

جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية



نظام ل.م.د



مرحلة ما قبل التعاقد

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

نخصص القانون الخاص الداخلي

إشراف الأستاذ:

د/ نسير رفيق

إعداد الطالبة:

إدرنموش مونية

لجنة المناقشة

د/ أمازوز لطيفة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري تيزي وزو رئيسة

د/ نسير رفيق ، أستاذ محاضر (ب) ، جامعة مولود معمري، مشرفا مقرر

د/ نعار فتيحة، أستاذة محاضرة (ب)، جامعة مولود معمري..... ممتحنة

السنة الجامعية : 2015/2014

الإهداء

إلى والداي أطال الله في عمرهما
وإخوتي ...

مونية

شكر و عرفان

أُتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الدكتور "نسير رفيق"
الذي أشرف علي إنجاز هذا العمل.

قائمة بأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

أ.	أستاذ
ت.م.ج.	تقنين مدني جزائري
ج.ر.	جريدة رسمية
د.	دكتور
د.د.ن.	دون دار النشر
د.ب.ن.	دون بلد النشر
ص.	صفحة
ص.ص.	من الصفحة إلى الصفحة
ع.	عدد

ثانياً: باللغة الفرنسية:

art.	Article
C. Civ.	Code civil
éd.	Edition
ibid.	au même endroit
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N°	Numéro
Op. cit.	opere citato = dans l'ouvrage cité
p.	page
p.p.	de la page à la page

مفلة

يعد العقد من أكثر التصرفات القانونية التي يقوم بها الشخص في حياته اليومية، وقد زاد اتجاهه نحو هذا التصرف مع زيادة سرعة التطور والازدهار التي عرفتھا المجتمعات خصوصاً في المجال الاقتصادي؛ ولهذا أصبح العقد من المواضيع المهمة والأكثر دراسة في العصر الحالي، إذ أنه يحتل مكانة كبيرة في القوانين الوضعية باعتباره أساس التصرفات التي يلجأ إليها الأفراد سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي.

نجد أن المشرع الجزائري بدوره أعطى اهتماماً بالغاً للعقد بحيث خصص له مواد كثيرة لتنظيمه سواء من حيث إبرامه أو تنفيذه أو بطلانه... إلخ، إذ عرفه في المادة 54 من التقنين المدني الجزائري كما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"¹.

فالعقد يعني تلاقي إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني ومن هذا نلاحظ أن الركن الأول من أركان العقد هو تلاقي الإرادتين أي التراضي (إضافة إلى المحل والسبب والشكل في العقود التي تقتضيه)².

من الناحية الواقعية أو العملية لفكرة تلاقي الإرادتين نجد أنه من أجل حدوث التعبير عن الإرادة يجب على الأطراف - الذين يريدون إبرام عقد معين- أن يتبادلوا الآراء فيما بينهم وهذا يحدث عند تبادلهم للعروض والعروض المضادة توصلاً إلى تحقيق مصلحة مرجوة من وراء ذلك، وهذا كله يكون قبل التوصل إلى الاتفاق النهائي والبات حول إبرام العقد المنشود وهذه المرحلة التي يحدث فيها هذا كله هي مرحلة ما قبل التعاقد.

يظهر من هذا أن مرحلة تبادل التعبير عن الإرادة مرحلة لا بد منها سواء كان ذلك في حالة إبرام عقود مهمة كإبرام شركات صناعية أو في حالة إبرام عقود يومية كإبرام شراء خلاط كهربائي، فالفرد يسعى إلى تحقيق مصلحة وهذه المصلحة هي الهدف الذي يدفعه إلى التعاقد، ولهذا نجده يعمل جاهداً من أجل التوصل إلى تحقيقها مقابل أدنى تنازل وأقل خسارة، فيقوم خلال هذه المرحلة بتقديم عروض وتلقي عروض مقابلة لها؛ أي التفاوض مع الطرف أو الأطراف الأخرى بغية التوصل إلى تحقيق تلك المصلحة.

لم تكن - سابقاً - مرحلة ما قبل التعاقد أو مرحلة المفاوضات تثير اهتمام الفقه، إلى غاية القرن الماضي أين اتجه الفقهاء إلى دراستها وتحديد معالمها من أجل وضع إطار

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية ع. 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

² - المواد التي تذكر المحل هي المواد من 92 إلى 95 ت.م.ج.، والسبب المواد 97 و98، أما الشكل في المادة 324 مكرر 1 ت.م.ج.

خاص بها، وهذا استجابة إلى المشاكل أو النزاعات التي كانت تثور أمام القضاء، ومع زيادة القضايا التي تنيرها هذه المرحلة خصوصا مع التطور الذي شهدته التعاملات الاقتصادية، وجد القضاء أنفسهم أمام فراغ قانوني بخصوص القواعد التي تطبق على مثل هذه القضايا.

أصبحت العقود وسيلة لتحقيق مشاريع ضخمة مما يجعل محلها يشكل ميزانية كبيرة، وعليه يسعى أطراف العقد للعمل جاهدين من أجل نيل أكبر خدمة مقابل أقل تكلفة تحقيقا لمصلحة تعتبر الهدف من وراء ذلك كله، وتظهر هذه الحالة خصوصا لما يتعلق الأمر بعقود نقل التكنولوجيا أو عقود البيع الدولية، ولكن هذا لا يدل على اعتبارها حكرا عليها فقط بل يمكن تصورهما أيضا في حالة ما إذا كان الأطراف الراغبين في التعاقد أشخاص عاديين أي بين أطراف مدنية خاضعة للقانون الخاص، فيتفاوضون حول عقد كبير يضم ميزانيات وإمكانات هائلة مثل شراء قطعة أرض من أجل البناء فمثل هذه التصرفات هي التي تهمنا في هذا المقام.

بالرغم من الأهمية الكبيرة التي تتميز بها مرحلة ما قبل التعاقد إلا أن معظم التشريعات المقارنة و أيضا المشرع الجزائري لم يتناولوها بموجب نصوص قانونية خاصة، بالرغم من إجراء تعديلات على التقنين المدني الجزائري، فالفراغ الذي تعاني منه القوانين المقارنة والقانون الجزائري الذي يعاني الأمرين فراغ قانوني وفراغ قضائي؛ أي عدم وجود قرارات قضائية صادرة بخصوص هذه المرحلة، وهذا مقارنة بالاجتهادات القضائية التي توصل إليها القضاء الفرنسي وحتى القضاء المصري، دون نسيان القانون والقضاء الألماني اللذان كانا سباقيين لدراسة هذه المرحلة قبل العقدية، فهذا كان دافعا للبحث في هذا الموضوع والكتابة فيه، فلو افترضنا أن شخصا ما يقطن في وهران أراد أن يشتري عقارا لإقامة مشروع له والمتمثل في بناء مصنع، فعثر على شخص يريد أن يبيع عقاره الكائن في تيزي وزو، والذي يتسع على مساحة واسعة إذ أن الثمن الذي كان معروضا عليه باهظ ويقدر بمائة مليون دينار جزائري، فدخل الطرفان على إثر ذلك في عملية التفاوض من أجل شراء ذلك العقار، وعليه قام الشخص القاطن في وهران بالتنقل إلى تيزي وزو ليعاين الأرض فاضطر إلى المبيت في فندق لعدة أيام، وهذا ليتمكن من تتبع إجراءات التفاوض، واضطر أيضا للجوء إلى مكتب دراسات من أجل القيام بدراسة حول مشروع العقد، وإثر سير هذه الإجراءات سمع أطراف عائلة الراغب بالبيع عن دخوله في تفاوض من أجل بيع ذلك العقار فتوجهوا إليه واعتراضوا على ذلك، وهذا على أساس أن تلك القطعة تعود لأجدادهم ولا يمكن له بيعها، فعدل الراغب في البيع عن ذلك التفاوض الذي كان بينه وبين الطرف الآخر استجابة لرغبة عائلته، مع العلم أن ذلك المتفاوض - الراغب في الشراء - كان قد تخلى عن شراء عقار آخر متواجد بالجزائر العاصمة، وهذا لاعتقاده بجدية المفاوضات القائمة بينهما،

ولهذا نجد أنه قد تضرر من تصرف ذلك المتفاوض الذي عدل فجأة وبدون مبرر مشروع، ويظهر هذا الضرر خصوصا في المصروفات التي تكبدها ذلك المضرور سواء تلك التي أنفقها من أجل التنقل أو الإقامة وأيضا مصاريف الدراسة التي أجراها، بالإضافة إلى تضيقه لفرصة التفاوض حول عقار آخر، كالعقار الذي كان في الجزائر العاصمة، وهذا كله دون نسيان الوقت الذي أضاعه من أجل ذلك التفاوض، وعليه كيف يمكن أن نعالج مثل هذه الحالات في غياب نصوص قانونية تنظم هذه المرحلة؟

على اعتبار عدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم مرحلة ما قبل التعاقد في القانون والقضاء الجزائري، فإن البحث يكون في إطار الجانب الفقهي، ولهذا ارتأينا إلى تحديد مفهوم مرحلة ما قبل التعاقد (فصل أول).
ثم بعد هذا نبحت عن إمكانية تحديد المسؤولية الناشئة خلال هذه المرحلة (فصل ثان).

الفصل الأول

مفهوم مرحلة ما قبل التعاقد

تعتبر مرحلة ما قبل التعاقد والتي تعرف أيضا بمرحلة المفاوضات مرحلة جدّ مهمّة، خاصّة في الوقت الحالي؛ نظرا للتطوّر الذي عرفه الإنسان في جميع المجالات لاسيما في المجال الاقتصادي والتكنولوجي، الذي أدى إلى ظهور عقود مركّبة و معقّدة لا تتلاءم مع طريقة التعاقد التقليدية التي تبدو غير ملائمة، مما أوجب تطوير هذه الطريقة القديمة وجعلها أكثر مواكبة للحياة الحالية و ما تمتاز به من سرعة وضخامة في المشاريع والأعمال.

فالعقود التي يكون موضوعها مشاريع ضخمة - كعقود نقل التكنولوجيا و عقود البيع الدوليّة و حتى العقود التي تكون بين أطراف عاديين و لكن بميزانيات ضخمة- تحمل في طيّاتها تفاصيل كثيرة، ولهذا ومن أجل إبرام مثل هذه العقود يكون على الأطراف العبور من مرحلة معينة قبل الوصول إلى العقد النهائي، وهذه المرحلة هي مرحلة المفاوضات، فمن خلالها يتم مناقشة موضوع العقد للتوصل إلى عرض يرضي الأطراف، هذا ما زاد من اتجاه الأفراد إلى إجراء مقابلات و مساومات قبل توقيع مثل هذه العقود، وبذلك أصبح للتفاوض أهمية بالغة وخصائص عديدة وطرق مختلفة (مبحث أول).

يتبادل أطراف التفاوض خلال هذه المرحلة العروض و العروض المضادّة سعيا منهم للوصول إلى إيجاب نهائي يتلوه قبول مطابق كي يبرم العقد، وهذا في حالة نجاح المفاوضات التي يمكن أن لا يكتب لها ذلك وتنتهي بالفشل، فكلّ طرف حرّ خلال إجراءاته للتفاوض، غير أن هذه الحرية مقيدة بمبادئ يجب على الأطراف احترامها حتى يتم تحقيق العدل و المساواة بين الجميع (مبحث ثان).

المبحث الأول

أشكال التفاوض

المرحلة قبل العقدية هي مرحلة ظهرت حديثاً استجابة للتطور الذي يشهده العالم باستمرار، وهذا ما ساعد على بناء علاقات بين الدول والأفراد وإبرام عقود فيما بينهم، فامتازت هذه العقود بالأهمية نتيجة لضرورتها واحتوائها على ميزانيات ضخمة، فمن أجل إبرام مثل هذه العقود يتوجه اختيار الأطراف إلى التفاوض عليها قبل إبرامها وهذا للتقليل أو الحد من المنازعات التي تثور بعد إبرام العقد، وعلى هذا الأساس حاول الفقه المعاصر تحديد هذه المرحلة من الناحية القانونية وذلك من أجل وضع معالم للمفاوضات، فقسمها إلى مفاوضات مجردة والتي تكون خالية من أي اتفاق (مطلب أول)، وإلى مفاوضات منظمة بعقود واتفاقات (مطلب ثان).

المطلب الأول

المفاوضات المجردة

المفاوضات المجردة هي تلك المرحلة التي تسبق إبرام العقد وتكون خالية من أي اتفاق، وهي الأكثر وقوعاً في الحياة العملية، وبظهور هذه المرحلة ظهرت الحاجة إلى دراستها للتعرف أكثر على التفاوض سواء من الناحية اللغوية أو العملية، والهدف من إجراء التفاوض قبل إبرام العقد (فرع أول)، وكذلك استنتاج مميزات وخصائص هذا التفاوض (فرع ثان)، والعمل على تفرقة عن بعض المصطلحات المشابهة له (فرع ثالث).

الفرع الأول:

تعريف التفاوض

إنّ التفاوض عملية ظهرت منذ وقت طويل، حيث أنّ كلّ طرف يسعى من خلاله إلى تحقيق منفعته ومصلحته من الصفقة المتفاوض عليها وهذا نظير أدنى مقابل، ومع مرور الوقت - وخصوصاً في القرن الماضي - لم تعد المسألة مجرد اجتهادات شخصية، وإنّما أصبحت علم له قواعد و أصول¹.

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995، ص.2.

أولاً: المقصود بالتفاوض:

قبل التطرّق إلى التعريف الاصطلاحي (2) والقانوني (3)، سنتطرق أولاً إلى التعريف اللّغوي (1).

1- التعريف اللّغوي للتفاوض:

جاء التفاوض من فاوض، مفاوضة، فلان في أمر ما ذاكره و حادثه فيه توصّلاً إلى اتفاق بشأنه: "فاوض العدو في الصّلح".

وتفاوض تفاوضاً: القوم في الأمر: فاوض فيه بعضهم بعضاً، الشريكان في المال اشتركا فيه وتساويا¹.

أمّا باللّغة الفرنسية Négociation, Négociation فهو البحث والتحدث بهدف الوصول إلى اتفاق².

2- التعريف الاصطلاحي للتفاوض:

حاول الكثير من الفقهاء وضع تعريف جامع مانع للتفاوض، وهذا لأنه أصبح علماً قائماً بحدّ ذاته له قواعد و مناهج خاصة به، بحيث يجب على المتفاوض أن يكون على دراية كافية بهذا العلم ليكون متحكماً بتقنياته، ليتمكن من تحديد أهدافه ومقاصده من وراء إجراء عملية التفاوض³.

فأصبح التفاوض يشمل جميع مجالات الحياة و يقع في كلّ مكان وزمان يتواجد على ظهره بشر، ولم يعد يقتصر على التفاهم بين النقابات والاتحادات مع إدارة المصنع، أو بين الوفود الممثلة للجيش المتحاربة، أو ما شابه ذلك من صور الخلاف⁴.

وعلى إثر اختلاف الفقهاء حول تعريف التفاوض، هناك من عرفه على أنّه: "محادثات تجري بين طرفين أو أكثر حول موضوع أو مشكلة بقصد الوصول إلى اتفاق شامل يحقق المصالح المتبادلة لتلك الأطراف"⁵.

¹- قاموس مجاني الطلاب، عربي-عربي، دار المجاني، بيروت، 2001، ص.751.

²- Dictionnaire LAROUSSE, France, 1997, p.284.

³- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص.89.

⁴- محمود علي ومحمد عوض الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص.ص.26-27.

⁵- محمود علي ومحمد عوض الهزايمة ...، مرجع نفسه، ص.28.

أمّا الدكتوران "محمود علي" و"محمد عوض الهزايمة" يرون أنّ التفاوض هو: "أية عملية تفاهمية ترمي إلى تحقيق أهداف أطرافها، حول الموضوع الذي كان موجبا لوجودها".

فيعدّ التفاوض عملية معقدة لما يتخللها من محاورة ومساومة ومراوغة، يتبادلها المتفاوضون، حيث أنّ كلّ طرف فيها يسعى إلى استعراض مهاراته التفاوضية من أجل الوصول إلى تحسين مصلحته أي تحقيق منفعة، وجسّ نبض الطرف الآخر¹.

3- التعريف القانوني للتفاوض على العقد:

إنّ المشرع الجزائري، وعلى غرار أكثر التشريعات المقارنة، لم يتعرض لتعريف المفاوضات العقدية ولكن الفقه والقضاء هم من اجتهدوا لأجل ذلك.

فعرّفه العميد Carbonier على أنّه: "تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تمّ بل ليس هناك إيجاب بالعقد تمّ قبوله، وإنما هناك فقط عروض وعروض مضادة"².

وكذلك يرى الدكتور مصطفى العوجي أنّ "المفاوضات عبارة عن تبادل في وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه ومناقشة لها وتعبير عن مواقف من العروض والعروض المقابلة، يتخذها المتفاوضون تمهيدا للوصول إلى اتفاق نهائي"³.

ومنهم من عرّفه على أنّه "المناقشة المشتركة بين طرفين متقابلين بصدد عناصر عقد مستقبل"⁴.

فالغاية من المفاوضات هو الوصول إلى اتفاق، وأن يكون هذا الاتفاق مرضيا للطرفين⁵، ولكن التشريعات المدنية الوضعية لم تنص على هذه المرحلة وتركت الأمر

¹- حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد 13، ع. 02، غزة، 2005، ص.ص. 125-128، ص. 127.

²- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2006، ص. 10.

³- العوجي مصطفى، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج. 1، ط. 3، د.د.ن.، د.ب.ن.، 2003، ص.ص. 164-165.

⁴- محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1995، ص. 22.

⁵- خالص صافي صالح، "المفاوضات التجارية: مفهومها، خواصها، وبعض تقنياتها"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، جامعة الجزائر، 2000، ص.ص. 87-99، ص. 90.

لاجتهاد الفقه و القضاء، ليقوموا بالاستنباط والقياس من القواعد العامة¹.

ف نجد حكم تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية أين عرّف المفاوضات كالتالي:
"المفاوضات مرحلة يتعهد فيها الطرفان بالتفاوض أو متابعة التفاوض، بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده"².

من خلال هذا نرى أنّ التفاوض هو عملية قانونية تكون بين شخصين أو أكثر، يقوم الأطراف فيها بالتحدث و التّساوم على العقد المراد إبرامه، وعن الشروط التي يحتويها والنتائج المراد تحقيقها، بهدف الوصول إلى اتفاق يرضي الأطراف.

من هذا نستنتج أنّ التفاوض يتكوّن من ثلاث عناصر التي تتمثل في: عنصر أول وهو المناقشة المشتركة، أي النقاش حول مضمون العقد دون الوصول إلى انعقاده، وعنصر ثان يتمثل في وجود طرفين متقابلين، أي طرفي العقد المستقبلي لإمكان إجراء تلك المناقشة المشتركة، والهدف من ذلك هو أن يتعرف كل طرف بطريق مباشر على وجهة نظر الطرف الآخر حول عناصر العقد، فيخرجوا بتصور مشترك عنها، والعنصر الثالث يتمثل في كون الهدف المشترك للطرفين هو السعي بإخلاص وجدية نحو إبرام العقد³.

ثانيا: تمييز التفاوض عن بعض المصطلحات الأخرى:

يتميز التفاوض عن كل من المساومة، والتشاور، والمحادثة بمميزات خاصة به نعرضها فيما يلي:

1- التفاوض والمساومة:

المساومة تعني نشاطا من جانب واحد، يقوم به أحد الأطراف أثناء التفاوض على العقد، فهي سلسلة متواصلة من التعبير عن الإرادة من قبل أطرافها، فالمساومة تعتبر من أقدم التقنيات التفاوضية استخداما، فلها دور رئيسي في إطار التفاوض العقدي، فلا يكاد يمر عقد إلا وتتخلله مساومات من قبل الأطراف، عادة ما تكون من جانب واحد ولكن هذا لا يعني أنها لا تكون من جانبيين، وهي تقع على بند واحد من بنود العقد وهو بند الثمن.

أمّا التفاوض فيتفق مع المساومة في أنّ كليهما يحدثان في الفترة قبل العقدية، ولكن يختلفان في كون التفاوض لا يمكن تصوّره إلا بين طرفين أو أكثر، وهو يكون على جميع

¹ - ايناس مكي عبد نصار، "التفاوض الالكتروني"، دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد 21، ع. 03، العراق، 2013، ص.ص. 948-965، ص. 949.

² - نقلا عن: نبيل اسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية الاطراف في مرحلة ما قبل العقد"، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، ع. 02، دمشق، 2013، ص.ص. 299-336، ص. 310.

³ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود...، مرجع سابق، ص.ص. 22-23.

عناصر العقد، ولا يمكن الحديث عنه في عقود الإذعان، فلا يكون إلا في العقود القابلة للتفاوض¹.

2- التفاوض والتشاور:

التشاور هو تبادل الرأي بين شخصين حول مسألة معينة، ويلجأ إليه الناس من أجل طلب الرأي والمشورة من أشخاص متخصصين كالمحامين والمهندسين والأطباء وغيرهم، فالمستشار يقتصر دوره على مجرد إبداء الرأي في المسألة المعروضة عليه دون أن يكون له شأن فيها، ولا يجبر على التنازل عن رأيه الخاص، ولا يقيد طالب المشورة بما يسفر عنه ذلك التشاور أي رأي المستشار.

أمّا التفاوض فصحيح أنه يمكن أن يحدث فيه تشاور، ولكن يبقى كل طرف من أطرافه هو صاحب الشأن فيما تفاوض عليه، ويستلزم من طرفيه أن يقدم كلّ منهما تنازلات من جانبه حتى يتمكن من الوصول إلى اتفاق يرضي الأطراف، وفي الأخير يتقيد الأطراف بالاتفاق الذي يتم التوصل إليه².

3- التفاوض والمحادثة:

المحادثة هي تجاذب أطراف الحديث بين شخصين أو أكثر، قصد تبادل الآراء ووجهات النظر حول مسألة معينة، سواء كانت محدّدة أو غير محدّدة، فهي عبارة عن مناقشات قد لا تعني الوصول إلى اتفاق، بل قد تؤدي إلى صراع حاد، فهي بذلك لا تهدف دوماً إلى إبرام عقد أو اتفاق وإنّما فقط الحديث عن موضوع ما للتعرف على آراء الآخرين أو لمجرد التسلية، وهي تجري غالباً بمحض الصدفة وأحياناً بناءً على اتفاق سابق، وهي تكون دائماً شفافة.

أمّا التفاوض فيتفق مع المحادثة في أنّ كليهما يعني تبادل وجهات النظر حول مسألة أو نقطة ما، ولكن التفاوض يحمل نية جادة وعازمة للوصول إلى اتفاق بشأنه وفي حالة نجاحه يؤدي إلى قيام علاقة قانونية بين أطرافه، وهو يكون إمّا شفافة أو كتابةً بتبادل الرسائل³.

¹ - حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، 2002، ص. 91-92.

² - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع نفسه، ص. 92-93.

³ - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع نفسه، ص. 93-94.

ثالثاً: أهمية التفاوض:

تعتبر المفاوضات من المواضيع المهمة في حياتنا، خصوصاً مع التطور الذي عرفه العصر الحالي، حيث يكاد التفاوض أن يلازم جميع النشاطات التي يقوم بها بني البشر في حياتهم اليومية¹.

فمرحلة المفاوضات تعمل على التضييق من الصعوبات التي تقف أمام الطرفين لتضع حدّاً للمخاطر الجسمية التي قد تواجه إتمام العقد أو إبرامه²، فتعتبر المفاوضات ركيزة أساسية لتحديد الإطار العام الذي تدور فيه موضوعات العقد من أجل التوصل إلى إبرامه³، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد لا تثور منازعات بصدد تنفيذه، فهي فترة الإعداد للعقد وكلّما كان الإعداد جيداً كلّما كان العقد محققاً وملتبياً لمصالح الطرفين⁴.

فلها دور مهم في الحد من أسباب النزاع بين أطراف العقد مستقبلاً، وذلك لأنّ مساحة الخلاف بعد إبرام العقد تضيق كلّما اتسعت مساحة التفاهم السابقة على إبرام العقد⁵.

فلها دور وقائي سواء أسفرت عن إبرام عقد أو عدم إبرامه، فنجاحها يكون خير ضمان لقيام عقد لا تثور منازعات بصدد تنفيذه و فشلها بعد تبين كلّ طرف لحقيقة الوضع يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع⁶.

كذلك لهذه المرحلة أهمية في عملية تفسير العقد، فيمكن للقاضي أن يستأنس بها لمعرفة المقاصد الحقيقية للأطراف في حالة غموض أو وجود نقص في بنود العقد⁷، وهذا إن كانت المفاوضات ناجحة و كلّلت بإبرام العقد.

¹ - محمود علي ومحمد عوض الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات...، مرجع سابق، ص. 23.

² - ايناس مكي عبد نصار، "التفاوض الالكتروني"...، مرجع سابق، ص. 951.

³ - بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أوبكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، 2008، ص. 11.

⁴ - حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض"...، مرجع سابق، ص. 129.

⁵ - نبيل اسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية"...، مرجع سابق، ص. 311.

⁶ - بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدية...، مرجع سابق، ص. 11.

⁷ - ايناس مكي عبد نصار، "التفاوض الالكتروني"...، مرجع سابق، ص. 952.

إذن، فالتفاوض على العقد له دور مهم وفَعَال من أجل إبرام عقد تَقَلّ أو تتعذر بشأنه نزاعات، خصوصاً في العقود الكبيرة و المهمة كعقود نقل التكنولوجيا¹، وكذلك في العمل على تفسيره.

الفرع الثاني

خصائص التفاوض

إنّ مرحلة ما قبل التعاقد أي مرحلة التفاوض هي مرحلة تمهّد لإبرام عقد تَقَلّ أو تتعذر بشأنه نزاعات، كما يمكن أن لا تسفر هذه المرحلة عن إبرامه أي يفشل التفاوض و لا يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأن العقد المتفاوض عليه، فتمتاز هذه المرحلة بعدة خصائص وهي أنها مرحلة إرادية، ثنائية الجانب، تقوم على التبادل والأخذ والعطاء، تمهد لإبرام عقد ولكن تبقى نتيجتها احتمالية، ولا يمكن تصورهما في بعض العقود كعقود الإذعان.

أولاً: التفاوض على العقد مرحلة إرادية:

لا يمكن الحديث عن عملية التفاوض إلا عندما تتجه إرادة الأطراف إلى الدخول في هذه العملية بهدف إبرام عقد معين²، فلا مجال خلالها للحديث عن الإكراه أو الإكراه³.

فكل طرف من أطراف التفاوض يتمتع خلال هذه المرحلة بحرية كاملة في الدخول ومباشرة المفاوضات أو الاستمرار فيها أو الانسحاب منها ولو كان هذا في اللحظة الأخيرة، وأساس هذا يرجع إلى مبدأ حرية التعاقد⁴.

ثانياً: التفاوض على العقد مرحلة ثنائية الجانب:

لا يمكن تصور تفاوض على العقد من طرف واحد، فلا جدال أن التفاوض على

¹ - يعرف عقد نقل التكنولوجيا بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه المورد أن ينقل بمقابل معلومات متطورة إلى المستورد، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعدّ نقلاً للمعرفة الحديثة مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل المعرفة الحديثة أو كان مرتبطاً به ارتباطاً لا يقبل التجزئة، وعقود نقل التكنولوجيا متعددة فمنها مثلاً: عقد تسليم المفتاح باليد، وعقد الترخيص، وعقد المساعدة الفنية، انظر مصطفى خيضر نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، 2014/2013، ص.13، هامش (1).

² - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد...، مرجع سابق، ص. 91.

³ - بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 12.

⁴ - ايناس مكي عبد نصار، "التفاوض الالكتروني..."، مرجع سابق، ص. 950.

العقد ثنائي الجانب على الأقل في جميع الأحوال¹، فالتفاوض العقدي يقوم على التفاعل والتعاون والمشاركة، فإذا كان من الممكن تصور حدوث تعاقد مع النفس فلا يمكن تصور حدوث تفاوض مع النفس، فالتفاوض يقوم على أساس التقريب بين وجهات النظر المختلفة والمتقابلة للتوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف².

ثالثاً: التفاوض على العقد يقوم على التبادل والأخذ والعطاء:

خلال مرحلة التفاوض يقوم الأطراف على تقريب وجهات النظر المختلفة فيما بينهم، بحيث يقومون بتبادل العروض والمقترحات وخلال هذا يقدم كل طرف تنازلات من جانبه من خلال إجراء تعديل في الشروط والمطالب التي قدمها وهذا بهدف إنجاح المفاوضات والوصول إلى نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة للطرفين، فإذا لم يكن هناك مجال أو قابلية للنقاش أو التنازل فليس هناك مجال للحديث عن عملية التفاوض³.

رابعاً: التفاوض على العقد مرحلة تمهّد لإبرامه:

مرحلة التفاوض هي مرحلة تأتي قبل إبرام العقد فهي مرحلة تهيئ وتمهّد لإبرامه، فخلالها يتلاقى الأطراف ويمهدون لإنشاء تصرف قانوني وبالتالي يحيط كل طرف بحاجات الطرف الآخر ومن ثمّ يتمكن من تقدير أهمية الوصول إلى العقد النهائي بالنسبة إليه⁴.

خامساً: التفاوض على العقد مرحلة ذات نتيجة احتمالية:

إن الخاصية الأساسية لمرحلة التفاوض تكمن في أنها مرحلة ذات نتيجة احتمالية وهذا لأنه خلال هذه المرحلة يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته، فصحيح أن الوصول إلى إبرام العقد يعتبر النتيجة الطبيعية للتفاوض وهذا يعني نجاح المفاوضات أي التوصل إلى اتفاق نهائي، ولكن يبقى هناك احتمال آخر موازي و مساوي لنسبة النجاح وهو فشل تلك المفاوضات⁵، ولعلّ هذا الاحتمال هو الأكثر وقوعاً من الناحية العملية، خصوصاً وأنّ قطع التفاوض يخضع لإرادة الطرف المتفاوض في إطار مبدأ حرية التعاقد، فليست كل عملية تفاوضية تنتهي بالضرورة بإبرام العقد المتفاوض عليه، وإنّما قد تنتهي بفشل التفاوض.

¹ - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد...، مرجع سابق، ص. 90.

² - بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 12.

³ - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد...، مرجع سابق، ص. 90.

⁴ - نبيل اسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية..."، مرجع سابق، ص. 316.

⁵ - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد...، مرجع سابق، ص. 92.

سادسا:التفاوض على العقد لا يمكن تصوره في عقود الإذعان:

الجدير بالذكر أنه رغم أهمية مرحلة المفاوضات ، خاصة وأنها تنظم وتحقق نوع من الاستقرار بالنسبة للعقود ذات الأهمية البالغة و الكبيرة خاصة ماليا، إلا أن هناك عقود لا تسمح بطبيعتها للخوض في تفاوض بشأنها، أي أنّ التفاوض فيها مستبعد تماما، وهي عقود الإذعان التي نص عليها المشرّع الجزائري في المادة 70 من التقنين المدني الجزائري¹، لأن تحديد شروط العقد فيها يخضع إلى مطلق إرادة أحد الأطراف، ولا يسع الطرف الآخر سوى الإذعان لها².

الأصل أنّ العقد يقوم على أساس الحرية الكاملة لأطرافه، فهم الذين يحددون شروطه ويتفقون على جميع عناصره، وهذا من أجل أن تكون إرادتهم خالية من كل العيوب، إلا أنّه في حالة عقد الإذعان أو العقود النموذجية³، فقد تفرض شروط العقد من قبل أحد الأطراف وهذا لاحتكاره لبعض السلع والخدمات الضرورية، ولا يكون للطرف الآخر إلا التسليم لتلك الشروط دون مناقشة⁴.

نرى من خلال هذا أن التفاوض على العقد له خصائصه التي تميزه، إذ أنه يتم بموجب إرادة أطرافه فلا يمكن إجبار شخص ما على التفاوض، لأنه يدخل في هذه العملية بكامل حريته، وبطبيعة الحال لا يمكن الحديث عن تفاوض إن لم يكن هناك طرفين اثنين أو أكثر؛ وهذا لأنّ المفاوضات في طبيعتها تحمل مصالح متعارضة، فيتم مناقشتها عن طريق الأخذ والعطاء وتقديم تنازلات، بهدف التمهيد لعقد نهائي لا تشوبه منازعات، أو توقي ذلك بعدم الخوض في تصرف لا يحمل مصلحة صاحبه، فبمجرد الدخول في المفاوضات فإن نسبة نجاحها ونسبة فشلها تكون متساوية، وأيضا ما لا يمكن تصوره هو التفاوض على عقد غير قابل للتفاوض بشأنه وهو عقد الإذعان.

¹ - تنص المادة 70 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

² - بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 13.

³ - وهي العقود المعدة مسبقا ليتم التعاقد بموجبها في ظروف موحدة، توحيدا للوقت وللنفقات، فهي تتم في عمليات التعاقد التي تتميز إما بالإذعان بالنسبة للطرف المنظم للعقد أو لعدم قدرته على التفاوض في مجال هذا العقد، إما لنقص خبرته أو لقلة كفاءته، فهي تلك العقود التي تضعها سلطة عامة أو هيئة نظامية أخرى كعقود الإيجار النموذجية التي تضعها وزارة الأوقاف والمجالس البلدية وغيرها، انظر حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص. 106.

⁴ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة...، مرجع سابق، ص. 15.

الفرع الثالث

التمييز بين الدعوة للتفاوض وبين الدعوة للتعاقد والإيجاب

إنّ مرحلة التفاوض هي مرحلة مهمة و اختيارية فإن شاء الأطراف خوضها فهذا خاضع لمطلق إرادتهم، فهم أحرار في ذلك، وبالحديث عن المفاوضات في حد ذاتها فلا أصل أنها لا تنشئ أي رابطة عقدية بين أطرافها فتعتبر مجرد أعمال مادية¹ وبالتالي فلا تلزم أطرافها بالتوصل إلى اتفاق أو تعاقد أو حتى الاستمرار في التفاوض بل يجوز الانسحاب منها في أي وقت، فهي لا ترقى إلى مرتبة التصرفات القانونية².

ومن أجل الشروع في عملية التفاوض لا بد أن تكون هناك دعوة يوجهها أحد الأطراف للآخر من أجل بدأ المفاوضات، وهذه الدعوة لا يمكن اعتبارها إيجاباً ولا دعوة للتعاقد، وقبل التطرق للتمييز بينهم سنبين أولاً مرحلة المفاوضات عن مرحلة إبرام العقد.

أولاً: تمييز مرحلة المفاوضات عن مرحلة إبرام العقد:

لتمييز مرحلة المفاوضات عن مرحلة إبرام العقد دور مهم، وهذا لأن الآثار المترتبة عن كلا المرحلتين مختلفة تماماً، خصوصاً في حال وجدت نزاعات خلالهما، فما القواعد القانونية التي تطبق حينذاك، والأهم في كل ذلك هو المسؤولية الناشئة عن كلي المرحلتين.

من خلال التسمية فقط نرى أن مرحلة المفاوضات هي المرحلة السابقة للتعاقد، فهي مرحلة تسبق مرحلة إبرام العقد، و الحد الفاصل بين كلتي المرحلتين هو صدور الإيجاب³، فمتى صدر إيجاب بات ودقيق فهنا تكون المفاوضات قد وصلت إلى الهدف المرجو منها أي نجاح التفاوض، وبمجرد اقتران ذلك بالإيجاب بقبول يطابقه ينعقد العقد ويدخل الأطراف في مرحلة إبرام العقد.

ثانياً: تمييز الدعوة للتفاوض عن الدعوة للتعاقد:

الدعوة للتفاوض هي دعوة يوجهها شخص ما إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين بهدف الدخول في مفاوضات تحضيراً لمشروع عقد مستقبل، أما الدعوة للتعاقد فهي دعوة

¹ - هذا هو الرأي الذي ذهب إليه الدكتور عبد الرازق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج.1، نظرية العقد، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص. 245.

² - بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدية...، مرجع سابق، ص. 13.

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص. 14.

يوجهها شخص ما إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين بهدف التعاقد، وللتمييز بين الدعوة للتفاوض وبين الدعوة للتعاقد فالعبرة لما يعقبها، فإن عقبتها مفاوضات ومساومات فإننا نكون بصدد دعوة للتفاوض، وإن عقب الدعوة إيجاب بات فإننا نكون بصدد دعوة للتعاقد¹.

ثالثاً: تمييز الدعوة للتفاوض عن الإيجاب:

من أجل الدخول في أي عملية تفاوض يجب أن تكون هناك دعوة وجهها أحد الأطراف وتسمى هذه الدعوة بالدعوة للتفاوض.

يسمى البعض الدعوة للتفاوض بالإيجاب بالتفاوض، وهذه الدعوة يقوم بتوجيهها أحد الأطراف بهدف التفاوض مع طرف أو أطراف أخرى من أجل التمهيد لإبرام عقد معين، وهذه الدعوة لا تتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كأن يطلب مشروع صناعي من إحدى الشركات دراسة الشروط التي تقبل بمقتضاها تزويده بمعدات لازمة لنشاطه، فتتقدم الشركة على إثر ذلك بمقترحات تصلح أساساً للتفاوض²، ففي مثل هذه الحالة تكون الشركة قد قبلت الدعوة، وبالتالي تبدأ المفاوضات بهدف الوصول إلى اتفاق ينشأ عنه عقد في حالة نجاحها.

فتوجيه الدعوة للتفاوض أو قبولها أي اختيار اللجوء إلى مرحلة تمهيداً للعقد النهائي يخضع لإرادة الأطراف، ولا مانع من عدم التمسك بها أو من تعديل هذه الإرادة بما لا يسيء ولا يضر الطرف الآخر³.

الدعوة للتفاوض أو الإيجاب بالتفاوض لا يحمل أي قوة عقدية، بل هو فقط يبين رغبة صاحبه في التقرب من شخص آخر من أجل إعداد لعقد محتمل، وتوضيحاً لمضمونه⁴.

من هنا يجب أن نميز بين الدعوة للتفاوض وبين الإيجاب، إذ أن التفاوض هو مرحلة من مراحل الإيجاب، فهو يمثل الدور الأول له، فليس لهذه الدعوة أثر في الروابط القانونية، وبهذا فإنه يجوز العدول عن التفاوض دون أي مسؤولية من أي طرف، سواء كان هو

¹ - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص. 28.

² - بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 26.

³ - دسوقي محمد إبراهيم، الجوانب القانونية في إدارة...، مرجع سابق، ص. 24.

⁴ - BLANCHARD Patrick, "Offre et acceptation dans la négociation du contrat international, Réflexions comparatistes", *Revue de droit des affaires internationales*, N°1, Paris, 2008, P.P.03-27, p.05.

صاحب الدعوة أو هو الذي قبلها، وهذا من أجل عدم تقييد الأشخاص بأي لفظ يتفوهون به ولسهولة التعامل فيما بينهم¹.

فهذه الدعوة تعبر عن رغبة صادرة عن شخص ما بصورة منفردة ولا تتوفر فيها المواصفات الخاصة بالإيجاب، وبذلك فهي لا تشكل التزاما في ذمة صاحبها، ولهذا يمكنه الاعتراض عنها سواء قبلت أم لا²، وهذه الدعوة لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد وهي كثيرة الوقوع في الحياة العملية، كأن يضع شخص ما لافتة في شرفة منزله أو على الباب مكتوب عليها للبيع، فهذه اللافتة لا تعد إيجابا بالبيع لأنها لا تحدد المبيع ولا ثمنه وهما عنصران مهمان في عقد البيع، كما أن إرادة المالك لم تتجه إلى إبرام العقد مع أول شخص يستجيب للعرض، فهو ينوي التفاوض معه بشأن الثمن وكيفية الوفاء وتحديد الشيء المبيع وملحقاته وغير ذلك، فعدم تحديد عناصر العقد يعتبر دعوة للتفاوض وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 27 جوان 1973 "إن الإيجاب في الإيجار يجب أن يذكر الشيء المؤجر، وقيمة بدل الإيجار والتاريخ الممكن لبدء التمتع به وإلا تعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض من أجل إبرام عقد"³.

فالكثير من العقود تحتاج إلى التروي وإمعان النظر فيها قبل الوصول إلى أي قرار يلزم أطرافها، فلهذا يكون للأطراف حرية التفاوض بشأنها والعدول عنها ماداموا لم يصلوا بعد إلى حد الإيجاب البات⁴، فإذا خرج الإيجاب من المفاوضات صار إيجابا باتا يتقيد به صاحبه، والفصل فيما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى ذلك يعتبر مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع حسب كل قضية⁵.

وما يميز الإيجاب في هذه المرحلة هو أنه يكون إيجاب من صنع الطرفين فهو إيجاب مشترك⁶، وصل إليه الأطراف عن طريق تقديم عروض وعروض مضادة فجرت عدة تعديلات وتنازلات من الطرفين وصولا إلى إيجاب مشترك يكون محلا للتعاقد.

من خلال هذا نرى أن المفاوضات المجردة هي مرحلة خالية من أي عقد، فلا ترتب التزام في ذمة أطرافها، تبدأ عن طريق دعوة للدخول في التفاوض يقابله قبول لهذه الدعوة من الطرف المقابل تعبيراً عن نيته في المشاركة لوضع تصور مشترك للعقد المستقبلي.

¹- عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الإثبات- الآثار- الأوصاف- الانتقال- الانقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.238.

²- مصطفى العوجي، القانون المدني...، مرجع سابق، ص.165.

³- نقلا عن ابن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص.30.

⁴- بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدي...، مرجع سابق، ص.20.

⁵- عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص.242.

⁶- محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، مرجع سابق، ص.30.

المطلب الثاني

التنظيم الاتفاقي للمفاوضات

التنظيم الاتفاقي للمفاوضات أو المفاوضات المنظمة هي تلك المرحلة السابقة للتعاقد، والتي يختار خلالها الأطراف إبرام عقود أو اتفاقات من أجل تنظيمها وتحديد مجراها، سواء عن طريق عقد التفاوض (فرع أول)، أو اللجوء إلى إبرام عقد عام والاتفاق على التفاوض بشأنه أي عقد إطار (فرع ثان)، أو إبرام الأطراف خلال التفاوض عقود بشأن بعض المسائل التي توصلوا إليها وهي الاتفاقات الجزئية (فرع ثالث).

الفرع الأول

عقد التفاوض

إن المفاوضات مرحلة مهمة لأنها تهيئ لعقد، ومثل هذه العقود التي يتم التفاوض بشأنها تكون عقود ضخمة، وبالتالي فإنها تحمل ميزانيات هائلة، ولهذا فعند لجوء الأطراف لإبرام مثل هذه العقود فإنهم يبحثون عن أفضل الشروط التي تخدم مصالحهم، فعند الدخول في المفاوضات سواء بتقديم دعوة للتفاوض أو قبول دعوة موجهة من شخص آخر، فإنهم يلجؤون إلى إبرام عقد بذلك وهذا خوفا منهم على ضياع حق من حقوقهم، فيجدون أنفسهم في حالة ضياع خصوصا مع غياب نظام قانوني خاص بالمفاوضات، ومن أجل هذا يقومون بإبرام عقد بينهم لتنظيم ذلك التفاوض الجاري بينهم، وبذلك يلتزمون به ويضمنون حقوقهم من الضياع.

فعقد التفاوض هو عقد كغيره من العقود يتمتع بجميع الأركان من رضا، محل، وسبب، وشروط صحة الإرادة والأهلية فلو أردنا إيجاد تعريف له فنجد أنه ينطبق عليه التعريف الوارد في المادة 54 من التقنين المدني الجزائري¹، فصحيح أنه من العقود الحديثة نسبيا وغير المنظمة قانونا²، لكن يمكن إدراجه في دائرة العقود الخاصة ونطبق عليه القواعد العامة.

¹ - تنص المادة 54 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

² - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، مرجع سابق، ص. 106.

فيمكن أن نقول أنه التزام ينشئ في ذمة أطرافه بمجرد توجه إرادتهم لإبرامه، فهو إذن التزام عقدي يهدف لتكوين إيجاب أو مواصلة التفاوض من أجل الوصول إلى إبرام العقد¹.

وقد عرفته محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بأنه: "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعة التفاوض، من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده"².

رغم أن عقد التفاوض هو عقد ملزم لإطرافه، والإخلال به يترتب مسؤولية المخل، إلا أنه لا يلزم الأطراف بضرورة التوصل إلى إبرام العقد، فيبقى طابع الاحتمال هو السائد في هذه المرحلة، فهذا العقد يهدف لتنظيم هذه المرحلة وليس لإلزام الأطراف على الوصول لنتيجة حتمية بإبرام العقد.

أما عن مضمون الالتزام في مثل هذه العقود فهو التزام ذي شقين، الشق الأول هو التزام بتحقيق نتيجة ويتمثل في الدخول في المفاوضات، وعليه فبمجرد عدم الدخول في التفاوض يعتبر ذلك الطرف مخطئاً وتقوم مسؤوليته العقدية، دون حاجة لإثبات إهماله أو سوء نيته، فيكفي فقط إثبات عدم حضوره للتفاوض أو عدم اتصاله.

أما الشق الثاني فهو التزام ببذل عناية ويتمثل في اتخاذ لموقف ايجابي خلال سير المفاوضات وذلك بسلك مسلك الرجل المعتاد دون اتخاذ موقف سلبي كالعدول عن المفاوضات بدون سبب جدي أي تعسفي أو إثارة عقبات خلال التفاوض أو تقديم مقترحات غير مقبولة إلى غير ذلك من التصرفات التي لا يأتيها الشخص العاقل³.

في إطار عقد التفاوض قد تظهر بعض العقود المتفرعة عنه أو تكون في شكل بنود يحتويها العقد الأصلي، ونجد من بينها الاتفاق على الإخلاص بين الطرفين بحيث يلتزم كل طرف بالإفصاح للطرف الآخر عن كل المفاوضات التي يجريها مع الغير سواء التي يجريها في نفس وقت تلك المفاوضة أو التي أجراها سابقاً.

ونجد أيضاً الاتفاق على عدم إجراء مفاوضات موازية خاصة تلك التي تجري بين متنافسين، فباعتبار أن الأصل في إجراء المفاوضات هو حق ومن خلاله يمكن لكل طرف التفاوض مع أي شخص يريد ولا يلتزم بإعلام الطرف المتفاوض معه بتلك المفاوضات، إلا

¹ - GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les obligation, Le contrat*, L.G.D.J., Paris, 1980, p.189.

² - نقلا عن: نبيل اسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية..."، مرجع سابق، ص. 313.

³ - محمد إبراهيم دسوقي، *الجوانب القانونية...*، مرجع سابق، ص.ص. 107-108.

أنه يمكن الاتفاق على وضع شرط بذلك وهو عدم الخوض في مفاوضات بالموازاة مع تلك التي يجريها هؤلاء الأطراف¹.

فعقد التفاوض لا يترتب أي التزام بالتعاقد ولكن يلزم أطرافه بالتفاوض بحسن نية، وإن تم خرق هذا العقد فيمكن للمضرور طلب التعويض بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية².

تستعمل بعض الأوراق خلال هذه الفترة ولكن تبقى أحيانا آثارها غامضة، إذ أن هذه الأوراق كثيرة ولها مسميات عديدة لا يمكن حصرها، إذ نكتفي بالتطرق إلى خطاب النية (Lettre d'intention)، والاتفاق على تأجيل التوقيع.

أولاً: خطاب النية:

اختلف الكثير من الفقهاء حول تسمية هذا المستند وهذا لاختلاف الزاوية التي ينظرون منها إلى مضمونه والغرض الذي أصدرت من أجله، فأطلق عليها مسميات مختلفة كالبروتوكول أو المذكرة أو خطاب التفاهم أو رسائل النية وغيرها من مصطلحات، ولكن مصطلح خطاب النية هو الأكثر شيوعاً في العمل، والذي يقوم بتحرير مثل هذه الأوراق هم أطراف التفاوض ففي أغلب الأحيان تغطي على هذه الأوراق طابع العمومية لأن محرريها ليسوا قانونيين كالمهندسين والمديرين... وبالتالي تفتقر هذه المستندات للدقة والوضوح³.

فيمكن أن تتضمن تحديد موضوع التفاوض ومراحله وكيفية إجراءاته، ولكن لا تسعى للوصول مباشرة إلى العقد النهائي⁴

حيث أن هذه الخطابات تعمل على تأكيد حسن نية المتفاوض خلال هذه الفترة وعلى أنه يسعى لإبرام العقد المنشود، ولهذا فإنه كقاعدة عامة تم إفراغ هذه الخطابات من أي قيمة قانونية فهي لا تترتب التزامات قانونية بل معنوية فقط.

ولكن هناك استثناء لهذه القاعدة وهو إمكان أن تستوحي هذه المستندات قيمتها القانونية من طريقة صياغتها كأن تتضمن اتفاق صريح على المضي قدماً في إبرام العقد النهائي وفقاً لما انتهى إليه الطرفان في مفاوضاتهم السابقة وبالتالي يمكن اعتبار هذا عقد ابتدائي أو تمهيدي أو حتى وعداً بالتعاقد⁵.

¹ - DAGORNE-LABBE Yannick, *La formation du contrat*, Ellipses, France, 2000, p. 19.

² - FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, *Les obligations, T.1, L'acte juridique*, 7^{ém} éd., Armand Colin, Paris, 1996, p. 99.

³ - حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للاتفاقات..."، مرجع سابق، ص. 134.

⁴ - BLANCHARD Patrick, "Offre et acceptation..."، op.cit., p.07.

⁵ - حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للاتفاقات..."، مرجع سابق، ص. 142.

ثانياً: الاتفاق على تأجيل التوقيع النهائي:

إنّ الاتفاق الذي يلجأ إليه الأطراف أحياناً وهو الاتفاق على تأجيل التوقيع النهائي على العقد، هو مستند أو وثيقة يحررها الأطراف على أنهم يؤجلون التوقيع على العقد إلى وقت لاحق، وقد يحددون تاريخ للتوقيع أو لا يحددون تلك المدة، المهم أن يؤكدوا أن العقد لا يكتمل إلا بهذا التوقيع، وهذه الوثيقة لا تحمل أي توقيع، ويمكن اللجوء إلى الاتفاق في أي مرحلة كانت عليها المفاوضات حتى وإن كانت في بدايتها، لأن الغاية من هذا الاتفاق هو التهرب من المسؤولية¹.

وبهذا فإن الاتفاق على تأجيل التوقيع لا يحمل أي قيمة قانونية ولا يلزم الأطراف لأنهم لم يتوصلوا بعد إلى التوقيع النهائي، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في 09 ديسمبر 1975: "تطابق الإيجاب والقبول على شروط عقد معين، ولكن مع تعليق استعداد الطرفين للتعاقد على شرط معين أو توقيعه بزمان، فإن هذا التطابق لا يكون عقداً، بل مجرد مشروع عقد لا يقيد أياً من الموجب أو القابل، فلا زال الطرفان في مرحلة مشروع العقد، مما مقتضاه أن هذا المشروع لا يكون ملزماً لأي من الطرفين ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام العقد، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء"².

من خلال ما سبق نرى أن عقد التفاوض هو "عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد سيبرم في المستقبل" وهذا ما قضت به محكمة باريس بتاريخ 23 ماي 1992³، فهو كغيره من العقود لم ينظم بنصوص خاصة ولهذا تطبق عليه الأحكام العامة للعقود، ولكن هناك بعض المستندات التي تتفرع عنه أو تقوم بالموازاة معه فيجب التطرق لمحتوى تلك المستندات لإمكان معرفة إذا ما كانت تتمتع بقيمة قانونية أو لا تتمتع بها.

الفرع الثاني

عقد الإطار

إن عقد الإطار (contrat cadre) هو عقد منظم للمفاوضات، رغم الجدل القائم بشأنه، حول صحّة مثل هذه العقود فالقضاء أقر أن "عقد الإطار العام ما هو إلا تمهيد لعقود أو خدمات مستقبلية لم تتحدد بعد كمياتها أو أسعارها أو إمكانيات توريدها"⁴.

¹ - نشمي مصطفى خيضر، النظام القانوني للمفاوضات...، مرجع سابق، ص. 38.

² - نقلا عن: حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للاتفاقات..."، مرجع سابق، ص. 139.

³ - نقلا عن: هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، "التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الإطار العقدي صورها وآثارها"، مجلة الجامعة الأسمرية، ع. 21، السنة 11، د.س.ن، ص. 213.

⁴ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة...، مرجع سابق، ص. 109.

الكثير من اعتبر عقد الإطار من قبل عقود البيع أو التوريد أو تقديم خدمات، وهذا ما أثار مشاكل قانونية، فعقد الإطار العام ينصب على مثل هذه العقود؛ أي عندما يكون هناك تعامل مستمر بين شركة أو منشأة مع أحد العملاء أو الزبائن، أين يكون هناك عمل فيما بين هؤلاء بصفة دورية كأن يطلب العميل من الشركة بصفة دورية بعضا مما تنتجه الشركة، أي أن يكون بينهم بيع وشراء أو تقديم خدمات، ومن خلال ذلك يكون على ذلك المتعامل في كل مرة يريد فيها التعامل مع الشركة أن يقوم بإبرام عقد على كل صفقة على حدى، فيجد نفسه في كل مرة يكرر نفس الشروط ونفس الإجراءات، ويبقى الفرق الوحيد بين كل تلك العقود هو الكمية التي يأخذها والتمن الذي يدفعه أما فيما عدا هذا فكلها متشابهة، وبالتالي يقوم المتعامل بإبرام عقد إطار مع الشركة يتفقون فيه على كافة الشروط الموحدة في جميع العقود المستقبلية التي سيدخلون فيها مستقبلا بمناسبة كل صفقة على حدى، ويبقى تحديد الثمن والكمية كمحل لاتفاق لاحق¹؛ أي أن يبرم عقد بين الشركة والمتعامل معها وتبقى مسألة الكمية والتمن محل تفاوض بين الطرفين في كل مرة يريد فيها التعامل السلعة أو الخدمة من الشركة.

وبهذا فإن العلاقة العقدية لا يمكن أن تتم إلا إذا استتبع عقد الإطار العام بعقود أخرى تكمله وتنفعه، ولكن يبقى عقد الإطار قائما بالشروط التي تم الاتفاق عليها بين أطرافه.

فعقد الإطار يمكن أن لا يتضمن جميع المسائل الجوهرية للعقود اللاحقة له والتي تسمى عقود التطبيق أو التنفيذ، وهذا لأنه يستحيل على الأطراف تحديدها عند إبرامه²

ومن حيث الجدل الذي قام بخصوص صحة مثل هذه العقود، ففي بادئ الأمر اعترف بها القضاء في فرنسا ولكن على أساس أنها ليست عقود بيع بمعنى الكلمة، ولكن يجب أن يحدد فيها الثمن أو أن يكون قابلا للتعيين، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان لانعدام محل العقد، وهنا نجد أنه هناك من أيد هذا الرأي وهناك من خالفه، وهذا على أساس أن عقد الإطار العام ليس عقد بيع لكي يطبق عليه مثل هذا القيد الذي يطبق على عقود البيع³.

وبهذا نرى أن عقد الإطار العام هو عقد يحدد الشروط العامة لعقود لاحقة تبرم مستقبلا لتنفعه، فهو يهيئ الجو للمفاوضات التي تأتي بعده، ولهذا فإن هذا العقد هو عقد صحيح يلزم أطرافه بما ورد فيه.

¹ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة...، مرجع سابق، ص.ص. 108-109.

² - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 105.

³ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة...، مرجع سابق، ص. 110.

الفرع الثالث

الاتفاق الجزئي

تبرم العقود وفقا لاتفاق الأطراف حول جميع عناصرها وبعد ذلك فإنهم يلتزمون بها لأن العقد شريعة المتعاقدين¹، فإن اتفق الأطراف على جميع العناصر الجوهرية وتركوا العناصر الثانوية لوقت لاحق فإن العقد يبرم ويكون صحيحا، ولكن إن اتفق الأطراف على جميع العناصر الجوهرية ولكنهم اشترطوا على أن العقد لا يدخل حيز النفاذ إلا بالاتفاق على العناصر الثانوية، فإنه لا يدخل حيز النفاذ إلا إذا اتفقوا عليها².

فالعقد الجزئي أو الاتفاق الجزئي (Accord partiel) هو اتفاق بين طرفي التفاوض على عنصر من عناصر العقد المراد إبرامه أي العقد المتفاوض عليه³، فهو يدخل ضمن الاتفاقات السابقة للتعاقد، ويحدث مثل هذا الاتفاق في الحالة التي يكون فيها العقد المتفاوض عليه يشمل مثلا عدة عمليات، فيتفق الأطراف فيما بينهم على صب كل نتيجة توصلوا إليها في عقد جزئي، أي أن العقد الجزئي "هو ذلك العقد الذي يتوصل إليه الطرفان في أثناء المفاوضات، وبموجبه تحسم المسائل التي تم الاتفاق عليها أولا بأول"⁴.

فمن خلاله يقوم الأطراف بتثبيت النقاط التي توصلوا إليها والتي تشكل في الأخير ملامح العقد النهائي⁵، ولكن هذا الاتفاق يختلف عن الوعد بالتعاقد⁶ وذلك يكمن في أن الاتفاق الجزئي يشمل عنصر أو بعض العناصر الجوهرية للعقد النهائي بينما الوعد بالتعاقد يشمل كل العناصر الجوهرية للعقد، فهو عقد في حد ذاته⁷.

أما عن الآثار التي يترتبها هذا العقد من حيث كونه ملزما لأطرافه وإن كان يعتبر جزءا من العقد النهائي في حال إبرامه فلم يفصل المشرع الجزائري في هذا بل نص فقط على المبدأ العام لمثل هذه العقود وهذا في نص المادة 65 من التقنين المدني الجزائري⁸.

ومن خلال العودة إلى المبادئ العامة فالعقد شريعة المتعاقدين فلهم أن يقرروا إن كان يمكن لهذه العقود أن ترتب آثارا أو لا، فإذا كان العقد الجزئي يمكن أن يكون عقدا مستقلا في حد

¹ - المادة 106 من ت.م.ج. المعدل والمتمم.

² - GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil...*, op.cit., p.191.

³ - بلحاج العربي، *الإطار القانوني للمرحلة...*، مرجع سابق، ص.110.

⁴ - محمد إبراهيم دسوقي، *الجوانب القانونية...*، مرجع سابق، ص.111.

⁵ - DAGORNE-LABBE Yannick, *La formation du contrat...*, op.cit., p.16.

⁶ - المادة 71 من ت.م.ج. المعدل و المتمم.

⁷ - بلحاج العربي، *الإطار القانوني للمرحلة...*، مرجع سابق، ص.110.

⁸ - تنص المادة 65 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل الجوهرية التي يتم الإتفاق عليها، فإن المحكمة يقضي طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

حد ذاته والأطراف تحفظوا على الالتزام بالعقد النهائي وحده، فإن هذا التحفظ يجرّد العقد الجزئي من أثره، أما إذا كان هذا الاتفاق لا يصلح لأن يكون عقداً مستقلاً بحد ذاته، فإنه لا يلزم أطرافه سواء اتفقوا أو لم يتفقوا على إلزاميته لأنه يفتقر لمحل العقد¹.

من خلال هذا نرى أن العقد أو الاتفاق الجزئي هو اتفاق يتم بين طرفي التفاوض بهدف تنظيم المفاوضات، خصوصاً تلك التي تشمل عدة عمليات وكل عملية مرتبطة بالأخرى، وفي إطار غياب قواعد خاصة تنظم مثل هذه العقود فإنه يجب تطبيق القواعد العامة، ولهذا فالعقد شريعة المتعاقدين والآثار التي يترتبها هذا الاتفاق تكون حسب تلك الاتفاقات التي أبرمها الأطراف من خلاله، فإن اتفقوا على أن يترتب أثره دون حاجة لإتمام العقد النهائي فلهم ذلك، وإن اتفقوا على غير ذلك أي أن لا يترتب أي أثر إلا إذا أبرم العقد النهائي فيعتبر ذلك كشرط واقف إذ لا يتحقق إلا إذا تحقق الشرط.

المبحث الثاني

المبادئ السائدة في مرحلة ما قبل التعاقد

توجه الأفراد إلى الدخول في مرحلة المفاوضات يعني أن كل طرف يسعى إلى التعاقد، ولكل مرحلة مبادئ تهيم عليها وتنظمها، وكذلك هي مرحلة التفاوض على العقد، حيث نجد مبادئ هامة تسودها، وتوجه الأفراد إلى المضي فيها فإن هذه المبادئ تطبق عليهم، إذ نجد أن مبدأ حرية التعاقد هو المبدأ الأساسي الذي يسود هذه المرحلة (مطلب أول)، بالإضافة إلى مبدأ حسن النية الذي يهيم على المفاوضات المنظمة بعقود أو اتفاقات ويسعى إلى تنفيذها بحسن نية (مطلب ثان).

المطلب الأول

مبدأ حرية التعاقد

باعتبار أن المفاوضات مبادرة شخصية يتوجه إليها الأفراد فالمبدأ الأساسي الذي يهيم عليها هو مبدأ حرية التعاقد، وعليه فلكل طرف الحرية الكاملة في مواصلة التفاوض أو العدول عنه (فرع أول)، ولعل أهم صورة لممارسة هذه الحرية هي العدول عن المفاوضات العقدية دون نشوء مسؤولية على عاتق الطرف الذي عدل (فرع ثان)، ولكن هذا ليس بصورة مطلقة بل يشترط فيه عدم التعسف في استعمال هذا الحق (فرع ثالث).

¹ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، مرجع سابق، ص. 112.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ حرية التعاقد

إن العقد يفترض وجود إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 59 من التقنين المدني الجزائري¹، وعليه فإن الشخص له الحرية الكاملة في الدخول في العلاقة العقدية من عدمها، وهذا طبقاً لمبدأ حرية التعاقد.

للحديث عن مبدأ حرية التعاقد يجب أن نتحدث أولاً عن الأساس الذي تفرع عنه هذا المبدأ وهو مبدأ سلطان الإرادة، إذ أنه هو المبدأ الأساسي أين تفرعت عنه عدة مبادئ هامة، وهي مبدأ حرية التعاقد الذي يتعلق بمرحلة تكوين العقد، ومبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد، ومبدأ نسبية أثر العقد الذي يحد من آثار العقد إلا بين أطرافه، وكل هذه المبادئ هي مبادئ عامة لها استثناءات.

إن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على فكرة بسيطة مفادها أن للإرادة السلطان الأكبر في بناء أي كيان تعاقدية والتحكم فيه نشوء واستمرار وانتهاء²، وترجع نشأة هذا المبدأ إلى القانون الروماني، رغم أن هذا المبدأ لم يكن طليقاً خلالها لأن الشكلية هي التي كانت طاغية على التصرفات القانونية، ولكن القانون الروماني عمل على التخفيف من حدتها رغم أنه لم يتخلص منها نهائياً³، عكس ما كان في العصور القديمة أين كان رب الأسرة لا يحتاج إلى المعاملات والمبادلات الاختيارية لأنه كان يوفر كل ما تحتاجه الأسرة من حاجيات⁴.

وهذا المبدأ يعني أمرين الأول هو أن الإرادة وحدها يمكنها إنشاء الالتزام أو التصرف القانوني بوجه عام⁵، وهذه هي القاعدة الرضائية⁶، أما الأمر الثاني فهو أن لهذه الإرادة الحرية في تحديد مضمون العقد و آثاره، ثم الالتزام بذلك، وعدم جواز تعديل الاتفاق القائم إلا باتفاق جديد⁷.

¹ - تنص المادة 59 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

² - نبيل اسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية..."، مرجع سابق، ص. 317.

³ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج. 1، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1996، ص. 44.

⁴ - عبد الرازق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني...، مرجع سابق، ص. 87.

⁵ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص. 49.

⁶ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط. 4، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 44.

⁷ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 50.

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية كلياً - واستمر هذا إلى غاية القرن 12 - ولكن بدأت الإرادة تقوى في العقد شيئاً فشيئاً¹، و الكنيسة هي ما ساعدت في هذا، فكانت مهذا للرضائية تنادي باحترام العهود والمواثيق، إذ قال الفقيه² Loyse "إن الأبقار تقيد من قرونها ولكن الرجال يقيدون من ألسنتهم".

ومع ظهور المذهب الفردي خلال القرن 17، ساعد هذا على تثبيت مبدأ سلطان الإرادة فقد بلغ أوجه في القرن 18، ففلسفة التنوير كانت ترى أساساً أن كل شخص حر، فالإرادة الفردية الحرة هي التي تحقق العدالة³.

ولكن مع بداية القرن 19 اهتز هذا المبدأ، وكان هذا بظهور المذهب الاجتماعي الذي حمل معه فلسفة جديدة⁴، فأنصار المذهب الاجتماعي يرون أن الإرادة ليست المصدر الوحيد الوحيد للالتزام، فهي ليست إلا وسيلة لتحقيق غاية وتخضع لقيود ترتبط بمصلحة المجتمع، فانتكس هذا المبدأ خصوصاً بعد تدخل الدولة في جميع المجالات، أين أصبحت الكثير من العقود نموذجية معدة مسبقاً⁵.

وفي الوقت الحالي أصبح لمبدأ سلطان الإرادة قيود قائمة بجانبه وهذه القيود مستمدة من سلطان القانون⁶، الذي رسم له حدود وحصره في دائرة معقولة لخلق توازن بين الإرادة مع العدالة والاستقرار والصالح العام⁷.

إن حرية التعاقد هو مبدأ جاء كنتيجة من نتائج مبدأ سلطان الإرادة، وهو يتعلق بمرحلة تكوين العقد ولهذا فهو المبدأ الأساسي الذي يتحكم في المرحلة السابقة للتعاقد، ويشمل هذا المبدأ بعدين الأول بعد موضوعي وهو يعبر عن ثلاث خواص وهي التعاقد أو عدم التعاقد، اختيار المتعاقد، وتحديد مضمون العقد، أما البعد الثاني فهو شكلي فحرية التعاقد تتطلب الرضائية⁸، فالفرد حر في التعاقد من عدمه إذ لا يمكن إجباره على الدخول في علاقة

¹ - عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 30.

² - نقلاً عن، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون...، مرجع سابق، ص. 45.

"On lie les bœufs par les cornes et les homme par les paroles".

³ - TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil, Les obligations*, 8^{ém} éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 30.

⁴ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 43.

⁵ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات...، مرجع سابق، ص. 47-48.

⁶ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 44.

⁷ - عبد الرازق أحمد السنهاوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 34.

⁸ - TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil...*, op.cit., p.31-32.

علاقة تعاقدية بدون إرادته ولا يمكن مساءلته إن رفض التعاقد¹، لأن رفض التعاقد يعتبر من حرية

⁹ - FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, *Les obligations...*, op.cit., p.81.

الإنسان التي لا يؤاخذ على استعمالها، إلا أنه تحقيقاً لبعض المصالح الاجتماعية يتجه المشرع إلى تقييد هذه الحرية بمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق¹، وهو حر في اختيار التعاقد معه نظراً لمصلحته معه أو محاباة له، وأيضاً له الحرية في اختيار مضمون العقد شرط أن لا يخالف النظام العام و الآداب، وكل هذا ينطبق على المفاوضات فالشخص حر إن شاء تفاوض وإن شاء لا يتفاوض، وهو حر في اختيار المتفاوض معه، وفي اختيار مضمون العقد المتفاوض عليه.

وعليه فمبدأ حرية التعاقد يجد متسع له خلال مرحلة المفاوضات باعتبارها المرحلة المكونة والمهيأة للعقد، فهذا المبدأ يرافق المفاوضات منذ بدايتها إلى غاية نهايتها سواء بإبرام العقد أو بفشل المفاوضات.

الفرع الثاني

العدول عن المفاوضات كأهم صورة لممارسة حرية التعاقد

إن مرحلة المفاوضات يحكمها مبدأ راسخ وهو حرية التعاقد، الذي يعتبر مبدأ أساسياً من مبادئ القانون بشكل عام، ولهذا فالشخص يتمتع به بشكل واسع خلال هذه المرحلة، فهو حر في الدخول في المفاوضات أو رفض التفاوض، وحر في اختيار المتفاوض معه، وأيضاً حر في اختيار موضوع العقد المتفاوض عليه.

بقبول شخص ما الدخول في المفاوضات باعتبار هذه المرحلة هي مرحلة مهينة للعقد، فكل شخص يسعى جاهداً خلالها من أجل تحقيق مصالحه الشخصية، وهذا لأنها مرحلة أخذ وعطاء في أفكار وآراء لإمكانية التوصل إلى هدف مشترك يرى كل متفاوض أنه يخدم مصلحته، فإن وصل المتفاوضون إلى اتفاق على إبرام العقد فهذا شكل من أشكال ممارسة حريتهم التعاقدية، وبهذا تكون المفاوضات ناجحة تقي من نزاعات قد تثور بمناسبة العقد، وإن لم يتوصل المتفاوضون إلى اتفاق فلن يبرم العقد، وهذا أيضاً شكل من أشكال ممارسة حريتهم التعاقدية وهنا نرى أن مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل، ولكن هل يملك الشخص حق العدول عن المفاوضات بإرادته المنفردة؟ من أجل هذا يجب أن نحدد معنى العدول أولاً.

مفهوم العدول عن المفاوضات العقدية:

العدول لغة هو تغيير وتبديل الرأي، أو التخلي عن مشروع ما²، أما من الناحية القانونية فالعدول عن المفاوضات (Rupture des négociations) هو مظهر من مظاهر ممارسة حق، وهذا الحق يدخل في إطار حرية التعاقد، فهذا المبدأ يخول للمتفاوض حق العدول عن المفاوضات في أي مرحلة كانت عليها، دون مساءلته.

¹ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 137.

² - قاموس مجاني الطلاب، سابق الذكر، ص. 622.

وبما أن الفقه والقضاء قد استقروا على أن المفاوضات في الأساس هي أعمال مادية لا ترقى إلى التصرفات القانونية، وبما أن العقد هو اتجاه إرادة المتعاقدين بشكل نهائي وبات إلى إحداث أثر قانوني، فنرى أنه في مرحلة التفاوض لا يوجد إيجاب قاطع وبات يرمي إلى التعاقد، فالإرادة لم تتجه إلى إحداث هذا الأثر القانوني الملزم للأطراف، فيبقى الأطراف خلال هذه المدة أحرار في ممارسة حريتهم التعاقدية التي تقضي بحرية الشخص في عدم التعاقد وعدم الالتزام بأي شيء لا يرغب الالتزام به، وعليه فإن لكل متفاوض الحق في العدول عن المفاوضات في الوقت الذي يراه مناسباً دون أن تترتب عليه أي مسؤولية لأنه يمارس حق من حقوقه المشروعة، فليس عدلاً مساءلة شخص عند ممارسة حقوقه¹.

وإضافة إلى هذا فالمتفاوض الذي يمارس حقه المشروع بعدوله عن المفاوضات فهو غير ملزم بتقديم أسباب أو مبررات لهذا العدول، لأنه في حالة ما إذا ألزم المتفاوض بتقديم مبررات فيعتبر هذا خروج عن حرية التعاقد التي تقضي بحرية العدول، فهو حق مكرس للشخص لا يمكن إنكاره أو الاستيلاء عليه، وإن أجبر على تقديم مبررات وأسباب لذلك فيعتبر هذا أثر مترتب عن ذلك العدول في حين أن ممارسة الحرية التعاقدية لا يترتب عليها أثر.

فالمتفاوض يحتفظ بحريته الكاملة في العدول عن المفاوضات العقدية في الوقت الذي يريد، ولا مسؤولية على من عدل، ولا يكلف بإثبات سبب ذلك².

وعليه فالتفاوض هو عمل مادي لا يرقى إلى التصرف القانوني، ولهذا فهو لا يترتب أي أثر قانوني، وبهذا فمن حق كل متفاوض العدول عن المفاوضات دون أن تنشأ في ذمته أي مسؤولية ودون تقديم مبرر لذلك، وهذا هو المفهوم الذي قدمه الفقه التقليدي بخصوص العدول عن المفاوضات العقدية³.

فبما أن العدول حق فما تقضي به قواعد العدالة هو عدم مساءلة شخص يمارس حقه، ولكن رغم اتجاه المفهوم التقليدي إلى إعطاء الحرية الكاملة في مرحلة المفاوضات نسبة إلى المبدأ السائد والمتحكم فيها وهو مبدأ حرية التعاقد، فإمكانية العدول عن المفاوضات أو الاستمرار فيها شيء راجع إلى إرادة الأطراف دون غيرهم، وحسب هذا فالعدول مباح ولا غبار عليه، إلا أنهم أقروا أنه إذا اقترن هذا العدول بخطأ فهنا تقوم المسؤولية على أساس الخطأ وليس على أساس العدول في حد ذاته، وهي مسؤولية تقصيرية⁴، والخطأ من عدمه يخضع لتقدير القاضي الذي يسعى في البحث عنه دون تساهل لكي لا يهدد الحريات الفردية ولا يسمح بالعبث في المعاملات المالية.

¹ - كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد"، مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، ع. 27، 2006.

² - أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق عبد الله، "أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد 13، ع. 49، س. 16، العراق، 2010، ص.ص. 404-448، ص. 431.

³ - كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في الفترة..."، مرجع سابق.

⁴ - أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق عبد الله، "أثر موضوعية..."، مرجع سابق، ص. 342.

من خلال هذا نرى أن المفاوضات العقدية يمكن تنتهي بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف إن رأى أنه ليس من مصلحته الاستمرار فيها، دون إلزامه بتقديم مبرر لذلك، شرط أن لا يقتصر هذا العدول بخطأ يوجب المسؤولية، ولهذا فنرى أن العدول عن المفاوضات العقدية يعتبر أهم صورة لممارسة المتفاوض لحرية التعاقدية خلال المرحلة قبل العقدية.

الفرع الثالث

عدم التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات العقدية

إن العدول عن المفاوضات العقدية هو حق يتمتع به كل متفاوض في إطار ممارسته لحرية التعاقدية، ولكن هذا مبدأ عام وإن ترك على إطلاقه سيؤدي إلى عدة انتهاكات لحقوق الغير، ولهذا فقيّد هذا المبدأ بنظرية التعسف في استعمال الحق، فلا يجب على الشخص ممارسة حقه في العدول عن المفاوضات العقدية بتعسف، وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا.

فإن قام الشخص بالعدول عن المفاوضات بتعسف فستقوم مسؤوليته المدنية، ولقد نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق واعتبره خطأ تقصيرياً، وهذا في المادة 124 مكرر من التقنين المدني الجزائري حيث نص فيها على ما يلي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"¹.

ولهذا فإن العدول التعسفي للمفاوضات العقدية يشكل خطأ تقصيري يوجب قيام المسؤولية التقصيرية، فما المقصود بالتعسف؟ وهل تشترط فيه نية الإضرار؟

أولاً: مفهوم التعسف في استعمال الحق:

إن الحق هو مصلحة مرسومة الحدود يحميها القانون، والشخص قد يستعمل هذا الحق الذي أقره له القانون دون أن يتجاوز تلك الحدود، ولكن رغم ذلك فقد يلحق ضرراً للغير وهذا هو التعسف في استعمال الحق.

فالتعسف هو: "انحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق، أي أن صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه ولكن يتعسف في استعمال هذا الحق"².

¹ - ت.م.ج. المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص. 110-111.

إن نظرية التعسف في استعمال الحق ترجع جذورها إلى القانون الروماني، فقد كانت هذه النظرية تسعى إلى وضع قيود على ممارسة الحق للحفاظ على العدالة والأخلاق، ثم انتقل إلى القانون الفرنسي عن طريق الفقيه¹ Domat.

ومن القواعد الفقهية التي استنبطت منها هذه النظرية نجد منها: المشقة تجلب التيسير، الضرر يزال، الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، وأيضاً درء المفسد أولى من جلب المنافع، وكل هذا مستوحى من الفقه الإسلامي.

وهذا ما حكمت به محكمة Colmar بتاريخ 02 ماي 1855 حيث أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة لحجب النور عن جاره، بناءً على وجوب تقييد استعمال حق الملكية أو أي حق آخر لاستقاء مصلحة حقيقية مشروعة لا لمجرد الاستجابة للرغبات الشريرة أو الشهوات الخبيثة².

المشرع الجزائري ذكر ثلاث حالات للتعسف في المادة 124 مكرر من التقنين المدني الجزائري وهذا على سبيل المثال، ونرى أن هذه الحالات يجمعها عنصر مشترك وهو النية السيئة، ولصعوبة إثبات النية فإن القاضي يستخلص سوء النية ذلك بالاستعانة بمعيار موضوعي هو مقارنة ذلك الفعل بتصرف الرجل المعتاد في نفس الظروف المحيطة بالشخص الذي قام بالفعل، ويرى إن كانت هناك فائدة من وراء تصرفه ذلك فإن وجد انعدام الفائدة فيعتبر الشخص مخطئاً يلتزم بالتعويض أي تقوم مسؤوليته التقصيرية³.

ثانياً: دور النية في العدول التعسفي عن المفاوضات العقدية:

إن العنصر المشترك الذي يجمع بين حالات التعسف هو النية، أي أن تكون هناك نية للإضرار بالغير، ولكن الفقه والقضاء في فرنسا ذهب إلى أبعد من ذلك وأضاف أن العدول يعتبر تعسفياً حتى لو لم تكن هناك نية للإضرار بالطرف الآخر.

1- العدول عن المفاوضات العقدية بنية الإضرار بالمفاوض الآخر:

إن أهم صورة للعدول التعسفي هي العدول عن المفاوضات بدون سبب جدي، فإذا انعدم السبب اعتبر العدول تعسفياً، فسبب العدول يجب أن يكون مشروع وجدي فإن كان كذلك أصبح حقاً يمارسه الشخص، أما إن كان غير ذلك فيصبح خطأً أتاه الشخص ويجب قيام مسؤوليته، فيجب أن يثبت المتفاوض الذي عدل عن المفاوضات أن سبب قيامه بذلك كان لسبب مشروع وهو أنه ليس من مصلحته مواصلة المفاوضات وإبرام العقد فهذا يهدد مصلحة مشروعة له، وبهذا لا تتحقق مسؤوليته.

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 112-114.

² - نقلاً عن: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، مرجع نفسه، ص. 115.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام...، مرجع نفسه، ص. 126.

المبرر المشروع والجدي يتمثل في وجود أسباب موضوعية وجادة، كأن تكون هذه الأسباب راجعة إلى ظروف اقتصادية وليست مجرد نزوات وأهواء شخصية، ولكي يكون السبب جديا يجب أن يتوفر في المفاوضات ما يسمى بالخطر المشروع الذي يهدد المتفاوض الذي عدل عن المفاوضات، وهذا الخطر قد يتصور في بعض المهن فنسبة فشل المفاوضات فيها تظل نسبة كبيرة كمقاولي الأبنية والسماصرة ووكلاء التأمين، فهؤلاء بحكم عملهم فإنهم يتحملون مصاريف التفاوض، ولهذا فإن المتفاوض معهم يلتزم بتعويض هذه المصاريف في الحالة التي يكون فيها متعسفا في عدوله عن المفاوضات فقط، أي لم يكن له مبرر مشروع بل كان يرمي من وراء ذلك إلى الإضرار بالطرف الآخر، فهنا تقوم مسؤوليته لتعسفه في استعمال حقه في العدول عن المفاوضات ضمن مبدأ حرية التعاقد¹، وهدفه وراء ذلك العدول هو نية الإضرار بالطرف الآخر فالقضاء القديم أخذ بنية الإضرار بالغير كعنصر أساسي للتعسف².

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية عرضت عليها بتاريخ 22 فيفري 1994 تتلخص وقائعها في قيام مشتري لمحل تجاري بالتفاوض مع مالك العقار المقام عليه المحل حول موضوع إبرام عقد إيجار جديد للعقار، وفي بداية الأمر اظهر مالك العقار استعداده لإبرام ذلك العقد، ولكنه تراجع فيما بعد وقام بالعدول عن المفاوضات فجأة مع الراغب في الاستئجار، فأدى ذلك العدول إلى عدم إمكان هذا الأخير من إعادة بيع المحل إلى الغير مما جعله يعجز عن سداد ديونه وتمت تصفية المحل قضائيا وبيعه بثمن بخس، وعند عرض النزاع على القضاء ووصوله إلى محكمة النقض الفرنسية، أيدت هذه الأخيرة ما قضى به قضاة الموضوع الذين اعتبروا مالك العقار متعسفا في عدوله عن المفاوضات لأنه أنهاها بدون سبب جدي³، ولهذا فإن العدول عن المفاوضات بدون سبب جدي يعتبر عدولا هدفه الإضرار بالغير، أي هناك نية للإضرار بالطرف الآخر فهو بذلك عدول تعسفي، وبهذا تقوم المسؤولية التقصيرية لمرتكبه، وفقا لنص المادة 124 مكرر/1 من التقنين المدني الجزائري⁴.

هناك أيضا أفعال يأتيتها أحد أطراف التفاوض ويرجى من ورائها عدم قيام مسؤوليته، فهي تصرفات تأتي بسوء نية، وفي النهاية يكون الهدف من ورائها الإضرار بالغير ومن بين هذه الأفعال نجد:

- التفاوض مع عدة أطراف بهدف إشهار المتفاوض لعمله أو لمنتجاته، ويتحقق هذا لما يدخل الشخص في مفاوضات مع عدة أطراف ويكون هدفه من وراء ذلك ليس التعاقد وإنما فقط لكي يرى الآخرين حجم أعماله وأن له عروض كثيرة، فتزيد بذلك نسبة نجاحه وازدهاره، ولهذا يقوم المتفاوض بالعدول عن المفاوضات بعد وصوله إلى مبتغاه بدون

¹ - حمودي ناصر، *التفاوض في العقود...*، مرجع سابق، ص.234.

² - RIOT Cédric, "Les obligations de la négociation", *Revue de la recherche juridique*, Droit prospectif, N 1, Faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille, 2006, p.p.67-94, p.88.

³ - نقلا عن: حمودي ناصر، *التفاوض في العقود...*، مرجع سابق، ص.235.

⁴ - ت.م.ج. المعدل والمتمم، سالف الذكر.

مبالاة بالأضرار التي قد يكون سببها للغير، فيعتبر متعسفا في استعمال حقه في التفاوض وأيضا في عدوله عن المفاوضات، وبهذا تقوم مسؤوليته عن ذلك وهذا لأن المصلحة التي كان يرمي صاحبها لتحقيقها هي قليلة بالنسبة للضرر الذي أصاب الغير، وهي مصلحة شخصية بحتة وهذا ما نصت عليه المادة 124 مكرر/2 من التقنين المدني الجزائري¹.

- ونجد أيضا من الأفعال التي تعتبر تعسفية، أن يقدم شخص دعوة للتفاوض مثلا شخص (أ)، ثم يقوم شخص (ب) بقبول الدعوة والدخول في مفاوضات، وهذا فقط من أجل عدم دخول شخص (ج) في ذلك التفاوض مع (أ)، وبمجرد تحقق ذلك كأن يتفاوض أو يتعاقد (ج) مع شخص آخر يقوم (ب) بالعدول عن التفاوض مع (أ)، فيعتبر بذلك (ب) أنه كان من الأول متعسفا.

2- العدول عن المفاوضات العقدية بدون نية الإضرار بالمفاوض الآخر:

إن التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات يتمثل في نية الإضرار بالغير، فالنية شرط لاعتبار العدول تعسفيا، ويستدل القاضي على وجود هذه النية بمعيار الرجل المعتاد، فإن غابت الفائدة المشروعة للمسؤول عن العدول اعتبر ذلك خطأ يوجب قيام المسؤولية، ولكن الفقه والقضاء في فرنسا اعتبروا أنه يشكل خطأ كل عدول عن المفاوضات العقدية لما تبلغ هذه الأخيرة مرحلة متقدمة تكسب فيها قوة تكفي لتزرع اعتقاد شرعي لدى أحد الأطراف أن الطرف الآخر مستعد لإبرام العقد وبالتالي يدفعه إلى تكبد نفقات أكثر².

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية عرضت عليها بتاريخ 20 مارس 1972، والتي تتلخص وقائعها في قيام شركتين بالدخول في مفاوضات من أجل شراء إحداها من الأخرى آلة لصنع مواسير من الإسمنت تنتجها شركة أمريكية وهي آلة باهظة الثمن، وأثناء التفاوض بعثت الشركة الراغبة في الشراء إلى الولايات المتحدة الأمريكية من يقوم بمعاينة تشغيل الآلة، متحملة وحدها نفقات رحلته، ثم طلبت من الشركة البائعة وهي وكيل الصانع الأمريكي في فرنسا معلومات إضافية لتختار على ضوءها النوع المناسب من الآلات، ولكن الشركة البائعة وبدلا من تسليم البيانات التي وصلتها من الصانع الأمريكي إلى الشركة الراغبة في الشراء قامت ببيع الآلة إلى شركة أخرى منافسة مع التزامها ببند في العقد بالامتناع مدة 42 شهر من بيع أية آلة مماثلة إلى الغير، وعند وصول النزاع إلى المحاكم أدان قضاة الموضوع الشركة البائعة لعدولها عن المفاوضات، وأيدتهم في ذلك محكمة النقض معتبرة أن عدول الشركة عن المفاوضات يعد خطأ يقيم مسؤوليتها³، وذلك لأن العدول عن المفاوضات هنا كان بدون مبرر مشروع، وبعنف أي كان متعسفا، وبالإرادة

¹ - ت.م.ج. المعدل والمتمم، سالف الذكر.

² - DAGORNE-LABBE Yannick, *La formation du contrat...*, op.cit., p.10.

³ - نقلا عن: حمودي ناصر، *التفاوض في العقود...*، مرجع سابق، ص.235.

المنفردة، والمفاوضات كانت متقدمة¹.

ولهذا نرى أن القضاء الفرنسي يطبع حماية أكثر للمفاوضات وللمتفاوضين من التعسف في استعمال حقهم المشروع المتمثل في العدول عن المفاوضات في أي مرحلة كان عليها التفاوض، وهذا بإدراج شرط السبب المشروع في العدول، فإذا وصلت المفاوضات إلى مرحلة متقدمة فهنا يتبادر إلى ذهن المتفاوض أن العقد سيبرم، ولهذا فإذا قام أحد الأطراف بقطعها بدون مبرر مشروع، فيعتبر هذا الفعل تعسفيا ولا ينظر إلى النية التي هي شرط في نظرية التعسف في استعمال الحق، ولهذا فالمتسبب في العدول عن المفاوضات المتقدمة يلزم بتقديم مبرر مشروع لذلك وإلا اعتبر متعسفا وتقوم مسؤوليته على أساس الخطأ التقصيري و يلتزم بالتعويض.

ويظهر جليا هذا التوجه في قرار لمحكمة استئناف ميلانو سنة 1987 حيث قررت: "بعدم التزام الطرف المتفاوض في الوصول إلى نتيجة نهائية بالتعاقد لهذه المفاوضات ما لم تكن المفاوضات قد وصلت لمرحلة متقدمة تبعث على اعتقاد الطرف الآخر بحتمية توقيع العقد أو أوهم هذا الطرف المقابل بحتمية توقيع هذا العقد"²، ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية من قام بالعدول عن المفاوضات التي تعتبر تصرفات مجردة فإذن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية، ولا يشترط لقيامها في هذه الحالة إلا قيام الخطأ الذي نتج عنه ضرر بالطرف الآخر، ولا يشترط أن يتوافر لدى العادل عن المفاوضات نية الإضرار بالمفاوض الآخر.

من خلال هذا نرى أن مرحلة التفاوض هي مرحلة يسودها مبدأ أساسي هو مبدأ حرية التعاقد، ولكن إن طبق هذا المبدأ على إطلاقه فإن المعاملات بين المتفاوضين قد تختل خصوصا وأن أهم صورة لهذا المبدأ هي العدول عن المفاوضات، فلو قام كل من المتفاوضين بممارسة هذا الحق دون قيود لأضر بالطرف الآخر، ولهذا ولعدم الإضرار بالمفاوض الآخر قيد هذا المبدأ بنظرية قانونية وهي نظرية التعسف في استعمال الحق من أجل خلق نوع من التوازن بين حرية العدول عن المفاوضات وعدم الإضرار بالغير، فلا يجوز التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات عامة بدون سبب مشروع بنية الإضرار بالطرف الآخر أو بدون نية الإضرار إن كانت المفاوضات متقدمة، فهذه الأفعال تعتبر أفعالا خاطئة وتقوم مسؤولية مرتكبها.

¹ - GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les obligation....*, op.cit., p177.

"Rompre sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, des pourparlers avancés...".

² - نقلا عن: محمود فياض، "مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، ع.54، س. 27، فلسطين، 2013، ص.ص. 223-263، ص. 245.

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية

الأصل في المفاوضات العقدية أنها مفاوضات مجردة، ولكن هناك حالات أين يختار أطراف التفاوض إخضاع هذه العملية لعقود تنظمها، فيبرمون اتفاقات فيما بينهم وعلى أساس هذا يخرج التفاوض من دائرة الأعمال المادية ليدخل في دائرة التصرفات القانونية، وحسب هذا يفرض على أطراف التفاوض تنفيذه بحسن نية، وهو مبدأ مكرس قانوناً (فرع أول)، حيث تنفرع عنه التزامات تكون مساعدة أو مكملية له (فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم مبدأ حسن النية

إن مبدأ حسن النية (Bonne foi) من المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الأمم المتحدة¹، فهذا المبدأ نشأ مع نشأة القانون الروماني، وكان يعرف بمبدأ Bona fides، حيث كان الرومان يعتبرونه مصدراً من مصادر القاعدة القانونية، فمن خلاله كان القاضي الروماني يمكنه أن يتدخل بين أطراف العلاقة العقدية ويفرض بعض الالتزامات التعاقدية محاولة منه خلق نوع من التوازن العقدي بين هؤلاء الأطراف متى اختل هذا التوازن، وهذا في حالة ما إذا لم يكن هناك تعادل بين أطراف العقد²، فلا مجال للشك في انتماء هذا المبدأ إلى القانون الروماني لأن تاريخ هذا القانون القديم كان يتميز بإتحداد هذا المبدأ مع القسم المقدس وتطبيق هذه المعاني كان يعني المحافظة على العهود والالتزامات وما تقضي به الموائيق والمعاهدات وذلك تحت رعاية الآلهة، فهذا المبدأ كان راسخ قبل ظهور الألواح الإثناعشر (450 سنة قبل الميلاد)، وبظهور هذه الألواح أصبح هذا المبدأ قاعدة من قواعدها، إضافة إلى ضرورة سداد الديون والوفاء بالالتزامات وهذا يرجع إلى القسم بالآلهة³، ومنذ ذلك الوقت أخذ مبدأ حسن النية يتطور إلى أن أصبحت التشريعات الحالية تنص عليه سواء على الصعيد الوطني أو الدولي.

فاجتهد خبراء القانون من أجل وضع تعريف له، فمنهم من قال: "هو الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي التدخل لضمان توازن العلاقة العقدية بين الأطراف المتعاقدة وتوقع على الطرف المتعاقد معاملة الطرف المقابل له بصدق وأمانة بالشكل الذي يرغب هذا الأخير من الغير التعامل معه به"⁴.

1- محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 05.

2- محمود فياض، "مدى التزام الأنظمة القانونية..."، مرجع سابق، ص. 228.

3- محمد مصطفى يونس، حسن النية...، مرجع سابق، ص. 21-22.

4- محمد فياض، "مدى التزام الأنظمة القانونية..."، مرجع سابق، ص. 231.

ومنهم من عرفه على أنه: "التعامل بصدق وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي أنشأ من أجلها والتزم بها كل طرف من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون سبب مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"¹.

فما يجب الإشارة إليه أنه يتعذر إيجاد تعريف عام وموحد لفكرة حسن النية، لأن هذه الفكرة تدخل حيز القانون بمعنيين مختلفين أحدهما شخصي والثاني موضوعي²، فالمعيار الشخصي يعتمد على الشخص ذاته فهو يتمثل في الحالة النفسية والذهنية له، ولا يمكن معرفة ما يدور في داخله إلا من خلال التصرفات التي يقوم بها أي عن طريق المعاملة المتكررة مع هذا الشخص³، فلا يقال عن شخص حسن النية إلا إذا انتفى عنه سوء النية، ومظاهر سوء النية هي الخطأ العمد والغش والتعسف في استعمال الحق بسوء نية والخطأ الجسيم باعتباره ملحقاً بالخطأ العمد⁴.

أما المعيار الموضوعي لمعنى مبدأ حسن النية فهو المعنى المعتمد في مجال الإرادة التعاقدية والذي يشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع⁵، فكل شخص يمكن أن يكون حسن النية أو سيء النية بخصوص أمر ما فهذا أمر نفسي ولا يمكن للقانون التدخل في ذلك، ولكن في الوقت الذي تنعكس تلك النية السيئة على التصرفات الخارجية فتتأثر مصالح الآخرين فيتدخل القانون ليفرض حماية للطرف المضرور⁶.

إن إصباح مبدأ حسن النية على مرحلة المفاوضات جاء لخلق نوع من التوازن بين المبدأ الأساسي السائد في هذه الفترة وهو مبدأ حرية التعاقد الذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وبين مبدأ حسن النية الذي يقرر الحد الأدنى من الثقة والاستقرار الجدية في هذه المرحلة⁷، وهذا ما كرسته مبادئ UNIDROIT للعقود الدولية في المادة 15 في فقرتيها الأولى والثانية بنصها على ما يلي: "الأطراف أحرار في التفاوض ولا تترتب عليهم أي مسؤولية إذا لم يتوصلوا إلى اتفاق،

¹ - نشمي مصطفى خيضر، النظام القانوني للمفاوضات ...، مرجع سابق، ص. 55.

² - أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق عبد الله، "أثر موضوعية..."، مرجع سابق، ص. 408.

³ - نشمي مصطفى خيضر، النظام القانوني للمفاوضات ...، ص. 56.

⁴ - عبد الجبار ناجي الملا صلاح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، ط. 1، دار الرسالة للطباعة، بغداد، 1974، ص. 30.

⁵ - أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق عبد الله، "أثر موضوعية..."، مرجع سابق، ص. 409.

⁶ - يزيد أنيس نصير، "مرحلة ما قبل إبرام العقد، عقد التفاوض بحسن نية، دراسة مقارنة"، ج. 1، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الدراسات القانونية، جامعة آل البيت، 2000، ص. 22-01، ص. 10.

⁷ - بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، دفاثر السياسية والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ع. 10، ورقة، ص. 115-126، 2014، ص. 117.

غير أن، الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للطرف الآخر¹.

من خلال هذا نجد أن مبدأ حسن النية هو مبدأ مكرس في مرحلة المفاوضات وهذا لأن هذه المواد اعترفت بالطبيعة العقدية للمفاوضات فهي تتم في إطار منظم عن طريق عقود للتفاوض، ولكن في القانون الداخلي لا يوجد نص خاص يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد²، أي في مرحلة المفاوضات المجردة من أي عقد.

فنص المشرع الجزائري في المادة 1/107 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"³، فمن خلال هذا نرى أنه يجب أن تنفذ العقود بكل مشتملاتها وبحسن نية وعقود التفاوض هي عقود كغيرها من العقود لها رضا، محل وسبب ولهذا يجب أن لا يخل المتفاوضان بمبدأ حسن النية في التفاوض، وفي حال حصل وأن أخل أحدهم به قامت مسؤوليته وألزم بتعويض الضرر الناشئ عن ذلك وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية.

كان الفقه والقضاء الفرنسي - في غياب نص قانوني خاص يفرض حسن النية في مرحلة المفاوضات- يعتبر الإخلال بحسن النية خطأ تقصيري يوجب قيام المسؤولية التقصيرية، وهذا لأن أطراف التفاوض يجب أن يتعاملوا بشرف وأمانة بعيداً عن الخداع؛ فهذا هو السلوك السوي الذي يتفق والمألوف في التعامل والتفاوض⁴ الذي ينبغي أن يأتيه الشخص المعتاد، وعليه فالتعويض يكون على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية، ولكن الفقه والقضاء المعاصر أقر أن الإخلال بمبدأ حسن النية يترتب مسؤولية عقدية لأنه مبدأ يتعلق بتنفيذ العقود وليس بإنشائها.

الفرع الثاني

الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية

إن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام، فهو الأصل أين يتفرع عنه التزامات ثانوية أو مكملة له، وهذه الالتزامات لا يمكن حصرها، ولهذا سنكتفي بذكر البعض منها والمتمثلة في الالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون، والالتزام بالنصح والإرشاد، والالتزام بالإستقامة، وأخيراً الالتزام بضمان السرية.

¹ - DAGORNE-LABBE Yannick, *La formation du contrat...*, op.cit., p.p. 08-09.

² - حمدي محمود بارود، "الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد 20، ع. 02، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2012، ص.ص. 546-588، ص. 552.

³ - ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

⁴ - حمدي محمود بارود، "الطبيعة القانونية للمسؤولية..."، مرجع سابق، ص. 548.

أولاً: الالتزام بالإعلام: L'obligation de renseignement

إن التطور الذي يشهده العصر الحالي أدى إلى إحداث تعقيد وتركيب في العقود، مما جعلها عقود تحتاج إلى تمعن ووقت أكثر من أجل الوصول إلى قرار إبرامها، وهذا على خلاف العصور الماضية التي كانت العقود خلالها بسيطة تبرم فوراً بمجرد إيجاب وقبول بسيطين، ومن أجل هذا أصبح أطراف التفاوض يلجؤون إلى إعلام بعضهم بما يحويه العقد من مزايا وعيوب تفادياً للوقوع في عيوب الإرادة كالغلط مثلاً.

وعليه فيقصد بالالتزام بالإعلام بأنه: "الالتزام الذي يسبق التعاقد بحيث يلتزم أحد طرفي العقد بإعلام الآخر عن البيانات التي يجب توافرها في التعاقد ليتم إبرام عقد خال من أي عيب وكامل بكافة مفرداته نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه أو لطبيعة العقد نفسه أو لأي اعتبار آخر يجعل من العقد مستحيلاً إذا تمّ كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاقد"¹.

فالمتعاقدين الذي لم يزود بالمعلومات الكافية حول العقد المراد إبرامه، وخاصة تلك المعلومات الهامة التي تكون جوهر ذلك العقد فنجد مثلاً أن ذلك الشخص ما كان ليبرم ذلك العقد لو علم بها أو على الأقل كان عدلها بما يناسبه، وإن صار وأن قام المتفاوض بإبرام العقد دون علمه بتلك المعلومات فيكون قد وقع في غلط أو تدليس قد يثير عدة مشاكل بشأن تنفيذ العقد، ولهذا وجب على كل متفاوض إعلام المتفاوض الآخر بالمعلومات الضرورية أي الجوهرية للعقد لإمكان توقي إبطال العقد لوقوع أحد المتعاقدين في غلط، وهذا ما نصت عليه المادة 81 من التقنين المدني الجزائري².

ويجد هذا الالتزام متسعاً له بالخصوص، إذا كان التفاوض يدور بين أطراف غير متساويين، أين يكون بين مهني أو خبير والطرف الآخر يكون شخص عادي؛ ولهذا يجب على ذلك المهني أو الخبير إعلام المتفاوض معه بكل ما يحويه محل التفاوض ويطلع عليه ما يشملهم ويصحح له المفاهيم ويصوب ما لديه من معتقدات ويلفت انتباهه إلى الآثار المترتبة عن كل ذلك³، وهذا ليتجنب إدعاء المتفاوض غير الخبير بعدم علمه وأنه وقع في غلط وبعدها يطالب بإبطال العقد في حال إبرامه.

ويتضمن كذلك الالتزام بالإعلام عدم السكوت عن واقعة ما أو أي ملابسة؛ لأن السكوت يعتبر تدليسا وهذا بصريح نص المادة 2/86 من التقنين المدني الجزائري⁴، وبهذا يكون للمتفاوض في حال إبرام العقد طلب إبطاله لوقوعه في تدليس من طرف المتعاقد الآخر أو نائبه (المادة 1/86 من التقنين المدني الجزائري).

¹ - ايناس مكي عبد نصار ، "التفاوض الالكتروني..."، مرجع سابق، ص.953.

² - تنص المادة 81 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.80.

⁴ - تنص المادة 2/86 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

يجد الالتزام بالإعلام تطبيقاً له أكثر إذا كان العقد المتفاوض عليه يتعلق بعقود الاستهلاك؛ لأن هذا الالتزام يعتبر واجب قانوني بموجب نص المادة 17 من القانون رقم 03-09 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹.

وكذلك ما نجده في عقود التأمين حيث تلتزم شركة التأمين بإعلام المؤمن له بكل ما يحتاج إليه من معلومات وبيانات بهدف تبصيره في مرحلة المفاوضات بالمعلومات المتعلقة بالعقد، فتعلمه بكل ما يتصل بتغطية التأمين ونطاق الضمان وغيره².

ويجب أن نميز في هذا الالتزام بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وبين الالتزام بالإعلام التعاقد، فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد يقوم في المرحلة قبل التعاقدية وينقضي فيها أيضاً، فهو يقوم من أجل إحلال التكافؤ بين الأطراف خصوصاً إذا كان أحدهم خبيراً كالعلاقة بين المنتج والمستهلك، فيجب على المنتج إعلام المستهلك بكل ما يحويه المنتج وكيفية استعماله وغير ذلك لكي لا يقع المستهلك في غلط فيما بعد.

أما الالتزام بالإعلام التعاقد فهو يقوم في المرحلة التي يكون فيها العقد قد أبرم، فهو التزام عقدي بحث وهو ما يعرف أيضاً بالالتزام العقدي بالمشورة، مثل عقد الاستشارة القانونية أو الهندسية...، وأيضاً يعرف بالالتزام بالإعلام بعد التعاقد مثل عقود التحريات الخاصة³.

وقضت في هذا الشأن محكمة التمييز الفرنسية (نقض تجاري في 13 أكتوبر 1980) في قضية حول قيام بائعة لمؤسسة تحتوي على صالة للرقص بإخفاء معلومة عن المشتري حول واقعة عدم حصولها على رخصة من أجل استعمال هذه الصالة، وفي هذه الحالة يعد إخفاءها هذا خداعاً يؤدي إلى إبطال العقد لأن البائعة أخلت بالالتزام بالإعلام عن حقيقة الوضع⁴.

الالتزام بالإعلام يقع على كل طرف اتجاه الآخر بإعلامه بمشتملات العقد المتفاوض عليه، وهذا إحلالاً للتكافؤ والتساوي بين الأطراف خصوصاً إذا كان أحدهما خبيراً أو مهنيّاً، وهو يمنع من الوقوع في غلط أو الإدعاء بذلك، ومع كل هذا لا يجب إنكار التزام المتفاوض الآخر بالاستعلام فهو التزام يقع على كل طرف وهذا بسعيه وبذله جهد ليستعلم عن ظروف وملازمات كل عملية تفاوضية⁵.

وقضت في هذا الشأن محكمة التمييز الفرنسية (نقض تجاري في 25 فيفري 1986) في قضية تدور وقائعها حول دعوى قدمها وكيل ثانوي لبيع السيارات ضدّ وكيل أصلي،

¹ - تنص المادة 17 من القانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع. 15 مؤرخ في 08 مارس 2009: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

² - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 81.

³ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، مرجع سابق، ص. 78-79.

⁴ - نقلاً عن: مصطفى العوجي، القانون المدني...، مرجع سابق، ص. 184.

⁵ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 23.

مطالباً بالعدل والضرر نتيجة إعلام الوكيل الأصلي له بأن البيوع المتوقعة للسنة المقبلة ستبلغ 380 سيارة في حين لم تتجاوز 130 سيارة، وعلى إثر ذلك حكمت المحكمة بأن الوكيل الثانوي ارتكب خطأ بعدم استعلامه، وكان بإمكانه ذلك خصوصاً وأنه ممتن فيفترض فيه العلم والإطلاع على أوضاع سوق السيارات¹.

وفي شأن موضوع أساس هذا الالتزام اختلف الفقهاء حول ذلك فكل اتجاه يرى أساساً مختلفاً بيني عليه هذا الالتزام، فهناك اتجاه يؤسس الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على قصور نظرية عيوب الإرادة عن تحقيق هدفها، وهذا ما كنا بصدد الحديث عنه حول إبطال العقد لوقوع التعاقد في غلط أو عن سكوت المتفاوض عن معلومات متعلقة بالعقد مما يعتبر سكوته تدليلاً، فلو اعتبرنا أن ذلك المتفاوض لم يقع في غلط أو أن ذلك الكتمان أو السلوك لا يؤثر في قرار التعاقد فلا يسمح للمتعاقد لا بطلب إبطال العقد لغلط ولا طلب تعويضه عن التدليس².

أما الاتجاه الثاني فيرى أن كل متعاقد يسعى لحماية والدفاع عن مصالحه، وبهذا يقوم صراع بين إرادتين فكل من المتفاوضين يسعى إلى تحقيق مصلحته الشخصية فيبديها على حساب مصلحة الطرف الآخر وهذا أمر جيد يبعث إلى النشاط والحركة ولكن لا يجب أخذه بشكل مطلق، فيجب مراعاة قواعد الأخلاق في ذلك فلا يقوم أحد الأطراف بإيهام الطرف الآخر بمعلومات خاطئة أو يكتتم عنه معلومات تهمه³.

من خلال هذا نرى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يقع على عاتق كل متفاوض تجاه المتفاوض الآخر، في حين يقع على هؤلاء الأطراف أيضاً الالتزام بالاستعلام، فيجب على كل منهم القيام بالإعلام والاستعلام وفي حال الإخلال بهذا تترتب آثار قانونية.

ثانياً: الالتزام بالتعاون: L'obligation de coopération

إن مرحلة المفاوضات هي مرحلة جد حساسة لشعور كل طرف من أطراف التفاوض بالشك، وقيامهم خلال هذه المرحلة بالاستفسار والتحقق من كل الأمور المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه وهذا من أجل عدم المخاطرة والمجازفة وعدم إبرام عقد ستشوبه منازعات لاحقاً، ولهذا فهذه المرحلة قائمة على الأخذ والعطاء بين الأطراف، وعليه يجب عليهم التعاون فيما بينهم من أجل الوصول بهذه المفاوضات إلى نتيجة إيجابية.

وخلال قيام الأطراف بتبادل العروض والمقترحات يجب عليهم تقديم تنازلات من جانب كل واحد منهم وذلك بتعديل الشروط والمطالب التي جاء بها الطرف الآخر وهذا

¹ - نقلاً عن: مصطفى العوجي، القانون المدني...، مرجع سابق، ص. 189.

² - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، مرجع سابق، ص. 77.

³ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، مرجع نفسه، ص. 76.

بهدف التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الأطراف¹، التي بطبيعة الحال تكون متعارضة فكل طرف يهدف إلى تحقيق مصلحته الشخصية، فإذا لم يقيم الأطراف بالتعاون فيما بينهم فلا يمكن الحديث عن مفاوضات - بصفة عامة - ولا انتظار نجاحها - بصفة خاصة.

فالمفاوضات تقوم أساساً على فكرة التعاون المشترك فيما بين الأطراف للوصول إلى الاتفاق الذي سيجسد العقد²، وعلى هذا فإن التزام المتفاوض بالتعاون خلال مرحلة المفاوضات يعتبر التزام أساسي فهو الذي يمهّد لإبرام عقد لا تثار منازعات بسببه، فبال تعاون يتمكن كل طرف من معرفة الطرف الآخر ويكون على دراية بظروفه ومدى قدرته للوصول إلى إبرام العقد³.

إن صور هذا الالتزام لا يمكن حصرها فلكل عملية تفاوضية إجراءات خاصة بها ولكل إجراء من تلك الإجراءات نجد محلاً للتفاوض، ويمكن ذكر بعض التصرفات التي يظهر فيها التعاون على سبيل المثال فقط كعدم التماطل في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض، فلا يجوز للأطراف استصغار هذه الجلسات أو عدم تحديد موعد لإجرائها، ونجد أيضاً عدم التأخير بغير عذر مقبول عن حضور جلسات التفاوض، وهذا كأن يحدد موعد لها ثم يتغيب أحد الأطراف فلا يحضره مما يجعل من التفاوض يتأخر بسبب ذلك، وأيضاً ما يحدث خاصة في العقود الفنية التي نجد الالتزام بالتعاون فيها مهم جداً، كأن نجد أن أحد الأطراف يرفض بدون مبرر مشروع تعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة فنية معينة حصل بشأنها خلاف، ونجد كذلك ما يحدث بشأن تحديد مكان التفاوض، كأن يقرر أحد الأطراف إجراء التفاوض في مكان يستدعي سفراً أي في مكان بعيد بدون داع لذلك، وغير ذلك من الالتزامات التي لا يمكن وضعها تحت حصر⁴

نرى من خلال هذا أن الالتزام بالتعاون هو التزام يقع على كلى الطرفين خلال فترة المفاوضات، فلا يجوز لأي شخص الإخلال به وإلا قامت مسؤوليته عن ذلك، فإن كانت المفاوضات القائمة بين الطرفين هي مفاوضات منظمة أي في إطار عقد فهذا لا محال من قيام المسؤولية العقدية استناداً للمادة 107 من التقنين المدني⁵، أما إذا كانت المفاوضات القائمة بين الطرفين هي مفاوضات مجردة فإن المسؤولية القائمة هي مسؤولية تقصيرية للإخلال بواجب عام لا يقوم به الشخص المعتاد الذي يكون هدفه إنجاح المفاوضات⁶ استناداً للمادة 124 مكرر من التقنين المدني الجزائري⁷، وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي.

¹ - وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية عبر الانترنت"، مجلة رسالة الحقوق، المجلد 01، ع. 02، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2009، ص.ص. 199-213، ص. 204.

² - أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق عبد الله، "أثر موضوعية..."، مرجع سابق، ص. 411.

³ - ايناس مكي عبد نصار، "التفاوض الالكتروني..."، مرجع سابق، ص. 955.

⁴ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.ص. 28-29.

⁵ - ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

⁶ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 71.

⁷ - ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

ثالثا: الالتزام بالنصح والإرشاد:

إن المفاوضات العقدية قد تقوم بين أشخاص متكافئين في المرتبة كما قد تقوم بين أشخاص متفاوتين في المرتبة أي في المؤهلات والخبرات والمهارات، والالتزام بالنصح والإرشاد يقوم في حالة المفاوضات التي تقوم بين شخص عادي والطرف الآخر يكون مهني أو خبير، وعلى أساس هذا الفرق بين الطرفين فينتج على عاتق الشخص المهني التزام بنصح وإرشاد الطرف الآخر باعتباره (أي المهني) لديه خبرة بحكم عمله، في حين الطرف المقابل لا يمكنه التفتن لبعض النقاط وهذا لجهله ببعض الأمور المعينة، ويظهر هذا الالتزام خصوصا في العقود الالكترونية.

يقوم الشخص المهني بإرشاد المتفاوض معه ونصحه خصوصا إن كان محل التفاوض شيء مادي كآلة أو أدوات أو غيرها من الأشياء التي إن لم يرشد الطرف الآخر عن كيفية استعمالها قد يتسبب هذا بضرر لذلك الشخص أو أن يلحق أيضا ضرر للغير¹، فنجد أن هذا الالتزام هو التزام مكمل للالتزام بالإعلام وأيضا للالتزام بالتعاون.

نرى أن الالتزام بالنصح والإرشاد هو التزام يقع على شخص مهني، يقوم على أساسه بنصح وإرشاد الطرف الآخر الذي لا يكون خبير بل شخص عادي، وإن حدث وإن أخل بهذا الالتزام تقوم مسؤوليته

رابعا: الالتزام بالاستقامة: L'obligation de loyauté

إن الالتزام بالاستقامة هو التزام مهم متفرع عن حسن النية وهو يعني أن يلتزم كل متفاوض في إجراء مفاوضات نزيهة ويكون ذلك بأن يقدم كل طرف للطرف المقابل له معلومات صحيحة فلا تكون خاطئة أو كاذبة، ولا يجب أيضا أن تكون تلك المعلومات مغرقة سواء في التفاؤل أو في التشاؤم²، لكي لا يكون هذا الخطأ في المعلومة هو الدافع للتعاقد وبالتالي يكون المتفاوض قد وقع في غلط نتيجة تدليس من الطرف الآخر فيجب على كل متفاوض في إطار الالتزام بالاستقامة أن يلتزم بعدم إطالة المفاوضات، وكذلك يلتزم بمواصلة التفاوض ولكن هذا لا يعني بأنه يلتزم بإبرام العقد المتفاوض عليه³ وإلا لكان هذا خرق لحرية التعاقد وكذلك لخاصية الاحتمال في مرحلة المفاوضات، وإنما يسعى لإنجاح التفاوض وعدم قطعه بدون مبرر مشروع، وأيضا هناك التزامات أخرى كالالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع أطراف أخرى كليا أو بشرط علم المتفاوض معه بإجرائها وهذا يكون في حالة ما إذا كانت المفاوضات منظمة بعقود فقد يكون هذا على شكل بند فيها.

¹ - ايناس مكي عبد نصار ، "التفاوض الالكتروني..."، مرجع سابق، ص. 957.

² - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 26.

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 70.

يجب كذلك على كل طرف من أطراف التفاوض أن يحترم العادات والتقاليد والأعراف السائدة في كل مهنة¹، ويكون هذا بمراعاة الجدية والاعتدال التي تعتبر هي الأخرى التزامات تقع على أطراف التفاوض، كأن لا يكون المتفاوض متعسفا ومبالغا في طلباته فيجب أن تكون معتدلة وجدية لما يوجهها للطرف الآخر، ثم بعد توجيهها يجب أن يعطي للمتفاوض الآخر فرصة للتفكير فيها، وفي حين كانت هذه الطلبات جدية ومعتدلة فلا يجب على الطرف المعروضة عليه أن يرفضها دون مبرر مشروع وإلا اعتبر هذا عدم جدية واعتدال من طرفه وبالتالي يصبح متعسف في قراره هذا وتقوم مسؤوليته عن ذلك².

خامسا: الالتزام بضمان السرية: L'obligation de confidentialité

إن الالتزام بضمان السرية ليس المقصود منه ضمان سرية التفاوض في حد ذاته وإنما يقصد به ضمان سرية المعلومات والبيانات التي تصل إلى علم الأطراف خلال إجراء المفاوضات³.

فضمان السرية هو التزام يفرضه القانون أو العقد، يفرضه القانون في حالات معينة كالالتزام الذي يفرض على الموظفين العموميين وأيضا الذي يفرض على بعض المهن كالمحامين والأطباء وغيرهم من مهن التي تفرض على ممتنيتها عدم إفشاء الأسرار المتعلقة بزبائنهم⁴، وإفشاء هذه المعلومات يعتبر جريمة معاقب عليها⁵، أما الالتزام الذي يفرضه العقد فيكون من خلال تطبيق بند في العقد يلزم المتعاقدين بضمان السرية وهذا ما يحث في عقود التفاوض.

إن المعلومات التي يجب عدم إفشائها تنقسم إلى قسمين، القسم الأول يشمل تلك المعلومات التي أضفى عليها صاحبها طابع السرية، فيكون قد أفصح بها للمتفاوض معه على أساس الثقة التي تولدت عنده أثناء تلك الفترة مثل أن يفصح له بالمعلومات المتعلقة بالحالة المالية للمنشأة كأن يسعى صاحبها للاندماج في مؤسسة أخرى من أجل تفادي الانهيار المالي، وغير ذلك من معلومات.

أما القسم الثاني فيشمل تلك المعلومات التي تكون غير قابلة للنشر أو الإعلان بطبيعتها، كتلك التي تكون متعلقة بمسائل حساسة إذا أعلنت للملا أصيب صاحبها بضرر مادي أو معنوي مثل المعلومات المتعلقة بالمسائل الصحية أي المعلومات الشخصية⁶.

فيشمل هذا الالتزام واجب المحافظة على أي معلومة إن أفشاها المتفاوض الذي وصلت إليه تأثر الطرف الآخر من ذلك كما هو الأمر مثلا للوضع المالي المتدهور له أو لخطط

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.33.

² - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.69.

³ - أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق عبد الله، "أثر موضوعية..."، مرجع سابق، ص.415.

⁴ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، مرجع سابق، ص.98.

⁵ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.72.

⁶ - محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية...، مرجع سابق، ص.98-99.

الإنتاج في منشأته أو الاتفاقات التي أبرمها مع جهات أخرى، وكذلك الدراسات والأبحاث والتصاميم المعدة من أجل إبرام العقد النهائي، وأيضا الأسرار الفني والعلمية لبراءات الاختراع التي يملكها بالإضافة للمعلومات الشخصية¹⁵⁸، ونجد هذا الأمر خصوصا في عقود نقل التكنولوجيا وعقود الامتياز التجاري¹⁵⁹، فيضطر خلالها كل طرف متفاوض إلى الإفصاح عن بيانات أو معلومات ذات أهمية كبيرة إلى الطرف الآخر وبالتالي لا يجب لهذا الطرف الإفصاح عنها أو إفشاءها¹⁶⁰، خصوصا لمزاحم آخر أو إلى أي شخص يمكنه أن يستعملها لمزاحمة صاحب المعلومة كالمنتجين فيما بينهم، وكذلك لا يجب على المتفاوض الذي وصلت إليه المعلومة سواء عن طريق صاحبها أو عن طريق استعلامه هو بأن يحتفظ بها لنفسه¹⁶¹، فسواء أبرم العقد أو فشلت المفاوضات فيعتبر كأنه لم يتلق تلك المعلومات.

فالالتزام بضمان السرية هو التزام متفرع عن مبدأ حسن النية وإن حصل وأخل به أحد المتفاوضين فستقوم مسؤوليته، فإن كان هناك عقد أبرم لتنظيم التفاوض فالمسؤولية تكون عقدية، أما إذا لم يكن هناك عقد وهي حالة المفاوضات المجردة فذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية¹⁶² على أساس أن إفشاء الأسرار فعل يضر الغير لا يأتيه الشخص المعتاد.

إن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام تتفرع عنه عدة التزامات مكملة له، وهذه الالتزامات لا تدخل تحت حصر منها الالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون، والالتزام بالنصح والإرشاد، وأيضا الالتزام بالاستقامة والالتزام بضمان السرية وغيرها من الالتزامات التي تتفرع منه، والتي ينبغي على كل متفاوض أن يتحلى بها من أجل إجراء مفاوضات جديّة ونزيهة لا تختل فيها مراكز الأطراف ومنعا للتلاعب والتساهل خلال التفاوض، وإن حدث وأن أخل أحد الأطراف بأحد هذه الالتزامات فستقوم مسؤوليته عن ذلك، فإن كانت المفاوضات منظمة بعقد فستطبق أحكام المسؤولية العقدية، أما إذا كانت المفاوضات مجردة لا تحمل في طياتها عقد فذهب الفقه والقضاء الفرنسي إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على أساس الإضرار بالغير سلوك لا يأتيه الشخص المعتاد.

¹ - يزيد أنيس نصير، "مرحلة ما قبل إبرام العقد..."، مرجع سابق، ص. 19.

² - عقد الامتياز التجاري هو عقد يرد إما على تصنيع لمنتج معين، وأيضا يرد على تسويق لمنتج كامل الصنع، وأيضا للحصول على علامة خدمة، انظر محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 30، هامش 96.

³ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع نفسه، ص. 30.

⁴ - مصطفى العوجي، القانون المدني...، مرجع سابق، ص. 198.

⁵ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 73.

الفصل الثاني

المسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد

زادت الأهمية العملية للمفاوضات فأصبحت هذه المرحلة تلعب دورا مهما في إبرام العقود خصوصا مع التطور الذي عرفه العالم وكثرة التعقيدات التي يجب إخضاعها لنظام معين، وهذا حتى لا يتسنى للأطراف التهرب من التزاماتهم في حال وافقوا عليها، ومن أجل هذا حاول الفقه والقضاء جاهدين في رسم معالم الفترة قبل العقدية وتحديد سعيها من أجل الوصول إلى نظام خاص يتعلق بها بحيث لا يفلت أطرافها من المسؤولية في حال حدث وأن اعترضت هذه الفترة مشاكل أو نزاعات.

فتوجه الفقه والقضاء المعاصر إلى تقسيم هذه المرحلة إلى نوعين مفاوضات مجردة وهي تلك التي لا تحمل عقود واتفاقات بشأنها فتكون خالية منها، أما النوع الثاني فيتمثل في المفاوضات المنظمة التي يكون أطرافها قد أبرموا عقود واتفاقات لتحديد أو تنظيمها، فأقروا أنه في الحالة التي تكون هذه المفاوضات مجردة وحدث نزاع بشأنها فالنظام الذي يجب أن يطبق هنا هو نظام المسؤولية التقصيرية على أساس عدم وجود رابطة عقدية بين أطرافها، أما إذا ما إذا كانت هذه المفاوضات منظمة ففي هذه الحالة يجب تطبيق نظام المسؤولية العقدية على أساس أن الأطراف تربطهم علاقة عقدية فهي أولى بالتطبيق استنادا إلى القواعد العامة.

ولتطبيق هذه الأنظمة القانونية، في غياب قواعد قانونية خاصة بهذه المرحلة، يجب العودة دائما إلى القواعد العامة والعمل بها، وبالعودة إلى هذه القواعد العامة المكرسة في التقنين المدني نجد أنه يجب توفر شروط لقيام المسؤولية سواء كانت مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية (مبحث أول)، وبتوفر هذه الشروط مجتمعة تقوم المسؤولية خلال مرحلة ما قبل التعاقد مرتبة لآثارها القانونية (مبحث ثان).

المبحث الأول

شروط قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد

تترتب المسؤولية المدنية كلما قام شخص ما بتصرف مغل، سواء كان هذا الإخلال إخلال بنظام عام فرضه القانون أو نتج عن إخلال بالتزام عقدي، وخلال مرحلة ما قبل التعاقد يمكن تصور حدوث الأمرين فقد يقوم أحد أطراف التفاوض بالإخلال بنظام عام فرضه القانون وهو عدم الإضرار بالغير فتترتب مسؤولية ذلك الطرف التقصيرية، أو أن يقوم الأطراف منذ البداية بإبرام عقود لتنظيم التفاوض فيما بينهم بعدها يقوم أحد الأطراف بالإخلال بأحد التزاماته العقدية أو يخل بحسن النية في تنفيذ تلك العقود فتقوم مسؤوليته العقدية، وهذا بتوفر شروط لقيام هاتين المسؤوليتين على السواء المتمثلة في الخطأ سواء كان تقصيري أو عقدي (مطلب أول)، ويكون الطرف الآخر قد أصابه ضرر (مطلب ثان)، ولكن هذا شرط أن يكون ذلك الخطأ سبب في ذلك الضرر أي وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر (مطلب ثالث).

المطلب الأول

الخطأ

يعتبر الخطأ شرط أساسي لقيام المسؤولية فبدونه لا يمكن الحديث عنها أساساً، فهو الشرط الأول لقيامها، وهذا بالنسبة للمسؤولية المدنية عامة، فإن حدث وأن أخل أحد الأشخاص بالتزام فرضه القانون قام الخطأ في جانبه وهو خطأ تقصيري لانعدام الرابطة العقدية بين أولئك الأشخاص (فرع أول)، أما إن قام أحد المتعاقدين بالإخلال بالتزامه العقدي أو بحسن النية في تنفيذ ذلك العقد فهنا يقوم الخطأ العقدي في جانبه لوجود رابطة عقدية بين الأطراف (فرع ثان).

الفرع الأول

الخطأ التقصيري

إن الخطأ هو الركن الأول من الأركان التقليدية الذي بنيت عليه المسؤولية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 124 من التقنين المدني الجزائري بعد تعديله بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جويلية 2005، عكس ما كان عليه قبل ذلك حيث كان يبينها

على الضرر¹، وهو بذلك توافق مع نص المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي².

أولاً: مفهوم الخطأ التقصيري:

إن المشرع الجزائري وعلى غرار أكثر التشريعات المقارنة لم ينص على تعريف الخطأ، وترك المجال مفتوح لاجتهاد الفقه والقضاء، وعليه فنجد التعريف التقليدي للخطأ كما يأتي: "هو انحراف الشخص في سلوكه عن سلوك الشخص العادي الموجود في نفس الظروف الخارجية مع إدراكه بهذا الانحراف"³.

نجد من خلال هذا أن الخطأ يشمل عنصرين أحدهما مادي وهو الفعل أو عدم الفعل ومعناه إتيان فعل خاطئ، والعنصر الآخر معنوي أو نفسي ويتمثل في الإدراك فلو وضعنا شخص عادي محل هذا الشخص وفي نفس الظروف الخارجية ما كان ليفعل ذلك، فيقال بذلك أن الشخص أخطأ، فباستعمال معيار الموازنة وذلك بقياس ذلك التصرف الذي صدر من الشخص المخطئ بالموازاة مع شخص آخر عادي وفي نفس الظروف الخارجية، يمكن التوصل إلى نتيجة مفادها أنه إذا قام الشخص العادي بذلك التصرف فلا يعتبر تصرفاً خاطئاً، أما إن حدث العكس ولم يقم به الشخص العادي فيعتبر بذلك تصرف خاطئ خارج عن السلوك المألوف للشخص العادي، وهذا هو المعيار الذي يؤخذ به في مرحلة المفاوضات، ولكن معيار الرجل العادي قد يختلف في هذه المرحلة فيمكن القياس بمعيار آخر إذا كان الشخص المتفاوض معه خبيراً في التفاوض أي مهني فهنا نأخذ بمعيار آخر هو معيار الرجل المهني من أجل قياس الخطأ⁴.

فباعتبار الخطأ قبل العقدي ينحصر في أغلب الأحيان في قطع المفاوضات العقدية مسبباً ضرراً للطرف الآخر⁵، والشخص الذي قطع المفاوضات كان متعسفاً في ذلك باعتبار قطع المفاوضات العقدية حق من حقوقه في إطار حرية التعاقد التي تسود هذه الفترة، فالمتفاوض حر في قطع المفاوضات في أي مرحلة كان عليها التفاوض لأن ما يميز مرحلة

¹ - تنص المادة 124 من ت.م.ج. قبل تعديلها بالقانون 10-05 المؤرخ في 20 جيلية 2005 على ما يلي: "كل عمل أيّا كان يرتكبه المرء وبسبب ضرر للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"

- أما بعد تعديلها بالقانون 10-05 فأصبحت تنص على ما يلي: "كل فعل أيّا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

² - L'art. 1382 de C.Civ. dépose "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

³ - جبالى وعمر، المسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.91.

⁴ - وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية..."، مرجع سابق، ص.208.

⁵ - DAGORNE-LABBE Yannick, *La formation du contrat...*, op.cit., p.09.

التفاوض على العقد أنها مرحلة احتمالية يمكن أن ينتج عنها إبرام عقد أو أن تكلل بالفشل فلا ينتج عنها شيء، فيسعى خلالها كل طرف إلى تحقيق مصلحته الشخصية فهو بذلك يحرر إرادته كلياً في هذه الفترة من أجل تحقيق ذلك، ولكن يبقى دور التنظيم في ضبط هذه الحرية بتقييدها حماية للصالح العام ومنعاً للتعسف في استعمالها، كما سبق التطرق إليه، وبذلك يجب أن لا يكون القطع متعسفاً أو مخالفاً لحسن النية¹، فيجب أن يكون الخطأ واضحاً² ومسبباً لضرر، وبالتالي نجد أن أساس المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد هو الضرر الذي يصيب المتفاوض من جراء قطع المفاوضات.

تتعدد أوجه الخطأ قبل العقدي فيظهر الانحراف في المسلك المعتاد للمفاوض³ في قطع المفاوضات لسبب غير جدي، أو بنية الإضرار، أو منذ بدأ المفاوضات كان المتفاوض لا ينوي التعاقد بل فقط دخل التفاوض من أجل تضييع فرصة التعاقد مع شخص آخر أو للتطلع أو التطفل على إمكانيات ومقدرة الطرف الآخر وغيره من هذا كله، فلا يمكن حصر هذه الأخطاء ولهذا فالخطأ التقصيري شامل ليجمعها كلها في إطار واحد وهو المسؤولية التقصيرية.

وبما أن مرحلة المفاوضات المجردة تعتبر أعمالاً مادية لا تحمل في طياتها عقد فالخطأ هنا يعتبر خطأ تقصيري وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا، فيكفي أن يكون مقترن بسوء نية حتى وإن لم يكن الهدف منه هو الإضرار بالغير ومثال على هذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف بوردو في قرار لها بتاريخ 24 جوان 1998 حيث تتلخص وقائع القضية في أن شركة أقدمت على التفاوض مع مالك عقار حول استئجارها عقاره شرط أن يخرج المستأجرين منه، ومن ثم بعد قيامه بإخراج المستأجرين امتنعت الشركة دون مبرر عن الاستئجار متذرة بحدوث مشاكل، وهذا يشكل خطأ تقصيري يرتب المسؤولية على عاتق الشركة لا عتافها عن التعاقد دون مبرر مشروع وقد تعرض المالك لأضرار مادية تلتزم الشركة بالتعويض عنها⁴، فقد أكد القضاء الفرنسي أنه يمكن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية حتى وإن لم تكن هناك نية الإضرار⁵.

¹ - Ibid.

² - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.179.

³ - وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية..."، مرجع سابق، ص.208.

⁴ - نقلاً عن: مصطفى العوجي، القانون المدني...، مرجع سابق، ص.169.

⁵ - DAGORNE-LABBE Yannick, *La formation du contrat...*, op.cit., p.10.

ثانياً: عبء إثبات الخطأ التقصيري:

حسب أحكام هذه المسؤولية فإن عبء إثبات الخطأ يقع على المضرور؛ بحيث يجب عليه إثبات أن المسؤول عن ذلك الخطأ قد انحرف في سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد وبإخلاله هذا تسبب بضرر له، فهو (أي المخطئ) قد أخل بواجب قانوني وهو عدم الإضرار بالغير¹، وهذا الواجب الذي أخل به المتفاوض ليس قطعه للمفاوضات لأن هذا يدخل ضمن حقوقه وإنما لأنه تسبب بضرر للطرف الآخر، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 09 فيفري 1967 حيث جاء كما يلي: "ولا يترتب على هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن بخطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض ويقع عبء إثبات ذلك الخطأ، وهذا الضرر على عاتق من يدعي ذلك، وثم لا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية"².

الفرع الثاني

الخطأ العقدي

إن الخطأ هو الشرط الأول من شروط المسؤولية المدنية عامة، والمسؤولية العقدية خاصة، وعليه فهو أساس بناء المسؤولية فبدونه لا يمكن الحديث عن ضرر منشئ للمسؤولية، سواء أكان هذا الخطأ مفترض أو واجب الإثبات، وكما سبق التطرق إليه في إطار المسؤولية التقصيرية الناشئة عن قطع المفاوضات العقدية فالمشرع الجزائري كغيره من أغلب التشريعات الأخرى المقارنة لم يتناولوا تعريف الخطأ، وتركوا هذا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء باعتبار أن التعريف لا يدخل في إطار مهمة المشرع.

أولاً: مفهوم الخطأ العقدي:

حاول الفقهاء وضع تعريف للخطأ عامة، وللخطأ العقدي خاصة، فنجد أنه: "يقصد بالخطأ العقدي عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية أو التأخير في تنفيذه، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه عن عمد أو إهمال من المدين"³.

¹ - جبالى وعمر، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.93.

² - نقلا عن: هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، "التنظيم الاتفاقي للمفاوضات..."، مرجع سابق، ص.334.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني...، مرجع سابق، ص.311.

وعليه نجد أن المسؤولية العقدية عامة تنشئ عن إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدية، وذلك بعدم تنفيذ ذلك الالتزام كلياً أو جزئياً، أو بمجرد التأخر في تنفيذه، ولا يهم في هذا الإخلال أن نتطرق إلى نية المتعاقد ونرى إن كان ذلك الفعل عمدي أو غير عمدي، فيتساوى في جزاء المسؤولية العمد والإهمال من قبل المدين.

فتعتبر المسؤولية العقدية استثناء من الأصل العام وهو المسؤولية التقصيرية، حيث أنها (المسؤولية العقدية) إخلال بالتزام عقدي، بينما المسؤولية التقصيرية فهي إخلال بواجب عام فرضه القانون؛ حيث أنه لقيام المسؤولية العقدية يجب أن تتوفر بعض الشروط وإن حدث وأن تخلف شرط واحد فقط فلا يمكن الحديث عن مسؤولية عقدية وما على المضرور إلا التوجه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية.

ثانياً: شروط قيام المسؤولية العقدية:

من الشروط التي يجب أن تتوفر لقيام المسؤولية العقدية نجد الشرط الأول يتمثل في وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، وهذا معناه أنه إذا انعدم العقد فتنعدم المسؤولية العقدية، ويشترط في هذا العقد أن يكون عقداً صحيحاً أي شامل لكل أركانه وخال من عيوب الإرادة، فلو حدث أن وقع هذا العقد تحت طائلة البطلان المطلق انعدمت المسؤولية العقدية لانعدام العقد وحلت محلها المسؤولية التقصيرية، لأن أثر البطلان المطلق هو اعتبار العقد كأنه لم يكن ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/103 من التقنين المدني الجزائري¹، ونفس الشيء بالنسبة للفسخ².

أما الشرط الآخر فهو أن ينشأ ضرر مباشر من عدم تنفيذ التزام أو عن الإخلال بتنفيذ التزام مترتب عن هذا العقد، وهذا معناه أن يكون السبب المباشر للضرر هو عدم تنفيذ أو الإخلال في تنفيذ الالتزام العقدي، فلو كان الأمر غير ذلك أي أن الضرر الناشئ لم يكن بسبب عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ فلا مجال لقيام المسؤولية العقدية، حتى وإن كان الضرر ناشئ بين الدائن والمدين إلا أن الخطأ التقصيري هو الذي يحل في هذا المقام وعليه فأحكام المسؤولية التقصيرية هي التي ستطبق³.

أما الشرط الثالث لقيام المسؤولية العقدية فهو أن يكون من أصابه الضرر المباشر دائناً بالالتزام الذي لم ينفذ أو الذي حدث الإخلال بتنفيذه، ويمكن أن يكون كذلك خلفاً له،

¹ - تنص المادة 1/103 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل".

² - بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية أبو بكر بلقايد، 2011-2012، ص.13.

³ - بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية...، مرجع نفسه، ص.15.

وهذا يعني أن يكون المضرور طرفا في العلاقة العقدية أي الدائن والمدين، فلا يمكن قيام المسؤولية العقدية والمضرور شخص أجنبي عن العقد، ماعدا إذا كان ذلك الشخص ممثلا أو نائبا لأحد المتعاقدين أو منتفعا في الاشتراط لمصلحة الغير (باعتباره طرفا في العقد فهو ليس أجنبي عن العلاقة العقدية)، ويمكن أيضا قيام المسؤولية العقدية في حالة ما إذا كان المضرور خلفا عاما أو خاصا للسلف، فيمكنه إعمال أحكام المسؤولية العقدية تجاه الدائن المسؤول¹.

ومن خلال هذا نرى أنه لقيام المسؤولية العقدية يجب أن تقوم هذه الشروط مجتمعة، فإن حدث وأن تخلف شرط واحد منها فلا يمكن إعمال أحكامها، وما على المضرور إلا الاتجاه إلى الأصل العام وهذا معناه إعمال أحكام المسؤولية التقصيرية لأنها الأصل الذي تفرعت عنه المسؤولية العقدية.

ثالثا: أنواع الالتزام العقدي:

فيكمن الخطأ قبل العقدي في عدم تنفيذ أو إخلال في تنفيذ المتعاقد لالتزامه العقدي، والالتزام نوعان فهناك التزام بتحقيق نتيجة أو غاية والتزام ببذل عناية.

ففي الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية سواء كان ذلك الالتزام قيام بعمل أو امتناع عن القيام بعمل أو منح شيء ما، فتكون تلك النتيجة هي محل الالتزام، فإن تحققت تحقق العقد وإن لم تتحقق فهنا تقوم المسؤولية العقدية لوجود خطأ عقدي يكمن في عدم تحقق الغاية التي من أجلها أبرم العقد، فيعتبر بذلك المتعاقد مخلا بتنفيذ التزامه العقدي وذلك بعدم تنفيذه²، ويكون هذا خلال مرحلة المفاوضات في الحالة التي يلتزم فيها المتفاوض بإجراء التفاوض ثم يعدل عن ذلك أي أخل بالتزامه وهو التزام بالقيام بعمل.

أما الالتزام ببذل عناية فهو التزام يقع على المتعاقد ويلزمه ببذل جهد من أجل الوصول إلى غرض معين، وفي مثل هذا الالتزام يستوي أن يتحقق هذا الغرض أو أن لا يتحقق فالنتيجة ليست محلا للالتزام، فالالتزام ببذل عناية هو التزام بعمل غير مضمون النتيجة ولكن المهم فيه هو مقدار العناية التي يبذلها المدين، وهي عناية الرجل العادي³، وهذا الالتزام نجده في المرحلة السابقة على التعاقد؛ إذ أن نتيجة التفاوض تبقى احتمالية فيمكن لأطراف التفاوض أن يتوصلوا إلى إبرام العقد المنشود أو عدم إبرامه فتفشل المفاوضات لسبب معين، ولكن محل التزام المتفاوضان هو بذلهم العناية اللازمة لتحقيق النتيجة المرجوة

¹ - بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 16.

² - خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج. 1، مصادر الالتزام، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 145-146.

³ - خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون...، نفس المرجع، ص. 146.

من وراء ذلك، فلا يقوم الخطأ عن عدم التوصل إلى إبرام العقد فإن حدث وإن عدل أحدهم فيعتبر هذا حق من حقوقه الممنوحة له بموجب حريته التعاقدية، ولكن الخطأ يقوم إن لم يبذل المتفاوضين العناية اللازمة لإنجاح المفاوضات باعتبار هذا محل التعاقد.

فيتحقق خطأ المتفاوض في حالة ما إذا لم يبذل العناية اللازمة لإنجاح المفاوضات، وهذا ما يقضي به التزام التفاوض الذي يعتبر صورة من صور الالتزام ببذل عناية المنصوص عليه في المادة 172 من التقنين المدني الجزائري¹.

من خلال استعراض مفهوم الخطأ العقدي وشروط قيام المسؤولية العقدية نرى أنه من ضرورات قيام الخطأ العقدي هو وجود عقد، والعقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ولتطبيق هذا على مرحلة المفاوضات نجد أن المفاوضات يمكن أن تحمل في طياتها عقود واتفاقات كعقد التفاوض وعقد الإطار العام والعقود الجزئية وغيرها، كما يمكن أيضا أن تكون تلك المفاوضات مجردة لا تحمل في طياتها أية عقود فتعتبر أعمال مادية لا ترقى لدرجة التصرفات القانونية، ولهذا فكيف يمكن تطبيق أحكام المسؤولية العقدية على أشخاص لا يربط بينهما أي عقد وهو يعتبر شرط أساسي وضروري لقيام المسؤولية العقدية.

رابعاً: النظريات التي نادت بالمسؤولية العقدية:

من خلال هذا نرجع إلى رأي الفقه في هذا الموضوع أين نجد أنه مع بداية اتجاهه إلى دراسة مرحلة المفاوضات أضفى عليها الطبيعة العقدية في حالة الإخلال أو العدول عن التفاوض، وصاحب الأسبقية في دراسة هذه المرحلة هو الذي جاء بهذه الفكرة وهو الفقيه الألماني Rud Von Ihering² في نظريته المشهورة Culpa in contrahendo أو الخطأ عند تكوين العقد³، فهذه النظرية من أهم النظريات التي أقرت بوجود المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد، ولقد حققت شهرة وانتشار جعلها تحتل مكانة هامة بين نظريات القانون المدني المقارن⁴، حيث نشرت بالفرنسية سنة 1861⁵.

¹ - تنص المادة 1/172 من ت.م.ج المعدل والمتمم على ما يلي: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك".

² - هو فقيه ألماني ولد عام 1818 وتوفي عام 1892، وهو لم يدرس مسألة المفاوضات بطريقة خاصة، وإنما بصورة عامة في إطار مشكلة العلاقة بين المسؤولية والعقود، انظر بلحاج العربي، *الإطار القانوني للمرحلة...*، مرجع سابق، ص.154، هامش (1).

³ - هذه التسمية التي أطلقها عبد الرازق أحمد السنهوري، انظر عبد الرازق أحمد السنهوري، *شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات*، ج.2، *نظرية العقد*، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.622.

⁴ - بن أحمد صليحة، *المسؤولية المدنية...*، مرجع سابق، ص.41.

⁵ - بلحاج العربي، *الإطار القانوني للمرحلة...*، مرجع سابق، ص.154.

تتلخص نظرية Ihering في كون المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات تقوم على أساس خطأ أحد الأطراف المتمثل في عدم تنفيذ عقد صحيح أو عدم إبرام عقد أو إبطاله¹، فهذه النظرية تجعل المسؤولية تقوم على مبادئ تطبق في حال عدم قيام العقد وأيضا في حال إبطاله بعد إبرامه².

وما دفع Ihering إلى هذا القول هو قصور القانون الروماني الذي كان سائدا في عصره؛ بحيث لم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسؤولية مدنية، فالأعمال الضارة كانت مقيدة بشروط³، فقام بالبحث في ذلك القانون الروماني حتى توصل إلى أنه يمكن أن يرجع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بدعوى العقد ذاتها⁴.

فذهب هذا الفقيه إلى القول أنه "بمجرد التقاء طرفين سعيا وراء إبرام عقد معين يعني اتفاقهما ضمنا على عقد أولي يتعهد كل منهما بمقتضاه ألا يتأتى من جانبه ما يمكن أن يحول دون التوصل إلى إبرام العقد المنشود صحيحا منتجا لآثاره المقصودة. فإذا أخفق الطرفان من بعد في التوصل إلى العقد المنشود أو اتضح بطلان هذا العقد، لسبب يرجع إلى أحد طرفيه، كان هذا الطرف مسؤولا عن ذلك أمام الطرف الآخر، وكانت مسؤوليته تعاقدية"⁵.

لكن هذه النظرية عرفت عدة انتقادات ومنها أنها تقوم على وهم وهو وجود اتفاق ضمني بين أطراف التفاوض بمجرد الدخول في المفاوضات وهذا اتفاق مزعوم⁶، وأيضا افتراض الخطأ في جانب المتعاقد رغم أنه قد يجهل سبب البطلان أو ينتفي التقصير في جانبه لعدم علمه بهذا السبب وهو ما يجعل من فكرة الخطأ أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منها إلى فكرة الخطأ التقصيري⁷، وكذلك فإن المسؤولية قبل العقدية قد تقوم عندما تفشل المفاوضات وهذه المسؤولية لا يمكن أن ترد إلى عقد لم يتكون أو إلى عقد باطل، وزيادة على هذا كله فقد تجاهلت هذه النظرية الأثر المطلق للبطلان ومفاد ذلك زوال كل أثر للتصرف الذي يلحق البطلان، وهو ما يتعارض جذريا مع اقتصار أثر البطلان على الركن أو الشرط الذي أصابه البطلان وحده⁸.

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.36.

² - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.154.

³ - وهذه الشروط حددها القانون وهو قانون Aquilia، انظر، محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.37.

⁴ - بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.42.

⁵ - مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.17.

⁶ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.155.

⁷ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.41.

⁸ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع نفسه، ص.42.

دفع كل هذا إلى عدم الأخذ بهذه النظرية لأنها من نظريات الضرورة لأن Ihering لم يجد في القانون الألماني نصاً عاماً ينص على المسؤولية عن الفعل الضار ولا نص خاص يتعلق بالمسؤولية عن الإخلال بالاتفاقات المبدئية التي توقع بين الطرفين خلال مرحلة المفاوضات على العقد¹.

هناك أيضاً نظريات أخرى تتعلق بمرحلة ما قبل التعاقد جاءت بعدما وجهت الانتقادات لنظرية Ihering ومنها نظرية التبعية العقدية التي جاء بها الفقيه الألماني Windsched أين أقر فيها مسؤولية كل مقدم على التعاقد عن تبعية النشاط العقدي، فيكفي وقوع الضرر وثبوته للحكم بالتعويض²، وكذلك نجد نظرية المسؤولية الموضوعية التي جاء بها الفقيه الألماني Fagella والتي ركز من خلالها على وجود اتفاق بالضمان، سواء صريح أو ضمني، عند البدء في مفاوضات العقد وهو ما يسمى باتفاق أو ميثاق الضمان³، حيث تقوم مسؤولية من يخالفه، لكن كل هذه النظريات لم تسلم من النقد ولم يتم الأخذ بها بصفة مطلقة.

ذهب الفقه المعاصر إلى تقسيم مرحلة المفاوضات إلى نوعين، الأولى هي المفاوضات المجردة التي لا تحمل أية عقود وعليه لا يمكن خلالها الحديث عن المسؤولية العقدية، أما الثانية فهي المفاوضات المنظمة بعقود واتفاقات والتي يجب تنفيذها بحسن نية وإن تم الإخلال بنودها ترتب الخطأ العقدي في جانب المسؤول وقامت مسؤوليته العقدية.

فيعتبر عدم البدء في التفاوض أو عدم الاستمرار فيه عن طريق العدول التعسفي خلال مرحلة المفاوضات العقدية المنظمة خطأ عقدي يقيم المسؤولية العقدية في جانب المسؤول عن ذلك.

خامساً: عبء إثبات الخطأ العقدي:

يقع عبء إثبات الخطأ العقدي على عاتق المضرور وفقاً للقواعد العامة القاضية بأن البينة على من ادعى، وما يميز الإثبات في المسؤولية العقدية أنه سهل مقارنة بالمسؤولية التقصيرية، فما على المدعي إلا إثبات المصدر الذي هو عقد التفاوض⁴، ولكن هناك اختلاف اختلاف بين حالة إثبات الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق نتيجة وبين الالتزام ببذل عناية؛

¹ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 156.

² - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 44.

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 159.

⁴ - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص. 239.

حيث أن إثبات عدم تحقق النتيجة أيسر من إثبات عدم بذل العناية¹، وبما أن الالتزام في مرحلة

⁵ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون...، مرجع سابق، ص.314.

المفاوضات هو التزام ببذل عناية فعلى المضرور إثبات أن المتفاوض الآخر لم يبذل العناية اللازمة لإنجاح التفاوض، ويقاس هذا وفقا لمعيار الرجل العادي، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد ذلك دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا¹.

المطلب الثاني

الضرر

يعتبر السبب الأساسي من رفع دعوى مدنية أمام القضاء هو التعويض عن ضرر أصاب المدعي جراء تضرره من فعل ما قام به المدعى عليه، ولهذا فالهدف من التعويض هو جبر الضرر اللاحق بالمضرور سواء كان هذا الضرر ناتج عن فعل ضار (فرع أول)، أو ناتج عن إخلال أحد الأطراف بالتزامه العقدي (فرع ثان).

الفرع الأول

الضرر في المسؤولية التقصيرية

إن الهدف من قيام المسؤولية المدنية هو جبر الضرر، فلا يمكن الحديث عن دعوى مدنية بدون ضرر، فهو الأساس الذي تقوم عليه دعوى المسؤولية المدنية عامة والتقصيرية خاصة، فيجب أن يقوم ركن الضرر بجانب ركن الخطأ لإمكان رفع دعوى عملا بالقاعدة العامة لا دعوى بلا مصلحة.

أولا: تعريف الضرر:

المشرع الجزائي وكغيره من التشريعات المقارنة لم يتطرق لتعريف الضرر وترك الأمر لاجتهاد الفقه، وعليه يمكن تعريفه بأنه: " كل مساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له، ولا تقتصر هذه الحقوق على تلك التي تتناول الجانب المالي من كيان الإنسان وإنما تشمل كل حق يخوله صاحبه سلطة ومزايا أو منافع يتمتع بها في حدود القانون"².

ثانيا: أنواع الضرر:

وفقا للتعريف السالف الذكر فإن الضرر يتكون من شقين مادي ومعنوي

¹ - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص.240.

² - جبالي وعمر، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.93.

1- الضرر المادي:

هو ذلك الضرر الذي يمس جسم الشخص أو ذمته المالية، فكل مساس لهذا وإلحاق الضرر به هو ضرر مادي يوجب المتسبب فيه بجبره¹.

2- الضرر المعنوي أو الأدبي:

فهو ذلك الأذى الذي يمس الإحساس والشعور والشرف والسمعة...²، وبسبب للشخص حزنا وألما³، فرغم اختلاف الفقه في شأن تعويضه إلا أنه حالياً أقر بذلك.

من خلال هذا فكل شخص يتسبب بخطئه في إحداث هذا الضرر (مادي أو معنوي أو كليهما معاً) يلتزم بالتعويض أي بجبر هذا الضرر.

ثالثاً: الشروط الواجب توافرها في الضرر:

ينقسم الضرر إلى عدة أقسام منها ضرر مباشر وضرر غير مباشر، أيضاً ضرر متوقع وضرر غير متوقع، كما نجد ضرر حال وضرر مستقبل⁴، ولكن الضرر المعوض عنه في إطار المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر المحقق المتوقع وغير المتوقع، ولا تعويض عن الضرر غير المباشر والضرر الإجمالي.

الضرر المباشر هو "الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحته الشخص، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"⁵، فإذا لم يكن الضرر مباشراً فيسقط ركن من أركان المسؤولية وهو ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وبهذا تنعدم المسؤولية.

أما الضرر المحقق فهو الضرر الحال أو الذي سيتحقق في المستقبل شرط أن يكون محقق الوقوع في المستقبل وليس احتمالي⁶، فالضرر الحال هو الضرر الذي وقع بالفعل

¹ - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص. 241.

² - تنص المادة 182 مكرر من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

³ - جبالي وعمر، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 98.

⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط. 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 170.

⁵ - جبالي وعمر، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 103.

⁶ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون...، مرجع سابق، ص. 315.

وثبت حدوثه كالتفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور فعلاً¹، أما الضرر المستقبل فهو الضرر الذي لم يقع بعد وإنما يكون محقق الوقوع في المستقبل، فإذا كان بالإمكان تقدير الأضرار التي يمكن أن تقع بالفعل كان للدائن أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبلي، أما إن لم يكن في الإمكان تحديد مقدار التعويض في الضرر المستقبلي فلا يجوز للدائن أن يرفع دعوى ليطلب المدين بالتعويض حتى يعرف مدى الضرر الذي سيقع والموجب للتعويض²، وهذا عكس الضرر الاحتمالي أو المحتمل وهو الضرر الذي لم يقع بعد، وكذلك الذي لا يعتبر محققاً في وقوعه، فهذا النوع من الضرر لا يجوز التعويض عنه إلا في حالة وقوعه فعلاً³.

يعد تفويت الفرصة من الأضرار التي أقر الفقه والقضاء حالياً بتعويضها عكس ما كان عليه قديماً حيث كان يرفض التعويض عنها باعتبار أن الضرر فيها ليس محققاً لأنه لا يمس حقاً ثابتاً وإنما هو مجرد أمل خاب تحققه⁴، ولكن الآن أصبح تفويت الفرصة من الأضرار المعوض عنها على أساس أنه لو اعتبرت الفرصة أمر محتمل إلا أن تفويتها هو أمر محقق يجب تعويضه.

الأصل في المسؤولية التقصيرية أن يتم التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع عكس المسؤولية العقدية التي يعوض فيها عن الضرر المتوقع فقط، وعليه فإنه خلال مرحلة المفاوضات المجردة فإنه يتم تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بالتعويض يشمل الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، فالمهم أن يكون هذا الضرر قد صدر عن مساس بمصلحة مشروعة للمضرور، وأن يكون محققاً وهنا إما أن يكون حالاً أو مستقبلاً المهم أنه سوف يحدث⁵.

الضرر في مرحلة المفاوضات هو أساس قيام مسؤولية محدثة، الذي يكون أتي تصرفاً مخرلاً وبهذا التصرف الخاطئ أحدث ضرراً أصاب الطرف الآخر المتفاوض معه، ولهذا الأخير (المضرور) أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الخطأ الذي ما كان الشخص المعتاد ليرتكبه لو وضع في نفس الظروف الخارجية المحيطة به باعتبار أن المفاوضات مجردة وغير منظمة بأي عقد، فيطلب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي وعن تفويت الفرصة أيضاً وهذا وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بما أن الضرر نتج عن إخلال بواجب عام فرضه القانون.

¹ - حمودي ناصر، *التفاوض في العقود...*، مرجع سابق، ص. 242.

² - خليل أحمد حسن قدامة، *الوجيز في شرح القانون...*، مرجع سابق، ص. 152.

³ - خليل أحمد حسن قدامة، *الوجيز في شرح القانون...*، مرجع نفسه، ص. 152.

⁴ - علي علي سليمان، *النظرية العامة للالتزام...*، مرجع سابق، ص. 162.

⁵ - وعود كاتب الانباري، *"المفاوضات العقدية..."*، مرجع سابق، ص. 208.

رابعاً: عبء إثبات الضرر:

يقع عبء إثبات الضرر على عاتق المضرور لأن البيئة على من ادعى¹، فيقوم المضرور بإثبات الضرر الذي أصابه بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن الضرر واقعة مادية، ولقضاء الموضوع سلطة تقديرية في تحديد ذلك.

الفرع الثاني

الضرر في المسؤولية العقدية

يعتبر الضرر ركن من أركان المسؤولية العقدية الذي على أساسه يمكن للمضرور رفع دعوى مدنية باعتبارها دعوى لجبر الضرر، ولهذا فلا يمكن تصور قيام مسؤولية بدون ضرر فهو شرط من شروط قيامها.

تقوم المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات في الحالة التي يكن المتفاوضان قد أبرما اتفاقاً للتفاوض فيما بينهم أو عقود منظمة لهذه الفترة، فإن حدث وأن أخل أحدهم بهذه العقود أو الاتفاقات أو خالف حسن النية في تنفيذها، يكون بذلك قد ارتكب خطأ عقدياً يقيم مسؤوليته العقدية وعليه فيلتزم بالتعويض عن الأضرار التي سببها للطرف الآخر.

ومفهوم الضرر في المسؤولية العقدية هو نفسه الضرر في المسؤولية التقصيرية، فهو الأذى الذي يصيب الدائن في ماله أو جسمه وشعوره وسمعته المهم أن يكون هذا الضرر قد مس مصلحة مشروعة أو حق من حقوق المضرور، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية².

هناك من رأى أنه بمجرد إخلال المدين بالتزامه العقدي يترتب عليه التعويض دون البحث عما إذا كان هذا الإخلال قد سبب ضرراً أو لا، ولكن لوجوب التعويض يجب أن يكون هناك ضرر، فيجب أن يترتب الإخلال بالالتزام العقدي ضرراً ليجب التعويض³، فسواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية فإن الضرر هو أساس التعويض.

بالنسبة لأنواع الضرر فهو نفسه سواء في المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية، فهو يشمل نوعين هما ضرر مادي وضرر معنوي أو أدبي، فإن حدث وأن ثبت أحدهما أو كليهما معا وجب التعويض، والفرق الموجود بين المسؤوليةيتين (التقصيرية والعقدية) هو في إطار التعويض عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة؛ حيث أن التعويض في إطار المسؤولية

¹ - خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون...، مرجع سابق، ص.152.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون...، مرجع سابق، ص.314.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص.162.

يشمل الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة بينما في المسؤولية العقدية فهو لا يشمل سوى الأضرار المتوقعة فقط إلا في حالة ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم فيتساوى التعويض في كلتا المسؤوليتين أي الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 2/172 من التقنين المدني الجزائري¹.

فيشترط في الضرر في إطار المسؤولية العقدية أن يكون مباشرا ومتوقعا ولا يهم أن يكون الضرر واقعا أي حالا أو مؤكد الوقوع في المستقبل المهم أن يكون محقق غير احتمالي²، ويستوي في هذا أن يكون الضرر مادي أو معنوي.

وعلى أساس هذا فإنه خلال مرحلة المفاوضات إن لم يكن هناك ضرر فليست هناك مسؤولية، إذ أن الخطأ وحده لا يكفي لقيامها، فلا تقوم المسؤولية إلا إذا كان هناك عدول أو قطع للمفاوضات نتيجة خطأ وتسبب هذا الخطأ في ضرر، والضرر قد يكون مادي خلال هذه المرحلة إذا تعلق الأمر مثلا بنفقات التفاوض التي تكبدها المضرور وأيضا الوقت الضائع...³، أما الضرر المعنوي فيتمثل مثلا في المساس بالسمعة خاصة أن كان المتفاوض تاجرا فقطع المفاوضات معه خصوصا وإن كان على وشك إبرام العقد أي أن المفاوضات كانت متقدمة يؤدي إلى اهتزاز سمعته بين الناس فيظهر بمظهر من يسهل خداعه والتلاعب به⁴، وهذا ما أقرته محكمة النقض المصرية في قرار لها صدر في 28 جانفي 1966 حيث تدور وقائعه في أن شخص (أ) عرض على شخص (ب) أن يفكر له في مشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكا له فيه فقبل (ب) هذا العرض وأخذ يفكر في مشروع من نوع خاص، ففكر في إنشاء مصنع لعمل وطبع اسطوانات الأغاني والموسيقى بمصر بكون هو الأول من نوعه في الشرق الأوسط، وعرض الفكرة على (أ) فرحب بها بعد أن درسها واقتنع بها وأجريا مفاوضات بشأن إنشاء شركة لتنفيذ هذا المشروع انتهت إلى اتفاق بين الطرفين على تكوين شركة فيما بينهما، تقتصر فيها مشاركة (ب) على عمله وخبرته الفنية وإشرافه والتجاري على المصنع على أن يكون له الربع في موجودات الشركة وصافي الأرباح، وقضى (ب) عدة شهور في الخارج - أثناء سفر (أ) - بحثا في مصانعها عن أحسن ما أنتجته من الآلات، وبمجرد عودة (أ) من سفره أطلعه (ب) على ما أسفرت عنه عملية البحث، ثم قام (ب) باختيار ما رآه مناسبا من هذه الآلات وحضر ليه (أ) عقب ذلك وأقر الاختيارات ودفع ثمن تلك الآلات، وعقب وصولهما إلى مصر تنكر له (أ) ورفض تحرير عقد الشركة، وعلى إثر هذا طرح النزاع أمام محكمة الاستئناف حين أقرت بوجود عقد الشركة بين

¹-تنص المادة 2/172 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم."

²- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون...، مرجع سابق، ص.314.

³- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.181.

⁴- وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية..."، مرجع سابق، ص.208.

الأطراف وبتعويض (ب)، ولكن محكمة النقض قامت بنقض هذا وقالت: "التكييف الصحيح للوقائع هو اعتبار ما تم بين الطرفين لم يتجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بينهما، وأن الطاعن لم يعد جادا في هذه المفاوضات ولم يكن أبدا يقصد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة، بل إنه أوهم الأخير برغبته في تكوين هذه الشركة لمجرد الحصول منه على فكرة المشروع واستخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدرايته بذلك، على أن تنفيذ مشروع الشركة سيكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأسمال الشركة بنصيب كبير وهو تم له فعلا بتكوينه مع الأستاذ: محمد فوزي، الذي ساهم بحق النصف الرأسمال وذلك بخلاف الطاعن الذي كان يريد أن يشترك بعمله فحسب"، وهكذا أقرت محكمة النقض أن الطاعن (أ) ألحق ضررا ب (ب) أحدهما مادي وهو الخسارة التي تكبدها وإهماله لعمله، والآخر معنوي أو أدبي وهو إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته في السوق، وقدرت له تعويض لجميع عناصر الضرر بمقدار 2000 جنيه¹.

الأصل في المسؤولية العقدية أن يتم التعويض عن الضرر المتوقع فقط عكس المسؤولية التقصيرية التي يعرض فيه عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، وعليه خلال مرحلة المفاوضات المنظمة فإنه يتم تطبيق أحكام المسؤولية العقدية فالتعويض يشمل الأضرار المتوقعة عند إبرام العقد فقط، المهم أن تكون هذه الأضرار قد مست بمصلحة مشروعة للمضرور، وأن تكون محققة وهنا يستوي أن تكون قد وقعت فعلا أو ستقع في المستقبل المهم أنها محققة الوقوع.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

تعتبر علاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الرابط الذي إن توفر قامت المسؤولية سواء التقصيرية أو العقدية لاكتمال شروطها، فهي الشرط الثالث من شروط المسؤولية المدنية التي تربط بين الشرطين الآخرين وهما الخطأ والضرر، فإن كان الخطأ هو السبب في الضرر قامت المسؤولية وإلا فلن تقوم لعدم توفر شرط العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهي نفسها سواء في المسؤولية التقصيرية (فرع أول)، أو في المسؤولية العقدية (فرع ثان).

¹ - نقلا عن: محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.ص. 62-64.

الفرع الأول

علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية

إن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الشرط الثالث من شروط المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية، وهي صاحبة الدور الفعال في تحديد التعويض، فهي الرابط بين الخطأ والضرر، فإذا أصيب شخص ما بضرر وشخص آخر ارتكب خطأ ولم يكن هذا الخطأ سبب في ذلك الضرر فكيف يمكن أن نلزم المخطئ بتعويض ضرر لم يكن له يد في حدوثه، وهذا ما نجده في مرحلة المفاوضات، أين نجد المتفاوض حتى وإن عدل عن التفاوض فلا يمكن أن نلزمه بالتعويض إلا إذا كان هذا العدول التعسفي سبب ضررًا للطرف الآخر وعليه نقول أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.

أولاً: مفهوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

فسبب طرح العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية المدنية هو واقع الأحداث التي تقع والمسائل الدقيقة التي ترتب أحداثاً تثير جدلاً، وهناك سببين رئيسيين لطرح هذه العلاقة وهما: الأول أنه إذا ما أدت عدة أسباب إلى حدوث ضرر، والثاني هو إذا أدى سبب واحد إلى عدة أضرار، وعلى إثر هذا نجد المادة 1/182 من التقنين المدني الجزائري تجيب على ذلك بنصها على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".¹، فبالرغم من أن هذه المادة جاءت في إطار المسؤولية العقدية إلا أنها تمتد لتشمل نظام المسؤولية التقصيرية، ومفادها أن الشخص يسأل فقط على الضرر المباشر الذي يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه.²

فالخطأ قبل العقدي إن وقع يجب أن يكون هو الذي أحدث ضرراً بالطرف الآخر، فالعلاقة السببية هي أن يكون هذا الفعل تسبب في ذاك الضرر، أي العدول التعسفي أو بدون سبب جدي تسبب في ضرر محقق ومباشر.

¹ - المادة 182 من ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

² - جبالي وعمر، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.ص. 102-103.

ثانياً: عبء إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

يقع على المضرور عبء إثبات أن الفعل الخاطئ الذي قام به المتفاوض هو الذي أحدث له ضرر، فيقع عبء إثبات الخطأ والضرر على عاتق المضرور، وعملياً هذا ما يكون صعب الإثبات في إطار المسؤولية التقصيرية، فيبقى للقاضي السلطة التقديرية في رؤية ما إذا كان حقيقة هذا الخطأ سبب في ذلك الضرر أو شيء آخر غير ذلك، فلقاضي الموضوع سلطة واسعة في ذلك، ويراقب فقط من قبل المحكمة العليا¹، وإذا أقر القانون والقضاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر استوجب التعويض، فيلتزم الذي قام بالخطأ بتعويض المضرور عما أصابه.

يبقى للشخص الذي أتى الفعل الموجب للتعويض إن أراد أن تبرئة ذمته سوى وسيلتين اثنتين هما: الأولى هي نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فيقوم بإثبات عكس ما أثبتته المضرور أي أن خطأه لم يكن منتجاً في إحداث الضرر فليس بسبب خطأه تضرر الطرف الآخر فإن نجح في ذلك انتفتت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وأبرأ نفسه من التعويض.

أما الوسيلة الثانية التي يمكن للشخص أن يقوم باستعمالها فتكمن في قطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فيقوم في هذه الحالة الشخص بإثبات أن الضرر وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه²، ويتحقق هذا في ثلاثة أحوال تكمن فيما يلي:

- الحالة الأولى تكمن في كون المضرور هو الذي تسبب بإضرار نفسه، فخطأه هو الذي أدى إلى حصول الضرر، وفي هذه الحالة تنقطع رابطة السببية بين الضرر و خطأ الغير فكيف يمكن أن نلزم شخص بجبر ضرر لم يكن هو السبب في حدوثه، فهذا ما تقضي به قواعد العدالة فيتحمل كل شخص نتائج أفعاله.

- الحالة الثانية تكمن في كون الضرر نجم عن قوة قاهرة أو حادث فجائي الذي بطبيعة الحال لا يمكن دفعه ولم يكن متوقع الحصول، وأن يكون بخطأ المضرور أو بسبب الكوارث الطبيعية، ومثال عن هذا المتفاوض الذي حالت قوة قاهرة دون استمراره في التفاوض وأدت إلى قطع المفاوضات، فهنا لا يسأل عن تعويض ما قد يصيب الطرف الآخر من أضرار لأن هذه الأضرار لم تكن نتيجة خطأ المتفاوض³، فإذا أثبت المتفاوض هذه القوة القاهرة انقطعت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أما إذا كان هناك اشتراك بين السبب

¹ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 185.

² - جبالي وعمر، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 103.

³ - وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية..."، مرجع سابق، ص. 208.

الأجنبي وخطأ المتفاوض في إحداث الضرر فإنه يلتزم بالتعويض إذ لا محل لتوزيع المسؤولية¹.

- أما الحالة الثالثة فتكمن في حال خطأ الغير الذي أدى إلى ضرر المتفاوض، ويقصد بالغير هنا هو غير المتفاوضان، فإذا كان فعل الغير هو السبب في إحداث الضرر فتنتفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وبالتالي لا يلتزم المتفاوض بالتعويض وإنما يلتزم به ذلك الغير، ولكن في حال ما إذا كان هناك اشتراك بين خطأ المتفاوض مع خطأ الغير في إحداث الضرر فهنا يكون الاثنان مسؤولين بالتضامن أمام المضرور².

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 127 من التقنين المدني الجزائري التي جاء نصها كما يلي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"³

إن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الركن الثالث للمسؤولية، وعلى إثر تحديدها وإقرارها يتحدد التعويض، فلإلزام شخص بالتعويض يجب أن يكون قد أخطأ وخطأه هذا هو السبب المباشر في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر، فالخطأ هنا عمل مادي لقضاة الموضوع تحديده وفقاً لتكييف الوقائع، ويجب تحديده جيداً والتسبب بذلك في الحكم، وإثبات أنه هو السبب المباشر لوقوع الضرر فهذا من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا⁴.

الفرع الثاني

علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية العقدية

تعتبر علاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الشرط الثالث من شروط المسؤولية العقدية مثلها مثل المسؤولية التقصيرية، وهي تقضي أن الضرر الذي أصاب الدائن سببه الخطأ العقدي الذي ارتكبه المدين⁵، وهذا ما يحصل في المفاوضات المنظمة بعقود بحيث لو أخل أحد أطراف التفاوض بالتزامه بالتفاوض وسبب هذا الإخلال ضرراً للغير قامت مسؤوليته العقدية لتوفر جميع شروطها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.

¹ - جبالي وعمر، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.105.

² - وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية..."، مرجع سابق، ص.208.

³ - المادة 127 من ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

⁴ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.186.

⁵ - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون...، مرجع سابق، ص.154.

يجب أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ بحيث، فإن لم يكن كذلك فلن توجد رابطة السببية بين الخطأ والضرر وبذلك تنقطع العلاقة السببية¹، ويفترض توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا أقام المتفاوض المضرور الدليل فقط على الخطأ والضرر وهذا حسب ما تقضي به القواعد العامة في الإثبات التي لا تجبر المدعى أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها، وإنما يثبت قدر معين من هذه العناصر والباقي منها يكون مفترضا².

فإثبات العلاقة السببية أمر مفترض بعد أن يثبت المتفاوض المضرور الخطأ والضرر الذي أصابه، وما يبقى للطرف الآخر إلا أن ينفي أو يقطع العلاقة السببية بين الضرر الذي أصاب المضرور وبين خطئه هو، ويكون ذلك بإقامة الدليل على القوة القاهرة (السبب الأجنبي)³، وهذا ما قضت به المادة 127 من التقنين المدني الجزائري السالفة الذكر.

البحث الثاني

آثار المسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد

تنشأ المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد إن حدث وأن أخل أحد أطراف التفاوض بالتزاماته سواء كان إخلال بالتزام عام فرضه القانون وهو عدم الإضرار بالغير فتقوم المسؤولية التقصيرية، أو يخل بالتزام عقدي فرضه عليه التزام التفاوض وحسن النية، فإن حدث وقام بخطأ خلال هذه المرحلة - سواء خطأ تقصيري أو عقدي- وسبب من جرائه ضرر أصاب الطرف الآخر جاز لهذا الأخير - المضرور- رفع دعوى مدنية التي هدفها جبر الضرر أي تعويض المضرور عما أصابه، بطرق تتماشى وخصائص هذه المرحلة (مطلب أول)، مع جبر أكبر قدر من الأضرار التي يمكن التعويض عنها (مطلب ثان).

المطلب الأول

التعويض في المسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد

إن الهدف من قيام المسؤولية المدنية عامة هو جبر الضرر، فيقوم كل من أصابه ضرر برفع دعوى قضائية من أجل جبر ذلك الضرر وإلزام من كان السبب فيه بالتعويض، فبعد توفر أركان المسؤولية وتحقق القاضي من وجود ضرر وخطأ وعلاقة سببية بينهما يحكم بالتعويض المناسب للمضرور، وفي إطار المسؤولية المدنية هناك نوعان من التعويض لجبر

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص. 191.

² - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص. 244.

³ - خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون...، مرجع سابق، ص. 154.

الضرر فيكون التعويض عن طريق التنفيذ العيني (فرع أول)، أو عن طريق التنفيذ بمقابل (فرع ثان).

الفرع الأول

التنفيذ العيني

يكون التنفيذ أساسا في القانون تنفيذا اختياريا، ولكن إن تقاعس الشخص في تنفيذ التزامه فيحكم عليه حسب القاعدة العامة للمسؤولية المدنية بالتنفيذ الجبري أو العيني، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 164 مدني جزائري حيث جاء نصها كما يلي: "يجبر المدين بعد اذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه عينا، متى كان ذلك ممكنا"¹، وعليه فإن القاعدة العامة تستدعي تنفيذ الالتزام عينا كلما أمكن ذلك، فالتنفيذ العيني هو الوسيلة التي ينفذ بها الالتزام أصلا في حال عدم تنفيذ الالتزام اختياريا، ومعناه أن يقوم المسؤول عن الضرر بأداء ما التزم به تجاه المضرور جبرا عنه أي أن القاضي هو الذي يجبره على تنفيذ التزامه ولكن هذا مع مراعاة إمكانية ذلك أي أن قاضي الموضوع ينظر للظروف المحيطة بالمسؤول عن الضرر ويحدد على إثرها إمكانية التنفيذ، فإن كان ممكنا وغير مرهق للمسؤول يحكم به القاضي²، أما إذا كان التنفيذ العيني أو الجبري غير ممكن أو مرهق أو أن الدائن لم يطلبه فهنا لا يجوز للقاضي الحكم به بل يتجه إلى التنفيذ بمقابل³.

أولا: تعريف التنفيذ العيني:

فالتنفيذ العيني هو النمط المثالي لإصلاح الضرر وإعادة الحال إلى ما كان عليه، فيمكن للمضرور المطالبة به وإجبار المسؤول على تنفيذه، وله (المضرور) أيضا خيار أن يطلب تنفيذ الالتزام على نفقة المسؤول عن الضرر⁴.

هذا ما يمكن قوله عن التنفيذ العيني بصفة عامة ولكن ما يهمنا من خلاله هو إمكانية الأخذ بمثل هذا التنفيذ في مرحلة ما قبل التعاقد أي خلال المفاوضات، ومن أجل هذا نتعرض لحكم صدر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 29 سبتمبر 1976 أين حكم من خلاله بإجبار المتفاوضان على إجراء التفاوض أي بتنفيذ التفاوض، وهذا القرار جاء في قضية معروضة على محكمة الاستئناف حيث تدور وقائعها في أن شركتين فرنسيتين كان بينهما عقد توريد

¹ - المادة 164 من ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

² - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص.245.

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.186.

⁴ - بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية..."، مرجع سابق، ص.118.

كمية من زيت المازوت، وكان هناك بند في العقد يقضي بإلزام الطرفين على إعادة التفاوض حول الثمن في حال ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وبعد مدة وإثر عوامل خارجية (حرب أكتوبر) ارتفعت أسعار المازوت فكان يجب على الشركتين التفاوض بشأن سعره وهذا حسب البند الذي اتفقا عليه، إذ أن الشركتين نفذتا هذا البند وأجري التفاوض الذي كان مصيره الفشل، فرفع الأمر إلى القضاء - محكمة استئناف باريس - حيث قضت قبل الفصل في الموضوع بأن تلزم الشركتين بالتفاوض للتوصل إلى اتفاق، وفي حال فشل هذه المفاوضات تقضي إما بإبطال العقد أو بتعديله¹.

وعلى إثر هذا الحكم هناك من قال أنه يمكن التنفيذ العيني خلال المفاوضات أي الإجبار على التفاوض، ولكن هذا غير معقول خصوصاً في أن هذه القضية تناولت التفاوض على عقد صحيح ونهائي، وبالتالي في حال فشل التفاوض سيحكم بإبطال العقد أو تعديله وهذا لا يمكن تطبيقه على مرحلة المفاوضات المجردة أين لا يوجد عقد بل التفاوض يكون بشأن إبرام ذلك العقد وليس على بند فيه.

ثانياً: أسباب استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات:

والرأي الراجح الذي أقره الفقه في مجموعه هو استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض²، وهذا يجد أساسه فيما يلي:

1- إن التفاوض يلعب فيه الضمير والإرادة دوراً مهماً فكيف يمكن إجبار شخص ما على التفاوض وهو لا يريد ذلك، فهذا يقضي على حريته الشخصية وهو انتهاك لحرية التعاقد التي هي أساس المفاوضات، فهذا يعتبر قتل لروح التعاون الموجود في هذه المرحلة³.

2- إن الخطأ الذي يسأل عنه المتفاوضان هو قطع المفاوضات تعسفياً ولو حكم القاضي بإجبار الأطراف على التفاوض والاستمرار فيه يكون قد حكم عليهم بالتزام أكبر من التزامهما⁴.

3- وأيضاً إن الحكم بالتنفيذ العيني قد يكون مضمونه هو انعقاد العقد، والقاضي لا يملك سلطة بذلك، هلا يمكن له أن يضع إرادته هو محل إرادة المتفاوضان، فخلال هذه المرحلة التفاوض يعتمد على الأخذ والعطاء وبالتالي لا يمكن للقاضي إخضاع هذه الإرادة

¹ - نقلا عن: حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص. 247.

² - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 84، وأيضاً بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 187.

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع نفسه، ص. 188.

⁴ - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص. 248.

وإفراغها في عقد ما وصاحبها لم يرد ذلك¹، وهذا لأن القاضي يملك سلطة تكملة العقد فحسب كما نص المشرع الجزائري في المادة 65 مدني جزائري²، فصحیح أن للقاضي سلطة تكملة العقد ولكن ليس له سلطة إبرام عقد لم يبرمه طرفاه ويُحل إرادته هو محل إرادة الشخص المتفاوض³، ولقد أكدت محكمة بروكسل في حكم لها صدر بتاريخ 24 جوان 1985 أن ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه⁴.

وعليه فإن الفقه اتجه اتجاهها صحيحا في استبعاده للتنفيذ العيني خلال مرحلة المفاوضات، وهذا حفاظا على المعاملات بين الأفراد ومنع من إخضاعهم لأشياء لا يرغبون فيها، خصوصا وأن مرحلة المفاوضات تعتبر مرحلة جد حساسة يسودها الغموض ولهذا فإن أطرافها يرغبون في بقائهم أحرار لأقصى مدة ممكنة ولا يخضعون أنفسهم لالتزامات قد تنقل كاهلهم بأعباء ضخمة، فكيف إذن يجدون أنفسهم ملزمين بالتنفيذ العيني للتفاوض والاستمرار فيه جبرا أو إبرام عقد لا يريدونه أو رأوا أنه لا يحقق مصلحتهم، وهم ما يزالون في مرحلة أساسها الحرية التعاقدية.

الفرع الثاني

التنفيذ بمقابل

إن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض معناه أن يقوم المسؤول عن الضرر بإدخال قيمة مالية في ذمة المضرور، حيث تكون هذه القيمة معادلة لتلك التي حرم منها أي التي أصيب بضرر فيها، فالتنفيذ بمقابل لا يكون راميا إلى محو الضرر وإنما يقوم بجبره⁵.

الأصل أن التنفيذ بمقابل يأتي بعدما يستحيل على المسؤول التنفيذ العيني، وعلى إثر ذلك يقوم القاضي بالحكم بالتعويض بمقابل لجبر الضرر الذي أصاب المضرور⁶، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 176 من التقنين المدني حيث جاء نصها كما يلي: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 86.

² - تنص المادة 65 من ت.م.ج. المعدل والمتمم على ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 189.

⁴ - نقلا عن: محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 85.

⁵ - بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة...، مرجع سابق، ص. 120.

⁶ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 190.

تأخر المدين في تنفيذ التزامه¹، فالتنفيذ العيني أو عن طريق التعويض² يكون في الأصل عبارة عن نقود يقدمها محدث الضرر للمضرور؛ حيث يكون هذا المبلغ عادل وشامل لكل ما لحق المضرور.

وباعتبار أن الفقه استبعد التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات فإن التنفيذ بمقابل هو الحل الذي يلجأ إليه القضاة من أجل جبر الضرر الذي أحدثه أحد المتفاوضين بعدوله عن المفاوضات بدون سبب جدي، والقاضي هو الذي يتولى مهمة تقدير التعويض وهذا طبقاً للقواعد العامة (المادة 182 من التقنين المدني)، وبالنسبة لمرحلة المفاوضات المجردة لا تشمل في طياتها على عقد بين المتفاوضين فعليه لا يمكن للأطراف تحديد قيمة التعويض فيبقى للقاضي السلطة التقديرية في ذلك، فهذا يعتبر من المسائل الموضوعية التي يفصل فيها قضاة الموضوع دون معقب عليهم³، وأيضاً لقاضي الموضوع سلطة في تقدير طريقة التنفيذ عن طريق التعويض فإما أن يحكم بتنفيذه كلياً أو مقسطاً أو إيراداً فهذا ما جاءت به المادة 1/132 مدني بنصها على ما يلي: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً"⁴، ودائماً بالعودة إلى القواعد العامة فالتعويض يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب وهذا ما نصت عليه المادة 182 مدني.

إن مرحلة المفاوضات سواء المجردة باعتبارها عمل مادي وليست تصرف قانوني بحيث تطبق عليها أحكام المسؤولية التقصيرية التي تقضي بتعويض الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة شرط أن تكون هذه الأضرار محققة، أو المفاوضات المنظمة بعقود، فهي ترمي إلى جبر أكبر قدر من الأضرار الحاصلة في هذه الفترة وبهذا يكون للمضرور الحق في التعويض عن الأضرار التي أصابته والربح الذي ضاع منه.

المطلب الثاني

الأضرار المعوض عنها في إطار المسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد

تعتبر مرحلة المفاوضات فترة معقدة ومتشابكة نظراً لعدم وجود نظام قانوني خاص بها حدده القانون وأيضاً لوقوع عدة أعمال خلالها التي لا تحمل طابع خاص وبالتالي تطبق

¹ - المادة 176 من ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

² - هناك نوع آخر من التعويض وهو التعويض غير النقدي وهو الذي يحكم به القاضي في حالة حدوث ضرر أدبي أو معنوي مثل دعوى القذف أين يحكم بنشر الحكم المتعلق بالإدانة في الصحف كتعويض للمضرور، انظر جبالي وعمر، *المسؤولية المدنية*...، مرجع سابق، ص.106.

³ - بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة..."، مرجع سابق، ص.121.

⁴ - المادة 132 من ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

عليها الأحكام العامة، ولهذا فإن الفقهاء هم من اجتهدوا لوضع إطار لها وبفضل القرارات القضائية التي صدرت في قضايا متنوعة يمكن التوصل إلى أنواع الأضرار التي يمكن التعويض عنها خلال هذه الفترة، وهي تشمل الأضرار المادية (فرع أول)، والأضرار المعنوية (فرع ثان).

الفرع الأول

الأضرار المادية المعوض عنها

الأضرار المادية هي الأضرار التي تصيب المتفاوض - من جراء العدول عن المفاوضات تعسفياً - في مصلحة من مصالحه المادية المشروعة، والتي يطلب على إثرها من القضاء الحكم له بالتعويض، وهذه الأضرار حددتها المادة 182 من التقنين المدني الجزائري¹ بأنها ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، وتتمثل هذه الأضرار في نفقات التفاوض والوقت الضائع ثم هناك اختلاف في القضاء حول تعويض ضياع الفرصة².

أولاً: نفقات التفاوض:

إن المبدأ العام الذي يفرض في التعويض هو التعويض الكامل وهذا هو المبدأ الذي سلمت به كل قوانين العالم، فالتعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر لا يزيد عنه ولا يقل، والهدف من جبر الضرر هو إعادة ما تكبده المضرور من خسائر وما فاتته من كسب ويقع هذا على عاتق المتسبب في ذلك الضرر³.

وعلى هذا فإن المضرور من العدول عن المفاوضات تعسفياً قد يكون تكبد خسائر عديدة وكبيرة من أجل إنجاح التفاوض حيث أنه كان يعمل جاهداً من أجل ذلك، وهذه الخسائر تتمثل في النفقات التي صرفها في سبيل هذا التفاوض والتي لا حصر لها، بل يمكن أن فقط أن نشير إلى أهم الأضرار التي يمكن أن يتكبدها هذا المتفاوض المضرور وهي تلك المتعلقة بنفقات الدراسات التمهيدية والرسومات والإحصائيات والخرائط وتقارير الخبراء⁴ ومصاريف السفر أي التنقلات والاتصالات وما إلى ذلك من مصاريف ما كان لينفقها لولا التفاوض.

¹ - المادة 182 من ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

² - وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية..."، مرجع سابق، ص. 209.

³ - نشمي مصطفى خيضر، النظام القانوني للمفاوضات...، مرجع سابق، ص. 85-86.

⁴ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 91.

فتشمل نفقات التفاوض كل المصاريف التي ما كان المتفاوض أن ينفقها لو أنه لم يدخل في مفاوضات في سبيل إبرام عقد فيجب أن تكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات وبين المفاوضات فيتحمل المسؤول عن الضرر هذه الخسائر التي لحقت بالمضروب ويلتزم بتعويضها كلها بما أنه أتى فعلاً خاطئاً بتعسف منه.

ويخرج من دائرة نفقات التفاوض ما لم ينفق في سبيله، فالمتفاوض المسؤول عن الضرر لا يتحمل النفقات التي أنفقها المضروب قبل البدء في التفاوض أو التي أنفقها بعد علمه بانسحابه من التفاوض، فلا مجال لاسترداد المضروب لما أنفقه إذا ثبت أن هذه النفقات تكبدها لسذاجته أو خفته أو عدم احترازه حيث أنه بعد ذلك لا يمكن أن يلوم إلا نفسه¹، كأن يكون قد أسرف وبذر كقيامه بإجراء دراسات فنية تمهيدية باهظة التكاليف لا تتناسب مع حجم المشروع المتفاوض عليه²، فيكفي في هذه الحالة أن يقوم المسؤول بقطع العلاقة السببية بين تلك النفقات التي تكبدها المضروب وبين المفاوضات التي تم العدول عنها.

وما يمكن الدفع به في إطار هذه النفقات هو حالة ما إذا كان المضروب مهني في مجال تخصصه فيرى الفقه في هذه الحالة أنه يجب أن يتحملها المهني لأن هذه النفقات تدخل في المصروفات العادية أو العامة التي ينفقها هذا المضروب³، فهو يعلم بالمخاطر التي تشوب هذه المرحلة لأنه على دراية جيدة بذلك ولكنه رغم ذلك غامر، وعليه فإنه لا يستطيع المطالبة بالتعويض من جرائها⁴، ولكن هناك استثناء من عدم إمكانية المتفاوض المهني المضروب من المطالبة بالتعويض عن النفقات التي تكبدها في سبيل المفاوضات وهي حالة ما إذا أثبت أنه لم يستثمر عماله وموظفيه في أوقات عملهم العادية وإنما اضطر إلى استخدام آخرين بأجور إضافية، فالعدالة تقضي أن يسترد تلك النفقات ويمكن إقامة دليل عكس ذلك إن ورد أنه كان سيقوم بذلك دون أي مفاوضات أساساً أو أنه سيستفيد من ذلك في أعمال أخرى⁵.

ثانياً: الوقت الضائع:

إن الدخول في المفاوضات والسير فيها يتطلب إلى جانب النفقات التي يتكبدها أطراف التفاوض وقت من أجل إجرائها، وهذا الوقت يختلف بحسب كل تفاوض فمنه الذي يستغرق أياماً ومنه ما يتطلب أسابيع أو أشهر وأحياناً سنوات، فإذا قام أحد الأطراف بالعدول عن

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 92.

² - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 194.

³ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 92.

⁴ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 194.

⁵ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 92.

التفاوض فجأة فإن المتفاوض الآخر سيتضرر من هذا الفعل باعتبار أنه قد خسر من وقته وهو يجري هذا التفاوض.

ومن المقرر أن ضياع الوقت هو من قبيل الأضرار التي المتوقعة وعليه فكل متسبب في قطع التفاوض يلتزم بتعويض الوقت الضائع مهما كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات سواء في أولها أو كانت متقدمة، فما يقع على المضرور في هذا الشأن سوى إثبات أن هذا التفاوض قد أخذ وقتاً وهو قد أضاعه في إجراءاته، فليس هناك ما يرهق المضرور في مسألة الإثبات، وعلى أساس هذا الإثبات يكون الحكم لصالح المضرور ويلتزم المسؤول بتعويضه عن الوقت الذي أضاعه من أجل التفاوض¹.

فيجد التعويض عن الوقت الضائع أساسه في حكم صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 جانفي 1977 حيث تتعلق وقائع القضية المعروضة عليها في أنه كان هناك أحد الأشخاص عرض عقاره للبيع، وبعد ذلك تقدم إليه زوجين وأبديا رغبتهما في شراء ذلك العقار، ولكن اشترطا على صاحب العقار أن يمهلها مدة زمنية من أجل تدبير التمويل اللازم للشراء وفي هذا تمديد لمدة القبول، فقام صاحب العقار بذلك وانتظر الرد القاطع من قبلهما، ولكن بعد مرور مدة من الزمن حوالي ثلاثة أشهر أظهر الزوجان رغبتهما القاطعة والمتمثلة في عدم الشراء، فقام صاحب العقار برفع دعوى يطالب فيه بتعويضه عن الوقت الضائع فأصدر قضاة الموضوع حكم بعدم قبول طلبه بالتعويض لكونه لم يتضرر من جراء الوقت الذي أضاعه عليه، ولكن محكمة النقض قامت بنقض هذا الحكم وأقرت أنه هناك مجال للحكم بالتعويض حيث أن صاحب العقار (الموجب) قد اعتقد أنه ملزم بالبقاء على إيجابه وهذا ما دفعه إلى عدم التصرف في العقار خلال تلك الفترة².

وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في النقض المدني الصادر في 28 جانفي 1966 (سالف الذكر) حيث قضت بتعويض المضرور عما تكبده من خسارة بسبب اضطراره إلى إهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي قضاه في الخارج لاختيار الآلات اللازمة للمصنع اعتماداً منه على أن المسؤول كان جادا في التفاوض³.

وعليه فإن ضياع الوقت من الأضرار المعوض عنها في مرحلة المفاوضات، ويجد هذا أساسه فيما ذهب إليه الفقه وما سار عليه القضاء.

¹ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة...، مرجع سابق، ص. 192.

² - نقلا عن: محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 93-94.

³ - نقض مدني مصري، سابق الإشارة إليه في الضرر.

ثالثاً: تفويت الفرصة:

حسب القواعد العامة للمسؤولية فإن الأضرار المعوض عنها هي الأضرار المحققة أي التي وقعت في الحال والتي ستقع في المستقبل، فليس هناك إشكال بالنسبة للضرر الذي وقع في الحال باعتبار أن كل عناصره قد اكتملت فيتربط عليه تعويض، أما بالنسبة للضرر الذي سيقع في المستقبل فنجد نوعان له النوع الأول هو أن هناك ضرر سيقع حتماً وهو الضرر الذي وقع سببه وكن بقي أثره أو جزء من أثره، أما النوع الثاني فهو ضرر احتمالي أي الضرر الذي لا يعرف إن كان سيقع أو لا وهذا الضرر غير معني بالتعويض.

أما تفويت الفرصة فإن كانت الفرصة في حد ذاتها احتمالية إلا أن أمر تفويتها هو أمر محقق، ولهذا يجب تعويضها فلا يعوز عن نجاح أو فشل الفرصة وإنما يعوز عن تفويتها فقط¹، هذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري² حيث أقر "اعتماد التعويض عن تفويت الفرصة على شكل مبدأ عام، فإن الفرصة وإن كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها يشكل نوعاً من أنواع الضرر الذي يصيب الطرف الآخر، والذي يستوجب أن يأخذه القاضي في الحسبان عند الحكم بالتعويض، وهذا وفقاً لظروف وملابسات كل قضية على حدة، رغم صعوبة تقدير الفرصة كقيمة مالية"³.

فتفويت الفرصة هو ذلك الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي⁴، ويعتبر كذلك منع التطور المعتاد للأمور من قبيل تفويت الفرصة، ففي هذا الإطار للحديث عن تفويت الفرصة في مرحلة المفاوضات يجب تحديد تلك الفرصة أولاً إن كانت تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه فيما بين المتفاوضان أم تفويت فرصة إبرام عقد مع الغير.

1- تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه فيما بين المتفاوضان:

لقد أقر الفقه حالياً بوجوب التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه فيما بين المتفاوضان، وهذا من خلال الأحكام الصادرة عن القضاء ولكن بشرط أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجادة وأن الأمل في إبرام العقد كان له ما يبرره، كأن تكون المفاوضات في مرحلة متقدمة أي جد متطورة بحيث اطمأن المضرور إلى إبرامه فلم يكن يتوقع ولم يتبادر إلى ذهنه شك أن المتفاوض الآخر سوف يقطع المفاوضات فجأة ولم يجد في هذا القطع مبرر مشروع، وعلى هذا فإن تفويت الفرصة يعوز وهذا ما ذهبت إليه محكمة

¹ - جبالى وعمر، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 99.

² - في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في تاريخ 15 نوفمبر 2006 يتعلق بتعويض تفويت فرصة الزواج للمطلقة قبل الدخول بعد مضي زمن طويل على إبرام العقد، بالتخلي نهائياً عن مشروع الزواج وتفويت فرصة الزواج عليها، أشار إليه بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 182.

³ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، نفس المرجع، ص. 195.

⁴ - بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة...، مرجع سابق، ص. 122.

استئناف باريس بتاريخ 10 جانفي 1990 في قضية تدور وقائعها في قيام مجموعة من خبراء محاسبين ومأموري حسابات بالاندماج في هولدنغ، وبعد ذلك تقدم أحد الشركاء بعرض لهذه الشركة يتمثل في التفاوض معها من أجل أن يبيع لها أسهمه التي يملكها في شركة أخرى، فقبلت هذه الشركة بهذا العرض ودخلت معه في مفاوضات وبعد وصول هذه المفاوضات إلى مرحلة متقدمة قام ذلك الشريك بقطع التفاوض معها وباع أسهمه لغيرها، فرفعت هذه الشركة دعوى قضائية وحكم لصالحها وألزم الشريك بتعويض هذه الشركة عن الفرصة التي فاتتها والمتمثلة في شراء الأسهم التي كانت معروضة عليها وإثر عدم شرائها تضررت¹.

وفي نفس الإطار ذهبت محكمة بروكسل في حكم لها صدر بتاريخ 03 فيفري 1988 في قضية تدور وقائعها بين شركة بلجيكية وشركتين فرنسيتين حول التنازل عن امتياز بيع مستحضرات تجميل في بلجيكا ولكسمبورغ، ولكن التفاوض بينهم فشل ورفع الأمر للقضاء، حيث قضت "أنه في نفس الوقت الذي بدت فيه المفاوضات شبه ناجحة، كانت العلاقات التجارية المألوفة حسنة، حيث تنم عن توافر الفرصة الجادة في إبرام العقد وجني ثماره"².

رغم هذا فن القضاء سابقا لم يكن يحكم بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه فهناك أحكام سابقة لتلك، أين أقر القضاء عن عدم التعويض ومنها ما حكمت به محكمة Renne الفرنسية بتاريخ 08 جويلية 1929 بأنه "لا يجب أن يدخل في حساب مقدار التعويض المزايا التي حرم منها المضرور بسبب عدم إبرام العقد منه، لأن العمل بغير ذلك يؤدي بطريق غير مباشر إلى ترتيب آثار العقد بالرغم من عدم انعقاده"³، وكذلك ما قضت به محكمة بروكسل بتاريخ 24 جوان 1985 بأنه "ليس للمتفاوض المضرور أن يطالب بالتعويض عن المزايا التي كان سيحصل عليها من عقد لم يكن له أن يعتمد عليه"⁴.

نجد أن هذه الأحكام صائبة حيث أن تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه يتناقض والاحتمال الموجود في مرحلة المفاوضات، فيما أن هذه المرحلة لها خصوصية في كونها ذو نتيجة احتمالية فتتعاقل النسب بين إمكانية إبرام العقد المتفاوض عليه أي نجاح التفاوض وبين فشله، فإذا لم يبرم العقد بعد فالفشل يظل قائما حتى وإن كانت المفاوضات متقدمة.

¹ - نقلا عن: بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.195.

² - نقلا عن: بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة...، مرجع سابق، ص.123.

³ - نقلا عن: حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص.254.

⁴ - نقلا عن: حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، نفس المرجع، ص.255.

2- تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير:

إن تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير أو كما تسمى أيضا بالتعويض عن الفرص الضائعة (Les occasions perdues) هي حالة تقوم لما يطلب المضرور التعويض عن الفرص التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى مع الغير محل العقد الذي فشلت المفاوضات فيه بسبب قطعها من طرف المتفاوض الآخر¹.

ولاستحقاق هذا التعويض يشترط على المضرور أن يقيم الدليل على أن تلك الفرص كانت حقيقية وجدية وأنه لم يكن هو السبب في ضياعها كليا أو جزئيا بسبب خطئه أو سذاجته²، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 نوفمبر 1993 بتعويض لصالح زوجين حجرا شقة في مبنى تحت التشييد، وكانا قد اتفقا مع البائع على فتح نافذتين عاديتين من أجل الإضاءة الجيدة، ولكن البائع عوض أن يفتح نافذتين قام بإحلال هوائيتين محلهما، ولم يعلم الزوجين بذلك، وعند علم الزوجين بذلك قاما برفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد بديل في مشروع سكني آخر، قبل قضاة الموضوع باستحقاقهما التعويض وأيدت محكمة النقض ذلك وألزمت البائع بتعويض الزوجين عن تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير لو كان الزوجين قد علما وقتها لأن الظروف المالية والضريرية حينذاك كانت تحقق لهما مزايا أفضل³.

وعلى كل الأحوال فلقضاة الموضوع سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالتعويض عن فوات الفرصة، وذلك حسب الظروف المحيطة بالقضية شرط أن تسبب بذلك في الحكم وحتى المحكمة العليا لا تملك سلطة الرقابة على هذه التعويضات، المهم أن لا تبلغ قيمة الأرباح المتوقعة من العقد لو نجح التفاوض وأبرم⁴.

رابعاً: التعويض عن عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت استناداً إلى مشروع العقد محل التفاوض:

إن التعويض في هذا المجال هو ما قد يثور عند قيام أحد المتفاوضين بإبرام عقود مع الغير تمهيدا للعقد المتفاوض عليه، كأن يقوم مثلاً بإبرام عقد قرض أو تأمين أو عمل مع من يتولى التشييد...⁵، ثم يقوم المتفاوض الآخر بالعدول عن المفاوضات فجأة ليجد المضرور

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 94.

² - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 197.

³ - نقلا عن: حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص. 257.

⁴ - بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص. 197.

⁵ - حمودي ناصر، التفاوض في العقود...، مرجع سابق، ص. 258.

من ذلك نفسه أمام عقود أبرمها ولا يمكنه تنفيذها لاستحالة ذلك، ومن أجل فهل يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ تلك العقود؟

رأى البعض من أجل هذا أنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى هي حالة علم المتفاوض، الذي عدل عن التفاوض، بالعقود التي أبرمها المتفاوض المضرور، ففي هذه الحالة يجب إلزام المتفاوض الذي عدل بتعسف بالتعويض عن عدم تنفيذ العقود التي أبرمها المضرور استناداً إلى مشروع العقد محل التفاوض.

أما الحالة الثانية فهي حالة عدم علم المتفاوض، الذي عدل عن التفاوض، بالعقود التي أبرمها المتفاوض المضرور، ففي هذه الحالة لا يجب إلزام المتفاوض الذي عدل بتعسف بالتعويض عن عدم تنفيذ العقود التي أبرمها المضرور استناداً إلى مشروع العقد محل التفاوض، بل يتحملها مبرمها أي المتفاوض المضرور¹.

تجد هذه الحالات أساسها فيما يصطلح عليه بالتجمع العقدي وهو يعتبر سلسلة من العقود تأتي مترامنة وتهدف لتحقيق مصلحة واحدة ولهذا فإذا فشلت واحدة منها تعرضت كل التصرفات الأخرى لنفس الشيء².

وبتطبيق هذه الحالة على مرحلة التفاوض نجد أن المفاوضات ليست كلها مبنية على عقد فهناك المفاوضات المجردة التي لا تحمل عقود فكيف يمكن اعتبارها تجمع عقدي ونطبق عليها الإلزامية الموجودة في العقود، وأيضاً إن قام المتفاوض المضرور من العدول التعسفي بإبرام تلك العقود نتيجة لسذاجته فلا يمكن أن يتحمل هذا شخص آخر غيره، بالإضافة إلى أن الميزة الأساسية التي تطغى على المفاوضات هي أنها مرحلة لها نتيجة احتمالية فيمكن للمفاوضات - سواء المجردة أو المنظمة - أن تنجح كما يمكن لها أن تفشل لسبب ما أو لعدول أحد الأطراف عنها باعتبار هذا حق مكرس ضمن مبدأ حرية التعاقد الذي يسود هذه المرحلة.

¹ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 97.

² - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع نفسه، ص. 96.

الفرع الثاني

الأضرار المعنوية أو الأدبية المعوض عنها

يقصد بالأضرار المعنوية أو الأدبية خاصة في مرحلة المفاوضات السمعة والثقة التجارية²⁷⁹، فمن شأن قطع المفاوضات العقدية خصوصا وإن كان المتفاوض المضرور تاجرا أن يهز هذا القطع من شأنه في السوق، فهي شرفه في عمله، وعلى هذا فإن تسبب شخص ما بالمساس بذلك ألزم بالتعويض، فهو ضرر معنوي يصيبه نتيجة شك الآخرين فيه وعدم التعامل معه وكل ضرر يجب تعويضه، ولقد نص المشرع الجزائري على التعويض عن الضرر المعنوي في المادة 182 من التقنين المدني الجزائري²⁸⁰، فبما أن قطع المفاوضات تعسفا من قبل المتفاوض المسؤول عن الضرر مس سمعة وشرف المتفاوض المضرور فإن هذا يعتبر ضرر معنوي يجب جبره.

³ - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.99، وأيضا بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة...، مرجع سابق، ص.192.

⁴ - المادة 182 من ت.م.ج. المعدل والمتمم، السالف الذكر.

خاتمة

تعتبر مرحلة ما قبل التعاقد مرحلة هامة وضرورية يلجأ إليها الأشخاص قبل إبرام أي عقد ذا محل معقد أو بسيط، فالتفاوض بشأنه يتبع تعقيد أو بساطة محله، كلما محل العقد ضخما كلما كانت المفاوضات كبيرة وتحتاج إلى تروي أكثر ودراسة أدق وإمعان النظر فيها جيدا، والعكس صحيح.

إلا أن المشاكل التي تثيرها هاته المرحلة تعد من المشاكل التي لا تحمل نصوص قانونية خاصة لحلها، فلم يحدد المشرع الجزائري - كغيره من أغلب التشريعات المقارنة - أي نص قانوني خاص بهذه المرحلة، فهي لا تزال في حالة فراغ من الناحية القانونية، خصوصا وأن هذه الفترة تعتبر فترة جد هامة وتحمل عدة تفاصيل وإجراءات يمكن لأطراف التفاوض أن يجروها، والتي لا يمكن حصرها في إطار واحد على أساس أنها مرحلة يسودها مبدأ حرية التعاقد، الذي يمنح لأطراف التفاوض الحرية في اختيار موضوع وأطراف العقد المنشود وكذلك اختيار التعاقد من عدمه، ولهذا فإن قرر أحد الأطراف بعد دخوله في المفاوضات أن يعدل عنها فهو بذلك يمارس حقا من حقوقه الذي لا يمكن مساءلته عليه إلا إذا حدث عند ممارسته تلك أن أخطأ أو أضر بالطرف المقابل.

نلاحظ أنه يمكننا إخضاع مرحلة ما قبل التعاقد إلى القواعد العامة المنصوص عليها في التقنين المدني الجزائري، وهذا باعتمادنا التقسيم الذي ذهب إليه الفقه المعاصر، والذي أكد على أن التفاوض يبدأ بدعوة يوجهها أحد الأشخاص إلى شخص معين أو إلى العامة، ومن خلال هذه الدعوة يدخل الأطراف في التفاوض، على أساس أن تلك الدعوة عمل مادي مجرد، فالمفاوضات تعتبر أعمالا مادية مجردة لا تحمل أي أثر قانوني بخصوصها، وعليه فإن المبدأ الأساسي الذي يحكمها هو مبدأ حرية التعاقد، إذ يمكن العدول عنها في أي مرحلة كانت عليها ولا يترتب عن ذلك العدول أي أثر إلا إذا تسبب بحدوث ضرر للطرف الآخر، فهنا يعتبر من عدل على أنه أخطأ، وخطأه هذا يقيم مسؤوليته، وبما أن ذلك التفاوض الذي كان يجري بين أولئك الأطراف لم يكن يحتوي على عقود تنظمه أي أنه كان مجرد من كل تصرف قانوني، فإن المسؤولية التي تنشأ هي المسؤولية التقصيرية على أساس تعسف الطرف الذي عدل عن المفاوضات بدون مبرر مشروع في استعمال حقه في العدول، وبهذا يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمضرور، ويكون هذا عن طريق التنفيذ بمقابل لاستحالة التنفيذ العيني، فيعوض عن الأضرار المادية والمعنوية أو الأدبية.

أما إن كانت المفاوضات وقعت بشكل آخر، ويتمثل هذا في أن يختار الأطراف إخضاعها لتنظيم خاص، فيقومون بإفراغها في عقود للتفاوض أو اتفاقات بينهم فيمكنهم ذلك على اعتبار العقد شريعة المتعاقدين فيمكن الاتفاق على أي عقد بين الأطراف شرط أن

لا يخالف ذلك النظام العام والآداب، وبهذا تخرج المفاوضات من شكل المفاوضات المجردة إلى شكل آخر وهو المفاوضات المنظمة بعقود، وعليه يدخل مبدأ آخر ليسودها وهو مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، لأن عقد التفاوض عقد كغيره من العقود له رضا، محل وسبب، فيجب أن ينفذ بحسن نية.

وإن حدث وأن أخل أحد الأطراف بالتزاماته في هذه المرحلة كأن يعدل عن التفاوض بدون مبرر مشروع أو أن لا ينفذ ذلك العقد بحسن نية فيكون بذلك قد أخل بالتزام تعاقدي وذلك بعدم تنفيذ أو خلال في تنفيذه، وبمجرد حدوث هذا يكون قد أخطأ يكون قد أخطأ وأضر بالطرف المقابل فتقوم مسؤوليته عن ذلك وهي مسؤولية عقدية عن الإخلال بالتزام عقدي، وبهذا يلتزم عن الأضرار التي ألحقها بالمضور سواء الأضرار المادية أو المعنوية.

على اعتبار التفاوض مرحلة معقدة وغنية بالتفاصيل التي تحملها وعدم قيام المشرع الجزائي لإخضاعها لنظام خاص، فيمكن أن نخضعها للقواعد العامة الموجودة في التقنين المدني، وذلك بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على المفاوضات المجردة على أساس أن الضرر المترتب عن العدول التعسفي ناتج عن خطأ تقصيري، وأن تطبق أحكام المسؤولية العقدية على المفاوضات المنظمة على أساس أن الضرر المترتب خلالها ناتج عن إخلال أحد المتفاوضين بالتزامه بالتفاوض أو لخرقه لمبدأ حسن النية، لا يتجنب من يعدل عن المفاوضات بدون وجه حق المسؤولية التي تنشأ عن ذلك، فيلتزم بتعويض الطرف المتضرر.

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربية:

I-الكتب:

1- بلحاج العربي،

أ- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع – الإثراء بلا سبب – والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

ب- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

ج- الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل، عمان، 2010.

2- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

3- جبايلي وعمر، المسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

4- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

5- عبد الرازق أحمد السنهوري،

أ- شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، نظرية العقد، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.

ب- الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الإثبات- الآثار- الأوصاف- الانتقال- الانقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

6- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط.6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- 7- محمد ابراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، 1995.
- 8- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995.
- 9- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 10- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط.4، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 11- محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 12- محمود علي ومحمد عوض الهزايمة، المدخل إلى فن المفاوضات، دار الحامد، عمان، 2006.
- 13- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط.3، د.د.ن، لبنان، 2003.
- 14- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، السعي إلى التعاقد وسلطان الإرادة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 15- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج.1، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة، عمان، 1996.

II - الرسائل الجامعية:

- 1- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، ط.2، دار الثقافة، عمان، 2010.

قائمة المراجع

- 2- **بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين،** رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية أبو بكر بلقايد، 2012/2011.
- 3- **بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات،** رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، 2006.
- 4- **بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري،** رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2008/2007.
- 5- **حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية،** رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2002.
- 6- **عبد الجبار ناجي الملا صلاح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،** رسالة ماجستير، دار الرسالة، بغداد، 1974.
- 7- **مصطفى خيضر نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد،** رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، 2014/2013.

III- المقالات:

- 1- **أكرم محمود حسين البدو ومحمد صديق محمد عبد الله، "أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات"، مجلة الراافدين للحقوق،** جامعة الموصل، العراق، المجلد 13، ع.49، السنة 16، ص.ص.448-404.
- 2- **إيناس مكي عبد نصار، "التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة"، مجلة جامعة بابل،** العراق، المجلد 21، ع.03، 2013، 965-948.
- 3- **بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، دفا تر السياسة والقانون،** جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع.10، 2014، ص.ص.126-115.
- 4- **خالص صافي صالح، "المفاوضات التجارية: مفهومها، خواصها، وبعض تقنياتها"، مجلة إدارة،** المدرسة الوطنية لإدارة، الجزائر، 2000، ص.ص.87-99.

5- حمدي محمود بارود،

أ- "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة الأزهر، فلسطين، المجلد 13، ع.02، 2005، ص.ص 125-128.

ب- "الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة الأزهر، فلسطين، المجلد 20، ع.02، 2012، ص.ص 546-588.

6- كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد"، مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، العراق، ع.27، 2006.

7- محمود فياض، "مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، ع.54، السنة 27، جامعة فلسطين، 2013، ص.ص 223-263.

8- نبيل اسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 29، ع.02، 2013، ص.ص 299-336.

9- هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، "التنظيم الاتفاقي في الإطار العقدي صورها وآثارها"، مجلة الجامعة الأسمرية، ع.21، السنة 11، 2007-236.

10- وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية عبر الانترنت"، مجلة رسالة الحقوق، المجلد 01، ع.02، جامعة كربلاء، كلية الحقوق، العراق، 2009، ص.ص 199-213.

11- يزيد أنيس نصير، "مرحلة ما قبل إبرام العقد/دراسة مقارنة، الجزء الثاني، عقد التفاوض بحسن نية"، مجلة قسم الدراسات القانونية، جامعة آل البيت، عمان، 2000، ص.ص 01-22.

VI - النصوص القانونية:

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

2- قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع. 15 مؤرخ في 08 مارس 2009.

V- مراجع أخرى:

1- قاموس مجاني الطلاب، عربي-عربي، دار المجاني، بيروت، 2001.

ثانيا - باللغة الفرنسية:

I- Ouvrages:

1- DAGORNE-LABBE Yannick, *La formation du contrat*, Ellipses, France, 2000.

2- FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc, *Les obligations, T.1, L'acte juridique*, 7^{ém} éd., Armand Colin, Paris, 1996.

3- GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, Les obligation, Le contrat*, L.G.D.J., Paris, 1980.

4- TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil, Les obligations*, 8^{ém} éd., Dalloz, Paris, 2002.

II- Articles:

1- BLANCHARD Patrick, "Offre et acceptation dans la négociation du contrat international, Réflexions comparatistes", *Revue de droit des affaires internationales*, N°1, Paris, 2008, p.p.03-27.

2- RIOT Cédric, "Les obligations de la négociation", *Revue de la recherche juridique*, Droit prospectif, N 1, Faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille, 2006, p.p.67-94.

III- Autres:

1- Dictionnaire LAROUSSE, France, 1997.

الفهرس

الفصل الأول

مفهوم مرحلة ما قبل التعاقد

المبحث الأول: أشكال التفاوض:.....12

12.....المطلب الأول: المفاوضات المجردة:

12.....الفرع الأول: تعريف التفاوض:

13.....أولا- المقصود بالتفاوض:

13.....1- التعريف اللغوي للتفاوض

13.....2- التعريف الاصطلاحي للتفاوض

14.....3- التعريف القانوني للتفاوض

15.....ثانيا- تمييز التفاوض عن بعض المصطلحات الأخرى

15.....1- التفاوض والمساومة

16.....2- التفاوض والتشاور

16.....3- التفاوض والمحادثة

17.....ثالثا- أهمية التفاوض:

18.....الفرع الثاني: خصائص التفاوض:

18.....أولا- التفاوض على العقد مرحلة إرادية:

18.....ثانيا- التفاوض على العقد مرحلة ثنائية الجانب:

19.....ثالثا- التفاوض على العقد يقوم على التبادل والأخذ والعطاء:

19.....رابعا- التفاوض على العقد مرحلة تمهد لإبرامه:

19.....خامسا- التفاوض على العقد مرحلة ذات نتيجة احتمالية:

20.....سادسا- التفاوض على العقد لا يمكن تصوره في عقود الإذعان:

21.....الفرع الثالث: التمييز بين الدعوة للتفاوض وبين الدعوة للتعاقد والإيجاب:

21.....أولا- تمييز مرحلة المفاوضات عن مرحلة إبرام العقد:

21.....ثانيا- تمييز الدعوة للتفاوض عن الدعوة للتعاقد:

22	ثالثا- تمييز الدعوة للتفاوض عن الإيجاب:
24	المطلب الثاني: التنظيم الاتفاقي للمفاوضات:
24	الفرع الأول: عقد التفاوض:
26	أولا- خطاب النية:
27	ثانيا- الاتفاق على تأجيل التوقيع:
27	الفرع الثاني: عقد الإطار:
29	الفرع الثالث: الاتفاق الجزئي:
30	المبحث الثاني: المبادئ السائدة في مرحلة ما قبل التعاقد:
30	المطلب الأول: مبدأ حرية التعاقد:
31	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية التعاقد:
33	الفرع الثاني: العدول عن المفاوضات كأهم صورة لممارسة حرية التعاقد:
33	مفهوم العدول عن المفاوضات العقدية:
35	الفرع الثالث: عدم التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات العقدية:
35	أولا- مفهوم التعسف في استعمال الحق:
36	ثانيا- دور النية في العدول التعسفي عن المفاوضات العقدية:
36	1- العدول عن المفاوضات العقدية بنية الإضرار بالمفاوض الآخر:
38	2- العدول عن المفاوضات العقدية بدون نية الإضرار بالمفاوض الآخر:
40	المطلب الثاني: مبدأ حسن النية:
40	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية:
42	الفرع الثاني: الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية:
43	أولا- الالتزام بالإعلام: L'obligation de renseignement
45	ثانيا- الالتزام بالتعاون: L'obligation de coopération
47	ثالثا- الالتزام بالنصح والإرشاد:
47	رابعا- الالتزام بالاستقامة: L'obligation de loyauté
48	خامسا- الالتزام بضمان السرية: L'obligation de confidentialité

الفصل الثاني

المسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد

المبحث الأول: شروط قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد:	52
المطلب الأول: الخطأ:	52
الفرع الأول: الخطأ التقصيري:	52
أولاً- مفهوم الخطأ التقصيري:	53
ثانياً- عبء إثبات الخطأ التقصيري:	55
الفرع الثاني: الخطأ العقدي:	55
أولاً- مفهوم الخطأ العقدي:	55
ثانياً- شروط قيام المسؤولية العقدية:	56
ثالثاً- أنواع الالتزام العقدي:	57
رابعاً- النظريات التي نادى بالمسؤولية العقدية:	58
خامساً- عبء إثبات الخطأ العقدي:	60
المطلب الثاني: الضرر:	61
الفرع الأول: الضرر في المسؤولية التقصيرية:	61
أولاً- تعريف الضرر:	61
ثانياً- أنواع الضرر:	61
1- الضرر المادي:	62
2- الضرر المعنوي أو الأدبي:	62
ثالثاً- الشروط الواجب توافرها في الضرر:	62
رابعاً- عبء إثبات الضرر:	64
الفرع الثاني: الضرر في المسؤولية العقدية:	64
المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر:	66

الفرع الأول: علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية:	67
أولا- مفهوم علاقة السببية بين الخطأ والضرر:	67
ثانيا- عبء إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر:	68
الفرع الثاني: علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية العقدية:	69
المبحث الثاني: آثار المسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد:	70
الطلب الأول: التعويض في المسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد:	70
الفرع الأول: التنفيذ العيني:	71
أولا- تعريف التنفيذ العيني:	71
ثانيا- أسباب استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة ما قبل التعاقد:	72
الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل:	73
المطلب الثاني: الضرر المعوض عنها في إطار المسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد:	74
الفرع الأول: الأضرار المادية المعوض عنها:	75
أولا- نفقات التفاوض:	75
ثانيا- الوقت الضائع:	76
ثالثا- تفويت الفرصة:	78
1- تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه فيما بين المتفاوضان:	78
2- تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير:	80
رابعا- التعويض عن عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت استنادا إلى مشروع العقد محل التفاوض:	80
الفرع الثاني: الأضرار المعنوية أو الأدبية المعوض عنها:	82
خاتمة:	84
قائمة المراجع:	87
الفهرس:	93