقد مسبقا بعبارة "يجب" ، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأنَّ إلتزام حسن النية يعدّ في ظل هذه القوانين من النظام العام أيضا⁴.

ولعلّ من أهم عناصر الإلتزام الأساسي بالتفاوض الناشئ عن عقد التفاوض، الإلتزام بحسن النية وشرف التعامل وإن كان عقد التفاوض كسائر العقود يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلاّ أنّ محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية تعتبر هذا الإلتزام قيد يجب إلتزامه في كافة العقود، كما جاء في المادة 7-01 من معهد توحيد القانون الخاص في التجارة الدولية بروما على أنّه " يلتزم الأطراف باحترام حسن النية في التجارة الدولية ولا يستطيعون إستبعاد هذا الإلتزام أو يضيّقوا نطاقه، وقد

¹ - جاك غستان، المرجع السابق، ص355.

² - القانون المدني الإيطالي ، السويسري ، الألماني بموجب تعديلات 2002 ، الياباني ، التركي ، مقتبس من : شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، الطبعة الأولى ، دار دجلة ، العراق ، 2008 ، ص 189.

³ - المادة 1/107 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

⁴ - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص 189 - 190.

عاج القانون المدني الإيطالي لعام 1942 مسألة المفاوضات في العقود واقتصر وجه المعالجة على النص على مبدأ أو التزام حسن النية في التفاوض.

وتبدوا أهمية التأكيد على الإلتزام في مجال مفاوضات العقود الدولية، حيث يتم إتباع إستراتيجيات عند بدء التفاوض والدخول في مناورات قد تمس بمبدأ حسن النية أو تخالفه، ومن دلائل إنتفاء حسن النية عند بدء المفاوضات عدم وجود النية الحقيقية والرغبة الجادة في التعاقد.

وقد أكدّ هذا المعنى نص الفقرة الثالثة من المادة 02-15 من مجموعة المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص في روما 1994: "يعتبر سيئ النية خصوصا الطرف الذي يفتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أنّه ليس لديه النية في الوصول إلى إتفاق". ومن دلائل سوء النية عند بدء المفاوضات كذلك، طرح أفكار غامضة تشتت فكر الطرف الآخر أو تقديم مقترحات مغالى فيها وميئوس من قبولها، وكذلك من دلائل إنتفاء حسن النية أثناء سير المفاوضات السكوت التديليسي عن الإدلاء بمعلومات تؤثر في الوصول إلى إتفاق والتسويق وإطالة أمد التفاوض مع العلم بصعوبة الوصول إلى إتفاق أو بث الأمل في نفس الطرف الآخر في الوصول إلى إتفاق نهائي مع أنّه قد اتخذ قرار بقطع المفاوضات، وكذلك عدم إحترام الوقت المحدد لكلّ مرحلة من مراحل التفاوض، وإعادة طرح المسائل التي تم حسمها دون سبب مقبول، وأيضا إجراء مفاوضات موازية رغم الإتفاق على حظرها أو العدول عن العرض بعد قبوله من الطرف الآخر.

ومن دلائل إنتفاء حسن النية عند إنتهاء المفاوضات، إثارة عقبات كرفع الثمن أو السعر بطريقة كبيرة أو مبالغ فيها تدفع الطرف الآخر إلى الإنسحاب في وقت كانت فيه المفاوضات على وشك الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وكذلك السلوك الإستفزازي والإستعلاء إلى درجة إشعار الطرف الآخر أنّه داخل مفاوضات غير متكافئة مما يصيبه بالإحباط الشديد، ويدفعه إلى الإنسحاب من المفاوضات وإنهائها قبل المدة المحددة لها.

وهذا ما نصت عليه المادة 03-10 من مجموعة المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي سبق ذكرها¹.

ونظرا لأن هذه الإلتزامات تدخل في النطاق العقدي، فإن الإخلال بها من شأنه ترتيب المسؤولية العقدية، ويتحدد مداها بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر دون أن يصل الأمر إلى الحكم على سبيل التعويض بقيام العقد المستهدف إبرامه عن طريق التفاوض².

هذا فيما يخص الإلتزامات المترتبة عن عقد التفاوض بصفة عامة (داخلي أو دولي) فإذا كان هذا الأخير سابق لإبرام عقد نهائي دولي فهو يخضع لقاعدة الإسناد المطبقة في العقود الدولية³ والمتمثلة في قانون الإرادة أي تسري عليه المادة 19 في القانون المصري⁴ وتقابلها المادة 18 في القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد..."⁵.

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 85، 86.

³ - الفقه الألماني يعترف بالقيمة القانونية للمفاوضات إعمالا للنظرية الألمانية المعروفة بـ Punctuation ويتحقق punctuation وفقا للقانون الألماني إذا حررت الأطراف المتفاوضة وثيقة من أجل تحديد النقاط المختلفة التي تم تحقق إتفاق الأطراف عليها فالأمر يتعلق إذن بعقد تمهيدي يتضمن الإلتزام باستئناف المفاوضات من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي، مقتبس من حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 198.

⁴ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

⁵ - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق ل 20 جوان 2005 المعدل والمتمم لأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.

ثانياً: خصائص عقد التفاوض.

من التعريف الذي أورده سلفاً يتبين أن لعقد التفاوض عدّة خصائص تميزه عن غيره وهي كالتالي:

1- عقد حقيقي¹: يتم بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانوني منه ويتضمن الأركان اللازمة لكل عقد بوجه عام وهي التراضي والمحل والسبب فيكفي توجيه دعوة للتفاوض (إيجاب) ويتم قبولها من طرف آخر قبولاً مطابقاً وأن يكون كلّ طرف أهلاً للتفاوض وإرادته خالية من العيوب، ومحل العقد هو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي وتحقيق كلّ طرف لمراده منه وهو باعث صحيح طالما أنّ العقد المتفاوض بشأنه مشروع، ويتم التعبير عن الرضا بالدخول في التفاوض باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو بطريقة ضمنية أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة.

2- عقد غير مسمى: عقد التفاوض هو من العقود الحديثة غير المسماة، حيث لم يضع له القانون الجزائري- وكذا الفرنسي والمصري- تنظيمًا معيناً وقد خلت غالبية النظم القانونية المعاصرة من قواعد تنظيمية لذلك العقد الذي بدأ يحتل مكانة هامة في الواقع العملي على الصعيدين المحلي والدولي، وحظى بالكثير من الدّراسات الفقهية بعد أن ترددت أصداؤه في جنبات المحاكم².

3- عقد تمهيدي أو عقد تحضيري: حيث بمقتضاه تبدأ مسيرة المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد النهائي³، ويتم تنظيم العلاقة التفاوضية على نحو يحقق مصالح الأطراف في التوصل إلى إتمام العقد النهائي⁴ وبالتالي فإنّ إرادة المتعاقدين متلاقية حول مضمون العقد التحضيري ومن تم فالدافع الذي يجمع أطراف عقد التفاوض هو الإعداد لإبرام العقد

¹ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 47، 48.

³ - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

⁴ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 48.

النهائي¹، وهو مجرد إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فعقد التفاوض لا يولد إلتزاما مطلقا بضرورة الوصول بالمفاوضات إلى نهايتها وإبرام العقد النهائي²، حيث يظل ذلك مجرد احتمال يتوقف تحققه على الظروف والمعطيات التي تحكم المصالح المشروعة لكل طرف، ولا ينشئ هذا الإلتفاق حقا عينيا يقيد من سلطات المالك للشيء موضوع التفاوض، كما لا يصلح أساسا لتوقيع الحجز التحفظي أو التنفيذي³.

4- عقد مؤقت: يعد عقد التفاوض في جوهره عقد مؤقت أو محدد بمدة زمنية معينة تسبق إبرام العقد النهائي⁴ فهو ينشئ إلتزامات مؤقتة على عاتق الطرفين أو أحدهما لتنظيم العلاقة التفاوضية بينهما، ينتهي أثر هذا العقد بإبرام العقد النهائي أو عدم إبرامه في حالة فشل المفاوضات، عادة ما يكون عقد التفاوض غير محدد المدة، حيث لا يحدد الطرفان تاريخا معيناً تنتهي عنده المفاوضات، إلا أنه هناك عقود هامة قد تستغرق فترة طويلة من المفاوضات بسبب الكثير من الصعوبات التي يمكن أن تعرقل سيرها، لذلك يلجأ الأطراف إلى إبرام عقود مؤقتة بهدف تنظيم التفاوض على العقد النهائي المنشود ومن تم تكون محددة زمنيا تنتهي هذه المفاوضات بانتهاء الفترة المتفق عليها⁵.

5- عقد التفاوض ليس وعدا بالتعاقد أو بالتفصيل:

إنّ عقد التفاوض يتميز عن العقود الأخرى التي تمهد لإبرام عقد لاحق وهي الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل وعقد الإطار⁶.

¹ - Christian Larroument, Op Cit, P261.

² - عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع:

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>,

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص48، 49.

⁴ - Christian Larroument, Ibid, P261.

⁵ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص49.

⁶ - السيد عيد نايل، التفاوض على العقد، عبر الموقع:

www.gcac.biz/news.php?newsid=47.

* إنَّ الوعد بالتفضيل لا يلزم الواعد بالتفاوض مع الموعود له بالفعل، بل يلزمه بتفضيله عن غيره لكن يتفاوض معه عندما يقر الواعد إبرام عقد معين في المستقبل، أما إتفاق التفاوض فيكون ملزماً للطرفين بالتفاوض حول العقد النهائي.

* أمّا الوعد بالتعاقد فينبغي أن يتضمن توافق أو إتفاق الأطراف على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها والوعد قد يكون ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبين، وينعقد العقد النهائي الموعود به بمجرد إظهار الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة دون حاجة لأي إجراء آخر وإذا نكل الواعد عن وعده كان للقاضي أن يحكم بانعقاد العقد النهائي، ويقوم الحكم مقام ذلك العقد وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 72 من القانون المدني.

ويختلف الأمر بالنسبة لعقد التفاوض فهو ملزم للطرفين ولا يتضمن بياناً بالشروط الجوهرية للعقد النهائي، ولا ينعقد هذا الأخير بمجرد إعراب أحد الطرفين عن رغبته في ذلك بل يلزم تراضي جديد من الطرفين على عناصره وشروطه، وفي حالة عدول أحدهما عن التفاوض فلا يسوغ للقاضي الحلول محله في إبرام العقد النهائي، ولا يكون أمام الطرف المضرور سوى الرجوع عليه بالتعويض طبقاً للمسؤولية العقدية¹.

* أمّا عقد الإطار²: فهو عبارة عن إتفاق يتضمن الشروط الأساسية لعقود متتالية ستم في المستقبل وتتميز هذه الشروط بطابعها النهائي وعند إبرام العقود في المستقبل فلا يتم الإتفاق بين الأطراف إلا على ما يتبقى من المسائل التفصيلية هذا على عكس عقد التفاوض الذي يتم من خلاله مناقشة جميع الشروط باختلاف قيمتها وتكون نتائجه إيجابية فيما تنتهي بإبرام العقد النهائي أو عدم إبرامه لفشل المفاوضات التي أجريت بين الأطراف.

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 50.

² - سنتعرض بالدراسة والتحليل لهذه العقود التمهيدية والمتمثلة في: الوعد بالعقد، الوعد بالتفصيل، وعقد الإطار عند التكلم عن أنواع الإتفاقات المقيدة من حرية الأطراف أثناء المرحلة السابقة للتعاقد وذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني

الإتفاقات المقيدة من حرية الأطراف أثناء المرحلة السابقة للتعاقد.

حتى. نتمكن من معرفة ودراصة الإتفاقات المبرمة من قبل الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد يتعين أولاً التفرقة بين الأشكال التعاقدية والأشكال غير التعاقدية للتفاوض ، ويُقصد بهذه الأخيرة أنّ المفاوضات تتم دون وجود أية تعهدات مكتوبة من قبل الأطراف تفرض على نحو أو آخر إلتزامات معينة في ذمتهم، أو تجبرهم على الوصول إلى إتفاق نهائي ، وفي هذا الفرض فإنّ الحرية التعاقدية تؤدي دورها على نحو كامل فيحق للأطراف وقف التفاوض في أية لحظة ، ومع ذلك فقد ذهب القضاء كما سبق لنا القول¹ إلى تقرير المسؤولية التقصيرية للموجب الذي يقوم بقطع المفاوضات على نحو مفاجئ ، فإذا كانت حرية سحب الإيجاب من الأمور الجائزة² وهذا ما نصّ عليه المشرع الفرنسي والجزائري إلاّ في حالات استثنائية³، إلاّ أنّه يتعين أن لا يكون السحب قد تمّ على نحو تعسفي ولا يؤدي إلى خداع ثقة الطرف الآخر.

أمّا بالنسبة للنوع الآخر من المفاوضات التي تتمّ إستنادا إلى وجود وثائق مكتوبة بين الأطراف⁴ فإنه يتعين التمييز بين العقود أو الإتفاقات التالية :

* **العقود المؤقتة** : وهي تلك العقود التي تربط بين الأطراف فقط أثناء فترة المفاوضات⁵ مثل عقد التفاوض.

1 - راجع الصفحة 36 من هذا البحث.

2 - حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص. 195.

3 - قرار محكمة النقض الفرنسية بالغرفة المدنية سنة 1923 جاء فيه : " إن الإيجاب غير كاف بذاته لكي يربط من قدّمه ويمكن عموما الرجوع عنه طالما لم يتمّ قبوله بشكل سليم". إلاّ أنّ الإحتهاد القضائي الفرنسي مع قبوله مبدأ الرجوع الحر عن الإيجاب إلاّ أنّه أورد استثناءات هامة تمّ بذل الجهد لإيجاد سندها القانوني فهناك من المؤلفين المعاصرين من قال بوجود عقد تمهيدي حقيقي أو إلتزام أحادي الجانب أو المسؤولية التقصيرية ، مقتبس من جاك غستان ، المرجع السابق ، ص. 304 ، 305.

4 - حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص. 195.

5 - حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص. 196.

* العقود الجزئية : قد ينطوي العقد المراد إبرامه على العديد من الجوانب الصعبة والمعقدة ويحدث ذلك غالبا في العقود الهامة والمركبة ، لذلك يفضل الأطراف أحيانا التفاوض بشأنها على عدة مراحل متتابعة ، ويتم إبرام إتفاق مرحلي في نهاية كل مرحلة تفاوضية يتضمن النقاط التي تم الإتفاق عليها في تلك المرحلة حتى لا يعود الطرفان إلى مناقشتها مرة أخرى ، ويعد ذلك خطوة في اتجاه العقد النهائي لأنه يتضمن جزءا من شروط هذا الأخير تم الإتفاق عليها، بالفعل لذا فهو إتفاق جزئي¹ سابق عن التعاقد لكن في الوقت ذاته هو إتفاق نهائي يحقق إلزاما بين الطرفين في حدود النطاق الموضوعي أو النطاق الزمني المؤقت المتفق عليه²، لكن هذا لا يعني التوصل إلى تعاقد بات نهائي³.

إن اللجوء إلى إتفاقات جزئية أو مرحلية عادة ما يكون في العقود الدولية ويتم ذلك بصدد المسائل المستعصية ، حيث يفضل الأطراف تجزئتها وتناولها على مراحل ، وقد يتم تقسيم المتفاوضين إلى فرق صغيرة يتولى كل فريق منها التفاوض بشأن مسألة معينة ، وعند التوصل إلى إتفاق بشأنها يتم تدوينه في محرر خاص يطلق عليه مذكرة التفاهم. إن الإتفاق المرحلي أو الجزئي قد يكون جزءا من عقد واحد يسعى الأطراف إلى إبرامه مثل عقد نقل التكنولوجيا ، وقد يكون جزءا من مجموعة عقود ذات طبيعة واحدة أو مختلفة تترايط وتتكامل بينها لتحقيق هدف إقتصادي واحد مثل عقد الإيجار التمويلي⁴ الذي هو عبارة عن تقنية تعاقدية تقوم على عقد الإيجار ، وقد نظمته المشرع الجزائري في الأمر رقم 09-96 المؤرخ في 10 جانفي 1996⁵ كما يضم هذا العقد بالإضافة إلى عقد الإيجار عقودا ثانوية مكاملة وهي التوكيل بالشراء ، والوعد بالبيع من

1 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص. 51.

2 - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 314.

3 - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص. 90.

4 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص. 52.

5 - خداوش الدراجي ، سقاش الساسي ، الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة والترقية العقارية ، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية ، ورقلة ، الجزائر ، 2006 ، ص. 48.

جانب واحد¹ وعقد تسليم المفتاح الذي هو إتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الأطراف بإقامة مصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل والإنتاج إلى المتعاقد معه². ويتكون هذا العقد من عدة عقود جزئية تتمثل في عقد المقاوله (البناء)، عقد البيع (توريد الآلات والأجهزة ونقل التكنولوجيا)³، ذلك لأن هذه النوعية من العقود تتضمن حتمية إنتقال المعارف الفنية إلى الطرف الثاني)⁴، عقد الإستصناع (تركيب الآلات)، عقد من نوع خاص⁵ (يتمثل في في تدريب العاملين من أجل تشغيل المصنع وصيانته)⁶، يتم التفاوض في الغالب على مجموعة العقود في عدة مراحل، ويمكن أن يتوصل الطرفان في إحداها إلى إتفاق بشأن عقد معين أو الشروط المشتركة بين هذه العقود ثم تستمر المفاوضات بعد ذلك للإتفاق على باقي الشروط أو العقود⁷.

* العقود التمهيدية : دمولومب "Demelombe" هو صاحب نظرية العقد التمهيدي حيث يرى أنه في حالة ما إذا حدّد فاعل الإيجاب مهلة معينة يكون قد أنشأ أو كوّن عقدا تمهيديا وبموجبه يجب الحفاظ على الإيجاب خلال هذه المهلة ومتى تمّ القبول خلال أو داخل المدة المحددة تكوّن العقد النهائي⁸.

وبالتالي فإنّ العقود التمهيدية كما يعرفها البعض هي عقود غير مقصودة لذاتها إنّما تمهد لقصد أطرافها بطريقة محقّقة أو غير محقّقة إلى العقد النهائي المقصود⁹. ويعود

1 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص. 52.

2 - حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص. 192.

3 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص. 52.

4 - حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص. 192.

5 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص. 52.

6 - حفيظة السيد الحداد ، المرجع نفسه ، ص. 192.

7 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص. 52.

8 - جاك غستان ، المرجع السابق ، ص. 305.

9 - همام محمد محمود زهران ، الأصول العامة للالتزام - نظرية العقد -، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص. 108.

السبب الرئيسي للجوء إلى هذه العقود التمهيدية هو التعقيد المتزايد للحياة الإقتصادية وتعدّد المعاملات السابقة لإبرام الإتفاق¹.
إنّ العقد التمهيدي الأكثر إستعمالاً هو الوعد بالعقد (المطلب الأول) إضافة إلى الوعد بالترفضيل وعقد الإطار (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الوعد بالعقد Promesse de contrat.

سنتعرّض من خلال هذا المطلب إلى دراسة الوعد بالعقد باعتباره من أهمّ الإتفاقات السابقة لإبرام العقد النهائي وذلك بالتطرق إلى أحكامه العامة في الفرع الأول، أمّا الفرع الثاني فنخصّصه لذكر أهمّ الآثار التي قد تترتب عن هذا الإتفاق.

الفرع الأول : أحكام عامة حول الوعد بالعقد.

قد يتفق المتعاقدان لا على إبرام عقد نهائي إنّما على مجرد وعد بالعقد²، فماذا يقصد بهذا الأخير وما هي طبيعته القانونية؟ وفيما تتمثل الآثار المترتبة عنه؟ سنتعرّض لهذه المسائل كلّها من خلال النقاط التالية :

أولاً : مفهوم الوعد بالعقد وصوره.

1- تعريف الوعد بالعقد :

الوعد بالتعاقد هو إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص يسمّى الواعد مع شخص آخر يسمّى الموعود له بإبرام عقد معيّن في المستقبل إذا ما أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها³.

¹ - جبروم هوبية ، المطول في القانون المدني ، العقود الرئيسية الخاصة (المجلد الأول) ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2003 ، ص. 128.

² - مزيان محمد أمين ، أحكام بيع العقار وموقف القضاء ، موسوعة الفكر القانوني ، الموسوعة القضائية الجزائرية ، العدد الرابع ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، وهران ، الجزائر ، 2004 ، ص. 41.

³ - محمد حسين منصور ، مصادر الإلتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، د.ط ، الدار الجامعية ، بيروت ، 2000 ، ص. 182.

فالوعد بالتعاقد هو عقد يمهد لإبرام العقد الموعود به ويستلزم بالتالي توافق إرادتين لنشوئه ، قد يكون ملزما لجانب واحد أو ملزما لجانبين¹ ، إلا أنّ هناك من قال أنّ الوعد بالعقد في حقيقته القانونية هو عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد الذي يلتزم في مدّة معيّنة بإبرام العقد إذا أعلن الموعود له عن إرادته خلال هذه المدّة في إبرامه، وعلى هذا فقد اعتبروا أنّ عبارة المادة 71 ق.م. التي تشير إلى أنّ الوعد يجوز أن يكون ملزما للجانبين غير صحيحة التصوير، ذلك أنّ الوعد بالعقد هو بالضرورة ملزم لجانب واحد²، وهذا الإتجاه لم يأخذ به التقنين المدني المصري هو الآخر ، فقد أجاز الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين ، ويتحقق ذلك حيث يوجد مانع قانوني يحول دون إبرام العقد حالا، فيتفق على وعد بالتعاقد ملزم للجانبين ضمنا لكلّ من المتعاقدين بإبرام العقد النهائي الموعود به³.

مثال عن الوعد بالتعاقد :

يستأجر شخص قطعة أرض ليقيم عليها مصنعا مدّة خمس (05) سنوات مثلا ويخشى أن ينتهي الإيجار فيضطر إلى ترك الأرض إذا لم يرغب مالكتها في تجديد عقد الإيجار ، كما أنّه لا يستطيع أن يشتريها فورا بدلا من إستئجارها فيتفق هذا الشخص مع المالك على أن يقوم هذا الأخير ببيع الأرض المؤجرة له إذا أبدى رغبته في شرائها بثمن محدد متفق عليه في هذا الإتفاق خلال فترة معيّنة ، وقد يريد مستأجر الأرض إجراء بعض الإصلاحات فيها ، ولكنّه يخشى أن ينتهي الإيجار بعد مدّة ولا يستفيد من هذه الإصلاحات التي أجراها بالقدر الذي أنفقه عليها ، لذلك قد يحصل هذا المستأجر على وعد من المؤجر بأن يبيعه الأرض إذا رغب هو (أي المستأجر) في شرائها أثناء مدّة محدّدة⁴.

1 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص. 68.

2 - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأوّل)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دت ، ص. 87.

3 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع نفسه ، ص. 69.

4 - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص. 90 ، 91.

2- صور الوعد بالعقد:

الوعد بالتعاقد له صورتان: الوعد الملزم لجانب واحد، الوعد الملزم للجانبين، والصورة الغالبة في العمل هي الوعد الملزم لجانب واحد، وعلى وجه الخصوص الوعد بالبيع فنجد شائعا بكثرة بين الموثقين ، فقد يتوقع شخص أن تكون حاجته إلى قطعة أرض معدة للبناء يحتاج إليها لإقامة مسكن عائلي أو تشييد معمل أو إقامة مشروع تجاري أو صناعي لكن يتعذر عليه شراؤها في الحين فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا الأخير ببيعها له إذا أبدى رغبته في شرائها خلال مدة معينة¹.

أ) الوعد الملزم لجانب واحد :

يعد فيه أحد الطرفين الطرف الآخر بإبرام عقد معين²، متى توافرت شروط محددة في حين يحتفظ الثاني أو الموعد له بحريته³.

يعدّ الوعد بإرادة منفردة عقداً بآتم معنى الكلمة ذلك لأنه لا يتكوّن إلاّ بالتقاء الوعد بقبول ينصب على الوعد بحدّ ذاته ويحوّل العرض إلى عقد⁴، لذلك فلا يجوز الخلط بين الوعد بالعقد والعرض L'offre ذلك لأنّ الوعد بالعقد يكون مقترنا بمدة معينة للموعد له خلالها حق الخيار Le droit d'option بين إبداء الرغبة في إبرام العقد النهائي، (وهنا يكون الواعد ملزماً بإبرام العقد) أو عدم إبدائها ، في حين أنّ العرض يكون واضحاً يأتي إمّا في شكل كتابي أو شفاهي وقد يكون ضمنياً (مثل عرض مواد في واجهة زجاجية) ، يمكن أن يكون هذا العرض موجهاً للجمهور (كالإشهار في جريدة أو تلفاز أو أنترنت)، وقد يكون موجهاً إلى شخص معين. في حالة العرض للجمهور فإنّ القانون يقبل بأن يكون هذا العرض دعوة فيلتيقي فيها عدّة متفاوضين مع

¹ - لعروم مصطفى ، الوعد بالبيع - صورة من صور الوعد بالتعاقد - مجلة الموثق الدورية ، العدد التاسع ، 2000 ، ص. 29.

² - محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع السابق ، ص. 183.

³ - فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للإلتزام (الكتاب الأول) ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2001 ، ص. 85.

⁴ - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 185 ، 186 :

الطرف العارض ولكن هذا الأخير غير ملزم بإبرام العقد مع الشخص الأول الذي يفاوضه فله الحق في اختيار الشخص الذي يراه مناسباً ويتعاقد معه¹.

مثال : قد يرغب طبيب في بناء مستشفى أو ترغب جمعية في بناء مدرسة ويقتضي هذا العمل أن يقوم البناء على قطع متجاورة من الأرض تعود لعدة مالكين ، فيعمد صاحب المشروع إلى الحصول على وعد بالبيع من كل واحد من المالكين على حدة ، فإذا اكتملت له وعود من جميعهم أبدى رغبته بالشراء ، واستطاع الحصول على العقارات اللازمة لبناء المستشفى أو المدرسة².

(ب) الوعد الملزم للجانبين :

يكون الوعد ملزماً للجانبين أو تبادلياً عندما يتعهد فريقان أو طرفان تبادلياً بإبرام العقد كأن يبيع أحدهما ويشترى الآخر. وقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 25 ماي 1972 بأن الوعد بالعقد الملزم للجانبين يساوي العقد نفسه ، وأن الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع تام لا مجرد وعد به ، في حين اعتبر البعض الآخر من الفقه أن الوعد بالعقد هو من العقود التمهيدية (Les avants contrats) ذلك أنه قد تنتهي المفاوضات التي يدخل فيها الطرفان إلى الوصول لعقد نهائي ، كما قد تنتهي إلى مرحلة سابقة على العقد النهائي وهي مرحلة الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي³. وبالتالي فإن الوعد الملزم للجانبين هو عقد سابق للعقد النهائي يتضمن تعهدات متبادلة ومتطابقة من كلا الطرفين.

إضافة إلى ما سبق ذكره فإنه تجدر الإشارة إلى أن فريقاً من الفقه اعتبر الوعد الملزم للجانبين يختلف عن العقد النهائي ، ذلك لأنه إما أن يكون أساساً لعقد إطار (Contrat cadre) والذي يكمل بعقود تنفيذية وإما أن يمثل عقداً بأجل إلا أن فيه نقص لعنصر من بين العناصر⁴ أو هناك مانع يقف أمام أطراف التعاقد فيمنعهما من إبرام العقد

¹ - Brigitte Hess Fallon, Anne Marie Simon, Op.cit, p. 201, 202.

² - إلياس ناصيف ، العقود المدنية والتجارية - عقد البيع (الجزء الثامن) ، دط، ددن، دب، 1995 ، ص. 104.

³ - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص. 87 ، 88.

⁴ - Christian Larroumet, Op.cit, p. 268.

النهائي ، ويتجلى ذلك عندما يرغب شخصان في إبرام عقد ينصب على عقار معين لكن لا يستطيعان إنجازهما في حينه كأن يمنعهما من ذلك عدم وجود سند ملكية أو كأن يكون البيع يخضع لإجراءات خاصة كإحضار الإذن بالبيع من المحكمة أو أن تكون إجراءات التقاضي أمام المحكمة من أجل إنجاز عقد قسمة والخروج من الشيوخ ، أو كأن يكون العقار مثقلا برهن يتطلب تحريره دفع أموال لا يستطيعان دفعها للدائن المرهن وتحرير العقار من هذه الديون في الحال وغير ذلك من الصور العملية السائدة بين المتعاقدين¹.

إذن الوعد المتبادل بالبيع والشراء نصّت عليه المادة 71 ق.م ، فكل من الطرفين يعد الآخر بإبرام العقد في المستقبل ، وتبعاً لذلك فإننا أمام وعد بالبيع وليس أمام عقد البيع ، وهذا على خلاف القانون الفرنسي الذي يعتبر الوعد بالبيع المتبادل بمثابة بيع ، وهذا ما ورد في المادة 1589 ق. مدني فرنسي² : "يعدّ الوعد بالبيع بيعاً عندما نكون أمام رضا متبادل حول المبيع والتمن". الهدف مما جاء في هذه المادة هو الابتعاد عما كان يأخذ به المشرع الفرنسي في الماضي حيث كان يربط البيع بتسليم الشيء ، في حين أنّ البيع يتكوّن بمجرد تبادل الإرادتين لا غير وهذا يعني أنّ الوعد بالبيع المتبادل والبيع يشكّلان تصرفاً واحداً ولكن هذا التشبيه في القانون الفرنسي ترد عليه استثناءات.

وقد قال الفقيه بنابنت Benabent في موضوع الوعد المتبادل بالبيع ما يلي : «في الوعد المتبادل بالبيع يكون قد أعطى كل من الطرفين رضاه ونستطيع القول بعدم جدوى هذا العقد التحضيري والذي يبدو منشئاً في الواقع للبيع نفسه ، وإذا أخذنا بهذا المفهوم للوعد المتبادل بالبيع فمعناه أنّه يترتب عن العدول أو التنازل عنه ما يترتب على

¹ - لعروم مصطفى ، المرجع السابق ، ص. 29.

² - هذا الحكم خاص بفرنسا والدليل على ذلك أنّ القوانين المدنية الحديثة التي أخذت عن القانون الفرنسي لم تنقل نص هذه المادة ذلك لاعتباره نصاً استثنائياً لأسباب موضوعية اقتضته في فرنسا مثال ذلك " ق. رومانيا ، إيطاليا ، البرتغال. مقتبس من عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني ، دط، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية ، دت، ص. 300.

عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة عن عقد البيع أي إمكانية اللجوء عند الاقتضاء إلى تدابير التنفيذ الجبري بمقتضى القوة الإلزامية للعقد¹.

مثال توضيحي عن الوعد الملزم للجانبين :

أن يعد شخص آخر ببيع شيء له بثمن معين إذا هو رغب في شرائه في المستقبل خلال فترة معينة ، ويعده الشخص الآخر بشراء ذلك الشيء منه إذا هو أظهر رغبته في بيعه خلال تلك المدة. في هذا المثال يكون كل من طرفي العقد واعد وموعود له ، فالأول واعد بالبيع وموعود له بالشراء والثاني واعد بالشراء وموعود له بالبيع ، ويترتب على ذلك أنه إذا انقضت المدة المحددة لإظهار الرغبة في التعاقد النهائي دون أن يبديها أي من الطرفين فإنّ الوعد بالتعاقد يعتبر كأن لم يكن².

في الأخير نصل إلى أن هناك فرق بين الوعد بالتعاقد الصادر بالإرادة المنفردة والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين ، ففي الصورة الأولى يتعلّق الأمر باتفاق بمقتضاه يتعهد شخص في مواجهة شخص آخر بإبرام عقد في المستقبل طبقاً للشروط التي تمّ تحديدها مسبقاً ، ويُعدّ هذا الاتفاق اتفاقاً بالمعنى الكامل إذ يفترض تطابق إرادتين ، ينشأ عنهما التزام محدد هو الالتزام بالتعاقد ويتمتع المتعهد له من هذا الاتفاق بحق حال ومؤكّد يخول له مطالبة الطرف الآخر (المتعهد) بإبرام العقد ، وتحقق مسؤولية هذا الأخير التعاقدية إذا رفض تنفيذ التزامه بإبرام العقد ، أمّا بالنسبة للوعد بالتعاقد الملزم للجانبين فإنّه يفترض وجود إرادتين متطابقتين من أجل إبرام العقد النهائي ، ووفقاً لها يلتزم كل طرف بإبرام عقد محدد في تاريخ لاحق³ متفق عليه ويكون ذلك إمّا باكتمال أحد العناصر التي كانت ناقصة أو بزوال المانع الذي حال دون إبرام العقد النهائي مباشرة.

¹ - الحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 185 ، 186.

² - محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات - (الجزء الأول) ، الطبعة الثانية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004 ، ص 134 ، 135.

³ - حفيفة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص. 197.

ثانيا : الطبيعة القانونية للوعد بالعقد وأهمّ الشروط اللازمة لقيامه.

1- الطبيعة القانونية للوعد بالعقد :

الوعد بالتعاقد هو عقد يتمّ بتلاقي إرادتين ، إيجاب من الواعد ، وقبول من الموعود له¹ ، حتّى وإن تعلق الأمر بوعد ملزم لجانب واحد ، فهذا لا يعني أنّه عقد أو تصرف بإرادة منفردة ، لكنه عقد بأتمّ معنى الكلمة صادر عن اتفاق إرادتين ، فعقد الوعد Contrat de promesse لا يتكوّن إلاّ بالتقاء الوعد (الإيجاب أو العرض) بقبول ، وهذا القبول ينصب على الوعد بحدّ ذاته ويحوّل العرض إلى عقد ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 جوان 1979 ، وبالتالي فإنّ قبول الموعود له ينصب على الوعد نفسه وليس على العقد الموعود به كالبيع مثلا².

ومن هنا فإنّنا بصدد عقد تمهيدي للوصول إلى إبرام عقد آخر هو العقد الموعود به ، لذلك فإنّ الوعد بالتعاقد يختلف عن الإيجاب الملزم ، في أنّ الأوّل تصرف من جانبين أي عقد بينما الثاني تصرف من جانب واحد ، فمصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة للموجب وإظهار رغبته في التعاقد³.

في حالة وفاة من وجه إليه الإيجاب قبل القبول فإنّه يمنع على ورثته القبول بدلا منه لأنّ رخصة القبول لا تنتقل إليهم ، أمّا في حالة الوعد فإنّ الموعود له لا يمنع ورثته من إظهار رغبتهم لأنّه حقه في الوعد ينتقل إليهم خاصة إذا كانت شخصيته محل اعتبار⁴ ، نفس الشيء بالنسبة لمن صدر منه الإيجاب⁵ ، أو صدر منه الوعد ، ففي حالة وفاة الأوّل أو انعدام أهليته يترتب على ذلك إبطال أو إنهاء أثر العرض أو الإيجاب بينما

1 - محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع السابق ، ص. 184.

2 - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 183 ، 184.

3 - محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع نفسه ، ص. 184.

4 - محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص. 140.

5 - المادة 62 من ق.م.جاء فيها ما يلي : "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإنّ ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه هذا ما لم يبيّن العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل". مقتبس من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

وفاة الواعد أو انعدام أهليته لا يؤثر أبداً على الوعد ، فالورثة أو النائب على الطرف الواعد مخيرون بين تنفيذ التعهدات التي تعاقد بها هذا الأخير (أي الواعد) - وذلك في حالة ما إذا تمسك الطرف المستفيد باستعمال حقه في الخيار - أو عدم تنفيذه¹. وبالتالي فالوعد بال عقد هو مرحلة بعد الإيجاب وقبل العقد النهائي. ويختلف الوعد بالتعاقد عن العقد الابتدائي ، فهذا الأخير يشكل مرحلة بعد الوعد وقبل العقد النهائي²، كما أن الفرق يبدو واضحاً في حالة الوعد الملزم لجانب واحد³ - ذلك لأنه في هذا الأخير رغبة الواعد متوجهة إلى إبرام العقد النهائي بينما الموعود له متوجهة رغبته إلى قبول الوعد⁴ - إلا أن الصعوبة تثور بمناسبة الوعد الملزم للجانبين حيث يرى البعض أنه يعتبر عقد ابتدائي⁵.

الأمر الذي يجمع الوعد بالتعاقد مع العقد الابتدائي هو أن كلاهما وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي ، وبيان هذا أن الوعد بالتعاقد - بالبيع مثلاً - يلتزم الواعد بأن يبيع الشيء الموعود به إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء خلال المدة المحددة ، وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل ، ولكن القبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع ، وهذا على عكس القبول في العقد الابتدائي الذي يمسّ العقد المقصود (النهائي) إلا أنه لم يتم ليصل إلى المرحلة النهائية إلا بعد اتخاذ إجراء معين ، ولذلك يكون الوعد بالتعاقد وكذلك الإتفاق الابتدائي مرحلة دون التعاقد النهائي وهو خطوة نحوه⁶ ، ومن ثم نقول أنه بالرغم من إعتبار العقد الابتدائي عقداً تاماً

¹ - François Terré-Philippe Simler, Droit civil- les obligations, 9ème édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 192.

² - بموسى عبد الوهاب ، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد (موجهة إلى طلبة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية) ، كلية الحقوق، تلمسان ، 2007 ، ص. 6.

³ - محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع السابق ، ص. 184.

⁴ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 7.

⁵ - محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع نفسه ، ص. 184.

⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام (الجزء الأول) ، المرجع السابق ، ص 208 ، 209.

إلاّ أنّه يبقى مختلفاً عن العقد النهائي ، فإذا كان العقد الأوّل يرتب الإلتزامات التي يرتبها العقد النهائي ، إلاّ أنّ المتعاقدين لا يقصدان أن تترتب هذه الإلتزامات فور نشوء العقد الإبتدائي وإنّما قصدًا ترتيبها بعد تحرير العقد النهائي ، ولذلك تبقى هذه الإلتزامات قائمة تنتظر التنفيذ ، فإذا لم يقم البائع (في عقد البيع الإبتدائي مثلاً) بتنفيذ إلتزامه بنقل الملكية وذلك عن طريق إمتناعه عن تحرير العقد النهائي في الميعاد المتفق عليه أمكن للطرف الآخر أن يجبره على هذا التنفيذ عن طريق اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم بوقوع البيع النهائي فيقوم الحكم مقام العقد النهائي¹. وبالتالي يكون العقد ابتداءً متى علق على إجراء معيّن كتحريره في ورقة رسمية أي أنّ الطرفين أقاما أو أبرما عقداً ابتداءً نصّاً فيه على أنّ العقد لا يعتبر تاماً إلاّ بعد توقيع العقد النهائي²، كما يمكن أن يكون العقد الإبتدائي مجرد وعد متبادل بالتعاقد ، والعبرة في الحالتين بما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين ، ويمكن إستخلاص هذه الإرادة من مضمون الإلتفاق والظروف المحيطة به³.

بالرغم من أنّ العقد الإبتدائي صورة من صور التعاقد وقد شاع العمل به سواء لطبيعة المعاملة (فعادة ما يُلجأ إليه في العقود الناقلة للحقوق العينية الأصلية العقارية) أو إستجابة لقصد المتعاقدين وظروف الحال إلاّ أنّ العديد من التشريعات لم تقم بتنظيمه -ربّما لتجنب الخلط الذي يقع بينه وبين الوعد الملزم للجانبين- مثل القانون المدني المصري والجزائري وهذا على عكس القانون المدني الكويتي الذي نظمته في المواد 70 ، 71⁴.

2- شروط الوعد بالتعاقد :

بما أنّ الوعد بالتعاقد هو عقد بأتمّ معنى الكلمة فيشترط فيه ما يتوجب توافره في العقود بصفة عامة إضافة إلى شروط خاصة به.

¹ - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص. 93.

² - زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2000 ، ص. 32.

³ - محمد حسين منصور ، مصادر الإلتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع السابق ، ص. 184.

⁴ - همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 108 ، 109.

أ) الشروط العامة للوعد بال عقد :

* يجب لإنعقاد عقد الوعد أو الوعد بالتعاقد تطابق إرادتي الواعد والموعود له مثله في ذلك مثل أي عقد آخر¹. إذن ركن التراضي لا بدّ من توافره في الواعد والمستفيد لينعقد به الوعد².

ويشترط في الوعد الملزم لجانب واحد أن يكون الواعد أهلا للتعاقد على العقد الموعود به، ويكون وعده صحيحا عندئذ ولو فقد الأهلية عند إبرام العقد النهائي بشرط أن لا تزيد إلتزاماته عما كانت عليه عند الوعد، كما يجب أن تخلو إرادة الواعد من عيوب الرضا عند صدور الوعد منه، أمّا الطرف الموعود له من جانب واحد³ فلا بدّ من توافر الأهلية الكاملة حين إبداء الرغبة، أمّا قبلها فتكفي أهلية التمييز⁴، ولكن يشترط خلوّ رضائه من العيوب عند صدور الوعد له، وعند إظهار رغبته في إبرام العقد الموعود به.

أمّا إذا كان الوعد من الجانبين فيلزم أن تتوافر في كلّ منهما أهلية التعاقد على عقد الوعد، وأن يخلو رضاؤهما من العيوب في هذا الوقت لأنّ الوعد في هذه الحالة يقترب كثيرا من العقد الإبتدائي، بل هناك من يعتبره بمثابة عقد إبتدائي⁵.

* المحلّ : وهو العقد النهائي المراد إبرامه ويجب أن تتوافر في المحل الشروط المعهودة فيه كالوجود والإمكانية والمشروعية، فإذا كان العقد مثلا وعدا بالبيع فلا بدّ أن يكون هذا البيع ممكنا ومشروعا.

* السبب : يشترط فيه أن يكون موجودا ومشروعا وهذا طبقا للقواعد العامة.

¹ - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام، دط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، دت، ص. 46.

² - مصطفى الجمال، مصادر الإلتزام، دط، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، دت، ص. 93.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 46.

⁴ - دربال عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص. 46.

⁵ - علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص. 46.

ب) الشروط الخاصة للوعد بالعقد:

* تحديد المسائل الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه¹، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان العقد وشروطه الأساسية²، فإذا تعلق الأمر بوعد بالبيع فلا بد أن يعين المبيع أو يكون قابلاً للتعين ويحدد ثمن البيع أو يتم الإتفاق على الأسس التي بمقتضاها يتحدد الثمن³. فيكفي فيما بعد أن يستعمل المشتري حق الخيار ليصبح البيع تاماً، هذا فيما يخص الوعد بالبيع أما في حالة الوعد بالشراء فيكون الواعد هو المشتري الذي يتعهد بشراء المال محل الوعد إذا قرّر المالك بيعه، نجد هذا النوع من الوعود عادة في تنظيمات البورصة والتي تلزم أحيانا شخصا أو شريكا من الأغلبية في الشركة أن يشتري طبقا لسعر محدد أسهم الأقلية، أو شريك بأسهم في شركة يتنازل عن أسهمه لفائدة بنك مع الوعد بإعادة شرائها بواسطة إتفاقية تدعى "الحمل" "Portage" ويصير هذا الإتفاق بالحمل وعدا ملزما للجانبين عندما يتعهد البنك بالمقابل بإعادة التنازل عن السندات لصالح الزبون، هذه الوعود صحيحة إلا في حالات وجود إستثناءات كأن تنصب على أموال أو حقوق عقارية فتكون باطلة طبقا للقانون الفرنسي الصادر في 13 ديسمبر 2000 متى كانت مرفوقة بدفع مبالغ مالية، وعندما تنصب هذه الوعود على حصص في الشركة يطرح السؤال فيما إذا كان التحديد المسبق للثمن ليس مخالفا لقواعد الشركات، ومن بينها ضرورة تحمل كل شريك خسائر نشاط الشركة. انقسمت محكمة النقض الفرنسية حول هذه المسألة إلى رأيين:

- الغرفة المدنية الأولى تقول بالبطلان وكان ذلك بتاريخ 22 جويلية 1986.
- أما الغرفة التجارية فتقول بصحة مثل تلك الإتفاقات وكان ذلك في 19 أكتوبر 1999.⁴

¹ - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص. 47.

² - فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص. 87.

³ - زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 36.

⁴ - مقتبس من لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 185، 186، 190.

* ينبغي أن يتضمن الوعد تعيين المدّة التي يجب خلالها الإعلان عن الرغبة في إبرام العقد الموعود به ، ويقصد بذلك تحديد مدّة معينة يتعيّن على الموعود له أن يُظهر خلالها إرادته في إبرام العقد النهائي¹.

فإذا لم تعيّن المدّة لم ينعقد الوعد أو وقع باطلا بطلانا مطلقا والإتفاق على المدّة لا يشترط أن يكون صريحا ، بل يجوز أن يكون ضمنيا²، فيحق للقاضي أن يستخلص من ظروف الإتفاق المدّة التي يقدرها لنفاذ الوعد³.

* إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين⁴، فلا بد من خضوع الوعد بالعقد للقاعدة العامة التي يخضع لها العقد النهائي فيما يخص الشكل⁵.

مؤدى ذلك أن الوعد بالعقد الشكلي يجب أن يكون شكليا أيضا فالوعد بالرهن الرسمي أو هبة العقار يجب أن يستوفي الشكل الرسمي (المادة 324 مكرر 1/1 ق.م). وإذا لم يستوفي هذا الوعد الشكلية المطلوبة فإنه لا يصلح لنشأة العقد الموعود به ولا يمكن بمقتضاه الحصول على حكم يقوم مقام ذلك العقد (المادة 72 ق.م)⁶. وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في القرار التالي نصّه : "إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد فإنه يشترط مع ذلك ضرورة الشكلية في الوعد بالبيع ومتى ثبت من قضية الحال إنعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي ، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ إلتزام عقدي لا تتوافر فيه الشكلية القانونية ، وأن إستجابة القضاة لمطلبها وإصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي ،

1 - محمد حسين منصور ، مصادر الإلتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع السابق ، ص. 186.

2 - زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص. 37.

3 - محمد حسين منصور ، مصادر الإلتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع نفسه ، ص. 86.

4 - فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص. 86.

5 - François Terré- Philippe Simler, Op.cit, p. 193.

6 - محمد حسين منصور ، مصادر الإلتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع نفسه، ص. 187.

يكونوا قد أسأوا تطبيق القانون وفهم إجهادات المحكمة العليا ، مما يتوجب نقض قرارهم بدون إحالة¹.

في الأخير نقول أنه بما أن الوعد بالعقد هو عقد بآتم معنى الكلمة فمتى كان دوليا يخضع لقاعدة الإسناد المطبقة على العقود أي لقانون الإرادة (المادة 18 ق.م.ج) وفي حالة ما إذا كان هذا الأخير يشترط الشكل لقيام العقد النهائي وجب خضوع الوعد بالعقد هو الآخر لهذا الشكل ، لكن وفقا لقانون دولة أو مكان الإبرام حسب ما جاء في المادة 19 ق.م.².

الفرع الثاني : آثار الوعد بالعقد.

الوعد بالعقد كما سبق لنا القول هو عقد بآتم معنى الكلمة يحدث أثارا قانونية ملزمة ، إلا أن هذه الآثار ليست تلك التي تترتب عن العقد النهائي الموعود إبرامه³. لبيان الآثار التي تترتب عن الوعد بالتعاقد يجب أن نفرق بين مرحلتين⁴ في هذا الإتفاق يفصلهما حلول الميعاد أو إبداء الرغبة.

أولا : آثار الوعد بالعقد قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة.

- يترتب في هذه المرحلة عن الوعد بالعقد أثاران هما :
- حق الموعود له في اختيار التعاقد أو رفض ذلك بدون مقابل.
 - إلتزام الواعد بالبقاء على وعده إلى غاية إنتهاء المدّة المتفق عليها أو إبداء الرغبة⁵.

¹ - القرار المؤرخ في 24 أبريل 1988 ملف رقم 47734 مقتبس عن عمر ابن سعيد ، المرجع السابق ، ص. 44.

² - قانون رقم 10-05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق ل 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج.ر. عدد 44.

³ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 01.

⁴ - محمد حسين منصور ، مصادر الإلتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، المرجع السابق ، ص. 188.

⁵ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 01.

1- حق الخيار أو حق إبداء الرغبة :

في غالب الأحيان العقد التمهيدي السابق للتعاقد النهائي يلعب دورا في خلق ما يسمّى "الخيار L'option"¹، معنى ذلك أن الوعد بالعقد باعتباره صورة من صور العقود التمهيديّة فإنّه يولّد حقا للموعد له في القبول أو الرفض²، وفي هذا الخيار الأخير لا يترتب في ذمته أي إلتزام أو مسؤوليّة³، وبالتالي فالوعد بالعقد لا يترتب إلاّ حقوقا شخصيّة⁴ لصالح الموعد له تخوله المطالبة خلال الأجل المتفق عليه بإبرام العقد النهائي⁵.

ومن هنا نقول أن الموعد له لا يكون مالكا للشيء قبل إبداء رغبته (في حالة الوعد بالبيع) ، ومن ثمّ لا يستطيع أن يتصرّف في الشيء بالبيع أو ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي ، وإذا قام بشيء من هذا وقع تصرّفه على ملك الغير ويكون تصرّفا موقوفا على إجازة الواعد ، إلاّ إذا اعتبرنا أن تصرفاته هذه عبارة عن رغبة ضمنية في الشراء فبمثل هذه الحالة يكون تصرّفه صحيحا نافذا في حقه باعتباره قد تصرّف في ملكه⁶.

ويترتب على ما سبق قوله أنّه في حالة ما إذا تصرّف الواعد في المال لصالح الغير فإنّ هذا التصرف صحيح مبدئيا لصدوره عن المالك الوحيد ومبدئيا لا يكون للموعد له إلاّ الحق في التعويض في مواجهة الواعد ، ولا تكون له سلطة إبطال التصرف⁷ المنعقد المنعقد لصالح الغير على أساس المسؤولية المدنية التعاقدية⁸.

¹ - Christian Atias, Contrat et convention (tome 8), Dalloz, Paris, 1998, p. 20.

² - توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام ، دط،الدار الجامعية ، بيروت ، دت، ص. 123.

³ - همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص. 117.

⁴ - سمير عبد السيد تناغوا ، محمد حسين منصور ، القانون والإلتزام ، دط، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1997، ص. 46.

⁵ - زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص. 38.

⁶ - محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة - شرح عقد البيع في القانون المدني -، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،

2006 ، ص 127.

⁷ - ستعرض لهذه المسألة بأكثر تفصيل عندما نتكلم عن إلتزام الواعد.

⁸ - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 193.

وعلى هذا الأساس فإنّ العدول عن الوعد بالعقد يعتبر وسيلة يستعملها الواعد من أجل التعبير عن إرادته في عدم إبرام العقد النهائي مع الموعد له ، هذا هو الموقف الذي اعتنقه القضاء الفرنسي ويبرّره مبدأ الحرية في التعاقد والحرية في رفض التعاقد ، فالأطراف الذين يلجؤون للعقود التحضيرية فإنّهم يقصدون الإحتفاظ بحريتهم في التعاقد أو رفض التعاقد إلى غاية إبرام العقد النهائي¹ .

إذن في حالة عدول الواعد عن وعده وتصرفه في محل الوعد فلا يحقّ للموعد له الإحتجاج بحقه في إبداء الرغبة إلاّ في حالتين :

* في مواجهة الغير سيّء النية ، وهو ذلك الشخص الذي كان يعلم بوجود الوعد بالعقد فتواطأ مع الواعد من أجل حرمان المستفيد من ممارسة حقه ، ولكن الشهر العقاري للوعد لا يكفي لوحده للقول بأنّ الغير سيّء النية ، وهذا ما جاء به قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 فبراير 1977 .

* إذا تلقى الغير المال بموجب تصرف بطريق التبرع ، فبواسطة القواعد التي تحكم الدعوى البوليصية وطبقا للمبدأ العام : "لا أحد يستطيع التبرع إن لم يكن محرّرا من ديونه" ، يجب التسليم عندئذ بأنّه باستطاعة الموعد له الحصول على التصريح بعدم الإحتجاج بالتبرع في مواجهته حتّى يستطيع إستعمال حقه في الخيار بصورة فعالة ، وإذا كان المال الموعد له به عقارا وتصرف فيه الواعد بالبيع لصالح الغير وانتقلت الملكية لهذا الغير بواسطة شهر العقد بالمحافظة العقارية ، فإنّه ليس باستطاعة الموعد له إلاّ أن يطلب التعويض لكون الواعد أصبح غير مالك ويستحيل عليه إتمام الوعد بإبرام العقد النهائي ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في 2002/01/30² .

إذا توفي الموعد له فإنّ حقه بإبداء الرغبة في التعاقد أو الرفض ينتقل إلى ورثته من بعده ، ولكن إذا أبدى بعضهم الرغبة في التعاقد وآخرون رفضوا ذلك فالعبرة لمن قال

¹ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 03 .

² - مقتبس من لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 194 .

بالرفض لأنّ الأصل عدم إشغال ذمة الورثة بالإلتزامات وهذا الوعد قد يحملهم إلتزامات¹.

في الأخير نقول أنّ حق الخيار الذي نحن في صدد دراسته هو الحق المميز الوحيد للوعد بالعقد الملزم لجانب واحد، لأنّه في الوعد الملزم للجانبين الذي كيفه البعض على أنّه عقد إبتدائي أي مرحلة بعد الوعد بالعقد وقبل العقد النهائي فإنّ هذا الحق منعدم بموجب إلتزام الطرفين في التعاقد وبدون حرية.

2- إلتزام الواعد :

يرتب الوعد بالعقد إلتزاما شخصيا في ذمة الواعد يلتزم بموجبه بأن يبقى على وعده طيلة المدّة المحدّدة في العقد وأن ينفذ وعده في حالة إبداء المستفيد لرغبته في إبرام العقد النهائي².

إذن يخضع الواعد لإلتزام بالإمتناع عن فعل ، فلا يجوز له القيام بأيّ عمل يعرقل العقد النهائي متى استعمل الموعد له حق الخيار³، وبالتالي فهو إلتزام في جانبه السلبي L'obligation dans son coté négatif ، وعلى هذا الأساس فإنّ الوعد بالعقد يختلف عن الإيجاب كما سبق الذكر ذلك لأنّ إلتزام الواعد ينتقل إلى ورثته في حالة وفاته ويبقى قائما بالرغم من نقص أهليته أو انعدامها (كشهر إفلاسه).

ولقد تساءل الفقه عن محلّ هذا الإلتزام من أجل تحديد مسؤولية الواعد في حالة عدوله عن الوعد والسؤال الذي يطرح نفسه هو كالتالي : إذا تراجع الواعد عن تنفيذ إلتزامه قبل إنقضاء المدّة لإبداء الرغبة فهل يجوز للمستفيد أن يطلب من القاضي الحكم عليه بإرجاع وعده لصالح المستفيد ، أم يترتب عن ذلك المسؤولية المدنية التعاقدية التي تنتهي بالتعويض ؟

1 - محمد يوسف الزعي ، المرجع السابق ، ص. 129.

2 - موسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 02.

3 - حسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 192.

للجواب عن هذا السؤال يجب أولاً تحديد طبيعة إلتزام الواعد ، إذا ما كان إلتزاماً بمنح شيء L'obligation de donner (نقل ملكية الشيء أو حق عيني آخر عليه) لا يمكن للبائع التراجع عنه أو مجرد إلتزام بالقيام بعمل ، وبالتالي ينتهي الإخلال به أو العدول عنه بالتعويض المادة 1142 ق.م.فرنسي : "كل إلتزام بفعل أو عدم فعل ينتهي بالتعويض في حالة عدم التنفيذ من طرف المدين". انطلاقاً من هذه المادة نقول أن المشرع الفرنسي اعتبر العدول عن الوعد بالعقد من الحريات الفردية التي يمارسها الشخص بدون قيد مقابل تعويضات، ذلك لأنها مقترنة بقوة إلتزامية مخففة بحيث يمكن للواعد أن يقوم بتصرفات ناقلة للملكية كالبيع أو الهبة على محل الوعد ، كما يمكنه أن يرتب حقاً عينياً أصلياً عليه كالإنتفاع أو تبعياً كالرهن الحيازي وتكون تصرفاته نافذة في حق الموعود له. ولكن الفقه الحديث انتقد بشدة هذا النظام للعدول عن الوعد بالعقد ، فيعدّ مساساً بمبدأ "إلتزامية العقد بين المتعاقدين" ، و من أهم آثاره السلبية حرمان المستفيد بالوعد من ممارسة إمتيازته في اختيار إبرام العقد النهائي ، فالعدول عن الوعد بالعقد المشروع ، بحول هذا الأخير إلى مجرد إيجاب يجوز بإرادة منفردة العدول عنه ، وهذا غير صحيح في الوعد بالعقد الذي يعتبره المشرع عقداً يترتب عنه على الأقل بالنسبة للواعد إلتزامات تعاقدية لا يجوز نقضها ولا تعديلها إلا بإتفاق الطرفين (المادة 106 ق.م) ، وتنفيذ هذا الواجب أو الإلتزام لا يشترط رضاءً إضافياً ، بإرادة الواعد نهائية وصادرة على وجه الجزم بحيث إذا اقترنت بالقبول تكوّن العقد.

فإن تصرف الواعد في المحل الموعود به قبل صدور رغبة المستفيد في التعاقد يكون قد تصرف في ماله المملوك له ملكية تامة ، ولكن يعدّ ذلك مخالفة لوعده أي لإلتزامه بإبرام العقد النهائي مما يترتب في ذمته إمّا :

* التعويض في حالة حسن نية المتصرف إليه .

* وإمّا بطلان العقد الذي أبرمه الواعد بسبب سوء نية المتصرف إليه ، وتحويل العقد لصالح الموعود له مع الحق في مطالبة الغير بالتعويض على أساس المسؤولية شبه التقصيرية

Quasi Délictuelle¹ ، وبالتالي إذا كان المتصرف إليه على علم بالوعد بالبيع جاز التفكير في إبطال التصرف الصادر منه إضرارا بحق الموعود له، وقد أجازت المحاكم الفرنسية أحيانا الطعن في هذا التصرف عن طريق الدعوى البوليصية كما سبق لنا الذكر² ، وأبطلت التصرف أحيانا أخرى باعتباره عملا غير مشروع من المتصرف إليه ضارا بالموعود له مستوجبا التعويض طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية وباعتبار إبطاله تعويضا عينيا ، ولكنها وجدت أن الموعود له لا يمكنه اللجوء إلى الدعوى البوليصية إذا لم يكن تصرف الواعد قد سبب إعساره أو زيادة في إعساره ، كما بينت أن قواعد المسؤولية التقصيرية لا تنطبق إلا إذا كان المتصرف إليه مخطئا في التعاقد مع الواعد ولو كان على علم بعقد الوعد ، فضلت أن تؤسس هذا البطلان على قاعدة "الغش يفسد التصرفات" ، ولم تكتف أول الأمر بمجرد علم المتصرف إليه بالوعد بالعقد بل اشترطت لإبطال التصرف أو لعدم نفاذه في حق الموعود له أن يكون المتصرف إليه متواطئا مع الواعد على الإضرار بالموعود له ، وكان هذا في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 جانفي 1926 غير أنها انتهت بالإكتفاء في ذلك بثبوت علم المتصرف إليه بوجود حق الموعود له وذلك في سنة 1940³ .

وفي الأخير يمكننا القول أن القضاء الفرنسي وغيره قد لجأ للبحث عن كل هذه الحلول حماية لحق الموعود له اتجاه الواعد، الذي يكون ملزما بوعده ولا يستطيع التراجع عنه إلى أن يبدي الموعود له رأيه بعدم رغبته في التعاقد، أو تنتهي المدّة دون أن يحدّد رغبته، ففي هاتين الحالتين فقط يمكن للواعد أن يتحلّل من وعده ويسقط الوعد⁴ ، ومن ثمّ فيمكنه أن يتصرف بالشيء لشخص آخر دون أدنى مسؤولية عليه كما أنّ منتجات وثمار الشيء تكون للواعد باعتباره مالكا وتبعية هلاكه تكون عليه.

¹ - موسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 3 ، 4 ، 7.

² - سبق لنا التعرّض لهذه النقطة عند تكلمنا عن حق الموعود له في إبداء الرغبة وذلك في الصفحة 66.

³ - مقتبس من سليمان مرقس ، العقود المسماة - عقد البيع ، عقد الكفالة - ، الطبعة الخامسة ، دار الكتب القانونية شتات ، مصر ، المنشورات الحقوقية ، صادر ، بيروت ، 1998 ، ص. 148 ، 149.

⁴ - أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002 ، ص. 17.

أمّا المشرع الجزائري فقد جاء بقاعدة عامة¹ في المادة 72 ق.م: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثمّ نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلّق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد"².

لكن السؤال المطروح هو : هل هذه القاعدة تطبق في كل الحالات التي يرفض فيها الواعد الإلتزام بوعده ، سواء تصرف في محل العقد أم لم يتصرف فيه ؟ إن كان الواعد قد تصرف في الشيء الموعود به قبل صدور رغبة المستفيد في التعاقد فإنّه في هذه الحالة يعدّ تصرفا في ماله المملوك له ملكية تامة، وإن كان في ذلك مخالفة لوعده ، وحتى لو أبدى المستفيد رغبته في التعاقد، فإنّ هذه الرغبة تعدّ بعد عدول الواعد عن وعده بمثابة وعد بعقد جديد، أمّا إذا صدرت الرغبة قبل سقوط الوعد ورفض الواعد التعاقد في هذه الحالة يجوز للموعود له طلب تطبيق الحكم الذي جاءت به المادة 72 ق.م.

لكن هل يستفيد الموعود له بنفس الإمتياز في حالة ما إذا كان الواعد قد تصرف في الشيء محل الوعد ؟ فهل يجوز له مطالبة إبطال هذا التصرف من أجل إجباره على تنفيذ إلتزامه ؟ فالحلّ السليم أنّ هذا التصرف صحيح ولا يمكن طلب إبطاله إلاّ في حالة سوء نية الغير ، أي الشخص الذي يعلم بوجود الوعد ووافق على التعامل مع الواعد إضرار بمصلحة المستفيد ، في هذه الحالة يجوز للموعود له طلب بطلان التصرف³ ، إلاّ في حالة انتقال ملكية العقار متى كان الوعد محله بيع عقار ، في هذه الحالة لا يمكن طلب بطلان العقد الذي أبرم مع الغير لأنّه تمّ شهره بالمحافظة العقارية ، فلا يكون أمام الموعود له إلاّ طلب التعويض لكون الواعد أصبح غير مالك للعقار ، ومن ثمّ يستحيل عليه إتمام وعده بإبرام العقد النهائي ، وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في القرار السابق ذكره⁴ المؤرخ في 30-01-2002.

¹ - هذه القاعدة تثير اللبس ويترتب عنها صعوبات عملية لذلك إنتقدها الفقه بشدّة ، مقتبس عن بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق ، ص. 9.

² - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه، ص. 6 ، 7.

⁴ - سبق لنا ذكر هذا القرار في الصفحة 66.

ثانيا : آثار الوعد بالعقد بعد حلول الميعاد أو إبداء الرغبة.

إذا استعمل الموعود له خياره في الميعاد وأبدى رغبته في إبرام العقد النهائي صراحة أو ضمنا فإن العقد النهائي يتم ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد¹ ، ومن ثم فلا يعتد برضاء الموعود له إلا إذا جاء على نحو ما تضمنه الوعد ، فإذا جاء قبوله على نحو مغاير لما اتفق عليه في عقد الوعد كما إذا جاء بقيد أو بشرط اعتبر بمثابة رفض متضمنا إيجابا جديدا يحتاج لقبول من وجه إليه² .

من خلال ما سبق يجب التمييز بين حالتين :

- إبداء الرغبة في التعاقد من طرف الموعود له .

- رفض التعاقد .

1- إبداء الرغبة :

إبداء الرغبة لا تحدث أثرا إلا إذا وقعت في المدة المحددة في الوعد بالعقد ، فإن ظهرت بعد ذلك تكون عديمة الأثر أو المفعول ، وظهور رغبة الموعود له وفقا لهذا الشرط تكون تراضي هذا الشخص³ في إبرام العقد النهائي⁴ ، وبالتالي يشترط أن تتوافر فيه الأهلية الخاصة بالعقد الموعود به⁴ . فمن تاريخ إبداء الرغبة تقدر أهلية الموعود له⁵ ، وتنشأ آثار العقد النهائي من حقوق وإلتزامات (مثل نقل الملكية في عقد البيع) ويتفرع على ذلك أن تقدير الغبن ينظر فيه إلى قيمة المبيع وقت قبول الموعود له الشراء لا وقت حصول الوعد وبالمقارنة بالثمن المسمى في الوعد بالبيع ، وإن الموعود له يستحق ثمار المبيع ونمائه من وقت ذلك القبول فقط⁶ . ومن هذا التاريخ يبدأ تقادم الدعوى⁷ .

1 - فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص.91.

2 - همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص.118.

3 - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص.08.

4 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص.73.

5 - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص.08.

6 - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص.149.

7 - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص.08.

إذن أثر إظهار الرغبة في تكوين العقد النهائي الموعود إبرامه الذي يرتب آثاره من هذا الوقت وليس من وقت الوعد لأنه ليس لقبول الوعد أثر رجعي، فالتعاقد النهائي يعتبر قد تمّ من وقت إبداء الرغبة وليس من وقت الوعد¹، إذا اشترط الواعد دفع تعويض مقابل إلتزامه بحبس الشيء محل الوعد بالعقد طيلة المدّة المتفق عليها، فإنّ هذا التعويض يعتبر إذا أبدى المستفيد رغبته في التعاقد جزءاً من الثمن الذي سيُدفع من طرفه بموجب العقد النهائي، وتطبيقاً لهذه الأحكام العامة إذا ضاع الشيء محل الوعد بسبب قوة قاهرة، سقط الوعد وتحرّر الموعود له من إلتزامه بدفع تعويض الحبس إذا تمّ الإلتفاق عليه في الوعد.

إذن في العقود الرضائية لتكوين العقد النهائي الموعود به يكفي إبداء الموعود له رغبته في إبرام هذا العقد ولا حاجة لتعبير الواعد عن إرادته من جديد ويقول عبد الرزاق السنهوري أنّه إذا تمّ اشتراط دفع الثمن فوراً عند ظهور الرغبة فإبداء الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يعتدّ به².

والملكية تنتقل من لحظة إبداء الرغبة إذا كان الشيء معيناً بالذات، فإذا كان الشيء معيناً بالنوع أو عقاراً فلا بدّ من تدخل الواعد من جديد حتّى تنتقل الملكية في المنقول من يوم الفرز لا من يوم إبداء الرغبة، وإذا تعلّق الأمر ببيع عقار أو محل تجاري تنتقل الملكية من لحظة التسجيل³ والشهر، وبالتالي فالواعد ملزم بالتدخل من أجل القيام القيام بإجراءات كتابة العقد وشهره أو تسجيله، ذلك لأنّها عقود رسمية في القانون الجزائري المادة 324 مكرر 1 ق.م. والمادة 79 ق.ت⁴، وإذا رفض الواعد القيام بأيّ إجراء فرضه عليه القانون من أجل إتمام العقد الموعود به، كالفرز والتسجيل وغير ذلك فيمكن للموعود له اللجوء إلى القضاء لإجباره على ذلك المادة 72 ق.م، حسب ما

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص. 91.

² - بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 09.

³ - محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص. 129.

⁴ - بموسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص. 09.

ورد في هذه المادة السالف ذكر مضمونها فإنه في حالة ما لم يلتزم الواعد بالوفاء بوعدده وإبرام العقد النهائي فإنّ الحكم يقوم مقام العقد النهائي إذا قام الواعد بالتصرف مع شخص سيء النية ما لم يتمّ شهر التصرف (العقد) إذا كان محل العقد عقارا أو كل ما يستدعي الشهر ففي هذه الحالة الأخيرة وحالة ما إذا كان المتصرف إليه حسن النية فلا يكون أمام القاضي إلاّ الحكم بالتعويض للموعدود له.

ولكن تجدر الإشارة إلى أنّ القاضي قبل لجوئه إلى إصدار الحكم الذي يقوم مقام العقد النهائي يلجأ أولاً إلى إلزام الواعد على إبرام العقد وذلك تحت طائلة دفع "غرامة تمديدية" عن كل يوم تأخير فإن كان عنيدا ، وكحل استثنائي وبعد أجل يحدده القاضي قد يحكم أنّ قراره يحلّ محلّ العقد ويأمر بتسجيله أو شهره من طرف المصالح المختصة متى كان محل العقد عقارا أو محلا تجاريا...

ويطرح السؤال في هذا المقام حول طبيعة هذا القرار القضائي : هل هو إنشائي فيرجع تاريخ قيام العقد النهائي إلى يوم صدوره أم هو كاشف عن العقد يرجع تاريخ تكوينه إلى تاريخ إبداء الموعدود له رغبته فيه.

لهذا السؤال أهمية بالغة إذا كان المتعاملان أو أحدهما من محترفي التجارة ، فتحديد تاريخ إبرام العقد يحدّد وقت إنشاء الإلتزامات التعاقدية ، فمثلا في الوعد بالبيع تاريخ نقل ملكية المبيع إذا كان منقولاً ، وبالتالي التنفيذ عليه في حالة إفلاس المالك. الرأي الذي أجمع عليه الفقه فحواه أنّ القرار القضائي الذي يجبر الواعد على التعاقد نهائياً وإلاّ حلّ محلّ هذا العقد يعتبر قراراً كاشفاً لعقد نهائي¹ ، تمّ بمجرد إبداء الموعدود له رغبته في إبرامه ، واتصلت هذه الرغبة بعلم الواعد ، طالما كان ذلك كلّه في الميعاد المحدّد له ، والسبب في ذلك أنّ الواعد لا يلتزم بموجب وعده بإبرام العقد الموعدود به إذا رغب فيه المستفيد في مدّة معينة وإنّما يلتزم أيضاً بالإبقاء على وعده بالصفقة قائماً طول الميعاد بحيث ينعقد العقد النهائي فور ظهور الرغبة وإتصالها بعلم الواعد² ، وهذا هو ما ذهبت

¹ - هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 1973/04/21 مقتبس عن موسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 11.

² - موسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 10 ، 11.

إليه الشريعة الإسلامية بالرغم من وجود اختلافات بين فقهاءها، إلا أن الرأي الراجح الذي توصلوا إليه¹، هو وجوب الوفاء بالوعد بالعقد مطلقاً²، سواء أكان للوعد سبب أم لم يكن له سبب، وهو القول الذي تسنده الأدلة الصريحة من كتاب الله تعالى ومن سنة رسول الله ﷺ، فقد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود والعهود ومن ذلك قوله تعالى: **“ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ”**³، وقوله **“ جَلَّ وَعَلَا : ”** وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم⁴. واعتبر ﷻ المتخلف عن الوفاء بالوعد فيه خصلة من خصال المنافقين، وفي هذه الأحكام مصلحة كبرى لعامة المسلمين وتسهيل لمعاملاتهم التجارية⁵. وحتّى نختتم هذه المسألة نقول في الأخير أنّه متى أبدى الموعود له رغبته في إبرام العقد النهائي (بيع مثلاً) كان له أن يتصرّف في الشيء محل البيع تصرّف المالك، ويستفيد من منتجات وثمار الشيء كما أنّ تبعة هلاك الشيء تكون على الموعود له إذا كان قد تسلّمه⁶.

2- حق الموعود له في رفض التعاقد (أو الإمتناع عن إبداء الرغبة) :

إذا امتنع الموعود له عن إبداء رغبته خلال المدّة المتفق عليها فيعدّ هذا تنازلاً عن الوعد من جهته ويسقط الوعد ويعدّ كأن لم يكن، والأمر نفسه يمكن أن يُقال لو أنّه قد أعلن عن إرادته قبل إنتهاء المدّة بعدم رغبته في إبرام العقد النهائي⁷.

¹ - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع، دط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص. 43.

² - أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص. 133.

³ - سورة المائدة، الآية 01.

⁴ - سورة النحل، الآية 91.

⁵ - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، المرجع نفسه، ص. 43.

⁶ - محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص. 130.

⁷ - محمد يوسف الزعبي، المرجع نفسه، ص. 130.

إذا أبدى الموعود له رغبته بعدم إبرام العقد النهائي فلا يعدّ برفضه هذا مخالفاً لإلتزام عقدي ولا يكون - مبدئياً - مرتكباً لخطأ تقصيري قد يبرّر مباشرة دعوى المسؤولية التقصيرية وهذا راجع إلى حقه في الخيار المترتب عن الوعد بالعقد¹.

والإعلان عن عدم الرغبة في التعاقد قد يكون صريحاً بأن يعلن ذلك صراحة للواعد وقد يكون ضمناً²، يستخلص من تصرّف الموعود له الذي إمّا يقطع الإتصال بالواعد طيلة قيام الوعد³، أو عن طريق بدأ التفاوض مع الواعد من أجل شراء الشيء الموعود به من قبل طرف ثالث كان الموعود له وكيلاً عنه⁴.

وكما سبقت الإشارة إليه ، فإنّ رفض الوعد هو حق للموعود له يمارسه بدون مقابل ، ولكن عادة ما يتفق المتعاقدان على أن يدفع الموعود له تعويضاً مقابل حبس الشيء محل الوعد لاسيما إذا تعلق الأمر بوعود بيع أو إيجار لعقار أو محل تجاري أو آلة صناعية أو براءة إختراع ، ولقد اعتبر الفقه شرط دفع تعويض مقابل الحبس شرطاً باطلاً لإنعدام سببه ما دام للمستفيد حق رفض الوعد أو التعاقد بمعنى أصح ، وهناك فريق آخر لا يمكن الإعتداد بقوله إعتبر هذا التعويض بأنّه "شرط للعدول" أو شرط جزائي ، والعيب في هذا الموقف أنّ هذين الشرطين يسمحان لأحد المتعاقدين في العقد الملزم لجانبين بأن يرفض تنفيذ إلتزاماته مقابل دفع تعويض أو بدون تعويض.

أمّا المذهب الراجح في الفقه فإنّه يعتبر إلتزام الموعود له بدفع تعويض سببه حبس محل الوعد بالعقد الذي يلتزم الواعد باحترامه طيلة مدّة الوعد ، أو كما يقول القضاء المقارن فإنّ تعويض مقابل الحبس هو الثمن المستحق مقابل حق الأولوية والأفضلية التي

¹ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 11.

² - محمد يوسف الزعبي ، المرجع السابق ، ص. 130.

³ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 12.

⁴ - محمد يوسف الزعبي ، المرجع نفسه ، ص. 130 ، 131.

يتمتع به المستفيد بموجب الوعد ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمحكمة التدخل من أجل تخفيضه مثلما مكنها القانون من ذلك بخصوص الشرط الجزائي المادة 2/184 ق.م¹ .
 إلا أن التعويض بسبب حبس الشيء محلّ الوعد بالعقد يتمّ تحديده بالنظر إلى المدة الممنوحة ، ولا يمكن إعادة النظر في هذا التعويض من طرف القاضي حتّى وإن عبّر الموعد له عن رغبته في مدة أقلّ من المدة المتفق عليها² ، إلاّ في حالة تطبيق نظرية السبب التي من خلالها يمكن للموعد له أن يرفض دفع التعويض المتفق عليه كاملا مبررا ذلك بوجود عيب في الشيء محلّ الوعد أو عدم تطابقه مع رغبة الموعد له³ .
 إنّ هذا التعويض المتفق عليه كحق خالص للواعد مقابل حبسه للشيء الموعد به يصبح جزءا من ثمن هذا الشيء إذا رغب الموعد له في إبرام العقد النهائي⁴ .

المطلب الثاني : الوعد بالتفضيل وعقد الإطار .

إنّ القاسم المشترك بين هذه الآليات القانونية (أي الوعد بالعقد⁵ ، والوعد بالتفضيل وعقد الإطار) هي أنّها عقود في مجملها ، ولكنها لا تشكل العقد النهائي ، فهي لا تفي وحدها بالغرض المطلوب حقا، إنّها ملزمة مثل سائر الإتفاقات ولكنها ذات طبيعة مؤقتة ، حيث ترمي إلى إعداد العقد النهائي والإلتزام بإبرامه⁶ .

¹ - المادة 2/184 : " ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أنّ التقدير كان مفرطا أو أنّ الإلتزام الأصلي قد نُفِذ في جزء منه ". مقتبس من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

² - محكمة النقض الفرنسية قضت حول هذه النقطة بما يلي : " إنّ تعويض مقابل حبس الشيء محلّ الوعد بالعقد مقرر لفائدة الواعد بقوة القانون وليس للقاضي سلطة البحث عن إمكانية تخفيض قيمته بالنظر إلى المدة الحقيقية لحبس العقار. مأخوذ عن بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 13.

³ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 13.

⁴ - J.M. Mousseron, Op.cit p 140.

⁵ - سبق لنا دراسة الوعد بالعقد ابتداء من ص. 52.

⁶ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص. 10.

الفرع الأول : الوعد بالترفضيل Le pacte de préférenceأولاً : تعريفه.

الوعد بالترفضيل هو إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص إذا ما قرّر التعاقد في المستقبل على شيء أو عمل أن يفضّل شخصاً معيناً على غيره من سائر الراغبين في التعاقد معه¹، فهو إتفاق كامل يتمّ بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له إلاّ أنّه يمهد للعقد المحتمل إبرامه.

والوعد بالترفضيل يأخذ صورة عقد التفضيل أو شرط يُدرج في عقد آخر ويطلق عليه شرط التفضيل، الذي يأخذ أهميته خاصة ويشيع إستخدامه في عقود التجارة الدولية وعقود التوريد والإمتياز التجاري²، أو تلك العقود التي يكون محلها بنايات أو أسهم³، ومن ثمّ فإنّ الأمر يتعلّق عادة بأفضلية في البيع الذي يريد المالك إبرامه والمنصب على مال ذو قيمة (عقار، أسهم في شركة كما سبقت الإشارة...)، لكن قد يتعلّق الأمر بتفضيل في الشراء خاصة في الميدان التجاري، كما أنّ إتفاق الأفضلية قد يكون مستقلاً كأن ينصبّ على أسهم شركة يريد شراءها منافس ما، ولكن عادة في التطبيق أو عملياً يكون ملحق لعقد رئيسي⁴، أو إلتزاماً تبعياً لعملية أصلية، فمثلاً يلتزم المؤجر بأن يعرض يعرض العين المؤجرة إذا رغب ببيعها في المستقبل على المستفيد (المستأجر)، أو نظام الشركة الداخلي الذي يتضمن شرط الأفضلية لفائدة الشركاء إذا قرّر أحدهم التنازل عن حصته في الشركة⁵. وبالتالي فإنّ الوعد بالأفضلية يترتب إلتزاماً بالإمتناع عن عمل على عاتق الواعد⁶ (أي إمتناعه عن التعاقد مع شخص من الغير قبل عرض العقد محل الأفضلية على المستفيد)⁷.

¹ - بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 14.

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 112.

³ - Christian Larroumet, Op.cit, p. 263.

⁴ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص: 161.

⁵ - بموسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص. 14.

⁶ - Philippe Tourneau, Loic Cadiet, droit de la respnsabilité, Dalloz, Paris, 1998, p. 92.

⁷ - François Terré- Philippe Simler, Op.cit, p. 200.

ومن هنا يمكننا القول أنّ الوعد بالترفضيل هو من العقود التمهيديّة السابقة على التعاقد، ومثل هذا التعهد قادر على خلق مسؤوليّة تعاقدية في المرحلة السابقة على التعاقد النهائي في حالة الخطأ¹.

ثانياً : الطبيعة القانونية للوعد بالترفضيل وتمييزه عن بعض التصرفات القانونية المشابهة له :

تضاربت آراء الفقهاء ومواقف القضاء حول طبيعة الوعد بالترفضيل ، كلّما تعلّق الأمر بعقد غير مسمّى حاول الباحثون تمييزه عن بعض التصرفات المشابهة له.

1- الوعد بالترفضيل وحق الشفعة (Droit de préemption) :

الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية ، وهي رخصة إذا استعملها الشفيع تملك عقاراً باعه صاحبه لغيره وحلّ الشفيع محلّ المشتري في هذا البيع ، وعلى أساس هذه الأفضلية يتشابه حق الشفعة بالوعد بالترفضيل ، فالأوّل يرتب لصالح الشفيع حق أفضلية مصدره القانون² المواد من 794 إلى 807 ق.م³ بينما يستفيد الموعود له في الوعد بالأفضلية بحق مماثل مصدره الإتفاق ، إضافة إلى جوانب أخرى يتميّز بها حق الشفعة عن الوعد بالترفضيل نذكر منها : في القانون المدني الجزائري لا يجوز الأخذ بالشفعة إلاّ في بيع العقارات⁴ المادة 794 ق.م جاء فيها : "الشفعة رخصة تجز الحول محل المشتري في بيع العقار ضمن الحالات والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"⁵. بينما الحق في التفضيل يمكن أن يرد على سائر العقود⁶، لذلك فهو يحقّق المصلحة التي شرعت من أجلها الشفعة في الأحوال التي لا تجوز فيها هذه الأخيرة ، كما لو اشترى شخص أحد عقارين غير متجاورين يملكهما آخر وكانت له مصلحة في شراء العقار الثاني ولكن

¹ - حفيفة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص. 195 ، 196.

² - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 14.

³ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

⁴ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 14.

⁵ - حسين بن الشيخ آت ملويا ، المرجع السابق ، ص. 170.

⁶ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 15.

المالك لا يرغب مؤقتاً على الأقل في بيعه ، أمكن المشتري أن يحصل من البائع عند شراء العقار الأوّل على وعد بإعطائه الأفضلية أو الأولوية في الشراء إذا ما رغب بعد ذلك البائع في بيع العقار الثاني ، وتيسر له بذلك عندما يعتزم مالك هذا العقار بيعه أن يلزمه ببيعه إليه بدلاً من بيعه إلى شخص آخر¹.

ويختلف الوعد بالترتيب عن حق الشفعة أيضاً من حيث الجزاء المترتب عن مخالفة الأفضلية ، ففي حق الشفعة يجوز للشفيع أن يحلّ محلّ المشتري² بشرط أن يودع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً³ على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة تحت طائلة السقوط⁴ ، أمّا الوعد بالترتيب فلا يخول المستفيد سوى الحق في تفضيله على غيره عندما يعزم الواعد إبرام العقد النهائي دون الحق في الحلّ محلّ الغير إذا ما أحلّ الواعد بوعدده وأبرم العقد مع شخص آخر غير المستفيد⁵.

وفي حالة حدوث تعارض بين حق التفضيل المقرر بمقتضى الإتفاق مع حق الشفعة المنصوص عليه قانوناً بشأن بيع العقار ، فيتعيّن إعمال حق الشفعة وتغليبها على شرط التفضيل⁶ ، ولا يحلّ ذلك بحق الدائن (المستفيد) في شرط التفضيل بالمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بناء على إخلال المدين بالتزامه بالتفضيل ويتمثل خطؤه هنا بالتقيد بهذا الشرط رغم علمه أو استطاعته العلم بحق الشفعة المقرر للغير⁷.

¹ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص. 150 .

² - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 15 .

³ - ورد النص في المادة 801 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

⁴ - حسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 171 .

⁵ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 15 .

⁶ - François Terré- Philippe Simler, Op.cit, p. 201.

⁷ - أحمد شوقي ، محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص. 90 .

إضافة إلى ما سبق ذكره من أوجه الاختلاف بين الوعد بالأفضلية وحق الشفعة فإنّ هذا الأخير هو حق عيني عقاري بينما حق المستفيد في الوعد بالتفضيل هو حق شخصي ينتهي بالتعويض¹.

2- الوعد بالتفضيل وشرط القصر أو الإقتصار (Clauses d'exclusivité) :

في إطار العلاقات الشائعة أو المعروفة في المادة التجارية وفي ميدان التوزيع² وكذلك في العقود التي تستهدف نقل التكنولوجيا³، قد يحدث عادة أن يتفق المتعاملان على شرط القصر أو الإقتصار على شخص دون سواه⁴، أو مكان دون آخر⁵، وقد يتعلّق الأمر سواء بالإقتصار في الشراء المسمّى بشرط التموين المقصور في الشراء والذي يتعهّد بموجبه الموزع بأن يتمون من احد المنتجين دون غيره، أو بالإقتصار في البيع المسمّى بالبيع المقصور والذي بموجبه يتعهّد المنتج على أن لا يمّون إلاّ موزعا في ميدان محدد، وفي العمل نجد الشرطين⁶ مجتمعين في أغلب الأحيان ونكون آنذاك بصدد إقتصار إقتصار متبادل⁷.

وشرط القصر بهذا المعنى يمكن أن يختلط بوعد الأفضلية لأنّ هذا الأخير يلزم الواعد بعدم التعاقد مع غير المستفيد بالأفضلية كما هو الحال في شرط القصر وهو إلتزام بدلي لأنّ الواعد يلتزم بشيء واحد هو عدم التعاقد مع الغير، ولكنّ ذمته تبرأ إذا قام بأداء آخر بدلا منه وهو التعاقد مع المستفيد، إلاّ أنّه هناك إختلافات واضحة تميّز الوعد بالتفضيل عن شرط القصر، ففي هذا الأخير يلزم المدين⁸ أو يقيد من حريته لمصلحة

1 - بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 16.

2 - حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 166.

3 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 232.

4 - حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص. 166.

5 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص. 233.

6 - يرى الأستاذ بنابنت Bénabent أنّ شرط القصر صحيح متى كان محدّدا بمدة زمنية وتبرره مصلحة مشروعة. مقتبس من حسين بن

الشيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص. 167.

7 - حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص. 166.

8 - بموسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص. 17.

الطرف الآخر¹، وذلك بإبرام عقد أو سلسلة من العقود مع المستفيد في المستقبل أو بالإستمرار في التعامل معه وحده، في حين الوعد بالترفضيل لا يلزم الواعد بإبرام العقد النهائي في المستقبل مع المستفيد، فالمدين بالوعد غير مجبر على التعاقد وذلك بدون تحمل أية مسؤولية².

الأصل في الوعد بالترفضيل (في عقد البيع مثلا) أن الواعد متى عزم على بيع المال خلال مدة معينة، وجب عليه حينئذ أن يقوم بالبيع للموعد له إذا قبل هذا الأخير أن يشتري بالثمن وبالشروط التي يقبل بها غيره³. فليس ثمّة وعد بالترفضيل حسب أغلبية الفقهاء إذا لم يكن هناك عرض منافس يتقدّم به الغير، هذا العرض المنافس الصادر من غير المستفيد يعدّ عنصرا أساسيا في وجود الوعد بالأفضلية، وعلى هذا الأساس يمكن إستخلاص النتائج التالية: وهي أن شرط القصر يهدف أساسا ودائما إلى استبعاد المنافسة عن المستفيد بينما الغرض الجوهرى من الوعد بالترفضيل هو تنظيم المنافسة لصالح الواعد وذلك بتحسين مركزه في حلبة المنافسة⁴.

3- الوعد بالترفضيل والوعد بالعقد:

لقد اختلف الفقهاء والقضاء في التمييز بين الوعد بالترفضيل والوعد بالعقد؛ فقد ذهب جانب كبير من الفقهاء تؤيده قرارات قضائية عديدة إلى القول بأن الوعد بالترفضيل هو مجرد وعد بالعقد معلق على شرط واقف⁵، إذ تقول الدكتورة زاهية سي يوسف: أن الوعد بالترفضيل هو صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد (أي الواعد) وهو لا يعدّ وعدا باتا إنما وعدا معلقا على شرط واقف⁶.

1 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص. 132.

2 - موسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 17.

3 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 150.

4 - موسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص. 17.

5 - موسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص. 17.

6 - زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 39.

فبموجب هذه العملية يتعهد الواعد بأن يتعاقد مع المستفيد شريطة أن يقرّر ذلك في المستقبل، فتحقق الشرط في المستقبل هو الذي يسمح للمستفيد بممارسة حقه في الأفضلية.

إلا أن هناك جانب آخر من الفقه وهم أصحاب الرأي الراجح يقولون بأن الوعد بالترفضيل هو عقد تمهيدي لعملية نهائية تنشأ قبل الوعد بالعقد فإنه يختلف عنه¹ في أمرين: أولهما أن الأصل في الوعد بالترفضيل أن يكون شخص الموعد له محل إعتبار في التعاقد، فلا يجوز للدائن في الوعد بالترفضيل أن يتنازل عن حقه إلى آخر دون رضا الواعد، والثاني يتعلّق بتاريخ نشوء حق الموعد له في قبول العقد وتحويل الوعد إلى عقد نهائي فإن هذا الحق ينشأ في الوعد بالعقد باتا منذ إبرام الوعد أما في الوعد بالترفضيل فإنه لا ينشأ إلا معلقا على شرط، ولا يجوز للموعد له إستعماله إلا في الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، أي الذي يعتزم فيه الواعد إبرام العقد النهائي²، ومن ثم نقول أن المدين في شرط التفضيل يلزم بالإرتباط بعقد معين مع المتعاقد الآخر، حيث لا تظهر أهمية شرط التفضيل إلا حين تتجه نيته إلى الإرتباط بالعقد المحدّد في الإتفاق، فيتعيّن في هذه الحالة أن يعرض إبرام العقد أولا على الدائن بحق التفضيل قبل أن يعرضه على الغير بنفس الشروط التي كان قد حددها للدائن بهذا الحق³.

إضافة إلى هذا فإن الوعد بالبيع مثلا ينشئ إلزام الواعد بإبرام البيع في شروط محدّدة بصفة نهائية بالنسبة إليه بحيث لا يبقى لقيام العقد النهائي سوى ظهور رغبة الموعد له، ولكي يكون الأمر كذلك، يتعيّن على الواعد أن يبيّن في وعده الشروط الجوهرية لهذا العقد والمدة التي يجب أن يبقى الوعد فيها قائما⁴.

¹ - بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 17.

² - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 151.

³ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 88.

⁴ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 124.

أمّا الوعد بالترفضيل فهناك من قال أنّه يتمّ على النحو الذي ينعقد به الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، من حيث وجوب أن يكون مشتملا على تحديد الشيء الموعود به وتعيين الثمن أو إمكان تعيينه والمدة التي يجب خلالها أن يعرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه¹.

في حين يرى بعض الشراح أنّ الوعد بالترفضيل لا يتضمن رضا الواعد في إبرام العقد النهائي في مدة معينة ، بل أكثر من ذلك فإنّ هذا الإتفاق إذا سمّي العملية النهائية المرغوب إبرامها في المستقبل فإنّها لا تحدّد شروطها الأساسية، ففي الوعد بالأفضلية لبيع مثلا يكفي تحديد المبيع² ، ولا يشترط تعيين ثمنه لأنّ هذا الأخير لا يعدّ عنصرا مؤسسا للوعد بالترفضيل³ ، ولا الأجل الذي يجب أن يتحقّق فيه البيع⁴ ، ولا يشترط في الواعد حتّى أهلية التصرف اللازمة للتعاقد وقت الوعد بالترفضيل ، فلن تصبح واجبة إلاّ في اليوم الذي يأخذ فيه الطرف الواعد القرار بالبيع ، من ثمّ فيمكن للوصي أن يقوم بالوعد بالترفضيل على عقار ملك للموصى عليه بدون الحصول على رخصة⁵.

هذا وإنّ إعتبار الوعد بالترفضيل وعدا بالعقد معلقا على شرط واقف يعني أنّ العقد النهائي يتمّ بأثر رجعي من وقت إنعقاد الوعد ، هذه النتيجة نصّت عليها المادة 208 ق.م⁶ حيث جاء فيها : "إذا تحقّق الشرط يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الإلتزام الإلتزام ، إلاّ إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أنّ وجود الإلتزام أو زواله إنّما يكون في الوقت الذي تحقّق فيه الشرط"⁷.

¹ - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص. 124.

² - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 17.

³ - Olivier Barret, Droit de la gestion de l'immeuble, Dalloz, Paris, 1999, p. 1079.

⁴ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 17.

⁵ - Olivier Barret, Ibid, p. 1078-1079.

جاء في هذا السياق المواد 88 ، 95 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

⁶ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 17.

⁷ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

هذا الحكم يتناقض مع الوعد بالترفضيل الذي لا ينشأ عنه إلتزام بالتعاقد أو بإبرام العقد النهائي ، وبالتالي إذا رغب الواعد في التعاقد مع المستفيد بالأفضلية فإنّ العملية المبرمة معه في هذه الحالة لا تحدث أثر رجعي.

وفضلا على ذلك فإنّ تكييف الوعد بالترفضيل بأنّه وعد بالعقد معلق على شرط واقف من شأنه أن يجعل هذا الشرط باطلا نظرا لأنّه يتوقف تحقيقه على محض إرادة المدين¹، وهذا ما جاءت به المادة 205 ق.م².

إضافة إلى أنّه إذا كانت العناصر أو الشروط الجوهرية للوعد بالعقد تحدّد عند إبرامه باتفاق الطرفين (الواعد والموعود له) فإنّ ذلك لا يعدّ شرطا لنشوء الوعد بالترفضيل كما سبق لنا ذكر ذلك³، كما أنّ عناصر العقد النهائي لهذا الأخير (أي الوعد الوعد بالترفضيل) قابلة للتحديد الموضوعي - استقلا عن إرادة الطرفين - ويكون ذلك عن طريق العرض الذي يقدمه الغير طالب التعاقد إلى الواعد⁴.

في الأخير يمكننا القول أنّه إذا كان الوعد بالعقد يترتب إلتزاما مؤكدا على الواعد يتحقّق متى أبدى الموعود له رغبته في التعاقد داخل المدة المحدّدة ، فإنّ الوعد بالأفضلية لا يترتب على عاتق الواعد سوى إلتزاما احتماليا لا يتحقّق إلاّ متى رغب هو في إبرام العقد النهائي ، فلا خيار يؤلّد لفائدة المستفيد⁵ من الأفضلية ، ومن ثمّ فلا يمكن اعتبار الوعد بالترفضيل وعدا بالعقد معلقا على شرط ومهدّد بالبطلان⁶.

¹ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 18.

² - "لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم". مقتبس من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

³ - تمّ ذكر هذه المسألة في الصفحة 83.

⁴ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص. 255.

⁵ - Christian Atias, Op.cit, p. 21.

⁶ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 18.

ثالثا : النظام القانوني للوعد بالترفضيل.

لقد سبقت الإشارة إلى أن الوعد بالترفضيل هو إتفاق حقيقي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما إذا قرّر الدخول في علاقة تعاقدية معينة أن يفضل الطرف الآخر على غيره من الراغبين في التعاقد¹.

1- نشأة الوعد بالترفضيل :

باعتباره إتفاقا فهو يخضع للقواعد العامة في العقود ، ذلك لأنّ المشرع لم يول له إهتماما من أجل وضع نظام قانوني يخضع إليه رغم أهميته البالغة في ميدان الأعمال ، ومن ثمّ فيشترط لتكوين الوعد بالأفضلية شروطا موضوعية وأخرى شكلية.

أ) الرضا في الوعد بالترفضيل :

يتكون الرضا في الوعد بالترفضيل طبقا للقواعد العامة² بصدر إيجاب من الواعد وقبول من الموعو له³ المادة 59 ق.م⁴، إلاّ أنّه إتفاق يمهد للعقد المحتمل إبرامه⁵، والوعد بالترفضيل لا يلزم الواعد بإبرام العقد النهائي⁶، إنّما يلزمه فقط بعرض الصفقة بداية على الموعود له⁷، فكما سبق لنا القول لا يشترط في الواعد الأهلية الخاصة لإبرام العقد النهائي وإذا كان البيع بالترفضيل متعلقا ببيع عقار فلا يشترط في الواعد أهلية التصرف في العقار ، فيكفي لصحة الوعد بالترفضيل أن يكون أهلا لإدارة أمواله⁸.

أمّا بالنسبة للمستفيد بالأفضلية فالأصل أنّه لا يلزمه الوعد بشيء ، وبالتالي يعتبر هذا الأخير بالنسبة إليه عملا تبرعيا نافعا له نفعاً محضاً فيكفي أن يكون مميزاً⁹.

¹ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص. 112.

² - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 19.

³ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص. 112.

⁴ - "يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". مقتبس من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

⁵ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص. 112.

⁶ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 19.

⁷ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص. 112.

⁸ - Olivier Barret, Op.cit, p. 1078-1079.

⁹ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 19.

إلا أنه قد يعقد شخصان إتفاقا تبادليا يعد فيه كل منهما الآخر بتفضيله على غيره إذا ما أراد يوما أن يتفاوض بشأن عقد معين¹.

إضافة إلى ما سبق يجب أن تكون الإرادة المنشئة للإلتزامات حرة وصحيحة خالية من العيوب².

(ب) محل الوعد بالتفضيل :

يجب من جهة أن يكون محله معيناً بما فيه الكفاية ، أي أن يُبين بوضوح ، وزيادة على ذلك لا بد من تحديد طبيعة التصرف المراد إبرامه³ ، وللوعد بالتفضيل نطاق واسع فيمكن أن يتضمن بيعاً أو إيجاراً أو شركة أو عقد نشر أو عقد توريد أو توزيع لبضاعة معينة أو عقد عمل... إلا أن الوعد بالتفضيل الذي يتضمن كل العقود مهما كانت طبيعتها التي يريد إبرامها الواعد في المستقبل يعد باطلاً لأنه يقيد بل يهدد حرته في التعاقد⁴.

أما بالنسبة للمدة والتمن (متى تعلق الأمر بالبيع) فهناك من يقول بضرورة إشمال الوعد بالتفضيل على تعيين أو تحديد التمن والمدة التي يجب خلالها أن يعرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه⁵ ، في حين يرى بعض الشراح أنه وعملاً بمبدأ سلطان الإرادة فيمكن ألاّ يحدد المتعاقدان لا التمن ولا المدة فيقتصر عندئذ إلتزام الواعد على أنه يتوجب عليه في أي وقت يعتزم بيع الشيء أن يعرضه أولاً على الموعود له ليشتريه بالتمن الذي يمكن به بيعه للغير⁶ ، إلا أن الرأي الراجح لذا الفقه والقضاء يرى بأن تحديد التمن في الوعد بالتفضيل المتعلق بالبيع أو التنازل عن الحصة في الشركة لا يعد

¹ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص. 112.

² - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 19.

³ - حسين بن الشيخ آت ملويا ، المرجع السابق ، ص. 162.

⁴ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 19 ، 20.

⁵ - فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص. 92.

⁶ - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص. 124.

من الشروط الجوهرية لقيام هذا العقد وبالتالي فعدم تحديد الثمن أو عدم قابلية تحديده لا يترتب عنهما بطلان الوعد بالترتيب¹.

من هذا المنطلق نقول أنّ الواعد يبقى محتفظاً بحريته في تحديد ثمن العقد النهائي متى عزم الدخول في مفاوضات بشأنه وذلك يعود لسببين على الأقل :

- يتعذر على الواعد أن يحدد وقت إبرام الوعد بالترتيب ثمن عقد نهائي قد ينعقد في المستقبل.

- هذا التحديد يعد إهداراً لحرية الواعد، فتحديد الثمن وقت الوعد يعني تنازل الواعد عن حقه في طرح العقد النهائي للمنافسة من أجل الاستفادة من آثارها².

ومن ثمّ فلا يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن في صحة الوعد بالترتيب لأنّه لا يتضمن تعيين الثمن³.

كذلك الحال بالنسبة لتحديد أجل لإبرام العقد النهائي ، فلا يعد ذلك شرطاً لصحة الوعد بالترتيب ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

ولكن هل يجوز أن يبقى الوعد قائماً إلى أجل لا نهاية له أم يستطيع المستفيد أن يلجأ إلى القضاء بهدف تحديد أجل معقول لإظهار رغبة الواعد فيه ؟

أغلبية الفقهاء يرفضون ذلك كون أنّه يعد تدخلاً غير جائز في ميدان مخصص للحرية التعاقدية ، فلو شاء المتعاقدان ذلك لإتفقا على تحديد الأجل⁴.

ومن ثمّ يبقى الواعد ملتزماً إلى ما لا نهاية في مواجهة المستفيد أو ورثته ولا يتحرر الواعد من إلتزامه بإعمال التقادم لمدة 15 سنة لأنّ سريان هذه المدة لا يبدأ إلاّ من تاريخ ظهور رغبة الواعد في التعاقد فمن هنا ينشأ حق المستفيد في الأفضلية⁵. ومن ثمّ فلا مجال

¹ - القضاء الحديث يقول بأن طبيعة الوعد بالترتيب لا تشترط التحديد المسبق لثمن العقد النهائي الذي يكون إنعقاده محتملاً وليس

مؤكدًا لا بالنسبة للمستفيد ولا حتى الواعد. مقتبس من بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 20.

² - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 20.

³ - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص. 124.

⁴ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 21.

⁵ - الحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 163.

مجال للدائن (أو المستفيد) من المطالبة بحقه في التفضيل أثناء المرحلة السابقة على إعلان الواعد رغبته في الارتباط بالعقد المحدد في الشرط أو الإتفاق¹.

قد ينتج ميعاد الوعد بالتفضيل ضمناً إذا ما كان شرطاً مدججاً في عقد إيجار مثلاً فيبقى الوعد بالتفضيل ساري المفعول مادام المستأجر باقياً في الأماكن المؤجرة ولو بعد إنتهاء الإيجار وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 جوان 1999².

ج) سبب الوعد بالتفضيل :

باعتباره عقداً يجب أن يكون للوعد بالتفضيل سبباً ويكون هذا السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام ، فمن الممكن جداً أن يكون بدون مقابل مادي يحقق فيه الواعد مصلحة معنوية ، كما يجوز أن يكون المقابل إما إمتياز مادي أو نقدي³.

2- آثار الوعد بالتفضيل :

متى نشأ الوعد بالتفضيل صحيحاً ترتبت عنه حقوق وإلتزامات في ذمة أطرافه⁴، ومن ثمّ فينتج عنه إلتزام بالتفضيل على عاتق الواعد يقابله حق شخصي بالأفضلية للمستفيد وأثار هذه الإلتزامات تظهر في مرحلتين :

- بعد إبرام عقد الوعد بالتفضيل وعند تنفيذه.

- الجزاء المترتب عن مخالفة العقد.

أ - تنفيذ الوعد بالتفضيل :

تمر عملية تنفيذ الوعد بالتفضيل بمرحلتين :

قبل عرض العقد على المستفيد وبعد عرض هذا العقد.

¹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص. 88.

² - مقتبس من حسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 163.

³ - موسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 21.

⁴ - Olivier Barret, Op.cit, p. 1079.

(1) قبل عرض العقد على المستفيد (المرحلة السابقة لإبداء الواعد رغبته في التعاقد) :

☒ إلتزام الواعد بالإمتناع عن إبرام العقد مع الغير في المستقبل (أي الإمتناع

عن الدخول في مفاوضات مع الغير)¹: يلتزم المدين في شرط أو إتفاق

التفضيل باعتباره واعدا بالإمتناع عن أي عمل من شأنه الحيلولة دون

إبرام العقد النهائي أو إعاقاة التنفيذ العيني للإلتزامات المستمدة من هذا

العقد²، وبالتالي فيلتزم الواعد بمقتضى عقد الوعد بالتفضيل بأن يعطي

الأولوية والأسبقية للمستفيد كمتفاوض إذا ما قرر إبرام العقد النهائي في

المستقبل³، مع بقاءه مالكا للشيء محل التفضيل طول مدة الوعد بما يترتب

على هذه الملكية من حقوق و إلتزامات⁴.

ومن ثمّ فلا مانع أن يقوم الواعد بكل التصرفات على المال أو الخدمة التي هي محل

الوعد بالتفضيل وذلك مع الغير شريطة أن لا يكون هذا التصرف محل التفضيل مثلا : لو

كان الوعد بالتفضيل متعلق ببيع عقار ، فإنّ هذا الوعد لا يمنع الواعد من أن يبرم مع

الغير عقود أخرى على هذا العقار كالإيجار أو الرهن أو الهبة أو المساهمة به كحصة في

تكوين شركة ما ، ولكن هذا لا يمنع المستفيد من التدخل للإحتجاج بحقه إذا استطاع

أن يثبت بأن الواعد لجأ إلى إحدى هذه التصرفات من أجل الهروب من إلتزاماته

وحرمان المستفيد من ممارسة حقه باستعمال الغش⁵، وبالتالي فيلزم بالتعويض بناء على

المسؤولية العقدية⁶.

☒ إلتزام الواعد بفعل متمثل في 'عرض إبرام العقد النهائي في المستقبل على المستفيد⁷

المستفيد⁷ (أي الدخول في مفاوضات مع المستفيد من إتفاق التفضيل) :

¹ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 21 ، 22.

² - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص. 89.

³ - Olivier Barret, Op.cit, p.1079.

⁴ - إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص. 124.

⁵ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 22.

⁶ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع نفسه ، ص. 89.

⁷ - Olivier Barret, Ibid, p.1079.

إنّ الأثر المترتب على الوعد بالترتيب هو إلزام شخصي يتمثل في عرض العقد على المستفيد من الأفضلية عند الرغبة في إبرامه¹ ويكون ذلك العرض وفق الشروط المتفق عليها - يقصد بالشروط هنا الإتفاق مسبقا على الإجراءات التي يجب إتباعها من أجل إعلام المستفيد بقرار الواعد - وتعد هذه العملية مهمة جدا لأنّه في هذه اللحظة التي يتخذ فيها الواعد قرار إبرام العقد النهائي يتحول الوعد بالترتيب إلى وعد بالعقد ملزم لجانب واحد ، ويجب أن يكون هذا العرض جادا لا يتضمن شروطا مبالغا فيها لإجبار المستفيد على الإنسحاب وماهية الوعد بالترتيب أن يكون هناك عروض منافسة صدرت من الغير وبالتالي يجب أن تكون هذه العروض هي أيضا جادة² ، وبمقتضاها يلتزم المتعاقد (الواعد) إذا ما تلقى عرضا منافسا من الغير أن يعرضه أولا على الموعد له فإذا قبل هذا الأخير التعامل معه وفقا لشروط هذا العرض فإنّ العقد يتم وإلاّ جاز له التعاقد مع الغير صاحب العرض الجديد ويكون عقد الوعد بالترتيب في هذه الحالة مفسوخا من تلقاء نفسه³.

لكن في حالة ما إذا ارتضى هذا الواعد الإرتباط بذات العقد مع الغير بشروط أخف وطأة ممّا عرضه على الدائن بحق التفضيل ، جاز لهذا الأخير طلب تعويض الضرر الذي أصابه ، ولا يجوز له المطالبة بأن يحل محل الغير خاصة إذا كان هذا الأخير حسن النية في العقد الذي أبرمه مع المدين بحق التفضيل⁴.

(2) بعد عرض العقد النهائي على الموعد له بحق الأفضلية :

☒ حق المستفيد : متى أعلن الواعد رغبته في إبرام العقد النهائي نشأ في ذمة الموعد له حق شخصي متمثل في حق الأفضلية أو الأولوية ولو كان الوعد بالترتيب متعلق ببيع ، ومعنى ذلك أنّ الوعد بالترتيب - مثل

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص. 92.

² - موسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 23.

³ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص. 112.

⁴ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص. 89.

الوعد بال عقد - لا يرتب إلتزامات و حقوق العقد النهائي¹ ومعنى ذلك أنه من الممكن للموعد له التنازل عن حق الأفضلية² أو إحالته طبقا لقواعد الحوالة المادة 241 ق.م ، كما يمكن إنتقاله إلى ورثته ما لم يوجد شرط يقضي بخلاف ذلك³.

✕ جزاء مخالفة الوعد بال تفضيل : لقد سبق لنا القول أن مخالفة الواعد لإلتزامه بتفضيل المستفيد بشأن العقد محل التفضيل وإبرامه هذا العقد مع الغير فإنه يكون مسؤولا إتجاه المستفيد مسؤولية عقدية ، لكن يجب التفرقة بين حالتين :

- إذا كان الغير حسن النية :

فلا يمكن المساس بالعقد النهائي الذي أبرم مع الغير ذلك لكون إتفاق أو شرط الأفضلية لم ينشئ أي حق عيني على محل التفضيل بل هو مجرد إلتزام شخصي بسيط على عاتق الواعد ، ومن ثم فلا يمكن أن يتمثل الجزاء إلا في التعويض⁴ ، هذا ما جاء به القانون الفرنسي (المادة 1142 ق.م فرنسي) وكذلك تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للعقود وهذا المبدأ تبناه القضاء المقارن⁵.

- إذا كان الغير سيء النية :

لقد سبق لنا القول أنه عملا بمبدأ إستقرار المعاملات ومبدأ الأثر النسبي للعقود، فإنه لا يجوز للقاضي أن يقرر حلول المستفيد محل الغير في العقد الذي تم بين هذا الأخير والمدين بالأفضلية و إلا إعتبر قراره تدخل في الحرية التعاقدية ، ولكن نقول بهذا المبرر

¹ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص. 23.

² - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 163.

³ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 23 ، 24.

⁴ - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع نفسه ، ص. 165.

⁵ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 24.

متى كان الغير حسن النية فإذا كان هذا الأخير سيء النية فللمستفيد الحق في طلب إبطال التصرف الذي تم مخالفاً لحقه إضافة إلى المطالبة بالتعويض¹.

ويمكن اعتبار الغير سيء النية إذا ثبت أنه على علم بإتفاق الأفضلية الذي يربط بين الواعد والمستفيد، ويعلم بنية هذا الأخير في تنفيذ أو استعمال حقه في الأفضلية²، إستجابة لهذا الفقه قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر في 26 ماي 2006³ بأن: " المستفيد من الوعد بالترفضيل له حق المطالبة ببطلان العقد المبرم مع الغير مخالفة للوعد بالترفضيل وحلوله محله شريطة أن يكون هذا الغير عالماً وقت التعاقد مع الواعد بوجود وعد الأفضلية ونية المستفيد باستعمال حقه في التفضيل"⁴.

الفرع الثاني : عقد الإطار Le contrat cadre

تتجه علاقات الأعمال المعاصرة نحو التواصل في الزمن مما يخلق لدى أطرافها حاجة أنية لضمان تعامل مستقبلي متلاحق مع بعضهم البعض ، لكن فكرة العقد بمفهومها التقليدي تعجز عن كفالة هذا الضمان ، فالعقد لا يكون صحيحاً إلا إذا تحددت فيه عناصره الجوهرية من مبيع و ثمن ، أو عمل معين وأجر ، أو مبلغ قرض وفائدة ، أو من بضاعة يتم نقلها وأجرة نقل ، أو من خطر يتم التأمين عليه وقسط تأمين، وهو ما لا يتأتى بالنسبة لمعاملات مستقبلية يرتبط تحديد عناصرها بالزمن الذي تتحقق فيه ، ومن هنا فقد أظهر العمل قالباً تعاقدياً جديداً يكفل لأطرافه تحقيق معاملات متكررة على امتداد الزمن ، دون حاجة إلى الإتفاق مقدماً على العناصر الجوهرية لكل من هذه المعاملات في الوقت واللحظة ؛ هذا القالب هو ما يسميه الفقه الفرنسي بعقد الإطار⁵ ، وهو عبارة عن إتفاق يتم بين طرفين أو أكثر من شأنه تحديد

¹ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص. 24 ، 25.

² - François Terré- Philippe Simler, Op.cit, p. 200, 201.

³ - مقتبس من بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص. 26.

⁴ - أنظر الملحق ، الصفحة 176.

⁵ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 280.

القواعد الأساسية التي يتعين خضوع العقود المبرمة بينهما مستقبلا لها¹، دون تحديد مسبق لهذه العقود ودون ضرورة عاجلة لتحديد أو تعيين عناصر كل منها ، وما يمكن أن نسميه بالعقد المنظم للتعاقد انطلاقا من ماهية هذا الإطار ومحتواه التنظيمي ، وقد ساهمت ظاهرة التركيز والنمطية التي ينحو إليها الإنتاج المعاصر في إنتشار إتفاقات الإطار بما تؤديان إليه من كثرة العقود وتوحيد شروطها ، على نحو مكن تضمين إتفاقات الإطار شروطا وصيغا عامة قابلة للتطبيق على المعاملات المستقبلية بين الأطراف ، بصرف النظر عن إختلاف عناصرها وإختلاف أوقاتها².

أولا : مضمون إتفاقات الإطار وأهم صورها.

عقد الإطار يعد القالب الرئيسي الذي يتضمن الشروط الجوهرية للعقود التطبيقية التي ستم في المستقبل³، والتي تتلاحق عبر الزمن بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوما بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الإطاري ، ومن ثم فيكون هناك دائما مستويان من الروابط الإتفاقية التي تحكم علاقة الطرفين ، مستوى أعلى حاكم يمثله إتفاق الإطار ، ومستوى أدنى تمثله كثرة من العقود التي تبرم وتنعقد في إطار هذا الإتفاق الحاكم وتنفيذا له ، والفارق الأساسي بين المستويين أن إتفاق الإطار لا يرد مباشرة على السلعة أو الخدمة محل التعامل وإنما يرد على قواعد وصيغ وشروط التعامل فيها ، أما العقود التطبيقية فهي التي ترد مباشرة على السلعة أو الخدمة محل التعامل ، ولهذا الفارق أثره الواضح في تحديد شروط صحة كل من النوعين من الإتفاقات أو العقود كما سنرى لاحقا ، لكن كلا من الإتفاق الإطاري والعقود المبرمة تطبيقا له تشكل معا مجموعة أو منتظما عقديا واحدا تجمعهم وحدة الهدف الذي يسعى إليه الأطراف⁴، ويأملون أو يرغبون في الوصول بسرعة إليه من خلال توحيد وتنسيق محتوى هذه العقود⁵.

¹ - حفيفة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص. 196.

² - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 280 ، 281.

³ - Christian Atias, Op.cit, p. 19.

⁴ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 282.

⁵ - J.M. Mousseron, Op.cit, p 66.

وقد يبدو لأول وهلة أن إتفاق الإطار ما هو إلا إتفاق على عقد من العقود الدورية المألوفة كعقود التوريد مثلا ، لكن العقود الدورية بالمعنى المتعارف عليه هي عقود فورية الإنعقاد ، لا تلحق الدورية إلا تنفيذها ، ومن ثمّ وجب لصحته توافر كافة شروط صحة العقد عند إبرامه وأخصها تعيين كافة عناصره الجوهرية كالسلعة أو الخدمة محل التعاقد وثنها أو مقابلها النقدي ، وهذا ما يخالف وضع الإتفاق الإطاري ، حيث يقتصر الأمر فيه على وضع قواعد إبرام وتنفيذ مفردات التعامل المستقبلي بين الطرفين ، بحيث لا تنعقد العقود التطبيقية المنشودة إلا وقت الحاجة إلى كل منها ، وبعبارة أخرى فالدورية في هذا المقام تنصرف إلى إبرام العقود التطبيقية ذاتها ولا تنصرف إلى مجرد تنفيذها¹.

إضافة إلى ما سبق ذكره فهناك من يقول أن عقد الإطار ما جاء إلا للتخلص من حرية الأطراف في اختيار المتعاقد معهم بعد ذلك²، والواقع أن الهدف الداتي الذي يسعى إليه إتفاق الإطار هو مجرد تيسير إبرام وتنفيذ العقود المطبقة أو المنفذة له عند الحاجة إلى إبرامها ، بوضع منوالا لإبرام كل منها ، يعين كيفية طلب السلعة أو الخدمة ، وكيفية الرد على هذا الطلب وما قد يحتاجه كل منها من نماذج نمطية أو من إتصالات بمختلف الوسائل ، ووضع الشروط الحاكمة لتنفيذها ، كمواعيد التسليم ومكانه وكيفية الوفاء بالثمن ، والشروط المتعلقة بالمسؤولية عن العيوب الظاهرة والخفية ونحوها ، وليس ممن الأهداف الذاتية للإتفاق المنظم إلزام أحد الطرفين - أو كليهما - بالتعاقد ، أو بإبرام عقد تطبيقي إذا ما رغب الطرف الآخر في إبرامه ، كما أنه لا يتضمن بالضرورة تحديدا لكافة العناصر الجوهرية للعقد التطبيقي الوارد مباشرة على السلعة أو الخدمة ، نظرا لصعوبة أو استحالة هذا التحديد عند إبرامه ، ومن ثمّ فإن إتفاق الإطار ليس في ذاته وعدا بالتعاقد وإنما هو إتفاق متميز عنه في أهدافه وفي محتواه ، لكن ذلك لا يمنع من أن يتضمن الإتفاق المنظم العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية ، وإلتزام طرفيه أو أحدهما

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 282.

² - حسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص. 166.

بإبرامها إذا ما رغب الآخر في ذلك¹، وهذا هو ما تتميز به إتفاقات التوزيع الحصري التي تولد واجبات خاصة: كحصرية التموين وأحيانا أيضا حصرية التوريد²، فتلزم الموزع بتوفير إحتياجات التاجر، وتلزم التاجر بعدم التعامل مع غير الموزع المتعاقد معه إذا ما تيسر الإتفاق مقدما على كافة العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية المقصودة، وأخصها ثمن السلعة أو مقابل الخدمة، في هذه الحالة يكون هناك وعد بالتعاقد ولكن يظل متميزا عن إتفاق الإطار. وبعبارة أخرى فالوعد بالتعاقد في هذه الحالة يكون بمثابة إتفاق مستقل يضاف إلى إتفاق الإطار، دون أن يغير من حقيقة الذاتية³.

1- مجال عقد الإطار :

إنّ هذا الإتفاق قد نجده في كل العقود التي تتميز بالتعقيد وتقوم بناء على علاقات طويلة الأمد⁴، فهو يصادف في كافة فروع النشاط الإقتصادي، إذ يكفي لقيامه وجود تداول للسلع والخدمات يراد له الإستمرار أو يتوقع له هذا الإستمرار، وهو ما توفره شبكات الأعمال على إختلاف مجالاتها من عمليات إنتاج وتوزيع إلى عمليات بنوك إلى عمليات تأمين إلى عمليات نقل إلى عمليات تصدير وإستيراد إلى مقاولات ومقاولات من الباطن إلى عمليات تقديم الخدمات المختلفة، فمجرد إمتهان عمل من هذه الأعمال يخلق لدى صاحبه حاجة إلى تكوين شبكة لتصريف ما لديه من سلع وخدمات، أو شبكة للحصول عليها من أربابها وفقا لما يتطلبه مركزه المهني. ولنضرب مثلا بمركز المصدر أو المستورد من عملائه فالمستورد في حاجة إلى تنظيم علاقته بمراكز إنتاج وتوزيع السلع التي يمتن استيرادها، والمصدر في حاجة إلى تنظيم علاقته بمراكز الإتجار في السلع التي يمتن تصديرها، وكل منهما في حاجة إلى تنظيم علاقته بالبنوك التي تمول عملياته اللاحقة وبشركات التأمين التي تؤمن على البضائع

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 283.

² - جبروم هوية، المطول في القانون المدني - العقود الرئيسية الخاصة - المجلد الأول، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص. 139.

³ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع نفسه، ص. 284.

⁴ - Christian Atias, Op.cit, p. 19.

المستوردة والمصدرة ، وبشركات النقل التي تتولى نقلها ، وكل من هذه في حاجة مماثلة إلى تنظيم علاقاتها بعملائها ، وهكذا تؤدي حاجة مختلف الأنشطة الاقتصادية إلى تكوين شبكات تصريف السلع والخدمات وشبكات التزود بها إلى إنتشار إتفاقات الإطار.

2- صور إتفاق الإطار :

رغم تعدد وإختلاف صور إتفاقات الإطار ، فإنه يمكن التمييز بين نموذجين أساسيين منها : الإتفاقات الجماعية ، والإتفاقات الفردية.

أ) الإتفاق الجماعي :

هو إتفاق يربط مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية بفرد أو مجموعة أخرى من الأفراد بصفتهم الجماعية¹. وبالرغم من إمكانية إختلاف أطراف العقود التطبيقية عن هؤلاء الذين ساهموا في عقد الإطار²، إلا أن أثر هذا يسري حتى على الأفراد الذين لم يشتركوا في إبرامه وذلك لإعتبار من ساهم في عملية الإبرام (أي إبرام عقد الإطار) ممثلاً لهم أو مشترطاً لصالحهم³ ، مثال ذلك إتفاقات العمل الجماعية⁴، التي تبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين رب العمل أو منظمة من منظمات أرباب الأعمال بقصد تنظيم شروط العمل ، ومثاله كذلك إتفاقات الإستهلاك الجماعية.

كما هو الحال في إتفاق تبرمه نقابة مهنية مع أحد منافذ توزيع السلع المعتمدة كالسيارات ، والآلات الكهربائية أو مع أحد أرباب الخدمات كالمؤسسات التعليمية أو الطبية أو مؤسسات النقل ، لصالح المنتمين إليها ، والخاصية المميزة لهذه الإتفاقات الجماعية، هي أنها تتجاوز الأهداف المنوطة أصلاً بإتفاق الإطار ، وهو تسهيل إبرام العقود التطبيقية وإخفاء طابع النمطية عليها إلى توفير قدر من الحماية للطرف الضعيف في العقود التطبيقية التي تتولى تنظيمها وهو العامل أو المستهلك عادة.

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 286 ، 287.

² - J.M. Mousseron, Op.cit, p 67.

³ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 287.

⁴ - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص. 44.

ب) الإتفاق الفردي :

هو إتفاق يربط شخصا طبيعيا أو معنويا ، بشخص آخر طبيعي أو معنوي ، وهذا ما نصادفه عادة في الإتفاقات التي تربط مؤسسات الصناعة بالمنتجين للمواد والصناعات الأولية التي تحتاجها في صناعاتها أو تربطها بمؤسسات التوزيع أو تربط هؤلاء بالموزع النهائي أو تربط رب الخدمة بمن هو في حاجة متكررة إليها¹، مثال ذلك إتفاقات التوزيع² كإتفاق التوزيع الذي يبرمه مصنع إنتاج السيارات ، فالمنتج يعتمد على الموزع في توزيع السيارات التي ينتجها وكفالة الإنتشار لها ، والموزع بدوره يعتمد على المنتج ليس فقط لتزويده بإنتاجه من السيارات وإنما كذلك في الدراية الفنية والتجارية والمالية من خلال مساعدته في إقامة المعارض ومراكز الصيانة ومخازن قطع الغيار وما يتطلبه ذلك كله من أعباء مالية لكن يلاحظ في مثل هذه العقود عدم وجود تساوي في مراكز الطرفين ذلك لعدم التوازن الاقتصادي بينهما إلى درجة أن يقوم أحدهما بالإستقلال تقريبا في صياغة شروط العقد والإحتفاظ لنفسه برقابة صارمة ومستمرة على نشاط الآخر ، على الرغم من كونه تاجرا يتمتع بالإستقلال في توجيه تجارته من الناحية القانونية³ ، فهناك من قال أنها تشبه عقود الإذعان⁴.

ثانيا : إبرام إتفاقات الإطار وتنفيذها.**1- إبرام إتفاقات الإطار :**

عقد الإطار هو عقد حقيقي ولا يعد مجرد إيجاب بإبرام عقود تطبيقية ومن ثم يجب أن تتوفر فيه جميع الشروط الواجب توافرها في العقود⁵ والمتمثلة في التراضي الذي من خلاله تتوافق الإرادتين الخاليتين من العيوب ، بالإضافة إلى الشروط التي يتطلبها القانون في كل من المحل والسبب وكل ذلك لا يحتاج إلى بيان خاص إلا فيما يتعلق

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 288.

² - جيروم هوية ، المرجع السابق ، ص. 139.

³ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 288 ، 289.

⁴ - J.M. Mousseron, Op.cit, p 67.

⁵ - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص. 44.

بتحديد أطراف الإتفاق ، وبتحديد المحل الذي يرد عليه ، وما يثيره عنصر الثمن في عقود التوزيع الحصري من مشكلات خاصة.

أ) الأطراف المتعاقدة والأطراف في الأثر :

القاعدة العامة هي : نسبة آثار العقود بمعنى أن العقد يلزم أطرافه المبرمين له ولا يلزم غيرهم ، ولا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة على إتفاق الإطار¹ كلما كان الأطراف في العقود التطبيقية هم أنفسهم في عقد الإطار²، لكن الأمر لا يجري في معظم الأحيان على هذا النحو ، ففي الإتفاقات الجماعية قد يختلف طرف إتفاق الإطار عن طرفي العقود التطبيقية ، وقد يكون أحد الطرفين طرفا في هذه العقود بينما يكون طرفها الآخر أجنبيا عنها :

مثال 1 : إتفاق العمل الجماعي المبرم بين نقابات العمال ومنظمات أصحاب العمل ففي هذه الحالة يكون طرفا الإتفاق هما نقابات العمال ، ومنظمات أصحاب الأعمال بينما يكون أطراف العقود التطبيقية وهي عقود العمل هم العمال وأصحاب الأعمال أنفسهم.

مثال 2 : إتفاق العمل الجماعي الذي يبرم بين صاحب عمل ونقابة عمال ، ففي هذه الصورة يكون صاحب العمل طرفا في الإتفاق الجماعي وفي عقود العمل معا بينما الطرف الآخر هو النقابة في إتفاق الإطار والعمال أنفسهم في العقود المطبقة له (أي عقود العمل).

في كلتا الحالتين السابقتين تبدو الصعوبة في إخضاع العقود التطبيقية لإتفاق الإطار في ظل مبدأ نسبة آثار العقود ، وقد يكفي للتغلب على هذه الصعوبة الإلتجاء إلى فكرة النيابة من قبل أحد طرفي إتفاق الإطار من الطرف المقابل له في العقود التطبيقية كلما أمكن استظهار هذه النيابة ، وقد يكفي في التغلب عليها الإلتجاء إلى فكرة اشتراط

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 290.

² - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص. 44.

طرف اتفاق الإطار لمصلحة الطرف في العقود التطبيقية ، لكن أيا من هذه الآليات لا تقدم حلا شاملا لمختلف الفروض ، فقد لا تتوافر شروط النيابة ، وقد يتعلق الأمر بالتزام وليس بحق لا تجدي في إلزام أطراف العقود التطبيقية به فكرة الإشتراط لمصلحة الغير التي يقتصر أثرها على الحقوق دون الإلتزامات ولذلك فلا مناص من التسليم بأن انطباق اتفاق الإطار على عقود مبرمة بين غير أطرافه¹ يمثل استثناء آخر من مبدأ نسبة أثر العقد² ينظم إلى استثناءاته الأخرى في التطور القانوني المعاصر ، والهدف الحقيقي من هذا التطور بمختلف تطبيقاته هو أن القانون المعاصر يتجه إلى التخلي عن المعيار التقليدي لتحديد أطراف العقد والقائم على التعبير عن إرادة الإلتزام به الصالح معيار آخر ذو طابع اقتصادي يعتمد مجرد المصلحة التي يسعى العقد إلى توفيرها لشخص أو أشخاص آخرين بصرف النظر عن اشتراكه أو اشتراكهم في إبرامه .

(ب) تعيين المحل :

لقد بينا فيما سبق³ أن عقد الإطار يفترض مستويين من العقود ، مستوى أعلى يمثل اتفاق الإطار ذاته ، ومستوى أدنى يمثله العقود التطبيقية التي ينظمها وكما أوضحنا فإن اتفاق الإطار يرد على العقود التطبيقية ولا يرد مباشرة على السلع والخدمات التي تكون محلا لها ، وهذا ما يترتب عليه أمران هامين :

❖ الأمر الأول :

هو أن محل الإتفاق المنظم يكون هو العقود التطبيقية ذاتها ، ولا غرابة في ذلك إذ العقود لا ترد فقط على الأشياء المادية وإنما ترد على كل قيمة مالية أو إقتصادية مشروعة ، وأن كل عقد ينشئ حقوق وإلتزامات إقتصادية يشكل قيمة مالية⁴ أو

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 291.

² - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص. 45.

³ - انظر ، الصفحة 93 من هذا البحث.

⁴ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 292 ، 293.

اقتصاديّة ، ومن ثمّ فإنّ ما يتطلب لصحة عقد الإطار هو تعيين محله¹ ، أي تحديد العقود التطبيقية التي تنصرف إليها أحكامه نوعاً² (مثل عقود النقل، الإيجار، البيع...) .³

وكما أيّ تحديد العقود المقصودة من حيث الكم ، رغم أنّ الإتفاقات لا تعرض عادة لتحديدها ، ذلك أنّها تكون دائماً قابلة للتحديد في ضوء النشاط الاقتصادي لأحد الطرفين كما هو الحال مثلاً : في التوريد حيث يتحدد الكم بحاجة المورد إليه .

❖ الأمر الثاني :

هو أنّه لا يلزم لصحة إتفاق الإطار تعيين كافة العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية أو قابليتها للتعيين ، وإنّما يكون تعيينها لازماً عند إبرام هذه العقود الأخيرة ذاتها .

ج) مدى لزوم تحديد الثمن في إتفاقات التوزيع الحصري :

❖ حكم إغفال عنصر الثمن :

إنّ عقود التوزيع الحصري ، هي تلك العقود التي تلزم المنتج بتزويده المتعاقد الآخر بالسلعة ، أو تلزم هذا الأخير بقصر نشاطه على السلعة محل التعاقد ، أو تلزم كلا منهما معاً بمثل هذا الإلتزام ، في هذه الحالة يكون هناك إلتزام على المنتج بالتعاقد مع الطرف الآخر على ما يطلبه من السلعة ، الأمر الذي يلزم معه تحديد الثمن في إتفاق الإطار و إلاّ كان باطلاً⁴ . لكن كيف يمكن تحديد ثمن منتجات تورد أو توزع بعد عدة سنوات⁵ وترتبط بعوامل مستقبلية عديدة أخصها تكلفة الإنتاج وتقلبات الأسعار في السوق؟⁶ على هذا الأساس إتفاقات التوزيع تثير صعوبة تطلب تحديد الثمن⁷ ، ولهذا السبب تجري إتفاقات التوزيع الحصري أحيانا على عدم التعرض لمسألة الثمن الذي يتم

¹ - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص. 45.

² - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 293.

³ - بوعزة ديدن ، المرجع نفسه ، ص. 45.

⁴ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 295.

⁵ - بوعزة ديدن ، المرجع نفسه ، ص. 45.

⁶ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 295.

⁷ - جيروم هويبة ، المرجع السابق ، ص. 139.

به البيع في العقود المستقبلية التي تتم تطبيقاً لهذه الإتفاقات . وقد أوجدت محكمة النقض الفرنسية مسلكاً لتصحيح إتفاقهما قولاً بأنه : " لا يوجد في مثل هذا الإتفاق بيع فوري، وإنما يوجد شرط قصر أو احتكار ، وذلك في مقابل ثمن يتم تحديده طيلة فترة التنفيذ اللاحقة بحرية تامة في المناقشة والقبول من جانب الطرفين"¹.

والذي يمكن أن يفهم من هذا القضاء في أبعاده الحقيقية هو أن شرط التوزيع الحصري لا يمثل بيعاً حتى يتطلب لصحته تحديد الثمن كما أنه ليس وعداً بالبيع مقترن بالإتفاق المنظم لحمل علاقة الطرفين ، حتى يشترط لصحته تحديد كافة العناصر الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، وإنما هو مجرد شرط احتكار يترك كامل الحرية للطرفين لمناقشة الثمن والإتفاق عليه عند التعاقد على كل عملية من عمليات البيع المستقبلية التي تتم تطبيقاً له ، لكن التساؤل يظل ماثراً : كيف يمكن تحديد الثمن من خلال مناقشة وتراض حر بين الطرفين ، والطرف المشتري ملتزم بمقتضى الإتفاق المنظم (عقد الإطار) بعدم التزود بالسلعة إلا من الطرف الآخر في الإتفاق ونشاطه معتمد كله على التزود بهذه السلعة ؟

هناك من اعترف لقضاة الموضوع بالتدخل لتحديد الثمن في حاله ما إذا ثار نزاع بين الأطراف حوله، وأي حل آخر سوف يؤدي إلى ترك التحديد لسلطة أحد الأطراف التحكيمية وسوف يكون ذلك متعارضاً مع مبدأ العدالة التعاقدية² على نحو لا يمكن قبوله أو تطبيقه³، لكن ذلك يتعارض مع مبدأ الرضائية ومبدأ الحرية التعاقدية على نحو يستحيل معه تخويله للقاضي في غياب نص تشريعي يقرره.

¹ - حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 09 جويلية 1963 والذي قامت بتأكيديه في حكم لاحق في 27 جانفي 1971 المتضمن ما يلي: " إن عقد توريد المشروبات الكحولية الذي لا يتضمن أي بند خاص بالثمن هو بمثابة إتفاق مشروع على الإحتكار ، وليس بيعاً باطلاً بسبب غياب الثمن". كما حظي هذا القضاء بتأييد الفقه الفرنسي. مقتبس من : مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 296.

² - إن الوظيفة الرئيسية للعقد كأداة لتبادل الأموال والخدمات هو تحقيق مبدأ العدالة التبادلية بحيث يجب أن لا يزيل التوازن الموجود سابقاً بين الذمم المالية مما يستدعي أن يتلقى كل من الفريقين معادل لما أعطاه. مقتبس من جاك غستان ، المرجع السابق ، ص. 258.

³ - قرار صادر عن الدائرة التجارية ، دالوز، بتاريخ 1991، مقتبس من: مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع نفسه، ص. 298.

وبالتالي فإنه من الواضح أنه لا سبيل أمام الطرف المشتري سوى الرضوخ لإرادة المنتج والتسليم بالثمن الذي يفرضه ، وهو ما يعود بنا في النهاية إلى تحكم المنتج في تحديد الثمن ، و ليس هناك سبيل للخروج من هذا المأزق إلاّ من خلال تحويل طالب الشراء مكنة إنهاء اتفاق الإطار ذاته ، بما يعنيه ذلك من إعتبار إتفاق التوزيع الحصري الذي لا يتضمن تحديد الثمن مجرد مبدأ يلزم بالتفاوض على الثمن أو تحويل القاضي سلطة تحديد الثمن في حالة عدم إتفاق الطرفين عليه.

❖ حكم تفويض الطرف البائع بتحديد الثمن :

إنّ الإتفاقات المنظمة تجري عادة على تحديد الثمن من خلال الإحالة إلى قوائم الأسعار التي يتعامل بها المنتج عند إبرام العقود المطبقة لإتفاق الإطار ، لكن تحديد الثمن على هذا النحو من شأنه أن يعرض العقود التطبيقية للبطلان المطلق ، إذ إعتقاد قوائم الأسعار التي يعدها المنتج مقدما وقبل إعدادها معناه في الحقيقة ترك تحديد الثمن إليه وحده ، على نحو يكون معه أحد عناصر العقد المنشود أو الوعد به غير محدد عقديا وإنّما مفروض من أحد الطرفين على الآخر ، بما يعنيه ذلك من بطلان هذا العقد أو بطلان الوعد به المتضمن في إتفاق الإطار ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في بداية الأمر¹ ولكن سرعان ما تراجعت عن موقفها سنة 1995 حيث قضت بأنّ : " الإتفاق الأولي (التنظيمي) يمكن أن يسكت عن تحديد الأثمان في العقود اللاحقة أو أن ينص على قيام أحد الأطراف (كالمورد في عقد التوريد ، ومانح الترخيص في عقد الترخيص) بتحديدّها"².

وهذا ما يعني في النهاية توحيد الحلول المعتمدة لكل من حالة السكوت نهائيا عن مسألة تحديد الثمن في إتفاقات الإطار وحالة النص على تحديده بواسطة أحد الطرفين

¹ - قرار صادر عن النقض التجاري الفرنسي فيما يخص بطلان عقد الإطار بتاريخ 1976/06/21. مقتبس من: مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 299.

² - قرار صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1995/12/01. مقتبس من : مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع نفسه، ص. 300.

دون مناقشة من الطرف الآخر ، ففي الحالتين يكون إتفاق الإطار صحيحا ، والفارق الوحيد بينهما لا يظهر إلا بالنسبة للعقود المنفذة لهذا الإتفاق فهي في حالة السكوت عن الثمن في إتفاق الإطار لا تنعقد إلا بتمام الإتفاق على الثمن في كل عقد منها على حده ، أما في حالة النص على إيكال تحديده إلى أحد الطرفين ، فهي تنعقد بمجرد قيام هذا الطرف بالتحديد المطلوب على الرغم من عدم قبول الطرف الآخر لهذا التحديد ، ولا يبقى أمام هذا الأخير في حال تعسف الأول في تحديد الثمن سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن هذا التعسف ، وقد يكون التعويض المناسب هو فسخ العقد لصالحه .

وهذا ما يتطلب منه بالطبع إثبات التعسف من خلال إثبات أن ممارسة الطرف الآخر لسلطته الإتفاقية في تحديد الثمن لا تستجيب إلى مقتضى حسن النية والثقة المشروعة في التعامل .

2- تنفيذ اتفاقات الإطار :

إتفاق الإطار هو من إتفاقات المدة التي يلعب الزمن دورا بارزا في تعيين الإلتزامات الناشئة عنها وفي انتهائها ، ولذلك فإن دراسة تنفيذ هذا الإتفاق تتطلب التعرض للإلتزامات الناشئة عنه ثم لإنتهائها¹ .

أ) الإلتزامات الناشئة عن إتفاق الإطار :

في الحقيقة لا يمكن حصر جميع الإلتزامات المترتبة عن عقد الإطار ذلك لحرية الأطراف في وضعها ، ولكن بالرغم من ذلك فيمكن تحديد مضمون أهم هذه الإلتزامات في ضوء الوظيفة الأصلية التي يقوم بها عقد الإطار، وهي تسهيل العلاقات التعاقدية المتكررة بين الطرفين في المستقبل² وتنظيمها³، وتمثل هذه الإلتزامات في :

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. من 299 إلى 302.

² - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص. 44.

³ - جيروم هويبة ، المرجع السابق ، ص. 138.

إلتزامات إيجابية وأخرى سلبية¹، وكلاهما يتعلقان بإبرام وتنفيذ العقود التطبيقية المتوقع إبرامها بينهما في المستقبل.

* *الإلتزامات الإيجابية* : إن إتفاق الإطار ينشئ في الغالب إلتزامات تتعلق بإبرام العقود التطبيقية تختلف باختلاف الحالات ، من ذلك مثلا : وضع نماذج لطلبات التعاقد ، وتحديد أوقات تقديمها ، ومن ذلك تحديد كيفية الإعلام بقبولها ، كأن يتفق على ضرورة الإعلان عنه برسالة بريد أو بالفاكس ، أو ينص على مجرد السكوت عن الرد مدة معينة يعتبر بمثابة قبول ، ومن ذلك تحديد عنصر أو آخر من عناصر العقد الجوهرية كالكمية أو الثمن ، أو... وقد ينشئ كذلك إلتزامات تتعلق بتنفيذ العقود ، كتحديد مواعيد التسليم ومواعيد الوفاء بالثمن وكيفيته ، وتحديد شروط ضمان العيوب الظاهرة أو الخفية².

* *الإلتزامات السلبية* : بإمكانها أن تكون هي الأخرى متعددة من ذلك مثلا الشروط الإستثنائية التي تلزم أحد الطرفين بقصر تعامله³ في السلعة أو الخدمة على الطرف الآخر أو على دائرة الأشخاص الآخرين المرتبطين به ، والذين يتضمن الإتفاق تحديدا لهم ، ومن ذلك الشروط التي تلزم الموزع بعدم بيع السلعة أو الخدمة محل التعاقد إلا وفقا لنموذج معين يتضمنه الإتفاق.

وإتفاق الإطار لا يعد بطبيعته من عقود الإعتبار الشخصي ، ولذلك فالأصل أنه ليس هناك ما يحول دون تنازل أحد طرفيه عنه للغير ، لذلك فإذا ما انتقل مشروع أحد الطرفين المتعاقدين منه إلى شخص آخر ، فإن إنتقال إتفاقات الإطار التي يكون مرتبطا بها إلى من إنتقل إليه المشروع يكون مقبولا ، سواء كان الإنتقال على سبيل الملكية أو على سبيل الإدارة ، وسواء كان مرجعه الإتفاق أو التصرف القانوني بصفة عامة ، أو كان مرجعه الميراث ، بحيث يكون لمن انتقل إليه المشروع الإستفادة منه ويكون عليه الإلتزام به.

¹ - J.M. Mousseron, Op.cit, p 69.

² - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 302 ، 303.

³ - J.M. Mousseron, Ibid, p 69.

وغالبا ما تنص إتفاقات الإطار على جواز التنازل عنها للغير مع وضع شروط وقيود لإتمام هذا التنازل، كتعليق التنازل على موافقة الطرف الآخر على التنازل إليه أو ضرورة إطلاع المتنازل له على مضمون إتفاق الإطار وموافقتة عليه¹، وإن كان هذا الشرط ليس له أهمية كبيرة في القانون الجزائري لوجود نص صريح عليه ورد في المادة 109 ق.م ، فلا تبدو الحاجة إلى النص على إلزام المتنازل بالحصول على موافقة التنازل وقد جاء النص كالتالي : " إذا أنشأ العقد إلتزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإنّ هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص بعلم بما وقت إنتقال الشيء إليه"².

ولكن النص على هذا الإلتزام لا يخلو مع ذلك من فائدة ، إذ مع وجوده يتعين على المتنازل إعلام المتنازل له بالإتفاق حتى يكون نافدا في حقه وفقا للقواعد العامة في إلتزام الخلف بالعقود التي أبرمها سلفه ، متعلقة بالشيء الذي استخلف فيه فإذا لم يتم بإعلامه ، ورفض في الوقت نفسه الإلتزام به كان المتنازل مخلا بالتزامه قبل الطرف الآخر في إتفاق الإطار.

وقد ينص الإتفاق فوق ذلك على أنه في حال تنازل أحد الطرفين عن إتفاق الإطار إلى الغير ، يبقى المتنازل مسؤولا عن الإلتزامات الناشئة عنه مع المتنازل له على سبيل التضامن³.

(ب) إنتهاء إتفاق الإطار :

* أسباب الإنتهاء : قد يكون إتفاق الإطار لمدة محددة أو غير محددة ، لكن الغالب أن تحدد له مدة طويلة كعشر سنوات أو أكثر ، فالهدف من إتفاق الإطار هو تأمين علاقة مستمرة للطرفين وتحقيق الإستقرار لها ، وهو ما يتوافق مع إطالة مدة الإتفاق ، وفي هذا

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص. 304.

² - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 305.

الإتجاه نفسه غالباً ما يضع الطرفان ترتيبات معينة لمدى الإتفاق عند انقضائها أو لتجديدها لمدة أو مدد أخرى ، وكثيراً ما يتفق الطرفان في هذا الصدد على التفاوض من جديد عند إنتهاء المدة ، بغية التوصل إلى إتفاق جديد يكون أكثر إستجابة للتغيرات الجارية أثناء مدة تنفيذ الإتفاق الأول.

وإتفاق الإطار ينتهي على أي حال بتنفيذه طوال المدة المحددة له أصلاً ، أو التي امتد إليها ، لكنه يمكن أن ينتهي خلال هذه المدة ، وقبل إنقضائها ، مثال ذلك أن تحدث قوة القاهرة تحول دون إمكان تنفيذه خلال المدة المتبقية ، كما لو توقف إنتاج السلعة التي انصب الإتفاق على تنظيم التعامل عليها¹.

وإذا أحل أحد الطرفين بالتزاماته الناتجة عن عقد الإطار² ، جاز للطرف الآخر الإلتجاء إلى الجزاءات المقررة في القواعد العامة للإحلال بالإلتزام التعاقدي ، كالفسخ³ ، أو التنفيذ العيني⁴ متى كان ممكناً⁵ ، غير أن أعمال هذه الجزاءات يتطلب الكثير من الجهد والوقت والنفقات ، على نحو لا يناسب أهداف الإتفاق من تبسيط المعاملات وتسريعها وضمان تدفقها ، ولذلك فغالباً ما يضمن الطرفان إتفاقهما شروطاً تقضي بالفسخ التلقائي ، بمجرد إعلان رغبة أحد الطرفين فيه عند إحلال الطرف الآخر بالإلتزام من بين الإلتزامات الملقاة على عاتقه ، دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار أو لجوء إلى القضاء⁶ ، كذلك غالباً ما يلجأ أطراف الإتفاق إلى تضمينه شرطاً جزائياً يحدد قيمة التعويض في حالة وقوع ضرر لأحد الأطراف بسبب إحلال الطرف الآخر بالإلتزامه⁷ ، وهذا تفادياً للجوء إلى القاضي وتجنباً لمخاطر سلطته في تقدير قيمة التعويض إذا ما تحقق فسخ

1 - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 305 ، 306.

2 - بوغزة ديدن ، المرجع السابق ، ص. 45.

3 - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 306.

4 - المادة 164 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

5 - بوغزة ديدن ، المرجع نفسه ، ص. 45.

6 - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص. 306.

7 - بوغزة ديدن ، المرجع نفسه ، ص. 45.

الإتفاق¹ زال أثره إعتباراً من تاريخ الفسخ ، وعاد الطرفان إلى وضع الحرية الكاملة² في التعاقد ، وهو ما يترتب عليه زوال الإلتزام بالتعاقد الواقع على عاتق أحد الطرفين أو كليهما ، إذا كان الإتفاق متضمن مثل هذا الإلتزام ، والإمتناع عن تنفيذ العقود التطبيقية التي تكون قد أبرمت من قبل ولم يتم تنفيذها ، وفي عقود التوزيع ، يترتب على هذا الإنتهاء إضافة إلى ذلك زوال حق الموزع في استعمال العلامات المميزة الخاصة بالطرف الآخر ، لكنه يبقى ملتزماً بالسرية إذا ما كان الإتفاق متضمناً لمثل هذا الإلتزام.

* الإنتهاء والتصرف في المخزون السلعي : إنتهاء إتفاق الإطار بانتهاء مدته أو بفسخه قبل إنتهائها يثير مسألة خاصة في حالة إتفاقات التوزيع ، هي مسألة المخزون القائم لدى الموزع عند إنتهائها ، فالفرض أنه قد اشترى بالفعل هذا المخزون فخرج من ملك البائع إلى ملكه على نحو لا يمكنه معه رده إليه . لكنه يصبح في الوقت نفسه غير قادر على تصريفه نظراً لإنتهاء إتفاق الإطار الذي يخول له الحق في تصريف المنتجات التي ينتجها البائع أو يتعامل بها ، مستخدماً إسمه وعلامته التجارية. بل وغالباً ما يكون هذا الحق آل إلى موزع آخر استقل بها على نحو يمكن أن تمثل محاولة طرف العقد المنتهي تصريفها نوعاً من المنافسة غير المشروعة يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار الناشئة عنها ، والأهم من ذلك هو إنصراف العملاء إلى الموزع الجديد ، ويبدو أن الحل المتصور لهذه المسألة - في حال عدم مواجهتها في الإتفاق بحل مناسب كما هو الحال عادة - يتمثل في القول بأن فسخ إتفاق الإطار يترتب عليه، إنفساخ عقود البيع الواردة على المخزون القائم عند الفسخ ، نظراً لصعوبة القول ببقاء حق الموزع في تصريف المنتج إلى حين إنتهاء المخزون القائم عند الفسخ ، لكن المشكلة تكمن في الكشف عن أساس قانوني لهذا الحل ، وقد حاول البعض إيجاد أساس قانوني للحل المذكور ، الذي يعطي للموزع الحق في رد

¹ - المادة 119 ، 120 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون

المدني المعدل والمتمم.

² - المادة 122 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل

والمتمم.

المخزون القائم لديه عند إنتهاء إتفاق الإطار من خلال فكرة ضمان الفعل الشخصي الذي تلقى به القواعد العامة على عاتق كل بائع قولاً بأن المنتج - أو الطرف الآخر بصفة عامة - عليه باعتباره بائعاً للمخزون القائم أن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقه قيام المشتري ببيعه ، فإن قام بإنهاء الإتفاق واستبدال الموزع الذي أنهى العقد بموزع آخر كان مخلاً بالتزامه على نحو يمنح للمشتري رد المبيع إليه مادام الرد ممكن لوجود المبيع قائماً في مخازنه ، لكن هذا الأساس لا يواجه مسألة المخزون القائم في ذاتها وإنما يواجه حالة خاصة من الحالات التي تتحقق فيها ، هي الحالة التي يرجع فيها إنهاء إتفاق الإطار إلى مبادرة من البائع على نحو يكون على المشتري وحده إذا ما أراد لسبب أو آخر إنهاء علاقته بالبائع - حتى وإن كانت مدة الإتفاق قد انتهت بالفعل - أن يتحمل بمفرده الأضرار الناشئة عن عدم إمكانه تصريف المخزون القائم لديه عند الإنهاء ، هذا فضلاً عما فيه من خلط بين فكرة التعويض التي تؤدي إليها فكرة الإلتزام بالضمان المعمول به وفكرة رد المخزون المتبقي لديه ، كما قد يؤدي هذا الأساس إلى التضحية بحقوق المشتري خاصة إذا أصر البائع على إنهاء عقد الإطار ورفض رد المخزون الذي بقي لدى المشتري ، في هذه الحالة يكون أمام هذا الأخير الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا الإنهاء غير المشروع ، من أجل ذلك كله اتجه البعض الآخر إلى القول بأن وجود المخزون عند إنتهاء إتفاق الإطار ، إنما يجد سببه في نهاية الأمر في وجود إتفاق الإطار ، الذي يمكنه من إعادة بيعه ، بالشروط المنصوص عليها في هذا الإتفاق ، فإذا ما انتهى إتفاق الإطار لأي سبب كان زال معه سبب إبتياح المخزون القائم عند إنتهاء الإتفاق على نحو لا يبقى معه من سبب للإحتفاظ به ، لكن يبقى بعد ذلك التساؤل عن المقصود بالسبب في هذا المقام ، وعماً إذا كانت أي من فكري سبب الإلتزام وسبب العقد المعروفتان في النظرية العامة¹ للعقد تستعان له ؟

¹ - المواد 97 ، 98 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم..

يلاحظ أنّ القضاء الفرنسي رغم تردده ، قد بدأ يتجه بالفعل إلى إلزام البائع الطرف في إتفاق الإطار بسحب المخزون المتبقي لدى المشتري عند إنتهاء الإتفاق ، حتّى ولو لم يكن هناك نص صريح على ذلك في إتفاق الإطار¹.

¹ - قد دعمت محكمة استئناف باريس هذا الاتجاه عندما انتهت إلى أنّ إتفاق الإطار في مجال التوزيع عندما لا يلقى على عاتق البائع بنص صريح التزاما بحسب المخزون القائم لدى المشتري الموزع عند انتهاء الإتفاق فإنّه مع ذلك يكون دالا على اتجاه النية المشتركة للطرفين إلى قيام الطرف البائع في هذا الإتفاق بسحب هذا المخزون نتيجة للموقف الذي يضع فيه المشتري. مقتبس من : مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص. 309 ، 310.

الفصل الثاني

التزامات الأطراف أثناء إجراء المفاوضات وطبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بها.

الإتفاق في مقام التعاقد هو إجتماع إرادة الأطراف على حقيقة العقد ، وموضوعه ، وما يقتضيه تحديد الإلتزامات الناشئة عنه وتنفيذها وما يترتب عن مخالفتها من أوضاع وشروط ومسؤوليات ، والإتفاق بهذه المثابة يتكون من عنصرين إراديين اصطلاح على تسمية الأوّل منهما - من الناحية المنطقية - بالإيجاب وتسمية اللاحق بالقبول ، هذان العنصران يتمّ التوصل إليهما من خلال التفاوض بين الطرفين من بعد استكشاف أحدهما للآخر ، وإجتماع إرادة الأطراف على هذا النحو يفترض التعبير عن القبول مباشرة عقب التعبير عن الإيجاب، غير أنّ ضرورات التعامل تضيق بهذا المنطق الجامد ، فالموجه إليه الإيجاب غالباً ما يحتاج إلى مهلة للتروي والتفكير¹ والتفاوض حول شروط العقد والإستعلام عن محله قبل تحديد موقفه من العرض الموجه إليه، لذلك فلا يمكن إعتبار هذا الأخير إيجاباً باتاً إنّما هو مجرد دعوة للتفاوض على عناصر العقد المنشود، ذلك لأنّه لا يتوافر على مقومات الإيجاب (مثل الثمن) إنّما هو عرض قابل للمناقشة والتعديل خلال مدّة زمنية قد تطول أو تقصر لا يرتب القانون عليها أي أثر.

الأصل أنّ الأشخاص أحرار في مرحلة المفاوضات ، ولهم أن يستمروا في إجراءاتها أو يقطعوها دون أن تترتب مسؤولية من جراء ذلك² ، من ثمّ فإنّ كل توافق على مطلق التفاوض على عقد من العقود دون تحديد للأعمال التي يلتزم الطرفان بالقيام بها في إطار التفاوض لا يكون منشئاً لإلتزام بالتفاوض بالمعنى الدقيق وتكون قيمته محصورة في ترديد الواجب العام بمراعاة حسن النية واحترام الثقة المشروعة في التعامل الذي يفرضه القانون

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 29.

² - خليفاي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 26.

على كل متفاوض ، وحتى يكون مثل هذا الإتفاق منشئاً لإلتزام بالتفاوض¹ بالمعنى الدقيق فإنه يتعيّن أن يتضمن تحديد الإطار التفاوضي ومضمونه ، أو يتضمن على الأقل بياناً لإجراءات معينة لا بدّ من إتباعها من قبل المتفاوضين تساعد على تحديده² ، ذلك لأنّ أهمية بعض العقود قد تدفع إلى إبرام إتفاق مبدئي على التفاوض ، ويكون مهمّاً جداً في المراحل الأولى من المفاوضات ، لأنّ هذه العقود يتطلب إبرامها مدّة طويلة ، ودراسات ونفقات ، ولا بدّ من تعيين من يتحملها لذلك قيل أنّ التصرفات التي تتمّ في هذه المرحلة أساسها الإتفاق المبدئي على التفاوض، أو يكون أساسها عقود تمهيدية وشروط خاصة (كشروط الأفضلية) من ناحية أخرى. ولكن بالنسبة لأهمية هذه العقود أو الإتفاقات يمكن القول بوجود إلتزام عام وثابت بأن يستمر الأطراف في التفاوض بحسن نية من دون الإلتزام بتحقيق العقد حتماً ، وإنما الإلتزام ببذل الجهد أو العناية الكافية ، أي أنّ سلوك الأطراف في هذه الفترة يجب أن يعكس نية حقيقية وجدية في الوصول إلى الهدف النهائي ، ويكون ذلك من أوّل إتصال بين الأطراف إلى حين بلوغ الهدف الأساسي³ ، لكن هذا لا ينفي بإمكانية نشوء إلتزامات محدّدة بتحقيق نتيجة تقع على أحد المتفاوضين ، أو كليهما بسبب هذه الإنفاقات المبرمة خلال مرحلة المفاوضات ، فإذا التزم أحد الطرفين بتقديم دراسة جدوى إقتصادية ، أو تقديم عرض محدّد كان الإلتزام بتقديم الدراسة أو الجدوى إلتزاماً بتحقيق نتيجة ، وإذا التزم أحد الطرفين بإطلاع الآخر على معلومات ، أو أسرار معينة كان إلتزامه إلتزاماً بتحقيق نتيجة، وإذا التزم الطرفان بمواعيد معينة أو بإجراءات مرسومة لبدء المفاوضات كان إلتزامهما إلتزاماً بتحقيق نتيجة ، وبالمثل إذا ما اتفقا على تقسيم نفقات التفاوض بينهما أو على تحمل أحدهما لها⁴.

¹ - ويرتّب عن الإلتزام بالتفاوض مجموع التزامات أخرى يتمّ الإتفاق عليها من قبل المتفاوضين مثل دفع النفقات المترتبة عن إجراء المفاوضات ، التقيد بمدّة هذه الأخيرة ، الإستمرار في إجراء المفاوضات.

² - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 241 ، 242.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، د.ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006 ، ص 57.

⁴ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 245.

ومن ثمّ فيمكننا القول أنّ عملية التفاوض قد تكون أحيانا ذات أهمية كبيرة ، سواء كانت الأهمية علمية أو عملية ، مما يستتبع التمهد لها باتفاقيات مختلفة ، وأحيانا قد تصل هذه الأخيرة إلى حدّ تدوين الإلتزام بالتفاوض بحسن نية ، أو أن يكرس بعضها لضبط أمور مالية وتفصيل فنية ، وتحديد واجبات ودور كل طرف (كما سبق الذكر) ومن أهمّ هذه الإتفاقيات : عقود الدراسات و المشورة، عقود الأفضلية ، الإتفاق المبدئي (أو كما يسميه البعض عقد التفاوض) ، إتفاق الإطار ، وخطابات النوايا التي نجدها في العقود الدولية خاصة تلك التي تتطلب إجراء مفاوضات طويلة، مثل عقود التزود بالمفاعلات الذرية ، أو المحولات الكهربائية الضخمة وغيرها. ولا يمكن الخلط بين هذه التعهدات والوعد بالتعاقد ، لأنّ التمييز بينهما لا يحتاج إلى عناء كبير ، حيث تهدف الأولى لتنظيم العملية التفاوضية وضبطها في حين أنّ الوعد بالتعاقد يلزم صاحبه لفترة محدّدة وشروط العقد الموعود به محدّدة بشكل دقيق الأمر غير المتوفر في الأولى¹.

- السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام :

في حالة إخلال أحد الأطراف بالتزام واقع على عاتقه خلال فترة المفاوضات - والذي يعود أساسه كمبدأ عام إلى واجب التفاوض أو التعاقد بحسن نية- فما هي طبيعة المسؤولية المترتبة في هذه الحالة خاصة عند وجود اتفاق من الإتفاقيات المذكورة سابقا ، هل هي تقصيرية أم يمكن أن تتحول في وجود هذه الإتفاقيات إلى مسؤولية عقدية ؟ سنحاول من خلال هذا الفصل التعرض لأهمّ الإلتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات (المبحث الأوّل) والمسؤولية التي يمكن أن تترتب في ذمة الأطراف بسبب مخالفتها (المبحث الثاني).

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 57 ، 58.

المبحث الأول

إلتزامات الأطراف أثناء إجراء المفاوضات السابقة لإبرام العقد النهائي.

أمام تحلوّ التقنيات المدنية الحديثة من نصوص لتنظيم مرحلة التفاوض ، ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء ، واستقرّ الجميع على وجوب التفاوض بحسن نية¹ ، التي يقصد بها تلك النية الصادقة الخالية من الغدر ، والخداع ، فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالتفاوض الآخر ، وهذا المبدأ -بصفة عامة- يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير. وحسن النية إمّا أن يكون إيجابيا أو أن يكون سلبيا ، فالأوّل يقوم إذا أتى الشخص أفعالا من شأنها أن تعبر عن نقائه وصدقه². ففي عقد التأمين مثلا يعمل المؤمن وشركة التأمين على تقديم معلومات صحيحة للمؤمن له أثناء التفاوض على عقد التأمين³ ، أمّا حسن النية السبلي فيتحقق عندما يكف الشخص عن مباشرة أي عمل يتنافى مع المقصد السوي⁴ ، كإمتناع شركة التأمين أثناء المفاوضات عن تقديم معلومات خاطئة أو كاذبة للمؤمن له أو عدم تقديمها بصورة كافية (أي السكوت عن بعض المعلومات).

وقد أدّى التطور في مجال العقود ، إلى إحداث اضطراب في مبدأ حسن النية حيث تمّ قصر الغش كمعيار للمسؤولية باعتباره مخالفة لمبدأ حسن النية على الأفعال الإرادية التي قام بها المدين بقصد الإضرار بالدائن أي الخطأ العمد⁵ ، والذي يميّز الغش هو السلوك غير الشريف ويجب أن يتحمل فاعله المسؤولية حتّى لو تمّ ذلك بسكوته فقط إذا ما ألحق الضرر بالتفاوض الآخر⁶.

1 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 57.

2 - عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، د.ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 153 ، 154.

3 - سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 11.

4 - عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، المرجع نفسه ، ص 154.

5 - أحمد إبراهيم حسن ، أساس المسؤولية العقدية ، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 51.

6 - Sophie Druffin , - Bricca, Laurence – Caroline Henry, Droit civil : les obligations, Gualino éditeur, Eja, Paris, 2003, p 59.

وأصبحت عبارة الخطأ كمعيار للمسؤولية تشمل حتى التصرفات غير الإرادية أو الخطأ غير العمد¹ في بعض الحالات بهدف حماية الطرف الضعيف (كالعمال مثلاً). وفي الأخير يمكننا القول أنه بالرغم من إهتمام الشراح بدراسة مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد ، إلا أن الواقع يستوجب وجود هذا المبدأ أو هذه الفكرة حتى في المرحلة السابقة للتعاقد ، أي عند إجراء المحادثات التمهيديّة (المفاوضات) وذلك بتجنب عدم الجدية لتحاشي الإضرار بالمفاوض الآخر ، كما أنه مطلوب أيضاً حال التعاقد، وذلك بعدم اللجوء إلى بعض التعبيرات الخاطئة التي قد تلحق الضرر بالتعاقد الآخر². وبما أننا في صدد دراسة الفترة السابقة للتعاقد فمبدأ حسن النية يتجسد خلالها بأن يتسم سلوك المتفاوض بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة، وأن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها ، أو اتباع أسلوب الحيلة والمراوغة بغية الإضرار بالطرف الآخر ، ويقتضي تنفيذ هذا الإلتزام الأساسي وجوب إحترام الطرفين إلتزامات أخرى ثانوية تنفرّ عنه ، وتقوم بجواره ، حتى يتمّ التفاوض على أكمل وجه وتمثل تلك الواجبات في : الإعلام والنصح (المطلب الأول) ، إضافة إلى التعاون والمحافظة على الأسرار³ (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الإلتزام بالإعلام وتقديم النصيحة.

يستنبط الإلتزام بالإعلام والنصيحة نتائجه من الواجب العام بالنزاهة
⁴ La loyauté .

وتجدر الإشارة إلى أن التفاوض يختلف عن الإعلام فلكلّ منهما طبيعته ومجاله ، فالتفاوض يتضمن بحث ومناقشة شروط العقد المختلفة من أجل تحديدها وبلورتها في الإلتفاق ، أمّا الإعلام فيقتصر على وصف الشيء الذي يرد عليه العقد من أجل العلم به

¹ - أحمد إبراهيم حسن ، المرجع السابق ، ص 51.

² - عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، المرجع السابق ، ص 156.

³ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 57.

⁴ - حسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 303.

دون أن يتطرق إلى مناقشة شروط العقد ، في حين التفاوض على العقد لا يتصور حدوثه إلا بالعمل المشترك من كلا الطرفين (تبادل العروض وتقديم التنازلات حتى يتوصلا سويا إلى إتفاق يحظى برضائهما) إلا أن الإعلام يمكن أن يقوم به أحد الطرفين فقط حتى وإن ظل الطرف الآخر سلبيا.

وإن كان التفاوض يفترض وجود الإعلام والنصح من أجل تنوير إرادة المتفاوض الآخر ، فإن هذين الإلتزامين يمكن أن يوجد خارج دائرة التفاوض ، إذ من المسلم به أن الإلتزام بالإعلام يثار عند إبرام عقود الإذعان غير القابلة للتفاوض بل وعند تنفيذ العقد الذي أبرم بالفعل¹. ولقد توسع ميدان الإلتزام بالإعلام وتعمم تحت تأثير القضاء، والذي اعترف به في البدء بشأن عقد البيع في مواجهة البائع المحترف ثم طبق على العقود الأخرى² ، حتى تلك التي يكون محلها تقديم خدمات خاصة وأن قطاع تداول الخدمات أصبح يتفوق على قطاع تداول السلع والمنتجات في الكثير من الأحيان وذلك بسبب التطور التكنولوجي الحديث كخدمات الهاتف والبنوك³.

سنتطرق لهذين الإلتزامين من خلال فرعين : (الفرع الأول) نخصه للإلتزام بالإعلام ، أما (الفرع الثاني) فندرس من خلاله الإلتزام بالنصيحة أثناء مرحلة المفاوضات.

الفرع الأول : الإلتزام بالإعلام أثناء إجراء المفاوضات.

حاليا. إن واجب الإعلام يمارس بصورة إرادية ، وإن كان من الصعب تصور واجب عام للإعلام ، حيث نجده في كافة العقود لكن مبدأ حسن النية يقود إلى إقراره كل مرة يلاحظ فيها عدم التوازن في المعلومات⁴. وهناك اتجاه يذهب إلى أن الإلتزام بالإعلام بالمعلومات الملقى على عاتق شخص هو كقاعدة عامة التزام ببذل عناية عندما

¹ - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص 21.

² - حسين بن الشيخ آت ملويا ، المرجع السابق ، ص 303.

³ - بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، د.ط، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 01.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 07.

يكون المتعاقدان في نفس المركز العقدي من الناحية المهنية ، ولكن عندما يكون أحد الأطراف مستهلكا عاديا ، فإنّ إلتزام الطرف المتخصص بالإدلاء بالمعلومات يصبح إلتزاما بتحقيق نتيجة ، لا يستطيع دفع مسؤوليته الناشئة عن الإخلال به بادعائه أنّه قد بذل عناية الشخص المعتاد ولا مجال أمامه إلاّ بإثبات السبب الأجنبي¹.

وتبرز أهمية الإعلام في مجال الأعمال التجارية والمعاملات الخاصة، حيث يتمّ التعامل وعقد الصفقات في هذا المجال على ضوء ما يتوافر لدى المتعاملين من بيانات ومعلومات ، لذلك هناك من ذهب إلى القول بأنّ للإعلام صورتان : إمّا أن يكون إعلاما اختياريا أو إجباريا.

أولا : الإعلام في العقود القابلة للتفاوض والإعلام في عقود الإستهلاك.

1- الإعلام الاختياري : يكون كذلك عندما يقوم به الشخص بمحض إرادته بهدف إقناع الطرف الآخر ودفعه للتعاقد دون أنّ يفرضه عليه عقد أو قانون وهو ما يحدث عادة في صورة دعاية أي إ شها ر. أو إعلان بهدف إعلام الجمهور ودفعه للإقبال على المنتج أو الخدمة² ، من هنا نقول أنّ هناك فرق بين الإعلام والإعلان، فإذا كان الأوّل يهدف إلى نشر الحقائق والمعلومات بين الجمهور وتوعيته اقتصاديا وسياسيا فإنّ الثاني (أي الإعلان) يهدف إلى ترويج المنتجات والخدمات بقصد تحقيق الكسب المادي. وبالتالي فإنّ الإعلام هو أكثر موضوعية من الإعلان³ ، ذلك لأنّ الهدف منه هو جعل الشخص الموجه إليه في وضع يمكنه من تدبر أمره واتخاذ قراره بشكل سليم وفقا لما يتناسب مع مصالحه ورغباته⁴.

¹ - سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 20 ، 21.

² - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص 19 ، 20.

³ - يشترط في الإعلان أن لا يصل إلى درجة التضليل والخداع لأنّ ذلك يؤدي إلى التدليس مما يجيز للطرف المضرور طلب الإبطال إذا كان العقد النهائي قد أبرم. مقتبس من : بوعزة ديدن ، المرجع نفسه ، ص 20.

⁴ - السيد محمد السيد عمران ، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت ، عبر الموقع :

إنّ الإعلام الإختياري قد يكون في صورة إعلانات يستهدف من ورائها الترويج كما قد يقوم به الطرف المتخصص بهدف إقناع الطرف الآخر على التعاقد معه ، فيجب على كل شخص دخل في مفاوضات مع آخر بغية إبرام عقد معين أن يقوم بإعلامه وإحاطته بجميع صفات الشيء وحالته المادية والقانونية ، وذلك من أجل دفعه إلى إبرام العقد النهائي : مثلا عقود التنمية التي يتم إبرامها من قبل أجانب مع الدولة التي يرغبون الإستثمار على أرضها فحتى تقبل هذه الأخيرة المشاريع المقدمة من الطرف الأجنبي (سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا) على هذا الأخير أن يقوم بإعلامها بجميع تفاصيل المشروع كمدة إنجاز البناءات والإيجابيات المترتبة عن هذا الاستثمار كتقليص حجم البطالة وتغطية طلبات المواطنين... إضافة إلى ضرورة إحاطة هذه الدولة بجميع المخاطر التي قد يربتها المشروع خاصة فيما يتعلّق بنقل التكنولوجيا وما قد يترتب عن ذلك من أخطار قد تمسّ البيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح والأموال¹.

وبالتالي فإنّ الإهتمام بهذا الواجب يتزايد كلّما تعلّق الأمر بعقود تتميز بالتركيب والتعقيد أو تتعدّى نطاق الدولة الواحدة ، فيتعيّن على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلّق بالعقد موضوع التفاوض حتى تستنير إرادة المتعاقدين ، ويجب الإدلاء بكفاية المعلومات طالما لها أهميتها في التعاقد وذلك دون تورية أو كتمان ، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة ، فإذا تعلّق الأمر بمنتجات صناعية² وجب تقديم وصف دقيق يتحقق بموجبه علم الطرف الآخر بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة³ ، وذلك من خلال بيان مكونات المنتج وأوصافه وملحقاته وبياناته المتعلقة بالوزن والمقاس وبلد وسنة الصنع وطريقة الإستعمال، وأساليب

1 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 228.

2 - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص 58.

3 - أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005 ،

الحفظ والصيانة ، وتقديم معلومات كافية وموضوعية وصحيحة للمفاوض ولفت نظره إلى خصائص الشيء محل التعاقد¹.

فالإدلاء بالمعلومات من أحد طرفي التفاوض إلى الطرف الآخر يبدو حاسماً لجلاء الرؤية والتفكير واتخاذ القرار الملائم بناء على رضا مستنير حول الظروف والوقائع المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه².

كذلك إذا كان محل العقد أسهم وجب على الشركة المتنازلة على مستوى البورصة أن تقدم المعلومات الكافية عن الشركة والأسهم ، حتى يتسنى لمشتري الأسهم أن يتعاقد برضا سليم وفقاً لما يناسب مصالحه التجارية.

كما يلتزم المستثمر في العقود الدولية المتعلقة بنقل التكنولوجيا والتنمية الاقتصادية بالإعلام والإخبار ومكاشفة الدولة بكافة الظروف المحيطة بالإستثمار والتكنولوجيا موضوع التعاقد ، فمن حق الدولة كما سبق لنا الذكر معرفة ورقابة سير العمليات وظروف المشروع محل العقد ، ومن هنا يتعين إمداد الدولة أو الجهاز التابع لها بكافة المستندات والوثائق والتقارير الدورية والبيانات التفصيلية عن المشروع ، وبصفة خاصة المخاطر والآثار السلبية التي قد ترتبط بأنشطته ومنتجاته³.

فقد نصّت المادة 77 من قانون التجارة المصري لسنة 1999 على أنه : "يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يقدم لمستورد التكنولوجيا المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لإستيعاب التكنولوجيا..."⁴.

¹ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 58.

² - عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية" عبر الموقع :

<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>

³ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع نفسه ، ص 228.

⁴ - حسام الدين الصغير ، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا ، عبر الموقع :

<http://www.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipq>

وتطبيقاً لذلك تنصّ المادة 76 من قانون التجارة المصري على أنّ: "يلتزم مورد التكنولوجيا أن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه عمّا يلي:

- 1- الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وإطلاعه على الوسائل التي من خلالها يمكن لهذا المستورد إتقاء أو تجنب هذه الأخطار.
- 2- الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التي تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلّق منها ببراءات الاختراع.
- 3- أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا¹.

2- الإعلام الإجباري: بعد أن كان الإعلام اختيارياً يهدف إلى إبراز محاسن وإيجابيات الأشياء أو الخدمات أو الترويج إليها، أصبح حالياً أمراً إلزامياً يفرضه القانون، وهو ما يعبر عنه بالإلتزام بالإعلام حيث يلتزم المتعاقد بتقديم المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، حيث يتعاقد الطرف الآخر بإرادة سليمة حرّة ومستقلة بما يتناسب وحاجته للمنتوج، إنّ هذا الإلتزام يجد أرضه في مجال عقود الإذعان²، وخير مثال على ذلك قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث ينصّ هذا الأخير صراحة على ضرورة احترام وخضوع المحترف اتجاه المستهلك لواجب الإعلام وهذا ما جاء صراحة في المواد 7 و8، ولكن قبل ذلك نصّت المادة 4/03 من نفس القانون على ما يلي: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي... كل اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تآدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"³.

ويعود السبب الرئيسي للنص صراحة على واجب الإعلام في عقود الإستهلاك

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 228، 229.

² - بوعزة ديدن، المرجع السابق، ص 20.

³ - قانون رقم 02-04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425هـ الموافق لـ 23 جوان 2004م يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، عدد 41.

إلى أن هذه الأخيرة تشكل علاقات غير متكافئة بطبيعتها بسبب اختصاص المحترف ذاته والكم الهائل من المعلومات الذي يحوزه والإمكانيات الضخمة التي بين يديه ، هذا ما نتج عنه علاقة تربط بين طرفين غير متكافئين ؛ طرف قوي متفوق وطرف ضعيف مغلوب¹. وقد ظهر أو انتشر مبدأ الإلتزام بالإعلام في القانون الفرنسي وذلك خاصة بسبب تأثير القانون الخاص بالإستهلاك على القانون العام للعقود².

ومن ثمّ فمنذ عدّة سنوات وضع القضاء مبدأ يتمثل فيما يلي : "يجب على البائع المحترف تقديم معلومات للمشتريين حول المميزات الأساسية للمنتوج" ومدّدت هذه القاعدة المستنبطة بخصوص المنتوجات الخطيرة على الأموال الأكثر تقنية (كآلات الحاسوب...) وهي اليوم ذات مدى عام في العلاقات بين المحترفين والمستهلكين بواسطة القانون الفرنسي الصادر في 18 جانفي 1992 والذي تضمنت مادته 02 ما يلي : "يجب على كل محترف قبل إبرام العقد أن يقوم بكلّ ما يجعل في مقدور المستهلك معرفة المميزات الأساسية للمحل"³. لذلك هناك من الفقه الذي عرف الإلتزام بالإعلام على أساس الهدف الذي وجد من أجله والتمثل في : إنشاء رضاء سليم خالي من العيوب فقالوا أنّ الإلتزام بالإعلام : "هو إلتزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الإستهلاك ، ويتعلّق بكافة المعلومات اللازمة لإيجاد رضاء حر وسليم".

كما تطرّق جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف الإلتزام بإعلام المستهلك بأنّه : "إخبار عن حقيقة السلعة التي يريد أن يستهلكها". ولعلّ كلمة حقيقة هنا جاءت جامعة لما ينطوي تحتها من بيان عيوب السلعة ، مكوناتها ، استعمالها ، وخطورتها وإظهارها دون تحريف ، وهذا الإلتزام يقع حتى على الغير ، وهذا هو ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها (أي الموجب العام)⁴.

¹ - بودالي محمد ، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 01.

² - Sophie Druffin, - Bricca, Laurence – Caroline Henry, Op.cit, p 60.

³ - حسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 305.

⁴ - بن مغنية محمد ، حق المستهلك في الإعلام ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2005-2006 ، ص 10 ، 11.

وقد قسم فريق من الفقه الفرنسي الإلتزام بالإعلام إلى التزم عام بالإعلام وإلتزام تعاقدى بالإعلام ، فيعتبر الأوّل التزمًا عقدياً أولياً ينشأ قبل إبرام العقد بينما يعدّ الإلتزام التعاقدى بالإعلام إلتزاماً تبعياً للإلتزام الأصلي بالتسليم وهو تطبيق للمبدأ العام الذي يقضي بحسن النية في المعاملات التعاقدية ، إلاّ أنّ كلا الإلتزامين يصعب الفصل بينهما من الناحية العملية¹.

يستفاد مما سبق أنّ الإلتزام بالإعلام سواء كان إلتزاماً عاماً سابقاً عن إبرام العقد النهائي أو إلتزاماً تعاقدياً يتمّ عند تنفيذ العقد فإنّه لا بدّ من التمييز بين القيام بهذا الواجب في عقود الإستهلاك أو عقود التجارة الإلكترونية والتي كيفها الفقه على أنّها عقود إذعان- بحيث يكون فيها المستهلك هو الطرف الضعيف ، لذلك تمّ النص صراحة على واجب الإعلام في مثل هذه العقود من طرف المشرع خاصة في السنوات الأخيرة نظراً للتطور الإقتصادي والتكنولوجي الذي عرفه مجال الإستهلاك بصفة عامة ، ومن ثمّ فهي عقود يصعب التفاوض بشأنها². وبين أدائه في العقود الأخرى القابلة للتفاوض بين أطرافها فإنّ الإلتزام بالإعلام إمّا أن يتمّ الإتفاق عليه بين الأطراف صراحة في اتفاق خاص أو يجعله بنداً من بنود اتفاق التفاوض. ومن هنا يصبح إلتزاماً بتحقيق نتيجة لا بدّ على المتعاقد الواقع على عاتقه احترامه وإلاّ في غير هذه الحالة فإنّه يعتبر واجب الإعلام إلتزاماً ببذل عناية يفرضه المبدأ العام المتفق عليه وهو ضرورة التعاقد أو التفاوض بحسن نية خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود الدولية ، ذلك لأنّ مبدأ حسن النية في القانون الدولي يقتضيه استقرار العلاقات الدولية³.

إنّ أوّل خطوة للقيام بواجب الإعلام هو العرض الجيد للمنتجات (سلع أو خدمات) بحيث يسعى المتفاوض المستقبلي إلى العرض بالصورة التي يظنّ أنّها مؤثرة على

¹ - بن حميدة نهات ، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ص 41.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الأوّل) ، د.ط ، دار الكتب القانونية مصر ، 2007 ، ص 236.

³ - محمودي مسعود ، المرجع السابق ، ص 98.

الجمهور ومن ثمّ يخلق لديهم القناعة والإعتقاد بأنّها قادرة على تلبية رغباتهم وإشباع حاجاتهم بصورة أفضل من بقية المؤسسات المنافسة والمتواجدة في السوق ، ودفعهم للدخول في مفاوضات معهم للتعرف بشكل دقيق على رغباتهم ، وصولاً لإبرام عقد معهم ، إذا استطاع العارض أن يحقق ذلك ، ففي بداية المفاوضات عليه أن يقدم معلومات للطرف الآخر تتعلق به شخصياً (فإذا كان مثلاً عبارة عن مؤسسة فعلى هذه الأخيرة أن تبيّن المعلومات المتعلقة بالطاقات المادية والبشرية التي تمتلكها وكذلك هيكلها التنظيمي ، ومواصفات وخصائص المنتجات والتكاليف التي تتحملها وتوزيع هذه التكاليف)¹. ثمّ بعد ذلك ينتقل لتقديم وصف كامل حول محل العقد ، ومن ثمّ يلزم المتعاقد أو المتفاوض على أن يقدم للطرف الآخر المعلومات المألوفة التي تمّ كل متعاقد حسب طبيعة العقد، بالإضافة إلى البيانات ذات الأهمية لدى المتعاقد الآخر والتي يستعلم عنها²، ومؤدى ذلك أن المتعاقد لا يلتزم أن يقدم كل ما يعلمه بل يقتصر على ما يهمّ الطرف الآخر من معلومات وتكون كذلك كلما كانت معلومات من شأنها أن تؤدي إلى قرار قبول عن إرادة حرّة وواعية ، تمنعه من الوقوع في الغلط أو التفاجؤ في الشيء بعيد خفي ، أو بالتعرض لاستحقاق الشيء أو منازعة فيه³ ... لذلك فلا بدّ على المدين بالإعلام ذكر محاسن الشيء وسلبياته (كالمخاطر الناتجة عن استعماله)⁴.

ثانياً : أساس الإلتزام بالإعلام أثناء إجراء المفاوضات.

الأصل أن الإنسان لا يلزم إلاّ بما ارتضاه ، ولا يجوز توسيع الإلتزامات واعتبارها نوعاً من القيد على حرية الإرادة ، ولا يمكن قبول هذا الرأي لأوّل وهلة وقبول وجوب التزم على المتفاوض بإحاطة الآخر علماً بكل ما يتعلّق بالعقد المزمع إبرامه ، ولكن الفقه

¹ - صالح ص خالص ، المرجع السابق ، ص 126.

² - حتى يؤدي الإعلام واجبه ويصل إلى أهدافه ويحقق مبادئه يجب أن يستند إلى استعمال ذكي ، من خلاله يمكن معرفة آراء الجمهور

ورغباته. مقتبس من : حسن الحسن ، المرجع السابق ، ص 113.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 10.

⁴ - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص 22.

والاجتهاد الحديثين يقولان بأن هناك موجب يقع على عاتق المتباحثين ، بأن يعلم كل منهم الآخر بما يعرفه عن العملية أو موضوع المفاوضات¹.

وفي محاولة لإيجاد أساس قانوني للالتزام العام بالإعلام² ، قدّم الفقه والقضاء في فرنسا أسسا مختلفة³ ، حيث قال البعض بأن الأساس هو قواعد الأخلاق ، وقال البعض الآخر بأنه حماية الإرادة ومبدأ النظرة الاجتماعية للعقد ، أي أن كل طرف في تعامله مع الآخر وفي سبيل تحقيق مصالحه ، وضمن أخلاقية معينة سيفصح عن بعض المعلومات للطرف الآخر ، أي أن كل شخص حتى يحقق مصالحه لا بد أن يحقق مصالح الآخرين عبر إعلامهم ، وقيل بأن أساسه هو قصور نظرية عيوب الرضا أو الإرادة عن تحقيق أهدافها ، لأنها لا تخصّ إلا مرحلة عيوب الإرادة وبشروط معينة قد لا تتوفر جميعها ، ولكن قد يوجد خلل أو عدم توازن في المصالح المتبادلة في العقد ، ولكن العصر الحديث عرف بالإضافة إلى الإرادة المعيبة بسبب الغلط ، التدليس (الخداع)... عدم التكافؤ في المعلومات وذلك بسبب الجهل بالأمر أو عدم الخبرة... ومن هنا فعلى كل متفاوض أن يحيط الآخر علما بكل ما يعرفه عن العقد المراد إبرامه من معلومات كي يقوم العقد على أساس من التوازن في المعلومات ، طبعاً حسن النية والشرف والإستقامة يفرضان على كل من يملك المعلومات أن يعطيها للطرف الآخر الذي لا يمكنه الوصول إليها عبر سبيل آخر واحترام العقد كوسيلة للتبادل.

ولكن ما هي حدود الإلتزام بالإعلام ؟

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 8 ، 9.

² - الإلتزام العام بالإعلام : نقصد به الإلتزام السابق لإبرام العقد النهائي (سواء كان عقدا قابلاً للتفاوض أو عقد إذعان يحتل فيه التوازن بين الأطراف في القدرة على التفاوض) ، ولكن بما أننا في صدد دراسة الإعلام القائم أثناء إجراء المفاوضات فسنبحث في الأساس القانوني لهذا الأخير خاصة أن الأول قد وجدت عدّة نصوص قانونية تفرضه على المنتج أو العون الإقتصادي ، كالمادة 352 ق.م.ج والمادة 8 من قانون 02-04 السالف ذكره.

³ - بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي) ، د.ط ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ،

إذا كان التفاوض يعني الوصول إلى إبرام عقد عادل يوجد به توازن في المصالح ، فعلى كل متفاوض أن يكون حريصا على مصالحه من أجل الوصول إلى الأهداف والغايات المتوخاة من العملية موضوع التفاوض ، لذلك فعلى الطرف الثاني الدائن بالإعلام أن لا يقف مكتوف الأيدي لأن حسن النية يفرض عليه الاستعلام¹.

إنّ الإنسان مسؤول عن تصرفاته ، وقد قرّر القانون قواعد موجهة أمره حامية لمصالح الأفراد مفترضا حرصهم على مصالحهم ، فإذا كانت المعرفة مفترضة لدى المدين بموجب الإعلام ، فمن المفترض عدم توافرها لدى الدائن بهذا الموجب ، شرط أن يكون عدم المعرفة هذا مبررا بصورة مشروعة ، فإذا كان نتيجة لخفة أو رعونة أو إهمال أو عدم إنتباه ، فإنّه يتحمل مسؤولية هذا الإهمال.

فالشاري (أو الطرف الثاني بصفة عامة) يجب أن يكون حريصا على جمع كافة المعلومات الخاصة بموضوع شرائه ، إذ عليه موجب الاستعلام ، ولا يجذب منه سوى خبرته أو معرفته بصورة مشروعة ، أي عندما لا يكون بإمكانه لسبب مشروع الوقوف على المعلومات المطلوبة ، والمفترض توافرها لدى الفريق الآخر ، فحجبها عنه².

ويمكن ملاحظة أنّ المحاكم ترد دعوى البطلان المرفوعة (إذا كان العقد النهائي قد أبرم) من أحد طرفي العقد متى ثبت لها أنّه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالإستعلام وكان بإمكانه ذلك ، وهكذا ردّت محكمة التمييز الفرنسية³ دعوى وكيل ثانوي لبيع السيارات على وكيل أصلي بالعتل (التأخر) والضرر ، مستندة على المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي ، لأنّ هذا الأخير أخبره بأنّ البيوعات المتوقعة تبلغ 370 سيارة للسنة المقبلة بينما لم تتجاوز 130 سيارة ، معللة قرارها بأنّه على الوكيل الثانوي بالنظر إلى مهنته أن يتأكد من صحة توقعات من تعاقد معهم ، فالوكيل ممتهن

¹ - موجب الاستعلام مفروض على كل متعاقد لأنّ القانون لا يحمي من يهمل مصالحه إذا كان بالغاً ، عاقلاً أهلاً للالتزام ، فيرتب موجب الإعلام أحيانا على عاتق البائع موجب الاستعلام من المشتري عمّا يريده أو من المنتج ليعلم المشتري. مقتبس من : عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 19.

² - بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص 26 ، عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 19 ، 20.

³ - قرار محكمة التمييز الفرنسية المؤرخ في 25 فيفري 1986. مقتبس من : عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع نفسه ، ص 20.

وبالتالي مفترض فيه الإطلاع على أوضاع سوق السيارات¹ (أي يقع عليه واجب الإستعلام مما يخفف من الإلتزام بالإعلام الواقع على عاتق المدين به).

ثالثا : مضمون الإلتزام بالإعلام.

إنّ الإلتزام بالإعلام يتضمن عنصرين إذا تعلق الأمر بمنتجات صناعية :

1- **العنصر الأوّل** : تقديم وصف كامل عن المنتج بتبيان مكوناته وأوصافه وملحقاته وبياناته المتعلقة بالوزن والمقاس وبلد وسنة الصنع ، ودواعي إستعمال هذا المنتج² ، وتهدف هذه العملية إلى تمكين المتفاوض من معرفة مدى تناسب المنتج محلّ العقد مع رغباته ومصالحه حتى يتخذ القرار السليم بإبرام العقد النهائي واقتناء هذا المنتج أو الإمتناع عن ذلك.

2- **العنصر الثاني** : ويتعلق ببيان كيفية الإستعمال والإحتياجات الواجب اتخاذها عند استعمال المنتج أو التعامل به³ (كأساليب الحفظ والصيانة)، وتوجيه انتباهه إلى حجم المخاطر والمضاعفات التي تنجر عن إستعماله ، وإمداده أيضا بكل التدابير التي عليه اتخاذها للحيلولة دون ظهور الأخطار الكامنة في الشيء ، وحتى يؤدي هذا التحذير غايته يجب أن يكون كاملا وواضحا ، ولصيقا ومثبتا بالمنتج وظاهرا.⁴

ويتم إعلام المتفاوض عن حقيقة محلّ العقد إما بالطرق التقليدية أي بواسطة كتابة البيانات والخصائص على جسم المنتج أو في ورق تلصق عليه أو نشرة (catalogue) ترفق معه إذا بلغ هذا المنتج حدا من التعقيد في استعماله، أو بالطرق الحديثة التي أملتها

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 20.

² - قادة شهيدة ، المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة - د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الجزائر ، 2007 ، ص 112 ، 113 ؛ محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 58.

³ - بما أننا في صدد دراسة الإعلام أثناء إجراء المفاوضات فعادة ما يكون ذلك بين مهنيين أو على الأقل بين مهني وشخص صاحب نفوذ ومركز مما يؤهله للتفاوض حتى لو استعان في ذلك بأهل الخبرة ، وهذا على عكس عقود الإستهلاك التي يكون فيها المستهلك طرفا ضعيفا.

⁴ - عامر قاسم أحمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك ، دراسة في القانون المدني والمقارن ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2002 ، ص 127 وما بعدها.

عوامل إقتصادية وتكنولوجية في صناعة المنتجات والترويج لها كإعلانات (الإشهار)¹ والوسائل التقنية الأخرى عن طريق وسائل الإعلام المختلفة.²

الفرع الثاني: الإلتزام بالنصيحة أثناء إجراء المفاوضات.

لقد بدل الفقه في فرنسا قصارى جهده من أجل بيان الحدود بين واجب الإعلام وواجب النصيحة، وانتهى إلى أن الإعلام يهدف إلى تقديم إخبار محايد وموضوعي، أما النصيحة فتهدف إلى إعطاء إعلام ملائم يتناسب وحاجات المتعاقد مع المحترف وهو يفترض تقدير يتماشى ومقتضيات الملاءمة ويؤدي إلى توجيه المتعاقد لاتخاذ القرار المناسب.³

كما يرى بعض الفقه الفرنسي أن الإلتزام في مرحلة التفاوض ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

* الإلتزام البسيط بالإعلام (l'obligation de Simple renseignement):

وهذا النوع يعد الحد الأدنى الذي يفرض على المتعاقدين مجرد إعلام الآخر ببعض السمات المميزة للعقد، دون أن يكون لها من الناحية العملية دور في اتخاذ القرار بالتعاقد أو بالرفض.

* الإلتزام بلفت الإنتباه (l'obligation d'attirer l'attention):

ويتسم هذا النوع من الإلتزام بوجود بعض المخاطر حين إبرام العقد فيجب لفت نظر المتعاقد الآخر إليها.

¹ - الإشهار هو جزء من الإعلام، فقد عرفته الجمعية الأمريكية للتسويق بأنه "وسيلة غير شخصية لتقديم الأفكار أو السلع والخدمات بواسطة جهة معلومة ومقابل أجر مدفوع"، مقتبس من علي بولحية بومحيس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 51.

² - بن مغنية محمد، المرجع السابق، ص 92.

³ - بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 21.

* الالتزام بالنصيحة (l'obligation de conseil):

وهنا نصل لأقصى درجات الإلتزام، حيث يكون للمتعاقد وخصوصا عندما يكون محترفا دور إيجابي¹ في توجيهه من يتعاقد معه من خلال إسداء النصيحة ولو لم يقيم هذا الأخير بطلب هذه النصيحة.²

إن التميز بين مصطلحي الإلتزام بالإعلام وواجب النصيحة يبقى صعبا، خصوصا وأن القضاء يستعمل أو يستخدم في العادة المصطلحين معا،³ لذلك فهناك رأي يذهب إلى أن الإلتزام بالنصيحة يدخل في مضمون الإلتزام بالإعلام وليس مستقلا عنه "لأن الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض لا يقتصر دائما على مجرد إلزام المتفاوض بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، وإنما قد يصل مداه في بعض الأحيان إلى أبعد من ذلك، وهو ما يحدث عندما يلتزم المتفاوض فضلا عن ذلك بالتحذير أو بالنصيحة" ولكن بالرغم من ذلك يوجد من يميز بين الإلتزامين بقوله أن في الإلتزام بالنصيحة إن المحترف (أو المتفاوض) لا يلتزم بإعلام المتفاوض الآخر فقط وإنما يجب أن يعرض عليه الحل الأوفق لمصلحه، مما يعني أنه يقع على عاتق المدين إلتزام بتجاوز مجرد الإعلام.⁴

والواقع يثبت كذلك وجود صعوبة بالغة للتمييز بين الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات العقدية وبين الإلتزام بتقديم النصيحة الناشئ عن عقد إسداء النصيحة (أو عقد الإستشارة)، بسبب أن كل منهما يستند إلى نفس الغرض، وهو إعلام الطرف الآخر ببيانات معينة، ورغم هذه الصعوبة يرى الأستاذ الدكتور: نزيه المهدي أن هناك إختلاف بين هذين الإلتزامين من حيث الطبيعة: "فمن حيث الطبيعة فإن الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات العقدية هو التزام عام سابق على التعاقد يتحدد محله في قيام المدين

¹ - يقصد بالدور الإيجابي أن يكون للنصيحة غالبا دور في توجيه إرادة المتفاوض الآخر لإبرام العقد من عدمه، مقتبس من سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 14.

² - سعيد السيد قنديل، المرجع نفسه، ص 14.

³ - بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - سعيد السيد قنديل، المرجع نفسه، ص 15، وبودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة) المرجع نفسه، ص 24.

به بإخطار الطرف الآخر الدائن به بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، سواء من ناحية شروطه أو أوصاف الشيء محله، وهو على حد قول الفقه يقصد به بصفة عامة إيجاد رضا سليم وحر واعي لدى الطرف الآخر، ولا يتضمن تعهدا خاصا بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، أما الإلتزام بتقديم النصيحة الناشئ عن عقد الاستشارة فهو ليس إلتزاما سابقا على التعاقد بل هو تعهد خاص، يتعلق بتنفيذ عقد معين يلزم أحد الطرفين بتقديم معلومات معينة في مجال فني أو قانوني معين¹ ومن تم فإن هذا التمييز قد دفع البعض إلى القول بأن الإلتزام بالإعلام يختلف عن الإلتزام بتقديم النصح أو المشورة بسبب أن الواجب الأول لا يحتاج إلى عقد يقرره بل يلتزم به المتعاقد قبل إبرام العقد بقوة القانون ومراعاة لمبدأ حسن النية في التعاقد، بعكس الإلتزام بتقديم النصح والمشورة الذي يستلزم وجود إتفاق خاص يقرره.²

تبدو أهمية هذا الإلتزام بصدد العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الآخر بسبب تفاوت الخبرة خاصة في العقود التي تعرف تطورا سريعا، وتعقيدات فنية متلاحقة، ولا شك في قيام هذا الإلتزام على عاتق المتفاوض المحترف في مواجهة الطرف الآخر، حتى يبين له مدى ملاءمة العقد من الناحية الفنية والمالية، فالواقع أن هذا الإلتزام يتوقف على الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والنظر إلى خبرتهم، وإمكاناتهم، فالقضاء يتشدد في هذا الإلتزام بالنسبة للمحترف إتجاه عدم خبرة الطرف الآخر وعدم علمه بالتفاصيل الفنية، وكذلك الحالات التي يثبت فيها علم الشخص باحتياجات الطرف الآخر، ويضيق الإلتزام بالنصيحة عند إجراء الصفقة مع طرف آخر أكثر خبرة من الشخص العادي.³

¹ - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 19.

² - السيد محمد السيد عمران، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت عبر الموقع www.Liec-edu.com/Uploads

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 59.

إنَّ واجب تقديم النصح يتأكد أثناء مرحلة المفاوضات، ويتجلى بوضوح أثناء مرحلة إبرام العقد (داخليا كان أو دوليا) ، وهناك من قسم مجالات هذا الإلتزام إلى 3 أقسام:

أولا: في العقود المركبة أو التي يكون محلها أشياء معقدة: (les choses complexes):

يظهر هذا الواجب بوضوح وتتجلى أهميته كإلتزام أساسي¹ في العقود التي يكون محلها تكنولوجيا معينة، وخاصة في مجال الإعلام الآلي حتى يتسنى للمتعاقد أن يكون على بينة من أمره في اختيار نظام الإعلام الآلي الأكثر ملاءمة، وحول أدائه أو نتائجه، وكذا عيوبه، والمضاعب المرتبطة به، وبخاصة تلك المتعلقة بتركيبه بحيث يمتد الإلتزام ليشكل إلتزاما بمساعدة المقتني *une obligation d'assistance*²، كما نجد الإلتزام بتقديم النصيحة في العقود المركبة، كعقود إنجاز المجمعات الصناعية، والعقود الدولية المتعلقة باقتناء المعدات الإلكترونية المعقدة، والعقود الدولية الخاصة باستغلال براءات الاختراع، والعقود الدولية لإستغلال العلامات التجارية وإنشاء شبكات دولية لتقديم الخدمات وتوزيع السلع، فالعملية التعاقدية في مثل هذه العقود لا تتوقف عند حد تحقيق الهدف المباشر محل

العقد، أو الإلتزامات الرئيسية فيه بل تتجاوز ذلك إلى أهداف وغايات أخرى لا تقل أهمية عن ذلك تظهر بعد إتمام الإلتزام الرئيسي، فالهدف من إنجاز مجمع صناعي على نحو صيغة "المفتاح في اليد" أو "المنتوج في اليد" لا تتوقف عند تركيب المعدات وإجراء التجارب لتشغيله أو تكوين اليد العاملة ... بل تتطلب إجادة وإتقان طرق صنع المنتوجات ذات الجودة الرفيعة القادرة على منافسة المنتوجات الأخرى في مختلف الأسواق الدولية ومعرفة أساليب وطرق تصريفها عبر هذه الأسواق، وإلا فقد إنشاء المجمع الغاية من الوجود، وأصبح مع مرور الوقت عبئا على البلد الذي أقيم فيه وهكذا

¹ - محمودي مسعود، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 136.

² - بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 25.

الأمر بالنسبة لإستغلال براءات الإختراع والعلامات التجارية فالعملية التعاقدية لا تقتصر على نقل المعرفة الفنية أو الإختراع أو العلامة التجارية بل تتعدى ذلك إلى تمكين المستفيد منها بما يسمح له من تحقيق الغاية المقتناة من أجلها.¹

والأمر لا يختلف بالنسبة للمساعدة الفنية المقدمة في عقود نقل التكنولوجيا ، لأنه غالباً ما لا يتوافر في متلقي التكنولوجيا الخبرة الكافية، لذا فإن المورد يلتزم بتقديم النصح عن طريق المساعدة الفنية، ويعد ذلك من مستلزمات عقد نقل التكنولوجيا يتعين الوفاء به، ولو خلا من النص عليه ما لم يتفق على استبعاده صراحة،² يتم تقديم المساعدة أو النصيحة بما يناسب أو بالطريقة التي تناسب الكيفية التي ينوي المتلقي استعمال التكنولوجيا بها،³ فيتم عرض المساعدة بالأسلوب الذي يمكن المتلقي من إستعاب المعرفة الفنية واستجدامها بما يلائم ظروف البيئة الإجتماعية والإقتصادية والتنموية، وغالباً ما يتضمن العقد بيان كيفية المساعدة، من حيث أعداد المتدربين، والمدة اللازمة والنفقات وبرامج التدريب والفئات من عمال وفنيين ومهندسين وإداريين.

ويجري التدريب من خلال إرسال خبراء على دراية كاملة بحق المعرفة إلى مواقع العمل للنصح والإرشاد والمشاركة الفعلية في الإنتاج، وقد يتم التدريب في الخارج للأفراد والعاملين، ويلتزم المورد بأن يقدم للمستورد ما يطلبه من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب.⁴

ومن تم فلتحقيق الأهداف التي يرمي إليها المتعاقد من وراء إبرام العقد النهائي فإنه يفرض على المتعهد واجب تقديم المشورة والنصح في كل مراحل هذا العقد من وقت إجراء المفاوضات بشأنه إلى غاية تنفيذه، فإذا أحجم المتعهد أو سكت أو أخفى جانب

1 - محمودي مسعود، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 137.

2 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 227.

3 - الحسين بن الشيخ آث ملويا، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 313.

4 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 227.

من الحقائق أو لم يفده بالنصائح والإرشادات، فإن مثل هذه التصرفات تفسر على أنها غش أو تدليس.¹

ثانياً: في عقود التأمين:

لقد تم فرض الإلتزام بالنصيحة في عقود التأمين بحيث يلتزم المؤمن بتقديم النصيحة باعتباره خبير من الناحية الفنية والمالية في تحديد الأداءات المتقابلة بينه وبين طالب التأمين.

وبناء عليه يلتزم المؤمن باعتباره شخصاً محترفاً بتقديم النصيحة إلى الشخص غير المحترف الذي يتفاوض معه، وذلك بأن يبين له مدى ملاءمة العقد من الناحيتين الفنية والمالية.

وقد رتب القضاء الفرنسي المسؤولية المدنية على عاتق المؤمن عند مخالفته للإلتزام المفروض عليه أثناء مرحلة التفاوض على العقد والذي يمليه مبدأ حسن النية كمبدأ رئيسي في التعامل.²

ثالثاً: في بعض المهن:

خاصة بالنسبة للتوثيق، حيث كان أول من اعترف له القضاء بوجود إلتزام بالنصح على عاتقه ثم فيما بعد بالنسبة لوكلاء الدعاوى، المحضرين، المحامين، الوكيل العقاري، الخبير المحاسب.

وبالرغم من الإختلافات القائمة حول طبيعة الإلتزام بالإعلام وكذا الإلتزام بالنصيحة فإن معظم الفقه والقضاء يجمع على أنهما إلتزامين ببدل عناية، ويبرر هذا التفسير بحكم أن المحترف لا يتحكم في نتيجة النصائح التي يقدمها، وهو لا يستطيع أن يلزم المشتري باتباعها.³

المطلب الثاني: الإلتزام بالتعاون والمحافظة على الأسرار.

¹ - محمودي مسعود، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 138.

² - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 11، 12.

³ - بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 26.

لقد سبق لنا القول في الفصل الأول أن الإتفاق المبدئي أو (عقد التفاوض) وخطاب النوايا باعتباره وسيلة للدعوة إلى التفاوض في العقود الدولية هما من الإتفاقات السابقة على إبرام العقد النهائي والمرتبة لمجموعة من الإلتزامات في ذمة الأطراف، ولكن بالرغم من ذلك فقد لا يكتفي المتفاوضون بإبرام مثل هذه الإتفاقات فحسب، ويلجؤون إلى إنشاء إتفاقات فرعية كتلك المتعلقة بإجراء الدراسات الفنية والإقتصادية اللازمة لتنفيذ المشروعات الكبيرة: فقد يحتاج تنفيذ المشروع إلى دراسات مسبقة للتربة كما هو الحال مثلا في مشروعات إنشاء المطارات وتعميق المجاري المائية للموانئ، ومشروعات إستغلال الثروات الطبيعية، ومشروعات الإسكان الكبيرة، وقد يحتاج تنفيذ المشروع إلى دراسات فنية هندسية كما هو الحال في مشروعات إنشاء المصانع، وفي هذه الحالة يعتبر الإتفاق على القيام بالدراسات المطلوبة بمثابة إتفاق تحضيري نسبة إلى العقد المنشود الذي يجري التفاوض عليه، فيتم من خلاله تحديد الدراسات المطلوبة وضبط المواعيد المقررة لها وتقديم التقارير عنها، وتحديد من يتحمل عبئها من الطرفين.

ونائج تنفيذ الإتفاق التحضيري يكون لها دور أساسي في تحديد الإلتزامات الناشئة عن العقد الأصلي على عاتق الطرفين، إضافة إلى الإتفاق على مدة معينة لإجراء المفاوضات، ورد تكلفة الدراسات، والإتفاق على عدم التفاوض مع الغير أثناء المفاوضات الجارية،¹ إن التقيد بكل هذه الإلتزامات يدخل ضمن إلتزام أساسي يتمثل في الإلتزام بالتعاون الذي يظل قائما طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ذلك لأن صور التعاون لا تدرج تحت حصر، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم² (الفرع الأول).

كما يلتزم الأطراف خلال مرحلة المفاوضات كما سبق الذكر بالإعلام فعلى كل متفاوض أن يعلم الطرف الآخر بما لديه من معلومات حول محل العقد النهائي المرغوب إبرامه، خاصة إذا كان هذا الأخير يتعلق بنقل تكنولوجيا فيلزم الراغب في الحصول على

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 335، 336، 413، 416، 417.

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 58.

التكنولوجيا محل التفاوض التعرف على أسرارها مقدما، حتى يتمكن من تقدير كفاءتها وكفايتها لتحقيق أهدافه، لكن صاحب التكنولوجيا يجد نفسه معرضا لخطر ذيوعتها واستعمالها من قبل الطرف الآخر دون مقابل، في حال إخفاق المفاوضات وعدم التوصل إلى العقد المنشود، فكيف يمكن للأطراف التغلب على هذا التناقض في المصالح؟¹ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلتزام بالتعاون أثناء إجراء المفاوضات.

لكي يتحقق الوفاء الكامل بالإلتزام الأساسي الناشئ عن عقد التفاوض (أو اتفاق المبدأ) يلزم توفر تعهد فيما بين الأطراف بالتعاون، حتى تتحقق الغاية من المفاوضات بينهم، وعادة لا يتم النص الصريح كتابة أو شفاهة على الإلتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة، بل يفترض وجوده ضمنا وفي هذا قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس بأنه: "من الملائم التأكد على أنه يوجد، وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية، في النطاق الخاص بالتجارة الدولية عادات ومبادئ التعاون والمفروضة على كل الممارسين الإقتصاديين للتجارة الدولية، فعلى أطراف العقد الواجب الضمني بتنسيق جهودهم للتعاون، ويتجسد الإلتزام بالتعاون في التشاور والمشاركة في إعداد سيناريو أو جدول المفاوضات، وتحديد مكان وزمان إجرائها والتراضي على تحديد الخبراء الفنيين والإستشاريين، والتنفيذ الدقيق لإلتزاماتهم...".²

وكما سبقت الإشارة إلى ذلك فإن للإلتزام بالتعاون أثناء إجراء المفاوضات صور عديدة، من أهمها الإلتزام بإجراء الدراسات حول محل العقد المزمع إبرامه إضافة إلى تقييد كل طرف بمدة المفاوضات وإلتزامه بالإستمرار فيها، مع عدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير.³

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق 336، 337.

² - مقتبس من عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات "العقود الدولية"، عبر الموقع :

<http://www.F-law.net/law/showthead.php?p=44000>.

³ - لقد سبقت لنا الإشارة إلى هذه الإلتزامات عند حديثنا عن عقد التفاوض في الفصل الأول، ولكن هنا نحاول التعرض لها بأكثر تفصيل باعتبارها دلائل على تعاون الأطراف عند إجراء المفاوضات.

أولاً: التقيد بالمدة المعينة للمفاوضات:

عادة ما تتفق الأطراف المقبلة على التفاوض على مدة معينة لإجراء المفاوضات، ولكن فحوى هذا الإتفاق يمكن أن يختلف من حالة لأخرى، ففي مثل أول، يشدد مصدر الخطاب على الصفة العاجلة للمشروع، ويؤكد على ضرورة إبرام العقد النهائي بأسرع وقت ممكن بعد المحادثات، كما يؤكد على إلتزام الطرفين باتخاذ كل ما يلزم منذ بدء المحادثات لتحقيق ذلك، وبالتالي فيلتزم الطرفين بالتوصل إلى إبرام العقد المنشود خلال المدة المحددة (ثلاثين يوماً مثلاً) من بدء المفاوضات، لكن إلتزامهما بإتمام التعاقد خلال هذه المدة هو مجرد إلتزام ببذل عناية وليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة، فإذا بدل كل منهما الجهد الواجب ولم يتوصلا رغم ذلك إلى إبرام العقد المنشود خلال المدة المحددة، فإن ذلك لا يمنع من مواصلة التفاوض بعد إنتهاء الفترة المعينة له توصلًا إلى إبرامه.

وفي مثال ثانٍ قد يحدد الطرفين في إتفاق التفاوض أو أحدهما في خطابه مدة معينة من تاريخ إنتهاء دراسة الجدوى (أي إنتهاء المفاوضات والدراسات)، يتعين على كل من الطرفين خلالها أن يخطر الآخر برغبته النهائية في التعاقد على المشروع، فإذا انتهت المدة دون أن يعلن كل من الطرفين رغبته في إتمام التعاقد، صار الإتفاق على التفاوض منتهياً، وبعبارة أخرى فالأمر يتعلق بشرط فاسخ للإتفاق على التفاوض هو عدم إخطار كل من الطرفين للآخر برغبته في إتمام العقد خلال المدة المحددة.¹

ثانياً: الإلتزام بالإستمرار في المفاوضات:

متى بدأت حالة المفاوضات بأن دخل الطرفان فعلاً في دائرتهما، بمحض إرادة كل منهما، فقد نشأت حالة واقعية يجب الإعتداد بها، وقوام هذه الحالة أن كل طرف قد بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بأنه سيتناقش معه بجدية ورغبة صادقة كل ظروف أو شروط العقد المزمع إبرامه، وأنه إذا سارت الأمور حسب المتوقع أو المألوف، فينتهي

¹ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 416، 417.

الأمر بتوقيع العقد النهائي.¹

ومن تم فعلى كل طرف في المفاوضات مواصلة التفاوض بنية جادة، مع توخي الأمانة وشرف التعامل وحسن النية في كل مرحلة، والإمتناع عن الغش أو السلوك التدليسي، والإلتزام بعدم قطع المفاوضات دون سبب معقول.²

وعلى أساس الثقة التي نشأت بين الأطراف سيتحمل كل طرف في العملية نفقات وجهد يتمثل في إعداد الدراسات، وتشكيل فرق المفاوضات، وقد يصل الأمر أحيانا إلى إختراع تصميم عمل فني معين، أو إقامة منشآت، أو تأجير أو إنشاء مخازن، أو الحصول على تصريحات من جهات مختصة، أو التعاقد مع محامين أو مهندسين، وغير ذلك من الأمور، فإذا فوجئ أحد من الطرفين بأن الطرف الثاني لم يكن جادا في موقفه أو كان متصنعا أو هو لم يقصد سوى الدعاية والإعلان، أو مجرد إستطلاع ظروف الطرف الآخر أو ظروف السوق، فمن المؤكد أن هذا الطرف أي الأول يشعر بأن ثقته قد اهتزت، وأن أضرارا قد لحقته نتيجة سوء نية الطرف الآخر.

ومن العدل أن يبحث أو أن يطلب من القضاء إنصافه، وسنده في ذلك سوء نية الطرف الآخر أو المسلك الخاطيء لهذا الأخير، والذي تمثل في بعث الثقة الوهمية والزائفة في نفس الطرف المتضرر، ولكن بالمقابل المتسبب في الضرر سيدافع عن تصرفاته مستندا إلى أنه لا يمكن إلزامه بأي حال على إنجاح المفاوضات ومن تم إبرام العقد النهائي، وليس عليه أن يعلن مبررا لذلك، فالأصل وفقا لمبدأ سلطان الإرادة³ أن الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، وهو إلى جانب ذلك حر في إختيار المتعاقد الآخر، فالعقد يفترض في الأصل إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، وبمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في دخول العلاقة التعاقدية، وبالتالي فهو لا يُجبر في الأصل على

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 42، 43.

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 43.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 43.

التعاقد إلا إذا دعت ضرورة المصلحة العامة إلى ذلك،¹ ومن تم فلا مسؤولية على أحد إلا إذا حصل قطع المفاوضات بشكل يدل على تجاهل معايير التصرف وفقاً لمبدأ حسن النية، هذا طبعاً في غياب أي تشكيل أو في عدم وجود شكل تعاقد بين الطرفين، ولكن أحياناً يلجأ الأطراف ويهدف لإنجاح المفاوضات للقيام بإجراء بعض العقود،² والإتفاقات المؤقتة ذات الأهداف التنظيمية البحتة، أي تنظيم العلاقات ضمن مرحلة ما قبل التعاقد، وتحديد مضمون الموجبات التي يقبلها المتفاوضون، والتي تفرض عليهم الإلتزام بها بغية الوصول إلى الغاية المنشودة من العملية التفاوضية، ألا وهي إبرام العقد النهائي عبر متابعة المفاوضات بجدية وفقاً لمبدأ حسن النية، ومن تم فلا يمكن إجبار الطرف الذي انسحب من المفاوضات أن يعطي مبررات طالما أنه لم يتعسف في قطعها ولم يخالف مبدأ حسن النية في التعامل، بالرغم من وجود إتفاقات سابقة عن إبرام العقد النهائي طالما أن هذه الأخيرة لم تسبغ بالصفة العقدية من قبل الأطراف، ذلك لأن هدفها ينحصر في دفع المفاوضات إلى الأمام وإسباغ الجدية عليها، ويرجع الهدف من إزالة الصفة العقدية عن التنظيمات أو الإتفاقات السابقة لإبرام العقد النهائي هو تجنب التهديد بالتعويض الذي يؤدي أحياناً إلى المساس بحرية التعامل التجاري والحرية التعاقدية والمنافسة الحرة ويفتح الباب أمام الشركات المغامرة والمنحرفة للحصول على تعويضات عن رفض عروضها المبالغ فيها أو التي لا يتوقع تنفيذها بسبب نقص الخبرة أو سوء السمعة.³ وبالتالي فإن عدم الوصول إلى نتيجة في المفاوضات أو بالأحرى عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي لا يترتب أية مسؤولية،⁴ إلا متى كان ذلك بسبب مخالفة مبدأ حسن النية.

¹ - خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 29.

² - من بين الأشكال التي تعمل على تنظيم المفاوضات نذكر على سبيل المثال لا الحصر، الكتاب الميث للنية، الإتفاق المبدئي (أو عقد التفاوض)، مذكرة التفاهم، كتاب المساندة، إلتزام الشرف (أو خطاب النوايا)، عقد الأفضلية مقتبس من عبد المنعم مرسي إبراهيم، المرجع السابق، ص 44.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 45.

⁴ - christian Atias, Op cit, P : 18.

وقد وجد القضاء أن عليه أن يوفق بين اعتبارين: الأول: يتمثل في حماية الطرف الذي وثق بجدية المفاوضات، والإعتبار الثاني: هو حماية الطرف الآخر من أن يُجبر على قبول عقد لا يريدته تحت تهديد الإلتزام بالتعويض، وقد قبل هذا الإعتبار الأخير تحت تأثير الإحترام المطلق لمبدأ سلطان الإرادة وبالتالي إستبعاد أي قيد على الحرية التعاقدية فيجب على كل طرف أن يضع في حسابه وبصورة مسبقة أن الطرف الآخر ليس ملزماً بإبرام العقد النهائي، ولا تقديم مبرر لإمتناعه عن ذلك.

ولكن مع تزايد الدعاوى القضائية، والتي ظهر من خلالها بوضوح سوء نية أحد الطرفين من واقع انسحابه من المفاوضات فجأة، بدأت الحاجة إلى ضرورة ملاحقة الشركات غير الجادة، وبخاصة تلك التي ترمي إلى الدعاية والإعلان عن طريق الدخول في مفاوضات وهمية بعد نشر إعلانات الرغبة في التعاقد، وقد ذهبت بعض الأحكام إلى القول بأن الإنسحاب من المفاوضات بعد أن قطعت شوطاً مهماً هو نوع من التعسف في استعمال الحق، خصوصاً إذا كان عمداً و عن سوء نية، ويستدل عليهما من واقع أن المفاوض قد كانت له النية مقدماً في عدم التعاقد.¹

وجاء في حكم آخر أن المفاوض الذي أوحى للطرف الآخر باحتمال إبرام العقد في نهاية مفاوضات معقولة، يكون قد قطع على نفسه عهداً بالإستمرار في المفاوضات، وإخلاله بهذا العهد يشكل خطأً يوجب مساءلته عنه.²

وجاء في حكم آخر أن الدخول في مفاوضات بقصد إبرام العقد يؤدي إلى قيام إلتزام على المفاوض بالإستمرار في المفاوضات دون الإلتزام بالوصول إلى العقد النهائي، ولما كان مناط الإخلال بالإلتزام هنا هو سوء النية وكان حسن النية مفترضاً، فإنه يقع على الطرف المتضرر أن يثبت سوء نية الطرف المنسحب، فإن فشل في ذلك، فلا يحكم بالتعويض ضد هذا الأخير.³

¹ - الحكم مقتبس من عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 46.

² - الحكم مقتبس من عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 46.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 47.

وبالتالي فإنه وكما سبقت الإشارة¹ يعد الإلتزام بالإستمرار في التفاوض في الأصل إلتزام ببذل عناية، وقد صدر عن القضاء الفرنسي حكم سنة 1995 يبين لنا من خلاله أهمية هذا الإلتزام وجزاء الإخلال به وكان ذلك في قضية تتلخص وقائعها فيما يلي:²

في غضون عام 1985 توصلت شركة Poleval إلى تطوير نوع معين من الدواء وحصلت على براءة اختراع عنه في فرنسا، وفي عام 1987 قدم بيان بطريقة التصنيع إلى شركة الأدوية Sandoz فرع فرنسا التي قامت بدورها بإبلاغه الشركة الأم "ساندوز" سويسرا، وعلى إثر إجتماع انعقد في بال بسويسرا أبلغت تلك الأخيرة شركة بوليفال برغبتها في إقامة تعاون معها عند توفر بعض الشروط الخاصة بالتكنولوجيا والتمويل المتعلق بتكاليف الإنتاج ومن تم قامت شركة "بوليفال" بإجراء الدراسات اللازمة لتصنيع الماكينة التي ستنتج الدواء الجديد كما قامت شركة "ساندوز" سويسرا من جانبها بالدراسات الخاصة بالجوانب التجارية والصناعية للمشروع.

وفي عام 1989 أكدت شركة "ساندوز" سويسرا رغبتها كتابة إلى شركة "بوليفال" اهتمامها بالمشروع ونيتها في إبرام عقد إطار مع بعض التحفظات، وأرسلت ذلك العقد إليها، وقد ردت شركة "بوليفال" بموافقتها المبدئية على ذلك العقد، غير أنه بعد اجتماع ثلاثي وتبادل جديد لمشروع عقد الإطار أخطرت شركة "ساندوز" سويسرا شركة "بوليفال" الفرنسية أنها لن تستمر في مشروع إستغلال الطريقة الجديدة لإنتاج الدواء، وتم قطع المفاوضات عام 1990 على إثر ذلك رفعت شركة "بوليفال" دعوى على شركة "ساندوز" سويسرا و"ساندوز" فرنسا لتعويض الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الإتفاق بعد إنعقاده واحتياطيا على أساس المسؤولية التقصيرية للإلغاء والقطع التعسفي للمفاوضات.

¹ - سبق لنا أن ذكرنا هذه الفكرة عند تكلمنا عن عقد التفاوض ، وذلك في الصفحة 38 وما يليها.

² - عبد الكريم سلامة النظام القانوني للمفاوضات، "العقود الدولية" عبر الموقع

وبحكمها الصادر في 21 ديسمبر 1995 أكدت محكمة استئناف فرساي أن الأطراف قد نظمو تعاقديا تفاوضهم بتبادلهم مشروعات العقد وهذا هو عقد التفاوض الذي نشأ عنه إلتزامات تعاقدية حقيقية وإذ قامت شركات "ساندوز" وبدون سبب جدي وموضوعي بقطع المفاوضات بعد أن سارت شوطا كبيرا إستمر ما يقارب أربع سنوات، فإنها تكون قد خالفت إلتزاماتها الناتجة عن عقد التفاوض وكما تقول المحكمة أنه: "... بتركها شركة بوليفال تأمل في إبرام العقد على مدار قرابة أربع (4) سنوات فإن شركات ساندوز تكون بالمخالفة لمقتضيات الشرف وحسن النية قد سببت ضررا لشركة بوليفال مما يوجب عليها التعويض." وهو ما حكمت به وبلغ 4 ملايين فرنك فرنسي¹.

ثالثا: إمتناع التفاوض عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير:

غالبا ما يسعى المتعاملون في ميدان التجارة (سواء الدولية أو الداخلية) للوصول إلى أحسن الصفقات التي تحقق طموحات مشروعاتهم وتوسيع أنشطتهم ، لذلك قد يسعى أحد الطرفين إلى إجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث حتى يحقق مراده. والقاعدة العامة أن المفاوضات الموازية جائزة ومشروعة عملا بمبدأ الحرية التعاقدية،² فللشخص أن يوازن بين الفرص المتاحة ويفضل الصفقة التي تحقق مصلحته أكثر من غيرها.³

ومن تم فلا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة، ويسمى "شرط القصر أو الإستبعاد". كما يصح الإستناد إلى المبدأ العام الذي يحكم المفاوضات وهو حسن النية، خاصة وأن مرحلة المفاوضات لم تنظمها أغلب إن لم نقل كل قوانين الدول ذلك أن شرط حظر المفاوضات متى وجد في مفاوضات دولية واعتبرنا تلك المفاوضات تتم إستنادا إلى عقد التفاوض فإن مضمون

¹ - مقتبس من عبد الكريم سلامة النظام القانوني للمفاوضات، "العقود الدولية"، عبر الموقع

<http://www.F-law.net/law/showthead.php?p=44000>

² - عبد الكريم سلامة النظام القانوني للمفاوضات، "العقود الدولية"، عبر الموقع

<http://www.F-law.net/law/showthead.php?p=44000>

³ - خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 29.

هذا الشرط وجوازه وجزاء الإخلال به يحدده قانون إرادة الطرفين¹ الذي نادرا ما يتضمن تنظيما متعلقا بهذا الشرط بصفة خاصة أو بمرحلة المفاوضات بصفة عامة، وإن كان هناك من يقول أن الإخراط في المفاوضات يولد بذاته إتفاقا على مواصلة التفاوض بما يجب من حسن نية، ولكن هذا الإتفاق لا يولد بذاته إلتزاما بقصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات، إذ القول بغير ذلك معناه في الحقيقة مصادرة حرية التعاقد، وحرية المناقشة من أساسها، ومن هنا تظهر فائدة مثل هذا الشرط الذي يلزم صاحبه بعدم التفاوض مع الغير خلال فترة المفاوضات، فهو ينشئ إلتزاما على عاتقه لم يكن ليوجد لولا إرادته الصريحة في إلتزام نفسه به التي عبر عنها الخطاب أو الإتفاق المبدئي (عقد التفاوض). ومثال ذلك: المفاوضات التي تجري بين مجموعتين من الشركات على عملية بيع لحصص بعض الشركاء في المجموعة الأولى، وبعض العلامات التجارية الخاصة بها إلى المجموعة الثانية، وفي إطار هذه المفاوضات، كتبت المجموعة الأولى التي تقف في مركز التفاوض على البيع إلى المجموعة الثانية التي تقف في مركز المفاوضات على الشراء، معبرة عن إلتزامها بعدم التفاوض مع الغير على الصفقة خلال مدة معينة، حتى تتيح لها دراسة إمكانية إتمام العملية المتبغاة².

الفرع الثاني: الإلتزام بالمحافظة على الأسرار عند القيام بالمفاوضات.

يلتزم المتفاوض بالمحافظة على الأسرار التي يطلع عليها أثناء التفاوض، حيث قد تقتضي المفاوضات إفشاء أحد الطرفين للآخر بعض أسراره الهامة، حتى ولو لم تكن هذه الأسرار تحظى بالحماية القانونية³، ويثور التساؤل هنا عن أساس ومضمون إلتزام المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي حصل عليها خلال فترة التفاوض سواء انتهت المفاوضات بالنجاح أو بالفشل؟

¹ - عبد الكريم سلامة. النظام القانوني للمفاوضات، "العقود الدولية"، عبر الموقع

<http://www.F-law.net/law/showthead.php?p=44000>

² - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 414.

³ - محمد حسن منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 59.

أولاً: أساس الإلتزام بالمحافظة على الأسرار:

تدور مفاوضات العقود المعاصرة (دولية كانت أم داخلية) على مسائل ذات طابع فني أو تكنولوجي، كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا، والاستشارات الهندسية، والمساعدات الفنية والصناعية، وتصنيع برامج الحاسبات الإلكترونية أو توريد بيانات من أحد بنوك المعلومات عبر شبكة الإتصالات العالمية¹ ...

ففي التفاوض على هذه العقود، يلزم الراغب في الحصول على التكنولوجيا مثلاً محل التفاوض التعرف على أسرارها مقدماً، حتى يتمكن من تقدير كفاءتها وكفايتها لتحقيق أهدافه، لكن صاحب التكنولوجيا يجد نفسه معرضاً لخطر ذبوعها واستعمالها من قبل الطرف الآخر دون مقابل في حال إخفاق المفاوضات وعدم التوصل إلى العقد المنشود.² فوفقاً للقواعد العامة لا يلزم الشخص بالمحافظة على ما تلقاه من معلومات إلا إذا كان هناك نص في القانون أو اتفاقاً بين الطرفين في العقد على ذلك، أي الإلتزام بالمحافظة على سريتها ما دام صاحب هذه المعلومات لا يرغب في الكشف عنها للغير.

فنصوص القانون تقتصر على تبيان الحالات التي يعتبر فيها الشخص مؤتمناً على ما تلقاه من معلومات، فلا يجوز له الكشف عنها ما لم يكن الأمر متعلقاً بارتكاب جريمة ومن ذلك الموظفين العموميين، فيما يتلقونه من معلومات بمناسبة عملهم، مثلاً: موظف الجمارك والضرائب والإحصاء، ومن ذلك أيضاً المحامون والأطباء وغيرهم الذين يؤتمنون على أسرار عملائهم، وهناك نصوص في قانون العقوبات تجعل الإفشاء بالمعلومات التي يحرص الغير على إخفائها جريمة معاقبا عليها، إما باعتبار ذلك جريمة إفشاء الأسرار وإما باعتباره نوعاً من القذف والتشهير إذا كان من شأن هذه المعلومات أن تحط من شأن الشخص بين الناس.³

¹ - عبد الكريم سلامة النظام القانوني للمفاوضات، "العقود الدولية" عبر الموقع

<http://www.F-law.net/law/showthead.php?p=44000>

² - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 327.

³ - المادة 301 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في جوان 1966 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري والتي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بقرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيدالدة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو

ومن الناحية المدنية لا يجوز أيضا إفشاء الأسرار التي تشكل وسيلة إثبات ما دام الشخص مؤتمنا عليها.¹

وقد يوجد مثلا هذا الإلتزام بالسرية من خلال نص ورد في العرض أو الإيجاب أو الدعوى إلى التعاقد، أو في خطاب لاحق، وعندئذ يعتبر التزاما عقديا بعدم الإفشاء ما دام قد تم إدراجه في نصوص العقد اللاحق بين الطرفين.²

كما قد يلجأ الأطراف وحرصا منهم على بلوغ عملية التفاوض أهدافها إلى إبرام إتفاق فرعي، يسمح للراغب في التكنولوجيا بالحصول على المعلومات التي تطمئنه على مستقبل مشروعه، في مقابل تعهده بعدم كشف هذه المعلومات لغيره وعدم إستعمالها من قبله في حال عدم التوصل إلى الإتفاق النهائي على نقل التكنولوجيا، مثل هذا الإتفاق يكون شبيهاً بالإتفاق المؤقت، الغرض منه ينتهي بمجرد إبرام العقد النهائي في حال التوصل إليه لكن أثره يكون ممتدا في الوقت نفسه في حال فشل المفاوضات، فعدم إبرام العقد النهائي لا يحلل الراغب في الحصول على التكنولوجيا من إلتزامه بالحفاظ على سرية المعلومات التي توصل إليها تنفيذا للإتفاق، ولا بإلتزامه بعدم إستعمالها لحساب نفسه.³

ولكن يثور الإشكال إذا لم يوجد نص في القانون أو في العقد يقضي بإلزام من تلقى المعلومات بمناسبة العقد وخصوصا في مرحلة المفاوضات للعقود التي لم تتم بعدم الكشف عنها للغير، فهل يظل هذا الإلتزام قائما بالرغم من عدم وجود نص يستند إليه؟ بإمكاننا القول في هذا الصدد أن المفاوض يمنع عليه الإفشاء بالمعلومات التي علمها من الطرف الآخر في أثناء مفاوضات العقد، استنادا إلى أحكام المسؤولية

المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك."

¹ - تنص المادة 79 من القانون المنظم لمهنة المحامي في الجزائر على ما يلي: "يمنح المحامي من إبلاغ أية معلومات أو وثائق تتعلق بقضية أسندت إليه أو الدخول في صراع يخص تلك القضية، وفي كل الأحوال عليه أن يحافظ على أسرار موكله."

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 49-50.

³ - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 337.

التقصيرية، فالخطأ التقصيري يتمثل في الإخلال بالواجب العام بعد الانحراف عن سلوك الرجل العادي عند التعامل مع الغير، والرجل العادي لا يفشي الأسرار التي علمها بمناسبة مفاوضات العقد ولا يفصح بها إلى الغير، ولا يستغلها لحساب نفسه، فمعيار الرجل المعتاد يقوم على اعتبار أخلاقي إلى جانب الإعتبار المادي.¹

لكن على أي حال فمثل هذا الإتفاق المفصل على الإلتزام بالسرية من شأنه أن يقطع أي خلاف عليه، بالإضافة إلى تعيين مداه، سواء من حيث المعلومات التي ينصرف إليها أو من حيث الأشخاص الذين يسمح لهم بالإطلاع عليها، أو من حيث النطاق الزمني للإلتزام.²

ثانياً: مضمون الإلتزام بالمحافظة على الأسرار:

ينشأ هذا الإلتزام عندما يتلقى كل أو أحد المتفاوضين العديد من المعلومات من الطرف الآخر بمناسبة العقد المزمع إبرامه، ولكن ليس كل هذه المعلومات محلاً للسرية، بل يقتصر الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات على نوعين:

1- النوع الأول من المعلومات:

تتمثل في المعلومات التي أسبغ عليها أطراف التفاوض هذا الطابع، والمعيار في ذلك هو الثقة المتبادلة التي قامت بينهم بمناسبة العقد المزمع إبرامه،³ من ذلك مثلاً الأسرار الخاصة بالموقف المالي لأحد الأطراف، وحجم تعاملاته وسائر الأسرار الأخرى التي تتصل بكيانه المادي،⁴ فقد يطلب أحد الطرفين تسهيلات ائتمانية أو قرضاً، أو يعلن أنه يسعى للإندماج في مؤسسة أخرى توكياً للإلتزام المالي، وهو إذ يعلن ذلك للطرف الآخر فإنه يثق بأنه لن يستغل ذلك ضده، ومن ثم تأخذ هذه المعلومات طابع السرية، إضافة إلى ذلك فقد يؤدي البوح ببعض المعلومات من أحد الأطراف إلى الإضرار أدبياً أو معنوياً

1 - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 51.

2 - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 415، 416.

3 - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 52.

4 - عبد الكريم سلامة النظام القانوني للمفاوضات، "العقود الدولية" عبر الموقع :

بالطرف الآخر، على أن الإلتزام بالسرية لا يشمل المسائل غير المشروعة مثل التهرب من الضرائب أو التهريب الجمركي، أو الإحتكارات المحظورة أو المسائل الصورية التي تخفي هدفا غير مشروع، ولكن خروج هذه المسائل من إطار الإلتزام بالسرية لا يعني أن الطرف الآخر قد أصبح حرا في الإفشاء بها للسلطات العامة أو إلى وسائل الإعلام، ولكن يقتصر ذلك على الإفشاء بها للسلطات العامة متى كانت تشكل جريمة جزائية، وكان القانون يوجب عليه كمواطن عادي الإبلاغ عنها، أو طلب هذه السلطات شهادته بشأنها. ويخرج أيضا عن الإلتزام بالسرية كل المعلومات التي أفشى بها صاحبها إلى وسائل الإعلام لتعلن على الكافة، إذ هو بذلك يكون قد أزال عنها بنفسه طابع السرية.¹

2- النوع الثاني من المعلومات:

يتمثل هذا النوع من المعلومات في تلك الأسرار أو البيانات أو المعرفة الفنية التي يحصل عليها الراغب في الإستفادة من التكنولوجيا أو التقنية محل التفاوض، خاصة وأن السير في المفاوضات لأجل الوصول إلى إتفاق يستلزم الكشف عن العديد من الأسرار الفنية والتكنولوجية، لذلك عادة ما يتفق طرفا التفاوض في إتفاق خاص مستقل أو بإدراج بند في عقد التفاوض على الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التي تم تداولها والكشف عنها، ويجري قضاء التحكيم فيما يخص العقود الدولية على ترتيب مسؤولية من يكشف من طرفي التفاوض عن أسرار الطرف الآخر، على أساس الإخلال بالإلتزام عقدي، طالما وجد إتفاق على ذلك. وقد شدد على أهمية إحترام واجب الحفاظ على سرية المعلومات التي يتم الإفشاء بها أثناء المفاوضات، مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية التي إعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما عام 1994 فقد نص البند 16 من المادة الثانية منها على أن: "يلزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات معلومة معنية ذات طابع سري من الطرف الآخر، سواء أبرم العقد أو لم يبرم بعدم إفشائها أو

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 53.

إستخدامها بغير حق لأغراض شخصية، ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر." يبدو أن هذا النص يجعل من الحفاظ على سرية المعلومات مبدأ عاما وواجبا شاملا يلتزم به كل الأطراف في مواجهة بعضهم البعض، دون حاجة إلى نص صريح عليه، بحيث أن الإخلال به يرتب الحق في التعويض لصاحب تلك الأسرار، وهو تعويض يشمل المنافع التي حصل عليها الطرف الآخر من إستخدام أو إفشاء تلك الأسرار، كل ذلك حسب القانون واجب التطبيق على عقد المفاوضة.

غير أنه يعيب ذلك النص بأنه لم يحدد الطبيعة التعاقدية أو التقصيرية للإخلال بواجب الحفاظ على سرية المعلومات، وترك المجال مفتوحا ليس فقط للإجتهد بل كذلك للإختلاف بين التشريعات الوطنية وهو ما يعسر حل مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق في حالة تنازع القوانين بشأن المسؤولية قبل التعاقد، وعلى كل حال فإن ماهية الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات ونطاقه وحالات الإخلال به، والجزاء المترتب على ذلك كلها مسائل يحددها القانون الواجب التطبيق على الشرط المقرر والمثبت لذلك الإلتزام، سواء كان القانون الذي اختاره الأطراف خصيصا له أو كان القانون الذي يحكم عقد التفاوض باعتباره بندا فيه.

وقد يقرر قانون العقد أنه لا يلزم الإلتفاق الصريح على الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات حتى يلتزم به طرفا التفاوض بل يعتبر إلتزاما عقديا يفترض وجوده بغير حاجة إلى نص¹، مما يمكن اعتباره من مستلزمات العقد عملا بالمادة 111 فقرة 2 من ق.م.ج والتي جاء فيها: "أما إذا كان هناك لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك لطبيعة

¹ - مقتبس من عبد الكريم سلامة النظام القانوني للمفاوضات، "العقود الدولية" عبر الموقع

<http://www.F-law.net/law/showthead.php?p=44000>

التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"¹.

وفي الأخير تجدر الملاحظة إلى أن إلتزام الراغب في التكنولوجيا أياً ما كان مداه لا يمتد إلى المعلومات التي كانت متوفرة لديه من قبل الإلتفاق مع صاحبها، ولا يمتد إلى تلك المعلومات التي كانت متاحة من قبل هذا الإلتفاق، بالنظر لشيوعها، وكثيراً ما تلجأ الإلتفاقات إلى تحديد مثل هذه المعلومات التي لا تكون محل إلتزام من الراغب في التكنولوجيا على سبيل الحصر منعاً للخلاف في المستقبل، وقد يتضمن هذا الحصر نصاً عاماً يستثني من الإلتزام "المعلومات التي صار التوصل إليها متاحاً للكافة دون مقابل"، لكن الصعوبة تظل قائمة في تطبيق مثل هذا النص، بالنظر لعدم إمكان التوصل إلى معيار عملي يميز المعلومات المتاحة للكافة عن تلك التي مازالت غير متاحة إلا للخاصة، واللتزام الراغب في التكنولوجيا بالسرية لا يمتد بالطبع إلى عماله المنوط بهم دراسة المعلومات التي يكشف عنها صاحب التكنولوجيا وتقييمها، لذلك قد يتضمن الإلتفاق تحديد هؤلاء العمال، وهو لا يمتد كذلك إلى الهيئات الفنية المستقلة المتخصصة في مثل هذا التقييم، وكثيراً ما يتم تحديد هذه الهيئات بدقة في الإلتفاق منعاً للخلاف.²

¹ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

² - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 338-339.

المبحث الثاني المسؤولية المدنية المترتبة على عاتق الأطراف أثناء المرحلة السابقة للتعاقد.

المقصود بالمسؤولية أن تمة فعلا ضارا يوجب مؤاخذه فاعله متى نجم عن هذا الفعل إضرار بالغير.¹ وقد نصت المادة 124 ق.م على ذلك بحيث جاء فيها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".²

وتنقسم المسؤولية المدنية إلى قسمين أو نوعين: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فيشترط لقيام الأولى أي (العقدية) أن يوجد عقد صحيح تضمن موجبات معينة إلترم بها كل من طرفي العقد، هذا في العقود المتبادلة، أما في العقود الصادرة عن إرادة منفردة فإنه يكفي أن يتضمن العقد موجبات محددة إلترم بها من صدرت عنه، حتى تقوم مسؤوليته في حال ما امتنع عن تنفيذها.³

أما المسؤولية التقصيرية فتقوم عند الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو إلترم بعدم الإضرار بالغير، فالدائن والمدين في المسؤولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية، أما في المسؤولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبيا عن الدائن.⁴

ومن تم فمما لا شك فيه أنه لا توجد مسؤولية عقدية بدون عقد، وعلى العكس من ذلك تتعدد مشاكل وصور المسؤوليات المدنية التي قد تنشأ بعد إبرام العقد، فقد نكون بصدد مسؤولية عقدية أو تقصيرية حسب ما يتوافر من شروط في هذه المرحلة.

¹ - عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية (أساسها وشروطها) الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية و دار الثقافية للنشر والتوزيع، الأردن 2002، ص 8.

² - قانون رقم 10-05 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ 20 جوان 2005 المعدل والمتمم لأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر عدد: 44.

³ - مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، (الجزء الثاني)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004، ص 29.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (المجلد الثاني)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 847.

أما مرحلة ما قبل إبرام العقد النهائي في إطار بحثنا هذا، قد تنشأ مفاوضات بين طرفين أو أكثر بقصد إبرام عقد معين وفي أثناء هذه المرحلة قد يتكبد أحد الطرفين مصروفات، ويتخذ إجراءات معينة، ورغم ذلك لا ينعقد العقد (فشل المفاوضات)، ففي هذه الحالة يكون من حق هذا الطرف الأخير أن يطالب الطرف الآخر بتعويض عما تحمله في هذه المرحلة.

هناك اتجاه يذهب إلى القول أن فشل المفاوضات وقطعها لا يعد مصدر للمسؤولية، حيث أنه لم يتم التعبير في النهاية إلا عن رغبة الأطراف المتفاوضة في عدم إتمام العقد المقترح، وبمعنى آخر فإن مرحلة التفاوض هي مرحلة تبادل للعروض والمقترحات، وحرية الأخذ والعطاء خلاله مكفولة للأطراف حتى يمكن لكل منهم أن يستدرك أقواله ويضع حدا لهذه المفاوضات عندما يرغب في ذلك،¹ هذا ما قضت به محكمة النقض بباريس في 14/01/1969 عندما قالت بعدم مسؤولية صاحب المشروع الذي تفاوض مع أحد المقاولين لإنجاز مشروعه، وتلقى من لدنه بيانات تقنية ومعاينات ميدانية لكن في النهاية أبرم العقد مع مقاول آخر.²

أما الإتجاه الراجح يقول بوجود هذه المسؤولية خلال المرحلة السابقة لإبرام العقد النهائي،³ وهذا ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20/03/1973 حيث حكمت بمسؤولية شركة قامت بقطع المفاوضات بدون مبرر أساسي بواسطة مكالمة هاتفية دون أن تمكن الطرف الآخر من سبب انسحابها من المفاوضات التي دارت بينهما.⁴

ولكن ثار تساؤل في غاية الأهمية يتعلق بتحديد الأساس الذي يمكن أن يستند إليه المدعي في دعواه، وما هي المسؤولية المثارة في هذه الحالة؟ هل هي مسؤولية تقصيرية؟ أم

¹ - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 58.

² - مأخوذ عن محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 99.

³ - سعيد السيد قنديل، المرجع نفسه، ص 59.

⁴ - مقتبس من محمودي مسعود، المرجع نفسه، ص 99.

أنه يمكن اعتبار قطع التفاوض من جانب أحد الطرفين بمثابة خطأ عقدي وبالتالي تنطبق عليه قواعد المسؤولية العقدية¹؟

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال مطلبين:

الأول نتعرض فيه لأساس المسؤولية المدنية الناشئة في ذمة الأطراف أثناء مرحلة التفاوض، والمطلب الثاني نتعرف من خلاله على النظام القانوني لهذه المسؤولية.

المطلب الأول: أساس المسؤولية المدنية الناشئة في المرحلة السابقة لإبرام العقد النهائي.

من المبادئ الأساسية التي تحكم فترة المفاوضات، أنه لا يمكن إلزام طرف دخل دائرة التفاوض بإبرام العقد النهائي، ولا حتى إلزامه بشيء طالما أنه أدار المفاوضات بشكل جدي²، ومتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية³، من تعامل بشرف واستقامة ونزاهة وإخلاص، حتى ولو كان ذلك بعد مفاوضات طويلة، لذلك فمتى تصرف أحد الأطراف بسوء نية أي بما يخالف مبدأ التعامل بشرف واستقامة قامت مسؤوليته، إذا ما سبب ذلك التصرف من جانبه ضرراً بالجانب الآخر⁴.

سنبحث من خلال هذا المطلب على أساس المسؤولية المدنية الناشئة في المرحلة السابقة لإبرام العقد النهائي من خلال فرعين: الأول نعرض فيه الخطأ العقدي والفرع الثاني نتكلم فيه عن الخطأ التقصيري.

¹ - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 59.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 54.

³ - مبدأ حسن النية إعتبره البعض من الفقه مهدئاً أو ساداً للثغرات القانونية فهو يحقق التطبيق الأكثر آلية لقواعد القانون من جهة، كما يساعد على تمام العقد وكما لها من جهة أخرى. مقتبس من كريم كريمة، مدى كفاية القانون المدني لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 2.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 54.

الفرع الأول: الخطأ العقدي.

أولاً: مفهوم الخطأ العقدي.

يتمثل الخطأ العقدي في عدم تنفيذ المدين لإلتزامه الناشئ عن العقد، هذا الأخير الذي يعد شريعة للمتعاقدين المادة 106 ق.م فيتعين عليهما تنفيذ ما يتعهدا به المادة 160 ق.م، فإذا خالف المدين في العقد إلتزامه أو أحل به عد مرتكباً لخطأ عقدي، ويستوي أن تكون المخالفة أو الإخلال بالإلتزامات العقدية عن قصد أو إهمال أو لسبب آخر، كما يستوي أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً بل ويكفي أن يكون التنفيذ مؤخراً أو معيباً، ولا يستطيع المتعاقد أن يدفع مسؤوليته بسبب خطئه إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدية راجع إلى سبب أجنبي لا يدلّه فيه.¹

إن فكرة الخطأ العقدي تنسب إلى الفقيه "إهرنج" الذي يقول أن المطالبة بالتعويض بمناسبة المسؤولية قبل التعاقد لا محل للحديث فيها عن المسؤولية التقصيرية ومن تم فلا يكون أمام المضرور سوى دعوى المسؤولية العقدية.²

إن رأي الفقيه "إهرنج" منتقد حتى لو استند إلى عقد آخر غير العقد الذي لم يبرم، لأن إهرنج يقول أن هناك عقد ضمني وهذا الأخير ينشئ على عاتق كل طرف موجب حسن التصرف اتجاه الطرف الآخر وهذا الموجب يلزم كل فريق بأن يزود الآخر بالمعلومات الضرورية أو المتعلقة بموضوع العقد، وبذل الجهد وإظهار الرصانة والجدية وكل ما يساعد على الوصول إلى إنجاح المفاوضات، وبالتالي إبرام العقد كما يلزم بالإبتعاد عن الكتمان أو الخفة أو الغش.³

كما أن المسؤولية التقصيرية يمكن أن يكون لها دور ومحل في كل مراحل التعاقد إذا ما توافرت شروطها، بل الأكثر من ذلك أنه قد نكون بصدد عقد صحيح ومرتب لكل آثاره، ثم يترك المتعاقد المسؤولية العقدية ليطالب بالتعويض على أساس المسؤولية

¹ - بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 37.

² - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 62.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 55.

التقصيرية تطبيقاً لمبدأ حرية الإختيار بين المسؤوليتين مع مراعاة عدم الجمع بينهما¹ طبقاً للقواعد المستقر عليها في هذا الشأن.²

قد يلجأ الأطراف أحياناً قبل الدخول في مفاوضة إلى إبرام اتفاق على التفاوض Accord de négociation لتنظيم العلاقة بين الطرفين خلال تلك العملية، أي تحديد الحقوق والإلتزامات أثناء سير المفاوضات وعند فشلها، ويحدث ذلك لتحقيق الإستقرار والأمان وضمان الجدوية بمناسبة التفاوض على العقود المرتفعة القيمة،³ ذلك لأنه يتطلب إبرامها مدة طويلة ودراسات ونفقات، ولا بد من تحديد من يتحملها.

وقد قيل أن التصرفات التي تمت في هذه الفترة أساسها الإتفاق المبدئي على التفاوض، أو يكون أساسها عقود تمهيدية وشروط خاصة كشرط الأفضلية.⁴

السؤال المطروح أمام القضاء بخصوص الإتفاق المبدئي أو (عقد التفاوض) هو: هل إلتزام المدين يتمثل في تعهد بإبرام العقد النهائي أو مجرد واجب الدخول في المفاوضات؟ فبالنسبة للدائن بهذا الإلتزام الجواب عن هذا السؤال بالغ الأهمية لأن الأول هو التزام ببدل عناية أما الثاني فبتحقيق نتيجة.⁵

الأصل أن عقد التفاوض أو الإتفاق المبدئي ينشئ إلتزاماً بالتفاوض حول عقد في المستقبل،⁶ ومن ثم فالخطأ العقدي في هذه الحالة يتمثل في مخالفة واجب الدخول في المفاوضات حول العقد النهائي،⁷ والإستمرار فيها بحسن نية فلا يعني عدم إبرام العقد

¹ - لقد حدث إختلاف في تحديد مفهوم الجمع بين المسؤوليتين فهناك من يرى أن المقصود بذلك عدم جواز حصول الضرور على تعويضين ويوجد رأي آخر يقول بعدم جواز إستفادة الضرور بخصائص المسؤوليتين حتى يحصل على التعويض وأخيراً قد يفهم من الجمع أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين فخرها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى. مأخوذ عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (المجلد 2)، المرجع السابق، ص 857.

² - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 63.

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 63.

⁴ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 57.

⁵ - موسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 38.

⁶ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 63.

⁷ - موسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 38.

النهائي، وقد يلجأ الأطراف إلى تضمين الإتفاق إلتزامات إضافية لضمان جدية المفاوضات وحسن تنظيمها، مثل وضع مواعيد، وتنظيم أعباء ونفقات التفاوض، وحضر إجراء مفاوضات موازية مع الغير، و هنا ينقلب التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، تنقلب المسؤولية بشأنه من تقصيرية إلى عقدية، بحيث إذا أحل التفاوض بالتزاماته الناشئة عن هذا الإتفاق فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية.¹

ولكن بالرغم مما سبق بيانه إلا أنه هناك من يقول أن أطراف المفاوضات قد ظلوا خارج الإطار العقدي، حتى مع وجود أشكال مختلفة من الإتفاقات، لأنها لم ترق إلى مصاف العقد وإنما وجدت أو أنشئت لمجرد دفع الأطراف إلى التفاوض بجدية ومراعاة مبدأ حسن النية عبر بدل العناية الكافية دون الإلتزام ببلوغ الهدف النهائي وهو إبرام العقد، لأنه لا يمكن إلتزام الأطراف بشيء لم يرتضوه بمطلق إرادتهم.²

ثانياً: صور الخطأ العقدي.

الخطأ في مرحلة المفاوضات يكمن في مخالفة تعهد أو إلتزام وصوره مختلفة

ومتعددة:

1- رفض الدخول في التفاوض لإبرام العقد النهائي:

قد يتفق متعاملان صراحة أو ضمناً على أن يتفاوضا على عملية أو صفقة في المستقبل، فينشأ عن اتفاقهما إلتزام كل منهما أو أحدهما الدخول فعلاً في التفاوض في الموعد المحدد أو في أجل معقول، فإن خالف أحد الطرفين الدخول في التفاوض، أو تأخر في هذا الدخول اعتبر محلاً بالتزامه العقدي بالتفاوض ومن تم تنشأ مسؤوليته العقدية.³

ويرى بعض الفقهاء أن مجرد الإمتناع عن البدء في التفاوض يعد خطأ عقدياً، وذلك لأن الإلتزام بالدخول في التفاوض هو إلتزام بتحقيق نتيجة، ومن أمثلة الخطأ العقدي الواقع خلال الفترة السابقة لإبرام العقد النهائي ، نذكر الواعد في العقد الذي

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 63-64.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 59.

³ - موسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 37.

يرفض التعاقد مع المستفيد بعد إظهار رغبته في التعاقد أو يتصرف في محل الوعد بالعقد قبل إنتهاء المدة المتفق عليها، فالوعد بالعقد يلزم الواعد بأن يحتفظ بوعده طيلة المدة المحددة في العقد، إلتزام يمنعه التفاوض¹ مع شخص آخر غير المستفيد، فإذا خالف هذا الوعد، يكون مخالفاً لإلتزامه مرتكباً بذلك خطأ يترتب عنه مسؤولية مدنية عقدية.²

2- قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع:

من المتفق عليه أن المفاوضات تركز على مبدأ الحرية، حيث يتمتع المتفاوض بمطلق الحرية للدخول في المفاوضات أو الإستمرار فيها أو قطعها واختيار الأسلوب المناسب لها، وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد الذي يهيمن على المرحلة قبل العقدية، ولا يقيد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود العملية التفاوضية.³ لذلك فإن من أهم صور الخطأ في مرحلة التفاوض، وأكثرها حدوثاً في الحياة العملية هو قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، لأنه يعد إخلالاً واضحاً بالتزام التفاوض بحسن النية، ويترتب عنه فشل عملية التفاوض بدون أي سبب موضوعي يدعو إلى ذلك، كما لا يمكن الكلام عن الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض ما دام لم ينشأ عنها إتفاق يرتب الأطراف من خلاله إلتزامات قانونية، بحيث يعد مخطئاً من يخالف هذه الواجبات.⁴

ومن أمثلة الإنهاء غير المشروع للمفاوضات قطعها بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون مبرر مشروع، مع علم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد، وتعهد الشخص القاطع ترك الطرف الآخر في حالة من الغموض وعدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضات، حيث يتعين مكاشفة المتفاوض بالرغبة في إنهاء التفاوض في الوقت المناسب.⁵

¹ - التفاوض في مرحلة إبرام العقد النهائي محل الوعد يكون حول المسائل التفصيلية أو الثانوية لأن الأمور الجوهرية يتم الإتفاق عليها عند إبرام الوعد بالعقد.

² - بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 38.

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 60.

⁴ - بموسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 39.

⁵ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 60-61.

ويستوي أن يحصل إنقطاع المفاوضات قبل صدور الإيجاب أو بعده، ففي الحالة الأولى يظل المتعاملون أحرار في إبرام العقد النهائي أو الإنسحاب من المفاوضات بدون أي تبرير، في غير الحالات التي يوقع فيها المتعاملون على عقود تمهيدية كما سبق الذكر. أما في الحالة الثانية، فتسري على المفاوضات أحكام الإيجاب،¹ هذا الأخير ليس له أي أثر قانوني ما لم يتصل بعلم من وجه إليه.²

3- مخالفة الإلتزامات التفاوضية:³

هناك مجموعة من الإلتزامات يفرضها مبدأ حسن النية كمبدأ عام وقد يوجد إتفاق صريح بين الأطراف المتفاوضة على ضرورة الإلتزام بها واحترامها، (كواجب الإعلام أثناء المفاوضات، التعاون، النصح، المحافظة على الأسرار) ومن تم فإن أي إخلال بها يعد منافيا لمبدأ حسن النية، أو مخالفا لبند الإتفاق ومن تم منشأ خطأ عقدي يقيم ضد فاعله المسؤولية العقدية. ويقع عبء إثبات الخطأ العقدي على المدعي، هذا ما هو مقرر في المادة 323 ق.م، ومن تم فيلزم الشخص المضروب بأن يثبت الخطأ العقدي الذي وقع في مرحلة المفاوضات.⁴

ويتم إثبات الإلتزام المخالف من طرف المتسبب في الضرر بإثبات مصدره أي العقد التمهيدي أو إتفاق التفاوض، والغالب أن هذه الإتفاقات تتكون شفاهة لذلك يصعب إثباتها، ولكن لتسهيل العملية يرى البعض، بأن هذه العقود هي مجرد وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة الوسائل، وللقاضي الحرية في استخلاص وجود العقد التمهيدي وسلطة تقرير قيمته.

إلا أنّ القانون يفرض في بعض العمليات أن تحرر أوراق مكتوبة تدل على وجودها مثلا الوعد بالعقد،⁵ حيث تنص المادة 2/71 ق.م على ما يلي: "وإذا اشترط

¹ - المادة 61 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

² - بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 40-41.

³ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 61.

⁴ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

⁵ - بموسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 41.

القانون لتتمام العقد استفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإلتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد."

الفرع الثانى: الخطأ التقصيرى.

سنتعرف على مفهوم الخطأ التقصيرى، ثم نبين أهم الصور التى يمكن أن يتخذها هذا الأخير أثناء مرحلة المفاوضات.

أولا: مفهوم الخطأ التقصيرى.

يتمثل الخطأ التقصيرى فى إنحراف المتفاوض عن السلوك المألوف كما لو لجأ إلى الغش، أو تعمد الإضرار بالطرف الآخر (أى تصرف بسوء نية)¹ وهذا هو مصدر المسؤولية، ويرتكز سوء النية على وجه الخصوص عند الدخول فى المفاوضات بدون أن تكون هناك نية جدية للتعاقد،² أو تمديدها مع أنه ليست هناك نية للتعاقد، أو قطع المفاوضات المتقدمة بدون سبب مشروع فجائيا ومن جانب واحد،³ ويرتكز سوء النية عموما على وضع نهاية للمفاوضات فى ظروف مضرة بعد أن يكون أحد الفريقين قد جعل الآخر يعتقد أن العقد سيرم.⁴

وقد رأت محكمة النقض الفرنسية⁵ أن قطع المفاوضات من جانب واحد فجأة وبدون سبب مشروع، بعد أن وصلت إلى مرحلة متقدمة يخالف قواعد حسن النية فى العلاقات التجارية، ويعد تبعا لهذا خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية.

¹ - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 61.

² - العدول عن المفاوضات هذا اقترن بواقعة تتمثل فى عدم وجود نية جدية لدى المتفاوض للتعاقد فإذا ما أثبت الطرف الآخر ذلك كان له أن يطالبه بالتعويض إذا ما سبب له ذلك ضررا أصابه، مأخوذ عن: خليفانى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 26، 27.

³ - حكم محكمة باريس لسنة 1990 قضى بما يلي: "إن سوء النية لدى المتفاوض الذى مدد المفاوضات فى حين لم تكن لديه النية للتعاقد يعتبر مصدر للمسؤولية ومن ثم فيكون بذلك قد ارتكب خطأ كانت نتائجه مضرة بالنسبة للطرف الآخر" مقتبس من جاك غستان المرجع السابق، ص 334.

⁴ - جاك غستان، المرجع نفسه، ص 334.

⁵ - حكم صادر بتاريخ 20 مارس 1972، أشار إليه خليفانى عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 27.

ويذهب محمود جمال الدين زكي، إلى أن رأي المحكمة غير صحيح، إذ لا يمكن أن تترتب المسؤولية على قطع المفاوضات وحدها، بل يجب أن يقترن بذلك خطأ مستقل عنه¹.

وقد جاء الفقيه Josserard في هذا الموضوع بفكرة مفادها أنه أثناء مرحلة تكوين العقد وفي فترة التفاوض عليه قد يتسبب أحد المتعاقدين في قطع التفاوض لأسباب شخصية بحتة، وقد انتهى إلى أن الرفض غير الموضوعي في هذه المرحلة ما هو إلا تطبيق للنظرية العامة للتعسف في استعمال الحق أثناء تكوين العقد، ولكن هذا الفقيه قال أن معيار تحديد ما إذا كان تعسف في استعمال الحق من عدمه، لا يكمن في نية الإضرار بالغير، ولا في الخطأ المرتكب أثناء ممارسة الحق من جانب صاحبه، وإنما في الانحراف بالحق عن الوظيفة التي يحققها، وينتهي صاحب النظرية إلى أن العدالة والمنطق يقتضيان منح كل شخص الحق في الإنسحاب من المفاوضات تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية، بشرط أن يكون لهذا الإنسحاب ما يبرره من أسباب اقتصادية مقبولة، كحدوث تقلب وتطور في أنظمة التجارة أو الصناعة التي كان يرغب ممارستها، أو لظهور منافسين أقوى له في مجال كان ينبغي العمل به، ولكن إذا كان العدول عن التفاوض والإنسحاب منه مجرد أسباب شخصية لا يعول عليها في إبرام العقد، ففي هذا الفرض الأخير يمكن تفسير ذلك بأنه انحراف عن الحق بمنظوره الوظيفي، الأمر الذي يربط مسؤولية الطرف الذي تسبب في قطع التفاوض.²

¹ - خليفاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 27، 28.

² - حكم لمحكمة النقض الفرنسية في 03 أكتوبر 1972، وتتلخص الوقائع التي فصلت فيها هذه المحكمة في أن شركة متخصصة في بيع العقارات تلقت عرضاً لبيع طابق أرضي (Rez de chaussée) مهياً لاستعمال تجاري من قبل شركة أخرى على أن تتحمل هذه الأخيرة بعض التعديلات في المكان محل الشراء، فقبلت الشركة هذا العرض، وأذنت لمهندسي الشركة الراغبة في الشراء بالتدخل لإجراء دراساتهم، وعلى الرغم من حالة المفاوضات المتقدمة كما توضح الوقائع فإن المشتري (الإحتمالي) قطع هذه المفاوضات وحل في مكان آخر، طالبت الشركة البائعة المشتري الإحتمالي (الشركة) بالتعويض لقطعها المفاوضات بشكل تعسفي، فرفضت محكمة استئناف (Bastia) طلبها، هذا على أساس أن رفض المشتري (المحتمل) إنجاز البيع لا يشكل مسؤولية إلا في حالة ما إذا كان القصد من ذلك هو الإضرار بالغير، وبعد أن طعن في القرار بالنقد: قررت محكمة النقض مسؤولية الشركة التي قطعت هذه المفاوضات حتى ولو لم تكن تقصد الإضرار بالغير، مشار إليه في خليفاني عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 28.

ورغماً عن التفسير السابق، فقد تعرضت هذه النظرية للنقد وخصوصاً من جانب القضاء الفرنسي، فبداية ما هو القصد من وظيفة الحق « Droit fonction »؟ فهل للحق وظيفة أم أن هذا مجرد تفسير فلسفي لتدعيم وجهة نظر شخصية، ومن ناحية أخرى فالأمر مستقر على معرفة الدوافع التي يمارس الشخص الحق من أجلها هل هي دوافع اقتصادية يعول عليها ويمكن قبولها، أم أنها مجرد بواعث شخصية لا محل لها في هذه المرحلة وما وراءها، وبمعنى آخر هل قطع التفاوض من جانب أحد المتفاوضين له ما يبرره اقتصادياً أم لا؟¹ إضافة إلى ما سبق ذكره فقد صدر حكم قديم من الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، وقد جاء في هذا الحكم أن المسؤولية المحتملة في المرحلة قبل العقدية هي مسؤولية ذات طابع تقصيري، إذ أنه لا يوجد أي عقد تم إبرامه فيما بين الأطراف المتفاوضين، وقد حسم الحكم هذا الوضع بشكل نهائي عندما قضى بأن المبرور من خطأ تم ارتكابه في الفترة السابقة على إبرام العقد له الحق في المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر أمام المحكمة التي تقع في دائرة حدوث الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.²

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية، التي جاءت بحكم في هذا المجال سبق لنا ذكره³ يقضي بأن الأعمال التحضيرية للعقد أو مشروع العقد مجرد مفاوضة، لا تعدوا أن تكون عملاً مادياً ليس له مفاعيل قانونية، إلا إذا صاحبه خطأ نتج عنه ضرر أصاب الفريق الآخر⁴ وهذا ما تضمنته المادة 124 ق.م عندما قضت بأن: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه وسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".⁵

¹ - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 66.

² - صدر الحكم بتاريخ 1972/03/20 مشار إليه في سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 67، وخليفاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 28.

³ - تم ذكر الحكم في الصفحة 35 من هذا البحث.

⁴ - عبد المنعم مرسي إبراهيم، المرجع السابق، ص 71.

⁵ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

وقد ذهب الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر إلى أبعد من ذلك، فقد استقر على الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بالإلتزام قبل التعاقد بإعلام المستهلك، ذلك أن الخطأ السابق على التعاقد ينفصل عن العقد، ولا يمكن توقيع الجزاء بشأنه إلا من خلال أحكام المسؤولية التقصيرية.¹

من خلال ما سبق يمكننا القول أن كلتا النظريتين (نظرية الخطأ العقدي ونظرية الخطأ التقصيري، يمكن الأخذ بها متى توافرت شروط معينة، فطبيعة المسؤولية المدنية القائمة بمناسبة النزاع المثار بين الأطراف المتفاوضة في المرحلة السابقة للتعاقد، يرجع تحديدها إلى القاضي من خلال أخذه بالوقائع المطروحة عليه من قبل الخصوم، فمتى كان هناك عقداً تمهيدياً أو مؤقتاً (كالوعد بالعقد وعقد التفاوض أو الإتفاق المبدئي) نص فيه الأطراف صراحة على مجموعة من الإلتزامات، لكن خالفها أحدهم، حكم بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، وعلى العكس من ذلك فمتى لم يعد الأطراف أي إتفاق صريح يثبت دخولهما في التفاوض ويوفر الثقة والأمان بين الأطراف خلال هذه المرحلة، كان له (أي للقاضي) أن يلجأ إلى ما يقتضيه حسن النية في التعامل، فمتى وجد مخالفات من أحد المتفاوضين ألحقت الضرر بالطرف الآخر، حكم بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.

وتجدر الملاحظة في الأخير أنه متى اعتبرنا المسؤولية الناشئة خلال المرحلة السابقة للتعاقد مسؤولية تقصيرية، فإنه يبطل كل شرط يعفي منها، ويعد شرط الإعفاء المسبق باطلاً بطلاناً مطلقاً مخالفاً للنظام العام، كما أن إمكانية قيام هذه المسؤولية يوفر الانضباط في عملية التفاوض، فلا تصبح مجالاً للعبث أو أداة للتعسف.²

¹ - عبد النعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 384، 385.

² - عبد النعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 76.

ثانياً : صور الخطأ التقصيري.

يتخذ الخطأ التقصيري في مرحلة التفاوض عدة أشكال، ففي كثير من القضايا يقرر القاضي مسؤولية الواعد التقصيرية بسبب معلومات كاذبة قدمها للموعد له لإجباره أو إقناعه بالدخول معه في التفاوض، ولكن عادة ما يأخذ الخطأ التقصيري صورة: "إنشاء احتمال ثم خيبتة"، بحيث تكون المبادرة للتعاقد مجرد مخادعة، فالخطأ يتمثل إذن في اتجاه المبادرة، وعرض دعوة التفاوض والبقاء في المناقشة التمهيدية مع أن المتفاوض يعلم جيداً ومسبقاً بأنها بدون جدوى.

وقد ذكر الفقه بعض الصور للخطأ التقصيري في المرحلة التمهيدية للعقد¹ تتمثل

في:

1- مفاوضات التجسس:

حيث يدخل الشخص التفاوض دون أن تكون لديه أي نية للتعاقد، وإنما هدفه الوحيد معرفة أسرار الطرف الآخر، والإطلاع على أفكاره،² وبمجرد حصوله على المعلومات التي يرغب فيها، تراجع وخرج من دائرة المفاوضات.

2- مفاوضات الإعاقة:

ويقصد بها تلك المفاوضات التي يهدف بموجبها أحد المتفاوضين ليس التفاوض الجدي من أجل تحديد شروط العقد النهائي وإبرامه،³ وإنما يرمي إلى مجرد تعطيل الطرف الآخر وصرفه إلى إبرام صفقة أخرى، كأن تدخل دار النشر في التفاوض مع مؤلف بشأن إنتاجه، بقصد وحيد هو منعه التفاوض مع ناشر منافس لها.⁴

1 - بموسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 46.

2 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 61.

3 - بموسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 46، 47.

4 - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص 61 و بموسى عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 46.

3- السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد:

يعد السكوت عمدا عن عدم إعلام المتفاوض الآخر بواقعة مؤثرة في التعاقد من قبيل الغش والتدليس، المادة 86 ق.م¹، ذلك لأن الشخص الذي تعمد الكتمان يقصد الإضرار بمصلحة المتفاوض الآخر والحصول منه على منفعة عن طريق الغش وإخفاء الحقيقة التي لو علم بها لانسحب من المفاوضات، هذا الكتمان يعد بلا شك خطأ تقصيريا يترتب عنه الإلتزام بالتعويض.

ولتقدير الخطأ التقصيري الذي يرتكب في المرحلة التمهيديّة للعقد يميز القاضي بين المفاوضات التي يقوم بها المحترف مع أشخاص عاديين وتلك التي تتم بين أشخاص لهم نفس الوزن الإقتصادي في العلاقة التعاقدية.²

المطلب الثاني : النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع

التفاوض.

إن قطع المفاوضات قد يترتب عليه أمران : الأوّل هو نشوء مسؤولية مدنية على عاتق من تسبب بدون مبرر في قطع التفاوض ، وذلك متوقف على توافر أركان المسؤولية المحتملة في هذا المجال - عقدية أو تقصيرية - (الفرع الأوّل) ، الثاني هو أن تحديد مسؤول في مواجهة المضرور يترتب آثارا أخرى تتعلق بالتعويض المستحق وكيفية تقديره³ (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل : شروط المسؤولية المدنية المترتبة عن قطع المفاوضات.

تتمثل أركان أو شروط المسؤولية المدنية حسب القواعد العامة في الخطأ ، الضرر، وعلاقة السببية⁴.

¹ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

² - موسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 47، 48.

³ - سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 69.

⁴ - عبد الرواق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (المجلد الثاني) ، المرجع السابق ، ص 877 ، 878.

وتنطبق هذه القاعدة على المسؤولية المدنية الناشئة بسبب قطع المفاوضات دون مبرر شرعي ، فإنّ الضرور من عملية قطع المفاوضات لكي يحصل على التعويض المناسب عليه أن يثبت الخطأ من جانب المسؤول المحتمل ، ويبيّن الضرر الذي لحق به ، وأخيراً أن هناك علاقة سببية بين خطأ المسؤول وما لحق الضرور من ضرر¹.

أولاً : الخطأ.

إنّ الخطأ الواقع في مرحلة ما قبل التعاقد لا يلزم بالضرورة حسب الإجتهد نية الإضرار ، حيث أنّه يتعلّق بالإخلال بواجب حسن النية في مرحلة تكوين العقد². فمثلاً بالنسبة لواجب الإعلام الذي يقع على أحد المتفاوضين اتجاه الآخر قد وجدت أحكام قضائية بصدده تعاقب الملتزم به إذا أخلّ به أو لم يدلي بالمعلومات الكافية حول محل العقد عن طريق صمته أو سكوته سواء كان ذلك بقصد الغش أو دون قصد³. يقوم هذا الخطأ إمّا بمخالفة النص القانوني الذي يفرض التعامل بحسن النية في مرحلة المفاوضات ، أو بعدم تنفيذ إحدى بنود الإتفاقات التمهيدية أو الجزئية في المرحلة السابقة للتعاقد كإتفاق المحافظة على الأسرار ، أو إتفاق تقديم المعلومات الكافية حول العقد المراد إبرامه.

وبالتالي فيصبح سوء النية هو المعيار الذي يمكن أن نستند إليه في أغلب الحالات لتحديد الخطأ التقصيري المتمثل في قطع التفاوض من جانب أحد الطرفين دون مبررات مقبولة⁴.

أمّا الخطأ العقدي فيقوم عندما يوجد إتفاق صريح على التفاوض وهو ما يعرف بعقد التفاوض (الإتفاق المبدئي) أو إتفاقات تمهيدية أخرى ، وبالرغم من ذلك يخالفها أحد الأطراف ، أو يقطع المفاوضات دون توافر سبب مقنع لهذا القطع ، كذلك قد تعتبر

¹ - سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 70.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، المرجع السابق ، ص 59.

³ - Shophie Druffin – Bricca, Laurence Carabine Henry, Op.cit, p 63.

⁴ - سعيد السيد قنديل ، المرجع نفسه ، ص 74.

إحدى الخروقات أو التجاوزات أثناء المفاوضات أخطاء عقدية متى كان القيام بها يعدّ مخالفة لبنود عقد التفاوض أو لإتفاقات خاصة ، سواء كان الإلتزام بها بتحقيق نتيجة ، أو ببذل عناية ، وإن كان ما قد اتفق عليه الطرفان من مراحل معينة أو إجراءات محدّدة للتفاوض يكون محل إلتزام محدّد بتحقيق نتيجة ، فإذا التزم أحد الطرفين بتقديم دراسة جدوى اقتصادية أو تقديم عرض محدّد كان الإلتزام بتقديم الدراسة أو العرض إلتزاما بتحقيق نتيجة ، وإذا التزم أحد الطرفين بإطلاع الآخر على معلومات أو أسرار معينة كان إلتزامه إلتزاما بتحقيق نتيجة... غير أنّ مثل هذه العناصر إنّما تمثل مجردّ توابع للإلتزام بالتفاوض تكشف عن قيامه بالفعل ، وتعين الأدوات المتفق عليها لتحقيقه ، لذلك فالإلتزام بالتفاوض - فيما يتجاوز هذه العناصر المحدّدة - يظلّ مجردّ إلتزام ببذل عناية¹.

إضافة إلى ما سبق ذكره فإنّ عدم توافر الثقة بين الطرفين قد يكون سببا في إنشاء الخطأ التقصيري² في مرحلة التفاوض ، ولكن يجب الأخذ في الإعتبار أن يبيّن هذا المعيار بشكل مطلق وعمام وقد يصل إلى التوسع في تحديد حالات الخطأ ما قبل التعاقد أثناء مرحلة التفاوض ، وهذا الأمر لا يمكن قبوله بشكل كامل خصوصا وأنّ فيه خروج عن القاعدة العامة التي تقضي بالحرية التعاقدية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة ، والتي تمنح الأفراد حق إبرام ما يشاءون من عقود ويتفاوضون بشأنها ولكلّ منهم حرية الإنسحاب من المفاوضات في أي وقت ، لذلك نجد أنّ محكمة النقض الفرنسية قد أقرت ضرورة عدم التوسع في اعتبار عدم الثقة معيارا عاما لتحديد الخطأ قبل التعاقد ، وإنّما يعوّل عليه فقط إذا كانت الثقة التي اعتقد بتوافرها في الطرف المضروب ثقة جدية ومشروعة وكان إعتقاده مبنيًا على تصرفات الطرف الآخر الذي قد يكون مسؤولا.

¹ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 245.

² - يعرف الخطأ التقصيري بأنه : " إنحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد " ، مقتبس من سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 73.

ولا شك أن توافر الثقة بشكل جدي ومشروع لدى المتفاوض طالب التعويض إنما يؤخذ فيه بعدة إعتبارات منها على سبيل المثال : صفة هذا الشخص ، وهل هو محترف في المجال الذي يتفاوض بشأنه أم أنه مجرد مستهلك عادي أو شخص غير متخصص تطبق بشأن علاقاته المبادئ المستقر عليها في التعامل بين هؤلاء الأشخاص، وخصوصا ما يتعلق منها بحماية المستهلك¹.

ثانيا : الضرر.

الضرر هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في إحدى مصالحه التي يحميها القانون ، وللضرر في القانون المدني الجزائري مفهوم واسع ، فقد نصّت المادة 182 مكرر ق.م على نوعين من الضرر :

1- **ضرر مادي** : وهو كل ما أصاب الشخص من خسارة وما فاته من كسب.

2- **ضرر معنوي** : وهو كل مساس بالحرية أو السمعة أو الشرف.

القاعدة العامة في القانون المدني تقضي بوجوب التعويض عن كل الضرر الذي أصاب الضحية بسبب الخطأ ، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديده إذا لم يتم تحديده في العقد أو في القانون (المادة 1/182 ق.م) لذلك غالبا ما يكون الضرر ماديا².

ومن ثمّ فلنكون بصدد ضرر قبل التعاقد أي ضررا ناشئا عن قطع التفاوض على عقد معين فيجب أن تتوافر في هذا الضرر صفات معينة فيجب أن يكون ضررا ماديا مؤكدا ، وغير معوض عنه بأية صورة أخرى ، وقد استقرّ القضاء على أن التعويض المستحق عن قطع التفاوض لا يكون إلاّ عن الأضرار المادية التي ينجح في إثباتها المضرور³.

وتصنف هذه الأضرار المادية إلى نوعين :

¹ - سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 75 ، 76.

² - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 49.

³ - سعيد السيد قنديل ، المرجع نفسه ، ص 71.

(أ) الخسائر اللاحقة بالدائن (المضروب) :

إنّ التعسف في قطع المفاوضات أو العدول عن إتفاق التحضيري للعقد النهائي يرتب خسائر تتمثل في مجموعة من النفقات (كالنفقات التي يكلفها تحضير مشروع العقد ، و نفقات بسبب الانتقال والتنقل ، كذلك قد تنفق أموال على عمال متخصصين مختلفين متى تمّ اللجوء إليهم)¹.

فهل يمكن اعتبار هذه الخسائر أضراراً تلزم المسؤول عن إحداثها بالتعويض ؟
لقد قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1972 بإلزام المتفاوضين حول عقد بيع ماكينة معينة بالدفع لمن كان يتفاوض على الشراء ، ولقد قدرّ التعويض على أساس تكاليف السفر والإقامة التي تحملها من يرغب في الشراء بسبب إقامته في الولايات المتحدة الأمريكية حتى يتمكن من معاينة الماكينة التي يرغب في شرائها ، خصوصاً وأنّ قطع التفاوض قد جاء من المتفاوض، البائع بدون مبررات مقبولة².

كما أنّ القضاء المقارن يميّز عند تقدير التعويض بين الحالات حسب صفة المتعاملين ، إذا كان هؤلاء من المحترفين فلا تعوض إلاّ النفقات المنجزة عن الغش أو العدول (عدم تنفيذ إحدى الإتفاقات التحضيرية) ، أمّا النفقات الأخرى العادية والتي تنفق مهما كان مصير المفاوضات فيرفض القاضي الحكم بتعويضها ، لأنّها بالنسبة لهؤلاء مخاطر المشروع عليهم أن يتحملوها ، فهي تدخل ضمن النفقات العامة للمؤسسة³ ، وبعض الفقهاء يقولون أنّ التعويض هنا ليس له علاقة سببية أو يتنافى مع مبدأ عدم

¹ - بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 49.

² - مأخوذ عن سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق، ص 71.

³ - هذه النفقات التي تدفعها المؤسسة تحذف عند تقدير الضرائب ، مقتبس من بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص 50.

كما اعتبرت محكمة باريس هذه المصروفات نفقات عامة تفرضها عملية المنافسة بين التجار والتي يلتزم كل تاجر بأن يتحملها ، مقتبس من سعيد السيد قنديل ، المرجع نفسه ، ص 72.

التعويض مرتين¹ ، هذا على عكس الأشخاص العاديين الذين يستفيدون من تعويض يشمل جميع نفقات المفاوضات والأضرار الناتجة عنها بسبب قطعها.

(ب) الكسب الضائع أو فوات الفرصة :

المادة 1/182 ق.م : "...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به".

- هناك ثلاث حالات يمكن أن تترتب عن قطع المفاوضات وتعتبر من أوجه الكسب الضائع أو فوات الفرصة على من تمّ قطع المفاوضات معه ، وتمثل فيما يلي :

* الإساءة بالسمعة التجارية أو الصناعية لمن تمّ قطع المفاوضات معه ، وهذا ما قد يؤدي إلى رفض الغير إبرام العقد معه أو الدخول إلى جانبه في مفاوضات أخرى ، وهذا يعتبر أسوأ وأكبر ضرر يصيب المؤسسات الصغيرة.

* الدخول والإستمرار في المفاوضات يؤدي إلى رفض التفاوض مع الغير ، وضياع فرص إبرام العقد معه.

* الإنقطاع التعسفي للمفاوضات يمنع المضرور من إبرام العقد النهائي ، ومن ثمّ تضيع منه فرصة تحقيق الأرباح المترتبة عن تنفيذه².

- أمّا من ناحية الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فيجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول : تفويت فرصة إبرام العقد النهائي.

إنّجهد بعض أحكام القضاء إلى استبعاد التعويض عن فقد أو ضياع الفرصة هنا ، وتستند في ذلك إلى أنّ ذلك يتعارض مع طبيعة عقد التفاوض ، فهو عقد تمهيدي وتحضيري ومؤقت وجد فقط كوسيلة قانونية لجدية المناقشات المتعلقة بشروط العقد النهائي ، فكيف يتمّ التعويض عن عقد احتمال إتمامه يتساوى مع عدم احتمالها ، ذلك

¹ - هناك من يقول أنّ الحكم بتعويض النفقات هو في الحقيقة تنفيذ بمقابل لعقد لم يبرم بعد ، ومن جهة أخرى فإنّ جزءاً من النفقات تدفع

مهما كانت نتيجة المفاوضات وسواء في حالة إنقطاعها بخطأ أو بغير خطأ ، مقتبس من بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 50.

² - بموسى عبد الوهاب ، المرجع نفسه ، ص 51.

لأن إبرام العقد النهائي يكون دائما في دائرة الافتراض أو الاحتمال ، أي أن الفرصة الضائعة هنا هي فرصة غير جادة أو غير محققة ، وهذا ما يؤدي إلى القول بأن الضرر احتمالي وغير مؤكد ، وبالتالي لا يجب التعويض عنه¹ ، وكيف يعوّض عن مزايا كان سيحصل عليها المضرور من عقد لم يكن له أن يعتمد أو يعول عليه ، وهذا الاتجاه القضائي يؤيده جانب من الفقه .

غير أنه هناك من يقول بترك الأمر للقاضي أو المحكم ليقدر كل حالة على حدة² ، فإذا دلت الظروف بأن التفاوض قد وصل إلى حدّ يبشّر بتمام التعاقد³ ، بحيث لا يكون الأطراف قد وصلوا إلى نقطة اللاعودة Le point de non retour فإن قطع المفاوضات برعونة دون مبرر معقول في ظل وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد النهائي يعدّ ضررا يستوجب التعويض . ولعلّ ما يساندنا في هذا الخصوص هو نصّ المادة 7 بند 3 من مبادئ عقود التجارة الدولية التي أعدّها Unidroit عام 1994 والتي جاء فيها أن : "تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها". وفي هذا المعنى قضت محكمة بروكسل سنة 1998 في قضية تتلخص وقائعها في أن مفاوضات كانت قد جرت بين شركة بلجيكية Pasquasy وبين شركتين إحداهما فرنسية L'oreal والأخرى أمريكية Cosmair حول التنازل عن امتياز بيع مستحضرات التجميل في بلجيكا في دولة لكسمبورغ ، وقد قرّرت المحكمة أن العلاقات التجارية بين الطرفين كانت جيدة ، حيث أبرمت صفقات تجارية خلال عشرة أشهر بحوالي 14 مليونا من الفرنكات البلجيكية ، وكانت ظروف الحال تنبئ عن وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد

¹ - هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي الذي يرفض التعويض عن ضياع الفرصة لأنها تعدّ ضررا محتملا ، ومن ثمّ فالقاضي لا يحكم إلاّ بالتعويض عن الخسائر التي لحقت أحد الأطراف بسبب المفاوضات (كنفقات دراسة الجدوى والتنقل...) ما لم يتفق عليها من قبل . مقتبس من : بموسى عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 52 .

² - عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني للمفاوضات " العقود الدولية " عبر الموقع :

www.F-law.net/law/showthread.php?p=44000

³ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 250 .

النهائي ، فضياع المزايا التي كان سيحققها العقد لو كان قد أبرم هو ما يجب الحكم بتعويضه¹.

الفرض الثاني : تفويت فرصة إبرام عقد بديل.

إنّ الفرصة الضائعة قد تكون فرصة التعاقد مع الطرف الآخر نفسه ، وقد تكون فرصة التعاقد مع شخص آخر² ، هذه الحالة الأخيرة يمكن التعويض عنها ، إلا أنّ هناك العديد من الصعوبات يمكن أن تثار بخصوص إثبات أنّ المفاوض المتضرر كان سيرم بنحو مؤكد عقداً بديلاً للعقد الذي كانت المفاوضات تهدف الوصول إليه لو أنّه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطعها دون سبب معقول. كما أنّ مبلغ التعويض يمكن أن يكون ضئيلاً متى كان خطأ المسؤول عن فشل المفاوضات يسيراً ، أو في حالة ما انتهت المفاوضات في وقت مبكر وقبل إحراز أي تقدّم فيها ، ومهما يكن من أمر فإنّ القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض متى كان دولياً هو الذي سيحكم كل المسائل الأخرى الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بالتزامات الناشئة عن العقد ومنها الشرط الجزائي والشروط المقيدة أو المعفية من المسؤولية³.

وفي الأخير نقول أنّ التعويض عن ضياع فرصة لا يبلغ حدّ التعويض عن المنفعة المتوقعة من العقد في حال تمامه ، وإنّما يقف عند نسبة ما تعيّن لها أو تحدّدتها درجة احتمال التعاقد المصاحبة للمرحلة التي وصلت إليها المفاوضات.

ثالثاً : علاقة السببية.

لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أي أن تكون علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ، فقد يكون هناك خطأ من

¹ - مقتبس من عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني للمفاوضات " العقود الدولية " عبر الموقع :

www.F-law.net/law/showthread.php?p=44000

² - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 250.

³ - عبد الكريم سلامة ، النظام القانوني للمفاوضات " العقود الدولية " عبر الموقع :

www.F-law.net/law/showthread.php?p=44000

المدين ، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر¹.

إنّ علاقة السببية التي تشترط بين الخطأ والضرر الواقعين خلال المرحلة السابقة للتعاقد تعني أن تكون الأضرار الناشئة سببها إمّا إحدى الأخطاء الواقعة أثناء التفاوض (كإفشاء الأسرار أو مخالفة الإلتزامات التفاوضية)² أو قطع التفاوض دون مبرر شرعي والذي اعتبر خطأ قبل تعاقد ، والواقع أنّه من النادر أن تثور مشاكل تتعلق بعلاقة السببية بنفس القدر الذي يصعب فيه إثبات الخطأ والضرر الناشئين قبل التعاقد. ورغم ذلك فيجب الإشارة إلى أنّه قد نجد بعض الحالات لا يكون فيها الضرر نتيجة مباشرة للخطأ قبل التعاقد وبشكل يصعب تجنبه.

وحسبما يمثل الفقيه الفرنسي Deprimoz ، فإنّ إعادة التفاوض بشأن عقد معين بشروط مختلفة عن تلك السابق التفاوض عليها والذي انقطع يمكن أن تؤدي إلى إبرام عقد جديد بين المتفاوضين ، وفي هذه الحالة لا يحق الرجوع بشأن قطع التفاوض السابق حتّى ولو كان الطرف الآخر قد لحقه بعض الأضرار المادية، إذ أنّ إعادة التفاوض قد وصل بهما لإبرام عقد جديد ولا محلّ إلى الرجوع للمفاوضات السابقة³.

الفرع الثاني : آثار المسؤولية المدنية المترتبة عن قطع التفاوض.

عندما تكتمل أركان المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد ، فالنتيجة المنطقية لذلك هي ضرورة تعويض المضرور من قطع التفاوض. وهنا لا بدّ من الإجابة على سؤال يطرح نفسه وهو هل يمكن أن يكون هناك محل للتنفيذ العيني؟ (أولاً) ، أم أنّ الوسيلة المناسبة للتعويض في هذه الحالة هي التنفيذ بمقابل أي عن طريق دفع مبلغ نقدي معادلاً للأضرار التي وقعت؟ (ثانياً)⁴.

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، (المجلد الثاني) ، المرجع السابق ، ص 774.

² - لقد سبق التعرض لصور الخطأ الواقع خلال الفترة السابقة للتعاقد أو أثناء المفاوضات في الصفحة 152 وما بعدها ، و الصفحة 159 وما بعدها من المذكرة.

³ - سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 79.

⁴ - سعيد السيد قنديل ، المرجع نفسه ، ص 80.

أولاً : التنفيذ العيني.

فيما يتعلّق بالتنفيذ العيني ، فلا يتصور الإيجابار عليه في حالة الإلتزام بالتفاوض ، لأنّ الأمر يتعلّق بحرية المدين الشخصية على نحو لا يتصور معه الإيجابار عليه ، لأنّ في ذلك مصادرة لهذه الحرية الشخصية. بعبارة أخرى فالتنفيذ العيني يفترض إرادة من المدين بالتفاوض بحسن نية لا يمكن تحصيلها عن طريق الإيجابار¹. لذلك يذهب الفقه إلى أنّ الجزاء الوحيد المتصور في حالة الإخلال بالإلتزام بالتفاوض هو المطالبة بالتعويض². ولا شكّ في صحّة هذه النتيجة كلّما تعلّق الأمر بالتفاوض الذي يستهدف إقامة علاقة تعاقدية غير قائمة بالفعل بين الطرفين.

ففي هذه الحالة لا يكون للتنفيذ العيني من معنى سوى إقامة العلاقة محلّ التفاوض رغما عن إرادة طرفيها خروجاً على كلّ من مبدأ الرضائية ومبدأ الحرية التعاقدية³. وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر سنة 2006 عندما قالت : "أنّ للمستفيد في الوعد بالترفضيل⁴ الحق في المطالبة ببطلان العقد المبرم مع الغير مخالفة للوعد بالترفضيل وحلوله محله شريطة أن يكون هذا الغير عالماً وقت التعاقد مع الواعد بوجود وعد الأفضلية ونية المستفيد باستعمال حقه في التفضيل"⁵.

وبالتالي فهنا القضاء الفرنسي أعطى الحق للدائن بأن يبرم العقد مع المدين الذي لم يوف بوعده رغم إرادته، متى كان الغير الذي أقام معه المدين العلاقة التعاقدية سيء النية ومن ثمّ فيعتبر هذا في نظرنا بداية لإعطاء المرحلة التمهيديّة للعقد (مرحلة المفاوضات) قيمة قانونية على عكس ما كانت عليه من قبل ، فحتى سنة 2005 لم تكن هناك أية

¹ - لا يمكن إيجابار المدين على مواصلة التفاوض ، لأنّه ليس من المعقول أن تعين المحكمة مثلاً من يمثل المدين في عملية التفاوض ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها عملية التفاوض مقبولة ويمكن معها إبرام العقد. مقتبس من سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق، ص 81.

² - بالرغم من أنّ التنفيذ العيني هو الأساس عند تطبيق قواعد المسؤولية المدنية المادة 164 من القانون المدني الجزائري.

³ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 246.

⁴ - يعتبر الوعد بالترفضيل من العقود التمهيديّة التي يمكن أن تسبق إبرام العقد النهائي أو يلجأ إليها المتفاوضون أثناء إجراء المفاوضات ،

ولقد سبق لنا التطرق له بالتفصيل في الفصل الأوّل من هذا البحث.

⁵ - سبق ذكر هذا القرار المؤرخ في 26 ماي 2006 في الصفحة 92 من البحث.

أحكام قضائية سواء في قضاء النقض الفرنسي أو المصري تجبر أحد الأطراف على إبرام عقد معين ثم العدول عن إبرامه أثناء مرحلة التفاوض، أي قبل دخول هذا العقد حيّز التنفيذ. هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها المتمثل فيما يلي: "مشروع عقد البيع لا يكون ملزماً لأيٍّ من الطرفين ويستطيع كل منهما الإمتناع عن إبرام العقد ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء"¹. إنَّ هذا الحكم يبدو منطقياً حيث أن قطع التفاوض معناه من الناحية القانونية عدم وجود تراض على عقد معين ، وطبقاً للنظرية العامة للعقود لا يجوز أن تحل إرادة القاضي محل إرادة أي من المتعاقدين لإبرام عقد معين لا زال في مرحلة التفاوض حول شروطه² ، وهذا ما ورد في المادة 1/106 ق.م: "العقد شريعة المتعاقدين...".

هذا فيما يخص التفاوض الذي يهدف من ورائه الأطراف إلى إقامة رابطة تعاقدية غير قائمة بالفعل فيما بينهم ، لكن التفاوض قد يتعلّق بعلاقة عقدية ناشئة عن عقد مبرم بالفعل بين الطرفين ، ومستندة إلى شروط العقد ذاته ، كما هو الحال عندما يكون الطرفان قد احتفظا عند التعاقد ببعض العناصر التبعية لإتفاق لاحق يتمّ التفاوض عليه بين الطرفين ، وكما هو الحال في احتفاظ أحد الطرفين بحقه في المطالبة بتعديل أحد عناصر العقد الأساسية كالثمن مثلاً إذا ما تحققت شروط معينة ، ونفس الأمر عند الإتفاق على التفاوض لتجديد العقد متى انتهت مدته ، في هذه الحالات لا يكون هناك ما يمنع من التنفيذ العيني من خلال الإلتجاء إلى القاضي للفصل في النزاع حول العناصر التبعية أو على التعديل ، أو على التجديد الذي يكون محلاً للإلتزام بالتفاوض الذي حصل الإخلال به ، ويستعين القاضي للحكم في ذلك بطبيعة المعاملة والعرف والعدالة³. وهذا هو ما جاءت به المادة 2/111 ق.م.

¹ - قرار مؤرخ في 9 ديسمبر 1975 ، مقتبس من سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 81.

² - سعيد السيد قنديل ، المرجع نفسه ، ص 82.

³ - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 246 ، 247.

ثانياً : التعويض.

إذا ثبت خطأ المتفاوض وترتب على ذلك ضرر ، كان للمضرور الحق في إثبات ذلك والمطالبة بالتعويض ، هذا التعويض في الأصل لا يجوز أن يتمثل في الإلزام على المتفاوض أو الإلزام بإبرام العقد ، بل يقتصر دور القاضي على مجرد الحكم بالتعويض النقدي الجابر للضرر طبقاً للقواعد العامة¹.

ومن ثمّ فعلى المدعي أن يثبت عدم قيام المدين بالتزامه وما ترتب عن ذلك من أضرار ، لكن كيف يتم إثبات عدم التنفيذ عندما يكون الإلتزام مجرد إلتزام ببذل عناية ؟ يتميز الإلتزام الناشئ عن إتفاق المتفاوض بكونه إلتزاماً مزدوجاً يقع على عاتق كل من الطرفين ، يلقي على أحدهما ما يلقيه على عاتق الآخر ، ولذلك فادعاء أحد الطرفين عدم تنفيذ الطرف الآخر له ، يفترض بالضرورة قيامه هو بتنفيذه ، وبعبارة أخرى فمجرد إتخاذ المدعي عليه موقفاً معيناً يحول دون التوصل إلى العقد المنشود لا يشكل بذاته إخلالاً منه بتنفيذ إلتزامه بالتفاوض ، لكنه يصبح مشكلاً لهذا الإخلال إذا ما كان المدعي ذاته قد اتخذ من جانبه ما يكفي لتنفيذ إلتزامه ، بمعنى أن الذي يضمن على موقف المدعي عليه وصف عدم التنفيذ أو الإخلال بالعقد هو تناقض هذا الموقف مع موقف المدعي ذاته.

وعلى هذا النحو فإنّ المدعي بالتعويض يكون عليه أن يثبت أولاً إتخاذه هو الموقف الذي يمليه عليه إلتزامه ، ويكون على الطرف الآخر بدوره أن يثبت إتخاذه الموقف الذي يمليه عليه إلتزامه المماثل ، فإن عجز عن هذا الإثبات ثبت الإخلال بالإلتزام في جانبه ، ولم يعد أمامه من سبيل لدفع المسؤولية سوى إثبات السبب الأجنبي².

¹ - محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، المرجع السابق ، ص 64.

² - مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 247 - 248.

ويمكن للقاضي أن يقدر التعويض من خلال الكشف عن عناصر الضرر، مثل نفقات التفاوض وضياع الوقت¹ والجهد وكذلك المساس بالسمعة التجارية، حيث قد يؤدي قطع المفاوضات دون مبرر إلى النيل من سمعة التاجر في وسطه المهني وإثارة الشكوك والأقاويل حوله، ويعدّ ذلك ضرراً أدبيا يدخل في الإعتبار عند تقدير التعويض².

¹ - يقول الدكتور محمد حسام لطفي أنّ ضياع الوقت يعدّ ضرراً متوقعا يستحق التعويض عنه بصرف النظر عن المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات بشرط أن يثبت المضرور أنّه قد أضاع وقته في مفاوضات انتهت بقطعها بدون مبررات مقبولة من جانب الطرف الآخر، وكل ما عليه هو أن يثبت ضياع هذا الوقت بسبب دخوله في هذه المفاوضات. مقتبس من سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 83.

² - محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 64.

الخاتمة

إنَّ المرحلة السابقة لإبرام العقد أصبحت من المراحل الهامة خاصة بالنسبة للعقود المعاصرة التي أضحت تتميز بالتركيب والتعقيد ، كما أنَّ هذه المرحلة تساعد على الدخول في عقد ناجح بعيدا عن المشاكل التي يمكن أن تطرأ بعد إبرامه أو عند تنفيذه، لأنَّ طول مدة المفاوضات والمناقشات يساعد الأطراف على اختيار ما يتناسب مع رغبتهم، سواء من حيث تحديد المتعاقد الآخر الذي سيتم معه العقد أو محل العقد ، وهذا كله يؤدي لا محالة إلى تجنب المنازعات التي قد تظهر نتيجة الغلط أو التدليس أو الإكراه، لأنَّ فريقا العقد يكونا قد أخذوا قدرا من الحرية لإبرام عقد صحيح. وكما يقول أحد الفقهاء مفاوضات فاشلة أحسن من عقد فاشل.

إنَّ هذه المرحلة تسمح للأطراف بإبرام عدّة عقود أو اتفاقات تمهيدية تساعدهم على إبرام العقد النهائي كالوعد بالعقد الذي اعتبره المشرع الجزائري عقدا بأتم معنى الكلمة والوعد بالتفضيل وعقد الإطار الذي من خلاله يمكن للأطراف أن ينضموا علاقات مستمرة ، وبعد ذلك يمكنهم الدخول في مفاوضات لمناقشة المسائل التفصيلية للعقد النهائي.

هذه الأسباب كلّها هي التي دفعتنا إلى البحث في هذا الموضوع لكن واجهتنا عدّة إشكالات عجزنا عن إيجاد إجابة نهائية وقاطعة لها ومن أهمّها ما يتعلّق بطبيعة المسؤولية الناشئة خلال هذه الفترة سواء بسبب مخالفة إحدى الإلتزامات التفاوضية كالإفشاء بالأسرار أو عدم تقديم المعلومات الكافية ، أو بسبب قطع المفاوضات. فقد صادفنا رأيين مختلفين ولكلّ رأي إيجابياته وسلبياته ، فالرأي الذي يقول بالمسؤولية العقدية هو من جهة يوفر حماية للأطراف المتفاوضة بحيث يضمن لهم التعويض عن الخسائر التي قد تصيبهم جراء طول المفاوضات والمكاسب التي قد تفوتهم ويسهل عليهم إثبات حقوقهم من خلال وجود عقود مكتوبة كعقد التفاوض وعقد المحافظة على الأسرار وغيرها ، ولكنه في نفس الوقت هو رأي يتعارض تماما مع أهمّ المبادئ التي جاء بها القانون منذ

الأزل كمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية ، فالأطراف أحرار إلى حين إبرام العقد، لذلك فإنّ هذا الرأي يرفضه أغلب الفقه وأحكام القضاء نظرا لعدم إمكانية القول بوجود عقد حقيقي بين الأطراف الداخلة في الإجراءات السابقة على إبرام العقد ، ولو أنّ الأطراف المتفاوضة دخلت في التفاوض بإرادتهما إلاّ أنّ المؤكد بأنّ الأطراف المتفاوضة لم تنصرف نيّتهم إلى إسباغ صفة الإلزام على تلك الإرادة ، إذ أنّ عنصر الإلزام يتحقق فقط عندما تتفق الأطراف المتفاوضة على إبرام العقد النهائي أو أيّ إتفاق تمهيدي آخر ، لذلك فقد رأوا بأنّ المسؤولية المترتبة في هذه المرحلة هي مسؤولية تقصيرية ، وإنطلق أنصار هذا الإتجاه من حقيقة عدم وجود عقد أثناء المفاوضات ، وهذا يعني أنّ ما سبق العقد يخرج عن نطاقه ولا تنطبق أحكام المسؤولية العقدية إلاّ إذا كنّا بصدد إخلال بالتزام عقدي.

وبالتالي ، أغلب الفقه يرى بأنّ المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية ، لما في ذلك من حماية لأهمّ المبادئ القانونية ، ويقول "بلانيول Planiole" في تعليقه على قرار صادر من المحاكم الفرنسية بأنّ "طبيعة المسؤولية في حالة رفض التعاقد هي بدون شك مسؤولية تقصيرية" ، ولكن هذه الآراء تمثل الإتجاه التقليدي الذي لم يكن يعترف بعد بوجود التزام حسن النية في إبرام العقود ، ويتبيّن ذلك من خلال الردّ الذي وجّهه " إسمان Esmein" لما أبداه الفقيه الفرنسي "ساليه Saley" من رأي حول وجود مسؤولية مستقلة عن فكرة الخطأ مستندة إلى مبدأ حسن النية حيث يقول "أنّ الضرورة العملية تقضي بإعطاء ضمان للطرفين في المفاوضات ومنحهم الحرية الكاملة لإعطاء القرار حتّى فترة الإيجاب أو القبول ، وعليه فلا تقبل فكرة الخطأ إلاّ مع الحذر". لهذا فقد استبعد الفقه التقليدي فكرة الخطأ المستند إلى الإخلال بحسن النية لأجل أن تسود نظرية المسؤولية التقصيرية ، وإن كان هذا الرأي هو الآخر. قد يهدر مصالح الأطراف في العقود التي يطول فيها أمد المفاوضات وتكثر نفقاتها ويضطر الأطراف من خلالها إلى البوح بالعديد من المعلومات التي تخصّهم أو تتعلّق بالحلّ المتفاوض عليه ، فلا تكون لهم أي ضمانات أو قد لا تتوافر لديهم أية وسيلة إثبات مكتوبة.

إلا أن هناك آراء تقرّر بأن المسؤولية المترتبة على الإخلال بحسن النية في إبرام العقود من طبيعة خاصة ، واصطلح على تسميتها بالمسؤولية ما قبل التعاقد ، ولكن لم يبيّنوا الجزاء المقرّر على خرقها ، فقد ظهر بين هؤلاء الفقهاء اختلاف حول كيفية التعويض ، فمنهم من يقول بأنها تكون حسب قواعد المسؤولية التقصيرية ، بينما يقول آخرون بأنها تكون وفق قواعد المسؤولية العقدية.

ملحق

قائمة المراجع

أولاً : المراجع المطبوعة.

1- المراجع باللغة العربية :

أ) المؤلفات :

- أبو العلا علي أو العلا النمر ، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2002.
- أحمد إبراهيم حسن ، أساس المسؤولية العقدية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للإلتزام - العقد والإرادة المفردة - منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- أحمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2005.
- السيد عليوه ، مهارات التفاوض والعقود والتحكيم الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الأمين ، مصر ، 2002.
- السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.
- أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002.
- إلياس ناصيف ، العقود المدنية والتجارية - عقد البيع - (الجزء الثاني) ، 1995.
- بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأول) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر.
- بودالي محمد ، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات - دراسة مقارنة - ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005.

- بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي - ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2006.
- بيتر فليمنج ، المفاوضات التجارية الناجحة ، ترجمة مركز التعريب والبرمجة ، الطبعة الأولى ، الدار العربية للعلوم ، لبنان ، 1998.
- توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للإلتزام في مصادر الإلتزام ، الدار الجامعية ، بيروت.
- جاك غستان ، المطوّل في القانون المدني - تكوين العقد - ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، دمشق ، 2000.
- جلال وفاء محمدين ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2004.
- جيروم هوية ، المطوّل في القانون المدني - العقود الرئيسية الخاصة - (المجلد الأوّل) ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2003.
- حسن الحسن ، التفاوض والعلاقات العامة ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 1993.
- حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002.
- دربال عبد الرزاق ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر.
- رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007.
- زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2000.

- سعيد السيد قنديل ، المسؤولية المدنية لشركات التأمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005.
- سليمان مرقس ، العقود المسماة - عقد البيع ، عقد الكفالة - الطبعة الخامسة ، المنشورات الحقوقية صادر ، بيروت ، 1998.
- شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، الطبعة الأولى ، دار دجلة ، العراق ، 2008.
- صالح ص خالص ، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001.
- عامر قاسم أحمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك - دراسة في القانون المدني المقارن - ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2002.
- عبد الحكم فودة ، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- عبد الحكم فودة ، موسوعة التعليق على القانون المدني - مصادر الالتزام - ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (المجلد الثاني) ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام - (الجزء الأول) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.
- عبد العزيز اللصاصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية - الفعل الضار - ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2002.
- عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية (الكتاب الأول) ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، 2007.

- عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006.
- عبد المنعم موسى إبراهيم ، حماية المستهلك - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007.
- علي بولحية بوخميس ، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2000.
- علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003.
- عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004.
- فاروق السيد عثمان ، سيكولوجية التفاوض وإدارة الأزمات ، منشأة المعارف ، مصر ، 1998.
- فتحي عبد الرحيم عبد الله ، شرح النظرية العامة للالتزام (الكتاب الأول) ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2001.
- قادة شهيدة ، المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة ، الجزائر ، 2007.
- حسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2006.
- محمد حسين منصور ، سمير عبد السيد تناغو ، القانون والالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1997.
- محمد حسين منصور ، مصادر الالتزام - العقد والإرادة المنفردة - ، الدار الجامعية ، بيروت ، 2000.
- محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2006.

- محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات - (الجزء الأول) ، الطبعة الثانية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004.
- محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003.
- محمد يوسف الزغي ، العقود المسماة - شرح عقد البيع في القانون المدني - ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2006.
- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت - الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2005.
- محمودي مسعود ، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006.
- مصطفى العوجي ، القانون المدني (الجزء الأول) ، مؤسسة بحسون ، بيروت ، 1990.
- مصطفى العوجي ، القانون المدني - المسؤولية المدنية - (الجزء الثاني) ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004.
- مصطفى محمد الجمال ، مصادر الالتزام ، الفتح للطباعة والنشر ، الإسكندرية.
- مصطفى محمد الجمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2002.
- ناصر أحمد إبراهيم النشوي ، أحكام عقد الاستصناع ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2005.
- نضال إسماعيل إبراهيم ، غازي أبو عرابي ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن.
- نعيم مغبغب ، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة ، الطبعة الثالثة ، لبنان ، 2001.

- همام محمد محود زهران ، الأصول العامة للالتزام - نظرية العقد - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2004.

ب) الرسائل :

- بن حميدة نبهات ، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2006-2007.

- بن مغنية محمد ، حق المستهلك في الإعلام ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2005-2006.

- بوفلحة عبد الرحمان ، دور الإدارة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2007-2008.

- خليفاتي عبد الرحمان ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، الجزائر، 1987.

- زبيري قويدر ، حماية المستهلك من الممارسات غير الشرعية، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2005-2006.

ج- المقالات :

- إلياس بن ساسي ، التعاقد الإلكتروني والمسائل المتعلقة به ، مجلة الباحث ، العدد الثاني، 2003.

- خدوش الدراجي : سقاش ساسي ، الاعتماد التجاري للأصول غير المنقولة والترقية العقارية ، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية ، ورقلة (الجزائر) ، 2006.

- كريم كريمة ، مدى كفاية القانون المدني لحماية المستهلك الإلكتروني ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد 2.

- لعروم مصطفى ، الوعد بالبيع - صورة من صور الوعد بالتعاقد - مجلة الموثق الدورية، العدد التاسع ، 2000.

- مزيان محمد أمين ، أحكام بيع العقار وموقف القضاء ، موسوعة الفكر القانوني ، مجلة الموسوعة القانونية الجزائرية ، العدد الرابع ، 2004.

د- المحاضرات :

- موسى عبد الوهاب، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد (موجهة إلى طلبة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية)، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2007.
- بوعزة ديدن ، محاضرات في التفاوض على العقود (موجهة إلى طلبة الماجستير تخصص قانون العقود والمسؤولية)، كلية الحقوق ، تلمسان ، 2007.

2- المراجع باللغة الفرنسية :

- B.H. Fallon, A.M. Simon, droit civil, 8^e éd, Dalloz, 2005.
- C. Atias, contrat et conventions (T9), Dalloz, Paris, 1998.
- C.Laroumet, droit civil - Les obligations, (T3), 3^e éd, Economica, 1996.
- F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil- les obligations-, 9^e éd, Dalloz, Paris, 2005.
- J.M. Mousseron, technique contractuelle, 3^{ème} édition, Lefebvre, 2005.
- J. P. Scarano, Dictionnaire de droit des obligations, 2^e éd, ellipses, France, 1999.
- O. Barret, Droit de la gestion de l'immeuble, Dalloz, 1999.
- Patrick Canin, Droit civil, les obligations, 1^e éd, Hachette livre, Paris, 2002.
- Ph. Tourneau, L. Cadet, Droit de la responsabilité, Dalloz, Paris, 1998.
- Ph. Tourneau, Responsabilité de revendeurs et fabricants, Dalloz, Paris, 2001.
- S.D. Brican, L.C. Henry, Droit civil – les obligations, Gualino éditeur, Paris, 2003.

ثانيا : المراجع المنشورة عبر الأنترنت.

- www.2yes.com/frest4.htm/
- [http:// www.aleqtisadiah.com/article.php?do=Show ,id=4036.](http://www.aleqtisadiah.com/article.php?do=Show ,id=4036)
- www.alaswaq.net/views/2005/06/02/1353html
- Cabinet fantaneau, les formation de contrat internationaux :
www.fontaneau.com/cfe739.htm
- السيد عيد نايل، التفاوض على العقد، عبر الموقع:
[www.gcac.biz/news.php?newsid=47.](http://www.gcac.biz/news.php?newsid=47)
- السيد محمد السيد عمران ، الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت عبر
الموقع:
www.liec-edu.com/uploads
- عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات- العقود الدولية - عبر الموقع:
<http://www.F-law.net/law/showthread.Php?P=44000>
- www.syrianlaw.4t.com/study.13.htm
- حسام الدين الصغير ، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا ، عبر الموقع :
[http:// www.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipq](http://www.int/edocs/mdocs/arab/ar/wipq)

الفهرس

1	المقدمة.....
7	الفصل الأول : مرحلة المفاوضات والاتفاقات التمهيديّة للأطراف قبل وأثناء إجرائها .
11	المبحث الأول : مفهوم المفاوضات وطبيعتها القانونية
14	المطلب الأول: الإعداد للمفاوضات والأساليب المعتمدة للقيام بالتفاوض.....
15	الفرع الأول: الإعداد للمفاوضات.....
27	الفرع الثاني: وسائل التفاوض.....
33	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمفاوضات.....
35	الفرع الأول: مبدأ حرية التفاوض.....
37	الفرع الثاني: عقد التفاوض وخصائصه.....
48	المبحث الثاني : الإتفاقات المقيدة من حرية الأطراف أثناء المرحلة السابقة للتعاقد ...
51	المطلب الأول : الوعد بالعقد Promesse de contrat.....
51	الفرع الأول : أحكام عامة حول الوعد بالعقد.....
63	الفرع الثاني : آثار الوعد بالعقد.....
75	المطلب الثاني : الوعد بالترفضيل وعقد الإطار.....
76	الفرع الأول : الوعد بالترفضيل Le pacte de préférence.....
91	الفرع الثاني : عقد الإطار Le contrat cadre.....
	الفصل الثاني : إلتزامات الأطراف أثناء إجراء المفاوضات وطبيعة المسؤولية المترتبة عن
109	الإخلال بها.....
	المبحث الأول : إلتزامات الأطراف أثناء إجراء المفاوضات السابقة لإبرام العقد
112	النهائي.....
113	المطلب الأول : الإلتزام بالإعلام وتقديم النصيحة.....
114	الفرع الأول : الإلتزام بالإعلام أثناء إجراء المفاوضات.....

125	الفرع الثاني: الإلتزام بالنصيحة أثناء إجراء المفاوضات.....
130	المطلب الثاني: الإلتزام بالتعاون والمحافظة على الأسرار.....
132	الفرع الأول: الإلتزام بالتعاون أثناء إجراء المفاوضات.....
139	الفرع الثاني: الإلتزام بالمحافظة على الأسرار عند القيام بالمفاوضات.....
	المبحث الثاني : المسؤولية المدنية المترتبة على عاتق الأطراف أثناء المرحلة السابقة
146	للتعاقد.....
	المطلب الأول: أساس المسؤولية المدنية الناشئة في المرحلة السابقة لإبرام العقد
148	النهائي.....
149	الفرع الأول: الخطأ العقدي.....
154	الفرع الثاني: الخطأ التقصيري.....
159	المطلب الثاني : النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض..
159	الفرع الأول : شروط المسؤولية المدنية المترتبة عن قطع المفاوضات.....
167	الفرع الثاني : آثار المسؤولية المدنية المترتبة عن قطع التفاوض.....
172	الخاتمة.....
175	ملحق.....
176	قائمة المراجع.....
184	الفهرس.....



الملخص :

مبدئياً يتم إبرام العقد من خلال اقتران الإيجاب بالقبول لكن نظراً لأهمية بعض العقود وتمييزها بالتعقيد والتركيب فإنها تتطلب من أطرافها ضرورة الدخول في مرحلة شاقة من المناقشات والمفاوضات من أجل إنشاء العقد، والتي تتجسد في غالب الأحيان من خلال إبرام بعض العقود التمهيديّة كاتفاق التفاوض، عقد الإطار، الوعد بالعقد، اتفاق التفضيل.

وعلى الأطراف المتفاوضة احترام الالتزامات الخاصة بهذه المرحلة والواقعة على عاتقهم أثناء فترة التفاوض.

الكلمات المفتاحية : المفاوضات ، العقود التمهيديّة ، المسؤولية ما قبل التعاقد.

Résumé :

Le contrat s'effectue, à l'origine, par la concordance d'une offre et d'une acceptation. Mais l'importance et la complexité croissantes des biens, objets d'échange et des mécanismes de leur réalisation, ne satisfont plus à la conclusion soudaine d'un accord à la construction du contrat ; peut être l'objet d'une procédure de discussion d'échanges et de négociation. Cette création pourra se retrouver dans l'élaboration des avant-contrats, contrat-cadre, accord de négociation, promesse de contrat, accord de préférence.

Les partenaires s'engagent à respecter certaines obligations spécifiques pendant la période de négociation.

Mots clés : Les négociations, les avant-contrats, la responsabilité précontractuel.

Summary :

The contract is formed when an offer meets an acceptance. But the importance and complexity of belongings and purposes of exchanges and mechanisms of their analyzing no longer meet the sudden conclusion of the agreement. The construction of contract needs a preliminary procedure of discussion and negotiation. This discussion may need to the elaboration of preliminary contract, contract-agreement, negotiations, the promise of contract, agreement preference.

Contract parties are obliged to respect specific of obligations since the period of negotiations.

Key words: The negotiations, the preliminary contract, the pre contractual liability.