

الرقم الترتيبي:

مركز دراسات الدكتوراه: العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والشرعية والتدبير
تكوين الدكتوراه: القانون الخاص
الحقل المعرفي: القانون الخاص
التخصص: القانون الخاص
المختبر: القانون الخاص ورهانات التنمية

أصروحة لنيل الدكتوراه

النظام القانوني لمرحلة التفاوض على العقد

(دراسة تحليلية مقارنة)

اعداد الطالب الباحث:

حبيب البغدادي محمد

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا ومقررا	بفاس	استاذ التعليم العالي وعميد كلية الحقوق	ذ: محمد بوزلافة
مشرفا	بفاس	استاذ التعليم العالي بكلية الحقوق	ذ: عبد الحميد أخريف
عضوة ومقررة	بفاس	استاذة التعليم العالي بكلية الحقوق	ذة: سعاد التياي
عضوا ومقررا	الرباط أكادال	استاذ التعليم العالي بكلية الحقوق	ذ: عبد الرحيم الأمين

السنة الجامعية:

2022/2021

الاهداء

أولاً وقبل كل شيء وأي شيء، كان لابد أن أفتح هذه الأطروحة بإهداء يشمل الجميع ولا يترك أحد، بإهداء يكون جامعاً لكل شيء مانعاً عن كل شيء. وإني أهدي ثمرة مجهودي المتواضع:

- إلى كل من ساهم بالكثير أو القليل في الوصول إلى هذه المرتبة،
- إلى روح أبي الغالية الذي لم يبخل بالنفيس والغالي في حياته،
- إلى أمي الغالية والتي لازالت تكافح إلى ملامنهاية،
- إلى جميع إخوتي الذين شاركوني أحزاني قبل أفراحي،
- إلى كل الاساتذة الكرام، على جميع المراحل والمستويات والبلدان،
- إلى كافة أفراد أسرتي وجميع أصدقائي،
- إلى كل لديه هدف يريد تحقيقه.

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي أتقن ما فطر وبنى، وأمرنا بطاعته لا لحاجته بل لنا، يغفر الذنوب لكل من تاب إلى ربه ودنا، ويجزل العطايا لمن كان محسناً، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وآله وأصحابه الكرام الأمناء.

فإن الشكر من لوازم الإيمان وأسباب دوام النعمة واستمرارها، طبقاً لقوله تعالى ((لئن شكرتم لأزيدنكم)) سورة إبراهيم الآية 7، واتباعاً لسنة النبي - محمد صلى الله عليه وسلم - بقوله في الحديث الشريف: ((من صنع إليكم معروفاً ما فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه فادعوا له حتى تروا إنكم قد كافأتموه)) صدق رسول الله.

وهنا لا بد لي من وقفة، أجد فيها لزماً علي بعد إتمام هذا البحث أن أنسب الفضل لأهله، وهم أساتذتي الفقهاء، وعليه أنقدم بخالص الشكر وعظيم التقدير في حق أستاذنا الدكتور عبد الحميد أخريف - أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، حفظه الله ولا أخلى مكانه، إذ يرجع إليه الفضل بعد الله تعالى في إخراج هذا البحث العلمي بالصورة الماثلة بين يدي حضراتكم، فهو الذي أشرف على هذا البحث يوم أن كان في مهد النظر والفكر صبيّاً، واحتضني وإياه بالرعاية العلمية المغلفة بالرفق، وحذب صادق صار للعيان جليّاً، فمنحه الكثير من وقته الثمين رغم انشغاله وكثرة مسؤولياته، فאלله أرجوا أن يجزل له العطاء، ويجزي الخير على يديه، وليشمله ولده بالرعاية التي خص بها المقربين، ويبيوئه من الجنة مكاناً عليّاً.

وأنه لمن منن الله على هذا البحث وصاحبه، أن يتفضل أستاذنا القدوة الدكتور/ محمد بوزلافة- أستاذ وعميد بكلية الحقوق - جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، بقبول المشاركة في فحص ورئاسة مناقشة هذه الرسالة، رغم التزاماته الكثيرة الضاغطة، وهو من موقع مسؤوليته العلمية والفكرية، مما نتمنى أن تكون هذه الدراسة مما يستجيب لانتظاره، فشكراً له أن يتولى احتضان أمثالي من مبتدئي الباحثين، فهو

المعروف بالخلق والكرم والتواضع الكبير، فجزاه الله عنا خير الجزاء، ومتع سيادته بوافر الصحة والعافية.

كما يسعدني ويشرفني أن أتقدم بخالص الشكر والعرفان، والاحترام الكبير، لأستاذة الفاضلة الدكتورة/ سعاد التيالي أستاذة بكلية الحقوق جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، فلها مني الاعتبار التام، والتقدير العظيم، لتفضل سيادتها بالموافقة على مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها، وتجشمه عناء فحصها، والتدقيق في مضامينها وصياغاتها، كما أشكر من تحمل عناء ومشقة السفر، ووسط كثرة انشغاله، وزحمة المهام التي طوقه الله بها، فضيلة الأستاذ عبد الرحيم الأمين استاذ بكلية الحقوق الرباط فجزاه الله عنا خير الجزاء ومتع سيادته بوافر الصحة والعافية.

ثم أنني أتوجه إلى بلدي الثاني إلى أرض الأمن ومنارة العلم والعلماء، المملكة المغربية والتي أحسست بها بدفء الوطن، وطيب الكرم، وحسن المعاملة، حفظها الله من كيد الكائدين.

وأتوجه بالشكر والعرفان إلى من مد يد العون والمساعدة، طوال فترة الدراسة، ولا سيما العاملين في مكتبة كلية الحقوق - قسم القانون الخاص، وكافة العاملين في الصرح العلمي الكبير في كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس. وفي الختام التمس المعذرة ممن أسدوا لي العون ولم يتسن لي ذكرهم فلهم مني عظيم الشكر والتقدير.

المقدمة

لقد اهتم الفقه بدراسة نظرية العقد وأعطى لها أهمية خاصة مقارنة بغيرها من النظريات الأخرى في القانون المدني، وذلك للدور الذي يقوم به العقد في حياتنا اليومية، فالعقد يعد المرتكز الأساسي الذي تقوم عليه المعاملات المالية في المجتمع، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، إذ أن العقد يعتبر الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها الأشخاص من أجل تنظيم العلاقات فيما بينهم، حيث يحددون من خلاله الحقوق والالتزامات؛ ولهذا أصبح العقد يحتل مكان الصدارة في التقنيات الحديثة، ولقد عني المشرع الليبي والمغربي وباقي القوانين العربية، بتنظيم أحكامه وجعله المصدر الثاني للالتزام بعد القانون؛ وبالتالي كان لا بد من دراسة العقد في جميع مراحله خاصة المرحلة التي تسبق إبرامه؛ وذلك لكونها المرحلة التي يتم فيها بناء العقد وتكوينه.

فإذا كان فيما مضى العقد يتم بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين، أي الاقتران الفوري للقبول بالإيجاب، بمعنى إبرام العقد في مدة وجيزة، لكن في الواقع هذه الطريقة البسيطة في التعاقد، وإن كانت تتناسب مع طائفة من العقود البسيطة والمألوفة في الحياة اليومية، إلا أنها لم تتناسب مع العقود ذات التعقيد الفني والمالي والقانوني التي أفرزها العصر الحديث، فقد شهد عصرنا الحالي العديد من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، والتي أثرت بشكل كبير على بنية العقد، فظهرت طائفة من العقود تتصف بالتركيب والتعقيد لأنها ترد على مشروعات

علاقة، بالأخص في عقود التجارة الدولية، والتي تقوم بها عادة شركات كبرى متعددة الجنسيات ومليئة بالتعقيدات الفنية والمالية والقانونية¹.

ولهذا فإنه من غير الممكن إبرام مثل هذه العقود عن طريق التبادل الحيني للإيجاب والقبول وأصبح من الضروري أن تسبق إبرامها مرحلة من المفاوضات، والتي تستغرق في كثير من الأحيان وقتاً طويلاً، حيث تعد تلك المرحلة من أهم مراحل تكوين العقد وأخطرها، حيث يتم في هذه المرحلة الإعداد والتحضير للعقد، بما يتضمنه ذلك من بحث لكافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية، والوقوف على الصعوبات المتوقعة منه أثناء التنفيذ، كما وأن هذه المرحلة المهمة لا تخلوا من الالتزامات القانونية التي يجب على أطراف التفاوض الالتزام بها، وهي لا تخلوا أيضاً من المسؤولية المدنية في حالة مخالفة تلك الالتزامات.

لطالما شكلت العقود أهم وسيلة متاحة أمام الأشخاص لإبرام التصرفات القانونية بينهم، وذلك منذ القديم، حيث تميزت هذه العقود في هذه الأزمنة الغابرة خصوصاً التجارية منها، بالسهولة وعدم التعقيد في ظل بساطة الحياة الاجتماعية والإقتصادية آنذاك، فكانت العقود تبرم في وقت قصير ومع تطور الحياة الإقتصادية شيء فشيء، بدأت العملية التعاقدية تتسم بالتعقيد بصفة تدريجية، نظراً للتطور التقني والعلمي الكبير والمتسارع، فأصبحت العقود تبرم في فترة أطول وتتطلب مجموعة من الإجراءات الإضافية مقارنة مع ما كانت عليه في السابق، كما أصبح المحل الذي تنصب عليه بعض العقود يتسم بالتعقيد، ضف لذلك وجود إختلال في توازن القوى الإقتصادية والقانونية لأطراف هذه العقود، بسبب ظهور التجارة الدولية.

¹ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، 2000، ص 1-2.

والجلي في هذا الباب، أن المفاوضات ظهرت منذ وقت بعيد في شكل "المساومة"، حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق أقصى منفعة من العقد المتفاوض عليه، نظير أدنى مقابل، ومع مرور الوقت لم تعد المسألة مجرد مساومة تحكمها اجتهادات شخصية، وإنما علم له قواعد وأصول أفردت لشرحها كتابات متخصصة¹، وأصبح من الواضح أن اللجوء إلى المفاوضات يرجع إما إلى أسباب اقتصادية أو إلى أسباب قانونية، فالأسباب الاقتصادية تبررها القيمة الاقتصادية للعقد محل التفاوض، أما الأسباب القانونية فترجع إلى صعوبة وتعقد العقود بما لا يكفي معه الركون إلى وجود القواعد المكملة التي تطبق عند عدم وجود اتفاق على ما يخالفها .

وتظهر الحاجة إلى المفاوضات في كثير من العقود، لاسيما ذات الأهمية المالية الكبرى، مثل عقود التنقيب عن المعادن الذهب أو البترول وعقود التوريدات الضخمة، وعقود التوزيع مثل عقد الامتياز وعقد الترخيص التجاريين.

وننوه بأن معظم هذه العقود تتولى تنفيذها شركات متعددة الجنسيات تسعى في جو من المنافسة إلى حصد ثمار تحرير التجارة العالمية، لاسيما بعد توقيع اتفاقيات الكات اتفاقيات

الغات and tariffs on Agreement General

Gatt : tard أو ما يسمى بالاتفاقية العامة حول التعريف الجمركية والتجارة، انطلقت منذ سنة

1947، تهدف إلى تنشيط التجارة الدولية بتخفيض الرسوم الجمركية تدريجيا وإدارة المبادلات

¹ - J.M Mousseron : « technique contractuelle » éd. Juridique Lefebvre, paris. D'édition sans date. P 21 et sui.

- G.O. Faure. L. Mermet. H. Touzard et ch. Dupont : « la négociation situation, problématiques, application ». Dunod. Paris 2000. p 5 et sui.

- O. Gast. M. Mendelsohn : « comment négocier une franchise » éd. De l'usine. Paris d'édition sans date. P 73.

- J. Ghestin. B. Deshè : « traité des contrats » (la vente). L.G.D.J 75014 paris 1990.p 109 et sui

العالمية، عقدت عدة جولات من المفاوضات أولها جولة جنيف سنة 1947، وآخرها جولة الأوروغواي (1986-1994) ، وقد انبثقت عن هذه الاتفاقية منظمة التجارة العالمية بمراكش سنة 1994، التي دخلت حيز التطبيق سنة 1995، وقد حلت محل منظمة الغات، وتتلخص مهامها في ضبط التجارة العالمية، وإدارة الاتفاقات التجارية، وحل النزاعات التجارية، ثم تحرير القطاعات الاقتصادية .وللاشارة فقد نظم المغرب إلى الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة سنة 1987، ووقع إلى جانب عدد من الدول على اتفاقية إحداث منظمة التجارة العالمية سنة 1994 بمراكش .

وتعتبر مرحلة التفاوض على العقد من أهم مراحله، بل وأكثرها خطورة، فمن خلالها يتم التعرف على المتعاقد الآخر والتأكد من مدى قدرته المالية وكفاءته الفنية، كما يتم خلال هذه المرحلة تحديد حقوق والتزامات الطرفين التي ستنشئ عن العقد ونطاق المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، إذا كان هذا الأخير ذو طابع دولي، وتحديد وسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين في المستقبل.

حيث تتجلى أهمية هذا البحث في أربعة جوانب:

الجانب الأول: يتمثل في أنه رغم أهمية موضوع التفاوض في العقود، إلا أننا نلاحظ أن الفقه العربي - بصفة عامة - لم يتناول مرحلة التفاوض، على الرغم من أهميتها وما تخلفه من أوضاع وما ترتبه من التزامات، فالمؤلفات الخاصة بالعقود تكاد تخلو منها، إلا بعض الأبحاث المتخصصة التي لم تظهر إلا منتصف العقد الأخير من القرن الماضي.

الجانب الثاني: يتعلق بأن مرحلة المفاوضات هي مرحلة وقائية بالنسبة لطرفي التفاوض، فالمفاوضات تمنح أطرافها فرصة الاطلاع على شروط العقد، والتأكد من مدى توافق هذه

الشروط مع مصالحهم، فأما أن يقررا إبرام العقد أو عدم إبرامه، وذلك تفادياً لإبرام عقد قد يكون مصدراً للمنازعات في المستقبل ..

الجانب الثالث: يتمثل في أهمية التفاوض في عصرنا الحديث وخصوصاً مع ظهور العقود الكبيرة ذات قيمة مالية مهمة التي تحتاج في تنفيذها إلى سنوات، وتحفها المخاطر من كل جهة، كما هو الحال في العقود المتعلقة بإنشاء المصانع أو بإنتاج المشترك للطائرات والسيارات واندماج الشركات، فمثل هذه العقود لا يمكن إبرامها بإيجاب وقبول وإنما تحتاج إلى مفاوضات تسبق إبرامها.

الجانب الرابع: يتعلق بالدافع الذي حفزنا على دراسة موضوع مرحلة المفاوضات في العقود بغرض الوقوف على كافة جوانبه القانونية والتطبيقية؛ وذلك من خلال تحديد معنى التفاوض والتعرف على طبيعة العلاقة بين الطرفين المتفاوضين، ومدى ما ينشأ بينهما من التزامات ونوع ونطاق المسؤولية التي تترتب عن قطع المفاوضات؛ حيث أن مشكل قطع المفاوضات هو الذي أعطى أهمية الموضوع التفاوض، ولفت الانتباه فقهاء القانون بدراسة مرحلة المفاوضات.

ولمرحلة ما قبل التعاقد أهمية أخرى، تتمثل في أن ما يقع في أنشائها من مفاوضات وتبادل لوجهات النظر يعد واحداً من وسائل تفسير العقد عند تنفيذه، ففي هذه المرحلة، ومن خلال ما اتخذ فيها من إجراءات ومن تبادل لوجهات النظر، يمكن الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين .

ولهذه المرحلة السابقة على التعاقد، التزاماتها المستقلة عن التزامات العقد ذاته، ذلك أن طبيعة المهمة التي يقوم بها الطرفان في هذه المرحلة تفرض على كل منهما التزامات معينة

تنتج عن الثقة التي وضعها في الطرف الآخر، مثل الالتزام بعدم التفاوض دون نية التعاقد، والالتزام بعدم قطع المفاوضات في وقت غير مناسب، والالتزام بعدم إفشاء المتفاوض للأسرار التي علمها الطرف الآخر بمناسبة التفاوض .

تستهدف هذه الدراسة بحث المرحلة قبل العقدية التي يتم فيها التفاوض على العقد تمهيداً لإبرامه، هذه المرحلة التي يتم فيها مناقشة البنود والشروط والتوافق بشأنها. لذلك يكون الهدف من الدراسة هو معرفة كيف تتم عملية التفاوض واثار هذه العملية.

سوف تركز هذه الدراسة على بيان طبيعة مرحلة المفاوضات التي تهدف إلى إبرام العقد والتزامات التي يجب مراعاتها من جانب الطرفين، وطبيعة المسؤولية المدنية التي تنور عند الإخلال بتلك الالتزامات، والجزاء المفروض عليها؛ ولذلك نستبعد من نطاق دراستنا تلك المفاوضات التي يكون هدفها مجرد استطلاع كل طرف لوجهة النظر العامة للطرف الآخر حول إمكان التعاقد أو مجرد دراسة الجدوى الاقتصادية للعقد دون أن يكون الهدف منها إبرام العقد حيث أن مثل هذه المفاوضات لا تنشئ التزاماً عليهما بالاستمرار في التفاوض، أي لا ترتب أثراً قانونية.

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

تأتي مشكلة هذه الدراسة من خلال النقص التشريعي في كل من ليبيا والمغرب، والتي تتناول مرحلة التفاوض على العقد بالتنظيم التشريعي، لذا فإن هذه الدراسة تثير عدة مشكلات من أهمها:

المشكلة الأولى: تتمحور حول طبيعة التفاوض في العقود، والمراحل التي تمر بها المفاوضات وما يشابهها من مفاهيم.

المشكلة الثانية: تدور هذه المشكلة حول ما هي الالتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض في العقود وأساسها القانوني؟

المشكلة الثالثة: ما طبيعة المسؤولية التي تنثر عند مخالفة الالتزامات في مرحلة التفاوض، هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية، وما الجزاء المترتب عليها؟

أما عن منهجية الدراسة فهي دراسة تأصيلية، لأننا سنقوم بتأصيل مفهوم التفاوض في العقود لمعرفة الطبيعة القانونية لتلك المرحلة، وكذلك رد الفروع إلى الأصول في جزئيات هذه الدراسة، وذلك من خلال بيان الأحكام العامة بغية الوصول إلى حلول مناسبة للمشاكل المطروحة في هذه الدراسة.

وهي دراسة مقارنة، لأننا لن نقتصر فيها على بيان موقف القانون الليبي من التفاوض في العقود، وإنما سيمتد نطاق بحثنا إلى بيان موقف كل من القانون الليبي والمغربي والعراقي والمصري وبعض القوانين العربية الأخرى، والقانون الفرنسي والتعديلات التي جرت في القانون المدني الفرنسي لسنة 2016.

وفي ضوء ما تقدم نقسم دراستنا إلى بابين وتعتبهما خاتمة الرسالة وذلك على النحو

التالي:

الباب الأول: فكرة التفاوض على العقود

نتناول فيه ماهية التفاوض في العقود، وذلك من خلال تعريف التفاوض في العقود وبيان أهمية التفاوض في العقود، وتوضيح خصائص المفاوضات، ونتناول قواعد إدارة المفاوضات في العقود والقيام بها.

ثم نتناول المراحل التي تمر بها المفاوضات، حيث نسلط الضوء على تلك المراحل والاتفاقيات التي يتخللها مشوار التفاوض، ثم تميز تلك المراحل والمفاهيم عن التفاوض في العقد لإزالة الغموض واللبس الحاصل بينهم.

الباب الثاني: آثار التفاوض في العقود

نتناول فيه الالتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض في العقود، وذلك من خلال بيان الالتزامات في مرحلة التفاوض في العقود.

ثم نتناول المسؤولية المدنية الناشئة عن التفاوض في العقود، والتي تتضمن المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض في العقود، والمسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض في العقود، وما الجزاء المترتب على قيام تلك المسؤولية.

الخاتمة

- أولاً: النتائج.

- ثانياً: التوصيات.

الباب الأول

فكرة التفاوض

على العقد

الباب الأول: فكرة التفاوض على العقد

تعتبر فكرة التفاوض على العقد فكرة حديثة، فهي لم تظهر في مؤلفات الفقهاء إلا في بداية القرن العشرين تقريباً، ويرجع ذلك إلى ندرة التفاوض على العقد في العهود الماضية، حيث كانت العقود في ذلك الوقت تنسم بالبساطة وعدم التعقيد، لذلك لم يكن المتعاقدان بحاجة إلى التفاوض على العقد، ولكن بعد الثورة التكنولوجية والتطور الهائل في جميع نواحي الحياة احتل التفاوض على العقد دوراً بارزاً في إبرام العقود، وخصوصاً بعد ظهور العقود المركبة والمعقدة، والتي تحتاج إلى مراحل طويلة وصعبة قبل إبرامها¹.

وفي ضوء ما تقدم سوف نقوم ببيان فكرة التفاوض على العقد في فصلين:

الفصل الأول: نخصه لماهية التفاوض على العقد،

أما الفصل الثاني: فسوف نخصه للطبيعة القانونية للتفاوض على العقد،

وذلك على النحو التالي:

¹ شيرزاد عزيز سليمان: حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة للنشر، عمان، ط1، 2008، ص 335.

الفصل الأول

ماهية التفاوض في العقود

الفصل الأول: ماهية التفاوض في العقود

إن للمفاوضات دور فعال في عملية إبرام العقود، فهي تكتسب أهمية موضوعية كبيرة؛ لكون المفاوضات تسبق غالباً إبرام معظم العقود المهمة، مما استوجب على الباحث دراسة الإطار المفاهيمي لها. وتتجلى أهمية المفاوضات في أن نجاح العقد أو فشله، راجع في الأصل إلى هذه المرحلة وهي مرحلة التفاوض، والتي تعتبر المؤشر القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف في هذه المرحلة.

وغالباً ما يسبق الاتفاق على المحتوى النهائي للعقود المهمة طويلة الأجل، الكثير من المفاوضات والمناقشات التي تؤدي إلى وضع تصور مشترك، لكل الموضوعات التي جرت مناقشتها، ومن ثم تسفر عن صياغة مشروع للعقد، حيث تلعب المفاوضات أدوار وقائية مهمة في إبرام العقود المهمة، وسوف أتناول ذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أتناول في الأول منه: مفهوم التفاوض في العقود، وأخصص المبحث الثاني: لبيان نطاق التفاوض في العقود، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم التفاوض في العقود.

المبحث الثاني: نطاق التفاوض في العقود.

المبحث الأول: مفهوم التفاوض في العقود

إن من البديهي في بداية هذه الدراسة التعرف على التفاوض، وذلك من خلال بيان تعريف التفاوض على العقد، وكذلك بيان خصائصه، والبحث في أهميته والتطور التاريخي التفاوض في العقود، إلا أن هناك شبه اتفاق على أن التفاوض في المفهوم الحالي، أو المعمول به فيما يخص المرحلة السابقة لإبرام العقد هي حديثة نسبياً؛ وذلك نظراً لحدثة وتطور العقود وتعقيداتها، التي أوجدت أساليب جديدة وطرق مبتكرة فيما يخص المفاوضات وإبرام العقود، وهذا لا يعني أنه لم يكن هنالك تفاوض، فيما يخص العقود في الماضي بالرغم من بساطتها، إلا أن ذلك لم يمنع من حدوث تفاوض، ونظراً لتزايد الحاجات والرغبة في إشباعها، الأمر الذي يحتم الدخول في بعض المساومات، والأخذ والعطاء الرفض والقبول، حتى يتم الاتفاق في النهاية على كلمة سواء، لتتم عملية المبادلة والمقايضة اللذان هما نتاج عملية التفاوض. وفي ضوء ما تقدم، سوف أتناول مفهوم التفاوض في العقود بنوع من التفصيل، للوقوف على ما يحيط به من علم وجوانب، ولكي نحيط علماً بمفهوم التفاوض في العقود، سأتناول ذلك في أربعة مطالب، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف التفاوض على العقد

المطلب الثاني: التطور التاريخي للتفاوض في العقود وتعريفها.

المطلب الثالث: أهمية التفاوض في العقود وخصائصها.

المطلب الرابع: تمييز التفاوض في العقود عما يشابهها من الأفكار القريبة منها والقواعد

المنظمة لها.

المطلب الأول: تعريف التفاوض على العقد

نظرًا لحدثة موضوع التفاوض على العقد، ولعدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم مرحلة التفاوض على العقد، فإنه لا يوجد في التشريع ولا في الفقه تعريف شامل للتفاوض على العقد، كما وأن التفاوض لا يخضع كقاعدة عامة لشكل معين أو قالب قانوني محدد، فقد يتم شفاهًا أو بطريقة المراسلات، وكذلك يمكن أن يجري في شكل لقاءات واجتماعات مستمرة بين الطرفين المتابعة نتائج مراحل التفاوض وتحديد المرفوض والمقبول منها تبعاً¹. كما ويتجنب الفقه عادة وضع تعريف محدد للتفاوض على العقد، لأن هذا التعريف يعد بمثابة حجر زاوية في البنيان القانوني للتفاوض، لأنه من خلال تعريف التفاوض على العقد يمكننا بسهولة أن نحدد طبيعته القانونية وسائر أحكامه الخاصة².

لذلك لا بد لنا أن نبدأ بتعريف التفاوض على العقد لغة، أي توضيح معنى كلمة (تفاوض) في اللغة العربية وكذلك في اللغة الفرنسية، ومن ثم نقوم بتعريف التفاوض اصطلاحاً، وبعد ذلك نحاول وضع تعريف نعتمد عليه في دراستنا.

الفرع الأول: تعريف التفاوض لغة

التفاوض لغة مشتق من فعل فوض، يقال فوض إليه الأمر أي صيره إليه وجعله فيه الحاكم وفوضه في أمره أي جاره، وتفاوضوا الحديث أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر

¹ أحمد علي صالح: المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص44.

² رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، دار النهضة العربية 2000، ص62.

أي فاوض فيه بعضهم بعضاً، والمفاوضة المساومة والمشاركة، وشركة المفاوضة الشركة العامة في كل شيء وتفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه أجمع¹.

قيل إن التفاوض يحول المواجهة إلى تعاون، ويغير الموقف من الصراع إلى الحل، وبما أن التفاوض كفكرة موجودة قديماً - كما بينها سابقاً - إلا أن الشكل الحالي للتفاوض بسبب تطور العقود وتعقيداتها يعد حديثاً نسبياً، الأمر الذي أدى إلى عدم وجود نصوص قانونية خاصة به لتنظيمه وبيان أحكامه، إذ لا يوجد - لا في التشريع ولا الفقه - تعريف جامع مانع للمفاوضات في العقود.

ولكي أقوم بتعريف التفاوض في العقود؛ يستحسن أن أبدأ ببيان المعنى اللغوي لكلمة التفاوض في العقود في اللغة العربية، وكذلك اللغة الفرنسية، ومن ثم أقف على معناه في الاصطلاح القانوني، وبعد ذلك أحاول وضع تعريف أعتمد عليه في دراستي، وكما يلي: أولاً: تعريف التفاوض لغة.

1-التفاوض في اللغة العربية: جاء في لسان العرب أن المفاوضة هي المساواة والمشاركة والأخذ والعطاء، وهي مفاعلة من التفويض، كأن كل منهما رد ما عنده إلى صاحبه، وفأوضه في أمره أي جاره، وتفاوضا في الحديث أخذوا فيه، أو تفاوض القوم في الأمر أي فآوض فيه بعضهم البعض² بغية الوصول إلى تسوية واتفاق، ويقال فآوضه في الحديث بآدله القول فيه، وتفاوضا: فآوض كل صاحبه³.

¹ أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1986، ص260.

² أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، المجلد الأول، حرف التاء، باب (فوض)، دار بيروت للطباعة، لبنان، 1954، ص273.

³ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص215.

كما تكون المفاوضة أيضاً في اللغة العربية بمفهوم (المراوضة)، جاء في لسان العرب وفي باب (روض) - (وفلان يراوض فلانة على أمر كذا، أي: يداريه ليدخله فيه، وفي حديث طلحة: فتراوضا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب، أي: تجاذبا في البيع والشراء وهي ما بين المتبايعين من الزيادة والنقصان، كأن كل واحد منهما يروض صاحبه¹.

2- **التفاوض في اللغة الفرنسية:** فإن كلمة (négociation) أصلها في اللغة اللاتينية (négociation)، تمثل معنيين: المعنى الأول هو التجارة (commerce)، أي عملية الشراء والبيع القيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق التجارية، والمعنى الثاني: هو التفاوض أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المسائل من الطرفين، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة، والمصطلح المرادف (négociation) هو (pourparlers) أي بمعنى محادثات².

3- أما في القاموس الأمريكي فقد عرف التفاوض بأنه: "عملية وضع الشروط والمعايير الخاصة بالاتفاق بين طرفين أو أكثر، ويمكن تحقيقها من خلال الاجتماعات والمباحثات والمداولات³.

الفرع الثاني: تعريف التفاوض اصطلاحاً

لم تهتم غالبية التشريعات لوضع تعريف لعملية التفاوض، أو في وضع إطار قانوني يحكم هذه العملية وينظم سيرها، بل اكتفت معظم التشريعات بذكر بعض المبادئ القانونية

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، حرف الراء، المسألة السادسة، باب (روض)، دار صادر، بيروت، 2003، ص263-264.

² Nouveau, Petit Robert, 1994, le petit Larousse illustre 1997.

³ بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2006، ص10.

العامة، التي يلتزم بها الأطراف خلال مرحلة التفاوض، كحسن النية والالتزام بالسرية والالتزام بالإعلام، ولكن أثبتت غالبيتها مسؤولية الأطراف حال مخالفتها، وأن السبب في ذلك بسبب ما استجد من مشكلات قانونية جعل نصوص القانون عاجزة عن اللحاق بها بسبب التطور السريع لمفاهيم العقود وقواعدها، مقارنة بالتقنيات التي تحكمها، إضافة إلى رغبة المشرع الدائمة إلى إكساء القانون ثوب القدم، لكي تستقر المراكز القانونية بهدف كسب ثقة المحكومين به، ولو كان ذلك على حساب سد القصور التشريعي الذي يعيب النص ذاته¹.

لكن ما يحسب للفقهاء أنه لم يساير المشرع طويلاً في سيره البطيء، تنظيم فكرة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، بل تصدى لذلك بالبحث والدراسة، مما أدى إلى تعدد وتنوع تعاريف التفاوض في العقود أذكر منها ما يلي:

فقد عرف جانب من الفقهاء التفاوض بأنها: "تبادل الاقتراحات المساومات والتقارير والمكاتبات والدراسات الفنية، بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"².

وهذا وقد عرفها فريق بأنها: "مرحلة تمهيدية أو تحضيرية لإبرام العقد الذي يمثل غاية الطرفين، وتهدف هذه المرحلة بالحقيقة إلى التقاء أطراف العقد، للتشاور وتبادل وجهات النظر، من أجل الإعداد والتمهيد لإبرام العقد النهائي"³.

¹ هشام ضيف الله عبد الملك الملهماني، التفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2015، ص52.
² حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد (2)، السنة 38، 1996، ص394.

³ محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، 2002، ص188.

وقد عرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "حوار يجري بين متعاقدين احتماليين، من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإيرادات، تجاه الحقوق والالتزامات التي تشمل محل العقد¹. هذا ولم يذهب البعض عنهما بعيداً، إذ عرفه بأنها: "المرحلة التي تسبق إبرام العقد، أو التي تبدأ بعرض يقدمه أحد الطرفين للآخر، يطلب الدخول معه في عقد، بعد تبادل وجهات النظر والمفاوضات والاقتراحات، والوصول إلى اتفاق يحمل جميع النقاط الأساسية التي سيقوم عليها التعاقد"².

وعرفها جانب آخر بأنها: "حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم، يتم من خلاله تبادل العروض والمقترحات، وبذل المسائل المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد، يعد تمهيداً لإبرامه في المستقبل"³.

وقد عرفها البعض بأنها: "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية، بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات، والتقارير الفنية والاستشارات القانونية، ومناقشة الاقتراحات المعروضة ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه، والوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات"⁴.

¹ محمد علي جواد، العقود الدولية مفاوضاتها - إبرامها- تنفيذها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 45
² عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة قانونية، دار المطبوعات الحديثة، دون سنة نشر، ص153.

³ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 64.

⁴ سعد حسين الحلبوسي، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضروريات العملية، ط1، بغداد، 2004، ص9.

فقد عرفت الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية التفاوض بأنه: شكل من أشكال التفاعل تحاول فيه الدولة أو الأفراد والمنظمات إدارة بعض مصالحهم المتصارعة، أو هو عملية صريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات ومقترحات مضادة¹.

وذهب الدكتور صالح صافي خالص إلى تعريف التفاوض بأنه الصورة المعبرة عن مسار الأمور بين طرفين على الأقل، لهم قيم ومعتقدات وحاجات ووجهات نظر مختلفة، إلا أنهم يسعون جاهدين لاتفاق حول مواضيع وأمور ذات مصالح واهتمامات مشتركة².

كما وذهب الدكتور محمد علي جواد إلى تعريف التفاوض بأنه حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات تجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد، أو هو التحدث والحوار بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاق حول نقطة معينة ليست محل اتفاق بين الأطراف³.

وذهب الفقيه cornu إلى تعريف التفاوض بكونه مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المباحثات والمساوي والمشاروات وتبادل وجهات النظر بهدف الوصول إلى اتفاق، وكذلك عرف العميد carbonnier المفاوضات بأنها تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل ليس هنالك إيجاب بالعقد يمكن قبوله، وإنما هنالك عرض وعرض مضاد⁴.

وقد عرف التفاوض بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من

¹ أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 1998، ص 61.

² صالح صافي خالص: ماهية المفاوضات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ط 1، ص 19.

³ محمد علي جواد: العقود الدولية، دار الثقافة، عمان، ط 1، 2010، ص 45.

⁴ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 63.

أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات الطرفية¹.

وكذلك عرف الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة التفاوض هو التفاوض والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما اقتصادية أو قانونية أو تجارية أو سياسية².

ولعل هذا التعدد في تعريف التفاوض يعود إلى الزاوية التي ينظر منها كل طرف إلى التفاوض من جهة، ولكون ظاهرة التفاوض تتميز بأنها أكثر المراحل تعقيداً وصعوبة من جهة أخرى، وفي ضوء ما تقدم من التعريفات السابقة يمكننا أن نقترح التعريف التالي:

التفاوض هو تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها التواصل المباشر أو غير المباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم، صريحاً كان هذا الاتفاق أم ضمنياً، حيث يتم من خلال هذا التواصل تبادل العروض والمقترحات والتقارير وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل.

يتضح من التعاريف الفقهية السابقة الآتي:

1- أن مجمل هذه التعريفات تشير إلى أن المفاوضات، هي مرحلة استكشافية يتعرف من خلالها الشخص الذي يريد إبرام العقد، على المسائل الجوهرية من خلال المفاوضات.

¹ حياة محمد أبو النجا: الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2004، ص 29.

² أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 36.

2- تلتقي جميع التعريفات نظرياً، في أنها تبادل الاقتراحات والمساومات، والمكاتبات والاستشارات القانونية، ليكون كل طرف على بينة في أفضل الأشكال القانونية، التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات.

3- أن أكثر ما يلفت النظر في التعريفات السابقة، بأنها تتسم بالتطور التقليدي البسيط للمفاوضات، إذ أنها تحصرها في مناقشات يمكن أن يتمخض عنها قبول وإيجاب، وهذا ما لا يلائم العقود الحديثة خصوصاً الدولية التي ذهبت إلى التعقيد، ومن التعامل المباشر إلى الوساطة، إذا لم تعد المعاملات قائمة على علاقة المتعاقدين فيما بينهم، بل إن للوساطة دور كبير، وهذا التعقيد يزيد الصعوبات التي قد تفضي بحقوق المتعاقدين إلى الضياع، إضافة إلى وجود مصالح متعارضة بين طرفي العملية التفاوضية¹.

وفي ضوء التعريفات السابقة، يمكننا صياغة التعريف التالي للتفاوض في العقود بأنها: "عمل مادي أو قانوني حسب الأحوال، يتبادل فيه الأطراف (أيًا كان تعدادهم) عن طريق التواصل المباشر أو غير المباشر، الآراء والمقترحات التنسيق بين المصالح المتعارضة، أو لتوجيه الأطراف المتجانسة، من خلال العروض والعروض المضادة (أخذ ورد)، لتقريب وجهات النظر وإزالة الغموض عنها، لأنها ترسم السكة التي يسير عليها العقد.

¹ محمد رجاء أحمد حمدي، المشكلات المتعلقة بالتعاقدات الإلكترونية، في الرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة إبرام العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه للباحث كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القسم المدني، 2015، ص96.

المطلب الثاني: التطور التاريخي للتفاوض في العقود

نظرًا لحدثة موضوع التفاوض في العقود، وعدم وجود نصوص قانونية خاصة بتنظيم مرحلة المفاوضات، فإنه لا يوجد في الفقه تعريف شامل مانع للتفاوض، غير أنه توجد تعريفات متنوعة ومتعددة بتنوع موضوع المفاوضات، ولكي نستطيع وضع تعريف خاص بالمفاوضات، لنفتح مجال التوسع فيه لتعريفها ولكي نضعه في قالب قانوني، يساعد على بلورة فكرة عامة حول المفاوضات في جميع المجالات، لنستطيع بعدها وضعها في إطار قانوني يجسد أهميتها والغاية منها؛ لذلك وجب إلقاء نظرة في بادئ الأمر إلى التطور التاريخي للتفاوض في العقود، سوف أقوم بتقسيم هذا الفرع إلى فرعين، أتناول في الفرع الأول: التفاوض في ظل الإسلام، أما في الفرع الثاني: أتناول التفاوض في التشريعات الحديثة، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: التفاوض في الإسلام

تعد فترة المفاوضات أولى فترات مرحلة ما قبل التعاقد¹. وتعرف هذه الفترة في الفقه الإسلامي بفترة المساومة أو المساومات²، وفي هذه الفترة يتم تبادل وجهات النظر حول الصفقة المراد إبرامها، وهذه الفترة عادة ما تسبق فترة مجلس العقد لأن ما يصدر فيها لا يكون إيجاباً

¹ وهذه المفاوضات تتميز عن التفاوض اللاحق لإبرام العقد، فهناك بعض العقود التي يتفق فيها على التفاوض والتشاور في حالة حدوث أمر معين كارتفاع الأسعار أو عدم الحصول على ترخيص، فتلك المفاوضات يفرضها العقد وتكون أثراً من آثاره ولاحقة على إبرامه ولذلك تكون ذات طابع عقدي يحكمها ما تم بشأنها من اتفاق - في تفاصيل هذا النوع من التفاوض، يرجى الرجوع إلى * حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، سنة 1990، ص 74.

² الكسائي بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5. دار الفكر، بيروت (ع.ط.غ.م)، السنة 1417هـ/1996م، ص - 200. الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 4، مكتبة النجاح، ليبيا، ص 232 وما بعدها.

ولا قبولا¹، لأجل ذلك فدراسة المفاوضات السبّاقة عن التعاقد في الفقه الإسلامي تمر عبر تناول المواضيع التالية:

أولاً: الدعوة إلى التفاوض في الفقه الإسلامي :

قد تبدأ فترة المفاوضات بدعوة تسمى بالدعوى إلى التفاوض وهي عبارة عن دعوة أحد الأشخاص للآخر للدخول معه في مساومة أو مفاوضة بشأن عقد معين أو صفقة معينة دون أن تتطوي هذه الدعوى على تحديد كامل لعناصر التعاقد².

هذا، ويبدو أن الدعوة إلى التفاوض كما تكون من أحد المتفاوضين أم من ينوب عنهما يجوز أن تكون من الغير الذي لا يكون طرفاً في التعاقد، قال تعالى: ﴿قالت إحداهما يا أبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين. قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك وما أريد أن أشق عليك ستجدني إن شاء الله من الصالحين﴾³. فقد صدرت الدعوة إلى التفاوض بشأن الإيجار من الغير⁴.

¹الكساني: م س، ص - 200. عبد الحليم عبد اللطيف القوني: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، سنة 1997، ص 3

²جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر (ع.ط.غ.م)، السنة 2001، ص 26.

³سورة القصص، الآيتان 26، 27.

⁴جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، م س، ص 27.

والدعوة إلى التفاوض قد تكون باللفظ سواء من الشخص نفسه أو من نائبه أم من الغير، كما قد تكون بالكتابة عن طريق المذكرات أو الخطابات أو المنشورات أو ما إلى ذلك، وقد تكون بالرسول أو الإشارة أو بدلالة الحال¹.

فواضح مما سبق، أن الدعوة إلى التفاوض تكون من طرف واحد، أي صادرة بإرادة منفردة موجهة إلى شخص آخر للدخول في مفاوضات فإذا ما بدأ الشخص الذي وجهت إليه الدعوة في التفاوض بدأت المفاوضات ذاتها فالدعوة إلى التفاوض يعقبها دائما مفاوضات، أما إذا لم يعقبها مفاوضات، وإنما أعقبها إيجاب فإننا نكون بصدد دعوة إلى التعاقد يقوم على أساس الكلام الذي يصدر عقب هذه الدعوة فإن كان مفاوضة كنا بصدد دعوة إلى التفاوض وإن كان إيجابا باتا كنا بصدد دعوة إلى التعاقد .

وهذه التفرقة تجد سندها في الفقه الإسلامي حيث جاء في حاشية الدسوقي "وأما لو عرض رجل سلعته للبيع وقال من أتاني بعشرة فهي له فأتاه رجل بذلك إن سمع كلامه أو بلغه فالبيع لازم، وليس للبائع منعه وإن لم يسمعه ولا بلغه فلا شيء له². وجاء في موضع آخر "كأن يقول المشتري يا فلان بعلي سلعتك بعشرة فيقول لا فيقول له بأحد عشر فيقول لا، ثم يقول البائع أبيعكها باثني عشر فيقول المشتري قبلت فيلزم البيع، ولا رجوع للبائع بعد ذلك ولو حلف أنه لم يرد بيعها " ففي العبارة الأولى نجد أن عرض السلعة للبيع في سوقها يعتبر من قبيل الدعوة إلى التعاقد تستفاد من دلالة الحال، وأن قوله من أتاني بعشرة فهي له، فهنا نكون بصدد دعوة إلى التعاقد لأنه أعقبها إيجابا باتا، أما في العبارة الثانية فإن قول المشتري يا فلان

¹ في هذا المعنى يرجى الرجوع إلى -: الخطاب مواهب الجليل: ج 4، م س، ص. ص 235 - 234

² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 3، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ص4.

بع لي سلعتك بعشرة يعد من قبيل الدعوة إلى التفاوض لأنه أعقبها مفاوضات وليس إيجاباً باتاً وإنما الإيجاب البات في هذه العبارة يتمثل في قول البائع "أبيعكها باثني عشر".

ثانياً: تعريف المفاوضات في الفقه الإسلامي

المفاوضات في اللغة، تبادل الرأي من ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق، وفأوضه في الأمر بادلله الرأي فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق ويقال فأوضه في الحديث بادلله القول فيه، وتفاوضاً: فأوض كل صاحبه .

والمفاوضات في الفقه الإسلامي لا تخرج عن كونها عبارة عن تبادل وجهات النظر بين ذوي الشأن وتبادل الاقتراحات والمناقشات، وغيرها مما يتبادلها أطراف التفاوض حول الصفقة المراد إبرامها بهدف الوصول إلى إبرام العقد¹.

فالمفاوضات تكون عبارة عن مناقشات تحضيرية شاملة لكل ما يطرأ على ذهن، أو يقوم لدى التصور أو تكون في دراسة النقاط الخاصة، أو العامة والمفاوضات قد تكون بالألفاظ كما هو حال التفاوض المباشر، حيث للمفاوض أن يستعمل في التفاوض أي صيغة سواء صيغة الماضي أو المضارع أم الأمر أم الاستفهام، وقد تكون عن طريق خطابات أو مستندات أو مذكرات بين الأطراف، ومن الواضح أن المفاوضات هنا تكون من الجانبين وليس من جانب واحد .

فترة المفاوضات: هي الفترة التي يسعى كل طرف فيها لإقناع الآخر بما يريده هو من تحديد لمضمون التعاقد، وإنها لتتكون من عروض متلاحقة لا يقصد منها إنشاء أي التزام،

¹أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، (ع.ط.غ.م)، سنة 1995، ص 70

فهي لا تبلغ مرتبة العقود، فهذه المفاوضات وإن كان قوامها التوافق ما بين الإرادتين إلا أنها في الواقع اتفاقات يحكمها الغرض منها وهو ينحصر في تمهيد الطريق أمام المتعاقدين للتعاقد¹.

ثالثاً: مبدأ حسن النية في التفاوض في الفقه الإسلامي

يجب أن تقوم المفاوضات في الفقه الإسلامي على مبدأ حسن النية بما حمله هذا المبدأ من معاني، كالالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالشئ محل التعاقد والإعلان عما قد يكون فيه من عيوب أو قصور، والالتزام بالنصيحة، وغير ذلك مما يقتضيه هذا المبدأ، فيجب أن تكون هذه الفترة قائمة على الصدق والأمانة والتسامح فقد روي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى"²، وما روي عن عقبة بن نافع أنه قال: " لا يحل لمرءٍ يبيع سلعة يعلم أن بها داء إلا أخبره"³ ولا يجوز أن تقوم المفاوضات على الكذب والخديعة والحيل فلا يجوز أن يلجأ أحد المتفاوضين إلى نسج الحيل حول المتفاوض الآخر للإيقاع به في التعاقد، فقد روي عن أبي ذر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم"، قال فقرأها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث مرات، قلت خابوا

¹ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون، م س، ص 30.

² الإمام البخاري، صحيح البخاري، المجلد الأول، ج 3، كتاب البيوع، دار الحديث بالقاهرة، ص 75.

³ الإمام ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 4 دار الريان للتراث، الطبعة الأولى، سنة

وخسروا من هم يا رسول الله، قال: "المسبل والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب 1." وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "الحلف منفقة للسلعة ممحقة للبركة 2"، وللتفاوض وعرض السلعة آداب منها؛ أنه يكره للتاجر أن يحلف لأجل ترويج السلعة، وتزيينها أو يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في عرض سلعته كأن يقول صلى الله عليه وسلم، ما أجود هذا 3.

رابعاً: حرية العدول عن المفاوضات في الفقه الإسلامي

انطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد الذي أقره الفقه الإسلامي بمقتضى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ 4. وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ 5. وقوله صلى الله عليه وسلم: "إنما البيع عن تراضي 6" وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه 7" فإنه يجوز لأي من المتفاوضين أن يعدل عن التفاوض في أي وقت يريده لأن المفاوضات شرعت أصلاً للتعارف والتفاهم وتبادل وجهات النظر حول النقط التي سيقوم عليها

¹ الإمام مسلم: الجامع الصحيح، ج 1، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص - 71. ابن ماجه بسنن ابن ماجه، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ج 2، كتاب التجارات، ص. ص 745 - 744

² الحلف باليمين الكاذبة: منفقة من النفاق - بفتح النون - وهو الرواج ضد الكساد - ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، ج 4، م س، ص 369.

³ القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، ج 5، دار الفكر، بيروت، سنة 1415هـ/ 1995 م، ص. ص 136 - 137.

⁴ سورة النساء، الآية رقم (29).

⁵ سورة النساء الآية رقم (4).

⁶ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج 2، م س، ص 737.

⁷ فتحي عبد الرحيم عبد الله: دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف الإسكندرية (ع.ط.غ.م) السنة

2005، ص

التعاقد. ومن ثم فإن شرعيتها تحمل شرعية العدول عنها، ومع ذلك فإن العدول عن المفاوضات المقترن به الخطأ يرتب مسؤولية مستعمل العدول، فماذا نقصد بالمسؤولية في الفقه الإسلامي؟

المسؤولية في معناها العام هي المؤاخذه والتبعة. والمسؤولية في اللغة لها استعمالان: أحدهما حقيقي بمعنى الاستعلام والاستفسار عن أمر مجهول، وثانيهما مجازي بمعنى المؤاخذه والمحاسبة، ولم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية كلمة المسؤولية للدلالة على المؤاخذه والمحاسبة، ولكنهم استعملوا ألفاظاً أخرى من ذلك الضمان أو التضمنين، والغرامة والتغريم، كما أن نظرية المسؤولية بمعناها القانوني لم تكن معروفة باسمها ولكنها معروفة بمضمونها ويقابلها الضمان في الفقه الإسلامي .

والمقصود بالضمان واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة. كما يعرفه الإمام الغزالي¹، أو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات، ويعرف الفقه الحديث الضمان بأنه "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير". فكلمة الضمان تفيد لغة معنى الإلزام والالتزام².

وقد استند الفقه الإسلامي في تقرير الضمان، بمعنى تعويض الأضرار المدنية التي تصيب الغير، إلى الحديث النبوي الشريف "لا ضرر ولا ضرار"، واتخذ الحديث الشريف بمثابة

¹ وهذا التعريف قريب من التعريف الذي أورده الحميوي في غمز عيون البصائر، شرح الأشباه والنظائر، ج 2، ص 211، فليده الضمان عبارة عن: "رد مثل الهالك أو قيمته".

² فضمن المال لغة يعني التزامه، يقال ضمننت المال وبالمال ضماناً فأنا ضامن وضمين أي التزمت، وضمنته المال: ألزمته إياه. ويلاحظ أن الضمان في الشريعة الإسلامية متسع المفهوم، فهو لا يقتصر في معناه الواسع على ما نسميه بالمسؤولية المدنية، بل يمتد أيضاً إلى المسؤولية الجنائية، كما يستخدم بعض فقهاء الإسلام كلمة الضمان بمعنى الكفالة، ويظهر ذلك في تعريف الحنابلة بأن الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزامه الحق. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، بيروت، 1970، ص 16

القاعدة الكلية العامة التي تحكم الضمان والتي اشتق منها الفقهاء العديد من القواعد الفرعية، منها "الضرر يدفع بقدر الإمكان" و "الضرر يزال".¹

كذلك نجد في القرآن الكريم العديد من الآيات التي تأمر بالحفاظ على حرمة النفس والمال وتحق للمضرور جبر ما أصابه من أضرار، من هذه الآيات: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾²، ﴿وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾³. فهذه الآيات الكريمة تقرر مبدأ التضمين جبرا للضرر وقمعا للعدوان وزجرا للمعتدين.

وقد جاءت السنة النبوية الشريفة ببعض التطبيقات المباشرة لفكرة الضمان في الشريعة الإسلامية، من ذلك ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: "من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل، فهو ضامن."

واستنادا إلى ما سبق فإن المسؤولية عن الخطأ المقترن بالعدول عن المفاوضات تنقرر في الفقه الإسلامي وفق الشكل التالي: فإذا كان العدول عن المفاوضات حقا مشروعاً للمتفاوضين، فإن الأصل يقضي بأن العدول عنها لا يترتب عليه أي مسؤولية ولا يخضع المتفاوض لقواعد الضمان، لأنه يستعمل حقا أجازته الشارع له، إلا أن هذا الحق ليس مطلقا

¹الضرر لا يكون قديما

-الاضطرار لا يبطل الحق .

الجواز الشرعي ينافي الضمان .

الضرورات تبيح المحظورات .

الضرورات تقدر بقدرها .

إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر.

²سورة الشورى، الآية 40.

³سورة النحل، الآية 136

من غير قيد، وإنما هو مقيد بمبدأ حسن النية، فهذا المبدأ يعني أن يكون العدول عن المفاوضات دون أن يكون هناك خطأ اقترن بالعدول من شأنه أن يلحق الضرر بالغير، أما إذا اقترن العدول بخطأ سبب ضرراً، فإن ذلك يعد خروجاً على ما يقتضيه مبدأ حسن النية ويكون المتفاوض العادل عن التفاوض مسؤولاً، وبالتالي يخضع لأحكام الضمان في الفقه الإسلامي، لأنه خرج بالحق الممنوح له عن أهدافه ومقاصده الشرعية، وألحق الضرر بالغير والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "لا ضرر ولا ضرار"¹، والضمان هنا ليس عن العدول عن المفاوضات لأنه في حد ذاته مشروع، لكن الضمان يترتب على السلوك الخاطئ الذي اقترن بالعدول²، ويعد من قبيل السلوك الخاطئ كل ما يعد خروجاً على ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التفاوض، ولذلك نرى أنه يعد من قبيل الأخطاء في المفاوضات في الفقه الإسلامي. والتي تستوجب المسؤولية والخضوع لقواعد الضمان نسج الحيل والكذب.

الفرع الثاني: التفاوض في التشريعات الحديثة

رغم أهمية المفاوضات وخاصة في مجال عقود التجارة الدولية، فإن أغلب التشريعات المدنية الحديثة، جاءت خالية من نص خاص ينظم مرحلة ما قبل التعاقد¹، تاركة هذه المهمة للدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية، لسد هذا الفراغ أو هذا النقص التشريعي، والذي لم تسعفه المعالجات التشريعية الراهنة، فعلى وفق التحليل التقليدي السائد، تشريعاً وفقهاً وقضاءً، فالعقد يتكون من ركيزتين أساسيتين هما: الإيجاب والقبول، فيبدي أحد طرفي العقد الإيجاب ليكون الخطوة الأولى، ثم يرتبط بالشق الثاني الذي يصدر من الطرف الآخر وهو القبول، على

¹ إن هذا الاتجاه من جانب المشرع أثر بلا شك في اتجاه الفقه، الذي ركز بدوره على مراحل تنفيذ العقد وإنهائه، أكثر من تركيزه على المراحل السابقة على إبرامه. ينظر: محمد عبد الظاهر حسين، التطبيق العملي للثقافة القانونية (مجال صياغة العقود)، بحث مقدم في المؤتمر العربي الأول لتنمية ثقافة الوعي القانوني والوطني، بغداد، للفترة 10-12/3/2013، ص352.

أن يكون مطابقة وموافقة على نحو ينتج الأثر، المتمثل بالالتزام الملقي على عاتق كل من الطرفين المتعاقدين.

وكان للتغيير الجوهرى في طبيعة العقد، عن اتساع حجم الإنتاج الصناعى، وظهور نماذج جديدة من السلع أو البضائع أو الخدمات فعلاً عن تنوع حاجات الأفراد، وغير ذلك من العوامل التي ساعدت على ظهور أنماط جديدة من العقود، فلم يعد العقد مجرد اتفاق يرمي إلى أحداث أثر قانوني بل إن هذا الاتفاق أصبح ذا طبيعة مركبة، لذا يمكن تقسيم موقف التشريعات الوطنية والدولية من المفاوضات إلى ثلاثة أقسام: -

أولاً: تشريعات في دول قننت الأوضاع التي كانت تقوم على البساطة في إجراء المعاملات، أو المبادلات والتعامل المالي بين الأفراد، ولذلك جاءت التقنيات المدنية - بدءاً من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 - خالية من الإشارة إلى المفاوضات وقواعد تنظيمها¹، واكتفت بعض التقنيات المدنية بالإشارة إلى مرحلة المفاوضات، ولم تتناول بالتفصيل دراسة هذه المرحلة²، كقانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/3/9، إذ أشار المشرع اللبناني للمفاوضات في المادتين 178 و172، فالأولي نصت على أن: "عقد التراضي هو الذي تجري المناقشة والمساومة في شروط، وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادي

¹ ولكننا نجد أن المشرع يشير صراحة إلى المفاوضات في المادة (1104)، من المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، والتي نصت على أن يكون اقتراح المحادثات وسيرها وقطعها حرة، لكن يجب أن تراعى فيها مقتضيات حسن النية. لا يمكن أن يشكل فشل مفاوضات مرجع مسؤولية، إلا إذا كان سببه سوء نية أحد الفرقاء أو خطأ" أما المادة (1/1104)، فقد نصت على أنه: "يمكن للفرقاء أن يتعهدوا بموجب اتفاق مبدئي، على إجراء مفاوضات في وقت لاحق، حول عقد يجب تحديد عناصره، وأن يتعاونوا بحسن نية على تحديدها"، ينظر: كابيل (بيار)، المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 117.

² وقد حاول المشرع اللبناني، إعطاء وجود تشريعي للفترة السابقة على التعاقد في المواد (178) إلى (185) من قانون الموجبات والعقود، تحمل عنوان (المدة السابقة للتعاقد وإنشاء العقد) ينظر: الحاج فايز شاهين، في المسؤولية السابقة للتعاقد الناشئة عن قطع المحادثات، مجلة الشرق الأدنى (دراسات في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة القديس يوسف، العددان 31 و 32، بيروت، 1980، ص270، أشار إليه: حامد شاكر محمود، المفاوضات السابقة على التعاقد، أطروحة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، 2016، ص23.

والإيجار والمقايضة والإقراض)، وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكفي بعرضه عليه فقط، ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما تضمنه، ويسمى العقد إذ ذاك عقد موافقة (كالتعاقد على النقل مع شركة سكة جديد أو عقد ضمان)، أما الثانية فقد نصت على أن: "الرضا في العقود هو اجتماع مشيئتين أو أكثر وتوافقهما على إنشاء العلاقات الزمنية بين المتعاقدين".

أما المشرع العراقي، فقد اقتصر الأمر لديه، على التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، وهذا ما يلاحظ في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، حيث نصت الفقرتين (1، 2) من المادة (80) منه بأن: "1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً، 2- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض"¹.

كما وأشار المشرع العراقي إلى المفاوضات، وذلك في الفقرة (1) من المادة (76) من القانون المذكور أعلاه، على أن: "يطابق القبول الإيجاب، إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض المسائل، فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة".

كما أشار المشرع المصري إلى المفاوضات، في المادة (76) من قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999 في معرض إشارته، إلى الالتزام بالإعلام السابق على التعاقد، في عقود

¹ وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المصري الجديد يشتمل في المادة (143) علي نص مماثل لنص المادة (80)، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لعدم الحاجة إليه، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون النص عليه. انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص 41، أشار إليها، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، فق 21، ص 50.

نقل التكنولوجيا على أنه: "يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد، أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه..." ونجد بالمقابل انعداماً لأي تنظيم قانوني للمفاوضات في الأنظمة الأنجلو سكسونية، نظراً لهيمنة مبدأ حرية التعاقد، فقوانين هذه البلدان ترفض الاعتراف بأي عمل قانوني في المرحلة السابقة على التعاقد، وهذا ما أكد عليه مجلس اللوردات، بعدم اعترافه بأي التزام يقع على الطرف المتفاوض خلال فترة المفاوضات، مؤكدة على حرية المتفاوضين في البحث عن مصالحهم المشروعة، وكان من نتائج هذا الرفض هو انعدام تطبيق مبدأ حسن النية في قانون العقود، وخصوصاً خلال المرحلة السابقة على التعاقد، ولكن كان لمبدأ: "جوهر الأخلاق الفردية"، في قانون العقود، الأثر المهم في الحد من هيمنة مبدأ حرية التعاقد¹.

ثانياً: وخلافاً للاتجاه الأول الذي لم يول أهمية لمرحلة التفاوض، فقد قررت بعض القوانين المدنية الأوروبية تنظيم تشريعية لعملية التفاوض على العقود، فمنها من أشار إلى موضوع المفاوضات بشكل صريح، ومنها القانون المدني الإيطالي لسنة 1942، الذي أكد على ضرورة التزام حسن النية في مفاوضات العقود، وذلك في المادة 1337 تحت عنوان المسؤولية عن المفاوضات قبل التعاقد، إذ نص المشرع الإيطالي في هذه المادة بأنه: "على الأطراف مراعاة حسن النية في المفاوضات وتكوين العقد²، وبذلك يعد التقنين المدني الإيطالي أول من أشار إلى ظاهرة التفاوض في العقود.

¹ R.Monzer.La négociation des contrats internationaux, un essai d'harmonisé des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxonsm.thèse, 2006, Université Montpellier, p.99.

² Art.1337:"Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione contratto, devono comportarsi secondo buona fede". In English: "Parties behave in good faith during the pre-, contractual bargaining and contract draftinl In French: "Les parties dans les pourparlers et dans la conclusion du contrat doivent se comporter conformément au bonne foi."

وذهب في الاتجاه نفسه المشرع اليوناني، الذي نص على ذات المبدأ في المادتين 197،
198 من القانون المدني اليوناني لسنة 1946، وكذلك ذهب بهذا الاتجاه المشرع اليوغسلافي
في نص المادة 30 من القانون المدني لسنة 1978، حيث نصت على أن: "1-المفاوضات
التي تسبق إبرام العقد، لا تكون ملزمة ويمكن لكل طرف إنهاؤها في أي وقت. 2-ومع ذلك،
فإن أي طرف يدخل في مفاوضات دون أن تكون لديه النية في إبرام العقد، يكون مسؤولاً عن
الضرر الذي ينتج عن هذه المفاوضات. 3-الطرف الذي في مفاوضات ولديه النية في إبرام
العقد، ثم يتخلى عن هذه النية دون مبرر معقول فيلحق ضرراً بالطرف الآخر من جراء ذلك،
يكون مسؤولاً عن هذا الضرر".¹

فضلاً عن ذلك؛ تضمنت نصوص التعديل التشريعي لقانون العقود الفرنسي الجديد،
الصادر في عام 2016، على عدة مواد لعملية التفاوض في العقود، تتمثل في المواد 1104
و1112 و1112-1 و1112-2، حيث تعد المادة 1104 القاعدة العامة في مجال
المفاوضات إذ تنص على أنه: "يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية، يعتبر
هذا الحكم من النظام العام".

ثالثاً: وهو موقف الاتفاقيات الدولية، فنجد مبادئ المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون
الخاص لسنة 1994 "مبادئ Unidroit"² قد تناولت بشكل صريح مفاوضات عقود التجارة
الدولية.

¹ انظر نص المواد القانونية المشار إليها أعلاه لدى: رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 55. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود
التجارة الدولية، الطبعة الثانية، بلا سنة طبع، ص 145 وما بعدها.

² معهد روما لتوحيد القانون الخاص: يطلق علي هذا المعهد اسم " المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص ويصطلح على مبادئ عقود التجارة
الدولية الصادرة عنه" مبادئ اليونيدورا، وقد تم إنشاء هذا المعهد في روما - لهذا يسمى أحياناً باسم معهد روما لتوحيد القانون الخاص في عام
1926، تحت رعاية منظمة عصبة الأمم، وبعد انتهاء هذه المنظمة في الحرب العالمية الثانية، ظل هذا المعهد قائم، وتم إعادة تأسيسه عام 1940
بمقتضى اتفاقية متعددة الأطراف، وأصبح لهذا المعهد كياناً أو شخصية مستقلة، ويضم المعهد حالياً عضوية ست وخمسين دولة. ينظر: أبو العلا

وذلك من خلال البنود 13، 14، 15، 16 من المادة الثانية، حيث ينص البند 15: 1. للأطراف حرية التفاوض، ولا يسألون عند عدم التوصل إلى اتفاق. 2. ومع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات بسوء نية، عما لحق الطرف الآخر من إضرار. 3. ويعد من قبيل سوء النية بوجه خاص دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه، بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر¹.

أما اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، فإنها قد نظمت الإيجاب والدعوة إلى التفاوض مكتفية بالتمييز بينهما، وذلك في الفقرة الأولى والثانية من المادة 14، والتي نصت على أنه: "1- يعد إيجاباً أي عرض لإبرام العقد، إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددة بشكل كاف، وتبين منه قصد الموجب الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محدد بشكل كاف إذا عين البضائع، وتضمن صراحة أو ضمناً تحديداً للكمية والتمن أو بيانات، يمكن بموجبها تحديدها. 2- ولا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين، إلا دعوة إلى الإيجاب، ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض، قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك"².

علي أبو العلا النمر، القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية لمبادئ معهد روما "اليونيدورا" المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000، ص5.

¹ ينظر نص المواد (13، 14، 14) في مبادئ عقود التجارة الدولية.

² عادل محمد خير، عقود البيع الدولي من خلال اتفاقية فيينا، وجهود لجنة الأمم المتحدة والغرفة التجارية الدولية ICC، الطبعة الأولى، 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 109.

المطلب الثالث: أهمية التفاوض في العقود وخصائصها

لا تخفى أهمية التفاوض في جميع نواحي الحياة لا سيما العقود¹، فكلما كان الإعداد للعقد جيداً كان ذلك محققاً لمصلحة الأفراد، متضمناً الشروط التي تحول دون قيام منازعات فيما بين الأطراف المتعاونة في المستقبل، لا سيما أن هذه العقود قد تنصب على معاملات، تتسم بالتركيب والتعقيد الفني والقانوني، وقد تتطوي على جانب كبير من المخاطر الاقتصادية بالنسبة للمتعاقدين، لذلك تمر المفاوضات بمراحل طويلة في الغالب وشاقة ومعقدة، يتمكن من خلالها كل طرف من معرفة ما له من حقوق وما عليه من التزامات، في حال إبرام العقد مستقبلاً².

هذا وللمفاوضات في العقود خصائصها، التي من شأنها أن تزيد من أهمية المفاوضات في العقود حيث قد تتم هذه المفاوضات في مجلس واحد وبصورة شفوية، وقد تتم في غالب الأمر بين أطراف متعددة في أكثر من مجلس عن طريق المراسلة. وعليه سأقسم هذا المطلب إلى فرعين، أبين في الأول: أهمية التفاوض في العقود، على أن أخصص الثاني: البيان خصائص المفاوضات في العقود، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: أهمية التفاوض في العقود

تتشأ الحاجة للتفاوض في كل مجالات النشاط الإنساني تقريباً، أي حيثما توجد مصلحة مشتركة يوجد هنالك تفاوض، بل أن الإنسان يكاد يكون مندمجاً في عملية تفاوضية طول

¹ صديق محمد عفيفي و د. مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الحياة والأعمال، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1990م، ص37.

² سامي أفندي الحديديني، التعاقد بالمراسلة، مجلة المحاماة، مصر 1920، السنة الأولى، 1920، ص50.

حياته، ولا يخفى بالتالي مدى أهمية التفاوض في جميع نواحي الحياة، ومن أهمها العقود، حيث يحتل التفاوض على العقد أهمية بالغة ودور حيوي وفعال في الإعداد للعقد، فكلما كان الإعداد للعقد جيداً كان هذا محققاً لمصلحة الأطراف ومتضمناً الشروط التي تحول دون قيام منازعات فيما بينهم في المستقبل، ولا سيما وأن هذه العقود قد تنصب على معاملات تنسم بالتركيب والتعقيد الفني والقانوني وتتطوي على مخاطر اقتصادية جسيمة بالنسبة للمتعاقدين، الأمر الذي أصبح معه من الضروري أن يسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات من أجل الإعداد والتحضير للعقد، وذلك لكي يتوصل طرفاً العقد إلى تحديد شروطه ونقاطه، وإزالة ما قد يعتريه من غموض وتعقيد حتى يمكن الوصول إلى إبرام العقد على أسس سليمة وواضحة بما يضمن له قدرًا من النجاح والاستقرار في المستقبل¹.

وبالرغم من الأهمية البالغة للتفاوض على العقد فإن كثيراً من القوانين الحديثة ومنها²: القانون المدني الليبي والمغربي والمصري وكذا القانون المدني العراقي لم يتضمنان نصوصاً خاصة تنظم مرحلة التفاوض على العقد، وإنما تركت هذه المهمة لاجتهاد الفقه والقضاء³. لذلك سوف نتناول في هذا الإطار الأهمية القانونية للتفاوض على العقد التي يمكن إجمالها في كون المفاوضات تمنع الأطراف من الادعاء بالإدعان، وكذلك يعتبر التفاوض وسيلة مهمة تساعد على تفسير العقد في مرحلة تنفيذه.

بالرغم من أن المفاوضات تسبق إبرام العقد، إلا أن أهميتها لا تقتصر على مرحلة تكوينه (أ) وإنما تمتد لتشمل مرحلة تنفيذه (ب).

¹ صديق محمد عفيفي ود. مصطفى محمود أبو بكر: التفاوض في الحياة والأعمال، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1999، ص37.

² سمير حامد عبد العزيز جمال: التعاقد عبرة تقنيات الاتصال الحديث، دار النهضة العربية، ط1، 2006، ص97.

³ نسرين عبد الحميد نبيه: العقود الدولية، منشأة المعارف، 2010، ص207.

أ- أهمية المفاوضات أثناء تكوين العقد

وتتجلى هذه الأهمية في النقاط التالية:

أن المفاوضات تجعل من الإيجاب من صنع الطرفين معاً

وفقاً للوضع المألوف، فإن الإيجاب يكون من صنع أحد الطرفين، وهو الوجوب بحيث

إذا استكمل شروطه، فإن مصير العقد يتوقف على إرادة الطرف الآخر، فينعقد العقد بمجرد

قبوله منه، بما أن الإيجاب لا يزال قائماً.

غير أنه في العقود التي تسبقها مفاوضات لا يتوقف قيام العقد على مشيئة أحد

المتعاقدين، بل على مشيئتهما معاً، وذلك باعتبار أن الإيجاب على لإثر التفاوض قد أصبح

وليد الإرادة المشتركة للطرفين، وليس تعبيراً عن الإرادة الفردية لأي منهما.

وبيان ذلك أن المفاوضات تؤدي إلى وضع تصور مشترك لكافة الموضوعات التي جرت

مناقشتها، ومن ثم فهي تسفر عن صياغة مشروع للعقد، وهو ما يمكن اعتباره إيجاباً مشتركاً

أسفرت عنه إرادة الطرفين معاً.

وهذا الإيجاب المشترك على النحو المتقدم يجعل من القبول هو الآخر مشتركاً بين

الطرفين فهو ليس قبولاً من أحدهما فقط، وإنما قبول متبادل بينهما لإيجاب سطرته إرادتهما

المشتركة، وبالتالي فإن مشروع العقد الذي صاغته إرادتهما المشتركة لا يصبح عقداً بالمعنى

الحقيقي إلا بموافقة الطرفين معاً على هذا المشروع.

1- أن المفاوضات تؤدي إلى تكوين عقد متكافئ

وذلك باعتبار أنه عندما يسبق لإبرام العقد سلسلة من المفاوضات، فإن هذا من شأنه

فسح المجال أمام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية للدخول في لقاءات ومساومات ومناقشات

مكتفة حول شروط العقد، حيث يتم خلالها مناقشة كافة المسائل الهامة، كذلك المتعلقة بالثمن، وكيفية التنفيذ، ووقته، ومكانه، وضماناته، وجزاء الإخلال بالالتزامات التي ستنشأ، وبالتالي إذا ما أعد الأطراف العدة جيداً لهذه المفاوضات، جاء العقد متكافئاً ومحققاً لمصالح كافة الأطراف المتفاوضة.

2-طمأنة الأطراف وتذليل الصعوبات التي تواجههم أثناء إبرام العقد الإلكتروني. تكتسب المفاوضات أهمية خاصة في عقود التجارة الإلكترونية، نظراً لأن هذا النوع من التعاقد - أي التعاقد الإلكتروني - هو التعاقد عن بعد، لذا لا يستطيع كل واحد من أطراف التفاوض التحقق من شخصية الطرف الآخر، وفيما إذا كان هو أم لا، أو من أهليته للتعاقد، أو سلامة المستندات التي يقدمها، أو الضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد، كما أنه لا يستطيع التحقق من الخدمة أو السلعة المباعة بشكل ينفي الجهالة، فكيف يستطيع الراغب بالشراء أو طالب الخدمة التأكد من مصداقية العرض الإلكتروني، ومشروعيته من حيث وجود البضاعة أو الخدمة التي عرضها أحد الأشخاص من خلال موقعه أو ما يسمى بمتجره الافتراضي على شبكة الانترنت؟

كل هذه الأمور يمكن التأكد منها مبدئياً في مرحلة التفاوض، حيث يستطيع طالب الخدمة أو المشتري من خلال المفاوضات الاتصال بموقع التاجر صاحب العرض، ليدرس العرض المقدم منه، ويطلب ما يريد من المعلومات التي تساعد على التأكد من جدية ومشروعية العرض.

كما أن المفاوضات تساعد على وضع العقد الإلكتروني في صياغة قانونية صحيحة خاصة به، حيث إن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة دقيقة وأولية للشروط التي

سيجري تنفيذها، وهذه الصياغة لا يمكن أن تأخذ شكلها النهائي، إلا بعد مرورها بمفاوضات من شأنها إبراز جميع عناصر العقد، وهي مهمة جداً في العقود الإلكترونية، خصوصاً عندما تكون هذه مركبة يساهم في تنفيذها أطراف متعددة من دول مختلفة.

ب- أهمية المفاوضات أثناء تنفيذ العقد

وتتمثل هذه الأهمية فيما يلي:

1- الدور الوقائي للمفاوضات

حيث تلعب المفاوضات دوراً وقائياً أثناء تنفيذ العقد، وذلك باعتبار أن إجراء المفاوضات يؤدي إلى أن يأخذ الأطراف في عين الاعتبار قدر الإمكان التدابير والاحتياطات التي تمنع قيام أسباب النزاع مستقبلاً، حيث يتصور المتفاوضون المسائل التي قد تكون مثار خلاف بينهم، وي طرحونها قبل حدوثها، وهم بذلك يقتلون في المهد أسباب الخلاف. كما أن العقد عندما يكون مسبوقاً بمفاوضات، فإن كل طرف يكون مستتيراً بمضمون العقد ومحتواه، وبذلك يكون على بينة بشروط العقد ومداه، وهذا من شأنه أن يزيد من احتمالية تنفيذ العقد دون حصول أي نزاع.

وفي حقيقة الأمر إن المفاوضات تلعب دوراً وقائياً، سواء أسفرت عن إبرام العقد أو عدم إبرامه، وذلك باعتبار أن المفاوضات الجيدة إذا ما نتج عنها إبرام العقد تكون خير ضمانه لقيام عقد لا تتور أي منازعات بصدد تنفيذه، أما إذا لم تسفر المفاوضات عن إبرام العقد بعد تبين كل طرف لحقيقة الوضع فإنه لا يمكن وصف نهاية هذه المفاوضات التي وصلت إلى طريق مسدود وخصوصاً ما إذا كانت متأنية ودقيقة بأنها نهاية غير جيدة وذلك باعتبار أن

هذا من شأنه أن يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع بشأنه، وهو ما يجنب الأطراف ضياع الوقت والجهد والنفقات.

2- المفاوضات تحدد مضمون الالتزام العقدي

من المعلوم أن التزام المتعاقد لا يقتصر على ما ورد في العقد وإنما يمتد ليشمل مستلزمات العقد، وما تقتضيه طبيعة التعامل ومقتضيات حسن النية.

ومن الوسائل المعتادة للتعرف على مضمون الالتزام العقدي، أن يتم الرجوع إلى مرحلة المفاوضات، بما تم فيها من مناقشات ومشاورات ومراسلات ومكاتبات واتفاقات، كأن يذكر ما الأطراف في العقد التزام المتعاقد بتوريد الآلات للمصانع، فإن مستلزمات العقد تشمل أيضاً الأدوات التي تعد ضرورية لتشغيل هذه الآلات، وكيفية تركيبها في مصانع المشتري، إذا ما تمت مناقشة هذه المسألة أثناء المفاوضات دون اشتراط خاص بها.

وبالمقابل فإن المفاوضات قد تشير إلى استبعاد التزام معين من دائرة العقد من واقع إغفاله عند بيان التزامات المتعاقد، من ذلك التفاوض على أثمان قطع الغيار مثلاً، ثم إغفال ذكر شيء من ذلك في العقد النهائي وعدم إدراج ثمنه بين ما يلزم المشتري به، فهذا الأمر يعني بوضوح أن التزامات البائع قد تحددت بتوريد الأصل فحسب، وأن الطرفين قد استبعدا قطع الغيار من بين ما يسمى بمستلزمات العقد.

3- المفاوضات وسيلة لتفسير العقد في مرحلة التنفيذ

إذا كانت عبارات العقد واضحة ولا تثير في الذهن إلا معني واحد، فلا محل للتفسير، فهذه هي إرادة الطرفين وقد تم التعبير عنها بوضوح، ومن ثم يجب تنفيذها بحالتها، ولا مجال لمخالفتها عن طريق التفسير، وهو ما نص عليه القانون المدني الليبي، حيث نصت المادة

152 في فقرتها الأولى على أنه: (إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين).

وهو ما قضت به المحكمة العليا في ليبيا عندما ذهبت إلى أنه: (إنه وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة في تفسير عبارات العقد وتفهم نية المتعاقدين لاستنباط الواقع فيها، إلا أنه متى كانت عبارات العقد صريحة في الإنشاء عن المقصود فلا يصح تفسيرها أو تأويلها على خلاف ما تنبئ عنه).

غير أنه إذا كان في العقد بعض الألفاظ أو العبارات الغامضة التي تثير في ذهن أكثر من معني، فإن الأمر يستدعي في هذه الفرضية تدخل في حال النزاع لكي يقوم بتفسيرها، بهدف التوصل إلى معرفة ما اتجهت إليه إرادة الطرفين المتعاقدين، وهذا ما نصت عليه المادة 152 من القانون المدني في فقرتها الثانية:

أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعني الحرفي للألفاظ، مع الاهتمام في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري فيعاملات.

وذلك باعتبار أنه عندما تكون هناك ألفاظ وعبارات في العقد تثير أكثر معني، قد يكون في الأخذ بأحد هذه المعاني دون الآخر، تفضيل لمصلحة على أخرى من المصالح المتقابلة في العقد.

وباعتبار أن القاضي عندما يقوم بالتفسير يكون هدفه هو التعرف على الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين، وليس إرادة أحدهما فقط، فإنه مما يسهل عليه الوصول إلى هذا

الهدف الرجوع إلى المفاوضات التي جرت بين المتعاقدين قبل إبرام العقد، فتعد دليلاً في تفسير إرادة المتعاقدين ومعرفة مقصدها.

غير أن قيمة المفاوضات والدور الذي يمكن أن تلعبه في تفسير العقد، تختلف بحسب ما إذا كان هناك اتفاق بين الطرفين حول إمكانية الاعتداء بالمفاوضات من عدمه.

ففي حالة النص على الاعتداء بالمفاوضات، وذلك بتضمين العقد ما يفيد الاعتداء والالتزام بها، تعتبر جزءاً لا يتجزأ من العقد، ففي مثل هذه الفرضية فإن أهمية المفاوضات تتجاوز مجرد تفسير العقد وتصير جزءاً لا يتجزأ منه.

أما في حالة النص على عدم الاعتداء بالمفاوضات وذلك بأن يتضمن العقد ما يفيد بأن المفاوضات ليست لها أية قيمة قانونية، ففي هذه الفرضية تفقد المفاوضات كل قيمة قانونية سواء في تفسير العقد أو تكملته.

أما في حال سكوت الأطراف عن مصير المفاوضات، ففي هذه الحالة يمكن الاستعانة بما قد جري بين الأطراف المعنية من مفاوضات لتفسير العقد، بل إن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 وكما هو واضح من العبارات المستخدمة تلزم القاضي بالرجوع إلى المفاوضات التي تمت بين الطرفين، عند بحثه عن مقاصد الطرفين، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة الثامنة على أنه: (عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين، أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك، يجب أن يؤخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لا سيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين، والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما).

وقد نصت المادة الثالثة من نماذج اللجنة الأوروبية لبيع المصانع والآلات بأن:

(الأوزان والأحجام والنشرات وقوائم الأسعار والنماذج، تشكل دليلاً تقريبياً للعقد...)

وفي هذه الحالة تلتزم المحكمة بالاستقصاء والبحث عما جاء في المفاوضات التمهيدية للاستثناس فقط، دون أن يكون لها أثر ملزم بصفقتها تلك على طرفي العقد.... وأشار النص المذكور بأن هذه البيانات لا تكون ملزمة إلا بالقدر الذي يشار إليها صراحة في العقد نفسه). ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تفسير العقد، حيث لا رقابة عليه من المحكمة العليا، متى كان هذا التفسير مبنياً على أسس سائغة ومقبولة.

وهو ما قضت به المحكمة العليا حيث ذهبت إلى أنه: (إن المحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود والتعرف على حقيقة المقصود من المتعاقدين فيها، مادام تفسيرها لا يخرج عن المعنى الذي تحتمله عبارات العقد وليس فيه مسخ لأصلها، فإذا هي اعتمدت في تفسيرها على ما تفيد عبارات العقد في جملتها دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ ودون أن تنقيد بما تفيد عبارة معينة من عباراتها فإن ذلك مما يدخل في سلطتها التقديرية التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها).

وهذا ما تأكد أيضاً في حكم آخر للمحكمة العليا، عندما قضت بأنه: (إن قضاء المحكمة العليا مستقر على أن لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود والبحث عن النية المشتركة لطرفي العقد واستتباط حقيقة الواقع وما تم الاتفاق عليه فيها، ولا رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض طالما لم تخرج في تفسيرها إلى الحد مسخ عبارات العقد وتحميلها ما لا تحتمله).

الفرع الثاني: خصائص التفاوض في العقود

تتميز مرحلة التفاوض في العقود بمجموعة من الخصائص، التي من شأنها أن تجعل التفاوض ذات طابع ثنائي الجانب على الأقل، حيث أن التفاوض في العقود، لا تكون إلا من خلال مناقشة وتبادل وجهات النظر والحوار، ولا يمكن تصور هذه المسائل إلا من خلال وجود شخصين على الأقل، وإذا كان من الممكن تعاقد الشخص مع نفسه، أي أن يقوم بتبادل الإيجاب والقبول مع نفسه نيابة عن الطرفين أو أحد الطرفين، وأصيلاً عن نفسه، إلا أنه ليس من الممكن حدوث تفاوض الشخص مع نفسه¹. وفي هذا الفرع سأبين خصائص المفاوضات على النحو التالي:

- التفاوض تصرف إرادي

من أهم خصائص التفاوض أنه تصرف إرادي بحت، فهو دائماً يتم برضا الطرفين ودون أي إجبار أو إكراه، فالتفاوض لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول فيه بهدف إبرام عقد معين، إذا أن كل طرف لا يدخل في التفاوض مع الطرف الآخر، إلا بعد أن تكون لديه إرادة حقيقة عازمة على التفاوض، فلكل طرف حرية الدخول في التفاوض، وهذا يرجع إلى هيمنة مبدأ حرية التعاقد في العملية التفاوضية² الذي يحظى بأهمية عظمى في مجال العقود، ذلك ما نصت عليه المادة أولاً من مبادئ (اليوندروا) معاهد القانون الدولي لتوحيد القانون الخاص، إذ قالت: "يتمتع الأطراف بحرية إبرام العقد وتحديد مضمونه"³، ولكن هذه

¹ عبد الرازق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ نشر، ص50.

² عبد اللطيف نايف الجبوري، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص48 وما بعدها.

³ انظر ملحق مبادئ العقود التجارية الدولية (يونيدروا) المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، 1994، ص2.

الحرية التي تسود المفاوضات السابقة، على إبرام العقود ليست مطلقة، وإنما حرية الأطراف في التفاوض باحترام القواعد القانونية الآمرة واعتبارات النظام العام وذلك ما أشارت إليه أيضاً مبادئ اليونيدورا في المادة الرابعة أولاً بقولها: "ليس من المبادئ ما يقيد تطبيق القواعد الآمرة، سواء كانت وطنية أو دولية، ما دامت تطبق أعمالاً للقواعد الواجبة في القانون الدولي الخاص". إذا هي رغبة اختيارية لا تبدأ إلا عندما تتجه إرادة الطرفين، إلى الدخول بها بغية إبرام العقد فأنشاء فترة المفاوضات تبقى لإرادة الطرفين، ولها كامل الحرية في الانسحاب من المفاوضات، كما أن لها الحرية في الدخول بالمفاوضات، شريطة عدم الإضرار بالطرف الآخر¹، وقد قضت محكمة استئناف ليموجي الفرنسية في هذا الصدد "إذا كانت الحرية التعاقدية تفرض أن لكل من الأطراف المتفاوضة الحق في إنهاء المفاوضات الجارية طالما لم ينعقد العقد بشكل نهائي، فهذا الحق قد يستغل بشكل تعسفي وبالتالي يحق للطرف المتضرر الحصول على تعويض به إذا تبين وجود تعسف من الطرف الآخر"².

ومن ذلك الإضرار القطع المفاجئ للمفاوضات بدون سبب، أو تصرف فردي من أحد الأطراف، بعد أن كانت المفاوضات قد قطعت شوطاً طويلاً، ونشأ لدى كل من الطرفين اعتقاد بقرب الوصول إلي إبرام العقد³، حيث قضت محكمة استئناف كولمار الفرنسية بهذا الشأن من خلال قضية تتلخص أحداثها بمحادثات جرت بخصوص بيع مسكن بين السيد والسيدة (B)

¹ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون العدد الثاني، يونيو 1998، ص 770.

² cour d'appel de Limoges, 6 mars 2014, chambre civile. N de RG 13/00260

منشور على موقع: =

=<https://www.lezifrance.gouv.fr/affichJuridudi.do?OldActionrechJurijudi&idTexte=JURITEXT000028710472> & fastReqlد تاريخ الزيارة 2018/9/15

³ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيو 1998، ص 770.

والسيد والسيدة (X) وقد انهيت في مرحلة متقدمة جدًا" إن إنهاء المحادثات في هذه المرحلة النهائية من المفاوضات يأخذ شكل تعسفي من طرف البائعين مما يفرض توقيع جزاء عليهم بقيمة 10000 يورو¹ إذ قد تكون الغاية من التفاوض، هو للحصول على معلومات سرية عنه، أو لإعاقته عن إبرام صفقة مع آخرين إذ أن ذلك لا يعد تفاوضًا حقيقيًا لانعدام نية التفاوض لدى الطرفين، وهو ما يعرف عنه بالتفاوض الصوري أو الاحتيالي².

ونستنتج من ذلك؛ أن المفاوضات لا تتم إلا بالتراضي والتفاهم، وذلك لكي يحقق التفاوض النجاح والثمرة المرجوة منه، وهو إبرام العقد بما يحقق المصالح المتعارضة الطرفين بطريقة مفيدة لكليهما.

2-تعدد أطراف المفاوضات

إذ أن المفاوضات في العقود، لا تكون إلا من خلال المناقشة وتبادل وجهات النظر والحوار ولا يمكن تصور هذه المسائل إلا من خلال وجود شخصين على الأقل، لأن التفاوض يقوم في جوهره على التفاعل والتعاون والمشاركة التي تشمل عناصر التفاوض، وهذا يحتاج إلى تضافر الجهود حتى يؤدي ثماره، ولا يتصور حدوثه مع شخص واحد، وإنما لا بد من وجود شخصين على الأقل، وإذا كان ممكن أن يحدث تعاقد مع النفس، أي أن ينفرد شخص بإبرام عقد، عن طريق تبادل الإيجاب والقبول مع نفسه، نيابة عن الطرفين أو أحد الطرفين أو أصيلاً عن نفسه³، إلا أنه لا يتصور حدوث التفاوض مع النفس، فالتفاوض حقيقته يقوم على الحوار وتبادل وجهات النظر، ومحاولة تقريبها والتوفيق بين مصالح الطرفين المتعارضة، بنية

¹ cour d'appel de colmar, 9 octobre 2008, chambre civile 1, N de RG 06/04294

² ويقصد بالتفاوض الصوري: "تلك المحادثات التي لا تهدف إلى إحداث ولا تمهيد لإبرام عقد معين، وإنما تهدف تناول وجهات النظر فحسب، بشأن مسألة معينة". رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 556، 557.

³ عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 50.

التوصل إلى اتفاق مشترك¹ وهو ما يمكن اعتباره إيجاباً مشتركاً انصرفت عنه إرادة الطرفين معاً، أي أنهما يوجبان على نفسيهما الالتزام بالعقد النهائي²، وهذا محال أن يتحقق من قبل شخص واحد.

وهذا ما يجعل أن من خصائص المفاوضات في العقود، أنها تتم باتفاق الطرفين سواء أكان هذا الاتفاق صريحة أم ضمنياً أم مكتوبة أم شفوية، حيث أن التفاوض في العقود لا يحدث بالصدفة، وإنما بمقتضى اتفاق سابق بين الطرفين على التفاوض بهدف إبرام العقد، إذ يجب أن يكون هنا اتفاق بين طرفين، تتجه إرادتها من خلاله للدخول في المفاوضات، بقصد إبرام العقد النهائي³، حيث يقوم كل طرف بعد القبول، بالدخول في المفاوضات بالتحضير، والترتيب والإعداد للتفاوض على العقد من جميع النواحي، حيث يحدد أن الزمان والمكان الذين يتم فيهما التفاوض مستقبلاً⁴ وغالباً ما يكون هذا الاتفاق على شكل عقد، ويسمى (عقد المفاوضات)، وهو عقد يتعهد بمقتضاه الطرفان ببدء التفاوض ومتابعته وتنظيم سير المفاوضات، بغرض التوصل إلى إبرام عقد معين في المستقبل ويتضح من ذلك أن الأمر لا يتعلق بمجرد اتفاق على مطلق التفاوض، أو إنما هو تنظيم اتفاقي لمسار المفاوضات من الناحية الموضوعية والإجرائية، بما يتضمنه ذلك من التزامات محددة، يتحملها أطراف التفاوض أو أحدهما ضماناً لبلوغ المفاوضات أهدافها⁵.

¹ عبد اللطيف نايف الجبوري، مرجع سابق، ص47.

² طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الخامس، 1997، ص2.

³ محمد علي جواد، العقود الدولية مفاوضاتها وإبرامها تنفيذها، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص45.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص67.

⁵ محمد حسن قاسم، إبرام التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص82-83.

3-التفاوض ذات نتيجة احتمالية:

لما كان المبدأ هو حرية التعاقد، وعدم إجبار أي طرف على إبرام العقد، فإن النتيجة الطبيعية علي الأمر المتقدم، أن تكون المفاوضات احتمالية دائماً، فقد تتحقق وقد لا تتحقق¹، فأهم ما يميز مرحلة التفاوض، هو عنصر الاحتمال بمعنى أنه من غير المؤكد بالنسبة للطرفين، أن تلك المفاوضات قد تسفر عن اتفاق²، فليس كل تفاوض على العقد بالضرورة يؤدي إلى إبرام هذا العقد بالفعل، وإنما قد لا ينتهي التفاوض إلى نتيجة، فلا يتقيد الأطراف نهائياً بالعقد، إلا بعد أن تتبلور نقاطه الجوهرية بشكل يحظى بالرضا التام ومن دون أي ضغط على الإرادة³، فالواقع أنه لا يمكن التكهّن منذ البداية، بما تسفر عنه المفاوضات بين الطرفين، فهي إما تكلل بالنجاح أو تبوء بالفشل.

بمعنى أن كل طرف طيلة فترة امتدادها، يكون متمتعة بكامل حريته في إبرام العقد أو عدم إبرامه، أي أن إرادته بشأن إبرام العقد غير باتة وغير نهائية، حتى قبل آخر لحظة قبل إبرام العقد فلا تتقيد نهائياً، بل إن كل طرف يظل حراً في قطع هذه المرحلة في الوقت الذي يريد، ولا يعد العدول عن هذه المرحلة خطأ في ذاته، وإنما ينشأ ضرر يلحق المفاوضات الآخر، بمعنى آخر أن إرادة كل طرف تظل حرة في تدبر واختيار الأمور، التي تمثل ما في ذهنه. بعد أن يقوم بموازنته والإحاطة بجميع الآثار التي ترتبها هذه الأمور، لا سيما في العقود الكبيرة التي تحتاج إلى الدراسة اللازمة، والمناقشات القانونية والفنية والمالية المستفيضة،

¹ بالرغم من أن نتيجة التفاوض في العقود احتمالية دائماً، إلا أن الاتفاق على التفاوض لا يعد من العقود الاحتمالية، التي يكون أحد الالتزامات فيها متوقفاً في وجوده على أمر غير محقق الوقوع، أو غير محدد وقت وقوعه. انظر: عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992، ص76.

² حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، مراحل إعداد العقد الدولي، مرجع سابق، ص394.

³ حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام (ج1)، مصادر الالتزام، ط2، القاهرة، من دون ذكر جهة النشر، 1995، ص51.

للوصول إلى الرضا بين الطرفين، ومع ذلك ولكل ما سبق الإشارة إليه، فقد يحصل نزاع بين الطرفين في هذه المرحلة¹.

نلاحظ مما تقدم؛ أن هناك مفاوضات يهيمن عليها مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه وكما قلت سابقاً، فإن الالتزام بالتعامل بحسن نية ووفق مقتضيات الشرف، يعد قيداً على هذه المرحلة، ويتمثل هذا القيد بإجبار الأطراف التي تريد التعاقد، على إظهار النية الجادة في التعامل والرغبة الحقيقية في التعاقد، وإرساء عوامل التعاون مع أطراف هذه المرحلة، للوصول إلى عقد نهائي، وبالتالي طمأننتهم وتبديد عوامل الشك، والخشية المتبادلة من عدم الوصول إلى اتفاق، وإنجاز العقد المراد إبرامه². لذلك حاولت بعض القوانين في الأنظمة الأنجلو سكسونية والجرمانية، إلى إقامة نوع من التوازن في المرحلة السابقة على التعاقد، بين حرية التفاوض والحاجة إلى الضمانة القانونية؛ مما سيثجع المستثمرين على اتخاذ المبادرة للاستثمار، دون أية خوف من الخسائر، بسبب الخاصية الاحتمالية للمفاوضات³.

4- التفاوض في العقود مرحلة تمهيدية لإبرام العقد النهائي

بما أن الهدف من التفاوض هو التحضير للعقد النهائي، إلا أن المفاوضات لا تؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد النهائي، فهي لا تلزم الطرفين بالتوصل إليه، عملاً بمبدأ حرية التعاقد، بل تبقى منشغلة عن العقد النهائي، وتبقى العقود ملزمة أثناء المفاوضات المعاصرة للمفاوضات)، التي تسعى إلى تنظيم المفاوضات مستقلة عن العقد النهائي⁴، وإذا توصل طرفا

¹ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض دراسة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص77.

² عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام باعتناء د. محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 594.

³ حامد شاكر محمود، مرجع سابق، ص39.

⁴ يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص28.

العقد إلى اتفاق نهائي بشأن العقد فإنه هنا تكون جاهزة للانعقاد وهي مرحلة إبرام العقد، وإذا كانت المفاوضات مرحلة تمهيدية لإبرام العقد المنشود.

إلا أنها قد تكون مسبقة بإجراءات كدراسة الجدوى¹، كما نصت على ذلك بعض القوانين والتعليمات صراحة، على ضرورة تقديم دراسة الجدوى للمشاريع²، هذا وتأتي الدراسات والإجراءات التمهيدية في التأثير على فترة المفاوضات، فكلما كانت هذه الإجراءات تتسم بالجدية فإننا سوف نكون أمام مفاوضات تسودها الموضوعية، ولا يتطلب إجراؤها فترة طويلة من الزمن والعكس صحيح³.

5- التفاوض يقوم على التبادل في المقابل:

يتميز التفاوض بكونه يقوم على التبادل والأخذ والعطاء، فبواسطته يتعاون الطرفان فيما بينهما عن طريق تبادل العروض والمقترحات، ومن خلال ذلك يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه ويعدل في الشروط والمطالب التي جاء بها، حتى يتحقق نوع من التوازن بين مصالح الأطراف المتعارضة، فإذا انعدمت هذه الصفة أي القابلية على الحوار والنقاش أو التنازل، فلا يكون هنالك تفاوض، وإنما نكون بصدد عقد إذعان، فصيغة التفاوض تتضمن وجود فرص متكافئة لجميع الأطراف، لطرح كل شيء على طاولة الحوار، حيث منهجية الحوار تتيح فما من التبادل طبقاً للمبدأ السائد (خذ واعط) فالوصول إلى الاتفاق يتم بعمليات التفاوض، وهو

¹ دراسة الجدوى، عبارة عن مجموعة من الأسس العلمية المستمدة في علوم الاقتصاد وعلم المحاسبة أو بحوث العمليات، والتي تستخدم في تجميع البيانات ودراساتها وتحليلها، ويقصد التوصل إلى نتائج تحدد صحة المشروع في جوانبه المختلفة، القانونية والتسويقية، والبيئية والمالية والاجتماعية. ينظر: محمد شوقي، الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية، دار الفكر العربي، 1982، ص 231.

² نص المادة (١١/ثانياً/د) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006، ونص المادة (١٢/أولاً) من عمليات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2014.

³ نصيرة بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 1987، ص 118.

ما تؤكدُه قاعدة عرفية مهمة للتفاوض، وهي أن الاتفاقات والصفقات هي وليدة الحوار والتفاوض¹، كما أن مرحلة المفاوضات لا تعد ربحاً لأحد الطرفين وخسارة للطرف الآخر؛ لأن مصالحهما المشتركة في الباعث الحقيقي للوصول، إلى اتفاق نهائي حول موضوع العقد محل التفاوض.

6- التفاوض يجري بوسائل متعددة: إن المفاوضات تجري بأي حجة أو وسيلة يفضلها المتفاوضون، ولا يتقيد المتفاوضون باتباع طريقة معينة. فقد تجري المفاوضات بشكل مباشر عن طريق المشافهة أو اللفظ، وكذلك يمكن أن تجري عن طريق تبادل المكاتبات والرسائل والخطابات بين الأطراف المتفاوضة².

¹ ناجي محلا، التفاوض الاستراتيجية والأساليب (مدخل في الحوار الإقناعي)، الأردن، الطبعة الأولى، 1992، ص6.

² محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 141.

المطلب الرابع: تمييز التفاوض في العقود عما يشابهها من أفكار، والقواعد المنظمة لها

إن الهدف من وراء تمييز التفاوض عن الأفكار القريبة منه، هو تجديد نطاق المفاوضات في العقود، وكذلك بيان الدور الحقيقي الذي تلعبه المفاوضات في مجال العقود، لذلك رأيت أن من المهم جدًا أن أبين أوجه الاختلاف، بين المفاوضات وبعض الأفكار القانونية القريبة منها، لفك اللبس الذي قد يحصل بين المفاوضات في العقود، وبعض المصطلحات القانونية القريبة منها. كما رأيت من الضروري بيان القواعد القانونية المنظمة لإدارة المفاوضات في العقود، وهو ما سأبينه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: تمييز التفاوض في العقود عما يشابهها

سأتناول في هذا الفرع تمييز التفاوض عما يشابهها من أفكار ومصطلحات، وذلك كما يلي:

أولاً: تمييز التفاوض عن مرحلة إبرام العقد:

أصبحت العقود المهمة والمعقدة، وخصوصاً عقود التجارة الدولية، تمر بعدة مراحل قبل تنفيذها ومن هذه المراحل مرحلة المفاوضات في العقود، ومرحلة (إبرام العقد)، وبالرغم من التقارب بين هاتين المرحلتين، إلا أن هناك عدة نقاط يمكن من خلالها أن نحدد أوجه الاختلاف، بين المفاوضات في العقود ومرحلة إبرام العقد، يمكن بيانها كالتالي:

1. أن مرحلة التفاوض في العقود تسبق مرحلة إبرام العقد، وهذا أمر بديهي لا جدال فيه، حيث تأتي مرحلة المفاوضات في مقدمة المراحل التي يمر بها العقد، حيث يقوم أطراف العقد في البداية بمناقشة شروطه، ودراسته من جميع الجوانب الفنية والاقتصادية والقانونية، فإذا ما توصلوا إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، فعندئذ يمكنهما الدخول في مرحلة إبرام العقد، وذلك من خلال تبادل الإيجاب والقبول، سواء كانت بطريقة شفوية أو عن طرق وثيقة مكتوبة يوقعان عليها¹.

2. أن إرادة الطرفين غير باثة وغير نهائية في مرحلة التفاوض، فهي مجرد عروض وعروض مضادة، حيث يكون كل متفاوض متردد وغير مستقر على قرار نهائي، فلا يعرف ما إذا كان سيتعاقد أم لا، ولا يعرف ماذا سيأخذ وماذا سيعطي، أي لا يعرف حقوقه والتزاماته التي سيسفر عنها العقد لذلك تبقى إرادة غير نهائية طيلة مرحلة التفاوض؛ لأنه ليس هنالك إيجاب ولا قبول في هذه المرحلة وإنما مجرد اقتراح أو طرح تفاوضي غير ملزم. أما في مرحلة إبرام العقد، فإن إرادة الطرفين تكون باثة وعازمة على التعاقد، حيث تتجه إرادتهما إلى إبرام العقد نهائياً دون تردد، فيقوم أحد الطرفين بتوجيه إيجاب إلى الطرف الآخر، يتضمن شروط العقد الجوهرية، ويقوم الطرف الآخر بقبول هذا الإيجاب، فينعقد العقد بين الطرفين².

3. أن مرحلة التفاوض تستغرق وقتاً طويلاً، فقد يستمر التفاوض شهور وسنين، وعلى ذلك فإن التفاوض يحتاج إلى مناقشات مستفيضة ودراسة معمقة، وهذا كله يحتاج إلى

¹ مصطفى خضير نشمي: النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2014، ص20.

² رجب كريم عبد اللاه: مرجع سابق، ص74-75.

وقت طويل بخلاف مرحلة إبرام العقد، حيث تكون مرحلة قصيرة، فقد لا تستغرق إلا لحظات محدودة¹، وخصوصاً إذا كان التعاقد بين حاضرين وفي مجلس واحد، كما جاء في المادة (94) فقرة (1) من القانون المدني المصري بأنه: (إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص إلى آخر، بطريقة التليفون أو بأي طريق مماثل)².

يثور التساؤل عن الحد الفاصل بين التفاوض في العقود وإبرام العقد؟

تبدو أهمية بيان الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض في العقود ومرحلة إبرام العقد، في أن العقد ملزم بذاته لطرفيه، بينما المفاوضات الأصل فيها وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة هو الحرية، بحيث أن المتفاوضين ليسوا ملزمين بالعقد الذي يتم التفاوض بشأنه، غير أنه إذا نشأ هذا العقد، صار ملزمة لكل طرف فيه، ولبيان النقطة التي تنتهي عندها المفاوضات، وتبدأ بعدها مرحلة إبرام العقد.

يذهب فريق من الفقهاء إلى أن مرحلة التفاوض في العقود، تشمل كل الفترة قبل العقدية، ولا تنتهي المفاوضات إلا في اللحظة التي ينعقد فيها العقد نهائياً، ومؤدى هذا الرأي أن مرحلة المفاوضات تشمل تلك المرحلة، التي يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول النهائي، أي مرحلة إبرام العقد³.

¹ ابن أحمد صليحة: المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص. 10.

² نص المادة (94) من القانون المدني المصري، رقم 131، لسنة 1948.

³ جاك غستان: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010، ص199.

ويرى فريق آخر أن التفاوض على العقد، ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، إذ في هذه اللحظة تكون المفاوضات قد حققت الهدف منها، وهو توصل الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد الذي يسعى إبرامه، وبالتالي تنتهي مرحلة المفاوضات، وتبدأ مرحلة إبرام العقد، فيقوم أحد الطرفين بتوجيه إيجاب بالعقد، يتضمن بطبيعة الحال الشروط التي انتهيا إليها في مرحلة التفاوض إلى الطرف الآخر.

فإذا قبل الأخير هذا الإيجاب دون قيد أو شرط انعقد العقد نهائياً، وهكذا يكون الإيجاب هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض في العقود ومرحلة إبرام العقد، فحيث وجد الإيجاب انتهى التفاوض وحيث انعدم الإيجاب ظل الطرفان في مرحلة المفاوضات. ويمكن أن يحدث في الواقع العلمي عند إبرام العقود، أن أحد الطرفين يوجه إيجاب لا يلقى قبولا ولا رضا من الطرف الآخر، بل يصادف اقتراحاً مضاداً يتضمن في حقيقة الأمر تعديلاً لهذا الإيجاب، وهذا الاقتراح المضاد يعتبر إيجاباً جديدة، قد يلقى بدوره اقتراحاً مضاداً من صاحب الإيجاب الأول، وهكذا إلى أن يستقر الطرفان على رؤية واحدة للإيجاب، يصبح معها إيجاباً مشتركاً¹.

ثانياً: تمييز الدعوة إلى التفاوض عن الإيجاب:

بعد أن بينت أن الإيجاب هو الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد، فإنه لا بد لنا أن نفرق بين مجرد الدعوة إلى التفاوض والإيجاب، لما لهذه التفرقة من أهمية بالغة. حث أنها تلعب دوراً رئيساً في التمييز بين التفاوض وإبرام العقد².

¹ عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 10

² رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 80.

فمعيار التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، هو أن الإيجاب تعبير نهائي بات عن إرادة شخص يعرض التعاقد، أما الدعوة للتعاقد فهي تعبير غير بات، عن إرادة شخص يدعو آخر أن يتفاوض معه، على إبرام عقد معين، ولذلك فإن الإيجاب إذا قابل قبول انعقد العقد، أما الدعوة إلى التعاقد إذا قابلها قبول، فإنه لا يترتب عليها انعقاد العقد¹. لذلك سوف أقوم بتمييز الدعوة إلى التفاوض عن الإيجاب بالتعاقد فيما يلي:

1- الإيجاب بالتعاقد:

إن الإيجاب بالتعاقد هو ذلك التعبير، عن الإرادة الباتة المقترنة بقصد الارتباط بالتعاقد، الذي ينصب عليه العقد إذا لحقه قبول مطابق، وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدر في صيغة عرض غير مشروط متضمنًا تحديدًا واضحًا لكل الأركان الرئيسية، والمسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد المراد إنشائه، كما أن الإيجاب يمكن أن يوجه إلى شخص أو مجموعة أشخاص أو إلى الجمهور²، وحتى نكون بصدد إيجاب في وسعه الإسهام في تكوين العقد، وقيام مسئولية من صدر منه الإيجاب، لذا يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الصفات، نذكرها فيما يلي:

(أ) يجب أن يكون الإيجاب جازمًا أو باتًا:

ويقصد بذلك أن يصدر الإيجاب عن نية قاطعة حاسمة، تعكس عزمًا نهائيًا على التعاقد؛ لذا فالأصل أن يصدر الإيجاب منجزًا، أي مجردًا من أي تحفظ بحيث يكفي لقيام العقد مجرد موافقة الطرف الآخر، وإلا فقد الإيجاب صفته وصار مجرد دعوة للتفاوض، ويقصد بالتحفظ كل قيد يفرضه الموجب قاصدًا به، أما تقييد إبرام العقد ابتداءً، كأن يشترط موافقته

¹ أيمن سعد سليم، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2017، ص 9.

² محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 1999، ص 51.

على الشخص المتعاقد الآخر أو تقييد إبرامه وفقاً للشروط التي يتضمنها الإيجاب، كأن يعرض شيء للبيع بثمن معين ويحتفظ لنفسه في تعديل الثمن فيما بعد¹.

(ب) يجب أن يكون الإيجاب خالية من الغموض:

وذلك بأن تكون شروطه واضحة لا لبس فيها، فليس ثمة إيجاب صحيح، إذا ما وجه شخص إلى آخر عروضاً متناقضة يعارض بعضها الآخر، أو إذا كانت شروط العرض مخالفة لحقيقة الشيء المراد التعاقد بشأنه².

2- أما الدعوة إلى التفاوض:

الدعوة إلى التفاوض عبارة عن عرض يوجهه شخص إلى آخر أو إلى أفراد الجمهور، يعبر عن رغبته في التفاوض على عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل، دون أن يتضمن عرضه هذه الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ودون أن يعلن عن إرادته الباعة والنهائية في إبرام هذا العقد حيث تعتبر الدعوة إلى التفاوض بمثابة المبادرة الأولى في السعي لإبرام العقد، حيث تبدأ الفترة قبل العقدية في العقود القابلة للتفاوض بدعوة إلى الدخول في التفاوض، تصدر من أحد الطرفين، أو ما اصطلح عليه الفقه (الإيجاب بالتفاوض)؛ لأن الداعي إلى التفاوض إنما يعرض في الحقيقة على من وجهت إليه الدعوة، أن يدخل معه في التفاوض حول عقد معين، حيث يلتزم بموجب هذا العرض وبمحض إرادته أن يتفاوض مع من قبل التفاوض، ولذا فإن الدعوة إلى التفاوض تعد بمثابة إيجاب بالتفاوض، إذا ما اقترن بقبول ممن وجهت إليه الدعوة، والهدف من هذه الدعوة هو جس نبض من يستجيب لهذه الدعوة، للوقوف

¹ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص59.

² رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص82.

على مدى استعداده للتعاقد، وما يميز هذه الدعوة أنها لا تتضمن الشروط الواجب توافرها في الإيجاب بالتعاقد، والتي بينهاها سابقاً¹.

كما يعتبر من قبيل المفاوضات، أن يعرض شخص التعاقد، دون أن يحدد أركانه، كأن يضع إعلاناً يكتفي فيه أن يعرض منزلاً للبيع أو للإيجار، دون أن يذكر الثمن أو الأجرة، وكذلك النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو الأفراد، فلا يعتبر إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض².

وتتخذ الدعوة إلى التفاوض إحدى صورتين، الأولى: إما تكون دعوة صريحة إلى التفاوض الإيجاب الصريح بالتفاوض)، والثانية: تكون دعوة ضمنية للتفاوض (الإيجاب الضمني بالتفاوض) كما أن الدعوة إلى التفاوض بصورتها قد تقترن بقبول، وهو ما يسمى بقبول التفاوض، وهذا ما سأبينه فيما يلي:

(1) الدعوة الصريحة بالتفاوض:

يكون الإيجاب بالتفاوض صريحاً حين يعبر الداعي إلى التفاوض، عن رغبته بشكل صريح بحيث لا يلتبس - الأمر على من وجه إليه الإيجاب بالغرض من الدعوة، وهو التفاوض وليس الإيجاب بالعقد، لذا تسمى بالدعوة المقترنة بأسس التفاوض، حيث يقوم أحد الطرفين بدعوة الآخر إلى التفاوض بشكل صريح، فيحدد الأسس التي يجري عليها التفاوض، ويحدد له الإطار العام لحقوق والتزامات الطرفين في العقد المراد إبرامه، وأن هذا النوع من الدعوة الصريحة، تنتشر في مجال المعاملات التجارية خاصة في مجال المناقصات، ومن صور

¹ عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق، ص20.

² عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1970، ص206-207.

الدعوة الصريحة إلى التفاوض، ما يسمى بالتعاقد عن طريق المناقصة أو التعاقد المباشر، ويتم الإيجاب الصريح بالتفاوض، بتوجيه اقتراح إلى شخص أو إلى مجموعة أشخاص، للدخول معه في التفاوض بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه، وتتم هذه الدعوة إما شفاهية أو كتابة، أو عن طريق البريد العادي أو الإلكتروني،.... إلخ، وهذا ما نصت عليه المادة (79) من القانون المدني العراقي¹. وتكمن أهمية الإيجاب الصريح بالتفاوض بما يتضمنه من أسس التفاوض، التي تصلح أن تكون سند لتفسير العقد، وكذلك تكون دليلاً على سلامة الرضا من عيوب الغلط أو التدليس، إلا أن تحديد أسس التفاوض، لا تعني أن هذه الأسس ملزمة لطرفي التفاوض، ما دام القصد منها هو تنظيم التفاوض، وتسهيل مهمة الطرفين في التوصل إلى صيغة مقبولة للعقد المقترح².

(ب) الدعوة الضمنية للتفاوض:

هو الإيجاب الموجه من أحد الطرفين إلى الآخر، للدخول في مفاوضات بشأن إبرام عقد معين في المستقبل، حول موضوع معين دون تحديد العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، لهذا لا يلزم أن يكون الإيجاب بالتفاوض صريحاً، بل ممكن أن يكون ضمناً، وهذا ما جاءت به المادة (90) فقرة (2) من القانون المدني الليبي بقولها: (يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة

¹ حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية، في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة بابل الإسلامية، المجلد 13، العدد (2)، 2005، ص 13. وتنص المادة (79) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه: "كما يكون الإيجاب أو بالمشافهة، يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال، ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي".

² محمد إبراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، الرياض، السعودية، 1995، ص

ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً¹ ويتحقق الإيجاب الضمني بالتفاوض في إحدى صورتين هما:

الصورة الأولى: الدعوى الضمنية للتفاوض غير المتضمنة العناصر الجوهرية للعقد:

وهذه الصورة كثيرة الوقوع في الحياة العملية، ومثال ذلك أن يقوم شخص بعرض سلعة في واجهة محل دون بيان سعرها، فهذا العرض دعوة ضمنية للتفاوض، وكذلك الشخص الذي يضع لافتة على شرفة منزله، أو على الباب مكتوب عليها للبيع، يعتبر هذا الإيجاب ضمنياً؛ لأن المالك لم يعبر صراحة بأنه يريد التفاوض، وإنما يستنتج ذلك من خلال اللافتة.

الصورة الثانية: الدعوى إلى التفاوض المقترنة بتحفظ:

إذا وجه شخص دعوى إلى التفاوض لإبرام عقد معين إلى شخص آخر أو أفراد الجمهور وكانت هذه الدعوى مقترنة بتحفظ صريح أو ضمني، بالموافقة على شخص المتعاقد الآخر، فإن هذه الدعوى تعتبر مجرد دعوة ضمنية بالتفاوض، على أن الأمر يعتمد على طبيعة التحفظ، وما إذا كان هذا الأخير يسمح للموجب بالتوصل عن هذه الدعوى بطريقة تحكيمية أم لا، فإذا كان التحفظ يخول الموجب هذه المكنة، بحيث يستطيع التعاقد مع أي شخص وفقاً لمحض إرادته، فإن الإيجاب بالتعاقد يفقد صفته ويتحول إلى دعوة إلى التفاوض، أما إذا كان التحفظ لا يسمح للموجب بالتوصل من إيجابه بطريقة تحكيمية، فإن الإيجاب بالتعاقد يظل محتفظاً بإيجابه².

¹ نص المادة (90) من القانون المدني المصري، رقم 136، لسنة 1948.

² عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق، ص20.

أما بالنسبة إلى الأثر القانوني للدعوة الضمنية إلى التفاوض، فإنه لا يترتب عليها التزاماً حقيقياً على أحد الطرفين، إلا إذا تبين أن الإيجاب بالتفاوض الضمني، قد وصل إلى علم من وجه إليه، وحتى إن وصل إلى علم من وجه إليه يمكن للموجب بالتفاوض أن يرجع عن إيجابه، وهذا قبل أن يقترب بقبول، فهنا تتحول الدعوة الضمنية للتفاوض متى قبلها الطرف الآخر، إلى اتفاق التفاوض، وهو ما يفرض التزاماً باستمرار التفاوض بحسن نية¹.

(ج) قبول التفاوض:

لكي ينعقد التفاوض لا بد من أن تلقى الدعوة إلى التفاوض قبولاً من طرف من وجهت إليه الدعوة، فإذا ما وصل الإيجاب بالتفاوض إلى علم من وجه إليه، فإن لهذا الأخير مطلق الحرية في قبول التفاوض أو رفضه، ويأخذ قبول التفاوض صورتين؛ الأولى: أن يكون قبول من وجهت إليه الدعوة صراحة أي (قبول صريح)، والثانية: أن يكون (قبول ضمني) فيكون القبول الضمني بأخذ موقف، ينبئ بشكل غير مباشر على قبول التفاوض. وأما بالنسبة للأثر القانوني لقبول التفاوض، فحتى ينتج القبول أثره يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب بالتفاوض، ويترتب على قبول التفاوض دخول الطرفين في حوار ونقاش حول العقد محل التفاوض، وينتج عن الدخول في التفاوض التزام الطرفين بالتفاوض بحسن نية وما ينتج عنه من التزامات حتى الوصول إلى إبرام العقد نهائياً².

¹ نادر أحمد شحبة: أصول التفاوض، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط3، 2010، ص53.

² محمد إبراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مصدر سابق، ص30.

ثالثاً: تمييز التفاوض عن الوعد بالتعاقد:

إن كل من التفاوض والوعد بالتعاقد يدخلان ضمن المرحلة التي تسبق إبرام العقد، وكل منهما يلعب دوراً في التمهيد لإبرام العقد إلا أن هناك اختلاف بينهما، فالوعد بالتعاقد (هو الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، حينما يفصح الموعد له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقاً، لذا فإنه عقد يتم بتلاقي إرادتين، إيجاب من الواعد وقبول من الموعد له، ويعتبر الوعد بالتعاقد عقداً تمهيداً لأنه يمهد لإبرام عقد آخر)¹، أما التفاوض على العقد (هو تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها التواصل المباشر أو غير المباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضاه اتفاق بينهم أو من دون اتفاق، حيث يتم من خلال هذا التواصل تبادل العروض والمقترحات والتقارير وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل²).

فمن خلال تعريف الوعد بالتعاقد وتعريف التفاوض على العقد يمكننا أن نميز بينهما، فالوعد بالتعاقد لا بد أن يتوافر فيه جميع المسائل الجوهرية التي يجب أن تتوافر في العقد المراد إبرامه، إضافة إلى ذلك يجب تحديد المدة التي سيبرم فيها العقد، لهذا يعتبر الوعد بالتعاقد عقداً كاملاً لا مجرد إيجاب ولكنه عقد تمهيدي لا نهائي، وهذا ما جاء في نص المادة (101) بفقرتيها أولاً وثانياً من القانون المدني الليبي بقولها: (الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها) وجاء وفي الفقرة الثانية من المادة

¹ نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص133.

² حمدي محمود بارود: القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص133.

بأن (وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد)¹.

وكذلك جاء موقف المشرع العراقي، منسجمة تماماً مع ما ذهب إليه المشرع المصري، حيث جاء في المادة (91) من القانون المدني العراقي بفقرتيها أولاً وثانياً².

هذا وقد عالج القانون المدني الليبي والمصري، وكذلك القانون المدني الجزائري موضوع نكول الواعد بالتعاقد، حيث جاء في المادة (102) من القانون المدني الليبي والمصري بأنه: (إذا وعد شخص بإبرام عقد معين، ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر مطالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد، وبخاصة ما يتعلق بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد). تقابلها المادة (72) من القانون المدني الجزائري³.

نخلص من كل هذا، أن الوعد بالتعاقد لا بد أن يتضمن جميع الشروط والمسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد، وكذلك المدة التي يجب إبرامه فيها، وهذا على خلاف التفاوض، فهو مجرد مرحلة تمهيدية يتم فيها الحوار والمناقشة، وتبادل وجهات النظر، للوصول إلى اتفاق على المسائل الجوهرية وشروط العقد من دون التزامات، سوى الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

¹ نص المادة (101) من القانون المدني المصري، رقم 131، لسنة 1948. وكذلك المادة 101 من القانون المدني الليبي

² انظر: الفقرة (1) من المادة (91) من القانون المدني العراقي رقم (41) لسنة 1951 والتي نصت على أن: "الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما، بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم فيها" كما نصت الفقرة (2) من نفس مادة المذكورة بأنه: "إذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي، الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد".

³ انظر: المادة (102) من القانون المدني المصري رقم (131)، لسنة 1948. وكذلك نص المادة (72) من القانون المدني الجزائري رقم (58) لسنة 1975، بأنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد معين ثم نكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالبة تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد، وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

رابعاً- تمييز المفاوضات عن مرحلة المشروع

إضافة إلى مرحلة المفاوضات التي تعد أولى مراحل الفترة السابقة على التعاقد، فإن فترة ما قبل العقد تتضمن مرحلة أخرى تسم بمرحلة المشروع الذي يعرفه جانب من الفقه بقوله: ويعتبر مشروعاً ما تم الاتفاق عليه شفويا قبل تحرير سند كتابي بالعقد أو ما تم الاتفاق عليه في محرر عرفي قبل تحرير سند رسمي بالعقد إذا تبين نية الطرفين تعليق انعقاد العقد على وجود المحرر الكتابي في الفرض الأول أو على وجود المحرر الرسمي في الفرض الثاني¹. ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: يتمثل في قبول الإيجاب من قبل من وجه إليه مع تعليق انعقاد العقد على إجراء معين كتحريره في ورقة رسمية أو في حالة تحرير الطرفين عقداً ابتدائياً نصاً فيه على أن العقد لا يعتبر تاماً إلا بتوقيع العقد النهائي².

وتعتبر هذه المرحلة مهمة لاسيما في العقود التي تكون مسبقة بمفاوضات على غرار عقود التجارة الدولية أو العقود الأخرى ذات الأهمية الكبرى، حيث إنه غالباً ما يقوم بالتفاوض أشخاص ليسوا أطرافاً في العقد المراد إبرامه، كالخبراء والفنيين والاستشاريين أو غيرهم، ويكون لهم صلاحية التفاوض دون التعاقد، فبعد إنهاء المفاوضات يتفق المتفاوضون على أن يقوموا بصياغة ما توصلوا إليه من شروط وبنود في صورة مشروع عقد، إلى حين القيام بإجراءات التعاقد النهائية ممن لهم صلاحية إبرام هذا العقد³.

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا بأن فترة المشروع وإن كانت تتفق مع المفاوضات في أن كلا منهما جزء من المرحلة السابقة على التعاقد، وأن كلاهما ثنائي الجانب.

¹ أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص70.

² سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، 1956، ص141.

³ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص47.

- على الأقل- ويمهد لإبرام العقد النهائي، فضلا عن عدم لزومهما- فقد يبرم العقد

دون المرور بأي من هاتين المرحلتين- إلا أنه توجد العديد من الفوارق بينهما:

فهي تختلف عن المفاوضات باعتبار أن المشروع وإن كان ليس عقدا نهائيا إلا أنه يوجد

في هذه المرحلة تصور كامل لدى الأطراف عن عناصر العقد النهائي، في حين أنه لا يوجد مثل هذا التصور لدى الأطراف في فترة المفاوضات.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مرحلة المشروع تتميز بوجود النية الجازمة لدى

الطرفين لإبرام العقد النهائي، في حين أنه لا وجود لهذه النية في المفاوضات التي تعد مجرد

وسيلة لتبادل وجهات النظر ودراسة المقترحات المقدمة من مختلف الأطراف، ولا تتميز بوجود

النية الباتة لحازمة لدى طرفين لإبرام العقد النهائي، وحتى وإن أبرمت خلالها عقود في الغالب

مستقلة تمام الاستقلال عن العقد النهائي، والغاية منها تنظيم عملية التفاوض فحسب¹.

وإضافة إلى مرحلتى المفاوضات والمشروع قد تتضمن الفترة السابقة على التعاقد مرحلة

ثالثة تسمى بمجلس العقد.

خامسا- تمييز المفاوضات عن مجلس العقد

يعرف البعض من الفقه² مجلس العقد بأنه: اجتماع العاقدین حال كنهما منصرفين إلى

التعاقد لا يشغلها عنه شاغل، ويشترط أن يكون اتصال أحدهما بالآخر مباشرة.

¹ يونس صلاح الدين على، مرجع سابق، ص 77.

² محمد صديق عبدالله، مجلس العقد، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2011، ص 23.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه¹ إلى أنه: الإطار الزمني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكماً والذي ينشغلان خلاله العقد ويتبادلان فيه التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل التقليدية أو المستحدثة.

ومن خلال هذين التعريفين يمكن القول إن مجلس العقد يتفق مع المفاوضات في أن كل منهما يعد جزءاً من المرحلة السابقة على التعاقد، كما أن كل منهما وسيلة لإبرام العقد النهائي، فالمفاوضات تعمل على تقريب وجهات النظر في البداية للتوفيق بين مصالح الأطراف المعنية، وعندما يتم ذلك يأتي دور مجلس العقد، الذي يقوم بدوره هو الآخر كوسيلة لإبرام العقد النهائي عن طريق تلاقي الإيجاب والقبول.

وعلى الرغم من هذا التشابه إلا أن هناك العديد من أوجه الخلاف بينهما في العديد من الإيجاب، وهذا بخلاف مجلس العقد فمن ناحية أولى نجد أن المفاوضات تأتي قبل صدور الإيجاب، وهذا بخلاف مجلس العقد الذي يبدأ بإيجاب بات وجازم، ومن ثم فإن هذا الأخير هو الذي يوضح الحد الفاصل بين مرحلتى المفاوضات ومجلس العقد، حيث تتوقف المفاوضات بمجرد صدور الإيجاب ليكون توقفها إيذاناً ببداية مرحلة جديدة من مراحل الفترة السابقة على التعاقد وهي مرحلة مجلس العقد.

ومن ناحية ثانية فإن مجلس العقد أمراً لازماً لإبرام العقد النهائي في الفقه الإسلامي² لأن العقد لا ينعقد إلا في مجلس العقد، وهذا بخلاف المفاوضات إذا قد تخلو من المرحلة السابقة على التعاقد منها.

¹ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، الأزاريطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص 68.

² أما في القانون فإنه لا ينعقد في المجلس إلا في حالة ما إذا كان الإيجاب موجهاً لحاضر، وكان غير مقترن بميعاد للقبول، وهي الحالة التي يأخذ بها القانون بفكرة مجلس العقد، أما في حالة ما إذا كان الإيجاب موجهاً لحاضر وكان مقترناً بميعاد للقبول، أو كان الإيجاب موجهاً لغائب فإن العقد ينعقد دون التقيد بأحكام مجلس العقد انظر في هذا الخصوص:

ومن ناحية ثالثة فإن مجلس العقد يختلف عن المفاوضات من حيث التوقيت، وذلك سواء من حيث الترتيب الزمني أو الوقت الذي يستغرقه كل منها، فمن حيث الترتيب الزمني فإن فترة المفاوضات هي الأسبق دائماً وهذا أمر منطقي جداً وذلك باعتبار أن الإيجاب الذي تقف عنده المفاوضات يشكل بداية مجلس العقد.

أما من حيث الوقت الذي يستغرقه كل منهما، فإن فترة المفاوضات عادة ما تستغرق وقتاً طويلاً، لا سيما في العقود ذات القيمة الاقتصادية العالية، باعتبار أنها تحتاج مناقشات متأنية ودراسات مستقبلية، وهذا بخلاف فترة مجلس العقد التي عادة ما تكون قصيرة جداً، فقد لا تستغرق من الوقت سوى لحظات¹.

سادساً - تمييز المفاوضات عن المساومة

قد يعتقد البعض أن مصطلح المساومة مرادف للمفاوضات، وهذا مخالف للصواب وذلك باعتبار أن المساومة وإن كانت تتفق مع المفاوضات في أن كلا منهما يحدث في المرحلة السابقة على التعاقد، إلا أنها تختلف عن المفاوضات، لذا يجب التمييز وعدم الخلط بينهما، فالمساومة وإن مانت تعد تكتيكاً تفاوضياً فعالاً، إلا إنها تختلف عن المفاوضات باعتبارها نشاطاً أحادي الجانب، حيث يمكن أن تقع من أحد الطرفين فحسب، ولو لم تلق أي استجابة من الطرف الآخر، وذلك بخلاف المفاوضات التي تتميز دائماً بتعدد أطرافها، وذلك باعتبار أن التفاوض على العقد يقوم أساساً على الأخذ والعطاء من الجانبين، حيث يقومان سوياً

جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 21 وما بعدها.

¹ يونس صلاح الدين على، مرجع سابق، ص 32، 33.

بمناقشة شروط العقد المراد إبرامه وكافة المسائل المتعلقة به، وهذا لا يتصور أن يحدث من أحد الطرفين دون مشاركة من الطرف الآخر.

كما أن المساومة ترد على عنصر واحد من عناصر العقد، وهو الثمن، في حين أن التفاوض يرد على كل عناصر العقد، وبذلك تعد المفاوضات أوسع نطاقاً من المساومة، ويتأكد لنا هذا الاختلاف بين التفاوض والمساومة إذا ما علمنا أن المساومة يمكن أن تحدث في جميع أنواع العقود، سواء كانت قابلة للتفاوض أو غير قابلة للتفاوض، فإذا كان الأصل أنها تحدث التفاوض على العقد إلا أنها قد تحدث أيضاً أثناء إبرام عقد من عقود الإذعان غير القابلة للتفاوض¹.

سابعاً: تمييز المفاوضات السابقة على التعاقد عن المفاوضة الجماعية للشغل

نظم المشرع المغربي المفاوضة الجماعية في القسم الثالث من الكتاب الأول من مدونة الشغل في المواد من 92 إلى 103. وعُتبر كل من المفاوضات السابقة على التعاقد والمفاوضة الجماعية للشغل عبارة عن حوار وتشاور ونقاش من أجل الوصول إلى هدف معين، إلا أنه رغم ذلك فالمفاوضات السابقة على التعاقد تختلف عن المفاوضة الجماعية للشغل في النواحي التالية :

أطراف المفاوضات: إذا كان أطراف المفاوضات السابقة على التعاقد يكونون إما تجار أو أصحاب مصانع أو ممثلي الشركات التجارية فإن أطراف المفاوضة الجماعية للشغل، هما دائماً ممثلي المنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلاً أو الاتحادات النقابية للأجراء الأكثر

¹ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، م س، ص 120. وللمزيد حول الفرق بين التفاوض والمساومة انظر :
- جعيج نبيلة، مرجع سابق، ص 4 وما بعدها.

تمثيلاً من جهة ومشغل أو عدة مشغلين أو ممثلي المنظمات المهنية للمشغلين من جهة أخرى .

هذا، وإذا كانت المفاوضات السابقة على التعاقد تجري إما بين أطراف منفردة أو بين أطراف جماعية، فإن المفاوضات الجماعية للشغل، وكما يدل على ذلك اسمها، لا يمكن تصورها إلا في إطار حوار جماعي، يجري بين الأطراف المشار إليها أعلاه .

هدف المفاوضات : إذا كانت المفاوضات السابقة على التعاقد تهدف الوصول إلى تحديد عناصر عقد معين يتم تنفيذه في المستقبل، كيف ما كان موضوع هذا العقد، فإن هدف المفاوضات الجماعية للشغل يهدف دائماً، وبحسب ما جاء في نص المادة 92 من مدونة الشغل إلى :

تحديد وتحسين ظروف الشغل والتشغيل؛

تنظيم العلاقات بين المشغلين والأجراء؛

تنظيم العلاقات بين المشغلين أو منظماتهم من جهة وبين منظمة أو عدة منظمات نقابية للأجراء الأكثر تمثيلاً من جهة أخرى.

موقع المفاوضات في إبرام الصفقات العمومية

لم تعد وظيفة الدولة تقتصر على الأمن والقضاء وحفظ النظام العام، بل تجاوزت ذلك لتتدخل في مختلف مجالات الحياة، لتتحول بعد ذلك من دولة حارسة إلى دولة متدخلة ومواكبة لكل تطورات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الشيء الذي يجعل منها المسؤولة الأولى عن إنشاء البنيات التحتية وإدارتها تحقيقاً للصالح العام في مختلف

الميادين، وهذا الواجب أصبح يفرض عليها البحث عن أفضل الأساليب الفنية والوسائل المادية والقانونية التي تساعد على تحقيق أهدافها وبرامجها¹

ومن أهم هذه الوسائل والطرق التي تعتمد عليها الإدارة نذكر التعاقد عن طريق الصفقات العمومية، والتي يمكن تعريفها بأنها: "اتفاق يبرم بين الإدارة كسلطة عامة قائمة على تحقيق المصلحة العامة وبين الأفراد أو الشركات الخاصة من أجل إنجاز عمل معين يحقق المنفعة العامة وذلك مثل إدارة أحد المرافق العمومية أو توريد سلعة أو تقديم خدمة معينة، أو تنفيذ أحد الأشغال العمومية أو نقل البضائع والأفراد... إلخ، مع تضمين الاتفاق أهم شروط وقواعد تنفيذ العمل المطلوب وأهم حقوق وواجبات كل من الطرفين".²

كما عرفها البند الأول من المادة 15 من المرسوم الصادر في 5 فبراير 2007³ كما يلي:
"الصفقات عقود مكتوبة تتضمن دفاتر تحملات تحدد الشروط التي يتم بموجبها تنفيذ الصفقات وتتألف دفاتر التحملات من دفاتر الشروط الإدارية العامة ودفاتر الشروط المشتركة ودفاتر الشروط الخاصة".⁴

¹ بوسلهام كراد: النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية قبل إبرام العقد، مجلة الملف، العدد 11/ أكتوبر 2007، ص 175.
² المنيرة فاطمة: "نظام الصفقات العمومية، بحث لنيل دبلوم السلك العالي بالمدرسة الوطنية للإدارة، سنة 1995، ص 144.
³ مرسوم رقم 388.06.2 صادر بتاريخ 16 من محرم 5 (1328 فبراير 2007) بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5518 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 19 (1428 أبريل 2007)، ص 1235.
⁴ للتوسع أكثر حول موضوع الصفقات العمومية يرجى الرجوع إلى - :

عبد الله ليو: شفافية إبرام الصفقات العمومية بالمغرب في ضوء مرسومي 30 دجنبر 1998 و 5 فبراير 2007، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، الموسم الجامعي 2007-2008، ص 45 وما بعدها

ويتضح من هذا التعريف أن الإدارة يمكن لها عن طريق الصفقات العمومية، أن تتعاقد مع من تشاء للقيام ببناء البنية التحتية للدولة¹ أو توريد لتأثيت هذه البنيات² أو الحصول على خدمات³.

ويجب التأكيد أن الصفقات العمومية بالرغم من كونها عقود تبرم برضى طرفيها معا، فإنها مع ذلك لا تبرم بين طرفين متساويين في القوة أو الهدف، إذ نجد طرف أكثر قوة يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة (الإدارة) وطرف أقل قوة يسعى إلى تحقيق مصالحه الشخصية (الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي المتعاقد مع الإدارة)، والذي يعزز قوة الإدارة في التعاقد هو ما تملكه من امتيازات استثنائية في هذا المجال لا وجود لها في العقود المبرمة في إطار القانون الخاص⁴. كحقها في رفض أو قبول التعاقد وحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حال مخالفته لشروط العقد، وحقها أيضا في فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء⁵.

¹ يتعلق الأمر بصفقات الأشغال travaux des Marches وتبرمها الإدارة مع إحدى المقاولات من أجل القيام بأشغال لفائدة الإدارة كتشبيد بناية لتكون مقر لإدارة ما. للمزيد من التوسع حول هذا الموضوع يرجى الرجوع إلى - عبد الله حداد: صفقات الأشغال العمومية ودورها في التنمية، منشورات عكاظ، يونيو 2000، ص 4 وما بعدها .

² نقصد بذلك صفقات التوريد fournitures de Marches، تبرمها الإدارة مع إحدى مؤسسات إنتاج وبيع الأدوات كالحاسوب والكراسي لتجهيز مكاتبها، ويتم بموجب هذه الصفقة توريد الجهة المتعاقد معها لفائدة الإدارة البضاعة موضوع التعاقد .

³ تعني بذلك صفقات تقديم خدمة service de prestation de marches وهي عقود تبرمها الإدارة مع إحدى الجهات التي قد تكون خاصة أو عامة لكي تقوم هذه الأخيرة بمهمة نقل موظفيها... إلخ .

⁴ لقد أصدر المجلس الأعلى قرار قضى فيه بأن: "الصفقة عقدا إداريا بنص القانون الشيء الذي يعني أنه لا حاجة للبحث عن وجود شروط غير مألوفة في العقد المتعلق بها ليتمكن القول بأن الأمر لا يتعلق بعقد في مجال القانون الخاص -". قرار عدد 788 صادر بتاريخ 15 نونبر 1996، منشورات المجلس الأعلى (الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى)، 1997، ص 447.

⁵ حمادي حميدي: "طرق إبرام الصفقات العمومية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، أكادال، الرباط 1982، ص 7 وما بعدها.

هذا، وقد مر نظام الصفقات العمومية بالمغرب بتطور تاريخي مهم¹، فقبل بداية القرن العشرين كان إبرام الصفقات العمومية يستند إلى الفقه الإسلامي والعرف، حيث أن هذا الإبرام لم يكن يتطلب شكل معين إلا في أحوال خاصة كالتعاقد مع الأجانب، ثم جاءت معاهدة الجزيرة الخضراء في 17 أبريل 1906، ليتم بموجبها إنشاء لجنة الصفقات العمومية، وفي سنة 1917 صدر ظهير المنظم للمحاسبة العمومية تم بموجبه إلغاء لجنة الصفقات وتنظيم مسطرة إبرام الصفقات العمومية².

وبعد الاستقلال أصدر المشرع المغربي ظهير 6 غشت 1958 حدد من خلاله طرق إبرام الصفقات العمومية في المناقصة وطلب العروض ثم الاتفاق المباشر. أما مرسوم 19 ماي 1965³ فجاء ليجمع القواعد المنظمة لطرق إبرام الصفقات العمومية في وثيقة واحدة .

بعد ذلك جاء مرسوم 21 أبريل 1967 ليكرس ما جاء في المرسوم السابق وملزما مختلف الإدارات بإتباع أسلوب الصفقات إذا كانت النفقات العمومية التي تتجزأ الإدارة تتجاوز 100 ألف درهم، واستمر العمل على هذا الحال، إلى أن صدر مرسوم 14 أكتوبر 1976 الذي عمل على توسيع مجال طلب العروض وحالات الاتفاق المباشر وذلك برفع المبالغ القصوى المخصصة لإنجاز الأشغال أو التوريدات بناء على سندات الطلب . هذا، وقد فرضت الرغبة في إعادة تأهيل الاقتصاد الوطني، وذلك بجعله قادرا على مواكبة التحولات الاقتصادية إصدار

¹إسلمو سعيد: "دور الصفقات العمومية في التنمية الجماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق - أكاد - الرباط، الموسم الجامعي 2001-2000، ص 4 وما بعدها .

²بوسلهام كراد: النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية قبل إبرام العقد، م س، ص 176.

³مرسوم رقم 482.98.2 صادر في 11 رمضان 30 1419 دجنبر 1998 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض مقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتدبيرها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4654 بتاريخ 19 رمضان 7 9 يناير 1999، ص ص 13 - 12 والاستدراك بالجريدة الرسمية عدد 4705 بتاريخ 5 يوليوز 1999، ص 1780

المرسوم رقم 482.98.2 بتاريخ 30 دجنبر 1998¹، الذي تم بموجبه وضع مجموعة من المبادئ العامة تتعلق بإبرام الصفقات العمومية. وقد تم نسخ مقتضيات هذا المرسوم بموجب المادة 96 من المرسوم الصادر في 5 فبراير 2007، المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها.

هكذا، وعملا بمقتضيات المادة 16 من المرسوم الصادر في 5 فبراير 2007، نجد أن طرق إبرام الصفقات العمومية تتحدد في :

طلب العروض؛

المباراة؛

المسطرة التفاوضية .

إذن فمن خلال المقتضيات القانونية المنصوص عليها أعلاه، ومن خلال ما تضمنته المادة 2² 72 من نفس المرسوم أعلاه، يتضح أن الأصل في إبرام الصفقات العمومية يكون إما

¹ مرسوم رقم 116.65.2 مؤرخ في 19 ماي 1965، محدد للشروط والكيفيات التي يتم بها إبرام صفقات الأشغال والأدوات والنقل لحساب الدولة .

- ² تنص المادة 16 من المرسوم الصادر في 5 فبراير 2007 على ما يلي: طرق إبرام الصفقات هي - :

طلب العروض؛ -

المباراة؛ -

المسطرة التفاوضية .

ويكون طلب العروض مفتوحا أو محدودا، ويدعى "مفتوحا" عندما يتمكن كل مترشح من الحصول على ملف الاستشارة ومن تقديم ترشيحه، ويدعى "محدودا" عندما لا يسمح بتقديم العروض إلا للمترشحين الذين قرر صاحب المشروع استشارتهم . ويدعى طلب العروض "بالانتقاء المسبق" عندما لا يسمح بتقديم العروض، بعد استشارة لجنة للقبول إلا للمترشحين الذين يقدمون المؤهلات الكافية لاسيما من الناحية التقنية والمالية .

تمكن المباراة من إجراء تنافس بين مترشحين حول أعمال يتم تقييمها بعد استشارة لجنة المباراة، والتي سوف تشكل الأعمال التي سيتم طلبها برسم الصفقة .

وتنتج المسطرة التفاوضية لصاحب المشروع إجراء مفاوضات حول شروط الصفقة مع مترشح أو عدة مترشحين طبقا للشروط المنصوص عليها في المادتين 71 و 72 بعده

- . استثناء من مقتضيات البند 1 أعلاه، ووفقا للشروط المحددة في المادة 75 بعده، يمكن اللجوء إلى تنفيذ أعمال بمجرد سندات طلب.

عن طريق اللجوء إلى طلب العروض أو عن طريق اللجوء إلى المباراة، أما الاستثناء في إبرام الصفقات العمومية فهو اللجوء إلى المسطرة التفاوضية.

ترتبا عليه، يتبين أن موقع المفاوضات في إبرام الصفقات العمومية هو طريق استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في القانون .

هذا، وقد عرف البند الأول من المادة 71 من المرسوم الصادر في 5 فبراير 2007 الصفقة التفاوضية بأنها: وسيلة يختار بواسطتها صاحب المشروع نائل الصفقة بعد استشارة مترشحين والتفاوض بشأن شروط الصفقة مع أحدهم أو عدد منهم طبقا للشروط الواردة بعده. ويمكن أن تتعلق هذه المفاوضات التي لا يمكن أن تخص موضوع الصفقة أو محتواها على الخصوص بثمن العمل وأجل التنفيذ أو تاريخ الانتهاء أو التسليم .

كما حددت نفس المادة أعلاه في بندها الثاني كيفية إبرام الصفقة التفاوضية في وجهين

اثنين :

الأول: تبرم الصفقة التفاوضية بإشهار سابق وبعد إجراء منافسة .

الثاني: أو بدون إشهار سابق وبدون منافسة.

أما بخصوص حالات اللجوء إلى الصفقات التفاوضية فقد حددتها المادة 72 من المرسوم

الصادر بتاريخ 5 فبراير 2007 على سبيل الحصر في قسمين اثنين على الشكل التالي :

القسم الأول : يتعلق بالصفقات التفاوضية بعد إشهار مسبق وإجراء منافسة والتي

يكون موضوعها الأعمال التالية :

الأعمال التي كانت موضوع مسطرة طلب عروض أو مباراة ولم يقدم بشأنها إلا عروض اعتبرت لجنة طلب العروض أو لجنة المباراة غير مقبولة باعتبار المقاييس الواردة في نظام الاستشارة. وفي هذه الحالة يجب ألا يطرأ أي تغيير على الشروط الأصلية للصفقة ويجب ألا تزيد المدة الفاصلة بين تاريخ التصريح بعدم جدوى المسطرة وتاريخ نشر الإعلان عن الصفقة التفاوضية واحد وعشرين (21) يوما .

الأعمال التي يتعين على صاحب المشروع أن يعهد بتنفيذها إلى الغير حسب الشروط الواردة في الصفقة الأصلية على إثر تقصير من صاحب الصفقة .

القسم الثاني: يتعلق بالصفقات التفاوضية بدون إشهار سابق وبدون إجراء منافسة :
والتي يمكن أن تكون موضوعا للأعمال التالية :

الأعمال التي لا يمكن أن يعهد بإنجازها اعتبارا لضرورات تقنية أو لصيغتها المعقدة التي تستلزم خبرة خاصة إلا لصاحب أعمال معين؛

الأعمال التي تقتضي ضرورات الدفاع الوطني أو الأمن العام الحفاظ على سريتها؛

الأشياء التي يختص بصنعها حصرا حملوا براءات الاختراع؛

الأعمال الإضافية التي يعهد بها إلى مقاول أو مورد أو خدماتي سبق أن أسندت إليه الصفقة إذا كان من المفيد لحسن سير الصفقة اعتماد ذلك؛

الأعمال التي يجب إنجازها في حالة الاستعجال القصوى ناجمة عن ظروف غير متوقعة (زلازل، فيضانات، جفاف، منشآت مهددة بالانهيار...)؛

الأعمال المستعجلة التي تهم الدفاع عن حوزة التراب الوطني أو أمن السكان أو سلامة السير الطرقي أو الملاحة البحرية أو الجوية أو الناجمة عن أحداث سياسية استثنائية .

أما بالنسبة لشكل إبرام الصفقات التفاوضية، فيتم حسب المادة 73 من المرسوم الصادر

في 5 فبراير 2007إما:

- أ- بناء على عقد التزام يوقعه الراغب في التعاقد وعلى دفتر الشروط الخاصة؛
 - ب- إما بناء على مراسلة وفقا للأعراف التجارية التي تحدد شروط إنجاز العمل؛
 - ج- إما بصفة استثنائية بتبادل رسائل أو اتفاقية خاصة بالنسبة للأعمال المستعجلة المنصوص عليها في حالة الاستثناء الواردة في البند 6 من ثانيا من المادة 72 أعلاه .
- يظهر مما سبق أن موقع المفاوضات في إبرام الصفقات العمومية يحتل مكانا ضيقا لا يتسع إلا للحالات الاستثنائية المنصوص عليها حصرا في القانون وهذه الصفة الحصرية لا تقتصر على هذه الحالات الاستثنائية فحسب، بل تتسع لتشمل شكل إبرام الصفقات التفاوضية، الذي لا يجب أن يخرج عن الشكل المحدد من طرف المشرع في النصوص القانونية المنصوص عليها في المرسوم الصادر بتاريخ 5 فبراير 2007.

وعليه، فإنه لا يمكن تصور اعتماد الأطراف الراغبة في التعاقد على المفاوضات في إبرام الصفقات العمومية في غير الحالات المنصوص عليها في القانون.

الفرع الثاني: قواعد إدارة المفاوضات في العقود

تعد المفاوضات الوسيلة الأساسية والمتداولة في إبرام العقود، وتتطلب عند إجرائها الأخذ بكل مستلزمات النجاح، التي بواسطتها يمكن تحقيق الأهداف، التي يطمح إليها أطراف التفاوض، ولتحقيق ذلك يجب أن يأخذ كل طرف بعوامل النجاح، والابتعاد عن العوامل التي تؤدي بالعملية التفاوضية إلى الفشل، وأن يتمسك بقواعد العملية التفاوضية لتحقيق الأهداف والنتائج المرجوة.

وتستند هذه القواعد المؤثرة لنجاح المفاوضات أو فشلها، على نقطتين أساسيتين هما:

- **الأولى:** قواعد منهجية تتمثل بالاستراتيجية التفاوضية، والتقيد بالقواعد الأساسية المتبعة في العمليات التفاوضية؛ لأن التفاوض في العقود يقتضي معرفة الأسس التي يتسلح بها المفاوض، قبل الدخول في هذه المعركة القانونية.
- **الثانية:** قواعد بشرية؛ حيث إن العملية التفاوضية يعتمد نجاحها على مهارات ومواصفات شخصية يجب أن يتحلى بها المفاوض، حتى يستطيع أن يطبق المفاهيم وقواعد العملية التفاوضية، وهذا ما سأتناوله على النحو التالي:

أولاً: القواعد المنهجية لإدارة العملية التفاوضية:

قد يلجأ الفريق المفاوض قبل البدء بالعملية التفاوضية، إلى اختيار واعتماد المنهج التفاوضي أو الاستراتيجية، التي ستستخدم في المفاوضات. حيث يعد هذا الموضوع من أهم مستلزمات التفاوض الفعال والناجح، فالتفاوض بدون منهج علمي موضوعي، يحول العملية

التفاوضية إلى جدل ونقاش عقيم، لا يتوصل إلى نتيجة. ومن هذه القواعد المنهجية تتمثل على النحو الآتي:

1- التخطيط والإعداد للتفاوض:

يرتبط النجاح في أي عمل بمدى استخدام الأسلوب العلمي، في الإعداد والتخطيط لتنفيذه. وتظهر هذه الحقيقة بوضوح في التفاوض لإبرام العقود الكبيرة¹. فالتخطيط السليم هو الأساس الضروري العملية التفاوض، التي لم تعد عملية سهلة وبسيطة، بل تقوم على إرادات متصارعة ومصالح متعارضة، يجعل الحرص على إنجاح المفاوضات أمراً ضرورياً ومهماً². فالإعداد والتخطيط للتفاوض يساعد على إدارة المفاوضات بنجاح، وتوضيح الرؤية لجميع عناصر الموقف أمام المفاوض بشكل شامل. ويقصد بمصطلح (التخطيط للمفاوضات): "عمل دراسة للتنبؤ بمستقبل عملية التفاوض، على ضوء الظروف والملابسات التي يتم فيها التفاوض، وأهداف أطراف التفاوض واتجاهاتهم، وإمكانياتهم وأساليبهم التي تستخدم في المفاوضات". أما مصطلح (الإعداد للتفاوض) فهو: "عملية التحضير والتهيئة لبدء المفاوضات، وتوفير متطلباتها المادية والفنية والبشرية، بما يمكن من إجراء عملية التفاوض بيسر وفاعلية"³. نستخلص من ذلك؛ أن نجاح المفاوضات لا يكون إلا عن طريق استخدام أساليب تفاوضية مدروسة، تقوم على التخطيط الممنهج والرؤية الموضوعية للأمور المختلفة.

¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص26.

² مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح مدخل استراتيجي سلوكي، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005/2004، ص 96.

³ أبو العلا علي أبو العلا النمر، دور المستشار القانوني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص27.

2- استراتيجية التفاوض:

تعد الاستراتيجيات والتكتيكات التفاوضية، حجر الزاوية في نجاح أي مفاوضات¹، ويتم اللجوء إليها في مرحلة الإعداد والتخطيط، حيث يتم الاتفاق عليها مبدئيًا في ضوء ما سبق معرفته عن الطرف الآخر وعن الموقف المحيط به، إلا أن الاستراتيجية تختلف عن التكتيك. وإن كانا يؤديان إلى الهدف نفسه. فكلمة استراتيجية في مفهومها كلمة منهج، والمنهج يعني مجموعة الخطوات التي يجب اتباعها للوصول إلى هدف محدد أو لاكتشاف حقيقة، فاستراتيجية التفاوض تعني الخطة الموضوعية والمعدة مسبقاً، والتي تشمل على الخطوات العريضة للمسائل، التي سيتم التفاوض عليها وصولاً إلى الهدف المحدد. وبهذا المفهوم تحتاج إلى آلية أو أداة لتنفيذها، وتعمل على تحقيقه، وتسمى تلك الآلية من الناحية الفنية (التكتيك)، أما التكتيك فهو: "عمل محدد لتطبيق الاستراتيجية، التي تختلف عنه كونها تمثل الخطط البديلة، التي سيستخدمها المفاوض أثناء التفاوض لتحقيق أهدافه، بينما يمثل التكتيك العناصر الجزئية أو الخطوات التفصيلية التي تنوي عليها الاستراتيجية"².

وهناك أنواع لاستراتيجيات التفاوض: تعد الاستراتيجية التفاوضية، الإطار العام الذي يحدد الطريق ويؤلف القواعد والمنطلقات الأساسية للعمل والمهام التفاوضية، وهناك عدة استراتيجيات يستخدمها المفاوضون لبلوغ أهدافهم، مثل استراتيجية التشدد، استراتيجية الأخذ والعطاء، واستراتيجية الأمر الواقع، واستراتيجية العدالة³.

¹ ولاء علي محمد، دور المفاوضات في إدارة الأزمات الدولية دراسة نظرية مع التطبيق على أزمة الملف النووي الإيراني، الطبعة الأولى، مصر العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2011، ص58.

² ثابت عبد الرحمن إدريس، التفاوض (مهارات واستراتيجيات)، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص224.

³ عبد الله بن عطاء العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات الإدارية السعودية، 1998، ص105.

3-تكتيكات التفاوض:

كما سبق الإشارة، أن التكتيك عمل محدد لتنفيذ الاستراتيجية، أو هو مجموعة الوسائل والأدوات المستخدمة لتنفيذ الاستراتيجية¹، فعلى المفاوض أن يضع عددًا من التكتيكات، تناسب الهدف التفاوضي وتستخدم في الوقت المناسب².

ففي مجال التفاوض، فالتكتيك يخدم الاستراتيجية ويرتبط بها ويتبعها، والتكتيكات متعددة لا يمكن حصرها؛ لأنه من الممكن وفقًا لطبيعة المفاوضات إيجاد تكتيكات أخرى في ضوء التطور والتقدم التقني والعلمي، وقد يجمع المفاوض عددًا من التكتيكات أثناء المفاوضات، ولكن سأتطرق إلى ذكر نماذج محددة، ولا أتعلم في تعريف ما سأتطرق إليه، إلا بالقدر الذي يعطينا فهم لطبيعته. ومن هذه التكتيكات التي تطبق في محادثات وجولات مفاوضات العقود طويلة المدة:

1. ترك الطرف الآخر يقدم اقتراحه أو عرضه الأول، ثم يتناوله بالمناقشة والتنفيذ، وإسقاطه باقتراح مضاد أو بديل، مما يجعل صاحبه في موقف المدافع.

2. تكتيك المفاجأة في العرض والمناقشة، وهو يعني تعديل الأسلوب والطريقة في التحدث بطريقة مفاجئة للطرف الآخر. الانسحاب الظاهري من المفاوضات، وهنا يعلن أحد الأطراف انسحابه في اللحظة الحاسمة، فيحصل بذلك على مزيد من التنازلات من خصمه³.

¹ محمود علي، د. محمد عوض الهزيمة، المدخل إلى فن التفاوض، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر، عمان، 2006، ص 102.

² عبد المطلب الهاشمي، مهارات التفاوض وكيفية إعداد العاملين في مجال العقود، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، مجلد 10، العدد 18، حزيران 2007، ص 4.

³ عبد المطلب الهاشمي، مرجع سابق، ص 40-60.

3. تكتيك التحديد الزمني والموضوعي لنطاق التفاوض، ويرمي هذا التكتيك إلى حصر الطرف الآخر ومنعه من التسويف والمماطلة، ودفعه إلى اتخاذ قرار متسرع، أو النزول إلى مطلب معين في التفاوض وهذا من شأنه أن يحسم المفاوضات ويمنع المماطلة أثناء التفاوض.

4. تكتيك الصمت المؤقت في الحوار التفاوضي، أي الإحجام عن الحديث في وقت محدد، والامتناع عن الرد الفوري وتأجيل الإجابة، وهذا يعد تكتيكاً من قبل المفاوض لتنفيذ استراتيجيته، مثال ذلك المحامي والمستشار القانوني الذي يعرف متى يقف عن الكلام، عندما يفاوض على عقد صفقة تجارية والبائع الذي ينصت كثيراً، ويفاوض على ما يريد ببيعه بأناة ودون عجلة من أمره¹.

5. تكتيك المساومة أحد أدوات التفاوض، ويتمثل بتقديم الفريق المفاوض طلبات أكثر، ورغبات أكبر من التي يرغب الحصول عليها. وهذا النوع من التكتيك يساعد الطرف المفاوض، على تقديم تنازلات عن بعض الطلبات التي لا يرغب بها، ومن ناحية أخرى يبدو أمام الطرف الآخر كأنه يتعاون فيضطر الموافقة على الطلبات الأخرى، وهذا ما تؤكده قاعدة: "ابدأ بطلب الأكثر لتحصل على الأقل الذي تريده"².

ثانياً: القواعد البشرية لإدارة العملية التفاوضية:

يعد الإنسان من أهم أركان العملية التفاوضية، فهو القادر على إدارة العمليات التفاوضية بنجاح، أو قيادتها إلى الفشل، فهو الضابط لها والمتحكم في قيادتها، فإدراك المفاوض للظروف

¹ عبد الله بن عطف العوفي، مرجع سابق، ص106.

² سنان عبدالله حسن الدعيس، دور المفاوضات في حل منازعات الحدود الدولية "دراسة تطبيقية لنسوية النزاع الحدودي بين اليمن والسعودية"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2009، ص307.

المحيطة بالعملية التفاوضية، ومعرفته بالمهارات المطلوبة، هي عوامل النجاح في تحقيق الأهداف التفاوضية المرسومة، وهذا ما سأتناول توضيحه على النحو التالي:

1-صفات المفاوض الناجح:

لا بد من توضيح المقصود بالصفات، قبل أن نذكر الصفات الشخصية التي يمتلكها بعض الأفراد، ولها تأثير على نتائج العملية التفاوضية، فالصفات الشخصية هي المواهب والمميزات التي تميز الشخص وتولد معه، ولا يمكن اكتسابها بالتجارب والتدريب، ولا يمكن تعلمها في المجالات الدراسية، ولكن يمكن صقل هذه الصفات، من خلال الممارسة في العمل والخبرة التفاوضية والتدريب.

لهذا لا نجد محددة متفق عليها في علم التفاوض، على الصفات الشخصية المطلوب توافرها في المفاوض الناجح، أو الفريق التفاوضي، ومنها الذكاء والتكامل الشخصي.

2-المهارات الواجب توافرها في المفاوض الماهر:

كما أشرت إلى ذلك آنفاً أن المهارات التفاوضية، وإن كانت تعتمد على الطبيعة الشخصية، إلا أن المفاوض الماهر أفضل من غيره؛ لما يكون لديه من مهارات اكتسبها، وعمل على تطويرها وتحسينها، بجانب ما لديه من مقومات شخصية أو نفسية تؤهله للتفاوض الناجح، وجعل فرص نجاح عملية التفاوض مرتفعة جداً. ولا يوجد اتفاق عام بشأن أنواع هذه المهارات، ومدى تأثيرها على نجاح العملية التفاوضية، فهناك مهارة التحدث، ومهارة إجابة الاستماع والإنصات، ومهارة الإقناع، ومهارة تنظيم الوقت، ومهارة التوظيف الجيد للمعلومات.

خلاصة ذلك؛ على المشتغلين في التجارة الدولية، أن يقوموا بإعداد فريق من المفاوضين، يراعي في تكوينه ضرورة أن يضم خبرات مالية وفنية، وأن يتمتع رئيس فريق

التفاوض بقوة الشخصية والقدرة على اتخاذ القرار، وأن توزع الأدوار والمسؤوليات بدقة بين أعضاء فريق التفاوض.

المبحث الثاني: نطاق التفاوض في العقود

تعتبر المرحلة التي تسبق إبرام العقد، ذات أهمية خاصة بالنسبة للمتعاقدين، وذلك لما تحتويه من عناصر يتم على ضوءها، تحديد لأهم الالتزامات والحقوق لأطراف العقد.

وذلك لما ينشأ عنها من مشاكل قانونية عديدة، سواء ما يتعلق منها بالمخالفات اللاحقة للالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية، التي تنشأ على عاتق الطرف الذي بسببه لم ينعقد العقد، وتتوقف العلاقات بين الأطراف على هذه المرحلة السابقة على التعاقد¹، ومرحلة ما قبل التعاقد، تبدأ من الوقت الذي يعلن فيه أحد الطرفين للآخر، عن رغبته في التعاقد، وإن لم تصل هذه الرغبة أو الإرادة إلى مرتبة الإيجاب، والمفاوضات تنتهي بتمام انعقاد العقد.

وفي العصر الحديث، عادة ما تطول مرحلة ما قبل التعاقد، حسب أهمية موضوع العقد، مثل العقود الكبيرة ذات القيمة الاقتصادية العالية، ولا تقل مرحلة ما قبل التعاقد أهمية عن المرحلة التالية للتعاقد، ففي مرحلة ما قبل التعاقد، قد تنشأ عيوب الإرادة وبالأخص الغلط والتدليس، وكذلك ما يتعلق بأركان العقد مثل عيوب الرضا، أو عدم مشروعية السبب. وكل ذلك يمكن تلافيه من خلال هذه المرحلة².

¹ محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص727.

² محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص3-4.

والمرحلة السابقة على التعاقد، هي فترة استكشافية لما تثيره من المناقشة والمساومة والمحاورة والمراوغة، والكر والفر والإصرار، وتكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد، فكلما كان الإعداد جيدًا؛ كلما كان مضمون العقد متوازنًا ومتعادلاً¹.

ووفقًا للقواعد العامة التي تحكم هذه المرحلة، يقتضي من الباحث بحث مراحل المفاوضات وما تمر به، ونظرًا لأهميتها سوف يتم بحث كل منها في مطلب مستقل. بعدها ننتقل لدراسة مجال المفاوضات السابقة على التعاقد، بعدها ننتقل للحديث على عقود التجارة الدولية في المطلب الثالث كنموذج صريح للعقود التي يعتمد فيها على المفاوضات لشكل بارز وقوي

المطلب الأول: مراحل التفاوض في العقود.

المطلب الثاني: مجال المفاوضات السابقة على التعاقد

المطلب الثالث: عقود التجارة الدولية

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني في المرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص9.

المطلب الأول: مراحل التفاوض في العقود

تتميز مرحلة التفاوض في العقود عن غيرها من مراحل العقد الأخرى، بثنائها بالاتفاقات والعقود التمهيدية الممهدة لإبرام العقد النهائي. وتتنوع هذه الاتفاقات والعقود التمهيدية، وتتفاوت في قوتها الملزمة، وعلى ما ترتبه من آثار قانونية فيما بعد. وأن هذه الاتفاقيات والعقود الممهدة أو التمهيدية انبثقت من الواقع العملي، وأن معظمها قد انتشر في المعاملات الدولية، قبل أن تنتقل منه إلى المعاملات الداخلية¹.

ويمكن تقسيم هذه الاتفاقيات إلى فرعين:

- الفرع الأول: الاتفاقيات والعقود التمهيدية المنظمة لعملية التفاوض.
- الفرع الثاني: الاتفاقيات والعقود التمهيدية اللاحقة لعملية التفاوض، والسابقة على إبرام

العقد النهائي

الفرع الأول: الاتفاقيات والعقود التمهيدية المنظمة لعملية التفاوض

الأصل أن يتم التفاوض بحرية بين الأطراف، دون وجود اتفاق على تنظيمها، أو إطار يفرض التزامات على عاتق أطرافها، ولكن قد يلجأ الأطراف في بعض الأحيان، إلى إبرام اتفاقات تكون الغاية منها تحديد التزامات كل طرف، من حيث بدء المفاوضات وتنظيم سيرها بحسن نية، ومن هذه الاتفاقيات المنظمة لعملية التفاوض:

¹ مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المنشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2002، ف153، ص 229، وما بعدها.

أولاً: الاتفاق على بعض العناصر الجوهرية للعقد موضوع التفاوض:

في بعض الأحيان لا يصل الأطراف إلى اتفاق، على جميع عناصر العقد المزمع إبرامه دفعة واحدة، خاصة خلال فترة المفاوضات الطويلة والمكلفة، وإنما يتم ذلك تدريجياً، فيتم التوصل إلى اتفاق على بعض جزئيات العقد، ويؤجلون مناقشة باقي أجزاء العقد، أو بقية المسائل إلى وقت لاحق حيث يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويختلفون حول المسائل الثانوية أو بعضها، إلا أنهم يقررون الاحتفاظ بها في وقت لاحق للاتفاق عليها¹، حيث أن العقد لا ينعقد لمجرد اتفاق الطرفين، على الدخول في رابطة تعاقدية، بل يجب أن تتلاقى إرادة الطرفين على محل هذا الاتفاق، وأن العناصر الجوهرية للعقد هي مسألة نسبية، تختلف من عقد إلى آخر حسب نوع وطبيعة العقد، ومن متعاقد إلى آخر حسب تقديره الشخصي لظروف العقد²، وأن تحديد العناصر الجوهرية للعقد، لا تثير صعوبة للعقود المسماة، التي اختص المشرع بتنظيمها وتحديد العناصر اللازمة لانعقادها، وإنما الصعوبة تكمن في العقود غير المسماة، ويتم التوصل إلى تحديد العناصر الجوهرية للعقد غير المسمي، من خلال البحث عن الغرض الاقتصادي للعقد، بحيث لا يعتبر من العناصر الجوهرية، سوى الالتزامات التي تبدو ضرورية لتحقيق غرضه الاقتصادي³، وأن الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، يعد مصدراً لقيام العلاقة التعاقدية التي تؤمن التزاماً على عاتق طرفيه

¹ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري) ج1، مصادر الالتزام الإدارية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1968، ف55، ص 83.

² محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، فقرة (22)، ص 34.

³ عبد العزيز المرسى حمود، مرجع سابق، ص17.

بالتفاوض، سواء أكان المغزى من هذا الاتفاق هو إكمال انعقاد العقد، أو تعليق انعقاده على التوصل إلى اتفاق لاحق بشأن المسائل المؤجلة¹.

ثانيًا: اتفاق الإطار:

في بعض الأحيان يلجأ الطرفان المتفاوضان، إلى إبرام سلسلة من العقود ذات الطبيعة الواحدة، كعقد التوريد مثلاً، وعلى ضوءه يقوم الطرفان بوضع شروط موحدة لجميع العقود المستقبلية، التي سيدخل بها الطرفان بمناسبة كل صفقة على حدة، والتي ستقتصر على البيانات الفردية المتعلقة بالصفقة ذاتها²، وتسمى هذه الروابط (اتفاق الإطار الذي يكون دوره، على تنظيم إبرام هذه العقود في المستقبل، وهو عبارة عن اتفاق أولي أو ابتدائي، يشتمل على إبرام عقود لاحقة، تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ، ويكون المغزى من هذا الاتفاق، تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود، في حين يترك تحديد المسائل الأخرى؛ لكي تتم من خلال العقود اللاحقة، التي يشكل هذا الاتفاق إطاراً لها³، وتتطلب المسائل الأخرى تراضياً جديداً غير التراضي الذي على أساسه أبرم الاتفاق التمهيدي اتفاق الإطار)، والتكيف القانوني لعقود التطبيق أو التنفيذ، أن اتفاق الإطار هو: "عبارة عن اتفاق يتولد عنه الالتزام بالقيام بعمل"، وهو يهيئ لهذه العقود التي يمكن للأطراف من خلالها، تنفيذ تعهداتهم بإبرام العقد النهائي⁴.

¹ محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، صورها وأحكامها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، العدد الأول، السنة السابعة والأربعون، يناير 2005، ص 129 وما بعدها.

² محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 109.

³ جعفر الفضلي، عقود الأطر المنظمة للبيع، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، العدد 12، سنة 2002م، ص 11.

⁴ صدام فيصل كوكز المحمدي، اتفاقات الإطار، دراسة في آليات التعاقد المنظمة للعلاقات القانونية المستمرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2006، ص 91.

وتناولت المادة 1104-1 من المشروع التمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في فرنسا هذا الاتفاق بقولها: " يمكن للأطراف أن يتعهدوا بموجب اتفاق مبدئي على إجراء مفاوضات في وقت لاحق حول عقد يتعين تحديد عناصره وأن يتعاونوا بحسن نية على تحديدها"¹.

من خلال ما تقدم يتبين أن اتفاق التفاوض أو الاتفاق المبدئي أو اتفاق الإطار بشأن عقد معين إنما يكون اتفاقاً على مبدأ هذا العقد، أي اتفاق على الهدف الذي يقصده الأطراف، دون التوصل بعد إلى اتفاق على العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاد هذا العقد، فالتفاوض بشأن هذه العناصر يكون هو محل اتفاق الإطار، وبهذا المعنى يتضح أن اتفاق التفاوض أو اتفاق الإطار؛ هو اتفاق سابق على العقد الذي يقصده أصلاً الأطراف، هذا الاتفاق يمهد ويحضر لهذا العقد دون أن يختلط به، وهو إذاً من العقود التمهيديّة أو التحضيرية، وهو في هذه الحدود يتفق مع الوعد بالتعاقد، والوعد بالترفضيل².

ثالثاً: الاتفاق الجزئي:

في بعض الأحيان ينطوي العقد المراد إبرامه، على العديد من الجوانب المعقدة التي تخضع جميعها للتفاوض، وقد يصل المتفاوضون إلى الاتفاق على بعضها قبل البعض الآخر، فيكون هناك اتفاق جزئي أو مرحلي، في نهاية كل مرحلة تفاوضية، يتضمن الشروط والعناصر التي تم الاتفاق عليها في تلك المرحلة، اختصاراً للوقت والجهد، حتى لا يعود الطرفان المتفاوضان إلى مناقشتها من جديد، ويعد ذلك خطوة تجاه إبرام العقد النهائي؛ لأنه يتضمن

¹ انظر: المادة 22 من مشروع وزارة العدل الفرنسية.

² محمد حسن قاسم، القانون المدني - الالتزامات - المصادر، مرجع سابق، ص 204-205.

جزءاً من شروط هذا الأخير الذي تم الاتفاق عليه¹، والذي يمثل اتفاق جزئية سابقة على التعاقد، لكن في الوقت ذاته هو اتفاق نهائي يفرض التزامات على عاتق الطرفين، في حدود النطاق الموضوعي أو الزمني المؤقت الذي تم الاتفاق عليه، ومدى قابليتها للانفصال عن غيرها من العناصر محل الخلاف أو اتصالها بها، وبتزايد هذا الدور كلما تطور الأمر من العقود المسماة إلى غير المسماة، ومن العقود البسيطة إلى المركبة، وإذا كانت العناصر التي تم الاتفاق عليها قابلة للانفصال؛ فإنها يمكن أن تكون عقدة قائمة بذاته، يتحقق له الكيان القانوني بمجرد الاتفاق عليه².

رابعاً: الاتفاق المؤقت

قد تأخذ المفاوضات وقتاً طويلاً، يمكن أن يمتد لأسابيع أو لأشهر أو حتى لسنوات في بعض الأحيان، وخلال هذه الفترة كثيراً ما يحتاج الطرفان، إلى إقامة علاقة آنية مؤقتة بينهما، وهو ما يتم تحقيقه من خلال اللجوء إلى إبرام اتفاقات محدودة المدة، تحقق أهدافها المشتركة لمدة معينة أو لمدة التفاوض، أو عن طريق إبرام اتفاقات فرعية تمهد للمفاوضات، أو تؤمن من مخاطرها وتوابعها.

والنوع الأول من الاتفاقات محدودة المدة، التي يقتصر أثرها على فترة المفاوضات، بحيث تنتهي بانتهائها، سواء تكللت المفاوضات بإبرام العقد المنشود، أو لم تنتج بإبرامه، مثل اتفاقات التجربة التي يلجأ إليها أحد الطرفين أو كليهما، في المرور بمرحلة تجريبية، للوقوف والتأكد من تحقيق العقد المنشود لأهدافه مثلاً في عقود العمل، عندما يرتبط العامل برب العمل

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 51.

² مصطفى محمد جمال، مرجع سابق، ف210، ص317، وما بعدها.

بعقد عمل تحت التجربة ينشئ التزامات على عاتق طرفيه ما ينشئه عقد العمل، لكنه يكون معلقاً على شرط فاسخ، ومقيد بفترة التجربة التي تنتهي إما بإبرام عقد العمل، إذا كانت نتيجة التجربة إيجابية، أو بانتهاء العقد المؤقت دون اتفاق على عقد العمل، وأن الاتفاق الوقتي قد يتناول الموضوع نفسه، الذي يسعى الطرفان المتفاوضان إلى تنظيمه بواسطة العقد النهائي، مثل عقد التجربة التي تمت الإشارة إليه، أو قد يتناول موضوعاً آخر يختلف عن موضوع العقد النهائي، ومثل هذا النوع من الاتفاقات، يظهر في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، التي يتطلب بشأن التفاوض عليها إفشاء جزء من المعلومات التقنية للطرف الآخر، الذي يرغب في الحصول عليها، وذلك لحثه على التعاقد مما يتطلب إبرام اتفاق مؤقت من أجل حماية هذه المعلومات التقنية في حالة إفشائها للطرف الآخر، ولطبيعة الحال فإن الغاية من هذا الاتفاق المؤقت هي فرض التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة بمراعاة النزاهة والأمانة والسرية فيما يخص تلقي المعلومات¹.

الفرع الثاني: الاتفاقات والعقود التمهيديّة اللاحقة لعملية التفاوض، والسابقة على إبرام العقد النهائي

في بعض الأحيان يلجأ الأطراف في الفترة التي تسبق إبرام العقد النهائي إلى إبرام عقود تحضيرية تمهد لإبرام العقد المزمع إبرامه. ودور هذه العقود يبرز في فترة المشروع التي تلي فترة المفاوضات، وتسبق فترة مجلس العقد النهائي، ويتم إبرام هذه العقود بعد انتهاء المفاوضات

¹ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 168.

بنجاح والتوصل إلى مشروع العقد الذي تم الاتفاق على إبرامه، تمهيداً لإبرام العقد النهائي، وهذه العقود هي الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي، وكالاتي:

أولاً: الوعد بالتعاقد:

اتفاق يعد بمقتضاه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل، إذا أعلن الموعود له رغبته خلال المدة المحددة، وعليه فإن الوعد بالتعاقد عقد، إذا تبين من صياغته النص على طبيعة العقد الموعود به، والمسائل الجوهرية التي لا يقوم العقد من غير الاتفاق عليها، والمدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها¹، ولكنه عقد تمهيدي يعتبر مرحلة وسطى بين الإيجاب والعقد النهائي، فهو أبعد من الإيجاب، لكن الإيجاب تعبير عن إرادة منفردة للموجب في التعاقد، في حين أن الوعد بالتعاقد عقد تمهيدي، تلتقي فيه إرادة الموجب الواعد بإرادة الموجب الموعود له، وهو أدنى مرتبة من العقد النهائي؛ لكونه يمهد له ما دام أن الموعود له لم يعبر عن رضائه بعد². وقد نصت على ذلك المادة (78) من القانون المدني العراقي بأن: "صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد، ينعقد بها الوعد وعدة ملزمة، إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين"³، وكذلك الحال بالنسبة المشرع المصري، الذي نص على حكم الوعد بالتعاقد في المادة (1/101) مدني مصري بأن: "الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا

¹ سيف رجب قزامل، الوعد بالتعاقد، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الثاني، 1986/1987م، ص124؛ مصطفى مجدي هرجة، العقد المدني (أركانه، آثاره، بطلانه) دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بلا سنة طبع، ص 102.

² أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة بصياغة العقود دراسة مقارنة في مدي القوة الملزمة للمستندات التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، 2001، ص 281.

³ المادة (78) من القانون المدني العراقي رقم 4 لسنة 1951 النافذ.

المتعاقدين أو أحدهما، بإبرام عقد معين في المستقبل، لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها"¹.

وعلى ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن المقرر وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض: "أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع، اتفاق الواعد والموعود على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به، فضلا عن المدة التي يجب فيها على الموعود إظهار رغبته في الشراء؛ وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي، بمجرد ظهور رغبة الموعود، دون حاجة إلى الاتفاق على أي شيء آخر"².

إن الوعد بالتعاقد عقد مثل سائر العقود، ينعقد بتوافق إرادتين، تسمى أحدهما إيجاباً والأخرى قبولاً³، وقد اشترط كل من المشرع العراقي والمصري والليبي، ضرورة اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية في العقد المزمع إبرامه⁴، شأنه شأن بقية العقود الرضائية، يستلزم توافر أركان العقد من رضا ومحل وسبب، إضافة إلى هذه الأركان ركنان آخران، وهما ركن المدة، وركن الشكل في حالات خاصة استلزم توافره فيما إذا كان العقد الموعود بإبرامه شكلياً.

¹ المادة (101) فقرة (1) من القانون المصري رقم 131، لسنة 1948م النافذ.

² نظر: الطعن رقم 5500 لسنة 70 جلسة 2004/11/4 س55 ع 1 ص 743 ق 135. منشور على موقع محكمة النقض الإلكتروني؛ تاريخ الزيارة 2018/9/1.

³ انظر المادة (73) من القانون المدني العراقي (40) لسنة 1951، ومن جانب آخر قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في حكم لها بتاريخ 2008/6/29 / العدد (618) الهيئة الاستئنافية منقول التسلسل (525)، مشار إليه لدى ربيع الزهاوي، نظرة قريبة على جلسات المرافعات وقرارات الدعاوى مختارة من قضاء محاكم البداية وملحقه بالمبادئ التمييزية، بغداد، 2011، ص397. وقد جاء في تفاصيل الحكم "... لدى عطف النظر على الحكم المميز، وجد أن محكمة الاستئناف قضت بفسخ الحكم البدائي، الصادر من محكمة بداءة الرصافة... ورد دعوى المدعي إضافة لوظيفته، على اعتبار أنه لم يتم توقيع عقد بين الطرفين، بل كان مجرد وعد بالشراء مقروناً بشروط... في حين أن الثابت من محاضر الدعوى والمستندات والكتب المبرزة فيها، أن العقد تم بين الطرفين، وذلك بارتباط الإيجاب الصادر من المدعي عليه بقبول المدعي، وتجهيز كمية الرز التايلندي المتعاقد عليه خلال المدة المحددة... حيث أنه لا يشترط لصحة التعاقد، أن يكون العقد مكتوباً (تحريراً)، بل يكفي أن يرتبط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين، بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، استناداً لأحكام المادة 73 من القانون المدني..."

⁴ انظر المادة (1 / 101) من القانون المدني المصري والمادة (1 / 91) من القانون المدني العراقي.

ثانيًا: الوعد بالتفضيل:

هو أحد صور الوعد بالتعاقد، وهو من الاتفاقات التمهيدية التي تمهد لإبرام العقد النهائي، وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد أو أحد الطرفين، أو كل منهما إذا ما قرر مستقبلًا إبرام عقد معين، أن يفضل الموعد له على غيره من سائر الراغبين في التعاقد. فهو اتفاق تام، يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعد له، والوعد بالتفضيل شأنه شأن الوعد بالتعاقد، قد يكون وعدا ملزم لجانب واحد هو الواعد، وهذه الصورة هي الغالبة في الحياة العملية، وقد يكون في صورة وعد ملزم للجانبين¹.

وقد عرفه قانون العقود الفرنسي الجديد رقم 131-2016 الصادر في 10 شباط 2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات الفرنسي في المادة 1123/1 على أنه:

"الوعد بالتفضيل هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه طرف واحد بمنح المستفيد أفضلية في التعامل معه في حال قرر التعاقد".

وأن التكييف القانوني لهذا العقد من وجهة نظر الدكتور/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، أنه عقد غير مسمى يتضمن تعهدًا بوعد التعاقد²، ويلزم لإبرام الوعد بالتفضيل باعتباره عقد مثل سائر العقود، توافر الرضاء، والمحل، والسبب، وأنه متى انعقد صحيحًا تولد عنه التزام بالتفضيل على عاتق الواعد، بإعطاء الأولوية للمستفيد من شرط التفضيل تجاه الموعد له، بأن يرد على العرض المقدم إليه من الواعد ضمن المدة المتفق عليها، وإلا اعتبر متنازلًا

¹ أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل (بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية) ج2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص13.

² أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام - العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، فقرة 63، ص88.

عن حقه في التفضيل¹، وأن الوعد بالتفضيل لم يعن المشرع العراقي بتنظيمه، شأنه شأن التشريعات الأخرى المقارنة مثل المشرع المصري، لذا فهو يعتبر من العقود التمهيدية، التي تبرم في المرحلة الأولية السابقة على التعاقد النهائي، وعلى هذا النحو فإن الوعد بالتفضيل لا يلقي التزاماً على ذمة الواعد بالتفاوض، لكونه اتفاقاً فحسب، على أن يكون ملتزماً بتفضيل الموعود له على غيره، عندما يعتزم التفاوض لإبرام عقد ما في المستقبل، لذا فهو يعد وعداً بالتعاقد في سبيل التكوين، أو هو خطوة في طريق الوعد بالتعاقد².

ثالثاً: العقد الابتدائي:

جرت العادة في التصرفات العقارية على تحرير عقد الإثبات التعاقد بين الطرفين، تمهيداً لتحرير العقد النهائي الذي يقود لإتمام إجراءات الشهر العقاري³؛ فهو يظهر على وجه الخصوص في حالة بيع العقارات، إذ أنها تستلزم التسجيل لنقل الملكية، فيلجأ المتعاقدان إلى إبرام عقد ابتدائي، يتفقان فيه على جميع شروط العقد، وعقد آخر يسمى العقد النهائي، وهو الذي يتم تسجيله⁴.

والعقد الابتدائي ينبغي أن يتضمن جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي، وتحديد المدة التي يجب إبرامه فيها، فالصفات الجوهرية في العقد هي تلك التي يتم الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً، والتي يتعاقد الطرفين بسببها وهذا ما نصت عليه المادة 1133 من قانون العقود الفرنسي الجديد إضافة إلى ذلك يجب أن يستوفي الشكل، الذي قد يطلبه القانون في بعض

¹ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، فقرة 372، 375، ص 374 وما بعدها.

² عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الكتاب العربي، مصر، 1957، ف 103، ص 153.

³ محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، 1959، فقرة 87، ص 107.

⁴ مصطفى أحمد عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص 321.

العقود¹. وهذا ما نص عليه قانون العقود الفرنسي الجديد في مادته 1172 / 2 بقولها " على سبيل الاستثناء تتوقف صحة العقود الرسمية على مراعاة الأشكال التي يقررها القانون، حيث يعد العقد باطلاً عند عدمها، ما لم يكن التصحيح ممكناً، فضلاً عن ذلك يعلق القانون إنشاء بعض العقود على تسليم شيء معين"؛ إضافة إلى ذلك يجب أن تتوافر الأهلية في كلا العاقلين، باعتباره ملزمة للجانبين، حيث نصت المادة 1145 من قانون العقود الفرنسي الجديد على أنه " يحق لكل شخص طبيعي أن يتعاقد ما لم ينص القانون على عدم أهليته"؛ يكفي أن تتوافر فيهما عند الاتفاق الابتدائي أو عند إبرام العقد النهائي، فإذا توافرت عند الاتفاق الابتدائي، ثم طرأ عليها نقص، فإن هذا النقص لا يؤثر على صحته، لأنه عقد بمعنى الكلمة وقد تم بتوافق الإرادتين، وإذا لم تتوافر في الاتفاق الابتدائي، ولكنها توافرت عند إبرام العقد النهائي فإن إبرام العقد النهائي يعتبر إجازة للاتفاق الابتدائي². وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن العقد النهائي دون العقد الابتدائي، هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، ويصبح قانون المتعاقدين"³.

¹ محمد يحيى مطر، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مطبعة الإشعاع، الإسكندرية، 1991، ص63.

² عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ف 192، ص109. ولقد نصت الفقرة الأولى من المادة (134) مدني عراقي، على إجازة الاتفاق الابتدائي عند إبرام العقد النهائي، وذلك لنقص الأهلية بقولها: "إذا انعقد موقوفا لحجز أو إكراه أو غلط أو تغرير، جاز للعائد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر، أو ارتفاع الإكراه، أو تبين الغلط أو انكشف التغرير، كما أنه له أن يجيزه ... وهذا يعد نص صريحة بخصوص ما ورد في أعلاه.

³ نقض مدني 1993/5/23 (م.م.ف) س44، ق215، ص487.

المطلب الثاني: نطاق المفاوضات السابقة على التعاقد

إن تحديد نطاق المفاوضات السابقة على التعاقد يتطلب بداية تحديد توقيتها (الفرع الأول) ومن ناحية أخرى فإن مضمون المفاوضات يتمثل في تبادل الاقتراحات ووجهات النظر، بهدف التوصل إلى إبرام عقد معين، فهل هذا التبادل ممكن في كل العقود، أم إنه يقتصر على عقود بعينها؟

الاجابة على هذا التساؤل تتطلب بيان مدى امكانية إعمال المفاوضات في كافة أنواع العقود (الفرع الثاني)

الفرع الأول: توقيت المفاوضات

من المعلوم أن وقت إجراء المفاوضات محل الدراسة هو في المرحلة السابقة على إبرام العقد، لكن في هذه الفترة متى تبدأ المفاوضات؟ ومتي تنتهي؟
للإجابة على هذا التساؤل سنتطرق في البداية البدء المفاوضات(أ) ثم تنتقل بعدها لتحديد وقت انتهائها (ب).

أ- بدء المفاوضات

تعد المفاوضات أولى مراحل الفترة السابقة على التعاقد، تبدأ المفاوضات عادة بدعوة أحد الطرفين للآخر إلى التفاوض بشأن إبرام عقد مستقبل بينهما، دون تحديد العناصر الجوهرية لهذا العقد، فيوافق الطرف الآخر على ذلك.

ولما كان الأصل في التفاوض وفقاً لمبدأ الإرادة هو الحرية والاختيار، فالقاعدة أن هذه الدعوة لا تعدو أن تكون عملاً مادياً لا يلزم أحداً، بالتالي فإن هذه الدعوة لا ترتب التزاماً حقيقياً على عاتق أي من الطرفين، فهي لا تلزم صاحبها بالبداية في المفاوضات، ولا تلزم الطرف الآخر بقبول التفاوض¹.

وهذه الدعوة قد تكون مجردة، وقد تكون مقترنة بأسس للتفاوض.

أما بالنسبة للدعوة المجردة إلى التفاوض فهي دعوة لا تشتمل على العناصر الجوهرية للتعاقد، كأن يطلب مشروع صناعي من إحدى الشركات دراسة الشروط التي تقبل بمقتضاها تزويده بمعدات، فتتقدم الشركة على إثر ذلك بمقترحات أكثر وضوحاً، تصلح أساساً للتفاوض، فإلى هذه اللحظة العقد - بالنظر إلى غموض الاقتراح الأصلي - احتمالاً بعيداً.

والدعوة المجردة إلى التفاوض، وإن كانت لا ترتب التزاماً حقيقياً على عاتق أحد الطرفين، إلا أنه إذا تبين أن من دعا إلى لتفاوض يبيت النية في عدم التعاقد، فإن هذا قد يترتب عليه قيام مسؤوليته والحكم عليه بالتعويض.

وقد تكون الدعوة إلى التفاوض أكثر وضوحاً مما تقدم، بحيث تتضمن بعض العناصر الجوهرية للتعاقد، وهو ما يطلق عليه الدعوة المقترنة بأسس التفاوض حيث إن الدعوة إلى التفاوض في هذه الفرضية تنسم درجة من الوضوح بحيث تنصب على عقد محدد نوعه، أو بعض عناصره، مثل تحديد طبيعة العقد، والمدة وأساس حساب الأسعار، أو تعيين الشيء المبيع في عقد البيع دون ذكر الثمن.

¹ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 36.

وتبدو أهمية تحديد أسس التفاوض في أن هذه الأسس تصلح فيما بعد سنداً لتفسير العقد، كما أنها قد تكون دليلاً على سلامة الرضا من العيوب.

فمن حيث التفسير، يستطيع القاضي في حال وجود عبارات غامضة في العقد تثير في الدهن أكثر من معني أن تبين النية المشتركة للمتعاقدين من واقع أسس المفاوضات، ومن ذلك مثلاً تحديد أساس التفاوض بأن الصيانة الدورية لمصانع الطرف الأول، لا يفسر بأنه ينطوي على التزام بالتطوير أو التجديد، وهكذا.

ومن حيث التعرف على عيوب الإرادة، فإن من شأن تحديد أسس التفاوض التقليل من فرص الادعاء بالغلط، ذلك أن الوهم الذي يقوم في ذهن المتعاقد، فيجعله يعتقد غير الحقيقة عادة ما يتبدد عندما تكون أسس التفاوض واضحة ومحددة¹.

وفي هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى أنه يجب التمييز وعدم الخلط بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد، ذلك أن الدعوة إلى التفاوض - سواء كانت مجردة أو مقترنة بأسس للتفاوض - تختلف عن الدعوة إلى التعاقد لذلك ينبغي عدم الخلط بينهما، فهما ليسا مصطلحين مترادفين، وإنما لكل منهما مفهوم مختلف، وإن كانا يتفقان في أن كلا منهما يعتبر عرضاً أولاً لا يرقى إلى مرحلة الإيجاب، إذا لا يكفي مجرد قبول الدعوة إلى التفاوض، أو الدعوة إلى التعاقد لقيام العقد، وعلة ذلك أن ذلك الشخص الداعي إلى التفاوض أو التعاقد لا تتجه إرادته إلى اعتبار العقد النهائي منعقداً بمجرد الاستجابة إلى طلبه.

غير أنهما يختلفان فيما بعد في الهدف الحقيقي من الدعوة، يتمثل هذا الاختلاف في أن الداعي إلى التفاوض تتجه إرادته إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية مع من يستجيب لدعوته،

¹ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 27-28.

لمناقشة شروط العقد معه على قدم المساواة، وذلك سعياً إلى التوصل بشأنها إلى اتفاق يحظى برضاها، فإذا ما تحقق ذلك، قاما بتبادل الإيجاب والقبول لينعقد، ومن أمثلة ذلك ما يقوم به بعض أصحاب المحال التجارية من وضع لافتات على واجهة المجل يوضح من خلالها حاجته للتعاقد مع من يعمل في هذا المحل دون تحديد للأجر وساعات العمل.

أما الداعي إلى التعاقد فإنه لا يقصد نهائياً أن يتفاوض على العقد مع من يستجيب لدعوته، ولكنه يهدف فحسب إلى الدعوة الناس إليه للتعاقد معه في الحال دون تفاوض، بحيث لا يملك المتلقي لهذه الدعوة سوى أن يقبل أو يرفض الإيجاب الذي يعرضه عليه الطرف الداعي إلى التعاقد دون أي نقاش في شروطه، ومن أمثلة ذلك ما تقوم به بعض شركات الاتصالات من إعلانات دعائية لحت الجمهور على التعاقد معها.

وما يجدر التنبيه إليه في هذا الخصوص أنه ينبغي توخي الحذر الشديد عند صياغة الدعوة إلى التفاوض، إذا ينبغي استخدام ألفاظ واضحة ومحددة تدل بشكل قاطع على أن الأمر يتعلق فحسب بمجرد دعوة إلى التفاوض وليس إيجاب بالعقد، وذلك لكيلا يجد الداعي إلى التفاوض نفسه مرتبطاً بالعقد نهائياً قبل أن يرتضيه.

وتطبيقاً لذلك قضت إلى إحدى الشركات التي منحتها من قبل حق الامتياز التجاري عبرت فيه عن عزمها على إبرام عقد جديد معها لمدة عام آخر شريطة أن تتخلي هذه الأخيرة عن تمثيلها لماركة والذي جاء بالصيغة التالية.

يسعدنا أن نعرض عليكم عقد امتياز جديد لعام 1975م والذي تتحدد أحكامه المختلفة بعد نهاية العام الجاري.

وعبثا حاول مرسل الخطاب أن يؤكد للمحكمة أنه لم يكن يقصد تجديد العقد السابق، وإنما كان يقصد مجرد الدعوة إلى التفاوض لإبرام عقد امتياز آخر بشروط جديدة، وقد ردت المحكمة على ذلك بأن المرسل إليه كان من حقه أن يعول على التعهدات الواردة في الخطاب، ويرجع ذلك في الواقع إلى أن صياغة الخطاب كانت غامضة، ما ولد في نفس المرسل إليه ثقة مشروعة في إمكان تجديد العقد¹.

وهكذا فإن الدعوة إلى التفاوض هي دعوة تمهد لإبرام عقد من العقود القابلة للتفاوض من حيث الأصل، أما الدعوة إلى التعاقد فإنها دعوة إلى إبرام عقد من العقود غير القابلة للتفاوض، أي عقد الإذعان بالمفهوم الواسع.

وإذا كانت المفاوضات تبدأ من الوقت الذي يدعو فيه أحد الطرفين الآخر إلى التفاوض فمتي؟ وهل لها وقت محدد تنتهي فيه؟

ب- انتهاء المفاوضات

بما أن الإيجاب لم يصدر بعد، ليس هناك وقت محدد تنتهي فيه المفاوضات، فقد تستمر لعدة سنوات، وقد لا تستغرق من الوقت سوى القليل، هذا بطبيعة الحال ما لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف المعنية يقضي بإنهاء المفاوضات إذا لم يتم التوصل إلى إبرام العقد خلال مدة معينة.

والأصل ألا يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض، بل يترك ذلك لظروف الصفقة، إلا أنه ينبغي عدم الإسراف في تضييع الوقت حيث إنه قد يؤدي إلى ركود العملية التفاوضية

¹ مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2012، ص 44 وما بعدها.

وجمودها، فضلا عما قد يحدث من تغيرات في الظروف القانونية والاقتصادية المحيطة بالتفاوض، ولذلك يفضل تحديد مدة معينة للتفاوض بحيث إذا لم يتواصل الأطراف المتفاوضة خلالها إلى اتفاق ينتهي من تلقاء نفسه، ولكن ينبغي أن يتم ذلك في حدود الضرورة، فقد يستغل أحد الطرفين عامل الوقت استغلالا سيئا للضغط على الطرف الآخر كي يقدم له تنازلات¹.

غير أنه وإن كان - كقاعدة عامة - ليس هناك فترة محددة فيها المفاوضات التي تبدأ بالدعوة إلى التفاوض، فإن المفاوضات تتوقف في الوقت الذي يصدر فيه الإيجاب - كما سبق القول - على اعتبار أنه في هذه اللحظة الحاسمة تكون المفاوضات قد حققت الغرض منها، وهو توصيل الطرفين المتفاوضين إلى وضع تصور لكافة المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويتم العقد المنشود بمجرد اقتران القبول به.

والإيجاب كما هو معلوم: هو عرض مكتمل حاسم.

ويكون العرض مكتملاً إذا تضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويكون حاسماً إذا كانت الإرادة باتة ونهائية في إبرام العقد.

وبالتالي فإن الإيجاب يختلف عن مجرد الدعوة إلى التفاوض فالذي يميز الإيجاب عن الدعوة إلى التفاوض، هو أن الإيجاب يتضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهو مالا تتضمنه الدعوة إلى التفاوض، كما يمكننا التمييز بينهما استنادا إلى وجود أو عدم

¹ مجاجي سعاد، مرجع سابق، ص 138.

وجود النية القاطعة في الارتباط بالعقد¹، فإن وجدت هذه النية كنا أما إيجاب، وإن لم توجد هذه النية فإننا نكون أمام مجرد دعوة، إلى الدخول في مفاوضات.

وقد ميز القانون المدني الفرنسي بموجب التعديل الصادر سنة 2016 م الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، حيث نصت المادة 1114 على أن: (العرض الموجه إلى شخص معين أو غير معين يتوجب أن يشتمل على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وأن يعبر إرادة صاحبه في أن يكون ملتزما في حالة موافقة الطرف الآخر على العرض، وإلا فلا يوجد سوى إلى الدخول في المفاوضات)².

وهذه التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض مهمة جدا، فإذا تعلق الأمر بمجرد دعوة إلى التفاوض، فهذا يعني أننا بصدد الحديث عن مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم فإن قبول هذه الدعوة لا يؤدي إلى إبرام العقد، وهذا بخلاف الإيجاب، حيث إنه إذا تعلق الأمر بإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول إلى دائرة إبرام العقد، كما أن قبوله يؤدي إلى قيام العقد³.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول إن الدعوة إلى التفاوض خطوة إلى الإيجاب، في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد.

¹ للمزيد حول الفرق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض انظر، د- سليمان مرقس، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 173، 174.

² REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS, UN SUPPLEMENT AU CODE AU COAD CIVIL 2016, AJOUR DE LORDONNANCE N 2016-131 DU 10 FEVRIER 2016 , DALLOZ , PAGE NO 6.

³ EN CE SENS, VOIR: (AURELINE BAMDE , "LIBERTE ET RUPTURE DES NEGOCIATIONS: REGIME JURIDIQUE DES POURPARLERS ET REFORME DES OBLIGATIONS" 12 JANVIER 2017.

LL ETAIT LARECHEERC HESUR 20-3-2017, PAR

LIEN: [HTTP:WWW.AURELIENBAMDE.COM/2017/01/12/LIBERTE-ET-RUPTURE-DES-NEGOCIATIONS-RIGIME-JURIDIQUE-DES-POURPARLERS/](http://WWW.AURELIENBAMDE.COM/2017/01/12/LIBERTE-ET-RUPTURE-DES-NEGOCIATIONS-RIGIME-JURIDIQUE-DES-POURPARLERS/).

وبصدور الإيجاب على النحو المتقدم تتوقف المفاوضات، إلا أن توقفها لا يعني انتهاءها حتي يتضح مصير الإيجاب، فإذا ما تم قبوله دون قيد أو شرط انعقد العقد وانتهت فترة المفاوضات، وإذا ما رفض سقط الإيجاب وكان بإمكان الطرفين العودة مرة أخرى لطاولة المفاوضات¹.

غير أنه في كثير من الأحيان لا يتم قبول الإيجاب أو رفضه، وإنما يتم رده للطرف الآخر مصحوباً ببعض التعديلات بالزيادة أو النقصان، كأن يطلب خفض الثمن مثلاً وهذه الفرضية قد حسمها المشرع الليبي في المادة 96 من القانون المدني حيث نص على أنه: (إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب، أو يقيد منه، أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً).

وإذا ما صدر إيجاب جديد على هذا النحو فإننا نكون أمام احتمالين، الأول: أن يتم قبول هذا الإيجاب الجديد من الموجب الأول قبولاً مطابقاً، فينعقد العقد في هذه الحالة. أما الاحتمال الثاني: أن يفتح باب التفاوض والنقاش حول مضمون هذا الإيجاب الجديد ففي هذه الحالة يسقط هذا الإيجاب الجديد، ويعود الطرفان مرة أخرى إلى طاولة المفاوضات، ويتحول الإيجاب الجديد إلى دعوة إلى التفاوض، موجهة إلى الموجب الأول، مما يسمح بإمكانية انتقال صفة الموجب أثناء التفاوض من طرف الآخر إلى ترسي على أحدهما².

وهكذا نجد أن نطاق المفاوضات من حيث الزمان يبدأ من الوقت الذي تتم فيه الدعوة إلى التفاوض، إلى الوقت الذي يصدر فيه إيجاب بالعقد يتم قبوله دون قيد أو شرط.

¹ مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات الممهدة للتعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص22.

² بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقود في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، 2010، ص27.

الفرع الثاني: مدى إمكانية أعمال المفاوضات في كافة أنواع العقود

الأصل الذي يفرضه المنطق القانوني هو أن التفاوض ممكن في كافة العقود (أ) غير أن هذا الأصل قد لا يحترم دائماً فهناك عقود لا يمكن التفاوض بشأنها أو بالأحرى عقود غير قابلة للتفاوض (ب).

أ- العقود القابلة للتفاوض

وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي سيطر إبان القرن التاسع عشر، نتيجة لسيادة المذاهب الفلسفية الفردية التي تنادي بضرورة أن يترك القانون الإرادة الفردية تنظم المعاملات في المجتمع دون تدخل منه، فإن الإرادة قادرة على أن تنشئ التصرف القانوني، وتحدد الآثار التي تترتب عليه، وهو ما يعني حرية الأطراف في التعاقد freedom of contract ومن ثم فإن الإرادة وحدها - مجردة من أية شكلية - كافية لإنشاء العقد، وهي وحدها صاحبة السلطان في تحديد مضمون العقد وآثاره، شريطه أن لا تخالف النظام العام والآداب.

وقد تبني المشروع الفرنسي هذا المبدأ، حيث تنص المادة 1134 من القانون المدني

الفرنسي على أنه: (تقوم الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة لمن

أبرموها)¹.

¹ القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المئة بالعربية يتبعها جدول مقابلة القوانين المدنية لاثني عشرة دولة عربية مع القانون المدني الفرنسي، أعدت الطبعة بمبادرة من البروفيسور فايز الحاج شاهين، ترجمة ومراجعة وتدقيق - إدوارد عبد- بشير بيلاني، طباعة وتجليد إيطاليا للطبعة العربية 2009 دالوز للطبعة الفرنسية، 2012 للطبعة العربية مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، ص 1060.

والأمر نفسه ينطبق على المشرع الليبي حيث نص على هذا المبدأ في المادة 147 من القانون المدني الفترة الأولى التي جاء فيها (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون).

وقد ترتب على ظهور مبدأ حرية التعاقد الناتج عن مبدأ سلطان الإرادة، ظهور مبدأ آخر وهو مبدأ حرية التفاوض، مؤداه أن كل شيء قابل للتفاوض وهو أمر منطقي، باعتبار أنه إذا ما اعترفنا بأن الإرادة هي صاحبة السلطان في تحديد آثار العقد، فإن ذلك يستتبع بالضرورة أن يكون من حقها أن تشارك في تحديد شروط العقد الذي تريد الارتباط به من خلال المفاوضات المباشرة مع الإرادة المقابلة، حيث لا يستطيع أحد الطرفين أن يفرد بتحديد شروط العقد، أو أن يملئ شروطه على الطرف الآخر دون نقاش، ومن ثم فإن كل عقد مهما كانت طبيعته يكون قابلاً للتفاوض من جانب الطرفين، فليس ثمة عقد مستبعد، وليس شرط يمكن فرضه على الطرف الآخر دون تفاوض، فالتفاوض على العقد هو بمثابة حق لكلا الطرفين¹. لذلك يمكن القول مبدئياً إن المفاوضات يمكن إعمالها في مختلف أنواع العقود، سواء كانت هذه العقود عقوداً وطنية إلا أن هذا الإعمال يختلف من عقد إلى آخر.

فهكذا مثلاً نجد أن المفاوضات في العقود الدولية تحتل مكانة بارزة مقارنة مع المفاوضات في العقود الوطنية، بل إن مكانه المفاوضات تختلف من عقد الآخر سواء داخل العقود الوطنية أو داخل العقود الدولية، وذلك بحسب الأهمية المالية والاقتصادية للعقد المزمع إبرامه.

¹ رجب كريم عبدالله مرجع سابق، ص 165.

وعموماً فكل عقد يعطي كل أطرافه الحرية في النقاش والتحاور بصفة متساوية ومتوازنة حول العقد، تكون إمكانية أعمال المفاوضات فيه ممكنة.

وما ينبغي الإشارة إليه في هذا الخصوص هو أنه إذا كان العقد من الممكن التفاوض بشأنه، فهذا لا يعني ضرورة أعمال هذه المكنة، فقد يكون العقد قابلاً للتفاوض ومع ذلك يبرم دون مفاوضات، كما هو الحال بالنسبة للعقود التي نقوم بإبرامها في حياتنا اليومية، أي تلك المتعلقة بشراء الحاجيات اليومية¹، فمثل هذه العقود فورية الانعقاد إضافة إلى قيمتها المالية البسيطة، ومن ثم تبرم دون إجراء أي مفاوضات بشأنها بالرغم من أنها - على الأقل نظرياً - قابلة للتفاوض.

وبناء على ما تقدم يمكن القول إن لجوء الأطراف المعنية للمفاوضات تحكمه مقاييس

عدّة منها:

1- أهمية العقد من الناحية المالية والتقنية.

2- مدة العقد.

3- رغبة الأطراف المعنية في إجراء المفاوضات لمناقشة شروط العقد.

4- المساواة بين الأطراف الراغبة في التعاقد في مناقشة بنود العقد.

5- حرية الأطراف الراغبة في التعاقد في مناقشة بنود العقد، وعليه فإن أي عقد لا يعطي

لأطرافه المساواة والحرية في مناقشة بنوده تكون إمكانية أعمال المفاوضات فيه غير ممكنة².

¹ مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة) المحلة الكبرى، مصر، دار الكتب القانونية، ص 65.

² توفيق فهمي، مرجع سابق، ص 30.

غير أن مبدأ سلطان لإرادة لم يستمر طويلا على إطلاقه، وقد ترتب على انتكاسته انحسار نسبي في مبدأ حرية التعاقد وبالنتيجة في مبدأ كل شيء قابل للتفاوض، حيث ظهرت طائفة معينة من العقود لا يقبل التفاوض بشأنها- أي أنها غير قابلة للتفاوض- وقبل التطرق لهذه العقود ينبغي الإشارة إلى أنه تظل القاعدة العامة هي القابلية للتفاوض وما عداها فهو استثناء.

ب- العقود غير القابلة للتفاوض

نتيجة لأوضاع اقتصادية أفرزتها الثورة الصناعية، ظهرت مشروعات ضخمة ذات نفوذ اقتصادي هائل في شتى المجالات، أضحت تهيمن في ظل مناخ احتكاري على الاحتياجات الأساسية للأفراد من السلع والخدمات، الأمر الذي جعل الأفراد في حاجة دائمة للتعاقد معها لتلبية احتياجاتهم، وهو ما أظهر الحاجة إلى إبرام أكبر عدد من العقود في أقل وقت وبأقل مجهود، فبدأت تلك المشروعات تعرض على عملائها.

عقوداً تتولي هي صياغة مضمونها، وتتفرد بتحديد شروطها، دون أن تقبل منهم مناقشتها، وبالتالي لم يعد لهم أي دور إلا وجود قبول التعاقد جملة والتسليم بتلك الشروط أو رفضه جملة، فإذا ما قبل الطرف الضعيف التعاقد دون مناقشة، فقد أذعن لإرادة الطرف الآخر، ومن هنا برزت ظاهرة عقود الإذعان أو العقود غير القابلة للتفاوض.

وقد يؤخذ من نشأة عقود الإذعان في ظل هذا المناخ الاقتصادي أن جوهر عقود الإذعان يمكن في التفاوت الاقتصادي الشديد بين طرفيه، وبالتالي انعدام المساواة القانونية والفعالية بين

مركزيهما، فأحدهما قوي يتمتع بنفوذ اقتصادي هائل يمكنه من أن يفرض إرادته ويملي شروطه على الطرف الآخر ضعيف، لا يملك بسبب حاجته الملحة للتعاقد إلا أن يسلم بتلك الشروط.

غير أن المعيار الاقتصادي قد لا يكفي لتمييز عقود الإذعان، وذلك على اعتبار أن هذا التفاوت الناجم عن ضغط الحاجة الملحة هو أمر قائم في أغلب الأحيان، باعتبار أن العقد غالبا ما يتم تحت حاجات معنية تمارس ضغوطها على طرفيه بدرجات متفاوتة، بحيث لا يكون أمامهما ذات القدر من الحرية في المناقشة، ومن هنا برزت الحاجة إلى الاعتداء بمعيار آخر لتمييز عقود الإذعان وهو المعيار القانوني المتمثل في أن ينفرد أحد الطرفين بوضع العقد بحيث يقتصر دور الطرف الآخر على مجرد التسليم بتلك الشروط¹.

وبالرجوع إلى النصوص القانون المدني الليبي، فإنه يبدو لأول وهلة أن المشرع قد اعتد بالمعيار القانوني للقول بوجود عقد إذعان، حيث تنص المادة 100 على أنه: (القول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها).

فوفقا لهذا النص فإنه لا يشترط لكي نكون بصدد عقد إذعان وجود احتكار قانوني أو فعلي للسلعة، كما لا يشترط أن تكون السلعة أساسية بالنسبة للمستهلك فيكفي لكي نكون أمام عقد إذعان أن يكون العقد غير قابل للتفاوض.

ومعيار عدم القابلية للتفاوض هو الذي اعتمدته المشرع الفرنسي في التعديل الذي صدر مؤخرا سنة 2016م حيث نصت المادة 1110 على أن: (عقد المساومة هو العقد الذي تناقش بنوده بحرية من الطرفين).

¹ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

عقد الإذعان هو العقد الذي تكون شروطه العامة محددة بشكل مسبق من قبل أحد الطرفين، ولا تقبل النقاش من الطرف الآخر)¹.

لذلك يتفق الباحث مع الرأي الفقهي² الذي يذهب إلى ضرورة إعادة النظر في التعريفات الفقهية لعقد الإذعان، وبذلك باعتبار أن نصوص القانون المدني لم تقصر عقود الإذعان على تلك التي تتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه، وإنما تكتفي بانفراد الموجب بوضع شروط العقد، بحيث يقتصر دور الموجب له على التسليم بهذه الشروط.

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام المحكمة العليا الليبية نجدها قد اعتدت بالمعيارين الاقتصادي والقانوني في ذات الوقت حيث تشترط للقول بوجود عقد إذعان ضرورة توافر الشروط التقليدية المتمثلة في ضرورة تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية، إضافة إلى ضرورة وجود احتكار قانوني أو فعلي لهذه السلعة، هذا فضلا عن انفراد الموجب بوضع شروط العقد، حيث ذهبت في أحد أحكامها إلى أنه: (إن مفاد نص المادتين 100 و 149 من القانون المدني أن المشرع الليبي رأى الخروج عما هو مقرر في المادة 147 من القانون المذكور من أن العقد الشريعة المتعاقدين، وذلك في نوع معين من العقود تتم بطريقة ينعدم فيها التكافؤ بين الطرفين، بحيث يسلم أحدهما بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وأنه وإن كان المشرع لم يأت بتعريف شامل لعقد الإذعان وإنما اكتفى بتعريف القبول فيه دون أن يتطرق

¹ REFORM DU DROIT DES OBLIGATIONS,UN SUPPLEMENT AU CODE CIVIL 2016,A JOUR DE LORDONNANCE N 2016-131 DU 10 FEVRIER2016,DALLOZ,PAGE NO 3.

² أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص 16 وما بعدها.

إلى تعريف الإيجاب إلا أن طبيعة الإذعان تقتضي وجود اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد مرده تميز أحد طرفيه بمركز اقتصادي متفوق يمكنه من أن يضع شروطاً لا يقبل لها تعديلاً، لأنه يحتكر احتكاراً قانونياً أو فعلياً سلعاً أو مرافق تعتبر من الضرورات الأولية للجمهور، أو على الأقل يسيطر عليها بشكل يجعل المنافسة فيها محدودة النطاق فيضطر الطرف الضعيف - مدفوعاً بحاجته الملحة للسلعة أو الخدمة - إلى التعاقد دون أن يكون لإرادته من دور سوى التسليم بإيجاب الطرف القوي على علته بغير مفاوضة أو مناقشة، فهو إما أن يقبل منذ البداية هذا الإيجاب العام الموجه للكافة في قالب نموذجي جملة، إما أن يرفضه جملة.

ويترتب على ذلك أن العقد لا يكون عقد إذعان إلا إذا توافرت فيه هذه الخصائص عند قبول الإيجاب والرضوخ للشروط التي جاء بها فإن لم يتضمن في ذلك الوقت ما يوفر له هذا الوصف كان عقداً عادياً يخضع للأحكام العامة للعقود وإن طرأ عليه ما يثير شبهة الإذعان فيه في وقت لاحق)¹.

ويترتب على اعتبار العقد من عقود الإذعان أعمال جملة من النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف، وذلك رغبة من المشرع في تحقيق نوع من التوازن في هذه العقود التي تبرم دون مفاوضات، من ذلك السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي بإلغاء الشروط التعسفية في هذه العقود، وحسناً فعل المشرع الليبي بجعله هذه الحماية متعلقة بالنظام العام، حيث تنص المادة 149 على أنه: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن

¹ طعن مدني رقم 37/19ق، بتاريخ 1994/7/4 حكم غير منشور .

شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدين منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

كذلك إذا كانت عبارات العقد تثير اللبس والغموض بأن كانت تحتل أكثر من معني، وقد يكون في الأخذ بمعني دون آخر تفضيل لمصلحة على أخرى، فإن الشك في هذه الحالة يفسر لمصلحة الطرف المذعن وفقاً للمادة 152 في فقرتها الثانية: (ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن)¹.

وتمكن العلة التي دفعت لوضع هذين النصين في أن انفراد الموجب في عقود الإذعان بوضع العقد وتحديد شروطه دون أن يقبل من الطرف الآخر أي تفاوض بشأنها يدفعه في الغالب إلى فرض شروط تعسفية وتحفظات جائزة للحد من التزاماته وزيادة التزامات الطرف المذعن دون مقابل، أضف إليها أن قبول الأخير لهذه الشروط مشوب بضعف اقتصادي تقرضه حاجته للسلعة أو الخدمة التي يوفرها العقد، ومن ثم جاز للقاضي تعديل هذه الشروط. أما فيما يتعلق بتفسير العبارات الغامضة وفق ما يحقق مصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً، فإن ما يبرر هذا النص هو أن الطرف المذعن لم يشترك في صياغة عبارات العقد، فلا يسأل بالتالي عن غموضها، وإنما يسأل عن هذا الغموض الطرف الذي انفراد بوضعها².

¹ تأتي هذه النصوص خلافاً لما عليه الحال في فرنسا، حيث لم يضع المشرع الفرنسي نصوصاً تشريعية خاصة بمواجهة الشرط والتعسفية والغامضة في عقود الإذعان، وقد انفرد القضاء الفرنسي بمواجهة الشروط التعسفية والغامضة في هذه العقود انظر د. حسين عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 242، وما بعدها.

² محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 28، 29.

المطلب الثالث: عقود التجارة الدولية

تقتضي الصياغة الجيدة للعقد القدرة على تجسيد رغبات الأطراف في أسلوب صحيح وواضح وكامل مما يضمن تنفيذه دون خلافات أو منازعات. والقاعدة هي اختيار الألفاظ المناسبة للتعبير بدقة عن المعنى المراد بحيث لا يثير الشك، وهذا بتجنب استعمال العبارات المطاطية¹، أما من الناحية اللغوية يجب الابتعاد عن استخدام الألفاظ والعبارات المعقدة أو ذات المعاني المتعددة، ومن الناحية القانونية يجب استخدام المصطلحات القانونية المناسبة: مثلاً استخدام الخطأ غير الغلط أو الضمان غير التضامن.

لتحقيق الصياغة الجيدة ينبغي أن يتولى القيام بها مجموعة خبراء قانون ذوي تخصص وخبرة ودراسة كافية بالقواعد القانونية المحلية والدولية الواجبة التطبيق على العقد، وهذا نظراً للطبيعة المعقدة لعقود التجارة الدولية .

إضافة إلى كل هذا فإن اللغة التي يصاغ بها العقد تلعب دوراً هاماً، وهذا لاختلاف لغة طرفي العقد، واللغة التي تم صياغته به، ذلك لأنه غالباً ما يكون طرفا العقد من جنسيتين مختلفتين وقد يتفقان على تحرير العقد بلغة أحدهما أو بلغة أجنبية عنهما. هذا ما يؤدي في كثير من الأحيان إلى ظهور نزاع لاختلاف مفهوم الألفاظ والمصطلحات عند كل طرف من أطراف العقد، ولهذا يجب أن يكون من يقوم بالصياغة ملماً بقواعد اللغة التي يتم بها صياغة العقد .

¹ لعبارات المطاطية: تسمى كذلك العبارات الفضفاضة، مثلاً ينص العقد على التأمين ضد الأخطار المألوفة، إذ مثل هذه العبارات قد تؤدي إلى جهالة الالتزام الملقى على عاتق أحد الأطراف، أو عبارة "أن يتم التنفيذ خلال مدة معقولة أو بدون أي تأخير معقول". انظر طارق الحموري، مرجع سابق، ص.9

إلى جانب هذا فإن الصياغة تلعب دورا هاما في تحديد مضمون العقد الذي يتوقف عليه كقاعدة عامة حصر التزامات المتعاقدين، بالإضافة إلى الحقوق والضمانات، كذلك من الأمور الهامة التي ينبغي مراعاتها بصدد الصياغة بيان القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بفض المنازعات الناجمة عنه.

ما تجدر الإشارة إليه هي العقود التي تبرم عن بعد وبالطريق الإلكتروني، التي تبعدنا عن أسلوب الصياغة التقليدية وتضعنا أمام الصياغة الإلكترونية، والمحركات والدفع والإثبات الإلكتروني. فغالبا ما يتم تنفيذ هذه العقود بنفس الأسلوب كما هو الحال في عقود المعلوماتية والخدمات الإلكترونية والاتصالات والإعلانات. أي أن أحكام الصياغة التي تحكم العقود الإلكترونية لا تختلف كثيرا عن العقود التقليدية سوى أن الوسيلة فيها اختلفت، فإذا كانت الصياغة بشكلها المعتاد يتم تحقيقها بالقلم فإن الصياغة في العقود الإلكترونية يتم بواسطة الكتابة بطريقة الكمبيوتر¹.

الفرع الأول: عناصر صياغة العقد التجاري الدولي

يتكون محرر العقد من ورقة واحدة أو عدة أوراق تضم كل شروطه وأحكامه، ولقد تطور المفهوم حاليا وأصبحنا أمام المحرر الإلكتروني. يجري العمل في المعاملات الدولية على تقسيم محرر العقد إلى أقسام ثلاثة هي:

الديباجة، الأحكام والملاحق لكن يمكن أن يضاف إليها عنصر رابع وهو التعاريف.

¹ طمين سهيلة، الشكليات في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي-وزو، ص.45.

الديباجة le préambule :

مقدمة ترد في بداية العقد، تبين أهداف العقد وصفات الأطراف، العلاقات والمواقف المتبادلة للأطراف، الظروف المحيطة بالتعاقد، التذكرة بمراحل التفاوض، ملاحظات و تأكيدات الأطراف إلى غير ذلك من الأمور. كما تلعب الديباجة دورا هاما في استظهار مقاصد المتعاقدين عندما لا يكشف عنها ظاهر نصوص العقد مما يسهل عملية التفسير والتنفيذ¹.

أحكام العقد les dispositifs :

وهي صلب العقد نفسه أو منطوقه أو موضوعه، وهو القسم الرئيسي في العقد حيث يضم شروط وأحكام وينود العقد المعبرة عن الحقوق والالتزامات المتبادلة للطرفين، كذلك القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بنظر النزاع².

الملاحق les annexes :

تعتبر جزءا متمما للعقد، وتتضمن بعض المسائل الفنية أو الأحكام التفصيلية المتصلة بموضوعه مثل الرسومات والتصميمات والمواصفات الفنية، ويتولى الفنيون عادة إعداد هذه الوثائق وهذا للعناية بعدم وجود تناقض بين الملاحق والعقد لتقادي النزاعات³.

¹ طارق الحموري ، مرجع سابق، ص.10

² محمد علي جواد، مرجع سابق، ص.45

³ -طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص.7

التعاريف : les définitions

ومع أنه ليس بالضرورة أن يحتوي العقد على تعريفات، لكن يتضمنها أحيانا للدلالة على مقاصد المصطلحات القانونية والفنية ولتحديد المعاني اللغوية التي تثير لبسا حول تحديد مضمونها .

ويجري العمل على وضع التعاريف في مقدمة العقد أو الديباجة أو ضمن ملحق مستقل، كما يمكن أن يتم الاستعانة بمجموعات التعاريف التي تتولى وضعها هيئات متخصصة مثل غرفة التجارة الدولية التي وضعت دليلا للمصطلحات التجارية الدولية "أنكوترمز"¹، "Incoterms".

الفرع الثاني: قانون عقود التجارة الدولية

يستقر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في كافة النظم القانونية المعاصرة، حيث يتمتع الأفراد بحرية تنظيم عقودهم، واختيار القانون الذي يحكم تلك العقود إذا اتسمت بالطابع الدولي، وهذا هو مبدأ الإرادة في العقود الدولية. أي الاعتراف لأطراف العقد بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم².

لهذا نتيجة للتطور الذي اتسمت به العلاقة التجارية الدولية وما لازم ذلك من الحاجة إلى وجود حلول موضوعية تلاءم المعطيات الجديدة لهذا التطور وتعمل على تلاقي الاختلاف

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 138

² HOURIA Yessad, le contrat de vente internationale de marchandises, thèse pour le doctorat en droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou , 2008. p25

الناتج عن تباين التشريعات الداخلية ظهر اتجاه سعى إلى خلق بعض الأحكام الموضوعية لتحكم مباشرة الروابط العقدية الدولية بما يتماشى مع طبيعة هذه الروابط وتستجيب لأهدافها. وهذه الأحكام الموضوعية تجد مصدرها سواء في التشريع القضائي الداخلي، أو قد تتبع عن مصدر دولي كما هو الحال في المعاهدات أو الأعراف والعادات التجارية التي تنشأ تلقائياً من خلال ما جرى عليه العمل داخل المجتمع الدولي لرجال الأعمال والتجار، والتي تشكل جزءاً هاماً من قواعد القانون التجاري الدولي.

أولاً: إسناد العقد لنظام قانوني وطني

يتم إسناد العقد لنظام قانوني وطني عن طريق الاتفاق الصريح أو الضمني للأفراد أو عن طريق القاضي عند غياب هذا الاتفاق.

يكون هذا الاتفاق صريحاً إذا عبر أطراف العقد بوضوح وإرادة صريحة عن إسناد العقد لنظام قانوني وطني وفقاً لضوابط الإسناد المقررة في قانون القاضي باحترام هذا الاختيار طالما لا يخالف النظام العام، والقانون الذي تم اختياره يجب أن يكون ذات صلة بالعقد .

أما التعيين الضمني فهو عند تخلف التحديد الصريح لقانون العقد، ففي هذه الحالة يتعين البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة بشرط وجود قرائن قوية تدل على وجود هذه الإرادة. ولعل أهم هذه القرائن مثلاً نجد الاتفاق على الاختصاص القضائي لدولة معينة يعني ضمناً اختيار قانونها، ومكان الوفاء أو محل التنفيذ، وتبني صيغة عقد نمطي معمول به طبقاً لقانون دولة معينة¹.

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ن.س.د. () ، ص 433، 4

أما عن التعيين القضائي فيكون عند غياب التعيين الضمني أو الصريح لقانون العقد، ففي هذه الحالة فإن القاضي أو المحكم يقوم بهذا التحديد عند طرح النزاع أمامه. فيضطر في بعض المسائل بإسناد العقد إلى قانون داخلي لدولة معينة وهذا في الحالات تعجز فيها قواعد القانون التجاري الدولي عن مواجهتها وإيجاد حل لها¹.

لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو ما أثارته مسألة تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية من جدال وخلاف في نطاق الدراسات الفقهية والقضائية والتشريعية المتعلقة بها، نظرا للتطور والتنوع الكبيرين الذين أصابا أنماط هذه العقود، والذين أديا إلى أن أصبحت غالبية التشريعات الوطنية عاجزة عن مجرات هذا التطور بقواعد ونصوص تعالجها، إذ لم تعد هناك قيود تقف أمام تطورها الذي يلاحق التطور العلمي والتكنولوجي².

لهذا فإنه ليس من الصعب إذن القول بأن بعض القواعد القانونية الوطنية تعد غير ملائمة لتسوية المسائل التي تثيرها العقود الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، وهو ما يمكن التدليل عليه بالعديد من الأمثلة التي تبرز عدم ملائمة هذه القواعد، فهناك من يقول بأن القواعد الوطنية تقتصر إلى صفة الدولية، لهذا فإنه ليس بمستبعد أن تعاني تلك العقود من عدم ملائمة بعض هذه القواعد. كذلك يبرز القانون الفرنسي بشأن البيع الدولي للبضائع بجلاء عدم ملائمة القواعد الوطنية. التي تشير بإعمالها قواعد الإسناد لحكم عقود التجارة الدولية، فهذا القانون يحرم الشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات التي يبرمها مهنيين في تخصصات مختلفة، وهذا المنع أو التحريم لا يتناسب مع الطبيعة الخاصة

¹محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة توزيع المعارف، مصر، 2، ص 337.

²محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص، 24.

لعقود البيع الدولية، نظرا لأنه لا يأخذ في الاعتبار بما فيه الكفاية ما تتميز به تلك العقود من ذاتية وما تلعبه تلك الشروط من دور فعال في تحقيق التوازن بين التزامات الأطراف في غالبية الأحوال...إلى غير ذلك من الأمثلة¹..

ثانيا: إسناد العقد للقانون التجاري الدولي

تجد القواعد المكونة لما يطلق عليه القانون التجاري الدولي مصدرها في العادات والأعراف التجارية الدولية بالإضافة للمبادئ القانونية المشتركة في الدول المختلفة. فضلا عن قواعد العدالة، هذا بالإضافة إلى قضاء التحكيم باعتباره مصدرا هاما من مصادر هذا القانون لما يساهم به في خلق واستقرار قواعده².

هذه القواعد أخذت وصف القواعد القانونية، وقد أصبح أطراف العقد يفضل اللجوء إليها وتطبيقها على عقودهم لكونها توفر لهم العلم المسبق بمحتواها لأنها قواعد عالمية وقد اعتاد عليها المتعاملين. وما يدل على ملائمة هذه القواعد هو تنوع مصادرها والتي أشرنا إليها سابقا، إضافة إلى كونها ترتبط بدول مختلفة فهي تنظم العقود الدولية بصفة مباشرة ومستقلة عن القوانين الوطنية وتضع حلولاً مباشرة لمشكل العقود التجارية الدولية³.

من بين الأمثلة عن قواعد القانون التجاري الدولي نجد مثلا بعض المبادئ العامة للقانون التي يؤخذ بها في عقود التجارة الدولية وهي: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإثراء بلا سبب ومبدأ التعويض الكامل للضرر أما عن العادات والأعراف

¹ محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 24- 3.

² محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 324-325

³ بوكلال مبروك، لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية- بجاية، 2012/2011. ص65

التي تعتبر من بين قواعد القانون الدولي التجاري فهي تلك التي اعتادت الأوساط المهنية والتجارية على إتباعها في معاملاتها التجارية الدولية، وذلك في إطار مهنة أو تجارة على حدة، مثلاً نجد الأعراف المتبعة في مجال تجارة الحبوب وتجارة الحرير، كذلك العادات والعقود التي قننتها العقود النمطية¹.

إضافة إلى هذا تتجلى أهمية قواعد القانون التجاري الدولي مثلاً في حالة عدم عدالة

القانون

الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف، ففي هذه الحالة يستبعد هذا القانون باسم النظام العام الدولي، ذلك لأن عدم العدالة الواضحة تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، كذلك نجد أنه في حالة عدم توافق الحل الذي يقرره قانون العقد مع ذلك الذي يشير له قانون القاضي في حالة تنازع فإنه يفترض إعمال قواعد النظام العام الدولي².

ثالثاً: إسناد العقد للقانون الذاتي له

قد تشكل الشروط والنصوص التعاقدية التجارية في مجموعها ما يشبه القانون الخاص للعقد التجاري الدولي، حيث أنها يمكن أن تحكم كافة جوانب العقد دون الحاجة إلى اللجوء للقوانين التي تصدرها السلطات التشريعية في الدول، ذلك أن تعدد القضايا الحديثة في العقود التجارية الدولية يؤدي باستمرار إلى إيجاد حلول عقدية تخدم مصالح المتعاقدين وتريحهم من خلال إيجاد وسائل تبعد العقد والمتعاقدين عن تدخل السلطات التشريعية بل وحتى المحاكم.

¹العقود النمطية Types Contrats: ويجري الاصطلاح على تسميتها بالعود النموذجية، وهي عبارة عن مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، والمكتوبة في صيغ معدة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل.

² LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit internationale Prive, DALLOZ, 1978, p290

علاوة على هذا فإن كثرة انتشار هذه الحلول أدى إلى وجود عقود ونصوص عقدية نموذجية تنتشر دولياً .

يمكن للمتعاقدین في العقد التجاري الدولي خلق قانون ذاتي للعقد واخضاعه لأحكامه، أي أن العقد يكون قانوناً للمتعاقدین، حيث يقوم فيه الأطراف بوضع الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية والقانونية والشروط الخاصة بتنظيم العلاقة أثناء المفاوضات، وتضمن العقد كافة الحلول لكل المسائل التي يمكن أن تثور بينهم، والاجتهاد في تحرير العقد مع التطرق إلى أقصى التفصيلات .

إن مثل هذا الكمال في التنظيم التعاقدی يغني الأطراف عن الحاجة إلى أي قانون آخر، هذا ما يسمى بنظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولي. وهذه الأخيرة تستند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وما تجدر الإشارة إليه أن العقود النموذجية تلعب دوراً فعالاً في تحقيق الكفاية الذاتية كونها تتضمن الأحكام التفصيلية لكل عقد من كل الجوانب من كونها تتضمن الأحكام التفصيلية لكل من كل الجوانب من خلال الخبرات والتجارب السابقة، ومن ثم فهي تواجه بيان الحقوق والالتزامات وكيفية الوفاء بها و ضمانات وظروف تنفيذها، تأثير القوة القاهرة على العقد وشروطها وآثارها.

وبذلك تكون هذه العقود هي الوسيلة الفعالة والعملية في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية.

ولكن ماذا لو حدث أي نزاع، فهل هناك أي آلية لتسوية نزاعات التجارة الدولية؟

الفرع الثالث: التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية

التحكيم هو اتفاق الخصوم على تولية طرف ثالث فصل النزاع بينهما، حيث إن التحكيم هو تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، وركنه اللّفظ الدال عليه مع قبول الآخر¹.

حديثا أصبح التحكيم هو الوسيلة الأكثر تفضيلا بالنسبة للمتعاملين على المستوى الدولي وهذا نظرا لوجود عدد من الاتفاقيات الدولية التي تناولته، لعل أهمها اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1958، كذلك وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قواعد خاصة بالتحكيم كما وضعت قانونا نموذجيا للتحكيم¹.

إضافة إلى هذا فقد اهتمت الدول الغربية والعربية على السواء بالتحكيم، فمنها من خصص له بابا مستقلا في تشريعاتها المنضمة للنقاضي مثل قانون المرافعات المدنية والتجارية لدولة الإمارات العربية ومنها من خصص له قوانين مستقلة².

التحكيم الذي يهمننا هو التحكيم التجاري الدولي، ونظرا لخصوصية هذا الأخير، فليس كل نزاع يمكن أن يسوى في إطاره، لأنه له طابع يميزه عن غيره من النزاعات، فيجب أن يكون من النزاعات القانونية لا السياسية لأن كل من القانون الدولي والقوانين الوطنية المقارنة تتحدث عن العلاقة القانونية في مجال التجارة الدولية العقدية أو غير العقدية، وهو ما نصت

¹ لقد احتل التحكيم مكانة خاصة من بين الطرق الأخرى لحل النزاعات خاصة الدولية منها، فأصبح ضرورة ثابتة من ضرورات ومستلزمات التجارة الدولية، فهما على حد تعبير الفقه «توأمين لا يمكن فصلهما أو بمثابة الروح في الجسد، فإذا كانت التجارة الدولية إنسانا، فإن التحكيم عقله المفكر». انظر كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص. 30.

² مثلا المشرع الجزائري أدخل فصلا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي، وهذا عند صدور المرسوم التشريعي رقم 93 09-مؤرخ في 23 أبريل 1993، معدل ومتمم للأمر رقم 66-154 مؤرخ في 08 أبريل 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 27 الصادرة في 27 أبريل 1993 الذي عدل المادة 442

عليه المادة 2/1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والمادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي¹.

كذلك يجب أن يكون النزاع دولياً، ولتحديد هذا الأخير اعتمد على كل من المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني لدولية العقد، وأخيراً يجب أن يكون النزاع من النزاعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، وما يؤكد ضرورة وأهمية مسألة القابلية للتحكيم هو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي. أما عن تحديد هذه المسائل القابلة للتحكيم فتركزت لظروف كل دولة وذلك وفقاً لظروفها السياسية والاقتصادية. فنجد مثلاً أن المشرع الجزائري أخرج بعض المسائل من التحكيم وتتمثل في: الالتزام بالنفقة، حقوق الإرث، الحقوق المتعلقة بالسكن والملبس، وكذا المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم².

كذلك من بين أهم أنواع النزاعات التي تسوى عن طريق التحكيم التجاري الدولي تلك المنبثقة عن عقود التجارة الدولية فيتم اللجوء إلى هذه الوسيلة عن طريق اتفاق أطراف العقد، سواء أثناء إبرامه وهذا ما يعرف بشرط التحكيم ويعد من بنود العقد الأصلي، أو بعد ثبوت النزاع وهذا ما يعرف بمشارطة التحكيم.

¹ قد تعددت المعايير للتفرقة بين النوعين من النزاعات بتعدد الاتجاهات الفقهية، فظهر المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي والمعيار الذي نادى بوضع قائمة لتعداد النزاعات القانونية. انظر: عشوش أحمد عبد الحميد، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990، ص. 46.

² نصت اتفاقية نيويورك على ضرورة قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، وذلك في نص المادة 2/1 التي تنص: "تُعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم". كذلك نجد المادة 1/1 من بروتوكول جنيف لعام 1923 والمتعلق بشروط صحة اتفاق التحكيم على أن "تُعترف الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكيم وكذلك شرط التحكيم... في المسائل التجارية والمسائل الأخرى التي تقبل التسوية عن طريق التحكيم". انظر: الأحمد عبد الحميد، التحكيم الدولي، مؤسسة نوفل، العراق، 1997، ص. 34.

بعد اختيار اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناجمة عن العقد، يجب على الأطراف مراعاة توفر شروط صحة هذا العقد من أهلية أطرافه للجوء إلى التحكيم إلى توفر شرط الرضا بالإضافة إلى وجود سبب ومحل مشروعين، كما يترتب شرط التحكيم آثاره إذا ما تم سليما وفقا لشروط صحته¹.

أما عن القانون الذي ينظم اتفاق التحكيم فإنه يتم إما على أساس قانون الإرادة أو على أساس قانون محل التحكيم، إضافة إلى هذا يجب على الأطراف تحديد معظم المسائل المتعلقة بالتحكيم مثلا: كيفية الإعلان ووسائله (أي الإعلان عن خصومة التحكيم)، كذلك مكان التحكيم وبالغة التي سيتم بها إلى غير ذلك من الأمور الهامة².

أولا: التعريف بالتحكيم التجاري الدولي

لقد تعددت وتنوعت التعاريف الفقهية للتحكيم التجاري الدولي، فعرف بأنه (الطريقة التي يختارها الأطراف لفض النزاعات التي تنشأ من العقد، والتي يتم البت فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء).

وبهذا المعنى عرف أيضا بأنه (تقنية ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر، والذي يتولاه شخص أو أكثر-محكم أو محكمان أو

¹ لفصل النزاع عن طريق التحكيم التجاري الدولي يجب توافر الشروط التي نصت عليها المادة 459 من قانون .إ.م.إ.ج، وهي الصفة، المصلحة والأهلية. وهي شروط عامة لقبول الدعوة أمام القضاء، إضافة إلى هذا يستوجب توافر شروط خاصة لا توجد في وسيلة أخرى وهي ضرورة نشوب نزاع، توافر طرفي النزاع على أهلية اللجوء للتحكيم التجاري الدولي وأخيرا اتفاق طرفي النزاع على اللجوء لهذا التحكيم

² طبقا للفقرة الثالثة من المادة الرابعة من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس» يشتمل طلب التحكيم على - :اسم كل من الأطراف ولقبه كاملا وصفته وعنوانه - .عرض طبيعة وظروف النزاع الذي كان سبب التقدم بالطلب - .إشارة إلى موضوع الطلب، وبقدر الإمكان إلى المبلغ أو المبالغ المطالب بها - .الاتفاقات المعقودة وخاصة اتفاق التحكيم - .كل المعلومات المفيدة حول عدد المحكمين واختيارهم وكل تعيين محكم مطالب به. - كل الملاحظات المفيدة حول مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق ولغة التحكيم

هيئة تحكيم - يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة¹.

في حين ذهب البعض إلى تعريفه بأنه (وسيلة بديلة لقضاء الدولة يؤسس على رضا الأطراف، يعهد بمقتضاه إلى شخص خاص " المحكم " بمهمة الفصل في نزاع بمقتضى قرار له قيمة قضائية).

وعرف ايضا بأنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، يفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به).

ومن أبرز التعاريف المطروحة للتحكيم التجاري الدولي، التعريف الذي أشار إلى أنه (نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم، بخصوص علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي، والتي تجوز تسويتها بطريق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها وإصدار قرار قضائي ملزم لهم)².

اما على مستوى القضاء فقد عرف التحكيم من قبل محكمة النقض المصرية بأنه (طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية). كما عرفته المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه (عرض نزاع معين بين طرفين، على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددها؛ ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائيا عن شبهة الممالة، مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة

¹ RENÉ DAVID : " L'arbitrage dans le commerce international " economica , Paris , 1982 , p.9

² أحمد أبو الوفاء التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1978، ص 10

في جوانبها التي أحالها الطرفان عليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية)¹.

يتبين لنا مما تقدم الاهتمام الكبير الذي حظي به التحكيم، سواء من قبل الفقه أم القضاء فضلا عن التشريع؛ كونه أحد أهم الوسائل المستخدمة في حل المنازعات العقدية وغير العقدية بشكل عام، ومنازعات عقود التجارة الدولية بشكل خاص، إذ لم يعد اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم إجراء استثنائيا كما أشار إلى ذلك بعض التعريفات أعلاه لاسيما القضائية، من خلاله يتم اخراج الولاية القضائية الإلزامية للدخول في ولاية القضاء الاختياري (التحكيم). بل صار إجراء طبيعيا أصيلا لا نكاد نجد عقد من عقود التجارة الدولية الا وقد تم الاتفاق فيه على شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم.

فضلا عن ذلك، فإن أهم ما يميز القرار التحكيمي ويضفي عليه الطابع الرسمي، هو تمتعه بحجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره ولو لم يصدر امر بتنفيذه، فضلا عن إمكانية تنفيذه خارج الدولة التي صدر فيها)، وتبقى هذه الحجية والقوة الملزمة باقية ما بقي الحكم قائما.

وبعد أن اتضح لنا معنى التحكيم التجاري الدولي، يثار التساؤل حول مدى جدوى لجوء الأطراف إليه في حالة فشلهم في التوصل إلى اتفاق خلال إعادة التفاوض، وهذا ما سنوضحه في القادم من البحث.

ثانيا: جدوى اللجوء إلى التحكيم في حالة فشل الأطراف في التوصل إلى اتفاق

¹أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوة الدستورية رقم 13 لسنة 15 في جلسته 1994/12/17، منشور في الجريدة الرسمية، ديسمبر 1994.

يحتل خيار اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات والعقبات التي تعترض تنفيذ العقود التجارية الدولية أهمية كبيرة، وذلك نابع من المزايا العديدة التي يمتاز بها نظام التحكيم، فعامل الخبرة التي يتمتع بها المحكمون، والسرعة في اتخاذ القرار المناسب، وقلة التكاليف والابتعاد عن الإجراءات الروتينية والضوابط الشكلية والموضوعية التي يخضع إليها نظام القضاء العادي، وهذا ما يضمن توفير الوقت والجهد والمال للأطراف المتعاقدة، فضلا عن جانب السرية الذي يلتزم به المحكمون وعدم إفشائهم لأي معلومات يمكن أن يطلعوا عليها خلال عملية الفصل في النزاع المعروض عليهم، إضافة إلى القوة الملزمة للقرار التحكيمي الذي يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، مما يجعله قابلا للتنفيذ، سواء على المستوى الداخلي أم الدولي، وبنفس شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية¹.

لهذا فقد تأكد ثبوت التحكيم التجاري الدولي كقضاء أصيل العقود التجارية الدولية، من خلال الدلائل والقرائن الآتية:

1. سعيه إلى تحقيق عدالة تتسق وطبيعة التعاملات التجارية الدولية، تتميز بدأب الصدع ونزع أسباب الخصومة وإبقاء التعامل مستقبلا بين الأطراف ممكنا إلى حد كبير، ولو كان ذلك على حساب التطبيق الجامد لقواعد القانون، خلافا للقضاء العادي الذي يقوم على أساس تغليب ادعاء أحد الأطراف على حساب الآخر.

2. اكتساب القرار التحكيمي فور دوره الحجية الأمر المقضي به، وهذا يعني تمتع هذه القرارات بسلطة الحسم في النزاع وإسباغه بالحماية القانونية المانعة من

¹ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2008، ص5 وما بعدها.

إعادة طرحه مثبتا للمراكز القانونية التي أقرها، ملزما من صدرت مواجهتهم
معا يحول دون المساس بالقرار التحكيمي أو تعديله أو طرح ما استقر من
مراكز قانونية للخصوم مجددا، سواء من قبل المحكم الذي أصدر هذا القرار
لاستنفاد ولايته بمجرد صدوره، أم من قبل أحد الأطراف أم من قبل القضاء
العادي، ومن ثم يكون هذا القرار واجب التنفيذ وفقا لما يقرره البلد الذي ينفذ
فيه، كونه قد صدر صحيحا من حيث إجراءاته ومضمونه.

3. تلعب القرارات التحكيمية دورا مهما ومؤثرا في تفسير وتقرير العديد من عادات
وأعراف وقواعد قانون التجارة الدولية (Lex mercatoria)، فضلا عن دورها
في إعادة بلورة العديد من المفاهيم القانونية الوطنية كي تنسجم وأوضاع التجارة
الدولية، كما تقوم بسد النقص المحتمل في بعض عقودها طويلة المدة، والعمل
على استبعاد القوانين واجبة التطبيق، والتي يتعارض تطبيقها مع مقتضيات
التجارة الدولية، أو مخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي¹.

إذا كان التحكيم الية تفاوضية ودية لتسوية نزاعات التجارة الدولية، فهل يمكن الحديث

عن التدخل القضائي في هذا الجانب؟

¹ ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الأنظمة القانونية الوطنية والدولية معززة بأحكام القضاء والتحكيم والشروط التعاقدية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2016، ص 921

الفرع الرابع: القضاء كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية

يعد اللجوء إلى القضاء لإنهاء منازعة ناجمة عن العلاقات التجارية الدولية رهين بعدم اتفاق أطراف العلاقة التجارية على عدم اللجوء للتحكيم أو رفض أحد الطرفين ذلك، مما يجعل المتضرر يلجأ إلى ساحات القضاء لإجبار خصمه لإنهاء الخصومة، وعلى هذا فإن اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة هي وسيلة غير اتفاقية لإنهاء الخصومة عكس ما هو سائد في التحكيم .

يتحدد الاختصاص القضائي في مجال العلاقات التجارية الدولية بمراعاة القواعد العامة للاختصاص القضائي الوطني . كذلك فوفقاً لقواعد القانون الدولي العام وعندما لا يتم تعيين الجهة القضائية المختصة بموجب العقد المبرم، فالجهة القضائية التي تختص بالنظر في النزاع تكون محكمة مقر إقامة المدعي عليه، إلا أن مثل هذا الحل يمكن أن يقود إلى حلول وأحكام قضائية تكون غير قابلة للتنفيذ بسبب نص القوانين الداخلية على قواعد اختصاص غير القاعدة المتفق عليها دولي. لهذا فإنه في مثل هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد الوطنية، فنجد مثلاً اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا 1980 تطبق أمام قضاء التحكيم أو الدولة المتعاهدة مباشرة بعد المرور بمنهج تنازع القوانين¹.

كمثال عن الأحكام القضائية الصادرة في مجال البيوع البحرية الذي يعد نوعاً من العقود التجارية الدولية، نجد الحكم الصادر في القضاء السويسري في 7 ماي 1993، والمتعلق بعقد بيع معدات صناعية أبرم بين فنلندي ومشتري سويسري وأقام البائع دعواه أمام القضاء

¹ عثمانية منى، مرجع سابق، ص. 5

السويسري لمطالبة المشتري بالوفاء بثمن البضاعة، وعلى الرغم من إبرام العقد قبل دخول اتفاقية فينا حيز التنفيذ في سويسرا إلا أن المحكمة قررت خضوع عقد البيع لاتفاقية فينا 1980 على اعتبار أن فنلندا دولة متعاقدة وأن قواعد القانون الدولي الخاص السويسري تقضي بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفنلندي.

ما تجدر الإشارة إليه بأن القاضي الوطني يقوم بدور المراقب لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني بحيث يقع عليه استبعاد هذا القانون من دائرة التطبيق كلما لمس أن هناك تحايلا على القانون من طرف المتخاصمين بعدم تمكينهم من إتمام ذلك التحايل وفقا لأحكام قضائية.

كما يقوم القاضي بدور الرقيب الصارم فيما يتعلق بمسائل النظام العام والآداب العامة، فكلما كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفا للنظام العام والآداب العامة فإن القاضي الوطني يستبعد ذلك القانون لصالح التشريع الوطني وينتهي الأمر بإصدار حكم قضائي في منازعة العلاقة التجارية الدولية وهذا الحكم يكون واجب التنفيذ على الإقليم الوطني كما أنه ينفذ خارج إقليم الدولة التي صدر فيها بتزويدها بالصيغة التنفيذية من قبل السلطات القضائية في دولة التنفيذ¹.

كذلك يمكن للأطراف في العقد التجاري الدولي اللجوء إلى القضاء عن طريق الاتفاق، أي اللجوء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع في بلد معين والخضوع لنظامها القضائي، وفي هذه الحالة يجب عليهم التأكد المسبق من أهليتها للنظر في منازعاتهم، كذلك في حالة طلبهم من محكمة ما، ومهما كانت جنسيتها تطبيق قانون العقد المتفق عليه، فإن عليهم التأكد من

¹ لأطر العامة للعلاقات التجارية الدولية، مرجع سابق

عدم وجود أي نص في النظام العام للبلد الذي توجد فيه المحكمة يمنعها من ذلك، وأنها تقبل بحسم مثل هذه المنازعات، وكذلك يجب التعرف على الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المحكمة لحسم النزاع. لكن هذه الطريقة قلّما تستخدم وهذا لكونها مكلفة جدا ماليا وبسبب القيود التي تفرضها النظم القانونية، سواء من حيث تعدد درجات التقاضي أو بطء إجراءات المرافعات أو عدم تجاوب القواعد الوطنية التي يطبقها القاضي الداخلي مع طبيعة التعاملات التجارية الدولية.

كما أنه عند صدور الحكم من المحكمة المختصة في بلد معين، قد يجد الطرف المحكوم له صعوبة في تنفيذ هذا الحكم ما لم يكن هناك اتفاقية دولية بين دولة المدعي والدولة التي صدر فيها الحكم تقضي بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة من محاكم إحدى الدولتين في الدولة الأخرى. كذلك إذا اختار الأطراف اللجوء إلى القضاء فعليهم أولا معرفة ما إذا كان تنفيذ هذا الحكم في الدولة التي يوجد فيها الطرف المقصر في العقد أو مكان وجود أملاكه وأمواله حتى يسهل التنفيذ عليها¹.

مما سبق يمكن القول إن القاعدة العامة هي أن المفاوضات يمكن القيام بها في كافة أنواع العقود، دولية كانت أم وطنية، ولا يستثني من هذه القاعدة سوى طائفة معينة من العقود توسم بعقود الإذعان.

وإذا ما كان العقد قابلا للتفاوض - وهو الأصل - ودخل الأطراف بالفعل في مفاوضات،

يثور التساؤل حول القيمة القانونية لهذه المفاوضات؟

¹ صالح بن عبد الله بن عطايف العوفي، مرجع سابق، ص 356-3

فهل هي مجرد أعمال مادية؟ أم إن الأمر يتجاوز مجرد العمل المادي؟

يمكن القول إن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب التطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه

المفاوضات وهو ما سيكون محل للدراسة في الفصل الثاني:

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية للمفاوضات

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للمفاوضات

اختلف الفقه في الطبيعة القانونية للمفاوضات، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار المفاوضات مجرد أعمال مادية، لا تتمخض عنها التزامات، إلا ما يقتضيه الواجب العام، الذي يقضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف، على نحو يلحق ضرراً بالغير، في الوقت الذي ذهب جانب آخر من الفقه، إلى اعتبار المفاوضات تصرفات قانونية، إذا ما اتجهت إرادة المتفاوضين إلى إبرام عقد التفاوض؛ لتنظيم سير المفاوضات، وما يترتب على هذا العقد من التزامات¹.

وسوف أقوم في هذا الفصل، باستعراض كلا من الاتجاهين الفقهيين المبحث الأول، مع

وضع تنزيلهما التشريعي في المبحث الثاني

¹ سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العملية، جامعة النهدين، الطبعة الأولى، 2004، ص22.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمفاوضات عند الفقه

منذ أوائل القرن العشرين أصبح التفاوض على العقد محط أنظار الفقهاء، فاحتدم الخلاف بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للمسئولية المدنية في مرحلة التفاوض، ولعل السبب الرئيسي في زيادة حدة الخلاف هو خلو القوانين المدنية من نصوص تنظم هذه المرحلة المهمة والحاسمة، فعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على مبدأ قيام المسئولية في مرحلة التفاوض على العقد إلا أن آراءهم اختلفت حينما حاولوا رد هذه المسئولية إلى نظام قانوني معين، فهل تدخل هذه المسئولية في إطار المسئولية التقصيرية أم في إطار المسئولية العقدية، حيث تباينت النظريات التي قيل بها في هذا الخصوص.

إلا أنه يلاحظ أن الفقه تحدث في هذا الصدد عن طبيعة المسئولية في مرحلة التفاوض، وما إذا كانت هذه المسئولية تقصيرية أم عقدية، ولا يتحدث عن طبيعة التفاوض نفسه رغم أن التفاوض هو الأصل، ولعل من الصواب أن نحدد الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد، وبعد ذلك نحدد الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة عنه، مثلاً لو اعتبرنا أن التفاوض على العقد لا يعدو أن يكون واقعاً مادياً كان معنى ذلك أن تصبح المسئولية المترتبة عليه هي مسئولية تقصيرية أما إذا اعتبرنا أن التفاوض على العقد هو تصرف قانوني، أي ذو طابع عقدي، وذلك بالنظر إلى الاتفاق بين الطرفين على التفاوض لأدى ذلك إلى اعتبار المسئولية الناشئة عنه عقدية.

لهذا سوف نتناول الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي من الطبيعة القانونية للتفاوض

على العقد

إن الفقه التقليدي بدأ يتصدى لدراسة الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة عن قطع المفاوضات، وكان القصد من ذلك هو تحديد أحكام هذه المسئولية وطبيعتها إلا أن الفقه لم يكن يميز في هذه الآونة بين المسئولية عن قطع المفاوضات والمسئولية عن بطلان العقد، وإنما كان يخلط بينهما ويخضعهما إلى قواعد قانونية واحدة حيث كان يتحدث عن المسئولية قبل العقدية بصفة عامة دون تمييز، وفي ذلك الوقت ظهرت عدة نظريات فقهية كان لها وقعها حتى هذا اليوم حيث تواتر الشراح على ذكرها وهم بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد¹.

لذا سنحاول أن نتناول هذه النظريات التقليدية لنرى كيف أسهمت كل نظرية في تحديد الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد.

الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد

إن نظرية الخطأ عند تكوين العقد من أهم النظريات التي قيل بها في مرحلة التفاوض على العقد، وقد حققت هذه النظرية من الشهرة والانتشار ما جعلها تتبوأ مكانه مهمة ومرموقة بين نظريات القانون المدني المقارن، ويرجع الفضل في صياغتها إلى الفقيه الألماني (إبرنج)

¹ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص 209.

وذلك في عام 1860 حيث تتحدث هذه النظرية عن طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض¹.

أولاً: مضمون نظرية (إيرنج):

تتلخص هذه النظرية في أن كل شخص يقدم على التعاقد يكون هو السبب في بطلانه بحيث يقيم مظهرًا كاذبًا يطمئن إليه المتعاقد الآخر يلتزم بتعويض هذه الأخير بمقتضى العقد الباطل، أي أن المسؤولية على هذا الخطأ هي مسؤولية عقدية أساسها العقد الباطل، حيث إن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزامًا بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية، وبذلك فإن دعوى التعويض تستند إلى دعوى العقد، ذاتها وحسب رأي (إيرنج) فإن الخطأ العقدي هو في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان، من جهته على التعاقد، وكان واجبًا عليه أن يعلم بذلك، وحتى لو فرضنا أنه لا يعلم سبب البطلان، فمن العدل أن يتحمل الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر حسن النية، بمعنى أن وجود سبب البطلان من جانب أحد المتعاقدين يتعين معه تعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذي أصابه².

أما عن تكييف الخطأ بأنه عقدي رغم عدم وجود عقد أو بطلانه فإنه يستند إلى افتراض وجود عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد، ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمني لهذا التعهد فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين، وبذلك فإن بطلان العقد بسبب يرجع للمتعاقد يعتبر إخلال منه بهذا

¹ بن أحمد صليحة: المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، مصدر سابق، ص 41.

² نزيه محمد صادق المهدي: الالتزام بالأدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دار النهضة العربية، 1990، ص 303.

العقد الضمني بالضمان، ومن ثم خطأ عقدياً مستوجباً لتعويض الطرف الآخر، وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية ولكن هذا الرأي كان يصطدم بقواعد القانون الروماني المطبقة في ألمانيا في ذلك الوقت، لذلك لا يقيم (إيرنج) مسؤولية المتعاقد على عقد الضمان الذي افترضه لأنه لا يعتبر عقداً، وإنما يقيم المسؤولية على العقد الباطل ذاته لا كواقعة مادية، بل كعقد حيث يستند إلى مجموعة من النصوص استخلص منها قاعدة عامة، حيث قال (إيرنج) بأنه لا يجوز أن يجرد العقد الباطل من كل أثاره فإذا نقص العقد ركن أو شرط أصبح باطلاً كان معنى هذا البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط¹.

أما الأسباب التي جعلت (إيرنج) يقوم بوضع هذه النظرية هي أن القانون الروماني كان هو القانون المعمول به في ألمانيا في ذلك الوقت، ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يترتب مسؤولية مدنية بل كانت الأعمال الضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط قانون (aquilia) فلم يستطيع إيرنج أن يقرر أن العقد الباطل كواقعة مادية يعتبر خطأً يوجب التعويض، ولكنه وجد نصوص في القانون الروماني تقضي برجوع أحد المتعاقدين في العقد الباطل على الآخر بمقتضى دعوى العقد ذاتها².

إضافة إلى ذلك فقد صدر حكم من محكمة كولونيا بألمانيا، فكان هذا الحكم هو الدافع الحقيقي إلى وضع هذه النظرية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن تاجر بمدينة كولونيا أرسل إلى المصرف الذي يتعامل معه بمدينة فرانكفورت برقية يأمره فيها بأن يبيع لحسابه عدد معين من الأوراق المالية، ونتيجة لغلط تسرب إلى البرقية أثناء نقلها اختفى مقطع (ver) من كلمة

¹ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بشكل عام، صادر الالتزام، مصدر سابق، ص 506.

² محمد حسام محمود لطفى: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، 1995، ص 37.

(verkaufeh) أي يبيع وبقي من الكلمة مقطع (kaufen) أي يشتري، ووصلت إلى المصرف هكذا فقام الأخير بشراء العدد المحدد من الأوراق المالية لحساب التاجر بدلاً من أن يبيع، وحدث بعد ذلك أن انخفضت قيمة هذه الأوراق انخفاضاً هائلاً فطالب المصرف التاجر بفرق السعر، ولكن التاجر تمسك ببطلان الوكالة لعدم مطابقة الإيجاب للقبول إلا أن المحكمة لم تعباً بزعمه وقضت ضده بالتعويض، وقد استندت المحكمة في قضائها إلى أن وسيلة البرق كوسيلة للمرحلة تعوزها الدقة والأمان في الوقت الذي تتوفر فيه وسائل أخرى أكثر أماناً مثل البريد والمرسال، فمن يلجأ إلى هذه الوسيلة رغم مخاطرها فهو مقصر وعلى رأسه تقع النتائج الضارة، ولكن المحكمة لم تحدد في حكمها طبيعة المسؤولية، من هنا رأى (إيرنج) أنه من العدل حقاً أن يلتزم المتعاقد الذي جاء سبب بطلان العقد من جانبه بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من ضرر من جراء اعتقاده في صحة العقد اعتقاداً يؤيده الظاهر¹.

ثانياً: مزايا نظرية (إيرنج):

أن لهذه النظرية عدة مميزات منها:

- 1- بنى فكرة الخطأ في نظريته على نعت مسلك من تسبب في عدم انعقاد العقد بالخطأ، ويذهب إلى حد افتراضه من مجرد إقدام البائع على التعاقد دون أن يكون واثقاً تماماً من عدم ما قد يعترى البيع من عيب، وهو بذلك يقيم المسؤولية على عقد ظني فيتفادى بذلك انتفاء المسؤولية إذا كان الظن مشتركاً بين الأطراف بما يدل على حسن نيتهم، حيث يفترض توافر قرينة غير قابلة لإثبات العكس على توافر الخطأ من مجرد الإقدام على التعاقد مع توافر العيب ولو كان

¹ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص 203-204.

هذا العيب خفيًا عليه¹ إذن فالأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية هو الالتزام باليقظة عند التعاقد، وهو أن يبذل المتعاقدان اليقظة اللازمة لضمان إبرام عقد صحيح، فالحماية القانونية من خطأ المتعاقد لا تقتصر على العلاقة العقدية الناتجة بالفعل بل تشمل أيضًا العلاقة العقدية الناشئة، أي التي في طور الانعقاد، لذا فإن أهم ما يميز نظرية (إيرنج) أنه يرتب على العقد الباطل أثرًا أصليًا لا باعتباره واقعة مادية بل على أساس أنه عقد².

2- صور العقد الذي أخل به المتعاقد المسئول على أنه عقد ضمان يلتزم بمقتضاه المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد، ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ورضاء المتعاقد الآخر على أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمني لهذا التعهد فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين.

3- أضفى على التعويض صفة خاصة في هذه النظرية فهو لا يكون تعويضًا كاملاً كما في التعويض عن عقد صحيح، فالتعويض عن عقد صحيح يكون عن المصلحة الإيجابية، أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية، ويضرب (إيرنج) مثلاً يوضح فيه الفرق بين التعويضين، بأن لو حجز شخص غرفة في فندق وتخلف عن الحضور فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية أي عن الضرر الذي أصاب: صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد فيدفع أجره الغرفة، أما إذا كان العقد باطلاً، ومع ذلك أطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية فيطلب تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التي كان

¹ محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 40.

² بن أحمد صليحة: المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، مصدر سابق، ص 43.

عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من المتعاقد، ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بالتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محجوزة وهذا خلاف الحالة الأولى حيث إنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها¹.

ثالثاً: عيوب نظرية (إيرنج):

رغم ما حققته نظرية الخطأ عند إبرام العقد من شهرة ومكانة مرموقة في الفقه إلا أنها لم تسلم من النقد الذي نال من جوهرها، فقد أخذ عليها ما يلي:

1-1- أن (إيرنج) استند في إرساء نظريته إلى نصوص تائية في القانون الروماني الذي لم يكن يعرف مبدأ عامًا للمسؤولية التقصيرية يمكن تطبيقه على الأخطاء التي تقع من المتعاقد عند إبرام العقد فتؤدي إلى بطلانه فاضطر إلى الاعتراف للمشتري الذي أضرير من جراء بطلان البيع بالحق في الرجوع على البائع بالتعويض عن طريق دعوى البيع نفسه رغم بطلانه تحقيقاً للعدالة، أما في الوقت الحاضر فلم يعد هناك ما يبرز ذلك، خاصة بعد أن تم إرساء مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية في القوانين المعاصرة².

2- إن هذه النظرية تجعل الالتزام بالتفاوض موضوع تعهد ثانوي يقتزن بالتصرف الباطل ويبقى رغم بطلان هذا التصرف ليكون أساساً إرادياً لتعويض الغير على الضرر الناشئ عن البطلان، وهي تقتض بذلك قيام تعهد بالصحة في جميع العقود دون أن يقوم دليل على ذلك، وحتى لو سلمنا بافتراض وجود هذا التعهد الثانوي بضمان صحة التصرف الأصلي فلا شك أن بطلان التصرف الأصلي سيؤدي إلى بطلان هذا التعهد الثاني أيضاً، فينعدم بذلك سند تكييف

¹ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأولى، نظرية الالتزام بشكل عام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 507.

² حياة محمد أبو النجا: الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 111.

المسئولية بأنها عقدية، وإلا فإن تجزئة البطلان في هذا الصدد والقول بأنه ينصرف إلى التعهد الأصلي فقط دون الثانوي هي تجزئة تحكمية غير مقبولة، وهي تؤدي إلى نتائج غير سليمة ففي حالة ما إذا كان سبب البطلان هو نقص الأهلية فكيف يكون غير ملزم بالعقد الأصلي الذي تقرر إبطاله لنقص أهليته بينما نلزمه بالعقد الضمني الذي تعهد فيه بضمان صحة العقد الأصلي فلا شك أن نقصان الأهلية الذي أدى إلى بطلان العقد الأصلي سيؤدي إلى بطلان هذا التعهد القانوني أيضاً على فرض وجوده¹.

3- تجاهل الأثر المطلق للبطلان، حيث أخذ (إيرنج) بفكرة ضيقة للبطلان تخالف ما هو ثابت في القواعد العامة، فقد رأى أن البطلان وإن أدى إلى زوال الأثر الرئيسي للعقد وهو الالتزام بالتفويض فإنه لا يزيل الأثر الثانوي له وهو الالتزام بالتعويض عن المصلحة السلبية إذ أنه يؤسس المسؤولية على ذات العقد رغم بطلانه، والذي يعني أن الآثار التي تنعدم للعقد الباطل هي تلك الآثار التي تقابل الركن أو الشرط الذي وقع باطلاً، وإن الآثار التي لا تقابل هذا الركن أو الشرط تظل صحيحة إلا أن ذلك لم يعد يقبل به أحد، فقد انعقد اجماع الفقهاء على أن للبطلان أثراً مطلقاً ويؤدي إلى زوال كل أثر للتصرف الذي يلحقه².

الفرع الثاني: نظرية تحمل التبعية العقدية

إن صاحب هذه النظرية هو الفقيه الألماني winsheld ومضمون هذه النظرية أن كل شخص يقدم على التعاقد باتخاذ زمام المبادرة يتحمل تبعة نشاطه التعاقدي فيكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة عنه فيكفي وقوع الضرر وثبوته للحكم بالتعويض، ومفاد ذلك أن صاحب

¹ نزيه محمد صادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاتها على بعض أنواع العقود، مصدر سابق، ص 306.

² بالحاج العربي: مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون الجزائري، مصدر سابق، ص 41.

هذه النظرية يحمل كل متقدم تبعة الأضرار التي قد تتجم عن إقدامه بغض النظر عن حتمية وقوع هذه الأضرار أو الأسباب التي حالت دون قيام العقد، وتتعدّد مسؤولية البادي بالنشاط العقدي ولو كانت هذه الأسباب مجهولة غير معروفة أو حتى ولو كان حسن النية، لكن يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن هذه الضرر ناشئ عن خطأ المضرور كأن يثبت أن هذا الأخير قد مضى في التعاقد مع علمه باستحالة المحل¹.

والواقع أن هذه النظرية لا تختلف عن نظرية إيرنج التي تحمل المتعاقد تبعة الأسباب التي عاقت إبرام العقد أو أدت إلى بطلانه حتى ولو كان حسن النية حيث إن كلتا النظريتان تتفقان في النتيجة وتختلفان في أساس المسؤولية وعبء الإثبات، فإذا كانت نظرية إيرنج تقيم المسؤولية عن بطلان العقد على أساس الإخلال بالالتزام باليقظة عند التعاقد وتجعل المسؤولية عقدية، فإن نظرية (ولنشد) تقيم مسؤولية البادي بالنشاط التعاقدية على أساس تحمل تبعة نشاطه، ولذا فأنها تجعل المسؤولية مادية وليست عقدية، أما عن عبء الإثبات في نظرية إيرنج فإن على المضرور أن يثبت إخلال المسئول بالتزامه باليقظة عند التعاقد في حين أن نظرية (ولنشد) يكفي أن يقوم المضرور بإثبات الضرر الذي أصابه لكي تقوم مسؤولية البادي في النشاط التعاقدية، ويمكن لهذا الأخير في المسؤولية إذا قام الطرف الآخر الدليل على علمه أو إهماله أو عدم حيطة في العلم بما حال دون انعقاد العقد أو أدى به إلى البطلان².

أولاً: مزايا النظرية:

إن هذه النظرية جاءت بميزتين هما:

¹ حياة محمد محمد أبو النجا: الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 114.

² محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 44-45.

- 1- سهولة الإثبات حيث كفلت نظرية تحمل التبعية العقدية للطرف المضرور طريقاً سهلاً للإثبات، فقد اكتفت لقيام المسؤولية أن يثبت المضرور وقوع ضرر له من جراء النشاط التعاقدى الذي بادر إليه المسئول، وهذا أمر سهل إذ أن الضرر غالباً ما يكون مادياً سهل إقامة الدليل عليه وهذا أسهل من إثبات الخطأ، لأنه مسألة نفسية غير ملموسة يصعب إقامة الدليل عليها¹.
- 2- إن الأخذ بفكرة تحمل التبعية في مجال المسؤولية المدنية يمثل استجابة حقيقية لمقتضيات العدالة، إذ أن هذه الفكرة تكفل للمضرور حماية قانونية فعالة، وذلك عن طريق إعطائه الحق في الحصول على تعويض عادل في حالات ينتفي فيها الخطأ، حيث تلزم صاحب الشأن بصرف النظر عن قيام الخطأ من جانبه بتحمل تبعة نشاطه الذي أضر بالغير إذ الغرم بالغنم².

ثانياً: عيوب النظرية:

من البديهي أن لكل نظرية مزايا وعيوب، فمن العيوب التي أخذت على هذه النظرية ما يلي:

- 1- أن هذه النظرية تقوم على أساس النظرة الخاطئة للمشكلة، حيث تنطلق من فكرة مفادها مسؤولية الموجب، أي البادئ في النشاط العقدي على الرغم من إمكانية تبادل الأدوار بين الطرفين خلال رحلة التفاوض، فيصدر الإيجاب ممن تلقى الإيجاب، والمثال على ذلك عقد المقاول، فمتلقي الإيجاب يصبح موجباً عندما يتقدم بعطاءه³.
- 2- عدم بيان طبيعة المسؤولية هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية.

¹ بن أحمد صليحة: المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، مصدر سابق، ص 51.

² رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص. 235.

³ محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 46.

3- إن الأخذ بهذه النظرية تجعل الناس يعزفون عن الدخول في التفاوض رغم ما له من فوائد عظيمة في الحياة الاقتصادية، فمن يعلم أنه بمجرد مبادرته بالدعوة إلى التفاوض سيتحمل كل النتائج الضارة المرتبة على فشله حتى ولو لم يخطئ لن يفكر يوماً في أن يتفاوض كي لا يجر على نفسه المتاعب، إذ أن فشل المفاوضات هو أمر محتمل دائماً، كما أن هذه الفكرة تصطدم بمبدأ حرية المناقشات¹.

الفرع الثالث: نظرية الوكالة

هي النظرية التي نادى بها الفقيه (شورل) وهو فقيه ألماني، حيث ذهب إلى أن كل عقد يقتدر بمجرد الدعوة إلى إبرامه بتوكيل ضمنى للطرف الآخر باتخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام هذا العقد، ومن ثم يلتزم الموجب إذا لم يقم العقد بتعويض الطرف الآخر عن المصروفات التي أنفقها على أساس أحكام الوكالة الواردة في المادة (1999) من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة (710) من القانون المدني الليبي والمصري، حيث تكون المسؤولية في هذا الصدد مسؤولية عقدية².

وقد ضرب (شورل) مثلاً لذلك، بأن صاحب فندق تلقى عرضاً بحجز غرفة ليوم معين فقام بتنفيذ ذلك مما اضطره إلى رفض طلب عميل آخر أراد شغل الغرفة في هذا اليوم، ولكن صاحب العرض سحب عرضه في آخر لحظة، ففي هذه الحالة يستطيع صاحب الفندق باعتباره وكيلًا عن صاحب العرض أن يرجع على هذا الأخير بدعوى الوكالة لتعويض خسارته، وهكذا فإن (شورل) يعتبر الشخص الذي تلقى دعوة التفاوض بمثابة وكيل عن صاحب هذه

¹ محمد جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، مركز التميز لعلوم الإدارة والحاسوب، ط1، 1998، ص132.

² نزيه محمد صادق المهدي: الالتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، مصدر سابق، ص 304.

الدعوة في القيام بما يلزم لإبرام العقد، بحيث إذا قام الأخير بقطع المفاوضات، أو أنها فشلت لسبب آخر فإنه يلتزم بتعويض هذا الوكيل عما أصابه من ضرر من جراء تنفيذ الوكالة أي تعويضه عما انفق في سبيل الإعداد والتحضير للعقد، وإن دعوى التعويض تستند إلى عقد الوكالة¹.

أولاً: مزايا النظرية:

تمتاز هذه النظرية بأنها تضع حلاً سهلاً للمسئولية في مرحلة التفاوض وافترض وجود عقد وكالة بين الطرفين، وأن المشرع الفرنسي قد تأثر في هذه النظرية في حالة خاصة وهي حالة التفاوض مع مهندس من أجل تشييد البناء، والتي يقوم بها المهندس بعمل تصميمات ودراسات بناء على طلب صاحب العمل، ففي هذه الحالة إذا فشلت المفاوضات فإنه من حق المهندس أن يطالب صاحب العمل بأتعابه، ولا يمكن تبرير ذلك إلا بوجود وكالة أعطاه صاحب العمل للمهندس للقيام بعمل الدراسات اللازمة².

ثانياً: عيوب النظرية:

إنه من غير المنطقي بناء المسئولية على فكرة الوكالة، لأن الوكيل كما هو معلوم يقوم بالعمل باسم الموكل ولحسابه الخاص ولا يعمل لحسابه الشخصي، وهذا يعني أنه ليس ثمة تعارض بين مصالح الوكيل والموكل، بخلاف ما هو عليه الحال في التفاوض فكل طرف تكون له مصلحة تتعارض معه مصلحة الطرف الآخر، حيث إن كل متفاوض يعمل باسمه ولحسابه الخاص ويحمي مصالحه فقط من دون النظر إلى مصالح الطرف الآخر، فالمصالح

¹ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص 236.

² نادر أحمد أبو شيخة: أصول التفاوض، مصدر سابق، ص 62.

متعارضة والأهداف متباينة في مرحلة التفاوض، ومن ثم لا يمكن وصف العلاقة بين أطراف التفاوض على أنها عقد وكالة¹.

الفرع الرابع: نظرية الفضالة

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني (تون) الذي أسس المسؤولية ما قبل العقدية على فكرة الفضالة، فقد اعتبر أن الشخص الذي وجهت إليه الدعوة إلى التفاوض فضوليًا يدير شأنًا لرب العمل (صاحب الدعوة عليه يمكن الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات لاسترداد ما أنفق عن طريق دعوى الفضالة، ذلك لأن النفقات التي قام بها في سبيل إبرام العقد كان قد أنفقها تحقيقًا للمصلحة المشتركة للطرفين، وقد حاول الفقيه (تون) أن يتجنب الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة، وذلك بإخراجه المسؤولية قبل العقدية من دائرة العقد واعتبارها مسؤولية شبه عقدية².

نقد النظرية:

من المعلوم أن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلاً بتصرفات الفضولي، غير أن المتفاوض يقوم بما يلزم لإبرام العقد بعلم المتفاوض الآخر وبمشاركة منه، كما وإن الفضولي يتولى القيام بشأن عاجل لرب العمل في حين أن المتفاوض ليس في عجلة من أمره، وكذلك يجب القيام الفضالة أن يتجه قصد الفضولي إلى العمل لمصلحة رب العمل في حين أن

¹ نبيل إسماعيل الشبلاق: الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 325.

² بن أحمد صليحة: المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، مصدر سابق، ص 54.

المتفاوض حينما يقوم باتخاذ إجراءات معينة تمهيداً لإبرام العقد واستعداداً لتنفيذه إنما يفعل ذلك بقصد تحقيق مصلحة خاصة له¹.

الفرع الخامس: نظرية فاجيلا في الفقه الإيطالي

يرجع الفضل في صياغة هذه النظرية إلى المستشار الإيطالي Gabriel faggela وهي نظرية مستمدة من نظرية العلامة إيرنج حاول بها تقادي ما أخذ على نظرية هذا العلامة من مآخذ، فابتكر فكرة وجود اتفاق بالضمان عند الدخول في المفاوضات قوامه التعامل طبقاً لحسن النية وقواعد العدالة، وقد تناول في هذه النظرية الفترة ما قبل العقدية من الناحية الفنية والاقتصادية والقانونية².

أولاً: مضمون النظرية:

يستند فاجيلا في نظريته على أفكار ثلاثة أساسية تؤدي به في نهاية الأمر إلى القول بوجود اتفاق صريح أو ضمني على التفاوض يعقد مسئولية من يخالفه، وتتمثل أفكاره الثلاثة في تقسيم ثلاثي لمراحل التعاقد ومبدأ الحق الكامل في الانسحاب والعدول حتى تصدير الإيجاب، والمزج بين الحق في العدول والمسئولية، بحيث تتعدد المسئولية بدرجات متفاوتة عند العدول في كل مرحلة من هذه المراحل استناداً إلى مجرد الدخول في المرحلة قبل العقدية وهو ما يفرز اتفاقاً بالضمان مقتضاه التعامل بحسن نية، وفقاً لقواعد العدالة³. وقد قسم المراحل على الشكل التالي:

¹ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص 241.

² بالحاج العربي: مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون الجزائري، مصدر سابق، ص 45.

³ هدى عبد الله: النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية، بيروت، 2004، ص 185.

1-مرحلة المفاوضات التمهيديّة:

تعد مرحلة المفاوضات التمهيديّة من مراحل التعاقد خاصة عند إبرام الصفقات المهمة والمركبة، حيث يبدأ الطرفان عادة بالدخول في التفاوض بهدف التوصل إلى تفاهم متبادل حول نقاط العقد الرئيسية، لذا قال فاجيلا إن مرحلة التفاوض تقترب أحياناً من مرحلة سن التشريع، حيث يتم التصويت على مشرع القانون مادة شريطة أن يتم التصويت على المشروع كله في النهاية، وقد قال فاجيلا إن هذه المرحلة هي من قبيل الأعمال التحضيرية التي لا تعدو أن تكون مجرد اجتماعات ومناقشات وتبادل لوجهات النظر وجس النبض، فلا شيء بات ولا شيء محدد في هذه المرحلة، فليس ثمة اتفاق حقيقي بين الإرادتين من أجل إنشاء التزام أو إنهائه وإنما مجرد اتفاقات تمهيدية يحكمها الهدف منها وهو التحضير للعقد النهائي، حيث يستهدف الأطراف في هذه المرحلة الطويلة تبادل الإيجاب والقبول بهدف التوصل إلى تفاهم مشترك حول النقاط الأساسية، وقد يبرموا لذلك اتفاقات متعاقبة بهدف الحسم التدريجي لكل مرحلة يجتازونها على أن يخضع هذا كله لصياغة نهائية تسبغ عليه صفة الالتزام، بعبارة أخرى إن كل ما يتم من اتفاقات متبادلة أو اتفاقات متعاقبة لا يرقى إلى مرتبة العقد ولا تلزم الأطراف المتفاوضة إلا بعد عرض هذا كله في صورة مشروع نهائي يخضع للقبول أو الرفض¹.

2-مرحلة صياغة الإيجاب النهائي:

بعد أن ينتهي الطرفان من المفاوضات يقوم أحدهما بوضع صيغة نهائية للإيجاب وفقاً لما توصل إليه من حلول أثناء التفاوض كي يتم تصديره إلى الطرف الآخر فتعتبر هذه المرحلة أكثر تقدماً في الطريق إلى العقد، وإن ما يحدث عملاً كما يرى فاجيلا في الصفقات الكبرى

¹ محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 48

حيث يبدأ أحد الطرفين بتوجه دعوة إلى الطرف الآخر يعرض عليه فيها الدخول معه في مفاوضات من أجل إبرام عقد معين، وبناء على هذه المبادرة يأتي كل طرف إلى طاولة المفاوضات ومعه ما أعده من عروض خاصة يتم تبادلها ومناقشتها فيما بينهما، وتحديد نقاط العقد الجوهرية عن طريق الاتفاقات المتلاحقة وعندئذ تتوقف المفاوضات ويدخل الطرفان في مرحلة ترقب يتولى خلالها أحدهما صياغة الإيجاب النهائي وليس من اللازم أن يقوم بهذه المهمة الطرف الذي بادر إلى التفاوض، فقد يتركها إلى الطرف الآخر، بل قد يرشح الأخير نفسه لذلك، وقد يحدث أن تنتهي المفاوضات وينصرف الطرفان دون اتخاذ أي قرار، ويطلب كل طرف أن يخلو بنفسه للتفكير والتروي¹.

ويرى فاجيلا أن ثمة مرحلة وسطى تكاد توجد دائماً في الفترة قبل العقدية لتفصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة تصدير الإيجاب على فرض أن المفاوضات قد انتهت بنجاح ولم يتم قطعها، وتتميز هذه المرحلة عن سابقتها بالهدف المتوحي منها فلم يعد يهدف الطرفان إلى مواصلة المفاوضات بل إنهما يسعيان إلى جمع شتات ما تم الاتفاق عليه بغية عمل مشروع نهائي للعقد ووضع الإيجاب في صفة ملموسة².

3-مرحلة تصدير الإيجاب:

وفي هذه المرحلة يتم اتخاذ القرار الحاسم والمدرس بتصدير الإيجاب من أحد الطرفين إلى الآخر، وبذلك يتم الإعلان رسمياً عن الإرادة النهائية والباتة في التعاقد، فإذا ما اقترن هذا الإيجاب بقبول انعقد العقد، وقد جاء فاجيلا برأي جديد يعتبر من أهم ثمار نظريته، حيث

¹ نبيل إسماعيل الشبلاق: الطبيعة القانونية لمسئولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مصدر سابق، ص326.

² رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص246

اعتبر أن المراحل الثلاثة قبل العقدية وإن اختلفت في الخصائص والأهداف إلا أن لكل مرحلة من المراحل قيمة قانونية حقيقية واعتبر أن الاتفاقات التي يبرمها الأطراف أثناء مرحلة التفاوض وإن كانت غير ملزمة فهي ليست مشروعات في هواء كما يرتب على هذه المراحل آثار قانونية¹.

ثانياً: الآثار القانونية للمراحل الثلاث قبل العقدية:

اعتبر فاجيلا المراحل الثلاثة قبل العقدية بمثابة وقائع قانونية منتجة لآثار قانونية معينة وليست مجرد وقائع مادية لا يجانبها القانون، إلا إنه عندما حاول تحديد هذه الآثار تبني فكرة سلبية وأخرى إيجابية لتلك الآثار، ويقصد بالآثار السلبية ما لم يقع من الآثار، أما الآثار الإيجابية فهي التي كان يجب أن تترتب².

1- الآثار السلبية للمراحل الثلاث قبل العقدية:

يرى فاجيلا بأن الطرفين يظلا متمتعان بالحرية الكاملة طيلة المراحل الثلاثة قبل العقدية فلا يتقيدان نهائياً بما يصدر عنهما من اتفاقات تمهيدية أو أي تعبير عن الإرادة خلال هذه المرحلة، وتستند هذه الفكرة إلى مبدأ مطلق هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الطرفين يحتفظان بكامل حقهما في العدول في أي مرحلة من المراحل الثلاثة قبل العقدية، أي حتى بعد صدور الإيجاب النهائي، لأنه حتى في هذه المرحلة يكون العدول حقاً مكفولاً لكلا الطرفين، وإن اختلفت المسميات التي تطلق على ممارسة هذه الحق، فالإرادة التعاقدية تظل حرة ولو تم الإعلان عنها نهائياً، ولا يقيد من هذه الحرية إلا اقتران إرادة تعاقدية أخرى بها فعندئذ لا يعتد

¹ بن أحمد صليحة: المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، مصدر سابق، ص 57.

² هدى عبد الله: النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص 187.

بعدول أي من الإرادتين لأن العقد يكون قد انعقد ودخل حيز التنفيذ فيجب أن يتحقق له الاستقرار القانوني، أما إذا لم ينعقد العقد بأن كان القبول لم يصدر بعد فإن كل طرف يظل حرًا في أن يستمر أو يعدل¹.

2- الآثار الإيجابية للمراحل الثلاث قبل العقدية:

إن مجرد الدخول في مفاوضات بهدف إبرام عقد معين ينشأ عنه واقع يحميه القانون وتترتب على ذلك قيام المسؤولية قبل العقدية بحيث تتعدد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة، فالمسؤولية في مرحلة المفاوضات تقوم على الانسحاب التعسفي من المفاوضات وقد بين فاجيلا شروط قيام هذه المسؤولية وأساسها ونطاقها².

أ. شروط المسؤولية:

يشترط فاجيلا لقيام المسؤولية عن الانسحاب التعسفي في المفاوضات توافر أربعة شروط

وهي:

الشرط الأول:

يجب أولاً لقيام المسؤولية عن الانسحاب التعسفي من المفاوضات أن يكون الطرفان قد رضيا صراحة أو ضمناً بالدخول في التفاوض من أجل التحضير للعقد، لأن كل طرف يستطيع حينئذ أن يعول على رضا الطرف الآخر، فيقوم بعمل ما يلزم للتحضير للعقد، فإذا انسحب الطرف الآخر بعد ذلك من المفاوضات بطريقة تعسفية قامت مسؤوليته، حتى ولو لم يكن هو الداعي إلى التفاوض، أما إذا كان الطرف الثاني لم يقبل بعد الدخول في التفاوض ومع ذلك

¹ محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 50.

² بالحاج العربي: مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون الجزائري، مصدر سابق، ص 48.

قام الطرف الأول بعمل دراسات تمهيدية ومقاسات وتصميمات بهدف إعداد مشروع أولي للعقد لعرضه على الطرف الثاني إذا قبل التفاوض معه في المستقبل، فإن هذا الأخير لا يكون مسئولاً إذا ما رفض التفاوض معه لأن من يرفض الدخول في مفاوضات لا تروق له لا يتحمل بأي ضمان نظراً لانقطاع علاقة السببية بين رفضه الدخول في التفاوض والضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء ذلك¹.

الشرط الثاني:

عدا الاستناد إلى أسباب موضوعية، يشترط أيضاً لقيام المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات أن يكون هذه الانسحاب تعسفياً، وهو يكون كذلك إذا كان المتفاوض قد انسحب من المفاوضات دون الاستناد إلى أسباب موضوعية تبرر هذا الانسحاب، أي أن انسحابه جاء مخالفاً لقواعد العدالة وحسن النية، فلا يجب أن ينسحب من المفاوضات لمجرد نزوة أو لأسباب شخصية وإلا يعد متعسفاً، وبالتالي يكون مسئولاً عن تعويض الطرف الآخر عما أصابه من أضرار، أما إذا كان المتفاوض قد استند في انسحابه إلى أسباب موضوعية تبرره، كوجود تعارض بين المصالح الاقتصادية للأطراف فإن انسحابه يكون مبرراً ومن ثم لا تقوم مسؤوليته، مثل لو أن أحد الطرفين انسحب من المفاوضات التجارية لكونه تلقى عروضاً أكثر تميزاً عن تلك التي عرضها عليه الطرف الآخر الذي يتفاوض معه ورفض هذا الأخير أن يقدم له المزايا المعروضة نفسها من الغير فإن انسحابه يكون غير تعسفي لأن هذا الانسحاب له ما يبرره من الناحية الاقتصادية².

¹ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص 251.

² ابن أحمد صليحة: المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، مصدر سابق، ص 58.

الشرط الثالث:

يجب أن يكون هنالك قيمة مالية أهدرها الانسحاب من المفاوضات، ولا يمكن اعتبار العروض التفاوضية أو الاتفاقات التمهيدية بمثابة قيمة مالية أهدرها الانسحاب التعسفي، لأنها ليست نهائية ويمكن الرجوع فيها، إنما تتمثل هذه القيمة المالية في الدراسات الأولية والأعمال التحضيرية التي تمت بسبب التفاوض وأصبحت بلا فائدة بعد الانسحاب منه.

الشرط الرابع:

وجود علاقة سببية بين الضرر والرضاء بالتفاوض، أي يجب أن توجد علاقة سببية فعلية بين الضرر ورضاء الطرف المنسحب بالدخول في المفاوضات بحيث يكون الطرف المضروب قد قام بالإتفاق بسبب هذا الرضاء في بدء المفاوضات، أما النفقات التي تمت قبل ذلك فلا يسأل عنها¹.

ب-أساس المسؤولية:

إن فاجيلا يؤسس المسؤولية على فكرة الضمان القانوني، والذي يكمن في واقعة القبول الإرادي بالدخول في التفاوض، فبمجرد هذا القبول ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الانسحاب من المفاوضات بدون مبرر موضوعي وحتى لو رفض المتفاوض أن يتعهد بهذا الضمان فإنه يفرض عليه بموجب العدالة، إذن هو ضمان قانوني وليس ضمان اتفاقي وأن القانون يعلق وجود هذا الضمان على الرضاء بالدخول في التفاوض².

¹ هدى عبد الله: النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص 188.

² رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص 254.

ت. نطاق المسؤولية:

يحدد فاجيلا نطاق المسؤولية لتشمل التعويض عما تكبده الطرف الذي وقع عليه الضرر، حيث يشتمل هذا التعويض النفقات التي تكبدها لإجراء البحوث والدراسات اللازمة للتقدم بإيجابه، أما ما سبق مرحلة التقدم بالإيجاب أو لحقها فلا يعوضه الطرف الآخر، كذلك الحال بشأن ما تكبده من نفقات ليتقدم بإيجابه دون أن تتوفر رابطة شبيهة مباشرة بين ما تكبده من جانب، وما قدمه من إيجاب من جانب آخر، علاوة على ما فاتته من كسب، وهي بذلك أكثر سعة من نظرية إيرنج التي تكتفي التعويض الكافي لرد الحال إلى ما كان عليه.

إلا أن فاجيلا يقسم حجم المسؤولية في كل مرحلة من مراحل التعاقد لجبر ما تحطم من قيمة مالية، فهو يقول لا تعقد المسؤولية عن المرحلة الأولية إلا عن العدول التحكيمي الذي يجبر بتعويض محدود لا يتضمن العنصر السلبي، فيقتصر التعويض على الأضرار المتصلة اتصالاً مباشراً بقبول التفاوض، حيث يشتمل النفقات التي تم تكبدها والمصروفات التي سددت دون الفرص الضائعة، نظراً لأن هذه الفرص لا ترتبط بقبول التفاوض إلا بعلاقة بعيدة غير مباشرة¹.

أما المسؤولية في المرحلة الثانية فتعقد عن العدول التحكيمي الذي يجبر بتعويض أوسع يتضمن العنصر السلبي أيضاً، حيث إن الرضاء بالتفاوض أصبح رضاء بصياغة الإيجاب، فإذا ما قطعت المفاوضات فالقيمة المالية التي تضررت أوسع نطاقاً لتشمل النفقات والمصروفات والفرص الضائعة، وكذلك الحال بالنسبة للمرحلة الثالثة، حيث يشمل التعويض

¹ محمد حسام محمود لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص52.

ما يتم تعويضه في المرحلة الثانية علاوة على زيادة عناصر التعويض لتشمل الانسحاب التحكيمي إلى جوار كل قطع للمفاوضات أيًا كان الباعث عليه¹.

وعلى هذا الأساس فإن المسؤولية في جميع مراحل التعاقد تكون بدرجات متفاوتة احترامًا لما يضعه الطرف الآخر من التعبير عن الإرادة من ثقة واطمئنان، وأن خلاصة القول إن المسؤولية تتعقد طبقًا لرأي فاجيلا عند وجود التراضي المتبادل الصريح أو الضمني على التفاوض، وإن المسؤولية لا تعني إلا سداد المصروفات والنفقات في المرحلة الأولى للتعاقد، ثم تمتد لتشمل الفرص الضائعة في المرحلة الثانية عند الانسحاب التعسفي، أما المرحلة الثالثة فتشمل التعويض عن المصروفات والنفقات والفرص الضائعة، كما هو الحال تمامًا في المرحلة الثانية، وإن كانت المسؤولية تتعقد في المرحلة الثالثة أيًا كان الباعث عن قطع المفاوضات تعسفي أو غير تعسفي.

ثالثًا: مزايا النظرية:

لا شك في أن نظرية فاجيلا قد أسهمت بشكل فعال في تسليط الضوء على مرحلة المفاوضات، كما قدمت لنا مجموعة من الأفكار المتميزة منها:

- 1- الاعتراف بأن التفاوض على العقد له قيمة قانونية وليس مشروعًا في الهواء.
- 2- تحديد مضمون الحرص عن التعاقد، حيث تبني أسلوبًا واضحًا ومنطقيًا في هذا الصدد يتمثل في قطع المفاوضات لأسباب أخرى هي الأسباب الاقتصادية المحضة.
- 3- أبرز فكرة المسؤولية الموضوعية على قبول التفاوض، وهذا كله مبرر بقواعد العدالة وحسن النية التي تقتضي احترام توقعات الأطراف وما يضعونه من ثقة في التعامل.

¹ نادر أبو شيخة: أصول التفاوض، مصدر سابق، ص 71.

4- التدرج في التعويض بحسب المرحلة التي وجد عندها الأطراف من بين المراحل الثلاثة سألقة الذكر فلم يربط التعويض بالمصلحة السلبية وحدها كما فعل إيرنج.

5- جعل فاجيلا الحرية التعاقدية هي الأصل والمسؤولية هي الاستثناء، ولا تقوم مسؤولية التفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات إلا إذا كان متعسفاً في انسحابه، إما إذا كان السبب مبرراً كوجود سبب اقتصادي كما أسلفنا فلا تقوم المسؤولية¹.

رابعاً: عيوب النظرية:

رغم الأفكار المتميزة التي جاء بها فاجيلا في نظريته إلا أنه تعرض للنقد من طرف الفقه، ويمكن أن نلخص أهم الانتقادات التي وجهت لنظرية فاجيلا فيما يلي:

1- إن التقسيم الثلاثي للفترة قبل العقدية لا يتفق مع الواقع إذ أن هذه المراحل لا توجد في كل العقود، فمرحلة المفاوضات غير موجودة في عقود الإذعان لأن هذه العقود غير قابلة للتفاوض، كما أن مرحلة صياغة الإيجاب غالباً ما تدخل في مرحلة التفاوض التي تنتهي بصدور الإيجاب النهائي وبالتالي يجب النظر إلى التفاوض ككل لا يتجزأ.

2- الأخذ بمعيار غير دقيق التفرقة بين الانسحاب التعسفي والانسحاب غير التعسفي وهو معيار المصلحة الاقتصادية، وهو من شأنه أن يفتح باب التحكم أمام القاضي من أجل البحث عن النية الحقيقية لمن قطع المفاوضات لمعرفة إذا ما كان انسحابه مبرراً أو غير مبرر، بل إن هذا المعيار قد ينفي المسؤولية كلياً في مرحلة المفاوضات ممن يريد الانسحاب يستطيع أن يخلق لنفسه المبررات الكافية كأن يعرض شروط مجحفة يعرف أنها أن تقبل².

¹ بالحاج العربي: الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، ص 159.

² ابن أحمد صليحة: المسؤولية المدنية في حال قطع المفاوضات، مصدر سابق، ص 61.

3- الاستناد إلى فكرة وهمية لتأسيس المسؤولية في مرحلة المفاوضات، وهي فكرة الضمان القانوني الذي يلزم الطرفين بعدم الانسحاب من المفاوضات بدون مبرر مشروع هذا الضمان موهوم ويعوزه الأساس القانوني السليم، لأن من المسلم به أن الالتزام القانوني لا ينشأ إلا بنص خاص يقره، وليس هنالك نص قانوني خاص. ينشأ التزاماً بالضمان في مرحلة المفاوضات ومن ثم لا يمكن قبول فكرة الضمان القانوني كأساس للمسؤولية في هذه المرحلة.

4- التناقض بين الأفكار الأساسية للنظرية، فهي من ناحية تعترف بحق كل طرف في العدول ولو بعد صدور الإيجاب في الوقت الذي تجعل فيه الموجب مسئولاً لا بمجرد عدولة عن الإيجاب حتى ولو لم يكن متعسفاً في هذا العدول، وفي ذلك تناقض واضح، ومن ناحية ثانية ترفض قيام المسؤولية على الخطأ في حين أنها تشترط لقيام المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضات أن يكون المتفاوض المنسحب متعسفاً في انسحابه وذلك بأن يكون قد انسحب دون سبب موضوعي يبرر انسحابه، الأمر الذي تعتبره النظرية إخلال بقواعد العدالة وحسن النية في التعامل وفي ذلك رجوع إلى فكرة الخطة التي تتكرها النظرية¹.

وبعد أن استعرضنا كل من نظرية (إيرنج) ونظرية (تحميل التبعية العقدية) ونظرية (الوكالة) ونظرية (فاجيلا) نكون بذلك قد سلطنا الضوء على موقف الفقه التقليدي من الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد.

¹ رجب كريم عبد اللاه: التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص 260

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمفاوضات السابقة على التعاقد

في ظل غياب التنظيم التشريعي للمفاوضات احتدم الخلاف بين الفقهاء حول تحديد طبيعتها القانونية، فمنهم من ذهب إلى أن لها طبيعة واحدة (المطلب الأول) ومنهم من ذهب إلى أن لها طبيعة مزدوجة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة الموحدة للمفاوضات السابقة على التعاقد

يمكن القول إن أصحاب هذا الاتجاه وإن اتفقوا على اعتبار المفاوضات لها طبيعة واحدة، إلا أنهم اختلفوا حول هذه الطبيعة، فمنهم من ذهب إلى أنها من قبيل الأعمال المادية التي لا تتمخض عنها التزامات عقدية (أولاً) ومنهم من ذهب إلى اعتبارها تصرفات قانونية، أي إنها ذات طبيعة عقدية (ثانياً).

أولاً: الطبيعة المادية للمفاوضات

نتطرق في البداية لتوضيح مضمون فكرة الطبيعة المادية للتفاوض (أ) ثم ننقل بعد ذلك لمحاولة تقديرها (ب)

أ- مضمون فكرة الطبيعة المادية للمفاوضات

وفقا لهذا الاتجاه¹ تقوم فكرة الطبيعة المادية على أساس أن المفاوضات ما هي إلا عمل مادي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني²، وبالتالي لا ترتب أية التزامات عقدية على طرفي التفاوض، قبل أن يبرم العقد محل التفاوض، فالعقد هو الذي يحدد التزامات طرفية، والمفاوضات بذاتها لا تقيم رابطة تعاقدية بين الطرفين.

كما أن المفاوضات باعتبارها وقائع مادية لا ترقى إلى مصاف التصرف القانوني فهي تخضع لمبدأ حرية التعاقد، ومقتضي هذه الحرية أن المتفاوض لا يجبر على إبرام العقد، حيث إنه بإمكانه الانسحاب من المفاوضات إذا وجد أنها لا تحقق مصلحته دون أن تقوم مسؤوليته في مواجهة الطرف الآخر، كما أن حرية التفاوض المنبثقة عن حرية التعاقد تقتضي أن الطرف الذي يعدل عن المفاوضات لا يلتزم بتقديم مبرر لهذا العدول، باعتبار أن ذلك يتعارض مع حرية العدول عن المفاوضات³.

ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الخصوص هو أن الحرية التفاوض المنبثقة عن حرية التعاقد ليست مطلقة من كل قيد، انظر لما يترتب على هذا الإطلاق من نتائج غير مستساغة، حيث إنها قد تؤدي إلى عدم جدية المفاوضات، مما يترتب عليه من ضياع للوقت والجهد

¹ انظر كلاً من:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، تنقيح المستشار أحمد مراعي، الاسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص172 وما بعدها.

- د. مصطفى موسي العجاردة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر الشبكة الانترنت، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، بدون سنة نشر، ص، 261.

- د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص81 وما بعدها.

² في هذا المعنى انظر: د. حمدي بارود، المبادي التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد السادس عشر، العدد الأول، يناير 2008، ص844.

³ شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، عمان، الأردن، دار دجلة، الطبعة الأولى، 2008، ص340، 341.

والنفقات، فبعد الدخول في المفاوضات ولفترة طويلة أحيانا مع ما قد يترتب عليه من نفقات باهضة يستطيع أي طرف العدول عن المفاوضات دون أن تقوم في مواجهته أية مسؤولية¹، وبالتالي فإن حرية العدول عن المفاوضات لا تبرر الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد، كأن يدخل شخص في مفاوضات دون أن تتوفر لديه أصلا نية التعاقد، وإنما يهدف إلى تحقيق أهداف أخرى، كأن يكون قصده من الدخول في المفاوضات معرفة الأسرار الصناعية أو التجارية للطرف الآخر في التفاوض، أو تعطيل الصفقة المزمع إبرامها أو الشبكة بين من يتفاوض معه والغير، فمثل هذا السلوك قد يؤدي إلى قيام مسؤولية المفاوض، حيث يلزم بتعويض الطرف المتضرر (المتفاوض الآخر) عن الضرر الذي أصابه، والمسؤولية بطبيعة الحال لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية، بما أن العقد لم يبرم بعد، والقواعد التي تطبق هي قواعد المسؤولية التقصيرية، مع ما تقضيه من ضرورة إثبات الخطأ المكون للمسؤولية.

وقد تكون المفاوضات عند بدايتها جدية، إلا أن الخطأ يتوافر أثناء التفاوض، حيث قد يتضح لأحد المتفاوضين استحالة أو صعوبة التوصل إلى اتفاق يرضيه، ومع هذا يستمر في التفاوض مع إحياء الآمال لدى الطرف الآخر باحتمال التوصل إلى اتفاق، فمثل هذا السلوك قد يؤدي إلى قيام مسؤولية المتفاوض التقصيرية، لا سيما إذا ترتب عليه تحمل الطرف المقابل نفقات إضافية لا مبرر لها، أو فوت عليه فرصه التعاقد مع الغير².

وهذا الرأي الفقهي الذي يري أن المفاوضات لها طبيعة مادية انعكس على القضاء، حيث انحازت محكمة النقض المصرية إلى هذا الرأي عندما قضت بأن: (المفاوضات ليست

¹ يونس صلاح الدين على، مرجع سابق، ص 44، 43.
² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 42، 41.

إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة 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 التقصيرية)¹.

ويرى الباحث أن هذا الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية وإن كان صريحاً في تبني فكرة الطبيعة المادية للمفاوضات، إلا أنه قد جانب الصواب باشتراطه استقلال الخطأ عن العدول، وذلك باعتبار أن المسؤولية التقصيرية تتحقق بمجرد ارتكاب خطأ ينتج عنه ضرر للغير، وفي الكثير من الأحيان نجد أن العدول في حد ذاته يشكل خطأ، وذلك باعتبار أن خطأ يتمثل في الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد، والعدول عن المفاوضات فجأة وخصوصاً إذا بلغت مرحلة متقدمة جداً مما يخالف مسلك الشخص المعتاد، فهذا الأخير لا يقوم بإجراء مفاوضات ثم يقطعها فجأة، ومن ثم فإن هذا السلوك يعد خطأ تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية طبقاً للمادة 166 من القانون المدني الليبي، بحسبان توافر الضرر وعلاقة السببية. وما يؤكد ما ذهب إليه الباحث هو أن القضاء الفرنسي، وإن كان ينظر إلى المفاوضات على أنها أعمال مادية، فهو يعتبر العدول عن المفاوضات في حد ذاته خطأ تقصيرياً تقوم

¹ نقض مدني مصري، جلسة 9 فبراير 1967، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن الدائرة المدنية ومن دائرة الأحوال الشخصية، السنة الثامنة عشرة، العدد الأول، يناير - فبراير، 1967، القاهرة، مطبعة دار القضاء العالي، ص 338.

معه المسؤولية إذا لم يكن منسجماً مع متطلبات حسن النية، وتطبيقاً قضت محكمة النقض الفرنسية: (أن قطع المفاوضات فجأة دون مبرر مشروع بعد أن بلغت مبلغاً متقدماً ما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية ويعتبر ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية)¹.

كما أنه في العام 2003 وفي قضية Manoukian المتعلقة ببيع أسهم شركة عالقة رتبت محكمة النقض الفرنسية المسؤولية التقصيرية عن قطع المفاوضات جانب واحد بسوء نية².

إذا ووفقاً لاجتهاد القضاء الفرنسي يمكن القول إن المفاوضات تتطلب التوفيق في مبدئين: الأول حرية التعاقد، والثاني مبدأ المسؤولية، وذلك باعتبار حرية التعاقد الأصل، والمسؤولية استثناء، والاستثناء كما هو معلوم لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، وذلك باعتبار أن المفاوضات وإن كانت تقتضي استناداً إلى مبدأ حسن النية التزام كل متفاوض بالأمانة والاستقامة عند التفاوض، فإن هدفها هو إعطاء الفرصة للمتفاوض والسماح له بقدر الإمكان أن يقدر في ضوء احتمالات الربح والخسارة مدى تحقيق العقد المراد إبرامه لمصلحته، بحيث إذا قدر أن التعاقد ليس في مصلحته كان له قطع المفاوضات.

¹ Cass.Civ.9mai.Jcp.1974.176432,Espece11,Arret C.D.Appeal De Vesraile.21.Juill 1993

² Cour de Cassation,Chambre Commercile, Publique Du Mercredi 26 Novembre2003renvoye A La : Elisabeth Relave –Svends,Avocat–A–La Cour , Grumberg&Partners"La Negociation Preliminare Aux Accords" LI Etait Larecherche Sur:15–3–2017 Par Line Http:Www.Cc.Lu/Me–Relave– Svendsen –La–Negociation – Prelimina.

وبعد هذا العرض المتقدم للاتجاه الفقهي القائل باعتبار المفاوضات أعمال مادية يثور

التساؤل حول مدى وجاهة هذا الاتجاه؟

ب- تقدير الطبيعة المادية للمفاوضات

يبدو أن الاتجاه الفقهي القائل بأن المفاوضات لها طبيعة مادية يستجيب للمنطق القانوني

السليم، وذلك باعتبار أن إرادة الأطراف المعنية لم تصل بعد إلى حد إبرام

العقد وبما أنها لم تصل بعد إلى هذا الحد فهذا يعني أن المفاوضات ما هي إلا عمل مادي

ومن ثم لا مجال للحديث عن أي عقد، ولا مجال للحديث أيضا عن إمكان قيام المسؤولية

العقدية في هذه المرحلة، وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي إلا أنه قد تعرض لانتقادات شديدة

تدور في مجملها حول النتائج المترتبة على القول بأن المسؤولية في هذه المرحلة هي مسؤولية

تقصيرية، ويمكن إجمال هذه الانتقادات في النقاط التالية:

1- عدم نهوض المسؤولية إلا إذا كان هناك خطأ مستقل عن الدول¹، وذلك باعتبار أنه بموجب

فكرة الطبيعة المادية فإنه يشترط في الخطأ الذي تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية أن

يكون مستقلا استقالاتا تاما عن العدول، إذا أنه يستلزم وجود أفعال هي خطأ في ذاتها، وإلا فإن

مسؤولية العادل لا تنهض، ذلك أن أساس المسؤولية لا يمكن في العدول ذاته، بل في الخطأ

الذي صاحبه، وقد انتقدت فكرة استقلال الخطأ عن العدول نظرا لما يترتب عليها من مجافاة

للمنطق، فبعد مرور فترة قد تكون طويلة من المفاوضات مع ما يكون قد ترتب عليها من

¹ صبري حمد حاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة النهرين، مجلد (1) بغداد، 1997، ص 123، مشار إليه لدى أ.م.د. أكرم محمود حسين البدو، د. محمد صديق محمد عبدالله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث مسئل من أطروحة الدكتوراه الموسومة موضوعية الإرادة التعاقدية- دراسة تحليلية مقارنة- مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل في 2011، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (13)، العدد (49)، السنة 2011، ص 434.

ضياح للوقت والجهد والمال، يستطيع أي طرف العدول عن المفاوضات دون أن تقوم في مواجهته أية مسؤولية، وذلك باعتبار أن العدول في ذاته لا يشكل خطأ، وأن الحق في العدول ما هو إلا تجسيد لمبدأ حرية التعاقد.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن فكرة استقلال الخطأ عن العدول تحد كثيرا من دور المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، وذلك باعتبار أن هذه المسؤولية لن تنهض ولن تحقق للمتفاوض والمضرور الحماية القانونية إلا إذا وجد خطأ مستقل تمام الاستقلال عن العدول عن المفاوضات.

وفكرة استقلال الخطأ عن العدول - كما سبق القول - لا تتفق مع قواعد المسؤولية التقصيرية، ومن ثم فإن الباحث يرى أن هذا النقد لا يمكن قبوله، وذلك باعتبار أن اشتراط استقلال الخطأ عن العدول هو محض اجتهاد خاطئ من محكمة النقض المصرية، ولا تطلبه قواعد المسؤولية التقصيرية التي تطبق في فترة المفاوضات.

2- عدم نهوض المسؤولية التقصيرية إلا إذا تم إثبات الخطأ التقصيري

فهذه المسؤولية تقوم على الخطأ واجب الإثبات، أي الواجب على المضرور لإثباته على المسؤول، وهذا يعني أنه على الطرف المتضرر من قطع المفاوضات إثبات خطأ الطرف الآخر وإلا فاته التعويض.

وعبء إثبات خطأ المسؤول من قبل المضرور يعد عبئا ثقيلا، ويحمل في طياته مشقة كبيرة، لذلك فإن إضفاء الطابع المادي على المفاوضات واعتبار المسؤولية في مرحلة

المفاوضات مسؤولية تقصيرية، يشجع على العبث بالمفاوضات ويؤدي إلى ضياع حقوق المتفاوض المضروب، في حين أن قواعد المسؤولية العقدية تسهل له إثبات الخطأ¹.

ويرى الباحث أن هذا القول محل نظر، باعتبار أنه في الكثير من الأحيان يتسم الخطأ التقصيري بصعوبة في إثباته، ومن ثم فإن هذا الأمر ليس خاصاً بالمسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المناداة بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية لتسهيل إثبات الخطأ هو الآخر محل نظر، وذلك باعتبار أن من يدعي المسؤولية العقدية عليه إثبات الخطأ المتمثل في الإخلال بالعقد، ولكي يثبت هذا الخطأ عليه أن يثبت وجود هذا العقد أولاً، وذلك على اعتبار أنه من يدعي وجود عقد يقع عليه عبء إثباته، وبم أنه لا يوجد عقد في الواقع فإن إثبات الخطأ في المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات رغم صعوبته في بعض الأحيان، إلا أنه يظل أسهل من محاولة إثبات عقد غير موجود أصلاً.

3- المبالغة في التعويض عن الضرر

كذلك من الانتقادات التي وجهت للطبيعة المادية للمفاوضات: جسامه التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية، حيث يشمل طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية الأضرار المباشرة المتوقعة² وغير المتوقعة، بخلاف المسؤولية العقدية التي يقتصر التعويض فيها عن الأضرار المباشرة المتوقعة فقط، الأمر الذي من شأنه أن ينفر من المفاوضات مادام المسؤول عن قطعها سيكون ملتزماً بتعويض المضروب عن كل ما أصابه من ضرر مباشر متوقع أو غير متوقع، ذلك أن المسؤولية هنا تكون جسيمة، ولازال الطرفان في مرحلة التفاوض

¹ أم كلثوم صبيح محمد، مرجع سابق، ص 293.

² ويقصد بالأضرار المتوقعة، تلك التي كانت حاضرة في ذهن المتعاقدين أثناء التعاقد.

على العقد، في حين أنه لو أبرم العقد وقامت المسؤولية العقدية عن عدم التنفيذ فسيكون المتعاقد ملتزماً بتعويض المضرور عن الضرر المباشر المتوقع فحسب فيما عدا حالتي الغش أو الخطأ الجسم¹، وهذه النتيجة غريبة يتحتم أن لا نسلم بها².

ويرى الباحث أنه يمكن الرد على هذا النقد بأن التعويض في المسؤولية التقصيرية دائماً ما يكون عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة ولا يقتصر الأمر على هذه الفرضية، ثم إن رفض قواعد المسؤولية التقصيرية نظر لجسامة التعويض عن الضرر يعني الاستعاضة عنها بقواعد المسؤولية العقدية وهو أمر لا يمكن قبوله، وبذلك لأن مناط القول بقيام المسؤولية العقدية هو وجود عقد صحيح وليس جسامة التعويض من عدمه، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن هذا القول قد يقود إلى افتراض وجود عقد في كل مرة توجد فيها مناقشات وتبادل للآراء بين الأطراف المعنية لمجرد أن التعويض لو قدر في ضوء قواعد المسؤولية التقصيرية سيكون جسيماً، وهذا أمر مرفوض، فكون التعويض عن الضرر جسيماً لا يعني أن ننسج عقداً من صنع الخيال.

ومن ثم يرى الباحث أن النقد الحقيقي الذي يمكن توجيهه لأنصار الطبيعة المادية للمفاوضات يكمن في تجاهلهم لحقيقة مفادها أن الأطراف المتفاوضة لاسيما في العقود الدولية قد يضعون إطاراً عقدياً لتنظيم مفاوضاتهم، حتى يتحقق لهم نوع من الأمان القانوني في هذه الفترة، ففي مثل هذه الفرضية لا يمكن القول بأن المفاوضات لها طبيعة مادية، وإنما تتجاوز مجرد العمل المادي.

¹ وهو ما نصت عليه المادة 224 في فقرتها الثانية حيث تنص على أنه: (ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).

وبمفهوم المخالفة فإن المدين الذي يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً يلتزم بتعويض الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.

² حمدي بارود المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها، مرجع سابق، ص 247.

والى جانب هذا الرأي الفقهي الذي يرى أن المفاوضات ذات طبيعة مادية هناك رأي آخر مفاده أن المفاوضات ذات طبيعة عقدية، وهو ما سنتناوله في الفقرة التالية.

ثانياً: الطبيعة العقدية للمفاوضات

ذهب جانب آخر من الفقه¹ إلى أن المفاوضات ذات طبيعة عقدية، وليست مجرد أعمال مادية، وذلك باعتبار أن هناك تصرفاً قانونياً ينشأ بين المتفاوضين، وأن هذا التصرف يشكل مصدراً للالتزامات التي في مرحلة المفاوضات، وبذلك تكون المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية.

وحول كيفية نشوء هذا التصرف القانوني الذي يضيف الطبيعة العقدية فإننا سنعرض لأبرز رأيين في هذا الخصوص:

الرأي الأول

يستند هذا الرأي على فكرة العقد الضمني، حيث درج الفقه في هذا الصدد على تناول نظرية الفقيه الألماني (إهرنج) الذي شرح نظريته في مقال شهير له بعنوان (الخطأ في تكوين العقد)² ويذهب هذا الفقه³ إلى أن (إهرنج) يرى أنه يوجد عقد ضمني بين المتفاوضين، يلتزم بمقتضاه كل متفاوض تجاه الآخر بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد موضوع التفاوض، والامتناع عن أي عمل من شأنه أن يعوق إبرام هذا العقد، وبالتالي فإن أي خطأ في هذه

¹ انظر كل من:

أ.م.د. أكرم محمود حسين البدو، د. محمد صديق محمد عبدالله، مرجع سابق، ص 429.

د. حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها، مرجع سابق، ص 847 وما بعدها.

² نبيل إسماعيل الشبلاق، مرجع سابق، ص 323.

³ المرجع نفسه ص 323 وانظر أيضاً، أ. عمر سالم محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، تم الاطلاع على البحث بتاريخ 11/11/2015، من خلال الرابط: <http://www.boti.oil.gov.iq>

المرحلة يشكل إخلالا بالتزام الذي يفرضه لعقد الضمني، مما يجعل منه خطأ عقدياً، سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد، أو أدى إلى بطلانه، فهو يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبة بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر.

أما عن الكيفية التي نشأ بها العقد الضمني فهي أن الإيجاب الصادر من أحد المتفاوضين بتحلل إيجابيين:

الأول: موضوعه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، الثاني: موضوعه عدم إعاقته إبرام هذا العقد، ولما كان هذا الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له، فإن مجرد سكوته يعد قبولاً يقوم به العقد الضمني الذي يلتزم بمقتضاه بعدم إعاقته إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه.

ويتفق الباحث مع الرأي الذي يذهب إلى القول بأن الفقه الذي يستند على نظرية (إهرنج) للقول بأن المفاوضات لها طبيعة عقدية، قد مرق من الحقيقة، وجانب الصواب وبيان ذلك كما يلي:

تتلخص هذه النظرية الخطأ عند إبرام العقد التي قال بها (إهرنج) في (أن أي شخص يقدم على التعاقد يكون هو السبب في بطلانه، بحيث يقيم مظهراً كاذباً يطمئن إليه المتعاقد الآخر، يلزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل، أي أن مسؤولية عن هذا الخطأ تكون مسؤولية عقدية، قوامها العقد الباطل نفسه)¹.

ولم تكن نصوص القانون الروماني الذي كان مطبقاً في ألمانيا في عهده تسعفه في التوصل إلى هذا الحل، غير أن بحثه قد هداه إلى نصوص تجيز للمتعاقد في العقد الباطل

¹ رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 251.

أن يرجع على من تعاقد معه بمقتضى دعوى العقد ذاته، وهذه النصوص خاصة بعقد البيع الذي يكون باطلا بسبب عدم توافر شروط المحل، بأن كان المبيع مما لا يجوز التعامل فيه (كبيع رجل) أو كان معدوما (كبيع تركة لا وجود لها) وتقضي هذه النصوص بأن يكون للمشتري في هذه الحالة الحق في الرجوع على البائع بنفس دعوى للبيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جزاء اعتقاده في صحة البيع اعتقادا يؤيده الظاهر، سواء كان البائع عالما بسبب البطلان أو غير عالم.

وقد استند (إهرنج) إلى هذه النصوص لكي يقول بنظرية عامة، مؤداها أن كل متعاقد يتسبب في بطلان عقد ما بسوء نية أو بحسن نية، يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر بمقتضى العقد الباطل ذاته.

وبعد هذا العرض الموجز لنظرية (إهرنج) يتضح بأن الفقهاء الذين قالوا بأن (إهرنج) قد تناول في نظريته مرحلة التفاوض على العقد، وأنه اعتبر أن المفاوضات ذات طبيعة عقدية تتأسس على وجود اتفاق ضمني قد جانبوا الصواب، وابتعدوا كل البعد عن الحقيقة، باعتبار أن هؤلاء الفقهاء قد توسعوا في نظرية (إهرنج)، وذهبوا إلى أبعد مما ذهب إليه (إهرنج) نفسه، وذلك على اعتبار أن هذه النظرية لا علاقة لها بمرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، فهي تتعلق بمسألة واحدة فقط، وهي مسألة التعويض عن بطلان العقد، وتؤسس المسؤولية على العقد الباطل نفسه وليس على الاتفاق الضمني، فالاتفاق الضمني الذي يتحدث عنه هؤلاء الفقهاء لم يقل به (إهرنج) في نظريته، إذا لا وجود له إلا في مخيلة هؤلاء الفقهاء.

كما أن هذه النظرية لا تنطبق إلا على مرحلة إبرام العقد، وبالتحديد عندما ينعقد العقد، وقد رأينا فيما سبق أن مرحلة المفاوضات تسبق مرحلة إبرام العقد، وأنه بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب تنتهي مرحلة المفاوضات وتبدأ مرحلة إبرام العقد. وبالتالي فإن نظرية (إهرنج) لا علاقة لها بمرحلة المفاوضات¹ ومن ثم لا يصح الاستناد إليها لتحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات السابقة على التعاقد.

الرأي الثاني

يمكن القول إن هذا الرأي² قديم جديد في ذات الوقت، فهو تبني فكرة العقد الضمني القديمة ولكنه ألبسها ثوبا جديدا، حيث يرى أنصاره أن المفاوضات تتم دائما بناء على عقد، وأن هذا العقد وإن لم يكن صريحا فهو موجود ضمنا، ويستند أنصار هذا الرأي إلى جملة من المعطيات القانونية التي يمكن إجمالها في التالي:

1- أن التفاوض يتم بالاتفاق بين المتفاوضين ولم يأت صدفة، وذلك باعتبار أنه وبمجرد دخول الطرفين في مفاوضات يكونان قد تجاوزا مرحلة اللقاءات والتي تأتي عادة بالمصادفة، والتي تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية، إذا من غير المنطقي وغير المعقول أن يكون الطرفان قد وجدا أنفسهما يتفاوضان فجأة وبدون اتفاق، وبدون سابق علم أو رغبة منهما في

¹ في هذا المعنى انظر بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص 50.

² ويمثل هذا الاتجاه معظم الفقه الحديث، حيث إن معظم الدراسات الفقهية التي تناولت ها الموضوع بالدراسة في العقد الأخير قد تبنت هذا الرأي انظر عل سبيل المثال :

- م.م. أم كلثوم صبيح محمد، مرجع، ص 292 وما بعدها.

- د. حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها، مرجع سابق ص 847 وما بعدها.

- د. يونس صلاح الدين على، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

ذلك، بل لابد أن يكون هناك اتفاق بينهما على الدخول في المفاوضات، بهدف إبرام العقد النهائي.

فالمفاوضات هي حصيلة إرادة سابقة للطرفين اتجهت إلى الدخول فيها، كما اتجهت هذه الإرادة إلى تحديد زمان ومكان التفاوض والمسائل والنقاط التي سوف تتم دراستها ومناقشتها والتشاور حولها، ولا يمكن أن تكون كل هذه الأمور مجرد عمل من الطرفين ودون أن يعرف أحدهما الآخر.

2- إن المفاوضات هي نشاط ثنائي الجانب، تقوم على الاتصال والتفاعل بين الطرفين، وذلك باعتبار أن التفاوض على العقد يتم بين جانبيين أو أكثر، إذا من غير المتصور أن يتفاوض الشخص مع نفسه، وهذا الاتصال أو التفاعل، لا يتحقق إلا من خلال اتفاق سابق، فالتفاوض على العقد لا يمكن أن يحدث بالصدفة، بل يجب أن يكون هناك دائما اتفاق على التفاوض يتفاوض الطرفان على أساسه.

3- إن الهدف من المفاوضات هو إحداث أثر قانوني، وذلك باعتبار أنه يقصد من ورائها إبرام عقد معين، كما أن التفاوض نفسه إلى إحداث آثار قانونية تتمثل في الالتزام التي يلتزم بها كل من الطرفين المتفاوضين كالالتزام بحسن النية والإعلام والمحافظة على السرية.

4- إن الطرفين المتفاوضين ليسا من الغير

الغير - كما هو - معلوم - هو الشخص الأجنبي عن العقد، أي الذي لا تربطه أي صلة بالمتعاقدين، فهو لا يتأثر بالعقد، فلا يكسب منه حقا، ولا يتحمل منه التزاما¹.

¹ محمد على البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 249.

أما في المفاوضات فإن الأمر يكون على خلاف ذلك تماماً، إذا تنشأ الطرفين علاقة تعاقدية، وهذه العلاقة تتمثل في الاتفاق الذي يبرمونه في المفاوضات ولتنظيم سير عملية التفاوض، وهذا يعني أن كليهما يعد بمثابة الغير الأجنبي عن العقد تجاه الطرف الآخر¹، بل أن كلا منهما صار دائناً ومديناً تجاه الآخر.

5- إن المفاوضات تنشأ عنها التزامات حقيقية

من المعلوم أنه بمجرد الدخول في المفاوضات، يلتزم الطرفان بالعديد من الالتزامات، يأتي على رأسها بالتفاوض بحسن نية²، والالتزام بالتعاون والالتزام بالإعلام.... الخ.

ويرى أنصار الطبيعة العقدية أن مصدر هذه الالتزامات لا يمكن إلا أن يكون عقد التفاوض، الصريح أو الضمني، وذلك باعتبار أن القانون لم ينظم هذه المرحلة، كما لا يمكن اعتبار الإثراء بلا سبب أو العمل غير المشروع أو الإرادة المنفردة مصدراً لهذه الالتزامات.

وهكذا فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون بأن المفاوضات لها طبيعة عقدية، غير أنه في ظل هذا الخلاف الفقهي المحتدم حول الطبيعة القانونية للمفاوضات، بين من يرى أن لها طبيعة عقدية، ومن يرى أنها مجرد أعمال مادية ظهر اتجاه فقهي آخر مؤداه أن المفاوضات ليس لها طبيعة واحدة، مادية أو عقدية، وإنما لها طبيعة مزدوجة، وهو ما سيكون موضع للدراسة في المطلب الثاني.

¹ صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، عمان، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001.

² أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 203.

المطلب الثاني: الطبيعة المزدوجة للمفاوضات السابقة على التعاقد

كشف التفاوض في ميدان التجارة الدولية النقاب عن ظهور نوع جديد من العقود أو الاتفاقيات التمهيدية يطلق عليه اتفاق أو عقد التفاوض¹، حيث أصبح المتفاوضون في مجال التجارة الدولية، ولغرض وضع تنظيم اتفاقي للمفاوضات يقومون بإبرام اتفاق مكتوب فيها بينهم على التفاوض.

وهذا التطور قاد إلى ظهور اتجاه فقهي جديد إلى أن المفاوضات ليست لها طبيعة واحدة، وإنما لها طبيعة مزدوجة، تختلف بحسب وجود اتفاق تفاوض من عدمه²، وبذلك فإن أصحاب هذا الاتجاه يميزون بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض (أولاً) والمفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض (ثانياً) في الفرع الأول قبل أن نخرج على القيمة القانونية للتعهدات بالشرف والبروتوكولات في الفرع الثاني.

¹ وقد كانت 1101 من القانون المدني الفرنسي تفرق بين العقد والاتفاق، وذلك على أساس أن الاتفاق جنس والعقد نوع من أنواعه، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أو إنهائه، أما العقد فهو يقتصر على نوع واحد من أنواع الاتفاقات وهو الاتفاق على إنشاء التزام، وهذا التمييز بين العقد والاتفاق انتهى بصدر المرسوم الصادر في 10 فبراير 2016 فضلاً عن أنه كان منتقداً من الفقه على أساس أنه عديم الفائدة العملية، كما أن العادة جرت على استعمال المصطلحين على أنهما مترادفان، وهو ما يسيير عليه الباحث في هذا البحث، انظر د. محمد على البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 25، 26.

² مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 86، وانظر أيضاً كلاً من:

- د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، 1987، ص 130 وما بعدها.
- د. محمود الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص 87، مشار إليهما لدى م.م. أم كلثوم صبيح محمد "المفاوضات الممهدة للتعاقد" مرجع سابق ص 318.

الفرع الأول: المفاوضات المصحوبة والغير المصحوبة باتفاق تفاوض

أولاً: الاتفاقات المصحوبة باتفاق تفاوض

أول ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الخصوص هو أنه في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد هناك العديد من الاتفاقات التمهيدية التي يتم إبرامها¹، كما أن هناك العديد من الوثائق والمستندات التي يتم تحريرها ويجري توقيعها عادة من طرف أو أكثر من الأطراف المتفاوضة، وهذه الاتفاقات والمستندات لا حصر لها، ونذكر منها على سبيل المثال:

مذكرة التفاهم- خطاب التفاهم- رؤوس الاتفاق- الاتفاق من حيث المبدأ- عهد الشرف- خطاب الثقة- خطاب النوايا- بروتوكول اتفاقي- الاتفاق المرحلي- الاتفاق على الرفض الأول- والاتفاق على الاتفاق، ونكتفي بهذا التعداد غير الحصري لهذه المصطلحات التي يربط بينها جميعاً رباط واحد، وهو أنها تصدر في مرحلة واحدة وهي المرحلة قبل العقدية².

والقاعدة العامة التي تحكم هذه الاتفاقات والوثائق هي أنها ليست ذات قيمة قانونية ثابتة، وإنما تختلف من حالة إلى أخرى حسب الصياغة المستخدمة، وما اتجهت إليه إرادة الأطراف المتفاوضة، ومن ثم ستقتصر هذه الفقرة على محاولة تمييز عقد التفاوض عن اثنين من الاتفاقات التمهيدية الشائعة في فترة المفاوضات، وهي عقد الإطار، وخطاب النوايا، فضلاً عن تمييزه عن الوعد بالتعاقد.

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها.

² محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانون المصري والفرنسي، القاهرة بدون اسم الناشر، 1995، ص 6.

(1)- تمييز عقد التفاوض عن خطاب النوايا

بداية يمكن القول إنه ليس من السهل وضع تعريف محدد لخطاب النوايا، وبالتالي تحديد وضعه القانوني، وذلك لأن الواقع العملي يدل على أن خطابات النوايا كفكرة تستوعب أشكالاً مختلفة لا تنتمي إلى فكرة موضوعية واحدة، ذلك أن الصياغة المادية- وهي الصورة المادية لإرادة الأطراف وأساس لتحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا وتحديد مضمون الالتزام الوارد فيه- تختلف من خطاب إلى آخر، وتختلف تبعاً لها قيمة الخطاب، والمعنى أنه لا يوجد خطاب واحد يشمل مضمونا معينا، وبناء عليه يحبذ استخدام مصطلح خطابات بصيغة الجمع أفضل من خطاب¹.

وبتعدد هذه الخطابات تعددت تعريفاتها، فقد عرفها البعض على أنها:

وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي².

في حين ذهب البعض الآخر لتعريفها بأنها: مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر، يعرب له فيه عن رغبته تلك، وي طرح.

فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المزمع إبرامه، ويدعوه للدخول في مفاوضات حولها³.

وأيا يكن أمر هذه التعريفات، يمكن القول إن هذه الخطابات تنقسم إلى طوائف أربع:

¹ مجاجي سعاد، مرجع سابق، ص 13.

² أحمد عيد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 53.

³ عادل عبدالعزيز السن، مرجع سابق، ص 29.

- خطابات نوايا تتضمن رغبة محررها في التعاقد ومحدد بها عناصرها الرئيسية المقترحة، ويرسلها إلى الطرف الآخر يدعوه فيها إلى قبولها أو التفاوض حولها¹.

- خطابات نوايا تتضمن الدعوة للبدء في المفاوضات.

- خطابات نوايا تثبت الاتفاقات التي يتوصل إليها خلال مرحلة المفاوضات بشأن عناصر موضوع العقد النهائي.

- خطاب مشروع العقد النهائي، وهو خطاب يفيد أن مرحلة المفاوضات قد تمخضت عن تصور لمشروع بنود ونصوص العقد النهائي، غير أن توقيع ذلك العقد والبدء في تنفيذه، معلق على استيفاء بعض شروط أو حدوث أمر معين².

أما عن القيمة القانونية لهذه الخطابات، فقد اختلفت الأنظمة القانونية في هذه الخصوص، ففي القانون الإنجليزي ليس لهذه الخطابات بحسب الأصل قيمة تعاقدية، وبالتالي ليست ملزمة، فهي وعد نية لا تصلح- في غير وجود إرادة صريحة لمصدرها- أن تكون اتفاقا تعاقديا يرتب

أثرا، والأمر ذاته ينطبق على القانون الأمريكي، إلا أن هذا الأخير لا يمانع بالخروج عن هذا المبدأ حسب ظروف كل حالة على حدة³.

¹ أحمد شرف الدين ، أصول الصياغة القانونية للعقود(تصميم العقد)، الطبعة الثالثة، 2008، بدون اسم الناشر ومكان النشر، ص83، 82.

² شيرزاد عزيز سليمان ، مرجع سابق ، ص404.

³ فعلى سبيل المثال أن خطابات النوايا المتضمنة عبارة أن الالتزام بما جاء فيها معلق على اعتماد وتوقيع شروط العقد النهائي، فلا تكون مجردة من كل قيمة قانونية كما هو الحال في القانون الإنجليزي، بل إنه يمكن إلزام مصدر الخطاب بما ورد فيه إذا ما أثبت من وجه إليه الخطاب أنه وبالرغم من وجود تلك العبارة فإن الطرفين قد وصلا إلى اتفاق بخصوص بعض البنود والعناصر الجوهرية في العقد المزمع إبرامه ، وأن التوقيع على هذا الأخير ليس سوى تأكيداً لذلك الاتفاق ، فضلاً عن ذلك فإن للقاضي حرية تقدير قوة إلزام خطايا النوايا إعمالاً للمبدأ Estoppel ، مشار إليه لدى د. عادل عبدالعزيز السن ، مرجع سابق ن ص36 وما بعدها.

وفي القانون الفرنسي يمكن القول إنه طبقا للقواعد العامة في هذا القانون¹، - وهو ما ينطبق على القوانين التي سارت على نهجة على غرار القانون الليبي - فإنه ليس لخطاب النوايا قوة إلزامية أو طابع تعاقدى يمكن أن يترتب مسؤولية عقدية بالنسبة لمصدره، أو الطرف الآخر الذي وجه إليه، وذلك انطلاقا من مبدأ عام هو حرية التفاوض المترتب على حرية التعاقد، غير أنه ليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على بعض النقاط الخاصة بالعقد النهائي والتي يرتضيها مصدر خطاب النوايا ومن وجه إليه، وهنا تترتب المسؤولية العقدية عند الإخلال بما تم الاتفاق عليه².

وأيا كان الخلاف بين الأنظمة القانونية حول القيمة القانونية لهذه الخطابات، فإرادة الطرفين يمكن أن تحسم هذه الإشكالية، فيستطيع الأطراف من خلال صياغة هذا الخطاب بألفاظ تخلو من كل غموض أو عدم دقة النص صراحة على أن هذا الخطاب ليس له أية قيمة قانونية ملزمة، أو النص على أن هذا الخطاب يتضمن اتفاق على مسائل معينة، يعتبر قد أبرم بشأنها عقد، وبالتالي يكون للخطاب القيمة القانونية للعقد.

وهذا التكييف التعاقدى لما ورد في خطاب النوايا لا يفيد مع ذلك القاضي أو المحكم الذي يستطيع إسباغ الوصف الصحيح على مضمون الخطاب، بما أن تكييفه قائم على أسباب موضوعية وسند حقيقية، الأمر الذي يتطلب الفحص الموضوعي لمضمون خطاب النوايا، وكذلك، البحث عن الإرادة الحقيقية لمصدر تستطيع إنشاء التزام تعاقدى، والدخول في دائرة

¹ انظر : القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المئة العربية، سبقت الإشارة إليه.

² حول خطابات النوايا وقيمتها القانونية تفصيلا انظر :

- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص44 وما بعدها، وانظر كذلك.
- مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص65.
- مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

المسؤولية العقدية المنظمة قانوناً، كما تستطيع أن تظل حرة طليقة لا تفرض التزاماً على صاحبها.

ومن خلال ما تقدم يمكننا القول إن كلا من عقد التفاوض وخطاب النوايا، وإن كانا يتفقان باعتبار أن كلا منهما يظهر في المرحلة السابقة على التعاقد، إلا أن هناك فرقاً بينهما يتمثل في التالي:

- إن عقد التفاوض - كما سبقت الإشارة - هو العقد حقيقي، وأن الإخلال بالالتزامات الواردة فيه يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، في حين أن خطاب النوايا لا يعد عقداً في جميع الأحوال، بل إن قيمته القانونية تختلف باختلاف صياغته¹.

مجرد إعلان نوايا لا ينشأ عليه التزام عقدي²، تثبت من خلاله الاتفاقات التمهيدية التي يتم التواصل إليها أثناء المفاوضات، وقد تكون ذا طابع عقدي، وحتى في الفرضين الأخيرين فإن خطاب النوايا يختلف عن العقد التفاوض، وذلك باعتبار بخلاف عقد التفاوض الذي يتولى تنظيم المفاوضات ذاتها.

أما إذا ما كان خطاب النوايا ذا طابع عقدي - وذلك من خلال العبارات المستخدمة في صياغة هذا الخطاب - ونظم حقوق والتزامات أطراف التفاوض في فترة المفاوضات، فإننا في هذه الحالة نكون بصدد عقد تفاوض وإن أطلق عليه أطرافه خطاب نوايا، وإذا ما ثار نزاع بخصوصه أمام القضاء فإن القاضي لن يتقيد بالتسمية التي يعطيها الأطراف للعقد، وإنما يعطيه التسمية الصحيحة التي يأتي بها من طبيعة العقد ذاته.

¹ أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 96 وما بعدها.

² يونس صلاح الدين على، مرجع سابق ص 51، 52.

موقف القانون الفرنسي والقانون المغربي: في القانون الفرنسي، وكذلك في القانون المغربي، فإنه ليس لخطاب النوايا قوة ملزمة أو طابع تعاقدى يمكن أن يترتب مسؤولية عقدية بالنسبة لمصدره أو الطرف الآخر الذي وجه إليه، وذلك انطلاقاً من مبدأ عام هو حرية المفاوضات، غير أنه مع ذلك فإن المسؤولية تتحقق عن الضرر الناتج عن كل تصرف قبل تعاقدى في حالة عدم إتمامه .

وعلى العموم، فالسائد في القانون الفرنسي والقانون المغربي اعتبار أي مستند، عقد فيما تم التعبير عن إرادة طرفيه في التعامل على أساس تعاقدى، وهذا ما يحدث عندما يحرص طرفا التعاقد على إثباته في محرر وتذييله بتوقيعهما ثم يرسله إلى الطرف الآخر ليضع عليه توقيعه بالموافقة .

وعليه فإنه ليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على بعض المواضيع الخاصة بالعقد النهائي، ومن هنا فإنه تترتب المسؤولية العقدية عند الإخلال بما تم الاتفاق عليه ما دام أن خطاب النوايا الموقع من طرفيه والمثبت لاتفاق بينهما يعد عقد يخضع للقواعد التي تحكم العقود بما فيها المسؤولية المدنية.

وبعد أن تعرفنا على عقد التفاوض من خلال تعريفه، وتمييزه عما قد يشتبه به، يثور

التساؤل حول الطبيعة القانونية للمفاوضات المصحوبة به؟

الطبيعة القانونية للمفاوضات باتفاق تفاوض

يمكن القول وفقا لهذا الاتجاه الفقهي الذي يميز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض وتلك غير المصحوبة باتفاق تفاوض، إن المفاوضات المصحوبة باتفاق تكون ذات طبيعة عقدية، ونتعرض فيما يلي لموقف التشريعات المختلفة من وجود هذا الاتفاق.

1- موقف القانون المدني الفرنسي

وفقا للقانون المدني الفرنسي يمكن القول إن عقد التفاوض الصريح يعتبر عقدا حقيقيا ينشئ على عاتق الطرفين المتفاوضين التزامات حقيقة يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية طبقا للمادة 1142 من القانون المدني الفرنسي، وذلك على اعتبار إن المادة 1101 من المرسوم الصادر سنة 2016م تنص على أن العقد (هو توافق إرادات بين شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزامات)¹.

فوفقا لهذا النص يمكن القول إن القانون المدني الفرنسي يأخذ بمبدأ الرضائية في العقود، فيعتد بأي اتفاق متي الرضا به، وقد رضي الطرفان المتفاوضان باتفاقهما على التفاوض صراحة، وبناء على ذلك يعتبر هذا الاتفاق صحيحا، بما أنه ليس فيه ما يخالف النظام العام والآداب العامة².

¹ Code civil–deniere modification Le01janvier 2017–Document generele05janvier2017 copyright(C) 2007–2017–Legifrance

² يونس صلاح الدين على، مرجع سابق، ص 63، 64.

2- موقف القانون الإنجليزي

بادئ ذي بدء يتعين الإشارة في هذا الصدد إلى أن القانون الإنجليزي يتبنى فكرة خاصة، بالعقد¹، تختلف إلى حد ما عن تلك السائدة في القانون الفرنسي وقوانين الدول التي تأثرت به على غرار مصر وليبيا.

فإذا كان يكفي لانعقاد العقد في القانون الفرنسي مجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين، فإن القانون الإنجليزي يتطلب فضلا عن ذلك توافر شرط لقيام العقد، ويتمثل هذا الشرط في شرط المقابل المادي² أي أن العقد يجب أن يستند على مقابل مادي.

وبناء على ذلك فإنه من الطبيعي أن لا يعرف القانون الإنجليزي بعقد التفاوض، فليس لهذا الاتفاق أية صفة إلزامية، ولا يعتبر عقدا نافذا في القانون الإنجليزي، وذلك لأن هذا الاتفاق هو مجرد تعهد لا يستند إلى مقابل مادي.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن عقد التفاوض يفتقد إلى ما يطلق عليه في القانون الإنجليزي اليقين التعاقدى المتمثل في أن العقد يجب أن يكون له بنود ومصطلحات كافية ليكون قابلا للتنفيذ، وهو ما يفتقده عقد التفاوض، ومن ثم فإن القاعدة العامة في القانون الإنجليزي هي أن اتفاق التفاوض غير قابل للتنفيذ³.

¹ علي يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنكلو أمريكي، مجلة القادسية وللقانون والعلوم السياسية، المجلد الثالث، العددان 1-2 حزيران كانون الأول 2010.

² تواتي أحمد الهدى، مرجع سابق، ص 50.

³ Slimon Hart, "England – multi- tiered dispute resolution" APC ,London, simon rpc.co. uk,law firm bio ,page number63.

The search was done on 17-3-2017 Through the

Link: <http://www.ibanet.org/document/Default.aspx?Documentuid...EDC1>.

وما ينبغي التنوية عليه في هذا السياق هو أن القانون الأمريكي وإن كان يتفق الإخلال بالالتزامات المتولدة عنه، وذلك لثلاثة أسباب:

أولاً: أن عقد الفايوز لا يمكن التوصل إلى جزاء يتناسب مع الإخلال بالالتزامات الواردة فيه، وذلك لصعوبة التأكد والتحقق من مضمون العقد النهائي في صورته النهائية كما لو نجح الأطراف في إبرامه.

الثاني: عدم قدة المحاكم على تحديد نطاق الالتزام بالتفاوض المتولد عن الاتفاق.

الثالث: فيتمثل في انتقاء عنصر المقابل المادي في هذا الاتفاق

إلا أن المحاكم الأمريكية شأنها في ذلك شأن المحاكم الأنجليزية بدأت في الآونة الأخيرة تعترف بعقد التفاوض، وترتب المسؤولية العقدية على الإخلال بالالتزامات المتولدة عن هذا العقد، وفي سبيل ذلك تحاول المحاكم الأمريكية أن تكون أكثر مرونة بخصوص شروط المقابل في هذا الاتفاق¹.

ففي ديسمبر كانون الأول من العام 2015م وفي النزاع القائم بين SIGA Technologies, Inc. V. Pharmathene ذهبت المحكمة العليا في ولاية Delaware إلى أنه إذا اتفق الطرفان على عقد اتفاق مبدئي للتفاوض بحسن نية فإنه يجب احترام هذا الاتفاق².

¹ هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، مرجع سابق، ص 218، 219.

² SIGA Technologies, Inc. V. PharmAthene, cour supreme du Delaware. decembre 2015.

Renvoye ala: petit jurist "Negociations de bonne foi en droit Francais et en common law "13 septembre 2016, Il etait Lareche sur : 15-3-2017 par Line : <http://www.Lepetitjuriste.fr>.

3- موقف القانون الليبي

لم يتضمن القانون المدني الليبي نصوصاً تتحدث عن مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، غير أنه- وحسب رأي الباحث- يمكن ملء الفراغ التشريعي المتعلق بعقد التفاوض وفقاً لمبدأ حرية التعاقد، وذلك باعتبار أن القانون المدني الليبي جاء متأثر بالقانون المدني الفرنسي ولا يوجد فيه شرط المقابل المادي اللازم لقيام العقد كما هو الحال في القانون الانجليزي.

فالمادة 89 من القانون المدني الليبي تنص على أنه (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة العقد). كما تنص المادة 147 في فقرتها الأولى على أن (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون).

وبالتالي يرى الباحث أنه في حال ثار نزاع أمام القضاء الليبي بخصوص تفاوض أبرم بين الأطراف المعنية لا يملك القضاء سوى الاعتراف بهذا الاتفاق وعليه يمكن القول وبما لا يدع مجالاً للشك وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني الليبي إن المفاوضات إذا كانت مصحوبة بعقد تفاوض فلا مناص من أن لها طبيعة عقدية، وأن الإخلال بالتزامات الواردة فيه يترتب قيام المسؤولية العقدية.

وغنى عن البيان أن عقد التفاوض يخضع للقواعد العامة في القانون المدني التي تنطبق على سائر العقود، سواء من حيث الأركان والشروط أو عيوب الإرادة، وغير ذلك من الأحكام العامة للعقد.

وهكذا فإنه وفقاً لهذا الاتجاه الفقهي الذي يميز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق وتلك غير المصحوبة باتفاق تفاوض، إذا كانت مصحوبة باتفاق صريح على التفاوض، فإنها تكون ذات طبيعة عقدية، أما تمت دون وجود مثل هذا الاتفاق فإن الأمر سيكون مختلف تماماً.

ثانياً: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض

يمكن القول بأن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض هي: تلك المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك عقد التفاوض يتولى تنظيمها.

وفي هذا النوع من المفاوضات لا يولي الأطراف اهتماماً بالتوصل إلى تنظيم اتقاي للمفاوضات، بل يقدمان على التفاوض بشكل مباشر، دون صياغة اتفاق خاص بالدخول في المفاوضات وتنظيمها ولا تبرز هذه المسألة كلما قلت أهمية العقد نظام قانوني من خلال صياغة نصوص قانونية لتنظيم العلاقة بين الطرفين أثناء المصحوبة باتفاق تفاوض (أ) ومن ثم نحاول تقدير هذه الطبيعة (ب).

أ- الطبيعة القانونية للمفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض

وفقاً للاتجاه الفقهي الذي يميز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض والمفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض، فإن هذه الأخيرة تعد ذات طبيعة مادية، مع ما يستتبع ذلك من نتائج لعل أهمها أن المسؤولية في هذه المرحلة هي مسؤولية تقصيرية.

ونتناول فيما يلي موقف بعض التشريعات من المفاوضات غير المصحوبة باتفاق

تفاوض:

1- موقف القانون المدني الفرنسي

لم ينص القانون المدني الفرنسي على الطبيعة القانونية للمفاوضات حتي في التعديل الذي صدر مؤخرا في العام 2016م، إلا أنه يمكن القول أن القضاء الفرنسي ينظر إلى المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض على أنها ذات طبيعة مادية، وذلك باعتبار أنه يكيف المسؤولية

التي تقع أثناء المفاوضات التي تتشكل بعقد على أنها ذات طبيعة تقصيرية¹، ومن ثم إذا ما وقع ضرر لأحد أطراف التفاوض غير المنظم عقديا فإن قواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في المادتين 1382، 1383 من القانون المدني الفرنسي هي وحدها واجبه التطبيق.

2- موقف القانون الإنجليزي

يمكن القول وفقا للقانون الإنجليزي إن المفاوضات السابقة على التعاقد لا تعد بالنسبة له أكثر من مجرد عمل مادي غير ملزم²، حيث إن لكل متفاوض الحق في إثارة مصلحة الخاصة، وأن يسعى جاهدا للحصول على أفضل صفقة ممكنة، وذلك باعتبار أن هذا القانون يعتمد كثيرا على نظرية (التفاوض مغامرة) أو فليحتس المشتري³.

غير أن هذا لا يعني أن الأطراف المتفاوضة تكون دائما بمنأى عن أية مسؤولية أثناء التفاوض، ذلك أن القضاء الإنجليزي الحديث بدأ يتجه إلى ترتيب المسؤولية التقصيرية على

¹ Cass.civ.3oct,1972.

– Cass.com 11 janv.1984.

– Les Renvoye aLa:Aurelien Bamde,Op,cit.

² وهو أمر منطقي جدا، وذلك باعتبار أن القانون الإنجليزي يرفض الاعتراف بعقد التفاوض ويعتبر المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض مجرد عمل مادي، وبالتالي فإنه من باب أولى أن تعتبر المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض هي الأخرى مجرد عمل مادي.

³ شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص390

المتفاوض في بعض الحالات، لا سيما إذا ارتكب غشا أو تدليسا أثناء المفاوضات، أو أن يكون قد دخل المفاوضات لغرض الحصول على معلومات سرية عن الطرف الآخر وذلك بالاستناد إلى المبدأ¹ Stoppel الذي يحرم على الشخص أن يتخذ سلوكا يتناقض مع مسلكه السابق، كما يستند

إلى فكرة misrepvesent التي تقضي بالتعويض عن الإدلاء ببيانات أثناء تكوين العقد².

وبالتالي فإنه يمكن القول إن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض وفقا للقانون الإنجليزي تعد مجرد أعمال مادية.

3- موقف القانون المدني الليبي

في ظل غياب التنظيم التشريعي للمفاوضات، يرى الباحث- من خلال القواعد العامة الواردة في القانون المدني الليبي- أن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح على التفاوض لا يمكن إلا أن تكون ذات طبيعة مادية.

أما عن الأساس القانوني الذي بني عليه الباحث هذا الحل فيتمثل في أنه وفقا للقواعد العامة للقانون المدني لكي نكون أمام عقد لابد من توافر ثلاثة أركان يأتي في مقدمتها الرضا، حيث يستلزم هذا الركن صدور إيجاب من أحد الطرفين يليه قبول من الطرف الآخر، ويتعذر

¹ ويعني هذا المبدأ الإغلاق الحكمي أو الحجة المغلقة أو الموصدة، لأنه يغلق دون الشخص الرجوع فيما قال أو نقل ويجعل من قوله حجة عليه، كما يمكن تفسيره أيضا بالحجة القاصرة على صاحبها أو الحد المانع، يعد هذا المبدأ قاعدة من قواعد البيئة، حيث يمنع الشخص من إنكار ما صدر عنه من قول أو فعل أو سلوك ويعتبره حجة قاصرة عليه تحرمه من نقضه أو إنكاره، للمزيد في هذا الخصوص انظر: مجالي سعاد، مرجع سابق، ص144.

² رجب كريم عبدالله، مرجع سابق، ص272-273.

القول بوجود إيجاب إذا لم يكن هناك عقد صريح ينظم المفاوضات، ذلك أن الدعوة للتفاوض لا تعتبر إيجاباً باعتبار أن الإيجاب لابد أن يتضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهو ما لا يتحقق في الدعوة للتفاوض، باعتبار أن من العناصر الجوهرية في أي عقد تفاوض بيان الالتزامات التي يتقيد بها كل من طرفيه، كالالتزام بحسن النية أو الالتزام بالسرية أو الالتزام بالإعلام، وهو ما لا تتضمنه الدعوة إلى التفاوض، ومن ثم يتعذر القول بأن هذه الدعوة تمثل إيجاباً بل هي - وكما سبق القول - أقل مرتبة حتي من الدعوة للتعاقد.

وفضلاً عما تقدم فإن الإيجاب يتطلب أن يكون العرض حاسماً، وذلك بأن تكون الإرادة باتة ونهائية في إبرام العقد، وهو ما يتعذر القول بتوفره في فترة المفاوضات، وذلك باعتبار أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد محاولة للتقريب بين وجهات نظر الأطراف المعنية من خلال المفاوضات ولا يصل الأمر إلى حد الإيجاب، وبما أنه لا يوجد إيجاب بالمعنى القانوني فلا مجال للحديث عن قبول لأنه يكون لاحقاً للإيجاب، ومن ثم فإن المفاوضات إذا لم تكن مصحوبة بعقد صريح وواضح يتولى تنظيمها لا يمكن إلا أن تكون ذات طبيعة مادية، وذلك باعتبار أن مجرد تبادل الاقتراحات ووجهات النظر لا يمكن أن تنشأ عنه رابطة عقدية، وهو ما أكدته المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها عندما ذهبت إلى (إن العقود التي تعقدها الإدارة، سواء كانت عقود إدارية أو مدنية تمر بمراحل المراحل لتحضيرية التي تدور خلالها المباحثات وتبادل وجهات النظر، وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد لا يمكن أن يولد في حد ذاته رابطة عقدية، كما أن عبارات القبول التي تصدر من

بعض الموظفين الإداريين الذين يناط بهم إجراء المباحثات لا يمكن أن تنشأ عنه رابطة عقدية¹.

ومن ثم إذا لم يكن هناك عقد ينظم المفاوضات وارتكب أحد المتفاوضين خطأ نجم عنه ضرر للمتفاوض الآخر، فإن قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق.

ب- تقدير الطبيعة القانونية للمفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض

كما سبقت الإشارة، وفقا لهذا الاتجاه الفقهي فإن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض لها طبيعة مادية، وذلك بخلاف المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض.

ويرى الباحث أن اعتبار المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض ذات طبيعة مادية هو ما ينسجم مع المنطق القانوني القويم، ذلك أنه إذا لم تكن المفاوضات منظمة عقديا بشكل، فإنه يتعذر القول بأن المفاوضات ذات طبيعة عقدية، ومن ثم لا يمكن إلا أن تكون ذات طبيعة مادية.

أما بالنسبة للحجج والمعطيات التي حاول أن يستند عليها أنصار الرأي الفقهي الذي يقول بالطبيعة العقدية للمفاوضات فإنها - بحسب رأي الباحث - وإن كانت تبدو لامعة إلا أنها واهية، ولا تصمد أمام الحقائق القانونية، وسيحاول الباحث دحض الحجج التي استند إليها هؤلاء، الواحدة تلو الأخرى، وفقا للتالي:

1- يذهب أنصار الطبيعة العقدية إلى أن المفاوضات نشاط ثنائي الجانب، وأنها تكون بناء على تنسيق مسبق بين أطرافها، تمهيدا للقول بوجود عقد ضمني بين الأطراف المتفاوضة،

¹ طعن مدني ق 18 / 10 بتاريخ 1972/3/14، مجلة المحكمة العليا، السنة 8 العدد 4، ص 52.

وهو أمر لا يمكن قبوله، وذلك باعتبار أن المفاوضات وإن كانت ثنائية، فإن هذا لا يعني وجود رابطة عقدية بين أطراف التفاوض، لأن مجرد وجود تنسيق حول مكان التفاوض وزمانه لا يعدو أن يكون من قبيل الترتيبات التي تهدف إلى تسهيل عملية التفاوض فحسب، ومن ثم فإن وضع مثل هذه الترتيبات لا يعني بالضرورة وجود عقد بين الأطراف المتفاوضة، وذلك باعتبار أن مناط القول بوجود عقد هو وجود الإرادة الباتة الجازمة من لأطراف المعنية لإبرام العقد المقصود، وبما أن هذه الإرادة لم توجد بعد فلا يمكن الحديث عن أي عقد ضمني، وبما أن العقد لم يبرم بعد ولم يصدر إيجاب من أي طرف يتضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فإن أي عمل يكون قبل ذلك لا يمكن إلا أن يكون من قبيل الأعمال المادية

2- أما فيما يتعلق بسعي المتفاوضين من خلال التفاوض لإحداث أثر قانوني، فيمكن الرد على هذه الحجة بالقول إن العقد كما هو معلوم: هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، ومن ثم فإنه يلزم لقيام العقد التقاء إرادتين على إحداث آثار قانونية، الأمر الذي يستلزم صدور إيجاب يتضمن الرضا من أحد العاقدين يتلوه قبول مطابق لهذا العرض من الطرف الآخر، وهذا الأمر غير متحقق في المفاوضات غير المصحوبة بعقد صريح، حيث لا يوجد إيجاب بالمعنى القانوني، وبالتالي فلا مجال للحديث عن تطابق الإرادتين، وبما أنه لا يوجد هذا التطابق فلا مجال للحديث عن إرادة إحداث الأثر القانوني، وذلك باعتبار أن هذه الإرادة غير كافية في حد ذاتها لإبرام العقد، ومن ثم تكون هذه الحجة هي الأخرى واهية.

3- أما بخصوص أن الطرفين المتفاوضين ليسا من الغير، فهذا قول لا محل له، وذلك باعتبار أن فكرة الغير تثار عندما تكون هناك علاقة عقدية قائمة، فمن ليس طرفا في هذه العلاقة فهو من الغير، فلا يكتسب حقا ولا يتحمل التزاما- كقاعدة عامة- وبما أنه ليس هناك عقد قائم فلا محل لإثارة هذه المسألة من الأساس.

4- أما بالنسبة للقول بأن المفاوضات تنشأ عنها التزامات حقيقية، فإن هذه الحجة ضعيفة، بالنظر إلى أن الطبيعة المادية للمفاوضات لا تعني عدم وجود أي التزامات في هذه المرحلة، كما أن ما ينكره أنصار الطبيعة المادية هو الالتزامات العقدية وليس القانونية، ومن ثم فإن الخلاف يدور حول مصدر هذه الالتزامات وليس في وجودها من الأساس، حيث يرى أنصار الطبيعة العقدية أن مصدرها عقد التفاوض، ولا يمكن القول في هذا الخصوص إنه لا توجد التزامات قانونية في فترة المفاوضات، لأن القانون لم ينظم هذه المرحلة، وذلك باعتبار أن القانون وإن لم ينظم مرحلة المفاوضات إلا أنه تضمن جملة من النصوص التي لا يمكن إلا أن تقود للقول بنشوء التزامات في المرحلة السابقة على التعاقد بما في ذلك فترة المفاوضات¹.

5- كما أن أنصار الطبيعة العقدية للمفاوضات ينتقدون التفرقة بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض وتلك غير المصحوبة باتفاق تفاوض، بالقول إن هذه التفرقة تفتقر للأساس القانوني، وهو قول يفتقد للدقة، ويمكن دحضه بسهولة باعتبار أن أساس هذه التفرقة بين وواضح، وهذا الأساس يتمثل في عقد التفاوض، فإذا ما وجد هذا العقد فتكون المفاوضات ذات طبيعة عقدية، أما إذا لم يوجد فتكون المفاوضات ذات طبيعة مادية.

¹ سيتم التطرق لهذه النصوص لاحقا عند الحديث عن آثار المفاوضات، ص72 وما بعدها.

وإضافة إلى ما تقدم المفاوضات- لا سيما في العقود الضخمة- يقوم بإجرائها خبراء متخصصون في مختلف المجالات المتصلة بالجانب المالي والفني والقانوني للعقد المراد إبرامه، فإذا ما كان هؤلاء يرغبون في وضع تنظيم تعاقدى لمفاوضاتهم لقاموا، بذلك فهذا أمر لا يخفي عليهم، ومن ثم إذا لم يكن هناك عقد صريح يتولى تنظيم المفاوضات ويحدد التزامات الأطراف المتفاوضة بشكل واضح وبين لا لبس فيه فلا مجال للقول بوجود عقد بين الأطراف المعنية، ومن ثم لا يمكن تحميل إرادة الأطراف المتفاوضة أكثر مما تحتل.

وهكذا فإن الباحث يؤيد الاتجاه الفقهي الذي يميز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض وتلك غير المصحوبة باتفاق تفاوض، وذلك باعتبار أن هذه التفرقة تستجيب للتطور الحاصل في المفاوضات وخصوصا في ميدان التجارة الدولية، حيث أفرزت هذه المفاوضات اتفاق التفاوض، وذلك رغبة من الأطراف في تنظيم مفاوضات هذه العقود، تقاديا لضياح الوقت والجهد والمال، خصوصا وأن المفاوضات في مجال التجارة الدولية قد تستمر لسنوات عديدة وقد تكلف نفقات باهضة.

فهذا الاتجاه الفقهي استجاب للواقع العملي، باعتباره بالقيمة القانونية لا تفارق التفاوض، واعتباره عقدا حقيقيا كسائر العقود يلقي على عاتق الطرفين التزامات عقدية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية.

مما تقدم- ومن خلال استعراض مختلف الآراء الفقهية المتصلة بالطبيعة القانونية للمفاوضات- يمكن القول إنه على الرغم من احتدام الخلاف الفقهي حول طبيعتها القانونية إلا أن الأقرب إلى الصواب- بحسب رأي الباحث- هو أنها ذات طبيعة مزدوجة، فإذا ما وجد عقد تفاوض تكون ذات طبيعة عقدية، وإذا لم يوجد فلا يمكن إلا أن تكون ذات طبيعة مادية.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن المفاوضات ما هي وسيلة يتم من خلالها تبادل الاقتراحات ووجهات النظر، بهدف الوصول إلى إبرام عقد معين، والرغم من أنها تأتي ضمن المرحلة السابقة على التعاقد، إلا أن أهميتها تمتد إلى ما بعد إبرام العقد، كما يمكن إعمالها- كقاعدة عامة- في كافة أنواع العقود، وأنه بالرغم من الخلاف الفقهي حول طبيعتها القانونية إلا أن الأقرب إلى الصواب هو التمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض والمفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للتعهد بالشرف والبروتوكول

الفقرة الثانية: القيمة القانونية للتعهدات بالشرف

التعهد: بمعنى الالتزام obligation، أي كل ما يستفيد منه الشخص بفعله أو بالامتناع عنه أو بتأديته¹.

والتعهد بالشرف: "هو اقتراح يعبر من خلاله صاحبه عن إرادته في تحمل التعهد دون أن يكون هذا الأخير حاملاً لآثار قانونية: إنه التزام معنوي".

فهذا التعريف يفيد أن التعهد بالشرف هو اتفاق غير إلزامي وفي نفس الوقت هو اتفاق ليس مجرد من كل أثر، ويظهر ذلك من خلال تقارب التعهد بالشرف من العقد أكثر من تشابهه مع العقد، إن الأمر يتعلق إذن بشبه العقد؛ وهي عبارة أقل غموض من عبارة قبل العقد، وذلك لكونها تحدد بشكل جيد الحدود بين العقد والتعهد بالشرف كنظام قانوني.

¹ إبراهيم النجار - أحمد بدوي- يوسف شلال: القاموس القانوني: فرنسي عربي مكتبة لبنان الطبعة الثامنة 2002، ص 122

إن التعهدات بالشرف إما أن تكون ملزمة وإما أن تكون غير ملزمة وذلك بحسب ما اشتمل عليه التعهد بالشرف من عناصر معينة تتمكن من خلالها المحكمة من تكييف هذه التعهدات إما ضمن خانة الالتزام القانوني الصرف، وإما ضمن خانة الالتزام الأدبي المجرد من كل أثر قانوني

أولاً: مدى إلزامية التعهدات بالشرف

من خلال إرادة الأطراف سواء الصريحة أو المستخلصة من لجوء الأطراف إلى التعهدات بالشرف يمكن إيراد بعض الأمثلة التي من خلالها قضى القضاء الفرنسي باعتبار التعهدات بالشرف في أحيان معينة ملزمة قانوناً، وفي أحيان أخرى مجرد تعهدات أدبية صرفة .

فمن بين التعهدات بالشرف التي اعتبرها القضاء الفرنسي تعهدات غير قانونية، وتبقى مجرد التزام أدبي، نذكر ما يلي :

- تعهد الموثق بشرفه بإعالة فقراء مدينة Cean لمدة عشرين سنة والذي أوفى بما عاهد نفسه وفقراء المدينة عليه، طيلة خمسة عشر سنة متواصلة، فلما أعياه الإنفاق، وطولب بإتمام التنفيذ دفع بأن تعهده غير ملزم لأنه تم بدافع الشفقة والرحمة حيث لم يكن بيد المحكمة أن تخلع الطابع التعاقدي على هذا الالتزام لأنه لا يتضمن الالتزام القانوني ملزم.

- التعهد الذي تم الأخذ به في العبارة التالية: "لدينا الشرف للتدخل أمامكم وأن نطلب منكم السيد... بأن تضعوا رهن إشارة السيد... وأن تقدموا له في حدود الإمكان المعلومات التي يمكن أن يطلبها منكم في سبيل تسهيل مهمته"، يحكم عليه بأنه غير قانوني.

أما التعهدات التي اعتبرها القضاء الفرنسي بأنها قانونية على الرغم من أن الأطراف قد اعتبروها مجرد تعهدات بالشرف ليس إلا، نذكر منها هي الأخرى ما يلي:

- تعهد المفلس بالشرف بأداء الديون إلى أصحابها في حالة رجوعه إلى وضعية مالية ممتازة¹.

هذا التعهد بالشرف اعتبر في ذلك الوقت بأنه تعهد قانوني ملزم.

- التعهد بالشرف يكون ملزم قانونيا للشخص الذي لا يشك في التزامه بالشرف في الوقت الذي تكون له إمكانية الاحتجاج بعدم الالتزام قانونيا ممكنة، ولم يستعملها.

- القرار الذي أيدت فيه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 فبراير 1968 ما ذهب إليه قضاة الموضوع بأن تعهد المدين بشرفه بأداء الفارق الباقي بعد تصفية الائتمان الممنوح له من أحد البنوك، في حدود إمكانياته، لا يعتبر مجرد التزام طبيعي، وإنما التزاما مدنيا ملزما².

فهذه الأمثلة الواردة أعلاه، وكما يقول الفقيه "laude Anne" لا يجب الاستنتاج منها إدماج قضائي للتعهدات بالشرف في المجال التعاقدي، ففي بعض الحالات التعهد بالشرف لا يترجم إلا تعهد بسيط، وبهذا لا يكون قابلا للتنفيذ بالقوة³.

¹ - Cass. civ 29 avril 1873. D.P 1873-1-2007. V aussi Req 4 juillet 1904-5-1905. 1-37 : « l'engagement d'honneur pris par vide désintéresser complètement ses créanciers en cas dretour à meilleure fortune, à été l'une des conditions déterminants de d'acceptation decréanciers, et ne pouvant être s'épaté des autres clauses des contrat aux quelles le débiteurs voulu ajouter lagarantie de son honneur, il avait le caractère d'une obligation civil » :l'engagement d'honneur donc civilisé ici en temps qu'élément prépondérant de la négociatioudu concordat 424. civ 2ème, 27 novembre 1985 : Bull. civ II n° 178, p 118 R.T.D.Liv 1988

² - قرار محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 23 فبراير 1968، النشرة المدنية 4-334 أورده - سعيد الناي- المساهمة القضائية في تكوين العقد، م س، ص 358.

- « Il ne Faudrait cependant pas déduire de ces déférente analyse une tendance à lréintégration judiciaire systématique des engagements d'honneur dans la sphère contractuelle Dans certains cas, en effet,

إن ما يمكن استنتاجه في هذا الإطار، هو أنه لا يجب أن نعتبر كل التعهدات بالشرف تعهدات قانونية ملزمة، أو مجرد تعهدات أدبية غير ملزمة، من غير ما تكون هناك معايير وأسباب وجيهة توجه المحكمة إما إلى اعتبار التعهدات بالشرف تعهدات قانونية ملزمة أو مجرد تعهدات أدبية، لأجل هذا نتساءل عن العناصر التي تستدل عليها المحكمة في جعل التعهد بالشرف تعهد قانوني ملزم.

الفقرة الثانية: القيمة القانونية للبروتوكولات الاتفاقية

تمر المفاوضات عادة بمرحلتين، مرحلة البروتوكولات الاتفاقية ذات الطابع الاقتصادي، التي تحدد فيها أدوار الأطراف المتفاوضة، وتبرز من خلالها مساهمة كل طرف، وما تتحه للطرف الآخر من منافع، ومرحلة ترجمة هذه الأدوار إلى التزامات محددة، مضمنة في وثيقة مكتوبة بصفة نهائية، وفق صيغ قانونية، لما تتميز به هذه المرحلة من غلبة الطابع القانوني على الطابع الاقتصادي، حيث يمهد البروتوكول إلى مرحلة إبرام العقد المنشود من قبل الأطراف، ومن ذلك أن تتفاوض شركتا كوكا، وشركة متخصصة في المشروبات الروحية على طرح منتج جديد في السوق، يجمع بين مشروب الكوكا كولا بخصائصه المعروفة، والمشروب الروحي، إذ يتطلب هذا الاتفاق ترخيص الشركتين لبعضهما البعض باستعمال المنتج الذي تملكه، كما يتطلب اتفاقات أخرى تتعلق بتصنيع المنتج الجديد المشترك، ولكي تستطيع شركة كوكا الإطلاع على منتج الشركة، وعلى أسرارها، وتمكن الشركة الأخيرة من الاطلاع على

l'engagement pris sur l'honneur ne traduit vraiment en dernière analyse, qu'un simple engagement moral n'étant dès lors pas susceptible d'exécution forcée » - A.Laude : « la reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat » Puma 1992 n° 682.

أسرار الشركة الأولى، يوقع الطرفان بروتوكولا اتفاقيا، يتعلق بشروط الإطلاع المذكور، وينص على أن تقوم الشركة الثانية بالتوقيع على أربع اتفاقيات، اثنتان منها يتعلقان بالترخيص لها باستغلال منتج كوكا، والآخران يتعلقان بالتعاون بين الشركتين، كما ينص على مساهمة كل شركة في المنتج الجديد الذي سيطرح في السوق، مع مراعاة التوازن بين ما تورده كل من الشركتين من المنتج الخاص، فيتضح إذن أن موضوع هذا البروتوكول هو إرساء مبدأ الارتباط بين الاتفاقات الأربع من أجل الترخيص باستغلال منتج كل شركة، والاطلاع على أسرارها والتعاون في صنع المنتج الجديد وهذا ما يشكل الخطوط العريضة والإطار العام الذي يحكم الاتفاقات المزمع إبرامها، فلا يبقى بعد ذلك إلا صياغة هذه الاتفاقات وتفصيل حقوق والتزامات كل شركة، والتوقيع عليها من قبل الأطراف.

إن البروتوكول الاتفاقي بحسب الصورة التي بينها بعض الفقهاء أعلاه لا يعدو أن يكون مجرد اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود، لأن العقد بحسب هذا الفقه يتطلب الاتفاق على كافة العناصر الأساسية للتعاقد، ونظرا لأن أهم العناصر الأساسية ما تزال محلا للتفاوض، فإنه يصعب القول بتمام العقد، ناهيك عن أن نية الأطراف لم تتصرف إلى قبول إبرام العقد إلا بعد انتهاء الاتفاق على كافة العناصر الجوهرية والأساسية للتعاقد، ومع وضوح ذلك، نرى أنه من المفيد لفت النظر إلى ما وصل إليه الفقه الحديث¹.

من أن هناك من المفاوضات ما قد تتولد عنه بعض التصرفات القانونية الجديرة بالاعتبار، إذ لا تعتبر كل المفاوضات أعمالا مادية²، أو تصرفات غير تعاقدية، خروجاً على

¹ محمد مصطفى الجمال، السعي نحو التعاقد، م س، ص 430.

² إن المفاوضات تطورت بشكل ملفت للنظر ولم يعد مقبولا القول أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يلزم أحدا.

مبادئ الفقه التقليدي الذي يرفض إضفاء أي قيمة قانونية على مرحلة التفاوض السابقة على تحقق الإيجاب¹.

فالالاتجاه الفقهي الحديث - وهو ما أكدناه سابقا- يرى في البروتوكولات عقودا بالمعنى الدقيق، لأن البروتوكولات أولا وأخيرا اتفاق على التفاوض، ومن ثم فهي تمهد لعقد آخر، منشود من قبل الأطراف، هذا ما لم يتضمن البروتوكول العناصر الأساسية للعقد المراد فيصير عقدا ملزما للجانبين، وهدفا تم الوصول إليه، ومن ثم ترتبت المسؤولية العقدية عن عدم تنفيذه، لكن ما الحل لو تم الاتفاق على العناصر الأساسية للعقد المنشود في البروتوكول الاتفاقي، وأرجئت بعض العناصر الثانوية لكي تكون موضوع اتفاق لاحق؟

لحل هذه الإشكالية نعود إلى ما قرره المشرع المغربي في الفصلين 19 و 20 من ق ل ع، حيث جاء في مطلع الفصل 19 منه ما يلي: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام، وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية..."

وهذا معناه أن هناك عناصر أساسية للالتزام التعاقدي، لا يقوم العقد بدونها، سواء تم التمسك بها من قبل الأطراف أم لا، كالثمن والمثمن في عقد البيع، ونية المشاركة وتعدد الشركاء وتقديم الحصة ومساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر في عقد الشركة، كالمعمل والأجرة وعلاقة التبعية في عقد الشغل، حيث تعتبر هذه العناصر أساسية بمقتضى القانون لا بمقتضى الإرادة، إضافة إلى بعض الشروط التي لا تخالف القانون أو النظام العام أو الأخلاق الحميدة، مما يتمسك به الأطراف باعتبار ذلك عنصرا أساسيا في العقد، لا يستقيم وجوده بدون

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوي: الوسيط، ج.1، م س، ص 208

الاتفاق عليه، حيث أكد المشرع على هذا المقتضى في الفصل 20 من ق ل ع المشار إليه أعلاه، والذي من خلاله يظهر أن العقد يكون غير تام، إذا لم يتم الاتفاق على جميع الشروط التي يتمسك بها الأطراف صراحة، ما لم يتعلق الأمر بشروط تولى القانون تفصيلها وتحديدها في نصوص عامة أو خاصة، أو كانت تستلزمها طبيعة العقد، أو يفرضها العرف، أو تعلق الأمر ببعض الآثار القانونية التي تعتبر من ملحقات الالتزام، والتي لا يتوقف تمام العقد على وجوب الاتفاق عليها، لأن بيد المحكمة أن تتدخل لتدبر أمر الخلاف حولها بمقتضى أحكام القانون أو العرف أو العدالة أو الإنصاف التي تفترض أن نية الأطراف انصرفت إلى إبرام العقد وإلى تحكيمها لسد ما نقص من أمر هذه الشروط، إلا إذا تبين أن نية الطرفين لم تنصرف إلى إبرام العقد دون تراضيهما عليها، وحتى في هذه الحالة كذلك، يمكننا القول أن البروتوكول غير التام هو اتفاق على التفاوض بشأن العناصر والشروط المتمسك بها، وأنه بذلك "عقد من نوع خاص"، يلزم طرفيه بالإبقاء على العناصر التي تم الاتفاق عليها، وبالتفاوض على العناصر والشروط العالقة، فإذا نكل أحد الطرفين على العناصر الأولى المتفق عليه، أو قطع مفاوضاته حول العناصر التي لم يتم الاتفاق عليها بعد، قامت المسؤولية في حقه، وألزم بإتمام المفاوضات في إطار أحكام المسؤولية العقدية.

الباب الثاني

اثار المفاوضات السابقة

على التعاقد

الباب الثاني: آثار المفاوضات السابقة على التعاقد

يمكن القول إن المفاوضات، وإن كانت تخضع - كقاعدة عامة - لمبدأ حرية التعاقد، وبذلك باعتبار أن الشخص حر في الدخول في مفاوضات من عدمه، إلا أن هذه الحرية تبدأ في الانحسار تدريجياً بمجرد الدخول فيها، حيث يترتب على الدخول في المفاوضات تقيد الأطراف المتفاوضة بمجموعة من الالتزامات التي يختلف مصدرها بحسب وجود اتفاق تفاوض من عدمه (الفصل الأول).

وإذا ما تقيد الأطراف بهذه الالتزامات، فإما أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويبرم العقد محل التفاوض، وهذه هي النهاية المثالية للمفاوضات، أو ألا يتوصل الأطراف إلى اتفاق، وتصل المفاوضات إلى طريق مسدود، ولا يبرم العقد محل التفاوض، ويذهب الطرفان المتفاوضان كل منهما إلى حال سبيله.

غير أن هذه الفرضية لا تتحقق دائماً في جميع الأحوال، فقد يقوم أحد الطرفين المتفاوضين بسلوك يخل بهذه الالتزامات، الأمر الذي قد يؤدي إلى قيام مسؤوليته المدنية في مواجهة الطرف الآخر (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الالتزام المترتبة على

الدخول في المفاوضات

الفصل الأول: الالتزام المترتبة على الدخول في المفاوضات

نظر للتزايد النسبي في العقود التي تبرم بناء على مفاوضات سابقة، وخصوصاً في ميدان التجارة الدولية، حيث تبرم الكثير من العقود ذات القيمة الاقتصادية العالية، التي قد تتضمن نقل معرفة تقنية، ونظراً لأن هذه المفاوضات قد تستغرق الكثير من الوقت، كما أنها قد تكلف في بعض الأحيان نفقات باهظة، وجب ألا تكون المفاوضات مجرد ساحة للغش والخداع، بل لا بد أن تتسم بالجدية والوضوح، لذلك وبالرغم من الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للمفاوضات، فإن الباحث لم يجد من ينكر نشوء التزام بالتفاوض بحسن نية بمجرد الدخول فيها، وهو الالتزام الأساسي المترتب على الدخول في المفاوضات (المبحث الأول).

إلا أن الالتزام الأساسي بالتفاوض بحسن نية ليس الالتزام الوحيد الذي ينشأ خلال هذه المرحلة، وإنما تقوم بجواره بعض الالتزامات الأخرى الثانوية¹ (المبحث الثاني).

¹ وقد قسم الباحث الالتزامات المترتبة على الدخول في المفاوضات إلى التزام أساسي والتزامات ثانوية استناداً إلى دور كل منهما في المفاوضات. فالالتزام بالتفاوض بحسن نية مطلب أساسي لنجاح أية مفاوضات، ولا يتصور نجاحها بدونه، سواء كانت المفاوضات منظمة بعقد تفاوض أم لا، وأياً كان العقد المتفاوض عليه.

وهذه بخلاف الالتزامات الثانوية، فبعضها لا يقوم إلا إذا توافرت شروط معينة - كالالتزام بالإعلام - وبعضها الآخر لا يقوم إلا في التفاوض على طائفة معينة من العقود، وهي تلك التي تتضمن نقل فنية أو تقنية كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالسرية.

المبحث الأول: الالتزام الأساسي بالتفاوض بحسن نية

يجسد الالتزام بالتفاوض بحسن نية الدور الذي يمكن أن تلعبه الأخلاق في صناعة القاعدة القانونية، باعتبارها مصدرا غير مباشر لها، وذلك لأن هذا الالتزام تلتقي فيه قواعد القانون مع الأخلاق وما تتطلب من نزاهة وشفافية وشرف في التعامل.

ويأتي هذا الالتزام كقيد على حرية التعاقد التي تسود خلال فترة المفاوضات، وهو الالتزام الأساسي الذي يترتب على الدخول فيها، ولا يتصور نجاحها بدونه.

ولغرض الإحاطة بهذا الالتزام والدور الذي يمكن أن يلعبه في فترة المفاوضات فإنه يكون لزاما التطرق لمفهومه (المطلب الأول) ثم نحاول بيان مدى تكريس مختلف الأنظمة القانونية له (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالتفاوض بحسن نية

يعرف مبدأ حسن النية بوجه عام بأنه: "الاعتقاد بمراعاة جميع الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة"، ولهذا المبدأ معيارين؛ أحدهما ذاتي والآخر موضوعي، يتمثل الأول في وضعية الشخص الذي لا ينوي الإضرار بالغير و لا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حساب الغير، أي يتجنب الخطأ العمد، والخطأ الجسيم، ويتجنب الغش والتدليس، ويتجنب كذلك التعسف في استعمال حق بسوء نية، أما الثاني فيتمثل في عدم تجاوز الشخص السلوك الذي يجب أن يسلكه الرجل المعتاد مع الغير، فعليه أن يسلك مسلك الشخص المتوسط الحرص لعدم الإضرار بالغير والتجاوز على حقوقهم.

لبيان مفهوم هذا الالتزام نوضح في البداية مصدره (الفرع الأول) ثم ننتقل تحليله (الفرع

الثاني)

الفرع الأول: مصدر الالتزام بالتفاوض بحسن نية

إذا ما كان هناك عقد صريح ينظم المفاوضات، فمما لا شك أن هذا العقد يشكل المصدر المباشر للالتزام بالتفاوض بحسن نية، وذلك دون الحاجة للنص عليه من قبل الأطراف المتفاوضة، باعتبار أنه بمجرد إبرام العقد يجب تنفيذه بحسن نية، طبقاً للمادة 148 من القانون

المدني الليبي التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

وباعتبار أنه لا يوجد تنظيم تشريعي للمفاوضات السابقة على التعاقد يثير التساؤل حول مصدر هذا الالتزام إذا لم يكن هناك عقد تفاوض؟

من المعلوم أن نصوص القانون المدني تسري على جميع المسائل التي تتضمنها هذه النصوص في لفظها وفي فحواها¹، ومن ثم يرى الباحث أن المشرع وإن لم ينص صراحة على الالتزام بالتفاوض بحسن نية في فترة المفاوضات، إلا أنه يمكن فرض هذا التزام استناداً على نص المادة 166 من القانون المدني الليبي التي تنص على أن: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، فمما لا شك فيه أن قيام أحد المتفاوضين بسلوك لا يتفق مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية خطأ قد تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية طبقاً لهذه المادة، ومن ثم يكون المشرع قد كرس هذا الالتزام بطريقة ضمنية.

وإضافة إلى ما تقدم فقد تتضمن القانون المدني الليبي عدة تطبيقات لمبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد وإن كان على نحو ضمني، وذلك في نصوص متناثرة.

هذه النصوص وإن كانت لا تجد مجالاً للانطباق إلا بعد انعقاد العقد، إلا أنها تفيد اعتداد المشرع بحسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد، من ذلك على سبيل المثال المادة 125 من القانون المدني الليبي في فقرتها الثانية حيث تنص: (ويعتبر تدليساً السكوت

¹ حيث تنص المادة الأولى من القانون المدني الليبي على أنه : (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها).

عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

وكما هو واضح من هذا النص فقد اعتبر المشرع أن السكوت عن واقعة أو ملابسة عمدا يعد تدليسا، ومن ثم فإن هذا النص يفرض على المتعاقد أن يكون حسن النية أثناء تكوين العقد، وذلك بأن يدلي للطرف الآخر بالوقائع والمعلومات التي يكون من شأنها التأثير على إرادته، وذلك حتي يكون بمنأى عن التهديد ببطلان العقد.

وكذلك الأمر بالنسبة لنص المادة 129 التي جاءت بعنوان إبطال العقد أو تعديله، حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتناسب البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من الفائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد).

فبمفهوم المخالفة لهذا النص لو أن المتعاقد كان حسن النية أثناء تكوين العقد ولم يستغل الهوى والطيش - في حال وجوده - لدى الطرف الآخر المقابل له، ما كان ليبطل العقد أو أن يتم إنقاص الالتزامات، ومن ثم فإن هذا النص يعد تطبيقا لمبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد، فهو يلزم المتعاقد أن يكون حسن النية، وذلك بعدم استغلال الهوى والطيش لدى الطرف الآخر.

وإضافة إلى ما تقدم يمكن القول إن مبدأ حسن النية يعد من المبادئ العامة للقانون التي قد يتم النص عليها وقد لا يتم النص عليها، وأن نص المادة 148 من القانون المدني الليبي وما كان يقابله من المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي¹ قبل التعديل الذي صدر مؤخرا في العام 2016م ليسا سوى تطبيق لمبدأ قانوني عام لا يقتصر إعماله على مرحلة تنفيذ العقد، بل يمتد ليشمل مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وهو ما كان يسلم به القضاء في فرنسا.

وتطبيقا لذلك قضي بأنه: (يجب التسليم أنه في فترة المفاوضات هناك عدة التزامات بالاستقامة والنزاهة تفرض على الأطراف في إدارة المفاوضات²).

وما يؤكد ذلك أيضا الحكم الصادر عن محكمة التحكيم الهنغارية، حيث قررت (أن مبدأ حسن النية يعد أحد المبادئ العامة في النجارة الدولية، ولا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام)³.

مما سبق يمكن القول إن مصدر الالتزام بالتفاوض بحسن نية يختلف بحسب وجود اتفاق تفاوض من عدمه، ففي الفرض الأول مصدره العقد، وفي الفرض الثاني مصدره القانون. أما وقد أوضحنا مصدر هذا الالتزام، فإنه يكون من المناسب بيان مضمونه وذلك من خلال تحليله.

¹ التي تنص على أنه (تقو الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة لم أبرموها، ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاها المتبادل أو للأسباب التي يجيزها القانون، ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية).

² Schmidt, article precite.n.9.p.- jourdain. Rapport. Precite .(Pau, 14 janv.1969.p.71

³ حكم صادر في القضية رقم 94124 بتاريخ 17-11-1995، مشار إليه لدى ذكرى محمد حسين - أستبرق حمزة " التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية" مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق، جامعة بابل، العدد الرابع، السنة السادسة، 2014، ص59.

الفرع الثاني: تحليل فكرة حسن النية في التفاوض

بادئ ذي بدء يتعين الإشارة إلى أن فكرة حسن النية بشكل عام ليس لها معني واحد، وإنما لها معنيات، أحدهما شخصي، والآخر موضوعي¹.

أما بالنسبة للمفهوم الشخصي لحسن النية فيتمثل في بعض الأحوال التي يعتد فيها القانون بحسن النية باعتباره حالة نفسية أو ذهنية كالجهل بواقعه أو ظرف ما، أو هي الاعتقاد الخاطئ الذي يتولد في ذهن شخص ما.

وبالتالي فإن فكرة حسن النية وفقاً لهذا المفهوم تبدو فكرة شخصية أو ذاتية، تتسم بطابع سلبي محض ويجري تعريفها على هذا النحو باعتبارها نوعاً من الجهل وعدم العلم²، وهذا هو المفهوم الشخصي المقصود بحسن النية في إطار الالتصاق³.

أما بالنسبة للمفهوم الموضوعي لحسن النية، ففيه ترتدي فكرة حسن النية ثوبا أخلاقيا خالصا، حيث تشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم، وبهذا المعني فإن حسن النية تصبح فكرة موضوعية لا شخصية، فهي ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع.

¹ في تفصيل ذلك انظر: بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة العربي بن مهيدي، 2013، ص 75 وما بعدها.

² عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة العقود الإلكترونية، مرجع سبقت الإشارة إليه، ص 28، 29.

³ حيث تنص المادة 969 من القانون المدني الليبي في فقرتها الأولى على أنه (يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم).

وتوضيحا لهذا المفهوم الموضوعي لحسن النية تقول المحكمة الفيدرالية السويسرية إن (الأمر يتعلق بمبدأ له مضمون عام، يرشد تطبيق القانون، وقيد على استعمال أي حق، وقاعدة أساسية نابعة من اعتبارات خلقية تضاف إلى القواعد المتعلقة بشتى الروابط القانونية الخاصة، لكي تكملها وتعين على تطبيقها)¹.

وهذا المعنى الموضوعي لحسن النية هو الذي يفرضه القانون فيما يتعلق بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، والمعتاد في هذه الأحوال أن يتقرر ذلك بمقتضى نص قانوني صريح².

وبعد أن تطرقنا حسن النية بشكل عام يثور هام مفاده: هل الالتزام بالتفاوض بحسن النية يشكل تجسيدا لفكرة حسن النية بمفهومها الشخصي؟ أم مفهومها الموضوعي؟

يعرف بعض من الفقه حسن النية في التفاوض بأنه: إقدام المتفاوضين أو الراغبين في التعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة والاستقامة في التعامل والابتعاد عن أساليب الخداع والتضليل التي من شأنها جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف³.

بينما ذهب البعض الآخر⁴ إلى تعريفه بأنه: التعامل بصدق واستقامة مع الطرف الآخر بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة التي تم من أجلها التفاوض والتزام بها كل

¹ Arrêts d Tribunal federal Suisse 83/1957 11-345,349:

Traduction fra caise de l,allemandin,Tournal des Tribunaux.1958-I-194.196.

مشار إليه لدى د- محمد حسين عبدالعال ، مرجع سابق ، ص122،123.

² وهذا هو شأن نص المادتين 148 و152 من القانون المدني الليبي، حيث تنص المادة 148 في فقرتها الأولى على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

³ نبيل اسماعيل الشبلان، مرجع سابق، ص319.

⁴ خالد العامري، كيف نجري مفاوضات ناجحة، الفاروق للنشر، الأردن، 2000، ص 18، مشار إليه لدى- ذكري محمد حسين، استيرق حمزة، مرجع سابق، ص60.

طرفي التفاوض، بحيث لا تؤدي إلى إضرار الطرف الآخر دون مسوغ القانوني، بل يتوصل كلا الطرفين إلى حقه بأمانة.

وكما هو واضح من هذين التعريفين فإن الالتزام بالتفاوض بحسن نية يعد تجسيدا لفكرة حسن النية بمفهومها الموضوعي، الأمر الذي يتطلب من الأطراف المتفاوضة اتخاذ موقف سلبي وإيجابي في ذات الوقت.

ويمثل الموقف في عدم إتيان أي سلوك من شأنه أن يبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في إبرام العقد، وعدم إشاعة آمال كاذبة في نجاح المفاوضات.

وهذا الموقف السلبي يجعل من المفاوضات جدية وليست مجرد وسيلة للمناورات، كأن يقصد منها إشغال المتفاوض الآخر حتى يفوت عليه صفقة مربحة كان على وشك إبرامها مع الغير، وذلك لتحقيق مصلحة شخصية له أو لغيره.

ويمثل الموقف الإيجابي في الإقبال على المفاوضات بجدية ورغبة صادقة من الطرفين في إتمام العقد المطلوب وبشروط معتدلة ومرضية لكلا الطرفين، الأمر الذي يتطلب التعاون مع الطرف الآخر، وذلك بصياغة اقتراحات جادة¹ ومقبولة، وعدم الرفض غير المبرر للمقترحات التي يقدمها الطرف الآخر أثناء المفاوضات²، والامتناع عن الغموض والتناقض في الأموال والأفعال، وهو ما يثير لدى الباحث تساؤلا غاية في الأهمية، وهو أنه هل يعد

¹ ورد في القانون الألماني نص خاص يتعلق بالتعويض عن عدم التزام الجدية في التفاوض، إذا ورد في المادة 122 من هذا القانون (إذا كان الإعلان باطلا وفقا للمادة 118 لعدم جديته التزام صاحب هذا الإعلان بتعويض من وجه إليه) مشار لدى نبيل إسماعيل الشبلاق، مرجع سابق، ص 319.

² ولا ينبغي أن يفهم من هذا أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية يعني إجبار المتفاوض على إبرام العقد، الأمر الذي يترتب عليه إهدار مبدأ حرية التعاقد، فالمفاوضة يظل متمتعا بكامل حريته في التعاقد من عدمه، حيث يجوز له أن يضع حدا للمفاوضات وذلك بالانسحاب منها والامتناع عن إبرام العقد دون أن تقوم في مواجهته أية مسؤولية، شريطة أن يتم ذلك استنادا لأسباب مشروعة، وفي إطار حسن النية: انظر في هذا الخصوص: أ. هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، مرجع سابق ص 226.

الدخول في مفاوضات موازية من قبيل هذا الغموض والتناقض ومن ثم يشكل إخلالا بالالتزام بالتفاوض بحسن نية؟ أم إن ذلك لا يتعارض مع هذا الالتزام؟

أجابت محكمة النقض الفرنسية على هذا التساؤل في حكمها الصادر في 15 ديسمبر 1992م بقولها (أن التفاوض بحسن نية لا يمنع إجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر منافس)¹.

وفي حكم آخر أكثر حداثة في 26 نوفمبر 2003م ذهبت إلى أن (إجراء مفاوضات موازية مع الطرف ثالث لا يعد في حد ذاته خطأ، إلا إذا كان مدفوعا بنوايا خبيثة أو يرافقه الاحتيال، ففي هذه الحالة يعتبر خطأ من المرجح أن يستتبع مسؤولية صاحبة)².

وموقف محكمة النقض الفرنسية يتفق والمنطق القانوني، وذلك على اعتبار إن التفاوض الموازي مع الغير هو أمر مشروع وتقتضيه حرية المنافسة، حيث جرت العادة- وخصوصا في مجال التجارة الدولية- أن يقوم صاحب الشأن بالتفاوض مع أكثر من شخص في نفس الوقت، لكي يختار من بينهم الشخص الذي يراه مناسبا³، ومن ثم نجد أن كافة الأنظمة القانونية لم تنكر حق الفرد في التفاوض مع أكثر من شخص أو جهة، لمقارنة الشروط التي قد يحصل عليها والمفاوضة فيما بينها لاختيار الأفضل، ويؤسس هذا الحكم على قاعدتين:

الأولي: هي مبدأ حرية التعاقد الذي بنيت عليه نظرية العقد في جوهرها.

¹ Cass.com.15decmbre 1992.Renvoyee a La:Aureline Bamde,Op.cit.

² Cass.com.26Nov2003,

³ مجاجي سعاد، مرجع سابق، ص133.

أما القاعدة الثانية: فهي عدم وجود التزام قانوني على أي من أطراف التفاوض بإعلام الطرف المقابل بقيامة بمفاوضات مع أطراف أخرى، وبذلك يمكن القول إن إجراء مفاوضات موازية هو أمر جائز ومشروع كقاعدة عامة، ويستثني من ذلك حالتان يعتبر فيهما هذا التصرف مخالفا لمقتضيات حسن النية:

الأولى: إذا اشترط أحد الطرفين المتفاوضين على الطرف الآخر حصرية التفاوض معه (Exclusive, Negotiations) أي اشترط عدم إجراء أية مفاوضات موازية مع الغير طوال مدة المفاوضات بين الطرفين¹، وهو ما يعرف عملاً بشرط القصر أو الحصر أو الاستبعاد، وهذا الشرط ليس مطلقاً من حيث الوقت، وإنما لا بد للأطراف من تحديد نطاقه الزمني، إذا لا يتصور أن يفرض التزام دائم بعدم الدخول في مفاوضات مع الغير حرصاً على مصلحة أحد الأطراف المتفاوضة، أما إذا لم يتفق أطراف التفاوض على مدة معينة يسري خلالها هذا الشرط، فإنه وفقاً للأحكام العامة للقانون المدني الفرنسي يظل هذا الشرط صحيحاً ويكون ملزماً لمدة معقولة وفقاً لطبيعة المعاملة، وما جرى عليه العرف².

أما في قانون الإنجليز فإن شرط حصرية التفاوض لا بد أن يكون محدداً بمدة زمنية معينة كي يتم اعتباره قانوناً، وهو ما أقره مجلس اللوردات في القضية الشهيرة Walford V Mailes حيث رفض الاعتداء بشرط حصرية التفاوض باعتبار أن هذا الشرط جاء مطلقاً

¹ ينتشر استخدام هذا الشرط في المجلات البحثية الأمريكية، فحينما يرسل ناشر رغبته في نشر مقالة في مجلة، تشترط عليه هذه المجلة عدم إرسال هذه المقالة لمجلات أخرى خوفاً من قيام المجلة الأولى بتدقيق الدراسة والعمل عليها لاتخاذ قرارها بالنشر من عدمه، وفي هذه الحالة ستتأكد هذه المجلة نفقات التدقيق والمراجعة، بالتالي سيكون من غير المنطقي قيام هذا الناشر، مشار إليه لدى د- محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، جمادى الآخر 1434، أبريل 2013، ص 242.

² مشار إليه لدى بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 120.

ولم يحدد له وقت ينتهي فيه، ولم تكن هناك آلية تمكن طرف واحد من اختتام المفاوضات، لهذا السبب رأت المحكمة إن هذا الشرط باطل بسبب عدم وجود اليقين التعاقدي¹.

وإذا كان يشترط أن يكون شرط القصر محدداً بمدة معينة فهل يشترط أن يكون صريحاً أم يمكن استخلاصه ضمناً من ظروف الحال؟

في الواقع يمكن القول إنه يصعب في حالة عدم وجود شرط صريح التسليم بوجود هذا الالتزام، لأن المفاوضات الموازية مع الغير أمر مألوف، وخصوصاً في مجال المنافسة بين الشركات الكبيرة حيث يصعب الاستغناء عنها، إذا إنها تعد إحدى طرق المنافسة المشروعة. وقد حدث أن دخلت إحدى الشركات الفرنسية.... مع إحدى الشركات البلجيكية.... في مفاوضات بغرض إبرام عقد بمقتضاه تتنازل الأولى للثانية عن 70% من الحصص التي تملكها بأحد فروعها، وبعد عدة جلسات لمناقشة شروط العقد النهائي علمت الشركة البلجيكية أن الشركة الفرنسية أجرت مفاوضات موازية على نفس الصفقة مع شركة إنجليزية، ولذا فإنها قامت بقطع المفاوضات ولجأت إلى القضاء وطالبت:

أولاً: بصفة أصلية بالتنفيذ الجبري وهو التنازل عن الحصص لها باعتبار أن العقد النهائي قد أبرم بينهما.

ثانياً: بصفة احتياطية بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء الخطأ المتمثل في إجراء مفاوضات موازية مع الغير.

¹ 1992 2 AC 128, (1992) All ER 453 (1992) AZWLR 174, (1992) ANZ, conv R 207 Goram Lord Ackner.

Referred to :simon Hart, previous reference , page number63.

ولكن محكمة استئناف فرساي في حكمها الصادر في 5 مارس 192م انتهت إلى عدم اعتبار العقد النهائي مبرما هذا من جانب، ومن جانب آخر قررت عدم وجود تعهد من الجانب الشركة الفرنسية يلزمها بالامتناع عن التفاوض مع الغير في الشركة البلجيكية ترغب في احتكار التفاوض مع الشركة الفرنسية، لكان يجب عليها عمل اتفاق خاص يلزمها بالامتناع عن التفاوض مع الغير، كما أن العرض الذي قدمه المدعى عليه كان موجها للجميع تحت عنوان دعوة للشراكة (Search for apdvther) ومن الطبيعي أن تتقدم أكثر من جهة للمعلن للتفاوض¹.

ولما كان حظر إجراء مفاوضات موازية يضر بالطرف المفاوض الذي يفرض عليه؛ لأنه يحرمه من الوصول إلى طرف ثالث قد يقدم له عرضا أكثر تحقيقا لمصلحته، فإنه غالبا ما يطلب من فرض عليه حظر إجراء مفاوضات موازية مقابلا ماليا يتم الاتفاق عليه وتعيينه، كما يتم التحديد الدقيق للموضوع الذي يحظر فيه التفاوض الموازي².

ومما تقدم يمكن القول إنه من الصعب استخلاص وجود شرط القصر ضمنا أو الاستناد على مجرد حسن النية للقول بوجود هذا الشرط، وإنما لا بد من النص عليه صراحة.

الثانية: إذا دل واقع على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل الشك، كأن يتم الاتفاق على جميع الشروط الجوهرية وغير الجوهرية للعقد وإرجاء التوقيع عليه لزمان معلوم.

¹ Vassailles , smars ,1992:Ball civ ,1992,P.752

² أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص112.

وتطبيقاً لذلك فقد أيدت النقض الفرنسية في العام 2003م القرار الصادر عن محكمة الاستئناف فيما بعرف بقضية ¹Manoukian، والذي قضت فيه محكمة الاستئناف بحق المدعى في التعويض على أساس إخلال المدعى عليه بمبدأ حسن النية في التفاوض، من خلال تفاوضه مع جهات أخرى في وقت اتفق عليه الطرفان على ميعاد لتوقيع العقد، وتبين من ظروف التفاوض حتمية التوقيع على العقد.

وتمثلت وقائع هذه القضية في قيام مساهم في شركة (س) بالتفاوض مع شركة (Munoukiah) على أساس قيام الأخيرة بشراء جميع أسهم الشركة (س)، وتم الاتفاق بين الطرفين على جميع شروط وتفاصيل العقد على أن يتم التوقيع عليه بتاريخ 1997/9/24م لحين استكمال الطرفين لبعض الشروط المتفق عليها أثناء التفاوض، وتم تمديد المدة التاريخ 1997/11/15م.

وقام الطرف (س) بالتعاقد مع شركة أخرى لشراء أصول الشركة المساهم فيها بتاريخ 1997/11/10م، ولم يلتزم بالتوقيع على العقد مع الشركة (manaukidh) معللاً ذلك بعدم وجود رابطة تعاقدية في الأساس بين الطرفين، كونهما لا يزالان في مرحلة المفاوضات، واعتبرت محكمة الاستئناف هذا التصرف مخالفاً لمبدأ حسن النية على أساس وصول الطرفين إلى مرحلة كان فيها التوقيع على العقد حتمياً².

مما سبق - ومن خلال بيان مفهوم مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد - يتضح لنا أن هذا المبدأ مهم جداً في هذه المرحلة، ويعمل على تعزيز الثقة والشفافية

¹ Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 26 novembre 2003,

² Cass com, 26 novembre 2003, Bull civ IV no 186 (Manoukian).

لدى كافة الأطراف المتفاوضة، كما أن احترامه يشكل خير ضماناً لمفاوضات عادلة ومتوازنة، ومن ثم يثور التساؤل حول مدى تكريس مختلف الأنظمة القانونية لهذا الالتزام؟

الفرع الثالث: معايير مبدأ حسن النية في بعض الاتفاقات السابقة على التعاقد

أولاً: المعيار الذاتي لحسن النية

يقصد بالمعيار الذاتي انتفاء سوء النية عن المتفاوض، ولكي تتحقق حسن نية المتفاوض، يجب انتفاء بعض الأوصاف عنه، كانتفاء الخطأ العمد وانتفاء الخطأ الجسيم، وانتفاء الغش والتدليس وانتفاء التعسف في استعمال الحق .

1. انتفاء الخطأ العمد

يعرف بعض الفقهاء الخطأ العمد بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر، أو أنه هو ذلك الفعل أو الترك الصادر عن نية سيئة، وسوء النية قانوناً يقتضي أن يتم الإخلال بالالتزامات بصورة إرادية إضافة إلى وجود هدف آخر وراء هذا الإخلال وهو قصد الإضرار بالطرف الآخر، وهذا الهدف هو الذي يصبغ صفة السوء على نية من يخل بالتزامه، فسوء النية في هذه الحالة هي نية تسبب الضرر للغير، ولذا فلا ينبغي أن تختلط فكرة الخطأ العمد بفكرة

الخطأ الإرادي التي تعني الإخلال الإرادي بالالتزام ذاته، ذلك أن الخطأ العمد يجب أن يتميز بأنه قصد الإضرار لدى الفاعل هو الباعث عن الفعل الضار¹.

وفي هذا السياق، أشار المشرع المغربي في الفصل 77 من ق ل ع المغربي، إلى الخطأ العمد حينما تحدث عن الفعل الضار الذي يرتكبه الإنسان عن بينة واختيار، وبالتالي نستنتج من هذا الفصل أن الخطأ العمد هو ذلك الفعل الذي يقصد من ورئه الفاعل إلحاق الضرر بالغير عن بينة وعن سوء نية .

هذا، ويرى أكثر الفقهاء، أنه ما دام الخطأ العمد قوامه قصد الإضرار بالغير فإنه يتعين على المحكمة أن تبحث في نفس الفاعل على توافر القصد أو عدمه، وبعبارة أخرى، يجب أن يكون تقدير الخطأ تقديرا شخصيا أو واقعا لا تقديرا موضوعيا مجردا.

في حين يرى البعض الآخر أن الخطأ العمد يقاس بالمقياس الموضوعي كما يقاس خطأ الإهمال².

والصواب، حسب رأينا المتواضع، هو أن الخطأ العمد يقاس بكلا المقياسين الشخصي والموضوعي، وذلك لأنه يتكون من عنصرين أحدهما مادي وهو الإخلال بالواجب والآخر نفسي وهو قصد الإضرار، فالأول يقتضي تعيين مدى الواجب القانوني الذي يحصل الإخلال به وفقا للمعيار الموضوعي أما الثاني فلا يكون تقديره إلا تقديرا شخصيا .

¹ ابتسام جمجمي: مفهوم حسن النية في العقود، م س، ص 21 - 20

² سليمان مرقس: دروس في المسؤولية المدنية، مطبعة الإسكندرية، 1987، ص 40.

2. انتقاء الخطأ الجسيم

لقد عرف بعض الفقهاء الخطأ الجسيم بأنه: "عدم بدل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر عن أقل الناس حرصا في شؤونهم الخاصة"، كما عرفه البعض الآخر بأنه: الخطأ الذي لا يتصور وقوعه إلا من مستهتر، أو الذي لا يرتكبه إلا شخص غبي.¹

وبالرغم من أن الفقه الفرنسي قد حاول تصنيف مراتب الخطأ من حيث الخطورة إلى خطأ جسيم وخطأ لا يغتفر وأخطاء عادية وأخرى يسيرة، إلا أن المشرع الفرنسي لم يستسغ هذا التصنيف الرباعي، ومع ذلك فهذا لم يمنعه من تخصيص بعض الأحكام المستقلة للخطأ الجسيم تمييزا له عن الأخطاء الأخرى سواء كانت عادية أو يسيرة.

وإذا كانت معالم التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ العمد لا تثير مشاكل من الناحية القانونية، لانتقاء قصد الإضرار بالغير في النوع الأول من هذه الأخطاء، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للعلاقة بين الخطأ الجسيم والخطأ الذي لا يغتفر، فقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن عرفت الخطأ الذي لا يغتفر في القرار الصادر عنها بتاريخ 15/07/1941 هو "الخطأ" وبالرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا التعريف إلا أن نفس المحكمة لا زالت تعتق نفس التصور بخصوص مفهوم الخطأ الذي لا يغتفر.²

أما بخصوص المشرع المغربي فالملاحظ هو أنه لم يستعمل مصطلح الخطأ الذي لا يغتفر وإنما اعتبره حالة من حالات الأخطاء الجسيمة التي تنتج نفس الآثار، ومن ذلك مثلا

¹ مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج 1، مصادر الالتزام، م س، ص 376.

² ابتسام جمجمي: "حسن النية في العقود"، م س، ص 26.

أنه لا يجوز للمخطئ أن يشترط مقدما عدم مسؤوليته عن الأخطاء الجسيمة أو الناتجة عن التدليس (الفصل 232 من ق ل ع. المغربي وكما يكون الخطأ جسيما فإنه قد يكون في بعض الحالات خطأ عاديا أو خطأ يسيرا¹ .

3. انتفاء الغش والتدليس :

إذا كان الغش يقترب من التدليس لكون كل منهما عمل غير مشروع ويخولان ضحيتهما الحق في المطالبة بالتعويض، فإنهما يختلفان في أن التدليس يتعلق باستعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد، إذن فهو يصاحب تكوين العقد، بينما الغش يحصل عادة أثناء تكوين العقد أو عند تنفيذه .

هذا، ويعرف الغش بأنه استخدام المدين بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع الوسائل التضليلية لإيقاع الدائن في غلط يدفعه إلى قبول التنفيذ بالكيفية المعيبة التي تم بها"، وهذا التعريف يحتم توافر سوء النية لدى مرتكب الغش² .

أما بالنسبة للتدليس فهناك عدة تعريفات حسب آراء الفقه والقضاء، فبالنسبة للفقه التقليدي فإنه يركز في تعريفه للتدليس على الوسائل المستعملة، فمثلا نجد الفقيه "بوتيه" يعرف التدليس بأنه: "جميع الحيل والمكائد التي يستعملها أحد الأشخاص لخداع الغير" أما الفقيه "دوما" فقد

¹ هناك عدة مراتب في الخطأ اليسير، فالخطأ قد يكون يسيرا جدا، وقد يكون تافها. وبالرغم من أن الفقيه الفرنسي "stark Boris" قد اعتبر الأخطاء موجهة كلها لأداء التعويض للطرف المضرور، فإن القضاء الفرنسي لم يسلك نفس النهج، إذ كثيرا ما كان يغفل البث في الأخطاء اليسيرة جدا لتفاهة التعويض المستحق عنها .

- (B) stark : les obligations. Op. Cit. p 121

² ابتسام جمجمي: م س، ص 28.

وضع تعريفاً واسعاً للتدليس إذ يقول: "إن التدليس هو كل مفاجأة، أو غش أو مكر أو دهاء، وكل طريقة احتيالية أخرى ترمي إلى خداع أحد المتعاقدين .

وفيما يخص الفقه الحديث فإنه أخذ يهتم بنتائج التدليس أكثر من اهتمامه بالوسائل التي استعملت للوصول إليه، "فمازوا" يذهب في تحديد التدليس على أن المتعاقد الذي ذهب ضحية التدليس لم يقع في الغلط من تلقاء نفسه، وإنما أوقعه المتعاقد الآخر فيه، فتكون إرادته هذه معيبة بالغلط سواء وقع على مادة الشيء أو على الشخص أو لم يقع عليهما"، أما الفقيه "السنهوري" فيرى أن التدليس هو: إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد¹ .

وقد أخذت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في تعريفها للتدليس بما ورد في المادة 52 من ق ل ع المغربي²، حيث ذهبت إلى أنه: "يعتبر تدليسا بمعنى المادة 52 من ق ل ع م جميع الحيل والكتمان الذي يلجأ إليه أحد المتعاقدين متى بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر³ ."

هذا فيما يخص تعريف كل من الغش والتدليس، أما بالنسبة لأركان الغش وشروط التدليس فتتمثل في الآتي :

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: نظرية العقد، ج 1، م س، ص 38. كما عرف الفقيه "مأمون الكزبري" التدليس بأنه: "هو استعمال خديعة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتعاقد تحت وطأة التدليس إنما يتعاقد تحت تأثير الوهم الذي أثاره في ذهنه المدلس، فأرادته ليست حرة سليمة، بل هي معيبة والعيب الذي يشوبها هو الغلط الذي ولده التدليس ولكن هذا الغلط يختلف عن الغلط المجرد، في أن الأول يقع فيه العاقد نتيجة أساليب التضليل والاحتفال الذي لجأ إليه المدلس بينما الثاني هو غلط تلقائي يقع فيه المتعاقد من نفسه - "مأمون الكزبري: م س، ص 98.

² ينص الفصل 52 من ق ل ع على ما يلي: التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين، أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به ."

³ حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 17 أبريل 1980 أوردته - :إبتسام جمجمي: م س، ص 30 - 29

يتوجب لتحقيق الغش توافر ركنين: أولهما هو الركن المعنوي والمتمثل في القصد أو الرغبة في التضليل توصلاً لغرض غير مشروع؛ ومعنى ذلك أن انعدام الركن المعنوي يؤدي إلى عدم قيام الغش رغم التضليل الحاصل، أما ثانيهما فهو الركن المادي الموضوعي للغش الذي يتخذ صورة فعل أو كتمان والفعل هو عبارة عن الوسائل الاحتيالية التي يلجأ إليها المدين لإيهام الطرف الآخر، ولكن هذه الوسائل يجب أن تبلغ حداً معيناً من الجسامة لكي يتحقق الركن الموضوعي للغش .

أما فيما يخص شروط التدليس، فيمكن استنتاجها من خلال الرجوع إلى الفصلين 52 و 53 من ق ل ع المغربي¹ فيما يلي :

الشرط الأول: استعمال المدلس وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه .

الشرط الثاني: كون هذه الوسائل الاحتيالية هي التي دفعت المدلس عليه للتعاقد.

الشرط الثالث: صدور الوسائل الاحتيالية عن المتعاقد الآخر أو كون هذا المتعاقد على علم بها .

4. انتفاء التعسف في استعمال الحق

متى كان استعمال الحق ضمن الحدود المألوفة التي رسمها القانون فلا خطأ ولا مسؤولية، هذا الأمر هو ما أشار إليه المشرع المغربي في الفقرة الأولى من الفصل 94 من

¹ ينص الفصل 53 من ق ل ع على ما يلي: "التدليس الذي يقع على توابيع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض ."

ق.ل.ع المغربي التي ورد فيها: "لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد أضرار ما كان له الحق في فعلها".

هذا، وإذا كان الفقه التقليدي لا يشترط في استعمال الحق إلا عدم مجاوزة الحدود التي وضعت له، وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير أو كان سيء النية، فإن الفقه الحديث يرى أن المسؤولية يجب أن تتحقق في هذه الحالة، ففلسفة الفقه التقليدي فيما ذهب إليه تقوم على أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع وأن حقوقه الطبيعية سابقة على القانون، ومقتضى ذلك أنه لا قيد على حريته ومن ثم لا يعتبر متعسفا حتى ولو أضر بالغير، طالما لم يخرج عن حدوده القانونية، أما فلسفة الفقه الحديث فقد فرضتها تشابك الحياة الاقتصادية، وارتباط المصالح مع بعضها البعض، هذا بالإضافة إلى المساوي التي أحدثها التمسك بمبادئ الفقه التقليدي¹.

لأجل كل هذا، ونظرا لكون أغلب التشريعات قد اتفقت على الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، فقد تم حصر هذه النظرية في ثلاثة معايير على الشكل التالي :

المعيار الأول: يعتمد على استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، فالحقوق يجب ألا تستعمل إلا لجلب النفع أو دفع الضرر، فإذا هي استخدمت لتكون سببا للهدم وإلحاق الأذى بالغير، أصبحت شرا تلزم من رتبته، لذلك فإن من يمارس حقا ويعتمد الإضرار بالغير يكون مسؤولا عن هذا الضرر .

¹ حسن عكوش: المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مطبعة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى 1957، ص. 73.

المعيار الثاني: يعتمد على عدم التناسب بين المصلحة والضرر، هذا الأمر هو ما قرره الفقرة الثانية من الفصل 94 من ق ل ع المغربي، والتي تنص على ما يلي: " غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته، من غير أذا جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه ."

أما المعيار الثالث: فيعتمد على تجاوز صاحب الحق في ممارسة حقه الحدود المألوفة¹.

ثانيا: المعيار الموضوعي لحسن النية

يقصد بالمعيار الموضوعي أو المادي لحسن النية في التصرفات، إتيان التصرف متفقا مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته، ذلك أن القانون لا ينظر إلى صحة التصرفات أو عدم صحتها بناء على ما يعتقد المرء فيه، وإنما أوجب لاعتبارها صحيحة أن تكون مقبولة في نظر القانون وقيم المجتمع، فليست العبرة بما يعتقد المرء في تصرفاته، إذ قد يعتقد أنها صالحة في الوقت الذي تكون فيه غير ذلك بمنظار الحقيقة الموضوعية المنبثقة من رأي القانون وضمير الجماعة.

فهذا المعيار، كما في المعيار الذاتي، يجد أساسه في العدالة وقواعد الأخلاق، ذلك أن الأخلاق توصي الفرد بأن تكون تصرفاته متفقة ومنسجمة مع أحكام القانون وقيم المجتمع، باعتبار قواعد القانون غالبا ما تكون مشبعة بالعنصر الأخلاقي، لأن القانون متقدما ومتصلا

¹ للتوسع أكثر حول موضوع التعسف في استعمال حق يرجى الرجوع إلى = زيد قدرى الترجمان: "نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقها في حق الملكية العقارية"، مطبعة دار السلام، الرباط، طبعة 2009، ص 64 وما بعدها .

بقواعد الأخلاق، وأن هذا المعيار يستلزم من المتصرف أن يكون يقضا حريصا في تصرفاته حتى لا يضر بالآخرين، ذلك أن العدالة وقواعد الأخلاق كما لا تقرر نية الإضرار بالغير المعيار الذاتي لا تقرر أيضا الإهمال والتقصير المعيار الموضوعي¹.

وعليه، فكل شخص - تبعا للمعيار الموضوعي - ملزم بعدم تجاوز السلوك الذي يجب أن يسلكه الرجل المعتاد .

والرجل المعتاد هو الرجل المتيقظ الحريص المتبصر حيث يراعى في تحديد سلوكه أساس موضوعي مجرد، لا على أساسا شخص ذاتي يتعلق بالمدين نفسه، وبالتالي فالمدين هنا مقيد بقيد أساسي هو ألا يخالف الأخلاق وقواعد العدالة، لكن ما هو معيار الرجل المعتاد؟ إن قياس الخطأ بمعيار شخصي ذاتي معناه اعتبار المدين مخطئا كلما حاد عن العناية التي اعتاد أن يبذلها في شؤونه وأدى ذلك إلى الإضرار بالغير، أما المعيار الموضوعي فيقضي بمقارنة مسلك المدين أكان حريصا جدا أم قليل الحرص، بمسلك شخص آخر يتخذ نموذجا للمقارنة، إن الأخذ بالمعيار الشخصي لا ينطوي على أي حافز لأولئك الأشخاص القليلي العناية والقليلي الذكاء لكي يضاعفوا يقظتهم وعنايتهم من أجل عدم إصابة الغير بالضرر، أما المعيار الموضوعي فهو يخلق شعورا بالطمأنينة لدى الجميع، إذ أن كل فرد يعلم بأنه سيحصل على تعويض عن الضرر الذي يصيبه نتيجة جهل وحماقة غير مشروعتين صادرتين عن فرد آخر.

¹ عبد الحليم عبد اللطيف القوني: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني والمصري والفرنسي دراسة

مقارنة"، م س، ص 305.

ما سبق يظهر أنه يجب علينا أن نعتد بالفعل ذاته مجردا عن صاحبه، ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي وجوب ألا نعتد بالشخصية المتعلقة بمن ارتكب الفعل من حيث أنه خارق الذكاء شديد الفطنة بالغ الحرص، أو أنه محدود الذكاء خائر الهمة، وإنما نقيس الفعل على أساس ما كان سوف يفعله الرجل المعتاد، أي الرجل المتيقظ الحريص المتبصر، فإذا كان الفعل المراد تقييمه يتضمن انحرافا عن السلوك العادي، أي أن الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف ما كان يأتي الفعل، اعتبر المدين مخطئا حتى لو كان ضعيف الذكاء، أما إذا كان لا يتضمن انحرافا بمعنى أن الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف سيفعل نفس الشيء، فإنه لا يعتبر مخطئا حتى ولو كان مرتكبه يتمتع بفطنة خارقة كان يستطيع بها أن يتفاداه¹.

ومع ذلك، فإن قياس الخطأ بمعيار مجرد ليس معناه الاستغناء عن العنصر المعنوي للخطأ، صحيح أن المدين يعد مخطئا لأنه لم يبذل عناية الرجل المعتاد أو لأنه جهل ما يجب عليه أن يفعله بحيث يأتي فعله مطابقا لفعل الرجل العادي رغم أنه لم يعتمد هذا التقصير، ولكن العنصر المعنوي يتمثل في توفر حرية الإرادة لدى المدين، هذه الحرية كفيلة بأن تعينه على اتخاذ مسلك الرجل المعتاد، أو معرفة الأمور التي يعرفها الرجل المعتاد ببذل جهد معقول، فليس في إلزام الأشخاص إتباع مسلك الرجل المعتاد هو إجحاف لهم، وطلب أمر غير معقول منهم، فالمعيار الموضوعي من هذه الوجهة عادل لأنه يتطلب الممكن لا المستحيل¹.

¹ إدريس العلوي العبدولاي: النظرية العامة للالتزام، (الإرادة المنفردة، الإثراء بلا سبب، المسؤولية التقصيرية، القانون)، ج 2، طبعة

بناءً على ما تقدم نستنتج، أن فكرة الرجل المعتاد فكرة موضوعية، بمعنى أن المدين يسأل ليس تبعاً لمقدار اهتمامه بشؤون نفسه، أو تبعاً لمعلوماته الفعلية أو قابلياته الخاصة، وإنما يقارن سلوكه بمسلك غيره ممن يتخذ نموذجاً، إلا أن هذا النموذج غير ثابت في جميع الحالات بل يتنوع حسب النشاطات والأوضاع والظروف المحيطة به .

إجمالاً لكل ما سبق، فمبدأ حسن النية لا يمكن تقديره إلا في ظل معيارين اثنين هما؛ المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي، فهذان المعيارين هما معيارين متكاملين وغير منفصلين، بحيث لا يمكن الحديث عن حسن النية بتوفر أحد المعيارين دون الآخر، بل لابد، والحالة هاته، من توفر المعيارين معاً للقول بحسن النية .

ومهما يكن من أمر حسن النية هذا، فإن تحديد مغزاه في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد يبقى الصورة البارزة التي يمكن من خلالها ملاحظة كيفية تطبيق مبدأ حسن النية، باعتباره التزاماً من الالتزامات التفاوضية التي تنشأ خلال هذه الفترة.

الفرع الرابع: مغزى مبدأ حسن النية في فترة المفاوضات السابقة على

التعاقد

كما سلف الذكر، إن مبدأ حسن النية لم يتم التنصيص عليه من قبل أغلب التشريعات الوضعية إلا ضمن مرحلة تنفيذ العقد، بحيث أن أي تعهد تم تنفيذه بشكل يخالف مبدأ حسن

النية إلا ويرتب المسؤولية المدنية على المخل بهذا المبدأ، غير أن تطور العقود فرض ضرورة لجوء أطراف التعاقد إلى إجراء مفاوضات سابقة على التعاقد .

فجل العقود اليوم أصبحت تتطلب إجراء مفاوضات، قد تطول أو قد تقصر بحسب أهمية العقد المراد إبرامه، والمعلوم في هذا الإطار، أنه عند لحظة المفاوضات تفرض على أطراف التفاوض بعض الالتزامات من أهمها الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

فالالتزام بالتفاوض بحسن نية كما يقول الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة: " يعد من أهم العناصر الأساسية الناشئة خلال فترة المفاوضات ¹

وفي هذا النسق، فإذا كان من المسلم به أن مبدأ حسن النية يتسم بطابع الأخلاقي، فإن حدوده تبدوا غامضة للغاية ولاسيما عند ترتيب آثار مباشرة عليه في دائرة القانون الوضعي، لأجل ذلك فإن ضرورات الصياغة تقتضي إعطاءه مضمونا أكثر تحديدا من خلال مفاهيم واضحة ومحددة .

لهذا، فإنه يتعين صياغة مقتضيات حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في صورة التزامات قانونية يمكن عقاب من يخالفها وفي نفس الوقت يكون من الممكن استيعابها قانونا .

ومهما يكن من أمر، فالواقع يظهر أن مبدأ حسن النية يفرض التزامات قانونية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وهذه الالتزامات هي على ضربين هما :

¹ أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، م س، ص 105.

الأول يهدف من خلاله مبدأ حسن النية إلى ضمان سلامة الرضا من العيوب، هذا الأخير يتحقق من خلال مسلك النزاهة والأمانة الذي يفرضه حسن النية من خلال نوعين من الواجبات :

واجب سلبي يمثل الحد الأدنى من الأخلاق وهو يفرض عدم غش أو خداع المتعاقد الآخر أو استغلال ضعفه .

واجب إيجابي يلزم كل طرف بتقديم المعلومات الضرورية للتعبير عن رضا واضح ومستنير .

الثاني يهدف من خلاله مبدأ حسن النية إلى تأمين المفاوضات، والمقصود بذلك منع الخداع أو التغيرير الذي قد يؤدي إلى فشل المفاوضات ويلحق ضرراً بأحد الأطراف في المرحلة التفاوضية¹ .

يظهر مما سبق أن مبدأ حسن النية يفرض التزاماً بعدم إتيان أي مسلك من شأنه أن يبعث ثقة مغلوبة لدى الطرف الآخر في إبرام العقد، إذ أن الأمانة تقتضي عدم الدخول في مفاوضات دون نية جادة في التعاقد، وعدم إشاعة آمال كاذبة في نجاح المفاوضات .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس بعدم مسؤولية ممثلة عن قطع مفاوضاتها مع إحدى شركات الإنتاج السينمائي لعدم ثبوت قيامها بأفعال من شأنها إشاعة الثقة لدى الشركة المتضررة من عدم توقيع العقد².

¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر: "مفاوضات عقود التجارة الدولية"، م س، ص 147.

² Paris 13 dec. 1984 rev. Trim. dr civ 1986. p 97

وعلى هذا يمكن القول، إن من يدخل في مفاوضات مع الطرف الآخر، يلتزم بأن يدلي إلى الطرف الآخر بكل البيانات والمعلومات التي يعرفها عن العقد موضوع التفاوض، والتي قد تكون ذات تأثير أكيد على قراره بإتمام العقد أو بعدم إتمامه، أو إتمامه في صورة معينة، وهذا الالتزام يفرضه مبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد، وبمعنى آخر إن مبدأ حسن النية - كالتزام - يفرض على المتفاوض منذ لحظة بدء الفترة السابقة على التعاقد التزام الصدق والأمانة والتعاون مع الطرف الآخر بإحاطته علما بكل التفاصيل التي يعتقد أنها ذات أثر على قراره بالنسبة لمبدأ التعاقد أو شروطه .

والالتزام الذي يفرضه حسن النية في هذا الشأن لا يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية أو مبدأ سلطان الإرادة، ومرجع ذلك أن "مبدأ حرية التعاقد" يقتضي إلزام الراغبين في التعاقد بالالتزام حسن النية وعدم الإخلال بما يتوقعه منه المتعاقد الآخر من ثقة حتى يكون من حقه أن ينتظر نفس السلوك من هذا المتعاقد الآخر¹.

ومع ذلك فإنه ينبغي العلم، أن مبدأ حسن النية بما يفرضه من التزامات في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، لا يعني أن يتقاعس المتفاوض الآخر عن بذل الجهد في التحري عن المعلومات والتفاصيل الخاصة بالعقد المراد إبرامه، فالأصل أن يبذل كل شخص مقدماً على التعاقد الجهد المتوقع منه وفقاً لمعيار الرجل المعتاد، فإذا قصر في واجبه في التحري وأهمل في الحصول على معلوماته كان يمكنه الحصول عليها بنفسه، كان جهله بهذه

¹ جميل الشرقاوي: "محاضرات في العقود الدولية"، دار النهضة العربية، 1997، ص 31.

المعلومات جهلا غير مبرر ولا يجوز له - تبعا لذلك - التمسك بتقصير الطرف الآخر في إمداده بهذه المعلومات 1.

والتفاوض بحسن نية باعتباره التزام أساسي يقع على أطراف المفاوضات السابقة على التعاقد، تتفرع عنه بعض الالتزامات، من ضمن هذه الالتزامات نذكر :

الالتزام بالإعلام .

الالتزام ببداء المفاوضات .

الالتزام بالاستمرار في المفاوضات .

الالتزام بالتعاون .

الالتزام بالجدية والاعتدال .

الفرع الرابع: رؤية القضاء للتفاوض بحسن نية

وقد وجد القضاء أن عليه أن يوفق بين اعتبارين: الاعتبار الأول يتمثل في حماية الطرف الذي وثق بجدية المفاوضات، والاعتبار الثاني هو حماية الطرف الآخر من أن يجبر على قبول عقد لا يريده، تحت تهديد الإلزام بالتعويض .

وقد غلب الاعتبار الثاني في البداية، تحت تأثير الاحترام المطلق لمبدأ سلطان الإرادة، وما يمليه من ضرورة إلغاء أي قيود تحد من الحرية التعاقدية، فيجب على كل طرف أن يضع في اعتباره مسبقاً أن الطرف الآخر ليس ملتزماً بإبرام العقد النهائي ولا بتقديم مبرر لذلك .

ولكن مع تزايد الدعاوى القضائية التي ظهر فيها بوضوح سوء نية أحد الطرفين، من واقع انسحابه من المفاوضات فجأة، بدت الحاجة إلى ضرورة متابعة الشركات غير الجادة، وبخاصة تلك التي ترمي إلى الدعاية والإعلان عن طريق الدخول في مفاوضات وهمية بعد نشر إعلانات بالرغبة في التعاقد.

وقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن الانسحاب من المفاوضات بعد أن قطعت شوطاً مهماً، هو نوع من التعسف في استعمال الحق، خصوصاً إذا كان هناك عمد وسوء نية، يستدل عليها من واقع الحال أن المفاوض كان قد بيت النية مقدماً على عدم التعاقد¹.

وذهبت أحكام أخرى إلى أن المفاوض الذي أوحى إلى الطرف الآخر باحتمال إبرام العقد في نهاية مفاوضات معقولة، يكون قد قطع على نفسه عهداً بالاستمرار في المفاوضات، ويكون الإخلال بهذا العهد خطأ يوجب مسؤوليته².

وقضى حكم آخر، إن الدخول في مفاوضات بقصد إبرام العقد، يؤدي إلى قيام التزام على المفاوض بالاستمرار في المفاوضات، ولكنه لا يلتزم بإبرام العقد النهائي، فهذا مجرد

¹ cass. 21 mars 1972. J.C.P 3.11 17543 – CIV 3e 16 oct. 1973 D. 1974. 1.35. com Civ 1 er Janv. 1977. D. 1977. 593

² CIV 3e avril 1973. Bull. CIV III N° 287

التزام ببذل عناية، تتمثل في أن يسلك أثناء المفاوضات مسلك الرجل المعتاد، ولكنه ليس التزما بتحقيق نتيجة التي هي إبرام هذا العقد¹.

وبذلك يكون أساس الالتزام بالاستمرار في التفاوض وفقا لما ذكر هو إرادة المفاوض ذاته، فقد بعث في نفس الطرف الآخر الثقة بأن هناك مفاوضات جادة قد تنتهي حسب مألوف الأمور إلى إبرام العقد النهائي، وأن هذا الطرف لن ينسحب من المفاوضات إلا لسبب جاد ومعقول، وإن كان غير ملزم بالإعلان عنه .

بناء عليه، فإذا قام الالتزام بالاستمرار في المفاوضات، فإن هذا لا يعني التزام كل من الطرفين المتفاوضين بالوصول حتما إلى إعداد مشروع العقد، ذلك أن تصور الالتزام بأنه التزام بالقيام بعمل من شأنه أن يلغي حرية التعاقد، فقد يرى أحد الطرفين أن العقد لا يناسبه من الناحية الفنية أو الاقتصادية أو لأي سبب آخر، كما أن هذا الالتزام بالاستمرار في التفاوض لو أخذ بمعناه الإيجابي لوجب على المفاوض الذي يرغب في عدم إبرام العقد النهائي أن يقدم مبررا مقبولا لذلك، وهو ما يؤدي إلى وضع قيد خطير على حرية عدم التعاقد، الأمر الذي لا يتفق ومبدأ سلطان الإرادة.

وفي هذا النطاق، يؤكد بعض شراح القانون الفرنسي "على وجود مبدأ راسخ في القضاء الفرنسي منذ حكم 28/03/1958، يؤكد على ضرورة اعتبار الاتفاق المبدئي يقوم بين الأطراف على التفاوض بحسن نية مقيدا لهذه الأطراف، بيد أنه لا يعدو أن يكون اتفاقا مبدئيا وليس التزاما عقديا لا عودة عنه.

¹ Paris 27 mai 1980. D 1981. 314

وقد تأكد هذا المبدأ من خلال العديد من الأحكام التي أعقبت ذلك الحكم، إلى أن صدر حكم بتاريخ 19 دجنبر 1989، جاء فيه "أن الاتفاق المبدئي المبرم بين نقابة عمالية ورب العمل على تخفيض ساعات العمل وبشكل تدريجي، لا يلزم رب العمل إلا ببذل عناية خاصة عند التفاوض، وذلك كخطوة ممهدة لإبرام الاتفاق الجماعي... حيث إن الأطراف اتفقت على الالتزام بالتفاوض حول تحديد ساعات العمل الأسبوعي 1."

ومن خلال هذا الحكم يتضح أن الاتفاق المبدئي على التفاوض يولد التزاما "ببذل عناية" هدفه الاستمرار بالتفاوض لحين الوصول إلى العقد النهائي، من دون أن يعني ذلك بأن عدم التوصل إلى هذا العقد يثير مسؤولية أي طرف، عدا الحالات التي يخرق فيها أحد الأطراف التزامه ببذل عناية خاصة عند التفاوض في سبيل الوصول إلى العقد، ومن دون مبرر معقول.

¹ وتتلخص وقائع هذا الحكم حول "مفاوضات جماعية جرت بين الشركة العامة للمواد النووية من جهة وعدة منظمات نقابية من جهة أخرى، بهدف الاتفاق على ساعات العمل وأجور العمل الخاصة بأجراء الشركة المذكورة . في 4 يناير 1982 تم التوصل إلى اتفاق يقضي بخفض ساعات العمل تدريجيا إلى أن تصل بحلول سنة 1985 إلى 35 ساعة أسبوعيا مع بقاء الأجور المقررة على حالها، على أن يتم لقاء جديد بين الأطراف لدراسة هذه القواعد وبحث التدابير التي يمكن اتخاذها فيما يتعلق بمدة العمل الأسبوعية، وفي سنة 1985، رفضت الشركة خفض ساعات العمل دون إجراء خفض مقابل في الأجور . على إثر ذلك لجأت إحدى النقابات إلى القضاء بطلب إلزام الشركة بخفض مدة العمل الأسبوعية، وقضت محكمة الاستئناف بالإجابة على هذا الطلب، مفررة أن الاتفاق المذكور يلزم الأطراف نهائيا ويتضمن التزاما بتحقيق نتيجة وأنه يتعين عليهم التفاوض بشأن أعمال هذا الاتفاق. غير أن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض قضت بإلغاء هذا الحكم واعتبرت أن العقد النهائي لم يبرم بعد وأوضحت أن الاتفاق محل البحث لم يبين وفقا لأي شروط سوف يتم خفض مدة ساعات العمل الأسبوعية وما أثار هذا الخفض على الأجور، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف إذ أقرت أن هذا الاتفاق يلزم الأطراف بتحقيق نتيجة تكون قد خالفت نص المادة 1134 من التقنين المدني ."

- Cass. Soc. 19 Dec. 1989. D. 1991. p 62.

المطلب الثاني: مدى تكريس مختلف الأنظمة القانونية للالتزام

بالتفاوض بحسن النية

قبل التطرق لبيان مدى تكريس التشريعات الداخلية للالتزام بالتفاوض بحسن نية (الفرع الثاني) نحاول تسليط الضوء على موقف بعض التشريعات الدولية من هذا الالتزام (الفرع الأول).

الفرع الأول: مبدأ حسن النية في بعض الاتفاقيات الدولية

سنتناول في هذا الخصوص الالتزام بالتفاوض بحسن النية في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1981م، لننتقل بعدها إلى بيان مدى تجسيد هذا الالتزام في مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، اليونيدورا (UNIDROT) إضافة إلى القواعد الدولية الموحدة ممثلة بالقواعد القانونية التي أقرها قانون العقود الأوروبي (PECL).

1- حسن النية في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1981

تعد هذه الاتفاقية بمثابة تقنين دولي موحد لعقد البيع الدولي للبضائع، وهي تهدف إلى بناء قانون موضوعي موحد يقوم مقام القوانين الوطنية للدول الأعضاء في المجال الذي تطبق فيه، بالتالي هذه الاتفاقية مهمة جداً، ومن ثم يثور التساؤل حول مدى تكريسها للالتزام بالتفاوض بحسن النية؟

أول ما ينبغي الإشارة في هذا الخصوص هو أنه بالرغم من أهمية المفاوضات السابقة على التعاقد، إلا أن هذه الاتفاقية- وهو أمر غريب جدا باعتبار أنها حديثة نسبيا- لم تنظم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، بل إنها لم تشر أية إشارة صريحة لهذه المرحلة، لذلك فمن المستبعد أن نجد نصا صريحا يقضي بالالتزام بالتفاوض بحسن النية في مرحلة المفاوضات، وإنما يقتصر الأمر على البحث عن مدى تكريس هذا الالتزام ضمنا في ضوء الأحكام العامة هذه الاتفاقية.

ومن خلال استقراء نصوص هذه اتفاقية يمكن القول أنه ليس هناك أي نص يمكن الاستناد إليه للقول بأن هذه الاتفاقية كرسست ولو بطريقة ضمنية الالتزام بحسن نية في مرحلة المفاوضات.

غير أن هناك رأيا فقهيًا¹ يستند إلى نص المادة السابعة من هذه الاتفاقية التي تنص على أنه: (يراعي في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة توحيد تطبيقها، كما يراعي ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية)²، للقول بضرورة احترام حسن النية في المرحلة التي تسبق التعاقد، أو في المرحلة اللاحقة على التعاقد، وذلك باعتبار أن هذا النص قد ورد بصفة عامة، وبالتالي فإن هذا الاتجاه يرى أن مبدأ حسن النية يعد أحد المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه الاتفاقية، ويجب أن يعطي تفسيراً موسعاً، وأن هذا النص وإن ورد مقترناً بعبارة التفسير فهو يطرح مبدأ عاماً يلزم كل ذي شأن في عقد البيع.

¹ مشار إلى هذا الرأي لدى أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص156، وما يجب التنبيه عليه في هذا السياق هو أن هذه الاتفاقية لم تكن مصحوبة بتفسير قانوني بالرغم من أن ممثلي بعض الدول قد حثوا على أن يكون هناك تفسير مصاحب¹ التفسير سيشمل شرحاً غير رسمي لكل قسم من أقسام الاتفاقية، وقد أدى غياب هذا التفسير إلى عدم تحديد دور حسن النية في هذه الاتفاقية، في تفصيل ذلك انظر: وائل أحمد حمدي، الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، دار الفكر والقانون، بدون مكان نشر، 2010، ص105، 106.

² تم الاطلاع على النصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، بتاريخ 9-7-2016 من خلال

الرابط <http://www.uncitral.org>

غير أن الباحث يرى خلاف ذلك باعتبار أن هذا النص لا يمكن الاستناد إليه للقول بضرورة الالتزام بحسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، فهو نص لا ينشئ أحكاماً قانونية جديدة، وإنما يتعلق فحسب بتفسير النصوص التي كرستها هذه الاتفاقية، فينبغي وفقاً لهذا النص احترام حسن النية عند تفسيرها، وبما أن هذه الاتفاقية لا يوجد بها أي نص يتعلق بالمفاوضات السابقة على التعاقد، فإنه لا مجال للاستناد إليه للقول بحسن النية في فترة المفاوضات، إذا لا وجود أصلاً لمرحلة المفاوضات في نصوص هذه الاتفاقية.

وما ينبغي التنبيه إليه في هذا الصدد هو أن عدم النص على الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا ينفي وجود هذا الالتزام في مجال البيوع الدولية، ولكن ليس بالاستناد إلى نصوص هذه الاتفاقية، وإنما استناداً إلى أن مبدأ حسن النية يعد من المبادئ العامة للقانون التي قد يتم النص عليها وقد لا يتم النص عليها.

2- حسن النية في مبادئ اليونيدورا

وهي مجموعة من المبادئ التي أصدرها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص سنة 1994م وذلك بهدف توحيد عقود التجارة الدولية، ومن ثم فهي تعد بمثابة تقنين دولي موحد للقواعد المنظمة لعقود التجارة الدولية، ومن خلال الرجوع إليها يتضح أنه قد نصت على الالتزام بحسن النية بصيغة تتسم بالعمومية في المجال العقدي، حيث تم النص في المادة 7/1 التي جاءت بعنوان حسن النية وأمانة التعامل على أنه:

1- يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية.

2- لا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده.

وعلى هذا يمكن القول بضرورة التقيد بهذا الالتزام، سواء في مرحلة تنفيذ العقد أو في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد.

وما يؤكد هذا التوجه هو ما نصت عليه المادة 2-1-15 التي جاءت بعنوان (التفاوض بسوء نية) حيث نصت على أنه:

1- للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عند عدم التوصل إلى اتفاق.

2- مع ذلك، يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات بسوء نية عما لحق بالطرف الآخر من أضرار.

3- ويعد من قبيل سوء النية بوجه خاص دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر.

مما سبق يمكن القول إن هذه المبادئ قد كرست الالتزام بالتفاوض بحسن نية بشكل واضح وصريح، بل يمكن القول وفقا للنصين المذكورين أعلاه، إن مبدأ حسن النية يعد من الأفكار الأساسية التي تستند إليها مبادئ اليونيدورا.

وإضافة إلى ما تقدم توجد أيضا بعض الأحكام الواردة في مختلف الفصول التي تحتويها المبادئ والتي تعتبر تطبيقا مباشرا وغير مباشر لمبدأ حسن النية، من ذلك ما نصت عليه الفقرة العاشرة من المادة الثالثة من أنه: (يعتبر باطلا كل عقد يعطي فيه ميزة زائدة وغير عادلة لطرف، خصوصا من جراء استغلال الطرف الآخر بطريقة غير مشروعة حالة الاحتياج

أو الضائقة الاقتصادية أو الحاجات المستعجلة أو عدم التبصر أو الجهل أو القدرة على التفاوض مع الطرف الآخر)¹.

3- مبادئ قانون العقود الأوروبي

وهي مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية التي وضعها مجلس قانون العقود الأوروبي، ويهدف من ورائها إلى وضع تصور محدد لتوحيد قانون العقود على مستوى الاتحاد الأوروبي، من خلال الوصول إلى حالة من الانسجام التشريعي بين ما أخذت به الأنظمة القانونية المقارنة.

ومن خلال الرجوع إلى هذه المبادئ نجد أنها قد نصت في القسم الثاني المتعلق بالالتزامات بوجه عالم على أنه:

1- يجب على كل طرف أن يتصرف وفقا لحسن النية والتعامل العادل.

2- لا يجوز للأطراف أن تستبعد أو تحد من هذا الواجب.

وكما هو واضح إن صياغة هذا النص تكاد تتطابق تماما مع ما تم النص عليه في مبادئ اليونيدورا، وأنه قد تم وضعه بهدف تكريس الالتزام بحسن النية، لا في مرحلة التفاوض فحسب، وإنما في كافة مراحل العلاقات العقدية.

وقد نصت هذه المبادئ في القسم الثالث منها الذي جاء بعنوان المسؤولية عن المفاوضات في المادة 2-1-3 التي جاءت بعنوان المفاوضات خلافا لحسن النية على أنه:

¹ تم الاطلاع على هذه المبادئ بتاريخ 5-7-2016 من خلال الرابط <http://www.unidroit.org>

- 1- لكل طرف حرية التفاوض ولا يكون مسؤولاً عن التوصل إلى اتفاق.
- 2- ومع ذلك فإن الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات خلافاً لحسن النية والتعامل العادل يكون مسؤولاً عن الخسائر التي لحقت بالطرف الآخر.
- 3- ويكون متعارضاً مع حسن النية والتعامل العادل على وجه الخصوص الدخول في مفاوضات أو مواصلة المفاوضات مع عدم وجود نية حقيقية في التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر¹.

وبهذا النص يمكن القول إن هذه المبادئ قد كرسَتْ هي الأخرى حسن النية سواء في مرحلة ما قبل العقد أو أثناء تنفيذه.

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في بعض التشريعات الداخلية

- يمكن القول في هذا الخصوص إنه قد تعددت الاتجاهات التشريعية في تنظيم مبدأ حسن النية أثناء مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وإجمالاً هناك أربعة اتجاهات رئيسية:
- الأول: لم يكتفِ بالنص صراحة على هذا الالتزام، وإنما جعله من النظام العام.
 - الثاني: اكتفى بالنص صراحة على هذا الالتزام في نصوص القانون المدني.
 - والثالث: وإن لم ينص على هذا الالتزام صراحة إلا أنه أقره ضمناً.

¹ تم الاطلاع على مبادئ قانون العقود الأوروبي لعام 2002 بتاريخ 5-7-2016 من خلال الرابط <http://www.transnational.d.eusto.es>

والرابع: أنكر صراحة التطبيق المطلق لهذا الالتزام وقصره مؤخرًا على طائفة معينة من العقود (عقود الاستهلاك) تطبيقًا لتشريعات الاتحاد الأوروبي.

ويمثل الاتجاه الأول المدرسة الفرنسية، حيث إنه قبل 10 أكتوبر 2016م كان المشرع الفرنسي يكتفي بالنص في المادة 1134 من القانون المدني على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، وهو ما سار عليه المشرعان الليبي والمصري، حيث إن النصوص في هذا الخصوص تكاد متطابقة حرفيًا.

وبالرغم من أن هذا النص لا يعالج إلا الفرض الخاص بضرورة تنفيذ الالتزامات بحسن نية في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد، إلا أن هذا لم يمنع فقهاء القانون وقضاة المحاكم النقض الفرنسية من التعامل مع هذا المبدأ على أنه التزام قانوني يطبق أيضا في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك استنادا إلى ما جاء في القواعد العامة في المسؤولية وبالأخص نص المادتين (1382) و(1383) اللتين تلزمان مرتكب الفعل الضار الذي أدى بخطئه أو بإهماله أو بتقصيره إلى الإضرار بالغير بضمان هذا الضرر.

وبحلول 10 أكتوبر 2016م ومع نفاذ المرسوم الصادر في 10 فبراير من ذات العام أصبح مبدأ حسن النية متعلقا بالنظام العام، سواء أثناء التفاوض على العقد، أو أثناء تنفيذه، حيث نصت المادة 1104 من هذا المرسوم على أن (العقود يجب أن تناقش وتبرم وتنفذ بالنظام بحسن نية. وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام)¹.

¹ REFROME DU DROIT DES OBLIGATIOIS,UN SUPPLEMENT AU CODE CIVIL2016,A JOUR DE Lordonnance n 2016-131 du10 fevrier2016,DALLOZ,Page No3.

واتبع المشرع الألماني والإيطالي واليوناني الاتجاه الثاني، حيث نصت المادة 2/241 من القانون المدني الألماني التي جاءت بعنوان الواجبات الناشئة عن الالتزام على إلزام كل طرف بأن يأخذ في الاعتبار حقوق ومصالح الطرف الآخر¹ ثم وسعت المادة 2/311 من نطاق هذا الالتزام المنصوص عليه في المادة 2/241 لتجعله مطبقاً في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد.

والأمر نفسه ينطبق على المشرع الإيطالي، حيث نصت المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1942م على أنه: (يجب التصرف بحسن نية في سير المفاوضات وتشكيل العقد)¹.

ويعترف القانون المدني اليوناني الصادر سنة 1946م بالالتزام بحسن نية في مرحلة المفاوضات، وذلك طبقاً للمادة 197 التي نصت على الالتزام الأطراف في المفاوضات باعتماد السلوك الذي يميله حسن النية².

واتبع الاتجاه الثالث كل من المشرع السويسري والياباني واليوغسلافي، فقد نصت المادة الثانية من التقنين المدني السويسري الصادر في 10 ديسمبر سنة 1907م التي جاءت بعنوان نطاق الحقوق على أنه (يلتزم الجميع بممارسة حقوقه وأداء التزاماته بموجب قواعد حسن النية)³.

¹ Riferita alla danielle .Minuss . "La buona fede oggettiva come regola generale di comportamento di ,29/10/2010,La storia vista diricerca,14-3-2017 ,Attraverso il link:<http://www.e-gloosa.it>.

² Emanuela iftim "Good faith in Greek civil code"journal of public Administration,finance and law,special Issue 2/2015,The faculty of law"Alexandru ioan cuza "University of iasi isi , Romania , page number135.

³ Code civil suisse du 10 decembre 1907

كما تنص المادة الأولى من التقنين المدني الياباني الصادر سنة 1898م على أن (ممارسة الحقوق والوفاء بالالتزامات يجب أن يتم بحسن نية)¹.

وتنص المادة 30 من القانون المدني اليوغسلافي لعام 1978م على أنه:

1- (المفاوضات التي تسبق إبرام العقد لا تكون ملزمة، ويمكن لكل طرف إنهاؤها في أي وقت.

2- ومع ذلك، فإن أي طرف يدخل في مفاوضات، دون أن تكون لديه النية في إبرام العقد، يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينتج عن هذه المفاوضات.

3- الطرف الذي يدخل في مفاوضات ولديه النية في إبرام العقد، ثم يتخلى عن هذه النية دون مبرر معقول، فيلحق ضرراً بالطرف الآخر من جراء ذلك، يكون مسؤولاً أيضاً عن هذا الضرر)².

فهذه النصوص تقرر مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني عام، بحيث يمكن الاستناد إليها للقول بوجود هذا الالتزام في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد.

والاتجاه الرابع يجسد حال المدرسة الإنجليزية، حيث لم تلزم بداية نفسها صراحة بتطبيق هذا المبدأ، حيث اعتبرت أن الالتزامات لا تنشأ إلا بالتوقيع على العقد وإنشائه قانوناً، وهذا ما أقره مجلس اللوردات صراحة في العام 1992م في القضية الشهيرة.

¹ تم الاطلاع على النص بتاريخ 18-3-2017 من خلال الرابط <http://www.Minnpou-sousoku.com>

² مشار إليه لدى التوفيق فهمي، مرجع سابق، ص52.

Walford V Mailes التي رفض فيها صراحة مبدأ حسن النية في المفاوضات، حيث اعتبره اللورد أكثر يتعارض معها، وذلك على اعتبار أنه في مرحلة ما قبل العقد تكون مصالح الأطراف متباينة¹.

وبالرغم من أن هناك بعض الاستثناءات لهذا المبدأ- فعلي سبيل المثال إذا كان هناك طرف لا ينوي إبرام العقد ولكن دخل المفاوضات لأسباب أخرى كالحصول على معلومات من الطرف الآخر فإن مثل هذا السلوك قد يؤدي إلى إثارة مسؤوليته في مواجهة الطرف الآخر- فإن المبدأ هو رفض الالتزام بحسن النية قبل إبرام العقد باسم حرية التفاوض. وقد شهد العالمان (1994م) و(2002م) تطوراً ملحوظاً في تنظيم المشرع الإنجليزي لهذا المبدأ.

ففي العام 1994م أصدر المشرع الإنجليزي القانون رقم 3159-1994م الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك² (UTCCR) والذي جاء لتطبيق التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993م الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، وفي العام 1999م ورغبة منه في التنفيذ الدقيق للتوجيه الأوروبي، قام المشرع الإنجليزي بتعديل القانون رقم 3159-1994م بالقانون رقم 3083-1999م (UTCCR) حيث تبني القانون الأخير صراحة جميع ما تضمنه التوجيه الأوروبي، وفي مجمل الأمر نصت المادتان 3-1 من التوجيه الأوروبي، والمادة 5-1 من القانون الإنجليزي على هذا المبدأ صراحة حينما اعتبرنا الشرط التعاقد

¹ Le petit jurist "Negociations de bonne foi en droit francais et en common law "

² حول حسن النية في عقود الاستهلاك في القانون الإنجليزي انظر :

-Stathis Bankas",Liability for contractual Negotiation in English Law",Looking for the Limmus Test University of Est Anglia,collage of rugths ,Norwich , folder(1)2009,page number4.

تعسفياً متى خالف مقتضيات مبدأ حسن النية، وأقر هذا التوجيه صراحةً بشمولية مبدأ حسن النية الوارد في نص المادة 3-1 منه لمرحلة التفاوض على شروط العقد، حيث ورد في كل من مقدمه وجلسة مداولات (Recital) البرلمان الأوروبي الخاصة بهذا التوجه صراحةً وجوب احترام مبدأ حسن النية بين الطرفين التعاقد أثناء مرحلة التفاوض على شروط العقد، وضرورة احترام اختلاف المركز التفاوضي لكليهما (bargaining) عند تقدير تعسفية الشروط التعاقدية¹.

وبالرغم من اقتصار القانون الإنجليزي على تكريس الالتزام بالتفاوض بحسن النية على عقود الاستهلاك، إلا أنه يتضمن بعض المبادئ التي تعتبر تطبيقاً لمبدأ حسن النية بشكل أو آخر على غرار المبدأ Stopple ففي العام 2002م أصدر مجلس اللوردات قراره الشهير في قضية (yeoman's Row Management limited cobble) والذي أقر فيه بالزام الطرف المفاوض بالتعويض في حال وقف التفاوض مع الطرف المقابل، استناداً على مبدأ (Stopple) ويقضي هذا المبدأ - كما سبق القول - بمنع الطرف المتفاوض من وقف المفاوضات مع الطرف المقابل تأسيساً على مقتضيات مبدأ حسن النية، وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام متخصص بترميم وبيع العقارات بالتعاقد مع شركة على أساس قيام الأولى بشراء مجموعة من العقارات المنتشرة في ست مدن إنجليزية وتخليص ملكيتها بمبلغ (12) مليون جنيه استرليني، على أن يقوم هذا المتخصص باستخراج تراخيص الترميم وإجراء عملية ترميم العقارات، وإن يقتسم الطرفان الأرباح التي تزيد عن (24) مليون جنيه استرليني بالتساوي بعد أن يحصل كل الطرف على مقابل ما أنفقه، ويتم التوقيع على العقد فيما بعد، وبعد لأن

¹ محمود فياض، مرجع سابق، ص 237، 238.

قام هذا المتخصص بالعمل على مدار (81) شهرا واستخراج جميع تراخيص الترميم، عدلت الشركة عما توصلت إليه في المفاوضات، وعرضت العقارات للبيع بمبلغ (20) مليون جنيه استرليني، مستندة في ذلك إلى عدم إبرامها عقدا مع الطرف الآخر، وإن م فعلاه لم يتعد مرحلة المفاوضات، وقضت محكمة الاستئناف بإلزام الشركة بالتعويض، تأسيسا على وصول الطرفين لمرحلة من المفاوضات المتقدمة على نحو لا يجوز فيه العدول عن التفاوض (Stopple) ونقض مجلس اللوردات قرار محكمة الاستئناف بالرغم من عدم اعتراضه على التكييف القانوني الذي استندت إليه المحكمة، وجاء قرار مجلس اللوردات مؤكدا على أهمية هذا المبدأ (مبدأ حضر العدول عن التفاوض) متي وصل الطرفان إلى مرحلة متقدمة من المفاوضات على نحو لا يثير فيه الشك في إتمام التعاقد، وذلك بتوافر شرطين:

الأول يتمثل في التأكد من مقدار الفائدة أو الربح الذي كان سيجنيه الطرف المتضرر من التعاقد، وفي هذه القضية كانت الأرباح احتمالية وغير معلومة بالتحديد، أما الشرط الثاني فيتمثل في وجوب مراعاة ما نصت عليه القواعد القانونية الآمرة على العقد محل التفاوض، وفي هذه القضية لم يراع الطرفان القواعد المتعلقة بحتمية كتابة عقود بيع العقارات كي تعتبر صحيحة¹، وهذا يعني أن مجلس اللوردات أقر بوجود هذا الالتزام ولم ينكر على محكمة الاستئناف التمسك به، إلا أنه نقض قرارها لعدم توفر هذين الشرطين.

هناك التزامات أخرى متفرعة بدورها عن مبدأ حسن النية، وأهم هذه الالتزامات نذكر:

¹ Judaments-yeoman,s Row Management Limited and Couther V Cobber ,Appellate Committee Luard Hoffman Lord Scott of roscoe Lord Walker of estingthorpe Lord Brown of Eaton –under–Heywood Lord Mace, available.

مشار إليه لدى د- محمود فياض، مرجع سابق، ص 251، 252.

أولاً: الالتزام بالتعاون

يتمثل هذا الالتزام في التعاون الوطيد والمستمر بين الأطراف المتفاوضة بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، إما بانعقاد العقد المتفاوض بشأنه، وإما بفشل المفاوضات، وبالتالي عدم انعقاد العقد المتفاوض عليه.

وللالتزام بالتعاون صور معينة لا تدخل تحت حصر، ويمكن أن نذكر منها المواظبة على مواعيد التفاوض، وعدم الرفض غير المبرر لتعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة تقنية مختلف عليها، والعبرة في هذا كله تكون بمعيار الرجل المعتاد .

ثانياً: الالتزام بالاعتدال والجدية

ويقصد بذلك التزام كل متفاوض بالاعتدال والجدية في مقترحاته، فلا يطرح ما هو مؤكد الرفض منها، حالاً أو مآلاً، حيث لن تكون نتيجة ذلك إلا تأخير إتمام عملية التعاقد، أو دفع الآخر إلى غض الطرف عنها كلية، فلا مجال للتأمل وللدراسة، فإذا كانت المقترحات غير مفيدة أو غير معتدلة فلا مجال لقبولها .

ويقضي الاعتدال في التفاوض أيضاً الجدية من الطرفين في التفاوض، فلا يكفي أن يعرض أحدهما المعتدل الجاد من المقترحات، بل يتعين ألا يرفض الآخر ما عرض عليه ما دام عرضاً معتدلاً وجاداً ومنطقياً.

إذا كانت الالتزامات المتحدث عنها أعلاه، هي التزامات عامة تفرض على جميع الأطراف المتفاوضة بغض النظر عن وجود اتفاق أو عدم وجوده، فإن الالتزامات التي سيأتي

الحديث عنها فيما بعد هي التزامات خاصة لا يلتزم بها الأطراف إلا في أحوال معينة، فما هي إذن هذه الالتزامات الخاصة؟

مما سبق يمكن القول إن الالتزام بحسن النية هو التزام جوهري في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، سواء كانت مصحوبة باتفاق تفاوض أم لا، وإنه من المستبعد نجاحها دون التقيد به، الأمر الذي دفع أغلب الأنظمة القانونية إلى الاعتراف بهذا الالتزام صراحة أو ضمنا غير أنه في بعض الأحيان قد يكون هذا الالتزام غير كاف لنجاح المفاوضات، وذلك باعتبار أن الأمر يتطلب أحيانا من الأطراف المتفاوضة التقيد ببعض الالتزامات الأخرى الثانوية، وهذه الأخيرة هي ما سيكون موضع للدراسة في المبحث التالي.

المبحث الثاني: الالتزامات الثانوية

هي تلك الالتزامات التي تقوم بجوار الالتزام بالتفاوض بحسن نية، حتى تتحقق الغاية من الدخول في المفاوضات، حيث يجب على كل متفاوض أن يقوم بالإفشاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد المتفاوض عليه، وهو ما يطلق عليه الالتزام بالإعلام (المطلب الأول).

كما أنه لا سيما في العقود التي تتضمن نقل معرفة فنية أو تقنية يمنع المتفاوض الذي يطلع على بعض المعلومات الفنية من إفشائها للغير، وهو ما يعرف بالالتزام بالسرية (المطلب الثاني).

ويندرج أيضا ضمن الالتزامات الثانوية تلك الالتزامات التي يدرجها الأطراف المعنية في عقد التفاوض المبرم بينهم - إذا ما كانت المفاوضات منظمة عقديا - والتي يرون أنها ضرورية لنجاح المفاوضات، ومن ثم فإن الالتزامات الثانوية لا حصر لها، وذلك باعتبار أن للأطراف أن يدرجوا في عقد التفاوض المبرم بينهم ما ارادوا من الشروط، مادام ذلك يتم في حدود النظام العام والآداب العامة.

وستقتصر الدراسة في هذا المطلب على أهم التزامين في هذا الخصوص وهما:

الالتزام بالإعلام والالتزام بالسرية.

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام¹

الأصل أن المتعاقد لا يلتزم تجاه المتعاقد الآخر إلا بما ارتضاه على نفسه من التزام، ولا يجوز التوسع في تفسير هذا الالتزام باعتباره نوعاً من القيد على حرية الملتزم ومن تم يكون من غير المقبول لأول وهلة القول بوجود التزام يقع على عاتق المتفاوض بإحاطة المتفاوض الآخر علماً بكل ظروف العقد، فهذا نوع من إلزام الشخص بالدفاع عن مصالح غيره على حساب نفسه، في حين أنه يجب على كل شخص أن يتحرى بنفسه عن ظروف العقد، أما الإعلام والنصيحة والمشورة من الطرف الآخر، فكلها واجبات أخلاقية لا ترقى إلى مرتبة الالتزام القانوني².

لكن الفقه والقضاء في العصر الحديث، يريان خلاف ذلك، فهناك التزام حقيقي يقع على عاتق المتفاوض بأن يحيط الطرف الآخر علماً بكل ما يعرفه من ظروف العقد وإلا كان مسؤولاً .

وقد تنوعت الآراء حول أساس هذا الالتزام، وهل هي قواعد الأخلاق أو اعتبار حماية الإرادة، أو مبدأ النظرة الاجتماعية إلى العقد .

فالرأي الأول ذهب إلى أنه يجب على كل متعاقد أن يسعى للدفاع عن مصالح نفسه، وهذا ما يؤدي إلى الصراع بين إرادتين تسعى كل منهما للحصول على أكبر قدر ممكن من

¹ وفي هذه المرحلة ينشأ ما يسمى بالالتزام بالإعلام؛ أي التزام الطرف صاحب المعلومة بأن يبين للطرف الآخر بعض الظروف الجوهرية في التعاقد، مثل الإفصاح عن العيوب الكامنة في الشيء المبيع، أو تقديم نصيحة إلى الطرف الآخر. والتي نظمها المشرع المغربي ضمان عيوب الشيء المبيع في الفرع الثاني من الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الثاني من ق ل ع في الفصول من 549 إلى 573.

² محمد إبراهيم دسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، م س، ص 76.

المزايا، مع التضحية بالأقل القليل، وهذا الصراع أمر مفيد إذ يبرر النشاط والحركة في المجتمع، ولكن من ناحية أخرى يجب أن يكون هذا الصراع في حدود قواعد الأخلاق، بالألا يكتم المتعاقد عن الآخر ما يعلمه من أمور تهمه، ثم يفسر هذا الرأي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بأنه واحد من مظاهر حماية قواعد الأخلاق في نطاق العقود، قبل أن يكون حماية للإرادة ذاتها من التدليس أو الوهم¹.

أما الرأي الثاني، فيرى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد أساسه في قصور نظرية عيوب الرضى عن تحقيق هدفها، فهذه النظرية لا تتدخل إلا إذا كان المتعاقد يشكو من غلط أو إكراه تسبب فيه الطرف الآخر أو علم به أو كان بإمكانه أن يعلمه، بينما مجرد السكوت أو الكتمان الذي لا يؤثر إلا في النواحي الاقتصادية للعقد دون قرار التعاقد ذاته، لا يسمح للمتعاقد بطلب إبطال العقد أو التعويض عن هذا الكتمان².

وحقيقة الأمر أنه في الوقت الحالي توجد إلى جانب الإرادة المعيبة، أي ضحية الغلط أو التدليس أو الإكراه، إرادة غير متكافئة بسبب الجهل أو عدم العلم أو النقص في المعلومات، ومن تم يصبح العقد في هذه الحالة عقدا غير متوازن بسبب القوة التي يتمتع بها أحد الطرفين تجاه الطرف الآخر، وهي التسلح بالعلم في مواجهة شخص تتقصه المعرفة بظروف العقد، ولا يلزم أن يؤدي ذلك إلى عدم التوازن الاقتصادي، بل يكفي عدم التكافؤ بصدد المعلومات المتصلة بالعقد كما لا يلزم أن يؤدي عدم التكافؤ في المعلومات إلى توافر شروط عيوب الرضى .

¹ (G) Ripert : « la règle morale dans les obligations civil » 4ème éd 1949. p 74 et s.

² محمد إبراهيم دسوقي: "الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود"، م س، ص 77

كل هذه الأمور تجعل على عاتق كل متفاوض التزام بأن يحيط المتفاوض الآخر علماً بكل ما يعلم من ظروف العقد التي تهم الطرف الآخر، حتى يقوم العقد على أساس من التكافؤ في المعلومات، وذلك كوسيلة لحماية فئة من المتعاقدين الأضعف شأنًا بسبب نقص المعرفة. ولغرض الإحاطة بهذا الالتزام يكون لزاماً بيان المقصود به (الفرع الأول) وباعتبار أن الالتزام بالإعلام يعد إلزاماً على الشخص بالدفاع عن مصالح غيره على حساب نفسه، في حين أن الأصل هو أنه يجب على كل شخص أن يتحرى بنفسه عن ظروف العقد، فقد كان لزاماً وضع ضوابط وشروط لقيام هذا الالتزام (الفرع الثاني) وإذا ما توافرت هذه الشروط وقام الالتزام بالإعلام فهو ليس مطلقاً في مضمونه، وإنما له نطاق محدد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالإعلام

في الوقت الذي كان القانون المدني، يركز في جوهره على فرضية المساواة بين الأطراف المتعاقدة، دون الاعتداد بين ما إذا كان المتعاقد محترفاً أو غير محترف، لذا سادت فكرة مؤداها أنه على كل طرف حماية حقوقه إزاء المتعاقد معه، دون أن ينتظر منه تعاوناً، الأمر الذي استتبع نشأة واجب الاستعلام في عقد البيع، مؤداه ضرورة أن يقوم المشتري بالتقصي عن المبيع، الذي يعتزم شراؤه، وأن يتوخى في ذلك تمام الحذر والحيلة، وقد أثر ذلك على سائر التشريعات التي غاب عن أحكامها نص عام يكرس الالتزام بالإعلام¹.

¹ فدوى قهوجي، ضمان عيوب المبيع فقهاً وقضاء، دار الكتب القانونية، 2008، ص 184.

وقد افتقر القانون المدني المصري والعراقي، إلى نص عام يقر واجب الإعلام، أو يحدد تعريفاً محدداً له، أما في فرنسا فقد برزت محاولات فقهية عدة سعت إلى إنشائه، وذلك قبل صدور التعديل الفرنسي الجديد لسنة 2016، وتمثلت هذه المحاولات من خلال مفهوم نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي القديم، الذي أوجب الإعلام بما يتفق مع مبدأ حسن النية والنزاهة العقدية، خاصة في إطار العقود التي تتضارب فيها مصالح الأطراف المتعاقدة¹.

يعرف جانب من الفقه الالتزام بالإعلام بأنه: التزام قانوني سابق على إبرام العقد، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه: تنبيه أو 'إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع، حتي يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء حاجاته وهدفه من إبرام العقد².

ومن خلال هذين التعريفين يمكن القول إن الالتزام بالإعلام³ يقرر واجبا على عاتق كل طرف بالإدلاء للطرف الآخر بكافة المعلومات والبيانات المتوفرة لديه والمتعلقة بالعقد الذي

¹ سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، 2000، ص 65 وما بعدها.

² سهير المنتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة، بدون تاريخ نشر، ص 41، مشار إليه لدى د. عصام أحمد البهجي، الالتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي، الأزيطة، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2014، ص 36.

³ وما يجب التنبيه إليه في هذا الخصوص أن هناك تعددا في الألفاظ التي استخدمها القانون المدني للدلالة على هذا الالتزام، ومن بين هذه الألفاظ: الإداء بالبيانات، وتقديم المعلومات، والإخبار، والتبصير، الإعلام، وهذا الأخير هو الأكثر شيوعاً، لذلك سيعتمد الباحث في هذه الدراسة، وللمزيد في هذا الخصوص انظر:

- حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفصاح بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني لإصدارات القانونية 1999، ص 40.

تجري المفاوضات بشأنه، وذلك باعتبار أن هذا العقد قد يقبل أحد أطرافه على إبرامه وهو على غير قدم المساواة مع الطرف الآخر، إما بسبب عدم درايته أو خبرته بالشيء محل هذا العقد، وإما لصفة المتعاقد الآخر التي تجعله متفوقا عليه بسبب كونه محترفا أو محتكرا لسلعة أو تكنولوجيا معينة تفرض إذعانه لإبرام العقد دون مناقشة أو استعلام.

ويجد الالتزام بالإعلام مصدره في عقد التفاوض إذا ما كانت المفاوضات منظمة عقديا، وتم النص في عقد التفاوض على هذا الالتزام، ومن ثم يكون التزاما عقديا في هذه الحالة.

أما إذا لم تكن المفاوضات منظمة عقديا، أو كانت كذلك دون أن يتم النص على هذا الالتزام في عقد التفاوض، فقد اختلف الفقه بخصوص مصدره، فهناك من يرى بأن مصدره حسن النية¹، وهناك من يرى أن مصدره الكتمان التدليسي²، المنصوص عليه في المادة 2/125 من القانون المدني الليبي³، حيث أقرت هذه المادة صراحة وبما لا يدع مجالا للبس الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وذلك دون التفرقة بين عقد وآخر.

ويرى الباحث أن هذا الرأي الأخير هو الأجدر بالقبول، وذلك باعتبار أنه بوجود هذا النص لا حاجة لنا للاستناد على فكرة حسن النية لتكريس هذا الالتزام، كما يرى الباحث أن الرأي الفقهي الذي يكرس الالتزام بالإعلام بناء على فكرة حسن النية قد تأثر بما هو حاصل في فرنسا في هذا الخصوص، وهذا بحسب رأي الباحث إلى أن القانون المدني الفرنسي لم

¹ محمد حسين قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، الأرابطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون سنة نشر، ص95، وكذلك انظر

- عبد الحليم عبد الحفيظ القوني، حسن النية وأثره على التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2004، 327، 328.

² حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص418، 419.

³ حيث تنص هذه المادة في فقراتها الثانية (يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أم المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

يتضمن نصا مماثلا لنص المادة 2/125 من القانون المدني الليبي، وإلا لما تردد القضاء الفرنسي في الاستناد على هذا النص لتكريس هذا الالتزام.

هذا بطبيعة الحال قبل 1 أكتوبر 2016م، أما بحلول هذا التاريخ، بنفاذ المرسوم الصادر في 10 فبراير من ذات العام، لم تعد المحاكم الفرنسية في حاجة للاستناد على فكرة حسن النية لتكريس الالتزام بالإعلام، وذلك على اعتبار أن المادة 1112 من هذا المرسوم نصت على أنه: (إذا حاز الأطراف معلومة تعد ذات أهمية مؤثرة في رضي الطرف الآخر، توجب عليه أن يخطره بها طالما أنه يجهل هذه المعلومة، أو أنه يثق به كشريك في العقد).

وفي سائر الأحوال واجب الإخطار بالمعلومة لا يمكن أن يتعلق بتقدير قيمة محل العقد. وتعتبر ذات أهمية جوهرية المعلومات التي تكون ذات علاقة مباشرة وضرورية مع محل العقد، أو مع صفة المتعاقدين.

ويتعين على من يدعي أن المعلومة كانت واجبة الإدلاء بها إليه أن يقدم الدليل على الطرف أن الطرف الآخر كان مدينا له بها، فإذا ثبت ذلك، فعلى الأخير أن يثبت أنه زوده بها.

لا يجوز للأطراف أن يقيدوا أو أن يعفوا من هذا الواجب.

إلى جانب مسؤولية الشخص المدين بتقديم المعلومة، فإن الإخلال بهذا الواجب يمكن أن يترتب عليه إبطال العقد بالشروط المنصوص عليها في المادة 1130 وما يليها)¹.

¹ REFORM DU DROIT DES OBLIGATIONS, UN SUPPLEMENT AU CODE CIVIL 2016-131 de 10 FEVRIER 2016, DALLOZ, PAGE NO4.

وما يجدر التنبيه إليه في هذا السياق هو أنه وإن كان المشرع الليبي قد تطرق للالتزام بالإعلام في قانون النشاط التجاري رقم (23) لسنة 2010¹ إلا أن النصوص في هذا الخصوص تنسم بالقصور، وذلك على اعتبار أنها جاءت في إطار حماية المستهلك، ومن ثم يقتصر أعمالها فقط في إطار عقود الاستهلاك، وهذه الأخيرة تكاد تنعدم فيها أهمية المفاوضات.

- خصائص الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض:

مما سبق تظهر ملامح وخصائص للالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض وتتلخص في الآتي:

- 1- أن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض يركز على التعامل بحسن نية، ومن أهم مقتضيات حسن النية أن يقوم المفاوض بإعلام الطرف الآخر بشفافية تامة عن كل المعلومات التي تخص العقد المزمع إبرامه، فلا بد أن يدلي بكافة ما لديه من معلومات دون كتمان². حيث قضت محكمة استئناف باريس الفرنسية بخصوص قضية في هذا الشأن بأن "السيد والسيدة (Z) قد أخلوا بالتزاماتهم ما قبل التعاقدية المتعلقة بتقديم معلومات حول المحل المراد تأجيره بأن المستأجر السابق كان يشتكي من الرطوبة الزائدة وأن الدائرة قد تلقت تنبيه بعدم ملائمة موقع المحل للإيجار. وتم إدانتهم بدفع مبلغ 25000 يورو للسيد والسيدة (X) كتعويض عن الأضرار³.

¹ فعل سبيل المثال نصت المادة 1313 على أنه (في الأحوال التي يمكن أن يؤدي فيها استخدام السلعة إلى إضرار بصحة وسلامة المستهلك يلتزم المنتج بأن يبين الطريقة الصحيحة لاستخدام المنتج، وكيفية الوقاية من الأضرار المحتملة، وكيفية علاجها في حالة حدوثها). انظر قانون رقم (23) لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري واللوائح الصادرة بمقتضاه، وزارة العدل، طبع مطبعة العدل، 2014، ص 344.

² فدوى قهوجي، مرجع سابق، ص 189.

³ cour d'appel de paris, 9 juin 2017, pole4-chambre1, N de RG 16/00781, <https://www.légifrance.gouv.fr>.

2- أن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض، التزام يشمل جميع العقود وليس خاصة بعقد معين، وعلة ذلك كون المتفاوض المستهلك في أغلب الأحيان، يجهل التعامل مع من يتعاقد معه، بما قد يجعل إرادته غير واعية لحقيقة التصرف المقدم عليه.

3- أن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض ذات صفة جوهرية في اعتبار المتعاقدين، إذ تظهر أهميته في مرحلة التفاوض أكثر منه في أي مرحلة من مراحل العقد، فهي ذو أثر بالغ في مدى إقبال الطرف الآخر على التعاقد من عدمه¹.

4- أنه التزام ذو طبيعة وقائية، إذ أن المدين للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، يؤدي إلى تنوير رضا الطرف الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى تقادي الحكم ببطلان العقد، حيث يترتب على احترامه ومراعاته ضمان صدور إرادة مستتيرة من الطرف الآخر، وبالتالي فقد أضحى معه هذا الالتزام، عنصراً جوهرياً في رضا الدائن بالعقد رضاء سليماً، وفي مدى صحته ونزاهته². وقد جاء في حكم المحكمة استئناف باريس الفرنسية بخصوص قضية أن قبول مجموعة (Bertrand) للعرض المقدم من (SNCF) في 2013/11/8 بعد عدة أسابيع من انتهاء مدة العرض لا يبرر عدم قبوله في الوقت المحدد، وهذا لا يجسد ارتكاب أي إخلال تعسفي بالمحادثات من طرف (SNCF). وقد تم إعلام شركة (Bertrand) بتاريخ 2014/1/7 بوجود عرض منافس من المرجح أن يلبي اشتراطات البائع دون شروط إضافية، ولم تعط موافقتها على الفور

¹نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، وتطبيقاتها على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، 1982، ص15

² جاك جستيان، المطول في القانون المدني (تكوين العقد) ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر لبنان، 2000، ص661؛ د. خالد عبد المنعم إبراهيم، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، بدون دار نشر 2011، ص350-351.

بل أخطرت بذلك بعد عدة أيام بينما كانت تعلم بتأخرها فيما يخص عرض
2013/11/ وليس هناك دليل على وجود تأخير من قبل (SNCF) فيما يتعلق
بالتأخير المزعوم بشأن تقديم معلومات عن العقار محل التفاوض. ومن المهم في هذا
الصدد التأكيد على أن طول مدة هذه المفاوضات دون وجود تقصير من طرف البائع
هو الذي أعطي لشركة (sypim) لبيع المبنى ولم يثبت وجود أي إخلال من
(SNCF) بالتزامها بالمعلومات قبل التعاقدية¹.

5- أنه التزام مستقل يجب الوفاء به قبل تكوين العقد؛ يهدف إلى مواجهة اختلال التوازن
القائم بين المتفاوضين في المرحلة قبل التعاقدية، إذ أنه التزام مستقل يقع على عاتق
شخص، ينوي التعاقد مع غيره، وهو يقوم بحماية الطرف الآخر، ولتحقيق التكافؤ بين
الطرفين².

الفرع الثاني: شروط الالتزام بالإعلام

بالرغم من أن الالتزام بالإعلام يعد ضروريا في فترة المفاوضات، نظر للثقة التي يولدها
لدى الأطراف المتفاوضة، إلا أن هذه الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، حتى لا يتكل كل

¹ cour d'appel de paris, 2 mars 2018, pole 4-chambrel, N de RG 16/11864
<https://www.legifrance.gouv.fr> ،

تاريخ الزيارة 2020/9/25

² سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، 1990، ص 41.

متفاوض على الآخر ويتخذ موقفا سلبيا حيال مصالحة الخاصة، وبالتالي فإن هذا الالتزام لا يقوم إلا إذا توفر شرطان هما:

1- علم المفاوض المدين بهذا الالتزام بالمعلومات وبضرورتها للتعاقد

يقع الالتزام بالإعلام على كل من يتوفر على معلومة من شأنها أن تؤثر في رضا المتعاقد الآخر، ولذلك فإن هذا الالتزام لا يفرض فقط أن يكون أحد الأطراف على علم بالمعلومة، بل أيضا بأهميتها وتأثيرها بالنسبة للطرف الآخر .

مبدئيا، حتى يلزم المتعاقد بنقل المعلومة إلى المتعاقد الآخر، فإنه من الضروري أن يكون على علم بهذه المعلومة أو يجب عليه أن يكون على علم بها¹.

إن الالتزام بالإعلام لا يقع فقط على الوقائع التي يعرفها المدين، بل يقع أيضا على التزام بالبحث عن المعلومة حتى يكون بإمكانه تقديم المعلومات التي يكون مدينا بها للطرف الآخر .

ومنه، فإنه ينتج عن وجود هذا الواجب بالبحث عن المعلومة من أجل الإعلام، تشديد فرض التزام بالإعلام، ذلك أنه لا يكفي أن يلتزم المدين بنقل المعلومات التي يكون على علم بها للطرف الآخر يجب عليه، فوق ذلك أن يتحرى منتهى الدقة في أداء الخدمة المطلوبة، وأن يبذل قصارى جهده في الوصول إلى المعلومات التي من شأنها أن تنير رضا

¹ محمد إبراهيم دسوقي: "الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود"، م س، ص 77.

المتعاقد الآخر وتجعله يقدر العملية التي يقدم عليها تقديرا جيدا .ولذلك، فإنه حتى ولو كان هذا المدين يجهل المعلومة، فهو يكون ملزما بالبحث عنها بهدف تقديمها للمتعاقد الآخر¹.

ويضاف إلى ذلك أنه لا يكفي أن يكون المدين بالالتزام يعرف المعلومة بل يجب أن يكون على علم بأهميتها بالنسبة للمتعاقد الآخر، وعليه فإنه لا يمكن متابعة المتعاقد بخرقه للالتزام بالإعلام إلا إذا كان يعرف أو يجب عليه أن يعرف أهمية المعلومة التي قام بإخفائها بالنسبة للمتعاقد الآخر، ومبدئيا يعود لكل طرف أن يبرز للطرف الآخر الأهداف التي توخاها من العقد، من ثمة يكون على كل متعاقد خلال مرحلة التفاوض أن يفصح عما ينتظره من العقد وما سيقدمه مقابل ذلك، ومن الطبيعي فإن من ينتظر من العقد نتيجة خاصة لا تنتج مباشرة عن العقد، وعن طبيعته، يكون عليه أن يظهر ويفصح عنها للمتعاقد الآخر.

كما قلنا سلفا يقع هذا الالتزام على كل من يتوافر على معلومة من شأنها أن تؤثر في رضا المتفاوض الآخر، ولكي يلزم المتفاوض بنقل المعلومة إلى الطرف الآخر المتفاوض معه، فإنه من الضروري أن يكون على علم بهذه المعلومة² لأنه من غير المعقول أن يلتزم المتفاوض بالإعلام عن معلومات هو يجهلها بالأصل، وإنما يلتزم فحسب بتقديم المعلومات التي يكون عالما بها ، أو تلك التي كان بإمكانه العلم بها³.

¹ -لتأكيد هذه الفكرة يرجى الرجوع إلى :

- Cass.com.27 nov. 1972. Bull. civ IV n 282.

- cass. Com.27 nov. 1979. bull. civ IV. P 307.

² وهو ما اكدته محكمة النقض الفرنسية عندما ذهبت في أحد أحكامها إلى: (أن الالتزام بالإعلام الواجب على مختبرات أو معامل الأدوية فيما تعلق بمواقع الاستعمال والآثار الجانبية الخاصة بالأدوية، لا يمكن أن يوجد إلا فيما يتعلق بما هو معروف لديها من هذه المعلومات لحظة دخول هذه الأدوية بالأسواق، فمنذ هذا التاريخ تكون مختبرات ومعامل الأدوية مسؤولة عن خلال الواقع منها بخصوص أدائها لدورها الإعلامي عن هذه المعلومات)Cass.civ.Le,8 aril 1986,Bull.civ-I-NO. إلىه لدى يوسف عبد الهادي خليل ،النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ،رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق ،1989،ص290.

³ وهو أمر منطقي جداً إذ لا يعقل إلزام المدين بالإدلاء ببيانات أو معلومات هو أصلا لا يعلمها ،وليس بإمكانه العلم بها ،فالقاعدة انه لا تكليف بمستحيل ، انظر في هذا الخصوص كل من :

-حازم الرمحين ،" ماهية الالتزام بالإعلام وأثره في حماية المستهلك" مجلة الحقوق ،المجلد16،العدد(1)،كلية الحقوق ، جامعة دمشق ،ص8.
-رفاوي شهيانز ،الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك رسالة ماجستير ، جامعة سطيف2016،ص46.

فالالتزام بالإعلام لا يقع فقط على الوقائع التي يعرفها المتفاوض المدين به، وإنما يشمل تلك كان بإمكانه العلم بها، ومن ثم يقع عليه أيضا التزام بالبحث عن المعلومة حتي يكون بإمكانه تقديم المعلومات التي يكون مدينا بها للطرف الآخر، وخصوصا إذا كان الدائن بهذا الالتزام مهنيا متخصصا، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه (يترتب على بائع جهاز ضد السرقة لجواهري إعلام هذا الأخير حول فاعلية هذا الجهاز وانطباق مواصفاته على ما تفرضه شركات التأمين، باعتبار أن البائع ممتن متخصص وإن كان هو نفسه بحاجة للاستعلام من الشاري عن احتياجاته حتي يستطيع أن يعلمه بدوره عن تقنيات المبيع وإمكانياته في تلبية هذه الاحتياجات)¹.

وينتج عن وجود هذا الواجب بالبحث عن المعلومة من أجل الإعلام تشديد في الالتزام بالإعلام، حيث لا يكفي أن يلتزم المدين² بنقل المعلومات التي يكون على علم بها للطرف الآخر، بل يجب عليه فوق ذلك أن يتحرى منتهي الدقة في أداء الخدمة المطلوبة، وأن يبذل قصارى جهده في الوصول إلى المعلومات التي من شأنها أن تنير رضا المتقاعد الآخر، وتجعله يقدر العملية التي يقدم عليها تقديراً.

جيذا ومن ثم فإنه حتى لو كان هذا المدين يجهل المعلومة، فإنه يكون ملزما بالبحث عنها بهدف تقديمها للمتفاوض الآخر³.

¹ Cass.com.25.mai1993 .D.S.1993.IR.166

مشار إليه لدى د- مصطفى العوجي ، مرجع سابق ،ص185.

² وما يجدر التنويه عليه في هذا السياق هو أن المتفاوض المدين بالالتزام بالإعلام ليس طرفا بالذات من طرفي العقد المزمع إبرامه ،فلا يشترط في عقد البيع أن يلتزم به البائع دائماً في مواجهة المشتري ،وإنما يقع هذا الالتزام على الطرف الأكثر خبرة ورأية ولو كان المشتري ، انظر د.خالد جمال أحمد ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ،ش عبدالخالق ثروت ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر ،ص356،355

³ التوفيق فهمي، مرجع سابق، ص168.

ولكن لا يكفي أن يكون المتفاوض على علم بالمعلومة، أو كان بإمكانه العلم بها، بل يشترط لقيام هذا الالتزام أيضا علم المتفاوض علم المتفاوض بأهمية هذه المعلومة بالنسبة للطرف الآخر المتفاوض معه، فمن غير المعقول أن نلزم المتفاوض المدين بهذا الالتزام بأن يقدم للطرف الآخر قائمة أو كشفا يحصر له فيه جميع المعلومات التي يجوزها ويعرفها عن موضوع التعاقد، بعض النظر عن حاجته أو عدم حاجته إليها، لذا كان من مقتضي العدل أن يكون المفاوض عالما بأهمية المعلومة لدى المتفاوض الآخر ودورها في تنوير إرادته، حتي يقوم في مواجهته هذا الالتزام¹.

وعليه لا يكون المتفاوض مخلا بالالتزام بالإعلام إلا إذا كان يعلم بأهمية المعلومة، أو كان يجب عليه العلم بهذه الأهمية لهذه المعلومة التي أخفاها عن الطرف الآخر المتفاوض معه.

وإذا ما ثار نزاع حول أهمية معلومة ما من عدمه فإن تقدير ذلك أمر يرجع إلى القضاء بما يتمتع به سلطة تقديرية، وبالنظر إلى كل حالة على حدة، فإذا تبين عدم ضرورة المعلومات للتعاقد فلا يكون هناك التزام بتقديم المعلومات².

2- جهل المفاوض الآخر الدائن بهذا الالتزام بالمعلومات وليبانات اللازمة لتكوين الرضا
المستتير بصفة مشروعة لا يقوم الالتزام بالإعلام إلا عندما يكون الدائن بهذا الالتزام جاهلا بالمعلومات والبيانات اللازمة لإبرام العقد، أما إذا كان عالما بها، أو كان بإمكانه العلم بها، فمن الطبيعي أن يختفي أن يختفي هذا الالتزام، إذا لا ينبغي أن يكون لهذا الأخير صفة

¹ يوسف عبد الهادي خليل، مرجع سابق، ص 290.

² شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 384.

الدائن بهذا الالتزام بشأن معلومات يعرفها، أو يمكنه معرفتها عن طريق الاستعلام عنها، وذلك باعتبار أن ذا الالتزام قصد به علاج الاختلال في مستوى عال من الخبرة والإحاطة بكل المعلومات الجوهرية المتعلقة، ويكون الآخر في مستوى متدن، وذلك لجهله بجميع أو معظم هذه المعلومات، فإذا ما انتفت هذه الفجوة لدى الطرفين معا، فعندئذ تنتفي العلة والحكمة من فرض هذا الالتزام، باعتبار أن كل طرف متفاوض عليه ألا ينتظر من الطرف الآخر المقابل له أن يكون أحرص على مصالحة من نفسه، وإنما عليه أن يستعلم بنفسه عن المعطيات والبيانات المطلوبة.

من هنا نستطيع أن نضع الحد الفاصل بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالاستعلام وذلك عن طريق حصر التزام المتفاوض المدين بالإعلام في البيانات أو المعلومات التي يجهلها الطرف المتفاوض الأول جهلا مشروعا¹.

فإذا كان الالتزام بالإعلام يقتضي من المدين أن يفصح للدائن بكل معلومة يكون من شأنها أن تؤثر في رضائه، فإن هذا الالتزام يختفي بطبيعة الحال عندما يكون الدائن على معرفة بهذه المعلومة، ويترتب على ذلك أنه لا يجب على الدائن أن يتخذ موقفا سلبيا، بل يجب عليه أن يبحث بدوره عن المعلومات التي تهمة، أي أن يحصل على الحق في أن يجهل المعلومة، وذلك بالقيام بواجبه بالبحث عن المعلومة، ونتيجة لذلك فإن الجهل غير المشروع

¹ يونس صلاح الدين على ' مرجع سابق، ص194.

للمعلومة يؤدي إلى اختفاء كل التزم بالإعلام، ويكون الأمر كذلك عندما تكون للدائن ولو أنه لا يعرف المعلومة إمكانية معرفتها¹.

إن قيام الالتزام بالإعلام - تبعاً لما ذكر أعلاه - يرتبط بالجهل المشروع للمعلومة من طرف الدائن، ويتحقق هذا الجهل المشروع للمعلومة في حالتين: من جهة أولى عندما لا يكون بإمكان الدائن معرفة المعلومة، ومن جهة ثانية عندما تكون لأحد المتعاقدين ثقة مشروعة في المتعاقد الآخر..

ويكون جهل المتفاوض الدائن بالمعلومات مشروعاً إذا ما استحال عليه العلم بها استحالة موضوعية أو استحالة شخصية.

ويقصد بالاستحالة الموضوعية: تلك الحالات التي يستحيل فيها على المتفاوض أن يحيط علماً بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء محل التفاوض، سواء بسبب وضعه القانوني أو المادي²، فحيازة المتفاوض للمعرفة التقنية محل التعاقد بصورة لا تتيح للمتفاوض الآخر التعرف على خصائصها وأوصافها الأساسية تعد من أبرز تطبيقات حالة الاستحالة الموضوعية التي تحول دون علم الأخير بهذه البيانات.

أما الاستحالة الشخصية فهي ترجع إلى الدائن نفسه، كأن يكون غير ممتلك للخبرة الكافية في المجال الذي يسعى فيه إلى التعاقد من وراء تلك المفاوضات.

¹ أبو بكر مهم: "الوسائل الوقائية لحماية المستهلك"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003/2004، ص 49

² حازم محمد المرحين، مرجع سابق، ص 10

إضافة إلى حالتي الاستحالة الموضوعية والشخصية فإن جهل الدائن يكون مشروعاً متى كان قد اعتمد أو استند على الثقة المشروعة في المتفاوض الآخر.

وتكون هذه الثقة مشروعة متى استندت إما على طبيعة العقد، أو على صفة الأطراف. فبعض العقود بسبب طبيعتها يتطلب إبرامها قدراً كبيراً من الثقة بين الأطراف المتفاوضة، بحيث نجد أن أحد الأطراف يعتمد على البيانات والمعلومات المقدمة من الطرف الآخر، كما هو الحال في عقد الوكالة والشركة¹.

وقد تكون الثقة المشروعة مستندة إلى صفة أحد الأطراف، كما هو الحال في المعاملات التي تتم بين أفراد العائلة، حيث إن موجبات القرابة ومقتضيات الثقة المتبادلة تستلزم على كل من يدخل في علاقة قانونية مع أحد أفراد العائلة مراعاة جانب الأمانة والصدق، وأن يسدي كل الطرف منهما للآخر بجميع المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد، ولذلك فمن الطبيعي أن يودع كل منهما ثقته الآخر في أن يعلمه بكل ما يريده بشأن العقد المزمع إبرامه من المعلومات الجوهرية المتصلة به من تلقاء نفسه.

ففي مثل هذه الفرضيات ليس على التفاوض أي تثريب إن اطمأن بثقته هذه للمتفاوض الآخر، ولم يكلف نفسه مهمة السعي وراء هذه المعلومات بطريق الاستعلام عنها عند عدم معرفته لها².

¹ غني ريسان جابر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة جامعة أهل البيت، العدد الخامس، كلية القانون، جامعة البصرة، ص 209

² خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 329.

وإذا ما توفر هذان الشرطان قام الالتزام بالإعلام، إلا أن قيامه لا يعني إطلاقه وإنما له نطاق محدد.

الفرع الثالث: نطاق الالتزام بالإعلام

وفي هذه المرحلة ينشأ ما يسمى بالالتزام بالإعلام؛ أي التزام الطرف صاحب المعلومة بأن يبين للطرف الآخر بعض الظروف الجوهرية في التعاقد، مثل الإفصاح عن العيوب الكامنة في الشيء المبيع، أو تقديم نصيحة إلى الطرف الآخر . والتي نظمها المشرع المغربي ضمان عيوب الشيء المبيع في الفرع الثاني من الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الثاني من ق ل ع في الفصول من 549 إلى 573.

ولمرحلة ما قبل التعاقد أهمية أخرى، تتمثل في أن ما يقع في أثناءها من مفاوضات وتبادل لوجهات النظر يعد واحدا من وسائل تفسير العقد عند تنفيذه، ففي هذه المرحلة، ومن خلال ما اتخذ فيها من إجراءات ومن تبادل لوجهات النظر، يمكن الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين .

ولهذه المرحلة السابقة على التعاقد، التزاماتها المستقلة عن التزامات العقد ذاته، ذلك أن طبيعة المهمة التي يقوم بها الطرفان في هذه المرحلة تفرض على كل منهما التزامات معينة تنتج عن الثقة التي وضعها في الطرف الآخر، مثل الالتزام بعدم التفاوض دون نية التعاقد، والالتزام بعدم قطع المفاوضات في وقت غير مناسب، والالتزام بعدم إفشاء المتفاوض للأسرار التي علمها الطرف الآخر بمناسبة التفاوض .

وتظهر الحاجة إلى المفاوضات في كثير من العقود، لاسيما ذات الأهمية المالية الكبرى، مثل عقود التنقيب عن المعادن (الذهب أو البترول) وعقود التوريدات الضخمة، وعقود التوزيع (مثل عقد الامتياز وعقد الترخيص التجارية

وننوه بأن معظم هذه العقود تتولى تنفيذها شركات متعددة الجنسيات تسعى في جو من المنافسة إلى حصد ثمار تحرير التجارة العالمية، لاسيما بعد توقيع اتفاقيات الكات اتفاقيات الغات أو ما يسمى بالاتفاقية العامة حول التعريفات الجمركية والتجارة، انطلقت منذ سنة 1947، تهدف إلى تنشيط التجارة الدولية بتخفيض الرسوم الجمركية تدريجيا وإدارة المبادلات العالمية، عقدت عدة جولات من المفاوضات أولها جولة جنيف سنة 1947، وآخرها جولة الأورغواي (1986-1994)، وقد انبثقت عن هذه الاتفاقية منظمة التجارة العالمية بمراكش سنة 1994، التي دخلت حيز التطبيق سنة 1995، وقد حلت محل منظمة الغات، وتتلخص مهامها في ضبط التجارة العالمية، وإدارة الاتفاقات التجارية، وحل النزاعات التجارية، ثم تحرير القطاعات الاقتصادية. وللاشارة فقد نظم المغرب إلى الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة سنة 1987، ووقع إلى جانب عدد من الدول على اتفاقية إحداث منظمة التجارة العالمية سنة 1994 بمراكش .

يمكن القوم بأن نطاق الالتزام بالإعلام يقتصر على المعلومات الجوهرية التي يكون من شأنها أن تساعد على المتفاوض على تكوين رأيه بشأن العقد المزمع إبرامه¹، وذلك حتى يكون

¹ يفرق بعض من الفقه بين الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد، وبين نفس الالتزام في مرحلة التنفيذ ففي المرحلة الأولى يلعب هذا الالتزام دورا مهما في تحديد مدى إيجاب أو إقدام المتعاقد الآخر نحو المضي في إبرام العقد، - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 2008، ص223 وما بعدها. - معترز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف (مفهومه، التزاماته، مسؤوليته) ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008، ص45.

على بيئة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجاته وهدفه من إبرامه، وبالتالي فإن نطاق هذا الالتزام يتسع ويضيق، وذلك بحسب طبيعة العقد، الذي يجري التفاوض بشأنه.

ففي عقود التجارة الدولية، فإنه يعد من البيانات والمعلومات المهمة التي تدرج في نطاق الالتزام بالإعلام تلك المتعلقة بالحالة المادية والقانونية للشيء محل التعاقد.

ويقصد بالحالة المادية للشيء محل التعاقد: كل ما يتعلق بوضعه المادي من بيانات ومعلومات، ونعني بهذا صفاته المادية وما به من عيوب، إذا يتحدد في ضوئها وجود هذا الشيء، ومدى كفاءته في أداء الغرض المقصود من اقتنائه، بل ومدى توافقه مع الظروف وإمكانيات هذا الشخص، ومن ثم مع قيمة الأداء الذي يرتضي هذا الأخير دفعه لقاء هذا الشيء.

أما بالنسبة للحالة القانونية للشيء محل التعاقد، فلا تقتصر فقط على ما يتصل بملكيته وماله وما عليه من حقوق للغير، وإنما أيضاً كل قيد مصدره القانون بمعناه الواسع، وهو ما يؤدي في حالة تقريره إلى المساس الجوهرى باستغلال هذا الشيء أو الانتفاع به على الوجه المألوف.

وقد يتسع نطاق الالتزام بالإعلام إلى أبعد من ذلك بحيث لا يقتصر على محض الإعلام، وإنما يشتمل على الالتزام بالتحذير أيضاً، وذلك لأنه في بعض الأحيان نجد أن الطبيعة الشيء محل العقد المرتقب، أو الظروف المحيطة بالتعاقد، تفرض على الدائن بهذا الالتزام أن يقوم بتحذير الطرف الآخر، أو لفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية أو

قانونية مترتبة على العقد، وذلك من أجل أن يتمكن من اتخاذ الأوضاع القانونية المناسبة لتفادي تلك الأوضاع الخطرة ، فعندئذ لا يكفي مجرد الالتزام بالإعلام المحض الذي يتم شفاهية أو كتابة، بل يتعين على المفاوض الدائن بالالتزام بالإعلام أن يتخذ موقفا أكثر إيجابية يصل إلى حد التأكيد على لفت انتباه المتفاوض الآخر وتنبيهه على الخطورة الناجمة عن العقد، من أجل قيام هذا الأخير باتخاذ الأوضاع الوقائية الملائمة لتفادي تلك الخطورة، وذلك باعتبار أن الالتزام بالتحدير لا يمثل التزاما مستقلا بذاته، بل هو التزام مكمل للالتزام بالإعلام¹.

وفضلا عما يقدم، فإن الالتزام بالإعلام في بعض العقود لا يقتصر على إلزام المتفاوض بتقديم البيانات فحسب، بل يمتد إلى إسداء النصح² إذا تطلب الأمر ذلك، وهو يعد بمثابة مرحلة مشددة ومتقدمة للالتزام بالإعلام، ويأتي في أعلى التدرج الهرمي لمكونات هذا الالتزام، ويبرز بشكل خاص عندما يتعلق العقد محل التفاوض بالمجال المعلوماتي، حيث يفرض على المدين به عبئا أكثر شدة مجرد الإعلام أو التحذير، فهو يتجاوز مجرد الإدلاء للطرف الآخر ببيانات حول خصائص المعدات والبرامج بإيجابيتها وسلبياتها، ليصل إلى حد أن يوجهه إلى الطريق يرى أنها الأنسب له، وحثه على اتباعها، فالإدلاء بالبيانات إنما يتم على سبيل البيان أو العرض، أما النصح فيحصل على سبيل الحث أو الإيحاء.

¹ يونس صلاح الدين علي، مرجع سابق، ص 182.

² ويذهب جانب من الشراح إلى التمييز بين الالتزام بالإعلام بال نصيحة عن طريق نطاق تطبيق كل منهما حيث يخصص الالتزام بالنصيحة لعقود الخدمات فقط، بينما يكون الالتزام بالإعلام في كافة العقود

وهكذا نجد أن نطاق الالتزام بالإعلام يضيق ويتسع حسب ظروف كل حالة، من مجرد التزام محض بالإعلام، إلى التزام بالتحذير أحيانا، وبالنصيحة أحيانا أخرى، وذلك حتي تتحقق الغاية منه.

المطلب الثاني: الالتزام بالسرية

مما لا شك فيه أن غالبية العقود التي تسبقها مفاوضات، وهي من العقود ذات القية الاقتصادية العالية، وفي كثير من الأحيان تتضمن نقل معرفة فنية أو تقنية معينة، وبالتالي فإن هذه العقود تتطلب من أحد أطراف التفاوض البوح ببعض الأسرار الهامة، ومن ثم يجب على التفاوض الآخر الذي تلقي هذه الأسرار، أو في بدت له تلقائيا من المفاوضات، أن يحافظ عليها وألا يقوم بإفشائها للغير¹، وألا يقوم باستغلالها لحسابه الخاص دون موافقة صاحبها، وهذا

هو ما يطلق عليه بالالتزام بالسرية في فترة المفاوضات.

وللإحاطة بهذا الالتزام يكون من المناسب بيان المقصود به (الفرع الاول) وذلك حتي يستنى لنا بيان نطاقه (الفرع الثاني) ونظرا لخطورة هذا الالتزام يحرص الطرف المانح الذي يبوح ببعض الأسرار على توفير ضمانات كافية تضمن له الوفاء به، ومن ثم تظل الصورة ناقصة إذا لم يتم التطرق ل ضماناته (الفرع الثالث).

¹ ونظرا لأهمية هذا الالتزام فقد نصت عليه المادة 2-1-16 من مبادئ اليونيدروا حيث ذهبت إلى أنه (يلتزم من يحصل على معلومة معينة خلال المفاوضات بألا يفشي هذه المعلومات أو يستخدمها بطريقة غير سليمة في أغراضه الشخصية، يستوي ذلك أن يكون العقد قد انعقد، وقد يترتب على الإخلال بهذا الالتزام تعويضا يشمل كلما كان ذلك مناسباً ماعدا على الطرف الآخر من نفع) كما نصت عليه مبادئ قانون العقود الأوروبي الموحد.

الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالسرية في فترة المفاوضات

بالنظر في أغلب القوانين لم نجد نصًا صريحًا في تعريف الالتزام بالسرية، أو ما المقصود به على وجه التحديد¹؟ وعلى الجانب الآخر فقد تناول الفقه والقضاء - وعلى خلاف موقف القانون - الالتزام بالسرية بالتعريف، وركز على السر باعتباره محل الالتزام بالسرية.

فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار السرية بأنها: "عبارة عن معلومة ذات صفة شخصية أو موضوعية تقتضي مصلحة الشخص المعترف بها قانونًا أن يظل نطاق العلم بها محدودًا²." وعرفها البعض الآخر بأنها تعني: "معلومات أو صيغ أو نماذج، أو برامج أو أسلوب، أو تقنية أو وسيلة، بحيث يكون لكل ذلك قيمة اقتصادية مستقلة فعليه أو محتملة، وأن يحاط بوسائل معقولة طبقًا للظروف؛ للحفاظ على سرية وأن يكون غير متوفر للعامة³."

وعرفت المحكمة الفرنسية العليا سرية المعلومات بأنها: "أي وسيلة تصنيع أو صيغة أو آلة أو معلومات، ذات قيمة اقتصادية أو عملية، تستخدم في الأعمال التجارية والتي تعطي صاحبها ميزة تنافسية على هؤلاء الذين لا يعرفوها⁴."

¹ هذا ما نص عليه تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد 2016، في مادته 1112-2 من التزام بالسرية على عاتق أطراف التفاوض التي تنص على "تقوم مسئولية كل من يستخدم أو يفشي دون ترخيص معلومات سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات طبقًا للقواعد العامة"

² طارق كاظم عجيل، المعلومات غير المفصح عنها (ماهيتها والحماية القانونية، بحث منشور في مجلة جمعة النهرين، كلية الحقوق، م 22، م

21، عام 2008، ص 132.

³ عبد الغني محمود، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1991، ص 65.

⁴ قرار صادر في 1996/11/3؛ أشار إليه د. عبد الغني محمود، مرجع سابق، ص 66.

يقصد بالالتزام بالسرية في فترة المفاوضات: امتناع المتفاوض الذي على المعلومات من إفشائها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمنفعة، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلق به هذه المعلومات¹.

وتبرز أهمية هذا الالتزام في العقود التي تتطلب التزام البائع بتزويد المشتري بجميع المعلومات المتعلقة بالمبيع التي تتطلب تميزه عن غيره، كي يتمكن المشتري من تقدير المنافع التي سيحصل عليها من عملية التعاقد، أو كي يتمكن البائع من تسويق المنتج إلى الطرف الآخر، فعلى سبيل المثال تعتبر مرحلة التفاوض أهم مرحلة في عقود نقل التكنولوجيا، ففيها يتمكن المشتري من الاطلاع على جميع تفاصيل المعرفة الفنية- التي غالبا ما تكون سرية- من البائع، كي يتمكن من تقدير المقابل الذي سيدفعه نظير هذه المعرفة، وفي حال لم يتمكن الطرفان من التعاقد عقب هذه المفاوضات، يلتزم المشتري بالحفاظ على سرية هذه المعلومات، وإلا قامت مسؤوليته تجاه البائع².

ومن ثم فلا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية وفي طي الكتمان، وذلك باعتبار أنه غالبا ما يحتاط لذلك أطراف التفاوض من تلقاء أنفسهم، لأن لهما مصلحة مشتركة في ذلك، وإنما المراد بالسرية هو ما يمكن في المعرفة الحديثة ذاتها، أي المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيماوية التي أتاحت المفاوضات لمفاوض الاطلاع عليها، ولا شك في أن اطلاع الغير على تلك الأسرار قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمفاوض الآخر، كما أن قيام

¹ أم كلثوم صبيح محمد، مرجع سابق، ص 305.

² محمود فياض، مرجع سابق، ص 256.

أحد المتفاوضين باستغلال تلك الأسرار لحسابه الخاص ودون موافقة الطرف الآخر يعد إخلالا بالالتزام بالسرية¹.

والأصل- حسب القواعد العامة- هو أن الشخص لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق يلزمه بالمحافظة على سرية هذه المعلومات، ومن المعلوم أنه لا يوجد نص في القانون المدني الليبي يلزم بذلك، بل في أغلب التقنيات المدنية المقارنة لا يوجد أي نص هذا القبيل، لذلك إذا ما كانت المفاوضات منظمة عقدياً فإنه عادة ما يتفق طرفا التفاوض على الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي يتم تداولها أو الكشف عنها أثناء المفاوضات، لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الخصوص هو أنه: ماذا لو لم يوجد اتفاق على إنشاء هذا الالتزام؟ أو كانت المفاوضات غير منظمة عقدياً، فهل هذا يعني عدم إلزام المفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات؟

يرى الباحث أن غياب الاتفاق على هذا الالتزام لا ينفي وجوده، وذلك باعتبار أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يمكن أن يجد له أساساً في قواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك باعتبار أن قيام أحد المتفاوضين بإفشاء الأسرار التي اطلع عليها بمناسبة المفاوضات يشكل انحرافاً عن سلوك الشخص- المتفاوض- المعتاد، ومن ثم نتيجة لذلك، ومن ثم فإنه يمكن فرض هذا الالتزام استناداً على نص المادة 166 من القانون المدني التي تنص على أن: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض).

¹ محمد صديق محمد عبدالله، مرجع سابق، ص416.

وقد أصاب المشرع الفرنسي عندما نص في المادة 1112 من المرسوم الصادر في العام 2016م على أنه: (يعد مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني من استعمل أو نشر بدون إذن معلومات سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات)¹.

غير أن التساؤل يثور أيضاً حول المعلومات التي تكون محلاً لهذا الالتزام، فهل يشمل كل المعلومات التي يعرفها المفاوض أثناء المفاوضات؟ أم إن الأمر يقتصر على المعلومات بعينها؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب التطرق لنطاق الالتزام بالسرية في فترة المفاوضات.

الفرع الثاني: نطاق الالتزام بالسرية في فترة المفاوضات

عادة ما تبدأ المفاوضات بأساس يتقدم به أحد الطرفين، مثل عرض أو إيجاب أو رغبة في شراء مصنع أو توريد منتجات أو غير ذلك، ولأن أحد الطرفين على الأقل يسعى لإقناع الطرف الآخر بالتعاقد، فإنه يقدم من خلال المفاوضات تفاصيل ومعلومات دقيقة عن الموضوع، وهذه المعلومات قد تكون من المعلومات العامة المتداولة، وقد تكون خاصة بالطرف الذي قدمها¹، كما أنها قد تكون معلومات تتعلق بنقل المعرفة الفنية².

¹ REFORM DU DROIT DE OBLIGATIONS, UN SUPPLEMENT AU CODE CIVIL 2016A, jour de L'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016, dalloz, page No4

² ياسر سيد محمد الحديدي: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في الفكر الاقتصادي والقانوني، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية،

(ع.ط.غ.م) السنة 2007، ص 228.

والمعلوم في هذا الإطار، أن بعض العقود تعتمد على المعرفة الفنية كعنصر أساسي في تكوينها، وهذه المعرفة باعتبارها مجرد معارف فهي قابلة للكشف عنها بمجرد اطلاع الغير عليها، ولذلك فإن عنصر السرية هو الذي يحقق الضمان لحائزها في حمايتها، وهذا ما يتعارض مع حق المتلقي في معرفة ما يتعاقد عليه، وبالتالي تقدير قيمتها وجدواها بالنسبة له، وإن كان هذا يقتضي قيام المانع - أي مانح المعرفة الفنية- بالكشف عن سريتها في المرحلة السابقة على إبرام العقد وهي مرحلة المفاوضات، فإن ذلك عادة ما يعرضها للخطر خاصة إذا لم تتجم هذه المفاوضات عن علاقة عقدية، أو إذا كان المتلقي قد قصد من هذه المفاوضات الوصول إلى محتوى المعرفة الفنية دون إبرام العقد¹، وقد يعتمد في هذا المجال إلى إرسال الخبراء والفنيين الذين يستطيعون اقتناص هذه المعرفة بسرعة كبيرة، وهو أمر من شأنه أن يؤدي إلى التعارض بين مصلحة المانع في الحفاظ على معرفته الفنية وسريتها وبالتالي قيمتها المادية، ومصلحة المتلقي في التعرف على قيمة المعرفة الفنية محل العقد 1. ففي هذه الحالة، إذا أبرم العقد النهائي فلا إشكال يطرح في تملك المعرفة الفنية، ومدى حقه في الإفادة منها في أعمال أخرى مستقبلية أو نقلها إلى الغير . ولكن التساؤل يبرز حول مدى التزام المتفاوض بالمحافظة على سرية هذه المعلومات خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد، سواء انتهت المفاوضات بالفشل أو النجاح، وهل يجوز لمن تلقى هذه المعلومات أن يفشيها إلى الغير أو يعلن عنها أو يستفيد منها أو يستغلها لحساب نفسه أو لحساب الغير؟

¹ هاني صلاح الدين: "المفاوضات في العقود التجارية الدولية (دراسة مقارنة القانونيين المصري والإنجليزي)، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، 1998، ص 25.

وفقا للقواعد العامة لا يلتزم الشخص بالمحافظة على ما تلقاه من معلومات، إلا إذا كان هناك نص في القانون أو في العقد يلزمه بالمحافظة على سريتها، ما دام صاحب هذه المعلومات لا يرغب في الكشف عنها للغير . غير أنه، نظرا لضعف القواعد العامة في حماية المعلومات السرية أثناء المفاوضات فإنه غالبا ما يلجأ الأطراف أثناء التفاوض إلى الاتفاق على شرط الالتزام بالسرية في فترة المفاوضات هاته، إلا أن هذا الاتفاق مع ذلك تشوبه بعض الصعوبات تتعلق بـ :

معرفة المعلومات التي تعد سرية .

معرفة الأشخاص الذين يقع على عاتقهم الالتزام بالسرية.

تحديد المدة الزمنية لسريان الالتزام بالسرية، وبخاصة في حالة فشل المفاوضات.

إن الالتزام بالسرية ليس التزاما مطلقا، وإنما هو التزام نسبي، لا من حيث الموضوع

فحسب، وإنما من حيث الأشخاص والمدة أيضا، وإليك البيان:

1- نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص

من الممكن أثناء التفاوض على العقد النهائي أن يتدخل عدد من الأشخاص في عملية المفاوضات هاته، ومن المعلوم أنه أثناء هذه المفاوضات قد تصل إلى علم هؤلاء الأشخاص معلومات تكتسي طابع السرية، ولذلك فإن الالتزام بالسرية ينبغي ألا يقتصر على الشخص المعني بالتفاوض المباشر بشأن العقد، وإنما يتعين أن يمتد هذا الالتزام إلى أي شخص آخر تدخل في المفاوضات بأي وجه من أوجه التدخل .

ما سبق يظهر، أن الالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية لا يقتصر على متلقي المعلومة السرية، وإنما يمتد إلى مساعديه، وإلى أي شخص آخر يتصل به بصفة عرضية، إذ يتعين أن يتحمل بنفس الالتزام. بهذا فإنه من الممكن أن نتصور في هذا السياق اتخاذ أطراف التفاوض بعض الإجراءات الاحتياطية التي تهدف إلى حماية صاحب المعلومة السرية، ومن ضمن هذه الإجراءات نجد النص الصريح في الاتفاق على أنه لا يجوز لمتلقي المعلومات السرية إفشاؤها للغير قبل الحصول على تصريح كتابي مسبق من طرف صاحب المعلومة السرية، فهذا الإجراء الاحتياطي يستفاد منه:

أنه يحد من إمكانية نقل المعلومات السرية إلى الغير .

أنه يترتب عليه - بصفة تبعية - إمكانية وجود اتفاق خاص بالالتزام الغير المحتمل بالسرية، في حالة ما إذا تلقى معلومات تكتسي طابع السرية .

ومع ذلك، فعلى الرغم من وجود هذا الإجراء في الاتفاق، فإن صاحب المعلومة السرية، وبخاصة في مجال نقل المعرفة الفنية، غالباً ما يصّر إما على تعهد الغير بالمحافظة على سرية المعلومات التي يتلقاها عن طريق المفاوضات، وإما بتعهد المتلقي المباشر للمعلومات السرية بتحمل المسؤولية في حالة إفشاء الغير لهذه المعلومات السرية.

تمتاز المفاوضات، وخصوصاً في عقود التجارة الدولية التي ترد على معارف وتقنيات حديثة، بتدخل عدد من الأشخاص ممكن يمكن أن تصل إليهم المعلومات السرية، وبالتالي يمكن من خلالها أن يتم إفشاؤها، ومن ثم فإن الالتزام بالسرية في فترة المفاوضات لا يقتصر على المفاوض المباشر فحسب، وإنما يمتد نطاقه إلى الأشخاص الآخرين الذين يتدخلون في

هذه المفاوضات بشكل أو بآخر ليشمل مساعديه والأشخاص التابعين له، كالعمال والفنيين والخبراء والمستشارين، فضلا عن الأشخاص الذين يرتبط معهم بعقد عمل كالأشخاص الذين قام باختيارهم لمساعداته وإبداء المشورة له في عملية التفاوض¹.

وهؤلاء الأشخاص الذين يلتزمون بالسرية لا يقتصر حدود التزامهم على عدم إفشاء هذه الأسرار للغير، وإنما يمتد هذا الالتزام ليشمل عدم استخدام هذه المعلومات بصفة شخصية لتحقيق مكاسب ومنافع خاصة، نظرا لأن هذه المعلومات لم تقدم إلا لغرض التفاوض².

2- نطاق الالتزام بالسرية من حيث الموضوع

لا شك بأن المفاوضات وخصوصا عندما تمتد لفترة طويلة، يتم خلالها تبادل الكثير من المعلومات وهذا يجعل الباحث يطرح التساؤل حول ما إذا كان الالتزام بالسرية يمتد ليشمل كافة المعلومات المتبادلة أثناء فترة المفاوضات؟ أم أنه يقتصر على معلومات بعينها؟ يمكن القول إن هذا الالتزام لا يشمل كافة المعلومات التي يتم تداولها أثناء المفاوضات، وإنما يقتصر على نوعين من المعلومات فحسب:

النوع الأول: المعلومات التي أسبغ عليها حائزها طابع السرية³.

وهي تلك المعلومات التي كشفها ذوو الشأن حصرا والتي يترتب على إعلانها ونشرها من قبل أحد أطراف التفاوض الإضرار بالطرف الآخر، والمعيار في ذلك هو الثقة المتبادلة التي قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المتفاوض عليه، إذا إن هذه المعلومات تأخذ طابع

¹ محمد جعفر الخفاجي. ميثاق طالب الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا مجلة المحقق للعلوم السياسية والقانونية، العدد الثاني، السنة السادسة، 2014، ص 381، 382.

² أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 105

³ محمد صديق عبدالله، مرجع سابق، ص 417.

السرية، لأن الشخص لا يعلنها إلا الشخص آخر يثق بأنه لن يستغلها ضده¹، ومن أمثلة ذلك: الرسوم والبحوث والتصميمات والدراسات التي أعدت بمناسبة العقد المتفاوض بشأنه، فهذه المعلومات تأخذ طابع السرية على اعتبار أنها لم تعد لاطلاع الغير عليها.

النوع الثاني: المعلومات التي تتصف بالسرية بحسب طبيعتها

ويضم هذا النوع من المعلومات على وجه الخصوص المعلومات ذات الطابع الشخصي، أي المعلومات الشخصية التي يجب أن تحاط بالسرية ويلتزم المتلقي بعدم إفشائها لاعتبارات شخصية خاصة لا تتعلق بالأمور الفنية والاقتصادية للعقد المتفاوض عليه كما في الطائفة الأولى، كمثال الأمراض التي يعانيتها بعض المسؤولون عن إدارة المشروع المانح، فمثل هذه الأمور لا يجوز الإفصاح عنها إلا بموافقة ذوو الشأن، وذلك باعتبار أنه قد يترتب على هذا الإفصاح ضرر يلحق بأحد الأطراف، سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً².

3- نطاق الالتزام من حيث الزمان

يمكن القول في هذا الخصوص إن نطاق هذا الالتزام من حيث الزمان يختلف بحسب ما إذا كان هناك اتفاق بين ذوي الشأن في هذا الخصوص من عدمه.

فإذا ما وجد مثل هذا الاتفاق، يظل الالتزام بالسرية قائماً طوال الفترة المتفق عليها.

أما إذا لم يكن هناك اتفاق في هذا الخصوص فإن المدة التي يظل فيها هذا الالتزام قائماً تكون مرهونة بسرية هذه المعلومات والمعارف محل الالتزام بالسرية، فيظل هذا الالتزام

¹ بن يوب هدى سابق، ص121.

² ميثاق طالب، مرجع سابق، ص380.

قائما بما أن هذه المعلومات لم تفقد صفتها السرية ولم تنتشر، ويزول هذا الالتزام إذا فقدت صفتها السرية بأن ذاعت وانتشرت وفقدت قيمتها وأصبحت معروفة للغير، ومن ثم فلا مبرر للإبقاء على هذا الالتزام.

يبرز الإشكال المتعلق بالمدى الزمني للالتزام بسرية المعلومات، في حالة فشل المفاوضات.

في هذه النقطة، اختلفت آراء الفقهاء، فجانبا من الفقهاء قال بأن الالتزام بالسرية ليس له حدود زمنية معينة، فالمعلومات التي تعد سرية حسب رأي هذا الفقه لا تفقد طابع السرية حتى ولو وصلت المعلومات السرية إلى علم الكافة، وبدون أن يكون المدين بهذه المعلومات قد أخل بالتزامه بالسرية .

في حين يرى الاتجاه الغالب، وهو جدير بالتأييد، أن ما ذهب إليه الاتجاه السابق غير ممكن التطبيق لأنه لا يمكن أن يلتزم الشخص بصفة مؤبدة، فالالتزام يجب أن يقيد لمدة زمنية محددة، وعليه فهذا الاتجاه يرى أن سريان الالتزام بالسرية لفترة زمنية معقولة تكفي لتحقيق الحماية للالتزام بسرية المعلومات، وقد استند هذا الاتجاه في دعم موقفه إلى ما تضمنته مقتضيات القانون المدني الفرنسي باعتبارها مقتضيات لا تقبل فكرة الالتزامات المؤبدة¹ .

وحسب رأينا المتواضع، وباعتبار الالتزام بسرية المعلومات هو التزام بتحقيق نتيجة، فإن المدة الزمنية لسريان الالتزام بالسرية من الأفضل أن تحدد بموجب اتفاق تبرمه الأطراف المتفاوضة أثناء فترة المفاوضات، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق، يجب الاعتداد بمرور

¹ (G) Forbin : comment gérer les informations en cours de pour parler, RDII/IBJ. 1998. p488 et s

مدة زمنية معقولة تتحدد معها الحماية للمعلومات المشمولة بالسرية، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار الحالات التي يتجرد فيها المدين من الالتزام بالسرية، وهذه الحالات تتحقق في حالة وصول المعلومات المشمولة بالسرية إلى العموم بدون خطأ المدين، أو في حالة فقد هذه المعلومات لطابع السرية إما بفعل التطور التقني والتكنولوجي وإما بموجب نص في القانون أو أمر من السلطة .

الفرع الثالث: ضمانات الوفاء بالالتزام بالسرية

نظراً لخطورة الالتزام بالسرية في فترة المفاوضات يحرص مانح المعلومات أو التقنية الفنية على توفير ضمانات كافية تضمن له وفاء التلقي بالتزامه بالحفاظ على سرية المعلومات والمعارف التي يطلع عليها.

ومن أبرز هذه الضمانات: التعهد الكتابي المسبق الذي يصدر من الطرف المتلقي للمعلومات أو المعرفة الفنية أو التقنية، يتعهد فيه للطرف الآخر بالحفاظ على الأسرار التجارية والصناعية التي يطلع عليها أثناء المفاوضات، وعادة ما يقوم طالب المعلومات أو المعرفة بالتوقيع على هذا التعهد ضمن الأوراق التي يرسلها المانح في المراحل التمهيديّة للمفاوضات، ومن ثم فإن امتناع المتلقي عن توقيع هذا يمكن أن يؤدي إلى وأد المفاوضات قبل أن تبدأ¹.

¹ جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكا نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد الأرابطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص19.

ويشمل التعهد الكتابي التزام المتلقي بعد استخدامه لأي من المعلومات التي توصل إليها نتيجة للمفاوضات، سواء أكان قد حصل عليها بطريق مباشر أم غير مباشر، وسواء كان هذا الاستخدام من قبله شخصيا أو من قبل الغير¹.

أما عن الأثر القانوني المترتب على هذا التعهد، ففي الواقع يعتبر هذا التعهد عقدا ينشئ التزاما من جانب واحد، ويعبر عن اتفاق لحماية حقوق صاحب المعرفة الفنية²، ومن ثم فإن هذا الأثر دائما في مصلحة المانع، لأنه في حالة إخلال المتلقي بهذا التعهد يتعرض للمساءلة القانونية، وتثار مسؤوليته العقدية التي ينتج عنها التعويض عن الأضرار التي تصيب المانع.

وفضلاً عن التعهد الكتابي فقد يتفق المتفاوضون في بعض الأحيان على أن يقوم طالب المعرفة الفنية بدفع مبلغ من المال من أجل ضمان الالتزام بالحفاظ على السرية، كما هو الشأن بالنسبة للكفالة المالية³ التي تتمثل في أن يقوم المتلقي للمعلومات بإيداع مبلغ نقدي معين من المال في حساب المانع لهذه المعلومات ويعتبر هذا المبلغ بمثابة ضمان لعدم إفشاء سرية المعلومات أو استخدامها، وفي حال التوصل إلى إبرام العقد فإن هذا المبلغ يحتسب من قيمة المقابل الذي يتم صاحبه أو يفقده على أساس أنه تعويض لصاحب المعرفة الفنية عن

¹ عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية، لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، ص75.

² حسن علي كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2005، ص64

³ للاطلاع على بعض الدراسات الفقهية المتعلقة بالكفالة والضمانات بشكل عام انظر:

- حمدي بارود، "المبادئ التي تحكم التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها" مرجع سابق، ص 858

- محمد حسين منصور، النظري العامة للالتزام، الأزاريطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر، ص55

إفشائه للأسرار التي اطلع عليها بمناسبة المفاوضات، ويستحسن أن يتم الاتفاق على أمر إعادته أو فقدانه مقدما بين المفاوضين.

كما قد يشترط مانح المعلومات بدلا من ذلك أن يقدم المتلقي خطاب ضمان أو صكا صدقا¹ وفقا لما يراه المانح مناسبا، وهو ما يحدث عادة عند حصول التعامل عدم تسرب المعلومات الفنية، والمعارف التقنية بدون مقابل، ومن ثم فإن مصير هذه المبالغ إما أن تخصم من المبلغ الذي يتم اتفاق عليه كمقابل للأسرار التجارية عند إتمام العقد، أو مصادرتها لحساب المانح عند إخلال المتلقي بالتزامه بالسرية².

ونظرا لخطورة الآثار المذكورة أعلاه، ينبغي على من يقدم هذه الضمانات أن يحتاط لذلك، فقد تفشل المفاوضات لسبب لا علاقة له بإذاعة السر وإفشائه، ثم يمتنع الطرف المانح الذي تحصل على الضمانة عن ردها أو يساوم فيها لسبب أو الآخر، وهذه الحيلة تتمثل في أن من يقدم الكفالة يجب ألا يقوم بتقديمها إلا إذا كان مطمئنا إلى أمانة المانح ومثانة مركزة المالي، وأن لا يكون مبلغ الكفالة مبالغا فيه، وأن يحدد التفاصيل اللازمة بشأن رد مبلغ الكفالة إذا فشلت المفاوضات لسبب خارج عن إرادة المتلقي، بأن يحدد المدة التي ينبغي على المانح خلالها أن يرد المبلغ بعد فشل المفاوضات، علما بأن مبلغ الكفالة لا يعد مقابلا لاطلاع

¹ وقد عرفه المشروع الليبي في القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري أنه (تعهد صادر من مصرف بناء على طلب عميل له الأمر) للتوسع في هذا الخطاب من حيث مفهومه ومدى ما يحققه من ضمان انظر:

نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية - وغير التبعية)، دون اسم ناشر وسنة النشر، ص 185 وما بعدها.

² ويرى جانب من الفقه أن أفضل ضمان للمحافظة على السرية في مرحلة المفاوضات يتمثل في ألا يخرج المفاوض من الأسرار التكنولوجية والتقنية إلا القدر اللازم والضروري لتمكين الطالب من تقدير قيمتها الحقيقية، حتى يتسنى له المقارنة بينها وبين الثمن المطلوب فيها، كان يقتصر الأمر على تمكنه من الاطلاع على نتائج استعمالها، انظر في هذا الخصوص: وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 211.

المتلقي على المعلومات السرية أثناء فترة التفاوض، وإنما يشكل ضمانا ووسيلة ضغط على المتلقي لتنفيذ التزامه بالحفاظ على سرية المعلومات والمعارف التي اطلع عليها¹.

وهكذا تتعدد الضمانات التي قد يتم استعمالها من الأطراف المتفاوضة لضمان الوفاء بالالتزام بالسرية، وبما أن الأمر يتعلق بعمل إرادي، فإن هذه الضمانات لا حصر لها، ما دامت في حدود النظام العام والآداب العامة. ينضاف الى تلكم الالتزامات التزامات أخرى اذكر منها على سبيل المثال الالتزام بعدم اجراء مفاوضات موازية.

الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

يسعى المتعاملون في ميدان الأعمال إلى الوصول إلى إبرام أفضل العقود التي تحقق طموحات مشروعاتهم وتمكنهم من توسيع أنشطتهم التجارية، على المستويين الوطني والدولي، وعليه، فلأجل تحقيق هذا الغرض، هل يمكن إجراء مفاوضات موازية من أجل إبرام نفس العقد؟

وفقا للقواعد العامة، إن إجراء مفاوضات موازية، هو أمر مشروع، عملا بمبدأ الحرية التعاقدية، ومن ثم لا يمكن القول بوجود التزام يمنع إجراء المفاوضات الموازية، إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة، يسمى شرط الحصر، وتبعا لذلك فإنه لا يصح الاستناد إلى المبدأ العام الذي يحكم المفاوضات، وهو مبدأ حسن النية، للإقرار بأن أعمال مبدأ حسن النية يقتضي منع إجراء مفاوضات موازية من جانب الطرفين، أحدهما أو كلاهما،

¹ ميثاق طالب مرجع سابق، ص 374 وما بعدها.

مع طرف ثالث، للانتهاء إلى القول بأن وجود تلك المفاوضات يشكل سوء النية الذي يعد خطأ يستوجب المسؤولية.¹

في إطار هذا الموضوع نستحضر الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الفرنسية، والذي جاء فيه ما يلي :

إذا كانت A و B ترغب في الحصول على حصرية المفاوضات، فإنه كان عليها، كما تقوم العادة في المادة التجارية، أن تفرض توقيع بروتوكولات سرية وحصرية "...

وجاء في قرأ آخر صادر عن محكمة الاستئناف بباريس بصدد التفاوض حول رخصة حق المؤلف ما يلي :

إذا كانت الشركة قد رغبت في التوجه إلى صانع آخر كان عليها أن تقطع المفاوضات وتتوجه إلى هذا الصانع الآخر²

وما يستفاد من هذا الحكم الأخير أن الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية يقع صحيحا، حتى ولو لم يوجد اتفاق الأطراف يقضي بهذا الالتزام، وعليه يكون على الراغب في إجراء

¹ أحمد عبد الكريم سلامة: قانون العقد الدولي، م س، ص 111.

البلجيكية لإبرام عقد بموجبه تتنازل الأولى للثانية Alvat الفرنسية تفاوضت مع شركة Gallay تتلخص وقائع هذا الحكم في أن شركة² من الحصص التي تملكها بأحد فروعها، وتم الاتفاق على الثمن، غير أن الشركة البلجيكية قد علمت أثناء مفاوضاتها مع الشركة 70% عن الفرنسية أن هذه الأخيرة قد أجرت مفاوضات موازية على نفس العملية مع شركة إنجليزية، مما دفعها إلى وقف المفاوضات وإنهاؤها ورفعت الأمر إلى المحاكم الفرنسية، وطلبت أصليا التنفيذ العيني للالتزام بنقل الحصص المتفق عليها مدعية بانعقاد العقد، واحتياطيا بإلزام الشركتين الفرنسية والإنجليزية بالتضامن بدفع التعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء قيامها – أي الشركة الفرنسية – بمفاوضات قضت محكمة أول درجة وفق ما تقدمت به الشركة البلجيكية، غير أنه لما عرض الأمر على محكمة الاستئناف، قضت بإلغاء موازية الحكم الابتدائي وانتهت إلى القول بعدم ثبوت وجود اتفاق صريح على حظر إجراء المفاوضات الموازية، وبالتالي فإن الشركة الفرنسية لم تخالف أي التزام، بل أكدت محكمة الاستئناف أن الشركة الفرنسية كانت قد طرحت عرضا عاما موجه إلى جميع الشركات في العديد من الدول تحت مسمى "البحث عن شريك

حكم أشار إليه - cour d'appel de Versailles. 5 mars 1992. Rev. Trim. Chr. Civ. 1992. p 752. -
- (J) Mestre : « transparence et droit des contrats, revers de jurisprudence commerciale 1993. p 166.

المفاوضات الموازية أن يقوم أولاً بقطع المفاوضات ثم ثانياً التوجه إلى طرف آخر للتفاوض معه .

غير أن تطور مجال الأعمال جعل من تطبيق هذا الحكم حبيس القضية التي صدر في شأنها الحكم القضائي، وما يركي هذا القول هو أن أغلب القرارات الصادرة في هذا المجال واللاحقة عليه، لا تعتبر الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية قائماً إلا عند وجود شرط تعاقد يقيضي بذلك، ومنه فعدم وجود هذا الشرط يستفاد معه أن إجراء المفاوضات الموازية هو سليم وصحيح.

هكذا يظهر أن الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية لا يتم تفعيله، وبالتالي لا يلتزم به أطراف التفاوض، إلا عند وجود اتفاق صريح مبرم بين الطرفين ينص على حصريّة المفاوضات الموازية .

وتبعاً لذلك، وباعتبار أن منع إجراء المفاوضات الموازية يلحق الضرر بالطرف المتفاوض، إذ بمقتضى هذا المنع، يحرم هذا المتفاوض من الوصول إلى طرف ثالث قد يقدم له عرضاً جيداً يحقق له مصلحة أفضل، فإنه غالباً ما يطلب هذا الأخير - أي المتفاوض الملتزم بعدم إجراء مفاوضات موازية - مقابلاً مالياً يتم الاتفاق عليه وتحديد بدقه من قبل الطرفين .

هذا، والاتفاق بعدم إجراء مفاوضات موازية يجب أن يتم تحديد مدة سريانه والموضوع الذي يمنع فيه إجراء المفاوضات بدقه، إذ أن المنع لا يجب أن يكون عاماً ولمدة غير محددة،

فالالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية هو التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي، فإن المسؤولية تتحقق بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة .

وعلى أي حال، فمضمون هذا الاتفاق، ومدى مشروعيته، وجزاء الإخلال به يخضع لإرادة الأطراف الواضحة والصريحة وعليه لا مجال لتدخل المحكمة في تفسير هذه الإرادة، ما دامت هذه الأخيرة واضحة ومشروعة، إلا عند غموضها، حيث تقوم المحكمة في هذه الحالة بإعمال قواعد التفسير المنصوص عليها في القانون، وبالتالي إعطاء التكييف القانوني الصحيح لهذا الاتفاق¹ .

¹ من ضمن هذه القرارات، القرار المشار إليه سابقا، والمتعلق بالنزاع الواقع بين الشركة البلجيكية والشركة الفرنسية.

المبحث الثالث: شرط إعادة التفاوض

تعد العقود من أبرز الوسائل القانونية والفنية التي تلجأ إليها الأفراد والمؤسسات في المعاملات التجارية والاقتصادية، وهي من أهم مصادر الالتزام الذي تترتب على إثرها الحقوق والالتزامات وتتنظم بشكل يتلاءم مع مصالح وحاجات أطرافها. وقد استقر الفكر القانوني على أن العقد هو عبارة الي توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين ونظرا للأهمية البالغة للعقود ودورها في تحقيق استقرار المعاملات، فقد سنت مختلف التشريعات المقارنة قواعد آمرة تضمن حسن تنفيذها على أكمل وجه، دون إخلال أو تقصير مع عدم جواز مخالفتها أو تعديلها إلا فيما يرد بشأنه اتفاق بين أطرافه. ولعل من أبرز القواعد القانونية في هذا المضمار ما يعرف بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ تعتبر هذه القاعدة من أبرز القواعد الآمرة المتعارف عليها في مجال العقود، والتي يلتزم بموجبها طرفي التعاقد بتنفيذ العقد تنفيذا شاملا لكل ما ورد فيه من شروط وأحكام دون تعديل أو تغيير إلا باتفاق المتعاقدين فيما بينهم. وبالرغم من القوة الإلزامية لهذه القاعدة في مجال العقود إلا أنها ليست مطلقة، ذلك أن كثيرا من التشريعات أوردت بعض الاستثناءات من أجل تحقيق التوازن بين أطراف العقد، خاصة في مجال العقود متراخية التنفيذ أي ذات المدة الطويلة، والتي قد يصاحب عملية تنفيذها احتمال وقوع حوادث تؤدي إلى إعاقة تنفيذها دون أن تجعلها مستحيلة¹.

وفي هذا الإطار يتم الحديث عن نظرية إعادة التفاوض وارتباطها بالقوة القاهرة والحدث الفجائي، وتنزيلهما على جائحة كورونا، وتأثيرها على حماية الطرف الضعيف.

¹ عبد الرحيم السليماني، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة القانون التجاري، العدد الخامس والسادس، سنة 2019، ص 97

الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية

أولاً: نطاق شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية

تتجلى مصلحة أطراف العقد الدولي في ضرورة حماية أنفسهم ضد التغيرات والظروف التي تؤثر على تنفيذ العقد أياً كانت طبيعتها. وقد خلق الفن التعاقدى أكثر من شرط لمواجهة هذه التغيرات، ومن هذه الشروط ما يسمى شروط تعديل العقد تلقائياً، ويطلق عليه البعض شروط المحافظة على القيمة، وتهدف إلى تعديل بنود العقد بشكل تلقائي دون تدخل من الأطراف. ومنها شرط " الإبقاء على القيمة على أساس مؤشر أو أكثر " a clause d'indexation وشرط الإبقاء على القيمة رغم تغير العملة أو أية أسباب أخرى la clause d'echelle mobile ، وهناك شروط مراجعة العقد التي تهدف إلى إعادة تعديل بنود العقد. ويعتبر شرط إعادة التفاوض أبرز هذه الشروط وأكثرها جدبا لاهتمام فقه التجارة الدولية¹.

ويمكن القول بأن شرط إعادة التفاوض hardship يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد، وتكون هذه الأحداث مستقلة عن إرادتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد والتي من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح، والهدف الذي يسعى الشرط إلى تحقيقه هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض بين الأطراف حتى يتماشى مع الظروف الجديدة وإزالة عدم العدالة بين الالتزامات التي سببتها هذه الظروف. فالشرط إذن هو الوسيلة

¹ Silard (S.A) clauses de maintien de la valeur dans les transaction internationales , journal de droit international , 1972 , p 213

الفنية المناسبة لإنقاذ العقد وضمان استمراريته وحماية مصالح أطرافه مع ملاءمتها لظروف التجارة الدولية¹.

وقد عمل معهد القانون الموحد المعروف اختصاراً بـ Uni droit على وضع مبادئ قانونية سنة 1994 وتمت مراجعتها سنة 2004 لتساير التطورات الاقتصادية التي تلابس العمل التجاري الدولي وتكون مقبولة من كافة النظم القانونية المختلفة، بحيث يستطيع المتعاملون في حقل التجارة الدولية الاستعانة بها كما يستند المحكمون إليها في كثير من الأحيان عند قيامهم بتسوية المنازعات ذات الصلة. ويعتبر شرط إعادة التفاوض في تنفيذ عقود التجارة الدولية من أبرز ما جاء في المبادئ المذكورة، إذ تنص المادة 18 على أنه " في حالة شرط إعادة التفاوض hardship يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسبباً.

وفي نفس السياق تضع مبادئ القانون الأوربي للعقود، خاصة الفصل 111 / 6 التزاماً بإعادة التفاوض بغاية ملاءمة العقد أو إنهائه كلما أصبح تنفيذ هذا الأخير أكثر صعوبة وإرهاقاً لأحد الطرفين نتيجة تغير الظروف.

هكذا إذن، وانطلاقاً من مضمون هذا الشرط يلتزم طرفي التعاقد بتنفيذ التزاماتهم حتى ولو أصبح تنفيذ العقد أشد كلفة، وذلك عن طريق الجلوس مع بعضهم البعض والتفاوض لإيجاد حل مقبول عن طريق تعديل بعض أحكام وبنود العقد حتى يتناسب مع -الواقع المرهق ومن ثم يستمر بعد تعديله حتى نهاية أجله، أما في حالة عدم الوصول إلى حل مرض ومقبول

¹ Goldman ta lex méritoires dans les contrats l'blerest réalité et perspectives pour de dinstantemanal 1979.p488

من جميع الأطراف عندئذ. يمكن اللجوء إلى القاضي أو المحكم أو الوسيط لتغيير ما يراه مناسباً ومحققاً لحاجات ومصالح طرفي التعاقد¹.

لكن ما ينبغي الإشارة إليه أن أطراف العقد إذا أغفلوا إدراج هذا الشرط، إما سهواً أو لقلة خبرة، فإن اللجوء إلى القضاء الوطني لا يتيح إمكانية تعديل أحكام العقد إلا في حالة الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة التي تنطبق بالقدر والشروط المتطلبة قانوناً أو قضاءً.

أما اللجوء إلى التحكيم الدولي فإنه يعرف تذبذباً في المواقف، فكثير من القرارات التحكيمية تعطي أولوية كبيرة لمبدأ القوة الملزمة للعقد *pacta sunt servanda*، على اعتبار أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية على قدر من المهنية والخبرة العالية، ويفترض أن يكونوا على علم بالمخاطر التي تحيط بالعقود التي يبرمونها، حتى يتأني لهم حماية أنفسهم ضد التقلبات التي قد تحدث في الظروف بإدراج ما يشاءون من الشروط.

يفسر عدم تضمين شرط إعادة التفاوض على أنه قبول ضمني بهذه المخاطر. ولذلك يلاحظ أن غالبية القرارات ترفض تعديل أحكام العقد في حالة خلوه من شرط إعادة التفاوض ولا يختلف الأمر كثيراً إذا طبق المحكم قانوناً وطنياً معيناً اختاره الأطراف لحكم العقد. فنظام تغيير الظروف ومدى السماح للقضاء بالتدخل لتعديل أحكام العقد، مسألة تتباين فيها النظم القانونية الوطنية.

وتطبيقاً لذلك أكدت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في قرار صادر عنها " أن ضرورة احترام استقرار العلاقات التجارية يتعارض مع كل مراجعة للعقد بسبب أحداث

¹ Leval (PA propos de la médiation dans la vie des affaires , JCP ; Ed 1989, p11

لاحقة على إبرامه، مادامت هذه الأخيرة لا تأخذ وصف القوة القاهرة وطالما لم تكن هذه المراجعة منصوص عليها صراحة في العقد¹.

وفي المقابل نجد قضاء التحكيم الدولي يميل إلى تكريس مراجعة العقد نتيجة الظروف الطارئة كأحد الأسس الضرورية والملحة في مجال التجارة الدولية. وفي هذا الإطار اعتبرت هيئة التحكيم الدولية في قضية رقم 2291 بتاريخ 1975 أن تعديل العقد لتغيير الظروف يندرج ضمن قانون التجارة الدولي المعروف بـ La Lex – mercatoria الذي يقتضي توازن الأداءات على المستوى المالي².

بل في قرار آخر أكدت هيئة التحكيم أن مراجعة العقد بغرض تحقيق التوازن في الأداءات العقدية يجد أساسه في مبدأ حسن النية كأحد أبرز المبادئ التي يتضمنها قانون التجارة الدولي، وبغض النظر عن القوة الإلزامية للعقد³.

ثانياً: ميزات شرط إعادة التفاوض

يتميز شرط إعادة التفاوض hardship بأنه شرط تعاقدى خاص، لأن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف. وعلى هذا الأساس فإن إدراج هذا الشرط يفرض على الأطراف، لتأمين التطبيق الجيد له، توضيح مفهوم الشرط وتحديد الأحداث التي تستوجب تطبيقه، أي الأسباب التي تؤدي إلى الاختلال بتوازن العقد وقد تكون هذه الأحداث وطنية أو دولية، اقتصادية، سياسية أو مالية. وتتميز بكونها خارجة عن إرادة الأطراف وغير متوقعة منهم وقت إبرام العقد.

¹ journal de droit international 1977 ,p 947

² Journal de droit international , 1976 , obs Derains, Y p989

³ sentence CCL rendue dans l'affaire n 4761, 1987 - Journal de droit international 1987, p 1012

كما يجب أن يحدد الأطراف أيضا المقصود باختلال التوازن العقدي، الذي يحدثه التغيير والمتمثل في وقوع ضرر كبير واختلال خطير في اقتصاد العقد"، ويفسر البعض ضرورة تعديل أحكام العقد في حالة ما إذا أصبح العقد مجحفا بأحد المتعاقدين، إما لأن العقد توقف عن أن يحقق الفائدة التي تم إبرامه لتحقيقها، وإما لأن هذه الفائدة تعدلت بشكل كبير بسبب اختلال توازن الأداءات التعاقدية¹.

وتجدر الإشارة أنه إذا كان التغيير في الظروف الذي يطرأ على العقد لا يحدث إلا نتائج تدرج في مجال المخاطر العادية، فإن ذلك لا يكفي لتبرير طلب مراجعة العقد عن طريق تطبيق أحكام شرط إعادة التفاوض. حيث لا ينتج الشرط أثره إلا إذا ترتب على تغيير الظروف الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما يؤدي إلى الإضرار بالمدين بصورة غير مألوفة. وبمعنى آخر أن الانقلاب في اقتصاد العقد المبرر لإعمال الشرط يجب أن يتجاوز المخاطر العادية التي تقع دائما في نطاق التوقع من جانب الأطراف والتي يتحملونها دائما في سبيل تنفيذ العقد واحترام تعهداتهم، فضلا عن ذلك، فإن حسن النية في تنفيذ العقود يحول دون طلب إعادة التفاوض لمجرد تغيير الظروف بصورة لم تتجاوز الحد المعقول. كما هو الشأن مثلا. في مجرد تغيير الثمن، أو تكلفة الإنتاج، أو أجور اليد العاملة، أو سعر المواد الأولية التي تنتج في الانقلابات الاقتصادية².

فهذه الأمور لا تكفي وحدها للقول بأننا بصدد اختلال توازن الأداءات التعاقدية، على اعتبار أن كل عقد يتضمن قدرا معيناً من المخاطر يقبلها الأطراف أو من المفروض أن يقبلوها

¹ Yoirin P ; de léimprevion dans les rapports en droit prive : thèse ; Nancy 1922 ;p 82

² عبد الرحيم السليمان، شرط إعادة التفاوض في عود التجارة الدولية، م س، 2019، ص 107

عند إبرام العقد. ويتحدث الفقه عن اختلال يؤدي إلى نتائج مختلفة بشكل أساسي عن تلك التي واجهها الأطراف عند إبرام العقد. كما لا يكفي لإعمال شرط إعادة التفاوض أن تقع حوادث طارئة عقب إبرام العقد حتى وإن كانت جذرية أو أساسية بل يشترط، إضافة إلى ذلك، أن تتأثر التزامات أحد المتعاقدين بشكل يصيب المدين بخسارة فادحة.

وفي هذا الصدد ورد في قرار صادر عن هيئة التحكيم في القضية رقم 5617 لسنة 1989 ما يلي " اختلال التوازن الذي يجيز تعديل العقد يشير إلى ظروف مختلفة منها، تغيرات جوهرية في الظروف المحيطة بالعقد تؤثر في التنفيذ المتبادل لالتزامات المتعاقدين أنفسهم بحيث تجعل التزامات أحدهم غير معقولة وغير عادلة بالنسبة إلى التزامات المتعاقد الآخر¹. ومن جانب آخر يتطلب الأمر أن يكون الحدث المنتج لشرط إعادة التفاوض غير متوقع وقت إبرام العقد ومستقل تماما عن إرادة الأطراف أو خارج عن سيطرتهم ، بيد أن هذه المسألة تبقى نسبية إلى حد كبير، حيث يتم تقدير عدم التوقع حسب كل حالة على حدة، على اعتبار أن الظروف المستجدة سواء كانت طبيعية أو اقتصادية أو سياسية قد تكون متوقعة حيناً، وقد لا تكون كذلك أحياناً أخرى، وقد عرفت هيئة التحكيم عدم التوقع في القضية، رقم 2216 لسنة 1974 بقولها " يعني عدم التوقع أنه في لحظة وقوع الحدث لا توجد أية أسباب خاصة تدل على أنه سوف يقع "²

¹ journal de droit international . 1994.p104

² journal de dit international . 1975 , p917

ثالثاً: نتائج المترتبة على تطبيق شرط إعادة التفاوض

إن تطبيق شرط إعادة التفاوض قد يثير جملة من الإشكاليات يتوقف حل معظمها على ما اتفق عليه الأطراف مسبقاً، فلا يكفي الإشارة لهذا الشرط بشكل عام وفضفاض مما قد يثير اللبس والغموض، وبالتالي يصعب الوصول إلى نية الأطراف، لذلك نجد فقهاء التجارة الدولية يركزون على الصياغة الدقيقة والواضحة لهذا الشرط والتي سيكون لها بلا شك تأثير بالغ على مصير العقد.

أولاً: واجب إعادة التفاوض

عندما يدرج شرط إعادة التفاوض في العقد، فإنه يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساسي في توازن الأداءات العقدية. فمتى وقع حادث طارئ، فإن الالتزام الرئيسي الذي يفرضه تطبيقه هو جلوس الأطراف إلى مائدة التفاوض. وفي هذه الحالة، فإن إجراءات التفاوض تبقى خاضعة للقواعد العامة لحسن النية وواجب التعاون، فالطرف المتضرر يجب أن يكون لديه فعلاً وضع مرهق نتيجة ظروف حقيقية قائمة يمكن الاستدلال عليها بشتى الوثائق والمستندات، وألا يكون طلب إعادة التفاوض مجرد مناورة. وخلال المفاوضة يجب على الطرفين سلوك طريقة بناءة بإزالة جميع العوائق وإتاحة جميع المعلومات الضرورية¹.

وتطبيق ذلك نجده في حكم محكمة استئناف باريس في قضية SHELL E.D.P

وتتمثل وقائع القضية في أن شركة shell أبرمت مع شركة E.D.F عند توريد Fuel – oil

¹ Primom (S) : l'économie du contrat , PU Aix - Marseille ,2004 , p272

طويل المدة بغرض الحصول على ثمن أفضلية. وقد احتوى العقد على شرط ينص على أنه " ... سوف يفحص الأطراف التعديلات الواجب إدخالها على العقد سواء فيها يتعلق بالثمن أو بأي شرط آخر إذا ورد على fuel - oil ارتفاع في الثمن أكثر من ستة فرنكات بالمقارنة بالقيمة الأصلية ". وفي تفسيرها للشرط ارتأت المحكمة أن الأطراف لم يرغبوا في وضع نهاية لعقدهم بل رغبوا في تعديله وفقا للظروف الجديدة حفاظا عليه. ولذا فإن المحكمة دعت الأطراف إلى التفاوض وعينت مراقبا مكلفا منها لمتابعة هذه المفاوضات ولإعداد تقرير يقدمه في حالة فشل هذه المفاوضات¹.

ولتأمين عملية دخول الأطراف في التفاوض، فإن هناك نوعين من الالتزامات المتقابلة: يفرض على المضرور التزاما بإخطار المتعاقد الآخر بوقوع الحادث ونطاقه وآثاره على تنفيذ العقد. ويمثل هذا الإخطار نقطة البدء في عملية التفاوض وهو الذي يسمح للطرف الآخر بأن يلبي الدعوة بالدخول في التفاوض. وفي غالبية الحالات يتفق الأطراف على أن يتم هذا الإخطار في أقرب وقت ممكن، أو في مدة محددة يتفقون عليها. وفي المقابل يفرض على المتعاقد الآخر التزاما بالدخول في التفاوض للبحث في مدى إمكانية تعديل العقد لتتماشي أحكامه مع الظروف الجديدة.

أما في حالة رفض أحد الأطراف الدخول في هذه المناقشات بدون مسوغ مقبول فإن ذلك من شأنه إثارة مسؤوليته وإمكانية أن يطالب الطرف الآخر بتعويض الضرر الذي أصابه. والجدير بالذكر أنه أحيانا يعتد بالرفض حين يكون لدى المتعاقد أسباب جدية تمنعه من الدخول

¹ cour d'appel de paris , 28 septembre 1976. Revue de l'arbitrage , 1977 , p341

في المفاوضة، ويتحقق هذا الأمر في صور متعددة منها مثلاً: أن الحادث كان متوقعاً، أو أنه أدى فقط إلى زيادة التكلفة بصورة عادية أو مألوفة¹.

الفرع الثاني: القوة القاهرة والحادث الفجائي

أولاً: تمييز شرط إعادة التفاوض عن التقليدي للقوة القاهرة

فكرة القوة القاهرة قديمة في التاريخ، حيث عرفت معظم الشرائع القديمة، وأول من عرفها هو القانون الروماني "Vis major" بالقول بأن: كل ما يستعصي توقعه بوسائل الإدراك الإنساني، وحتى إن أمكن توقعه فإنه يستعصي على المقاومة.

ويوصف مفهوم القوة القاهرة بأنه: "حادث يقع عند تنفيذ العقد، غير متوقع ولا يمكن دفعه، وهو مستقل عن إرادة المتعاقدين، ويؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام، والنتيجة المترتبة على القوة القاهرة بهذا المفهوم، هو انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين².

وقد أخذت معظم التشريعات بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة، في شكل نصوص توضح خصائصها والآثار المترتبة عنها، غير أن هذه التشريعات لم تضع تعريفاً دقيقاً لها، تاركة للفقهاء والقضاء مهمة تشخيص عناصره وتقييمها، حسبما تقتضيه ظروف الحادث، ولأهمية ذلك سنحدد مفهوم القوة القاهرة عند كل من التشريع والفقهاء والقضاء فيما يلي:

تعريف التشريع للقوة القاهرة

أخذت معظم التشريعات المقارنة بفكرة القوة القاهرة، وبالتالي صارت مبدأً مسلماً به في هذه التشريعات؛ فبالرجوع للقانون الإنجليزي، نجد أن القاعدة العامة التي كانت مطبقة فيه

¹ عيد الرحيم السليمانى، مجلة القانون التجاري، م س، 113

² Mra (ph) : Force majeure et contrats internationaux de longue durée J.D.L 1975 , édition counet , p . 479

حتى 1863؛ تقضي بأنه على كل طرف في العقد مسئولية تنفيذ كامل التزاماته العقدية، ولا يمنح له أي عذر عن عدم تنفيذ التزامه، بحجة أن هذا التنفيذ أصبح في وقت لاحق مستحيلًا وغير ممكن، حيث كان الأمر موكولاً إلى الأطراف الذين كانوا يدرجون في العقد ما يشؤون من الشروط التي تحميهم ضد الأحداث التي تقع أثناء تنفيذه، غير أنه وبعد عام 1983، ومن خلال قضية تايلور " Tayor " وكالدويل " Caldwel " ، تبنى القضاء الإنجليزي نظرية الاستحالة المادية، التي تقضي بفسخ العقد إذا ما هلك محله فيما بعد إنشاء الرابطة العقدية. وقد منح القضاء الإنجليزي سلطة تقديرية واسعة للقاضي، في إمكانية إعفاء المدين ولكن القانون الإنجليزي لم يقف عند حدود معيار الاستحالة المادية، بل عرف نوعاً آخر من الاستحالة وهي نظرية استحالة الهدف " Frustration؛ التي تقضي بإعفاء المدين في العقود التجارية من تنفيذ التزامه، إذا أصبح التنفيذ مستحيلًا أو صعباً بسبب لا يرجع لخطئه، وإنما يرجع لحوادث قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد، بحيث أنه لو توقعها الرجل العادي عند إبرام العقد لما أقدم على التعاقد، وبالتالي إذا فقد العقد غايته الاقتصادية، يمكن القول بأن هذا العقد لم يعد وجوده ممكناً¹.

أما التشريع المدني الفرنسي الحديث فقد نص المادة (1351) منه على القوة القاهرة بقوله : "استحالة تنفيذ الأداء تبرئ المدين في حدوث الاستحالة، إذا كانت ناشئة عن حالة القوة القاهرة وكانت نهائية، ما لم يتفق على تحملها أو تم إعداره مسبقاً".

¹ عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر العربي، بيروت، 1971 م، ص 320

ويلاحظ على هذه المادة أن التشريع الفرنسي، لم يضع تعريفاً لمعنى القوة القاهرة، وإنما اكتفى بذكر آثارها على المدين، كمانع من تنفيذ التزامه، وهذا ما فعله القانون المدني المصري والعراقي.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نظم القوة القاهرة في الفرع الثاني من القسم الرابع من قانون الالتزامات والعقود المغربي أثناء عرضه لأسباب عدم تنفيذ الالتزام وذلك في الفصل 269 منه والذي ينص على أن {القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه، كالظواهر الطبيعية والفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد وغارات العدو وفعل السلط ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً

ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقر المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه، وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين}

أما في مجال المسؤولية التقصيرية فإن المشرع المغربي قد نص على القوة القاهرة في الفصل 95 واعتبرها واحداً من الأسباب المؤدية إلى الإعفاء من المسؤولية إذا لم يسبقها أو تصاحبها بفعل يؤخذ به المدعى عليه¹.

تعريف الفقه للقوة القاهرة:

يقوم الفقه بدور كبير في توضيح العديد من المفاهيم التي يثور بشأنها خلاف، ومنها القوة القاهرة حيث حاول الفقهاء توضيح معناها، وشروطها وآثارها وعلاقتها مع الحادث

¹نرجس البكري، التفاوض في العقود الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، المغرب، 2012/2011، ص335

المفاجئ، وقد اقترح الفقهاء في هذا الصدد تعاريف مختلفة ومتعددة للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، ويرجع ذلك إلى اختلاف الفقهاء في تحديد أساس الإعفاء من المسؤولية العقدية، هل هو إثبات انتفاء الخطأ؟ أو إثبات السبب الأجنبي؟.

فيعرفها البعض بأنها: كل قوة لا يمكن مقاومتها، كما يعرفها البعض الآخر بأنها: حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه، ويترتب عنه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً¹.

ما يلاحظ على هذه التعاريف، أنه لا يوجد اختلاف بينها، حيث تتفق على أن يكون الحادث المكون للقوة القاهرة غير متوقع وغير ممكن دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، وقد اختلف الفقهاء حول القوة القاهرة والحادث المفاجئ، فهناك اتجاه فقهي ذهب جانب منه إلى القول بوجود التفرقة بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، واعتمدوا على فكرة أساسية للتفرقة بينهما تتمثل في مدى كون الواقعة خارجة وأجنبية عن إرادة المدين، أم داخلية ولصيقة بها، فإذا كانت خارجة وأجنبية عن إرادة للمدين فالأمر يتعلق بالقوة القاهرة، وإذا كانت داخلية ولصيقة به فالأمر يتعلق بالحادث المفاجئ².

تعريف القضاء للقوة القاهرة

يعرف القضاء الفرنسي القوة القاهرة بأنها: "ذلك الحادث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ التزاماته، شريطة أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه. يتضح من هذا التعريف: أن القضاء الفرنسي يشترط توافر ثلاثة عناصر حتى تكون أمام القوة القاهرة، وهذه العناصر هي:

¹ زروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1978 م، ص 12.

² حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط 2، دار المعارف، 1979 م، ص 389.

1. أن يكون الحادث غير متوقع

2. حادث لا يمكن دفعه

3. حادث أجنبي خارج عن إرادة المدين

وبتوافر هذه العناصر، يجوز للمدين أن يتمسك بوجود القوة القاهرة حتى يعفى من مسؤوليته، ولكن شريطة أن يكون الحادث الذي يتمسك به المدين، ناشئاً بعد تاريخ سريان العقد، وذو طبيعة تمنع تنفيذ الالتزامات سواء كلياً أو جزئياً، سواء أكان هذا المانع مؤقتاً أم نهائياً¹.

ويتميز تعريف القوة القاهرة بهذا المحتوى بأنه عام وشامل، بحيث أنه ليس من الضروري، وضع صورة مسبقة لتحديد نوعية الحوادث، التي يمكن أن تعتبرها حالة من حالات القوة القاهرة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأمر يتطلب في كل مرة، تحليل ما إذا كان الحادث يحتوي خصائص القوة القاهرة أم لا؟ مما قد ينتج عنه احتمال الخطأ أو عدم الدقة في صحة تقييم الحالات المعروضة أمام القاضي، نظراً لاختلافها وتنوع ظروف نشأتها، كما عرفت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1976/1/29 القوة القاهرة كما يلي: {القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (165) من القانون المدني تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما قد تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ، بشرط أن تتوافر فيه استحالة التوقع واستحالة الدفع، وينقضي به التزام المدين في المسؤولية العقدية، وتتقضي به علاقة السببية بين الخطأ

¹ Cour de cassation 3eme chambre civil 24 Mars 1993 , J.C.P. no 12obs,Gring

والضرر، ولا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين}، أما محكمة استئناف القاهرة فقد عرفت القوة القاهرة بأنها: {الأمر الذي لن يكن ممكناً توقعه ولا تلافيه ويجعل الوفاء بالتعهد مستحيلاً}

اختلاف المفهوم التقليدي للقوة القاهرة عن الالتزام بإعادة التفاوض

تختلف القوة القاهرة بمفهومها التقليدي عن الالتزام بإعادة التفاوض، وذلك من خلال النتائج المترتبة على كل منهما، وأيضاً في درجة تأثير الحدث المكون لكل منهما على تنفيذ العقد، وهو ما سأوضحه فيما يلي:

الاختلاف من حيث التأثير على تنفيذ الالتزام

يؤدي الحادث المكون لاللتزام بإعادة التفاوض إلى الإخلال بتوازن العقد، مما يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد المتعاقدين، أو يصيبه بضرر فادح إذا ما نفذ بالشكل المنصوص عليه في العقد، بينما تؤدي القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، إلى استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام التعاقدي، فالمدين الذي يواجه القوة القاهرة يستحيل عليه تنفيذ ما التزم به تجاه المتعاقد الآخر، والأثر الطبيعي الذي تخلفه هذه الاستحالة، وقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة، وانفساخه في حالة كونها نهائية¹.

وقد حرصت مبادئ " Unit droit " على إبراز هذا الفرق بين استحالة التنفيذ واختلال توازن العقد، حيث تصف المادة 6 فقرة 2 بند 2 منها على أن: "الأحداث المشكلة لاللتزام إعادة التفاوض التي يجب أن يخل فيها توازن الأداء بشكل أساسي"، بينما المادة 7 فقرة 1 بند 7 اشترطت لعدم قيام المسؤولية المدين عن عدم تنفيذ التزامه، "أن يرجع ذلك لعائق غير

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة لاللتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995 م، ص 319

متوقع عند إبرام العقد، وأنه لم يستطع تجنب وقوعه أو منعه أو التغلب على نتائجه"، ونفس الأمر نجده في الشرط النموذجي الخاص بالقوة القاهرة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية، والاقتراحات التي قدمتها الغرفة بخصوص الظروف الطارئة.

الاختلاف من حيث النتائج

إن أهم مظاهر اختلاف القوة القاهرة بمفهومها التقليدي، عن مفهوم الالتزام بإعادة التفاوض، تكمن في النتائج التي يترتبها النظام القانوني لكل منهما، فالالتزام بإعادة التفاوض يفرض على الأطراف، التزاماً جديداً بإعادة التفاوض حول العقد، وذلك على العكس من القوة القاهرة بمفهومها التقليدي التي تؤدي إلى انتفاء مسؤولية المدين وفسخ العقد تلقائياً بحكم القانون.

فإذا توافرت شروط القوة القاهرة، فإن الأثر الذي يترتب عنها هو، انتفاء مسؤولية المدين عن نتائج عدم التنفيذ، فإذا كان المبدأ العام في العلاقات العقدية، هو التزام المدين بتنفيذ الشروط التي وردت في العقد، وتعويض الأضرار التي قد يتعرض لها الطرف الآخر له، ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة، فإن القوة القاهرة تعتبر استثناء لهذه القاعدة حيث تقضي بإعفاء المدين من المسؤولية لعدم تنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد، وما ينتج عنها من أضرار، والقوة القاهرة مصدر الإعفاء من المسؤولية وتستقر في الظروف التي أفرزت استحالة التنفيذ، والتي تفيد عدم وجود الخطأ من قبل المدين، ويتأكد من ناحية أخرى من خلال انعدام العلاقة السببية، بين عدم تنفيذ تلك الالتزامات والأضرار الناتجة عنها¹.

¹ Mazeaud Denix , leçons de droit civil , tome 2.no 487 , ethno 560 , p.225

ولا يقتصر أثر القوة القاهرة على عدم قيام مسؤولية المدين فقط ولكن يمتد أثرها أيضاً إلى فسخ العقد يحكم القانون، بمعنى آخر للقوة القاهرة أثر مزدوج؛ فهي تؤثر على مسؤولية المدين باستبعادها، وتؤثر على العقد ذاته بانفساخه.

فسخ العقد وغياب مسؤولية المدين التعاقدية بسبب حدوث حالة القوة القاهرة، مبدأ تعرفه كل الأنظمة القانونية الوطنية، وإن اختلفت المصطلحات التي تستخدمها للتعبير عن هذه الفكرة، وفي هذا الصدد تضمن القانون المدني المصري أيضاً، هذا الأثر المنصوص عليه في نص المادة 2/165 منه التي جاء فيه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد ينشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما. لم يوجد اتفاق غير ذلك

توافق المفهوم الحديث للقوة القاهرة مع مفهوم إعادة التفاوض

أدت الحاجة لضمان تنفيذ العقد التجاري الدولي، إلى تطور مفهوم القوة القاهرة، حيث أصبح لها مفهوم واسع يتسم بنوع من المرونة، من حيث شروط التطبيق، وكذلك من حيث النتائج المترتبة عنها، وقد نتج عن هذا التوسع في مفهوم القوة القاهرة، أن اقتربت هذه الأخيرة من مفهوم شرط إعادة التفاوض، وتبعاً لذلك سأطرق فيما يلي إلى نطاق الاقتراب بين الشرطين، وذلك من خلال شروط تطبيق كل منهما.

وباعتبار أن القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، استثناءين لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنهما لا يرتبان أثرهما إلا في ظروف استثنائية، يتفق فيها الحادث بكونه غير متوقع، وألا

يكون قد نتج من خطأ الطرف المستمسك به، فهاتين الخاصيتان تمثلان نقطتي اقتراب بين القوة القاهرة وشرط إعادة التفاوض، وعليه سأتناول هاتين الخاصيتين فيما يلي:

التوافق من حيث عدم توقع الحادث

تتطلب القوة القاهرة بمفهومها التقليدي أو الحديث، أن يتوفر في الحادث خاصية عدم التوقع، ونفس الأمر نجده في شرط إعادة التفاوض، وبالتالي يقترب مفهوم شرط القوة القاهرة مع شرط إعادة التفاوض من خلال هذه الخاصية، فوقع أحداث غير متوقعة من الأطراف، وخاصة المدين بالالتزام تعتبر شرطاً ضرورياً، لوصف الحادث بالقوة القاهرة أو شرط إعادة التفاوض.

وتعد خاصية عدم توقع الحادث، شرطاً ضرورياً لتطبيق أحكام الإعفاء من المسؤولية ، طبقاً للمادة 1/79 من اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، ونفس الأمر تجده في الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية للقوة القاهرة، حيث ورد في الفقرة الأولى من هذا الشرط " ... وأنه لم يكن من المعقول أن يتوقعه، أو يتوقع نتائجه على موقفه من تنفيذ العقد لحظة إبرامه، وتسير المبادئ على نفس النهج ، بحيث تنص المادة 7 المتعلقة بالقوة القاهرة " ... وأنه ليس المعقول أن تنتظر منه أن يأخذ في اعتباره لحظة إبرام العقد، لو أن يتجنبه أو يتخطاه أو يتخطى نتائجه "

التوافق من حيث استقلال الحادث عن إرادة المدين

يعد استقلال الحادث عن إرادة المدين، شرطاً ضرورياً لقيام حالة القوة القاهرة بمفهومها التقليدي أو الحديث، كما يعد أيضاً شرطاً ضرورياً لقيام شرط إعادة التفاوض، وعليه يعد

استقلال الحادث عن إرادة المدين، الخاصية الثانية التي تقترب فيها القوة القاهرة مع شرط إعادة التفاوض، فالقاضي أو المحكم يأخذ في اعتباره، عند فصله في مدى توافر شروط العقد، أن يكون مستقلاً عن إرادته ، فلا يعقل أن يحتج المدين بالقوة القاهرة لنفي مسؤوليته، أو بأحكام شرط إعادة التفاوض للمطالبة بمراجعة العقد، في حين أن الحادث يرجع لخطئه¹.

ثانياً: تمييز شرط إعادة التفاوض ونظرية الظروف الطارئة

تعد نظرية الظروف الطارئة؛ من أهم الوسائل القانونية المستحدثة، لمعالجة مشكلة تغير الظروف على المستوى الداخلي، ومعنى هذه النظرية أنه في العقود مستمرة التنفيذ أو مؤجلة التنفيذ، إذا طرأت ظروف استثنائية عامة غير متوقعة، تؤدي إلى جعل تنفيذ المدين لالتزامه، أمراً مرهقاً وليس مستحيلاً، جاز للقاضي وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يتدخل في العلاقة العقدية ليحقق نوعاً من التوازن الاقتصادي للعقد.

وبذلك نلاحظ التقارب الكبير بين هذه النظرية وشرط إعادة التفاوض، حيث تعد هذه النظرية من أقرب النظم القانونية تشابهاً معه، بل إنها السبب الرئيسي والجوهري في نشوئه وذيوعه، حيث يقتصر تطبيقها على التعامل التعاقدي الداخلي، فضلاً عن عدم الأخذ بها من قبل بعض الأنظمة القانونية المقارنة، وهو ما أدى إلى ظهور وانتشار، شرط إعادة التفاوض في إطار المعاملات التجارية الدولية، وعلى الرغم من الشبه الكبير بين نظرية الظروف الطارئة وهذا الشرط، إلا أن الأخير يبقى متميزاً بطبيعته التعاقدية الخاصة، التي تجعله يختلف عن

¹ Oppetit (B.) : L'adaptation des contractes internationaux aux changements de circonstances : la clause de hard shp . JD1 , 1974 , P.796

هذه النظرية في كثير من الجوانب¹، وعلى ذلك لابد لنا تحديد نقاط التشابه والاختلاف بينها وبين شرط إعادة التفاوض، على النحو التالي:

أولاً: أوجه الشبه

تتشترك نظرية الظروف الطارئة مع شرط إعادة التفاوض في بعض المسائل المهمة، التي جعلت منها النظام القانوني الأقرب لشرط إعادة التفاوض، وعليه سأوضح أوجه الشبه بالنقاط الآتية:

وحدة الأصل والمنشأ

حيث تعد نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض، من الوسائل المهمة لمعالجة مشكلة تغير الظروف واختلال التوازن الاقتصادي للعقد، فضلاً عن ذلك، فإن الظروف والأحداث التي تسبب إعمال نظرية الظروف الطارئة، قد تكون هي ذاتها السبب في تطبيق شرط إعادة التفاوض، فقيام الحرب أو حدوث إحدى الكوارث الطبيعية، أو حصول الإضراب داخل إحدى المنشآت الصناعية وغيرها، كلها أسباب قد تؤدي إلى إحداث خلل في التوازن الاقتصادي للعقد، مما يجعل تنفيذ المدين لالتزامه أمراً مرهقاً، ويهدده بخسارة فادحة، لذلك سيتم الطلب من القاضي للتدخل، وإعمال نظرية الظروف الطارئة لمعالجة ذلك الخلل، والكلام ذاته ينطبق على شرط إعادة التفاوض، الذي يشترط لإعماله أن يكون هنالك تغير في الظروف، يكون من شأنه أن يحدث اختلالاً في التوازن الاقتصادي للعقد، ويهدد المدين بخسارة فادحة، لو استمر في تنفيذ التزامه دون تغيير أو تعديل².

¹ أعمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة، كلية القانون، 2015 م، ص 6.
² رشا على الدين، دور المحكم إعادة التوازن المالي العقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010م، ص 11.

من حيث الشروط

تتشترك نظرية الظروف الطارئة مع شرط إعادة التفاوض في شروط التطبيق، فأغلب شروط تطبيق هذه النظرية، تكاد تكون هي ذاتها شروط تطبيق شرط إعادة التفاوض، حيث يشترط لتطبيق هذه النظرية، أن يكون هنالك تغيير في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، نتيجة لحدث غير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، ولكن يؤدي ذلك إلى اختلال في التوازن الاقتصادي، للعقد مما يجعل من تنفيذ المدين لالتزامه، وإن لم يكن مستحيلاً بل مرهقاً، يتهدهد التنفيذ بخسارة فادحة، وهي الشروط ذاتها التي يتطلبها أعمال شرط إعادة التفاوض، لا سيما فيما يتعلق بالشرط الخاص باختلال التوازن العقدي، وجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً.

من حيث مجال التطبيق

فكل من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض، يشترط لتطبيقهما وإعمالهما، أن يكون هنالك فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه، مما يجعل ذلك مقصوراً على العقود المستمرة في التنفيذ أو طويلة المدة، وأن يحدث التغير في الظروف أثناء تنفيذ العقد وقبل تمام ذلك التنفيذ، فضلاً عن ذلك؛ فإن مجال تطبيق النظرية يقتصر فقط على المجال التعاقدي في إطار التنفيذ، أي معالجة الاختلال في التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد، وهذا نفس ما ينطبق على شرط إعادة التفاوض¹.

من الهدف والغاية

¹ وهذا ما أكد القرار التحكيمي، الصادر في القضية رقم 2002/351 في جلسة 2004/04/11 م، منشور في مجلة التحكيم العربي، ج 7، يوليو 2004، ص179.

تتمثل الغاية من تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الحفاظ على العقد والتزام أطرافه بالاستمرار في تنفيذه، ويقتصر تدخل القاضي على إعادة التوازن بغير إرهاب المدين قدر الإمكان، وكذلك الحال بالنسبة لى شرط إعادة التفاوض، الذي تتمثل غايته في الحفاظ على بقاء العقد والاستمرار في تنفيذه، بعد التزامهم بإعادة التفاوض بحسن نية، لإعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد، وبذلك تتحقق وحدة للغاية والهدف، بين كل من نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض¹.

ثانيا أوجه الاختلاف

على الرغم من أوجه الشبه العديدة التي أوضحتها فيما سبق ذكره بين نظرية الظروف الطارئة وشرط إعادة التفاوض، إلا أن أوجه اختلاف عديدة فيما بينهما سأوضحها كما يلي:

الطبيعة القانونية

حيث تمتاز نظرية الظروف الطارئة بطبيعتها القانونية الملزمة لأطراف العقد، مما يعني أنه لا يحق لهم الاتفاق على استبعادها أو مخالفتها؛ لأنها من النظام العام. وهذا خلاف ما هو عليه شرط إعادة التفاوض، الذي يعد من أهم الآليات الاتفاقية لمواجهة مشكلة تغير الظروف، حيث يقوم هذا الشرط، على أساس اتفاق الأطراف وقبولهم به، كعلاج لمشكلة تغير الظروف، وبذلك تكون الطبيعة الاتفاقية لهذا الشرط الصور القري الذي يبني عليه .. وجوده وتطبيقه، وبدونه لا يتصور أي وجود أو تطبيق له.

¹ حياة محمد أبو النجاء، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2009 م، ص553.

أثرهما في القوة الملزمة للعقد

تشكل نظرية الظروف الطارئة، أهم الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ حيث تعد قيداً أو استثناء على القوة الملزمة للعقد؛ لأنها تسمح لغير المتعاقدين بالتدخل، في محتواه وإحداث التغييرات فيه، بإضافة التزامات - جديدة أو إنقاصها، أو وقف تنفيذه ونحو ذلك، ودونما حاجة إلى اتفاق أطراف العقد على ذلك، حيث يحصل ذلك التدخل بقوة القانون، بناء على طلب الطرف المتضرر، مما يجعل الأطراف يلتزمون بأمور، لم يتفقوا عليها ابتداء عند التعاقد¹.

وهذا بخلاف ما هو عليه شرط إعادة التفاوض، الذي يشكل تطبيقاً وتأيداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لا سيما أن وجوده يبنى على اتفاق الأطراف المتعاقدة، فضلاً عن أن تطبيقه يتم من قبلهم شخصياً، أو من قبل شخص آخر يتم اختياره من قبلهم وإرادتهم، وبدون هذا الرضا والاتفاق بين هؤلاء الأطراف، لا يتصور وجود تطبيق لهذا الشرط².

الصفة الإلزامية

فعلى الرغم من أن نظرية الظروف الطارئة تعد من النظام العام، إلا أن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال، أن القاضي سيكون ملزماً بتطبيقها، بل يتوقف ذلك على طلب الطرف المدين³. هذا بخلاف ما هو عليه الحال في شرط إعادة التفاوض، الذي يفرض التزاماً جوهرياً على الأطراف المتعاقدة بإعادة التفاوض بحسن نية، للتوصل إلى حل لمشكلة تغير الظروف،

¹ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون دار نشر، 1945 م، ص 567.

² رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م، ص 314.

³ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 م، ص 490.

حيث يكون هؤلاء الأطراف ملتزمين بالدخول في هذه المفاوضات، دون الالتزام بالتوصل إلى حل أو اتفاق، يعيد التوازن الاقتصادي إلى العقد مجدداً.

إذا كانت فكرة القوة القاهرة التي تنتقي بها مسؤولية المتفاوض معترفاً بها في معظم التشريعات الوطنية، فإنها فكرة معترف بها أيضاً في مفاوضات عقود التجارة الدولية. وتستمد هذه الفكرة أساسها بصفة عامة من اتفاقات الأطراف وقضاء التحكيم التجاري الدولي¹.

الفرع الثالث: إعادة التفاوض بشأن بنود عقود التجارة الدولية خلال جائحة كورونا

إن لجوء طرفي العقد إلى إعادة التفاوض بينهم لجعل عملية التنفيذ أكثر مرونة يخضع لأحد أمرين هما إما أولاً: أن يتم الاتفاق على إعادة التفاوض مسبقاً ضمن المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد ويتم إدراجه ضمن بنوده باعتباره شرطاً تعاقدياً أو اتفاقياً وهنا يعرف " بشرط إعادة التفاوض " لذا يستمد أساسه من إرادة الطرفين ، وبالتالي يلتزم الطرفان في حال إدراجه بتحديد شروط وحالات اللجوء إليه تفصيلاً وعليه يلتزم الطرفان بهذه الشروط وتلك الحالات فلا يملك الحيد عنهما، ويكون على طرفي العقد أن يدركا أن إدراج مثل هذا الشرط يُرتب التزم جديداً على عاتقهم لذا يجب التحري والدقة عند إدراجه²، أو ثانياً: أن يلجأ إليه الطرفان أثناء تنفيذ العقد - دون أن يدرج كشرط ضمن بنود العقد - والذي اكتسب بثوب المشقة أو الاستحالة ، هنا قد يري الطرفان أنه لا مناص من اللجوء إلى إعادة التفاوض بشأن بنود معينة يجب إعادة النظر فيها ليصبح معه التنفيذ ميسراً عليهم ، وهو ما يؤكد على رغبتهم في إيجاد حل لكافة المشكلات التي تعيق التنفيذ ، على أن الدخول في مفاوضات لا يعني الوصول إلى نتيجة حتمية لصالح الطرفين بل يجب الأخذ في الاعتبار أن المفاوضات قد تبوء بالفشل حال عدم تعامل الطرفين بحسن نية ممزوجة برغبة حقيقية في إحداث تقدم ملموس في المفاوضات بشأن

¹نرجس البكري، التفاوض في العقود الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، المغرب، 2012/2011، ص336

²هشام ضيف الله عبد المالك الملهطالي، التفاوض في عقود التجارة الدولية، ص496

حل المشكلات التي تواجههم نتيجة انتشار فيروس كورونا باعتباره سببا لتغير الظروف و إلا فإننا نكون بصدد نتيجة محتملة¹.

ووفقا لما سبق فإن اختلاف اعتماد الطرفين علي أحد الوسائل السابقة كسند لإعادة التفاوض يكون من شأنه اختلاف في تبني الطرفين لأي من المفاوضات التكميلية أم المفاوضات التوزيعية، فالاعتماد علي أيا من هذه الأنواع يخضع لطبيعة العلاقة بين الطرفين وتفهمهم لموقف تعرض العالم لجائحة الكورونا ومدى تأثير ذلك علي قدرتهم في تنفيذ العقد فقد يرى الطرفين أنه من الأفضل الاستعانة بالمفاوضات التكميلية التي تقوم علي التفاهم والتكامل والإدراك الكامل لحجم الكارثة التي يتعرض لها اقتصاد العالم نتيجة انتشار الفيروس و أن عدم التعاون بينهم سيكون له آثار كارثية علي الطرفين وذلك سعيا منهم في الوصول إلي حل ناجع للمشكلات التي تواجه مواصلة تنفيذ عقود التجارة الدولية والتي تختلف حسب نوع العقد المبرم فاذا تعلق العقد بإنشاءات أو نقل للتكنولوجيا يسعى الطرفان إلي حل كافة المشكلات التنظيمية التي تساعدهم علي مواصلة التنفيذ مع اتخاذ كافة التدابير الاحترازية التي تمنع ظهور الوباء بين العاملين في هذا المشروع ومن ثم انتشاره وتفشييه بينهم مما يمثل عائقا في تنفيذه.

لكن لا يعني ذلك أن كافة المفاوضات قد تتم بهذه السهولة وذلك التكامل بل قد يكمن الغرض من هذه المفاوضات في رغبة أحد الأطراف - وفقا لما يتمتع به من وضع مسيطر - في استغلال انتشار هذا الفيروس لتكون نقطة ضغط يستغلها من أجل الحصول علي أكبر قدر ممكن من المغنم علي حساب الطرف الاخر معتمدا في ذلك علي قدرته في السيطرة والتحكم

¹فاطمة عبد المهدي دهش، آليات التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، 2017، ص82

في مجريات أمور المفاوضات، إذ يتسم هذا النوع من المفاوضات بالتناحر والصراع بين طرفي العقد فكلا منهم لديه رغبة في اجتذاب المفاوضات لجعلها تسير في اتجاه معين وغالباً لا يكون الغرض منها هو تحقيق المكاسب المادية بقدر ما قد تهدف إلي إضعاف الطرف الآخر لإخراجه من حلبة المنافسة في سوق معين و إنهاء نشاطه منعا لمواصلته نشاطا معين باعتباره منافسا محتملاً في هذا النطاق الجغرافي أو النوعي.

وبالتالي فإن الاستراتيجية التي يعتمد عليها الطرفين هي التي تحدد نجاحها من عدمه على أن يتم ذلك وفقاً للإجراءات القانونية والطريق الذي رسمته الاتفاقيات الدولية من إخطار الطرف الآخر بانتشار فيروس كورونا باعتباره عائقاً يحول دون تنفيذ العقد أو مواصلة التنفيذ دون مشقة (أولاً) أو أن يكتفي هذا الطرف بتقديم ما يعرف بخطاب النوايا (ثانياً) وأياً كانت الوسيلة إلا أن الهدف المرجو من ذلك يكمن في إعادة التوازن العقدي إلي عقود التجارة الدولية:

أولاً: إخطار الطرف الآخر بانتشار فيروس كورونا

باعتباره عائقاً حال دون تنفيذ العقد المبرم أو أن تنفيذه قد أصبح مرهقاً له لدرجة أدت إلى الإخلال بالتوازن العقدي، فعدم الإخطار على الرغم من علم الكافة بانتشار هذا الفيروس -تأسيساً على إعلان منظمة الصحة العالمية علي أنه وباء عالمي واصفة إياه بالجائحة وعلى التدابير الاحترازية الواضحة للكافة التي تتخذها الدول في كافة أرجاء المعمورة - لا تعد هذه الأمور كافية وتعني عن الإخطار، فقد تؤكد كافة الشواهد علي اعتباره عائقاً لكن عدم الإخطار من الطرف الآخر يعني قدرته علي مواجهة هذا الوباء ومواصلة التنفيذ دون أن يشكل ذلك إرهاباً له ، فالإخطار يقوم علي اعلام الغير أو تبصيره عن عدم القدرة على مواصلة التنفيذ

وذلك لمنحه فرصة تجنب الآثار السلبية التي قد تتجم عن عدم مواصلة التنفيذ والتقليل من حدتها ، وبالتالي فإن عدم الإخطار يعد تنازلاً صريحاً عن كافة المكنات التي منحه إياه بنود العقد وفقاً لشرط إعادة التفاوض " أو منحته له القواعد الدولية التوازن العقدي، وبالتالي تحمّل جزاءات التخلف عن الإخطار، على أن يشتمل الإخطار على الأسباب التي طالت تنفيذ العقد وسبل التغلب عليها و تقادي التوقف عن التنفيذ¹ .

ويجد الالتزام بالإخطار أساسه التشريعي في الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الدولية وكذا المبادئ الدولية الحاكمة لها والتي ألزمت الطرف الذي يشكل انتشار فيروس كورونا عائقاً بالنسبة له أن يتولى عملية الإخطار باعتباره عائقاً مالياً أو إجرائياً أو اقتصادياً أو صحياً وأنه لم يعد لديه القدرة على مواجهته، وهو ما يظهر بوضوح من نص الفقرة 4 من المادة 79 اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع يجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطاراً إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ. وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لم ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم به فعندئذ يكون مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار الناتجة عن عدم استلام الإخطار المذكور ". وفقاً لذلك علقت الاتفاقية التزام الطرف المسؤول عن الإخطار بالتعويض عن عدم الإخطار ولم تعلق التعويض على عدم التوصل إلى حل للمشكلات الناجمة عن انتشار فيروس كورونا أثناء المفاوضات وهو ما يدفعنا إلى القول بأن التزام المسؤول عن الإخطار هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية .

¹ محمد مهدي كحيط ، الالتزام بالإخطار في عقود التجارة الدولية ، بدون سنة نشر ، ص 16

كما أن الاتفاقية ألزمت الوصول الفعلي للإخطار إلى الطرف الآخر لتحقيق العلم بوجود العائق ليس مجرد الإخطار بغض النظر عن وصوله من عدمه، وبالتالي يلتزم هذا الطرف بأن يتخذ كافة الإجراءات اللازمة لتحقيق علم الطرف الآخر وذلك باتباع كافة السبل التي تمكنه من وصول الإخطار إلى الطرف الآخر، فلم تضع الاتفاقية طريق معين للإخطار فيستوي أن يتم عن طريق المراسلات التقليدية أو الحديثة من خلال البريد الإلكتروني أو التلغراف، فوفقاً للمراسلات التي تمت في مرحلة التفاوض بشأن إبرام العقد يكون لدى الطرف الملتزم بالإخطار معلومات كافية عن السبل الأنجع في المراسلة وأي السبل الأكثر استخداماً من قبل الطرف الآخر في التواصل بينهم، وهو ما يمكنه من أداء عملية الإخطار بسهولة ويسر بما يتفق مع نص الاتفاقية، وهو ما يظهر بوضوح من نص الاتفاقية عليه" وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر ."

وهو ما لم يكن ببعيد عن مبادئ اليونيدروا في المادة 7-1-7 التي تناولت القوة القاهرة كسبب للإعفاء من المسؤولية في الفقرتين 2/1 وجاءت في الفقرة 3 من المادة سالفة الذكر فالزمت الطرف المتعسر في التنفيذ - باعتباره مدينًا وفقاً للمبادئ - أن يخطر الطرف الآخر - الدائن - بانتشار فيروس كورونا باعتباره عائقاً يمنع التنفيذ أو مواصلته واعتبرت أن التقصير في اتخاذ هذا الإجراء يعد موجب للمسؤولية يتحمل بمقتضاها تعويض الطرف الذي لم يتم إخطاره عن كافة الإضرار التي لحقت به نتيجة لتقصيره ولم تكتفي المبادئ عند إلزامه بالإخطار وإنما وضع شرطاً للإعفاء من المسؤولية ممثلاً في تمام الاستلام للإخطار من قبل الطرف الآخر فلا يعفي من المسؤولية بمجرد الإخطار وإنما بتمام الاستلام لهذا الإخطار، ووفقاً لذلك يقع علي عاتق هذا الطرف أن يتخذ كافة الإجراءات التي تضمن استلام الإخطار

بغض النظر عن الظروف المحيطة التي قد تشكل عائق يحول دون تمام استلام الإخطار، ولعل الدافع من وراء تبني هذه المبادئ لهذا التوجه يرجع إلي العديد من المشكلات العملية التي نتجت عن الاستعانة بشرط الإخطار دون تمام استلام الإخطار كذريعة لتتصل من الالات ازم والإفلات من المسؤولية، إذ كُثي ار ما يلجأ الطرف المدين إلى الإكتفاء بالإخطار دون الاكتراث أو التحري عن العنوان الصحيح أو استلام الإخطار من عدمه مما نتج عنه ضياع حق الطرف الدائن في الرجوع علي الطرف المدين لعدم تمام التنفيذ رغم عدم الإخطار وهو ما يظهر بوضوح من نص الفقرة 3 سالفه الذكر حينما نصت علي: "يلتزم المدين بأن يخطر الدائن بوجود الحادث ونتائجه علي قدرته علي التنفيذ . فإذا لم يتسلم الطرف الآخر الإخطار خلال مدة معقولة بعد أن يكون المدين قد علم بالحادث أو كان في وسعة العلم به، فيسأل عن التعويضات المترتبة علي عدم تسلم الإخطار ."

ونتيجة لإدراك مبادئ اليونديروا لعظم الآثار السلبية التي تنتج عن عدم الإخطار فقد منحت الطرف الآخر بالإضافة إلي حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة عدم الإخطار فإنها قد منحتهُ اضافة لذلكُ مكنة اتخاذ كافة الإجراءات المتعلقة بإنهاء العقد أو التوقف عن تنفيذ الالتزامات المقابلة أو المطالبة بفوائد مستحقة، وهو ما يظهر بوضوح من نص الفقرة 4 من المادة سالفه الذكر من مبادئ اليونديروا حينما نصت علي: "ليس في هذه المادة ما يمنع أي طرف من ممارسة الحق في إنهاء العقد أو التوقف عن التنفيذ أو المطالبة بفوائد عن المبالغ المستحق" ، وبالتالي لا يجوز له الجمع بين إنهاء الع قد أو التوقف عن تنفيذ التزاماته والحصول علي الفوائد فلا مجال هنا للحديث عن الجمع بين هذه المكنات فللطرف المتضرر وحده الخيار في اختيار أحد هذه المكنات ، فهي مكنات لا يجوز الجمع

بينهم وفقا لطبيعتهم القانونية فالتوقف عن التنفيذ نتيجة طبيعية لإنهاء العقد فاستخدام المبادئ ل " أو " يعني الاختيار بينهم فلم تستخدم " و " التي تمنح الفرصة في الجمع .

علي أن تحديد معقولة الفترة التي يلتزم بها الطرف المسئول عن الإخطار - وفقا لما ورد باتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ومبادئ اليونيدروا - لا تستند الي معيار محدد يمكن الارتكان إليها لتحديد عما إذا تم خلال الفترة المعقولة لذا يمكن الاعتماد علي معيار الرجل العادي، وبالتالي يجب أن يتم الإخطار خلال فترة محددة لاحقة علي ظهور فيروس كورونا وترتيب آثاره بمنع مواصلة التنفيذ أو البدء فيه وتختلف الفترة المعقولة من دولة لا خري وحسب نوع العقد التجاري الدولي، ففي عقود الإنشاءات الدولية قد يرتب الحدث آثاره خلال فترة لا تتجاوز بضع أيام في دولة يتفشى و ينتشر بها الفيروس بشكل كبير لعدم اتخاذ الإجراءات الاحترازية في الوقت المناسب وبالشكل المناسب كما هو الحال في إيطاليا وإسبانيا بينما تراخي انتشار الفيروس في مصر بالشكل الملحوظ لسرعة اتخاذ الدولة المصرية لتدابير احترازية سريعة وناجزة، وهو ما يمكن معه القول باعتبار فيروس كورونا عائق يستحيل معه التنفيذ في دولة ولا يعتبر كذلك في دولة أخرى، بينما إذا تعلق الأمر بعقد البيع الدولي للبضائع فإن انتشار هذا الفيروس يشكل عائق بالنسبة لكافة الدولة لما اتخذته الدول من تدابير احترازية ممثلة في غلق حدودها لتصبح كل دولة معزولة عن جارتها وهو ما يستحيل معه حرية نقل البضائع بينها وتنفيذ العقد¹.

¹منى عمار، تأثير فيروس كرزنا المسجد على تنفيذ عقود التجارة الدولية وفقا للاتفاقيات الدولية والتشريعين المصري والفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، ص 35

تجدر الإشارة إلى أن اهتمام الاتفاقيات الدولية المعنية بعقود التجارة الدولية لم يكن بمحض الصدفة، بل كان نتاج ما أفرزه الواقع العملي من مشكلات تبحث عن حل لمساعدة التجارة الدولية علي الانتشار و ممارستها بحرية وسهولة، ولعل الغرض الرئيسي من وراء الإخطار يكمن في الرغبة في منح الطرف الدائن فرصة اتخاذ كافة الإجراءات الكفيلة بتدارك الآثار السلبية الناجمة عن انتشار فيروس كورونا وما لحق ذلك من توقف الطرف الاخر في العقد عن الوفاء بالتزاماته وذلك في محاولة منه لتقليل حجم الخسائر، خاصة إذا كان هناك عقود أخرى ترتبط بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالعقد المبرم ، بما يمنح الطرف الآخر فرصة الدخول في مفاوضات مع الأطراف المعنية بتنفيذه في الوقت المناسبة بما لا يحمله وطأة التأخير في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بحمايته من الرجوع عليه بالتعويض من قبل هذه الاطراف، بما يملكه من الوقت الكافي لحل كافة المشكلات التي قد تعتري التنفيذ من خلال اعادة التفاوض وذلك لإعادة التوازن العقدي الي العقد الذي فقده نتيجة انتشار وباء فيروس كورونا، علي أنه لم يتدخل المشرعين الوطني أو الدولي لتحديد مواصفات محددة أو شكلا معين للأخطار فكل ما تطلبه هو أن يتم إخطاره بانتشار فيروس كورونا ونتائج ذلك علي ال تنفيذ دون أن يُحدد صيغة معينة أو شكلا محددا أو لغة ما ولعل ذلك مرجعة هو ما تتصف به الحياة التجارية من سرعة في التطور بما يقتضي مزيد من المرونة في التعامل ، علي أن الإخطار لا يعطي للطرف الآخر الحق في التوقف عن التنفيذ بل عليه مواصلة التنفيذ الي حين قبول إعادة التفاوض من الطرف الآخر¹.

¹فاطمة عبد المهدي دهش، آليات اعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص24

فإذا ما تمت عملية الإخطار كما ينبغي فإن هناك مرحلة أخرى تبدأ وهي مرحلة قبول إعادة التفاوض التي يجب أن تتم خلال الفترة التي قد تحدد مسبقاً من قبل طرفي العقد فلا يعقل أن يتم تعليق القبول لفترة قد تتجاوز فترة انتشار الفيروس -مما ينتج عنه إعادة التوازن العقدي المفقود بسبب انتشار فيروس كورونا، وبالتالي انتهاء الغرض منها- أو ينتظر إلى حين انتهاء فترة تنفيذ العقد خاصة إذا كان التنفيذ قد شرف على الانتهاء، علي أن الوسيلة التي يعتمد عليها الطرف الآخر للقبول قد تتم بناء علي اتفاق مسبق بين الطرفين أو بأي وسيلة يرى الطرفين فاعليتها في تحقيق ذلك بسهولة ويسر فقد يكفي القبول من خلال اتصال هاتفي أو المراسلة عن طريق البريد الإلكتروني، فما يحكم الوسيلة هو طبيعة العلاقة القائمة بين الطرفين وما يملكان من رغبة في التعاون بينهم أم أن العلاقة تشهد توتراً أو عدم رغبة في التعاون.

ثانياً - خطاب النوايا بشأن انتشار فيروس كورونا

يهدف هذا الخطاب إلي تعبير الطرف الذي تعرض لانتشار فيروس كورونا عن رغبته في إيقاف الإجراءات التمهيدية السابقة علي الدخول في مفاوضات و استكمالها لإبرام العقد إذ أصبحت شاقّة أو مستحيلة ، وهو ما ينطبق علي عملية التنفيذ التي تعقب إبرام العقد في ظل استمرار انتشار الفيروس، لذا يلجأ الطرف الذي بادر برغبته في الدخول في مفاوضات قبل انتشار فيروس كورونا أن يوجه إلي الطرف الآخر خطاب نوايا ملحق بشأن صعوبة مواصلة التعاون بشأن تبادل المعلومات لإبرام العقد التجاري الدولي نظراً لتعرض البلاد لجائحة الكورونا، فلا يوجد ما يلزم الاطراف بالاستمرار في التفاوض أو إبرام العقد دون إبداء الاسباب

فهي تقتقر إلى القيمة القانونية الملزمة وذلك تأسيسا علي مبدأ حرية المفاوضات المأخوذ به من قبل القضاء المصري والفرنسي

ووفقا لما سلف فإن الغرض من خطاب النوايا يتعلق بإيقاف إجراءات الدخول في مفاوضات لإبرام أحد عقود التجارة الدولية لانتشار فيروس كورونا وصعوبة الاتصال وتبادل المعلومات ونكون بصدد مرحلة التفاوض وما يسبقها من إجراءات موضوعية، أما فيما يتعلق بإخطار الطرف الآخر عن وجود حدث فيروس كورونا وانتشاره باعتباره عائق يحول دون التنفيذ أو أن مواصلته سيلحق به المشقة فهذا يوجه خطاب يعبر فيه عن رغبته في إعادة التفاوض بشأن بنود معينه في العقد بغرض إعادة التوازن العقدي إليه، موضحا بها المشكلات التي تعرض لها التنفيذ ووجهة نظر في حلها شارحا كافة أبعاد المشكلة وسبل حلها بما يحقق مصالح الطرفين دون إحفاف علي أحد كالبند المتعلق بالأسعار وفق سقف محدد¹.

ويثور التساؤل حول فاعلية خطاب النوايا في دعوة الطرف الآخر في إعادة التفاوض لإعادة التوازن العقدي إلي العقد المبرم أم أن هذا الخطاب قاصر أر علي الدعوة إلي الدخول في مفاوضات سابقة علي إبرام العقد وحسب، فعلي الرغم من شيوع استخدام خطاب النوايا عند البدء في الإجراءات السابقة علي التفاوض بشأن إبرام العقد إلا أنه يمكن الاستعانة بخطاب النوايا ليكون وسيلة لدعوة الطرف الآخر إلي التفاوض خاصة إذا كانت العلاقة التي تربط الطرفين في بدايتها أو ليست بالقوة الكافية والتي بموجبها يحتاج الطرف الآخر إلي بعض الإيضاحات ولوضع الخطوط العريضة من أجل البدء في المفاوضات ، وهو ما يتفق مع

¹ Mekki (M) , De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels , AJ contrat 2020,2020,p.164.

وظيفة الإخطار والغرض منه ، علي أن خطاب النوايا لا يستند إلى بنود العقد وإنما يستند إلى رغبة الطرف الآخر في إيضاح الصورة كاملة بشأن انتشار فيروس كورونا وما يشكله من عائق وما يخلفه من آثار قد لا تدور في خلد الطرف الآخر، و لعل لجوء أحد الطرفين لخطاب النوايا مرجعة طبيعة العلاقة السطحية أو غير المستقرة بينهم ، وهو ما يختلف عن الإخطار الذي يقوم علي العلاقة التي تربطه بالطرف الآخر ورغبة في مساعدته علي حل كافة المشكلات التي تواجه الطرف الآخر، وأيا كانت الوسيلة التي يستعين بها الطرفين لإعلام الطرف الآخر بحدث انتشار فيروس كورونا فكلًا من الإخطار وخطاب النوايا يؤديان نفس النتيجة، إلا أن التسمية تختلف حسب علاقة الطرفين وحسب ما إذا تم الانتهاء من المفاوضات، وعلى إثر ذلك يتم إبرام العقد أي أنها مرحلة لاحقة علي إبرام العقد ، أما خطاب النوايا فقد درج العمل علي أنها مرحلة سابقة علي التفاوض لا ينتج عنها أي التزامات أو مسؤولية قانونية بخلاف الإخطار الذي ينتج أثره بمجرد إرساله وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة وبتمام استلامه وفقا لمبادئ اليونيدروا .

و أيا كانت الوسيلة المتبعة لإخطار الطرف الآخر بانتشار فيروس كورونا واعتباره عائقا وفقا للظروف المحيطة، إلا أن هذه السبل ينتج عنها أحد أمرين أما أولاً: أن يقبل الطرف الآخر اعتبار فيروس كورونا عائقا - يتوافر به شروط انتفاء المسؤولية - مما يصبح معه التنفيذ مرهقا أو مستحيلا، وبالتالي لا مناص من إعادة التفاوض بشأن بعض بنود العقد الجوهرية لحل ما يعترى التنفيذ من صعوبات، أو ثانياً: أن يرى الطرف الآخر عدم رغبته في ذلك لإلزام الطرف الآخر بالتنفيذ رغم الاستحالة أو الصعوبة مستعينا بنود العقد التي قد تمنحه الحق في التفاوض أو إنهاء العقد

الفرع الرابع: حماية الطرف الضعيف في التفاوض

إن التفاوض بحسن نية مبدأ أساسي في المفاوضات لما له من تأثير إيجابي على رضى المتعاقدين، فإذا عملا المتعاقدان وعزما عليه بشكل جدي وبحسن نية تقادا الوصول إلى أن يكون هنالك طرف ضعيف يحتاج لحماية وطرف قوي يحتاج لحجم جناحه.

لأن العلاقة أنذك تكون قائمة على قاعدة رابح رابح، فكل المتفاوضين له رغبة وريح من التفاوض يود تحقيقه بما يمليه الضمير ومبادئ المعاملات.

إلا أن الامر قد يكون أكثر تعقيدا من هكذا فنجد أن هناك طرف قوي يقوم بعرض المنتجات أو الخدمات وطرف ضعيف يكون مصيره اقتناءها أو اقتناء نظيرتها. الأمر الذي يكون معه ضرورة وضع ضوابط واليات لحماية الطرف الضعيف في العملية التفاوضية. لأنه قد يكون لدى أحد المتفاوضين معلومات خفية يخفيها عن المتفاوض الآخر مما يحصل معه عملية التدليس والغبن.

غير أن المحاكم رفضت لمدة طويلة أن ترى في الامتناع تدليساً، وذلك طبقاً للقواعد العامة للالتزامات، فالسكوت حسب هذه القواعد لا يمكن أن يخدع، وهو مقبول في مجال المعاملات، إلا أن العقد يبطل للسكوت في حالة وجود التزام بتقديم المعلومات لشخص لا يمكن له أن يتوفر عليها¹.

وهو ما أيدته القضاء في فرنسا وتبناه عمليا في كثير من قراراته كما اخذت به التوجيهات الأوروبية لدول الاتحاد الأوروبي وخصوصا في مجال حماية المستهلكين، ونجد

¹الحسين بلوش، الالتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات، الطبعة الأولى، مطبعة بن سي، أكادير، 2010، ص159

من التطبيقات القضائية الدولية في هذا الشأن ما قضت به محكمة التحكيم الدولية في احدى القضايا بقولها {من الواجب التأكيد على أنه يوجد عادات ومبادئ التعاون المفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين، حيث أن على اطراف العقود واجبا ضمنيا بتنسيق جهودهم للتعاون والتففيذ الدقيق للالتزاماتهم}¹.

والملاحظ على أن المشرع الفرنسي، قام بترسيخ مبدأ حسن النية من خلال النص على ضرورة توافر حسن النية ابتداء من مرحلة التفاوض على العقد إلى غاية تنفيذه مع اعتبار هذا المبدأ قاعدة من النظام العام، من خلال التنصيص على ذلك في المادة 1104 من القانون الفرنسي الجديد² كذلك من خلال المادة و³ 1121 فيما اقتصر التشريع المغربي على تبني مبدأ حسن النية فقط في مرحلة تنفيذ الالتزامات بالنسبة للشريعة العامة.

ونشير إلى أن القضاء الفرنسي ابتداء من سنة 1958 ، طور بغير نص تشريعي، نظرية التدليس عن طريق الكتمان، واعتبر أن التدليس يمكن أن يستنتج من مجرد السكوت والكتمان، مما ساهم في الإقرار بوجود التزام عام بالإعلام يمنع السكوت عن الإعلام، في موقف يجب فيه الإفصاح عن البيانات والمعلومات المؤثرة على رضا المتعاقد الآخر لجعل الرضا متبصرا ومتنورا بكافة ظروف التعاقد⁴

¹ Jarvin (S.): L'obligation de coopérer de bonne foi, exemples d'application un plan de l'arbitrage international, in L'arbitrage commercial international, L'apport delà jurisprudence arbitrale, publication de la C.C.I., 1986, p:158

² -L'article 1104 du C.c.fr prévoit que : « les contrats doivent être négociés formés exécutés de bonne foi, cette disposition est d'ordre public »

³ L'article 1112 du C.c.fr prévoit que : « l'initiative le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi »

⁴ محمد الهيني، الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له في عقد التأمين -دراسة في عقد التأمين البري-حماية مستهلكي خدمات التأمين، دار الافاق المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2010، ص53

كما جاء القانون المغربي رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المنفذ بمقتضى ظهير 30 نونبر 2007 ليخطو خطوة مهمة في اتجاه تكريس الالتزام بالإعلام من خلال الفصل 4-65، الذي فرض على كل من يقترح -بصفة مهنية وبطريقة إلكترونية- توريد سلع أو تقديم خدمات...، أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها.

وأما من خلال استقراء القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلكين، نلاحظ أنه خصص القسم الثاني منه لإعلام المستهلكين (المواد من 3 إلى 14)، بحيث أوجب المشرع على كل مورد أن يمكن المستهلك بأية وسيلة ملائمة من معرفة الخصائص الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة، وأن يقدم له المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار يتلاءم مع حاجياته وإمكانياته.

إن المهم في قانون الاستهلاك ليس هو ضرورة إخبار المستهلك بسعر المنتج، أو بإمكانيات توفره في السوق، وإنما الإعلام الذي يجب توحيه، هو إلزام المهني بتوضيح كافة البيانات والمعلومات الخاصة بالسلع والخدمات¹، بالشكل الذي يساعد المستهلك على معرفة مكوناتها، والمواد التي تدخل في تركيبها حتى يتمكن من اختيار السلع الاستهلاكية التي تشبع حاجياته وتوافق رغبته بصورة سليمة.

¹ ويرى الدكتور المهدي منير أن المشرع الفرنسي يركز كثيرا على المظاهر الشكلية أكثر من الموضوع، لأنه يلزم المهني بصياغة العقد في شكل عقد مكتوب، من خلال فرض الإعلام الإلزامي الذي يجب أن ينصب على توضيح حقوق المستهلك في العقد، وبيان خصائص السلع ومكوناتها: وبالإضافة إلى ذلك نجد مجموعة من المقتضيات الخاصة ببعض العقود، والتي جاء النص عليها لتقوية حماية المستهلك، و نذكر من بينها على سبيل المثال:

-المادة 111-1 L حول الالتزام العام بإعلام المستهلك.
-المادة 134-1 L التي تلزم المهنيين بتقديم نسخ عن الاتفاقات للمستهلك، عندما يطلب ذلك.
-المواد 121-25 L و 311-15 L و 311-16 L و 312-10 L التي تفرض آجالا للتفكير في الفترة السابقة، أو اللاحقة لإبرام العقد بالنسبة لعقود القرض الاستهلاكي، والبيع المنزلي، والقرض العقاري

وإذا كان المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد في الأصل هو الطرف القوي في العقد، فإنه في الحقيقة ليس مقصوراً على طرف معين من طرفي العقد المزمع إبرامه دون غيره، كما هو الشأن في عقد التأمين، بحيث أن المؤمن يلتزم بإعلام المؤمن له بفحوى العقد وعناصره، كما يلتزم المؤمن له بالإدلاء بالمعلومات الهامة التي يحتاجها المؤمن من أجل تقدير الخطر والأقساط والتعويض¹

لا شك أن المفاوضات السابقة على التعاقد لها أهمية بالغة على مخرجات التعاقد بشكل عام، وأن القصور إذا ما اعتري النصوص التشريعية التي توفر الحماية القانونية للطرف الضعيف، ستحقق استفادة عدد من المهنيين سيئ النية، ما جعل المشرع المغربي يتدخل بنص خاص من خلال القانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك وخاصة تلك المتعلقة بالإلزامية بالإعلام التي أصبحت ضرورية في جميع مراحل التعاقد سواء تلك المتعلقة بالتفاوض أو إبرام أو تنفيذ العقد.

والالتزام بإعلام المستهلك هو التزام عام يشمل المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك، لتمكينه من إبرام العقد وهو على علم كافي بحقيقة التعاقد، وكل البيانات التفصيلية التي تسمح له بتقدير مدى ملاءمة السلعة أو الخدمة التي يقدمها المنتج للغاية التي يصبو إلى تحقيقها من خلال إبرامه لهذا العقد².

تتيح هذه المعلومات التي يقدمها المهني للمستهلك القيام بعملية تقييم السلع والخدمات التي تتناسب بشكل أكثر مع رغباته، ويستطيع تقدير المنفعة التي يمكن الحصول عليها من هذه السلعة

¹مراد أسراج، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقد التأمين، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2010/2009 ص93

² Djamila MAHI-DISDET – l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique – thèse – université d'AVIGNON – 2011 – p88, 89

أو تلك الخدمة، وهي تمثل تدابير احترازية وإجراءات وقائية لحماية المستهلك من الأضرار التي يمكن أن تقع له جراء جهله بالسلعة أو الخدمة، ففي إعلامه بهذه المعلومات أمن واستقرار له

مما سبق يمكن القول أن الالتزام بالإعلام يكفل التوازن بين مصالح المهني ومصالح المستهلك، لذلك أقام القانون قرينة بجهل المستهلك ببعض المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات التي يقدمها المهني، فحدد القانون المعلومات والبيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلام¹.

وفي جميع الأحوال يجب على المهني أن يدلي للمستهلك بمجموعة من البيانات تتعلق باستخدام المنتج واستعمالاته، والآثار السلبية لبعض السلع، وبيان تاريخ الصنع وانتهاء الصلاحية لاستخدامها، وبيان وزن السلعة وحجمها، وبيان أسلوب حفظ السلعة وطرق تخزينها، وإعلام المستهلك بالاحتياطات التي يجب عليه اتخاذها عند استعمالها، مع بيان الأخطار التي قد تنجم عن الاستخدام السيئ للسلعة وكيفية مواجهة ذلك، وبيان مراكز صيانة السلعة وتكاليف ذلك، على أن تكون هذه المعلومات وسعر السلعة مكتوبة بشكل واضح لا يثير أي لبس لتساعد المستهلك على اتخاذ قرار التعاقد بشكل سليم. وفي هذا الإطار نكون بصدد اخبار واعلام المستهلك الذي هو الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية².

هذا إذا اعتبرنا أن الطرف الضعيف يتجسد في غالب الأحيان في المستهلك الذي يكون قدره هو شراء لأن بعض السلع والخدمات لا مفر منها إلا إليها، خصوصا تلك التي تكون ملزمة بقوة القانون، كالتأمين الاجباري على السيارات التي ترغم الزبون على الاختيار من بين شركات التأمين على من يوفر الخدمات الجيدة بالثمن المناسب، ولولا إجبارية الاعلام

¹ قلواز فاطمة الزهراء - مقارنة الالتزام بالإعلام ببعض المفاهيم القانونية الكلاسيكية - مجلة الدراسات القانونية المقارنة - جامعة شلف - العدد

1 - ديسمبر 2015 - ص35

² مسلم الطاهر، الحماية القانونية لمتلقي الفرنشيز في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس،

الجزائر، 2020/2019، ص36

لكان المستهلك مبهم لا يعلم حقوقه وواجباته ولا حتى بوليصة التأمين الخاصة بسيارته ما تأمنه وما لا تحميه.

لاكن فيما يتعلق بعقود التجارة الدولية أو عقود التوريد الكبرى والتي تشتغل بها شركات متعددة الجنسية فإن عملية التفاوض نفسها هي التي تضمن حماية الطرف الضعيف، ثم أنه لا يمكن التنبؤ مسبقا بمن هو الطرف الضعيف في العملية التفاوضية اللهم تلك التي لا يملك المتفاوض سوى التوقيع على بنود مكتوبة مسبقا، والتي يصطلح عليها بعقود الإذعان. ومنه فإن حماية الطرف الضعيف في مرحلة التفاوض يكون من خلال اعمال كافة شروط العملية التفاوضية والتي تحدثنا فيما سبق عليها والمتعلقة أساسا بالتفاوض بحسن نية والذي يشكل الأرضية الخصبة للتفاوض والضامن لحقوق كل من المتفاوضين.

ثم شرط إعادة التفاوض في حالة ما إذ انقلبت موازين العقد وصار ثقل العقد يتحمله متعاقد واحد، وباقي الشروط التي سلف ذكرها.

مما سبق يمكن القول إنه بمجرد الدخول في المفاوضات ينبغي على الأطراف كالاتزام بالإعلام والسرية، ونحو ذلك من الالتزامات التي يهدف من ورائها إلى إيجاد نوع من التوازن بين مبدأي حرية التعاقد والمسؤولية فحسب، ولا تعني إجبار المتفاوض على إبرام العقد النهائي، فإذا وجد أن المفاوضات لا تحقق مصلحته كان بإمكانه الانسحاب منها دون أن تقوم في مواجهته أية مسؤولية.

غير أن هذه الحرية لا تبرر له الإخلال بالتزاماته القانونية أو العقدية- في حال وجود

عقد تفاوض - وإلا قامت مسؤوليته المدنية ستكون محورا للدراسة في الفصل التالي.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية الناجمة

عن الإخلال بالتزامات

مرحلة المفاوضات

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالتزامات

مرحلة المفاوضات

تقوم المسؤولية المدنية بدور إيجابي وفعال في مرحلة التفاوض في العقود، حيث إنها تساهم بشكل كبير في تحقيق الأمن والطمأنينة للأطراف المتفاوضة.

يتخذ الخطأ العقدي أكثر من مظهر قانوني يختلف باختلاف نوعية الاختلال الذي ارتكبه احد الأطراف، فهو قد يتمثل في امتناع احد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامات التي تعهد بها، وقد يكون ذلك في شأن تأخر عن التنفيذ، الأمر الذي قد يتسبب في الحاق ضرر بالطرف الآخر¹.

ترتبط المسؤولية المدنية في فترة المفاوضات ارتباطا وثيقا بالطبيعة القانونية للمفاوضات ذاتها، فإذا ما قلنا إن المفاوضات لها طبيعة مادية، فذلك يعني أن المسؤولية في هذه المرحلة تكون تقصيرية، وإذا ما قلنا إن لها طبيعة عقدية، فهذا يعني أن المسؤولية في هذه المرحلة عقدية، وقد رأينا أن الباحث يرى بأن المفاوضات لها طبيعة مزدوجة، وذلك بحسب وجود اتفاق تفاوض من عدمه، فإذا ما وجد هذا الاتفاق تكون ذات طبيعة عقدية، وإذا لم يوجد تكون ذات طبيعة مادية.

¹نرجس البكري، المسؤولية المدنية للمتفاوض في مرحلة التفاوض، قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- مراكش، سنة 2013، ص182

ويترتب على هذا الازدواج في الطبيعة القانونية للمفاوضات، ازدواج في طبيعة المسؤولية المدنية في هذه المرحلة، فتكون المسؤولية تقصيرية إذا لم يكن هناك عقد صريح ينظم المفاوضات (المبحث الأول)، وتكون المسؤولية عقدية إذا كان هناك عقد يتولي تنظيمها (المبحث الثاني).

وما ينبغي التنبيه إليه في هذا السياق هو أن المسؤولية المدنية في فترة المفاوضات في القانون الإنجليزي تعد دائماً تقصيرية، وذلك باعتبار أن هذا القانون - كما سبق القول - لا يعترف بعقد التفاوض، ومن ثم فلا مجال للقول بإمكان قيام المسؤولية العقدية في قانون الانجليزي في هذه المرحلة¹.

¹ وأما هذا الاختلاف في الحلول القانونية، وباعتبار أن المفاوضات في الكثير من الأحيان تكون ذات طابع دولي، قد تثار لدينا مشكلة القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية في فترة المفاوضات، ومن أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق يتعين على القاضي أن يتولى أولاً تكييف العلاقة بين الطرفين، وذلك بردها إلى طائفة معينة يخصها القانون بقاعدة إسناد محددة، ويتم تكييف العلاقة موضوع النزاع طبقاً لقانون القاضي، ومن ثم إذا كان القاضي ليبيا طبقاً للقانون الليبي، وفي ذلك تقول المادة 10 من القانون المدني الليبي إن: (القانون الليبي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه منها) وقد سبق أن رأينا أنه حسب رأي الباحث أنه طبقاً للقواعد العامة للقانون المدني الليبي يجب التمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض وتلك غير المصحوبة باتفاق تفاوض، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق تطبق قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات العقدية حيث تنص المادة 19 من القانون المدني أنه: (1) - يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه 2- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار) أما إذا لم يكن هناك عقد تفاوض طبق القاضي قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية حيث تنص المادة 21 من ذات القانون: (1- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ تحدث في الخارج وتكون مشروعة في ليبيا وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات

وهي تلك الناجمة عن إخلال المتفاوض بالتزاماته القانونية المترتبة على دخول في المفاوضات.

ولكي تقوم هذه المسؤولية لأبد من توافر أركانها (المطلب الأول) وإذا ما توافرت أركان المسؤولية التقصيرية ترتبت أثارها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظرية المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات

ذهب الكثير من الفقهاء إلى أن فكرة المسؤولية التقصيرية هي التي تحكم مرحلة التفاوض، على اعتبار أنها تعد أسهل الوسائل وأيسرها تطبيقاً على هذه المرحلة، لحجة مفادها أن أحكام هذه المسؤولية هي وحدها التي تطبق عند عدم وجود عقد، وقد ظهرت هذه النظرية نتيجة الانتقادات التي تعرضت لها نظرية الخطأ عند تكوين العقد، وذلك أن هذه الأخيرة، هي من ناحية أولى تجعل قيام سبب البطلان في جانب المتعاقد خطأً حتمياً رغم أن هذا المتعاقد قد يكون جاهلاً كل الجهل بسبب البطلان في جانبه، فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة التبعية لا يجب إثباته إلا طبقاً لقواعد الخطأ التقصيرية وفي الحالتين لن يكون خطأً عقدياً، ومن ناحية ثانية إن هذه النظرية تجعل الالتزام بالتعويض موضوع تعهد ثانوي يقتصر بالتصرف الباطل ويبقى رغم بطلان هذا التصرف ليكون أساساً إرادياً لتعويض الغير عن الضرر الناشئ عن البطلان، وهي بذلك تفترض قيام تعهد بالصحة في جميع العقود دون أن يقوم دليل على ذلك، ومن

ناحية **ثالثة** حتى لو سلمنا بافتراض وجود هذا التعهد الثانوي بضمان صحة التصرف، فلا شك أن بطلان التصرف الأصلي سيؤدي إلى بطلان هذا التعهد الثانوي أيضا، فينعدم بذلك سند تكليف المسؤولية بأنها عقدية، وإلا فإن تجزئة البطلان في هذا الصدد والقول بأنه ينصرف إلى التعهد الأصلي فقط دون الثانوي هي تجزئة تحكمية غير مقبولة، وأخيرا فإنه حتى في الحالات التي يتضمن فيها

القانون نصا خاصا يقرر المسؤولية القانونية بالتعويض عن بطلان العقد فإن المسؤولية ستكون قائمة بحكم القانون لا بحكم التصرف التقصيري .

ففي ضوء هذه الانتقادات خلص الفقه والقضاء المعاصر، وبخاصة الفقه والقضاء الفرنسي، إلى اعتبار المسؤولية المطبقة على الأخطاء المرتكبة خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية .

ففي ناحية اعتبار المسؤولية عن الأخطاء ما قبل التعاقدية مسؤولية تقصيرية، يقول بعض الفقه الفرنسي :

كيفما كانت توجهات قانوننا لقبول القيود الضمنية، الاتجاه الألماني لم يتم الأخذ به من طرف قانونيا الوضعي، يمكن أيضا أن نتفاجأ لهذا عندما نفكر بقبوله بشكل سهل في مناسبات أخرى، مثلا بالرجوع إلى بعض التطورات للالتزام بالأمن أو إلى توسع الاشتراط لمصلحة الغير، يمكن كذلك أن نتفاجأ عندما نفكر بتطورات عقود المفاوضات، وكذا بدعوة بعض الباحثين إلى "التوثيق العقدي للتفاوض"¹.

¹ Quels que soit les propension de notre droit, de la responsabilité civil singulièrement, à admettre les contrats tacites, la vois « allemand » n'a pas été retenus par notre droit positif. On

وبضيف هذا الفقه، أنه يمكننا أن نشير في قانوننا الوضعي إلى مجهودات من أجل الإخضاع لنظام المسؤولية التعاقدية لمعالجة الأخطاء ما قبل التعاقدية المتبوعة بإتمام العقد، ففي الوقت الراهن، حسب رأي هذا الفقه دائماً، يجب الأخذ بالأسباب العملية الهادفة إلى عدم التفريق بين معالجة الأخطاء الضرورية المرتكبة فيما قبل والتي تمت المواصله فيها بعد تكوين العقد، مثل خرق الالتزام بالإعلام .

وينتهي هذا الفقه، إلى القول بأنه في الوقت الراهن لا يمكن التأكيد بأن المسؤولية العقدية قد خنقت تطبيق أنظمة المسؤولية التقصيرية، صفة نظام القانون العام، والتواجد المستمر للمواد 1382 و 1383 من ق م، هما بدون شك تأكيد واضح للتطبيق المبدئي للمسؤولية التقصيرية في معالجة الأخطاء المرتكبة خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد .

وتماشيا مع ما ذهب إليه الفقه الفرنسي أعلاه، نذكر بالقرار التأسيسي للاجتهاد القضائي الفرنسي، والصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 20 ماي 1972، والذي قضى بأن المسؤولية عن قطع المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية لعدم وجود اتفاق تفاوض، وذلك لأن المفاوضات قد قطعت بدون مبرر مشروع وفجأة ومن جانب واحد¹.

peut même s'en étonner lorsque l'on songe à leur admission aisée en d'autre occasions, pensons à certains développement de l'obligation de sécurité ou à l'extension de la stipulation pour autrui, dans les contrats de transport, tout en premier. On peut pareillement s'en étonner = lorsque l'on songe aux développements des contrats de négociation, voire à l'invitation de certain observateurs à la « contractualisation de la négociation ».

¹ نتخلص وقائع هذا القرار في قيام شركتين (A) و (B) بالدخول في مفاوضات من أجل إبرام عقد بيع آلة تستخدم في صناعة الإسمنت تنتجها شركة أمريكية وتعتبر الشركة (B) المستفيد من الامتياز المعتمد لتوزيع هذا المنتج في فرنسا وأثناء المفاوضات قامت الشركة (A) الراغبة في شراء هذه الآلة بإرسال ممثل إلى الولايات المتحدة الأمريكية، على نفقتها، من أجل معاينة تشغيل الآلة على طبيعتها، ثم

وفي نفس الاتجاه، نذكر بالقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 يناير 1998، حيث حمل المسؤولية التقصيرية للشريك في المفاوضات لكونه قد قام بقطع المفاوضات ليلة إمضاء العقد. 3... هذا الحل المتوصل إليه من قبل القضاء الفرنسي، لم يتم التشكيك فيه، بل تم تأكيده وتذكيره في قررا آخر صادر بتاريخ 11 يناير 1984، وهو قرار قضى بنقض قرار يتسخلص تعليلا من الإتمام اللاحق للعقد لتطبيق قواعد الاختصاص المتعلقة بالمسؤولية العقدية، ويقضي هذا القرار بما يلي:

بالنظر إلى الفصل 1382 من ق م، حيث أنه للتقرير بأن المحكمة التجارية Evreux لم تكن مختصة، المحكمة توصلت إلى أن شرط الاتفاقية التي تجمع الأطراف وتعطي الاختصاص للمحكمة التجارية بباريس في حالة النزاع هي مطبقة على الواقعة، بهذه التعليقات، بما أن ضحية الخطأ المرتكب أثناء المدة التي سبقت إتمام العقد هي على حق في متابعة إصلاح الضرر الذي نرى بأنه أصابها أمام محكمة مكان الضرر، على أساس المسؤولية التقصيرية، فإن محكمة الاستئناف قد خرقت النص المذكور.¹

طلبت الشركة (B) المستفيد من الامتياز بيانات إضافية لتختار النوع المناسب من الآلة، ولكن الشركة (B) بدلا من تسليم هذه البيانات المطلوبة التي وصلتها من الشركة الأمريكية إلى الشركة الفرنسية الراغبة في الشراء، قامت ببيع هذه الآلة إلى شركة أخرى منافسة، مع التزامها ببند في العقد بالامتناع مدة 42 شهر عن بيع أي آلة أخرى، بعد ذلك، وحتى لا تتحمل الشركة (B) المسؤولية قامت بإخبار الشركة المتضررة عن طريق الهاتف بقطع المفاوضات. ولما عرض الأمر على الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية قضت بتحميل الشركة (B) المسؤولية التقصيرية عن قطع المفاوضات فجأة ودون مبرر بعد أن وصلت المفاوضات إلى مرحلة متقدمة، وتعمدها - مع علمها بالمبالغ الضخمة التي أنفقتها الشركة المدعية في سبيل إبرام العقد - إبقائها في حالة عدم الاستقرار لمدة طويلة."

¹ - « vu l'article 1382 C. Civ... attendu que pour décider que le tribunal de commerce d'evreux n'était pas compétent (le tribunal a retenu) que la clause de la convention unissant les parties est applicable à la cause...
En se déterminant par ces motifs, alors que la victime d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi devant le tribunal du lieu du dommage sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».
- Cass. 11 janvier 1984 thèmes express cite n° 51.

إن الحل المتوصل إليه من قبل القضاء الفرنسي لم يتم التشكيك فيه كذلك من قبل الفقه الفرنسي هناك، بل إنه انطلاقاً من هذا التاريخ تضاعفت آراء الفقه المؤيدة لما ذهب إليه القضاء الفرنسي، واعتبر الفقه الحل المتوصل إليه من قبل القضاء الفرنسي بأنه حل مكتسب في القانون الوضعي الفرنسي للقرن 21، هذا الاعتبار أكدته بعض الفقهاء الفرنسيين بالقول :

{لا نضع طبيعة المسؤولية قبل التعاقد رهن إتمام العقد أولاً}¹

من كل ما تقدم، يظهر أن المسؤولية عن الأخطاء المرتكبة خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد في القانون الفرنسي تتعقد على أساس نص المادة 1382 من هذا القانون. والملاحظ، في هذا الإطار، هو أنه لا يوجد تعريف للخطأ في القانون الفرنسي الذي تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية، ويعرف الخطأ بصفة عامة بأنه: انحراف في السلوك لا يصدر من الرجل المعتاد إذا وجد في نفس الظروف الواقعية التي صدر فيها هذا الفعل، لأجل هذا يحرص القضاء الفرنسي على أن تجري المفاوضات بحسن نية وبأمانة، وعليه فإذا استمرت المفاوضات من جانب أحد الأطراف بهدف الحصول على معلومات سرية بدون مقابل أو بهدف منع المتفاوض الآخر من التعاقد مع الغير، فإن الطرف الذي ينهج هذا السلوك يعد مخطئاً ويتحمل المسؤولية التقصيرية لوجود الخطأ في جانبه بدون أهمية لوجود نية الإضرار بالطرف الآخر².

¹ - « on ne fais pas dépendre la nature de la responsabilité - précontractuelle - de la conclusion ou non du contrat ». G. Durry. R.T.D. Civ 1976.p 549.

² l'intention de nuire

وفي هذا الصدد أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ هاما فيما يتعلق بسوء النية¹، أو نية الإضرار بالطرف الآخر كشرط لتأسيس المسؤولية التقصيرية، وقد بينت هذه المحكمة أن سوء النية، وإن كان يؤدي إلى عقد مسؤولية من توافر في مسلكه تجاه الطرف الآخر، إلا أن سوء النية أو نية الإضرار لا يعد عنصرا ضروريا لانعقاد هذه المسؤولية²، وإنما يكفي أن يتصرف المتفاوض بحقه³، حتى يتوافر في مسلكه ركن الخطأ ويتحمل المسؤولية عن تعويض الأضرار التي أصابت الطرف الآخر⁴.

ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي في اعتبار المسؤولية المترتبة خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية، قد وجهت بالتأييد من قبل كل من الفقه البلجيكي والقضاء المصري .

فبالنسبة للفقه البلجيكي، نجد أن الأستاذة "Alexandre-Vanwesck" تؤكد أن الخطأ التقصيري يتمثل إما في الإخلال بالثقة لدى الطرف الآخر من جانب، أو في القطع الفجائي استنادا إلى حجج واهية أو لمجرد نزوة أو بغرض الانتقام أو مضايقة المتفاوض الآخر إلى غير ذلك من صور التعسف في استعمال الحق من جانب آخر⁵.

أما بالنسبة للقضاء المصري فنجد أن محكمة النقض المصرية قد قضت في إحدى قراراتها بأن "المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل

¹ la mauvaise foi

² n'est pas un élément nécessaire de cette responsabilité

³ avait agi avec légèreté

⁴ Cass.com 12 oc. 1993. l'exilasses n° 1462

⁵ - A. vanwisck : la réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats annales de la faculté de droit de liège 1980. p 23.

متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسؤولية، أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يرتب هذا العدول المسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر، ومن ثم فلا 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 التقصيرية¹.

وقضت محكمة النقض المصرية في قرار آخر صادر عنها بأنه "متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالتعويض، على أن تبادل المذكرات بين الهيئة العامة للبترول وشركة الملاحة لا يعدوا أن يكون مرحلة التمهيد لإبرام عقد نقل بحري ولا يؤدي إلى انعقاده، غير أنه يرى في التصرفات التي أسندها الكاتب العام للهيئة انحرافاً عن السلوك المألوف في الظروف التي صدرت فيها هذه التصرفات، وبالتالي خطأ تقصيرياً، وكانت هذه التصرفات ليست مما تقتضيه عملية التمهيد للتعاقد التي ذكر الحكم أنها تدخل في سلطة الكاتب العام، وكان ما استخلصه الحكم من أن هذه التصرفات كان من شأنها في الظروف الملائمة أن توقع الطرف الآخر في فهم خاطئ، بأن التعاقد قد تم وأن عليه أن يبدأ في تنفيذه، هو استخلاص سائغ مستمد من مقدمات تؤدي إليه، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون²."

¹ نقض مدني صادر بتاريخ 9 فبراير 1967 مجموعة أحكام النقض السنة 18 رقم 52، ص 334.

² نقض مدني صادر بتاريخ 28 مارس 1968، مجموعة أحكام النقض السنة 19 رقم 95، ص 642. وللتوسع أكثر حول موقف القضاء المصري يرجى الرجوع إلى - نقض مدني صادر بتاريخ 17 يناير 1966 مجموعة أحكام النقض السنة 17 رقم 23، ص 182.

على الرغم من وجاهة ما ذهب إليه قضاء وفقه هذه الدول أعلاه، فإن اعتبار المسؤولية المترتبة خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية لم يسلم من العيوب، وهذه العيوب تتجلى في؛

صعوبة إثبات توافر الخطأ؛ يعد إثبات خطأ المتفاوض عبئا ثقيلا يقع على كاهل المدعي ما لم يعتبر القطع في حد ذاته خطأ يترتب المسؤولية، وهو أمر يصعب الأخذ به، حيث يشكل تساهلا في تقدير الخطأ التقصيري وتهديدا للحريات الفردية وزعزعة ثقة استقرار المعاملات، هذا بالإضافة إلى ما يشكله هذا الأمر من انتهاك لمبدأ أساسي وهو مبدأ حرية التعاقد وعدم جواز التوسع في المسؤولية أثناء التفاوض.

نطاق التعويض؛ إن التعويض الذي يحكم به ليس تعويضا كاملا، وإنما هو تعويض عن المصلحة السلبية التي تتمثل فيما تكبده المتفاوض من نفقات في سبيل إجراء المفاوضات وفقدان فرص جدية، ومفاد ذلك كله أن هذا التعويض لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد.

لأجل هذا كله، وما دام أن كل من نظرية المسؤولية العقدية ونظرية المسؤولية التقصيرية تحمل مزايا وعيوب، فإنه لا يجب الإقرار بأن المسؤولية المترتبة خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد هي دائما مسؤولية عقدية¹، أو أنها هي دائما مسؤولية

¹ يذهب بعض الباحثين إلى المناداة بتطبيق المسؤولية العقدية وحدها على الأخطاء المرتكبة خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد، فهذا الباحث يرى أن التفرقة بين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض صريح وتلك المصحوبة بهذا الاتفاق هي تفرقة تفتقر إلى الأساس القانوني، كما أن هذه التفرقة من شأنها أن تؤدي إلى ازدواجية في المعيار دون وجود ما يبرر ذلك، ويتساءل صاحب هذا الاتجاه، كيف نجعل المفاوضات تارة مجرد عمل مادي غير ملزم بحيث لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني ولا تقوم بشأنها سوى المسؤولية التقصيرية إن توافرت شروطها، ونجعلها تارة أخرى تصرفا قانونيا ملزما، بحيث تكون المسؤولية في هذه المرة عقدية؟ هذا الاختلاف في الطبيعة القانونية لنوعي المفاوضات لمجرد أن الطرفين لم يصرحا في النوع الأول باتفاقهما على التفاوض في حين أنهما قد صرحا بهذا الاتفاق في النوع الثاني. وهذا الاختلاف – في نظر هذا الاتجاه لا يكفي – لكي نميز بشكل غير عادل في المراكز القانونية للمتفاوضين،

تقصيرية لا غير، وإنما الذي يجب الانتباه إليه هو أن كلا من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية تكون قابلة للتطبيق على الأخطاء المرتكبة خلال فترة المفاوضات السابقة على التعاقد، وذلك بالنظر إلى وضعية كل حالة على حدة

ومنه نرى أن إمكانية تطبيق المسؤولية العقدية رهين بتوافر الشروط المتطلبة في تحقيقها تماما كما هو الأمر بالنسبة للمسؤولية التقصيرية التي تتطلب لتطبيقها توافر الأركان الثلاثة المتعارف عليها قانونا، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية الرابطة بين الخطأ والضرر

فالعدل والمنطق يقضيان بضرورة توحيد الطبيعة القانونية للتفاوض بحيث تحكمه قواعد قانونية واحدة تميز بين صورة وأخرى من صور المفاوضات، وذلك حتى نحقق نوعا من المساواة في المراكز القانونية للأطراف المتفاوضة بالإضافة إلى تجنب المشكلات القانونية التي قد تثار في التطبيق العملي بسبب هذه التفرقة، خاصة ما يتعلق منها بنوع المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، وبالتالي عبء الإثبات ومقدار التعويض والقانون الواجب التطبيق، وهذا التوحيد من شأنه أن يؤدي إلى استقرار المعاملات. لأجل هذا، ينتهي هذا الباحث إلى القول بأن الصواب أن التفاوض على العقد هو دائما ذو طبيعة عقدية وذلك لأن هذا التفاوض يحدث في جميع الأحوال بناء على اتفاق سابق من الطرفين صريحا كان هذا الاتفاق أم ضمنا، يقرر فيه الدخول في التفاوض من أجل إبرام عقد معين اتفاقا عليه من حيث المبدأ. ويستند هذا الاتجاه في ما انتهى إليه إلى المبررات التالية :

أولا: التفاوض يكون بالاتفاق وليس بالصدفة؛ إذ ليس من المتصور عقلا أن يكون الطرفان قد وجدا أنفسهما فجأة يتفاوضان على العقد دون سابق علم أو رغبة منهما في ذلك، وإنما لابد أن يكون قد اتفاق من قبل على الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين .

ثانيا: أطراف التفاوض يهدفان بالتفاوض إلى إحداث أثر قانوني؛ فالواقع أن الطرفين بدخولهما في التفاوض يكونان قد رضا في الوقت نفسه بالتعاقد من حيث المبدأ ولم يبق أمامهما سوى الاتفاق على تفاصيل العقد حتى يتم إبرامه .

ثالثا: المتفاوضان ليس من الغير؛ يقصد بالغير كل شخص خارج عن العلاقة التعاقدية، وبمجرد الدخول في التفاوض تنشأ بين الطرفين علاقة خاصة ترتب على عاتقها التزامات معينة، ولهذا لا يمكن اعتبارهما من الغير .

رابعا: المتفاوضان يتقيدان بالتزامات حقيقية؛ بمجرد الدخول في التفاوض يقع على عاتق الطرفين التزامات معينة أهمها الالتزام بالتفاوض بحسن النية والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات. ويضيف هذا الباحث إلى أن هذا التكييف يعد ترجمة صادقة للنية الحقيقية للطرفين، إذ أن إرادتهما تتجه دائما إلى ضرورة أن يلتزم كل منهما بالتفاوض مع الآخر بحسن نية كما أنه يتفق مع القواعد العامة التي تجيز أن يكون الاتفاق ضمنا، بل إن القضاء الفرنسي اعترف في أكثر من حكم بوجود اتفاق بين الطرفين على التفاوض وهو في حقيقته اتفاق

المطلب الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات

طبقاً للقواعد العامة للقانون المدني، فإن مسؤولية المفاوض التقصيرية يتطلب ثلاثة أركان، هي الخطأ (الفرع الأول) والضرر (الفرع الثاني) وعلاقة السببية بينهما (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الخطأ التقصيري

وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني يقصد بالخطأ التقصيري: الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد محاطاً بنفس الظروف الخارجية للمدعى عليه وذلك دون الاعتداد بظروفه الداخلية.

وعليه فإن الخطأ التقصيري يقاس بمعياري موضوعي ينظر فيه إلى السلوك في ذاته، فننظر إلى السلوك المألوف للشخص العادي ونقيس عليه سلوك المدعى عليه، فإذا كان تصرف هذا الأخير يشكل انحرافاً عن مسلك الشخص المعتاد عد مخطئاً، أما إذا لم ينحرف في تصرفه عن مسلك الرجل العادي انتفى عنه الخطأ ولا يسأل عن تعويض الضرر¹.

وبإسقاط هذه القواعد العامة على المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات، فإنه يمكن القول إن الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات يتمثل في الانحراف عن سلوك المتفاوض المعتاد، ويقاس أيضاً بمعياري موضوعي وهو معيار المتفاوض المعتاد، أي المتفاوض ذو

¹ محمد على البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 294.

القادرية الوسطى، فهو ليس بالمهمل الذي يفتقد إلى أدنى درجات اليقظة والحيلة والحذر، وليس بالنبه شديد الحرص والحيلة والحذر، وإنما بين هذا وذاك، أي متوسط الحرص والحذر. وبالتالي يتحتم لمعرفة ما إذا كان المتفاوض مخطئاً أم لا، أن نقيس سلوكه على سلوك المتفاوض المعتاد في نفس الظروف الخارجية، أي محاطاً بنفس الظروف الخارجية، فلو كان المتفاوض المعتاد لا يقوم بهذا السلوك، عد المتفاوض مخطئاً وإلا فإن وصف الخطأ يزول عن سلوك المتفاوض ومن ثم يكون سلوكه مشروعاً.

ونعرض فيما يلي على سبيل المثال لبعض صور الخطأ التقصيري في فترة المفاوضات:

1- مفاوضات التجسس

وهي تلك المفاوضات التي لا يقصد من ورائها التوصل إلى إبرام العقد، وإنما يهدف الداعي لها إلى معرفة بعض أسرار الشخص الذي يتفاوض معه فحسب، دون أن تكون لديه أية نية في التعاقد¹ وبمجرد تمكنه من الاطلاع على الأسرار التي دخل المفاوضات لأجل الحصول عليها يعدل عن المفاوضة، ومما لا شك أم مثل هذا السلوك يعد قبيل الغش الذي يترتب قيام مسؤولية المفاوض التقصيرية.

2- رشوة المتفاوض الآخر وإفساده

نظراً لارتفاع القيمة المالية للعقود الدولية، وأنها غالباً ما تبرم بناء على مفاوضات سابقة لا يقوم بإجرائها ذوو الشأن أنفسهم، وإنما يلجؤون إلى ذوي الخبرة والاختصاص في مجال

¹ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية، مصر منشأة المعارف، 2006، ص52.

المفاوضات¹، فإن الرشوة غي سبيل إبرام هذه العقود هي أمر متوقع دائماً، وذلك بقيام أحد المتفاوضين - المتفاوض الراشي - بتقديم رشوة للمتفاوض الآخر - المتفاوض المرتشي - بغية التوصل إلى إبرام العقد بشروط مجففة، فيعمل المتفاوض المرتشي على إقناع الطرف الذي يمثلته بأن التعاقد بهذه الشروط يحقق مصلحته، في حين أن الأمر بخلاف ذلك.

وبالرغم من عدم وجود تنظيم قانوني كاف لمكافحة الرشوة في مجال العقود الدولية، إلا أنه يمكن ملء هذا الفراغ في ضوء مبدأ حرية التعاقد، كأن يتم النص في العقد على بطلانه، في مجال قبوت دفع أية مبالغ مالية من أجل إبرامه.

فعلى سبيل المثال قد تضمن أحد العقود النموذجية الدولية في دولة (غانا) بندا ينص صراحة على أنه: إذا تبين أن المتعاقد الأجنبي قدم عمولة من أجل إبرام العقد، أو من أجل الغش في التنفيذ، فإن العقد يلغى من تلقاء نفسه ودون إجراءات، فضلاً عن إلغاء كافة العقود التي أبرمت مع مقدم العمولة².

وما يهمنا في هذا الخصوص هو أن تقديم الرشوة للمتفاوض من أجل التأثير على إرادته بطريقة غير مشروعة يعد من قبيل الخطأ التقصيري الذي تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية.

إن الرشوة تعد من الأمور المتوقعة والتي تحدث من وقت لآخر في مجال التجارة الدولية بصفة عامة والعقود الدولية للإنشاءات على وجه الخصوص ويرجع ذلك إلى انتشار

¹ وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، مرجع سابق، ص376.

² حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام، مرجع سابق، ص862، 863.

الشركات متعددة الجنسية، وارتفاع قيمة هذه العقود، مما أدى الى منافسة شديدة وصراع بين الشركات، وهذا بالطبع على حساب مصالح الدولة المعنية ومستقبل التنمية فيا¹.

3- تدخل الغير لإعاقة المفاوضات وإفسادها

الملاحظ في الصورتين المتقدمتين للخطأ التقصيري أنه صادر عن أحد أطراف المفاوضات، ولكن في بعض الأحيان قد يصدر من الغير الذي يتدخل في مفاوضات قائمة ويقوم بإعاقتها وإفسادها لكي ينتزع الصفقة من صاحبها بطريقة غير مشروعة، ومما لا شك فيه أن إفساد المفاوضات بهذه الطريقة يعد من قبيل الخطأ التقصيري الذي تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا الخصوص قضية "Texaco Penzoil"² والتي شهدت إصدار أكثر حكم قضائي حصيداً للتعويض في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية. ففي سنة 1976م وبعد وفاة رجل النفط الملياردير الأمريكي "Poul Getty"، الذي كان يرأس شركة تم تقسيم ملكية شركته العائلية، وعندما ابنه "Gordon Getty" - وهو ملحن شبه مهني ومغني أوبرا ذو خبرة محدودة في مجال الأعمال - في تأكيد نفسه في Getty oil شهدت الشركة بعض الصراعات الإدارية، حيث دخلت منذ عام 1982م في صراعات إدارية مفتوحة ومربكة في كثير من الأحيان، الأمر الذي جعل من هذه الشركة هدفاً للاستيلاء عليها،

¹ نرجس البكوري، المسؤولية المدنية للمفاوض في مرحلة التفاوض، قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- مراكش، سنة 2013، ص189

² On this issue detailed see(:

Steve Coll "PENNZOIL TEXACO SIGN FINAL PACT "December 20,1987-.

Date has been reviewed 15-3-2017 Through the link:

[http //www.washingtonpost.com/.....1987.../penzoil-texaco.../57 dfc-](http://www.washingtonpost.com/.....1987.../penzoil-texaco.../57 dfc-)

ومن هنا ثارت الأحداث التي أدت في النهاية إلى إفلاس شركة "Texaco" ثالث أكبر شركات النفط في الولايات المتحدة الأمريكية آنذاك.

في 28 ديسمبر سنة 1983م تقدمت شركة "Pezoil" بعرض لشراء "Getty oil" يقدر بمئة دولار للسهم الواحد، وفي مطلع كانون الثاني/يناير 1984م توصلت "Pezoil" مع "Paul Getty Museum" الحائز على 11.8% من أسهم إلى مذكرة اتفاق تتعلق باحتمال شراء "Getty" من قبل "Penzoil"، وكانت بنود هذه المذكرة تشير إلى ضرورة موافقة مجلس إدارة... على شروطها، قبل نهاية اجتماع المجلس الذي يبدأ في 2 يناير 1984م، بحيث إذا لم يتم الموافقة على مذكرة الاتفاق بحلول ذلك الوقت، فإن المذكرة سوف تنتهي بشروطها الخاصة، وقد صوت مجلس إدارة "Getty" في 2 يناير 1984م لصالح رفض عطاء "Penzoil" والمذكرة قائلاً أن العرض كان منخفضاً جداً.

وقد جرت بعد ذلك مفاوضات بين الطرفين توصلت خلالها إلى رفع قيمة السهم إلى 112.50 دولار، وفي 3 يناير أعلنت "Penzoil" و "Getty" توصلهما إلى اتفاق مبدئي، وقام المحامون وموظفوا العلاقات العامة بصياغة بيان صحفي في هذا الخصوص، وأصدر البيان صباح يوم 4 يناير 1985م.

وفي 5 يناير 1984م وقبل أن يتم التوقيع على الوثائق النهائية، تدخلت شركة "Texaco" في الصفقة، حيث دخلت في مفاوضات مكثفة مع وتقدمت بعرض أكبر من "Penzoil" يقدر بـ 125 دولار للسهم الواحد.

وفي 6 يناير 1984م وافق مجلس إدارة Getty على العرض الذي تقدمت به وأصدرت هذه الأخيرة على الفور بياناً صحيفياً أعلنت فيه توصلها إلى اتفاق مع ومن ثم بيعت هذه الأخيرة إلى "Texaco".

على إثر ذلك شعرت "Penzoil" أنه قد تم التعامل معها بشكل غير عادل، ورفعت دعوى قضائية ضد شركة "Texaco" تزعم فيها إن هذه الأخيرة تدخلت بشكل غير قانوني في المفاوضات التي كانت تجري بينها وبين شركة ولم تقم Penzoil بمقاضاة أمام محاكم ولاية وإنما قام محاموها بنقل قضيتهم إلى حيث تعرف تاريخياً محاكم هذه الولاية بأنها تحكم بمبالغ تعويض كبيرة، وقد تم رفع الدعوى أمام محكمة الابتدائية، وفي 14 نوفمبر 1985م أصدر القاضي حكمه التاريخي الذي قضى بإلزام شركة بتعويض بما يقارب 11 مليار دولار، منهما 7.53 كتعويض عن الأضرار التي لحقت بشركة، و3 مليارات كتعويضات تأديبية، ليكون هذا الحكم هو الأكثر حيلة للتعويض في تاريخ القضاء الأمريكي¹.

وبموجب قانون ولاية فإن شركة مطالبة بإيداع سندات تعادل قيمة الحكم حتي تتمكن من الاستئناف، أي إنها مطالبة بإيداع سندات تقدر بـ 11 مليار دولار أمريكي، وهو ما قالت شركة أنها لن تستطيع القيام به. وقد نجح الفريق القانوني لشركة برئاسة في الحصول على حكم من المحكمة الفيدرالية يسمح لشركة بمتابعة طعونها في مقابل إيداع سندات بقيمة 1 مليار فقط كضمان لمسؤوليتها تجاه بدلا من إيداع سندات تعادل مبلغ الحكم بكاملة، وهذا

¹ 729 S.W.2d.768.Court of appeals of Texaco,inc.V.PenZoil "Date has been reviewed 16-3-2017Through the Link:
[http://www.casebriefs.com/blog/Law/contracts.keyed-to-Calamari/the-agreement-process/Texaco-inc-v-penzoil-co./](http://www.casebriefs.com/blog/Law/contracts.keyed-to-Calamari/the-agreement-process/Texaco-inc-v-penzoil-co/)

الحكم يسمح لشركة بمتابعة طعونها دون ضغوط مالية، ودون أن تكون مضطرة للدخول في محادثات تسوية يكون فيها موقفها ضعيفاً.

وفي عام 1987م تلقت ضربة مزدوجة ففي 12 فبراير من هذا العام أيدت محكمة الإستئناف في "Texas" الحكم الصادر عن محكمة "Houston" الابتدائية، مع تخفيض قيمة التعويض في شقة الثاني المتعلق بالتعويضات التأديبية إلى مليار دولار بدلا من ثلاثة مليارات، كما أنه في إبريل من ذات العام ألغت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية الحكم الذي حد من مبلغ سند الإستئناف، ومن ثم فإن شركة "Texaco" مطالبة بإيداع سندات تقدر بنحو عشرة مليارات إذا ما أرادت متابعة طعونها.

وعلى إثر صدور هذا الحكم تراجع قيمة أسهم "Texaco" بقدر 4 دولارات لسهم الواحد، لتتخفض قيمتها إلى 33.625 دولار في بورصة نيويورك، وفي المقابل ارتفعت قيمة "Penzoil" أسهم بقدر 6.75 دولارات لتصل قيمة السهم الواحد إلى 88.375.

وقال "James Kinnear" الرئيس التنفيذي لشركة "Texaco" أنه إذا لم تتجح مفاوضات التسوية مع "Penzoil" فإنه لا بديل لشركة "Texaco" سوى أن تقوم بشهر إفلاسها، وذلك حتي تستفيد من الحماية المقررة لحاملي الأسهم بموجب الفصل 11 من قانون الإفلاس الإتحادي، وقد عرضت على "Penzoil" 2 مليار دولار لتسوية القضية برمتها، إلا أن هذه الأخيرة رفضت ذلك وطالبت بأربعة مليارات.

وبدلاً من التوصل إلى حل وسط اختارت "Texaco" إيداع طلب لشهر إفلاسها وذلك في 12 إبريل 1987م وقد جلبت عملية الإفلاس لاعبين جدد للعركة، حيث تم تنظيم لجان

الدائنين والمساهمين في شركة "Texaco" وفي ذات الوقت تم الطعن في الحكم أم محكمة "Texas" العليا، وفي نوفمبر 1987م أعلنت هذه الأخيرة قراراً مذهباً بتأييد الحكم دون جلسة استماع.

وفي تلك المرحلة كان الإستئناف الوحيد المتبقي لشركة "Texaco" هو المحكمة العليا في الولايات المتحدة التي تسمع قلة من القضايا المعروضة عليها، وقد أيقن الطرفان أنه لا مناص من التسوية الودية لهذا النزاع، وهو ما حصل بالفعل ففي 20 ديسمبر 1987م وبعد أسبوع من المفاوضات المكثفة التي ضمت جيوش من المحامين والخبراء الماليين تم التوقيع على وثيقة التسوية المكونة من 100 صفحة والتي تقضي بإلزام شركة بدفع 3 مليارات إلى، ليسدل بذلك الستار على معركة ضمت أفضل المواهب القانونية في الولايات المتحدة الأمريكية¹.

ونكتفي بالإشارة لهذه الصور الثلاثة كنماذج للخطأ التقصيري في فترة المفاوضات، مع ما ينبغي التنبيه عليه من أن الأصل هو سلامة المركز القانوني للمتفاوض، وعلى من يدع

¹ See all of (

Steve Coll, Previous reference. -

Blooberg Law , Previous reference .

- R.E Marks© 2001 " Case study : Texaco versusPennzoil" Date has been reviewed 15-3-2017 Through the link:

Http :www.agsm.edu.au/bobm/teaching/MDM/Penzoil.pdf.

- STUART TAYLOR.J.r"TEXACO SET BACK BY SUPREME COURT IN PENNZOIL CASE"special to the new yourk Times,published :April.7.1987.Date has been reviewed14-3-2017Through the link:<http://www.nytimes.com/....texaco-set-back-by-supreme-court-in-pennzoil>.

الخطأ إثبات ذلك، ومن ثم فإن المتفاوض المضرور هو من يلتزم بإثبات الخطأ بكافة طرق الإثبات، كما يجوز إثبات واقعة التفاوض بكافة طريق الإثبات¹.

ولا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية صدور خطأ تقصيري على النحو المتقدم من أحد المتفاوضين أو من الغير، وإنما لا بد يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المتفاوض الآخر.

الفرع الثاني: الضرر

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية، حيث لا تقوم بدونه، وفي هذا تقول المحكمة العليا الليبية: (من البديهيات أن المسؤولية التقصيرية تقوم على ثلاثة عناصر، هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، فإذا وجد الخطأ ولم يترتب عليه مباشرة ضرر لأحد فلا مسؤولية على مرتكب الخطأ، وكذلك الحال إذا لحق الضرر بشخص ما ولم يكن له علاقة مباشر بخطأ الشخص، وإنما تترتب على أمر آخر غير فعل المخطئ فلا مسؤولية على هذا الأخير أيضاً)².

ومن المعلوم أن الضرر قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً، والضرر المادي: هو الذي يصيب المتفاوض في ذمته المالية، ويتمثل هذا الضرر أثناء مرحلة المفاوضات فيما تكبده المتفاوض من مصاريف للتنقل والإقامة، وما قد يكون قام به من استشارات فنية وقانونية، وكذلك الوقت الذي أضاعه في المفاوضات دون جدوى.

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية ، مرجع سابق ، ص 75.

² طعن مدني رقم 31/46 ق ، بتاريخ 27-5-1985 ، مجلة المحكمة العليا ن السنة 23 ، العدد 4-3، ص 92.

أما الضرر المعنوي: فهو الضرر الذي يصيب المتفاوض في مصلحة غير مالية، كالضرر الذي يصيبه في سمعته مثلا، كأن انهيار المفاوضات قبل إبرام العقد إلى المساس بالسمعة التجارية لأحد الأطراف المتفاوضة.

ولا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية مجرد حصول الضرر - ماديا كان أو معنويا - على النحو المتقدم، وإنما لابد أن يتوافر فيه جملة من الشروط:

1- أن يكون الضرر محققا

وذلك بأن يكون ثابتا على وجه اليقين والتأكد، ويتوفر ذلك كان الضرر حالا، أي وقع فعلا، كالمصاريف التي تكبدها المتفاوض فعلا، كما يكون الضرر محققا إذا كان محقق الوقوع في المستقبل، كأن يؤدي قطع المفاوضات إلى المساس بسمعة أحد التجار، فمما لاشك فيه أن هذا الأمر سيؤثر على مركزه المالي في السوق مستقبلا، الأمر الذي سيجلب عليه إضعاف انتماؤه.

والضرر المحقق، سواء أكان حالا أم مستقبلا، يختلف عن الضرر الاحتمالي، وذلك باعتبار أن الأول محقق الوقوع، لذلك يجب التعويض عنه، أما الثاني فهو غير محقق الوقوع، فقد يقع وقد لا يقع ومن ثم لا يعرض عنه إلا إذا وقع فعلا.

ويجب التمييز في هذا الخصوص بين الضرر الاحتمالي وتقويت الفرصة، فالأول لا يعرض عنه كما ذكرنا، أما تقويت الفرصة فإنه وإن كانت الفرصة في ذاتها أمرا محتملا، فإن

تفويتها يعد ضرراً محققاً في حد ذاته، ومن ثم يجب التعويض عنه¹، وسنعرض لاحقاً لهذه المسألة بشيء من التفصيل.

2- أن يمون الضرر مباشراً

وذلك بأن يكون نتيجة طبيعة لإخلال المتفاوض بالتزامه، وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة المتفاوض الآخر، أن يتوقاه ببذل جهد معقول، أما الضرر غير المباشر فلا يلتزم المتفاوض المدين بالتعويض عنه، وذلك لانقضاء علاقة السببية بينه وبين الخطأ، كأن يترتب على فشل التفاوض وضياع الصفقة من التاجر المتفاوض إلى سوء حالته المالية ويعجز عن سداد ديونه التجارية، فيتم شهر إفلاسه وتصفية أمواله قضائياً، فهذه الأضرار التي لحقت بالتاجر بعد قطع التفاوض معه هي أضرار غير مباشرة، فلا يعوض عنها، لأنه كان يستطيع أن يتفادها ببذل جهد معقول، كأن يحاول البحث عن صفقة أخرى².

وغني عن البيان أنه يشترط أن يكون الضرر قد أصاب حقاً مكتسباً أو على الأقل مصلحة مشروعة للمتفاوض المضرور، فقيام أحد المتفاوضين مثلاً بإفشاء الأسرار التي اطلع عليها بمناسبة المفاوضات، يعد مساساً بحق المتفاوض الآخر في الإبقاء على سرية هذه المعلومات، فضلاً عن أنه يشكل في ذات الوقت مساساً بالمصلحة المالية للمتفاوض المضرور، وهي بلا شك مصلحة مشروعة.

¹ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الأثرية الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص 362، 363.

² مجاجي سعد، مرجع سابق، ص 160.

كما ينبغي في الضرر ألا يكون قد سبق تعويضه، وذلك باعتبار أن الغاية من التعويض تتمثل في جبر الضرر، فمتي تحققت هذه الغاية لم يعد هناك محل للتعويض¹.

ويكفي في إطار المسؤولية التقصيرية أن يتوافر في الخطأ الشروط آنفة الذكر، ومن ثم فلا يشترط في الضرر أن يكون متوقعا.

ولا يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية مجرد توافر ركني الخطأ والضرر، وإنما لابد من قيام علاقة السببية بينهما.

الفرع الثالث: علاقة السببية

إذا وقع خطأ من أحد المتفاوضين، وحصل ضرر للمتفاوض الآخر، فلا بد أن يكون خطأ الأول هو السبب المباشر الذي أدى إلى وقوع الضرر للمتفاوض الثاني، فإذا لم يتحقق هذا الارتباط، انتفت المسؤولية، لتخلف ركن من أركانها، وبالتالي فلا مجال للحكم بالتعويض. غير أن الأمر ليس دائما بهذه البساطة، على اعتبار أنه قد تتدخل عدة أسباب في وقوع الضرر، ومن ثم فما هو السبب الذي يعتد به؟ أيعتد بالأسباب المشتركة جميعا أم ببعضها دون البعض؟

يمكن القول بأن هناك نظريتين في هذا الخصوص:

¹ فارس هاشم حسين، تقدير التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2015، ص58، 59.

الأولى: نظرية تكافؤ الأسباب

مؤدى هذه النظرية التي قال بها الفقيه الألماني فون بيري (Von Buri)¹ أنه يجب الاعتراف بكل سبب مشترك في إحداث الضرر ولو كان بعيدا، لأن جميع الأسباب التي تداخلت في وقوع الضرر تعد أسبابا متكافئة، ولذلك سميت هذه النظرية بنظرية تكافؤ الأسباب، ولمعرفة ما إذا كان السبب متكافئا أم لا يكفي أن نسأل هل الضرر كان سيقع ولو لم يشترك هذا السبب أم لا؟

فإذا كانت الإجابة فلا يعتد به، وإذا كانت بالنفي تعين الاعتراف به.

الثانية: نظرية السبب المنتج

قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون كريس (Von Kries) ومضمونها التمييز عند تعدد الأسباب بين الأسباب المنتجة والأسباب العارضة، فتعتبر الأولى هي السبب في إحداث الضرر، ويتمثل السبب المنتج في الواقعة التي تؤدي إلى الضرر طبقا للمجرى العادي للأمر، على أن المعيار الذي يقاس بموجبه كون السبب منتجا للضرر، إنما يقوم على أساس مدى التوقع والاحتمالية والموضوعية لهذا الضرر.

وتعتبر نظرية السبب المنتج هي الأكثر رواجاً في الوقت الحاضر، وأخذت بها غالبية

التشريعات، ومنها المشرع الليبي في المادة 224 من القانون المدني².

هذا بخصوص قيام رابطة السببية، فماذا بخصوص إثباتها؟

¹ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 351.

² حيث تنص هذه المادة على أنه (إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص 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) وحول علاقة السببية انظر: . محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 349، 350.

يمكن القول إن المتفاوض المضرور لا يلزم بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وإنما يكفي إثبات أن المتفاوض الآخر قد ارتكب خطأ، وأنه قد تضرر، ليقوم افتراض بسيط بقيام رابطة السببية، ويستطيع المتفاوض المخطئ أن ينفي هذه القرينة، بإثبات أن الضرر لا يعود لخطئه، وإنما يعود للسبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير.

وتقدير قيام رابطة السببية من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع، وفي هذا تقول محكمتا العليا: (من المقرر أن القول بتوافر رابطة السببية من عدمه من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها إثباتا ونفيا مادامت تقيم قضاءها على أسباب تؤدي إلى ما انتهى إليه).¹

هذا الأمر هو ما أكدته محكمة الاستئناف ببافيس عندما قضت في قرار لها بما يلي: "ثابت بأنه إلى غاية تنظيم العقد بشكل خارج عن أي تعسف أو نية سيئة فإن كل طرف يظل حرا "...كما قضت هذه المحكمة في قرار آخر لها بما يلي: "التصرف الذي يتميز باللامبالاة وعدم المراعاة تجاه الشريك التجاري الذي لا لوم عليه، فهو يعتبر استعمالا تعسفيا لحق التعاقد"²

¹ طعن مدني بتاريخ 6-2-2001، ق 576/46، غير منشور.

² Paris 1^{er} juin 1995. Juris Data. N° 022850.

- Paris 13 mai 1991. RJDA 1991. N° 911. RTD CIV 1992 – 394

المطلب الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات

نحاول في البداية تحديد هذه الآثار (الفرع الأول) لننتقل فيما بعد لبيان وسائل دفعها

(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد آثار المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات

يترتب على قيام المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات نشوء حق للمتفاوض المضرور في الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي أصابه، وذلك من خلال دعوى عادية طرفاها المضرور والمتسبب في الضرر¹، حيث تنص المادة 166 من القانون المدني الليبي على أن: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض).

وإصلاح الضرر قد يكون عن طريق التنفيذ العيني، إلا أن هذه الصورة من صور جبر الضرر تناسب المسؤولية العقدية في الغالب، في حين أن التعويض يناسب المسؤولية التقصيرية، ولذلك فقد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: (إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من

¹ محمد عبد الظاهر حسين الجوانب القانونية للمرحلة السابقة لى التعاقد الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية العشرون العدد الثاني، يونيو، 1998، ص773.

ضروب التنفيذ وه يقضي بإعادة الحال إلى ما كانت إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية)¹.

ومن ثم فإن الصورة المعتادة للتعويض في المسؤولية التقصيرية هي الحكم بدفع مبلغ من النقود بقدر الضرر²، يتولى القاضي تقديره طبقاً للقواعد العامة للقانون المدني على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، ومن هنا يثار التساؤل حول مدى انطباق هذه القواعد العامة على التعويض عن الخطأ التقصيري في فترة المفاوضات؟

لا خلاف في وجوب التعويض عن الخسارة المحققة في فترة المفاوضات والمتمثلة في المصاريف التي تكبدها المفاوض فعلاً، كمصاريف التنقل والإقامة ونحو ذلك من المصاريف التي تقتضيها المفاوضات.

ولكن هل يعوز عن الكسب الفائت المتمثل في الأرباح التي كان سيحققها المفاوض فيما لو أبرم العقد المتفاوض عليه فعلاً؟

يمكن القول إن هناك اتجاهين في هذا الخصوص:

الاتجاه الأول: انفردت به المدرسة الإنجليزية، حيث أخذت بإمكان تقدير التعويض على أساس تقدير الكسب الفائت الذي كان يتوقعه هذا الطرف - المتفاوض المضرور - من التعاقد، من خلال تعويضه عما فاتته من كسب كان يتوقعه عند التفاوض العقد³.

¹ مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2 ص 396، 397، مشار إليه لدى عبد الحميد مصباح الهرمة، التقديرية القضائي للتعويض في القانون المدني الليبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، 2001، ص 226.

² محمد على البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق ص 345.

³ محمود فياض، مرجع سابق، ص 252.

وقد أخذت المدرسة الإنجليزية بهذا التوجه على أساس أنها قد تشددت في الحكم باستحقاق هذا التعويض¹، وبالتالي اتجهت لمصلحة الطرف المتضرر في تقديرها لهذا التعويض متى استحق.

الاتجاه الثاني: ويمثل هذا الاتجاه المدرسة الفرنسية، حيث إن الرأي السائد في هذه المدرسة أنه لا يعوز عن الكسب الفائت في فترة المفاوضات، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها، فقد استبعدت الغرفة التجارية التعويض عن المكسب الفائت في فترة المفاوضات في قرارها الصادر في 2003 حيث قررت: (إن الخطأ المرتكب في قطع المحادثات من جانب واحد لا يشكل سببا للضرر المتمثل بخسارة فرصة تحقيق أرباح متوخاة من إبرام العقد)²

كما أنه في قضية شركة Manoukian السابق الإشارة، قضى بحق هذه الشركة في تعويض قدره 400 ألف فرنك فرنسي، وتم تقدير هذا التعويض على أساس النفقات التي تكبدتها الشركة المدعية خلال فترة المفاوضات، شاملة لتكاليف الدراسات التي أجرتها لتقدير موقفها من التعاقد، ولم يشمل هذا التعويض مقدار الكسب الفائت من عدم التعاقد.

وقد تأثر المشرع الفرنسي بهذه الأحكام القضائية، حيث نص في مرسوم 10 فبراير 2016 في المادة 1112 على أنه: (... في حالة اقتراف خطأ أثناء المفاوضات، إصلاح

¹ انظر قضية، ترميم العقارات السابق الإشارة إليها، حيث تطلب القضاء الإنجليزي للحكم بالتعويض أمرين: الأول: التأكد من مقدار الفائدة أو الربح الذي كان سيحققه المتفاوض المضروب من التعاقد.

الثاني: وجوب مراعاة ما تنص عليه القواعد القانونية الأمره على العقد محل التفاوض

² حكم محكمة النقض الفرنسية في تشرين الثاني/نوفمبر 2003، نشرة قرارات الغرف المدنية لدى محكمة النقض رقم 186، التقرير السنوي لمحكمة النقض، ص 391

الضرر المترتب عنه لا يمكن أن يهدف إلى استدراك المزايا الضائعة والتي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه¹.

وباعتبار أن القانون المدني الليبي قد جاء متأثراً بالفرنسي، فإنه لا يعوض عن الكسب الفائت في فترة المفاوضات، وإلا أعطينا أثراً بطريق غير مباشر للعقد المزمع إبرامه²، وهو الرأي الذي يتفق والمنطق القانوني ويؤيده الباحث.

وبناء على ما تقدم أن نعرض لبعض صور الأضرار التي يعوض عنها في فترة المفاوضات.

1- نفقات التفاوض

وهي تشمل كافة النفقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض والإعداد للعقد، كالدراسات الفنية وتقارير الخبراء، ونفقات السفر والإقامة³ وكذلك الدراسات التمهيديّة والرسومات والخرائط والتصميمات، وأتعاب الأشخاص الذين تمت الاستعانة بهم في التفاوض، وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض.

فهذه النفقات تعد بمثابة خسارة حقيقية للمضرور، ومن ثم يجب أن يتحملها المتفاوض المسؤول عن فشل التفاوض، إذا توافرت علاقة السببية بينها وبين عملية التفاوض الفاشلة،

¹ REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS , UN,SUPPLEMENT AU CODE CIVIL 2016,Ajour de Lordonnance n 2016-131 du fevaier2016,PAGE NO 4.

² عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص595.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص192

أي أن تكون تلك النفقات قد تمت بمناسبة التفاوض وبسببه، ومن ثم فلا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء التفاوض، ولا ما أنفقه بعد انسحاب المتفاوض الآخر.

كما يجب ألا تكون هذه النفقات قد تمت نتيجة لخطأ المتفاوض المضرور، إذا لو ثبت أن هذا الأخير تكبد هذه النفقات بسبب عدم احترازه أو سذاجته، فلن يكون من حقه أن يستردها من المتفاوض المسؤول¹.

وإضافة إلى ما تقدم فإن المتفاوض المضرور لا يعوض عن النفقات الإدارية والمكتبية، وإنما يتحملها في كل حال، لأنها من النفقات مهنته العامة ولا يحق له المطالبة بها، كنفقات الاتصالات الهاتفية والفاكس وأجور السكرتيرات والموظفين.

أما إذا استدعت المفاوضة - لا سيما لو كان الأمر بطلب من المتفاوض الآخر - إجراء دراسات ميدانية، كدراسة جيولوجيا الأرض، أو وضع المياه الجوفية، فإن التعويض يشملها².

2- ضياع الوقت

مما لا شك فيه أن الوقت الضائع المتمثل في الساعات أو الأيام أو الشهور³، أو السنين أحيانا التي تكون قد استغرقتها المفاوضات، يعد ضررا يستحق التعويض التعويض عنه، ويتم تقديره وفقا لقواعد العدالة، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، ففي قضية تتلخص وقائعها في قيام مالك عقار بالتفاوض مع زوجين يرغبان في شرائه، وعندما وجه إليهما إيجابيا بالبيع طلبا منه تمديد مدة القبول حتي يتسنى لها تدبير التمويل للشراء، وبعد ثلاثة أشهر من الانتظار

¹ مجاجي سعاد، مرجع سابق، ص 170.

² مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 177.

³ إيناس مكي عبد نصار، مرجع سابق، ص 961.

أعلن الزوجان رفضهما للشراء نهائياً وعدلاً عن التعاقد دون إبداء أس سبب، فتمسك الموجب بأن الرفض جاء متأخراً، وطالب بتعويضه عن فوات الوقت، وقد عابت محكمة النقض الفرنسية على قضاة الموضوع رفضهم طلب الموجب، لكونهم لم يأخذوا بعين الاعتبار أن سلوك الزوجين دفع الموجب إلى عدم التصرف في عقاره طيلة هذا الوقت¹.

4- تفويت الفرصة

يقصد بتفويت الفرصة: الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي². فإذا كان الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه، لكونه غير محقق الوقوع في الحال أو في المستقبل، إلا أنه يمكن اعتبار مجرد تفويت الفرصة في حد ذاته ضرراً محققاً. يستحق التعويض عنه، وقد أقرت المحكمة العليا الليبية بإمكان التعويض عن تفويت الفرصة في أحد أحكامها بقولها: (إن التعويض لا يكون إلا عن ضرر محقق الوقوع في الحال أو في المستقبل..... ما فات المطعون عليه من فرصة البناء..... باعتبار أن الحرمان من هذه الفرصة ضرر محقق)³.

ومن هنا يثور التساؤل حول إمكانية التعويض عن تفويت الفرصة في فترة المفاوضات

السابقة على التعاقد؟

¹ Cass.civ, 19 janvier, 1977.

مشار إليه لدى . محمود حسام لطفي، مرجع سابق، ص 93، 94.

² إبراهيم دسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة العاشرة، سبتمبر 1986، ص 149.

³ طعن مدني رقم 23/50، بتاريخ 1974/6/4، مجلة المحكمة العليا، السنة 15 العدد 2 ص 92.

يمكن القول إن تفويت الفرصة في فترة المفاوضات إما أن يتعلق بتفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، أو أن يتعلق بتفويت فرصة إبرام عقد بديل.

ففيما يتعلق بالفرض الأول يبدو أنه من الصعب قبول إمكانية التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، استنادا إلى أن ذلك يتعارض مع طبيعة المفاوضات التي تهدف إلى التمهيد لإبرام العقد النهائي فحسب، ومن ثم فإنه في هذه المرحلة يكون احتمال إبرام العقد المنشود متساويا مع احتمال عدم إبرامه، ولذلك لا يتصور إمكانية التعويض مع عدم وجود فرصة جدية أو محققة لإبرام هذا العقد، فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر احتمالي، ومثل هذا الضرر لا يعوض عنه.

وبالرغم من ذلك فإن هناك من يرى أنه من الأنسب ترك الأمر للقاضي أو المحكم ليقدر كل حالة على حدة، وذلك في ضوء الحالة التي كانت قد وصلت إليها المفاوضات قبل قطعها على خاطئ، بحيث إذا تبين أن المفاوضات كانت قد وصلت إلى مرحلة متقدمة، وكان الأطراف على وشك الوصول إلى اتفاق بشأن العقد النهائي، على نحو أصبحت معه فرصة إبرام العقد جدية وحقيقية، فإذا قام أحد المتفاوضين بقطع المفاوضات دون مبرر معقول، فإنه يكون بذلك قد حرم المتفاوض الآخر من هذه الفرصة الجدية والمؤكد في إبرام العقد، وبالتالي يكون ملتزما بتعويضه عن فوات هذه الفرصة.

أما إذا تعلق الأمر بتفويت فرصة إبرام عقد بديل، فإنه يمكن القول أنه يصعب التعويض عنها أيضا، وذلك باعتبار أنها تثير الكثير من المشاكل والصعوبات لا سيما فيما يتعلق بإثبات أن المتفاوض المتضرر كان سيعبر على نحو مؤكد عقدا بديلا للعقد الذي كانت تدور المفاوضات من أجل التوصل إليه لو أنه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي

تسبب بخطئة في إشغال المفاوضات، فضلا عن أن مبلغ التعويض يمكن أن يكون ضئيلا لو كان خطأ المسؤول عن فشل المفاوضات يسيرا، كما لو كان قد أهمل بعض الأمور التي تسببت في ذلك، وانتهت المفاوضات في وقت مبكر، وقبل إحراز أي تقدم فيها¹.

وفي جميع الأحوال حتي لو سلمنا بإمكانية التعويض عن الضرر الناجم عن تقويت الفرصة في فترة المفاوضات، فإنه يجب ألا يبلغ حجم التعويض حد قيمة الأرباح المتوخاة من العقد فيما لو تم إبرامه في الفرض الأول، أو قيمة الأرباح التي كان يمكن تحقيقها فيما لو تم إبرام عقد بديل في الفرض الثاني.

4- عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير استنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه

قد يقوم المتفاوض أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير بهدف الاستعداد لتنفيذ العقد المرتقب الذي يجري التفاوض عليه، كأن يبرم عقد قرض لتمويل المشروع المتفاوض عليه، أو عقد تأمين عليه، أو عقد إيجار للأجهزة والمعدات اللازمة لتنفيذه، أو أن يتعاقد مع العمال الذين سيقومون بالتشييد، أو أن يبرم عقد نقل للبضائع التي يتفاوض على شرائها².

فإذا فشل التفاوض على العقد الأصلي فإن ذلك يؤدي لا محالة إلى عدم تنفيذ هذه العقود التكميلية أو المساعدة، وإذا يعزى الفشل إلى المسلك الخاطئ للتفاوض المسؤول، فهل

¹ انظر كل من:

- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص123.

- عادل عبد العزيز السن، مرجع سابق، ص75.

² مجاجي سعاد، مرجع سابق، ص174، 175.

يستطيع المتفاوض المضرور أن يرجع على هذا الأخير بما يستحق من تعويضات لصالح الغير لعدم تنفيذه لما أبرمه معه من عقود؟

يمكن القول إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي التفرقة بين فرضين:

الأول: أن يكون التفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات عالما بهذه العقود ولم يعترض عليها، أو أنه هو الذي حث المتفاوض المضرور على إبرامها مطمئنا إياه بأن العقد المتفاوض عليه على وشك الانعقاد، ففي هذه الحالة تقضي العدالة بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول ملتزما بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المضرور تجاه الغير.

الثاني: أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات غير عالم بها، أو أنه اعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة، وطبقا لقواعد العدالة أيضا، فإن هذا المتفاوض لا يكون مسؤولا عن التعويضات التي تستحق على المتفاوض المضرور تجاه الغير بسبب عدم تنفيذ هذه العقود.

وعلى أية حال فإن المتفاوض الذي يصر على إبرام مثل هذه العقود مع الغير، لكي يبرهن على جديته في التفاوض وحرصه على التنفيذ السريع للعقد حينما يتم إبرامه، يستطيع أن يحتاط لنفسه ويضمن هذه العقود بندا يجعل نفاذها معلقا على شرط واقف يتمثل في إبرام العقد الأصلي المتفاوض عليه¹.

وإذا كانت هذه هي آثار المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات، فهل بالإمكان دفعها؟.

¹ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 656.

الفرع الثاني: دفع آثار المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات

تنص المادة 167 من القانون المدني الليبي على أنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)

وطبقاً لهذا النص يستطيع المتفاوض المدعى عليه أن ينفي المسؤولية عن نفسه بإثبات أن الضرر لا يعود لخطئه، وإنما يعود للسبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير.

وما ينبغي التنويه إليه في هذا السياق وكما هو واضح من الصياغة المستخدمة، فإن هذا النص مكمل، ومن ثم فإنه لا يجد مجالاً للانطباق إلا في حالة غياب أي اتفاق بخلافه في هذا الخصوص.

1- القوة القاهرة

قد سبق الحديث عن القوة القاهرة والحدث الفجائي في معرض حديثنا عن شرط إعادة التفاوض في هذه الأطروحة.

وما ينبغي الإشارة إليه هنا والتأكيد عليه هو أن كل الأشياء والحوادث الطبيعية والتي لا دخل للمتفاوضين فيها سواء بواقعية الحدث أو احتمالية ذلك، لا يعتبر ضمن المسؤولية التقصيرية للمتفاوض.

2- خطأ المتفاوض المضرور

إذا كان خطأ المتفاوض المضرور هو السبب الوحيد في وقوع الضرر فلا مسؤولية في هذه الحالة.

أما إذا لم يكن لخطئه دخل في إحداث الضرر فمن البديهي ألا يعتد به ولا يؤثر في مسؤولية المتفاوض المدعى عليه بحيث تقوم مسؤوليته كاملة.

وأما إذا اشترك خطأ المتفاوض المضرور مع خطأ المتفاوض المدعى عليه في إحداث الضرر فإنه في هذه الحالة يجب أن نميز بين فرضين:

الأول: في حالة استغراق أحد الخطأين للآخر

ففي هذه الحالة لا يعتد بالخطأ المستغرق، سواء كان خطأ المتفاوض المضرور أم المتفاوض المدعى عليه، ويستغرق أحد الخطأين الآخر في حالتين¹:

الأولي: إذا كان أحد الخطأين يفوق الآخر كثيرا في الجسامة، كأن يكون أحدهما عمديا والآخر دون عمد.

¹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الأزاريطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 458، 459.

الثانية: إذا كان أحد الخطأين نتيجة للخطأ الآخر، ففي هذه الحالة لا يعتد إلا بالخطأ

الواقع أولاً.

الثاني: استقلال كل من الخطأين عن الآخر (الخطأ المشترك)

فالأصل في هذه الحالة أن يعتبر كل من الخطأين سببا متكافئا أو منتجا في إحداث

الضرر، ولذا فإن المشترك يؤدي إلى الاشتراك في المسؤولية، بحيث

لا يتحملها المتفاوض المدعة عليه كاملة، بل توزع بينه وبين المتفاوض المضرور،

بحيث ينتقص من التعويض المستحق لهذا الأخير بمقدار معادل لما ساهم به نتيجة خطأه

في إحداث الضرر بنفسه¹، حيث تنص المادة 219 من القانون المدني الليبي على أنه:

(يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض فيما إذا كان الدائن بخطاه

قد اشترك في إحداث الضرر بنفسه).

3- خطأ الغير

قد يتداخل خطأ الغير مع خطأ المتفاوض المدعى عليه في إحداث الضرر، وهو ما

يؤثر في مسؤولية الأخير، ولمعرفة أثر خطأ الغير على مسؤولية المتفاوض المدعى عليه

يجب أيضا التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: استغراق أحد الخطأين للآخر

¹ محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص353 وما بعدها.

إذا استغرق خطأ المتفاوض المدعى عليه خطأ الغير، كانت مسؤولية الأول كاملة ولا أثر لخطأ الغير على هذه المسؤولية¹، وإذا ما استغرق خطأ الغير خطأ المتفاوض المدعى عليه كانت مسؤولية الغير كاملة، ولا أثر لخطأ المتفاوض المدعى عليه على هذه المسؤولية.

الفرض الثاني: استقلال كل من الخطأين واشتراكهما في إحداث الضرر (تعدد المسؤولين)

وفي هذا الفرض يفترض أن أحد الخطأين لم يستغرق الآخر، وأن كلا منهما قد اشترك في إحداث الضرر، وهذه هي حالة تعدد المسؤولين المنصوص عليها في المادة 172 من القانون المدني الليبي، وفيها يكون كل منهما مسؤولاً بالتضامن مع الآخر عن تعويض المتفاوض المضرور، ولهذا الأخير أن يرجع على أي من المتفاوض المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملاً، ثم يتقاسم المسؤولان مبلغ التعويض فيما بينهم.

والأصل أن تكون القسمة بينهما بالتساوي، إلا إذا استطاع القاضي أن يحدد جسامه كل من الخطأين، فعندئذ يحدد نصيب كل منهما في التعويض بقدر جسامه الخطأ الذي صدر منه².

وهكذا يكون في إمكان المتفاوض المدعى عليه نفي المسؤولية عن نفسه بإثبات أن الضرر لا يعود لخطئه، وإنما يعود للقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

من خلال ما تقدم يمكن القول إنه إذا أجريت مفاوضات دون أن يكون هناك عقد تفاوض يتولى تنظيمها، وقام أحد المتفاوضين بارتكاب خطأ ما نشأ عنه ضرر للمتفاوض الآخر مع

¹ محمد سعيد الزحو، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، رابطة السببية، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2006، ص188

² نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 361، 362.

قيام السببية بينهما، فإن هذا يؤدي إلى قيام مسؤولية المتفاوض المخطئ التقصيرية، الأمر الذي يترتب عليه التزامه بدفع تعويض للمتفاوض والمضرور، وهذا التعويض يقتصر على وضع هذا الأخير في الحال التي كان سيكون عليها فيما لو لم يقدم على المفاوضات.

أما إذا قام الطرفان بوضع تنظيم تعاقدى للمفاوضات، وقام أحدهما بسلوك يخل بهذا العقد، فإن هذا قد يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية التي ستكون محورا للدراسة في المبحث التالي.

المبحث الثاني: المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات

يلتزم الطرفان بمقتضى عقد التفاوض أو اتفاق التفاوض، كما رأينا فيما سبق بمجموعة التزامات هي الالتزام بالتفاوض ومواصلته، وكذلك الالتزام بحسن النية في التفاوض وما يتفرع عن هذا الالتزام من إعلام كل منهما الآخر وتعاونهما معا من أجل إنجاح المفاوضات والحفاظ على سرية المعلومات التي اطلع عليها كل طرف، فإذا قام الطرفان بتنفيذ التزاماتهما على النحو المتفق عليه ورغم ذلك لم يتوصلا إلى إبرام العقد المتفاوض عليه فلا يمكن الحديث عن مسؤولية أي منهما¹.

وهي تلك الناجمة عن إخلال المتفاوض بالتزامه العقدي الوارد في عقد التفاوض، ومن ثم فلا مجال للحديث عن أي مسؤولية عقدية إلا إذا وجد عقد تفاوض صحيح، وإذا ما وجد هذا العقد فلا بد لكي تقوم هذه المسؤولية من توافر أركانها (المطلب الأول) ومتى ما توافرت أركان المسؤولية العقدية ترتبت آثارها (المطلب الثاني).

¹ محمد حسن قاسم: مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، مصدر سابق، ص 209

المطلب الأول: أركان المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات

كنظيرتها التقصيرية، لا تقوم المسؤولية العقدية إلا بوجود ثلاثة أركان مجتمعة، تتمثل

في الخطأ (الفرع الأول) والضرر (الفرع الثاني) وعلاقة السببية بينهما (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الخطأ العقدي

ويتمثل في مجرد عدم تنفيذ المتفاوض لالتزامه الناشئ عن عقد التفاوض على النحو

الوارد فيه، سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو متأخراً¹، وسواء رجع ذلك إلى غشه أو

إهماله أو حتي للسبب الأجنبي، إلا أنه في هذه الحالة الأخيرة لا تقوم مسؤولية المتفاوض، لا

لعدم توافر الخطأ، ولكن لقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، ولهذا فإن الخطأ طبقاً للرأي

الساند يتوافر من مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه².

ولكن متى تعتبر المتفاوض مخلاً بالتزامه العقدي وبالتالي يكون مخطئاً؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على معرفة مضمون التزام المتفاوض، وما إذا كان

التزام بتحقيق غاية أم ببذل عناية.

فإذا كان التزام المتفاوض التزاماً بتحقيق غاية، فإنه يعتبر مخلاً بالتزامه العقدي وبالتالي

مخطئاً، مجرد عدم تحقيق الغاية أو النتيجة المرجوة من وراء فرض هذا الالتزام.

¹ شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية (التطبيق العملي لدعاوى التعويض) الجزء الثالث، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، 2009، ص500.

² محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص229.

أما إذا كان التزام المتفاوض التزاما ببذل عناية، فإنه يعتبر قد نفذ التزامه العقدي وبالتالي لا يعد مخطأ بمجرد بذله لعناية المتفاوض المعتاد.

ولمعرفة ما إذا كان التزام المتفاوض التزاما بتحقيق غاية أو ببذل عناية يتعين الرجوع أولا إلى الاتفاق، فإذا لم يكن هناك اتفاق في هذا الخصوص، تعين الرجوع إلى طبيعة الالتزام ذاته، فطبيعة الالتزام بالسرية مثلا التزام بتحقيق غاية، وذلك بخلاف الالتزام بالتعاون.

ونعرض فيما يلي لبعض صور الخطأ العقدي في فترة المفاوضات:

1- الإمتناع عن الدخول في المفاوضات

إذا ما قام المتفاوضون بوضع تنظيم تعاقدى لمفاوضاتهم، وذلك بإبرام عقد صريح ينظم المفاوضات، ترتب على ذلك التزام كل منهم بالدخول في المفاوضات.

وفي الوقت المتفق عليه أو خلال مدة معقولة إذا لم يكن هناك اتفاق بهذا الخصوص.

فإذا ما امتنع أحدهما عن الدخول في المفاوضات عد مخطئا خطأ عقديا، لأنه أخل بالتزامه العقدي بالدخول في المفاوضات، سواء تمثل هذا الامتناع برفض الدخول في المفاوضات خلال الوقت المحدد أو المدة المعقولة- حسب الأحوال- أو رفض الدخول في المفاوضات نهائيا.

الواقع ان هذا التصرف يتنافى تماما مع حسن نية في التفاوض، حيث يتعين على

كل متفاوض أن يبدي قدرا كبيرا من المرونة كي لا تصل المفاوضات إلى طريق مسدود،

ولهذا فإن المتفاوض الذي يلجأ إلى هذا المسلك يعتبر مخطأ لكونه هو الذي يتسبب في الحقيقة في فشل المفاوضات ومن ثم تقوم مسؤوليته العقدية لإخلاله باتفاق التفاوض¹.

2- قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع

يتمثل قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع في قيام أحد طرفي التفاوض باتخاذ قرار أحادي الجانب يضع به حدا للمفاوضات الجارية فجأة، دونما أي سبب موضوعي يدعو إلى ذلك.

وبالتالي إذا ما كان قطع المفاوضات مشروعاً، فإنه لا يعتبر خطأ، ولا تقوم على أساسه المسؤولية العقدية، وفي هذا الصدد المادة 1112 من المرسوم الصادر سنة 2016م والمعدل للقانون المدني الفرنسي على أن: (المبادرة إلى المفاوضات السابقة على إبرام العقد، والانخراط في هذه المفاوضات، يمارس بحرية، ولكن يتوجب إلزامياً أن يكون ذلك متفقاً ومقتضيات حسن النية)².

ويكون قطع المفاوضات مشروعاً إذا وجدت أسباب موضوعية تدعو إلى ذلك، كعدم التعاون من قبل الطرف المقابل في المفاوضات، أو أن تكون الشروط التي يتمسك بها ويصر عليها الطرف المقابل في المفاوضات غير مقبولة أو مبالغ فيها، كأن يكون الثمن الذي يصر عليه أحد المتفاوضين لا يتناسب البتة مع قيمة الشيء المتفاوض عليه، ففي مثل هذه الأحوال لا يكون قطع المفاوضات غير مشروع، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من

¹ نرجس البكري، المرجع السابق، ص185

² REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS , UN SUPPLEMENT AU CODE CIVIL 2016 , Ajour de Lordonnance , n2016-131 du Fevrier 2016,DALLOZ,PAGE NO4.

مناسبة إلى اعتبار قطع المفاوضات مشروعاً، ففي أحد أحكامها قضت بأن قطع المفاوضات: (..... قطع غير خاطئ؛ لأن من قام به كان قد قدم اقتراحات غير متشددة وقد رفضت، وقد ترك مهلة إشعار معقولة)¹.

وذهبت في حكم آخر إلى أنه: (.. قطع غير خاطئ لأن من قام به كان قد طلب تكراراً عدة مرات توضيحات عن الوضع الاقتصادي لشريكة)².

ويكون قطع المفاوضات غير مشروع إذا كان لا يستند إلى أي مبرر موضوعي، كقطعها بصورة مفاجئة دونما أي مسوغ يدعو إلى ذلك، بالرغم من أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة، ويعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد³.

ففي قضية تتلخص وقائعها أنه في غضون عام 1985م توصلت شركة Poleval إلى تطوير نوع معين من الدواء، وحصلت على براءة اختراع عنه في فرنسا، وفي عام 1987م قدم بيان بطريقة التصنيع إلى شركة الأدوية Sandoz فرع فرنسا، التي قامت بدورها بإبلاغ الشركة الأم ساندوز بسويسرا، وعلى إثر اجتماع انعقد في بازل بسويسرا أبلغت تلك الأخيرة شركة بوليفال برغبتها في إقامة تعاون معها عند توفر بعض الشروط الخاصة بالتكنولوجيا والتمويل المتعلق بتكاليف الإنتاج، ومن ثم قامت شركة بوليفال بإجراء الدراسات اللازمة

¹ نقض تجاري فرنسي بتاريخ 20 تشرين الثاني، نوفمبر 2007، المجلة الفصلية للقانون المدني (دالوز) 2008، ص، 101، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز، 2009 الثامنة مع المائة بالعربية،

² حكم صادر بتاريخ 15 أيلول سبتمبر 2007، المجلة الفصلية للقانون المدني (دالوز) 2008، 101، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المائة بالعربية،

³ بن يوب هدى، مرجع سابق، ص118.

لتصنيع الماكينة التي ستنتج الدواء وتكاليفه، كما قامت شركة ساندوز سويسرا من جانبها بالدراسات الخاصة بالجوانب التجارية والصناعية للمشروع.

وفي عام 1989م أكدت شركة "ساندوز" سويسرا كتابة إلى شركة "بوليفال" اهتمامها بالمشروع ونيتها إبرام عقد إطار Conrat cadre مع بعض التحفظات، وأرسلت مشروع ذلك العقد إليها، وقد ردت شركة بوليفال بموافقتها المبدئية على ذلك العقد.

غير أنه وبعد اجتماع ثلاثي وتبادل جديد لمشروع عقد الإطار، أخطرت شركة "ساندوز" سويسرا شركة "بوليفال" الفرنسية أنها لن تستمر في مشروع استغلال الطريقة الجديدة لإنتاج الدواء، وتم قطع المفاوضات عام 1990م.

على إثر ذلك رفعت شركة بوليفال دعوى على شركة "ساندوز" سويسرا و"ساندوز" فرنسا لتعويض الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الاتفاق بعد انعقاده، واحتياطيا على أساس المسؤولية التقصيرية للإلغاء والقطع التعسفي للمفاوضات.

وبحكمها الصادر في 21 ديسمبر 1995م أكدت محكمة استئناف فرساي أن الأطراف قد نظموا تعاقديا تفاوضهم بتبادلهم لمشروعات العقد، وهذا هو عقد التفاوض الذي تنشأ عنه التزامات تعاقدية حقيقية، وإذا قامت مجموعة شركات "ساندوز" وبدون بسبب جدي وموضوعي بقطع المفاوضات بعد أن سارت شوطا كبيرا استمر ما يقارب أربع سنوات، فإنها تكون قد خالفت التزاماتها الناتجة عن عقد التفاوض، حيث حكمت بمبلغ أربعة ملايين فرنك فرنسي تعويضا لشركة "بوليفال"¹.

¹ es off air ste , civile poleval C.sar laboratoif 1995 Cour d , uppel de Versailles (21,ech) 21 septembre Sandoz in R.J.A.1996.2.N.O178.

وهكذا فإن معيار الذي يقاس به الخطأ في قطع المفاوضات هو معيار موضوعي لا شخصي، فلا ينظر فيه للظروف أو الاهواء الشخصية للمفاوض المخطئ، وإنما يعتد فيه على سلوك شخص مجرد هو شخص عادي أي الشخص الوسط الذي يوضع في الظروف الخارجية للمفاوض المخطئ دون حاجة للبحث في أمور خفية تتعلق بأهواء المتفاوض الذي قطع المفاوضات¹.

3- الإخلال بالالتزام العقدي بالسرية

كثيراً ما يحرص الأطراف لا سيما في عقود نقل التكنولوجيا على تنظيم مفاوضاتهم عقدياً، وعادة ما يتم النص في اتفاق التفاوض المبرم بينهم على الالتزام بالسرية، نظراً لأن هذه العقود تتضمن عادة نقل معرفة فنية أو تقنية، الأمر الذي يقتضي اطلاع المتفاوض على بعض المعلومات المتعلقة بهذه المعرفة، وذلك لمعرفة مزاياها ومدى ملاءمتها مع المقابل المالي الذي سيدفع من أجلها، هذا ناحية ومن ناحية أخرى مدى تناسبها مع حاجاته.

كما أن المتفاوض المانع لهذه التقنية قد يفصح للطرف المقابل له عن بعض المعلومات والبيانات المتعلقة بها، وذلك لغرض التسويق لمنتجاته، فإذا ما أخل المتفاوض المتلقي لهذه المعرفة بالالتزام بالسرية، سواء تمثل هذا الإخلال بإفشاء هذه الأسرار للغير أو باستخدامها لمصلحته الشخصية، قامت مسؤوليته العقدية في مواجهة الطرف الآخر.

هذا بخصوص مفهوم الخطأ العقدي في فترة المفاوضات، أما بالنسبة لإثباته فمما لا شك فيه أنه يقع على عاتق المتفاوض المضرور، وهو ما يتطلب منه إثبات وجود عقد تفاوض

1379
مشار إليه. أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص 117، 118.

¹ صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة كلية الحقوق ، الجامعة النهرية، المجلد الأول، العدد 3، 1997، ص 13

صحيح أولاً، فإذا ما أثبت وجود هذا العقد يثور لدينا تساؤل هام مفاده هذه الواقعة إلى خطئة؟

أم يكفي أن يثبت عدم التنفيذ فيفترض الخطأ في جانب المتفاوض الآخر؟

يمكن القول إن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب وجوب التفرقة بين الالتزام بتحقيق

غاية والالتزام ببذل عناية.

ففيما يتعلق بالنوع الأول يكفي المتفاوض المضرور أن يثبت عدم تنفيذ المتفاوض الآخر

لالتزامه، أي يكفي إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة التي تعهد أو وعد بها، وبعد ذلك يفترض

القانون خطأ هذا الأخير، إلا أن هذا الافتراض إنما هو افتراض بسيط قابل لإثبات العكس،،

يستطيع المتفاوض المدعى عليه إذا أراد نفي المسؤولية عن نفسه أن يقيم الدليل على وجود

السبب الأجنبي، الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام، ويتمثل هذا السبب في القوة القاهرة وخطأ

المضرور وخطأ الغير.

أما فيما يتعلق بالنوع الثاني من المتمثل في الالتزام ببذل عناية، فلا يكفي المتفاوض

المضرور أن يثبت عدم تنفيذ الالتزام لكي يفترض الخطأ في جانب المتفاوض الآخر، بل

عليه أن يثبت أن هذا الأخير لم يبذل عناية المتفاوض المعتاد في تنفيذ التزامه، فإذا أثبت

ذلك انتقل عبء الإثبات على المتفاوض الآخر، الذي يجب عليه إذا أراد نفي مسؤوليته إقامة

الدليل على وجود السبب الأجنبي.

اختلاف طبيعة كل منهما، إذا في الالتزام الأول المطلوب هو تحقيق غاية معينة، فإذا

قصر المدين في تحقيقها فيمكن افتراض وقوع الخطأ منه، أما في الالتزام الثاني فالمطلوب

من المدين هو بذل جهد معين، ولذا يكون مثار النزاع عادة ليس في عدم تنفيذ الالتزام، بل

في سوء تنفيذه، والوضع الطبيعي في هذه الحالة أن على من يدعي سوء - وهو الدائن بداهة - إقامة الدليل على الخطأ المدين بإثبات قصور العناية التي بذلها عن عناية المتفاوض المعتاد¹. ولكي تقوم المسؤولية العقدية لا يكفي مجرد حصول خطأ عقدي من أحد المتفاوضين بل لا بد أن يترتب عليه ضرر يصيب المتفاوض الآخر.

الفرع الثاني: الضرر

وتتطبق عليه القواعد العامة المتعلقة بالضرر في المسؤولية التقصيرية، حيث يشترط أن يكون الضرر محققا ومباشرا، وفضلا عن ذلك فإن المسؤولية العقدية تنفرد بشرط آخر يتمثل في أن يكون الضرر متوقعا، حيث تنص المادة 2/224 من القانون المدني الليبي على أنه: (ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).

وتوقع الضرر يعني إمكانية التنبؤ به، أو بحدوثه، ويكون الضرر متوقعا إذا انصب التنبؤ على سببه ومقداره، ويقاس التوقع وعدم التوقع بمعيار موضوعي مجرد لا بمعيار ذاتي أو شخصي، فيقاس بمعيار المتفاوض المعتاد².

ومن ثم فإن الضرر الذي يجب التعويض عنه في إطار المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال باتفاق التفاوض هو الضرر المتوقع فحسب، كمصاريف التنقل والإقامة وإعداد الدراسات الأولية بخصوص العقد المتفاوض عليه، ونحو ذلك من المصاريف التي لا مناص

¹ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 252، 253.

² محمد سعيد الزحو، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2006، ص 314.

منها لإجراء المفاوضات، شريطة أن تكون في حدود المعقول، بأن تكون متناسبة مع موضوع وقيمة العقد المتفاوض بشأنه.

أما الضرر غير المتوقع فلا يعرض عنه، كأن يكون المتفاوض المضروب قد قام بإجراء دراسة تمهيدية باهضة التكلفة بصورة لا تناسب البتة مع حجم العقد المتفاوض عليه وأهميته، ففي هذه الحالة لا يلتزم المتفاوض المسؤول إلا بالتعويض عن النفقات المعقولة والمعتادة بشأن هذا النوع من العقود، وما زاد عن ذلك فإنه يدخل في إطار الضرر غير المتوقع، ومن ثم فلا يعرض عنه¹.

وغنى عن البيان أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المتفاوض الذي يدعيه، أي المتفاوض المضروب، سواء كان التزام المتفاوض الآخر التزاما بتحقيق غاية أو التزام ببذل عناية، وذلك باعتبار أنه قد لا ينفذ أحد المتفاوضين التزامه ومع ذلك لا يصيب المتفاوض الآخر أي ضرر، غير أنه يستثني من قاعدة وجوب إثبات المتفاوض المضروب لما لحقه من ضرر إذا كان هناك شرط جزائي، حيث ينتقل عبء الإثبات إلى المتفاوض الآخر ويتعين على هذا الأخير - إن أراد منع استحقاق التعويض - أن يثبت أن الضرر المفترض وقوعه لم يتحقق²، وإلى هذا أشارت المادة 227 من القانون المدني بقولها: (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر).

ولا يكفي لقيام المسؤولية العقدية مجرد توافر الخطأ والضرر على النحو المتقدم، بل لا بد من قيام علاقة سببية بينهما.

¹ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 114.

² أنور سلطان، مرجع سابق، ص 257.

الفرع الثاني: العلاقة السببية

يمكن القول في هذا الخصوص إنه لا شيء نضيفه فيما يتعلق بعلاقة السببية، فتتطبق عليها القواعد العامة المقررة في المسؤولية التقصيرية، فيجب أن يكون الضرر ناتجا عن إخلال أحد المتفاوضين بالتزامه العقدي، بمعنى أن يكون الخطأ العقدي للمتفاوض هو السبب المباشر في حدوث الضرر.

وكذلك الأمر فيما يتعلق بإثباتها، وفي هذا تقول المحكمة العليا الليبية: (.. قضاء هذه المحكمة مستقر على أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية العقدية مفترضة...)¹.

وإذا ما توافرت أركان المسؤولية العقدية² على النحو المتقدم، وأقام المتفاوض المضرور دعواه على أساسها، ترتبت آثارها.

¹ طعن مدني رقم 40/93 ق ب لتاريخ 1_1_1996 مجلة المحكمة العليا، السنة 31، العدد 1، 142.

² ومن خلال استعراض شروط المسؤولية العقدية يتضح لنا أنه قد تجتمع المسؤوليتان العقدية والتقصيرية في ذات الوقت، وذلك على اعتبار أن البعض من صور الخطأ قد تشكل عقدياً وتقصيرياً في ذات الوقت، فالإخلال بالالتزام بالسرية مثلاً=عندما يكون منصوباً عليه في عقد التفاوض يشكل خطأ عقدياً، كما أنه يعد في ذات الوقت خطأ تقصيرياً تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة مما لا شك فيه أنه لا يجوز للمتفاوض المضرور أن يجمع بين المسؤوليتين، وذلك بأن يطالب بتعويضين، أحدهما على أساس المسؤولية التقصيرية والآخر على أساس المسؤولية العقدية، كما لا يجوز له وإن طالب بتعويض واحد أن يأخذ في دعواه المدنية ما هو أصلح له من أحكام المسؤوليتين، أما فيما يتعلق بمسألة الخيرة بين المسؤوليتين يمكن القول إن هناك رأياً يسمح بذلك، وهذا هو موقف القانون الإنجليزي الذي يجيز للمضرور الخيرة بين المسؤوليتين متى توافرت شروطهما، وهناك من يقول بعدم جواز الخيرة وأنه على المتفاوض المضرور الاكتفاء بدعوى المسؤولية العقدية متى توافرت شروطها، ما لم يكن فعل المتفاوض المسؤول يشكل جريمة أو خطأ جسيماً، وقد أخذت المحكمة العليا الليبية بهذا الرأي في مجمل أحكامها، وللمزيد حول هذا الموضوع انظر:

- د. حسن على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الضرر، مرجع سابق، ص 173.

- د. حمدي بارود "الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، يونيو 2012، ص 566.

- د. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 129.

- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الأزاربطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 379، 2004.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات

خلافا للمسؤولية التقصيرية، فإن الأصل في المسؤولية العقدية هو التنفيذ العيني (الفرع الأول)، وإذا ما تعذر التنفيذ العيني بأن كان غير ممكن أو مرهقا يصار إلى التنفيذ بمقابل أي التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ العيني: قيام المتفاوض بتنفيذ عين ما التزم به، وطبقا للمادة 206 من القانون المدني التي تنص على أنه:

1- يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 222 و 223 على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا.

2- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما).

فإنه يلزم إعدار المدين حتي يكون بالإمكان إجباره على تنفيذ التزامه عينيا، وبالتالي إذا لم يقم أحد المتفاوضين بتنفيذ التزامه العقدي الناجم عن عقد التفاوض، وجب على المتفاوض الآخر إعداره، وذلك بتبنيه على يد محضر أنه متأخر في تنفيذ التزامه العقدي، فهو لا يعتبر متأخرا ولا يكون بالتالي مسؤولا إلا بعد إنذاره بوجوب التنفيذ¹.

¹ محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، الطبعة الأولى ، ليبيا ، بنغازي ، دار الكتب الوطنية ، ص14.

وأحكام الإعذار ليست من النظام العام، ومن ثم يمكن الاتفاق مسبقاً على الإعفاء من الإعذار¹، كما أن المشرع نص على بعض الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار وذلك لانتفاء الحكمة منه، وتتمثل هذه الحالات في التالي:

1- إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد أو غير ممكن بفعل المدين.

فقيام المتفاوض بإفشاء الأسرار التي اطلع عليها بمناسبة المفاوضات، تجعل من تنفيذ التزامه العقدي بالسرية غير ممكن.

2- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع.

كما هو الحال بالنسبة لرشوة المتفاوض.

3- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

4- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالالتزام.

وذلك كأن يبلغ أحد المتفاوضين كتابة المتفاوض الآخر أنه لن يدخل معه في أية مفاوضات، بالرغم من وجود عقد تفاوض بينهما.

مما سبق يمكن القول إنه طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني إذا لم ينفذ المتفاوض التزامه العقدي بالرغم من إعداره- في حال عدم وجود نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك- جاز للمتفاوض الآخر الرجوع إلى القضاء لإجباره على تنفيذ التزامه عيناً²، ومن ثم يثور

¹ رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص 89 وما بعدها

² عادل جبيري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006.

التساؤل حول إمكانية الحكم بالتنفيذ العيني في إطار المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بعقد التفاوض؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول بإمكانية التنفيذ العيني في فترة المفاوضات¹، ورغم ندرة التطبيقات القضائية في هذا الخصوص إلا أن ثمة حكماً صادراً عن محكمة استئناف باريس في 28 ديسمبر 1978م قضى بالإجبار على التفاوض، وتتعلق وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركتي وكان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بالتفاوض حول تعديل الثمن في حال ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وعقب ارتفاع أسعار البترول كان لا بد أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث فعلاً، ولكن التفاوض باء بالفشل، ورفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس، حيث قضت هذه الأخيرة قبل أن تفصل في الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق، على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي في ضوء الحلول المقترحة إما بإبطال العقد، أو تعديله بمعرفتها².

ويرى الباحث أنه لا يمكن الاستناد إلى هذا الحكم للقول بإمكانية التنفيذ العيني في إطار المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات، وذلك لأمرين:

الأول: أن هذا الحكم فضلاً عن أنه قديم فهو وحيد في هذا الخصوص.

الثاني: أن هذا الحكم يتعلق بشرط إعادة التفاوض وليس بالمفاوضات السابقة على التعاقد، وشتان بين الأمرين، حيث تهدف الأولى إلى تعديل عقد قائم اختل توازنه، بينما تهدف الثانية

¹ علواني فؤاد، والربيعي عبد جمعة موسي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بغداد، بيت الحكمة، الطبعة الأولى، 2000، ص26.

² C.A.paris.28 sept.1976.cite,par(J) chmidt-Szalewski,op.cit.p32.

مشار إليه لدى بن أحمد صليحة "المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية" مجلة دفاتر السياسة والقانون ، العدد العاشر ، جانفي(يناير) 2014، ص119.

إلى التقريب بين وجهات نظر أطرافها، من أجل إبرام عقد بينهما، ومن ثم يمكن اعتبار هذا الحكم بمثابة حث من المحكمة على تسوية ودية لنزاع قائم، من خلال تعديل عقد قائم، وليس حثاً على إبرام عقد جديد، وذلك في محاولة منها لإنقاذ هذا العقد.

كما أن التفاوض هنا لا يتعلق سوى بعنصر واحد من عناصر العقد وهو الثمن.

بناء على ما سبق فإن الباحث يتفق مع الرأي الفقهي¹ الذي يذهب إلى استبعاد التنفيذ

العيني - من حيث الأصل - في مجال المفاوضات، حيث لا يجوز إجبار المتفاوض.

على تنفيذ التزامه عينا، خصوصا إذا تعلق الأمر بالدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها، حتي ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا، وذلك للأسباب التالية:

1- أن تنفيذ الالتزام بالتفاوض عينا يقتضي التدخل شخصيا من جانب المتفاوض، وفي هذه الفرضية يفترض أن المتفاوض رفض الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها، ومن ثم فإن إجباره على التفاوض فيه مساس بحريته الشخصية² وهو أمر مخالف للقاعدة الأصولية المعروفة بأنه (لا يكره المرء على فعل ما لا يريد).

2- أن الإجبار على التفاوض أمر غير مجد، وذلك على اعتبار أن هذا الإجبار يتنافى مع روح التعاون التي يجب أن تسود بين المتفاوضين خلال مرحلة التفاوض، حيث إن من مستلزمات التفاوض التعاون، ولا يتصور أبدا التعاون من شخص أجبر على القيام بشيء

¹ انظر كل من

-إيناس مكي عبد نصار ، مرجع سابق ، ص959-960.

- مصطفى خضير نشمي ، مرجع سابق ، ص 84.

وحول هذا الرأي وهذه الحجج انظر أيضاً: محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص371-د.وائل حمدي أحمد، مرجع سابق ، ص371.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص188.

معين، وبالتالي فإن الإجماع على التنفيذ العيني للالتزام بالتفاوض حل غير واقعي، ضئيلة فرص نجاحه، ومن ثم سيكون مصيره الفشل.

وعلى هذا يبدو القول بإمكانية اللجوء إلى الغرامة التمهيدية لدفع الطرف المتقاعس أو الذي قطع بالفعل المفاوضات إلى العودة إليها، أمراً غير مستحب، بل وغير منصوص به في مجال العقود الدولية خصوصاً، حيث يتعلق الأمر باعتبارات تستلزم قدراً كبيراً من التعاون والتواصل، لاسيما بشأن عقود التنمية الاقتصادية¹.

غير أنه وإن كان التنفيذ العيني - كقاعدة عامة - مرفوضاً في فترة المفاوضات، إلا أنه يمكن اللجوء إليه متى كان ذلك مناسباً، وخصوصاً إذا كان من شأنه أن يمنع المتفاوض من استغلال ما تحصل عليه بمناسبة المفاوضات، فيجوز للدائن مثلاً أن يلجأ إلى القضاء لمنع المدين من استخدام المعلومات السرية، سواء كانت فنية أو مالية، أو غيرها من المعلومات التي قد يكون المتفاوض استحوذ عليها من المفاوضات، وذلك لأن الالتزام بعدم استغلال المعلومات التي تم الحصول عليها بمناسبة المفاوضات يقبل بطبيعته التنفيذ العيني².

وإذا كان القاضي - كقاعدة عامة - لا يمكنه أن يجبر المتفاوض على الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها، فلا يجوز له من باب أولي أن يجبره على التعاقد، ويقضي باعتبار العقد قائماً، وذلك لعدة اعتبارات منها:

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 120.

² وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، مرجع سابق، ص 373، 374.

1- أن سلطة القاضي مهما بلغت من قوة لا يمكن أن تحل محل إرادة الأطراف لإبرام عقد لم تلتق الإرادتان في سبيل انعقاده، فإذا كان العقد تصرفاً قوامه الإرادة فكيف يعقد بدونها¹.

2- أن الخطأ الذي يسأل عنه المتفاوض يتمثل فحسب في رفضه التفاوض دون مبرر مشروع، وليس في رفض إبرام العقد النهائي، فاتفاق التفاوض - كما سبق القول - لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي، وبالتالي فإنه لا يمكن الحكم بانعقاد العقد على سبيل التنفيذ العيني.

3- أن الضرر من عدم إبرام العقد ضرراً محتملاً، إذا إن لكل متفاوض الحرية في العدول عن التفاوض والامتناع عن إبرام العقد النهائي، شريطة أن يكون لذلك ما يبرره، فإذا ما عدل أحد الطرفين عن التفاوض بدون مبرر مشروع، فإن كلما يضيع على المتفاوض الآخر حينئذ هو مجرد فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه، ومن ثم لا يمكن الحكم باعتبار العقد منعقداً على سبيل التنفيذ العيني.

4- أن الدعوة إلى التفاوض لا تشكل عرضاً ملزماً، لأنها لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وعليه لا يملك القاضي أن يتدخل لتكملة العقد بنفسه والحكم بانعقاده، وذلك باعتباره أن ما نصت عليه المادة 95 من القانون المدني الليبي² يفترض أن الأطراف قد اتفقوا على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظوا ببعض المسائل التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد، ولم يشترطون أن العقد لا ينعقد إلا بعد الاتفاق عليها، وهو ما لا يتحقق في فترة

¹ كاظم كريم الشمري، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، العدد السابع والعشرون، 2006، ص 6.

² (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فالمحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة والأحكام القانون والعرف والعدالة).

المفاوضات، وذلك باعتبار أن معالم العقد محل التفاوض - أي عناصره الجوهرية - لازالت غير محددة¹.

وهكذا فإن التنفيذ العيني - كقاعدة عامة - متعذر في فترة المفاوضات، وبالتالي فإن القاضي لا يملك إلا اللجوء للتنفيذ بمقابل.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل

تتطبق على التعويض في إطار المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات ذات القواعد المقررة في المسؤولية التقصيرية، غير أنه يجب أن يؤخذ في عين الاعتبار الآتي:

أولاً: ضرورة الإعذار وذلك باعتبار أنه لكي يستحق التعويض في إطار المسؤولية العقدية لا بد من الإعذار²، حيث تنص المادة 221 من القانون المدني على أنه: (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك).

ثانياً: أنه في إطار المسؤولية العقدية لا يستقل القاضي بتقدير التعويض، إلا إذا لم يكن هناك اتفاق سابق بين المتفاوضين على تقديره، وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزئي³، وهو اتفاق جائز، حيث تنص المادة 226 من القانون المدني الليبي على أنه: (يجوز للتعاقد

¹ في هذا المعنى انظر بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مرجع سابق، ص 119، 120.

² ويرى البعض من الفقه أنه ليس صحيحاً أن الإعذار شرط في المسؤولية العقدية دون التقصيرية، فالإعذار لا يشترط في الالتزامات السلبية إذا أخل بها المدين سواء كانت عقدية أم تقصيرية، ولما كان الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو دائماً سلبياً، لذلك لا يشترط الإعذار، وهو أيضاً لا يشترط في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدي التزاماً سلبياً، فالعبرة هنا بما إذا كان الالتزام سلبياً أم إيجابياً.

انظر في هذا الخصوص: محمد شريف عبدالرحمن أحمد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، القاهرة، ش عبدالخالق ثروت، دار النهضة العربية، 2009، ص 23.

³ حول التعويض الاتفاقي تفصيلاً انظر: حسنى محمد، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007.

أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لا حق، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من 218 إلى 223).

ومن ثم إذا ما وجد هذا الاتفاق تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه، ولا يجوز للقاضي كقاعدة عامة التدخل للتعديل في هذا التعويض الاتفاقي بالزيادة أو النقصان إلا في حالتين:

الأولى: إذا أثبت المتفاوض المسؤول أن هذا التقدير الاتفاقي للتعويض كان مبالغاً فيه بدرجة كبيرة، أو أنه قد نفذ جزءاً من التزامه، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض من هذا التعويض.

الثانية: إذا كان الضرر قد تجاوز قيمة التعويض المتفق عليه، وأثبت المتفاوض المضرور أن المتفاوض الآخر قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

وإذا لم يكن هناك اتفاق بين المتفاوضين على تقدير قيمة التعويض وجب الأخذ في عين الاعتبار أيضاً ما إذا كان هناك اتفاق لا حق في هذا الخصوص، وهذا هو الصلح، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تولي القاضي تقديره، مع أخذه بعين الاعتبار ما قد يكون هناك من اتفاقات بين الأطراف المتفاوضة بشأن الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، فمثل هذه الاتفاقات جائزة وصحيحة، وذلك طبقاً للمادة 220 من القانون المدني الليبي، ومن ثم إذا ما وجدت مثل هذه الاتفاقات تعين على القاضي الأخذ بها، وذلك ما لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم من المتفاوض المسؤول - باعتبار أن الغش والخطأ الجسيم يؤديان إلى إبطال مثل هذه الاتفاقات - مع ما ينبغي التنبيه إليه في هذا السياق من أنه يجوز للمتفاوض أن

يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذين قد يستخدمهم في تنفيذ التزاماته المترتبة على عقد التفاوض.

ثالثاً: أن التعويض في إطار المسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المتوقع فحسب، ويمكن العلة في قصر التعويض - في حال وجود عقد تفاوض وفي إطار المسؤولية العقدية عموماً - على الضرر لمتوقع، في أن هذه المسؤولية تقوم على العقد¹، ولذا فإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الضرر الواجب التعويض عنه، وقد افترض المشرع أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدي، ويكون هذا الافتراض بمثابة شرط أو اتفاق يعدل من مقدار المسؤولية، والأصل فيها التعويض عن الضرر كاملاً ولو كان غير متوقع - وذلك بقصرها على مقدار معين وهو مقدار الضرر المتوقع، ولما كان هذا الشرط يقع باطلاً في حالتي غش المدين وخطأه الجسيم، فإن المدين يلزم في هاتين.

الحالتين بالتعويض عن كل الضرر المتوقع وغير المتوقع، لأنه يرجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقي الذي يعدل من مقدار المسؤولية².

رابعاً: إذا تعدد المسؤولون في إطار المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات، فلا يفترض التضامن بينهم، إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك، خلافاً للمسؤولية التقصيرية التي يكون فيها التضامن مفترضاً بنص القانون 17، حيث تنص المادة 172 من القانون المدني

¹ أنور سلطان، مرجع سابق، ص 263.

² قارن مع:

- حسن على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الضرر، مرجع سابق، ص 383.

- عبد الحميد مصباح الهرمة، مرجع سابق، ص 27، 28.

الليبي على أنه (إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض).

خامساً: أن دعوى المسؤولية العقدية تتقادم بمضي خمس عشرة سنة، وهذا بخلاف المسؤولية التقصيرية التي تتقادم بمضي ثلاث سنوات من وقت علم المتفاوض المضرور بالضرر وبالمسؤول عنه، أو بمضي خمس عشرة سنة من وقوع الفعل¹.

وغني عن البيان أن هذه الآثار يمكن دفعها بذات الوسائل التي تدفع بها آثار المسؤولية التقصيرية، وذلك بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير. بناء على ما تقدم، يمكن القول إنه إذا أجريت مفاوضات وكان هناك عقد تفاوض صحيح يتولى تنظيمها، وأخل أحد المتفاوضين بالتزامه الناتج عن عقد التفاوض، الأمر الذي ترتب عليه الإضرار بالتفاوض الآخر بسبب هذا الإخلال، فإن هذا يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية للمتفاوض المخل بالتزامه العقدي، الأمر الذي يترتب عليه التزامه بدفع تعويض للمتفاوض المضرور، وهذا التعويض يقتصر على الأضرار المباشرة المتوقعة فحسب.

مما سبق يتضح لنا أنه بمجرد الدخول في المفاوضات يلتزم كل طرف فيها بأن يتفاوض مع الآخر بحسن نية، وأن يدلي له بالمعلومات المهمة التي يعرفها والمتعلقة.

بالعقد محل التفاوض، حتي يقدم كلا الطرفين على التعاقد وهو على بينة من أمره، الأمر الذي يعزز من فرص نجاح العقد، بحيث يتم تنفيذه دون أن تقوم بشأنه أي منازعات،

¹ محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 279 وما بعدها.

كما يلتزم كل متفاوض بعدم إفشاء الأسرار التي اطلع عليها بمناسبة المفاوضات، احتراماً للثقة المشروعة التي أولاها له الطرف الآخر، والتي لولاها ما كان يدلي له بعض الأسرار المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه.

وبالرغم من أن هذه الالتزامات تفرض نفسها على الأطراف المتفاوض دون الحاجة إلى أي اتفاق بخصوصها- باعتبار أن مصدرها القانون- إلا أنه غالباً ما يتم النص عليها في عقد التفاوض إذا كانت المفاوضات منظمة عقدياً، وذلك دفعا لأي خلاف قد يثار بخصوصها. وإذا ما احترمت المتفاوضون هذه الالتزامات، غالباً ما تنتهي المفاوضات بإبرام العقد محل التفاوض، أما إذا قام أحد المتفاوضين بسلوك يخل بها، فإن هذا قد يؤدي إلى قيام مسؤولية بحسب ما إذا كانت ناجمة عن الإخلال بالتزام وارد في عقد التفاوض، أم أنها ناجمة عن الإخلال بأحد الالتزامات القانونية التي تنشأ خلال هذه المرحلة، فتكون عقدية في الفرض الأول، وتقديرية في الفرض الثاني.

وبالرغم من أن التعويض في إطار المسؤولية التقديرية يشمل الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، في حين أنه في المسؤولية العقدية يقتصر على الأضرار المباشرة المتوقعة فقط، إلا أنه في الحالتين يقتصر على ما لحق المتفاوض المضرور من خسارة، دون أن يشمل ما فاتته من كسب، كما يستطيع المتفاوض المدعى عليه تجنب دفع التعويض وذلك بنفي المسؤولية عن نفسه بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير، سواء كانت المسؤولية تقديرية أو عقدية.

التنفيذ عن طريق التعويض في العقود التجارية :

يترتب على الإخلاء أحد المتفاوضين بالتزامه أن ينشأ للطرف الآخر حقا في الرجوع على الأول طالبا تعويض ما أصابه من جراء عدم التنفيذ ما دام تعذر عليه إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه عينا وهو ما تنص عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري بقولها : "إذا استحال على المدين أن ينفذ حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه"، يقدر التعويض قاضي الموضوع¹ في حالة عدم الاتفاق عليه من قبل الأطراف في عقد التفاوض وضياع الوقت والتعويض عن السمعة والتعويض عن ضياع الفرصة، ويقدر التعويض وفقا للقواعد العامة في التعويض فإن القاضي هو الذي يتولى مهمة تقدير التعويض شريطة ألا يكون التعويض مقدار التفاوض في عقد التفاوض وهو ما نصت عليه المادة 183(من قانون المدني الجزائري بقولها: "يجوز للمتعاقدان ان يجدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...".

لذلك يتعين على القاضي عقد تقرير التعويض أن يرجع أولا إلى اتفاق الطرفين فإذا كان الطرفان قد حددا مسبقا في عقد التفاوض أو في اتفاق لاحق قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخر في هذا التنفيذ، وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي تعين على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان.

¹ وهو ما جاءت به المحكمة العليا في القضية رقم 58012، 8 فيفري 1989 المحلية القضائية، العدد 2، 1992، ص14

أما إذا كان التعويض مقدرا في اتفاق الطرفين جاز للقاضي عندئذ تقديره ، ويشترط الاشتغال على الضرر المباشر والذي يكمن في استطاعة الدائن إن يتوفاه جهد معقول¹ وهو ما تنص عليه المادة (482) من قانون المدني الجزائري بقولها: "إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخير في الوفاء به."

ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول ويعتبر التعويض من المسائل القانونية التي تعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع شريطة أن يبين في حكمه عناصر الضرر الذي قضى بالتعويض عنه. إن الإضرار التي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة المفاوضات لا يمكن حصرها .

غير ان أبرزها ما يلي:

أ. تعويض نفقات التفاوض:

من أهم الأضرار التي يمكن أن يتكبدها المتفاوض المضرور هي تلك المتعلقة بنفقات التفاوض مثل نفقات الدراسة التمهيدية والرسوم والإحصائيات... الخ .

كل هذه النفقات يتعين أن يحملها المتفاوض المسؤول عن فشل المفاوضات، ويشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات وبين عملية المفاوضات الفاشلة كما يشترط أيضا

¹ ابن أحمد صديحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، ورقلة ، الجزائر، 2006، ص 132

ألا تكون هذه النفقات قد تمت نتيجة لخطأ المتفاوض المضرور، وألا تكون النفقات باهضة ومبالغ فيها، وأن لا تعوض النفقات العادية المهني في سبيل جذب العملاء والتفاوض معهم، لكن إذا أثبت المهني عكس ذلك كان يثبت مثلاً بأنه استعان بخبراء أجنبية متخصصين في الإعداد للمفاوضات فإنه يعوض عندئذ تلم المصروفات الخاصة¹.

ب. تعويض عن ضياع الوقت:

يعتبر التعويض عن ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة التي تستحق الجبر أياً كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات، فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض وفقاً لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر ما لحق من ضرر وبالتالي يكون التعويض جزافياً.

ج. التعويض عن السمعة التجارية:

يعد التعويض عن السمعة التجارية من قبيل الضرر المعنوي الذي جبره ومن ثم وجب على القاضي أن يأخذه بعين الاعتبار في تقديره للتعويض، ذلك أن قطع المفاوضات مع التاجر دون أي مبرر موضوعي من شأنه أن ينال من سمعته التجارية في الوسط التجاري فقطع المفاوضات مع التاجر تثير حوله الشكوك كسوء مركزه المالي أو قلة خبرته في إدارة المفاوضات وهذا ما حكمت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1966/01/27 (بتعويض المفاوض التاجر الذي تم قطع المفاوضات معه فجأة دون أي مبرر عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه²).

¹ محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 9

² أنظر التعليق على هذا الحكم، محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 63

د. التعويض عن فوات الفرصة:

يشمل التعويض عن فوات الفرصة التعويض على فرصة تحقيق كسب أو تجنب خسارة كما أن التعويض عن تفويت الفرصة، قد يشكل ضررا ماديا وضررا أدبيا في نفس الوقت وفوات الفرص ويقصد به الحرمان من فرصة جادة وحقيقية من تحقيق مكسب احتمالي أو اختفاء نتيجة كان المدعي يرغب في تحقيقها أن تتحقق بالفعل أو قبل أن يكشف الواقع عن استحالة ذلك، ويتضح من هنا أن فوات الفرصة كضرر يمكن التعويض عنه¹، ويفترض أن ثمة فرصة أو حظ كان قائما لصالح شخص ما ثم أتى سلوك شخص آخر وأفقده هذه الفرصة فيصبح ذلك الكسب مستحيل التحقيق بعد أن كان ممكنا ومحتملا، ولأن المدعي لم يكن قد ثبت له هذا المكسب وغنما كان يتوقعه فقط².

فإن هذا الكسب الفائت يكون احتماليا بحتا وليس مؤكدا لكن الحرمان من الفرصة نهائيا في حد ذاته حتى فواتها بصفة نهائية هو ضرر محقق ومؤكد، إن الحديث عن فوات الفرصة يفترض سبق وجود هذه الفرصة ثم يجني خطأ الغير ويفقد المضرور إياها ويفهم ذلك من لفظ الفقد ذاته، الذي لا يتحقق معناه إلا بافتراض سبق وجود الشيء المفقود، ويشترط في تفويت الفرصة حتى يمكن تعويضها أن تكون الفرصة حقيقية وجدية وحالة أو وشيكة وقابلة للتقدير، حيث يتأكد القضاة من أن الربح أو الكسب الذي كان ينتظره المضرور كان من الممكن أن يتحقق لو أن الفعل الضار لم يقع أصلا.

¹ كان التعويض عن فوات الفرصة الأقدم ظهورا في القضاء الفرنسي هو الحكم الصادر عن دائرة العرائض في 17 جويلية 1889 سري 1891،

1، 309 حيث تم التعويض لشخص فقط حقوقه لإهمال موكله القانوني

² حكم محكمة بروكسل التجارية بتاريخ 1988/02/03، ينظر تفاصيل القضية والتعليق عنها، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع

سابق، ص 121-122

هـ. التعويض عن عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير:

قد يقوم أحد المتفاوضين أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير بهدف الاستعداد لتنفيذ العقد المزمع إبرامه الذي يجرى التفاوض عليه، فكل هذه العقود تعتمد أساساً على نجاح ذلك المشروع المتفاوض عليه، فإذا ما فشلت المفاوضات على العقد الأصلي، فإن ذلك سيؤدي لا محال إلى عدم تنفيذ هذه العقود المساعدة والمكملة للعقد الأصلي.

الرأي الراجح في الفقه يقول أنه يتعين في تقدير هذا التعويض التفرقة بين الحالتين :

ففي الحالة الأولى يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات عالماً بهذه العقود التي التزم بها المضرور، وهو الذي شجع وحث على إبرامها فهذه الحالة تقتضي العدالة والمنطق بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول ملتزماً بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المضرور تجاه الغير.

أما الحالة الثانية يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات غير عالماً بهذه العقود أو كان عالماً بها واعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة يقتضي المنطق والعدالة ألا يكون هذا المتفاوض مسؤولاً على التعويضات المستحقة على المتفاوض المضرور اتجاه الغير بسبب عدم تنفيذ هذه العقود والتعهدات.

الخاتمة

في ختام دراستنا لهذا الموضوع المتمثل في النظام القانوني لمرحلة التفاوض على العقد، لا بد من بيان أهم النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال هذا البحث (أولا) بعدها إلى التوصيات التي انتهي إليها (ثانيا).

أولا: النتائج

- 1- أن المفاوضات تعد وسيلة مهمة للتقريب بين وجهات نظر الأطراف المتفاوضة، وذلك عن طريق تبادل الاقتراحات وإجراء المناقشات حول كافة عناصر العقد المراد إبرامه.
- 2- بالرغم من أن المفاوضات السابقة على التعاقد غير منظمة تشريعيا، إلا هذا لا يعني أنها لا تقع تحت عباءة القانون، وإنما تخضع في إطار العقود الداخلية لنظام قانوني مزيج بين القواعد العامة للقانون المدني والمبادئ العامة للقانون، فضلا عن بعض التشريعات والقواعد المستقرة في إطار التجارة الدولية، إذا ما تعلق الأمر بعقد دولي.
- 3- أن المفاوضات تلعب دورا مهما في تنوير إرادة المتعاقد بالالتزامات التي ستنقل كاهله بعد إبرام العقد، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى تكوين عقد متكافئ، يتوفر لدى كل طرف الاستعداد التام لتنفيذ التزاماته بشكل تلقائي ودون أي نزاعات، ولم لا وكل متعاقد ل يقدم على العقد إلا بعد أن علم بكل دقة ماله وما عليه، من خلال المباحثات والمناقشات التي تمت في فترة المفاوضات.

4- أن أهمية المفاوضات لا تقتصر على أطرافها فحسب، وإنما تمتد للقاضي أيضاً، حيث إنه قد يستعين بها للوصول إلى النية الحقيقية للأطراف المتعاقدة إذا تم التعبير عنها بطريقة غامضة وتحتل التأويل.

5- أن المفاوضات - كقاعدة عامة - يمكن إعمالها في كافة العقود، فذلك متوقف على إرادة ذوي الشأن، ولا يستثني من هذه القاعدة سوى طائفة معينة من العقود أطلق عليها عقود الإذعان.

6- أن المفاوضات تبدأ بالدعوة إلى التفاوض وتنتهي بصدور إيجاب يتم قبوله دون قيد أو شرط.

7- أنه بالرغم من احتدام الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للمفاوضات قبل العقدية، إلا أنه لا يمكن القول بأنها ذات طبيعة عقدية أو مادية، وإنما الأظهر والأقرب إلى الصواب أنها ذات طبيعة مزدوجة، فإذا كانت مصحوبة بعقد تفاوض تكون ذات طبيعة عقدية، وإلا فإنها تكون ذات طبيعة مادية، وهو ما تؤيده الحقائق القانونية.

8- أنه إذا كانت المفاوضات مصحوبة بعقد تفاوض، ترتب عليها جملة من الالتزامات العقدية، أما إذا لم تكن مصحوبة بعقد تفاوض، فإنها وإن كانت ذات طبيعة مادية، فهذا لا يعني أنه لا تترتب عليها أية التزامات قانونية، فحسب النية يفرض نفسه بطريقة تلقائية، وذلك باعتبار أنه ن المبادئ العامة للقانون.

9- أن الالتزامات المترتبة على الدخول في المفاوضات لا تعني إجبار الأطراف المتفاوضة على إبرام العقد، وإنما تهدف فحسب إلى تحقيق نوع من التوازن بين مبدأي حرية التعاقد والمسؤولية، وليس أدل على ذلك من أن أي طرف إذا وجد أن المفاوضات لا تحقق

مصلحته يستطيع الانسحاب منها دون أن تقوم في مواجهته أية مسؤولية، وإنما تقوم هذه الأخيرة فحسب عندما يتم قطع المفاوضات بطريقة غير موضوعية، كأن يتم قطعها بتعسف أو بسوء نية.

10- أن الحالات الاستثنائية سواء كانت قوة قاهرة أو حدث فجائي ونما هو الحال في نموذج كورونا، تمنح الحق للمتعاقد الذي زاد تحمله عن المعاد أن ينقص من تحمله وفقاً

لشروط إعادة التفاوض المتفق عليه أثناء المفاوضات السابقة عن التعاقد

11- أنه لا بد من توفير حماية قصوى للمتعاقد الضعيف والذي يكون تفاوضه شبه منعدم، لذلك فإن الحماية التي يوفرها قانون حماية المستهلك قد تعادل في كفة المفاوضات بين الطرفين قبل إبرام العقد

12- أن الأزواج في الطبيعة القانونية للمفاوضات ترتب عليه ازواج في طبيعة المسؤولية في هذه المرحلة، فقد تكون عقدية- في حال وجود عقد تفاوض- وقد تكون تقصيرية- في حال عدم وجوده، وفي الحالتين فإن قيام المسؤولية يتطلب توافر الأركان العامة المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

13- إذا قامت المسؤولية العقدية للتفاوض، فإنه وإن كان الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام، إلا أنه- كقاعدة عامة- يتعذر إعماله في فترة المفاوضات، وذلك لما فيه من مساس بحرية التفاوض تارة، ولعدم جدواه تارة أخرى، ومن ثم فلا مناص من اللجوء للتعويض الذي يقتصر على الأضرار المتوقعة فحسب.

14- أنه إذا كانت المسؤولية في فترة المفاوضات تقصيرية، فإنه وإن كان التعويض يتم دون ضوابط، أو أنه وسيلة للإثراء على حساب الغير، وإنما هو تعويض بقدر الضرر، لذلك فهو يقتصر على الخسارة المحققة فحسب دون الكسب الفائت.

أما وقد أوضحنا النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث، فإن الوقت يكون قد حان لبيان التوصيات.

ثانيا: التوصيات

1- نظرا لأهمية الالتزام بالتفاوض بحسن نية، ودفعاً للخلاف الفقهي حول مصدره، نوصي بتعديل صياغة المادة 148 من القانون المدني الليبي في فقرتها الأولى لتكون كالتالي: (يجب تكوين العقد وتنفيذه طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

2- إضافة بعض النصوص في القانون المدني الليبي لتنظيم المرحلة السابقة على التعاقد عموما، ومرحلة المفاوضات على وجه الخصوص، وذلك باعتبار أن القواعد العامة للقانون المدني وإن كانت تساعد في معالجة بعض الإشكاليات المتعلقة بهذه المرحلة، إلا أنها تفتح المجال واسعا للخلاف، وقد لاتفي بالغرض في أحيان كثيرة، ثم إن من شأن تنظيم المفاوضات تشريعيا أن يغني القاضي أو المحكم عن أعمال القياس الذي قد يخرج به عن مقتضيات العدالة.

3- نظرا للتطور الحاصل في مختلف مناحي الحياة، حيث ظهرت الكثير من العقود التي يوجد بها اختلال في التوازن المعرفي لأطرافها، نوصي المشرع بوضع تنظيم عالم

وشامل للالتزام بالإعلام وبشكل واضح وصريح لا لبس فيه، بحيث يقوم كلما توافرت شروطه، دون أن يقتصر إعماله على عقود الاستهلاك.

4- انظر لأن بلادنا من الدول النامية، ومن ثم فهي في حاجة مستمرة لإبرام الكثير من العقود التي تتسم بالطابع الدولي، وهذه العقود غالبا ما تسبقها مفاوضات، ومن ثم يرى الباحث ضرورة إنشاء مراكز متخصصة للتدريب على فن التفاوض عموما، والمفاوضات السابقة على التعاقد على وجه الخصوص، ونظرا لغياب هذه المراكز في الوقت الحاضر، يرى الباحث ضرورة العمل على إعداد فرق تفاوضية تعمل بشكل احترافي من خلال تأهيلها في الخارج، وذلك على اعتبار أنه كلما كان الفريق التفاوضي أكثر احترافية كلما زادت احتمالية إبرام عقد متوازن.

5- نظرا لعدم وجود تنظيم قانوني للمفاوضات في الوقت الراهن، نوصي الأطراف المتفاوضة بضرورة تنظيم مفاوضاتهم عقديا بشكل واضح وصريح لا لبس فيه، بحيث يوضح لكل طرف حقوقه والتزاماته بشكل دقيق، حتى إذا ما أخل الأطراف بهذه الالتزامات قامت مسؤوليته العقدية، وهذه الأخيرة لا تثير الكثير من المشاكل سواء في إثبات الخطأ أو في التعويض الذي يقتصر على الأضرار المتوقعة فحسب، وذلك بخلاف المسؤولية التقصيرية.

6- نوصي الأطراف المتفاوضة بضرورة تحديد مدة معقولة - تختلف بحسب طبيعة العقد المتفاوض عليه ومدى تعقيده - ينتهي خلالها التفاوض إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق بشأن العقد المزمع إبرامه، وذلك حتى يكون كل متفاوض بمنأى عن أية مسؤولية في

هذا الخصوص، بحيث إذا انتهت المدة المحددة دون التوصل إلى إبرام العقد، يذهب الطرفان المتفاوضان كلا منهما إلى حال سبيله.

7- كما نوصي الأطراف المتفاوضة أن تهتم اتماما كبيرا بصياغة دقيقة لشرط إعادة التفاوض، والنص الصريح على اليات عمل وصياغة وتنفيذ العقد بعد إبرامه. لأن الوضع الذي هم عليه اثناء التفاوض ليس بالضرورة هو وضعهم بعد التفاوض أو أثناء تنفيذ العقد.

8- كما نوصي المشرع الليبي بأن يعمل جاهدا على صياغة قوانين يكون الباعث فيها هو حماية الطرف الضعيف أثناء تنفيذ العقد، وقبل ذلك حمايته اثناء التفاوض عليه، كون أن التفاوض يضمن الى حد كبير استقرار العقد اثناء تنفيذه.

9- كذلك نوصي الأطراف المتفاوضة بضرورة توخي الحذر الشديد عن صياغة الاتفاقات التمهيدية، وخصوصا خطابات النوايا، فينبغي تحري الدقة في المصطلحات المستخدمة، وذلك لكي لا يجد المتفاوض نفسه ملزما دون أن تتجه إرادته للالتزام، كما يحث الباحث الأطراف المتفاوضة على حسم القيمة القانونية للاتفاقات التمهيدية عموما، دفعا لأي خلاف قد يثور بخصوصها، فإذا ما أراد الأطراف إعطاءها قيمة تعاقدية، يجب النص على ذلك صراحة، وإذا لم تتجه إرادتهم لذلك، فيجب النص أيضا بشكل صريح على أن هذه الاتفاقات لا تتمتع بأي قيمة قانونية.

10- وأخيرا فإنه نظرا للأهمية التي أصبحت تحضي بها المفاوضات في الوقت الحاضر، نوصي أساتذة القانون المدني في الجامعات الليبية بإفراد مساحة لهذه المرحلة، وذلك سواء في إطار النظرية العامة للالتزام أو العقود المسماة.

11-وبعد، وفي ختام هذه الدراسة يأمل الباحث أن يكون قد ساهم ولو بشكل بسيط في التنبيه إلى أهمية هذه المرحلة من مراحل الفترة السابقة على التعاقد، وما تعانیه من قصور تشريعي، كما يأمل الباحث أن تكون هذه الدراسة بمثابة خطوة تليها خطوات أخرى، تكمل ما غاب عنها، وتصحح ما بها من خطأ، فالكمال الله وحده.

تمت بفضل الله

المراجع

❖ كتب اللغة العربية

1. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، المجلد الحادي عشر، بيروت، لبنان، دار صادر للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2000.
2. أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق د. أيمل بديع يعقوب د. محمد نبيل طريقي، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1999.
3. إبراهيم النجار - أحمد بدوي - يوسف شلال: القاموس القانوني: فرنسي عربي مكتبة لبنان الطبعة الثامنة 2002.
4. الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتب، 1983.
5. ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 4 دار الريان للتراث، الطبعة الأولى، سنة 1407 هـ / 1986 م.
6. الحموي في غمز عيون البصائر، شرح الأشباه والنظائر، ج 2،
7. الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 4، مكتبة النجاح، ليبيا، بعدها .
8. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج 3، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه
9. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، المجلد الثالث، ج 5، دار الفكر، بيروت، سنة 1415 هـ / 1995 م.
10. الكساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5. دار الفكر، بيروت (ع.ط.غ.م)، السنة 1417 هـ / 1996 م
11. جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر (ع.ط.غ.م)، السنة 2001،

❖ الكتب القانونية

1. أبو العلا علي النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، بدون اسم الناشر وسنة النشر.
2. أحمد أبو الوفاء التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1978
3. أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، عمان، الأردن، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002.
4. أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد)، الطبعة الثالثة، 2008، بدون اسم الناشر ومكان النشر.
5. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000.
6. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، (ع.ط.غ.م)، سنة 1995.

7. الأحديب عبد الحميد، التحكيم الدولي، مؤسسة نوفل، العراق، 1997،
8. أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2004.
9. أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011.
10. إدريس العلوي العبدولاي: النظرية العامة للالتزام، (الإرادة المنفردة، الإثراء بلا سبب، المسؤولية التقصيرية، القانون)، ج 2، طبعة 1996
11. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، 2010.
12. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995 م
13. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2001.
14. جاك غستان: المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2010،
15. جلال وفاء محمد، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، الأنازيرة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
16. جميل الشرقاوي: "محاضرات في العقود الدولية"، دار النهضة العربية، 1997.
17. حازم الرمحين، "ماهية الالتزام بالإعلام وأثره في حماية المستهلك" مجلة الحقوق، المجلد 16، العدد (1)، كلية الحقوق، جامعة دمشق
18. حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، سنة 1990.
19. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996.
20. حسن عكوش: المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مطبعة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى 1957.
21. حسن علي الذنون، تنقيح د. محمد سعيد الزحو، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الضرر، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2006.
22. حسن على كاظم، تسوية المنازعات الناشئة عن عقد الترخيص الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2005،
23. حسني محمد، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007.
24. حسين بلوش، الالتزام بالتصريح بالخطر على ضوء مدونة التأمينات، الطبعة الأولى، مطبعة بن سي، أكادير، 2010،
25. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط 2، دار المعارف، 1979 م،

26. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة 2010م،
27. حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999.
28. خالد العامري، كيف تجري مفاوضات ناجحة، الفاروق للنشر، الأردن، 2000
29. خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ش عبد الخالق ثروت، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
30. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني الأرابيطة الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006.
31. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، ش عبد الخالق ثروت، دار النهضة العربية، 2000.
32. رمضان أو السعود، مصادر الالتزام، الأرابيطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2003.
33. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، شتات، مصر، دار الكتب القانونية، الطبعة الرابعة، 1998.
34. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2005.
35. شريف أحمد الطباخ، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية (التطبيق العملي لدعاوى التعويض) الجزء الثالث، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، 2009.
36. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
37. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، عمان، الأردن، دار دجلة، الطبعة الأولى، 2008.
38. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، عماد، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
39. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 م.
40. رشا على الدين، دور المحكم إعادة التوازن المالي العقد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010م،
41. زيد قدري الترجمان: "نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقها في حق الملكية العقارية"، مطبعة دار السلام، الرباط، طبعة 2009،
42. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2008،
43. عادل جبيري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007.
44. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات المدني، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر.
45. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة، كلية القانون، 2015 م
46. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 2008.
47. عبد الباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، رسالة ماجستير، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1999.

48. عبد الحليم عبد اللطيف القوني: مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والمصري والفرنسي دراسة مقارنة"،
49. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
50. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، تنقيح المستشار أحمد مراغي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004
51. عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية، بيروت، منشورات الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.
52. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر العربي، بيروت، 1971 م،
53. عبد السلام رشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
54. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، 1974.
55. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، 2006.
56. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، بدون دار نشر، 1945م،
57. عشوش أحمد عبد الحميد، التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990.
58. عصام أحمد البهجي، الإلتزام بالشفافية والإفصاح في عقود الاستثمار والاستهلاك والعلاج الطبي، الأزاريطة، الإسكندرية، مكتب الجامعي الحديث، 2014.
59. علي مرضي العباش، عقود الأشغال الدولية، بدون اسم الناشر ومكان النشر، 2012.
60. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، الإسكندرية، مصر منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 2008.
61. فاطمة عبد المهدي دهش، اليات التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، 2017،
62. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1991
63. مأمون الكزيري: نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، ج 1.
64. ماثق طالب عبد حمادي الجبوري، شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الأنظمة القانونية الوطنية والدولية معززة بأحكام القضاء والتحكيم والشروط التعاقدية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2016،
65. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، 1995.
66. محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007،
67. محمد إبراهيم موسى، التطويع القضائي للقواعد القانونية الواجبة التطبيق في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005،

68. محمد التهامي عبد الكريم، موسوعة العقود والدعاوي القانونية وإجراءاتها العملية، القاهرة، دار العدالة، 2009.
69. محمد الجيلاني البدوي الأزهرى، قانون النشاط الاقتصادي 3 ، الأوراق التجارية، ليبيا، شركة المناهج للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، 2013.
70. محمد الصيرفي، التفاوض، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007.
71. محمد الهيني، الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له في عقد التأمين -دراسة في عقد التأمين البري- حماية مستهلكي خدمات التأمين، دار الافاق المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2010،
72. محمد سعيد الزحو، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، رابطة السببية، عمان، الأردن، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2006،
73. محمد شريف عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009.
74. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، بدون اسم الناشر، 1995.
75. محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، الأزرطة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون سنة نشر.
76. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، 1998.
77. محمد حسين منصور، العقود الدولية، 2014، بدون اسم الناشر وسنة النشر.
78. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2006.
79. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الأزرطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر.
80. محمد صديق عبدالله، مجلس العقد، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2011.
81. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طرابلس، ليبيا، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الرابعة، 2003.
82. محمد علي البدوي الأزهرى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، بنغازي، ليبيا، دار الكتب الوطنية، الطبعة الأولى، 2005.
83. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا عمان، الأردن، دار الجيب، القاهرة، دار الفكر العربي الطبعة الثانية، 1995.
84. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشأة توزيع المعارف، مصر.
85. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر.
86. مراد محمد المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010.
87. مصطفى أحمد أبو عمرو، علاقات العمل الجماعية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

88. مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، الأزاريطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011.
89. مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
90. مصطفى الجمال، د. رمضان محمد أبو السعود، د. نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
91. مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، المحلة الكبرى، مصر، دار الكتب لقانونية، 2005.
92. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، الطبعة الثالثة، 2003، بدون اسم الناشر ومكان النشر.
93. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، بدون سنة نشر.
94. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف (مفهومه، التزاماته مسؤوليته) ش عبد الخالق ثروت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008.
95. منى عمار، تأثير فيرزش كرزنا المسجد على تنفيذ عقود التجارة الدولية وفقا للاتفاقيات الدولية والتشريعين المصري والفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية،
96. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية - وغير التبعية)، دون اسم ناشر وسنة النشر.
97. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الإسكندرية، دار المعرفة الجامعية، 1994.
98. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الأزاريطة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
99. نسرین عبد الحمید نبیه، العقود الدولية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2010.
100. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2007.
101. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، الأزاريطة، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة نشر.
102. وائل حمدي أحمد، الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، دار الفكر والقانون، بدون مكان نشر، 2010.
103. وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2012.
104. وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
105. يونس صلاح الدين على، العقود التمهيدية، المحلة الكبرى، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والتوزيع، 2010.

❖ الرسائل والأطروحات

1. ابن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2006.
2. ابن أيوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائري، 2013.
3. إسلمو سعيد: "دور الصفقات العمومية في التنمية الجماعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق - أكادال - الرباط، الموسم الجامعي 2000-2001.
4. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2015.
5. بوكلال مبروك، لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية - بجاية، 2011/2012.
6. بو فلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقد على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2008.
7. تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2013.
8. توفيق فهمي، المسؤولية في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2010.
9. حمادي حميدي: "طرق إبرام الصفقات العمومية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، أكادال، الرباط 1982.
10. حياة محمد أبو النجاء، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2009 م،
11. رفاوي شهنيز، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سطيف، الجزائر 2016.
12. زروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1978 م،
13. طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي-وزو.
14. عبد الله لبو: شفاوية إبرام الصفقات العمومية بالمغرب في ضوء مرسومي 30 دجنبر 1998 و 5 فبراير 2007، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، الموسم الجامعي 2007-2008.
15. عبد الحليم عبد الحفيظ القوني، حسن النية وأثره على التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2004.

16. عبد الحليم عبد اللطيف القوني: حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، سنة 1997.
17. عبد الحميد مصباح الهرمة، التقدير القضائي للتعويض في القانون المدني الليبي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، 2001.
18. عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أو لحاج البويرة، الجزائر، 2012.
19. فارس هاشم، حسين، تقدير التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 2015.
20. لما عبدالله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، الوطنية، فلسطين، 2008.
21. مجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2012 الجزائر.
22. مسلم الطاهر، الحماية القانونية لمتلقي الفرنشيز في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، الجزائر، 2020/2019.
23. مراد أسراج، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقد التأمين، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2010/2009.
24. المنيرة فاطمة: نظام الصفقات العمومية، بحث لنيل دبلوم السلك العالي بالمدرسة الوطنية للإدارة، سنة 1995.
25. مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات الممهدة للتعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.
26. نرجس البكوري، التفاوض في العقود الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، المغرب، 2012/2011.
27. يوسف عبد الهادي خليل، النظام القانوني لنقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1989.

1. أكرم محمود حسن البدو، د. محمد صديق عبدالله، أثر موضوعية الإرادة في مرحلة المفاوضات بحث مستل من أطروحة الدكتوراه الموسومة (موضوعية الإرادة التعاقدية) مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13 العدد 49، لسنة 2011.
2. أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد كلية القانون، الجامعة المستنصرية،
3. إبراهيم دسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة العاشرة، سبتمبر، 1986.
4. ابن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مجلة دفا تر السياسة والقانون، العدد العاشر، جانفي 2014.
5. إناس مكي عبد نصار، التفاوض الالكتروني مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 2013.
6. بوسلهام كراد: النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية قبل إبرام العقد، مجلة الملف، العدد 11 أكتوبر 2007.
7. جعفر محمد جواد الفضلي عقد الإطار مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 18 عدد 28 (السنة الحادية عشرة) 2006.
8. جعيج نبيلة، محاضرات التفاوض الدولي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف،
9. حازم الرمحين، ماهية الالتزام بالإعلام وأثره في حماية المستهلك كلية الحقوق، جامعة دمشق، مجلة الحقوق، المجلد 16، العدد (1).
10. حسام كامل الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد الأول، السنة الثامنة والثلاثون، يناير، 1996.
11. حسين الدوري عقود التجارة الدولية (العادية والإلكترونية) ومنازعاتها بحث مقدم إلى ندوة بعنوان (التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات) خلال الفترة ما بين 27 - 30 نوفمبر 2006.
12. حمدي بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، يونيو 2005.
13. حمدي بارود، المبادئ التي تحكم التفاوض في عقود التجارة الدولية ومضمون الالتزام بها، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد السادس عشر، العدد الأول، يناير، 2008.
14. حمدي بارود، الطبيعة القانونية المسؤولية في حال العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإرادية العشرون، العدد الثاني، يونيو 2012.
15. ذكرى محمد حسن - استبرق حمزة، التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم والسياسة، مجلة جامعة بابل، العدد الرابع، السنة السادسة 2014.
16. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت، كلية الحقوق، جامعة النهريين..

17. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة كلية الحقوق، الجامعة النهرية، المجلد الأول، العدد 3، 1997،
18. طارق كميل، المفاوضات في عملية اندماج الشركات، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة التاسعة والثلاثون، ديسمبر 2015.
19. عادل عبد العزيز السن، المفاوضات وخطابات النوايا السابقة للتعاقد ودور المفاوضات في تسوية المنازعات، ورقة عمل مقدمة في ورشة عمل الإطار القانوني لإعداد وصياغة العقود الدولية، إسطنبول، أكتوبر، 2011.
20. عبد الغني عمرو الرويمض، مدى تطور تشريعات العمل العربية الخاصة بحق التنظيم النقابي والمفاوضة الجماعية والحوار الاجتماعي، مجلة القانون، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، العدد الثالث، 2012.
21. عقيل فاضل حمد دهان، م. منقذ عبد الرضا الفردان الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني مجلة جامعة أهل البيت، العدد الثامن.
22. عقيل فاضل حمد دهان، د. غني ريسان جابر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني، كلية القانون، جامعة البصرة، مجلة جامعة أهل البيت العدد الخامس.
23. قلاوaz فاطمة الزهراء - مقارنة الالتزام بالإعلام ببعض المفاهيم القانونية الكلاسيكية - مجلة الدراسات القانونية المقارنة - جامعة شلف - العدد 1 - ديسمبر 2015.
24. كاظم كريم الشمري، المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، العدد السابع والعشرون، 2006.
25. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، جمادى الآخر 1434، أبريل 2013
26. منقذ عبد الرضا الفردان ،: الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني" مجلة جامعة أهل البيت، العدد الثامن.
27. محمد عمران، الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، تم الإطلاع على البحث بتاريخ 16-9-2016.
28. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيو، 1998.
29. محمد جعفر الخفاجي، م. ميثاق طالب، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، مجلة المحقق للعلوم السياسية والقانونية، العدد الثاني، السنة السادسة، 2014.
30. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، جمادى الآخرة 1434، إبريل 2013.
31. نبيل إسماعيل الشبلق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013.

32. نرجس البكوري، المسؤولية المدنية للمتفاوض في مرحلة التفاوض، قانون الالتزامات والعقود بعد مرور 100 سنة، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش، سنة 2013،
33. هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الإطار العقدي، الجامعة الأسمرية،
34. وعود كاتب الأنباري المفاوضات العقدية عبر الإنترنت كلية القانون، جامعة كربلاء، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009.
35. يوسف صاحب، مفهوم العقد في القانون الأنكلوامريكي، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد الثالث، العددان 1-2، حزيران كانون الأول، 2010.

1. AURELINE BAMDE , "LIBERTE ET RUPTURE DES NEGOCIATIONS: REGIME JURIDIQUE DES POURPARLERS ET REFORME DES OBLIGATIONS" 12 JANVIER 2017.
2. A. vanwisck : la réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats annales de la faculté de droit de liège 1980.
3. Djamila MAHI-DISDET – l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique – thèse – université d'AVIGNON – 2011 –
4. Elisabeth Relave – Svends, Avocat-A-La Cour , Grunberg & Partner "La Négociation Préliminaire Aux Accords"
5. Emanuela iftim "Good Faith in Greek civil code" 'journal of public Administration, finance and Law, spécial lusse 2/2015, The faculté of law" Alexandru ioan cuza "University of iasi isi , Romania.
6. Goldman ta lex méritoires dans les contrats l'blerestrealité et perspectives pour de d instante anal 1979.
7. G.O. Faure. L. Mermet. H. Touzard et ch. Dupont : « la négociation situation, problématiques, application ». Duodi. Paris 2000.
8. (G) Forbin : comment gérer les informations en cours de pour parler, RDII/IBJ. 1998.
9. (G) Ripert : « la règle morale dans les obligations civil » 4ème éd 1949.
10. HOURIA Yessad, le contra de vente internationale de marchandises, thèse pour le doctorat en droit, Université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou , 2008.p25
11. Jarvin (S.): L'obligation de coopérer de bonne foi, exemples d'application un plan de l'arbitrage international, in L'arbitrage commercial international, L'apport de la jurisprudence arbitrale, publication de la C.C.I, 1986,
12. J. Ghestin. B. Deshè : « traité des contrats » (la vente). L.G.D.J 75014 paris 1990.
13. (J) Mestre : « transparence et droit des contrats, revers de jurisprudence commerciale 1993.
14. J.M Mousseron : « technique contractuelle » éd. Juridique Lefebvre, paris. D'édition sans date.
15. Judaments-yeoman, s Rowe Management Limited and Aouther V Cobbe , Appelante Commette Loard Hoffman Lord Scott of foscote Lord Walker of estingthorpe Lord Brown of Eaton –under-Heywood Lord Mace , available.
16. Leval (PA propos de la médiation dans la vie des affaires , JCP ; Ed 1989,
17. LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit internationale Prive , DALLOZ, 1978,
18. Mazeaud Denix , leçons de droit civil , tome 2.no 487 , ,
19. Mekki (M) , De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels , AJ contrat 2020,
20. Mra (ph) : Force majeure et contrats internationaux de longue durée J.D.L 1975 , edition clunet ,
21. O. Gast. M. Mendelsohn : « comment négocier une franchise » éd. De l'usine. Paris d'édition sans date.
22. Oppetit (B.) : L'adaptation des contractes internationaux aux changements de circonstances : la clause de hard shp . JD1 , 1974
23. Primom (S) : l'économie du contrat , PU Aix - Marseille , 2004 ,

24. RENÉ DAVID : " L'arbitrage dans le commerce international " économie , Paris , 1982
25. REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS ,UN SUPPLEMENT AU CODE AU COAD CIVIL 2016,AJOUR DE LORDONNANCE N 2016-131 DU 10 FEVRIER 2016 , DALLOZ ,
26. R.Monzer. La négociation des contrats internationaux, un essai d'harmonisé des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons .thèse, 2006, Université Montpellier.
27. Schmidt,article precite.n.9.p.- Jourdain .Rapport .précité. (Arrêts d Tribunal fédéral Suisse83/1957 11-345,349:
28. Silard (S.A) clauses de maintien de la valeur dans les transaction internationales , journal de droit international , 1972 ,
29. Stathis Bankas",Liability for contractuel Négociation in English Law",Loking for the Limus Test Université of Est Anglai, collage of roughs ,Norwich , folder(1)2009.
30. Slimon Hart,"En gland –multi- tierce dispute résolution "APC ,London, Simon uk,law firm bio,
31. SIGA Technologies.Inc.V.PharmA thene,cour supreme du Delaware.decembre2015.
32. Traduction fra caise de l,allemandin,Tournal des Tribunaux.1958-I-194.196.
33. Riferita alla Danièle .Minus ."La buona fadeoggetiv come rigola générale di comportement di ,29/10/2010,
34. Yoirin P ; de l'imprevion dans les rapports en droit prive : thèse ; Nancy 1922 ;

❖ رابعا: الأحكام القضائية

1. طعن مدني بتاريخ 6-2-2001، ق576/46، غير منشور.
2. طعن مدني رقم 37/19ق، بتاريخ: 4-7-1994 حكم غير منشور للمحكمة العليا.
3. طعن مدني رقم 27/4ق/ بتاريخ: 17-5-1982 مجلة المحكمة العليا، السنة 19، العدد3.
4. طعن مدني رقم 31/46ق، بتاريخ 27-5-1985، مجلة المحكمة العليا، السنة 23، العدد 4-3.
5. طعن مدني رقم 23/50ق، بتاريخ 4/6/1974، مجلة المحكمة العليا، السنة 15 العدد2.
6. طعن مدني رقم 40/93ق بتاريخ 1-1-1996 مجلة المحكمة العليا، السنة 31، العدد 1.
7. طعن مدني رقم 26/14ق بتاريخ: 28-6-1981 مجلة المحكمة العليا، السنة 18، العدد 3.
8. طعن مدني رقم 42/359ق، بتاريخ 27/11/2000، حكم غير منشور.
9. طعن مدني ق 10/18 بتاريخ 14/3/1972، مجلة المحكمة العليا، السنة 8 العدد 4.
10. نقص مدني مصري، جلسة 9 فبراير 1967، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية، مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومن دائرة الأحوال الشخصية، السنة الثامنة عشرة، العدد الأول، يناير- فبراير، 1967، القاهرة، مطبعة دار القضاء العالي.
11. قرار محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 23 فبراير 1968، النشرة المدنية 4-334

1. Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Publique Du Mercredi 26 Novembre 2003
 2. Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mercredi 26 novembre 2003, N de pourvoi. 00-10949, publiée au bulletin Rejet
 3. Cour d'appel de Paris, 9 juin 2017, Pôle 4-chambre 1, N de RG 16/00781.
 4. Cour d'appel de Paris, 2 mars 2018, Pôle 4-chambre 1, N de RG 16/1186
 5. Cour d'appel de Limoges, 6 mars 2014, chambre civile. N de RG 13/00260
 6. Cour d'appel de Colmar, 9 octobre 2008, chambre civile 1, N de RG 06/04294
 7. Cass.com. 15 décembre 1992. Renvoyée à Laureline Bande,
 8. Cour d'appel de Paris, 28 septembre 1976. Revue de l'arbitrage, 1977,
 9. Cour de cassation 3ème chambre civile 24 Mars 1993, J.C.P. no 12 obs, Gring
 10. Cass.com. 26 Nov 2003,
 11. Cass.com, 26 novembre 2003, Bull. civ. IV no 186 (Manoukian).
 12. Cass.com. 27 nov. 1972. Bull. civ. IV n° 282.
 13. Cass. Com. 27 nov. 1979. bull. civ. IV. P 307.
 14. Cass. civ. 3 oct, 1972.
 15. Cass.com 11 janv. 1984.
 16. Cass. civ. 29 avril 1873. D.P. 1873-1-2007. V aussi Req 4 juillet 1904-5-1905
 17. Cass. Civ. 9 mai. Jcp. 1974. 176432, Espec. 1, Arrêt C.D. Appel De Vesraillé. 21. Juill 1993
 18. Paris 1^{er} juin 1995. J.rais Data. N° 022850.
 19. Paris 13 mai 1991. RJDA 1991. N° 911. RTD CIV 1992 – 394
 20. Paris 27 mai 1980. D 1981. 314 note le tourneau
 21. Cass. 21 mars 1972. J.C.P. 3.11 17543 – CIV 3e 16 oct. 1973 D. 1974. 1.35. com Civ 1^{er} Janv. 1977. D. 1977. 593
-
1. Journal de droit international . 1975 ,
 2. Journal de droit international , 1976 ,
 3. Journal de droit international 1977 ,
 4. Journal de droit international 1987,
 5. Journal de droit international . 1994.

الفهرس

3	المقدمة
12	الباب الأول: فكرة التفاوض على العقد
13	الفصل الأول
13	ماهية التفاوض في العقود
14	الفصل الأول: ماهية التفاوض في العقود
15	المبحث الأول: مفهوم التفاوض في العقود
16	المطلب الأول: تعريف التفاوض على العقد
16	الفرع الأول: تعريف التفاوض لغة
18	الفرع الثاني: تعريف التفاوض اصطلاحاً
24	المطلب الثاني: التطور التاريخي للتفاوض في العقود
24	الفرع الأول: التفاوض في الإسلام
32	الفرع الثاني: التفاوض في التشريعات الحديثة
38	المطلب الثالث: أهمية التفاوض في العقود وخصائصها
38	الفرع الأول: أهمية التفاوض في العقود
47	الفرع الثاني: خصائص التفاوض في العقود
55	المطلب الرابع: تمييز التفاوض في العقود عما يشابهها من أفكار، والقواعد المنظمة لها
55	الفرع الأول: تمييز التفاوض في العقود عما يشابهها
80	الفرع الثاني: قواعد إدارة المفاوضات في العقود
87	المبحث الثاني: نطاق التفاوض في العقود
89	المطلب الأول: مراحل التفاوض في العقود
89	الفرع الأول: الاتفاقيات والعقود التمهيدية المنظمة لعملية التفاوض
94	الفرع الثاني: الاتفاقيات والعقود التمهيدية اللاحقة لعملية التفاوض، والسابقة على إبرام العقد النهائي
100	المطلب الثاني: نطاق المفاوضات السابقة على التعاقد

100	الفرع الأول: توقيت المفاوضات.....
108	الفرع الثاني: مدى إمكانية إعمال المفاوضات في كافة أنواع العقود.....
116	المطلب الثالث: عقود التجارة الدولية.....
117	الفرع الأول: عناصر صياغة العقد التجاري الدولي.....
119	الفرع الثاني: قانون عقود التجارة الدولية.....
125	الفرع الثالث: التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.....
132	الفرع الرابع: القضاء كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.....
136	الفصل الثاني.....
136	الطبيعة القانونية للمفاوضات.....
137	الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للمفاوضات.....
138	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمفاوضات عند الفقه.....
139	المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي من الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد.....
139	الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد.....
145	الفرع الثاني: نظرية تحمل التبعية العقدية.....
148	الفرع الثالث: نظرية الوكالة.....
150	الفرع الرابع: نظرية الفضالة.....
151	الفرع الخامس: نظرية فاجيلا في الفقه الإيطالي.....
162	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمفاوضات السابقة على التعاقد.....
162	المطلب الأول: الطبيعة الموحدة للمفاوضات السابقة على التعاقد.....
177	المطلب الثاني: الطبيعة المزدوجة للمفاوضات السابقة على التعاقد.....
178	الفرع الأول: المفاوضات المصحوبة والغير المصحوبة باتفاق تفاوض.....
196	الفرع الثاني: القيمة القانونية للتعهد بالشرف والبروتوكول.....
199	الفقرة الثانية: القيمة القانونية للبروتوكولات الاتفاقية.....
204	الباب الثاني: آثار المفاوضات السابقة على التعاقد.....

206	الفصل الأول: الالتزام المترتبة على الدخول في المفاوضات
207	المبحث الأول: الالتزام الأساسي بالتفاوض بحسن نية
208	المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالتفاوض بحسن نية
208	الفرع الأول: مصدر الالتزام بالتفاوض بحسن نية
212	الفرع الثاني: تحليل فكرة حسن النية في التفاوض
220	الفرع الثالث: معايير مبدأ حسن النية في بعض الاتفاقات السابقة على التعاقد
230	الفرع الرابع: مغزى مبدأ حسن النية في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد
234	الفرع الرابع: رؤية القضاء للتفاوض بحسن نية
238	المطلب الثاني: مدى تكريس مختلف الأنظمة القانونية للالتزام بالتفاوض بحسن النية
238	الفرع الأول: مبدأ حسن النية في بعض الاتفاقيات الدولية
243	الفرع الثاني: مبدأ حسن النية في بعض التشريعات الداخلية
252	المبحث الثاني: الالتزامات الثانوية
253	المطلب الأول: الالتزام بالإعلام
255	الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالإعلام
261	الفرع الثاني: شروط الالتزام بالإعلام
269	الفرع الثالث: نطاق الالتزام بالإعلام
274	المطلب الثاني: الالتزام بالسرية
275	الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالسرية في فترة المفاوضات
278	الفرع الثاني: نطاق الالتزام بالسرية في فترة المفاوضات
285	الفرع الثالث: ضمانات الوفاء بالالتزام بالسرية
292	المبحث الثالث: شرط إعادة التفاوض
293	الفرع الأول: شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية
301	الفرع الثاني: القوة القاهرة والحدث الفجائي
315	الفرع الثالث: إعادة التفاوض بشأن بنود عقود التجارة الدولية خلال جائحة كورونا

326	الفرع الرابع: حماية الطرف الضعيف في التفاوض
334	الفصل الثاني: المسؤولية المدنية الناجمة عن الإخلال بالتزامات مرحلة المفاوضات
336	المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات
336	المطلب الأول: نظرية المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات
345	المطلب الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات
345	الفرع الأول: الخطأ التقصيري
353	الفرع الثاني: الضرر
356	الفرع الثالث: علاقة السببية
359	المطلب الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات
359	الفرع الأول: تحديد آثار المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات
368	الفرع الثاني: دفع آثار المسؤولية التقصيرية في فترة المفاوضات
373	المبحث الثاني: المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات
374	المطلب الأول: أركان المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات
374	الفرع الأول: الخطأ العقدي
381	الفرع الثاني: الضرر
383	الفرع الثاني: العلاقة السببية
384	المطلب الثاني: آثار المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات
384	الفرع الأول: التنفيذ العيني
390	الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل
400	الخاتمة
407	المراجع
421	الفهرس