

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي

جامعة الإخوة - منتوري - قسنطينة

كلية الحقوق

الإطار القانوني لعقد التفاوض

في مفاوضات عقود التجارة الدولية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم - تخصص قانون عام

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور قموح عبد المجيد

إعداد الطالب:

بوطبالة معمر

لجنة المناقشة:

- الأستاذ الدكتور محمد زعموش - أستاذ التعليم العالي جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - رئيسا.
- الأستاذ الدكتور عبد المجيد قموح - أستاذ التعليم العالي جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - مشرفا.
- الأستاذة الدكتورة رحاب شادية - أستاذ التعليم العالي جامعة الحاج لخضر باتنة - عضوا.
- الدكتور ساسان رشيد - أستاذ محاضر أ جامعة باجي مختار عنابة - عضوا.
- الدكتورة بن عبد القادر زهرة - أستاذ محاضر أ جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة - عضوا.
- الدكتور بودليو سليم - أستاذ محاضر أ جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - عضوا.

السنة الجامعية : 2017/2016

إهداء

أهدي هذا العمل إلى أمي و أبي، وزوجتي
وأولادي أمين و عبيدة، و كافة أفراد عائلتي
بوطبالة و شروانة.

تقدير و عرفان

أشكر أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عبد المجيد قموح على توجيهاته القيمة التي أفادتني كثيرا في إنجاز هذا العمل.

أشكر صديقي شريف دريدح، وشروانة هاجر على مساعدتي من أجل إتمام هذا البحث.

المقدمة

مقدمة

يعد العقد الأداة الفنية الأكثر شيوعا واستخداما في مجال تنظيم العلاقات الناشئة عن المعاملات المالية، ذلك أنه بواسطة العقد تنتقل القيم والثروات، وتترتب الحقوق والالتزامات، والعقد وفقا للتصور التقليدي ينعقد بمجرد صدور إيجاب بات ونهائي، واقتترانه بقبول من الطرف الذي وُجّه إليه الإيجاب، وهذا ما يسمى بالانعقاد الفوري للعقد.

وإذا كان الانعقاد الفوري للعقد يتلاءم مع طائفة معينة من العقود، وهي العقود اليومية البسيطة، والتي لا تستتبع انتقالا للقيم والثروات بمبالغ مالية ضخمة، فإن الانعقاد الفوري للعقد لا يتلاءم مع طائفة جديدة من العقود، والتي أفرزها واقع التعامل التجاري الدولي، وهي العقود المركبة *contrats complexes* أو الضخمة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة والتي تستتبع انتقالا للثروات والقيم، عبر الدول بمبالغ مالية ضخمة، كالعقود التقليدية، كعقد البيع الدولي والتوريد، فضلا عن العقود المرتبطة بالتطور الصناعي والتكنولوجي، كعقود الترخيص الصناعي⁽¹⁾ وعقود المساعدة الفنية⁽²⁾ وعقد تسليم المفتاح في اليد⁽³⁾ وعقد تسليم الإنتاج في اليد⁽⁴⁾ وعقد امتياز البترول⁽⁵⁾ وعقود القروض الدولية⁽⁶⁾ وعقود المقاولات العامة⁽⁷⁾ وعقد الإيجار التمويلي⁽⁸⁾، فضلا عن عقد الامتياز التجاري⁽⁹⁾ وغيرها.

(1) عقود الترخيص الصناعي *Licensing* (عقود استغلال التكنولوجيا): وهو اتفاق يمنح بمقتضاه المرخص إذنا لاستغلال حق أو أكثر من حقوق الملكية الصناعية أو حقوق المعرفة وذلك خلال مدة معينة ووفقا لشروط وقيود محددة وذلك في مجال الإنتاج كما لو كان مانح الترخيص نفسه هو القائم بالاستغلال. / محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 15.

(2) عقد المساعدة الفنية *Contrat D'assistance Technique*: وهو الاتفاق الذي يلتزم المورد بمقتضاه بتدريب العاملين لدى المتلقي على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها أو تدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية ويتم ذلك بإيفاد عدد من العاملين التابعين للمتلقي إلى منشأة المورد. / محمد حسين منصور، المرجع نفسه.

(3) عقد تسليم المفتاح في اليد *Le Contrat Clé en Main*: هو الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين بإقامة مصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل والإنتاج. إن الهدف من إبرام هذا العقد هو تجهيز مجمع صناعي وتسليمه جاهزا من المقاتل الأجنبي إلى الطرف المحلي، ويلتزم الأول بنقل التكنولوجيا وتجهيز المصنع وتسليمه وتقديم المساعدة الفنية والالتزام بالضمان. / صلاح الدين جمال الدين - محمد عبد الرحمن، عقود الدولة بنقل التكنولوجيا، دراسة في القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، 1992، ص 125.

(4) عقد تسليم الإنتاج في اليد *Produit en Main Le Contrat*: حيث يلتزم الطرف الأجنبي في هذا العقد بعد توريد الآلات وإقامة المصنع بتشغيله وإدارته خلال مدة متفق عليها بشرط أن تصبح العمالة المحلية على درجة من الدراية الفنية التي تمكنها من استيعاب وتشغيل التكنولوجيا المركبة. / سميحة القليوبي، عقود نقل التكنولوجيا، بدون دار نشر، 1986، ص 229.

(5) عقد امتياز البترول: وهو الاتفاق الذي تمنح بمقتضاه الدولة لمشروع أجنبي حقا خالصا له وحده في البحث على إقليمها عن البترول واستغلاله خلال فترة زمنية معينة. / محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 19.

(6) القروض الدولية والاستثمار: يتم الاستثمار الأجنبي بانتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بإحدى صورتين، الصورة الأولى القروض وهي الوسيلة الشائعة لحصول الدول النامية على الأموال والصورة الثانية تتمثل في قيام المستثمر الأجنبي بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة، إما بنفسه أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني. / عبد العزيز سعد يحي النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 18-19.

إن هذا النوع من العقود يتطلب التقطن منذ المراحل الأولى لانعقادها، فهي تتكون في واقع الأمر من مجموعة من العمليات القانونية المتميزة والمرتبطة ارتباطاً وثيقاً في نفس الوقت والتي تثير مشاكل قانونية جديدة لم تكن معروفة من قبل على الساحة الدولية، حيث يستلزم أمر الإعداد والتحضير لها طلب استشارات قانونية وأخرى تقنية، وتمويل وتدريب عمال وتوريد منتجات وخدمات الإنتاج، والتأمين على عناصر المشروع،... وهذه السلسلة من العمليات تتبلور في نهاية المطاف في وثيقة عقدية واحدة، بالرغم من تعدد طبيعة هذه المعاملات واختلاف التكيف القانوني لكل مرحلة، مما يؤدي إلى إمكانية تعدد قواعد الإسناد، وبالتالي اختلاف القانون الواجب التطبيق.

إن العقود المركبة وبالنظر إلى أهمية العملية التعاقدية المراد إحداثها، وحجم العقبات والمشكلات التي تواجه أطرافها في مسلك إبرام العقد النهائي وتنفيذه، تستلزم أن تُبرم بصورة تدريجية وعلى فترات زمنية متعاقبة.

إن عقوداً هذا شأنها في واقع المعاملات التجارية الدولية، تسبقها مرحلة قبل تعاقدية (précontractuelle) والتي أصبحت أهم وأخطر مرحلة في حياة العقد التجاري الدولي، ذلك أن إفرازات هذه المرحلة هي التي تنبني عليها العملية التعاقدية ويتحدد مضمون ومصير العقد النهائي.

إن المرحلة قبل التعاقدية باعتبارها مرحلة تحضيرية أو تمهيدية période préparation تتم في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، عن طريق الدخول في مفاوضات négociations أو محادثات pourparlers ، والتي يتم خلالها مناقشة وتبادل العروض والعروض المضادة والمقترحات والبدائل للوصول إلى بلورة شروط العقد النهائي.

إن أهم المسائل التي تهتم الأطراف بحسمها خلال مرحلة المفاوضات هي مشكلة السعر أو الثمن، ومواعيد التسليم، فضلاً عن تقديم ومناقشة الأعمال التحضيرية، مثل الفحوص الفنية ودراسات الجدوى الاقتصادية وإعداد خطط المشروع وتوفير وسائل تمويله، وهذه العمليات تتطلب من أجل إتمامها الانتقال من مكان إلى آخر، كما أنها تستغرق وقتاً طويلاً ونفقات باهظة.

(7) عقود المقاولات العامة: حيث يتفق من خلالها الطرف المتعهد الأجنبي مع الدولة أو شخص عام تابع لها يلتزم بمقتضاه بتنفيذ عمل عام مثل إنشاء الموانئ والمطارات والطرق والجسور و كل مل يتعلق بإنشاءات البنية التحتية. / أبو العلا علي أبو العلا النمري، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 15.

(8) عقد الإيجار التمويلي الدولي International Financial Leasing: و يتمثل في اتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة عقار أو منقول والغالب أن تكون تجهيزات أو أدوات ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجر دوري على أن يكون له الخيار عند نهاية الإيجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو إعادة استئجارها أو ردها إلى المؤسسة المالية. / علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 100-101.

(9) عقد الامتياز التجاري أو الخدمي Franchise: هو الاتفاق الذي تُوجر بمقتضاه شركة أو مؤسسة مشهورة علاماتها التجارية و نظمها الانتاجية والتسويقية والإدارية لمستثمر داخل الدولة أو خارجها بشرط التزام الأخير بتنفيذ كافة نظم وتعليمات الشركة المؤجرة. / محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 23-24.

غير أنه وبالرغم من المساعي والمجهودات المبذولة، والأموال التي تنفق على العملية التفاوضية إلا أن المفاوضات قد لا تصل من خلالها الأطراف إلى الهدف المتوخى، وهو إبرام العقد النهائي، ذلك أن المفاوضات في مجال المعاملات التجارية الدولية، تحيط بها الكثير من المخاطر والعقبات ومرددها أساسا إلى اختلاف أساليب واستراتيجيات التفاوض المنتهجة من قبل الأطراف المتفاوضة، نظرا لاختلاف المرجعيات الثقافية والفكرية، فضلا عن اختلاف المفاهيم القانونية السائدة على مستوى الكتل المهيمنة على التجارة الدولية⁽¹⁾.

وعليه، فإن أسوأ المآلات التي قد تؤول إليها العملية التفاوضية في نهاية الأمر هو العدول عنها، أو قطعها دون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر جدي أو موضوعي، فقد يكون الهدف من المفاوضات لدى أحد الأطراف المتفاوضة مجرد استطلاع السوق، أو الترويج لمنتجاته، أو الحصول على معلومات معينة تتعلق بأحد الأطراف أو بالمنتج نفسه محل العملية التفاوضية، كما قد يكون الهدف من المفاوضات لدى أحد الأطراف المتفاوضة مجرد تفويت فرصة التعاقد على الطرف الأخر مع الغير، وكل هذا من شأنه أن يلحق ضررا أكيدا بالطرف المقابل، لاسيما إذا بلغت المفاوضات مرحلة متقدمة وتكونت من خلالها الثقة المشروعة في أن العقد النهائي سيبرم لا محالة.

إن المعطى التفاوضي بالمفهوم والصورة التي تم إبرازها، يضع الأطراف في واقع الأمر بين عاملين متناقضين:

يتعلق العامل الأول بحرية التعاقد والذي يقتضي حرية التفاوض، حيث يحرص المتفاوض دائما على أن يبقى حرا طيلة مرحلة المفاوضات، ولا يفرض على نفسه أي التزام أو قيد، ومن ثم يستطيع ممارسة حريته الكاملة في العدول أو الانسحاب من المفاوضات، في أي وقت يشاء ودون أن يرتب ذلك أية مسؤولية.

أما العامل الثاني، فهو فيتعلق، بأمن المفاوضات، والذي يتطلب أن يشعر المتفاوض بالأمان، حيث يضيف على المفاوضات الثقة المشروعة، والتي تؤدي إلى تحصين المفاوضات ضد خطر قطعها، أو الانسحاب منها لأسباب غير موضوعية أو غير جدية.

وعليه و من أجل توفير إطار حمائي للعملية التفاوضية، وإزاء القصور التشريعي إتجاه تنظيم المفاوضات على العقود التجارية الدولية، فإن الأطراف المتفاوضة في الغالب الأعم، تقوم بتنظيم المسلك التفاوضي من بدايته إلى نهايته عن طريق إفراغ المفاوضات في قالب اتفاقي، يتضمن بيان حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة بصورة واضحة ودقيقة، وذلك من أجل تأمين المفاوضات و تلافى العقبات و المشكلات التي قد تعترض طريقها.

(1) إن أهم الكتل المهيمنة على التجارة الدولية هي كتلة الدول الأنجلوسكسونية و كتلة الدول الأوروبية. / علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 293.

إن واقع المعاملات التجارية الدولية يدل على الكثير من العقود والاتفاقات الأولية les contrats préliminaires أو التمهيدية les contrats préliminaires، أو التحضيرية les contrats préparatoires⁽¹⁾، التي تحدثها الأطراف المتفاوضة والتي يصعب على الباحث حصرها، وذلك بالنظر إلى اختلاف مصطلحات التسمية من جهة واختلاف مضامينها، والأهداف والأغراض المتوخاة منها.

غير أنه مع ذلك، فإن هذه العقود والاتفاقات لا تخرج عن كونها تؤدي وظيفتين أساسيتين؛ تتعلق الأولى بتنظيم المسلك الإجرائي لعملية التفاوض ذاته، أما الوظيفة الثانية فتتعلق بتنظيم شروط العقد النهائي المراد إبرامه.

ويعد عقد التفاوض أحد أهم الأدوات الاتفاقية، التي أفرزها واقع مفاوضات عقود التجارة الدولية من أجل تأمين المفاوضات، ذلك أن هذه الأخيرة تفرض على الأطراف ضرورة الدخول فيها بجدية وصدق، وذلك عن طريق إعلام وإخطار المتفاوض الآخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة، أو الخدمة المقدمة، وكذلك بجميع ظروف وملابسات العملية التفاوضية، حتى ينشأ رضا الطرف الآخر سليماً متتوراً بكافة تفاصيل العقد المراد إبرامه، كما أن إضفاء الأمان على العملية التفاوضية، وبالتالي ضمان استمراريتها ونجاحها، تستوجب أن يقوم المتفاوض متلقي المعلومات والبيانات من أجل التفاوض، بالمحافظة على سريتها، والتي تشكل بالنسبة لصاحبها أسرار لا ينبغي كشفها أو استخدامها، كما أن نجاح العملية التفاوضية يقتضي فضلاً عن ذلك عدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير في نفس موضوع الصفقة المراد إبرامها، إن تنظيم مختلف هذه المسائل يتطلب من الأطراف إبرام عقد تفاوض صريح يرسم السلوك التي ينبغي على الأطراف المتفاوضة انتهاجه، من أجل حماية المفاوضات من أي خطر قد يترصد طريقها.

وبالرغم من الأهمية الكبيرة التي أصبح يكتسبها عقد التفاوض بالنسبة لإبرام الصفقات المركبة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، إلا أن عقد التفاوض لم يحظ بالتنظيم من قبل معظم التشريعات المقارنة، شأنه في ذلك شأن المفاوضات ذاتها.

وعليه تبرز إشكالية هذا البحث، والتي تثير تساؤلاً جوهرياً يتعلق بما مدى الكفاية الذاتية لعقد التفاوض في تحقيق التوازن المقبول بين مبدأ حرية التعاقد، والذي يقتضي حرية التفاوض وضرورة توفير الحد الأدنى من الجدية والثقة المشروعة من أجل الوصول إلى إبرام عقد نهائي عادل ومتوازن، لا تثار بشأنه المنازعات مستقبلاً.

كما يثير وجود عقد تفاوض صريح في مرحلة التفاوض على العقد النهائي، وبحكم أن المفاوضات في نظر القانون المقارن مجرد عمل مادي، لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم، ولا يرتب بذاته أية مسؤولية، تساؤلاً آخر حول هل من الممكن أن تتغير

(1) Loncle J. et Trochon : la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, RDAI/IBLY, n° I, 1997, P 4.

الطبيعة المادية للمفاوضات لتصبح تصرفاً قانونياً ملزماً، وبالتالي إمكانية أعمال قواعد المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها، ومن ثم تغيير قواعد الإثبات ومقدار التعويض، والقانون الواجب التطبيق؟

وإذا كان وجود عقد تفاوض صريح يثير التساؤلات المطروحة أعلاه، فإن عدم وجود عقد تفاوض صريح خلال مرحلة المفاوضات على العقد النهائي، يثير تساؤلاً آخر يتعلق هل من الممكن استخلاص وجود عقد تفاوض ضمني، اعتماداً على الوثائق والمستندات المتبادلة بين الأطراف المتفاوضة، أو من خلال وقائع الدعوى المعروضة أمام القاضي أو المُحكّم، ومن ثم تغيير مرة أخرى الطبيعة القانونية للمفاوضات، ونوع المسؤولية والقانون الواجب التطبيق عليها؟

إن وضع عقد التفاوض في سياقه القانوني المناسب من خلال البحث عن القواعد القانونية، التي تستوعبه بالنظر لعدم وجود نصوص تشريعية خاصة تنظمه، يكتسي أهمية كبيرة من الناحية النظرية إذ أنه يُمكن من بلورة الحلول المناسبة التي تتماشى مع خصوصية وطبيعة العملية التفاوضية، والمبادئ التي تقوم عليها، لاسيما مبدأ حرية التفاوض، ويتم ذلك بالاعتماد على المبادئ الراسخة في مجال النظرية العامة للعقد، فضلاً عن الحلول التي تقدمها الاتفاقيات الدولية في مجال تنظيم المعاملات التجارية الدولية. وتكتسي دراسة الإطار القانوني لعقد التفاوض من الناحية العملية أهمية كبيرة، وذلك بالنظر إلى أن معظم الفقه العربي عموماً والفقه الجزائري على وجه الخصوص، غالباً ما يمر سريعاً أمام مرحلة التفاوض على العقد، ومرجع ذلك إلى قلة المنازعات التي تطرح أمام القضاء، بفعل سيطرة التصور التقليدي لتكوين العقد، والذي يقوم على فكرة الانعقاد الفوري، على الرغم من التطورات الحاصلة على مستوى المعاملات التجارية الدولية، و التي أدت إلى تغييرات ملحوظة في البناء القانوني للعقد، لاسيما فيما يتعلق بفكرة انعقاده تدريجياً.

إن رصد مختلف الجوانب التي يثيرها تناول الإطار القانوني لعقد التفاوض، وفي غياب النصوص التشريعية الخاصة بتنظيمه على مستوى القانون المقارن، يدفع إلى اعتماد منهج الاستنباط والاستدلال، كأدوات منهجية أساسية لاستخلاص الحلول الجزئية من القواعد العامة المستقرة في النظرية العامة للعقد، فضلاً عن ذلك تم الاعتماد على منهج التحليل والتركيب بواسطة تحليل المعطيات القانونية وأحكام القضاء واستخلاص النتائج، ولما كان الأمر يتعلق بعقد التفاوض والذي ينصب على تنظيم المفاوضات بشأن إبرام العقود التجارية الدولية، فإن هذا يستدعي الاستعانة أيضاً بالمنهج المقارن بين مختلف التشريعات المقارنة فيما يتعلق بالحلول المستخلصة من القواعد العامة، والتي تختلف من نظام قانوني إلى آخر، لاسيما بين الكتل المهيمنة على التجارة الدولية، وهي الكتلة الأنجلو سكسونية وكتلة النظام القاري أو القانون المكتوب.

إن تناول الإطار القانوني لعقد التفاوض، يتطلب بداية تحديد ماهية هذا العقد من جانب التطرق إلى المحل الذي ينظمه، وهي المفاوضات التي تسبق مرحلة إبرام العقد، وذلك من خلال الوقوف على مفهومها وخصائصها وأهميتها للوصول إلى رسم حدود قانونية فاصلة بينها وبين مرحلة إبرام العقد النهائي. ويتطلب تحديد ماهية عقد التفاوض أيضا تناول مفهومه وصوره المختلفة، وتميزه عن العقود والاتفاقات الأخرى التي تحدث خلال مرحلة المفاوضات، والتي تثير الكثير من الغموض و اللبس من حيث صياغتها ودرجة الإلزام فيها.

إن بيان المسلك الإجرائي للمفاوضات، والذي يرسمه عقد التفاوض يستدعي تناول مختلف الالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض في الواقع العملي، وهي الالتزامات الأساسية وتتمثل في الالتزام بالتفاوض والالتزام بحسن النية، والالتزامات المتفرعة عنها وهي الالتزام بالإعلام، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات المقدمة خلال المفاوضات، والالتزام بحظر المفاوضات الموازية.

إن الإخلال بالالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض يدفع حتما إلى تناول وبيان طبيعة ونوع المسؤولية المترتبة عن ذلك، وبالتالي تحديد قواعد الإثبات ومقدار التعويض والقانون الواجب التطبيق، وذلك وفق الخطة التالية:

الفصل التمهيدي: ماهية عقد التفاوض

المبحث الأول: مفهوم المفاوضات والحدود القانونية الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه.

المبحث الثاني: مفهوم عقد التفاوض وتمييزه عن العقود والاتفاقات التي تقع خلال مرحلة المفاوضات.

الفصل الأول: الالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض.

المبحث الأول: الالتزامات الأساسية.

المبحث الثاني: الالتزامات الفرعية.

الفصل الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض.

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات.

المبحث الثاني: شروط وآثار قيام المسؤولية العقدية والقانون الواجب التطبيق

الفصل التمهيدي

ماهية عقد التفاوض

الفصل التمهيدي: ماهية عقد التفاوض

إذا كانت العقود اليومية البسيطة تبرم بطريقة سريعة و فورية، أي أن العقد يتم بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، فإن هناك طائفة أخرى من العقود، و هي العقود المركبة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، أو الثقيلة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الامتياز التجاري، وعقود التوريد...، والتي تستتبع انتقال رؤوس الأموال والثروات عبر الدول، بمبالغ مالية ضخمة لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تبرم بطريقة فورية، إذ يتطلب أمر إبرامها الدخول في مفاوضات شاقة وطويلة، يتم خلالها مناقشة شروط العقد المراد إبرامه وإجراء الدراسات الفنية والمالية، و القانونية للتأكد من جدوى المشروع المراد إحداثه.

وتتطلب فضلا عن ذلك عملية التفاوض، الانتقال من مكان إلى آخر، وبذل الكثير من الجهد والمال، الأمر الذي جلب أنظار القانونيين إلى أهمية التفاوض على العقد، باعتبار أن مرحلة المفاوضات أصبحت في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، من أهم وأخطر مراحل العقد على الإطلاق.

وتتميز مرحلة المفاوضات بأنها مرحلة تحضيرية وتمهيدية، ونتائجها احتمالية بحيث لا تلتزم الأطراف بإبرام العقد النهائي، بل تلتزم فقط أن تتفاوض وفق ما يستوجب مبدأ حسن النية، و شرف التعامل.

ولما كانت معظم الأنظمة القانونية المعاصرة تعتبر المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي، مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم، الأمر الذي قد يضيف على المفاوضات الكثير من الشك و الريبة و اللأمن، ويجعل المسلك التفاوضي عرضة للكثير من العقبات وعدم الأمان، لما قد يعترض المفاوضات من عقبات وصعوبات تؤدي في النهاية إلى فشل المفاوضات، و هدر الحقوق.

وعليه وبالنظر إلى القصور التشريعي إزاء مرحلة المفاوضات، فقد أفرز واقع التعامل التجاري الدولي نوع جديد من العقود و الاتفاقات التي تقوم الأطراف المتفاوضة بإحداثها خلال مرحلة التفاوض على العقد، من أجل تنظيم المسلك الإجرائي للمفاوضات فضلا عن وضع الشروط التي تم حسمها في قالب اتفاقي يسهل معه تحديد التزامات الأطراف خلال هذه المرحلة، فضلا عن نوع المسؤولية المترتبة ونطاق التعويض عنها والقانون الواجب التطبيق.

ويعتبر عقد التفاوض من أهم الأدوات الإتفاقية، التي تلجأ إليها الأطراف المتفاوضة لفرض التزامات معينة، و ذلك من أجل إضفاء الأمان على العملية التعاقدية والتوفيق بين عاملين أساسيين يتنازعان كل راغب في التعاقد، و هما عامل حرية التفاوض و الذي يقتضي أن يبقى كل متفاوض حرا يتمتع بالحرية الكاملة خلال مرحلة المفاوضات، سواء

بالتفاوض أو بالانسحاب من المفاوضات، و عامل أمن المفاوضات الذي يقتضي من المتفاوض أن يتسم سلوكه بالجدية و الصدق و الأمانة، وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية و شرف التعامل.

وعليه، وحتى يتسنى تحديد مضمون عقد التفاوض ينبغي بيان مفهومه وشروط انعقاده وصحته، فضلا عن صورته المختلفة، وقبل ذلك يتعين علينا أولا تناول مرحلة المفاوضات من حيث بيان مفهومها و حدودها، باعتبارها الموضوع الذي ينصب عليه عقد التفاوض، ومن ثم سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم المفاوضات والحدود القانونية الفاصلة بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة التفاوض عليه، وفي المبحث الثاني سنتناول مفهوم عقد التفاوض وصوره وتمييزه عن العقود والاتفاقات التي تحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد النهائي، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم المفاوضات والحدود القانونية الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه.

المبحث الثاني: مفهوم عقد التفاوض و صورته وتمييزه عن العقود والاتفاقات الأخرى التي تقع خلال مرحلة المفاوضات.

المبحث الأول

مفهوم المفاوضات والحدود القانونية الفاصلة

بين مرحلة التفاوض على العقد و مرحلة إبرامه

تعتبر المفاوضات من أكثر الظواهر صعوبة و تعقيدا، و ذلك بما تنطوي عليه من موضوعات كثيرة و متشعبة، يصعب على الباحث الإلمام بها، فضلا عن اتصالها بمرحلة إبرام العقد، باعتبارها مرحلة تمهيدية له، تتحدد خلالها الملامح الرئيسية لنطاق حقوق و التزامات الأطراف المتفاوضة، الأمر الذي قد يثير تداخلا في المفاهيم، مما يتطلب رسم حدود فاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد و مرحلة إبرامه، وبالتالي الحيلولة دون أن يقع المتفاوض في منطقة الالتزام بالعقد النهائي، و تحميلة المسؤولية، دون أن تتجه إرادته فعلا إلى ذلك.

وعليه، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم المفاوضات، و في المطلب الثاني الحدود الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد و مرحلة إبرامه، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم المفاوضات.

المطلب الثاني: الحدود القانونية الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد و مرحلة إبرامه.

المطلب الأول مفهوم المفاوضات

السائد في معظم التشريعات المقارنة، أن المفاوضات هي مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى الالتزام القانوني، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني، الأمر الذي جعل مرحلة المفاوضات لا تحظى لا بالتعريف ولا بالتنظيم ، مما دفع بالفقه والقضاء إلى التصدي لذلك، من خلال تعريف المفاوضات و وضع نظرية متكاملة لها، اعتمادا على الحلول التي توفرها النظرية العامة للعقود⁽¹⁾.

وعليه، وحتى يتسنى لنا الإلمام بمختلف جوانب العملية التفاوضية، ينبغي علينا التطرق إلى تعريف المفاوضات وبيان خصائصها، و ضرورتها في حياة العقود التجارية الدولية، ومن تم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف المفاوضات لغة و اصطلاحا، وفي الفرع الثاني خصائص المفاوضات و ضرورتها، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف المفاوضات.

الفرع الثاني: خصائص المفاوضات و ضرورتها.

الفرع الأول تعريف المفاوضات

من أجل حصر مختلف الموضوعات التي تتطوي عليها العملية التفاوضية، ينبغي علينا أولا تعريف المفاوضات لغة و اصطلاحا، و ذلك على النحو التالي:

(1) باستثناء بعض التشريعات القليلة كالتشريع المدني الايطالي حيث تنص المادة 1337 منه على أن يلتزم الاطراف اثناء المفاوضات و ابرام العقد بالتعامل بما يتفق و حسن النية و نفس الشيء تقريبا بالنسبة للقانون المدني الهولندي/ حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون سنة، ص 93.

أولاً: تعريف المفاوضات لغة:

كلمة مفاوضات هي جمع مفاوضة و تعني في اللغة العربية عدة معانٍ، فيقال فإوضه في الأمر، أي بادلله الرأي فيه بغية الوصول إلى تسوية أو اتفاق، في الحديث بادلله الرأي، و في المال شاركه في تميمه(1).

و تعني كذلك (فيقال هم فوضى بينهم إذا لم يخالف أحدهم الآخر، فيقال تفاوض الشريك في المال، إذا اشترك فيه وفوضه في أمره إلى صاحبه، هذا رضي بما صنع وذاك رضي بما صنع، هذا مما أجازته الشريعة الإسلامية)(2).

أما في اللغة الفرنسية، فإن المفاوضات *Négociation* فإنها تنطوي على معنيين: المعنى الأول: هو التجارة، أي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق المالية.

أما المعنى الثاني، فهو التفاوض، أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المساعي من الطرفين، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة، ومرادف كلمة المفاوضات في اللغة الفرنسية، هي المحادثة *Pourparlers*(3).

ثانياً: تعريف المفاوضات اصطلاحاً:

لم يستقر الفقه على تعريف جامع للموضوعات التي تنصب عليها العملية التفاوضية، مانعاً لما يخرج عن نطاقها، و مرجع ذلك بالأساس إلى تشعب وتعدد موضوعات المفاوضات، فضلاً عن ارتباط المفاوضات الوثيق بالعملية التعاقدية، محل التفاوض.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف المفاوضات على أساس أنها (التحاور والمناقشة، و تبادل الأفكار و الآراء، و المساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة اقتصادية، قانونية، تجارية، سياسية..)(4).

(1) أحمد حسن الزيات و زملاؤه، المعجم الوسيط في اللغة العربية، اسطنبول تركيا، بدون سنة، ص 706.
(2) أبو الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2012، ص 801.
(3) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 48.
(4) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 62.

في حين يعرفها جانب آخر من الفقه، بأنها (تلك المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل ليس هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله، و إنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة) (1).

أما الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية، فقد عرفت المفاوضات بأنها شكل من أشكال التفاعل، تحاول فيه الحكومات والأفراد والمنظمات إدارة بعض مصالحهم العامة، لمتصارة أو هي عملية صريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات، و مقترحات مضادة(2). غير أن التعريف الذي يؤيده جانب كبير من الفقه، هو الذي يذهب إلى القول بأن (التفاوض على العقد هو حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر، بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض و المقترحات، و بذل المساعي المشتركة بهدف التوصل للاتفاق بشأن عقد معين، تمهيدا لإبرامه في المستقبل)(3).

يتضح من خلال التعريفات السابقة، أن المفاوضات هي عملية تفاعل حقيقي بين الأطراف الراغبة في التعاقد، تبدأ بدعوى توجه من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر للدخول في المفاوضات، بهدف إبرام عقد معين يتم خلالها تبادل الآراء والعروض و العروض المضادة، وطرح البدائل من أجل بلورة إيجاب مشترك تتضح من خلاله الملامح الرئيسية لنطاق حقوق والتزامات الأطراف، فيما يتعلق بالعقد المراد إبرامه مستقبلا.

الفرع الثاني

خصائص المفاوضات و ضرورتها

تتميز المفاوضات بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من العمليات القانونية المرتبطة بإبرام العقد، كما تكتسي المفاوضات كذلك أهمية كبيرة في حياة العقد، على اعتبار أنها تعد من أدق و أخطر مراحل العقد على الإطلاق.

أولاً: خصائص المفاوضات:

تتميز المفاوضات بعدة خصائص، أهمها أنها تحدث بإرادة الأطراف، كما أنها تقوم على الأخذ و العطاء، فضلا عن أن نتائجها احتمالية.

(1) J.Carbonnier .droit civil. Les obligations. Ed. PUF. 1996. N. 28-B. P. 72.

(2) رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 64.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 65.

1. أنها تصرف إرادي: ذلك أن كل طرف من أطراف التفاوض لا يدخل المفاوضات، إلا بعد أن تكون إرادته حرة دون جبر أو إكراه عازمة على التفاوض، و يظل كل طرف من أطراف التفاوض حرا طيلة مرحلة المفاوضات، حيث يستطيع الاستمرار في التفاوض، أو يعدل عنه في أي وقت يشاء، دون أية مسؤولية، إلا إذا اقترن الانسحاب من المفاوضات بخطأ صدر من أحد الطرفين⁽¹⁾.

إن الهدف من المفاوضات هو البحث عن فرصة أفضل للتعاقد، و ذلك عن طريق مناقشة شروط العقد بكل حرية، حتى يتوصل الطرفان إلى إتفاق مشترك، يكون كل طرف فيه قد ساهم في بلورته.

2. أنها تقوم على الأخذ و العطاء: ذلك أنها عملية تبادلية لا تقوم على تحقيق أحد أطراف المفاوضات لمكاسب على حساب الطرف الآخر حيث يقتضي مبدأ حسن النية و شرف التعامل أن يحرص كل طرف على إدراك اهتمامات و أهداف الطرف الآخر و ذلك بالتوصل إلى نتيجة نهائية ترضي جميع الأطراف⁽²⁾.

3. أن نتائجها احتمالية: ومعنى ذلك أن التفاوض يقوم على وجود حاجة، أو قضية أو موضوع معين، أو مشكلة أو مصالح متعارضة بين طرفين أو أكثر، و تهدف المفاوضات في عقود التجارة الدولية، إلى محاولة تسوية مشكلة السعر أو الثمن، و قد يتفق الطرفان على إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه، و قد تصل المفاوضات إلى طريق مسدود و تنتهي بالفشل، ذلك أن الدخول في المفاوضات لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي، بل يلزمهم فقط بالتفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية و شرف التعامل، لكون الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية، و ليس التزام بتحقيق نتيجة⁽³⁾.

ثانيا: ضرورة المفاوضات:

كما سبق القول، فإن المفاوضات أصبحت في مجال إبرام العقود التجارية الدولية من أدق و أخطر مراحل العقد على الإطلاق، و ذلك بالنظر إلى ضرورة المفاوضات من الناحية المنطقية و العملية و القانونية.

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 33.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 65.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 63.

1. الضرورة المنطقية:

إن تطور عملية الإنتاج وما صاحبها من زيادة في الحاجات و تعددها وتنوعها بالنسبة للإنسان ترتب عنه تحقيق فائض اقتصادي والذي استلزم الدخول في عملية تبادلية مع الغير، وخلال عملية التبادل هذه يحدث التفاوض عن طريق تبادل الآراء والمناقشة والمساومة، وهذه هي المفاوضات في صورتها البدائية، وتزداد أهمية المفاوضات بالنسبة لإبرام العقود التجارية الدولية، والتي تشهد رواجاً كبيراً في ظل نظام اقتصادي عالمي مفتوح يقوم على مفاهيم اقتصاد السوق.

وتبرز الأهمية المنطقية أيضاً في كون المفاوضات تعد وسيلة ضرورية بالنسبة للوقاية من أسباب النزاع، فعن طريق إجراء المفاوضات تكون الأطراف المتفاوضة قد تحصنت بالتدابير والاحتياطات، التي تمنع قيام أسباب النزاع مستقبلاً، حيث يبحثون عن المسائل التي قد تكون مثار خلاف بينهم فيقومون بطرحها ومناقشتها قبل أن تولد، فهم في الواقع يقتلون في المهد أسباب النزاع، أو على الأقل يعدون الدواء لما قد يطرأ من داء. ويذهب جانب من الفقه في هذا الصدد إلى القول بأن المفاوضات ما قبل التعاقدية تلعب دوراً وقائياً، سواء أسفرت عن إبرام العقد أم لم تسفر، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد جيد، لا تثور منازعات بصدده، وفشل المفاوضات بعد إدراك كل طرف لحقيقة الوضع، يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع⁽¹⁾.

2. الضرورات العملية:

أما بالنسبة للضرورات العملية، فإن المفاوضات هي أداة أساسية في التقريب بين وجهات النظر المتباينة بين أطراف العلاقة التعاقدية، لاسيما في مجال عقود التجارة الدولية التي يزيد فيها هذا التباين، وذلك بالنظر لشدة المنافسة التي تفرضها الأطراف من جهة، و بالنظر أيضاً إلى الاختلاف بين أطراف العلاقة، من جانب الانتماء الثقافي والاجتماعي، والاقتصادي والفكري، والسياسي.

كما تحقق المفاوضات غاية أساسية، بحيث تمكن كل طرف من التعرف على ظروف وشروط العملية التعاقدية، و نطاق حقوقه و التزاماته، قبل الارتباط الفعلي بتصرف قانوني ملزم.

(1) حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، بحث مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، القاهرة، 1993، ص 40.

3. الضرورات الاقتصادية:

تعد المفاوضات أداة أساسية وفعالة لإعادة التوازن العقدي، عندما تستجد ظروف غير متوقعة تؤدي إلى اختلال الأداءات الاقتصادية، ذلك أن الواقع العملي في مجال عقود التجارة الدولية، يظهر بأن تنفيذ مثل هذه العقود ووفاء كل طرف بالتزاماته، يستغرق وقتا طويلا كعقود نقل التكنولوجيا، وعقود الإنشاءات كإقامة الجسور، والمطارات وغيرها، وخلال تلك الفترة قد تظهر ظروف سياسية، و اقتصادية كانهبوط العملة أو ارتفاع فاحش لأسعار المواد الأولية، أو صدور تعديلات تشريعات، كصدور قانون يمنع الإستيراد أو التصدير، أو خروج العملة الصعبة، ففي مثل هذه الحالات يصبح تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أمرا باهظا و مرهقا، وقد يكون مستحيلا، الأمر الذي يجعل المدين في موقف صعب و يلحق به أضرار فادحة لا يستطيع احتمالها، ومن أجل معالجة هذه المشكلة فقد استقر التعامل التجاري الدولي على إدراج شرط في العقود التجارية الدولية، ممتدة الأثر يقضي بشرط المراجعة أو الصعوبة، أو المشقة وهذا الشرط يعد وسيلة لإنقاذ العقد، وضمان استمرار التعاون بين الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾.

حاصل ما تقدم، فإن المفاوضات تلعب دورا هاما في حياة العقد التجاري الدولي، فهي ضرورة فرضتها التطورات الحاصلة في مجال المعاملات التجارية الدولية، وهي تعد بحق أدق و أخطر مرحلة في حياة العقد على الإطلاق، حيث يتم خلالها تحديد شروط العقد المراد إبرامه، ونطاق حقوق والتزامات الأطراف الراغبة في التعاقد.

إن مرحلة المفاوضات تحدث فيها الكثير من الأعمال والتصرفات، كإجراء الدراسات الأولية ودراسات الجدوى وطلب الاستشارات من الجهات المتخصصة، كما يتم خلالها تبادل الكثير من الوثائق والمستندات، وإبرام الكثير من العقود والاتفاقات، والتي تتفاوت من حيث قوتها الملزمة بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف، وقد يصل الأمر إلى حد الوصول إلى الاتفاق حول الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، سواء كان هذا الاتفاق جزئيا أو كليا، الأمر الذي قد يؤدي إلى اعتبار العقد منعقدا من قبل القاضي أو المحكم ومن ثم تبدو أهمية تحديد نطاق عملية التفاوض، ووضع حدود قانونية فاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد و مرحلة إبرامه، ليكون التفاوض على بيئة من أمره فيما يتعلق بحقوقه، والتزاماته خلال المراحل المختلفة التي يمر بها العقد.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 66.

المطلب الثاني الحدود القانونية الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد و مرحلة إبرامه

تبدأ عادة المفاوضات بدعوة يوجهها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، تسمى الدعوة إلى التفاوض، و تتضمن هذه الدعوة اقتراحا للتعاقد، و كلما تقدمت المفاوضات يكون ذلك الاقتراح عرضة للتغيير والتطوير، نتيجة لمقترحات مقابلة أو مضادة.

وإذا كانت مرحلة التفاوض تسبق زمنيا مرحلة إبرام العقد، وهذا أمر بديهي، فإن الاختلاف بين الفقهاء حاصل فيما يتعلق بتحديد نطاق مرحلة التفاوض على العقد، و التي تثير تساؤلا حول كون مرحلة التفاوض تشمل كل الفترة قبل التعاقدية، أم أن الأمر يقتصر فقط على اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب؟

وبصدد الإجابة على ذلك ذهب جانب من الفقه الى القول، بأن مرحلة التفاوض على العقد تشمل كل الفترة قبل التعاقدية، ولا تنتهي المفاوضات إلا في اللحظة التي ينعقد فيها العقد بصفة نهائية، ومؤدى هذا الرأي أن مرحلة المفاوضات تشمل تلك المرحلة التي يتم فيها تبادل الإيجاب و القبول النهائيين⁽¹⁾.

في حين يرى جانب آخر من الفقه، وهو الرأي الذي يؤيده جانب كبير من الفقه، إلى القول أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب النهائي الجازم، وبصدور هذا الأخير تكون المفاوضات قد حققت الهدف منها، و هو توصل الطرفين إلى الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه⁽²⁾.

وعليه، يبدو التمييز بين ما يدخل في مرحلة التفاوض على العقد، وما يخرج من نطاقه ويدخل في مرحلة إبرام العقد أمرا صعبا للغاية، لأن ذلك مرتبط بحسب الأصل بما تتجه إليه إرادة الأطراف، فقد نكون بصدد مجرد دعوة إلى التفاوض، كما يمكن أن نكون بصدد الالتزام النهائي الجازم، وبالتالي صدور الإيجاب الكامل، و قد نكون أمام مجرد دعوة إلى التعاقد.

وعليه، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب، و في الفرع الثاني نتناول التمييز بين الدعوة إلى التفاوض و الدعوة إلى التعاقد، و ذلك على النحو التالي:

(1)Mousseron.(J.M).La dureé dans la formation des contrats. Mel. Jouffert. 1974. P. 509.
(2) عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدية، بدون دار نشر، 2005، ص9.

الفرع الأول: التمييز بين الدعوة إلى التفاوض و الإيجاب.
الفرع الثاني: التمييز بين الدعوة إلى التعاقد و الدعوة إلى التفاوض.

الفرع الأول

التمييز بين الدعوة الى التفاوض و الإيجاب

الإيجاب عموماً، يعني اتجاه الإرادة أحادي الجانب Pollicitation، يعلن فيه أحد الأشخاص عن نيته في التعاقد، ويتضمن الشروط الجوهرية للعقد، و بقبول المرسل إليه شروط هذا الإيجاب ينعقد العقد⁽¹⁾.

و يشترط في الإيجاب، أن يكون صادراً عن نية قاطعة حاسمة، باتة و نهائية ومتى اقترن بقبول مقابل انعقد العقد، و لا يعني العزم النهائي على التعاقد عدم جواز الرجوع فيه⁽²⁾. كما يشترط أيضاً في الإيجاب ان يكون محدداً بشكل كاف، و ذلك بأن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و العناصر الجوهرية للعقد هي تلك التي تقتضيها طبيعة العقد ذاته، فإذا كان عقد بيع مثلاً فإن الإيجاب يجب أن يشمل تعيين الشيء المبيع تعييناً كاملاً و تحديد الثمن، و يستوفي الإيجاب شرط التحديد حتى و أن لم يتضمن كافة شروط العقد، كمكان و زمان تسليم المبيع، و هذه العناصر تعتبر ثانوية في العقد و هي التي لا تقتضيها طبيعة العقد، و لا تدخل في تكوينه بحيث لا يتوقف انعقاد العقد عليها، و من ثم فإن خلو الإيجاب منها يعني قبول الأطراف ضمناً الأخذ بالقواعد المكملّة، التي أوردها المشرع بشأن هذا العقد⁽³⁾.

(1) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت لبنان، ط2، 2008، ص 292.

(2) حيث أجاز المشرع الجزائري الرجوع عن الإيجاب و ميز في ذلك بين حالتين:
- الحالة الأولى: و هي حالة تعيين الأجل من قبل الموجب فان هذا الأخير يلتزم بالبقاء على إيجابه الى حين انقضاء ذلك الأجل و قد يكون تعيين الأجل ضمناً يستخلص من ظروف الحال اي ملابسات العملية التعاقدية و كذلك ما جرى عليه العرف و طبيعة المعاملة و قد نصت على ذلك المادة 63 من القانون المدني الجزائري (إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى انقضاء هذا الأجل).

و تتضمن الفقرة الثانية من نفس المادة (و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة).
- الحالة الثانية: هي التي يصدر فيها الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد الفترة الزمنية التي يبقى فيها الموجب ملتزم بإيجابه أو إذا صدر الإيجاب بواسطة الهاتف أو باي طريق مماثل فان العقد يعتبر منعقداً و ان لم يصدر القبول فوراً بشرط الا يوجد ما يدل على ان الموجب قد عدل بإيجابه خلال المدة الزمنية الممتدة بيم صدور الإيجاب و التعبير عن القبول و كان قد صدر قبل ان ينفذ مجلس العقد و ذلك طبقاً لما نصت عليه المادة 64 من القانون المدني الجزائري./ القانون المدني الجزائري، الصادر بمقتضى الامر رقم 75، بتاريخ 26 سبتمبر 1975، المعدل بقانون رقم 10 لسنة 2005، و بالقانون رقم 5 لسنة 2007.

(3) أما فيما يتعلق بالإيجاب المحدد بشكل كافي و الذي يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه فقد نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرماً و إذا قام خلاف على المسائل الجوهرية التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة و الأحكام القانون و العرف و العدالة).

و قد نصت إتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع 1980⁽¹⁾ في مادتها، 14 على الشروط الواجب توفرها في الإيجاب، على أنه (يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد، إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، و كان محددًا بشكل كاف إذا عينت البضائع و تضمن ضمنيا، تحديد الكمية أو البيانات التي يمكن بموجبها تحديدها)⁽²⁾. أما الدعوة إلى التفاوض، فهي تتضمن إيجابا يتعلق بإبداء رغبة موجهة من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر، من أجل الدخول في المفاوضات بغية إبرام العقد النهائي، عن طريق طرح المقترحات النهائية التي لا تصل الى حد الإيجاب البات و النهائي، وكلما تقدمت المفاوضات تكون هذه المقترحات، عرضة للتغيير و التبديل⁽³⁾. إن التفرقة بين الدعوة إلى التفاوض و الإيجاب قد يكتنفها الكثير من الإبهام والغموض، وذلك بالنظر إلى اختلاف الظروف والملابسات، حيث يستقل قاضي الموضوع أو المُحَكِّم بتقدير ذلك عند تصديه لنظر النزاع. والمثال الدارج لذلك هو إرسال قائمة بالأسعار، قد يعتبر دعوة إلى التفاوض في ظروف معينة، و من الممكن أن يعتبر إيجابا في ظروف أخرى⁽⁴⁾. و مهما يكن من أمر هذه التفرقة، فإنه يمكن القول بأن التفرقة بين الدعوة إلى التفاوض و الإيجاب، هي في جوهرها تفرقة وظيفية، فإذا كانت الدعوة إلى التفاوض هي مجرد إعلان من صاحبها عن رغبته في التعاقد، بغرض اكتشاف من تكون له رغبة مقابلة، وبغرض استدراج من توجه له الدعوة إلى تقديم عرض محدد للتعاقد، و الإستجابة لمثل هذه الدعوة، لا يؤدي إلى انعقاد العقد النهائي.

(1) <https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf>

(2) ونشير هنا إلى الإيجاب الذي يتم بواسطة الإعلانات التجارية ووسائل الإعلام المختلفة الذي أثار جدلا فقهيًا واسعًا في تحديد قوتها الملزمة.

فذهب جانب من الفقه إلى أن الإعلانات التجارية ليست لها قيمة قانونية ولا تدخل ضمن الرابطة التعاقدية على أساس أنها مجرد مبالغة و تفخيم و إثارة في امتداح المنتجات والخدمات و أظهر مزاياها و محاسنها و لا تخرج عن كونها مجرد تدليس مباح يجوز للمعلن العدول عن ما ورد فيها، و قد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في بعض أحكامه، حيث اعتبر الإعلانات التجارية ليست لها قيمة قانونية تعاقدية و لا تدخل ضمن مراحل العقد دون بحث في حقيقة ما اتجهت إليه إرادة الأطراف. غير أن الرأي الراجح والذي ويؤيده جانب كبير من الفقه فيعتبر أن الإعلانات التجارية عن المنتجات و الخدمات بهدف اجتذاب الجمهور المستهلك وحثه على التعاقد، لها طبيعة عقدية وذلك بحكم التطور الحاصل على مستوى أساليب التعاقد التجاري بحيث أصبحت هاته الوسائل ذات تأثير كبير على إرادة المستهلك و من ثم، فمن الواجب حمايته و هذا ما دفع بالقضاء الفرنسي الى تغيير نظرتة تجاه القيمة القانونية للإعلانات التجارية حيث اعتبر في العديد من أحكامه أن المستندات الإعلانية تتمتع بقيمة تعاقدية على أساس أنها تقوم بدور اساسي في إعلام المتلقي بحقيقة السلعة أو الخدمة محل التعاقد و كيفية استعمالها و خصائصها، غير أن الاتجاه الحديث على مستوى الفقه و القضاء يذهب إلى أن الاعلانات التجارية الموجهة إلى الجمهور تتضمن إيجابا و يترتب عنها المسؤولية العقدية لأنها تتضمن بيانات و معلومات محددة و واضحة عن السلعة أو الخدمة متى اقترن بقبول مطابق. / على أحمد صالح، مرجع سابق، ص 139، 140.

(3) أبو العلا على أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 26.

(4) أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع نفسه، ص 26.

أما وظيفة الإيجاب، فهي صياغة مشروع عقد يتضمن العناصر الجوهرية من أجل تحويله إلى إتفاق نهائي، بمجرد اقتترانه بالقبول من جانب من وجه له.

الفرع الثاني التمييز بين الدعوة الى التعاقد والدعوة الى التفاوض

الدعوة إلى التعاقد تعني تلك الدعوة التي يوجهها شخص إلى شخص آخر أو إلى أفراد الجمهور⁽¹⁾ بهدف حثهم على الإقبال عليه للتعاقد معه وفقا لشروط محددة سلفا لا يمكن مناقشتها

وعليه فإن الداعي إلى التعاقد، يهدف من وراء دعوته الناس أو الجمهور إلى التعاقد حالا دون تفاوض، ذلك أن المستجيب لهذه الدعوة لا يملك حق مناقشة تلك الشروط المحددة، بل يحق له فقط قبول تلك الشروط أو رفضها.

أما الدعوة إلى التفاوض، فكما سبق القول تعني ذلك العرض المقدم من قبل شخص إلى شخص آخر، أو عدة أشخاص من أجل الدخول في المفاوضات، بهدف مناقشة شروط إبرام العقد⁽²⁾.

(1) و من صور الدعوة الى التعاقد الموجهة إلى الجمهور الأكثر رواجاً وانتشاراً في الواقع العملي ما تقوم به شركات الهاتف من إعلانات بغرض حث الجمهور على الإقبال للتعاقد معها حيث يجد المقبل على التعاقد إيجاباً جاهزاً يتضمن شروط العقد و لا يملك إلا اختياراً واحداً وهو قبول أو رفض تلك الشروط دون التفاوض عليها أو مناقشتها. و من صور الدعوة الى التعاقد أيضاً في الواقع العملي ما تقوم بنشره وسائل الإعلام المختلفة من إعلانات للسلع والخدمات بغية حث الجمهور على الإقبال على التعاقد و هي أيضاً تتضمن إيجاباً جاهزاً لا يقبل المناقشة. / علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 159.

(2) و من أبرز صور الدعوة الى التفاوض في عقود التجارة الدولية:

التعاقد المباشر بحيث يتم التعاقد عادة بين الأفراد و الشركات الخاصة و ذلك من خلال توجيه دعوة الى التفاوض إلى شخص معين للتفاوض معه دون سواه من أجل إبرام العقد حيث يفضل رجال الأعمال و المتعاملين الاقتصاديين التعاقد مباشرة مع شخص معين، و يمكن حصر الدوافع التي تقف وراء استعمال هذا الأسلوب في التعاقد، و يتعلق الدافع الأول بوجود تعامل سابق بين الطرفين حيث يتمتع الطرف الذي وجهت له الدعوة عادة بسمعة طيبة و حيازة رضى الطرف الآخر موجه الدعوة للتفاوض أما الدافع الثاني فقد يكون حين يريد موجه الدعوة الى التفاوض أن تكون في سرية تامة، وهو يعتقد ان توجيه الدعوة إلى شخص معين يضمن له هذه السرية، اما الدافع الثالث فيتمثل في أن المتعامل صاحب الدعوة إلى التفاوض، يرى بأنه لا يمكن تنفيذ الخدمات أو الحصول على الصفقة إلا بواسطة متعامل واحد نظراً لاحتكار هذا الأخير طريقة الصنع كما هو الامر بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا، و اخيراً فإن يكون عادة في حالة الاستعجال المعلل بخطر داهم، أو إذا كانت هناك اتفاقية تعاون مع دولة أجنبية فتلتزم الإدارة بالتعاقد مع مقاول من هذه الدولة. أما الصورة الثانية فهي الدعوة إلى التفاوض بالتعاقد عن طريق المناقصة، حيث تستخدم هذه الصورة عادة في مجال إبرام العقود التجارية الضخمة ذات الأهمية الاقتصادية حيث يسعى الداعي إلى التفاوض عن طريق المناقصة إلى أن تتم الصفقة بأقل تكلفة مع أفضل المتعاملين من زاوية التمتع بالكفاءة المالية و السمعة الطيبة. / علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 166.

وعليه يبدو الفرق واضحا بين الدعوة إلى التعاقد و الدعوة إلى التفاوض، في كون هذه الأخيرة لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بينما الدعوة إلى التعاقد تتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فضلا عن أن الدعوة إلى التعاقد تتطلب النية القاطعة، و الحاسمة و النهائية في الارتباط بالعرض، بينما الدعوة إلى التفاوض لا تتضمن نية الارتباط بالعرض، بل تتجه إرادة الداعي إلى التفاوض إلى مجرد الدخول في مناقشات، وتقديم العروض والعروض المضادة والبدائل، تمهيدا لإبرام العقد في المستقبل. يتضح من خلال العرض السابق أن مرحلة التفاوض على العقد، هي تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم خلالها تبادل العروض والعروض المضادة، من أجل التوصل إلى صياغة إيجاب مشترك يحدد حقوق والتزامات الطرفين، وعندما تنتهي مرحلة المفاوضات تبدأ مرحلة إبرام العقد، متى اقترن الإيجاب المشترك بقبول مطابق انعقد العقد بصفة نهائية، وفي حالة ما إذا صادف هذا الإيجاب رفضا من المتعاقد الآخر، فإن هذا الرفض يشكل إيجابا جديدا، وهو بدوره يصبح مرفوضا، إذا صادف اقتراحا مضادا، وهذا ما نصت عليه المادة 66 من القانون المدني الجزائري، بقولها (لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا).

يبدو الاختلاف واضحا بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة التفاوض عليه، ذلك أن مرحلة التفاوض على العقد زمنيا تسبق مرحلة إبرام العقد، بحكم أن العقد إذا كان يتضمن شروطا كثيرة و معقدة، أو تنتظر عملية تنفيذه عقبات كثيرة، فإن العقد لا يبرم بصورة فورية كما هو الشأن بالنسبة للعقود قليلة الأهمية، إذ يستلزم الأمر الدخول في مفاوضات من أجل مناقشة تلك الشروط و إزالة العقبات، و متى تم ذلك تنتقل الأطراف إلى مرحلة إبرام العقد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول لينعقد العقد النهائي.

ويظهر الاختلاف جليا أيضا بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه، في أن مرحلة التفاوض على العقد، غالبا ما تستغرق وقتا طويلا مقارنة بمرحلة إبرام العقد، ذلك أن مرحلة المفاوضات تتطلب بذل الكثير من الجهد والوقت من أجل التحضير الجيد لها، من خلال إعداد الدراسات المتعلقة بالجوانب الفنية و المالية، والقانونية والدخول في مناقشات طويلة، على سبيل المثال فقد تفاوضت شركة McDonald's عشر سنوات تقريبا، من أجل فتح أول مطاعمها للهامبرغر في موسكو⁽¹⁾، ويبرر طول مدة المفاوضات، على أساس أن الأطراف المتفاوضة تحرص دائما على أن يأتي العقد خاليا

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 13.

من الغموض واللبس، الأمر الذي من شأنه تجنيب الأطراف مغبة الوقوع في المنازعات، التي قد تؤدي إلى فشل العقد في مرحلة تنفيذه.

وفي مقابل ذلك، فإن مرحلة إبرام العقد في الغالب الأعم لا تستغرق وقتا طويلا، بحكم أنها تتم بصورة سريعة و فورية.

ويظهر الاختلاف واضحا أيضا بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة التفاوض عليه، في أن هذه الأخيرة لا تتضمن إيجابا جازما و نهائيا وإنما تتضمن فقط عروضاً و عروضاً مضادة، تكون قابلة للتعديل والتغيير كلما تقدمت المفاوضات وهذا أمر مألوف في مجال عقود التجارة الدولية، ومن ثم فإن مرحلة التفاوض على العقد تنتهي بوجود نية الارتباط بالتعاقد، بينما في مرحلة إبرام العقد فإن إرادة الأطراف تتجه نحو الارتباط بالعقد، عن طريق تقديم عرض محدد وكاف يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و متى اقترن هذا العرض بالقبول المقابل، انعقد العقد بصورة فورية.

خلاصة القول، إن المفاوضات تعد من أكثر الظواهر صعوبة و تعقيدا، لأنها تنطوي على القيام بالكثير من التصرفات والأعمال، و بالرغم من أهميتها فإن التشريعات المقارنة لم تتناولها لا بالتعريف ولا بالتنظيم، الأمر الذي فتح الباب للفقهاء والقضاء في محاولة لإرساء نظرية عامة للمفاوضات، تركز في وجودها على الحلول التي تقدمها النظرية العامة للعقد.

وأمام هذا القصور التشريعي إزاء مرحلة المفاوضات، فإن الأطراف المتفاوضة أخذت على عاتقها مهمة البحث عن أدوات، من أجل تنظيم المسلك الإجرائي لعملية التفاوض، وذلك بإبرام الكثير من العقود والاتفاقات والتي تختلف قيمتها القانونية، بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف التي تحدثها، ويعتبر عقد التفاوض من أهم الأدوات الاتفاقية التي أفرزها واقع المعاملات التجارية الدولية، وهو بحق أداة اتفاقية ضرورية في عملية التفاوض، تؤدي دورا أساسيا في التوفيق بين عامل حرية التفاوض الذي يقتضيه مبدأ حرية التعاقد، وعامل أمن المفاوضات و الذي يتطلب إحاطة العملية التفاوضية بإطار حمائي، ينأى بالمفاوضات عن كل ما قد يؤدي إلى فشلها.

المبحث الثاني

مفهوم عقد التفاوض و صورته، وتمييزه عن العقود والاتفاقات الأخرى التي تقع خلال مرحلة المفاوضات

تبدأ المفاوضات عادة بدعوة يوجهها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، و تسمى بالدعوى إلى التفاوض، وهذه الأخيرة هي تعبير عن اتجاه إرادة أحد الأطراف الراغبة في التعاقد بالدخول في المفاوضات، حيث تتضمن الدعوة إلى التفاوض اقتراحا للتعاقد وكلما تقدمت المفاوضات، كان مضمون هذه الدعوة عرضة للتبديل و التطوير، نتيجة لمقترحات مقابلة أو مضادة.

وتعد الدعوة إلى التفاوض، بمثابة إيجاب صادر من الموجب من أجل التفاوض لإبرام العقد النهائي، و متى قبل الطرف الآخر الذي وجهت إليه هذه الدعوة (الإيجاب بالتفاوض)، ينعقد عقد التفاوض.

وكما سبق بيانه، فإن عقد التفاوض يعتبر من أهم الأدوات الاتفاقية التي أفرزها واقع التعامل في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، لما تنطوي عليه هذه العقود من أهمية اقتصادية كبيرة، حيث تلجأ الأطراف الراغبة في التعاقد إلى إبرام عقد تفاوض صريح، ينظم السير الإجرائي لعملية التفاوض، وهو يتميز بكونه عقدا تمهيديا يحضر ويمهد لإبرام العقد النهائي، كما أنه يعتبر عقدا مؤقتا ينتهي بمجرد إبرام العقد النهائي، أو في حال فشل المفاوضات، كما أنه يرتب التزامات خاصة غير مألوفة في مجال النظرية العامة للعقود، لا تتعلق بإبرام العقد النهائي، بل يلزم الأطراف فقط بالالتزام بالتفاوض وفق مقتضيات مبدأ حسن النية و شرف التعامل.

كما يستدعي عامل توفير الأمان أثناء التفاوض، لجوء الأطراف المتفاوضة إلى إحداث الكثير من العقود والاتفاقات التمهيديّة، والتي تختلف مضامينها و قيمتها القانونية وذلك بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف في هذا الشأن.

وعليه سيتم في هذا المبحث تناول مفهوم عقد التفاوض، وذلك بتعريفه وبيان خصائصه و شروط انعقاده وصحته، فضلا عن صورته، ثم التمييز بينه وبين العقود والاتفاقات والعقود الأخرى، التي تحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم عقد التفاوض وصوره.
المطلب الثاني: التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات التي تحدث خلال مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول

مفهوم عقد التفاوض و صوره

يعتبر عقد التفاوض، أحد أهم الأدوات الاتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف، من أجل تحديد الالتزامات المترتبة خلال مرحلة التفاوض، تحديدا دقيقا يستجيب لمتطلبات العملية التفاوضية، و تتعدد استخدامات عقود التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية، في صور وأشكال مختلفة و ذلك بحسب حاجة الأطراف.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم عقد التفاوض، و في الفرع الثاني صورته، و ذلك على النحو التالي:
الفرع الأول: مفهوم عقد التفاوض.
الفرع الثاني: صور عقد التفاوض.

الفرع الأول

مفهوم عقد التفاوض

يقتضي تحديد مفهوم عقد التفاوض بيان مضمونه، من خلال تعريفه و استخلاص خصائصه، فضلا عن تحديد أركانه وشروط صحته، و ذلك على النحو التالي:
أولا: تعريف عقد التفاوض:

و يسميه البعض باتفاق المبدأ *L'accord de principe*، وهي التسمية الشائعة له⁽¹⁾ والحكمة من هذا المصطلح، يكشف على أن هذا العقد ينظم من حيث المبدأ انعقاد عقد محتمل، غير أن هذه التسمية قد تتسع في بعض الحالات حيث لا يقتصر على مجرد اعتبار اتفاق لتنظيم المفاوضات، وإنما قد يشكل في حالات أخرى، اتفاقا مرحليا يتخلل المفاوضات، و يهدف إلى صياغة المسائل التي توصلت الأطراف للاتفاق عليها.

(1) و قد ظهرت فكرة الاتفاق المبدئي في إطار العلاقات بين الدول كمرحلة من المراحل الممهدة لإبرام المعاهدات الدولية في مجال القانون الدولي العام وهي التسمية السائدة أيضا في الفقه والقضاء لبيان بأن هذا العقد ينظم من حيث المبدأ انعقادا محتملا لعقد مرتقب في المستقبل./ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقديّة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 94.

ويعتبر عقد التفاوض من العقود غير المسماة، التي لم يتناولها المشرع لا بالتعريف ولا بالتنظيم، الأمر الذي دفع بالفقه إلى محاولة تعريف عقد التفاوض و تحديد أحكامه العامة، اعتمادا على الحلول التي تقدمها النظرية العامة للعقد، حيث ذهب جانب من الفقه إلى تعريف عقد التفاوض على أنه (عقد يلتزم بمقتضاه الطرفان ببدء عملية التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل)⁽¹⁾.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه، إلى القول أن عقد التفاوض (هو عقد يلتزم بمقتضاه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر، بالدخول في المفاوضات لإبرام عقد لاحق لم يتحدد بعد شروطه، وعناصره الأساسية أو الثانوية)⁽²⁾.

كما عرفت محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية عقد التفاوض، على أساس أنه (عقد بمقتضاه يتعهد الطرفان بالتفاوض أو متابعة التفاوض، من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين، لا يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده)⁽³⁾.

وينبغي أن نشير هنا، إلى أنه و بالنظر إلى التطورات التكنولوجية الهائلة التي يشهدها عالم الاتصالات، فقد ظهر نوع آخر من العقود يسمى بعقد التفاوض الإلكتروني، وهو في حقيقته لا يختلف عن بقية العقود الأخرى إلا في خصوصيته الإلكترونية، سواء في الانعقاد أو التنفيذ، ذلك أن عقد التفاوض الإلكتروني ينعقد بوسائل إلكترونية عن طريق شبكة الأنترنت، فالتعبير عن الإرادة في هذا النوع من العقود، يتم بوسائل خاصة وينشأ هذا العقد بواسطة تلاقي الإيجاب الإلكتروني بالقبول الإلكتروني، و هو يهدف في الغالب للتفاوض لإبرام عقد إلكتروني نهائي.

و تتم العملية التفاوضية الإلكترونية، عن طريق تبادل المعلومات والبيانات عن طريق شبكة الأنترنت، باستخدام وسائل متعددة توفرها شبكة المعلومات الدولية، حيث يتم عن طريق الرسائل الإلكترونية باستخدام رسائل البريد الإلكتروني e-mail، و الذي يمكن من خلاله نقل الملفات، و النقل الآلي لمختلف أنواع العمليات.

كما يتم إبرام العقد الإلكتروني و تنفيذه، بالدخول و الاستمرار في المفاوضات، وذلك عن طريق المحادثة Chat، حيث يستطيع مستخدم الأنترنت وعن طريق برنامج Internet Rely Chat، محادثة شخص آخر في نفس الوقت، والمحادثة قد تكون بالكتابة أو بالكلام، و قد تكون من خلال برنامج Fax-Wire، إذا كان المتعاقدان أو المتفاوضان قد وفرا وسيلة اتصال، هي الميكروفون مع الكمبيوتر لتقوم المحادثة الصوتية بدون

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 97.

(2) محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 11.

(3) الحكم الصادر في القضية رقم 3131 بتاريخ 26 أكتوبر 1979. / عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 97.

الهاتف، فقد تكون محادثة أبعد من ذلك فتكون بالصوت و الصورة، إذا كانت هناك كاميرا رقمية متصلة بجهاز الكمبيوتر، عن طريق برنامج Multimedia، فيمكن لكل طرف أن يكتب للطرف الآخر، أو يشاهده أو يستطيع أن يسمع كلامه بالإضافة إلى ذلك، فقد يكون إجراء المفاوضات وإبرام العقد النهائي الإلكتروني، يتم بواسطة الموقع الإلكتروني Web-Site، وهو خليط من المعلومات و الصور والبيانات التي يمكن من خلالها للعميل التفاوض على السلعة المعروضة في ذلك الموقع، ويتم بعد ذلك إبرام العقد النهائي الإلكتروني⁽¹⁾.

ثانياً: خصائص عقد التفاوض:

لما كان عقد التفاوض ينصب على عملية التفاوض التي هي مرحلة سابقة على إبرام العقد النهائي، يجري خلالها التحضير و التمهد لإبرام العقد المنشود، و تنتهي هذه المرحلة بمجرد صدور الإيجاب، أي أنها مرحلة مؤقتة و نتائجها احتمالية، بحيث قد تؤدي إلى إبرام العقد النهائي، كما قد تفشل المفاوضات، و من ثم فإن عقد التفاوض يصطبغ بخصائص هذه المرحلة، فهو عقد تحضيري و مؤقت، و يغلب عليه طابع عدم اليقين، كما أنه يرتب التزامات خاصة.

1. عقد التفاوض هو عقد تمهيدي:

بمقتضى عقد التفاوض تبدأ مسيرة المفاوضات والتي تمهد لإبرام العقد النهائي و يتم تنظيم علاقات طرفي المفاوضات على نحو معين يقود إلى إبرام العقد النهائي⁽²⁾. إن عقد التفاوض بهذا المفهوم لا يكون مقصدا بذاته، وإنما الهدف منه هو التحضير و التمهد للعقد المراد إبرامه، من وراء التفاوض عليه على نحو سليم، يقود إلى إتمام العقد المنشود، و يترتب عن اتفاق التفاوض عدم إلزام الطرفين بإبرام العقد النهائي، و إنما يلزمهما فقط بالتفاوض، من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي. وهذا الطابع التمهيدي لعقد التفاوض لا يخول لأي من طرفيه حقا ذا طبيعة مالية تعاقدية متعلقة بالعقد النهائي، فلا يرتب للشخص حقا عينيا يحد من سلطات المالك على الشيء موضوع التفاوض، كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع، بل إن الالتزام الذي يولده عقد التفاوض هو التفاوض و مواصلته، وفقا لمقتضيات حسن النية و شرف التعامل⁽³⁾.

(1) عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، منشور في مجلة أهل البيت، العدد الثامن، 2009، جامعة البصرة، العراق، ص 57.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 98.

(3) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 49.

2. أنه عقد مؤقت:

يتميز عقد التفاوض بأن له طابعا مؤقتا، وسبب ذلك أن المفاوضات ليست المقصد الحقيقي للأطراف الراغبة في التعاقد، وإنما هي مرحلة أو أداة للوصول إلى الإتفاق النهائي، ومن ثم فإن عقد التفاوض يتميز بطابعه المؤقت، بحكم أنه يعكس مرحلة معينة تنتهي لحظة إبرام العقد النهائي، وهذا الأخير هو الغاية النهائية والأخيرة للعملية التفاوضية، وعليه، فإن العقد النهائي يحل محل جميع العقود التي تبرم خلال مرحلة التفاوض على العقد، و على ذلك فإن عقد التفاوض ينتهي بانتهاء المفاوضات و لا تكون له أهمية بعد ذلك، إلا في حالة الاعتماد عليه كأداة لتفسير إرادة الأطراف أو في حالة ترتيب المسؤولية العقدية، لأي من أطرافه بسبب الإخلال بالالتزامات المترتبة عنه⁽¹⁾.

3. عقد يغلب عليه طابع عدم اليقين:

تتسم المفاوضات بطابعها الاحتمالي، ذلك أن المتفاوض لا يعلم عند دخوله في المفاوضات أن العقد النهائي سيبرم، أو أن المفاوضات ستؤول إلى الفشل، ومن ثم فإن عقد التفاوض يغلب عليه طابع عدم اليقين، لأنه ينصب على العملية التفاوضية ذاتها. وعليه يذهب جانب من الفقه، إلى القول بأن العقود التحضيرية أو عقود التفاوض بصفة عامة، لا تعد عقودا تامة بالمعنى الدقيق للكلمة (Ils ne sont pas complètement des contrats)، فهي تعد فقط انعكاسا لإرادة الأفراد الغير واضحة، والتي تتجه صوب إبرام عقد مازال لم يكتمل بشأنه التصور في الإتفاق على بعض الجوانب الهامة، و من ثم فإن العقد النهائي لا يمكن الجزم بأنه سيبرم أم لا، فهو عقد يغلب عليه الطابع الاحتمالي⁽²⁾.

4. أنه عقد رضائي:

مؤدى ذلك أن عقد التفاوض يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فيما يتعلق بموضوع التفاوض، ويترتب عن عقد التفاوض الدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد نهائي، لا يحتاج إلى إفراغه في شكل معين⁽³⁾، و يظل عقد

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006، ص 322.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 36.

(3) حيث من المقرر قانونا أنه يشترط توافر الشكلية في الوعد بالبيع العقاري و متى ثبت انعدام وجود العقد رسميا لبيع الفيلا محل النزاع في قضية الحال رفض البائع التوجه أما الموثق لتوثيق البيع العرفي فليس أمام المطعون ضده إلا

التفاوض عقدا رضائيا حتى ولو كان العقد النهائي المقصود، عقدا شكليا يحتاج إلى التسجيل و التوثيق، ما لم يتفق الطرفان أو ينص القانون على خلاف ذلك⁽¹⁾. لذلك يكفي في عقد التفاوض، اقتران الإيجاب بالقبول لينشأ العقد.

5. أن عقد التفاوض يرتب التزامات خاصة:

إن عقد التفاوض هو عقد حقيقي، تتوفر فيه الأركان الأساسية لقيامه، وهي توافق الإرادتين ووجود محل، وهو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، فضلا عن وجود دافع أو باعث إلى التعاقد، و هو إبرام العقد النهائي⁽²⁾.

و عليه، فإن عقد التفاوض يرتب التزامات خاصة، تتمثل أساسا في الالتزام بالدخول في المفاوضات الاستمرار فيها، غير أنه لا يلزم الأطراف بالتراضي على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و إنما يلزمهم فقط ببذل العناية من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي، ومن ثم فهو لا يرتب التزاما بتحقيق نتيجة، كما أن العقد النهائي لا يبرم بمجرد إظهار أحد طرفي التفاوض رغبته في التعاقد، بل يستوجب وجود تراضي جديد على عناصر وشروط العقد النهائي، كما أن انسحاب أحد أطراف التفاوض من المفاوضات، لا يخول للقاضي الحكم بانعقاد العقد النهائي، بل يرتب فقط مسؤولية من انسحب من المفاوضات، إذا كان هذا الانسحاب لا يستند إلى سبب جدي أو موضوعي.

خلاصة ما تقدم أن عقد التفاوض هو عقد حقيقي، تتوفر فيه جميع الأركان وشروط الصحة التي ينبغي أن تتوفر في أي عقد آخر، طبقا لما تقضي به القواعد العامة وهي الرضى والمحل والسبب، ويرتب هذا العقد التزامات خاصة تتمخض عن إرادة الأطراف المتفاوضة من أجل تنظيم المسلك الإجرائي للعملية التفاوضية و ذلك بهدف إضفاء الأمان على المفاوضات، لتلافي المخاطر والعقبات التي قد تعترض طريق نجاحها كما أن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض، يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، ومن ثم فإن الأطراف المتفاوضة تتمكن من إقصاء قواعد المسؤولية التقصيرية، من نطاق التفاوض نظرا لأنها لا تحقق لهم الأمان الكافي.

المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري./ المحكمة العليا الجزائري 1996/04/07، ملف رقم 154760، م ق 1996 العدد 1 ص 99، 2001/11/30، رقم 258113 م ق العدد 2 ص 120.

(1) يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي هو اتفاق رضائي بطبيعته يتم بين شخصين أو أكثر يرتب الالتزام بالتفاوض، وهذا الاتفاق له سببه و محله كعقد القرض أو البيع مثلا، وهو ليس تعبير عديم الأثر قانونا أو مجرد واقعة قانونية فحسب، أو تصرف من جانب واحد بمنأى عن دائرة التعاقد./ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 38.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 100.

فضلا عن ذلك، فإن عقد التفاوض يعتبر وسيلة هامة من وسائل الإثبات، إذ أنه يلعب دورا في حالة اللجوء إلى دعوى المسؤولية إذ يعد وسيلة إثبات مضمونة لا سيما إذا كان مكتوبا حيث يعتبر دليل يثبت الطرف المدعي من خلاله مخالفة الطرف الآخر للالتزامات التي رتبها عقد التفاوض و التي أدى الإخلال بها إلى قطع المفاوضات.

ثالثا: أركان وشروط صحة عقد التفاوض:

كما سبق القول فإن عقد التفاوض، هو اتفاق يلتزم بمقتضاه الطرفان المتفاوضان بالبدء في المفاوضات والاستمرار فيها، بشأن إبرام عقد معين لم يتحدد معالمه، إلا بصورة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لإبرامه.

وعليه فإن الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية، قد تتجاوز الموقف التفائي و المتمثل في الاتفاق الضمني حول التفاوض إلى إتفاق إيجابي، حيث يتم التعبير عن إرادة الأطراف المتفاوضة صراحة، بواسطة إبرام عقد تفاوض صريح من أجل تنظيم مختلف جوانب العملية التفاوضية، سواء تعلق الأمر بزمان أو مكان إجراء المفاوضات، أو نفقات التفاوض أو تحديد مختلف الالتزامات، التي تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة.

ويعتبر عقد التفاوض من العقود غير المسماة، التي لم يتناولها المشرع لا بالتعريف ولا بالتنظيم، الأمر الذي دفع بالفقه إلى محاولة إرساء نظرية عامة لعقد التفاوض، وذلك ببيان أركانه وشروط صحته بالاعتماد على المبادئ العامة في النظرية العامة للعقد.

إن عقد التفاوض كغيره من العقود الأخرى، لا بد أن تتوفر فيه أركان وهي التراضي، والمحل والسبب، بالإضافة الى شروط صحته، وهي خلو الإرادة من عيوب الرضا فضلا عن الأهلية، حتى يكتمل البناء القانوني لعقد التفاوض و لا يتهدده البطلان ، وعليه سيتم تناول أركان عقد التفاوض، وشروط صحته و ذلك على النحو التالي.

1. أركان عقد التفاوض:

التفاوض عل العقد عموما هو تصرف إرادي يتم دائما برضى الطرفين و بالإتفاق المشترك سواء كان هذا الاتفاق ضمنيا أو مكتوبا أو شفويا، كما يجب أن يكون عقد التفاوض ممكنا ومعينا، أو قابلا للتعيين، كما يشترط أن يكون مشروعاً، فضلا عن توافر الباعث أو الدافع إلى التعاقد و إلا كان عقد التفاوض باطلا.

أ. التراضي(1):

عموما فإن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، بغرض إحداث أثر قانوني، وهو ترتيب التزامات معينة ويتكون التراضي طبقا للقواعد العامة من الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو التعبير عن إرادة الشخص الذي يوجه العرض الأول للتعاقد، والذي يجب أن يكون جازما و باثا و نهائيا، ومتى اقترن بإرادة مقابلة، وهي القبول انعقد العقد.

وقد تناول المشرع الجزائري ركن التراضي، حينما نصت المادة 59 من القانون المدني، على أنه (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية)، و تضيف المادة 60 من القانون المدني، عند تناولها طرق التعبير عن الإرادة بقولها (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته، على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).

وعليه يمكن القول بأن عقد التفاوض يتم بمجرد تبادل إيجاب و قبول متطابقين، وذلك بأن يقوم أحد الطرفين بتوجيه دعوة إلى الطرف الآخر للدخول في التفاوض ، وهي تعد بمثابة إيجاب بالتفاوض وتتضمن اقتراحا للتعاقد، وعندما تصادف هذه الدعوة قبولا من الطرف الآخر، ينعقد عقد التفاوض.

في الواقع العملي، وفي مجال إبرام العقود التجارية الدولية، فإن الدعوة إلى التفاوض تتضمن اقتراحا مبدئيا للتعاقد، وهذا الاقتراح يكون عرضة للتطوير والتغيير خلال مراحل العملية التفاوضية ، عن طريق الاقتراحات المضادة من الطرف الآخر، إلى أن يصل الطرفان إلى صياغة الإيجاب النهائي للعقد المنشود.

وأخيرا، يشترط في الإيجاب بالتفاوض أن يكون جازما و حاسما، صادرا عن نية قاطعة ونهائية، يعكس عزمًا نهائيا على التفاوض، كما يجب أن يكون القبول بالإيجاب غير مقترن بأي قيد أو شرط(1).

(1) الملاحظ هنا أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الرضى وهو في غير محله لأن الرضى يصدر من جانب واحد بينما التراضي هو المقصود كركن في العقد يصدر من طرفين و هو نفس الخطأ الذي وقع فيه المشرع المصري./ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 28.

ب. المحل:

حتى يكتمل البناء القانوني لعقد التفاوض كما هو الشأن بالنسبة للعقود الأخرى، لا بد أن يكون له محل، ومحل عقد التفاوض هو سعي الأطراف المتفاوضة إلى إبرام العقد النهائي.

وعليه، وطبقا للقواعد العامة، لا بد أن يكون المحل ممكنا أي أن لا يكون العقد المراد إبرامه مستحيلا في ذاته، كأن يكون العقد النهائي المراد إبرامه بيعا، وكان الشيء المبيع غير موجود في الحال، أو في المستقبل، أو أن يكون الشيء المبيع قد هلك قبل الاتفاق على التفاوض، وفي هذه الحالة يقع عقد التفاوض باطلا، وذلك لعدم وجود المحل وهذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيه على أنه (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا).

ويشترط أيضا في المحل أن يكون معينا أو قابلا للتعين، وذلك بأن تحدد الأطراف طبيعته على الأقل، كأن يكون عقد بيع أو عقد إيجار، وإلا كان العقد باطلا لعدم تعيين المحل⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري، على أنه (إذا كان محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره، وإلا كان العقد باطلا...). كما يشترط في العقد النهائي باعتباره المحل الذي تنصب عليه العملية التفاوضية أن يكون مشروعاً⁽³⁾، أي ألا يخالف النظام العام والآداب العامة، حتى لا يكون عقد التفاوض باطلا بسبب عدم مشروعية محله، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الجزائري، على أنه (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام، والآداب العامة كان العقد باطلا).

(2) محمد حسين عبد العال ، مرجع سابق، ص 58.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 366.

(2) يجب أن يكون محل الالتزام مما يجوز التعامل فيه أي، غير مخالف للنظام العام وللآداب العامة و الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها ، قد يكون التعامل فيها يتنافى و طبيعتها كأشعة الشمس والهواء وماء البحر غير أن الشخص إذا استحوذ على جزء منها يجوز له التعامل فيه، فقد تكون الأشياء غير قابلة للتعامل فيها لأن الغرض المقصود منها يتنافى مع التعامل فيها مثل أموال الدولة (الضومين العام) كالطرق العامة والجسور والمطارات وهي مخصصة للمنفعة العامة وهذا ما نصت عليه المادة 867 من القانون المدني الجزائري على أنه (لا يجوز التصرف في أموال الدولة بحجزها أو بملكيتها بالتقادم)، والأشياء التي لا يجوز التعامل فيها بحكم القانون مثل تحريم تعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه المادة 02/92 من القانون المدني الجزائري ومثل المتاجرة بالمخدرات.../ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 73.

ت. السبب:

طبقاً للقواعد العامة، فإن السبب يعني الباعث أو الدافع إلى التعاقد، بمعنى الهدف الذي يراد تحقيقه من قبل الأطراف من خلال الدخول في العملية التعاقدية، ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً و يفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس، و من ثم فإنه حتى يقوم عقد التفاوض لابد أن ينبني على سبب أو باعث يدفع الأطراف إلى التفاوض، والسبب في عقد التفاوض هو إتمام العقد النهائي المزمع إبرامه. وإذا كان الباعث أو الدافع إلى التفاوض هو إبرام العقد النهائي، فإن هذا السبب لابد أن يكون مشروعاً، وإلا كان عقد التفاوض باطلاً وذلك لعدم مشروعية السبب، و هذا ما قضت به المادة 98 من القانون المدني الجزائري، و التي جاء فيها (كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك).

2. شروط صحة عقد التفاوض:

بالرجوع إلى القواعد العامة، فإن شروط صحة العقد هي شروط صحة التراضي، و هي الأهلية وسلامة الإرادة من عيوب الرضا.

أ. الأهلية:

المراد بالأهلية، هي أهلية الأداء وليس أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده إلى وفاته، وأهلية الأداء مناطها التمييز وحتى يقوم عقد التفاوض صحيحاً، لابد أن تتوفر في المتفاوض أهلية الأداء بحكم أن الشخص عندما يريد الدخول في المفاوضات، فإن إرادته تتجه إلى إحداث أثر قانوني و هو نية الالتزام بالتفاوض ومواصلته بحسن نية، وما يتفرع عنها من التزامات ومن ثم يجب أن يكون المتفاوض أهلاً لمباشرة هذه التصرفات، فضلاً عن ذلك، فإذا كان الهدف من عقد التفاوض هو إبرام العقد النهائي، فإن هذا الأخير سيقع باطلاً لانعدام الأهلية، أو قابلاً للإبطال لنقص أهلية المتفاوض، فلا جدوى من التفاوض على العقد، إذا كان سيؤدي ذلك في نهاية المطاف إلى إبطال العقد النهائي⁽¹⁾.

(1) على أحمد صالح، مرجع سابق، ص 368.

ب. ألا تكون إرادة المتفاوض مشوبة بعيب من عيوب الرضا:

ويشترط أيضا لصحة العقد عموما، ألا تكون إرادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضا، وهي الغلط⁽¹⁾ والتدليس⁽²⁾ والإكراه⁽³⁾، و من ثم إذا كانت إرادة أحد الطرفين مشوبة بأحد هذه العيوب، كان التصرف الصادر عنها صحيحا، و لكن يتهدده البطلان.

و من أبرز عيوب الرضا في الواقع العملي في مجال إبرام عقود التجارة الدولية، هو التدليس بطريق الكتمان⁽⁴⁾ الذي يرتب البطلان، إذا قام أحد المتفاوضين خلال عملية التفاوض بإخفاء معلومات، أو بيانات مؤثرة في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه من قبل المتفاوض الآخر، مما يحول دون أن يكون رضاه سليما و متورا، و من تم فإن كتمان المتعاقد صاحب المعلومات بما كان يجب عليه أن يفضي به إلى الطرف الآخر، يعد في حد ذاته نوعا من التدليس.

إن إعلام المتفاوض الآخر، والذي سيتم التفصيل فيه عند الكلام عن الالتزام بالإعلام، أصبح من أهم الالتزامات التي فرضتها التطورات، لاسيما في مجال عقود نقل التكنولوجيا الحديثة، إذ غالبا ما يتم هذا النوع من العقود بين طرف محترف مالك للتكنولوجيا، و طرف غير محترف مستورد للتكنولوجيا.

حاصل ما تقدم، فإن المفاوضات باعتبارها ساحة للتعاون، و الأخذ والعطاء، تستلزم بالضرورة وجود إرادتين حرتين لا تخضعان إلى أي إجبار أو إكراه، و ذلك تأسيسا على مبدأ حرية التعاقد الذي يقتضي حرية التفاوض، فإذا كانت إرادة أحد الطرفين

(1) يشترط في الغلط الذي يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة الطرف الذي وقع فيه وقت إبرام العقد أن يكون جوهريا وقد عرفت المادة 82 من القانون المدني الجزائري الغلط الجوهرى بقولها (يكون الغلط جوهريا إذا بلغ من الجسامة بحيث يمتنع معه المتفاوض عن إبرام العقد لو لم يقع في غلط و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص ما وقع في صفة بالشيء يراها المتعاقدين جوهرية و يجب اعتبارها كذلك نظرا للظروف التي أبرم فيها العقد و لحسن النية التي يجب ان تسود التعامل ان تقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته أو كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد).

(2) يعرف التدليس على أساس انه استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد و حتى يستطيع المدلس عليه طلب أبطال العقد بسبب وقوعه في التدليس لا بد أن يكون التدليس قد بلغ من الجسامة بحيث لو علم به المدنس عليه لما أقدم على إبرامه وهذا ما ذهب إليه المادة 86 من القانون المدني الجزائري حينما نصت (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجا إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد) و نصت الفقرة الثانية من نفس المادة (يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

(3) يعرف الإكراه بأنه ذلك العيب الذي يجعل المتعاقد تحت تأثير سلطان الرهبة والخوف الذي يمارسه عليه المتعاقد الآخر بحيث يجعل إرادته غير حرة فيقدم على إبرام العقد تحت تأثير ذلك الضغط، وقد نصت على ذلك المادة 85 من القانون المدني الجزائري (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الآخر الذي يدعيها أن خطرا محققا به يهدده هو أو أحد أقاربه في نفس الجسم أو الشرف أو المال...).

(4) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 418.

المتفاوضين مشوبة بعيب من عيوب الرضا، سواء تعلق الأمر بالتدليس أو الإكراه...، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى انحراف العملية التفاوضية عن الغرض المتوخى منها، و يفتح المجال أمام المنازعات و التي لا تخدم بأي حال من الأحوال، استمرار التعاون واستقرار المعاملات.

الفرع الثاني صور عقد التفاوض

في مجال المعاملات التجارية الدولية، تتعدد صور وتطبيقات عقد التفاوض، باعتباره أحد الأدوات الاتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف من أجل تنظيم وتحضير إبرام العقد النهائي، فقد يتخذ صورة مستقلة بذاتها عن أي عقد آخر، يتضمن التزاما بالتفاوض، و هذه الصورة هي الغالبة في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، لا سيما إذا كانت الأطراف المتفاوضة تسعى إلى إبرام عقد لأول مرة، حيث تفضل الأطراف عادة التفاوض على العقد بواسطة إبرام عقد تفاوض صريح، تتحدد من خلاله التزامات وحقوق الأطراف المتفاوضة، بشكل دقيق و صريح.

ويتخذ عقد التفاوض أيضا صوراً أخرى، تستجيب لرغبة الأطراف بالاستمرار في التعاون بعد انقضاء العقد المبرم، حيث يتضمن هذا الأخير شرط التفاوض من أجل تجديد العقد، لاستمرار التعامل بين الطرفين، كما قد يتضمن العقد النهائي شرطاً يقضي بالتصدي للظروف الطارئة التي قد تطرأ أثناء عملية تنفيذ العقد من أجل رفع المشقة عن المدين، الذي لا يستطيع تحمل الأعباء المستجدة، مما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد، كما قد يتضمن العقد كذلك شرطاً يقضي بالالتزام بالتفاوض، من أجل التسوية الودية للمنازعات التي قد تثور بين الطرفين، بسبب تنفيذ العقد قبل عرض النزاع على القضاء أو التحكيم.

إن أهم صور وتطبيقات عقد التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية، هي شرط التفاوض من أجل تجديد العقد، و شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، و شرط التفاوض من أجل تسوية المنازعات ودياً.

أولاً: شرط التفاوض من أجل تجديد العقد:

إذا حقق العقد الغاية الاقتصادية التي أبرم من أجلها بالنسبة لطرفيه، فإن ذلك يحفز و يدفع الطرفين إلى السعي من أجل استمرار العلاقة التعاقدية، لمدة زمنية أخرى عن طريق تجديد العقد وفقاً لشروط جديدة، و يحدث ذلك على وجه الخصوص بالنسبة للعقود محددة المدة، حيث يبحث طرفا العقد إمكانية تجديد هذا النوع من العقود، عن طريق إدراج شرط في العقد يقضي بذلك، و من أبرز هذه العقود و التي درج التعامل التجاري الدولي على تضمين شرط التفاوض من أجل تجديد العقد، عقود الامتياز التجاري و عقود التوريد و عقود نقل التكنولوجيا، حيث يتم صياغة هذا الشرط غالباً على النحو التالي (يلتزم الطرفان بالتفاوض قبل انقضاء مدة هذا العقد بشهرين على الأقل، لبحث إمكانية تمديده أو تجديده) (1).

ويلعب هذا الشرط دوراً أساسياً في الحفاظ على مصير العقد، و ذلك من خلال ترتيب التزام يقع على عاتق طرفيه بالتفاوض، لاختيار طريقة معينة من شأنها إبقاء العقد مستمراً، و لاسيما إذا كانت هذه العلاقة قد حققت نجاحاً بين الطرفين في السابق (2).

ثانياً: شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد:

وهو الشرط الذي يدرجه الطرفان في العقد، و يلتزمان بمقتضاه بالتفاوض من أجل تعديل شروط العقد، في حالة حدوث ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد، و يعرف هذا الشرط تحت مسميات عديدة hardship و هو مصطلح إنجليزي، أو الظرف الطارئ clause d'imprévision، أو شرط المراجعة clause de révision، أو شرط العدالة و الإنصاف clause d'équité، ويتم استخدام هذه المسميات للتعبير عن حالة من المشقة، أو الأزمة التي يمر بها العقد بسبب تغير الظروف التي أبرم على أساسها، و يقضي شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد من الأطراف، إعادة التفاوض لمواجهة الظروف التي أخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد، من خلال مناقشة الالتزامات التي يترتبها العقد وتعديلها إلى الحد المناسب، و العادل لرفع الضرر الجسيم عن الطرف، الذي يواجه مشقة في تنفيذ التزاماته (3).

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 81.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع نفسه، ص 81.

(3) محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 61.

إن المجال الخصب الذي يطبق فيه شرط إعادة التفاوض، من أجل تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، نجده أساسا في العقود الزمنية أو المستمرة، والتي تقتضي بطبيعتها أن يمر تنفيذ العقد، بمراحل زمنية متعاقبة كعقد التوريد وعقود نقل التكنولوجيا...⁽¹⁾

و الملاحظ أن شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن العقدي، لا يطبق على العقود الاحتمالية التي تحتل بطبيعتها الكسب و الخسارة الجسيمة، و تقوم على المخاطرة فلا يمكن للمتعاقد الذي يصاب بخسارة من جراء تنفيذه للعقد طلب تعديله، استنادا إلى تغير الظروف، لأنه كان عليه أن يتوقع وقت إبرام العقد كافة الاحتمالات⁽²⁾.

إن شرط التفاوض من أجل تعديل شروط العقد لإعادة التوازن الاقتصادي له، هو شرط مألوف وشائع في مجال العقود التجارية الدولية، و مرجع ذلك إلى كثرة المخاطر التي تعترض طريق تنفيذ هذا النوع من العقود، وعلى ذلك فقد ذهب جانب من الفقه⁽³⁾ إلى اعتبار هذا الشرط بمثابة قاعدة من قواعد التجارة الدولية، وانتهى الأمر بهذا الاتجاه إلى حد القول بأن هذه القواعد تقضي بوجود هذا الشرط ضمنا في عقود التجارة الدولية، ومن ثم فإن مصدر هذا الالتزام بالتفاوض لمواجهة الظروف الطارئة، لن يكون عندئذ اتفاق الأطراف، وإنما يكون مصدره قواعد وأعراف التجارة الدولية (lex mercatoria).

و عليه يكون الالتزام بالتفاوض من أجل إعادة التوازن للعقد، واجب الاتباع حتى وإن لم ينص العقد على ذلك، و لا يجوز لأي من طرفي العقد أن يحتج بعدم تطبيق الشرط، استنادا إلى عدم وجود نص صريح في العقد يقضي بذلك.

إن الغاية المتوخاة من وجود شرط إعادة التفاوض لتعديل شروط العقد، هو التصدي للظروف المستجدة، و التي تجعل من عملية تنفيذ العقد تتسم بالصعوبة و المشقة، فهو أحد الحلول التي تمكن الأطراف المتفاوضة من إنقاذ العقد والتخفيف من الضرر الذي يصيب أحد الطرفين، وقد نصت على هذا الشرط المادة 3/6 من مبادئ اليونيدروا Unidroit لسنة 1994⁽⁴⁾، أنه (في حالة تغير الظروف يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات و يجب أن يقدم الطلب دون تأخير و يجب أن يكون مسببا)⁽⁵⁾.

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 195.

(2) P. Prado le hadship dans le droit du commerce international thèse. Paris 2001. P 425.

(3) F.Osman, les principes généraux de la Lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique national, L.G.D.J, 1992, p. 162.

(4) <http://www.jus-no/Im/undroit:internationalcommercial.contractsprincipals,1994>.

(5) أحمد عبد كريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 67.

و من أبرز التطبيقات القضائية في مجال أعمال شرط التفاوض من أجل تعديل شروط العقد، في حالة تغير الظروف ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية تتلخص وقائعها⁽¹⁾، في أن نزاعا قام حول عقد توريد كمية من المازوت بين الشركتين الفرنسيتين EDF و Shelle، وكان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بالتفاوض بشأن تعديل ثمن الطن في حالة ارتفاع الأسعار أو انخفاضها عند حد معين (6 فرنك فرنسي بالنظر للسعر المتفق عليه في العقد).

وعقب حرب أكتوبر 1973 بين العرب وإسرائيل، ارتفعت أسعار البترول، وكان لا بدّ أن يتفاوض الطرفان حول تعديل السعر، و هذا ما حدث بالفعل، غير أن المفاوضات لم تنجح، و تم عرض النزاع على القضاء، و وصل الأمر إلى محكمة استئناف باريس حيث قضت هذه الأخيرة استنادا إلى الشرط الذي يلزم الأطراف بالتفاوض لتعديل الثمن عند ارتفاع الأسعار أو انخفاضها، و رأت فيه المحكمة اتجاه نية الأطراف إلى إعادة التفاوض عند حدوث ظروف مستجدة، وعليه رأت المحكمة قبل الفصل في الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق يؤدي إلى تعديل العقد بما يتلاءم مع المستجدات الجديدة، كما رأت المحكمة أن يجري هذا التفاوض تحت رقابة مراقب جدير، بأن يقدم للأطراف المساعدة اللازمة، من أجل التوصل إلى تفاهم من شأنه أن يؤدي إلى تعديل العقد، على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو أن تفرض تعديلا له⁽²⁾.

بيدو جليا من خلال ما انتهت إليه محكمة استئناف باريس، أن شرط التفاوض من أجل إعادة التوازن العقدي هو أداة قانونية فعالة لتلافي الصعوبات و العقبات التي تواجه تنفيذ العقد، بحيث يؤدي إلى ضمان استمرار العلاقة التعاقدية في المستقبل عن طريق إلزام الأطراف بالتفاوض للوصول إلى تعديل شروط العقد، بما يحقق العدالة العقدية، و هذا الشرط يعدّ قاعدة أساسية من قواعد التجارة الدولية.

ثالثا: شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع:

إن التعامل التجاري الدولي في مجال إبرام عقود التجارة الدولية، يدلنا على أن إرادة الأطراف تتجه غالبا إلى رفض فكرة اللجوء إلى القضاء الداخلي، فبرغم كون الطريق القضائي هو الطريق العادي لفض المنازعات في مجال المعاملات التجارية أو

(1) C.APP ;de Paris 28 septembre 1976.JSP. 1978.II 1188110.OFS Robert.

(2) محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 106.

المدنية على السواء، وبالرغم أيضا من الضمانات التي يوفرها والتي تكفل سلامة العدالة التي تؤدي إليها، فإن هذا الطريق غالبا ما يكون طويلا وبطيئا، الأمر الذي يؤدي إلى إرباك خطط التجار ومقدراتهم، ويعطل حركة الأموال ويفسد برامج تنفيذ التعهدات، فضلا عن القلق الناجم عن تعيين المحكمة المختصة، والقانون الواجب التطبيق، وبالرغم من المزايا التي يحققها اللجوء إلى التحكيم في مجال فض منازعات عقود التجارة الدولية، والمتمثلة أساسا في حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم التي تطرح عليها منازعاتهم واختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع⁽¹⁾، إلا أن تنفيذ قرارات التحكيم قد يواجه صعوبات وعقبات متعددة، وقد تستغرق وقتا طويلا.

وعليه، ومن أجل تلافي المشكلات التي قد تتور بشأن لجوء الأطراف المتعاقدة إلى فض منازعاتهم، سواء أمام القضاء العادي أو التحكيم التجاري الدولي، فإنه أصبح من المألوف في مجال التعامل التجاري الدولي، أن تقوم الأطراف المتعاقدة بتضمين العقد شرطا يقضي بالتفاوض من أجل تسوية المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل تسوية ودية، باعتباره الحل الأسهل والأنسب والأكثر ملائمة لجميع الأطراف.

في الغالب الأعم يرد شرط التفاوض من أجل التسوية الودية صريحا، كأن ينص العقد صراحة على الالتزام بالتفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع عند حدوث مشكلة ما، وذلك بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء أو التحكيم مع التعهد بالتفاوض من أجل التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، وهذا أمر شائع في الكثير من العقود وذلك بالنص على مثلا، على أنه (ذا نشأ نزاع بين الطرفين بسبب تفسير هذا العقد أو تنفيذه، التزم الطرفان ببذل كل المساعي الودية لحله عن طريق التفاوض قبل رفع الخصومة بشأنه إلى القضاء)⁽²⁾.

و قد يرد هذا الشرط ضمنيا، حيث يتم النص في العقد على أنه (يتعهد الطرفان بحل كل نزاع ينشأ في هذا العقد عن طريق التحكيم، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حسمه عن طريق المفاوضات)، أو أن ينص أحد بنود العقد على أنه (كل نزاع ينشأ عن هذا العقد و لا يتوصل الطرفان إلى تسويته وديا، يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم)⁽³⁾.

قد يفرض الطرفان في عقد التفاوض قيودا زمنيا أو مدة زمنية معينة يتم خلالها تسوية النزاع وديا، بشرط عدم اللجوء خلال هذه المدة إلى القضاء أو التحكيم إلا بعد

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 379.

(2) علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 379.

(3) رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص 317.

انقضائها، حيث يتم النص مثلا (تحال الى المحكمة كل المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل لها خلال مدة لا تقل عن شهرين)⁽¹⁾.

وفي هذا السياق تقضي قواعد الفيديك FIDIC الخاصة بعقود البناء والتشييد، بأنه لا يشرع في التحكيم قبل محاولة الطرفين تسوية النزاع تسوية ودية⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاتفاق على شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع، مع ذلك لا يحول دون لجوء أي من الطرفين إلى القضاء أو التحكيم، غير أن القضاء أو التحكيم عند نظره في النزاع يمكن له أن يعتبر عدم التزام أحد الطرفين بالتفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع خطأ عقديا يستوجب التعويض، ويكون للقاضي أو هيئة التحكيم اعتبار نكول أو تجاهل أحد الطرفين لشرط التفاوض، قرينة قضائية على عدم سلامة موقفه و سوء نيته⁽³⁾.

وأخيرا، يمكن القول بأن شرط الالتزام بالتفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع، هو التزام ببذل عناية، وليس التزاما بتحقيق نتيجة، بحيث لا يلزم الطرفين بالتوصل إلى حل النزاع المطروح، وإنما يلزمهما فقط بالتفاوض و بحسن نية، من أجل التوصل إلى تسوية ودية للنزاع المطروح⁽⁴⁾.

يتضح من خلال ما تقدم أن التفاوض سواء أكان في صورة عقد تفاوض صريح مستقل أم في صور أخرى، كالتفاوض من أجل تجديد العقد أو إعادة التوازن للعقد أو التفاوض من أجل حل المنازعات حلا وديا، فإن التفاوض أصبح ضرورة ملحة تقتضيها مختلف مراحل العملية التعاقدية فهو ينطوي على مزايا عديدة تتمثل أساسا في الشعور بالحرية و الاستقلالية، بالنسبة لأطراف التفاوض كما أنه يقوم على الحوار والمناقشة وتبادل الأفكار و طرح البدائل، و من ثم فهو يلعب دورا بارزا في تذليل جميع الصعوبات والعقبات مهما كانت مستعصية على الحل، فالتفاوض هو فن وعلم له أدواته وقواعده التي ينبغي على كل متفاوض متمرس الإلمام بها.

(4) JEAN MARC MOUSSERON: Technique contractuelle. Edition Juridique lefebvre. 1988, p 568.

(1) أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون دار النشر، 1993، ص 24.
(2) محمد إبراهيم دوسقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، الرياض، 1995، ص 161 .

(3) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 381.

المطلب الثاني

التمييز بين عقد التفاوض و العقود و الاتفاقات التي تحدث خلال مرحلة المفاوضات

بالنظر إلى القصور التشريعي إزاء مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، وبفعل التطورات المتسارعة التي فرضها واقع التعامل التجاري الدولي على الأطراف المتعاملة في هذا المجال، بحيث أصبحت عملية إبرام العقود تنتسم بالتعقيد والصعوبة وتحيط بها الكثير من المخاطر، ذلك أنه خلال مرحلة المفاوضات تقوم الأطراف المتفاوضة بالكثير من الأعمال والتصرفات، كما يتم تبادل الوثائق و المستندات وإجراء الدراسات المستفيضة المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، فقد دفعت هذا الظروف الأطراف المتفاوضة إلى إيجاد أدوات اتفاقية من شأنها تنظيم العملية التفاوضية على نحو معين، أو أنها قد تتضمن الاتفاق على بعض الشروط التي تم حسمها كأجزاء من العقد الأصلي المراد إبرامه، أو أنها قد تحدد الإطار العام الذي على أساسه تبرم العقود اللاحقة.

وعليه تثار مسألة التفرقة والتمييز بين عقد التفاوض و غيره من العقود والاتفاقات التي تحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد النهائي، و هذه العقود و الاتفاقات كما أسلفنا القول تختلف من حيث مضامينها وأهدافها وقوتها القانونية، بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف المتفاوضة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقات والعقود والتي تحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد كثيرة و متنوعة، يصعب على الباحث حصرها، غير أنه يمكن الوقوف على البعض منها، و هي الأكثر شيوعا، ويمكن تصنيف هذه العقود و الاتفاقات وفقا لمعايير مختلفة، غير أن المعيار الذي المعتمد هنا لاستخلاص الفروق، هو تقسيم هذه العقود والاتفاقات على أساس قوتها القانونية، و ذلك بحسب ما إذا كانت هذه العقود و الاتفاقات لا ترتب التزامات تعاقدية، و عقود و اتفاقات أخرى ترتب التزامات تعاقدية.

وعليه، ومن أجل استخلاص الفروق بين عقد التفاوض والاتفاقات والعقود الأخرى التمهيديّة، التي تحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد، سيقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ يتم في الفرع الأول تناول التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات الأخرى، التي لا ترتب التزامات تعاقدية و في الفرع الثاني التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات الأخرى، التي ترتب التزامات تعاقدية و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات التي لا ترتب إلتزامات تعاقدية.
الفرع الثاني: التمييز بين عقد التفاوض و العقود والاتفاقات التي ترتب التزيمات تعاقدية.

الفرع الأول

التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات التي لا ترتب التزيمات تعاقدية

تجدر الإشارة بداية، إلى أن تقسيم العقود والاتفاقات التي تحدث خلال مرحلة المفاوضات، على أساس اتفاقات و عقود ملزمة و أخرى غير ملزمة، هو تقسيم غير حاسم، ذلك أن الواقع التجاري الدولي يدل على أن هناك بعضا من العقود و الاتفاقات، قد يضيف عليها أطرافها الطابع الملزم، و تترتب عليها التزيمات تعاقدية، في حين قد يحدث أن تتفق أطراف أخرى على تجريد تلك العقود و الاتفاقات من طابعها الملزم، بالنص مثلا على أن هذه الوثيقة غير عقدية أو غير ملزمة.

إن الاتفاقات والعقود التي أفرزها واقع المعاملات التجارية الدولية و التي لا ترتب التزيمات تعاقدية، هي اتفاق الشرف و البروتوكول الاتفاقي و خطابات النوايا، وعليه، ستستخلص أهم الفروق بين عقد التفاوض و العقود و هذه الاتفاقات التي لا ترتب التزيمات تعاقدية، و ذلك على النحو التالي:

أولاً: التمييز بين عقد التفاوض و الاتفاق الشرفي(1):

يندرج كل من عقد التفاوض والاتفاق الشرفي في نطاق العقود والاتفاقات التحضيرية أو التمهيديّة لإبرام العقد النهائي، فهما لا يشكلان مقصدا نهائيا بحد ذاته، وإنما هما أداتان من أجل إبرام عقد في المستقبل.

و يعرف اتفاق الشرف بأنه ذلك الاتفاق الذي يهدف من خلاله الأطراف إلى إقصائه من دائرة تطبيق القانون، والجبر وتعليق تنفيذه على أمانة ونزاهة وشرف الأطراف المتعاهدة، وذلك للحيلولة دون طرح منازعاتهم أمام القضاء أو التحكيم(2).

(1) يستخدم الاتفاق الشرفي أو الأدبي في مجال القانون الدولي العام، ويعود في الأصل الى عادات أنجلوسكسونية وتعني اتفاق الأطراف حول السياسة المقرر اتباعها، والتي تشكل بالنسبة إليهم تعهدا شرفيا لا يتضمن التزيمات قانونية من جانب الدول التي يمثلونها./ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص34.
(2) محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص 30.

إن اتفاق الشرف بالمعنى المتقدم، هو اتفاق تقوم من خلال الأطراف بإقامة علاقات اقتصادية تهدف إلى إبقاء الاتفاق خارج دائرة الإلتزام القانوني، بحيث لا يمكن لأحد الطرفين اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، إذا نشأ نزاع بينهما فيما يتعلق باتفاق الشرف. يتضح من ذلك أن اتفاق الشرف له قيمة معنوية أكثر منها قانونية، ذلك أن الشرف يعني احترام الشخص لنفسه أو لذاته، فهو يشكل بالنسبة للمتعهد أسمى مراتب الإلتزام خاصة و أنه يتضمن معنى الوعد أو القسم⁽¹⁾.

إن أهم المجالات التي يلجأ الأطراف فيها إلى صياغة اتفاقات الشرف في مجال عقود التجارة الدولية، هي مجال الإتفاقات والعقود المخالفة للنظام العام بحكم أن حرية المنافسة في الدول الرأسمالية، تعتبر من النظام العام، وأن الاتفاقات المقيدة لها، تعتبر باطلة مثل الاتفاق الذي يهدف إلى التحكم في الأسعار والأثمان أو تحديد الانتاج، فهذه الاتفاقات تحقق نفعاً متبادلاً وهي غير مشروعة، وتلجأ إليها الأطراف تفادياً للكشف عن عدم مشروعية ما يترتب عنها من آثار⁽²⁾.

وإذا كان عقد التفاوض ينظم المفاوضات، و ذلك بفرض الإلتزام بالدخول فيها ومتابعتها بحس نية، فإن اتفاق الشرف يختلف في مضمونه بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف، فقد يتعلق هذا الاتفاق بمسألة تخص السير الإجرائي للمفاوضات كتنظيم وقت بدء المفاوضات أو الانتهاء منها، أو قد يتعلق مضمون الاتفاق الأدبي أو الشرفي بمحتوى العقد الأصلي، فقد يتضمن بعض العناصر الجزئية التي على أساسها سيرم العقد النهائي، كما يختلف عقد التفاوض عن اتفاق الشرف من زاوية القوة الملزمة، فإذا كان عقد التفاوض يترتب التزامات محددة وواضحة وهي الإلتزام بالتفاوض ومواصلته بحسن نية، والإخلال بهذه الإلتزامات من أحد الأطراف المتفاوضة يترتب عنه قيام المسؤولية، فإن اتفاق الشرف وكقاعدة عامة لا يترتب أي أثر قانوني على اعتبار أنه يعد من أعمال المجاملة، و هذه الأعمال تخرج بحسب طبيعتها من نطاق الإلتزام التعاقدية⁽³⁾.

(1) بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 202.
(2) إن أول مجال يمكن أن نصادف فيه هذا النوع من الاتفاقات الأدبية أو الشرفية هو المجال الذي يغيب فيه التنظيم التشريعي فغياب التنظيم التشريعي من شأنه أن يفتح المجال أمام هذا النوع من الاتفاقات وخير مثال على ذلك هو مجال اتفاقات العمل الجماعية في بريطانيا، فقبل سنة 1971 لم يكن التشريع في بريطانيا يعتني بتنظيم اتفاقات العمل الجماعية، وفي غياب التنظيم التشريعي لهاته الاتفاقات فإن الأطراف يلجؤون الى أسلوب الاتفاقات الشرفية أو الأدبية لتنفيذ التزاماتهم بصدق بصرف النظر عن توفر أو عدم توفر الحماية القانونية للاتفاق. / مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 372.
(3) يتجه الرأي في القانون الإنجليزي إلى أنه ليس للاتفاق الشرفي أو الأدبي بحسب الأصل أية قيمة تعاقدية وبالنتيجة ليست له أية قوة ملزمة، ومرد ذلك هو عدم وجود عامل المخاطرة الذي يحكم مصير العقد في القانون الإنجليزي وقد جرى العمل في القضاء الإنجليزي على عدم الاعتراف بالاتفاقات الشرفية، وكل ما يدور أثناء المفاوضات قبل التوصل إلى اتفاق حقيقي بين الطرفين. / علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 301.

وفي هذا السياق، تذهب الاتجاهات الحديثة فقها وقضاء إلى أن الإتفاقات الأدبية أو الشرفية، هي كقاعدة عامة غير ملزمة لكن إذا توافرت فيها نية الارتباط القانوني أي إتجاه إرادة الأطراف إلى اعتبارها عقدا ملزما، أو كان هناك سبب موضوعي يبرر إضفاء هذا الطابع الملزم على إتفاقات الشرف.

إن القضاء الفرنسي يميل في بعض الأحيان إلى إضفاء الطبيعة التعاقدية على الإتفاقات الشرفية، ويرتب عليها آثارا قانونية لكون القضاء الفرنسي يميل في بعض الأحيان إلى التوسع في تفسير إرادة الأطراف في ضوء الظروف و الملابس التي تحيط بالاتفاق، دون أن يتقيد في ذلك بالوصف الذي أطلقه الطرفان على ذلك الاتفاق.

ومن أبرز التطبيقات القضائية التي تعتبر اتفاق الشرف منشئا للالتزام القانوني، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في تاريخ 14/06/1957، في قضية تتلخص وقائعها⁽¹⁾ في دعاوى رفعها بعض الملاك على شاغلي عقاراتهم بإخلالهم بتعهداتهم الأدبية، بإخلاء العين المؤجرة التي يشغلونها لتاريخ معين دون التمسك بالنصوص القانونية التي تمكنهم من البقاء بالعين المؤجرة بعد هذا التاريخ، عند نظر المحكمة النزاع، قضت في حكمها باعتبار أن الإخلال بهذه التعهدات الأدبية يعتبر خطأ عقديا، رغم أن التعهد الشرفي يخالف أحكام القانون التي تخول للمؤجرين البقاء في العين المؤجرة.

و يعلق جانب من الفقه على ما ورد في هذا حكم، أن المحكمة لا تعتد بما اتجهت إليه إرادة الطرفين من تجريد اتفاق الشرف من الصفة الإلزامية، و إبقائه خارج دائرة القانون بالرغم من إضفاء الأطراف على الاتفاق وصف اتفاق شرفي أو أدبي، إلا أن القاضي يمتلك السلطة التقديرية للبحث من خلال ظروف و ملابس الإتفاق، عن مدى ترتيب الاتفاق الشرفي للالتزامات تعاقدية أم لا⁽²⁾.

و عليه فمن واجب القاضي تكييف الإتفاقات التي تتم خلال مرحلة المفاوضات، التي تفضل الأطراف إبقائها خارج دائرة القانون، كلما كانت هذه الإتفاقيات متضمنة لعناصر العقد وكانت عقودا تمتع بالقوة الملزمة، على الرغم من إتجاه إرادة الأطراف نحو مقصد آخر.

أما بالنسبة للقانون الإنجليزي فإنه يعتبر الإتفاق الشرفي والأدبي بحسب الأصل، ليس له أية قيمة قانونية ولا يتمتع بالقوة الإلزامية، ومرد ذلك إلى انتفاء عنصر المخاطرة

(1) المجلة الفصلية للقانون المدني 1958، ملاحظات هنري، و ليون مازو، ملاحظات كاربوني، ص 105.

(2) مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 403.

الذي يحكم مصير العقد في القانون الإنجليزي، و قد جرى العمل في القضاء الإنجليزي على عدم الإعراف بالاتفاقات الشرفية، و كل ما يدور أثناء المفاوضات قبل التوصل إلى اتفاق حقيقي بين الطرفين.

ويتضح ذلك من خلال بعض التطبيقات القضائية على مستوى القضاء الإنجليزي، ففي قضية تتلخص وقائعها⁽¹⁾ في أن اتفاق وقع بين شركة إنجليزية و أخرى أمريكية يتضمن شرطاً لا يرتب التزامات على عاتق الأطراف من الناحية القانونية و بمقتضى هذا الاتفاق قامت الشركة الإنجليزية بشحن ثلاثة دفعات من بضاعة الورق المبيع إلى الشركة الأمريكية و لدى مطالبة الشركة الإنجليزية للشركة الأمريكية بالثمن تمسكت هذه الأخيرة بالصفة غير الملزمة للاتفاق المبرم بينهما.

قضت المحكمة بأن الاتفاق المبرم بين الشركتين لا يعدو إلا أن يكون اتفاقاً أدبياً أو شرفياً غير ملزم.

لقد تعرض هذا الحكم للنقض الشديد من طرف الفقه، لكون الأمر يتعلق في هذه الحالة بعقود تجارية واضحة، يفترض معها أن الاتفاق المبرم بين الشركتين يعتبر ملزماً من الناحية القانونية⁽²⁾.

يتضح من خلال عقد المقارنة بين عقد التفاوض و إتفاق الشرف، أن كلا الاتفاقيين يتعلق بالمرحلة قبل التعاقدية للتحضير و التمهد لإبرام العقد النهائي، غير أنهما يختلفان، كون عقد التفاوض يرتب التزامات حقيقية بالبدء في التفاوض و الاستمرار فيه، أما الاتفاق الشرفي أو الأدبي فهو كقاعدة عامة يتعلق بالاتفاقات التي يفضل أصحابها إبقاءها خارج نطاق تطبيق القانون، بحيث يكون تنفيذها حبيس الضمير غير أنه يمكن أن يكون لاتفاق الشرف قوة ملزمة و يتوقف ذلك على إرادة الأطراف في ترتيب إلتزامات معينة، و قد يستخلص القاضي وجود الإلتزام في إتفاق الشرف رغم إرادة الأطراف عكس ذلك.

ثانياً: التمييز بين عقد التفاوض و البروتوكول الاتفاقي:

يعتبر عقد التفاوض و البروتوكول الاتفاقي من العقود التمهدية التي تحضر لإبرام عقد آخر في المستقبل، ويعتبر كل من عقد التفاوض و البروتوكول الاتفاقي عقوداً حقيقية تتم بتوافق إرادتين حرتين، كما أن كلا منهما يعتبر مظهراً من مظاهر الانعقاد التدريجي

(1) محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 40.

(2) محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص 40.

للعقد المزمع إبرامه لاحقاً، إذ أن إرادة الطرفين تمر بمرحلتين، المرحلة الأولى، وهي مرحلة التفاوض على العقد، و المرحلة الثانية هي مرحلة إبرام العقد النهائي⁽¹⁾.

غير أن عقد التفاوض يختلف عن البروتوكول الاتفاقي، كونه ينعقد من أجل تنظيم المفاوضات من حيث بدئها والاستمرار فيها بقصد التوصل إلى إبرام عقد معين في المستقبل، بينما البروتوكول الاتفاقي يعرف على أساس أنه ذلك الاتفاق الذي ينصب على التفاوض عندما تكون الخطوط العريضة للعقد المراد إبرامه قد اتضحت، وأن الغرض الأساسي من إبرام البروتوكول الاتفاقي هو تثبيت هذه الخطوط العريضة⁽²⁾، لتكون مناسبا لمواصلة التفاوض بقصد الوصول إلى تحديد التزامات وحقوق كافة الأطراف في العقد النهائي المزمع إبرامه⁽³⁾.

ومن هنا يبدو الفرق واضح بين البروتوكول الاتفاقي وعقد التفاوض، فإذا كان عقد التفاوض كما أسلفنا القول، يقتصر مضمونه على مجرد الالتزام بالتفاوض وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية ولا يتضمن عناصر العقد النهائي، فإن البروتوكول الاتفاقي يتضمن عادة أغلب عناصر العقد النهائي، بل قد يتضمن العناصر الأساسية كلها عدا بعض الأجزاء التي تتصل بشروط تنفيذه، غير أن انعقاد العقد النهائي مع ذلك يظل متوقفاً على إرادة الطرفين، وقد يتضمن البروتوكول الاتفاقي أحياناً نصاً صريحاً يقضي بعدم تمتع البروتوكول الاتفاقي بالصفة العقدية (إن هذه الوثيقة غير عقدية)⁽⁴⁾.

مجمّل القول أن كل من عقد التفاوض والبروتوكول الاتفاقي يلعبان دوراً كبيراً في الإعداد و التحضير لإبرام العقد النهائي، و أن نية الأطراف في كل من العقدين لا تتجه

(1) يعرف بعض الفقه البروتوكول الاتفاقي بأنه عقد حقيقي ملزم للجانبين يحمل في طياته الشروط الجوهرية للعقد النهائي، ويمثل هدفاً تم التوصل إليه وإن افتقر لبعض التفاصيل التي ترتبط بكيفية تنفيذه. / G.CORNU. Vocabulaire juridique. Ass. H. Capitant. 1987.

(2) في الواقع العملي فإن من أبرز صور البروتوكول الاتفاقي، البروتوكول الذي أبرم بين إحدى الدول وبين منشأة أجنبية لإنتاج السيارات بقصد إقامة مصنع للسيارات في هاته الدولة بالتعاون مع المنشأة المذكورة ومن خلال المفاوضات توصل الطرفان إلى وضع إطار عام للعقد المراد إبرامه في المستقبل في شكل بروتوكول اتفاقي، وقد نص هذا البروتوكول على أن موضوع العقد المراد إبرامه هو إنشاء وتسيير مجمع لصناعة السيارات يبدأ بتجميع قطع مستوردة من بلد الصنع، كما يتم الاستغناء عنها تدريجياً بقطع مصنعة محلياً، كما نص البروتوكول على تكوين شركة مساهمة محلية بغرض اكتساب القطع اللازمة و تجميع السيارات وبيعها وفي هذا الصدد حدد البروتوكول الاتفاقي رأس المال اللازم ومساهمة الطرفين فيه ثم حدد الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه من حيث حجم الإنتاج وتضمن البروتوكول الاتفاقي التزامات المنشأة الأجنبية ونص على وجوب توقيع عقد نهائي يحدد الالتزامات خلال أربعة أشهر، ثم نص البروتوكول على أوجه الحماية التي سوف تكفلها الدولة للشركة المزمع إنشاؤها (قصر إنتاج السيارات عليها، نزع ملكية الأرض اللازمة، الإعفاءات الجمركية)، ثم انتهى البروتوكول إلى وضع جدول زمني يشمل الدراسات وتوقيع العقد النهائي وإنشاء الشركة وتوقيع اتفاقات الترخيص الصناعي. / MARCEL. FONTAINE : Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux. Rev. Droit et pratique du comm. International. 1977. Cas n. 10. p. 87

(3) مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 318.

(4) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 318.

إلى قبول العقد النهائي، حيث تتجه في عقد التفاوض إلى تنظيم المفاوضات وفق منهجية معينة، أما في البروتوكول الاتفاقي فتتصرف نية الأطراف إلى تثبيت ما تم التوصل إليه من خطوط عريضة حول العقد النهائي، وتهدف الأطراف الراغبة في التعاقد من خلال اللجوء إلى مثل هذه الإتفاقات في مرحلة التفاوض على العقد، إلى محاولة إضفاء جو من الثقة والطمأنينة على المفاوضات، كما يعتبر كل من عقد التفاوض والبروتوكول الاتفاقي وسيلتين هامتين في مجال الإثبات، في حالة قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد.

ثالثا: التمييز بين عقد التفاوض و رسائل النية(1):

يعرف جانب من الفقه رسائل النية بأنها (مستند مكتوب يوجه من الطرف الراغب في التعاقد على أمر معين، يعبر فيه عن رغبته تلك وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المراد إبرامه، و يدعو إلى التفاوض أو الدخول في محادثات حولها)(2).

كما عرفها جانب آخر من الفقه على أساس أنها (كل وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي، تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري، بغية الوصول إلى عقد مستقبلي)(3)، في حين يعرفها جانب آخر من الفقه، بأنها (مستند يتم تحريره في المرحلة قبل التعاقدية يحتوي على الاتفاقات الأولية، و الأمور المشتركة بين أطراف عقود سوف تبرم في المستقبل)(4).

يتضح من خلال التعريفات السابقة، أن عقد التفاوض و رسائل النية يندرجان في نطاق العقود و الاتفاقات التمهيديّة أو التحضيرية، من أجل إبرام عقد معين في المستقبل، فالأطراف في هذا النوع من العقود والاتفاقات التمهيديّة لا تقصد من وراء إصدارها أن تكون هي الهدف النهائي، بل الغاية من إصدارها هي تسهيل إبرام العقد النهائي، كما أن نية الأطراف في كل من عقد التفاوض و رسائل النية تتجه إلى محاولة إضفاء جو من الثقة و الطمأنينة على العملية التفاوضية.

(1) نشأت رسائل النية في القوانين الأنجلوأمريكية تحت تأثير مقتضيات التجارة الدولية أو ما تستلزمه من ضرورة توفير الثقة، وحسن النية، والسرعة في المعاملات التجارية، بعد ذلك انتشرت الفكرة في البلدان ذات الشرائع اللاتينية على رأسها فرنسا لنفس الأسباب التي اقتضت ظهورها في البلدان ذات الشرائع الأنجلوأمريكية. / علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص222.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، ص 35 .

(3) صالح بن عبد الله بن العطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث و الدراسات، الرياض، 1998، ص 68.

(4) بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001، ص 206.

كما يتفق عقد التفاوض مع رسائل النية في أن الأطراف لا تلتزم بإبرام العقد النهائي، ذلك أنه في رسائل النية تتجه إرادة الأطراف إلى إبداء الرغبة في التعاقد بجدية وبعناية، والأمر كذلك بالنسبة لعقد التفاوض، إذ أن الأطراف المتفاوضة تلتزم فقط بالدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل.

غير أن الفرق بين رسائل النية و عقد التفاوض، يبدو واضحا في أن رسائل النية هي وثيقة أو مستند مكتوب محرر من أحد الأطراف الراغبة في التعاقد، فهو بهذا المفهوم عمل إرادي انفرادي أساسا، و تبادلي ضمنيا بعد وصوله إلى الطرف الآخر⁽¹⁾، بينما عقد التفاوض هو عقد حقيقي يبرم بين طرفين بتوافق إرادتين، سواء تم التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمنيا.

كما تختلف رسائل النية عن عقد التفاوض من حيث أن رسائل النية تتعدد موضوعاتها ومضامينها، باختلاف المقصد المتوخى من وراء إصدارها، فقد تتضمن رسائل النية دعوة إلى المفاوضات⁽²⁾ أو قد تتضمن تحديدا للنقاط التي تم حسمها، أو الاتفاق عليها خلال مرحلة معينة من مراحل المفاوضات، كما قد تتضمن انعقاد العقد بصفة نهائية⁽³⁾.

إن جوهر الاختلاف بين عقد التفاوض ورسائل النية، يظهر في كون عقد التفاوض ينطوي على قيمة قانونية حقيقية، حيث يرتب إلتزامات واضحة و محددة يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها، بينما رسائل النية كقاعدة عامة ليست لها قيمة قانونية ملزمة من الناحية القانونية، ولا ترتب سوى إلتزامات معنوية، مثلها في ذلك مثل الاتفاق الشرفي أو الأدبي.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 44.
(2) هناك خطابات تتضمن دعوة إلى البدء في المفاوضات حيث يتضمن دعوة محرره الطرف الآخر للبدء في المفاوضات على العقد المزمع إبرامه مع التأكيد على مواصلة التفاوض و الإلتزام بحسن النية في كل مرحلة و ما يستلزمه الإلتزام بالأمانة وشرف التعامل والامتناع عن الغش والسوك السلبي سواء في بداية المفاوضات أو خلالها كالدخول في المفاوضات دون نية جادة أو طرح مقترحات ميؤوس من قبولها أو قطع المفاوضات برعونة ودون سبب موضوعي أو جدي رغم أنها وصلت إلى مرحلة متقدمة وتكونت من خلالها قناعة أكيدة لدى الطرفين أن العقد سيبرم بلا شك. / أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 41، 42.
(3) و مثال ذلك أن يعبر محرر الخطاب عن نيته في إسناد مشروع معين محل التفاوض إلى المرسل إليه ثم يطلب أن يعين على جناح السرعة ممثلين عنه لمناقشة وإنهاء التفاصيل وتوقيع العقد حيث يظهر من عبارات هذا الخطاب أن الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه قد تحقق بالفعل، ولكن في الوقت نفسه مازالت هناك بعض المسائل التفصيلية والتي يتعين الاتفاق عليها من الطرفين، وقد طلب مرسل الخطاب من المرسل عليه تحديد من يتولى توقيع العقد أي أن الطرفين قد توصلا إلى اتفاق على إبرامه بالفعل بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية مع الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاتفاق لاحق. / سمير عبد السميع الأوزن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعرف، الإسكندرية، 2005، ص 17.

غير أن الأمر ليس بهذه البساطة على مستوى المفاوضات المتعلقة بعقود التجارة الدولية، ذلك أن الاستخدامات الحديثة تدلنا على أن تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا يعتمد على أسلوب الصياغة، على اعتبار أن الصياغة هي التعبير أو التجسيد المادي لما انتهت إليه المفاوضات، لذلك يتعين أن تكون تلك الصياغة صحيحة أي تعبر بدقة عن ما تم الاتفاق عليه خلال المفاوضات.

وعليه فإن هناك من رسائل النية ما يتضمن تعهدات أو التزامات قانونية حقيقية، تدل على أن العقد تم إبرامه فعلا و من تم يؤدي الاخلال بهذه الالتزامات إلى قيام المسؤولية العقدية، وهذا ما إنتهت إليه بعض أحكام القضاء حديثا.

ومن أبرز التطبيقات القضائية لذلك، ما خلصت إليه بعض المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية من اعتبار رسائل النية كقاعدة عامة غير ملزمة، غير أن القاضي يستطيع أن يستخلص من إرادة الأطراف المتفاوضة وجود علاقات تعاقدية بمقتضى هذه الرسائل، حتى وإن كانت هذه الرسائل ليست لها قوة ملزمة في نظر من أصدرها، ففي قضية شهيرة تتلخص وقائعها⁽¹⁾ في أن شركة بنزوايل V. Penzoil اتفقت مع شركة جيتي Jetty بموجب مذكرة إتفاق (رسالة نية)، على أن تشتري شركة بنزوايل أسهم شركة جيتي بسعر 100 دولار للسهم الواحد.

وافقت شركة جيتي على الصفقة و جرت مفاوضات بين الطرفين بهذا الشأن، توصل من خلالها الطرفان إلى رفع سعر السهم إلى 110 دولار و حررا بذلك رسالة نية (مذكرة اتفاق) وتم التوقيع عليها من الطرفين، وقد تضمن هذا الاتفاق شرطا يقضي باعتماد الإتفاق من مجلس إدارة شركة جيتي، وعليه، قام الطرفان بنشر إعلان عن إبرام اتفاق مبدئي (رسالة نية)، متضمن الإشارة إلى أن نفاذه يتوقف على توقيع العقد النهائي.

و خلال التحضير لإبرام العقد النهائي، تدخلت شركة تكساسو Tixco في الصفقة وأجرت مفاوضات سرية مع شركة جيتي من أجل شراء أسهمها بدلا من شركة بنزوايل، وعرضت مبلغ 128 دولارا للسهم الواحد.

أسفرت هذه المفاوضات السرية بين شركة تكساسو و شركة جيتي على توقيع مذكرة تفاهم بين الطرفين، تضمنت الإتفاق على شراء شركة تكساسو لشركة جيتي بقيمة

(1) UGO. DREATTA, ET, RAPH, LAKE. Lettre d'intention et responsabilité précontractuelle. Rev. Droit des affaires International. N. 7. 1993. P. 841.

إجمالية للصفقة قدرها 10 مليارات دولار، على أن تكون شركة تكساسو هي المسؤولة الوحيدة عن الصفقة في مواجهة الغير.

وعلى إثر ذلك قامت شركة بنزوايل برفع دعوى قضائية أمام محاكم تكساس لمطالبة شركة تكساسو بتعويض قدره 10 مليار دولار، بالإضافة إلى مليار دولار كجزاء على تحريضها شركة جيتي على الإخلال بالتزاماتها التعاقدية، وكان الفصل في هذه القضية يعتمد على تحديد القيمة القانونية للرسالة الموقعة بين شركة جيتي وشركة بنزوايل، وقد اعترفت المحكمة بصحة هذه الرسالة وفعاليتها حيث اعتبرت المحكمة رسالة النية في هذه القضية عقدا ملزما للجانبين، وأصدرت أمرا يقضي بإلزام شركة تكساسو بتعويض قدرة 11 مليار دولار عن إخلال شركة جيتي بالاتفاق التمهيدي.

وفي سياق إضفاء الطبيعة التعاقدية على بعض الوثائق المتداولة بين الأطراف خلال مرحلة المفاوضات، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، حيث اعتبرت محضر اجتماع تم الاتفاق فيه بين الأطراف المتفاوضة، على إنشاء شركة وتم تعيين المسير والحصص، و الذي يُظهر بأن نية الأطراف المتفاوضة قد اتجهت نحو تكوين العقد، و أن رفض أحد الأطراف إتمام الإجراءات من أجل إنشاء الشركة يعتبر إخلالا بالتزام تعاقدي، رغم أن الوثيقة هي مجرد محضر اجتماع⁽¹⁾.

وفي مقابل ذلك، يتجه القضاء الإنجليزي إلى عدم الاعتراف برسائل النية كونها ترتب التزامات قانونية.

ومن أبرز التطبيقات القضائية لذلك القضية التي تتلخص وقائعها⁽²⁾ في أن إحدى الشركات الهندية أرسلت رسالة نية إلى شركة أخرى تخبرها فيها عن رغبتها في التعاقد معها، وأبلغتها ببدء الأعمال دون إنتظار، وعلى أثر خلاف بينهما تم رفع الأمر إلى القضاء، فقررت المحكمة المختصة أن رسالة النية لم تتضمن التزاما تعاقديا، رغم بدء تنفيذ الالتزام من الطرف الأول .

و عليه يبدو واضحا من خلال أحكام القضاء، أن رسائل النية تختلف درجة الالتزام فيها بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف، و يستطيع القاضي أن يستخلص وجود الالتزام رغم انصراف إرادة الأطراف إلى عدم ترتيب أي التزام.

(1) Cass.com 28.04.1987.Bull.Cvn.104.Jounaschidt-szalewski la période précontractuelle. P 344.

(2) M. FONTAINE. Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses, PARIS, éd. FEC. 1989. P. 05.

حاصل ما تقدم، فإن اتفاق التفاوض و رسائل النية رغم اختلافهما من حيث المضمون و درجة الالتزام، فإنهما يعتبران في مجال المعاملات التجارية الدولية من أهم المستندات و العقود التي تلجأ إليها الأطراف، من أجل إثبات حسن النية و الجدية في التفاوض، و ذلك من أجل إضفاء الثقة و الأمان على المفاوضات.

الفرع الثاني

التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات التي ترتب التزامات تعاقدية

إن إطلاق العنان لمبدأ حرية التعاقد في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، لاسيما في مرحلة المفاوضات قد يؤدي إلى مفاوضات غير جادة، تكون سببا في إضاعة الوقت والمال و الجهد، وبالتالي إلحاق ضررا أكيدا بأحد أطراف التفاوض.

وعليه تحرص الأطراف المتفاوضة خلال مرحلة التفاوض على العقد على وضع إطار حمائي للمفاوضات ضد خطر قطعها دون سبب جدي أو موضوعي، حيث تلجأ الأطراف إلى إفراغ مختلف المراحل التي تمر بها العملية التفاوضية في قالب اتفاقي، عن طريق إبرام سلسلة من العقود و الاتفاقات المرتبة لالتزامات تعاقدية.

وتختلف الغاية من إصدار هذه العقود والاتفاقات الملزمة بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف، فقد تكون الغاية من إبرام هذا النوع من العقود والاتفاقات هي الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وهي بهذا المعنى تنتمي إلى مرحلة المفاوضات وتبقى خاضعة لأحكامها، وقد يكون المراد من هذه الاتفاقات و العقود هو الاتفاق على بعض العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، و هو يشكل في حد ذاته كيانا عقديا مستقلا يضمن تحقيق أهدافه بصورة جزئية و مؤقتة، و إن كان يبقى معلقا بالعقد النهائي كما هو الحال بالنسبة لعقد الإطار و العقد المؤقت والعقد الجزئي.

ويكتنف هذا النوع من الاتفاقات والعقود في مجال مفاوضات عقود التجارة الدولية الكثير من الغموض و الإبهام، وعليه سيتم إجراء مقارنة بين عقد التفاوض وهذه الاتفاقات والعقود التي تحدث خلال مرحلة المفاوضات، وتتسم بطابعها الإلزامي وذلك للوقوف على نقاط التشابه والاختلاف من خلال استعراض أهم هذه العقود و الاتفاقات، وهي الأكثر استخداما في الواقع العملي، و تتمثل أساسا في عقد الإطار و الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل، و العقد الجزئي والعقد المؤقت وذلك على النحو التالي.

أولاً: التمييز بين عقد التفاوض وعقد الإطار:

في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، تحرص الأطراف المتفاوضة عادة على وضع إطار لتنظيم المفاوضات في شكل اتفاقات و عقود تمهيدية، أو تحضيرية تهدف إلى تسهيل التفاوض وإبرام العقد النهائي، خاصة إذا كانت الأطراف المتفاوضة تنوي إبرام سلسلة من العقود ذات طبيعة واحدة، مثل عقود التوريد أو عقود نقل التكنولوجيا أو عقود المقاوله من الباطن، أو عقود التنقيب و استخراج الثروات الطبيعية، فيقوم الأطراف في هذا النوع من العقود بتحديد الشروط الرئيسية التي تبرم على أساسها العقود اللاحقة في المستقبل، وتسمى هذه العقود اللاحقة بعقود التطبيق أو عقود التنفيذ لعقد الإطار.

ويعرف جانب من الفقه عقد الإطار بأنه " ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة، و هي العقود التي تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ" (1).

في حين يعرفه جانب آخر من الفقه على أنه "ذلك العقد الذي يهدف إلى تحديد القواعد الأساسية، التي تخضع لها العقود التي تبرم في المستقبل" (2).

يتضح من خلال التعريفين السابقين أن عقد الإطار يتعلق بعقود التطبيق وبعقود التنفيذ، وقد ينص على عناصر شكلية، وقد يتناول عناصر أساسية تتعلق بالموضوع، كما أنه قد ينظم بعض البنود أو الشروط الخاصة بالعقود التي ستبرم في المستقبل (3).

ويتميز عقد الإطار كذلك بكونه عقدا مستقلا عن العقود التطبيقية، له كيانه الخاص فلا يكفي الاتفاق على عقد الإطار لقيام عقود التطبيق، وإنما يجب أن يتفق الطرفان كذلك على كل عقد يريدان إبرامه على أساس عقد الإطار (4).

أما بالنسبة للآثار المترتبة عن عقد الإطار، فإن هذا الأخير يرتب التزامات إيجابية تتعلق بكيفية إبرام وتنفيذ عقود التطبيق، كما قد يرتب عقد الإطار التزامات سلبية كشرط القصر، وهو الشرط الذي يلتزم بموجبه أحد الطرفين أو كلاهما بعدم إبرام عقد تطبيق مماثل مع الغير، ومثال ذلك الشرط الذي يلزم المورد في عقد التوريد بأن يقتصر على توزيع السلع التي تورد إليه من الطرف الثاني، بحيث يكون هذا الأخير هو المصدر

(1) سمير عبد السميع الأوزن، مرجع سابق، ص 73.

(2) هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، بيروت، 1999/1998، ص 270.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 212.

(4) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 507.

الوحيد للسلع التي يوزعها، كذلك الشرط الذي يحرم على الموزع تجاوز ثمن معين في العقود التي يبرمها مع عملائه⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالجزاء المترتب عن إخلال أحد الطرفين بالالتزامات التي يرتبها عقد الإطار، فإن الطرف المضرور يستطيع أن يطلب عن طريق القضاء التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً، أو بفسخ العقد بسبب عدم وفاء المدين بالتزاماته، مع الحكم له بالتعويض⁽²⁾.

وعليه، يبدو وجه الشبه واضحاً بين عقد التفاوض وعقد الإطار، في أن كليهما يندرج في نطاق العقود التمهيديّة أو التحضيرية التي تسهل إبرام العقد النهائي أو اللاحق، وهذا النوع من العقود والاتفاقات يتطلب توافر رضى مستقل عن التراضي الذي ينعقد به العقد النهائي أو اللاحق، كما أن عقد التفاوض وعقد الإطار يتفقان في كون أن الإخلال بالالتزامات المترتبة عنهما، يؤدي إلى قيام المسؤولية وما تستوجبه من إثبات للخطأ العقدي، جبر الضرر.

أما بالنسبة لأوجه الاختلاف، فإن عقد الإطار يختلف بشكل واضح عن عقد التفاوض، على أساس أن عقد الإطار يتضمن الشروط الجوهرية التي تبرم على أساسها العقود اللاحقة أو عقود التنفيذ، ذلك أن الالتزام الوحيد الذي يرتبه عقد الإطار هو الالتزام بمراعاة تلك الشروط⁽³⁾ الواردة فيه عند إبرام العقود اللاحقة أو عقود التنفيذ في المستقبل، مع الإشارة هنا إلى أنه لا يشترط لصحة عقد الإطار تعيين كافة العناصر أو الشروط الجوهرية للعقد النهائي (عقد التطبيق)، وإنما يكون تعيين العناصر الجوهرية لازماً عند إبرام العقد النهائي.

(1) مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 303.
(2) لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بأن عقد الإطار هو عقد مستقل عن عقود التطبيق اللاحقة له حيث انتهت إلى أن عقد إطار التوريد لا يلزم طرفيه ببيع البضاعة ودفع الثمن في الحال لكن يمهد لهذا النوع من البيوع فقط. / نقض تجاري فرنسي 1968/10/15- دلويز 1969 ، ص 115. / بلحاج العربي، الجوانب القانونية قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص 211.

(3) ينبغي الإشارة هنا وبصدد الشروط التي يجب توافرها في عقد الإطار أنه على المستوى العملي تظهر صعوبات فيما يتعلق بتحديد الثمن في عقد إطار التوريد حيث عادة ما يستغرق عقد التوريد مدة طويلة مما يجعل مسألة تحديد الثمن فيه غاية في الصعوبة فكيف يمكن تحديد ثمن المنتج وهو لن يورد إلا بعد مدة زمنية طويلة، لقد ظهرت هذه الصعوبة خاصة في عقد إطار توريد الوقود (البنزين) حيث كان العقد لا يتضمن في الغالب تحديد ثمن الوقود الذي يتعين توريده إلى محطة البنزين في المستقبل نظراً لتوقف تحديد الثمن على عوامل مستقبلية عديدة منها تكلفة الإنتاج ومتطلبات الأسعار، وكان تحديد الثمن في عقد الإطار يتم من خلال الإحالة إلى قوائم الأسعار التي تتعامل بها شركة البترول وقت التوريد وتحديد الثمن على هذا النحو يعني أن الأسعار تحددتها الشركة لوحدها سلفاً وتكون مفروضة من أحد الطرفين على الطرف الآخر. / مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 516.

في حين أن عقد التفاوض لا يتضمن الشروط أو العناصر الجوهرية للعقد النهائي، بل يتضمن فقط الإلتزامات التي ينبغي للأطراف مراعاتها أثناء التفاوض، وهي الإلتزام بالتفاوض ومواصلته ومراعاة مقتضيات حسن النية.

كما يختلف عقد التفاوض عن عقد الإطار في أن هذا الأخير يلتزم طرفيه، بأن لا يأتي عقد التطبيق الذي يبرم في المستقبل مخالفا للشروط الواردة في عقد الإطار، بينما الأمر ليس كذلك في عقد التفاوض الذي يلزم الأطراف المتفاوضة بالتفاوض حول كافة شروط العقد المراد إبرامه، دون الخضوع في ذلك لأي شرط من شروط العقد النهائي.

يتضح من خلال العرض السابق أن عقد التفاوض وعقد الإطار هما من العقود التمهيديّة أو التحضيرية التي فرضها الواقع العملي في مجال إبرام عقود التجارة الدولية، و ما يرتبان إلتزامات من نوع خاص حيث تلجأ الأطراف الراغبة في التعاقد إلى إبرام مثل هذا النوع من العقود من أجل تسهيل إبرام العقود النهائية أو اللاحقة، فإذا كان عقد التفاوض يهدف إلى رسم الإطار الإجرائي الذي ينبغي على الأطراف المتفاوضة سلوكه خلال المفاوضات، فإن عقد الإطار يهدف إلى تحديد الشروط الرئيسية التي ينبغي على الأطراف المتعاقدة مراعاتها عند إبرام عقود التطبيق أو التنفيذ.

ثانيا: التمييز بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد والوعد بالتمضييل:

يقتضي مبدأ حرية التعاقد أن الشخص يبقى حرا في اختيار الطرف أو الأطراف التي يتعاقد معها، بحيث يستطيع الاختيار بين شخص وآخر بحسب ما يراه مناسبا لتحقيق مصلحته.

غير أن الراغب في التعاقد، و تأسيسا أيضا على مبدأ حرية التعاقد يستطيع تقييد حريته في التعاقد، و ذلك عن طريق إصدار وعد بالالتزام بالتعاقد مع شخص معين، في حالة ما أبدى الواعد رغبة في التعاقد، و يسمى هذا الوعد بالوعد بالتعاقد، كما يستطيع كذلك الشخص تقييد حريته عن طريق الإلتزام بتمضييل شخص معين عن غيره إذا أراد التفاوض حول عقد معين في المستقبل، و يسمى هذا بالوعد بالتمضييل.

إن الخاصية الرئيسية التي يشترك فيها عقد التفاوض مع الوعد بالتعاقد والوعد بالتمضييل هي أنها عقود تقع في المرحلة التي تسبق إبرام العقد النهائي حيث تلعب دورا هاما في تسهيل إبرام العقد المنشود، وعليه يتعين التمييز بين هذه الأنواع من العقود حتى يكون كل طرف متفاوض على بينة من أمره فيما يتعلق بحدود الإلتزام التي ترتبها هذه

العقود في المرحلة قبل التعاقدية، وعليه سيتم التمييز بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد، ثم التمييز بين عقد التفاوض والوعد بالتفضيل، وذلك على النحو التالي:

1. التمييز بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد:

يعرف جانب من الفقه الوعد بالتعاقد على أساس أنه (عقد بموجبه يلتزم أحد الطرفين (ملزم لجانب واحد) أو كلاهما (ملزم للجانبين) لإبرام عقد معين في المستقبل، إذا أبدى الموعد له رغبته في التعاقد خلال فترة معينة)⁽¹⁾.

يتضح من خلال هذا التعريف أن الوعد بالتعاقد قد يكون أحادي الجانب يلزم الواعد وحده بإبرام العقد كعقد بيع العقار، وقد يكون ملزماً للجانبين أي عندما يتعهد الطرفان تبادلياً بإبرام العقد كأن يبيع أحدهما ويشتري الآخر، وتبادل الالتزامات هذا هو الذي يميز بين عقد الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، وعقد الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين⁽²⁾.

ولا يكون الوعد صحيحاً إلا إذا توفرت فيه جميع العناصر الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، فإذا كان عقد بيع مثلاً وجب أن تتوفر في الوعد عناصره الجوهرية، وهي الشيء المبيع والثلث، كما يشترط أن يفرغ الوعد بالتعاقد في شكل معين إذا كان العقد المراد إبرامه عقداً شكلياً كعقد بيع العقار مثلاً⁽³⁾.

إن الوعد بالتعاقد هو عقد كامل يبرم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعد له، وكل من الإيجاب والقبول ينصب على مجرد الوعد بالبيع لا على المبيع ذاته، و من ثم يكون الوعد بالبيع دون الوعد الكامل، فالواعد لا يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع أو ضمانه، بل يلتزم فقط بإجراء عقد البيع، في الوقت الذي يظهر فيه الطرف الآخر رغبته في التعاقد.

إن أوجه التشابه بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد تكمن في أن كليهما يعتبر من العقود التمهيديّة أو التحضيرية التي تسهل إبرام العقد النهائي، وهما عقدان حقيقيان لا يقومان إلا بتوافق إرادتين حرتين أي بصدور إيجاب و اقترانه بقبول مطابق.

كما أن كل من عقد التفاوض والوعد بالتعاقد يعتبران من صور العقود التي تبرم تدريجياً، ذلك أن إرادة الطرفين في مثل هذه العقود تمر بمرحلتين؛ المرحلة الأولى وهي

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 526.

(2) جاك غستان، المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص 30.

(3) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 46.

مرحلة إبرام العقد التمهيدي الذي يحضر لإبرام العقد النهائي والمرحلة الثانية هي مرحلة إبرام العقد النهائي⁽¹⁾.

غير أن أوجه الاختلاف بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد تبدو واضحة من زاوية أن هذا الأخير يتضمن قبولا بالعقد النهائي، سواء أكان هذا القبول من جانب واحد إذا كان هذا العقد ملزما لجانب واحد، أو قبولا متقابلا إذا كان الوعد بالتعاقد ملزما للجانبين، غير أن عقد التفاوض لا يتضمن مثل هذا القبول، فالطرفان في عقد التفاوض يلتزمان فقط بالتفاوض حول شروط العقد النهائي، التي تخضع للمناقشة والتعديل عن طريق العروض و العروض المضادة.

كما يظهر الاختلاف جليا بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد، في كون هذا الأخير يشترط فيه أن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه على نحو لا تقوم معه الحاجة إلى اتفاق لاحق لتحديدها، وهذا ما ذهبت إليه المادة 71 من القانون المدني الجزائري بقولها (الاتفاق الذي يعد به المتعاقدين، أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها).

وعليه فإن عقد بيع العقار مثلا لا بد أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، من تراضي حول ثمن الشيء المبيع، وأن يستوفي الشكل المطلوب قانونا طبقا لنصت عليه المادة 324 مكرر/ 1 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

غير أن عقد التفاوض لا يشترط فيه أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه، بل الالتزام الوحيد الذي يتضمنه هذا العقد هو أن يلتزم كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالتفاوض والاستمرار فيه، طبقا لما يتطلبه مبدأ حسن وشرف التعامل.

كما يظهر كذلك الاختلاف بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد، في أن هذا الأخير ينعقد فيه العقد النهائي بمجرد أن يبدي الموعود له رغبة في التعاقد دون الحاجة إلى وجود تراضي جديد، بينما في عقد التفاوض يتطلب الأمر لانعقاد العقد النهائي توافر تراضي جديد بين الطرفين المتفاوضين.

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام في القانون الكويتي، الجزء الأول، المجلد الأول والثاني، مطبعة جامعة الكويت، 1982، ص 475.

(2) و التي جاء فيها (زيادة عن الأمور التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار،..).

وفي حالة ما إذا تقاعس أحد الطرفين عن إبرام العقد النهائي في الوعد بالتعاقد، فإن الطرف الآخر يستطيع إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد ومتى صدر الحكم بصحة التعاقد فإن القاضي يحكم بصحة العقد، ويحل الحكم محل العقد النهائي وهذا ما قضت به المادة 72 من القانون المدني الجزائري بقولها (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لإتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة لإتمام العقد، فإن الحكم يقوم مقام العقد) .

أما في عقد التفاوض، فإذا أخل أحد المتفاوضين بتنفيذ التزامه بالتفاوض أو الاستمرار فيه، يعد مخلا بالتزام تعاقدي يترتب المسؤولية العقدية وكقاعدة عامة لا يمكن أن يحل حكم القاضي مقام العقد، وهنا يكون أمام الطرف المتضرر أن يطلب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية العقدية.

وعليه يذهب البعض إلى القول بأن عقد التفاوض أقل عمقا من عقد الوعد بالتعاقد من حيث التمهيدي لإبرام العقد النهائي، كما أنه أقل بكثير منه في إتاحة الفرصة لإبرام العقد النهائي⁽¹⁾.

2. التمييز بين عقد التفاوض وعقد الوعد بالتمضي:

كما سبق القول، فإن عقد الوعد بالتمضي هو قيد اتفاقي من القيود التي ترد على سلوك المالك الواعد بالتصرف في ملكه، مفادها عدم إمكانية تصرفه قبل الرجوع إلى المستفيد الموعد له⁽²⁾.

ويعرف جانب من الفقه الوعد بالتمضي بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه الواعد في حالة التصرف في الشيء أن يفضل الموعد له على غيره في التعاقد معه"⁽³⁾.

يتضح من خلال هذا التعريف أن الوعد بالتمضي هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما، إذا أراد التفاوض مستقبلا حول عقد معين، أن يفضل الموعد له على سائر الأشخاص الراغبين في التعاقد معه، ومن ثم فإن الواعد بالتمضي يكون ملتزما فحسب بتوجيه الدعوة إلى الموعد له، بحكم أفضليته على غيره عندما يلتزم بالتفاوض لإبرام عقد، فالواعد في هذا الاتفاق يبقى حرا من جهة إبرام أو عدم إبرام العقد النهائي، إذ يحتفظ

(1) محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 17، 18.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 306.

(3) جاك غستان، مرجع سابق، ص 30.

بكامل حريته التعاقدية، و إنما يمتنع فقط عن التعامل مع الغير قبل رفض اقتراحه بالتعاقد من قبل الموعد له المستفيد⁽¹⁾.

الأصل أن عقد الوعد بالترفضيل يكون ملزماً لجانب واحد وهو الواعد، غير أنه في بعض الأحيان قد يكون وعداً ملزماً للجانبين، كأن يعقد شخصان اتفاقاً يعد كل منهما لآخر بتفضيله على غيره إذا ما أرادا يوماً أن يتفاوضا بشأن عقد معين، وقد يكون الوعد بالترفضيل في صورة اتفاق مستقل يطلق عليه عقد التفضيل⁽²⁾، وقد يكون شرطاً مدرجاً في عقد آخر يطلق عليه شرط التفضيل⁽³⁾.

وعليه، فإذا نشأ الوعد بالترفضيل صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروط صحته، فإنه يترتب التزاماً في ذمة الواعد بالترفضيل، وذلك بإعطاء الأولوية للمستفيد كمتفاوض إذا ما قرر في المستقبل إبرام العقد، وهذا الالتزام ذو شقين شق سلبى و شق إيجابى⁽⁴⁾. ويتضمن الشق السلبى بأن يلتزم الواعد بالامتناع عن إبرام عقد في المستقبل قبل أن يعرضه على المستفيد، أما الشق الإيجابى، فهو أن يلتزم الواعد بعرض إبرام العقد محل التفضيل في حالة اتخاذ قرار إبرامه في المستقبل، وذلك بتوجيه الدعوة للدخول معه في التفاوض بهدف إبرام العقد النهائى⁽⁵⁾.

يتضح من خلال ما تقدم، أن عقد التفاوض والوعد بالترفضيل هما من العقود التحضيرية أو التمهيديّة الشائعة الاستخدام في مجال عقود التجارة الدولية، تهدف إلى تسهيل إبرام العقد النهائى في المستقبل، وأنهما عقدان حقيقيان لا يتمان إلا بتوافق إرادتين حرتين عن طريق تبادل الإيجاب والقبول بين الطرفين سواء بالتفاوض أو بالالتزام بالترفضيل في عقد الوعد بالترفضيل، فضلاً عن ذلك، فإن كل من عقد التفاوض وعقد الوعد

(4) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 299.

(1) قد يرد الالتزام بالترفضيل في شكل عقد مستقل عن العقد المراد إبرامه، ويظهر ذلك في الواقع العملي في مجال عقد بيع العقار، كأن يرغب شخص معين في شراء منزل معين غير أن مالك المنزل لا يريد بيعه في الوقت الحالي فيبرم الراغب في شراء ذلك المنزل عقداً مع صاحبه يعد فيه هذا الأخير بأن يفضل على غيره في حالة ما إذا قرر بيع هذا المنزل في وقت لاحق. / علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 531.

(2) حيث يدرج في العقد الأصلي عقد يقضي بالترفضيل سواء لمصلحة البائع أو المشتري، ومثال ذلك أن يشتري شخص ما قطعة أرض لعمل مشروع عليها ويتوقع حدوث توسيعات في المستقبل في مشروعه، وتكون هذه القطعة ضمن مساحة أكبر يمتلكها البائع، فيشترط على البائع في عقد البيع أن يفضل على أي شخص آخر إذا ما قرر في المستقبل بيع المساحة المتبقية من الأرض. / علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 532.

(3) هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 259.

(4) إن الجزاء المترتب عن الإخلال بالوعد بالترفضيل من قبل الواعد هو قيام المسؤولية العقدية في جانب الواعد وهنا فإن الموعد له يستطيع فقط رفع دعوى من أجل الحصول على التعويض ولا يمكنه إجبار الغير على عدم تنفيذ العقد الذي أبرمه الواعد مع الغير على اعتبار أنه ليس طرفاً في ذلك العقد. غير أن محكمة النقض الفرنسية وفي قرار حديث لها للعرفه مجتمع مؤرخ في 2006/03/26 قضت بأحقية الموعد له في الوعد بالترفضيل في طلب إبطال العقد لأنه يدخل في مفهوم الغش، فضلاً عن أحقية الموعد له في الحل محل الغير الذي تعاقد معه الواعد شريطة أن يكون هذا الغير عالماً بوجود ذلك الوعد وبرغبة الموعد له في إبرام العقد. / بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 350، 306.

بالتفضيل لا ينشأن التزامات بإبرام العقد النهائي، وإنما يولد عقد التفاوض مجرد الإلتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، أما الوعد بالتفضيل فيرتب التزام في ذمة الواعد بتفضيل الموعد له في حالة اتخاذه قرار إبرام العقد بالتفاوض معه، ويؤدي الإخلال بالالتزامات المترتبة سواء عن عقد التفاوض أو عقد الوعد بالتفضيل، إلى قيام المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها⁽¹⁾.

غير أن الاختلاف بين عقد التفاوض وعقد الوعد بالتفضيل يكمن في أن عقد التفاوض يرتب التزاما على طرفيه بالتفاوض، بشأن العقد المراد إبرامه في المستقبل، بينما عقد الوعد بالتفضيل لا يرتب مثل هذا النوع من الإلتزام، إلا في حالة ما إذا قرر الواعد الدخول في مفاوضات مع الموعد له فيما يتعلق بالعقد النهائي.

كما يختلف عقد التفاوض عن عقد الوعد بالتفضيل، بأن عقد التفاوض هو عقد ملزم للجانبين، بينما عقد الوعد بالتفضيل هو في الغالب الأعم يكون ملزما لجانب واحد وهو الواعد، غير أنه قد يكون وعدا ملزما للجانبين، ومثال ذلك أن يلتزم شخصان في عقد يعد فيه كل منهما الآخر بتفضيله على غيره إذا أراد يوما التفاوض بشأن عقد معين.

مجمل القول، أن عقد التفاوض وعقد الوعد بالتفضيل من العقود التمهيديّة أو التحضيرية التي تمهد لإبرام العقد النهائي وهما من إفرازات واقع التجارة الدولية، التي تتطلب دائما التيسير في أداء عملياتها، كما تتطلب إحاطة تلك العمليات بأدوات حمائية لإضفاء الثقة المشروعة عليها.

ثالثا: التمييز بين عقد التفاوض والعقد الجزئي و العقد المؤقت:

إن المشكلة التفاوضية مهما بلغت درجة تعقيدها وصعوبتها، فإنه يمكن التغلب عليها وذلك بتجزئتها إلى أجزاء بدلا من تناولها دفعة واحدة، وهذا ما تواتر عليه التعامل التجاري الدولي، لاسيما فيما يتعلق بالعقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، حيث تقوم الأطراف المتفاوضة بتدوين ما تم الاتفاق عليه في عقود جزئية أو مرحلية، وذلك من أجل تثبيت ما تم الاتفاق عليه، حتى لا تعود الأطراف إلى مناقشة المسائل التي تم الاتفاق عليها مرة أخرى، كما أن صعوبة المفاوضات قد تدفع الأطراف المتفاوضة، إلى إبرام اتفاقات أو عقود مؤقتة، من أجل تنظيم مسألة معينة تتعلق بالمسار الإجرائي للمفاوضات خلال مراحلها المختلفة، أو حتى بعد انتهائها.

(1) هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 264.

إن لجوء الأطراف إلى مثل هذا النوع من الاتفاقات التمهيديّة أو التحضيرية، يعكس في حقيقة الأمر سعي الأطراف الراغبة في التعاقد إلى البحث عن الوسائل والأدوات السهلة، من أجل إضفاء الثقة المشروعة على العملية التفاوضية. وعليه سيتم تحديد معالم ووظائف كل من العقد الجزئي و العقد المؤقت، وذلك من خلال إجراء مقارنة بينهما و بين عقد التفاوض، و ذلك على النحو التالي:

1. التمييز بين عقد التفاوض والعقد الجزئي(1):

يعرف جانب من الفقه الاتفاق الجزئي أو المرحلي بأنه "اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات، ويحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من حسمها، والاتفاق عليها"(2).

كما يعرفه البعض الآخر بأنه "ذلك العقد الذي يتوصل إليه الطرفان في أثناء المفاوضات، و بموجبه تحسم المسائل التي تم الاتفاق عليها أول بأول"(3).

يتضح جليا من خلال التعريفين السابقين أن العقد الجزئي أو المرحلي، هو تعبير عن اتجاه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى إفراغ الشروط أو العناصر التي تم حسمها والاتفاق عليها في قالب اتفاقي في لحظة معينة من لحظات التفاوض على العقد النهائي، والهدف منه هو ألا تعود الأطراف المتفاوضة إلى مناقشة تلك النقاط أو العناصر التي تم حسمها مرة أخرى، وبهذا المعنى، فإن العقد الجزئي يعد خطوة باتجاه إبرام العقد النهائي محل التفاوض.

إن علاقة العقد الجزئي بالعقد بالأصلي تختلف بحسب أهمية العملية التفاوضية، فإذا كان العقد المراد إبرامه من العقود المركبة، فإن الأطراف المتفاوضة تقوم بتجزئة إبرام العقد الأصلي إلى اتفاقات أو عقود جزئية، يتناول كل عقد منها جزءا أو موضوعا معيناً من موضوعات العقد الأصلي، وفي هذه الحالة يشكل الاتفاق جزءاً من مجموع تعاقدى Ensemble contractuel يتألف من عدة عقود، تنظم عملية واحدة يسعى الأطراف إلى تحقيقها، ومن أبرز تطبيقاتها عقود تشييد المصانع وتسليم المفتاح في اليد(4).

(1) وهذا النوع من العقود نشأ في بداية الأمر في الفقه الألماني، ثم انتشر وذاع بعد ذلك في سائر البلدان الأخرى مع أن التقنين الألماني لم يأخذ بنظرية العقد الجزئي./ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 142.

(2) محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص 142.

(3) علي فيلاي، الالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 277.

(4) أبو العلا أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 54.

وقد يكون العقد الجزئي جزءا من عقد تسعى الأطراف إلى إبرامه، و في هذه الحالة يتضمن العقد الجزئي بعض عناصر العقد النهائي أو عنصرا من عناصره، فتتعدد العقود الجزئية في إطار عقد واحد، ومن ذلك الاتفاقات التي تتم خلال المفاوضات والتي تتعلق بالموصفات الفنية، بعقد موقع من الطرفين بصفة حاسمة، ثم الاتفاق على الأسعار وتفاصيلها بعقد جزئي آخر⁽¹⁾.

إن العقد المرحلي أو الجزئي هو من العقود الملزمة للجانبين يرتب التزامات متقابلة، وجوهر الالتزام فيه هو ألا تعود الأطراف من جديد إلى مناقشة ما تم الاتفاق عليه بالفعل، وهذا الالتزام يعد مظهر من مظاهر الالتزام بالتعاون الذي يقع على عاتق الطرفين بمجرد الدخول في المفاوضات وهنا يتقاطع هذا العقد مع عقد التفاوض، ذلك أن هذا الأخير يفرض على الأطراف المتفاوضة مواصلة التفاوض على العناصر والمسائل التي لم تحسم بعد بغرض التوصل إلى اتفاق بشأنها⁽²⁾.

فإذا رفض أحد الطرفين مواصلة التفاوض بشأن المسائل المتبقية دون سبب جدي أو موضوعي، يعتبر خطأ يستوجب قيام المسؤولية العقدية.

يتضح من خلال العرض السابق للعقد الجزئي أو المرحلي، أن هذا الأخير يتفق مع عقد التفاوض في كونهما يحدثان في مرحلة المفاوضات على العقد النهائي، فهما ينتميان إلى طائفة العقود التمهيديّة أو التحضيرية، والتي تسهل إبرام العقد النهائي.

وعليه، فإن عقد التفاوض والعقد الجزئي يرتبان إلتزامات من نوع خاص تتعلق أساسا بمرحلة المفاوضات، ويؤدي الإخلال بتلك الإلتزامات إلى قيام المسؤولية العقدية إذا توفرت شروطها، غير أن جوهر الاختلاف بين عقد التفاوض و العقد الجزئي يكمن في أن العقد الجزئي يرد على بعض عناصر العقد النهائي، حيث يتضمن بعض الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فيتم صياغة تلك الشروط المتفق عليها وإفراغها في عقد جزئي من أجل تثبيتها، وعدم الرجوع إلى مناقشتها مرة أخرى، وعلى ضوء العقد الجزئي يتم مواصلة التفاوض من أجل الاتفاق على العناصر المتبقية، أما بالنسبة لعقد التفاوض فلا وجود لمثل هذه الشروط بل ينصب هذا العقد على مجرد الإلتزام بالتفاوض و مواصلته بحسن نية، من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 556.

(2) علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 650.

مجمل القول، أن العقد الجزئي أو المرحلي وعقد التفاوض هما من صور العقود التمهيديّة التي ظهرت حديثاً استجابة لواقع المعاملات التجارية الدولية، الذي يتطور باستمرار، ويهدفان إلى توفير قدر كبير من الثقة والطمأنينة للأطراف المتفاوضة خلال مرحلة التفاوض على العقد النهائي.

2. التمييز بين عقد التفاوض والعقد المؤقت:

بالنظر إلى تعدد وتشعب موضوعات و جوانب العملية التفاوضية، تلجأ الأطراف المتفاوضة في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، إلى تنظيم عملية التفاوض على العقد النهائي بواسطة اتفاقات، وعقود مؤقتة تنتهي من حيث الأصل بانتهاء مرحلة المفاوضات، و هي بهذه الصفة تعتبر اتفاقات تهدف إلى تسهيل إبرام العقد النهائي. و يعرف جانب من الفقه، العقد المؤقت بأنه (ذلك الاتفاق الذي ينشأ على عاتق أحد الطرفين أو كلاهما إلتزامات مؤقتة، لتنظيم العلاقة بينهما أثناء فترة المفاوضات على العقد، أو عند فشله)⁽¹⁾.

يتضح من هذا التعريف أن العقد المؤقت هو عقد تمهيدي يهدف إلى تنظيم عملية التفاوض على العقد النهائي، و يرتب إلتزامات مؤقتة، ترتبط أساساً بمرحلة المفاوضات. إن مضمون العقد المؤقت، يختلف بحسب اختلاف محله أو الغاية من إبرامه، فقد يتناول العقد المؤقت نفس موضوع العقد النهائي، والمثال التقليدي الذي يسوقه الفقه في هذا المجال هو ما يعرف بعقد التجربة، و الذي يسمح للطرفين باختيار العقد النهائي، و ذلك بتنفيذه خلال مدة زمنية معينة⁽²⁾، و قد ينظم العقد المؤقت موضوعاً يختلف عن موضوع العقد النهائي، و يحدث ذلك على وجه الخصوص في عقود نقل التكنولوجيا، حيث ينصب العقد المؤقت على حماية المعلومات خلال مرحلة المفاوضات غير المشمولة بحماية براءة الاختراع لما تنطوي عليه من أهمية اقتصادية كبيرة بالنسبة لحائزها. و عليه، ومن أجل تفادي وقوع هذه المعلومات في يد متفاوض غير نزيه، يستلزم الأمر إبرام عقد مؤقت ينظم بصفة مؤقتة، السلوك الذي ينبغي اتباعه من قبل الأطراف المتفاوضة اتجاه المعلومات محل التفاوض⁽³⁾.

(1) محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 147.
(2) يعتبر عقد العمل من أكثر العقود التي تيرم تحت التجربة، حيث يمكّن رب العمل من التحقق من إمكانيات العامل وقدرته على أداء ذلك العمل، كما يمكّن في المقابل العامل من معرفة ظروف العمل، وذلك من أجل التمهيد لإبرام العقد النهائي. / محمد حسين عبد العال، المرجع نفسه، ص 162.
(3) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 560.

بالإضافة إلى ذلك، فقد يكون موضوع الاتفاق المؤقت يتعلق بتحديد المدة الزمنية التي تستغرقها عملية التفاوض⁽¹⁾ على العقد، أو كيفية توزيع نفقات التفاوض، أو قد يتضمن حظر إجراء مفاوضات موازية مع الغير، كما يمكن للطرفان أن يتفقا من خلال العقد المؤقت على الإعفاء⁽²⁾ أو التخفيف⁽³⁾ من المسؤولية في مرحلة المفاوضات.

يتضح من خلال بيان مفهوم العقد المؤقت، أن هذا العقد يندرج في نطاق العقود التمهيديّة أو التحضيرية، التي تنظم مرحلة التفاوض على العقد النهائي شأنه في ذلك شأن عقد التفاوض، و يتفق عقد التفاوض مع العقد المؤقت في أن كليهما لا يرتبان التزاما بإبرام العقد النهائي، و لا يتضمنان الشروط الجوهرية للعقد النهائي التي يجري التفاوض على أساسها، كما أن الإخلال بالالتزامات المترتبة سواء على العقد المؤقت أو عقد التفاوض، يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.

غير أن جوهر الاختلاف بين عقد التفاوض والعقد المؤقت، يكمن في أن هذا الأخير لا يرتب التزاما بالتفاوض على العقد النهائي ومواصلته، كما هو الشأن بالنسبة لعقد التفاوض، وإنما تلتزم أطرافه فقط بتنظيم المفاوضات، وذلك بترتيب التزامات معينة تنتهي كقاعدة عامة بانتهاء المفاوضات.

حاصل ما تقدم، وبالنظر إلى القصور التشريعي إزاء مرحلة التفاوض على العقد في مجال عقود التجارة الدولية، و بالنظر أيضا إلى المخاطر التي تحيط بالعملية التفاوضية، فإن الأطراف المتفاوضة تبحث دائما عن الوسائل و الأدوات الفاعلة، من أجل تلافي العقبات والصعوبات التي قد تعترض طريق المفاوضات، وتعد العقود و الاتفاقات التمهيديّة كما سبق بيانها إحدى أهم الوسائل التي تستخدمها الأطراف المتفاوضة من أجل

(1) المبدأ العام أن لا يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض، بل يتركان ذلك لظروف الصفقة المتفاوض عليها غير أنه يتعين على الأطراف المتفاوضة ألا تبالغ في الوقت المخصص للمفاوضات، فقد يؤدي ذلك إلى ركود عملية التفاوض وتمييع الصفقة وفشلها تماما نتيجة للظروف الاقتصادية المتغيرة، لذلك يفضل الأطراف عند الحاجة الاتفاق على مدة معينة تستغرقها المفاوضات، حيث يتم تقسيم المفاوضات إلى عدة مراحل وتحديد مدة كل مرحلة./

BERENGERE LASSALL, Les pourparlers. Rev. De la recherche juridique.N 03.1994.
P 836

(2) لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية بالمخالفة لقاعدة من قواعد النظام العام كالاتفاقيات الدولية التي تضع حدا أقصى وحدا أدنى للمسؤولية، وتلتزم الدولة الجزائرية بها بحكم انضمامها إليها./ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 566.

(3) وطبقا لنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري، فإنه يجوز التشديد من المسؤولية إلى حد أن يصل ذلك إلى تحميل المدين المسؤولية عن السبب الأجنبي أو القوة القاهرة، كما يجوز حسب نفس المادة أن يتفق الطرفان على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها كان يشترط المتفاوض ألا تتجاوز مسؤوليته مبلغا معيناً بصرف النظر عن قيمة الضرر حيث جاء في نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب عن تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي."

تسهيل إبرام العقد النهائي، وتأمين المفاوضات ضد خطر قطعها دون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر جدي أو موضوعي.

وهذه العقود والاتفاقات في مجال إبرام العقود التجارية الدولية كثيرة ومتنوعة، وتختلف مضامينها وأهدافها من عملية تفاوضية إلى أخرى، كما تختلف كذلك من حيث قوتها الملزمة، وذلك بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف، فقد ترغب الأطراف في جعلها ذات قيمة تعاقدية وقد تجردها من القوة الملزمة عن طريق الاتفاق أيضا، وذلك بالنص على أن هذه الوثيقة لا ترتب التزامات تعاقدية.

وفي هذا الصدد ينبغي على الأطراف المتفاوضة أن تتوخى الحيطة والحذر عند صياغة هذه العقود والاتفاقات، والاستعانة بأشخاص متخصصين في مجال القانون، لأن الطرف المتفاوض قد يجد نفسه في دائرة الالتزام التعاقدية دون أن تتجه إرادته فعلا إلى ذلك، كما تعد هذه العقود والاتفاقات أدوات إثبات في حالة النزاع، كما يعتمد القاضي عليها أيضا في استخلاص النية الحقيقية لأطراف التفاوض، وهذا ما تؤكد بعض أحكام القضاء كما سبق بيانها.

الفصل الأول

الالتزامات المترتبة
عن عقد التفاوض

الفصل الأول: الالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض

إذا نشأ عقد التفاوض صحيحاً، مستوفياً لجميع أركانه وشروط صحته، فإنه يترتب مجموعة من الإلتزامات، منها ما يتعلق بعملية التفاوض ذاتها من حيث تنظيم السير الإجرائي لها، من لحظة الاتفاق على التفاوض والدخول الفعلي في المفاوضات، وتتبع مسيرتها وصولاً إلى لحظة انتهائها، عندما يتوصل الطرفان إلى حسم جميع المسائل محل التفاوض.

إن الإلتزامات المترتبة عن عقد التفاوض، والتي تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة، تهدف في جوهرها إلى ضمان الجدية في التفاوض، حتى لا تكون المفاوضات مجرد وسيلة يستخدمها المتفاوض من أجل تحقيق بعض مصالحه الشخصية، كإستطلاع حالة السوق، أو الحصول على بعض المعلومات المتعلقة بالوضعية المالية للمتفاوض معه، أو الحصول على معلومات سرية تتعلق بمنتوج معين، من أجل استخدامها أو إفشائها للغير، كما قد يكون الهدف من الدخول في المفاوضات إلهاء المتفاوض الآخر، وتنيه عن التعاقد مع الغير، من أجل تفويت مكسب معين، أو ربح مؤكد.

إن الإلتزامات التي يفرضها عقد التفاوض ترمي أيضاً إلى أن تكون إرادة الأطراف المتفاوضة، متنورة فيما يتعلق بظروف وملابسات العملية التفاوضية، وذلك بتمكين الطرف الآخر من الحصول على جميع المعلومات والبيانات التي من شأنها التأثير على اتخاذ قرار التعاقد من عدمه، ومن ثم فبمجرد توجيه الدعوة إلى التفاوض من قبل أحد الطرفين، و قبولها من الطرف الآخر، يترتب عن هذا الاتفاق التزام جوهري وأساسي، و هو الإلتزام بالتفاوض عن طريق البدء والاستمرار فيه، ويقع هذا الإلتزام على عاتق الطرفين دون الحاجة إلى النص عليه، والإلتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، يقتضيان الخضوع لقاعدة سلوكية أساسية، وهي التفاوض وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل، وهو يعد كذلك التزاماً يترتبه عقد التفاوض بجوار الإلتزام بالتفاوض.

ويتفرع عن هذين الإلتزامين، التزامات أخرى يختلف مضمونها من عملية تفاوضية إلى أخرى، وذلك بحسب طبيعة العقد المراد إبرامه، وكذلك ما تتجه إليه إرادة الأطراف المتفاوضة في ترتيب بعض الإلتزامات، بحكم حاجة الأطراف المتفاوضة إليها من أجل تأمين المفاوضات ضد كل ما من شأنه أن يؤدي إلى فشلها، أو إلحاق الضرر بأحد طرفيها، وهذا النوع من الإلتزامات في الواقع العملي، لا يمكن حصره إلا أن أهم هذه الإلتزامات و هي الأكثر شيوعاً، في مجال مفاوضات عقود التجارة الدولية، هي

الالتزام بالإعلام، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، والالتزام بحظر المفاوضات الموازية، وعليه سيتم تناول في هذا الفصل الالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض من خلال مبحثين، يتم التطرق في المبحث الأول إلى الالتزامات الأساسية، وفي المبحث الثاني إلى الالتزامات المتفرعة عنها، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الإلتزامات الأساسية.

المبحث الثاني: الإلتزامات الفرعية.

المبحث الأول

الالتزامات الأساسية

بالرغم من أن مبدأ حرية التفاوض، يكفل للشخص الراغب في التعاقد، أن يبقى حراً فيما يتعلق بالدخول في المفاوضات من عدمه، أو في الانسحاب منها في أي وقت يشاء، وذلك بالنظر إلى ما ستسفر عنه المفاوضات من نتائج، قد تتفق أو لا تتفق مع مصالحه الخاصة، إلا أن ضرورة الشعور بالأمان الذي يقتضيه استقرار المعاملات التجارية الدولية، يستوجب بدوره أن يلتزم كل طرف يرغب في التعاقد بالبدء في التفاوض والاستمرار فيه، وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل، من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، ومن ثم إذا قام كل طرف أثناء المفاوضات بتنفيذ إلتزامه فلا مسؤولية عليه، سواء أبرم العقد أم لم يبرم، لأن إبرام العقد النهائي هو أمر احتمالي، لا يلتزم الطرف المتفاوض بتحقيقه.

وعليه، حتى تتسنى الإحاطة بمختلف جوانب هذين الإلتزامين، سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يخصص المطلب الأول للإلتزام بالتفاوض، و المطلب الثاني للإلتزام بالتفاوض بحسن النية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الإلتزام بالتفاوض.

المطلب الثاني: الإلتزام بالتفاوض بحسن النية.

المطلب الأول

الالتزام بالتفاوض

يعد الالتزام بالتفاوض من أهم الالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض، ذلك أن المفاوضات تدور وجودا و عدما حول هذا الالتزام، وهذا الأخير يقع على عاتق الطرفين بمجرد إتفاقهما على التفاوض، دون الحاجة إلى النص عليه صراحة، كما أنه يقع باطلا كل اتفاق يقضي بإعفاء أحد الطرفين، أو كلاهما من هذا الالتزام⁽¹⁾.

لقد عرف جانب من الفقه عقد التفاوض، والذي سبق بيانه بأنه "ذلك الإتفاق الذي يتعهد طرفاه ببدء التفاوض ومتابعته، بقصد التوصل إلى إبرام عقد معين، وذلك من خلال منهجية موضوعية، وإجرائية يتفق عليها بينهما"⁽²⁾.

يبدو واضحا من خلال هذا التعريف، أن عقد التفاوض يترتب التزاما أساسيا وهو الالتزام بالتفاوض، و الذي يقتضي البدء بالتفاوض فضلا عن الاستمرار فيه، واعتمادا على ما ورد في التعريف، فإن الالتزام بالتفاوض ينقسم إلى شقين أساسيين، الشق الأول هو الالتزام بالبدء في التفاوض، والشق الثاني هو الاستمرار في التفاوض.

وعليه، سيقسم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الفرع الأول للالتزام بالبدء في التفاوض، أما الثاني فيخصص للالتزام بالاستمرار في التفاوض، و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الالتزام بالبدء في التفاوض.

الفرع الثاني: الالتزام بالاستمرار في التفاوض.

(1) لقد جاء أيضا في حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 26/10/1979 -الذي سبق الإشارة إليه- بأن عقد التفاوض هو (عقد بمقتضاه يتعهد الطرفان بالتفاوض أو بمتابعة التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده) /. محمد محمد أبوزيد، مرجع سابق، ص 12.

(2) محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 187.

الفرع الأول

الالتزام بالبداية في التفاوض

تبدأ المفاوضات عادة بدعوة يوجهها الطرف الراغب في التعاقد، إلى الطرف الآخر تتضمن اقتراحا بالتعاقد، ومتى لقيت هذه الدعوة إلى التفاوض قبولا من الطرف الآخر، يترتب عن ذلك التزام في ذمة الطرفين بالبداية في التفاوض، ويتضمن هذا الالتزام المبادرة باتخاذ الإجراءات اللازمة، والأعمال الضرورية لمباشرة عملية التفاوض، كالذهاب إلى مائدة المفاوضات في الموعد المتفق عليه، وفي هذه اللحظة بالذات تبدأ فعلا عملية التفاوض، حيث تجتمع الأطراف المتفاوضة، ويتم افتتاح جلسات التفاوض، التي يتم خلالها تبادل الآراء والتحاور ومناقشة المقترحات، وطرح البدائل، وإجراء الدراسات الفنية، والمالية والقانونية حول العملية التعاقدية محل التفاوض، والتي على ضوئها تتم مناقشة شروط العقد المزمع إبرامه⁽¹⁾.

إن الالتزام بالبداية في المفاوضات، هو التزام من حيث الأصل، يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين معا، حيث يكون كل طرف ملتزم في الموعد المحدد، لبداية وافتتاح المفاوضات، غير أن الالتزام بالبداية في المفاوضات قد يقع على عاتق أحد الطرفين دون الآخر، فيلتزم هذا الطرف بتوجيه الدعوة إلى الطرف الآخر، وتقديم الإقتراحات المتعلقة بالعملية التعاقدية محل التفاوض، والمثال الدارج لذلك في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، أن يكون مستورد التكنولوجيا هو الملتزم بالبداية في التفاوض، عن طريق تقديم الدراسات الأولية التي تحدد احتياجات ومواصفات التكنولوجيا محل التعاقد، و الأهداف المتوخاة من وراء استيرادها⁽²⁾.

وقد يبدو في مثل هذا الفرض، أن الالتزام بالتفاوض معلق على شرط إرادي محض، يقوم إلى جانب الملتزم به، غير أن هذا التصور غير صحيح، ذلك أن الالتزام بالتفاوض قد تقرر بطريقة جازمة وقاطعة، وكل ما في الأمر أن الوقت الذي يجب أن يتم خلاله التفاوض غير محدد، وهذا أمر يمكن حسمه من خلال الرجوع إلى النية المشتركة للطرفين، وإلى طبيعة التعامل، حيث يمكن من خلال ذلك معرفة الوقت الذي يجب أن يبدأ خلاله التفاوض، و من ثم يقع على عاتق المدين بالبداية في التفاوض أو تنفيذه في الوقت المحدد، من أجل تجنب النزاعات التي قد تثور بفعل عدم تحديد زمن البدء في

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 24.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 374.

المفاوضات، ويتعين على الأطراف تحديد وقت الإتفاق على مبدأ التفاوض نفسه، و قد يتم تحديد زمن البدء في المفاوضات وزمن الانتهاء منها في اتفاق مستقل، يسمى بالاتفاق المؤقت والذي سبق بيانه.

ومن أبرز الأحكام القضائية التي تناولت مسألة البدء في المفاوضات وافتتاحها، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 1992، وتتلخص وقائع هذا النزاع⁽¹⁾، في أن مندوب شركة التأمين، وبعد تقديم استقالته، قامت الشركة بتعيين من يقوم مقامه دون أن تنتظر الفترة التي يحق خلالها لهذا المندوب، أن يقترح على الشركة من يخلفه، وقد أيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع، والذي قضى بخطأ مسلك شركة التأمين، بأن أضعفت فرصة على المندوب بأن يفتح المفاوضات، ويقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده و تعامله بشروط أفضل.

وإذا كان في الغالب أن يحدد عقد التفاوض صراحة، من يقع عليه الالتزام بالبدء في التفاوض، أي المدة التي يباشر فيها المفاوضات، غير أنه في حالة عدم وجود اتفاق على ذلك، فإن كل طرف يلتزم بالبدء في التفاوض في المدة المعقولة.

ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال، ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية رونو الشهيرة، والتي خلصت فيها المحكمة إلى أن تلك المدة قد انقضت بسبب تقاعس رب العمل عن تقديم أي عرض إلى طالب العمل خلال مدة عدة سنوات، وتتلخص وقائعها⁽²⁾ بأن عاملا في مصانع رونو للسيارات، كان قد ترك عمله بالشركة، ليلتحق بصفوف المقاومة خلال فترة الاحتلال الألماني لفرنسا.

بعد تحرير فرنسا، أرسل العامل رسالة إلى الشركة يطلب فيها إعادة إدراجه في منصب عمله، فردت عليه الشركة برسالة تقول فيها (...تتعهد بأن تبحث من جديد إمكانية إعادتك للعمل، عندما يسمح بذلك نشاط الشركة...)، غير أن الشركة لم تفعل ذلك، رغم تحسن ظروفها الاقتصادية.

و لما عرض النزاع على محكمة الاستئناف الفرنسية، قضت هذه الأخيرة، بأن تعهد الشركة الوارد في الرسالة، هو تعهد نهائي، يلزمها بإعادة إدراج العامل في منصب

(1) Cass. Civ. 15 mai 1992. Bull. Civ. N. 143. P. 71. Rev. Tri. De Droit. Civ. 1993. P. 344. Obs. MESRES.

(2) JOANNA SCHMIDT-SZALEWSKI : La période précontractuelle en droit français. Rev. Internationale de droit comparé.N.02. 1990. P 558.

عمله فعلا، إلا أن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم، و قررت أنه يوجد اتفاق مبدئي، يلزم الشركة بأن تبحث مع العامل إمكانية إعادته إلى منصب عمله، في ضوء الظروف الاقتصادية للشركة.

يبدو واضحا من حيثيات هذا الحكم، أن محكمة النقض الفرنسية قد أقرت بوجود عقد تفاوض بين العامل و الشركة، وهو عقد ضمني استخلصته المحكمة من محتوى الرسالة التي أرسلها العامل، والذي يفرض على الطرفين الإلتزام بالبدء في المفاوضات، في مدة معقولة.

إن الإلتزام بالبدء في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة، و ليست التزاما ببذل عناية، وتفسير ذلك أن الطرف المدين بهذا الإلتزام ملزم بتحقيق هذه النتيجة، والمتمثلة في مجرد البدء في التفاوض، ومن ثم فإن امتناع المدين بهذا الإلتزام، بالبدء في التفاوض في المدة الزمنية المعقولة، يعد إخلالا بهذا الإلتزام، ويؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، ولا يستطيع المدين بهذا الإلتزام، أن يتملص من مسؤوليته بحجة أنه بذل كل جهوده، أو أنه لم يكن مقصرا أو سيئ النية⁽¹⁾، غير أن المدين بالإلتزام ببدء المفاوضات، يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه، عن طرق إثبات السبب الأجنبي الذي منعه من البدء في التفاوض.

يتضح مما تقدم أن الإلتزام ببدء المفاوضات، هو التزام جوهري يترتب عن عقد التفاوض، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، بحيث يوجد هذا الإلتزام، حتى وإن لم تعبر الأطراف عن ذلك صراحة، وأن هذا الإلتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ومن شأن تنفيذه إضفاء الجدية المطلوبة التي تستوجبها عملية التفاوض، ومن ثم ضمان استقرار المعاملات، والحيلولة دون إثارة النزاعات.

إن البدء في المفاوضات يفتح مجال الحوار والنقاش، حول مختلف جوانب العملية التعاقدية محل التفاوض، من أجل الوصول إلى بلورة مشروع مشترك، تتحدد في ضوئه حقوق و التزامات الأطراف الراغبة في التعاقد، ويتجسد ذلك واقعا عن طريق الإلتزام بالاستمرار في التفاوض و مواصلته، و هو الإلتزام الثاني الذي يترتبه الإلتزام بالتفاوض.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 387.

الفرع الثاني

الالتزام بالاستمرار في التفاوض

إن البدء في التفاوض، يستلزم بالضرورة مواصلته والاستمرار فيه، وإلا أصبح الالتزام بالتفاوض خطوة لا طائل من ورائها، وقد أكدت ذلك محكمة التحكيم الدولية، في قرارها التحكيمي رقم 3131، والذي سبق وأن أشرنا إليه، حيث قررت من خلاله أن الاتفاق على التفاوض يرتب إلزاماً تعاقدياً، بواجب متابعته والاستمرار فيه.

ويعد الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، التزاماً تبادلياً يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، يفرض عليهما التفاوض، وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل.

وإذا كان الالتزام بالبدء في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي البدء فعلاً في التفاوض ومباشرته، فإن الالتزام والاستمرار في التفاوض ومواصلته، هو التزام ببذل عناية، حيث يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، بذل كل الجهود والمسااعي وبصورة إيجابية فعالة، من أجل التوصل إلى إبرام العقد، غير أن هذا لا يعني أبداً وبأي حال من الأحوال، التزامهما بإبرام العقد النهائي⁽¹⁾.

إن الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، يقتضي ألا يقوم المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات في أي وقت يشاء، ودون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر جدي أو موضوعي، أو أن يقف المتفاوض موقفاً سلبياً تجاه كل ما من شأنه أن يعيق سير المفاوضات، بل يجب عليه بذل كل ما في وسعه من جهد للاستمرار في التفاوض، بطريقة جدية وهادفة.

في الواقع العملي فإن الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، تزداد أهميته كلما قطعت المفاوضات شوطاً كبيراً، وأوشكت على تحقيق الهدف المراد منها، مما يدفع الأطراف المتفاوضة إلى بذل مزيداً من الحرص على مواصلة مسيرة المفاوضات والانتهاؤها بها إلى المبتغى المرجو منها⁽²⁾.

(1) حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 138.
(2) JEAN CEDRAS : l'obligation de négocier. Rev. Tri. De droit de commercial. 1985 . P 279.

إن قطع المفاوضات قطعاً تعسفياً دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي يبرر هذا الانسحاب، يعد إخلالاً بالالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، ويؤدي إلى ترتيب المسؤولية.

إن الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، يستلزم من الطرفين المتفاوضين أن يعملوا على إزالة وتذليل كل الصعوبات والعقبات، التي قد تعترض طريق المفاوضات، ومن ثم فإنه من الضروري لتحقيق ذلك، عدم تضيق الخناق على الطرف الآخر إلى الحد الذي يجعله يائساً، فيقوم بما لا يمكن توقعه، كما لا يجب كذلك انتهاج أسلوب الإجبار دون المبادرة بأدنى محاولة للتنازل، وإرضاء الطرف الآخر، لأن ذلك يؤدي حتماً إلى حالة من اللاتفاوض⁽¹⁾.

ومن الأمور التي أثارت جدلاً واسعاً في هذا الشأن، الحالة التي يتفاوض فيها الأطراف حول شروط العقد المراد إبرامه، ثم يقوم أحدهم بتعليق رغبته في الاستمرار في التفاوض على تنازلات أخرى، غير متعلقة بموضوع التفاوض على الإطلاق، وهذا ما حدث بالفعل سنة 1975، عندما تقدم الاتحاد السوفياتي بطلب إلى الولايات المتحدة، لشراء صفقة قمح ضخمة لسد العجز الكبير في إنتاج القمح، والذي تسببت فيه الأضرار البالغة التي تعرض لها محصول القمح، خلال تلك المرحلة في شمال روسيا.

فعلى الرغم من السعر الممتاز الذي عرضه الروس للحصول على الصفقة، إلا أن المتفاوضين الأمريكيين انتهجوا استراتيجية متشددة، لإجبار وتضييق الخناق على الطرف الروسي، من أجل تقديم تنازلات استقزازية إلى أقصى مدى ممكن، حيث اشترط الأمريكان على الجانب الروسي، أن يتم الدفع بالذهب بدلاً من أي عملة أخرى قابلة للتحويل، والهدف هنا واضح، وهو استنزاف رصيد الذهب لدى الروس، في مقابل تقوية رصيد الذهب لدى الولايات المتحدة الأمريكية، فضلاً عن ذلك، فقد اتجه الطرف الأمريكي إلى إدراج نص، تحصل بمقتضاه الولايات المتحدة على سعر أدنى في اتفاق آخر منفصل عن ذلك، ويتعلق بصفقة بترول، إلا أنها فشلت في ذلك⁽²⁾.

وعليه، يبدو واضحاً أن نجاح إستراتيجية التفاوض خلال مسيرة المفاوضات، وبالتالي نجاح المفاوضات، يتطلب من الأطراف المتفاوضة تقديم بعض التنازلات فيما يتعلق ببعض الجوانب، على نحو يمكن أن يعود عليهم بالفائدة المشتركة، و يجب أن تكون

(1) حسن محمد وجيه، مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي والسياسي، سلسلة عالم المعرفة، القاهرة، 1990، ص 289.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 77.

هذه التنازلات متعلقة بموضوع التفاوض بصورة مباشرة، غير أنه إذا علق الاستمرار بالتفاوض على تقديم التنازلات من الطرف الآخر، لا تتعلق بصورة مباشرة بموضوع المفاوضات، فإن مثل هذا الشرط بلا شك يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية و شرف التعامل⁽¹⁾.

إن الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، يقتضي أنه في حالة توصل الطرفان إلى اتفاق حول بعض المسائل محل التفاوض، أن يلتزم كل منهما بمواصلة التفاوض حول المسائل المتبقية لحسمها، ولا يجوز لأي منهما التراجع أو المنازعة حول المسائل التي سبق الاتفاق عليها، وإذا كانت المسائل الخلافية على درجة عالية من الصعوبة والتعقيد، فإنه يتعين على الأطراف المتفاوضة إبداء قدرا من المرونة للحيلولة دون نسف العملية التفاوضية برمتها، ويقتضي الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، أنه في حالة توصل الطرفان المتفاوضان إلى اتفاق نهائي، ولم يبق سوى التوقيع على العقد النهائي، فلا يجوز لأي متعاقد التقدم بطلب غير معقول، وغير متوقع و يصير عليه بطريقة تعسفية، تؤدي إلى التمهيد لإنهاء التفاوض في آخر لحظة⁽²⁾.

غير أن هذا لا يمنع من قطع المفاوضات أو الانسحاب منها، في حالة وجود أسباب جدية أو موضوعية يستند إليها أحد الطرفين المتفاوضين في إنهاء المفاوضات، كما قد تنتهي المفاوضات لسبب خارج عن إرادة الطرفين المتفاوضين، ففي مثل هذه الحالات، فلا سبيل لقيام المسؤولية، طالما أن الطرفين المتفاوضين بذلا كل ما في وسعهما من أجل تأمين سير المفاوضات، نحو تحقيق الغرض منها.

حاصل ما تقدم، فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض ومواصلته، وما يستتبعه من ضرورة بدل كل الجهود والمسااعي، والسعي إلى إزالة كل الصعوبات والعقبات التي قد تعترض طريق المفاوضات، هو أمر جوهري و أساسي تقتضيه طبيعة المفاوضات ذاتها، باعتبار أن مضمونها الحديث ينطوي على أنها مشروع تعاوني، يبحث من خلاله الطرفان المتفاوضان على تحقيق المصالح المشتركة، وأن يحرص كل طرف متفاوض على مصلحة الطرف الآخر، ذلك أن المتفاوض المتمرس، هو الذي يستطيع إدراك احتياجات واهتمامات الطرف الآخر، من أجل الوصول إلى إيجاد الحلول وطرح البدائل الممكنة، حتى يتمكن من تلبية موقف الطرف الآخر لتحقيق مصالح الغير، دون الإضرار بمصالحه.

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 77.
(2) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 488.

يمكن القول أخيراً أن الالتزام بالتفاوض و مواصلته، يعتبر مظهر من مظاهر مبدأ قانوني عام، هو حسن النية وشرف التعامل، الذي ينبغي أن يسود المعاملات التجارية الدولية، ضماناً لاستقرارها.

المطلب الثاني

الالتزام بالتفاوض بحسن النية

يسود العلاقات التعاقدية عموماً وعقد التفاوض على وجه الخصوص، مبدأ حرية التعاقد، الذي يقتضي حرية التفاوض، حيث يخول للأطراف المتفاوضة حرية الدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها، وفقاً لما يراه كل طرف مناسباً لتحقيق مصالحه.

غير أن إطلاق العنان لحرية الأطراف في مرحلة التفاوض، قد يؤدي إلى فتح الطريق لمفاوضات غير جادة، تكون سبباً في إضاعة الوقت والجهد والمال.

إن الأطراف المتفاوضة، تجد نفسها خلال مرحلة المفاوضات أمام اعتبارات متناقضة، إذ يرغب كل طرف في أن يظل حراً في الإستمرار أو عدم الإستمرار في التفاوض، وفي نفس الوقت فإن الطرف الآخر يرغب في الحصول على ضمانات كافية، قبل الدخول في المفاوضات، من أجل الشعور بالأمان والطمأنينة، للوصول بالمفاوضات إلى الهدف المتوخى منها، ويعتبر مبدأ حسن النية وشرف التعامل، من أهم القيود التي ترد على حرية الأطراف خلال مرحلة التفاوض على العقد، وهو في نفس الوقت التزام يرتبه عقد التفاوض، ويعين على تطبيق مختلف الالتزامات التي تفرزها هذه المرحلة.

وفي هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى القول "لعل من أهم عناصر الالتزام الأساسي بالتفاوض الناشئ عن عقد التفاوض، الالتزام بحسن النية وشرف التعامل، وإذا كان عقد التفاوض كسائر العقود الأخرى، يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن الالتزام بالتعامل وفق حسن النية وشرف التعامل، يشكل قيوداً عليهما"⁽¹⁾.

غير أن تناول الالتزام بحسن نية في العقود عامة، وعقد التفاوض على وجه الخصوص، ينطوي على صعوبة كبيرة، ومرد ذلك إلى أن مصطلح حسن النية يكتنفه الكثير من الغموض و عدم الوضوح، فهو يشكل نقطة التقاء و امتزاج بين القانون

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 105.

والأخلاق، بالإضافة إلى الأدوار المختلفة التي يؤديها على مستوى التصرفات القانونية، سواء في مرحلة تكوين العقد، أو إبرامه أو تنفيذه.

وتزداد صعوبة الإقتراب من مفهوم حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، بالنظر إلى التباين بين مختلف الأنظمة القانونية المقارنة، حول الدور الذي يلعبه حسن النية في هذه المرحلة الهامة، من مراحل إعداد العقد النهائي.

وعليه، وحتى يتسنى الإلمام بمختلف جوانب هذا الالتزام، سيقسم هذا المطلب إلى فرعين، يتم في الفرع الأول مفهوم حسن النية، في الفرع الثاني صورته و موقف القانون المقارن، والاتفاقيات الدولية من تطبيقه في مرحلة التفاوض على العقد، و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم حسن النية.

الفرع الثاني: صور حسن النية وموقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من تطبيقه في مرحلة التفاوض على العقد.

الفرع الأول

مفهوم حسن النية

تدلنا الدراسات التاريخية، أن هذا المبدأ يجد أساسه في فكرة القسم والاعتقاد بوجود قوة غيبية تقرر العقاب و الثواب⁽¹⁾، ثم تبلور هذا المبدأ استنادا إلى فكرة القانون الطبيعي⁽²⁾، الذي تعبر قواعده عن قبول عقلي وتحقيق العدل، وأخيرا استقر مبدأ حسن النية في نطاق النظرية القانونية بوجه عام، والتي تعددت فيها أدواره، الأمر الذي أدى إلى

(1) تثبت الدراسات التاريخية أن أول ظهور لمفهوم حسن النية كان في المجتمعات القديمة، و يعود الي ثلاثة آلاف سنة قبل الميلاد، حيث كان مفهوم الدين يسيطر على أفراد شعوبها، ويحكم الحياة الاجتماعية فيها، وكان الشعور بالخوف هو السمة البارزة لدى تلك الشعوب، والمقصود بالدين هنا كل من الجانب النظري والعملي منه، الجانب النظري وما يمثله من اعتقاد بوجود قوى أقوى من الإنسان، والجانب العملي الذي يظهر في محاولة استعطاف هذه القوى والعمل على إرضائها، وقد ظهر مفهوم القسم لأول مرة في العصور القديمة، حينما بدأ الناس في التحلل من بساطتهم البدائية، لتختفي معاني العدالة والصدق والأمانة، و يهيمن على سلوكيات الأفراد دوافع اشباع الغريزة، و بلوغ المتع و كان لا بد في ظل هذه الظروف، التوصل الى كبح جماح هذه الدوافع بين الناس وهنا ظهر مفهوم القسم بما ينطوي عليه من شعور بالخوف من تلك القوى المقسم بها، إذا لم يثبت أن ما يقوله المقسم صدق. / بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 20.

(2) وقد تناول فرانسيسكو سواريز مبدأ حسن النية في كتاباته، حيث خلص إلى أن الالتزام بحسن النية إنما هو أمر متصل بالقانون الطبيعي الذي يفرض على الأطراف التحلي بمنابح الخير، والتخلي عن مثالب الشر، وأن القانون الطبيعي هو مبدأ قانوني شائع وعادل ومستقر، وهي المبادئ التي أعلن عليها الإله وغرسها في نفوس الأفراد. / بلال عبد المطلب بدوي، المرجع نفسه، ص 44، 45.

اختلاف المعنى المقصود منه، ولما تبوأَت المفاوضات التمهيديّة مكانة لا تقل أهمية عن مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، أصبح من المستقر عليه أيضا أن يسود مبدأ حسن النية مرحلة التفاوض على العقد، وذلك بترتيب التزامات غير مألوفة من الأطراف المتفاوضة، استجابة للمتطلبات التي تفرضها هذه المرحلة، و من أجل الوقوف على مدلول حسن النية، والدور الذي يلعبه في مرحلة التفاوض على العقد، سيتم تناول تعريف مبدأ حسن النية بوجه عام، ثم دوره في مرحلة المفاوضات.

أولاً: تعريف حسن النية:

سبق القول أن مبدأ حسن النية، يمثل ويشكل نقطة امتزاج أو تلاقٍ بين الأخلاق و القانون، مما يجعله صعب التحديد، ويكتنفه الكثير من الغموض وعدم الوضوح، ومرجع ذلك إلى أن معيار القياس في الأخلاق، يختلف عن معيار القياس في القانون، الأمر الذي أدى إلى اختلاف وتباين في مفهوم هذا المبدأ من حالة إلى أخرى، ففي إطار تنفيذ العقود، فإن حسن النية يعني الأمانة والاستقامة، أما في مجال كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة، فينصرف مدلوله إلى عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف⁽¹⁾.

وعليه، فإن فكرة حسن النية لا تنطوي على مدلول واحد، فهي أحيانا تأتي بالمفهوم الشخصي، وأحيانا أخرى تأتي بالمفهوم الموضوعي، فهي تعني بالمفهوم الأول ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفاته، وفي هذه الحالة تعد فكرة حسن النية حالة نفسية أو ذهنية، تقوم على أساس الجهل بواقعة معينة، أو في الاعتقاد الخاطئ والمغلوط، الذي يتولد في ذهن الشخص⁽²⁾.

أما المعنى الموضوعي لفكرة حسن النية، فيكتسي طابعا أخلاقيا صرفا يشكل قاعدة للسلوك، تفرض على الشخص أن يراعي في تصرفاته النزاهة والأمانة والاستقامة، وعدم الغش في المعاملات، وبهذا المعنى فإن حسن النية في هذه الحالة يتخذ طابعا موضوعيا لا شخصيا، يصبح كضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي مجرد، وفقا للسلوك الحسن للشخص في المجتمع، و من هنا يكون الشخص حسن النية،

(1) محمد مصطفى يونس، حسن النية في القانون الدولي العام، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 51، سنة 1995، ص 147.

(2) محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 122.

إذا سلك مسلماً سويًا في تصرفاته، وهو مسلماً الرجل العادي، ويكون سيئ النية، إذا ما سلك المسلم غير السوي في معاملاته مع الغير (1).

يبدو واضحاً من خلال العرض السابق، أن تحديد معنى مبدأ حسن النية، يفتقر إلى الدقة و الوضوح، و ذلك بالنظر إلى صعوبة التحكم في الحالات التي تندمج في هذا المعنى، الأمر الذي جعل القضاء غالباً ما يكون أمام خيارين، عندما يعرض عليه النزاع، حيث يلجأ إلى تحديد فيما إذا كان التصرف يتفق مع حسن النية، أما الخيار الثاني فيتطلب منه استبعاد السلوكات التي تشكل سوء النية.

إن الأحكام القضائية في عمومها، استقرت على النظر لحسن النية من زاويتين متعاكستين، بحيث يعرف حسن النية بالمفهوم الإيجابي وبالمفهوم السلبي، ومن أهم التعريفات التي أوردها القضاء في هذا المجال والتي تعرف مبدأ حسن النية تعريفاً إيجابياً، ما جاء في قضية *Waugh V. prince* من أن المقصود بحسن النية بشكل عام، أن يبذل كل فرد الجهد المعقول بالعناية اللازمة، كذلك جاء في قضية *Hilker V Western*. بأن حسن النية، هو التزام الفرد بالصدق في أداء التزاماته، في حين يذهب الاتجاه الآخر إلى تعريف حسن النية من منطلق سلبي، حيث يرى أن أفضل وسيلة لتعريف حسن النية، هي استبعاد سلوكات معينة غير مقبولة، ومن ثم نستطيع أن ننفذ إلى المعنى الإيجابي لحسن النية، حيث يجب أن يفهم حسن النية على أساس المعاني المختلفة لسوء النية (2).

وعليه، يمكن القول بأن حسن النية معناه روح الإخلاص و الصدق، والوفاء في أداء الالتزامات التي يرتبها الشخص على نفسه، وعدم القيام بأي سلوك، من شأنه أن يمنع الطرف الآخر من الوصول إلى المزايا المشروعة، التي يرتبها الالتزام لصالحه.

ثانياً: دور مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية:

تقوم نظرية العقد أساساً على مبدأ الحرية التعاقدية، والمعبر عنها بمبدأ سلطان الإرادة، والذي يقتضي أن أطراف العلاقة التعاقدية أحرار في تحديد مضمون الحقوق، و الالتزامات التي يرتبها العقد، و هذا يتوقف على قدرة كل طرف في تحديد إحتياجاته،

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 393.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 65، 66.

والتزاماته بعيدا عن تدخل المشرع، و الذي يقتصر دوره في سد أي نقص قد يعترى هذا التنظيم التعاقدى.

غير أن الواقع العملي يثبت بما لا يدع مجالا للشك، أن أعمال مبدأ سلطان الإرادة بصورة مطلقة، قد يؤدي إلى اختلال المراكز الاقتصادية والقانونية لأطراف العلاقة التعاقدية، على نحو قد يؤدي إلى أن يقوم أحدهما بفرض إرادته على الطرف الآخر، الأمر الذي يخلق حالة من اللاتوازن على مستوى العلاقة التعاقدية، ومن هنا تأتي ضرورة أعمال مبدأ حسن النية في مجال العلاقات التعاقدية، باعتباره الأداة التي يستطيع من خلالها القاضي التدخل لفرض التزامات معينة، تعيد للعقد توازنه المفقود.

و في هذا الصدد، يذهب الفقيه الإنجليزي روبرت سامر Robert Summer، إلى القول بأن "مبدأ حسن النية، يلعب دورا أساسيا في تمكين القاضي الوطني من مراقبة، وضمان تحقيق العدالة التعاقدية، عن طريق الحفاظ على حالة التوازن العقدي بين طرفي العقد، من خلال افتراض نزاهة العلاقة التعاقدية، و ضمان احترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف الآخر"⁽¹⁾.

إن خبراء القانون المقارن يجمعون على أهمية مبدأ حسن النية، حيث يحقق الأهداف التالية⁽²⁾:

1. يتمكن الطرف من الحد قدر المستطاع من الخسائر التي قد تصيبه، نتيجة اختلال التوازن العقدي بينه وبين الطرف المقابل في العلاقة التعاقدية.
2. فرض معايير النزاهة و الأمانة في العلاقات التعاقدية، على نحو يضمن توازن العلاقات التعاقدية، بما يكمل النقص الذي يعترى مبدأ حرية التعاقد.
3. الحد من استخدام الشروط التعسفية، التي قد تظهر في العديد من العقود، مثل عقود الاستهلاك و عقود نقل التكنولوجيا، و غيرها.

يتضح مما تقدم، أن مبدأ حسن النية يلعب دورا أساسيا في العلاقات التعاقدية، إذ يعد بحق الأداة التي يمكن للقاضي من خلاله، أن يتدخل لفرض التعديلات اللازمة على

(1) محمود فياض مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات المتحدة، ع 54 أبريل 2013، ص 232.
(2) محمود فياض، المرجع نفسه، ص 232-233

الالتزامات، إلى الحد الذي يحقق التوازن و العدالة في العلاقات التعاقدية، خدمة لاستقرار تلك العلاقات.

الفرع الثاني

صور حسن النية و موقف القانون المقارن و الإتفاقيات الدولية

من تطبيقه في مرحلة التفاوض على العقد

إن الوصول إلى تحديد السلوكات التي تعد من قبيل حسن النية، التي يلتزم المتفاوض خلال مرحلة المفاوضات بها، تثير صعوبة كبيرة بالنسبة للقاضي، وذلك بحكم ما يكتنف هذا الأمر من غموض و لبس، مما يدفع القاضي إلى انتهاج مسلك معاكس، حيث يبحث عن السلوكات التي تشكل سوء النية، والتي يتعين استبعادها للوصول إلى تحديد مدلول الالتزام بحسن النية، في مرحلة التفاوض على العقد، بالإضافة إلى ذلك فقد أثارت مسألة امتداد تطبيق مبدأ حسن النية إلى مرحلة التفاوض على العقد، تباينا كبيرا على مستوى التشريعات المقارنة، حيث اتجهت معظمها إلى النص على أن مبدأ حسن النية يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد دون مرحلة التفاوض عليه، باستثناء بعض التشريعات التي أقرت امتداد تطبيق هذا المبدأ إلى مرحلة التفاوض على العقد، وعليه سيتم في هذا الفرع تناول صور حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وموقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية في تطبيق هذا الالتزام، و ذلك على النحو التالي:

أولاً: صور حسن النية:

يظهر حسن النية في الواقع العملي، في صور كثيرة يصعب على الباحث حصرها، غير أنه يمكن في هذا المقام التمييز بين طائفتين من صور حسن النية، وهي تتعلق أساسا بتلك السلوكات الإيجابية، التي ينبغي على المتفاوض إتيانها، والسلوكات التي يجب عليه تركها، فبالنسبة للطائفة الأولى، وهي السلوكات الإيجابية التي يتعين على المتفاوض القيام بها خلال مرحلة التفاوض على العقد، هي التزامه بالتفاوض بحسن نية، و يقتضي ذلك أن يقوم المتفاوض بمناقشة شروط العقد بجدية و اعتدال، و أن يبدي قدرا كبيرا من التعاون في سبيل إنجاح المفاوضات.

فالالتزام بالجدية والاعتدال، يؤدي إلى إضفاء الثقة والأمان على المفاوضات، ويقتضي ذلك أن يكون المتفاوض جادا، في الدخول في المفاوضات و الاستمرار فيها،

وأن يبدي اعتدالا ومرونة في المواقف التي يتخذها، فالجدية تقتضي أن كل طرف متفاوض يلتزم بدراسة المقترحات بنية حقيقية باتجاه التعاقد، بعيدا عن الصرامة و التشدد، و رفض اقتراحات وبدائل الطرف الآخر، ما دامت تتسم هي الأخرى بالجدية ومستساغة، أما الاعتدال فيستلزم أن يتم تبادل الاقتراحات والمناقشة بين الطرفين، و أن يترك للطرف الآخر مهلة كافية للتأمل والدراسة و التفكير، فضلا عن ذلك فإن الالتزام بالاعتدال يستوجب أن تتم المفاوضات في شفافية ووضوح، بعيدا عن المغالاة و تعمد إخفاء الحقائق، و في هذا السياق، يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الالتزام بالجدية يفرض على كل متفاوض احترام العادات والأعراف المحلية، أو الوطنية بشأن الصفة موضوع التفاوض، والتي تسري في نطاق كل مهنة أو حرفة، أو تجارة أو صناعة، لفرض الانضباط في المرحلة السابقة على إبرام العقد⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالالتزام بالتعاون، فإنه يلزم الأطراف ببذل كل الجهود لإزالة كل العقبات، التي من شأنها أن تقف في طريق إبرام العقد، و هذا أمر لا يتحقق إلا إذا كانت المفاوضات يسودها جو من التعاون، و الأخذ والعطاء، فالمقصود بالتعاون هنا هو الالتزام بالقيام بالعديد من التصرفات، من أجل ضمان السير الحسن للمفاوضات، كتتنظيم مواعيد جلسات التفاوض و أماكن انعقادها، فضلا عن الالتزام بحضور هذه الجلسات دون تأخير أو تخلف، والاتفاق على تهيئة الظروف المناسبة لعمل فريق التفاوض، والذي يتكون عادة من خبراء في القانون والمحاسبة والمالية...، حتى يتمكنوا من أداء وظائفهم على الوجه الأكمل⁽²⁾.

إن المعيار المعتمد هنا للحكم على هاته السلوكات، هو معيار الرجل المعتاد المعتدل و المتوازن، والذي يهدف إلى إنجاح المفاوضات و عدم العودة إلى الوراء، بإثارة مسائل أو موضوعات تم حسمها من قبل.

أما الطائفة الثانية من السلوكات، وهي تشكل سلوكات سلبية يتعين على المتفاوض تركها خلال مرحلة المفاوضات، والتي تضي على مسلك الطرف المتفاوض خلال مرحلة المفاوضات سوء النية، ومن أبرز السلوكات السلبية التي يتعين على المتفاوض تركها خلال مرحلة المفاوضات، استخدام وسائل غير مشروعة من شأنها إعاقة السير الطبيعي لعملية التفاوض، و يكفي الجزم بوجود سوء النية، و وجود حالة من الغش والإكراه، ورفض أحد الطرفين بصورة تعسفية، لكل الاقتراحات التي يتقدم بها الطرف

(1) بلحاج الحاج العربي، مرجع سابق، ص 150.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 86.

الآخر، ومثال ذلك أن يقوم الطرف المتفاوض بتقديم عرض نهائي ويرفض مناقشته، وإجبار الطرف الآخر على قبول هذا العرض أو تركه كلية، وهذا المسلك يشكل انحرافاً عن السلوك المعتاد للرجل العادي.

وقد تعرضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة لهذه الصورة سنة 1952، في قضية *NLRB.V. American National Ins. Co.* حيث خلصت المحكمة إلى أن التفاوض الذي يستند إلى فكرة *take it or leave it* إقبله كما هو أو إرفضه، يعد من قبيل التفاوض بسوء نية، إذا ما اتضح ذلك من خلال الظروف المحيطة به (1).

ومن التصرفات التي قد تعيق سير المفاوضات غير أنها تعد تصرفات صحيحة في ذاتها من الناحية القانونية، تمسك الطرف المتفاوض ببعض الاقتراحات التي تحقق له مصلحة مطلقة، دون أن تعود على الطرف الآخر بأي نفع، وهنا يرى جانب من الفقه أن هذا الأمر يختلط بفكرة العناد، ذلك أن الأصل في هذه الفكرة لا يكفي لقيام سوء النية، غير أن هذا لا يعني أنه مجرد من كل قيمة، إذ يعد من قبيل سوء النية العناد الذي ينصب على مجموعة من الاقتراحات، والتي تبدو غير مقبولة من الناحية القانونية أو من الناحية العقلانية (2).

ومن السلوكات التي قد تنطوي على سوء نية أيضاً افتعال العقبات، كرفع الثمن أو السعر بطريقة جائرة، تدفع الطرف الآخر إلى الانسحاب، بالرغم من أن المفاوضات قطعت شوطاً كبيراً باتجاه إبرام العقد النهائي، وكذلك تعد من قبيل سوء النية، السلوكات الاستنزائية كالاستعلاء، وذلك بإشعار الطرف الآخر أنه دخل في مفاوضات غير متكافئة، مما قد يتسبب في إصابته بالإحباط الشديد، والانسحاب من المفاوضات قبل نهايتها (3).

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 10/3 من مبادئ العامة لعقود التجارة الدولية *Unidroit*، والتي جاء فيها (يعتبر باطلاً كل عقد يعطي ميزة زائدة وغير عادلة لطرف، خصوصاً من جراء إستغلال الطرف الآخر بطريقة غير مشروعة، حالة الاحتياج أو الضائقة الاقتصادية، أو الحاجات المستعجلة أو عدم التبصر، أو الجهل أو عدم القدرة على التفاوض مع الطرف الأول).

يتضح من خلال العرض السابق لبعض النماذج من السلوكات التي يتعين على المتفاوض إتقانها للتعبير عن حسن نيته، أو تلك التي ينبغي عليه تركها حتى لا يظهر سوء

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 78

(2) بلال عبد المطلب بدوي، المرجع نفسه، ص 78.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 107.

نيتته، أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية، هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية، ومن ثم يجب أن يكون كل متفاوض حسن النية بالفعل، ولا يمكنه أن يتملص من المسؤولية، إلا إذا أثبت أن هناك سببا أجنبيا، أو قوة قاهرة حالت دون تحقيق النتيجة المرجوة⁽¹⁾.

إن الالتزام بالتفاوض بحسن نية، هو التزام ضروري وجوهري، تفرضه اعتبارات تأمين المفاوضات ضد خطر إفشالها، وبالرغم من الأهمية التي تكتسيها مراعاة مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، إلا أن التشريعات المقارنة اتخذت مواقف متباينة حول مسألة إعمال مبدأ حسن النية، في مرحلة التفاوض على العقد. **ثانيا: موقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد:**

لقد ظهر تباين واضح بين الأنظمة القانونية المقارنة، بشأن مسألة إعمال مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد، فذهب الاتجاه الأول إلى اقتصار تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، في حين ذهب الاتجاه الثاني، إلى النص على امتداد تطبيق مبدأ حسن النية إلى مرحلة تنفيذ العقد ومرحلة التفاوض عليه، أما الاتجاه الثالث فقد أنكر كقاعدة عامة وجود هذا الالتزام في مرحلة التفاوض على العقد.

وبالنظر إلى هذا التباين في مواقف التشريعات المقارنة، بشأن نطاق تطبيق مبدأ حسن النية في العملية التعاقدية في مراحلها المختلفة، فقد حاولت الدول توحيد القواعد القانونية التي تحكم مراحل العقد المختلفة، في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، وذلك من أجل تذليل العقبات التي تعترض طريق استقرار وازدهار التجارة الدولية.

1. موقف القانون المقارن:

مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي استقرت في جميع الأنظمة القانونية، غير أن تطبيقه أثار مواقف مختلفة على مستوى القانون المقارن.

أ. موقف القانون الفرنسي:

يذهب القانون الفرنسي إلى أن تطبيق مبدأ حسن النية، يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد، حيث نص القانون المدني الفرنسي في المادة 3/1134 (الاتفاقات بالفعل يجب أن تكون منفذة بحسن نية)⁽²⁾.

(1) رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 422.
(2) جاك غستان، مرجع سابق، ص 262.

أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد، فلم يرد بشأنها نص في القانون المدني الفرنسي يفرض على الأطراف التفاوض بحسن نية.

غير أن الفقه في فرنسا و تسانده في ذلك بعض أحكام القضاء، اتجه إلى أن مبدأ حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك، يعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي، وأن المادة 1134، والتي تشترط تنفيذ العقود بحسن نية، ليست سوى تطبيق لمبدأ قانوني عام، لا يقتصر نطاقه على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه ومراعاته منذ بدء مرحلة التفاوض على العقد(1).

وعليه يذهب الرأي الفقهي السائد في فرنسا، إلى الاعتراف صراحة بأن مبدأ حسن النية عند إبرام العقد، يفرض على المتعاقدين منذ لحظة بدء المفاوضات التمهيدية، الالتزام إيجابيا بالصدق والأمانة والتعاون، وإحاطة كل طرف الطرف الآخر بظروف وملايسات العقد المراد إبرامه.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في مجال أعمال مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، والذي انتهت من خلاله المحكمة إلى ترتيب المسؤولية، وذلك تأسيسا على الإخلال بواجب الإعلام الذي يفرضه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد(2)، وتتلخص وقائع القضية(3) في أن أحد الأشخاص أبرم عقد إيجار تركيب وصيانة مواصلة تليفونية مع إحدى الشركات، فدفعت المشترك عربون إبرام العقد، غير أنه عند لحظة توقيع العقد النهائي، تمسك المشترك بأن الشركة المتعاقدة معه قد أخفت عنه الشروط الجائرة المتعلقة بالعقد، وخاصة فيما يتعلق بالجزاء المتمثل في دفع مبلغ كبير من المال.

و كان رد الشركة على هذا الدفع مؤسسا على أن السكوت أو مجرد الكتمان لا يعتبر تدليسا، ولا تنشأ عنه أي مسؤولية على عاتق الشركة، وأن المشترك كان يجب عليه أن يستعلم بنفسه عن هذه الشروط، ومع ذلك فمن حقه الآن عند جهله، أن يتخلص من العقد مع فقد العربون، غير أن محكمة الموضوع قررت بأنه، حتى ولو كان المشترك قد علم لحظة توقيع العقد النهائي بهذه الشروط الجائرة، فإن هذا العلم جاء متأخرا، بحيث أن قراره في الاختيار بين إبرام العقد من عدمه، مع خسارة العربون، لم يعد قرارا صادرا عن رضا حر وسليم.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 398.
(2) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 59، 60.

(3) Cass. Civ. Du 05/06/1971. J. C. P. 71-417.

أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر عن محكمة الموضوع، على أساس أنه يحمي المتعاقد الذي يطلب منه تنفيذ تعهداته و التزاماته، دون أن يكون قد أحيط علما بنطاق هذه التعهدات، ويبرر الفقه ذلك بمخالفة المتعاقد لمبدأ حسن النية، والذي يقتضي أن يقوم كل متعاقد بالإفشاء للمتعاقد الآخر بصدق و أمانة، عن حقيقة التزاماته الناشئة عن العقد.

ب. موقف القانون الإنجليزي:

إن القانون الإنجليزي لا يعترف كقاعدة عامة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، ومرد ذلك إلى أن المفاوضات في القانون الإنجليزي، تقوم على فكرة المخاطرة، والتي تقتضي أن يتحمل كل طرف مخاطر تفاوضه، مما يتطلب توخي الحيطة والحذر، والاهتمام بالمصالح الخاصة، ويعتبر القانون الإنجليزي الاتفاقات التي تتم قبل إبرام العقد النهائي، اتفاقات غير ملزمة لا ترتب أي التزام عقدي، بما في ذلك الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وتبرير ذلك أن مثل هذه الإتفاقات الأولية، تصل إلى درجة كبيرة من عدم التحديد، والذي يعني عدم تحديد التعويض الذي يمكن أن يمنح للطرف المضرور، والمترتب عن الضرر الذي يصيبه، إذ لا يمكن التأكد فيما إذا كانت المفاوضات ستفضي إلى إبرام العقد النهائي أم لا، وقد عبر القاضي باركر Parcker عن هذا المفهوم في قضية Vonhartzreldt Wildenbing بقوله، لا يكون العقد الذي يبرم أثناء المفاوضات ملزماً إذا كان قائماً على أساس إبرام عقد آخر في نهاية هذه المرحلة، ذلك أن القانون لا يعترف بالعقد المبرم بغرض إبرام عقد آخر⁽¹⁾.

كما أقر مجلس اللوردات صراحة عام 1992، في القضية الشهيرة Wolfond Miles، بأنه لا التزام بالتفاوض بحسن نية، في نظرية العقد في النظام القانوني الإنجليزي⁽²⁾، و لكن بالرغم من ذلك، فإن القانون الإنجليزي لم يكن بمنأى عن التطورات

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 239.

(2) وقد بدأت وقائع هذه القضية عندما اتفق المدعى عليه Miles مع المدعي Wolfond على بيع أعمال تصويرية مقابل مليوني جنيه استرليني وذلك بعد أن كانوا قد اتفقوا على بيع نفس الأعمال لشخص آخر مقابل 1,9 مليون جنيه استرليني سنة 1986 و تم الاتفاق بين المدعي والمدعى عليهم على الشروط الأساسية في 12/03/1987 على أن يخضع هذا الاتفاق الى شرط إبرام العقد subject to contracte كما تم التوصل إلى اتفاق شفوي بين الأطراف على أن يزود المدعى عليهم بخطاب من البنك مع قرب انتهاء المعاملة في 20/03/1987 يؤكد من خلاله على تسهيل حصول المدعي على قرض من البنك بمبلغ مليوني جنيه وفي المقابل وافق المدعي على عدم التفاوض إطلاقاً مع الغير لأي عرض بديل قد يتلقونه وقد وصل الخطاب إلى المدعى عليهم في 15/03/1987 وأكد المدعى عليهم على الاتفاق بشرط إبرام العقد النهائي وذلك ببيع الأعمال التصويرية مقابل 3 مليون جنيه، وتم بذلك إبرام الاتفاق Louck owt غير أنه في 30/03/1987 قرر المدعى عليهم أن يتحللوا من المفاوضات و يبيعوا الأعمال التصويرية والتي كان قد تم التفاوض عليها سابقاً مقابل 2 مليون جنيه استرليني لطرف آخر. و أقام المدعي دعواه على أساس أنه بموجب ما تم

الحاصلة على المشهد التشريعي الأوروبي، حيث أصدر المشرع الإنجليزي القانون رقم (1994/3159) الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك⁽¹⁾، الذي جاء لتطبيق التوجيه الأوروبي رقم 13 لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (Uter)، ورغبة من المشرع الإنجليزي في التقيد الدقيق بالتوجيه الأوروبي، قام بتعديل القانون رقم 1994/3159 بالقانون رقم 1999/2083، حيث نصت المادتان 1/3 من التوجيه الأوروبي، والمادة 1/5 من القانون الإنجليزي، على مبدأ حسن النية صراحة، حينما اعتبرتا أن الشرط التعاقدى يشكل تعسفاً، متى خالف مقتضيات مبدأ حسن النية، كما أقر التوجيه الأوروبي صراحة، بشمولية مبدأ حسن النية الوارد في نص المادة 1/3 منه مرحلة التفاوض على شروط العقد⁽²⁾، وقد كان لهذه التحولات التشريعية تأثير كبير على القضاء الإنجليزي، حيث أقر مجلس اللوردات في سنة 2002 بوجوب تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد في القضية الشهيرة Yeomans Row⁽³⁾،

الاتفاق عليه فإن المدعى عليهم ينظر إليهم على أنهم قد خرقوا اتفاق Louck owt الذي بموجبه حصل الأطراف على فرصة كاملة للوصول إلى الاتفاق وهكذا حرم المدعى من فرصة شراء الأعمال التصويرية، بينما أكد المدعى عليهم أنهم كانوا على خوف من أن تختلف وجهة نظر المدعى مع العاملين، ويدخل في خلافات قد تعرض الأرباح المضمونة للمدعى عليهم للخطر، والتي كانت تقدر بنحو 300 ألف جنيه إسترليني في أول سنة بعد إبرام العقد، ولما عرض الأمر على محكمة أول درجة أصدر القاضي botes حكمه لصالح المدعى لأنه كانت هناك نية قاطعة في الدخول في عقد مكتمل والذي دعم بالمقابل ولم تتوفر الأحكام الخاصة بشرط إبرام العقد والتي كان من شأنها عدم اعتبار الاتفاق ملزماً. غير أن محكمة الاستئناف كان لها رأي آخر حيث اعتبرت فيه أن الاتفاق المبرم بين الأطراف هو اتفاق غير ملزم وأن اتفاق الأطراف في مثل هاته الحالة هو اتفاق Louck owt وهو بالضرورة اتفاق تفاوض والذي حسب المحكمة لا يفهم منه انه يفرض التزاماً للأطراف بعزم التفاوض مع الغير بقدر ما هو محاولة غير مباشرة لفرض التزام إيجابي على المدعى عليهم بالتفاوض بحسن نية مع المدعى، ولما كان القانون الإنجليزي لا يعترف بالالتزام بحسن النية بالتفاوض فإن اتفاق Louck owt يعد هنا عديم الفائدة وذلك طالما أنه لا يفرض التزاماً مباشراً وباتاً بالتفاوض، وإنما تخضع الالتزامات الواردة فيه إلى شرط إبرام العقد، وبالتالي فإن كل طرف يتمتع بالحرية في عدم إتمام المفاوضات. وقد أقر مجلس اللوردات حكم محكمة الاستئناف حيث اعتبر هذا الاتفاق غير ملزم (Louck owt) وأسس ذلك على أن هذا الاتفاق ينقصه التحديد وهذا التحديد حسب البعض يبرر سياسة دعم حرية التعاقد سواء بالتعاقد أو عدم التعاقد وذلك باعتبار أن إجبار شخص على التفاوض قد يصل إلى حد التعدي على حريته التعاقدية/ بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 246، 247، 248، 249، 252.

(1) محمود فياض، مرجع سابق ص 237.

(2) محمود فياض، المرجع نفسه، ص 237.

(3) تتلخص وقائع هاته القضية في قيام شخص متخصص بترميم وبيع العقارات بالتعاقد مع شركة على أساس قيام الأولي بشراء مجموعة من العقارات المنتشرة في 6 مدن إنجليزية وتخليص ملكيتها بمبلغ 12 مليون جنيه إسترليني على أن يقوم هذا المتخصص باستخراج تراخيص الترميم وإجراء عملية ترميم هذه العقارات على أن يقسم الطرفان الأرباح التي تزيد عن 24 مليون جنيه إسترليني بالتساوي، بعد أن يحصل كل طرف على مقابل ما أنفقه، ويتم التوقيع على العقد فيما بعد، وبعد أن قام هذا المتخصص بالعمل على مدار 18 شهراً واستخرج جميع تراخيص الترميم عدلت الشركة عما توصلت إليه في المفاوضات وعرضت العقارات للبيع بمبلغ 20 مليون جنيه إسترليني مستندة في ذلك إلى عدم إبرامها عقد مع الطرف الآخر وأن ما فعلوه لم يتعدّ مرحلة المفاوضات قضت محكمة الاستئناف بإلزام الشركة بالتعويض تأسيساً على وصول الطرفين لمرحلة من المفاوضات المتقدمة على نحو لا يجوز فيه العدول عن التفاوض Estoppel ونقض مجلس اللوردات قرار محكمة الاستئناف بالرغم من عدم اعتراضه على التكييف القانوني الذي استندت إليه محكمة الاستئناف، وجاء في قرار مجلس اللوردات التأكيد على أهمية مبدأ حظر العدول عن التفاوض متى وصل الطرفين إلى مرحلة متقدمة من المفاوضات على نحو لا يثور فيه الشك في إتمام التعاقد، وذلك بتوافر شرطين يتمثل الأول في التأكيد على مقدار الفائدة أو الربح الذي كان سيجنيه الطرف المتضرر من التعاقد وحسب مجلس

حيث قضى بإلزام الطرف المتفاوض بالتعويض في حالة وقف التفاوض مع الطرف المقابل، تأسيساً على مبدأ Estoppel، والذي يعني الحظر أو المنع، أي حظر ومنع الطرف المتفاوض من وقف المفاوضات مع الطرف الآخر، تأسيساً على مقتضيات مبدأ حسن النية.

خلاصة القول، فإن القانون والقضاء الإنجليزي على الرغم من عدم الاعتراف بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك استناداً ودعماً للحرية التعاقدية التي يجب أن تسود العلاقات والمعاملات، إلا أن التطورات التشريعية الحاصلة على المستوى الأوروبي، دفعت بالمشرع الإنجليزي إلى تكيف التشريع وفقاً للمعطيات الجديدة، من أجل استقرار وتطور العلاقات التجارية، والتي تقتضي الحرص على توفير التوازن في العلاقات التعاقدية، ولا يتأتى ذلك إلا بفرض الالتزام بحسن النية وشرف التعامل.

ت. القانون الألماني:

تعتبر المدرسة الألمانية الرائدة والنموذج الأول في فرض الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، و الذي يقتضي حسب القانون الألماني، أن يقع على عاتق كل متعاقد مراعاة مصالح الطرف المقابل Legalintrsts في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، كالتزام عام تطبيقاً لهذا المبدأ، وهذا ما ذهبت إليه المادة 2/241 من القانون المدني الألماني BGEB، التي ألزمت كل متعاقد بمراعاة حقوق ومصالح المتعاقد الآخر، كما وسعت المادة 2/311، وجعلته مطبقاً على مرحلة التفاوض على العقد، إضافة إلى مرحلة تنفيذه وفقاً لما جاء في المادة 242 من نفس القانون⁽¹⁾.

و الجدير بالذكر هنا أيضاً، أن المشرع الإيطالي سلك تقريبا نفس المسلك الذي سلكه المشرع الألماني، في التعامل مع مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، حيث نصت المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي صراحة على وجوب مراعاة

اللوردات فإن الارباح كانت احتمالية وغير معلومة بالتحديد بينما الشرط الثاني هو وجوب مراعاة ما نصت عليه القواعد القانونية الأمرة على عقد التفاوض، وفي هاته القضية لم يراع الطرفان القواعد المتعلقة بحتمية كتابة عقود بيع العقارات كي تعتبر صحيحة، وهذا يعني أن مجلس اللوردات أقر بوجود الالتزام بحسن النية و لم ينكره على محكمة الاستئناف التمسك به إلا أنه نقض قرار محكمة الاستئناف لعدم توفر هذين الشرطين / محمود فياض، مرجع سابق، ص 251.

(1) محمود فياض، المرجع نفسه، ص 234.

طرفي التعاقد لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد (على أن يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات و إبرام العقد بالتعامل بما يتفق و حسن النية)⁽¹⁾.

إن هذا المسلك الذي سلكه المشرع الألماني، وكذلك الإيطالي فيما يتعلق بامتداد مبدأ حسن النية إلى مرحلة التفاوض على العقد، يستجيب في واقع الأمر للتطورات الحاصلة على مستوى المعاملات التجارية، كما أن الحياة التعاقدية تطورت وأفرزت عقوداً جديدة لم تكن مألوفة من قبل، وأصبحت مرحلة التفاوض على العقد أدق وأخطر مرحلة في حياة العقد على الإطلاق.

ث. موقف المشرع الجزائري و المصري:

يقتصر الالتزام بحسن النية في التشريع الجزائري على مرحلة تنفيذ العقد، ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري (على أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية)، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد، فلا وجود لنص خاص يفرض صراحة الالتزام بالتفاوض بحسن نية، غير أن جانباً من الفقه الجزائري يذهب إلى القول، بأن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، أشار ضمناً إلى وجود الالتزام بحسن نية في جميع مراحل العملية التعاقدية، سواء تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد أو مرحلة التفاوض على العقد⁽²⁾.

و تماشياً مع هذا الاتجاه، أشارت المحكمة العليا في قرار مشهور لها بتاريخ 1999/10/24، بأنه (من المقرر قانوناً أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فإنه اتجه هو الآخر في نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الفرنسي، عندما نصت المادة 148 من القانون المدني المصري على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، يبدو واضحاً من خلال نص هذه المادة، أن المشرع المصري قصر نطاق تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، دون مرحلة التفاوض عليه، غير أن الاتجاه الفقهي الغالب في مصر

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 143.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 144.

(3) المحكمة العليا الجزائرية، غ م 2000/02/16 ملف رقم 213691، م ق، 2001، ع 1، ص 125.

يرى أن الواقع العملي يقتضي فرض هذا الالتزام من باب أولى في مرحلة المفاوضات، مساندة للاتجاه الحديث في القانون المقارن⁽¹⁾.

غير أن هذا الاتجاه لم يستقر على أساس واحد يقوم عليه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، حيث ظهرت أربعة آراء، فذهب الرأي الأول بأنه يمكن تأسيس مبدأ حسن النية قبل التعاقد، على أساس نص المادة 148 من القانون المدني المصري المتعلقة بتنفيذ العقد، عن طريق امتداد مبدأ حسن النية من نطاق تنفيذ العقد إلى نطاق إبرامه، بحيث أن هذه المادة لا يتحقق الغرض منها كما يجب قانوناً، إلا إذا كان العقد مبنياً على حسن النية منذ البداية، إذ كيف يتم تنفيذ العقد بحسن نية والمتعاقدان قد ساءت نيتهما في المرحلة السابقة على التعاقد، فالعقد حسب منطق هذا الرأي، إذا نشأ مريضاً لا يمكن أن يستقيم فيما بعد⁽²⁾.

بينما يؤسس الاتجاه الثاني مبدأ حسن النية قبل التعاقد، على نص المادة 123 من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه (يعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة).

يخلص أصحاب هذا الرأي، إلى أن نص هذه المادة يلزم المتعاقدين بضرورة الإفصاح عن كل البيانات اللازمة، التي يكون لها تأثير على رضا المتعاقد، ومن ثم، فإن السكوت عن ملاحظة أو واقعة مؤثرة في التعاقد يعتبر تدليسا⁽³⁾ ويعلق جانب من أصحاب هذا الرأي أن المشرع المصري قد عمم بهذا النص مبدأ حسن النية في نظرية الالتزام بوجه عام، و وضع مبدأ التعاون في مرحلة تكوين العقد، بحيث أصبح أساس التعاقد هو الثقة والتعاون المتبادل بين أطراف العقد بحسن النية، حيث تكون المفاوضات بهذا المنظور، ساحة للتعامل بأمانة وشرف، وليس ساحة للغش والخداع⁽⁴⁾.

أما الرأي الثالث، فيؤسس مبدأ حسن النية على نص المادة 2/150 من القانون المدني المصري، المتعلقة بتفسير العقد والتي نصت على أنه (إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث فيه عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين)، و عليه يرى أصحاب هذا الرأي أنه يمكن استخلاص التزام قانوني، يقع على

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 402.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 46.

(3) علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 403.

(4) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 66، 67.

عائق الطرفين عند التفاوض على العقد، بضرورة توافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين، وأن أهم مظاهر تلك الثقة ضرورة إفصاح المتعاقد عن كل البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، لتكوين رضا حر وسليم بالنسبة للمتعاقد الآخر⁽¹⁾،

أما الرأي الرابع، فيؤسس مبدأ حسن النية، في مرحلة التفاوض على العقد، على نص المادة 419 من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه (يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع، وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه)، من خلال نص هذه المادة يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التزام البائع بإعلام المشتري قبل التعاقد، هو التزام عقدي يجد أساسه في عقد البيع ذاته، فيوجد هذا الالتزام أثناء عقد البيع ويستمر أثناء تنفيذه، وهو يلعب دوراً حاسماً في تنوير إرادة المشتري بكل تفاصيل وظروف التعاقد من حيث ملاءمة الشيء المبيع، وحسن الاستعمال للحصول على منافعه وتجنب أضراره⁽²⁾، غير أن هذا الرأي ينتقد على أساس أنه لا يمكن اعتبار التزام البائع بالإعلام، هو التزام عقدي يستمد وجوده من العقد ذاته، بحكم أن العقد لم يبرم بعد، فكيف يوجد الالتزام قبل وجود مصدره⁽³⁾.

خلاصة ما تقدم، وبالرغم من التطورات الحاصلة على مستوى المعاملات التجارية الدولية، والتي أفرزت واقعا جديداً بالنسبة لطريقة تنظيم الأطراف لعلاقاتهم، لاسيما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد وفرض الالتزام بالتفاوض بحسن نية، إلا أن التشريعات المقارنة لم تواكب هذا التطور، بحكم أن معظمها يقصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد دون مرحلة التفاوض عليه، وعليه، يجب الإسراع والنص صراحة على ضرورة أن تلتزم الأطراف المتفاوضة بحسن نية و شرف التعامل، حتى تقوم العلاقات التعاقدية على نوع من التوازن، يكفل لها النجاح و تلافي النزاعات التي قد تثور بشأنها.

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 7.
(2) عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء وسائل التكنولوجيا الحديثة، دون دار النشر، 2005، ص 52.
(3) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 404.

1. موقف الاتفاقيات الدولية:

حاولت الدول من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية المنظمة للمعاملات التجارية الدولية تجاوز القصور التشريعي إزاء مرحلة المفاوضات الذي ميز أغلب التشريعات الداخلية للدول، لاسيما بالنسبة لفرض الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، ولعل أبرز هذه الاتفاقيات التي تضمنت الالتزام بالتفاوض بحسن نية، هي اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، مبادئ توحيد قواعد القانون الدولي الخاص بروما 1994 Unidroit، و ذلك على النحو التالي.

أ. الوضع في اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع:

نصت هذه الاتفاقية على مبدأ حسن النية في مجال العقود المبرمة، المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، حيث نصت في المادة 1/7 (يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية)، و الملاحظ هنا أن ما ورد في الاتفاقية بشأن احترام مبدأ حسن النية، أثار جدلا واسعا بين واضعي الاتفاقية، وجوهر هذا الاختلاف يكمن في الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وهذا أمر طبيعي يعكس في حقيقة الأمر المواقف المتباينة للدول، بشأن مسألة تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد⁽¹⁾.

و في هذا الصدد ذهب جانب من الفقه، و يؤيده في ذلك بعض أحكام القضاء، إلى أن الاتفاقية لم تنص على مبدأ حسن النية، إلا باعتباره قاعدة من قواعد التفسير، ولا يتعدى دوره لسلوك طرفي العقد، والاتفاقية حسب هذا الرأي لا تفرض أي التزام على

(1) حيث عرضت لأول مرة فكرة حسن النية من قبل ممثل إسبانيا سنة 1978، و هو ما أثار نقاشا واسعا خلال الإعداد لصياغة هذه الاتفاقية، فبينما طالب ممثلو دول الشريعة العامة بضرورة التزام الأطراف بحسن النية خلال مرحلة إبرام العقد والمفاوضات، فإن الاتجاه الآخر والذي تمثله دول النظام اللاتيني، عارض هذا الطلب بحجة أن مصطلح حسن النية غير متفق على مدلوله. وفي سنة 1978 وضع ممثل دولة المجر اقتراحا يفرض على الأطراف ضرورة التصرف بحسن نية خلال مرحلة إبرام العقد، وكان النص الذي اقترحه هو نص المادة 5 من مسودة الاتفاقية، وقد دارت مناقشات طويلة في هذا الشأن انتهت بثلاثة اقتراحات:

فأما الاقتراح الأول فيتعلق بأن يكون مضمون المادة 5 في مقدمة الاتفاقية وقد رفض هذا الاقتراح حيث سيلغي أية قيمة له، أما الاقتراح الثاني فيتم إعمال نص فيما يتعلق بتفسير عبارات وتصرفات الأطراف إلا أن هذا الاقتراح لم يحظ بالقبول على اعتبار أن المادة 5 لم تتناول نية الأطراف، وإنما هدفت إلى وضع معيار للسلوك يلتزم الأطراف بالعمل به. و بالنسبة للاقتراح الثالث، فيرى أن أعمال مبدأ حسن النية على النحو الذي يشمل تفسير وتطبيق نصوص الاتفاقية. وفي نهاية الأمر تم التوصل إلى حل وسط بشأن الجوانب المتنازع عليها، حيث استقر واضعو الاتفاقية على مفهوم الفقرة الأولى من المادة السابقة للاتفاقية الحالية، والذي يتطلب من الأطراف أن تقوم بتفسير الاتفاقية في ضوء الطبيعة الدولية للمعاملة، والحاجة إلى دعم تطبيق القواعد الموحدة، وانتهت لجنة UNICTRAL إلى صياغة المادة (يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية)/ انظر بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 400.

أطراف العقد في مرحلة تكوينه أو تنفيذه، ومن تم يخلص هذا الرأي إلى أن مبدأ حسن النية لا يلعب سوى دورا محدودا للغاية، أو أنه عديم القيمة⁽¹⁾.

وفي نفس السياق، اتجهت بعض أحكام القضاء إلى تفسير المادة 1/7 للاتفاقية، تفسيرا ضيقا، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التحكيم التي شكلت وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، في قضية تتلخص وقائعها⁽²⁾، بأن نزاعا نشأ حول عقد توزيع معدات صناعية ألمانية الصنع، أبرم بين شركة ألمانية (البائع) وشركة إسبانية (المشتري)، وتضمن العقد تعيين الشركة الإسبانية، كموزع للمعدات الصناعية في إسبانيا، وتنفيذا لعقد التوزيع أبرمت عدة عقود بيع لاحقة بين الطرفين، محلها المعدات الصناعية المتفق عليها، لتقوم الشركة الإسبانية بتسويقها في إسبانيا، وبعد فترة أربعة سنوات تلقت الشركة الإسبانية إخطارا من الشركة الألمانية، يتضمن إنهاء عقد التوزيع، وأن الشركة الألمانية ستقوم ببيع المعدات الصناعية في إسبانيا عن طريق شركة أخرى، بسبب انخفاض قدرة الشركة الألمانية على تسويق المعدات، وانخفاض حجم المبيعات في إسبانيا.

وبسبب هذا الإخطار، امتنعت الشركة الإسبانية عن تسديد ما تبقى لها في ذمتها، من ثمن المعدات سبق لها استلامها، و بناء على ذلك لجأت الشركة الألمانية إلى التحكيم طالبة الوفاء بما تبقى لها، من ثمن تلك المعدات في ذمة الشركة الإسبانية، وفي مقابل ذلك دفعت الشركة الإسبانية بعدم مسؤوليتها وطالبت بالتعويض عن الأضرار التي أصابها، من جراء مخالفة الشركة الألمانية لشروط عقد التوزيع، والإخلال بالالتزامها بعدم قيامها بتوريد المعدات الصناعية، وهو التزام يقتضيه تنفيذ العقد بحسن نية.

وقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها، إلى خضوع عقود البيع الدولي التي أبرمت بين الطرفين، تنفيذا لعقد التوزيع لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، واستندت في ذلك لأحكام المادة 1/7 من الاتفاقية، وأن مبدأ حسن النية لا يطبق في قضية الحال، إلا مقترنا بالتفسير، وعليه لا يجوز التمسك بمبدأ حسن النية، في مرحلة تنفيذ العقد لإلزام الشركة المدعية بتوريد المعدات الصناعية.

يبدو واضحا من خلال حكم هيئة التحكيم، أنها فسرت مبدأ حسن النية الوارد في الإتفاقية تفسيرا ضيقا، بحيث جعلته منحصرًا في تفسير نصوص الاتفاقية، دون أن يمتد تطبيقه على التصرفات، أو سلوكات الأطراف المتعاقدة خلال مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه.

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 143.

(2) تفاصيل هذه القضية، حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون سنة، ص 99.

وبخصوص تحديد الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في الاتفاقية، فقد اتجه جانب من الفقه إلى القول، بأن مبدأ حسن النية هو مبدأ معترف به، حيث ورد في معظم تشريعات التجارة الداخلية، والتي تفرض التزامات قوامها حسن النية، و يرى هذا الاتجاه ضرورة أن تمتد الاتفاقية بخصوص فرض مبدأ حسن النية إلى مرحلة التفاوض على العقد، خاصة و أن القانون الدولي العام يعترف بهذا المفهوم، كما هو وارد في ميثاق الأمم المتحدة⁽¹⁾.

كما يستند هذا الاتجاه في تبرير فرض الالتزام بحسن النية، إلى أن ذلك يؤدي إلى تطبيقه بصورة موحدة على المدى البعيد، بحكم أن القضاء المحلي ستعرض عليه مجموعة من القضايا المرتبطة بحسن النية، ومن ثم يكون هناك معيار موضوعي للسلوك يجب الالتزام به في مجال التجارة الدولية، وقد أكدت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة والصناعة المجرية، وذلك في قرارها التحكيمي الصادر في 1995/12/5 على عمومية الالتزام بحسن النية، ليس فقط في نطاق تفسير الاتفاقية بل يمتد أيضا إلى السلوكات والتصرفات التي تخضع لهذه الاتفاقية، وتتلخص وقائع هذه القضية⁽²⁾، في نزاع دار حول عقد بيع دولي للبضائع، خاضع لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي، بين بائع مجري ومشتري نمساوي، يقضي بتوريد أغذية على عدة دفعات، كما تضمن الاتفاق تعهد المشتري بتقديم رسالة ضمان بنكي لصالح البائع، لضمان الوفاء بالثمن، غير أن البائع بدأ في تنفيذ العقد وقام بتوريد عدة دفعات من البضاعة إلى المشتري، دون أن يطالبه بتقديم رسالة الضمان، وبسبب توقف المشتري عن سداد دفعات الثمن امتنع البائع عن الاستمرار في التوريد، و أعلن عن فسخ العقد.

غير أن الأمور سرعان ما عادت إلى طبيعتها، وذلك بعد اتفاق الطرفين على استئناف تنفيذ العقد، شريطة تقديم المشتري لرسالة الضمان البنكي التي التزم المشتري بتقديمها إلى البائع، كضمان للوفاء بالثمن، لكن المشتري تقاعس مرة أخرى عن تنفيذ هذا الالتزام، ولم يقدم رسالة الضمان إلا بعد انتهاء تاريخ صلاحيتها، الأمر الذي أضاع على البائع حقه في الاستفادة من رسالة الضمان، وعلى إثر ذلك، قام البائع بالتوقف عن التوريد وعرض النزاع على هيئة التحكيم، طالبا إلزام المشتري بالوفاء بالثمن مع فوائد التأخير.

(1) لقد جاء في الإعلان الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الامم المتحدة بتاريخ 1970/12/24 والمتعلق بمبادئ القانون الدولي العام، التي تحكم العلاقات الودية والتعاون في ما بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة، عن أهمية مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة (كل دولة يجب أن تنفذ بحسن نية الالتزامات التي تقع على عاتقها بمقتضى مبادئ وقواعد القانون الدولي المعترف بها عموما)/ على أحمد صالح، مرجع سابق، ص 409.

(2) تفاصيل القضية والتعليق عليها، حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق ص 105.

في نهاية المطاف قضت هيئة التحكيم لصالح البائع المدعي، واستندت في ذلك إلى أن عدم تقديم المشتري لرسالة الضمان، يخالف أحكام المادة 1/7 من الاتفاقية التي نصت على مراعاة مبدأ حسن النية، وذهبت هيئة التحكيم بخصوص ذلك إلى القول بأن مبدأ حسن النية، لا يقتصر على تفسير نصوص الاتفاقية، ولكنه يعتبر كضابط للسلوك يجب على أطراف العقد مراعاته في مرحلة تنفيذ العقد.

يخلص الرأي الراجح فقها، إلى أن مبدأ حسن النية في اتفاقية فيينا، يلعب دورا مزدوجا، فهو يتعلق أولا بتفسير نصوص الاتفاقية، كما يتعلق في نفس الوقت بقاعدة أو ضابط للسلوك، والتصرفات التي تبرم في نطاق الاتفاقية، سواء تعلق الأمر بمرحلة تكوين العقد، أو مرحلة تنفيذه⁽¹⁾.

ب. الوضع في مبادئ اليونيدروا Unidroit:

لقد جاءت مبادئ Unidroit التي وضعها معهد توحيد قواعد القانون الخاص بروما سنة 1994، بحلول توفيقية بين دول الشريعة العامة ودول النظام اللاتيني، وذلك بالتعامل مع المشاكل القانونية المطروحة، نتيجة لاختلاف القوانين والصعوبات التي تعترض المعاملات التجارية الدولية، ويرجع ذلك بالأساس إلى عدم وجود قواعد قانونية دولية موحدة، فضلا عن سد الفراغات القائمة في الاتفاقيات الدولية⁽²⁾.

من خلال تفحص ما ورد في مبادئ اليونيدروا Unidroit بشأن حسن النية، نستخلص أنها تبنت موقف النظام اللاتيني، مقررته بذلك رفضها لما ورد في اتفاقية فيينا للأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، إذ أنها لم تقصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، بل جعلته يشمل تطبيقه أيضا مرحلة التفاوض على العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 5/2 من هذه المبادئ (من أن الطرف الذي يتفاوض على العقد بسوء نية، يعد مسؤولا عن الخسائر التي يسببها للطرف الآخر).

ويذهب جانب⁽³⁾ من الفقه في تفسير هذا النص، إلى القول بأن هذه المبادئ لم تعطي تعريفا محددًا لمبدأ حسن النية، غير أنها ضربت مثلا لسوء النية، و اعتبرت أن الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها، دون وجود نية حقيقية في الوصول إلى اتفاق مع الطرف الآخر، يعد من قبيل سوء النية، و ذلك طبقا لما ورد في المادة 5/2 من

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 411.
(2) تتميز مبادئ اليونيدروا بأنها لا تقع تحت أي تصنيف تقليدي للآليات القانونية الدولية مثل الاتفاقيات الدولية أو القوانين الموحدة. / بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 406.
(3) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 106.

مبادئ Unidroit (يعد من قبيل سوء النية على وجه الخصوص الدخول في مفاوضات والاستمرار فيها، دون وجود نية في الوصول إلى اتفاق مع الطرف الآخر).

حاصل ما تقدم، فإنه بمجرد نشوء عقد التفاوض صحيحا باستيفاء جميع شروطه، سواء كان صريحا أو ضمنيا، يرتب التزاما أساسيا يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، وهو الالتزام بالتفاوض، الذي يفرض على الطرفين البدء في المفاوضات والاستمرار فيها، فالبدء بالتفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، و يهدف في جوهره إلى إضفاء الجدية المطلوبة، التي تقتضيها عملية التفاوض على العقد المراد إبرامه، حتى يسود المفاوضات جو من الثقة والاستقرار، و إعطاء انطباع أولي، بأن الطرف الملتزم بالبدء في المفاوضات سيدفع بها نحو طريق النجاح، ويستلزم البدء في بالتفاوض والاستمرار فيه أن يقوم المتفاوض المدين بهذا الالتزام ببذل كل ما في وسعه، وبصورة إيجابية وفعالة من أجل إبرام العقد النهائي، و هذا يعني بالتأكيد أن الاستمرار في التفاوض لا يلزم البتة الأطراف المتفاوضة بإبرام العقد النهائي، وأن الاستمرار في التفاوض من حيث طبيعته، هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة، بخلاف الالتزام بالبدء في المفاوضات، فهو التزام بتحقيق نتيجة كما سبق بيانه.

على صعيد آخر، فإنه وبحكم الاعتبارات المتعارضة والمتناقضة أحيانا، والتي تظهر الرغبة الملحة للأطراف المتفاوضة، في أن تمارس كامل حريتها في الدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها، فإن الأطراف المتفاوضة تصبو أيضا إلى الشعور بالأمان والطمأنينة، وتجنب كل الصعاب والعقبات التي قد تثير المنازعات، الأمر الذي يستدعي أن يبني السلوك التفاوضي للطرفين على ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، والابتعاد عن كل التصرفات، أو السلوكات التي من شأنها التعبير عن سوء نية الطرف الذي يمارسها.

وبالرغم من التباين الواضح بين الأنظمة القانونية المقارنة حول الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية، لاسيما في مرحلة التفاوض على العقد، وانعكاس ذلك على محاولات الدول الرامية إلى توحيد قانون التجارة الدولية، إلا أنه يمكن القول مع ذلك، إن مبدأ حسن النية هو مبدأ عالمي موجود في جميع الأنظمة القانونية بشكل أو بآخر، يهدف في جوهره إلى إيجاد قدر من التوازن في العلاقة العقدية، فهو المدخل الذي يستطيع من خلاله القاضي أعمال سلطته التقديرية للوصول

إلى تحقيق العدالة العقدية، وهذا ما يستشف من خلال الأحكام الصادرة عن القضاء والتحكيم.

إن الاتجاه الغالب في الفقه الحديث الذي يؤيده جانب كبير من الفقه، يذهب إلى القول إن حسن النية كالالتزام أو قيد في مرحلة المفاوضات، يجد مصدره في اتفاق التفاوض، وهو التزام إرادي يفرضه اتفاق الطرفين على التفاوض، وليس إلتزاماً قانونياً يفرضه القانون مباشرة، و من تم فإن المتفاوض يسأل عن الإخلاء بهذا الإلتزام، مسؤولية عقدية و ليست مسؤولية تقصيرية⁽¹⁾.

إن الإلتزامات الرئيسية التي يرتبها عقد التفاوض، هي الإلتزام بالتفاوض والإلتزام بحسن النية و شرف التعامل، تفرض على المتعاملين في مجال التفاوض على العقود التجارية الدولية التزامات أخرى، و هي الإلتزام بالإعلام، و الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، و الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية، و هذه الإلتزامات هي في حقيقة الأمر متفرعة عن الإلتزامات الرئيسية التي سبق بيانها.

المبحث الثاني

الإلتزامات الفرعية

بالإضافة إلى الإلتزامات الأساسية التي يرتبها عقد التفاوض، وهي الإلتزام بالتفاوض والإلتزام بحسن النية، يرتب كذلك عقد التفاوض التزامات أخرى تتفرع عن الإلتزامات الأساسية، والتي يصطلح جانب من الفقه على تسميتها بالآثار التي يرتبها عقد التفاوض⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر هذه التسمية أو الاصطلاح، فإن هذه الإلتزامات كثيرة ومتنوعة، تتحدد بمقتضى طبيعة وأهمية العملية التعاقدية ذاتها، و اتجاه إرادة الأطراف إلى ترتيبها، غير أن الواقع العملي في مجال المعاملات التجارية الدولية، يدلنا على ثلاثة التزامات، وهي الإلتزام بالإعلام، والإلتزام بالمحافظة على السرية، و الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية.

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 162، 161.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 412.

وعليه، سيقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، يتم في المطلب الأول تناول الالتزام بالإعلام، وفي المطلب الثاني الالتزام بسرية المعلومات، و في المطلب الثالث حظر المفاوضات الموازية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام.

المطلب الثاني: الالتزام بسرية المعلومات.

المطلب الثالث: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.

المطلب الأول

الالتزام بالإعلام

مما لا شك فيه أن الطرف الراغب في التعاقد، عندما يباشر عملية التفاوض من أجل إبرام عقد معين، يحد دائما الإحاطة بكافة المعلومات والبيانات، والظروف والملايسات المحيطة بعملية التعاقد، حتى تنشأ إرادته حرة سليمة لا يشوبها أي عيب، لتجنب حالة بطلان العقد أو قابليته للإبطال، وعليه يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى القول، بأن الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات، له دور أساسي في تكملة وتحديد نظرية عيوب الرضا، وذلك بعد أن ثبت بما لا يدع مجالا للشك، قصور هذه الأخيرة في تحقيق الحماية القانونية الكافية، للمتعاقد في مرحلة التفاوض على العقد.

كما يذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾ - وبحكم القصور التشريعي تجاه مرحلة التفاوض على العقد، ولا سيما فيما يتعلق بحماية سلامة الرضا - إلى أنه من الضروري الاعتراف بوجود التزام إيجابي في مرحلة المفاوضات، تكون له ذاتيته الخاصة المستقلة.

إن الملاحظة الأولية التي يمكن إبدائها بشأن الالتزام بالإعلام، هي أن أهميته تزداد يوما بعد يوم، ومرجع ذلك بالأساس إلى التقدم المعرفي والتكنولوجي الهائل، وما يستتبع ذلك من شيوع المخاطر واتساع الهوة بين الأطراف المتعاقدة، فيما يتعلق بامتلاك المعرفة وعدم امتلاكها.

ما يمكن ملاحظته أيضا، أن العقود الحديثة لم تعد عقودا بسيطة فورية، تبرم بتلاقي الإيجاب والقبول، بل أصبحت عقودا معقدة في طريقة إبرامها، والظروف

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 43.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 413.

المحيطة بها من حيث الأطراف المتعاقدة ومحل التعاقد، بحيث أصبحت تنصب هذه الصفقات على تقنيات جد متطورة، بين طرف محترف و آخر غير محترف، مما أدى إلى وجود حالة من التفاوت الصارخ في المراكز التعاقدية، حول المعلومات الضرورية الواجب توفرها لانعقاد العقد بشكل صحيح و سليم، يجنب الأطراف عبء المنازعات مستقبلا.

وعليه، وحتى تتسنى الإحاطة بمختلف الجوانب التي يثيرها الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، سيقسم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص الفرع الأول لتعريف الالتزام بالإعلام وأساسه القانوني وموقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرضه، أما في الفرع الثاني فيتم تناول نطاق وشروط الالتزام بالإعلام، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام وأساسه القانوني وموقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرضه.

الفرع الثاني: نطاق و شروط الالتزام بالإعلام.

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بالإعلام و أساسه القانوني و موقف

القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرضه

تدلنا الأبحاث التاريخية في المجال القانوني على أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد تمتم جذوره إلى الماضي البعيد، حيث ظهر هذا الالتزام في بعض القوانين القديمة، كالقانون المدني الروماني⁽¹⁾ و القانون اليوناني⁽²⁾، كما تناولها جانب هام من الفقه القديم

(1) لقد تضمن القانون الروماني الالتزام بالإعلام، حيث كان يفرض على عاتق البائع لفائدة المشتري التزاما بالإعلام عن الحالة القانونية للعقارات، بحيث يكون البائع مسؤولا امام المشتري عن عيوب الشيء المبيع في حالتين ، تتعلق الحالة الأولى بتعمد البائع إخفاء العيوب عن المشتري، اما الحالة الثانية فتتعلق بعرض البائع الشيء المبيع و وصفة بأوصاف لا يتضمنها في الواقع، و طبقا للقانون المدني الروماني يحق للمشتري في حالة إخلال البائع بالتزامه بالإعلام في بيوع العقارات أن يرفع المشتري دعوى ضد البائع للحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب هذا البيع. أما في بيوع العبيد والحيوانات، فقد تضمنت نصوص قانون الألواح الاثنا عشر التزاما على عاتق البائع بإعلام المشتري والكشف عما يوجد بالعبيد والحيوانات من عيوب، فيلتزم البائع بضرورة إبراز لافتة يوضح فيها للمشتري ما قد يوجد في العبيد والحيوانات من عيوب./عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، مرجع سابق، ص17.

(2) أما في القانون اليوناني فقد تم العثور على نصوص ادبية لأفلاطون ورد فيها تعداد للأمراض التي تترتب عن إخفاء البائع لها عن المشتري، و عدم إعلامه بها، جواز فسخ العقد من قبل المشتري، من بين هذه الأمراض الصرع و الهزال. كما تدلنا الأبحاث التاريخية على أنه تم العثور على منشور خاص يتضمن نصا بالزام البائع بتقديم بعض المعلومات التي تعين المشتري على حسن استغلال العبيد، وذلك من خلال توضيح خصائصه وخصاله، وذكر عيوبه،

بالبيان والتوضيح، وذلك لما لهذا الالتزام من أثر ملحوظ على استقرار المعاملات، وتوفير قدر من الثقة المشروعة و حسن النية، في مجال التعاقد و ترتيب الالتزامات.

كما اهتمت القوانين الحديثة بالالتزام بالإعلام، غير أن هذا الاهتمام جاء محدودا، وذلك تماشيا مع طبيعة المعاملات التي تتسم بالبساطة واليسر، من حيث أطرافها وموضوعها، غير أن التطورات التي صاحبت ظهور الآلة في المجتمع الصناعي، وما أعقبها من تطور على مستوى وسائل الاتصال، والتبادل المكثف للمنتجات في نطاق العولمة، أدى إلى بروز ضرورة الإحاطة بكل ما يتصل بالعملية التعاقدية، من أجل ضمان تحقيق الهدف من الدخول فيها.

وعليه، ومن أجل الوقوف على مضمون هذا الالتزام ودوره في العملية التعاقدية، ينبغي تناول تعريف الالتزام بالإعلام، وبيان أساسه القانوني، وموقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرضه في مرحلة التفاوض على العقد.

أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام:

كما سبق القول، فإن التفاوت الصارخ في المعرفة، بين الطرف الذي يعلم والطرف الذي لا يعلم في مجال التعاقد، من شأنه أن يؤدي إلى وجود حالات كثيرة من اختلال التوازن بين الالتزامات التي يرتبها العقد، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى تحمل أحد الطرفين وهو الطرف الأضعف بطبيعة الحال عبء هذا التفاوت، ومن هذا المنظور تبدو أهمية تحديد مدلول الالتزام بالإعلام، وهو ما دفع بالفقه إلى محاولة تحديد ذلك من خلال تعريفه، حيث عرفه جانب من الفقه بأنه (التزام سابق عن التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل و متنور، على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع الى طبيعة هذا العقد أو إلى صفة طرفيه أو طبيعة محلّه، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات، بالالتزام بالإدلاء بالبيانات)⁽¹⁾.

وكان القانون اليوناني يفرق بين علم البائع بهذه العيوب وجهله لها، فكان يلزم البائع بأن يؤدي للمشتري ضعف الثمن الذي دفعه المشتري، متى كان عالما بتلك العيوب، ويكتفي برد الثمن فقط في حالة جهله لها. / علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 415.

(1) حمدي محمود بارود، المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 74، جامعة القاهرة، 2004، ص 14.

في حين عرفه جانب آخر من الفقه بأنه "إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين، الذي يكون بمركز أقوى من المتعاقد الآخر، في العقد بكافة البيانات عند إبرام العقد والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير، ويمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على التعاقد عند إبرامه أو التحلل منه إن شاء، حيث يتم نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد، طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية وشرف التعامل، وحماية الثقة المشروعة في العقد"⁽¹⁾، كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه "الالتزام الذي بواسطته ينبه به أحد أطراف العقد الطرف الآخر على مخاطر التعاقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف التعاقد، ليكون خياره بالتعاقد ناجماً عن معرفة تامة بسبب التزامه"⁽²⁾.

يبدو واضحاً من خلال التعريفات السابقة، أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، يرتب على المتفاوض الذي يحوز المعلومات أو البيانات المتعلقة بالعملية التعاقدية، والتي يصعب أو يستحيل على المتعاقد الآخر الحصول عليها، نظراً لوضعه الخاص أو لطبيعة العقد المراد إبرامه، أن يدلي بتلك المعلومات والبيانات لما لها من أثر في اتخاذ القرار المناسب، بالإقدام على التعاقد أو بالإحجام عنه، حتى تكون العملية التعاقدية في وضوح تام، وبالرغم من اتفاق معظم الفقهاء حول مضمون هذا الالتزام، إلا أنهم اختلفوا في الأساس الذي يرد إليه وجود هذا الالتزام.

ثانياً: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام:

لم يستقر الفقهاء على أساس حاسم يرد إليه وجود الالتزام بالإعلام، حيث انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات رئيسية، فذهب الاتجاه الأول، إلى القول بأن الالتزام بالإعلام إنما في جده أساسه في الالتزام بالتسليم، الذي يقع على عاتق البائع في عقد البيع، في حين ذهب الاتجاه الثاني، إلى القول بأن الالتزام بالإعلام يقوم على نظرية عيوب الرضا، أما الاتجاه الثالث، فيؤسس الالتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية، باعتبار أن هذا الأخير هو التزام عام يشمل العلاقة التعاقدية، سواء في مرحلة التكوين أو في مرحلة التنفيذ.

(1) تبيحيرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة، التزامات الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، السنة 6، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، ص 299.
(2) تبيحيرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 300.

1. التسليم كأساس للالتزام بالإعلام:

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في التزام البائع بتسليم الشيء المبيع، ومن ثم فالالتزام بالإعلام من منظور هذا الاتجاه، هو التزام تابع وملحق بالالتزام بالتسليم، ومقتضى ذلك أن البائع لا يستطيع الانتفاع بالشيء المبيع، دون عائق إلا إذا أخطر البائع المشتري عن كافة المعلومات، والبيانات المتعلقة بكيفية استعمال الشيء المبيع، فضلا عن إعلام المشتري بالمخاطر المترتبة عن استعماله وكيفية تفاديها، ذلك أن البائع لا يعد منفذا للالتزام بالتسليم بصورة سليمة و كاملة، إلا إذا أخطر المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بالشيء المبيع، وتسليم النشرات التي تتضمن البيانات التفصيلية الخاصة بكيفية التحذير من مخاطره و سبل تلافيها.

وعليه، فإن البيانات والمعلومات التي يلتزم البائع بالإدلاء بها للمشتري، ترتبط بتسليم الشيء المبيع، و تتوحد معه وتصبح من ملحقاته، و من ثم فإن الالتزام بالإعلام هو التزام ملحق، و تابع للالتزام بالتسليم لا ينفصل عنه⁽¹⁾.

غير أن هذا الاتجاه تعرض لنقد شديد، وذلك بالنظر للاختلاف الكبير بين الالتزام بالتسليم و الالتزام بالإعلام، فإذا كان الالتزام بالتسليم ينشأ عن عقد البيع ذاته و يتعلق بتنفيذه، فإن الالتزام بالإعلام ينشأ في مرحلة التفاوض على العقد كتمهيد لإبرام العقد النهائي، و من ثم فإن القول بأن الالتزام بالإعلام هو تابع للالتزام بالتسليم، و من ملحقاته، يجانب المنطق، ذلك أن الالتزام بالإعلام من الناحية الزمنية، سابق لوجوده عن الالتزام بالتسليم⁽²⁾.

وجدير بالذكر هنا، أن التشريعات المقارنة نصت على الالتزام بالتسليم، باعتباره من الآثار المترتبة عن تنفيذ عقد البيع، ففي القانون المدني الجزائري مثلا، نصت المادة 1/364 وما بعدها (يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع).

2. عيوب الرضا كأساس للالتزام بالإعلام:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الالتزام بالإعلام، يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا، وخاصة التدليس بطريق الكتمان، والذي يترتب عنه البطلان في حالة ما إذا أخفى أو كتم أحد المتعاقدين عند إبرام العقد، بعض المعلومات أو البيانات اللازمة لتكوين رضا حر وسليم لدى المتعاقد الآخر، و من ثم فإن كتمان المتعاقد لما كان يجب عليه أن يدلي به

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 77.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 446.

إلى الطرف الآخر، يعد في حد ذاته نوعاً من التدليس متى كان إعلان الحقيقة من شأنه أن يؤثر في قرار الطرف الآخر، في التعاقد من عدمه⁽¹⁾.

وفي نفس السياق يذهب الفقيه تشارك Stark إلى القول بأن الأساس القانوني يستند في جانب منه من الخداع أو التدليس، والذي يلزم كل طرف متفاوض في العقد التجاري الدولي بأن يدلي للمتفاوض الآخر الذي يرغب في التعاقد معه بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، و يثور ذلك بالأخص عندما يوجد عدم تكافؤ بين الأطراف الساعية للتعاقد، سواء تفوق أحدهم على الآخر اقتصادياً أو بسبب الخبرة المهنية أو الكفاءة، فإذا لم يزود المتفاوض الراغب بالتعاقد بالمعلومات، يكون بذلك قد ارتكب مناورات تدليسية، في حالة أن السكوت عن واقعة أو ملاحظة مؤثرة في التعاقد يعد تدليسا، وهذا ما قصت به المادة 86 من القانون المدني الجزائري (يعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه، ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملاحظة).

وقد سارت بعض أحكام القضاء على هذا المنوال، حيث قضت محكمة العدل الفرنسية بتقرير البطلان، جراء مخالفة الالتزام بالإعلام استناداً إلى التدليس، حيث خلصت إلى أن عدم القيام بإعلام المشتري لدى التنازل عن المحل التجاري، وأن التصريح اللازم لاستغلال هذا المحل، لم يكن قد تم الحصول عليه بعد، ويمثل إخفاء متعمداً من جانب البائعة لمثل هذه الواقعة، والتي لو كانت معلومة للمشتريين، لكانت قد منعتهم من التعاقد، حيث يشكل هذا الأمر تدليسا معيباً لرضا هؤلاء المشتريين⁽²⁾.

غير أن هذا الاتجاه، الذي يؤسس الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد على عيوب الرضا، لم يسلم من النقد، ذلك أنه وإن كان الالتزام بالإعلام ونظرية عيوب الرضا يتفقان من حيث الغرض، وهو ضمان صحة رضا المتعاقد، إلا أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع بكثير من نطاق نظرية عيوب الرضا، فضلاً عن ذلك، فالالتزام بالإعلام هو الوسيلة القانونية لمعالجة قصور نظرية عيوب الرضا⁽³⁾.

(1) محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 84.
(2) القرار الصادر في 3 أكتوبر 1981/ سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 10.
(3) عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، مرجع سابق، ص 81، 82.

3. مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام:

يذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، إنما يجد أساسه في مبدأ حسن النية، حيث يرى الفقيه الفرنسي Galais Onloy، أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يقوم على مبدأ حسن النية، والذي هو مصدر وأساس التزام كل متفاوض راغب في إبرام العقود التجارية الدولية، بأن يدلي للمتفاوض الآخر بكافة المعلومات الضرورية التي يعلمها، أو كان ينبغي أن يعلم بها، مادامت هذه المعلومات مجهولة لدى الطرف الآخر، إذ يقتضي مبدأ حسن النية أن يتم التفاوض بشرف وأمانه، ومن ثم يعتبر إخلالا بمبدأ حسن النية كتمان بيانات يعلم من يكتمها أن المتفاوض الآخر لو علم بها، لتغير موقفه من المفاوضات وقراره النهائي في التعاقد، و رضاه بالشروط الواردة في العقد⁽¹⁾.

و جدير بالذكر هنا، أن المشرع الجزائري نص في المادة 107 من القانون المدني المشار إليها سابقا، على تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وفي نفس السياق يذهب الرأي الراجح فقها إلى التأكيد على أن تطبيق مبدأ حسن النية لا يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد، وإنما يمتد أيضا ليشمل مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم يمكن الاستناد على نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، بوجود الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال، والتي تؤسس الالتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 20 جوان 1992، في نزاع تتلخص وقائعه⁽²⁾، في أن الزوجين Les époux اشتريا قطعة أرض من السيدة Delon لكي يقيما عليها مبنى سكنيا، وقد اكتشفا بعد إتمام عقد البيع، وجود محتوى مائي تحت الأرض المبيعة يعيق عملية البناء، ولا يمكن إتمام البناء إلا بالقيام بأعمال إضافية تتطلب مصاريف ونفقات كبيرة، وعليه، طلب المشتري فسخ عقد البيع، رفضت محكمة الاستئناف الطلب، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قررت نقض الحكم وإلغاء حكم محكمة الاستئناف، لتعارضه مع أحكام المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، حيث كان من الواجب على البائعة أن تدلي للمشتري بالصفات الجوهرية للأرض المبيعة، وتكشف له عن وجود دعوى أخرى أمام القضاء، تتعلق بالصفات الجوهرية للأرض رفعها مشترٍ آخر لقطعة أرض مجاورة ضد نفس البائعة، وبما أنها لم

(1) رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 425.

(2) Cass. 3. Civ 30/06/1992. BULL. Civ. 3. N. P. 145. Rev. Internationale. De droit des affaires. DECEMBRE 1992. P. 898.

تفعل ذلك، فقد أخلت بالتزامها بالإعلام وفقا لنص المادة المذكورة أعلاه، وفي التعليق على هذا الحكم⁽¹⁾ يرى جانب من الفقه أن البائعة تكون قد أخلت بالأمانة والثقة العقدية، والتي تقتضي إعلام المتفاوض الآخر بكل المعلومات والبيانات وفقا لما يفرضه مبدأ حسن النية، والذي يجب امتداده من مرحلة تنفيذ العقد إلى مرحلة تكوينه، ذلك أنه كان يجب على البائعة أن تقوم بتأجيل البيع الثاني، حتى يتم الفصل في القضية المتعلقة بالصفقة الأولى، و كان يجب عليها أيضا أن تخير المشتريين الجدد بحقيقة الأمر، أما وأنها لم تفعل، فتكون بذلك قد أخلت بالالتزام بالإعلام، حسب ما قرره محكمة النقض الفرنسية.

وفي حكم مماثل قررت محكمة استئناف باريس، بأنه إلى جانب النصوص القانونية يفرض حسن النية في التعاقد وجود واجب تكميلي بالصدق، والذي يقتضي أن يقوم كل طرف في العقد بتزويد الطرف الآخر بكل المسائل التي هي محل التفاوض⁽²⁾.

وجاء أيضا في حكم محكمة استئناف باريس⁽³⁾ بشأن بطلان عقد بيع حاسوب، أنه كان يقع على عاتق الشركة Logabax (المورد)، واجبا هاما بتزويد شركة Savie (العميل) بعناصر التقدير التي يتوقف عليها رضاها بالعقد، ولاسيما أنه لم يتوفر لديها القدرة على معرفة هاته العناصر بنفسها والتي يتوقف عليها رضاها بالعقد، وتبين للمحكمة أن الشركة الموردة Logabax، قد أخفت الصعوبات التي قد تنشأ عن تشغيل الحاسوب، ولم تخبر عميلها شركة Savie، كما تبين للمحكمة أيضا أن الشركة الموردة قد أخفت عن عميلها أيضا عيوب التشغيل، والتي لو علمت بها لرفضت التعاقد، وعليه، قضت أن شركة Logabax بكتمانها لهذه المعلومات، تكون بهذا قد خالفت مبدأ حسن النية، و الذي يحق لشركة Savie أن تتعاقد معتمدة عليه.

وعليه، أصدرت المحكمة حكمها ببطلان عقد البيع، وألزمت شركة Logabax باسترداد الحاسوب والبرنامج الذي قامت بتوريده، وردّ الثمن إلى شركة Savie. نخلص مما تقدم إلى أن الالتزام بالإعلام هو التزام ينشأ في مرحلة التفاوض على العقد، والتي تسبق إبرام العقد النهائي، وفرض هذا الالتزام في هذه المرحلة تقتضيه ضرورات الاستجابة للتطور الحاصل على مستوى التقنيات الجديدة، وكذلك التفاوت الكبير في حيازة المعرفة بين الأطراف المتفاوضة.

(1) عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، مرجع سابق، ص 82.
(2) قرار محكمة استئناف باريس في 21 نوفمبر 1985/ تيجيكرام محمد حسين ، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 302.
(3) القرار الصادر في 2 مارس 1977/ تيجيكرام محمد حسين ، استبرق محمد حمزة ، المرجع نفسه، ص 302.

إن فرض الالتزام في مرحلة التفاوض على العقد، من شأنه أن يخفف من وطأة هذا التفاوت، ويحقق نوع من التوازن في العلاقة التعاقدية، وذلك بالالتزام المتعاقد المدين بالإدلاء للمتفاوض معه بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بموضوع التعاقد.

ومهما يكن من أمر الأساس القانوني الذي يستند إليه هذا الالتزام في وجوده، فإن جانبا من الفقه يذهب إلى القول بأن الالتزام بالإعلام، ينشأ في حقيقة الأمر مستقلا وله ذاتيته الخاصة، التي تلعب دورا كبيرا في تكملة نصوص التشريع، فهو بحق أداة قانونية تساهم في تدعيم المشروعية والروابط العقدية، وليس التزاما تابعا للعقد، واستقلاله ضروري لإعطاء سلطة تقديرية للقضاء، لتحقيق التوازن العقدي بعد إبرام العقد⁽¹⁾.

و في نفس السياق يذهب اتجاه فقهي آخر إلى القول، بأنه لا يمكن أن يكون لهذا الالتزام أكثر من أساس قانوني، لأن ذلك يجانب المنطق، ذلك أن تغيير الأساس القانوني يؤدي إلى تغيير جوهر الالتزام ذاته، ذلك أن التطور العلمي والتكنولوجي المتسارع، وتطور أساليب وتقنيات إبرام العقود أبان عن قصور واضح، وعن عدم قدرة القواعد التقليدية في مجال النظرية العامة للعقود، على استيعاب هذا التطور، و توفير الحماية الكافية لأطراف التفاوض، و من ثم يتعين إيجاد حلول قانونية جديدة لمواجهة هذا التطور⁽²⁾.

وعليه، فقد حاولت التشريعات المختلفة استيعاب هذا التطور، وذلك من خلال إصدار العديد من القوانين المتعلقة بفرض الالتزام بالإعلام، في مرحلة ما قبل إبرام العقد النهائي، وذلك في مجالات قانونية متعددة، تتمحور معظمها حول فكرة حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، كما بذلت الدول جهودا كبيرة لإيجاد قواعد قانونية موحدة، وذلك عن طريق تضمين الاتفاقيات الدولية فرض الالتزام بالإعلام بشأن التفاوض على العقد.

ثالثا: موقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرض الالتزام بالإعلام:

تختلف مواقف التشريعات المقارنة حول وجود الالتزام في مرحلة التفاوض على العقد، تبعا للاختلاف الحاصل بين قوانين النظام اللاتيني ودول الشريعة العامة، فيما يتعلق بالاعتراف بمبدأ حسن النية، فنظام الشريعة العامة والذي يمثل القانون الإنجليزي كقاعدة عامة، لا يعترف صراحة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، غير أن الدول حاولت إيجاد قواعد موحدة للتخفيف من حدة هذا التباين، خدمة لاستقرار وتطور المعاملات التجارية.

(1) عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدية، مرجع سابق، ص 67.

(2) تبيحيرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 302، 303.

1. موقف القانون المقارن:

كما سبق القول، تختلف مواقف التشريعات المقارنة حول مسألة فرض الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، ويمكن حصر هذه المواقف في مدرستين، المدرسة الإنجليزية والمدرسة الفرنسية، وعليه سنحاول إبراز هذه المواقف مع بيان موقف المشرع المصري والجزائري، وذلك على النحو التالي.

أ. موقف القانون الأنجلو أمريكي:

تسود دول الشريعة العامة، القاعدة التقليدية التي تقضي فليحترس المشتري، وهي تعكس مرحلة تاريخية من مراحل تطور المجتمع الرأسمالي، حينما طغت النزعة الفردية، تجسيدا للمبدأ الشهير (دعه يعمل اتركه يمر).

غير أن التطورات الاجتماعية في بداية القرن التاسع عشر، خففت إلى حد ما من وطأة النزعة الفردية، وحاولت القضاء على مظاهر التعسف الرأسمالي، بما في ذلك الفردية المطلقة، وذلك في محاولة لإحلال منهج يقوم على النظام، والتعاون بين الأفراد⁽¹⁾.

استتبع هذا التطور الاتجاه نحو الاعتراف بمبدأ حسن النية، حيث ظهرت العديد من التشريعات والعقود التي تتطلب منتهى حسن النية، كعقود الأمانة أو عقود حسن النية. فالقانون الإنجليزي، وبالرغم من اعتباره التفاوض نوعا من المغامرة، ينبغي على المتفاوض تحمل نتائج تفاوضه (فليحترس المشتري)، غير أن هذه القاعدة وردت عليها بعض الاستثناءات، لاسيما بالنسبة لعقود الأمانة التي تتطلب منتهى حسن النية في إبرامها، كما فرض القانون الإنجليزي الالتزام بالإعلام في العديد من القوانين، كقانون حماية المستهلك، الذي يفرض الالتزام بالإعلام، وذلك بالإدلاء بالمعلومات وتحريم الإعلانات الكاذبة والمضللة، وكذلك فرض الالتزام بالإعلام الذي تضمنه قانون الشراكة Partnership Legislation، والذي فرض الإعلام الكامل عن الوقائع المادية قبل إبرام العقد، حيث نصت المادة 8 منه على (تقديم الحسابات الحقيقية والإلمام الكامل بكل الأشياء التي تؤثر في الشراكة لأي مشارك و ممثل قانوني، ومن ثم عندما يتفاوض شخص لشراء حصص الشريك الآخر، فمن المفروض عليه الكشف الكامل عن المعلومات المتعلقة بأصول الشراكة)⁽²⁾.

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 93

(2) شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008، ص 26

أما القانون الأمريكي فتسود فيه كذلك القاعدة التقليدية فليحترس المشتري، إلا أنه يعترف بوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، و يظهر ذلك واضحا في بعض القوانين، كعقود الأمانة التي يسميها القانون الأمريكي بعقود حسن النية، كعقود التأمين وعقود الشركات. و يفرض القانون الأمريكي كذلك تصحيح البيانات أو المعلومات، التي أدلى بها المتعاقد للطرف الآخر، في حالة ما إذا لم تكن صحيحة، أو كانت صحيحة لكنها لم تعد كذلك، فعلى صاحب المعلومة أن يعلمه بالواقعة الحقيقية والمستجدة، ومعنى ذلك أن هناك التزاما بتصحيح المعلومة السابقة، حتى وإن كان معتقدا بصحتها حين الإدلاء بها⁽¹⁾.

ويفرض القانون الأمريكي كذلك على المتعاقد عندما يتكلم بمحض اختياره أو نتيجة سؤال موجه إليه، بأن يكون كلامه تاما وكاملا، وقد تم إقرار هاته القاعدة من خلال قرار صادر عن المحكمة العليا في ولاية كاليفورنيا قبل نصف قرن من الآن، حيث أشارت المحكمة إلى ذلك تحت مسمى مبدأ البيانات المجزأة أو الغامضة، والتي أوضحت بصددها، إذا أخذ طرف على عاتقه أن يتكلم، سواء كان اختياريا أو نتيجة الإجابة عن سؤال، أنه ملزم ليس فقط أن يقول الصدق فيما يقول، بل أيضا ألا يجزأ أو يكتم أية واقعة ضمن معلوماته، التي تؤدي ماديا إلى تكييف ما تم بيانه⁽²⁾.

كما أقر القضاء الأمريكي، وجود التزام على أطراف التفاوض بالإفصاح عن الحقائق التي يكون أحد الأطراف على علم بها، بينما الطرف الآخر جاهل بها ويتصرف بناء على هذا الجهل، كما يمتد الالتزام بالإعلام إلى الحالة التي يكون فيها أحد الطرفين حائزا لمعرفة أكبر، ومن تم فإن القضاء الأمريكي يجعل من امتلاك معلومات إضافية كافيا لإحداث التزام بالكشف عن تلك المعلومات⁽³⁾.

يتضح من خلال العرض السابق، أن الالتزام بالإعلام في قوانين دول الشريعة العامة، والتي تسودها القاعدة التقليدية " فليحترس المشتري "، ويتحمل نتائج تفاوضه، إلا أن التطورات الحاصلة في مجال المعاملات التجارية أدت إلى الاتجاه نحو الاعتراف وفرض الالتزام بالإعلام، بمقتضى العديد من النصوص التي تنظم مجالات مختلفة.

(1) تطبيقا لقانون كاليفورنيا (انه مفروض على الطرف بأن يصحح البيانات المادية، عندما يثبت بانها على الرغم من اعتقاده بانها صحيحة، عندما صدرت)./ الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 388.

(2) شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 389.

(3) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 95.

ب. موقف القانون الفرنسي:

الملاحظ أن أغلب قوانين دول النظام اللاتيني، لم تنص صراحة على الالتزام بالإعلام، في مرحلة التفاوض على العقد، إلا أن القضاء أقر بوجود هذا الالتزام في الكثير من الأحكام، كما تضمنت العديد من التشريعات الخاصة فرض هذا الالتزام.

يذهب جانب من الفقه الفرنسي⁽¹⁾ إلى القول، بأن القانون الفرنسي كقاعدة عامة، لا يقر بوجود الالتزام بالإعلام والمتعلق بالعقد، إلا إذا كان هناك تشريع أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك، أو أن يؤدي عدم الإدلاء بالمعلومات إلى حصول تدليس أو غلط جوهري. وحسب الفقيه Pierre Legrand، فإن القانون الفرنسي مر بثلاث مراحل مختلفة في تطوره، نحو الاعتراف بفرض الالتزام بالإعلام قبل التعاقد⁽²⁾.

الفترة الأولى، ويسمى هذا الفقه بالفترة الانتقالية، عندما لم يكن السكوت يشكل بحد ذاته تدليسا. أما الفترة الثانية، فهي الفترة التي بدأت محكمة النقض الفرنسية بفرض الالتزام بالإعلام، على أساس مبدأ حسن النية إلى نهاية السبعينات. أما المرحلة الثالثة، فهي مرحلة التطور الكامل نحو فرض الالتزام بالإعلام، و لا سيما فيما يتعلق بعقود الإذعان *Contrat d'adhésion*.

إن القضاء الفرنسي، يقر بوجود التزام عام بالمصارحة و الشفافية في المرحلة السابقة على التعاقد، و مقتضى ذلك أن كل متفاوض يلتزم بإعلام المتفاوض الآخر بكل شيء بأسلوب مستقيم و صريح، بما يصاحب العقد محل التفاوض من ظروف و ملابسات واقعية وقانونية⁽³⁾.

أما على صعيد القوانين الخاصة، فنجد أن الالتزام بالإعلام، يفرض في مجال حماية المستهلك، حيث نص القانون 1993/07/26 رقم 449/93، والقانون 1995/02/01، ومرسوم 1997/03/27، وقانون 2001/05/15، وغيرها من التعديلات الحديثة، و هي في حقيقتها مستوحاة من التوجيه الأوروبي المشهور المؤرخ في 1995/04/05، حيث تناولت هذه القوانين بصورة أساسية، حق المستهلك في الإعلام، بصورته التعاقدية وقبل التعاقدية، وتوسيع نطاق هذا الالتزام إلى واجب النصح والمشورة، والتحذير والتعاون، والمشاركة في عقود الإعلام الآلي، وعقود البناء، لا سيما المادة 111 من قانون حماية المستهلك الفرنسي⁽⁴⁾.

(1) شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 375.

(2) شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 375.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 161.

(4) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 162.

ويذهب جانب من الفقه إلى القول، بشأن قانون حماية المستهلك الفرنسي، بأن الالتزام بالإعلام لصالح المستهلك يكتسي أهمية كبيرة، و هو ضروري من أجل إحاطة المستهلك علما بالمميزات الأساسية و الصفات المميزة للسلعة، أو الخدمة محل التعاقد في فترة تكوين العقد عن بعد أو قرب، وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية من جهة، و لتلافي عيوب الرضا من جهة أخرى، و هنا يركز الفقه الفرنسي أساسا على تلك المعلومات الضرورية و الأساسية، و التي يقصد منها التنبيه بحقيقة مضمون العقد المزمع إبرامه، و ما قد ينطوي عليه من شروط و قيود، و ضمان و مخاطر⁽¹⁾.

وإلى جانب الحق في الإعلام من أجل الحصول على كافة البيانات، و المعلومات المؤثرة في تكوين الرضا، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن كل متفاوض يلتزم أن يستعلم بالذات، أو بالوساطة أو بالخبرة عن مصالحه الخاصة، حتى يتمكن من الإحاطة بكافة ظروف و ملابسات العملية التعاقدية موضوع التفاوض، و ذلك بالتحري عن حقيقة المعلومات و البيانات، و الظروف الاقتصادية الوطنية و الدولية، بالجوء إلى كافة مصادر المعرفة المتاحة⁽²⁾.

أما القانون الإيطالي فقد مر تقريبا بنفس المراحل التي مر بها القانون الفرنسي في تطوره نحو فرض الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، فقد كان القضاء الإيطالي يستند في فرض هذا الالتزام إلى قواعد الغلط و التدليس و ضمان العيوب الخفية، فضلا عن القاعدة المتعلقة بالمسؤولية السابقة على التعاقد و المستمدة من الالتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، و ذلك طبقا لنص المادة 1337، التي نصت على أن يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات و إبرام العقد بالتعامل بما يتفق و حسن النية⁽³⁾.

ت. موقف القانون المصري و الجزائري:

يستند جانب من الفقه المصري إلى القول بوجود الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد إلى التدليس، عندما نص المشرع المصري على أن كل واقعة أو ملابسة مؤثرة في التعاقد، لو علم المتعاقد الآخر بها لما أقبل على إبرام العقد، و ذلك طبقا لما نصت عليه المادة 125 من القانون المدني المصري (يعتبر تدليسا السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد، لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

(1) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 162.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 164.

(3) شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 376.

وعلى صعيد آخر، فقد فرض المشرع المصري الالتزام بالإعلام قبل التعاقد صراحة، عند تنظيمه لعقد نقل التكنولوجيا، وذلك بمقتضى نص المادة 86 من القانون التجاري المصري⁽¹⁾، والتي نصت (على أن يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد، أو خلال المفاوضات التي تسبق العقد ما يلي:

- الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة والصحة العامة، أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلع على ما يعلمه من وسائل اتقاء هذه الأخطار.

- الدعاوى القضائية وغيرها من العقوبات، التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا، لاسيما المتعلقة منها ببراءة الاختراع.

- أحكام التشريع المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا).

يبدو واضحا من خلال هذا النص، أن المشرع المصري فرض من جهة أن يقوم المفاوض المورد بإعلام المفاوض المستورد بالأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا، لاسيما منها المتعلقة بالصحة أو البيئة العامة، أو سلامة الأرواح و الأموال، ومن جهة أخرى، ألزم مورد التكنولوجيا أن يطلع المستورد على جميع الوسائل، والظروف المتاحة لتلافي هذه الأخطار، فضلا عن إلتزام المورد بأن يكشف عن القيود والعقوبات التي قد تعوق استخدام التكنولوجيا، كالمنازعات مع الغير، سواء كانت هذه المنازعات متعلقة بملكية المورد للتكنولوجيا، أو بمدى حقه في منح الترخيص في استغلالها للغير، ففي جميع الحالات يلتزم المورد بإعلام المستورد بهذه المنازعات، سواء كانت معروضة أمام القضاء، أو أنها لم تعرض بعد وكان المورد عالما بها⁽²⁾.

كما ألزم المشرع المصري وفقا لنص المادة نفسها المشار إليها أعلاه في الفقرة 3، عن أحكام القانون المحلي لدولة مصدر التكنولوجيا، والذي يتضمن الأحكام التفصيلية بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا⁽³⁾، وفي المقابل فرض المشرع المصري على مستورد التكنولوجيا في المادة 80 من القانون التجاري المصري، التزاما قانونيا بأن يطلع المورد على أحكام التشريعات الوطنية، المتعلقة باستيراد التكنولوجيا.

(1) قانون التجارة المصري، رقم 17، 1999، النافذ

(2) تيحيكرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة ، مرجع سابق، ص304

(3) ويتعلق التزام مورد التكنولوجيا على وجه الخصوص، بأن يكشف للمستورد عن قيود التصدير والأجهزة، والمواد الخام، وقواعد وإجراءات تحويل العملات الأجنبية، والرسوم والضرائب، كما يلتزم المستورد بالإعلام عن أحكام قانونه الوطني في هذا الخصوص إذا تضمن هذا القانون أحكاما من شأنها التأثير في عملية نقل التكنولوجيا./ تيحيكرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة ، المرجع نفسه، ص 304

و يعلق جانب من الفقه على هذه النصوص، والمتعلقة بإستيراد التكنولوجيا، على أن هذه الأحكام لا تقتصر على تلك الواردة في قانون التجارة الجديد، بل تشمل أيضا الأحكام الواردة في قوانين ولوائح الإستيراد، إذا تعلقت بنقل التكنولوجيا(1).

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فلم يرد نص صريح في القانون المدني، يفرض الالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض على العقد، غير أن وجود هذا الالتزام حسب الرأي الراجح فقها(2) يستند إلى نظرية عيوب الرضا، و هذا ما نصت عليه المادة 2/86 من القانون المدني الجزائري المشار إليها سابقا (يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليجرم العقد، لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة).

وهو ما أقرته المحكمة العليا الجزائرية في اجتهاد لها، من أن المبدأ في القانون الجزائري، هو اعتبار السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، إلا إذا كان المتعامل حرفيا أو مهنيا، فإنه لا يمكن له الادعاء بالغش و التدليس(3).

كما يستفاد أيضا من نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري المشار إليها سابقا، وجود الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، والتي تنص على أنه (ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية).

وحسب الرأي الغالب فقها، والذي سبقته الإشارة إليه، فإن الالتزام بحسن النية لا يقتصر فقط على مرحلة إبرام العقد، بل يمتد أيضا ليشمل مرحلة التفاوض على العقد. وفي سياق التأكيد على فرض الالتزام بالإعلام، فقد أكد المشرع على ذلك صراحة، بمقتضى نصوص خاصة، وذلك بالنظر إلى التطورات الجديدة التي أفرزها واقع التحول الاقتصادي، من أجل توفير الحماية الضرورية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وتحقيق التوازن العقدي.

وعليه، وسعيا من المشرع الجزائري إلى حماية المستهلك، فقد ألزمت المادة 17 من القانون رقم 3/9 المؤرخ في 2009/02/25، والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج، الذي يطرحه للاستهلاك(4).

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 127.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 417

(3) المحكمة العليا الجزائرية غ م 1993/6/23، ملف رقم 136510 (العنب المباع كان مصابا بأمراض الكروم، و أن البائع كتم هذا المرض قصد بيع العنب)/ علي بلحاج، مرجع سابق، ص 160.

(4) الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 2009/03/08.

كما أكد المشرع الجزائري على هذه الحماية بمقتضى المادة 4 من القانون رقم 2/4 المؤرخ ب2004/6/23، والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي قضت بأن يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات وبشروط البيع⁽¹⁾.

وكان المشرع الجزائري قد أكد على وجوب الإعلام المادي للمستهلك، بمقتضى المرسوم رقم 367/90 المؤرخ في 1990/11/10، والمتعلق بالوسم وتقديم المواد الغذائية، لاسيما بالنسبة للمنتوجات التي لا يستطيع المستهلك معرفتها بسهولة، كالمنتجات المغلفة، أو التقنية أو الفنية⁽²⁾.

وفي مجال التأمين، وبالنظر إلى ما تتطلبه مثل هذه العقود من وجوب توفر حسن النية، والإفصاح الكامل عن كل الوقائع الهامة بين الأطراف، إذ يقتضي ذلك أن يقوم الطرف المؤمن بالإدلاء بكل ما قد يؤثر على المؤمن لديه، في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه، فضلا عن الإفصاح عن المخاطر المؤمن عليها من أجل تحديد طبيعة ونطاق المخاطر التي يشملها التعويض، وعليه فقد ألزم المشرع الجزائري بمقتضى الأمر رقم 97/95 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بقانون التأمينات في مواده (13-8-5)⁽³⁾، والمعدل بالقانون 4/6 المؤرخ في 2006/02/30، شركات التأمين بضرورة إخبار وإعلام المستهلك، وإخطاره بالشروط الهامة والأكثر خطورة، وبكل المعلومات الضرورية المؤثرة المتعلقة بالعقد، أو المنتج أو الفترة المؤمنة عليها، وأن تكون هذه البيانات واضحة و جلية، وغير قابلة للمحو، ومحركة باللغة العربية⁽⁴⁾.

و في مقابل ذلك، ألزم المشرع الجزائري المؤمن له بمقتضى المواد 15 و 19 و 2 و 75 و 153، من قانون التأمينات الجزائري، بالتصريح الصحيح عند إبرام العقد، بكافة الظروف المساعدة في تقدير الخطر، ودرجة جسامته بكل وضوح وأمانة، من خلال نماذج الاستثمارات المطبوعة، المتضمنة لأسئلة محددة وتبصير المؤمن لدرجة احتمال وقوع الخطر، وهذا حتى يتأتى للمؤمن اتخاذ الاجراءات التي يراها ناجعة، كأن يقترح قسطا جديدا لاستمرار التأمين، أو فسخ العقد، وفي حالة قيام المؤمن له بإخفاء المعلومات، أو تصريح كاذب متعمد بقصد تضليل المؤمن في تقدير خطر المؤمن عنه، فإنه يترتب عنه إبطال العقد المادة 21 و المادة 71 من قانون التأمينات.

(1) الجريدة الرسمية، العدد 91، المؤرخ في 2004/06/27.

(2) بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص156.

(3) الجريدة الرسمية، العدد 13، المؤرخ في 1995/03/10.

(4) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 156.

يظهر من خلال النصوص الواردة أعلاه، سواء في القانون المدني أو النصوص الخاصة، أن المشرع الجزائري فرض الالتزام بالإعلام في العلاقات التعاقدية على الطرف الذي يحوز المعلومات، والبيانات التي من شأنها التأثير على قرار الطرف الآخر في التعاقد من عدمه، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على عقد التفاوض، ذلك لما تنطوي عليه عملية التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية من مخاطر، ومعلومات بيانات، قد يصعب أو يستحيل على الطرف الدائن بالالتزام بالإعلام الحصول عليها، غير أنه ومن أجل ضمان أكثر استقرار لعملية التفاوض على العقود، فإن الالتزام بالإعلام بحاجة إلى نص صريح، يفرضه في جميع مراحل العملية التعاقدية.

2. موقف الاتفاقيات الدولية من الالتزام بالإعلام:

لقد حاولت الدول توحيد جهودها، بشأن فرض الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، من خلال إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية، كاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، ومبادئ اليونيدروا Unidroit، فضلا عن مشروع التقنين الدولي لنقل التكنولوجيا.

أ.الوضع في اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع:

لم تتضمن اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع نصا صريحا، يفرض الالتزام بالإعلام بالنسبة للتصرفات التي تبرم في نطاق الاتفاقية، الأمر الذي عجل بإثارة جدل فقهي واسع حول وجود هذا الالتزام من عدمه.

يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أن الالتزام بالإعلام هو من الالتزامات التي تفرضها الاتفاقية، على أطراف البيع الدولي للبضائع، كونها من العادات التي اعتادوا عليها، سواء وقع ذلك صراحة أو ضمنا، واستند هذا الرأي الفقهي في ذلك، إلى نص المادة 1/9 من الاتفاقية، والتي نصت على أنه (يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها، وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما)، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة (ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما، أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به، أو كان ينبغي أن يعلما به، متى كان معروفا على نطاق واسع ومرعية بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف، في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة).

(1) وفاء حلمي، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص166.

ب. الوضع في مبادئ اليونيدروا Unidroit:

لم يرد نص صريح في مبادئ اليونيدروا Unidroit بشأن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، غير أنه يستشف وجود هذا الالتزام حسب الرأي الغالب فقها، استنادا إلى نص المادة 1/7 من هذه المبادئ، التي سبقت الإشارة إليها، بأن يلتزم كل طرف بالتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية، وأمانة التعامل في التجارة الدولية⁽¹⁾.

و عليه يقتضي الالتزام بحسن النية الوارد بمبادئ اليونيدروا Unidroit، أن يقوم كل طرف بإعلام الطرف الآخر بكافة المعلومات و البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه.

ت. الوضع في مشروع التقنين الدولي للسلوك في مجال نقل التكنولوجيا:

لقد نص مشروع التقنين الدولي للسلوك في مجال نقل التكنولوجيا⁽²⁾، على مجموعة من الالتزامات ينبغي على الأطراف الالتزام بها، خلال إجراء المفاوضات المتعلقة بنقل التكنولوجيا، وفي مقدمة هذه الالتزامات الالتزام بالإعلام، حيث نص هذا التقنين على الأصول التي ينبغي على الأطراف مراعاتها:

- تزويد المستورد بالمعلومات اللازمة، لتمكينه من الوقوف على عناصر التكنولوجيا وتقدير قيمتها، على أن تكون هذه المعلومات قدر المستطاع مفصلة.
- التصريح بما يكون قد أبرمه كل من الطرفين من اتفاقات سابقة، تؤثر في اتفاق نقل التكنولوجيا التي تجري المفاوضات بشأنها، وذلك بالقدر المستطاع الذي لا يحدث ضررا.
- التزام المستورد بتزويد المورد بالمعلومات المتاحة له، والخاصة بالظروف الفنية في دولته و أهدافها في التنمية، و تشريعاتها ذات الصلة بنقل التكنولوجيا، و ذلك بالقدر اللازم لتمكين المورد من تنفيذ التزاماته.

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص158.

(2) مشروع التقنين الدولي للسلوك في مجال التكنولوجيا، هو مشروع مدونة للقواعد التي يتعين مراعاتها والالتزام بها، عند نقل التكنولوجيا على المستوى الدولي، وقد وضع هذا المشروع لجنتان من الخبراء والمختصين بناء على تكليف من مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (لأنكاد)، ويشمل هذا المشروع على ديباجة وعشرة أبواب، الأول في التعاريف ونطاق التطبيق، والثاني في أهداف التقنين، وأصوله العامة، والثالث في تنظيم نقل التكنولوجيا في التشريعات الوطنية، والرابع القيود، والخامس في الضمانات والالتزامات، والسادس في المعاملة الخاصة التي تمنح للدول النامية، والسابع في التعاون الدولي في مجال نقل التكنولوجيا، والثامن في إنشاء لجنة دائمة لنقل التكنولوجيا، والتاسع في القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات، والعاشر في الأحكام الختامية. وتجدر الإشارة إلى أن هذا المشروع، ومنذ بداية العمل في إعداده، ثار خلاف جوهرى بين الدول النامية الدول المتقدمة، حيث كانت الدول المتقدمة ترى أن الطابع الأخلاقي لفلسفة التقنين يقتضي أن تكون قواعده غير ملزمة، أي مجرد إرشادات توجه إلى كل الشركات للاستئناس بها فحسب، فيما كان للدول النامية رأي آخر، فكانت تريد أن يتسم هذا التقنين بالطابع الإلزامي وحجتها في ذلك أن التقنين لا يحدث الفعالية منه، إلا إذا أفرغت قواعده في اتفاقية دولية ملزمة، وكان هذا الخلاف هو السبب الرئيسي والعقبة الكبرى التي اعترضت سبيل إنجاز هذا التقنين. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1984، ص 10.

- يتعهد المورد بإطلاع المستورد على ما لديه من أسباب، أو معلومات تجعله يعتقد أن استعمال التكنولوجيا بالكيفية المتاحة، و استعمال السلع الناتجة عن تطبيقها، لا يناسب دولة المستورد، أو يمثل خطرا على الصحة العامة.

- و أخيرا يتعهد المورد بإطلاع المستورد على كل ما يعلمه من قيود، أو منازعات تتعلق بالحقوق التي تشملها التكنولوجيا.

و في التعليق على ما ورد في هذه المادة، يذهب جانب من الفقه إلى أن هدف المدونة يحث بشكل واضح وصريح، على ضرورة تبصير المفاوض المستورد بمجمل الظروف والملابسات المتصلة بالعملية التعاقدية، التي لها تأثير مباشر أو غير مباشر على العملية التعاقدية ككل، من حيث تحقيقها للنجاح وإبرام العقد النهائي⁽¹⁾.

حاصل ما تقدم، فإن الالتزام بالإعلام الذي يترتب عليه عقد التفاوض، ينطوي في جوهره على أن يقوم المفاوض المدين بهذا الالتزام، والحائز على المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، بإخطار المفاوض الآخر بتلك المعلومات والبيانات، حتى تنشأ إرادته حرة و متتورة، بحيثيات العملية التعاقدية بكل تفاصيلها.

ومهما يكن من أمر الأساس الذي يستند إليه الالتزام بالإعلام في وجوده، سواء استند في ذلك إلى الالتزام بالتسليم أو التدليس أو حسن النية، فإن الالتزام بالإعلام وبالنظر إلى التطورات المتسارعة على مستوى التبادل التجاري الدولي، الذي يعرف كثافة كبيرة وعلى نطاق دولي واسع، حيث يتم تبادل السلع والمنتجات التي تحتاج إلى الكثير من الإحاطة بمختلف المعلومات المتعلقة بمحتواها، أو طريقة تركيبها وتشغيلها، و المخاطر التي قد تتجر عن استخدامها، فإن الالتزام بالإعلام في ظل هذه الظروف، يصبح أكثر من أي وقت مضى، بحاجة ماسة إلى أن تكون له ذاتيته المستقلة، التي تنأى به عن أي نقاش أو جدال، بحيث يكون في خدمة الطرف الذي لا يستطيع، أو يستحيل عليه الإلمام بجوانب و ملابسات التعاقد، للوصول إلى حالة من التوازن على مستوى العلاقات العقدية، في مجال إبرام عقود التجارة الدولية.

(1) تيحيرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 306.

الفرع الثاني

طبيعة الالتزام بالإعلام و نطاقه

كما سبق القول، فإن الغرض من فرض الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، هو التصدي لحالات الاختلال في ميزان المعرفة، والدراية بين الأطراف الراغبة في التعاقد، وذلك من أجل أن يقدم الطرف الذي لا يعلم بتلك المعلومات، والبيانات على التعاقد بإرادة حرة وسليمة، ومن ثم يقع الطرف المدين بالالتزام بالإعلام، بإخطاره عن تلك المعلومات والبيانات، غير أن السؤال الذي يثار في هذا المقام هو، هل أن المدين بهذا الالتزام ملزم بأن يحقق النتيجة المرجوة، وهي علم الدائن بالالتزام بالإعلام، أم أن المدين بهذا الالتزام يلتزم فقط ببذل كل الجهود والمسااعي من أجل تمكين الطرف الآخر من العلم بتلك المعلومات، والبيانات دون الالتزام بتحقيق النتيجة المرجوة؟

وما يثير أيضا النقاش و الجدل هنا، كذلك هو المدى الذي يبدأ منه الالتزام بالإعلام بالنسبة للمدين بهذا الالتزام و ينتهي عنده، بعبارة أخرى متى ينتهي واجب الإعلام بالنسبة للمدين، و يبدأ واجب الاستعلام بالنسبة للدائن؟

أولاً: طبيعة الالتزام بالإعلام:

لم يستقر الفقه على طبيعة واحدة للالتزام بالإعلام، فذهب اتجاه إلى القول، بأن الالتزام بالإعلام هو مجرد التزام ببذل عناية، وليس التزاما بتحقيق نتيجة، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاما ببذل عناية، في حين يذهب اتجاه ثالث إلى أن الالتزام بالإعلام ذو طبيعة مزدوجة، فهو يتضمن الالتزام ببذل عناية، وفي نفس الوقت الالتزام بتحقيق نتيجة.

1.الالتزام بالإعلان التزم ببذل عناية:

يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن التزم المتفاوض بالإعلام، التزم ببذل عناية وليس التزم بتحقيق نتيجة، أي أن المدين بالالتزام بالإعلام يلتزم فقط بإعلام المتفاوض معه بكافة المعلومات، والبيانات التي تبين حقيقة الشيء المبيع في عقود البيع مثلا، وطرق استعماله و مخاطره، ويستند هذا الرأي إلى أن البائع المدين بالالتزام بالإعلام، لا يستطيع أن يضمن استيعاب المشتري للمعلومات التي أدلى بها إليه، كما لا يستطيع أن يجبر

المشتري على اتباع التحذيرات والنصائح، والمعلومات المقدمة له من طرف البائع المدين بالالتزام بالإعلام، ومن ثم يخلص أصحاب هذا الاتجاه، إلى أن البائع المدين بالالتزام في عقد البيع، يكون قد أدى التزامه وبرئت ذمته، إذا بذل من العناية ما يبذله الرجل العادي، ويستطيع المشتري الدائن بالالتزام بالإعلام دحض ذلك بواسطة إثبات خطأ البائع المدين بالالتزام بالإعلام، أو عدم كفاية المعلومات والنصائح المقدمة، أو عدم احتواء الشيء المباع على الوثائق التي تبين وتدلل على المخاطر التي قد تترتب عن استعمال الشيء المباع⁽¹⁾.

2.الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة :

يذهب هذا الاتجاه في شأن تحديد طبيعة الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، إلى القول بأن الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاما ببذل عناية، وتبرير ذلك أن الهدف والغاية من هذا الالتزام هو ضمان سلامة المتفاوض الدائن بهذا الالتزام في مواجهة المتفاوض معه المهني المتخصص الحائز للمعلومات والبيانات، ومن ثم، فإن مسؤولية هذا الأخير تنقرر بمجرد أن يثبت الدائن عدم تحقق النتيجة المرجوة، ولا يستطيع المدين التملص من مسؤوليته، إلا إذا أقام الدليل على أن هناك سببا أجنبيا أو قوة قاهرة حالت دون تحقيق الهدف من الالتزام بالإعلام⁽²⁾.

3.الالتزام بالإعلام ذو طبيعة مزدوجة:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الالتزام بالإعلام ينقسم إلى شقين أساسيين:

الشق الأول؛ ويتضمن الإدلاء بالمعلومات والبيانات من قبل المتفاوض المدين بالالتزام بالإعلام، إلى المتفاوض الآخر الدائن بهذا الالتزام، بحيث لا يكفي أن يقوم المتفاوض المدين بهذا الالتزام بالتملص من المسؤولية، إلا إذا قدم الدليل على وجود سبب خارجي، منعه من تحقيق الغاية من الالتزام بالإعلام.

أما الشق الثاني من الالتزام بالإعلام، فهو الالتزام الذي يقع على المتفاوض المدين بالالتزام بالإعلام، وذلك ببذل العناية اللازمة لتنفيذ التزامه، حيث يثبت أنه بذل كل

(1) عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، مرجع سابق، ص55.

(2) عبد العزيز المرسي حمود ، المرجع نفسه، ص 56.

جهوده، وما في وسعه لنقل المعلومات والبيانات، وأنه قام أيضا باختيار أفضل الوسائل، و أكثرها ملاءمة لتحقيق استيعاب المتفاوض معه، لهذه المعلومات والبيانات⁽¹⁾.

إن الرأي الراجح فقها بشأن تحديد طبيعة الالتزام بالإعلام، يذهب إلى القول بأن الالتزام بالإعلام هو مجرد التزام ببذل عناية، وليس التزاما بتحقيق نتيجة، لكون المتفاوض المدين بهذا الالتزام في عقد البيع مثلا، ملزم فقط بأن يخبر المشتري المستورد بكافة البيانات والمعلومات التي تمكنه من استخدام واستعمال الشيء المبيع، دون أن يضمن تحقيق النتيجة المرجوة، لأن ذلك أمر يتوقف على مدى التزام الدائن بالإعلام، والاستعداد لاستيعاب هذه البيانات والمعلومات، ومدى استجابته للنصائح والتحذيرات، التي أدلى بها المدين بالالتزام بالإعلام⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، يذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن الالتزام بالإعلام نتائجه دائما احتمالية، وذلك بالنظر إلى الدور الذي يلعبه الدائن بهذا الالتزام، في تحقيق النتيجة المرجوة أو عدم تحقيقها⁽³⁾.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية برفض دعوى المشتري، الذي تجاهل النصيحة المقدمة له من البائع، بتركيب جهاز للإنذار، يضمن له الحماية الأكيدة من السرقة، غير أن المشتري أصر على اختيار جهاز آخر غير فعال، مما عرضه للسرقة، وبررت المحكمة ذلك بأن البائع لا يمكنه أن يلتزم بتحقيق نتيجة⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه من المألوف أن البائع المورد، هو الذي يقع على عاتقه الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك من خلال الإفصاح والإدلاء للطرف الآخر بكافة المعلومات والبيانات، المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، غير أنه في بعض الحالات قد يحدث العكس تماما، حيث تنقلب الأدوار، ويصبح المشتري هو الذي يلتزم بالإعلام تجاه البائع، وذلك في حالة ما إذا كان المشتري هو الطرف المهني المحترف الأكثر دراية، ومعرفة بكافة المعلومات والبيانات، المتعلقة بموضوع العقد، وظروف وملابسات التعاقد.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 438.

(2) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 439.

(3) رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص 439.

(4) Cass. COM. 11/6/1985. BULL. Civ. N. 188. P 157. R. T. D. Civ. 1986. OBS. J. MESTRE.

ومن أبرز التطبيقات القضائية لذلك، ما قضت به محكمة باريس في 1976/12/12 في قضية تتلخص وقائعها⁽¹⁾، في أن إحدى المدارس عرضت للبيع في مزاد علني لوحة فنية، معتقدة بأنها نسخة من اللوحة الأصلية لفنان مشهور، فتقدم المتحف الوطني الفرنسي مستعملا أولوياته القانونية للشراء، واشترى اللوحة الفنية بثمن عال، على الرغم من علمه المسبق، بأنها اللوحة الأصلية وليست النسخة.

ولما علمت المدرسة صاحبة اللوحة بالأمر، قامت برفع دعوى قضائية، طالبة إبطال العقد تأسيسا على الغلط، قضت المحكمة بالبطلان و أسست حكمها على نص المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالغلط.

يبدو واضحا من خلال حكم المحكمة في تقريرها للبطلان، أنها استندت في القضاء به إلى وجود غلط، طبقا لنص المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن حيثيات الحكم تشير بشكل واضح إلى مبدأ عدم المساواة في المعرفة، والعلم بين المتعاقدين، نتيجة انخفاض المستوى الفني للبائع (المدرسة)، مقارنة بخبرة ودراية المشتري (المتحف)، وكان من الواجب على هذا الأخير، بحكم خبرته ودرايته، أن يدلي للمدرسة بالمعلومات الجوهرية ويلفت انتباهها، إلى أن اللوحة أصلية وليست نسخة كما كانت تعتقد المدرسة، و هذه المعلومات بلا شك لها تأثير هام في اتخاذ القرار، من جانب المدرسة للتعاقد من عدمه.

وعليه، وبما أن المتحف قد أخفى عن المدرسة الحقيقة وكتمها عنها، فإنه بذلك يكون قد خالف مقتضى الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، وبالنتيجة فإن الحكم الصادر بالبطلان، هو في حقيقة الأمر ناتج عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، و ليس استنادا إلى الغلط كما اعتقدت المحكمة⁽²⁾.

حاصل ما تقدم، فإن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، هو التزام بتحقيق غاية، بحيث يتعين على الطرف المدين بهذا الالتزام، الإدلاء بجميع البيانات و المعلومات المتعلقة بالتعاقد، و إحاطة المتعاقد الآخر بكل الظروف، و الملابس المحيطة بالعملية التعاقدية، وذلك ببذل قصارى جهوده لنقل تلك المعلومات إلى الطرف الآخر، غير أنه غير ملزم بتحقيق استيعاب أو استجابة الدائن بالالتزام بالإعلام لتلك المعلومات

(1) (Un principe de l'inégalité dans la connaissance et la science entre les contractants.)

Tribunal de Paris 12 décembre 1977. D. S. 1976. P. 325.

(2) خالد جمال أحمد، الإلتزام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 356.

والتحذيرات، ذلك أن الدائن بالالتزام بالإعلام يقع على عاتقه في مقابل التزام المدين واجب الاستعلام، ومن ثم يستطيع المدين بالالتزام بالإعلام أن يدفع المسؤولية عنه، إذا أثبت أنه قام ببذل العناية اللازمة وكل الجهود والمساعي، غير أن النتيجة المرجوة لم تتحقق لسبب خارجي أو أجنبي حال دون ذلك، أو أن السبب يرجع إلى الدائن بهذا الالتزام نفسه.

ويشترط حتى يقع الالتزام بالإعلام على عاتق المدين به، أن يكون هذا الأخير عالماً بتلك المعلومات والبيانات، كما يشترط أن يكون الدائن بهذا الالتزام جاهلاً بتلك المعلومات و البيانات، مما يستدعي ضرورة تحديد نطاق الالتزام بالإعلام بالنسبة للطرفين.

ثانياً: نطاق الالتزام بالإعلام:

إن الغاية المتوخاة من فرض الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، هي إحاطة المتفاوض الآخر بكافة المعلومات، والبيانات المتعلقة بالعملية التعاقدية المراد إحداثها، حتى ينشأ رضا الدائن بهذا الالتزام متتوراً بكافة تفاصيل العملية التعاقدية لاتخاذ القرار المناسب في التعاقد من عدمه طبقاً لما تقتضيه مصالحه الخاصة.

ومن أجل تحقيق هذه الغاية، فإن الدور يقع في جانبه الأكبر، على حائز المعلومات والبيانات، كما يلعب كذلك الدائن بالالتزام بالإعلام دوراً هاماً في تحقيق النتيجة المرجوة، وعليه، يثير هذا الأمر صعوبة كبيرة في وضع حدود فاصلة، بين دور كل من الطرفين في تحقيق الهدف من الالتزام بالإعلام، الأمر الذي يحتم تحديد شروط الالتزام بالإعلام، بالنسبة للطرف المدين بالالتزام بالإعلام من جهة، وكذلك شروط الالتزام بالإعلام من جانب الطرف الدائن بالالتزام بالإعلام من جهة أخرى، وذلك على النحو التالي:

1. علم المدين بالالتزام بالإعلام بالمعلومات و بدورها في التعاقد:

من البديهي أن يكون الطرف المدين بالالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، عالماً بالمعلومات و البيانات المتعلقة بالعملية التعاقدية المراد إحداثها، وبدورها في التعاقد لما لها من أثر على قرار التعاقد الآخر. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في

حكم لها⁽¹⁾، على ضرورة توافر شرط العلم والمعرفة لدى البائع، كشرط ضروري ولازم لوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يقع على عاتقه، حيث انتهت في حكمها، إلى أن الالتزام بالإعلام الواجب على مختبرات أو معامل الأدوية، فيما يتعلق بموانع الاستعمال والآثار الجانبية للأدوية، لا يمكن أن يوجد إلا بما هو معروف فعلا لديها من هذه المعلومات، لحظة دخول الأدوية إلى الأسواق، فمنذ هذا التاريخ تكون المختبرات مسؤولة عن الإخلال الواقع منها بخصوص أدائها لدورها الإعلامي عن هذه المعلومات.

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية كذلك، ضرورة علم المدين بالإعلام بالمعلومات كشرط لازم للالتزام بالإعلام في حكم آخر لها، حيث انتهت إلى أن الالتزام بالإعلام، ينشأ إذا ما كان لدى أحد الأطراف معلومات على درجة من الأهمية، و يبدو وصولها إلى الطرف الآخر أمرا صعبا وغير معقول⁽²⁾.

و تجدر الإشارة بشأن المعلومات التي ينبغي على المدين الالتزام بالإعلام بها، بأن هذا الأخير لا يلتزم بإعلام دائنه بكل صغيرة وكبيرة، عن المعلومات والبيانات التي يعلمها عن العقد المراد إبرامه، ولكنه يلتزم فقط بتقديم المعلومات والبيانات الجوهرية⁽³⁾، التي تفيد الدائن لاتخاذ قراره بشأن العقد المزمع إبرامه.

وهذه المسألة أثارت مشكلة تتعلق بتحديد الصفة الجوهرية بالنسبة للمدين بالإعلام، من وجهة نظر الطرف الذي يتفاوض معه.

إن الرأي الراجح فقها في هذا الخصوص، يذهب إلى القول بأنه من أجل تحديد الصفة الجوهرية، يجب الأخذ بمعيار وسط، وهو معيار دائرة التعاقد، ومن ثم فلا تعتبر هذه الصفة جوهرية، إلا إذا اعتبرها المتعاقدان معا ذات تأثير في قرار المتعاقد الآخر للدخول في العقد، أي يعتبرها المتعاقدان وكأنها أحد شروط العقد⁽⁴⁾.

(1) CASS. CIV. 08 AVRIL 1986. BULL. CIV. 1. N. 82. P. 81.

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية، نقض مدني فرنسي، في 8 فبراير 1991/ نزيه محمد صادق المهدي، مرجع سابق، ص 249.

(3) إن الصفة الجوهرية تختلف من متعاقد إلى آخر، فقد تكون الصفة الجوهرية مثلا في التفاوض على أرض غالية الثمن، والتي يبحث عنها المشتري مدى صلاحية الأرض لإقامة مصنع أو مزرعة أو متجر. وهناك من يأخذ بالمعيار الذاتي لتحديد الصفة الجوهرية للشيء، أي أن الصفة تكون جوهرية من وجهة نظر المشتري، بغض النظر عن كونها ليست كذلك من وجهة نظر الآخرين، في حين هناك من يأخذ بالمعيار الموضوعي والذي يقوم على أن الصفة الجوهرية تتحدد على ضوء ما يحيط بالعقد من ظروف، فالصفة الجوهرية بالنسبة للأرض الواقعة في الريف هي قابليتها للزراعة، أما بالنسبة للواقعة في المدينة فإن الصفة الجوهرية بالنسبة للمشتري هي قابليتها للبناء. / محمد إبراهيم دسوقي، ص 82.

(4) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 443.

ومن الثابت هنا أن الصفات الجوهرية للشيء متعددة، فإن ما يدخل من بينها إلى التعاقد، هي تلك التي اتفق الطرفان على أنها هي التي كانت الدافع إلى التعاقد بالنسبة لهما، ويقع ذلك بواسطة الاتفاق، ويكون ذلك بأن يعلن أحدهما عن أهمية هذه الصفة، ويوافق الطرف الآخر، أو أن يضمن أحدهما للآخر توافر هذه الصفة، أو أن يشترط هذه الصفة صراحة أو ضمناً في العقد⁽¹⁾.

وعليه، إذا ما تحققت الصفة الجوهرية التي تكون هي الدافع إلى التعاقد بالنسبة لأحد الطرفين، فهنا يلتزم الطرف الذي يعلم بهذه الصفة، أن يخبر ويعلم الطرف الآخر، الذي لا يعلم بها خلال مرحلة التفاوض على العقد.

وفي حالة ما إذا ثار خلاف حول تحديد الصفة الجوهرية، فإن القاضي يستقل بتحديد تلك الصفة، من خلال النظر في كل حالة على حدة، وذلك باستخلاص مدى أهمية تلك المعلومات بالنسبة لأحد المتعاقدين بالنظر إلى صفة أحد الطرفين المتفاوضين، لاسيما إذا كان أحدهما مهنياً أو محترفاً يتعامل مع شخص عادي. ومن ثم، فإن صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين، تعد من أهم القرائن التي يستشف منها القاضي علم أحد الطرفين بالبيانات والمعلومات الضرورية لتتوير رضا الطرف الآخر⁽²⁾.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1972/11/27 بقولها: إن صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أهم القرائن التي يستفاد منها علمه بالمعلومات، التي تتطلب تكوين رضى مستنير للطرف الآخر بالعقد⁽³⁾.

ما يمكن قوله هنا أيضاً بصدد التزام المدين بالإعلام، أن التزامه يتوقف في مواجهة الدائن بالالتزام بالإعلام، متى كان لهذا الأخير إمكانية الوصول إلى تلك المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، بوسائله الخاصة أو كان عالماً بهذه المعلومات، غير أنه أهملها، فالالتزام بالإعلام عملياً، ينتهي عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام.

(1) محمد إبراهيم دوسقي، مرجع سابق، ص 83.

(2) تيجيكرام محمد حسين، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 307.

(3) تيجيكرام محمد حسين، استبرق محمد حمزة، المرجع نفسه، ص 307.

2. أن يكون الدائن بالالتزام بالإعلام جاهلا بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد:

يشترط لقيام الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، أن يكون الدائن بهذا الالتزام جاهلا بالبيانات و المعلومات المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه، و يشترط أن يكون جهله هذا مشروعا، ويتحقق وجود الالتزام بالإعلام، إذا كان أحد الطرفين على دراية وإحاطة بكل المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد، ويكون الطرف الآخر في مستوى متدنٍ، إذ يجهل جميع أو معظم المعلومات والبيانات التي لها أهمية في التعاقد، ويكون جهل الدائن بهذا الالتزام مشروعا، إذا استحال عليه معرفة تلك المعلومات والبيانات، سواء كانت هذه الاستحالة متعلقة بمحل التعاقد (الاستحالة المادية)، أو كانت متعلقة بشخص الدائن نفسه. (الاستحالة الشخصية).

أ. الاستحالة المادية:

تتحقق الاستحالة المادية، إذا تعذر على الدائن العلم بالمعلومات والبيانات بسبب الحيابة المادية للشيء محل التعاقد، من قبل المتعاقد الآخر المدين بالالتزام بالإعلام، و يكون ذلك في العقود التي تتضمن الالتزام بإعطاء شيء مثل عقد البيع، حيث يكون الشيء المبيع محل التعاقد في حيازة وتحت سيطرة البائع غالبا، بحيث يستحيل على المشتري العلم الحقيقي بطبيعته وأوصافه قبل استلامه، وعادة ما يتم فحصه خلال مرحلة التفاوض على العقد فحصا بسيطا وسطحيا لا يمكن معه للمشتري العلم به، ومن ثم يقع على البائع الالتزام بإعلام المشتري بهذه البيانات والمعلومات⁽¹⁾.

إن وجوب إعلام المشتري بالأوصاف الأساسية والخواص المادية للشيء المبيع، هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 352 من القانون المدني والتي جاء فيها (يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية، بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، يسقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به، إلا إذا أثبت غش البائع)، يتضح جليا من خلال نص المادة 352، أن أهم البيانات التي يرغب المشتري في معرفتها عند الإقدام على التعاقد، هي الخواص المادية والأوصاف الأساسية للشيء المبيع، وما ينطوي عليه من عيوب، حتى يتمكن المشتري من الوقوف

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 84.

على مزايا العقد وخصائصه، فضلا عن أن تلك المعرفة تحدد قيمة وجودة الشيء المبيع، و مدى كفاءته في تحقيق الغرض من اقتنائه⁽¹⁾.

إن محتوى البيانات والمعلومات التي يلتزم المدين بالإدلاء بها إلى الطرف المتفاوض معه خلال مرحلة التفاوض على العقد، تختلف من عقد إلى آخر، وذلك بالنظر إلى طبيعة الشيء محل التعاقد، وبالنسبة للعقود الواردة على المنقولات، كعقود بيع المنتجات الصناعية أو السلع التجارية، فإن البائع يلتزم بتقديم البيانات والمعلومات بصورة كاملة وشاملة، والتي تتضمن بيان مكونات السلع وطرق الاستعمال، والأخطار التي قد تتجر عنها وكيفية تقاديبها، فإذا كانت السلعة مثلا آلة، فيجب أن يكون المشتري عالما على وجه الخصوص بمكونات الآلة أو الجهاز، وطريقة تركيبه وتشغيله.

وتزداد أهمية الالتزام بالإعلام في جانب الدائن به، إذا انصب العقد على بعض الأشياء التي قد تترتب عنها بعض الأضرار والمخاطر الجسيمة، كالمواد الكيماوية ومستحضرات التجميل والأدوية والأجهزة الكهربائية والأجهزة الإلكترونية، والتي لا يمكن للشخص العادي أن يكون على دراية بالمعلومات المتعلقة بها، ومن ثم يقع على عاتق البائع إخطار المشتري بالمعلومات والمخاطر، وتزويده بالكتيبات والنشرات، المتضمنة تلك المعلومات المرفقة بالمنتج.

أما بالنسبة للعقود الواردة على العقار، فيقع على عاتق البائع التزام بإعلام المشتري عن وضعية هذا العقار، فإذا كان بناءً، وجب على البائع أن يحيط المشتري علما، فيما إذا كان هذا البناء صالحا للسكن، أو للأعمال التجارية أو الإدارية، فضلا عن المعلومات المتعلقة بالمساحة والحدود والملحقات ووضع القانوني⁽²⁾، مثل حق الارتفاق أو حق الرهن، وفيما إذا كان للدولة حقوق على هذا العقار، بالإضافة إلى بيان ما إذا كان هذا العقار قد صدر بشأنه قرار بنزع ملكيته للمنفعة العامة، حتى يتسنى للمشتري الوقوف على الوضع القانوني للشيء المبيع، كأن يكون مثقلا بأعباء وتكاليف، والتي من شأنها الحيلولة دون تمتع المشتري تمتعا كاملا بحق ملكية الشيء المبيع، بسبب ما قد يتعرض له من صور التعرض في المستقبل.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 423.
(2) من البيانات والمعلومات التي يرغب المشتري في معرفتها قبل اتخاذ قرار التعاقد، هي تلك التي تتعلق بالحالة القانونية للشيء المبيع، وذلك بمعرفة ما عليه من أعباء وتكاليف، وما قد يتعرض له بسببها من صور التعرض وأنواعه من طرف الغير في المستقبل، وعليه يلتزم البائع بأن يعلم المشتري عن حقيقة الوضع القانوني للشيء المبيع، وما إذا كان خاليا من أية حقوق عينية أو شخصية للغير، وطبيعة ونوع هذه الحقوق في حالة وجودها. خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 304.

ومن التطبيقات القضائية التي أقرت مبدأ التزام البائع بإعلام المشتري بكافة الحقوق العينية، والشخصية الواردة على الشيء المبيع، مع اشتراط استحالة علم المشتري بهذه الحقوق، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1970/5/24 في حكمها، والذي أقرت بمقتضاه حكم قاضي الموضوع، بمسؤولية البائع وتعويض المشتري عن الضرر الذي لحق به، بسبب أن البائع لم يعلمه عند البيع بأن ترخيص البناء الموجود لا يسمح بالبناء في كل المساحة المتبقية، مما أدى بالمشتري إلى طلب تصحيح وتجديد هذا الترخيص، ليشمل المساحة الفعلية، الأمر الذي أدى إلى عرقلة مشروع البناء وما ترتب عنه من أضرار بالنسبة للمشتري⁽¹⁾.

وفي قضية مماثلة، قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية بائع المحل التجاري، عن عدم الإدلاء للمشتري بأن العقار الذي يوجد فيه المحل التجاري، محل مشروع هدم مع إعادة بناء، مصحوب بقرار تنظيم، يجعل من المستحيل الاستمرار في استغلال المحل التجاري⁽²⁾.

ويذهب جانب من الفقه في تعليقه على هذه الأحكام، مستخلصا بأن محكمة النقض الفرنسية لم تكتفِ بتأسيس التزام البائع بالإفشاء للمشتري عن الوضع القانوني أو الحقيقي للشيء المبيع، على أساس أنه التزام تابع لالتزام البائع بالضمان فحسب، وإنما توسعت في ذلك حتى لا تقف عند مدلول الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق فقط، لتستخلص التزاما عاما على البائع بإعلام المشتري عن كل ما يتعلق بحقيقة الوضع القانوني للشيء المبيع، والحقوق المتعلقة به، والتي من شأنها المساس بحق الانتفاع⁽³⁾.

إن المعيار المعتمد في تقدير مدى مشروعية جهل الدائن بالالتزام بالإعلام من عدمه، بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه هو معيار الرجل المعتاد، بالإضافة إلى الظروف التي يتم فيها التعاقد، لاسيما فيما يتعلق بمهنة المتفاوض الراغب في التعاقد، وطبيعة محل العقد، ومدى انتشار المعلومات الخاصة به، ومن ثم يعتبر جهل المتفاوض بالبيانات والمعلومات مشروعا بالنسبة لمتفاوض معين، بينما لا يعتبر مشروعا بالنسبة لمتفاوض آخر، وسبب ذلك يرجع إلى اختلاف الظروف المحيطة بعملية التفاوض على العقد، ومن ثم فإن الالتزام بالإعلام، لا يقع على عاتق المدين به الراغب في التعاقد،

(1) Cass. Civ. 24/05/1972. Bull. Civ. 03. N. 324. P. 333.

(2) Cass. Com. 02 Avril 1957. BULL. Civ. 03. N. 119. P. 102.

(3) نزيه محمد الصادق، مرجع سابق، ص 97.

إذا كان المتفاوض الآخر محترفاً أو مهنيًا، فمن المنطقي في هذه الحالة أن يكون ملماً بالمعلومات والبيانات اللازمة للتعاقد، وخصوصاً إذا كانت العملية التعاقدية تدخل في نطاق حرفته واختصاصه، وعندئذ لا يكون جهله مشروعاً⁽¹⁾.

ومن أبرز التطبيقات القضائية التي انتهت إلى أن البائع لا يتحمل الالتزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، إذا كان المشتري من السهل عليه الوصول إلى تلك المعلومات والبيانات بنفسه، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسؤولية البائع عن عدم الإفضاء للمشتري بحقيقة التكاليفات، والعقود الواردة على الشيء المباع، والمقررة من قبل السلطات المحلية، طالما أن عقد البيع أشار إليها، فكان لزاماً على المشتري أن يتحرى بنفسه تفاصيل التكاليفات المقررة من قبل السلطات المحلية، أو مكاتب التوثيق⁽²⁾.

ب. الاستحالة الشخصية:

بخلاف الاستحالة الموضوعية، التي تتعلق بظروف العملية التعاقدية، حيث يكون فيها جهل الدائن بالالتزام بالإعلام جهلاً مشروعاً، فإن جهله بالالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد يكون مشروعاً أيضاً، وذلك لأسباب تتعلق بشخص الدائن نفسه، وتحقق الاستحالة الشخصية في عقد البيع مثلاً بسبب حالة المشتري الخاصة، والمتمثلة في عدم خبرته في مجال العقد المزمع إبرامه، لاسيما في المجالات التقنية الحديثة التي تتسم بالدقة والتعقيد، والتي يكون فيها البائع المدين بالالتزام بالإعلام خبيراً، وبالتالي يقع على عاتقه إعلام المشتري غير الخبير⁽³⁾.

وبصدد البحث عن المبررات التي تقف إلى جانب الدائن بالالتزام بالإعلام في وجود الاستحالة الشخصية، والتي تحول دون قيامه بواجب الاستعلام فيما يخص المعلومات المتعلقة بمحل التعاقد، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يجب الأخذ بالمعيار الشخصي أو الذاتي، بينما ذهب اتجاه آخر إلى القول بالأخذ بالمعيار الموضوعي، في حين ذهب اتجاه ثالث إلى محاولة المزج بينهما لتبرير تلك الاستحالة.

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية مصر، 2007، ص 175.
(2) القرار الصادر في 27 نوفمبر 1972، في دعوى رقم 282/. تيحيكرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 308.
(3) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 427.

يذهب الاتجاه الأول و هو الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي، والذي يأخذ بالمعيار الذاتي أو الشخصي في تقدير وجود الاستحالة بالاستعلام، حيث يؤكد هذا الاتجاه بأن الاستحالة الشخصية التي تحول دون علم المشتري بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء المبيع، تستند في أساسها إلى وضع المشتري الخاص، والمتمثل في عدم خبرته أو عدم كفاءته و درايته بالشيء المبيع، وعليه يقع على عاتق البائع المدين بالالتزام بإعلام المشتري بكافة المعلومات والبيانات، التي استحال على المشتري معرفتها بنفسه، نظرا لوضعه الخاص و المتمثل في قلة خبرته(1).

و عليه، يقوم المبرر إلى جانب المشتري المهني البسيط، الذي لا يمكن وفقا لظروفه الشخصية الإحاطة بجميع المعلومات، والبيانات المتعلقة بالشيء المبيع، ذلك أن التطور العلمي والتكنولوجي، الذي ما فتئ يزود الأسواق بالمنتجات المعقدة ذات التقنية العالية، والتي قد يتعذر أو يستحيل على الراغب في التعاقد الغير متخصص العلم بتفاصيلها الدقيقة، سواء فيما يتعلق بطرق استعمالها أو تفادي أخطارها، الأمر الذي يستلزم مراعاة وضع المشتري كشخص بسيط، عند تعامله مع متعاقد مهني محترف و متخصص(2).

أما الاتجاه الثاني، والذي يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير إستحالة المشتري، حيث يذهب إلى القول بأن المشتري لا يعتبر جاهلا بالمعلومات، والبيانات المتعلقة بالشيء المبيع، إلا إذا أثبت بأنه بذل العناية التي يبذلها الرجل العادي، من أجل الاستعلام عن هذه المعلومات، غير أنه بالرغم من ذلك استحال عليه العلم بها(3).

في حين يذهب الاتجاه الثالث إلى الجمع بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي، و ذلك من أجل تفادي الآثار السلبية عند الأخذ بمعيار واحد، سواء بالمعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي، غير أن هذا الاتجاه يؤكد على تغليب المعيار الذاتي أو الشخصي في تغليب ظروف المشتري الشخصية(4)، ومن ثم لا يمكن للمتفاوض حول إبرام العقد أن يستند في تبرير استحالة علمه بالمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، إلى جهله ليحمل الطرف الآخر الملتزم بالإعلام مسؤولية ذلك، بل لا بد عليه أن يبذل كل ما في

(1) ALISSE(J). L'Obligation de renseignement dans les contrats. Thèse. PARIS 1.1975. P123.

(2) عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، مرجع سابق، ص 94.

(3) خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 321.

(4) نزيه محمد الصادق، مرجع سابق، ص 169، 170.

وسعه من أجل الاستعلام عن تلك المعلومات، التي لها أثر في اتخاذ قرار التعاقد، والتي يرغب في معرفتها عن الشيء المبيع، ذلك أن التزام البائع بالإعلام لا يقوم إلا إذا ثبت فعلا، عدم قدرت الطرف الآخر على الإحاطة بالمعلومات، رغم بذله قصارى جهوده في الاستعلام عنها دون جدوى، فالقاعدة تقضي أن الالتزام بالإعلام يتوقف عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام كما سبق بيانه.

من أبرز الأحكام القضائية التي صدرت في هذا الشأن، القضية التي تتلخص وقائعها⁽¹⁾، في أن عقد مقاوله من الباطن من أجل القيام بأعمال هندسية مدنية، لبناء مصنع لحساب مقاول آخر في إحدى البلدان الإفريقية، وقد ثبت في الرسوم التي قدمها المقاول الأصلي ضرورة عمل السيلوز Silos، دون تحديد ما إذا كان silos a font plat أو silos a font conique، وعليه تقدم المقاول من الباطن بعطائه، والذي قام بإعداده بناء على سعر الوحدة الأقل تكلفة وهي silos a font plat، وعلى إثر ذلك ثار خلاف بينهما حول هذه المسألة، ثم عرض النزاع على هيئة التحكيم، والتي انتهت إلى إلزام المقاول من الباطن بالقيمة اللازمة لما تم تنفيذه silos a font conique، واستندت هيئة التحكيم في ذلك إلى أن المعلومات المنقوصة التي قدمها المقاول الأصلي، لا يمكن أن يجعلها مقاول متمرس له خبرة في ذلك، ولا سيما وأن المواصفات التقنية ورد فيها seraient tous équipés de font vibrant وهو ما يدل على أن عمل silos a font conique لم يكن مستبعدا.

وقد خلصت هيئة التحكيم في حكمها، أن المقاول من الباطن كان عليه أن يتخذ أحد الاختيارين، أحدهما أن يحتفظ عند توقيع العقد ويشير إلى أن إيجابه قائم على silos a font plat وليس على silos a font conique، أما الخيار الثاني، وهو أن يقدم إيجابا مزدوجا يتضمن الاختيار بين الوسيلتين، ويضع لكل منها سعرا خاصا به، أما وأنه لم يفعل، فلا يقع الخطأ إلا عليه، ولا يلومن إلا نفسه.

ومن أبرز أحكام القضاء في مجال استعلام الدائن بالالتزام بالإعلام، والذي قد يكون أمرا مستحيلا، وذلك بالنظر إلى توافر أسباب ومبررات معينة، ومن ثم يرتب ذلك التزاما يقع على عاتق الدائن بالالتزام بالإعلام الإدلاء بالبيانات، والمعلومات المتعلقة بموضوع التعاقد، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 16/04/1975 في قضية

(1) PICOD(Y). Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. thèse. PARIS. 1989. P. 25.

تتلخص وقائعها⁽¹⁾، في وجود عقد مبرم بين منظم سباق سيارات وبين متسابق، فكان العقد يحتوي على شرط يلتزم بمقتضاه منظم السباق بإبرام عقد تأمين، يضمن كافة آثار المسؤولية المدنية، التي قد تنجم على عاتق المتسابق من جراء الأضرار الجسدية والمالية، التي قد تلحق المشاهدين أو الغير أو جميع المتسابقين، وخلال السباق اصطدم أحد المتسابقين بشجرة وتوفي أحد أفراد الطاقم المساعد له، وعندما حاول هذا المتسابق صرف مبلغ التأمين لتعويض الخلف العام للمساعد المتوفي، تبين له بأن عقد التأمين الذي أبرمه منظم السباق مع شركة التأمين، يشتمل على شرط يستبعد أفراد الطاقم المساعدين من نطاق ضمان عقد التأمين.

وعلى إثر ذلك رفع المتسابق دعوى قضائية ضد منظم السباق، يطالبه فيها بالتعويض على أساس الخطأ الذي ارتكبه منظم السباق، والمتمثل في كونه لم يلفت نظره ويخبره بشرط استبعاد المساعد من نطاق ضمان عقد التأمين، وعندما عرضت القضية على محكمة الاستئناف، رفضت هذه الأخيرة التعويض وذلك استنادا إلى حجتين.

الحجة الأولى، أن منظم السباق لا يوجد على عاتقه التزام بلفت نظر المدعي (المتسابق) إلى شرط عدم ضمان عقد التأمين للأضرار، التي قد تلحق بأفراد الطاقم المشاهدين.

أما الحجة الثانية، فتستند إلى أنه، إذا كانت شروط تنظيم السباق تبدو غير واضحة تماما للمتسابق، فإنه كان عليه هو بنفسه أن يطلب من منظم السباق التوضيحات والمعلومات اللازمة.

غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت حكم الاستئناف وحكمت بالتعويض، وذلك إستنادا إلى أنه يوجد غموض في عبارات العقد، لم يستطع المتسابق أن يعلم بها بالنظر إلى الخطورة القانونية الناتجة عن شرط الاستبعاد، ومن بقاء مساعد الطاقم بدون تغطية، فإن منظم السباق يكون قد ارتكب خطأ بعدم لفت نظر المتسابق، وإحاطته علما بشرط استبعاد الضمان الموجود في عقد التأمين.

(1) دالوز 1976، ص 514 /. نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 21، 22.

ويذهب جانب من الفقه في هذا الخصوص، إلى القول بأن محكمة النقض الفرنسية قد أقرت بحكمها هذا وجود التزام مستقل على عاتق المتعاقد، بإحاطة المتعاقد الآخر علما بالمعلومات والبيانات ذات الآثار الهامة في التعاقد⁽¹⁾.

وعليه، يبدو واضحا من خلال العرض السابق، أن الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، يشترط لقيامه أن يكون الدائن بهذا الالتزام جاهلا بالبيانات والمعلومات المتعلقة بحقيقة الشيء محل العقد، وأن يكون جهله بذلك جهلا مشروعا، ويتحقق ذلك إذا استحال عليه الإحاطة بتلك المعلومات والبيانات، بسبب حيازة المدين بالالتزام بالإعلام للشيء محل التعاقد، كالشيء المبيع في عقد البيع مثلا، حيث يستحيل على المشتري الإحاطة بالمعلومات والبيانات، كما قد تتحقق الاستحالة نتيجة حالة الدائن بالالتزام بالإعلام، بسبب عدم خبرته ودرأيته وعدم تخصصه في مجال العقد المراد إبرامه، خصوصا في المجالات التقنية التي تتسم بالدقة والتعقيد، غير أن جهل الدائن بالالتزام بالإعلام بتلك المعلومات، والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، لا يحول دون أن يقوم هو الآخر بواجب الاستعلام، وذلك ببذل الجهود والمسااعي من أجل الوصول إلى حقيقة تلك المعلومات و البيانات.

في الواقع العملي فإن إعلام المتفاوض بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعملية التعاقدية، يتم بواسطة الإخبار المباشر للمتفاوض معه بكل ما يعلمه من حقائق، ووقائع ومعلومات، أو قد يتم بواسطة الكتابة، وذلك بتقديم بيانات مكتوبة الى المتفاوض معه، وفي وثيقة العقد نفسها، أو في وثيقة مستقلة ترفق بالعقد المتفاوض عليه⁽²⁾.

وفي هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن الالتزام بالإعلام حتى يحقق الغاية منه، لا بد أن يراعي المدين بهذا الالتزام أوصافا معينة، تتمثل أساسا في أن يكون هذا الإخطار والإخبار بسيطا ومفهوما في ألفاظه، وذلك باستخدام عبارات سهلة و غير معقدة، حتى يتسنى للطرف الآخر استيعابها بسهولة، وإلا عُدَّ مخالفا للشق الإيجابي في الالتزام بالإعلام، وهو الإدلاء بالمعلومات والبيانات، فيما يجب أن يتسم الإعلام بالكفاية والشمول، وذلك بذكر المفاوض كافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، والتي لها تأثير

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 22.

(2) تبحيرا محمد حسين ، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 311.

على رضا الطرف الآخر، فضلا عن ضرورة توفر شروط الصدق والدقة، لتبصير المفاوض الآخر وتنويره بالعقد المراد إبرامه⁽¹⁾.

حاصل ما تقدم، فإن الالتزام بالإعلام، يكتسي أهمية كبيرة في مجال التفاوض و إبرام العقود التجارية الدولية، وذلك بسبب التطور العلمي والتكنولوجي الكبير الذي يشهده العالم، بحيث أصبح يشكل أحد أهم الالتزامات الملقة على عاتق المورد الدائن بهذا الالتزام، وذلك بالنظر إلى التفاوت المعتبر، في مستوى المعرفة والدراية والخبرة، والتخصص في المجال الصناعي والتجاري.

وعليه، يصبح فرض الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد، من بين أهم الأدوات القانونية، التي يمكن من خلالها تحقيق التوازن في العلاقات العقدية في مجال المعاملات التجارية الدولية، للوصول إلى العدالة العقدية.

وعليه، يقترح جانب من الفقه، ضرورة إنشاء جهاز متخصص تابع لإحدى الوزارات ذات الصلة بموضوع نقل التكنولوجيا، و يتكون هذا الجهاز بدوره من عدة لجان متخصصة في فروع متعددة، توكل لها مهمة فحص وتدقيق التكنولوجيا المتفاوض بشأنها، و تقدير مدى ملاءمتها للأهداف المسطرة، أو تقديم المشورة للجهة طالبة التكنولوجيا (المتلقي)، كما يقترح أيضا أن تكون إحدى اللجان متخصصة في المفاوضات وآلية سيرها، و يناط بها مهمة تقديم المساعدة الضرورية لمستورد التكنولوجيا، حتى يتمكن من الاستفادة من التكنولوجيا المتفاوض حولها و بأقل تكلفة⁽²⁾.

وأخيرا يمكن القول بأن المعلومات والبيانات، التي تصل إلى علم الدائن بالالتزام بالإعلام خصوصا في عقود نقل التكنولوجيا، والتي تعد ذات أهمية بالنسبة للمستورد من أجل أن يكون على بينة من أمره، فيما يتعلق بالتكنولوجيا المراد استيرادها وجدواها، وتناسبها مع الثمن المدفوع بشأنها، فإن الدائن بهذا الالتزام يقع هو الآخر على عاتقه التزام آخر، و هو المحافظة على تلك المعلومات التي حصل عليها، وتمثل بالنسبة للمتعاقد الآخر أسراراً، ومن ثم ينشأ التزام على متلقي تلك المعلومات بالمحافظة عليها، إذا كانت تلك الأسرار غير مشمولة بالحماية القانونية، بواسطة براءة الاختراع مثلا.

(1) أحمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، مقال منشور في مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة 25 سبتمبر 2001، ص 262.
(2) تبيحيرا محمد حسين ، استبرق محمد حمزة ، مرجع سابق، ص 329.

المطلب الثاني

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

لقد أفرز التطور الصناعي والتكنولوجي الحديث، نوعا جديدا من العقود، تتضمن مسائل فنية أو تكنولوجية، كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا، وعقود الإنشاءات الهندسية والمساعدات الفنية، وتصنيع برامج الحاسبات الإلكترونية، و توريد بيانات من أحد بنوك المعلومات عبر شبكة الأنترنت، ويتطلب إبرام هذا النوع من العقود، السير في مفاوضات طويلة وشاقة، يتم خلالها الكشف عن العديد من الأسرار، من أحد الطرفين المتفاوضين إلى الطرف الآخر، سواء تعلق الأمر ببعض المسائل الفنية أو التكنولوجية، أو حتى الأسرار الشخصية، المتعلقة بالذمة المالية أو حجم التعاملات، كما قد تتعلق هذه الأسرار بعملية التفاوض ذاتها، إذ يستوجب الأمر أن تجري المفاوضات في سرية تامة، حرصا على إبعادها عن المؤثرات الخارجية، التي قد تعوق سيرها الطبيعي، وبالتالي فشلها.

فإذا كانت المعلومات السرية هي بذاتها محل العقد المزمع إبرامه، كما هو الشأن بالنسبة لعقود نقل التكنولوجيا، فإنه في مثل هذه الحالة، فإن طالب التكنولوجيا يسعى دائما إلى أن يطلع على تلك المعلومات، وذلك من أجل تقدير مدى ملاءمتها للمشروع، أو الغرض الذي يريد تحقيقه، وحجم الأضرار التي قد يفرزها استعمالها، خصوصا للبيئة، كما يهدف مستورد التكنولوجيا من خلال اطلاعه على تلك المعلومات، إلى الموازنة بين ما يدفعه من ثمن من أجل الحصول على التكنولوجيا، وما يعود عليه من نفع، وفي مقابل ذلك، فإن صاحب أو حائز المعرفة الفنية التكنولوجية، يحرص دائما خلال مرحلة المفاوضات على العقد النهائي، ألا يقوم متلقي المعلومات السرية بإفشائها للغير، أو استخدامها لمصلحته الشخصية دون الحصول على إذن مسبق.

وعليه، ينشأ التزام في ذمة متلقي المعلومات السرية، بضرورة المحافظة على تلك الأسرار، سواء تم النص صراحة على ذلك في عقد التفاوض، أو في اتفاق مستقل، كما قد يستخلص هذا الشرط ضمنيا، وذلك طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية، من صدق وأمانة وشرف التعامل.

إن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات خلال مرحلة المفاوضات على العقد النهائي، تتطلب تحديد مدلول هذا الالتزام من حيث المعلومات ذات الطابع السري،

المشمولة بواجب المحافظة عليها، فضلا عن الأشخاص الذين يقع على عاتقهم ذلك الالتزام، بحكم أن العملية التفاوضية قد تتدخل فيها عدة أطراف، ومن ثم ينبغي تحديد الأشخاص الذين يقع على عاتقهم الالتزام بالمحافظة على تلك الأسرار، فضلا عن تحديد الفترة الزمنية المعقولة، التي يجب على المتلقي أن يبقى خلالها كاتما لتلك الأسرار.

وعليه، وحتى تتسنى الإحاطة بمختلف جوانب هذا الالتزام، يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، يتم في فرع أول تناول مفهوم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وموقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرضه، ثم تناول تحديد نطاق هذا الالتزام و ضمانات تنفيذه، في فرع ثان، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وموقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرضه.

الفرع الثاني: نطاق و ضمانات تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات و موقف

القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرضه

إن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات خلال مرحلة التفاوض على العقد، يتضمن شقين أساسيين، الشق الأول يتعلق بضمان سير المفاوضات ذاتها، لإبعادها عن كل المؤثرات الخارجية التي قد تؤثر على سيرها العادي، أما الشق الثاني فيتعلق وهو الأهم، بالمحافظة على سرية المعلومات التي يتلقاها الطرف الآخر من صاحبها.

أولاً: مفهوم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

يقتضي تحديد مفهوم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات تعريف هذا الالتزام وبيان مضمونه والأساس القانوني الذي يستند إليه، وذلك على النحو التالي:

1. **تعريف الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:** يعرف جانب من الفقه الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات بأنه (ذلك الالتزام الذي يفرض على المتفاوض الالتزام بالصمت، بخصوص كل ما يصل إلى علمه، أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات، أو من خلال ما يتبادله مع المتفاوض الآخر من مستندات، أو من خلال ما يدور بينهما من

مناقشات، أو من خلال الصدفة، أو من خلال الأبحاث والدراسات التي يستلزمها إبرام العقد⁽¹⁾.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أثناء التفاوض على العقد، بأنه (عبارة عن معلومة ذات صفة شخصية أو موضوعية، تقتضي مصلحة الشخص المعترف بها قانوناً، إذ يظل نطاق العلم بها محدوداً)⁽²⁾.

أما البعض الآخر، فيعرف الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات بأنه يعني معلومات، أو صيغا أو نماذج أو برامج، أو أسلوباً أو تقنية أو وسيلة، بحيث يكون لكل ذلك قيمة اقتصادية مستقلة⁽³⁾.

أما المحكمة الفرنسية العليا، فقد عرفت سرية المعلومات بأنها (أية وسيلة تصنيع، أو صيغة أو أية معلومات ذات قيمة اقتصادية، أو عملية تستخدم في الأعمال التجارية، والتي تعطي صاحبها ميزة تنافسية على هؤلاء الذين لا يعرفونها)⁽⁴⁾.

يبدو واضحاً من خلال التعريفات المعروضة أعلاه، أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، يتعلق بحالة الامتناع عن إفشاء أو استخدام المعلومات، التي تصل إلى علم المتلقي، سواء كانت من طبيعة تجارية، أو مالية أو إدارية، أو فنية والتي تكون ملكاً لمشروع أو شخص معين، والتي يستخدمها لمزاولة عمله، وتكون لها قيمة اقتصادية حالية أو محتملة، و يصعب الحصول عليها من قبل الغير لمزاولة عمله من بطريقة مشروعة، لما يبذله أصحابها من جهود معقولة بحسب الظروف للحفاظ على سريتها.

كما يبدو واضحاً أيضاً أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، له وجهان⁽⁵⁾:

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 481.
(2) تيحيكرا محمد حسين ، استبرق محمد حمزة ، مرجع سابق، ص 314.
(3) تيحيكرا محمد حسين ، استبرق محمد حمزة ، المرجع نفسه، ص 314.
(4) قرار صادر في 3 نوفمبر 1996. / تيحيكرا محمد حسين ، استبرق محمد حمزة ، المرجع نفسه، ص 314.
(5) علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 486.

ويتعلق الوجه الأول بسرية المفاوضات والمناقشات بحد ذاتها، من حيث سيرها وشروط العقد، ومراحل تقدم المفاوضات والمسائل التي تم الاتفاق عليها، والمسائل الأخرى التي مازال النقاش مستمرا بشأنها.

أما الوجه الثاني فيتعلق بسرية المعلومات المقدمة من قبل أحد الأطراف المتفاوضة، و التي تخص موضوع العقد، كالمعلومات التي يقدمها مورد التكنولوجيا للمستورد، من أجل إحاطته علما بقيمتها وجدواها بالنسبة للغرض الذي يريد المستورد تحقيقه، وهو أمر على درجة كبيرة من الخطورة، إذ أن التكنولوجيا التي يجري التفاوض بشأنها، قد تكون في شكل معرفة فنية، ويقصد بها مجموع المعارف النظرية والعلمية، التي تستخدم في المجالات الصناعية والتجارية والإدارية غير المحمية قانونا عن طريق براءة الاختراع، وتكون قابلة للانتقال إلى الغير، وقد تكون في المنتج ذاته أو الآلة، أو الجهاز أو في طريقة التصنيع، أو في طريقة التركيب.

وقد أثار مسألة تحديد المعلومات التي تعتبر سرية، والمعلومات التي لا تعتبر سرية جدلا فقهيًا واسعًا⁽¹⁾، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن المعلومات السرية، هي جميع المعلومات المتبادلة خلال مرحلة المفاوضات، أي كانت طبيعة هذه المعلومات.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه يتعين تحديد المعلومات التي تعتبر سرية على وجه الدقة، وعلى سبيل الحصر، لاسيما إذا كانت المفاوضات موضوعها عقود نقل التكنولوجيا، إذ أن هذا النوع من المعلومات السرية، يتحدد بالرجوع في حقيقة الأمر إلى اتفاق الطرفين، وإذا لم يتفق الطرفان على ذلك، تولى القاضي تحديد تلك المعلومات بإعمال سلطته التقديرية، مستعينا في ذلك بالمرشد العلمي *le guide orgalime*⁽²⁾، لإبرام عقود نقل التكنولوجيات، والذي يتضمن عدة صيغ نموذجية⁽³⁾ في الاتفاق على سرية المعلومات المتبادلة، بين الأطراف في مرحلة المفاوضات.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 485.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 106، 107.

(3) بالنظر إلى القصور التشريعي فيما يتعلق بحماية سرية المعلومات، فضلا عن التفاوت الواضح بين القوانين حول هذه المسألة، فإن بعض منظمات التجارة الدولية بذلت جهودا كبيرة في إعداد عقود نموذجية متعددة ومختلفة باختلاف الموضوعات التي تتناولها تتضمن شق الالتزام بسرية المعلومات على نحو نموذجي، والأمثلة على هذه العقود النموذجية:

-Le Guide pratique pour l'élaboration d'un contrat de know how d'orgalime.

-Le directives pour l'acquisition des technologies étrangères dans le pays en voie de développement de l'onudi.

ومن الصيغ النموذجية التي يقدمها المرشد العلمي في هذا المجال:

- يستعد بأن يورد إلى ب التكنولوجيا اللازمة لإقامة الصناعة.
- يتعهد ب بأن يعتبر المعلومات التي تلقاها، وكذلك المعلومات التي سينلقاها بعد توقيع الاتفاق سرية للغاية، وأن يمتنع عن إفشائها إلى الغير بدون إذن سابق وصريح، وأن يكون مسؤولاً عن إفشاء هذه الأسرار، من جانب الأشخاص التابعين له.
- يتعهد ب كذلك بعدم استعمال هذه المعلومات بنفسه، أو بواسطة الأشخاص التابعين له أو الغير، إلا من أجل متطلبات هذا الإتفاق، أو العقد النهائي الذي يبرم فيما بعد بين الطرفين، وإذا لم يبرم العقد النهائي في تاريخ أقصاه...، يلتزم ب بأن يرد إلى أ كل الوثائق التي تحصل عليها، ولا يجوز له أن يحتفظ بنسخ، أو صور ضوئية منها.
- يتعهد ب بأن يرد إلى أ كل المذكرات والرسومات والخرائط، والوثائق التي أعدها بنفسه، والتي من شأنها أن تكشف، ولو جزئياً عن عناصر التكنولوجيا.

2. مضمون الالتزام بسرية المعلومات:

إن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، يتكون من شقين أساسيين هما الامتناع عن إفشاء الأسرار، والامتناع عن استخدامها.

أ/ الامتناع عن إفشاء المعلومات السرية:

يقضي هذا الالتزام بأن يقوم المتفاوض الذي تلقى أسرار من الطرف الآخر الحائز على المعلومات، بأن يمتنع كلية عن إفشائها للغير، وأن يعتبر كل ما سمعه أو رآه أو اطلع عليه، كأن لم يكن أصلاً، فإذا تعلق التفاوض مثلاً بعقد نقل التكنولوجيا، وكانت المعلومات التي تحصل عليها المستورد، تمثل أسراراً بالنسبة لمانحها، فإنه يتعين على متلقي تلك المعلومات، أن يمتنع تماماً عن إفشائها إلى الغير⁽¹⁾.

ب / الالتزام بعدم استخدام المعلومات السرية:

يقضي أيضاً الالتزام بالمحافظة على الأسرار خلال مرحلة التفاوض على العقد، أن يلتزم المتفاوض الذي اطلع على المعلومات السرية، أن يمتنع تماماً عن استعمالها و

-Le guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international de Know how dans l'industrie mécanique du comité économique et social de l'ONU. / Forbin G : Comment gérer les informations confidentielles en cours de pour parles, RDAI/IBJ, n°415, 1998, P 482.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 486.

استغلالها لحسابه الخاص، دون إذن مسبق من مانحها، ومن ثم يعتبر مخلا بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، إذا قام المتفاوض المتلقي لتلك المعلومات باستغلالها، عن طريق التصنيع أو التقليد، دون موافقة الطرف المخترع مسبقا، كذلك الأمر بالنسبة للمتفاوض الذي يطلع على أسرار تكنولوجيا جديدة، فيقع على عاتقه واجب عدم استعمالها أو بيعها للغير، وإذا كانت عملية التفاوض تتطلب الحصول على وسائل سرية، بهدف تسهيل المفاوضات كالخرائط والرسوم والنماذج، يلتزم المتلقي بأن يمتنع عن استخدامها أو التصرف فيها، دون موافقة الطرف الآخر، بل يلتزم فضلا عن ذلك بردها على حالتها كاملة دون نقصان، في حالة فشل المفاوضات⁽¹⁾.

ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال، والمتعلقة بمسألة المحافظة على الأسرار، ورد كل الوسائل السرية للمتعاقد الآخر، القضية التي تتلخص وقائعها⁽²⁾، في أن أحد الصناعيين المدعو سميث Leathem.D.Smith، تمكن من الوصول إلى استحداث طريقة جديدة لنقل البضائع، قام بتصميمها بطريقة مبتكرة، وأقام مصنعا لإنتاجها.

باشرت شركة سميت عملها في تصنيع الحاويات سنة 1945، واتفقت مع شركة سافواي Safeway Container على شراء الحاويات، لتقوم بتأجيرها لشركات النقل المختلفة.

عرفت سنة 1945 تزايدا كبيرا في استخدام شركات النقل للحاويات في نقل البضائع، وبلغ عدد الحاويات المتداولة في الموانئ البحرية حوالي 100 حاوية، وفي أكتوبر من نفس السنة، تقدمت إحدى الشركات المتخصصة في تأجير الحاويات لنقل البضائع، وتسمى شركة درافو Dravo، بعرض تضمن استعجالها لشراء عدد من الحاويات، وأجرى المسؤولون بشركة درافو اتصالا بشركة سميث، فأحالتهم إلى ممثل الشركة بالمنطقة الشرقية للتفاوض معهم.

انطلقت المفاوضات بين الجانبين بشأن شراء كمية من الحاويات، غير أن المفاوضات سرعان ما تطورت بعد ذلك، عندما أبدت شركة درافو رغبتها في شراء مصنع الحاويات بالكامل، وبناء على ما أظهرته شركة درافو من جدية في عرضها لشراء كامل المصنع، دفع ذلك بالمسؤولين عن شركة سميث إلى الإفصاح عن معلومات

(1) حسام عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها و التحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص 81.
(2) حسام الدين عبد الغني الصغير، المرجع نفسه، ص 81، 82.

تفصيلية عن نشاط الشركة، تتضمن الوصف التفصيلي والتصميمات والنماذج المتعلقة بالحاويات، بالإضافة إلى الإفصاح عن قائمة العملاء، ووكلاء الشركة الحاليين والمتوقعين مستقبلاً، فضلاً عن ذلك، قام مندوبو شركة درافو بزيارة لمصنع الحاويات، و تفقدوا أقسامه المختلفة، و شاهدوا مباشرة كيفية صنع الحاويات.

بعد وفاة سميث صاحب المصنع، استمرت المفاوضات مع ورثته، غير أنها توقفت في 1947/01/30، دون التوصل إلى اتفاق بين الطرفين.

بعد فشل المفاوضات، أبدت شركة درافو رغبتها في تصميم إنتاج حاويات لنقل البضائع، وباشرت بعد ذلك عملية تصنيع حاويات، تماثل في جوهرها الحاويات التي تنتجها شركة سميث، مع إدخال بعض التحسينات عليها.

بحلول شهر مارس من سنة 1948، وصل عدد الحاويات التي تنتجها شركة درافو حوالي 500 حاوية، بيعت معظمها لعملاء شركة سميث، مما أدى إلى توقف شركة سميث عن إنتاج الحاويات، وتعرضت لخسائر فادحة.

وعلى إثر ذلك، قام ورثة سميث برفع دعوى قضائية ضد شركة درافو مطالبين باستصدار أمر قضائي لمنع شركة درافو من استغلال الأسرار التجارية، من معلومات وتصاميم فنية سرية للحاويات، وخطط الصنع وأسماء العملاء الذين تحصلت عليها أثناء المفاوضات، والتي أساءت استغلالها، مما أدى إلى إلحاق أضرار جسيمة بشركة سميث.

وفي مقابل ذلك دفعت شركة درافو بأن المعارف الفنية المستخدمة في تصنيع الحاويات ليس لها طابع السرية، حيث أنتج مصنع سميث عدداً كبيراً من الحاويات وطرحها في الأسواق، فأصبح من السهل التعرف على مكوناتها وطريقة صنعها، وفيما يخص قوائم العملاء التي ادّعت شركة سميث أن شركة درافو اطلّعت عليها، فقد أنكرت هذه الأخيرة وجود هذه القوائم من أساسه.

ولما تصدت محكمة أول درجة (محكمة المقاطعة) بنظر الدعوى، تكون لها اقتناع بأن المعلومات والمعارف التي استخدمتها شركة درافو في إنتاج الحاويات فقدت طابع السرية، حيث تم نشرها في المجالات و المطبوعات، فضلاً عن استعمال الحاويات التي بيعت في الأسواق، و من ثم أصبحت هذه المعلومات لا تكتسي طابع السرية.

غير أنه، و بعد استئناف الحكم من قبل ورثة سميث، أمام الدائرة السابعة لمحكمة الاستئناف الأمريكية، رفضت هذه الأخيرة دفع شركة درافو، على أساس أن التصميمات التفصيلية، والرسومات الهندسية للحاويات لم ينشر عنها أي شيء، وأن كشف سر صناعة الحاويات التي طرحت في السوق، يحتاج إلى جهد كبير من أجل التعرف على مكوناتها ورسوماتها، و هو ما لم تفعله شركة درافو، و أضافت محكمة الاستئناف كذلك، أن شركة درافو تحصلت على المعلومات و المعارف المستخدمة لإنتاج الحاويات، و تحصلت كذلك على قوائم العملاء أثناء المفاوضات، في إطار علاقة الثقة بين الشركتين، و من ثم تؤكد المحكمة أن محكمة أول درجة أخطأت في الحكم الذي قضت به.

و يعلق جانب من الفقه على حكم محكمة الاستئناف الأمريكية، أن هذه الأخيرة، و من خلال ما قضت به، أكدت أنه من تحصل على سر من أسرار الصناعة في مرحلة المفاوضات، يقع على عاتقه التزام بالمحافظة على هذه الأسرار، و عدم استخدامه لتحقيق مصالح شخصية⁽¹⁾.

3. الأساس القانوني للالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

في الواقع العملي في مجال عقود التجارة الدولية، لاسيما في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، يقوم أطراف التفاوض بتحديد المعلومات السرية المشمولة بالحماية، وذلك بتضمين عقد التفاوض شرطا يقضي بذلك، أو قد يقع ذلك بناء على اتفاق مستقل، أو قد تتضمنه الوثائق والمستندات التي تتبادلها أطراف التفاوض.

ولكن في حالة عدم وجود اتفاق صريح على الالتزام بالمحافظة على الأسرار، المقدمة خلال مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، فهل يستطيع صاحب المعلومة السرية الاحتجاج بأن يلتزم الطرف المتلقي بالمحافظة عليها؟ وما هو الأساس القانوني الذي يستند عليه في حالة الإخلال بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات؟

وفي هذا الصدد، يذهب جانب من الفقه إلى أن الإخلال بالالتزام بالمحافظة على الأسرار، إنما يجد أساسه في الخطأ التقصيري، و الذي يتمثل في التقصير في الواجب العام، الذي يقضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد للرجل العادي عند التعامل مع الغير، فالرجل العادي من هذا المنظور، لا يفشي أو يستخدم أسرار الغير لحسابه الشخصي، وذلك طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية و شرف التعامل⁽²⁾.

(1) حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص 81.

(2) محمد حسام مصطفى لطف، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 31.

من أبرز الأحكام القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه، الحكم الصادر عن القضاء الأمريكي في قضية⁽¹⁾ Calanis. V. Procter and Gamble covp، والتي تتلخص وقائها، في أن السيدة Calanis أرسلت إلى شركة Procter تخبرها فيها عن فكرة توصلت إليها، من شأنها تطوير مسحوق تنظيف الملابس، وهي عبارة عن تركيبة من المسحوق العادي مضافا إليها مسحوق Blue، الذي يجعل اللون الأبيض ناصعا، ويحول دون الاصفرار، غير أن شركة Procter ردت بالاعتذار، لأنها استخدمت أفكار مشابهة دون أن تحقق النجاح المنتظر، لكن بعد فترة زمنية ظهر في الأسواق مسحوق تنظيف يحمل اسم Blue Sherar، وكان هذا المنتج يقوم في تركيبته على أساس الفكرة التي تقدمت بها السيدة Calanis، والذي حقق نجاحا تجاريا كبيرا، على إثر ذلك قامت السيدة Calanis برفع دعوى على شركة Procter، على أساس أن هذه الأخيرة أثرت على حسابها، مستعملة في ذلك العلاقة التفاوضية التي نشأت بينهما.

انتهت المحكمة في حكمها، إلى اعتبار شركة Procter مخلة بالتزاماتها بالمحافظة على السرية، و جاء في حيثيات الحكم أن السيدة ما كانت لتكشف عن سر التركيبة للشركة، إلا لغرض تحصيل نفع مادي من الشركة، كإبرام عقد مثلا، ومن ثم أقرت المحكمة بإخلال الشركة بالتزامها بالمحافظة على السرية، على أساس قانوني، وهو الخطأ التقصيري.

يبدو واضحا من خلال محاولة الإحاطة، بمضمون الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، و تحديد أساسه القانوني سواء استند في وجوده إلى اتفاق التفاوض، أو أي مستند من مستندات التفاوض، كخطابات النوايا أو الاتفاقات الأخرى المعاصرة لمرحلة التفاوض على العقد، وهي الصورة الغالبة و الشائعة في مجال إبرام عقود التجارة الدولية، وذلك من أجل سد الفراغ التشريعي، إزاء فرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، فإنه يمكن مع ذلك استخلاص وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، باعتباره التزاما عاما يستند في وجوده إلى المبادئ العامة المستقرة في التشريعات الحديثة، سواء المتعلقة منها بالمحافظة على السر التجاري، أو تلك التي تنظم المسائل المرتبطة بالتطور التكنولوجي، كقوانين الملكية الصناعية، و المنافسة، و النماذج الصناعية.

(1) حكم المحكمة الفدرالية الأمريكية العليا في هذه القضية، بتاريخ 20 نوفمبر 1992، رقم 2010. / تيحيرا محمد حسين ، استبرق محمد حمزة ، مرجع سابق، ص 316.

إن وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات خلال مرحلة التفاوض على العقد، يستجيب في حقيقة الأمر لاعتبارات تتعلق بالحفاظ على المصالح الخاصة، لأحد أطراف التفاوض من قبل الطرف الآخر المتفاوض معه، وذلك تماشياً مع ما يستوجبه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، الذي يفترض حرص كل طرف متفاوض على مصالح الطرف الآخر، وعدم إلحاق الضرر به، لتكون المفاوضات أداة لصناعة عقد متوازن، وإبعاده عن كافة الصعوبات والعقبات التي قد تعترض طريق تنفيذه، الأمر الذي يدعو بصورة ملحة، إلى ضرورة تدخل المشرع لفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، في مرحلة التفاوض على العقد صراحة.

ثانياً: موقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

كما سبق القول، إن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، في مرحلة التفاوض على العقد، يجد أساسه في اتفاق الأطراف المتفاوضة، وذلك بالنظر إلى القصور التشريعي إزاء فرض هذا الالتزام في مرحلة التفاوض على العقد، ومع ذلك فإن القوانين المقارنة تتضمن بعض القواعد القانونية، والتي تنظم مجالات متعددة، تفرض الالتزام بحماية السرية، سواء تعلقت بحماية الأسرار التجارية، أو حماية أسرار التكنولوجيا.

إن تباين مواقف التشريعات المقارنة إزاء فرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، دفع الدول إلى السعي نحو إيجاد قواعد موحدة، في نطاق الاتفاقيات الدولية.

1. موقف القانون المقارن:

الملاحظ أن القانون يسعى دائماً إلى حماية الأمانة، وحسن النية في التعامل، باعتبار أن هذا الأخير، هو مبدأ قانوني عام، يمتد تطبيقه من مرحلة تنفيذ العقد، إلى مرحلة التفاوض عليه، كما سبق بيانه.

كما يمكن أن نلاحظ أيضاً، أن معظم التشريعات المقارنة لم تتناول بالتنظيم مسألة الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، في مرحلة التفاوض على العقد، ولكن في مقابل ذلك، هناك بعض النصوص الخاصة بتنظيم مجالات قانونية متعددة، تتضمن الإشارة إلى

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، مع فرض بعض الجزاءات الجنائية، على الطرف المخل بهذا الالتزام.

أ / موقف القانون الفرنسي:

إن القانون المدني الفرنسي، لم يتضمن نصا خاصا يفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، أثناء مرحلة التفاوض على العقد، الأمر الذي دفع بجانب من الفقه ومعه القضاء الفرنسي، إلى الإقرار بوجود التزام عام، بالمحافظة على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف المتفاوضة، خلال مرحلة التفاوض على العقد، وذلك بالاستناد إلى القواعد القانونية التي تحمي الإرادة من العيوب، التي قد تطرأ عليها في مرحلة التعاقد، مثل الغلط والتدليس والإكراه⁽¹⁾، فضلا عن ذلك، فقد فرض المشرع الالتزام بالمحافظة سرية على المعلومات في بعض القوانين الخاصة، حيث تقرر هذه القوانين في مجملها، الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وتفرض جزاءات عن الإخلال بها، وقد تصل إلى حد فرض جزاءات جنائية⁽²⁾.

يتجه القضاء الفرنسي، نحو الإقرار بوجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، ويوفر الحماية للمتفاوض الذي يدلي بمعلومات سرية للمتفاوض الآخر، في مرحلة التفاوض على العقد، غير أن هذا الأخير يستولي عليها ويستفيد من هذه المعلومات لحسابه الخاص، أو يقوم بإفشائها للغير، وذلك عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

و على هذا الأساس قضت محكمة استئناف باريس، بمسؤولية أحد المشروعات، عن استغلاله للمعرفة الفنية لمشروع آخر منافس، يبدو كما اتضح للمحكمة، أن المشروع الحائز على المعرفة الفنية، كان قد كشف النقاب عنها للمشروع الآخر، في إطار المفاوضات التي جرت بينهما، تمهيدا لإبرام عقد من عقود نقل التكنولوجيا، والتي انتهت

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 98.

(2) و من أبرز الامثلة على التشريعات التي تحمي الالتزام بالسرية في القانون الفرنسي:

-L'article 17-3 de la loi du 3 juillet 1978 impose aux salariés de taire les secrets de fabrication et d'affaires de leur employeur.

-La loi sur les vrevets prévoit outre l'action en contrefaçon des dispositions spécifiques concernant la saisie éventuelle de brevet.

-L'article 47 de la loi de 28 mars 1984 permet de la saisie de contrefaçon.

-La loi du 14 Juillet 1971 sur la pratique du commerce sanctionne les actes contrevenant aux usages honnêtes du commerce.

-L'article 458 du code pénal imposant le secret professionnel.

-L'article 309 du code pénal s'agissant de la protection des secrets de fabrication./Guillaume Forbin, op. cit. P. 477 ets.

دون التوصل الى إبرام العقد النهائي، حيث خلصت المحكمة، إلى اعتبار قيام المشروع باستغلال المعرفة الفنية، دون إذن من المشروع الحائز لها، يعد عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة *L'action en concurrence déloyale*⁽¹⁾.

و في حكم مماثل، نصت محكمة استئناف باريس، بالتعويض عن الأضرار التي أصابت المتفاوض، من جراء خطأ من المتفاوض الآخر، المتمثل في إفشاء المعلومات المتبادلة في مرحلة التفاوض، بالرغم من عدم وجود التزام تعاقدي بالسرية *contractuel en l'absence de tout engagement confidentiel*.

ب / موقف القانون الأنجلوأمريكي:

السائد في دول الشريعة العامة، أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات المتبادلة بين الأطراف من أجل التعاقد، يجد أساسه في نظرية الكسب بلا سبب، والتي تقضي بأن الداخل في عملية إبرام العقد، يلتزم برد نتيجة ما كسبه بسبب التصرفات غير النزيهة في مرحلة إبرام العقد.

إن هذه النظرية تطبق في دول الشريعة العامة، عندما يكتسب أحد الطرفين منافع على حساب الطرف الآخر، نتيجة للتصرف غير النزيه، ويترتب ذلك عندما يتم الكشف عن المعلومات المفصح عنها للطرف المقابل، أثناء التفاوض ثم يقوم الطرف المتلقي للمعلومات باستخدامها بعد فشل المفاوضات ومن ثم فإن هاته المعلومات المتحصل عليها من المتفاوض الآخر يكون قد تحصل عليها بالطرق الشرعية أي من صاحبها وبمحض اختياره، و عليه، فلا يطبق بشأنها قواعد المسؤولية المتعلقة بالحصول غير المشروع على المعلومات كالقرصنة فالشخص مقدم المعلومة في مرحلة التفاوض على العقد يحاول في بعض الأحيان عقد اتفاق حول السرية والذي يتضمن شروطاً تنظم مسألة الإفصاح واستعمال المعلومات، فإن لم يكن مثل هذا الاتفاق موجوداً وقدم المتعاقد الآخر المعلومات السرية المفصح عنها في مرحلة التفاوض على العقد فيعتبر حسب قوانين دول الشريعة العامة كسباً بلا سبب يؤدي إلى قيام التزام في ذمة متلقي المعلومة بإعادة ما اكتسبه على حساب المتعاقد الآخر صاحب المعلومات نتيجة لاستخدامه لها⁽²⁾.

(1) راجع بصفة خاصة الدائرة الاجتماعية، محكمة النقض الفرنسية، الصادر في 3 أكتوبر 1978، منشور في دالوز، 1980، ص 55.

(2) شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 367.

الملاحظ أن القانون الإنجليزي أعطى حماية واسعة للمعلومات المصرح بها خلال مرحلة التفاوض على العقد، إذ تشمل الحماية الى جانب الأسرار التجارية والصناعية كذلك الاسرار السياسية والعائلية والشخصية وغيرها من الأسرار الأخرى، ذلك أنه لا تقع التفرقة في القانون الإنجليزي بين أنواع المعلومات السرية التي تحظى بالحماية⁽¹⁾.

و ينبغي الإشارة أخيرا إلى أن القضاء الإنجليزي لعب دورا كبيرا في توضيح شروط دعوى الإخلال بالسرية، وذلك من خلال بعض الأحكام القضائية التي استقر عليها القضاء الإنجليزي.

أما القانون الأمريكي وتسانده في ذلك أحكام القضاء فيؤسس حماية المعلومات السرية من مهارات أو خبرات فنية في المجال الصناعي والتكنولوجي على حق الملكية الفكرية الوارد على المعرفة الفنية Know how والتي تخول لصاحبها الحق في امتلاك تلك المعلومات ومنع استغلالها أو إفشائها على غير إرادة صاحب المعلومة وبما يتعارض مع مصالحه⁽²⁾.

2. موقف القانون الألماني:

إن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في القانون الألماني يجد أساسه في الالتزام بالحيلة أثناء التفاوض، وهذا ما نصت عليه المادة 311 من قانون BGB... (على أنه ينتج أيضا علاقة التزام مولدة للالتزامات المنصوص عليها في المادة 2/241 من نفس القانون ينتج أيضا من:

- تعهد بالمباحثات.

- إجراء تحضيرى لإبرام عقد يمنح بموجبه أحد الطرفين للطرف الآخر إمكانية التصرف في حقوقه وأملكه ومصالحه أو يمنحه إياها...)

و جاء في الفقرة 2 من المادة 241 من نفس القانون بأنه (يمكن أن يفرض الالتزام على كل طرف احترام حقوق الطرف الآخر ومصالحه المحمية، وكذا مصالح الطرف الآخر).

إذ أن هذا الالتزام بالحيلة فيما يخص الطرف الآخر ينطبق أيضا على جميع التصرفات السابقة على التعاقد والتي بموجبها يمنح أحد الطرفين للطرف الآخر إمكانية

(1) حسام الدين عبد الغني الصغير، مرجع سابق، ص 121.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 267.

التصرف في حقوقه و أملاكه و مصالحه أو يمنحها إياه و يشمل هذا الحق من باب أولى المعلومات السرية المدلى بها أثناء التفاوض، و أن الإخلال بالالتزام بالمحافظة على السرية يترتب عنه الالتزام بدفع تعويضات عن الأضرار التي أصابت الطرف المتضرر، و ذلك طبقاً لأحكام المادة 280 و ما يليها من القانون المدني الألماني⁽¹⁾.

يتضح من خلال هاته النصوص، أن القانون الألماني يفرض على الأطراف المتفاوضة واجب الحيطة فيما يتعلق بالحرص على مصالح الطرف الآخر، و الذي يمنح له إمكانية التصرف في حقوقه و أملاكه، و يشمل واجب الحيطة مرحلة التفاوض على العقد النهائي، حيث يستلزم ذلك أن يقوم كل متفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي يدلي بها الطرف الآخر من أجل الدفع بالعملية التفاوضية نحو تحقيق الغرض منها، و هو إبرام العقد النهائي.

3. موقف القانون المصري و الجزائري:

يعد التشريع المصري من التشريعات القليلة التي تناولت بالتنظيم، مسألة الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات خلال مرحلة التفاوض على العقد، و ذلك من خلال النص على هذا الالتزام في القانون التجاري المصري لسنة 1999 حيث أشارت إلى ذلك صراحة المادة 73 منه، والتي جاء في فقرتها الأولى (على أن يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها، وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عنه إفشاء هاته السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على العقد أو بعد ذلك).

وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة (وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد، و ينقلها إليه بوجب شرط في العقد، و يسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية).

أما فيما يتعلق بحدود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، فقد نصت المادة 83 من القانون التجاري المصري، بأن هذا الالتزام يفرض في مرحلة التفاوض على العقد، كما يمتد ليشمل كذلك مرحلة إبرام العقد.

(1) بختي بن عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة على التعاقد، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الشلف، العدد 14، جوان 2015، ص 83.

وحول هذه المسألة، يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى القول، بأن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات خلال مرحلة التفاوض على العقد، أصبح التزاما قانونيا يقع على عاتق المورد، لأن ذلك يشكل حافزا وضمانة أكيدة للمورد من أجل الدخول في المفاوضات، والرغبة في الاستمرار فيها، استنادا إلى الحماية القانونية المقررة بنص القانون، و التي تقرر بتعرض المستورد للمسؤولية، في حالة إخلاله بالمحافظة على سرية المعلومات.

إن النص صراحة على الالتزام بحماية المعلومات السرية، في مرحلة التفاوض على عقود نقل التكنولوجيا بنص صريح في القانون التجاري المصري، يوفر للعملية التفاوضية بشأن هذه العقود، حماية أكيدة من كل السلوكات السيئة، التي قد تمارس أثناء مرحلة التفاوض على العقد، كالذهاب إلى المفاوضات من قبل البعض من أجل فقط الحصول على بعض المعلومات أو استطلاع السوق، أو اكتشاف بعض التطبيقات العلمية المبتكرة، التي يعتمد الطرف الآخر عليها، للقيام بالعملية الإنتاجية، وهذه السلوكات بطبيعة الحال، تتعارض مع مبدأ حسن النية، الذي يجب أن يسود المفاوضات، حتى تكون هذه الأخير أداة يتم من خلالها تبادل الحرص بين الطرفين على مصالحهما المشتركة، من أجل تعزيز التعاون واستقرار المعاملات.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصا صريحا، يفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات خلال مرحلة التفاوض على العقد، غير أن وجوب الالتزام بحسن النية في مجال تنفيذ العقد، والذي يمتد حسب ما يذهب إليه جانب من الفقه إلى مرحلة التفاوض على العقد، يمكن من خلاله استخلاص وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليها، على أنه (ينفذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية).

وعليه، فإن مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، تفرض التزاما على الطرف الذي تلقى المعلومات السرية بالمحافظة عليها، وذلك بعدم إفشائها للخير، أو استخدامها بدون إذن مسبق من صاحبها.

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 96.

كما يذهب جانب من الفقه في شأن تحديد موقف المشرع الجزائري من فرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، إلى القول بأن ما ذهبت إليه المادة 2/107، على أن العقد لا يقتصر على التزام المتعاقد على ما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، ومن مستلزمات مرحلة التفاوض على العقد النهائي أن يلتزم المتفاوض بالامتناع عن إفشاء أو استخدام المعلومات التي يدلي بها الطرف الآخر⁽¹⁾.

و بالإضافة إلى ما ورد في القانون المدني من قواعد عامة يستخلص منها وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، فقد نظم المشرع كذلك بمقتضى نصوص خاصة، مجالات قانونية متعددة، منها حماية الملكية الفكرية والفنية والصناعية، والتي تضمنت حماية المعلومات الفنية والتقنية السرية، ومن أبرزها قانون حماية المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري، الصادر بمقتضى الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 2003/07/19، و القانون المتعلق بالعلامات التجارية والصناعية، الصادر بمقتضى الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19، والمرسوم التنفيذي رقم 277/05 الصادر بتاريخ 2005/08/02، وقانون حماية التصاميم الشكلية الأمر رقم 08/03 الصادر بتاريخ 2003/07/19، وقانون حماية الرسوم والنماذج الصناعية الرقم 66/86 المؤرخ في 1966/04/28، فضلا عن قانون براءة الاختراع الصادر بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 275/05 المؤرخ في 2005/08/02.

إن الهدف الأساسي الذي قصده المشرع من خلال تقرير هذه الحماية، هو تحقيق الانسجام مع قواعد المنافسة الشريفة، ومنع الغير من التعدي عليها، أو استغلالها دون إذن مسبق من مالكيها الشرعي، كما عزز المشرع هذه الحماية عندما نص على بعض العقوبات الجنائية، لكل من قام بوسيلة غير مشروعة بالكشف عن معلومات سرية أو بحيازتها، أو باستخدامها مع علمه بطابعها السري، أو بأنها متحصلة عن تلك الوسيلة غير المشروعة⁽²⁾.

يبدو واضحا من خلال العرض السابق لمختلف القوانين المقارنة، فيما يتعلق بفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، أن معظمها لم يورد نصا صريحا، بفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، إلا أنه

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 266.

(2) فاضلي إدريس، مدخل الى الملكية الفكرية، دار هوما، الجزائر، 2004، ص 169، 243.

يمكن استخلاص وجود هذا الالتزام، وذلك بإعمال المبادئ العامة في مجال النظرية العامة للعقود، وخاصة مبدأ حسن النية، الذي يهيمن على جميع مراحل العملية التعاقدية، سواء تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد، أو مرحلة تكوينه.

كما يمكن أيضا استخلاص وجود هذا الالتزام، من خلال تتبع ذلك على مستوى القوانين الخاصة التي تنظم مجالات متنوعة، كالنصوص المتعلقة بحماية الملكية الفكرية، والنماذج الصناعية والتصميمات، وبراءات الاختراع وغيرها، ومما لا شك فيه أن مثل هذه النصوص تعزز فرض وجود هذا الالتزام، من خلال تنظيمه بصورة تفصيلية، وتقرير جزاءات جنائية تقع على الطرف المخل بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، نظرا لجسامة فعله والأضرار التي يلحقها بصاحب المعلومة، على مستوى نشاطه ومركزه التجاري.

ومن أجل تعزيز هذه الحماية على نطاق دولي واسع، فقد سعت الدول إلى محاولة إيجاد قواعد قانونية موحدة، في إطار إبرام الاتفاقيات الدولية.

2: موقف الاتفاقيات الدولية من فرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

مما لا شك فيه أن المحافظة على الأسرار التجارية تكتسي أهمية كبيرة على مستوى المعاملات التجارية الدولية، وذلك بالنظر إلى الكم الهائل من المعلومات التي يتم تبادلها يوميا بين المتعاملين الاقتصاديين، والتي تفنقر للتنظيم القانوني الذي من شأنه إشاعة الثقة الضرورية، التي تساهم في تبادل تلك المعلومات دون خوف من إمكانية إفشائها للغير، أو استخدامها لأغراض شخصية، خصوصا في حالة التفاوض على العقد التجاري الدولي.

وعليه، فقد أولت الدول اهتماما كبيرا لمسألة الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات المقدمة خلال المراحل المختلفة لإعداد وإبرام العقد وتنفيذه، وذلك بإيجاد قواعد قانونية موحدة يقبلها الجميع، وتساهم في استقرار النشاط التجاري.

ومن أبرز الاتفاقيات الدولية التي تضمنت فرض هذا الالتزام، مبادئ اليونيدروا 1994Unidroit، واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية

الفكرية⁽¹⁾Trips، والتي تفرض على جميع الأعضاء المنظمين لمنظمة التجارة الدولية OMC⁽²⁾.

أ. الوضع في مبادئ اليونيدروا Unidroit:

لقد شددت مبادئ اليونيدروا Unidroit، على ضرورة الالتزام بالمحافظة على المعلومات المقدمة في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، وذلك بالامتناع عن إفشائها أو استخدامها عند انتهاء المفاوضات بالفشل، بغض النظر عن وجود اتفاق مبدئي ينظم الالتزام بالمحافظة على السرية أو عدم وجوده، وهذا ما ورد في المادة 1/16 من مبادئ اليونيدروا Unidroit، والتي نصت على أنه (عندما تعطى معلومات على أنها سرية من قبل طرف في فترة المفاوضات، يكون الطرف الآخر تحت واجب عدم كشف تلك المعلومات، أو استخدامها بشكل غير مناسب مع غرضه، سواء تم إبرام العقد لاحقاً أم لا، وكلما كان ملائماً فإن التعويض عن خرق هذا الواجب، قد يتضمن تعويضاً بالمنفعة التي حصل عليها الطرف المقابل).

وبخصوص ما ورد في هذه المادة من التزام بالمحافظة على المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، فإن الفقهاء لم يتفقوا على تحديد الأساس القانوني الذي استندت إليه هذه الاتفاقية في تقرير وجود هذا الالتزام، حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن هذه الاتفاقية استندت في ذلك إلى نظرية الكسب بلا سبب، في حين انتهى جانب آخر من الفقه إلى القول، إن الاتفاقية استندت في تقرير وجود هذا الالتزام إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، غير أن الرأي الراجح فقهاً يذهب إلى القول بأن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في الاتفاقية، إنما يجد أساسه في مبدأ حسن النية وشرف التعامل، الذي لا بد أن يلتزم به أطراف التفاوض⁽³⁾.

(1) إن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، والاتفاقيات التي دخلت حيز التنفيذ في الأول من جانفي سنة 1995، وهي من أكثر الاتفاقيات شمولاً في مجال حماية الملكية الفكرية، فقد شملت العديد من المواضيع منها، حقوق المؤلف والحقوق المتصلة بها؛ الإعلانات التجارية، والمؤشرات الجغرافية، التصميم الصناعي، براءة الاختراع، التصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة، المعلومات غير المفصح عنها، والمعلومات السرية وضبط

المنافسة في عقود التراخيص. / <http://www.wto.org/English/docse/legale-trips.html>

(2) نشأت منظمة التجارة العالمية Word Trade organisation، ضمن اتفاقية مراكش 1994، لتصبح الإطار المؤسساتي المشترك لتنظيم العلاقات التجارية فيما بين أعضائها، في المسائل المتعلقة بالاتفاقيات والأدوات القانونية المعترف بها وفق أحكام المادة الثانية لاتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية. / شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 361، هامش رقم 2.

(3) شيرزاد عزيز سليمان، المرجع نفسه، ص 365.

ب. الوضع في الاتفاقية المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية Trips:

لقد تناولت هذه الاتفاقية المقصود بالسر التجاري، والذي عرفته من خلال نص المادة 2/19 من الاتفاقية، على أنه (للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم، بصورة قانونية للآخرين، أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها، دون الحصول على موافقة منهم بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة، طالما كانت تلك المعلومات:

أ. سرية من حيث أنها ليست بمجموعها، أو في الشكل والتجميع الدقيقين بمكوناتها معروفة عادة، أو سهلة الحصول عليها من قبل الأشخاص، في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعني من المعلومات.

ب. لها قيمة تجارية نظرا لكونها سرية.

ت. أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية، بغية الحفاظ على سريتها.

يتضح من نص المادة 10/39 من الاتفاقية Trips، أنها قد أخذت على عاتقها أمر حماية المعلومات السرية، وذلك من خلال فرض على متلقي المعلومات السرية، التزامين أساسيين، وهما: الالتزام بالسرية، والالتزام بعدم الاستعمال لمصلحة متلقي تلك المعلومات، ويقتضي ذلك أن يمتنع الشخص عن الإفصاح عن تلك المعلومات التي تلقاها بأية وسيلة كانت، ويندرج ضمن هذا المنع، أيضا المعلومات التي تم الحصول عليها أثناء المفاوضات على العقد، كما أوضحت نفس المادة، حالات المنافسة غير النزيهة في مجال التجارة الدولية، ومن بينها الإخلال بسرية المعلومات أو الحث على الإخلال بها.

وتتحقق السرية بحسب ما ذهبت إليه هذه الاتفاقية، بتوافر ثلاثة شروط أساسية، وهي تحديد مفهوم المعلومات السرية، و أن تكون لهذه المعلومات طبيعة تجارية ناتجة عن سريتها، كما يشترط أيضا أن يتبع حائز المعلومات الإجراءات القانونية اللازمة، للحفاظ على سريتها.

أما الالتزام الثاني الذي فرضته الاتفاقية، فهو عدم استعمال واستخدام تلك المعلومات، دون الحصول على إذن مسبق من حائز المعلومة، ويسمح له بذلك بخصوص محتوى اتفاقية TRIPS، يذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن المعلومات المتداولة في

مجال المعاملات التجارية الدولية، أصبحت تحظى بالحماية القانونية، استنادا الى ما ورد في نص المادة 39 من الاتفاقية، وهو في حقيقة الأمر يستجيب لرغبة الدول المتقدمة، باعتبارها هي التي تحوز النصيب الأكبر من المعلومات المتداولة، ومن ثم تحقيق مصلحتها ومصلحة المشروعات التي تتبعها، فضلا عن ذلك فإن الاتفاقية تفرض على جميع الدول المنضمة إلى منظمة التجارة الدولية OMC، أن تنظم في قوانينها الداخلية هذه المسألة، وهو أمر يكتسي أهمية كبيرة، بحيث يؤدي إلى إضفاء الأمان، والثقة التي يريدها المتعاملون في مجال التفاوض، وإبرام عقود التجارة الدولية⁽¹⁾.

حاصل ما تقدم، فإن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، في مرحلة التفاوض على العقد، يقتضي أن يلتزم المدين بهذا الالتزام، أي متلقي المعلومة السرية ذات القيمة التجارية، بعدم إفشائها للغير، أو استخدامها لأغراض شخصية، بدون الحصول على الإذن المسبق من صاحبها، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بحائزها، والمساس بمركزه المالي والتجاري، وبالنظر إلى القصور التشريعي إزاء مرحلة المفاوضات عامة، وفرض الالتزام بالمحافظة على المعلومات السرية في مرحلة التفاوض على العقد في القوانين الداخلية للدول، فإن الواقع التجاري الدولي أفرز أدوات أكثر فعالية، لفرض هذا الالتزام على أطراف التفاوض، وذلك بالنص على الالتزام بالمحافظة على الأسرار في مرحلة التفاوض على العقد، في عقد التفاوض صراحة، أو باتفاق مستقل يتضمن تنظيم هذا الالتزام.

الفرع الثاني

نطاق و ضمانات تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

إذا كان الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، المترتب عن عقد التفاوض، يهدف في الأساس إلى حماية الطرف حائز المعلومات ذات الطابع السري، والذي يدلي بها إلى المتفاوض الآخر، فيلتزم هذا الأخير بالمحافظة عليها، ولا يعني هذا أن الالتزام مطلق ليس له حدود، ذلك أن المتفاوض متلقي المعلومات المدين بالالتزام بالمحافظة على سريتها، لا يمكنه أن يلتزم بعدم إفشاء جميع المعلومات، الأمر الذي يقتضي تحديد نطاق المعلومات التي يقع على عاتق المدين بالالتزام بالمحافظة على سريتها بعدم إفشائها، أو استخدامها، وعليه، ينبغي تحديد تلك المعلومات التي تكتسي طابع السرية، فضلا عن

(1) شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سابق، ص 363.

المدة الزمنية التي ينبغي على المتفاوض أن يبقى خلالها، ملتزما بالمحافظة على سرية تلك المعلومات، سواء ارتبط ذلك فقط بمرحلة التفاوض على العقد، أو استمر ذلك إلى المراحل الأخرى التي تعقبها.

ومن البديهي أن عملية التفاوض لا تقتصر فقط على الشخص الراغب في التفاوض، بل تمتد أيضا لتشمل فريق التفاوض، الذي يتكون غالبا من خبراء في مجالات المحاسبة، والقانون والمجالات التقنية وغيرها، الأمر الذي يؤدي إلى احتمال أن يقوم أحد هؤلاء الأشخاص، بإفشاء أو استخدام المعلومات المقدمة خلال مرحلة التفاوض، ومن ثم ينبغي تحديد نطاق الأشخاص الذين يحق لهم الاطلاع على تلك الأسرار، مع الالتزام بالمحافظة عليها، باعتبارهم تابعين للطرف المتفاوض.

وعلى صعيد آخر، فإن الواقع العملي يدلّ في مجال المعاملات التجارية الدولية، على أن تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، تحيطه الأطراف المتفاوضة بالعديد من الضمانات، للحيلولة دون إفشاء المعلومات أو استخدامها، كوضع مبلغ مالي تحت تصرف حائز المعلومة، أو تقديم تعهد خطي من قبل متلقي المعلومة، أو إخضاع العملية التفاوضية لنظام غرفة البيانات، الذي تضعه غالبا الشركات الكبرى.

أولا: نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

أن تحديد نطاق وحدود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، يتحقق بتحديد المعلومات المشمولة بالسرية، على أساس موضوع المعلومات السرية ذاتها، فضلا عن تحديد نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، من حيث سريانه، أي المدة الزمنية التي يبقى خلالها المتفاوض ملتزما بذلك، بالإضافة إلى تحديد الأشخاص الذين يقع على عاتقهم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، بحكم أنهم تابعين للمتفاوض.

1. نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات من حيث الموضوع:

يثور التساؤل هنا حول مسألة جوهرية، تتعلق فيما إذا كان الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، يشمل جميع المعلومات التي يتم تناولها خلال مرحلة التفاوض على العقد، أم أن الأمر يقتصر فقط على نوع معين من المعلومات؟

يذهب الاتجاه الغالب فقها في هذا الشأن، إلى القول بأن نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، يقتصر على نوعين من المعلومات⁽¹⁾.

ويتعلق النوع الأول، بأن الحماية تشمل المعلومات، التي أصبغ عليها صاحبها طابع السرية، أما النوع الثاني، فيتعلق بالمعلومات التي تكون غير قابلة للنشر، أو الإعلان بطبيعتها.

فبالنسبة إلى النوع الأول، يدخل في نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية تلك المعلومات، التي أصبغ عليها حائزها طابع السرية، بمعنى أدق أنها خُصت بطابع السرية دون غيرها، وذلك على سبيل الحصر، والتي يؤدي الإعلان عنها أو نشرها، أو استخدامها من قبل متلقيها، إلى إلحاق الضرر بصاحبها، ذلك أن هذه المعلومات لم تُعدّ من أجل الاطلاع عليها، أو كشفها للغير، وإنما تم الإفصاح عنها تبعا لمقتضيات العملية التفاوضية القائمة، وذلك استنادا إلى الثقة المشروعة، التي نشأت بين أطراف التفاوض بمناسبة المفاوضات، ومن أهم المعلومات التي يتم عادة تناولها في نطاق المفاوضات على إبرام العقود التجارية الدولية، الرسوم والتصميمات و المعلومات، المتعلقة بالحالة المالية لأحد الأطراف.

أما فيما يخص النوع الثاني من المعلومات، فهي تلك المعلومات التي تكون غير قابلة للنشر، أو الإعلان بطبيعتها⁽²⁾، والذي يؤدي الكشف عنها إلى إلحاق الضرر بصاحبها، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر ماديا أو معنويا، كالضرر الذي يصيب السمعة المالية، أو التجارية لأحد الطرفين، أو الأضرار النفسية، كما يستوي في ذلك أن تكون هذه المعلومات قد وصلت إلى علم أحد الطرفين، بسبب إخلال الطرف الآخر، أو الغير طالما أن هذه المعلومات تتعلق بأمر مشروع.

ومن البديهي ألا تشمل السرية بعض المعلومات التي كانت لدى المتفاوض الآخر قبل الدخول في المفاوضات، ذلك أن الالتزام بالسرية لا يمتد إلى هذه المعلومات، نظرا لأنه تم اكتشافها أو التوصل إليها بصفة مستقلة عن المفاوضات.

و ينبغي الإشارة إلى أن هناك طائفة من المعلومات تكون غير مقبولة، أو تصطدم بمانع قانوني، يتحقق هذا الفرض إذا كانت سرية المعلومات ذاتها غير مشروعة، و ذلك

(1) تيحيكرا محمد حسين ، استبرق محمد حمزة ، مرجع سابق، ص 321.

(2) تيحيكرا محمد حسين ، استبرق محمد حمزة ، المرجع نفسه، ص 321.

بحكم تعارضها مع النظام العام الداخلي، أو كان القانون الوطني ينص على نوع معين من المعلومات، لا يجوز أن تكون لها طابع السرية⁽¹⁾، و من ثم يجب على متلقي المعلومة قبل الدخول في المفاوضات، التحقق من مضمون القانون الواجب التطبيق على الاتفاق، بأن يتأكد بأن هذا القانون، لا يحظر الطابع السري للمعلومات ذاتها، و مرد ذلك أن أي التزام تعاقدى يتعارض مع نص قانوني يعد باطلا و لا يعتد به.

ويوصي خبراء التفاوض على أنه في مجال مفاوضات إبرام عقود نقل التكنولوجيا، وبالأخص تلك العقود التي ترد على التكنولوجيا الحديثة، يتعين على الطرف المتلقي للمعلومات أن يراعي الحرص على استبعاد بعض المعلومات من نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية، حتى لا يفقد وسائل دفاعه في حالة فشل المفاوضات، ويتعرض للتعدي من قبل حائز المعلومات، كما يتعين عليه أيضا أن يستبعد المعلومات التي تقع في دائرة الملك العام، أو تعد مملوكة ملكية خاصة⁽²⁾.

2. نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية من حيث الأشخاص:

الغالب في مفاوضات عقود التجارة الدولية، في مجال نقل التكنولوجيا، أن ترد على تقنية حديثة تتسم بالتعقيد، الأمر الذي يتطلب تدخل عدد من الأشخاص الخبراء في هذا المجال، والذين يطلعون بلا شك على أسرار تلك التكنولوجيا، فمن المحتمل في هذه الحالة إمكانية إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها، ومن ثم فإن الالتزام بالمحافظة على السرية في هذا الفرض، لا يقتصر على المفاوض المباشر الطرف في العقد المراد إبرامه، بل يمتد أيضا ليشمل الأشخاص، الذين تدخلوا في المفاوضات بشكل أو بآخر.

وتأسيسا على ما تقدم فإن نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، لا يشمل في هذه الحالة فقط متلقي المعلومة، وإنما يمتد ليشمل مساعديه أو التابعين له، وكل من يتصل به بصفة عرضية، إذ يتعين أن يتحمل نفس الالتزام، ويستطيع حائز المعلومة من أجل حمايتها، إتخاذ بعض الإجراءات الاحتياطية، وذلك بالنص صراحة في الاتفاق على أنه لا يجوز لمتلقي المعلومة السرية إفشاؤها للغير، قبل الحصول على تصريح كتابي مسبق من صاحب الشأن، وهذا الشرط من شأنه أن يحد و يقيد إمكانية نقل المعلومة إلى

(1) أبو العلا علي ابو العلا النمر، مرجع سابق، ص 108.

(2) Guillaune Forbin, op cit. P. 485.

الغير، كما يترتب عن هذا الشرط بصفة تبعية، إمكانية وجود إتفاق خاص بالسرية مع الغير المحتمل نقل المعلومة له (1).

وتزداد مسألة تحديد نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، عندما يعهد طالب التكنولوجيا لخبير بفحص التكنولوجيا محل التفاوض، وتقدير قيمتها، ذلك أن وجود الخبير في العملية التعاقدية يزيد من إمكانية اقتناص المعلومات بسهولة، وإفشائها أو استخدامها، مما يؤدي إلى وجود مخاوف لدى مالك التكنولوجيا، الأمر الذي يدفعه إلى بذل المزيد من الحرص من أجل المحافظة على أسرارها.

إن ظاهرة الاستعانة بالخبراء لاسيما منهم الأجانب، كثيرة الوقوع في الواقع العملي، لاسيما في المعاملات التي تكون فيها الدول النامية طرفا طالبا للتكنولوجيا، وذلك بسبب قلة خبرتها أو بأنها تضطر إلى دفع ثمنها باهظا لنقلها، وعادة ما يكون مصدر تمويلها القروض التي تحصل عليها من المؤسسات المالية الدولية، كالبنك العالمي و صندوق النقد الدولي، وهذه المؤسسات المالية تستعين في تقدير الجدوى، بتقديم هذه القروض إلى المستشار، وهذا الأخير لا يستطيع القيام بعمله وإعداد تقديره، أو إبداء رأيه، إلا بعد تفقد التكنولوجيا التي يخصص القرض للحصول عليها.

ومن أجل حماية المعلومات ذات الطابع السري في مجال نقل التكنولوجيا للدول النامية، فإن مانح التكنولوجيا يلح دائما على ضرورة أن يتعهد الخبير أو المستشار بدوره، بالإضافة إلى المحافظة على سرية المعلومات، غير أن الخبير قد يرفض في حالات معينة تقديم هذا التعهد، حتى لا يكون طرفا في النزاع الذي قد يقع بين الطرفين، وحل هذه المشكلة في الواقع العملي يكون بأن يضمن طالب التكنولوجيا كل ما قد يصدر عن الخبير من معلومات، تتعلق بالتكنولوجيا محل التفاوض (2).

إن الجزاء المترتب عن مخالفة الخبير للالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، عن طريق إفشائها أو استخدامها لحسابه الشخصي، يترتب عن ذلك الحكم بالتعويض، وما يتبع ذلك من جزاءات تكميلية، ينص عليها القانون الواجب التطبيق، ومن الأفضل حسب البعض، أن يشمل التعهد شرط التحكيم، لفض مثل هذه المنازعات (3).

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 109.
(2) محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، القاهرة، 1984، ص 61.
(3) محسن شفيق، المرجع نفسه، ص 62، 63.

3. نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية من حيث الزمان:

يقتضي الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، أن يقوم متلقي المعلومة بالمحافظة عليها بالفعل، ولا يكفي الادعاء بأنه نفذ التزامه بحجة أنه بذل قصارى جهوده للمحافظة على تلك الأسرار، غير أن النتيجة المرجوة لم تتحقق.

غير أن المشكلة التي تثور بصدد الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، هي المدى الزمني الذي يبقى خلاله هذا الالتزام سارياً، بمعنى أدق متى ينتهي التزام متلقي المعلومة من الناحية الزمنية؟

وتكمن الصعوبة في تحديد النطاق الزمني للالتزام بالسرية، بحكم أن المفاوضات بشأن العقود التجارية الدولية، نتائجها احتمالية، فقد يتوصل الطرفان إلى إبرام العقد النهائي، وقد تفشل المفاوضات، وعليه يثور التساؤل مرة أخرى فيما يتعلق بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، هل هذا الالتزام ينتهي بمجرد التوصل إلى إبرام العقد النهائي، أو فشل المفاوضات، أم أنه يبقى مستمرا بدون تحديد؟

يذهب جانب من الفقه إلى أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، هو التزام أبدي، ليس له حدود زمنية، فالمعلومات تعد سرية ولا تفقد هذا الطابع، إلا إذا وصلت إلى علم العامة، دون أن يكون المدين هو السبب في ذلك، أي دون أن يكون قد أخل بالتزامه بالمحافظة على السرية⁽¹⁾.

ومن أهم القرارات التحكيمية المؤيدة لهذا الاتجاه، ما ذهبت إليه غرفة التجارة الدولية بباريس بشأن نزاع نشأ بين شركة إيطالية وأخرى ألمانية، وتتخلص وقائع هذه القضية⁽²⁾، في أن إحدى الشركات الألمانية أبرمت عقد ترخيص مع شركة إيطالية، تقوم بمقتضاه الشركة الألمانية المرخصة بنقل المعرفة الفنية، لإحداث مجمعات صناعية بطريقة تسليم المفتاح في اليد، وكان القانون الألماني هو القانون الواجب التطبيق على العقد، وكان العقد المبرم بين الطرفين ينص على شرط السرية، حيث قضى بأن تلتزم الشركة الإيطالية والمتلقية لطرق الصنع، بضمان سرية المعلومات والمستندات والوثائق المتعلقة بالمعرفة الفنية، فضلا عن التزام هذه الشركة بالألا توظف هذه المعرفة الفنية، إلا

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 495، 496.

(2) الحكم الصادر في 19 نوفمبر 1976، بدعوى رقم 279/. تيجيكر محمد حسين، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 342.

من أجل تحقيق الهدف الذي قصده المتعاقدان من العقد، والمتمثل في إنشاء المجمع الصناعي، غير أنه وبعد تنفيذ العقد، نشأ نزاع بين الشركتين، حيث ادعت الشركة الألمانية أن المتلقي، وهي الشركة الإيطالية، يعد مخلا بتنفيذ العقد ومتجاوزا لبنود شرط السرية، حيث إن المتلقي قد قام بنقل المعرفة الفنية إلى شركاته الوليدة، وقامت هذه الأخير باستغلال هذه المعرفة المتاحة، في إنتاج سلع شبيهة بما ينتجه المورد، مما ترتب عليه منافستها، لذلك طلبت الشركة الألمانية من هيئة التحكيم، الحكم بمنع المتلقي من استعمال المعلومة الفنية لغير الأهداف الواردة في العقد، ومنعه من نقلها إلى شركاته الوليدة، كما طالبت من المتلقي الشركة الإيطالية، دفع الأضرار التي لحقتها من جراء ذلك.

بعد ما قام كل من الطرفين بتقديم ادعاءاته، ومستنداته المؤيدة لدعواه، قضت هيئة التحكيم بإلزام المرخص لها، أي الشركة الإيطالية، بعدم نقل المعرفة الفنية، ويكون ذلك خلال مدة تنفيذ العقد، ويمتد حتى بعد انقضائه، إذ أن التزام المرخص لها باستغلال المعرفة الفنية، لا ينتهي بانقضاء العقد، على أن المعرفة الفنية، تضيف هيئة التحكيم، تبقى سرية على الدوام، كما ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبرت سرية المعلومات الفنية، من بديهيات عملية نقل التكنولوجيا، وأن المعرفة الفنية يجب أن تبقى سرية على الدوام.

وعليه قررت هيئة التحكيم، مسؤولية الشركة الإيطالية كمتلقية وملتزمة عن إفشاء أسرار المعرفة الفنية، لشركاتها الوليدة خلافا لما يقضي به العقد المبرم بين الطرفين، ثم قررت الحكم عليها بالتعويض لصالح الشركة الألمانية المرخصة.

في حين يذهب اتجاه فقهي آخر، وهو الاتجاه الراجح⁽¹⁾، إلى القول بأن الاتجاه السابق، والذي يجعل من الالتزام بالمحافظة على السرية، التزاما أبديا ليس له حدود، يغالي في حماية السرية من الناحية الزمنية إلى حد غير مقبول، وأنه من اللازم تقييد هذا الالتزام زمنيا وبمدة معقولة، لاسيما وأن الابتكارات التكنولوجية سريعة التطور، فما هو سري اليوم لا يعد كذلك غدا.

ويستند هذا الرأي في تبرير ضرورة تحديد نطاق الالتزام بالسرية زمنيا، إلى القول بأن القانون الفرنسي لا يقبل فكرة الالتزامات المؤبدة Les engagements perpétuels، وذلك بالنظر إلى التطور التكنولوجي العلمي السريع، وإنه يكفي حسب هذا

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 496.

الاتجاه تحديد عمر هذا الالتزام، بفترة زمنية تتراوح بين 5 إلى 10 سنوات، وهذه المدة تبدو كافية لحماية سرية المعلومات⁽¹⁾.

ويقترح جانب آخر من الفقه، ألا يجاوز عمر هذا الالتزام مدة مناسبة دون تحديد هذه المدة تحديدا جامدا، تسري من يوم تقديم كل جزء من المعلومات السرية، ويمكن النص على انقضاء الالتزام بفقدان السرية بسبب لا يرجع إلى فعل المستورد⁽²⁾.

ومهما يكن من أمر مسألة تحديد المدة الزمنية لسريان الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، فإن المشكلة الأخرى التي تطرح بحدّة، تتعلق أيضا بتحديد المعيار الذي من خلاله يمكن القول، بأن المتفاوض المتلقي للمعلومة، قد أخل بالتزامه بالمحافظة على سرية المعلومات، وفي هذا الصدد، يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مقدار علم، أو درجة هذا العلم بالمعرفة الفنية، يتحدد بمقتضى معيار كشف السرية، حيث يكون عالما بها علما كافيا عن طريق النشر، الذي يفقد المعرفة الفنية سريتها⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بأن النشر يكون كافيا، وذلك في حالة توزيع المنشورات على العملاء التي تتضمن المعرفة بحيث يكفي النظر إليها من جانب رجل الحرفة لمعرفة طريقة وموضوع الصنع⁽⁴⁾.

في حين يذهب اتجاه فقهي آخر إلى القول بأن المفاوض يكون قد أخل بالتزامه بالسرية، وذلك بالاستناد إلى معيار الأهمية الاقتصادية للمعرفة الفنية بالنظر إلى جميع العوامل التي توصلت إليها من جهد ومال مبذول، وهو معيار حسب البعض أوسع من المعيار الأول⁽⁵⁾.

ثانيا: ضمانات تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

أظهر واقع التبادل التجاري الدولي أن الدائن بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات مانح المعرفة، يحتاط في كثير من الأحيان للحيلولة دون إفشاء واستخدام معلوماته السرية، بمجموعة من الضمانات، تضمن سلامة تنفيذ الالتزام من جانب الدائن

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 112.
(2) محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 38.
(3) تيجيرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 323.
(4) الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، في 12 أكتوبر 1975، تيجيرا محمد حسين، استبرق محمد حمزة، المرجع نفسه ص 323.
(5) جلال وفاء حمدي، الإطار القانوني للتكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 72.

به أثناء مرحلة التفاوض على العقد، ومن أبرز هذه الضمانات، أخذ تعهد خطي من المدين بهذا الالتزام بالامتناع عن إفشاء أو استخدام المعلومات السرية، كما قد تكون هذه الضمانة تتمثل في الاتفاق على إيداع مبلغ من المال لحساب المفاوض صاحب المعرفة، وقد تكون الوسيلة تعهداً أدبياً أو شرفياً من قبل متلقي المعلومة، أو إخضاع تقديم المعلومات لنظام غرفة البيانات المستخدم من قبل الشركات الكبرى.

1. التعهد الخطي:

من أجل الحفاظ على سرية المعلومات يسعى المورد إلى الحصول على تعهد كتابي من المستورد يتضمن الالتزام بعدم إفشاء الأسرار واستخدامها والتي اطلع عليها أثناء التفاوض على العقد سواء باستخدامها لنفسه أو بتسهيل استخدامها من الغير، ويترتب عن ذلك التعهد التزام المستورد وخبرائه والتابعين له مباشرة أو الخبراء الأجانب الذين يتم الاستعانة بهم بعدم إفشاء الاسرار، ويكون المستورد مسؤولاً عن التعويض في حالة عدم الالتزام بالمحافظة على الأسرار⁽¹⁾.

إن الغرض المتوخى من خلال قيام متلقي المعلومات بالتوقيع على التعهد الكتابي هو إضفاء الثقة والطمأنينة على عملية التفاوض، ويؤكد على مبدأ حسن النية الواجب الاتباع، كما يساعد الأطراف على تحقيق أهدافهم وغاياتهم بحيث يستطيع طالب التكنولوجيا تحديد القيمة الحقيقية للتكنولوجيا محل التفاوض أو جدواها لتحقيق الغرض الذي ينشده، كما يمكنه الاستعانة بمن يشاء من الخبراء دون حرج يذكر، كما أن هذا التعهد يمكّن الطرف المالك للمعلومات المورد من تبديد مخاوفه وشكوكه حول إمكانية كشف واستخدام تلك المعلومات، ذلك أن إخلال المستورد بالشروط الواردة في هذا التعهد يؤدي إلى قيام مسؤوليته عن الإخلال بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات .

في الواقع العملي، فإن الشركات الموردة حائزة المعلومات السرية، تلجأ غالباً الى توقيع اتفاق خاص يضمن تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية تلك المعلومات من قبل متلقيها في مرحلة التفاوض على العقد و قبل إبرام العقد النهائي.

غير أن بعض الأحكام القضائية قضت بمسؤولية متلقي المعلومات حتى في حالة عدم وجود تعهد خطي، ومن أبرز الأحكام القضائية في هذا مجال ما صدر عن القضاء

(1) محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص 190.

الإنجليزي في أحد أحكامه، حول نزاع تتلخص وقائعه في قضية LNC MATARESE, V.MC CORMARK LINES⁽¹⁾.

حيث إن المدعي MATARESE كان يعمل في أعمال الشحن والتفريغ على أرصفة الموانئ، ثم التحق للعمل لدى الشركة المدعى عليها، وخلال عمله في الشركة تمكن هذا العامل من اختراع نوع من الرافعات، التي يمكن استعمالها في عمليات الشحن والتفريغ، والتي بإمكانها أن تزيد من توفير رأس المال، والجهد والوقت.

طلب هذا العامل من وكيل الشركة زيارته من أجل الوقوف على اختراعه بغية الاستفادة منه في عمل الشركة وبالفعل قام وكيل الشركة بزيارته والاطلاع على اختراعه، وبعد ذلك أرسل وكيل الشركة إلى العامل رسالة يخبره فيها بعدم فائدة اختراعه.

غير أنه، وبعد فترة وجيزة قامت الشركة بإنتاج الروافع اعتمادا على اختراع العامل، و بعد أن فوجئ العامل باستعمال الشركة لاختراعه قام برفع دعوى ضد الشركة وتمسك بحكم محكمة الاستئناف المؤسس على مبدأ الكسب بلا سبب.

صدر الحكم مؤيدا لدعوى العامل، و مدينا للشركة لانتهاكها الالتزام بالمحافظة على سرية الاختراع مؤسسة حكمها على وجود علاقة ثقة بين العامل والشركة، وهنا رأت المحكمة بأن الشركة قد أنهت علاقة الثقة هذه باستغلالها الاختراع دون الإذن من صاحبها ودون مقابل، و يعدّ انتهاكا لملكية العامل لهذا السر.

ومن أجل الحفاظ على سرية المعلومات تصر بعض الشركات على إجراء المفاوضات في مكاتبها وتحت إشرافها وحراستها وبحضور عدد محدود جدا من خبراء المستورد، وللحيلولة دون تسريب المعلومات الفنية، كما تصر الشركات على عدم الإفصاح عن جميع المعلومات والأسرار إلا ما تعلق منها بالقدر الضروري جدا، حيث تكون المعلومات المصرح بها خلال المفاوضات غير كافية بذاتها لإدراك جميع الأسرار⁽²⁾.

(1) تيجيكرام محمد حسين، استنبرق محمد حمزة، مرجع سابق، ص 324.

(2) جلال وفاء حمدي، مرجع سابق، ص 20.

2. إيداع مبلغ من المال من قبل المتلقي:

ويقتضي ذلك أن يقوم المستورد بإيداع مبلغ من المال مقابل اطلاعه على الأسرار، ويعتبر هذا المبلغ بمثابة ضمان في حالة عدم الوفاء بالالتزام بسرية المعلومات من قبل المدين.

ويرى جانب من الفقه⁽¹⁾ في هذا الأسلوب بأنه يحقق الفعالية المطلوبة في أن يقوم المدين بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات بتنفيذ التزامه، حيث يقوم بوضع مبلغ نقدي (كفالة نقدية) تحت تصرف الطرف الآخر لضمان وفاء المدين بهذا الالتزام، ويرتبط مصير هاته الكفالة حسب هذا الرأي بمصير المفاوضات ذاتها، ففي حالة نجاح المفاوضات و إبرام العقد النهائي فإن هذا المبلغ يخضم من الثمن الذي ينبغي على المدين المتلقي لتلك المعلومات دفعه في مقابل الحصول على المعلومات السرية، غير أنه في حالة فشل المفاوضات وعدم التوصل الى إبرام العقد النهائي، فإن هذا المبلغ وفقا للاتفاق، ويمكن أن يحتفظ به مقدم المعلومات لمدة معقولة لضمان بقاء سريان هذا الالتزام وعدم الإخلال به، و يمكن الاتفاق على أن يسترده المدين فوراً عقب انتهاء المفاوضات إذا لم يخل المدين بالتزامه في مرحلة المفاوضات.

وإذا كان من الممكن المفاضلة بين الاقتراحين، فإن الاقتراح الأول يبدو أكثر فعالية لضمان بقاء المدين ملتزماً بالمحافظة على سرية المعلومات في الفترة اللاحقة على إنهاء المفاوضات، وبالأخص إذا كانت المفاوضات على درجة كبيرة من الأهمية، وهو الأمر الأكثر وقوعاً في مجال إبرام عقود نقل التكنولوجيا الحديثة.

وإذا كان الاتفاق على إيداع مبلغ مالي (كفالة) من أجل ضمان تنفيذ الالتزام بسرية المعلومات المقدمة خلال مرحلة التفاوض على العقد ينطوي على أهمية كبيرة من الناحية العملية، فإنه في المقابل، وحسب جانب من الفقه، ينطوي أيضاً على جوانب سلبية كثيرة وخطيرة، لأنه قد يؤدي إلى نفور طالب التكنولوجيا من شراء المعرفة الفنية إذا انتابه أدنى شك في سلوك الطرف الآخر حائز هاته المعرفة، أو أنها ليست على تلك الدرجة المطلوبة من التقدم بحكم أن مثل هذا الالتزام يلحق بطالب المعرفة ضرراً في حالة قطع

(1) Guillaume Forbin, op cit. P. 488.

المفاوضات، ذلك أنه قد يؤدي الى إمكانية التقليل من فرصة التعاقد مع طرف آخر وفي ظروف قد تكون أفضل⁽¹⁾.

الغالب الأعم أن يكون الطرف طالب التكنولوجيا والمعرفة الفنية من الدول النامية من أجل النهوض باقتصادياتها، وهذا يكلفها أموالا طائلة يكون مصدرها التمويلات الخارجية من المؤسسات المالية الدولية، ومن ثم يتعين على هاته الدول أن تراعي أقصى درجات الحيطة والحذر عند مراجعة شروط الكفالة المتعلقة بضمان تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

و تقتضي الحيطة والحذر من مستورد التكنولوجيا ألا يقبل شروط تقديم الكفالة إلا إذا كان مطمئنا إلى أمانة الحائز وإلى متانة مركزه المالي، كما يوصي خبراء التفاوض كذلك أنه يتعين على متلقى المعلومات والملتزم بالمحافظة على سريتها أن يرفض شروط الكفالة إذا كان مبالغا فيها، وفي حالة قبوله بشرط الكفالة يجب أن يتضمن هذا التعهد تفصيلات بشأن رد مبلغ الكفالة لاسيما فيما يتعلق بالمدة الزمنية التي يتعين خلالها رد المبلغ بعد فشل المفاوضات⁽²⁾.

3. التعهد الأدبي:

كما سبق بيانه، فإن التعهد الأدبي أو الشرفي هو ذلك الاتفاق الذي تلجأ إليه الأطراف المتفاوضة لتنظيم مسألة معينة في المفاوضات، وذلك لتجنب تطبيق القانون عليها، ومن المسائل التي ينظمها الأطراف عادة في مجال إبرام عقود التجارة الدولية في مرحلة المفاوضات الاتفاق على سرية المعلومات، حيث يتضمن هذا التعهد التزاما من جانب المتفاوض متلقي المعلومات بعدم إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عند فشل المفاوضات.

إن أساس هذا التعهد هو الثقة المتبادلة بين الأطراف المتفاوضة، وقد يكون مصدر هاته الثقة وجود تعامل سابق بينهما أو قد تنبني هاته الثقة على سمعة الطرف الآخر في الأسواق العالمية ذلك أن الغرض من الاتفاق الأدبي أو الشرفي في مجال المحافظة على سرية المعلومات هو إخراج الاتفاق من دائرة تطبيق القانون وجعله حبيس ضمير المتعهد، وبالتالي فإن الأثر القانوني لهذا التعهد قد يكون منعدما، إلا أن مخالفته من قبل

(1) محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 191.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 119.

المتعهد و هو متلقي المعلومة يجعله في مركز سيئ، وسمعة غير مرغوب فيها في السوق العالمية، ومن ثم حرمانه من التعاقد مع الشركة حائزة المعلومات أو الشركات الأخرى، التي توفر التكنولوجيا الحديثة⁽¹⁾.

4. نظام غرفة البيانات:

يعتبر نظام غرفة البيانات من أهم الصور التي فرضها واقع التعامل التجاري الدولي في مجال المحافظة على سرية المعلومات المقدمة خلال مرحلة التفاوض على العقد، حيث تدفع الخشية والحذر الشركات الحريصة على استثماراتها عندما تقرر بيع أصول إحدى فروعها بأن ترسل إلى من ترى أنهم مهتمون بشراء خطابات اسمية تُعلم كل منهم بصفة منفردة بهذه الرغبة، فإذا ما أبدى متلقي العرض هو الآخر رغبة مقابلة في الشراء يحصل على كتيب إعلامي يحتوي على تفاصيل دقيقة حول الصفقة المزمع إبرامها، وهنا ينشأ التزام بالمحافظة على سرية المعلومات كما تلتزم الشركة الراغبة في البيع أيضا في المقابل باطلاع الراغب في الشراء على جميع البيانات والمعلومات الأساسية الخاصة بالشركة التابعة، مثل الحسابات السرية السنوية والعقود التي أبرمتها وما لديها من معلومات تقنية الطابع، ويتم هذا كله في غرفة مغلقة يطلق عليها غرفة البيانات، وذلك من أجل الحيلولة دون إفشاء البيانات والمعلومات والتي يتمكن الراغب في الشراء من الحصول عليها، كما يتيح نظام غرفة البيانات لمتلقي المعلومات الحصول على بعض الصور الضوئية للمستندات المودعة في الغرفة، ويستتبع ذلك أن يلتزم المتلقي الراغب في التعاقد من تحديد موقفه الإيجابي أو السلبي من الصفقة المراد إبرامها بصورة قاطعة⁽²⁾.

إن الهدف الأساسي من لجوء الأطراف المتفاوضة إلى وضع ضمانات من أجل تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو إضفاء الاطمئنان والثقة والأمان في مجال المعاملات التجارية الدولية على اعتبار أن هذا النوع من المعاملات ينطوي على صفقات ذات قيمة مالية ضخمة، وهو الأمر الذي يدفع بمتلقي المعلومة إلى الحصول على القدر الكافي منها بالنظر إلى تأثيرها على قراره في التعاقد من عدمه، في مقابل ذلك فإن حائز المعرفة يسعى دائما إلى الحصول على أقصى الضمانات بعدم إفشاء أو استخدام المعلومات التي أدلى بها للطرف الآخر لأغراض متصلة بالتعاقد .

(1) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مرجع سابق، ص 229.
(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 87.

حاصل ما تقدم أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات المقدمة في مرحلة التفاوض على العقد هو التزام تتطلبه مقتضيات حسن النية وشرف التعامل، ذلك أن الأطراف المتفاوضة في مجال العقود التجارية الدولية تحكمها اعتبارات متعارضة، إذ أن الالتزام بالسرية يعبر في حقيقة الأمر عن رغبة الأطراف سواء بالنسبة للمتلقي المدين بهذا الالتزام أو المانح الدائن بهذا الالتزام في تنظيم عملية تقديم المعلومات لغرض التعاقد والتخفيف من حدة ذلك التعارض، حتى يكون كل طرف متفاوض حريصا ليس على مصالحه الخاصة، بل أيضا على مصالح وأهداف الطرف الآخر، لتكون المفاوضات ساحة للتعامل والأخذ والعطاء، وليس ساحة للغش والأكاذيب والخداع.

ولما كان الطرف الراغب في التعاقد والمتلقي للمعلومات غالبا ما يقع على عاتقه الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وهو الطرف الضعيف اقتصاديا ومعرفيا، فضلا عن افتقاده للقدرة على التفاوض في مواجهة الطرف الحائز على المعلومات والمتفوق اقتصاديا والأقدر على التفاوض، فإن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد قد يكون عبئا ثقيلا يتحمله المتلقي، ومن ثم يوصي خبراء التفاوض⁽¹⁾ أنه يتعين على المتلقي أن يتوخى الحيطة والحذر فيما يتعلق بتحديد شروط الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وذلك لتحديد نطاق المعلومات التي تشملها السرية فضلا عن تحديد المدة الزمنية التي يبقى المتلقي ملتزما فيها بالمحافظة على السرية، بالإضافة إلى عدم المبالغة في تحديد الضمان المالي (الكفالة) والتي غالبا ما يشترطها حائز المعرفة على المتلقي، كما يتعين أيضا على متلقي المعلومة ألا يقبل شرط الالتزام بالسرية إلا بعد أن يتأكد من كفاية المعلومات للغرض الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء إبدائه رغبته في التعاقد والدخول في المفاوضات، والتي ينبغي أن تتناسب مع الثمن الذي سيدفعه نظير المعرفة التي سيتحصل عليها، كما يتعين كذلك على المتلقي التحقق من ملكية المورد لتلك المعرفة وإمكانية نقلها منه دون عقبات أو صعوبات والإحاطة كذلك بتشريعه الداخلي بشأن القيود التي يفرضها على نقل المعلومات.

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 119.

المطلب الثالث

الالتزام بحظر المفاوضات الموازية

ويسمى كذلك بشرط القصر أو الاستبعاد، حيث يقتضي مبدأ حرية التفاوض الذي يسود المعاملات التجارية الدولية أن المتعامل في هذا المجال يتمتع بكامل حريته بالدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها أو الدخول في مفاوضات موازية مع الغير بشأن نفس الصفقة المزمع إبرامها، ذلك أن إجراء المفاوضات الموازية مع الغير هم أمر مألوف حتى لو كانت المفاوضات في مرحلة متقدمة جداً، وسبب ذلك هو طبيعة العلاقات التجارية الدولية التي تقوم على المنافسة بين الشركات الكبرى حيث يصعب الاستغناء أو البحث عن أفضل فرص التعاقد للتقليل من تكاليف الإنتاج أو البحث عن فرصة البيع بأفضل ثمن ممكن، ومن ثم فإن التفاوض الموازي مع الغير هو أمر مشروع ومظهر من مظاهر المنافسة الشريفة.

غير أنه بالنظر إلى اعتبارات معينة تقتضيها عملية التفاوض على العقد التجاري الدولي، تضطر الأطراف إلى الاتفاق في عقد التفاوض، أوفي اتفاق مستقل الالتزام بحظر التفاوض مع الغير على نفس موضوع الصفقة المزمع إبرامها.

وتثير مسألة حظر المفاوضات الموازية تساؤلاً حول إمكانية استخلاص وجود التزام بحظر المفاوضات الموازية حتى في غياب اتفاق بين الأطراف، وذلك بالاستناد إلى مبدأ حسن النية، وشرف التعامل من أجل إضفاء الجدية على العملية التفاوضية.

إن الإحاطة بمضمون الالتزام بحظر المفاوضات الموازية يستلزم تناول تعريف هذا الالتزام، والأساس القانوني الذي يستند عليه .

الفرع الأول: تعريف الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للالتزام بحظر المفاوضات الموازية.

الفرع الأول

تعريف الالتزام بحظر المفاوضات الموازية

يعرف جانب من الفقه الالتزام بحظر المفاوضات الموازية بأنه (عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير لمدة معينة)⁽¹⁾.

يتضح من خلال هذا التعريف أن الالتزام بحظر المفاوضات الموازية هو التزام بالامتناع عن عمل يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين أو أحدهما بالالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن الصفقة أو العقد المراد إبرامه، و يحدث ذلك بلجوء الأطراف إلى عقد اتفاق صريح على الحظر لمدة زمنية محددة، كما قد يرد هذا الحظر كشرط في عقد التفاوض، و يسمى بشرط القصر أو الاستبعاد *Clause d'exclusivité*، أو كما يسمى في القانون الإنجليزي *Lock-out clause*⁽²⁾.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للالتزام بحظر المفاوضات الموازية

القاعدة العامة تقتضي بأن الأطراف المتفاوضة أحرار في التفاوض بشأن الصفقة المزمع إبرامها مع الغير عملاً بمبدأ حرية التعاقد، ولا يتم استبعاد ذلك إلا بمقتضى شرط أو قيد يرد على عاتق الأطراف المتعاقدة أو أحدهما، غير أنه قد يحدث في لحظة ما أن تقطع المفاوضات تقدماً معتبراً باتجاه إبرام العقد النهائي، وخلالها يفاجئ أحد الطرفين الطرف الآخر بأنه يجري مفاوضات مع الغير على نفس الصفقة المزمع إبرامها، ففي مثل هاته الحالات هل يمكن التسليم بوجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية استناداً إلى الاتفاق الذي يحصل خلال مرحلة التفاوض على العقد، أم أنه يمكن استخلاص وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية حتى في غياب النص الصريح، وذلك استناداً إلى مبدأ حسن النية وشرف التعامل. وقد تباينت الأحكام القضائية وآراء الفقه بشأن هاته المسألة، فذهب جانب من الفقه وتأييده بعض أحكام القضاء إلى تأسيس هذا الالتزام على الاتفاق الذي يقع بين الطرفين بحظر المفاوضات الموازية، في حين تتجه أحكام أخرى إلى أنه

(1) BRENGERE LASSALLE : Les pourparlers. Rev. De la recherche juridique. N 03. 1994.OP Cit. P 835.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 111.

يمكن استخلاص وجود اتفاق بين الطرفين من خلال ظروف وملابسات عملية التعاقد، وذلك بالاستناد إلى مبدأ حسن النية وشرف التعامل.

أولاً: الاتفاق الصريح كأساس لوجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية:

تستند بعض أحكام القضاء في فرض وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية إلى ذلك الاتفاق الصريح الذي تتجه أطراف التفاوض إلى أحداثه بهدف حظر التفاوض مع الغير خلال مدة زمنية معينة، سواء كان هذا الحظر يشمل الطرفين أم يقتصر فقط نطاقه على أحد الطرفين، ويترتب عن الإخلال بهذا الالتزام خضوع الطرف المخل لأحكام المسؤولية العقدية، ويكفي للطرف المضرور أن يثبت قيام الطرف الآخر بالتفاوض المحظور الذي يمنعه الاتفاق.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال القضية التي تتلخص وقائعها⁽¹⁾ في أن إحدى الشركات الفرنسية المسماة قالي Gallay دخلت مع إحدى الشركات البلجيكية المسماة ألمات Alvat في مفاوضات تهدف إلى إبرام عقد تتنازل بموجبه الشركة الأولى للثانية عن سبعين بالمئة من الحصص التي تملكها لأحد فروعها، وبعد عدة جلسات من المناقشات والمباحثات وتبادل الآراء حول شروط العقد النهائي، والتي يتم خلالها تحديد الثمن وصل إلى علم الشركة البلجيكية أن الشركة الفرنسية أجرت مفاوضات موازية على نفس الصيغة مع شركة إنجليزية، ولهذا السبب قامت الشركة البلجيكية بقطع المفاوضات و لجأت إلى القضاء طالبة بصفة أصلية التنفيذ الجبري، وهو التنازل عن الحصص لها باعتبار أن العقد النهائي قد أبرم بينهما بصفة احتياطية وتعويضها عن الأضرار التي أصابتها من جراء الخطأ المتمثل في إجراء مفاوضات موازية مع الغير.

وافقت محكمة نانثير أول درجة على طلبات الشركة البلجيكية، ولكن محكمة استئناف فارساي في حكمها الصادر في 5 مارس 1992 انتهت إلى اعتبار العقد النهائي مبرما من جهة، ومن جهة أخرى قررت عدم وجود تعهد أو اتفاق من جانب الشركة الفرنسية يلزمها بالامتناع عن التفاوض مع الغير في خصوص التنازل عن الحصص محل النزاع، وأضافت المحكمة موضحة أنه لو كانت الشركة البلجيكية ترغب في احتكار التفاوض مع الشركة الفرنسية كان يجب عليها عمل اتفاق خاص يلزمها بالامتناع عن التفاوض مع الغير.

(1) C.APP, de VERSAILLES 12ch. 05 MARS 1992. Rev. Tri. De droit Civ. 1992. P. 752. Obs. J. MESTRE.

خلصت المحكمة في نهاية الأمر إلى أن الشركة الفرنسية لم تخالف أي التزام بل إن الشركة الفرنسية كانت قد طرحت عرضا عاما الى مختلف الشركات في العديد من الدول تحت مسمى البحث عن شريك.

إن الأمر الهام في هذا الحكم هو تأكيد المحكمة على عدم وجود تعهد للشركة الفرنسية يلزمها بالامتناع عن التفاوض مع الغير فيما يتعلق بالتنازل عن الحصص محل النزاع، وأبرزت المحكمة أنه لو كانت الشركة البلجيكية تريد فعلا احتكار التفاوض مع الشركة الفرنسية، كان عليها أن تطلب عمل برتوكول اتفاقي مع الشركة الفرنسية يلزمها بالامتناع عن إجراء مفاوضات مع الغير.

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه إلى القول إنه من الصعب استخلاص وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية استنادا إلى مجرد حسن النية في التفاوض في غياب وجود نص صريح يقضي بذلك⁽¹⁾.

ويعلق جانب آخر من الفقه على حكم المحكمة بأن التقدم الحاصل في المفاوضات بين الشركتين الفرنسية والبلجيكية يوحي بوجود القدر الكبير من الثقة الكافية لإبرام العقد النهائي بين الطرفين إلا أن المحكمة لم تر أن ذلك كافٍ كأساس يفرض الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية عندما تأكد للمحكمة، بعد فحص الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع، بأن دعوى التفاوض التي وجهتها الشركة الفرنسية كانت موجهة إلى كافة الشركات التي ترغب في التعاقد و لم تكن موجهة للشركة البلجيكية وحدها، و من ثم تكون المحكمة قد أولت اهتماما كبيرا لمسألة ما إذا كان التفاوض يجري في إطار عقدي أم في إطار غير عقدي، فلو كان التفاوض قد جرى في إطار عقدي لتغير موقف المحكمة بشكل جذري⁽²⁾.

وعليه، إذا انصرفت إرادة الطرفين إلى تقرير هذا الحظر بالنسبة إلى أحد المتفاوضين أو كليهما بحيث يمنع الدخول في مفاوضات موازية مع الغير، فإن هذا الحظر لا يقع إلا بواسطة اتفاق صريح يتضمن تحديد مدة معينة لهذا الحظر.

ويمكن في الأخير ملاحظة أن شرط حظر المفاوضات الموازية قد يكون موضوعا لمصلحة أحد الطرفين حيث يمنعه من التفاوض مع طرف ثالث وقد يعطي له فرصة

(1) أبو العلا عي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 102.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 501.

التعاقد بشروط افضل وفي مثل هاته الحالة قد يشترط الطرف الملتزم بحظر المفاوضات الموازية الحصول على مقابل مالي يتم الاتفاق عليه ويتم تحديده(1).

ثانيا: مبدأ حسن النية كأساس لوجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية:

تتجه بعض أحكام القضاء ويؤيدها في ذلك جانب من الفقه إلى الاستناد في وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية إلى مبدأ حسن النية بالرغم من غياب اتفاق صريح في عقد التفاوض أو في اتفاق مستقل يقضي بحظر المفاوضات الموازية مع الغير فيما يتعلق بالصفقة المراد إبرامها حيث يستطيع القاضي أعمال سلطته التقديرية من أجل استخلاص وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية اعتمادا على ملاسبات وظروف العملية التفاوضية.

ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال والتي تستند في وجود الالتزام إلى مبدأ حسن النية وشرف التعامل ما قضت به محكمة استئناف فارساي في حكم لها الصادر بتاريخ 1995/09/21 في قضية تتلخص وقائعها(2)، في أن شركة بولي فال Poleval أعلنت عن طريقة جديد لتحضير دواء معين وفي عام 1987 قدمت نموذجا تمهيديا لطريقة تحضير الدواء لشركة ساندوز Sandoz الفرنسية والتي أخطرت بدورها الشركة الأم في سويسرا Sandoz suisse و بتاريخ 21 نوفمبر 1987 تم عقد اجتماع في مدينة بال وعلى إثره أخطرت شركة Sandoz السويسرية شركة Poleval برغبتها في حدوث تعاون معها إذا توفرت شروط معينة وبصفة خاصة شروط فنية ومالية تتعلق بنفقات المنتج، وحينها شرعت شركة Poleval في إعداد دراسات تتعلق بصناعة ماكينة الدواء وتخصيص النفقات اللازمة، لذلك كما شرعت شركة Sandoz من جانبها في إعداد دراسات تتعلق في إمكانية تنفيذ المشروع من الناحية التجارية والصناعية.

وفي سنة 1989 أعلنت شركة Sandoz السويسرية من جديد وبالكتابة لشركة Poleval عن صلاحية طريقة إعداد الدواء وبرغبتها في إبرام عقد مع تحفظات معينة قابلة للتعديل.

و من جانبها أرسلت إليها مشروع عقد و قد أجابت شركة Poleval بموافقتها من حيث المبدأ على هذا العقد.

(1) JOANNA SCHMIDT : Négociation et conclusion de contrat, DALLOZ, 1982. P. 73.

(2) C.APP, de Versailles (12è ch.), 21 septembre 1995 affaire sté civile Poleval C.Sarl laboratoires Sandoz, in R.J.D.A, A996, 2, No 178 .Note Loncle ey Trochon.

وبعد عقد اجتماع آخر في 1989/08/02 ضم جميع الأطراف تم خلاله تبادل مشروعات العقد حدث أن شركة Sandoz السويسرية بتاريخ 1989/12/17 قامت بإعلان شركة Poleval أنها لن تتابع مشروع استغلال طريقة تحضير الدواء بالرغم من حدوث عدة اجتماعات أخرى، إلا أن المفاوضات في نهاية المطاف انقطعت نهائياً في عام 1990 وعلى إثر ذلك، قامت شركة Poleval برفع دعوى على الشركتين Sandoz الفرنسية وشركة Sandoz السويسرية مطالبة بتعويض الأضرار التي أصابتها:

- استناداً إلى عدم تنفيذ العقد المبرم بينهما.

- بصفة احتياطية استناداً إلى المسؤولية التقصيرية عن الإنهاء التعسفي للمفاوضات.

ويلاحظ أن شركة Sandoz صرفت النظر عن مشروع تحضير الدواء لأسباب داخلية خاصة بها، وليس لأسباب تتعلق بطبيعة المنتج، ومسلك شركة Sandoz جاء على أن شركة Poleval تأمل وتتوقع إبرام العقد النهائي بعد مرور أربع سنوات من المفاوضات والدراسات، وجاء في توضيح من محكمة فاساي أن الأطراف كان لهم النية في إجراء تنظيم تعاقدي للمفاوضات، ولا سيما إزاء تبادل مشروعات العقود، و يترتب عن ذلك وجود التزام عقدي ومسلك شركة Sandoz تسبب في وجود الالتزام، وبسبب افتقاد الأمانة في التعامل ولاسيما أن المشروع لم يكن مرجعه إلى أسباب داخلية لشركة Sandoz وليس لهذا الرجوع عن المفاوضات أي صلة بطبيعة المنتج، وقد ثبت أن شركة Sandoz قد أعلنت للشركة الأخرى عن صلاحية الدواء، وهذا المسلك ترتب عنه حدوث أضرار بالغة لشركة Poleval و من ثم وجب تعويض هذه الأضرار، وقدرت المحكمة مبلغ التعويض بـ 4 مليون فرنك فرنسي.

وقد خلصت المحكمة في هاته القضية إلى أن العقد قد أبرم بين الشركتين نظراً لتبادل الرضا بينهما بالرغم من عدم توقيع العقد بينهما كتابة، والخطأ التعاقدي الذي وقع من شركة Sandoz يتمثل في قيامها بقطع المفاوضات دون أسباب جدية ترجع إلى المنتج أو طريقة تحضيره بالرغم من استمرار المفاوضات لمدة أربع سنوات.

وعليه، يمكن القول إنه كلما تقدمت المفاوضات من حيث مناقشة شروط العقد وامتدادها لمدة زمنية طويلة، كلما كانت الأطراف أكثر التزاماً بإبرام العقد النهائي، لأن كل طرف يكون قد تكوّن لديه اعتقاد راسخ بأن العقد النهائي على وشك الإبرام، واحترام الأطراف لهذا الاعتقاد يستوجب الالتزام بحسن النية وشرف التعامل.

يتضح من خلال عرض بعض الأحكام القضائية بشأن حظر المفاوضات الموازية أن تلك الأحكام متباينة فيما يتعلق بتحديد الأساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام، فبعض الأحكام اتجهت إلى تأسيس وجود هذا الالتزام على وجوب حدوث اتفاق صريح يقضي بحظر التفاوض مع الغير، ويتضمن هذا الاتفاق المسائل المحظورة، وكذلك المدة الزمنية التي يبقى خلالها المدين بهذا الالتزام ممتنعاً عن إجراء المفاوضات الموازية مع الغير.

وفي المقابل توجد أحكام قضائية أخرى لا تستند إلى وجود اتفاق سابق يلزم الأطراف بمواصلة التفاوض وإجراء مفاوضات موازية، وذلك بالاستناد إلى التقدم الذي سجلته المفاوضات وطول المدة الزمنية التي استغرقتها، ذلك أن هذه العوامل من شأنها أن تلعب دوراً في ترسيخ القناعة لدى الأطراف المتفاوضة بأن العقد النهائي سيبرم لا محالة، وبالتالي سيكون كل طرف قد احترم هذا الاعتقاد وفقاً لما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.

إن حظر المفاوضات الموازية مع الغير بالرغم من أنه كقاعدة عامة يتعارض مع مبدأ حرية التفاوض الذي يضمن لكل طرف متفاوض الحق في التفاوض مع أي طرف كان، وفي نفس الموضوع العقد المراد إبرامه على اعتبار أن المتعامل في مجال عقود التجارة الدولية يبحث دائماً عن فرص التعاقد التي توفر له السعر الأقل، والمواصفات التقنية والفنية الأعلى جودة سواء تعلق الأمر بعقود نقل التكنولوجيا أو عقود الإنشاءات كإنشاء الطرق والجسور والمطارات... على اعتبار أن مثل هاته العقود ذات القيمة المالية تلجأ إليها الدول عن طريق فتح المنافسة على مصراعيها عن طريق إعلان مناقصات وطنية و دولية واسعة.

غير أنه في مقابل ذلك فإن حظر المفاوضات الموازية مع الغير من شأنه إشاعة الثقة المشروعة لدى الأطراف المتفاوضة، وذلك له أثر كبير على مسار العملية التفاوضية وبلورة شروط إبرام العقد النهائي وإضفاء الجدية المطلوبة على التفاوض، ذلك أن إجراء مفاوضات موازية قد يلحق ضرراً بالغا بالطرف الآخر المتفاوض معه حيث يضطر إلى الانسحاب أو التوقف عن التفاوض مما يؤدي إلى ضياع وقته وجهده و ماله.

إن إجراء المفاوضات الموازية مع الغير بالرغم من وجود الاتفاق الصريح على حظرها يعد إحدى الوسائل التي يلجأ إليها أحد الأطراف لإجبار ودفع الطرف الآخر إلى قطع المفاوضات، و بالتالي فتح باب المنازعات بشأن ذلك، و هو أمر يتناقض مع الغاية

والهدف من الدخول في المفاوضات في مجال إبرام العقود التجارية الدولية ذلك أن المفاوضات التي تجري وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل تكون أداة أساسية في تحقيق الهدف الذي يتوخاه الجميع من التفاوض فضلا عن استمرار التعاون بين الأطراف المتفاوضة مستقبلا.

يتضح من خلال ما ورد في هذا الفصل، أن عقد التفاوض باعتباره الأداة القانونية المنظمة لمسلك الأطراف في العملية التفاوضية لا يترتب التزاما على الأطراف بإبرام العقد النهائي، ذلك أن مبدأ حرية التفاوض يقضي بأن يبقى المتفاوض متمتعا بكامل حريته في الدخول أو الانسحاب من المفاوضات دون جبر أو إكراه.

ولكن عقد التفاوض وبالنظر للاعتبارات التي تملئها العملية التفاوضية من أجل تنظيمها على نحو معين فإنه في الواقع العملي يترتب مجموعة من الالتزامات تتمثل أساسا في الالتزام بالتفاوض وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية و شرف التعامل.

ويقتضي الالتزام بالتفاوض أن تبادر الأطراف الراغبة في التعاقد بالبداية في المفاوضات والاستمرار فيها، وذلك بالقيام بأعمال إيجابية و الامتناع عن السلوكات السلبية التي من شأنها عرقلة عملية التفاوض كتهيئة المكان المناسب لإجراء المفاوضات و حضور جلسات التفاوض في الوقت المحدد...

والالتزام بالبداية في التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، لأنه يتطلب الدخول فعلا في المفاوضات، ولا يمكن للطرف الذي يقع على عاتقه هذا الالتزام أن يدفع عنه المسؤولية بحجة أنه بذل قصارى جهوده من أجل البدء في التفاوض غير أن ذلك لم يتحقق إلا إذا أثبت أن هناك سببا أجنيا حال دون ذلك.

ويستلزم كذلك الالتزام بالتفاوض أن تستمر الأطراف المتفاوضة في العملية التفاوضية للوصول إلى إبرام العقد النهائي، وبهذا المفهوم فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، و هو على خلاف الالتزام بالبداية في المفاوضات هو التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة حيث يستطيع الطرف المتفاوض أن يثبت فقط أنه بذل العناية اللازمة لاستمرار في التفاوض غير أن عوامل أخرى حالت دون استمراره في ذلك، ويزداد الالتزام بمواصلة التفاوض أهمية كلما بلغت المفاوضات مرحلة متقدمة نحو إبرام العقد النهائي، غير أن هذا لا يمنع

الطرف المتفاوض من الانسحاب وقطع المفاوضات إذا استند في ذلك إلى سبب جدي أو موضوعي.

وإذا كان عقد التفاوض يترتب التزاما بالتفاوض عن طريق البدء والاستمرار فيه، فإن ذلك لا بد أن يبنى على حسن النية وشرف التعامل باعتباره ضابطا أخلاقيا لسلوك الأطراف المتفاوضة فضلا عن كونه التزاما مترتبا عن عقد التفاوض، وهو لا يقتصر بحسب ما ذهب إليه الاتجاه الغالب فقها على مرحلة تنفيذ العقد كما ذهبت إلى ذلك معظم القوانين المقارنة بل يمتد أيضا ليشمل مرحلة التفاوض على العقد، وذلك من أجل ضبط السلوك التفاوضي للأطراف وفق قواعد الصدق في الفعل والقول والاعتدال والمرونة في المواقف أثناء التفاوض والجدية في طرح العروض و البدائل حتى تكون المفاوضات ساحة للتعاون و الأخذ والعطاء، وليس مجالاً للغش و الخداع و تحقيق مآرب شخصية على حساب اهتمامات وأهداف الطرف الآخر.

وبالرغم من التباين الواضح حول مسألة التنظيم القانوني لمبدأ حسن في مرحلة التفاوض على العقد، فإن الاتجاه الغالب يجنح إلى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عالمي مستقر في جميع الأنظمة القانونية، وهو قاعدة أساسية تقوم على اعتبارات أخلاقية، و تتم وتكمل القواعد المتعلقة بشتى الروابط القانونية وتعين على تطبيقها⁽¹⁾.

ويتفرع عن الالتزامات الأساسية وهي الالتزام بالتفاوض والالتزام بحسن النية التزامات أخرى، و هي الالتزام بالإعلام، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، والالتزام بحظر المفاوضات الموازية، فالالتزام بالإعلام، كما تم إيضاحه، يقع على عاتق الطرف الذي يحوز معلومات أو بيانات مؤثرة في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه بالنسبة للطرف المتفاوض معه، ومن شأن الامتناع عن إعلام الطرف الآخر بهذه المعلومات أن يجعل سلوك حائز المعلومة يتصف بسوء النية.

غير أن الالتزام بالإعلام لا يقع بصورة كاملة على المدين به، بل يقع أيضا على عاتق الطرف الدائن بهذا الالتزام، حيث يستوجب عليه ذلك أن يقوم بالاستعلام بأدواته الخاصة، وذلك ببذل كل المساعي والجهود من أجل الوصول إلى إدراك حقيقة المعلومات التي تلقاها من الطرف الآخر ومن ثم فإن الالتزام بالإعلام يتوقف عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام.

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 151، 152.

وإذا كان من حق الدائن بالالتزام بالإعلام بالحصول على المعلومات المؤثرة في التعاقد، فإن هذا الحق يقابله التزام يقع على عاتق متلقي المعلومة والموصوفة بالسرية والتي يؤدي إفشاؤها أو استخدامها لأغراض خاصة إلى إلحاق ضرر بمالكها.

فالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يستوجب تحديد نوع المعلومات المشمولة بالحماية فضلا عن تحديد الفترة الزمنية التي يسري خلالها هذا الالتزام، والتي يجب أن تكون فترة معقولة غير مبالغ فيها لأن المعلومات لا تبقى سرية إلى الأبد، فالمعلومات السرية اليوم تصبح غدا في متناول الجميع، وذلك بحكم التطور العلمي والتكنولوجي السريع، كما يجب أيضا على الأطراف المتفاوضة تحديد الأشخاص الذين يلتزمون بعدم إفشاء تلك الأسرار، لاسيما بالنسبة للخبراء الذين يستعين بهم متلقي التكنولوجيا المتفاوض عليها في تقدير قيمتها ، فالخبير، وبحكم خبرته ودرأيته، يسهل عليه اقتناص تلك المعلومات.

وأخيرا، فإن الأطراف المتفاوضة قد ترغب في أن تقتصر المفاوضات على الطرف الآخر، ويمنع التفاوض مع الغير عن طريق حظر المفاوضات الموازية بالرغم أن إجراء المفاوضات الموازية هو أمر مشروع ومقبول يندرج في نطاق المنافسة المشروعة التي يسعى من خلالها كل طرف الحصول على أفضل سعر ممكن أو سلعة أو خدمة على درجة كبيرة من الجودة، إلا أن الأطراف قد تلجأ إلى حظر إجراء مفاوضات مع الغير، وذلك بمقتضى شرط في عقد التفاوض أو في اتفاق مستقل وتقصّد الأطراف من وراء ذلك إشاعة الثقة المشروعة على العملية التفاوضية.

إن الالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض تهدف في جوهرها جميعا إلى توفير الحماية الكافية لأطراف التفاوض ضد المخاطر التي قد تعترض طريق التفاوض، لاسيما منها خطر قطع المفاوضات من أحد الطرفين، خصوصا إذا بلغت المفاوضات مرحلة متقدمة، كما أن ترتيب هاته الالتزامات من شأنه أن يقضي على أسباب النزاع التي قد تثور في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه مما ينعكس على استقرار المعاملات واستمرارها وتطورها مستقبلا.

الفصل الثاني

المسؤولية عن الإخلال
بالالتزامات المترتبة عن عقد
التفاوض

الفصل الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض

تتعامل معظم التشريعات المقارنة مع مرحلة المفاوضات، على أساس أنها مجرد عمل مادي، لا يترتب عنه بحد ذاته أي أثر قانوني، حيث يمارس المتفاوض حريته الكاملة، في الدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها، في أي وقت يشاء دون أية مسؤولية، إلا إذا اقترن العدول عن المفاوضات بخطأ، وسبب ضرراً للطرف المتفاوض معه، ففي مثل هذه الحالة تتقرر مسؤولية الطرف المرتكب لذلك الخطأ، لجبر الضرر الذي تسبب فيه، وذلك وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، إذا توفرت شروطها.

غير أن المفاوضات وبفعل التطورات الحاصلة على مستوى الأدوات الاتفاقية، التي تلجأ إليها الأطراف، من أجل تنظيم سيرها، أصبحت تنطوي على وجود اتفاقات، وعقود تمهيدية تسبق إبرام العقد النهائي، بحيث أصبح المتفاوض يجد نفسه أمام مجموعة من الالتزامات، ذات طبيعة خاصة غير مألوفة في مجال النظرية العامة للعقود، الأمر الذي أثار جدلاً فقهيًا وقضائياً، حول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة خلال مرحلة المفاوضات، هل هي مسؤولية من طبيعة عقدية، أم أنها مسؤولية من طبيعة تقصيرية؟

إن الجدل الفقهي الذي أثار هذه المسألة ليس جديداً، فقد حاول الفقه منذ نهاية القرن 19، إيجاد الحلول المناسبة لتحديد طبيعة المسؤولية، خلال مرحلة التفاوض على العقد، حيث ظهرت خلال هذه المرحلة، مجموعة من النظريات، حاولت كل نظرية تحديد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، خلال مرحلة المفاوضات، وإذا كان معظم الفقه التقليدي يرد المسؤولية إلى أساس عقدي، رغم اختلاف الزوايا التي ينظر من خلالها إلى هذا الأساس، غير أن هذه النظريات، كان لها تأثير محدود على التشريعات المقارنة، الأمر الذي دفع بالفقه الحديث إلى البحث عن حلول جديدة، فيما يتعلق بالأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، في مرحلة التفاوض على العقد، و من ثم تحديد طبيعتها من حيث كونها تقصيرية أم عقدية، وذلك من خلال التمييز بين المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح، و تلك المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح على التفاوض.

وإن هنا تبرز أهمية استعراض مختلف النظريات، التي تناولت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة خلال مرحلة المفاوضات، و كذلك موقف التشريعات المقارنة من ذلك، بهدف الوصول إلى رؤية واحدة فيما يتعلق بالحلول، من أجل توحيد

الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية، و ذلك من أجل تفادي الازدواجية على مستوى القواعد المطبقة، من حيث التعويض و مقداره، و القانون الواجب التطبيق. وعليه، سيقسم هذا الفصل إلى مبحثين، يُتناول في المبحث الأول الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات، ثم في المبحث الثاني شروط و آثار قيام المسؤولية العقدية، والقانون الواجب التطبيق، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات.

المبحث الثاني: شروط و آثار قيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، والقانون الواجب التطبيق.

المبحث الأول

طبيعة المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات

لقد أثار مسألة تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية خلال مرحلة المفاوضات جدلاً فقهيًا واسعاً، الأمر الذي انعكس على أحكام القضاء وما تضمنته العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بتنظيم المعاملات التجارية الدولية.

فالفقه التقليدي في عمومها يرد المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات إلى فكرة الاتفاق الضمني الحاصل بمجرد اتجاه إرادة الأفراد إلى الدخول في المفاوضات. وفي المقابل يذهب جانب من الفقه الحديث إلى التمييز بين نوعين من المفاوضات، ويتعلق النوع الأول بالمفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض و التي تنقرر بشأنها المسؤولية التقصيرية، أما النوع الثاني فيتعلق بتلك المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض، حيث تنقرر بشأنها المسؤولية العقدية.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه الحديث إلى القول بأن المسؤولية في مرحلة المفاوضات هي دائماً مسؤولية من طبيعة عقدية.

وعليه، سيتم في هذا المبحث تناول موقف الفقه التقليدي من طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض في مطلب أول، ثم موقف الفقه الحديث في مطلب ثان، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي.

المطلب الثاني: موقف الفقه الحديث.

المطلب الأول

موقف الفقه التقليدي

منذ أن بدأت تظهر أهمية التفاوض⁽¹⁾ في مجال إبرام العقود عامة، وعقود التجارة الدولية على وجه الخصوص، سعى الفقه إلى محاولة البحث عن الحلول المناسبة لتحديد طبيعة المسؤولية، حيث ظهرت مجموعة من النظريات، حاولت كل نظرية وضع أساس لوجود المسؤولية خلال مرحلة تكوين العقد، لاسيما على مستوى الفقه الألماني والإيطالي. إن أهم النظريات التي تناولت مسألة تحديد طبيعة المسؤولية، في مرحلة التفاوض على العقد، هي نظرية الخطأ عند تكوين العقد، و نظرية التبعية العقدية، و نظرية المسؤولية الموضوعية.

الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد.

الفرع الثاني: نظرية التبعية العقدية.

الفرع الثالث: نظرية المسؤولية العقدية.

الفرع الأول

نظرية الخطأ عند تكوين العقد

Culpa in Contrahendo (CIC) صاحب هذه النظرية، هو الفقيه الألماني إيهرينغ⁽²⁾، الذي يرى أن المسؤولية المترتبة في المرحلة قبل التعاقدية، هي من طبيعة عقدية وليست تقصيرية، حيث يذهب إلى القول بوجود نوع من الاتفاق الضمني⁽³⁾ خلال

(1) لقد بدأ الحديث عن المفاوضات، يلفت أنظار الفقهاء التقليديين منذ سنة 1860، حيث بدأ الفقه منذ ذلك التاريخ، يتصدى لدراسة المسؤولية الناشئة عن المفاوضات، من أجل بيان طبيعتها. / علي احمد صالح، مرجع سابق، ص 585.
(2) إيهرينغ VON JHERING هو فقيه ألماني، ولد عام 1818 و توفي عام 1882. / علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 586، هامش رقم 1.

(3) لقد قام الفقيه إيهرينغ بصياغة نظريته، في مرحلة كان القانون السائد في ألمانيا يقوم على أساس القانون الروماني، حيث كان العقد يعكس إرادة الأطراف الحقيقية، وهو ما قد يؤدي إلى حلول لا تتسم بالعدالة، وبالأخص تلك الحالات التي يقع فيها أحد الأطراف في غلط، طالما أن الطرف الآخر لا يعلم بمثل هذا الغلط، وهذا بالفعل ما وقع في القضية الشهيرة التي دارت أحداثها في ألمانيا حينما أرسل تاجر في مدينة كولونيا إلى المصرف الذي يتعامل معه في مدينة فرانكفورت ببرقية يأمره فيها أن يبيع لحسابه عددا من الأوراق المالية، ونتيجة لغلط وقع في البرقية أثناء نقلها، اختفى مقطع من Ver من كلمة Verkaufen والتي تعني (أن يبيع)، ويبقى من الكلمة مقطع kaufen أي (أن يشتري)، ووصلت البرقية إلى المصرف هكذا kaufen، وقام المصرف بشراء العدد المحدد من الأوراق المالية، لحساب التاجر بدلا من أن يبيع، وحدث بعد ذلك أن انخفضت قيمة هذه الأوراق انخفاضاً هائلاً فطالب المصرف من التاجر بخفض السعر، غير أن التاجر تمسك ببطلان الوكالة لعدم مطابقة الإيجاب للقبول، لكن المحكمة لم تكثر لرغبته وقضت ضده

هذه المرحلة، والذي ينشأ بمجرد دخول الأطراف في مباحثات أو مفاوضات، وهذا الاتفاق الضمني يقتضي أن يلتزم كل طرف تجاه الطرف الآخر، بأن يتحمل نتائج الخطأ في مرحلة تكوين العقد، ففي هذه المرحلة، يقع على عاتق الأطراف الراغبة في التعاقد التزامات معينة، كالالتزام بحسن النية في التصرف، وبذل العناية اللازمة، واليقظة لإنجاح العملية التعاقدية⁽¹⁾.

إن قيام المسؤولية العقدية في مرحلة تكوين العقد، يقتضي حسب ما ذهب إليه إيهرينغ، وجود خطأ عقدي، وهو في جوهره يشكل إخلالاً بما يرتبه هذا العقد الضمني من التزامات، و من ثم فإن الدخول في مرحلة تكوين العقد، يعني وجود التزام ضمني للتوصل إلى إبرام العقد النهائي، على أساس الالتزام باليقظة عند التعاقد، وذلك لتجنب اضطراب المعاملات.

أما فيما يتعلق بنطاق التعويض الذي يتحصل عليه الطرف المضرور بسبب خطأ المتعاقد الآخر، فيرى إيهرينغ أن التعويض في هذه الحالة، يقتصر فقط على التعويض عن المصلحة السلبية، والتي تشمل النفقات التي أنفقها المتعاقد المضرور من أجل إبرام العقد، و لا تمتد إلى التعويض عن المصلحة الإيجابية، التي تعني حسب إيهرينغ، ما فات المتعاقد من كسب على فرض أنه تم إبرام العقد، أو أن العقد لم يتقرر إبطاله⁽²⁾.

من خلال هذا العرض الموجز لنظرية إيهرينغ، يمكن الوقوف على بعض مزايا وعيوب هذه النظرية، و ذلك على النحو التالي:

أولاً: مزايا النظرية:

تنطوي نظرية الخطأ عند تكوين العقد على عدة مزايا، فهي التي يرجع إليها الفضل، في إرساء قاعدة عدم جواز تجريد العقد الباطل من جميع آثاره، ذلك البطلان حسب هذه النظرية، يكون محدود الأثر، بحيث يقتصر فقط على الركن أو الشرط الباطل فقط، فالمسؤولية قبل التعاقدية قد تقوم على العقد الباطل نفسه، كما يرجع الفضل إلى هذه النظرية في ابتداع فكرة العقد الضمني، أو الاتفاق الحاصل بين الأطراف بمجرد الدخول

بالتعويض، لقد جاء حكم المحكمة مستنداً إلى أن وسيلة البرق، كوسيلة للمراسلة تعزوها الدقة والأمان، في الوقت الذي تتوفر وسائل أخرى أكثر دقة وأماناً، مثل البريد، فمن يلجأ إلى هذا الوسيلة رغم علمه بمخاطرها، هو مقصر، ومن ثم يتحمل النتائج الضارة./ بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 48،49، هامش رقم 1.

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 364.

(2) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 365.

في المباحثات أو المفاوضات قبل إبرام العقد النهائي، والذي يرتب التزاما أساسيا، وهو الالتزام بحسن النية، وأن الخطأ الحاصل في هذه المرحلة، والذي يسبب ضررا للطرف الآخر، يقتصر فيه التعويض على المصلحة السلبية، دون المصلحة الإيجابية.

ثانيا: عيوب النظرية:

على الرغم من الشهرة الواسعة التي حظيت بها هذه النظرية، وتأثر بعض التشريعات بها، لاسيما التشريع الألماني وجانب من الفقه الفرنسي، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد الشديد على نحو نال من فعاليتها، وشكك في سلامتها القانونية.

فمن ناحية أولى، فإن هذه النظرية تقوم على مجرد افتراض، وهو وجود اتفاق ضمنى لا أصل له في الحقيقة، ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى مجرد افتراض لتأسيس المسؤولية وفرض الالتزام.

ومن ناحية أخرى، فإن جانبا من الفقه يذهب إلى القول، بأن التفرقة التي ابتدعتها إيهرينغ بين المصلحة السلبية والمصلحة الإيجابية، ما هي في واقع الأمر إلا حيلة قانونية من أجل ترتيب آثار عقد باطل، هو أمر لا يتفق مع القواعد العامة و يصعب تبريره⁽¹⁾.

غير أن المأخذ الأساسي على هذه النظرية حسب جانب آخر من الفقه⁽²⁾، هو أن الفقه عادة عندما يتناول مرحلة المفاوضات، يتناول هذه النظرية بالشرح والتحليل، و هذا تناول في غير محله، والحقيقة أن هذه النظرية ليست لها علاقة بمرحلة المفاوضات، أو بطبيعة المسؤولية عن قطع المفاوضات، فهي تتعلق فقط بمسألة التعويض عن بطلان العقد، والدليل على ذلك هو عنوان البحث ذاته، الذي تناول فيه إيهرينغ هذه النظرية (الخطأ عند تكوين العقد أو التعويض عن الاتفاقات الباطلة أو غير التامة)، وعليه يكون الفقه قد وسع مما ذهب إليه إيهرينغ نفسه⁽³⁾.

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 56.

(2) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 226، 227.

(3) بلال عبد المطلب بدوي، المرجع نفسه، ص 57.

الفرع الثاني

نظرية التبعية العقدية

وتسمى كذلك بنظرية الخطأ العقدي، أو المخاطر *Le risque contractuel*، والتي نادى بها الفقيه الألماني ويندشيد Windscheid، حيث ينطلق هذا الأخير في القول بهذه النظرية، من فكرة أساسية مفادها أن كل مقدم على التعاقد، يتعين عليه أن يتحمل الأضرار الناجمة عن تبعية النشاط العقدي الذي قام به، مهما كانت الأسباب التي حالة دون قيام العقد، أو أدت إلى بطلانه، بل حتى ولو كانت هذه أسباب مجهولة تماما منه، بحكم أن النشاط التعاقدى محفوف بالمخاطر، قد يلحق أضرارا بالأطراف القائمة به، ومن ثم يتعين على الطرف البادئ بالنشاط التعاقدى، بمجرد حدوث ضرر حتى ولو لم يكن نتيجة خطأ، أن يتحمل تبعة نشاطه، وهنا يكتفي الفقيه ويندشيد بحدوث الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر وبالعقد، عندما لا يتحقق العقد أيًا كان السبب، بمجرد إثبات المتفاوض المضرور ما لحقه من ضرر⁽¹⁾.

غير أن الطرف البادئ بالنشاط التعاقدى، يستطيع أن يدفع عن نفسه المسؤولية، بإثبات أن ذلك الضرر ناشئ بسبب الطرف الآخر، وذلك بمضيه في التعاقد مع علمه باستحالة موضوع العقد، أو إهماله النصيحة، أو عدم حيطة⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن نظرية التبعية العقدية، عرفت انتشارا واسعا، وكان لها وقع كبير على كثير من التشريعات الحديثة⁽³⁾، منها على سبيل المثال التشريع المدني الألماني، و الذي تأثرا كثيرا بنظرية إيهرينغ في المادة 122 منه، إلا أنه أقام المسؤولية في الحالات الواردة في المادة 122، على فكرة تحمل التبعية العقدية⁽⁴⁾.

(1) COHERIER.ANDRE Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats. Thèse PARIS 1939. P 67.

(2) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 46.

(3) لقد تأثرت الكثير من التشريعات الحديثة بهذه النظرية، فأصبحت كل دول العالم تقيم المسؤولية على أساسها في مختلف أنواع الحوادث، مثل حوادث العمل، وحوادث المهن، وحوادث المرور، وحوادث النقل الجوي، والحوادث التي ترتبت حديثا عن ظهور منشآت. / علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 150.

(4) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 234.

كما أخذ بهذه النظرية كذلك قانون العمل الجزائري، فيما يتعلق بالتعويض عن حوادث العمل، حيث صدر قانون التعويض عن حوادث العمل، وأقام المسؤولية فيه على أساس تحمل التبعية العقدية⁽¹⁾.

إن نظرية التبعية العقدية كغيرها من النظريات الأخرى، تنطوي على عدة مزايا و عدة عيوب.

أولاً: مزايا النظرية:

إن الأخذ بنظرية التبعية العقدية، يؤدي بلا شك إلى توفير حماية أكيدة للطرف المضرور، ذلك أن المسؤولية تنقرر في حالة وجود الضرر، دون اشتراط الخطأ، بحكم أن الضرر غالباً ما يكون مادياً، ومن ثم يسهل إثباته⁽²⁾.

ثانياً: عيوب النظرية:

بالرغم من الحماية القانونية التي يوفرها الأخذ بنظرية التبعية العقدية للطرف المضرور، إلا أن هذه النظرية تنطوي على العديد من العيوب، ذلك أنها تنطلق من اعتقاد خاطئ مؤداه أن البادئ بالنشاط التعاقدية يتحمل تبعية نشاطه، وعليه وحده تقع المسؤولية باعتبار أنه هو الموجب، غير أن الواقع يجانب ذلك، بحكم أن البادئ بالنشاط التعاقدية ليس هو الموجب بالضرورة، ذلك أن الأدوار قد تتقلب، فالطرف الذي يقدم العرض الأول قد يصبح هو القابل، ويصبح الذي تلقى العرض هو الموجب، كما هو الحال في عقد المقولة، فمتلقي الإيجاب يصبح موجبا عندما يتقدم بعطائه⁽³⁾.

ومن جانب آخر، فإن الأخذ بفكرة أن البادئ بالنشاط التعاقدية، هو الذي يتحمل تبعة نشاطه التعاقدية، يؤدي في مجال مفاوضات عقود التجارة الدولية، إلى عزوف الأطراف الراغبة في التعاقد، أو الامتناع عن الدخول في المفاوضات، ذلك أن الطرف المبادر بالتفاوض، بمجرد علمه بأنه سيتحمل تبعة هذه المبادرة باعتباره البادئ في النشاط التعاقدية، أي كل النتائج الضارة المترتبة عن فشل المفاوضات، حتى وإن لم يكن مخطئاً، وهذا أمر غير مستساغ، ولا يخدم تطور المعاملات التجارية الدولية⁽⁴⁾.

(1) ففي الجزائر صدر قانون التعويض عن حوادث العمل في سنة 1972 و أقام المسؤولية فيه على أساس تحمل التبعية العقدية، ولم يعف من المسؤولية جزئياً، إلا بإثبات خطأ ارتكبه العامل بدون مبرر. / علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 160.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 626.

(3) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 46.

(4) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 236.

الفرع الثالث

نظرية المسؤولية الموضوعية

صاحب هذه النظرية هو المستشار الإيطالي غابريال فاجيلا Gabriell Fajella، والذي اعتمد في صياغته لنظريته على نظرية إيهرينغ، مع تفادي النقد الذي وجه إليها، حيث ذهب فاجيلا من أجل توضيح فكرته، إلى تقسيم العملية التعاقدية إلى ثلاث مراحل رئيسية⁽¹⁾، متتابعة تتميز كل مرحلة عن الأخرى بخصائص معينة.

فالمرحلة الأولى حسب فاجيلا، هي مرحلة المفاوضات التمهيديّة التي تسبق إبرام الصفقات الهامة والمركبة، حيث تدخل الأطراف المتفاوضة في المفاوضات، بهدف التوصل إلى إتفاق حول شروط الصفقة المزمع إبرامها، ويتم ذلك بواسطة تبادل الآراء والمناقشة، وتقديم العروض والعروض المضادة، ومتى توصلت الأطراف إلى اتفاق معين بشأن مسألة معينة أو عدة مسائل، يفرغ ذلك في اتفاقات ظرفية متلاحقة، لا تصل إلى مرتبة العقد النهائي، و لا تلزم الأطراف المتفاوضة⁽²⁾.

أما المرحلة الثانية حسب ما ذهب إليه فاجيلا، فهي المرحلة الوسطى، ويسميتها بمرحلة صياغة الإيجاب⁽³⁾، حيث يتم خلالها جمع الجزئيات التي تم الاتفاق عليها من أجل صياغة مشروع نهائي للعقد المراد إبرامه، ووضع الإيجاب في صيغة ملموسة يتقدم به أحد الطرفين، وفقا لما توصل إليه الطرفان، من خلال اتفاق المفاوضات⁽⁴⁾.

أما المرحلة الثالثة، وهي مرحلة تصدير الإيجاب، حيث يعتقد فاجيلا أنه خلال هذه المرحلة يتم اتخاذ القرار الحاسم، والنهائي من قبل أحد الطرفين بصياغة الإيجاب، ومن ثم يقوم بتصديره للطرف الآخر، عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد⁽⁵⁾.

يخلص فاجيلا من خلال هذا التقسيم، إلى أن لكل مرحلة من هذه المراحل قيمة قانونية، و يترتب عن كل مرحلة آثار قانونية معينة، و من ثم يعترف فاجيلا بإمكانية قيام المسؤولية في الفترة قبل التعاقدية، أي في مرحلة المفاوضات، و أن درجة المسؤولية تختلف حسب كل مرحلة.

(1) Phase des négociations préliminaires.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 371، 370.

(3) Phase de formation de l'offre définitive.

(4) رجب كريم عبد اللاه، المرجع نفسه، ص 246.

(5) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 47.

أما الأساس الذي يستند إليه فاجيلا لقيام المسؤولية قبل التعاقدية، فهو فكرة الضمان القانوني، و المتمثل في واقعة القبول الإرادي بالدخول في المفاوضات، فبمجرد حصول هذا القبول، ينشأ ضمان قانوني يلتزم بمقتضاه كل طرف بعدم الانسحاب من المفاوضات، دون الاستناد على أي مبرر جدي أو موضوعي. أما بالنسبة للتعويض عن الأضرار التي تلحق الطرف المضرور في مرحلة التفاوض على العقد، فيقتصر نطاقه و حسب فاجيلا، على النفقات التي أنفقها المضرور منذ بدء المفاوضات، من أجل الإعداد و التحضير للعقد المزمع إبرامه، كنفقات إعداد الدراسات الأولية، و نفقات الإقامة والنقل، وغيرها من النفقات التي تتطلبها عملية التفاوض⁽¹⁾.

إن نظرية فاجيلا كغيرها من النظريات الأخرى، تنطوي على بعض المزايا، كما تنطوي على بعض العيوب.

أولاً: مزايا النظرية:

لقد أضفت نظرية فاجيلا على المفاوضات قيمة قانونية حقيقية، فالمفاوضات ليست مجرد أعمال مادية لا أثر لها، وإنما هي واقعة قانونية يحميها القانون، و يرتب عليها آثارا إيجابية، وهي قيام المسؤولية في حالة الانسحاب التعسفي من المفاوضات، وأن أساس وجود هذه المسؤولية هو الرضا المتبادل بين الطرفين، بالدخول في المفاوضات سواء وقع ذلك صراحة أو ضمنا، والذي يقتضي عدم قطع المفاوضات أو الانسحاب منها، دون الاستناد في ذلك إلى أسباب جدية أو موضوعية⁽²⁾.

ثانياً: عيوب النظرية:

لم تسلم نظرية فاجيلا هي الأخرى من النقد، حيث يعاب عليها أنها جاءت بتقسيم ثلاثي لمراحل العقد، وهذا التقسيم يفتقر إلى الدقة، بل ويتعارض مع الواقع، ويثير مشكلات عملية عدة⁽³⁾.

(1) و مثال الأسباب الاقتصادية التي تدفع أحد الأطراف، إلى الانسحاب من المفاوضات، هو تلقيه عروض أخرى أكثر نفعاً له من تلك التي عرضها عليه الطرف الآخر، وكان الطرف المقابل قد رفض تقديم نفس المزايا المعروضة عليه من الطرف الآخر، فإن هذا الانسحاب في مثل هذه الحالة، لا يعد من قبيل الانسحاب التعسفي، لأن مصلحته الاقتصادية تقتضي ذلك، وهو أمر مشروع في التعامل التجاري الدولي./ محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 50.

(2) و هذا يتعارض أيضاً مع مبدأ حرية التعاقد، حيث تشعر الأطراف المتفاوضة، بتقييد حقهم في وضع تنظيم للمفاوضات كما يرغبون، فضلاً عن وضع نهاية للتفاوض وفقاً لحرية المتعاقدين./ محمد حسام محمود لطفي، المرجع نفسه، ص 56.

(3) و يضرب الفقه مثالا على غموض معيار المصلحة الاقتصادية، بعقد البيع الذي يتفق فيه الأطراف على جميع المسائل، إلا مكان التسديد، ثم تنقطع المفاوضات، فهل يمكن الادعاء أن سبب الانقطاع هو اعتبارات اقتصادية محضة، دون الخوض في التحري عن نية من قطع المفاوضات، و هو أمر دقيق وشائك، بالإضافة إلى سهولة إخفاء العيوب استناداً إلى أسباب شخصية،

كما يعاب أيضا على هذه النظرية، أنها تستند في إقامة المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، إلى فكرة الضمان القانوني، والذي يلزم الأطراف المتفاوضة بعدم الانسحاب من المفاوضات دون مبرر جدي أو موضوعي، وفكرة الضمان حسب ما يذهب إليه جانب من الفقه، هي فكرة وهمية تفتقر إلى الأساس القانوني السليم، ذلك أن الالتزام القانوني لا ينشأ إلا بنص خاص يقره القانون، وليس هناك نص قانوني خاص، ينشئ التزاما بالضمان في مرحلة التفاوض على العقد⁽¹⁾.

كما يعاب أيضا على نظرية فاجيلا، أنها أخذت بمعيار غير محدد عند محاولتها التفرقة بين الانسحاب التعسفي، والانسحاب غير التعسفي، وهو معيار المصلحة الاقتصادية، ذلك أن الأخذ بمثل هذا المعيار، من شأنه أن يؤدي إلى انتفاء المسؤولية كلية في مرحلة المفاوضات على العقد، فالراغب في الانسحاب من المفاوضات، يستطيع إيجاد المبررات استنادا إلى معيار المصلحة الاقتصادية، كأن يحتج مثلا مبررا انسحابه بأن الشروط المعروضة عليه لا تتفق، أو تحقق مصلحته الاقتصادية، كما أن هذا المعيار يمنح القاضي سلطة واسعة للتقدير⁽²⁾.

غير أنه، وبالرغم من الانتقادات الشديدة التي وجهت إلى هذه النظرية، إلا أنها يرجع إليها الفضل في إعطاء مضمون جديد للمفاوضات، بحيث أضفت عليها قيمة قانونية، منشؤها الرضا المتبادل بين الطرفين بالدخول في المفاوضات، ومن ثم تعد المفاوضات مجرد أعمال مادية لا أثر لها.

المطلب الثاني

موقف الفقه الحديث

إن الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي، يذهب إلى القول بأن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح على التفاوض، هي مجرد عمل مادي، لا ترقى إلى مستوى الالتزام القانوني، و لا يرتب بذاته أي أثر، و من ثم فإن المسؤولية في هذه المرحلة هي مسؤولية تقصيرية⁽³⁾.

تخفي وراءها اعتبارات اقتصادية محضة، سيؤدي عمليا إلى رفض اعتبار الانسحاب تحكما، وبالتالي رفض عقد المسؤولية./ محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 56.

(1) بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص 372.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 662.

(3) جاك غستان، مرجع سابق، ص 330، 332.

غير أن المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض تتحول من مجرد عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، ومن ثم تتحول المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض إلى مسؤولية عقدية إذا توفرت شروطها.

في حين يذهب اتجاه آخر في الفقه الحديث، إلى أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات، هي دائما مسؤولية عقدية وليست من طبيعة تقصيرية، لأن المفاوضات من حيث طبيعتها تكيف على أساس أنها اتفاق، سواء تم التعبير عنه صراحة أو وقع ضمنا.

وعليه، سيقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ نتناول في الفرع الأول الاتجاه الفقهي الذي يرى بأن المسؤولية في مرحلة المفاوضات ذات طبيعة مزدوجة، وفي الفرع الثاني نتناول الاتجاه الفقهي في الفقه الحديث، والذي يرى أن المسؤولية في مرحلة المفاوضات هي دائما من طبيعة عقدية، ثم بحث الوضع في مبادئ ليونيدروا، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المسؤولية في مرحلة المفاوضات ذات طبيعة مزدوجة.

الفرع الثاني: المسؤولية في مرحلة المفاوضات ذات طبيعة عقدية.

الفرع الثالث: الوضع في مبادئ اليونيدروا.

الفرع الأول

المسؤولية في مرحلة المفاوضات ذات طبيعة مزدوجة

كما سبق بيانه، فإن الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي، يذهب إلى القول بأن المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عنه بذاته أي أثر، وتؤيده في ذلك بعض أحكام القضاء، أما المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض صريح، فإن المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها، هي مسؤولية عقدية و ليست مسؤولية تقصيرية، و يؤيد هذا الاتجاه كذلك العديد من أحكام القضاء.

أولا: المفاوضات غير المنظمة بعقد تفاوض:

وهي تلك المفاوضات التي تجري بين الطرفين المتفاوضين، دون أن يكون بينهما اتفاق صريح ينظم عملية التفاوض⁽¹⁾، وهذا النوع من المفاوضات، يمثل الصورة الغالبة في المفاوضات التي تنصب على صفقات بسيطة، حيث تقوم الأطراف بالدخول في المفاوضات مباشرة، دون وضع تنظيم اتفاقي ينظم عملية التفاوض، ويحدث هذا على وجه الخصوص في العقود ذات القيمة المالية القليلة و غير المعقدة⁽²⁾.

ومن هنا تبرز أهمية بيان موقف التشريعات المقارنة من المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، وذلك على النحو التالي:

1- موقف القانون الفرنسي: إن المفاوضات غير المنظمة بعقد تفاوض حسب الرأي الفقهي الغالب في فرنسا هي مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الملزم، ومن ثم فإن المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات، هي مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية، ذلك أن المتفاوض يمارس حريته الكاملة في الدخول في المفاوضات أو الانسحاب أو العدول عنها دون أن تترتب في ذمته أي مسؤولية، إلا إذا صاحب هذا العدول خطأ ألحق ضررا بالطرف الآخر، كأن يقوم أحد الأطراف بقطع المفاوضات أو الانسحاب منها، في الوقت الذي تكون قد قطعت تقدما كبيرا، وتكوّن من خلاله لدى الطرف الآخر الاعتقاد بأن العقد النهائي سيبرم لا محالة، كما يعتبر أيضا خطأ يترتب التعويض إتيان تصرفات تتنافى مع مقتضيات حسن النية وشرف التعامل.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 676.

(2) جاك غستان، مرجع سابق، ص 667.

ومن أبرز التطبيقات القضائية بشأن المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، والمرتبة للمسؤولية التقصيرية، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في تاريخ 1972/03/20، في قضية تتلخص وقائعها⁽¹⁾ في أن مفاوضات جرت بين شركتين لشراء آلة ضخمة باهظة الثمن أمريكية الصنع، حيث قامت الشركة الراغبة في الشراء بإرسال من عاين تشغيل الآلة متحملة نفقات الرحلة، ثم طلبت من الشركة الأخرى، وهي وكيل الصانع في فرنسا، ببيانات إضافية من أجل اختيار النوع المناسب من الآلة، غير أنها وبدلاً من تسليم كشف البيانات التي وصلتها من الصانع إلى الشركة الراغبة في الشراء، قامت ببيع الآلة إلى شركة منافسة، مع الامتناع مدة 42 شهراً عن بيع آلة أخرى.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الموضوع، حيث أدانت الشركة المدعى عليها بقطع المفاوضات فجأة ودون مبرر، بعد أن وصلت المفاوضات إلى مرحلة متقدمة - مع علمها بالمبالغ الضخمة التي أنفقتها الشركة المدعية من أجل إبرام الصفقة - وخلصت المحكمة في نهاية المطاف إلى أن الظروف والملابسات التي أحاطت بقطع المفاوضات، جعلته قطعاً تعسفياً مقيماً للمسؤولية التقصيرية.

وفي حكم مماثل لمحكمة النقض الفرنسية، اعتبرت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، أن المسؤولية عن قطع المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية، لعدم وجود اتفاق تفاوض، وذلك لأن المفاوضات قد قطعت فجأة بدون مبرر مشروع، و تتلخص وقائع القضية⁽²⁾، في قيام مشترٍ لمحل تجاري بالتفاوض مع مالك العقار المقام عليه المحل، بغرض إبرام عقد إيجار جديد للعقار، و بعد جولة من المفاوضات الشاقة والطويلة، أبدى المالك استعداده لإبرام عقد الإيجار الجديد، إلا أنه قام بعد ذلك بقطع المفاوضات فجأة مع الطرف الراغب في تجديد الإيجار، وقد ترتب عن ذلك إخفاق مالك المحل التجاري في بيع المحل للغير، مما ترتب عليه عجزه عن سداد ديونه، وتم بعد ذلك بيع المحل التجاري بثمن بخس بعد تصفية المحل قضائياً. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن مالك العقار كان متعسفاً في قطع المفاوضات، لأنه قام بفعل ذلك دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي، و من ثم فإن المسؤولية حسب ما خلصت إليه المحكمة، هي مسؤولية تقصيرية.

(1) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص 139، هامش رقم 13.

(2) Cass. Com. Du 22/02/1994. R. J. D. A. 1994.N. 765. et Rev. Jur. Com. 1996. N. 1448. P. 105. Note. A. KARIMI.

2- موقف القانون الأنجلوأمريكي :

إن القانون الإنجليزي كقاعدة عامة، لا يرتب عن المفاوضات، سواء كانت مصحوبة بعقد تفاوض أو غير مصحوبة بعقد تفاوض، أية مسؤولية، ويرجع ذلك لسببين رئيسيين.

السبب الأول، أن مفهوم العقد في القانون الإنجليزي يختلف عن مفهوم العقد في الدول الأوروبية الأخرى، فإذا كانت هذه الأخيرة تنظر إلى أنه يكفي لانعقاد العقد توافق إرادتين متطابقتين، غير أن الأمر ليس بهذه الصورة في القانون الإنجليزي، إذ ليس كل اتفاق لإرادتين يعتبر عقداً، وإنما يجب أن يستند العقد في القانون الإنجليزي إلى مقابل مادي، حيث يعتبر عقداً ملزماً من الناحية القانونية، فإن لم يتلق الشخص مقابلاً مادياً في يده، فلا يمكن الحديث عن عقد، ويجب أن يكون المقابل المادي صادراً من الموعود له شخصياً، و ليس من طرف شخص آخر، و يجب أن يتم تقديم المقابل المادي في ذات الوقت الذي يصدر فيه الوعد⁽¹⁾.

أما السبب الثاني، فيكمن في أن المفاوضات في القانون الإنجليزي، تقوم على فكرة المخاطرة التي تقتضي توخي الحذر، بحيث يحرص كل طرف متفاوض على تحقيق مصالحه الخاصة، و تحمّل مخاطر تفاوضه.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال والمتعلقة بعدم الاعتراف بعقد التفاوض، القضية التي تتلخص وقائعها⁽²⁾، والتي سبقت الإشارة إليها، في أن إحدى الشركات الهندية أرسلت رسالة نية إلى شركة أخرى، تخبرها فيها عن رغبتها في التعاقد معها، وبدء الأشغال دون انتظار، ولكن سرعان ما ثار بين الشركتين نزاع، والذي تم رفعه إلى القضاء، حيث قررت المحكمة أن رسالة النية الصادرة من الطرف الأول، لم تنشئ أي التزام تعاقدي، رغم بدء تنفيذ الأشغال من الطرف الآخر.

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 240.

(2) M. Fontaine. Droit des contrats internationaux, analyse et réduction de clauses, PARIS, éd. FEC. 1989. op. cite. P.05.

3- موقف القانون المصري والجزائري:

لم يورد المشرع المصري نصا خاصا يتعلق بالمفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض صريح، إلا أن جانبا من الفقه المصري يعتبر المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض صريح هي مجرد عمل مادي لا أثر له بذاته.

وعلى هذا الأساس، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا، ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول المسؤولية على من عدل، إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر للطرف الآخر المتفاوض وعبء إثبات ذلك الخطأ، وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن المفاوضات هو المكون لعنصر الخطأ والدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول، ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

كما قضت محكمة النقض المصرية أيضا، بأنه متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالتعويض، على ما تم تبادله من مكاتبات بين الهيئة العامة للبترول وشركة الملاحة، لا يعد مرحلة بالتمهيد لإبرام عقد نقل بحري ولا يؤدي إلى انعقاده، غير أنه يرى في التصرفات التي أسندها إلى السكرتير العام للهيئة انحرافا عن السلوك المألوف في الظروف التي صدرت فيها هذه التصرفات، ومن ثم يعد خطأ تقصيريا، وكانت هذه التصرفات ليس مما تقتضيه عملية التمهيد للتعاقد، التي ذكر الحكم أنها تدخل في سلطة السكرتير العام، وكان ما استخلصه الحكم بأن هذه التصرفات 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 القانون.

(1) نقض مدني في 9 فبراير سنة 1972، مجموعة أحكام النقض السنة 18 رقم 52، ص 334. / أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 193، هامش رقم 2.

وعلى غرار ما ذهب إليه المشرع المصري، فإن المشرع الجزائري لم يورد أيضا أي نص قانوني يحكم مرحلة المفاوضات، إذ أن تنظيم العقد في القانون الجزائري، يقتصر فقط على مرحلة إبرامه ومرحلة تنفيذه، و لم يُولِ المشرع أي اهتمام يذكر لمرحلة التفاوض على العقد.

وعليه، يذهب جانب من الفقه الجزائري، بأن المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض في القانون الجزائري، تعد عملا ماديا وليس تصرفا قانونيا، و لا يترتب عن العدول أو الانسحاب من المفاوضات أي أثر، إلا إذا كان هذا العدول قد صاحبه خطأ مستقل من أحد المتفاوضين، أدى إلى إلحاق الضرر بالتفاوض معه، ففي مثل هذه الحالة نكون بصدد قيام المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها⁽¹⁾.

ثانيا: المفاوضات المنظمة بعقد تفاوض:

المقصود بالمفاوضات المنظمة بعقد تفاوض، هي تلك المفاوضات التي يتفق الأطراف قبل الدخول فيها بإبرام عقد صريح على التفاوض، حيث يتضمن هذا العقد تحديد ورسم المسالك الإجرائية للمفاوضات، منذ لحظة بدئها إلى لحظة انتهائها، ويعتبر عقد التفاوض كما سبق القول، إحدى الوسائل الاتفاقية التي تلجأ إليها الأطراف المتفاوضة، من أجل تأمين المفاوضات ضد المخاطر التي قد تحدث بها، كما يعد عقد التفاوض من أهم وسائل تفسير العقد وإثبات وجوده.

وترتبا على ما تقدم، فإن المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض في نظر جانب من الفقه الحديث، تتحول في هذه الحالة من مجرد عمل مادي غير ملزم، إلى تصرف قانوني ملزم، وبالتالي تتغير طبيعة المسؤولية، من مسؤولية تقصيرية إلى مسؤولية عقدية، وذلك عند الإخلال بالالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض، سواء أكان ذلك قبل إبرام العقد النهائي، أو حتى في حالة فشل المفاوضات وعدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي⁽²⁾.

ومن هنا تبرز أهمية بيان موقف التشريعات المقارنة من المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض، وذلك على النحو التالي.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 684.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 381.

1 - موقف القانون الفرنسي:

يذهب جانب من الفقه الفرنسي وبعض أحكام القضاء إلى الاعتراف بعقد التفاوض، حيث يعتبر اتفاقاً حقيقياً يرتب على عاتق الطرفين المتفاوضين التزامات حقيقية، يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية، بل إن القضاء في فرنسا يذهب إلى أبعد من ذلك، حيث يعترف بوجود عقد أو اتفاق ضمني، في حالة عدم وجود عقد تفاوض صريح، وذلك اعتماداً على مبدأ الرضائية في العقود، بحيث ينعقد العقد بأي اتفاق متى تم الرضا به، وبالتالي فإن الطرفين المتفاوضين بمجرد الدخول في المفاوضات ينعقد عقد التفاوض ضمناً، دون الحاجة في ذلك إلى نص صريح.

ويمكن استخلاص وجود عقد تفاوض من قبل القاضي على مستوى القضاء الفرنسي، من خلال الوثائق والمستندات التي يتبادلها الأطراف، خلال مرحلة التفاوض على العقد، وفي مقدمة هذه الوثائق والمستندات، رسائل النية التي يتبادلها الطرفان أثناء مرحلة التفاوض على العقد النهائي، حيث تتضمن هذه الرسائل في حالات كثيرة عبارات تدل دلالة قاطعة على وجود عقد تفاوض.

ومن أبرز الأحكام القضائية في هذا الشأن - والذي سبقت الإشارة إليه - ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، حينما أقرت بالقوة الملزمة لمحضر اجتماع، تم الاتفاق فيه بين الأطراف المتفاوضة على تكوين شركة، وتم تعيين المسير والحصص، حيث خلصت المحكمة إلى أن هذا المحضر يدل على أن نية الأطراف المتفاوضة، قد اتجهت إلى تكوين وعد بإنشاء شركة، واعتبرت بأن رفض أحد الطرفين إتمام الإجراءات من أجل إنشاء الشركة، يعتبر إخلالاً بالتزام تعاقدي⁽¹⁾.

و في حكم مماثل - والذي سبقت الإشارة إليه أيضاً⁽²⁾، ما قضت به محكمة استئناف فرساي في 1995/09/21، بإلزام شركة ساندوز Sandoz بمبلغ مقداره 4 مليون فرنك فرنسي على أساس المسؤولية العقدية، بالرغم من توفر النية لديها بإنهاء المفاوضات، و عدم إبرام العقد النهائي، لوجود عقبات وصعوبات مالية وفنية داخل الشركة، جعلتها تقتنع بعدم جدوى مواصلة التفاوض.

(1) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 73.
(2) تفاصيل القضية و التعليق عليها، أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 89.

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها⁽¹⁾، في أن شركتين توصلتا إلى اتفاق مبدئي لشراء دار نشر، غير أن صاحب دار النشر قام بالتفاوض مع شخص ثالث، و أبرم معه عقد البيع، وعلى إثر ذلك ثار نزاع بين الشركتين وصاحب دار النشر، حيث دفعت الشركتان بأن صاحب دار النشر أخل بالاتفاق المبدئي المتوصل إليه.

ولما عرض النزاع على محكمة بروكسل التجارية، خلصت هذه الأخيرة إلى أن الاتفاق المبدئي المتوصل إليه، يتضمن ارتباطا تعاقديا بمتابعة التفاوض، و من ثم قررت أن صاحب دار النشر قد أخل بالتزاماته التعاقدية، عندما قطع المفاوضات دون مبرر بغرض التعاقد مع الغير، رغم وجود الاتفاق المبدئي بالالتزام بالتفاوض.

إن القضاء الفرنسي يستخلص أيضا وجود عقد التفاوض، بالرغم من عدم وجود اتفاق صريح على التفاوض من وقائع وظروف وملابسات الدعوى، فالدخول فعلا في المفاوضات، عن طريق قبول الإيجاب بالتفاوض الموجه من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، هو دليل على الاتفاق على التفاوض الذي يرتبه عقد التفاوض⁽²⁾.

ومن أبرز التطبيقات القضائية التي أقرها القضاء الفرنسي في شأن وجود عقد تفاوض، من خلال وقائع الدعوى وملابساتها، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها⁽³⁾، في أن شخصا قام بتقديم عرض شفوي إلى طبيب، يقترح عليه تكوين شركة بينهما لاستغلال عيادة طبية، يساهم هو فيها بقطعة أرض منزل يمتلكها، فقبل الطبيب هذا العرض، وياشر هذا الشخص باتخاذ الإجراءات اللازمة لتكوين الشركة، غير أنه وبعد عرضه لمشروع عقد الشركة على الطبيب، رفض هذا الأخير التوقيع عليه، وأمر بوقف الأشغال الجارية، ولما عرض النزاع على محكمة الموضوع، قضت هذه الأخيرة بوجود اتفاق تمهيدي بين الطرفين على التفاوض، وحكمت بفسخ هذا العقد لخطأ الطبيب، وألزمت هذا الأخير بالتعويض وتحمل أتعاب المهندسين، ونفقات الأعمال التحضيرية التي تمت، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الموضوع، عندما طعن الطبيب بالنقض.

(1) محكمة بروكسل التجارية، حكم صادر بتاريخ 24/01/1985، علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 345.

(2) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 134.

(3) Cass. Civ. 08 OCT 1963. BULL. 1.N. 429. P 359.

حاصل ما تقدم أن الفقه والقضاء الفرنسيين، يعتبران المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض سواء كان صريحا أو ضمنيا، يترتب عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها، قيام المسؤولية العقدية، و ليس المسؤولية التقصيرية.

2 - موقف القانون الأنجلوأمريكي:

السائد في دول الشريعة العامة أن المفاوضات تقوم على فكرة المخاطرة، وعلى قاعدة فليحترس المشتري، وبالتالي فإن الطرف الذي يدخل في المفاوضات يجب عليه أن يتحمل نتائج تفاوضه، ويمارس حقه في الدخول في المفاوضات، أو العدول عنها في أي وقت يشاء، دون أن يتحمل أية مسؤولية، فضلا عن ذلك، وكما سبق القول، فإن مفهوم العقد في دول الشريعة العامة يختلف عن مفهوم العقد في الدول الأوروبية الأخرى، فإذا كان العقد في هذه الأخيرة، يتم بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر، فإن العقد في دول الشريعة العامة لا يتم إلا بعد الحصول على المقابل المادي، والذي يكون صادرا من الموعد له شخصيا وليس شخصا آخر⁽¹⁾.

وعليه، فإن الاتجاه العام في دول الشريعة، يجنح نحو عدم الاعتراف بالقوة الملزمة للاتفاقات، والعقود التي تحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد، ولاسيما منها عقد التفاوض و خطابات النوايا.

فالقانون الإنجليزي لا يعترف من حيث الأصل بعقد التفاوض، ولا بالعقد الذي يبرم بهدف إبرام عقد آخر، سواء كان هذا العقد صريحا أو ضمنيا⁽²⁾. ذلك أن الاتفاقات الأولية الممهدة لإبرام العقد النهائي، لا يمثل الإخلال بها إخلالا بالتزام عقدي يستتبع قيام المسؤولية العقدية، وعليه، فقد ذهبت المحاكم الإنجليزية في بعض أحكامها، إلى أن بعض الإتفاقات الأولية، بما في ذلك عقد التفاوض، تصل إلى درجة كبيرة من عدم التحديد، على نحو يجعلها اتفاقات لا تفرض أي التزام بالتفاوض، و يقصد بعدم التحديد هنا عدم تحديد التعويض الذي يمكن أن يمنح للطرف المضروب بسبب الضرر الذي أصابه، إذ من غير المؤكد أن المفاوضات ستسفر عن إبرام العقد النهائي أم لا، وقد عبر عن ذلك القاضي باركر Parker في قضيتين.

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 249.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، المرجع نفسه، ص 239، 240.

القضية الأولى وهي قضية Von Hatzfeldt Widenburg V. Alexander، والتي انتهت فيها إلى القول بأنه (لا يكون العقد الذي يبرم أثناء مرحلة المفاوضات، ملزماً إذا كان قائماً على أساس إبرام عقد آخر في نهاية هذه المرحلة، ذلك أن القانون لا يعترف بالعقد المبرم بغرض إبرام عقد آخر)⁽¹⁾، وبذلك يؤكد القاضي باركر Parker ما كان قد انتهى إليه اللورد wensleydule في قضية bidgway .V.Whanton، حيث قرر أن (ما يتسم بالتناقض أن يبرم الأطراف اتفاقاً، يقصدون به تحديد شروط اتفاق آخر يبرم بينهم في المستقبل، وإنه مما يتنافى مع العقد، أن نعتد باتفاق يدخل فيه الأطراف إلى حين استقرارهم على شروط اتفاق آخر، وذلك لأن الأطراف لا يرغبون في جعله ملزماً حتى يتم إبرام العقد النهائي، أو لأن شروط العقد الآخر لم يتم الاستقرار عليها بصورة نهائية، وأن مجرد التعبير عن الرغبة في التعاقد في وقت لاحق، هو تعبير مجرد من أية نتائج قانونية، وهذه النظرة تعكس في حقيقة الأمر فكرة الحرية التعاقدية، والتي تقوم على أساس عدم فرض أي التزام تعاقدي بين الأطراف بدون رضاهم، وأن تحديد الالتزام من عدمه، يكون بالرجوع إلى النية الحقيقية للأطراف)⁽²⁾.

غير أن التطورات الحديثة التي أفرزها الواقع التجاري الدولي، والتوجهات التشريعية الجديدة الحاصلة على مستوى المجتمع الأوروبي، من الاتجاه نحو توحيد قوانين التجارة، ألقت بظلالها على القانون الإنجليزي، وفرضت تعديلاً على فلسفة التعاقد القديمة، ففي قضية Kevin A. Copeland. v. Baskin Robbins USA et Al⁽³⁾، أكدت المحكمة على ذلك بقولها (لقد انتهت الأيام التي كان يجلس فيها الأجداد حول النار، ويتفاوضون حول تبادل الفؤوس الحجرية مع جلود الدببة، فالיום الرهانات أكثر أهمية و المفاوضات أكثر تعقيداً، فنادرًا ما تتعقد الصفقات في جلسة من المفاوضات...، فالعقود اليوم لا تأخذ وقتاً طويلاً فقط، بل إنها تتطلب تكاليف أيضاً، لهذه الأسباب ينبغي أن تحصل الأطراف على بعض الضمانات، بأن لا تتأثر استثماراتهم وأموالهم، ومجهوداتهم بالتمديد غير المفيد للمفاوضات، أو تبديل رأي الطرف الذي استفاد من الموقف الضعيف الذي يسببه التفاوض، لذلك فإن المحاكم الإنجليزية بدأت تتجه حديثاً إلى الاعتراف بعقد

(1) بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص 239.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، المرجع نفسه، ص 240.

(3) بختي عيسى، مرجع سابق، ص 82.

التفاوض، وترتب عليه بعض الآثار القانونية، لا سيما إذا ما عبرت الأطراف عن ذلك صراحة عن طريق رسالة نية⁽¹⁾.

أما في القانون الأمريكي، كما هو الشأن بالنسبة لباقي دول الشريعة العامة، فإن المفاوضات تقوم على فكرة المخاطرة، والتي تستوجب على كل متفاوض أن يتوخى الحيطة والحذر والاهتمام بمصالحه الخاصة، وأن المستندات والوثائق المتبادلة خلال مرحلة المفاوضات، كقاعدة عامة ليست لها قوة ملزمة، غير أنه إذا ثبت للقاضي بأن إرادة الأطراف المتفاوضة، اتجهت إلى الدخول في علاقة تعاقدية من خلال رسائل النية مثلا، فإن هذه الأخيرة ترتب التزامات تعاقدية، وتكون المسؤولية عقدية وليست تقصيرية.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا الشأن، على مستوى القضاء الأمريكي، القضية التي تتلخص وقائعها⁽²⁾ المشار إليها سابقا، في أن شركة بانزوايل Pennzoil، كانت قد اتفقت مع المساهمين الرئيسيين في شركة جيتي Jetty بموجب مذكرة تفاهم (رسالة نية)، بحيث تشتري شركة Pennzoil أسهم شركة Jetty بسعر 100 دولار أمريكي للسهم الواحد، ووافقت شركة جيتي على الصفقة.

لقد خلصت المحكمة في هذه القضية، إلى اعتبار رسالة النية عقدا ملزما للجانبين، وصدر حكم المحكمة، والذي ألزم شركة تكساسو Texaso بتعويض شركة Pennzoil، بمبلغ إجمالي قدره 11 مليار دولار عن إخلال شركة Jetty بالاتفاق التمهيدي (رسالة النية).

3 - موقف القانون المصري و الجزائري:

لا يوجد نص في القانون المصري، كما هو الأمر بالنسبة للقانون الجزائري، خاص بتنظيم مرحلة التفاوض على العقد، فالقانون المصري يعتبر المفاوضات مجرد عمل مادي، لا يترتب عنها بذاتها أي أثر، وأن المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات، هي مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية.

أما الفقه المصري الحديث، فيتجه نحو الاعتراف بعقد التفاوض، خاصة الصريح منه، حيث يرى أن تقدير وجود الإرادة الدالة على انعقاد العقد، وبالتالي دخول العلاقة

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 275.

(2)UGO. DRETTA, ET RAPH LAKE. Lettres d'intention et responsabilité précontractuelle. Rev. Droit des affaires. N. 7. Op cit. P. 841.

دائرة القانون، أو الدالة عن إبقاء العلاقة خارج نطاق القانون، مسألة تتوقف على النية الحقيقية للطرفين وفقا للقواعد العامة للتفسير، حيث يؤكد هذا الاتجاه، على أن مجرد حصول الدخول في المفاوضات، لا يكفي لاستخلاص عقد التفاوض ولو توافرت لدى الطرفين إرادة التفاوض، وإنما يجب أن تكشف إرادة الطرفين عن إضفاء الصفة العقدية على علاقتهما أثناء التفاوض، فالإرادة كما تستطيع إنشاء وترتيب الالتزام، أي الدخول إلى نطاق القانون، تستطيع أيضا أن تبقى خارجه، بحيث تكون العلاقة بين المتفاوضين مجرد حالة واقعية خارج النطاق التعاقدية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

المسؤولية في مرحلة المفاوضات ذات طبيعة عقدية

يرى جانب من الفقه الحديث⁽²⁾ أن التفرقة بين المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض وتلك غير المصحوبة بعقد تفاوض، هي تفرقة تحكيمية تنفرد إلى الأساس القانوني، كما أن هذه التفرقة من شأنها أن تؤدي إلى ازدواجية في المعيار، دون وجود ما يبرر ذلك، فيمكن أن تجعل المفاوضات تارة مجرد عمل مادي غير ملزم، بحيث لا يترتب عنها بذاتها أي أثر قانوني، و لا تقوم بشأنها سوى المسؤولية التقصيرية إذا توفرت شروطها، وتجعلها تارة أخرى تصرفا قانونيا ملزما، بحيث تنقرر في هذه الحالة المسؤولية العقدية.

وعليه، يذهب هذا الاتجاه إلى القول، أن الأمر في هذه الحالة لا يستقيم، ذلك أن طبيعة المفاوضات تتغير، بمجرد أن الأطراف لم يتفقوا صراحة على التفاوض، في حين أنهما قد صرحا بهذا الاتفاق في المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول، بأن هذه التفرقة تؤدي إلى وجود تمييز غير عادل في المراكز القانونية للمتفاوضين، والعدل والمنطق يقتضيان ضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات، بحيث تخضع لقواعد قانونية واحدة دون التفرقة بين نوع معين من المفاوضات وآخر، وذلك من أجل تحقيق نوع من المساواة في المراكز القانونية للأطراف المتفاوضة، فضلا عن تلافي المشكلات التي قد تثور في هذا الشأن بسبب هذه التفرقة، لاسيما فيما يتعلق بتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على

(1) أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، مطبعة أبناء وهبة حسان، 1993، ص 76 و ما بعدها.
(2) رجب عبد الكريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 288.

العقد، حيث تخضع المفاوضات لقواعد المسؤولية العقدية، فيما يتعلق بالإثبات ونطاق التعويض، و القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

يخلص هذا الاتجاه إلى القول بأنه من الصواب اعتبار التفاوض على العقد دائما ذا طبيعة عقدية، بحكم أنه يحدث في جميع الأحوال بناء على اتفاق سابق من الطرفين، صريحا كان أم ضمنيا، حيث يقرر الأطراف الدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد معين، اتفقوا عليه من حيث المبدأ، و يستند هذا الاتجاه في تبريره ما ذهب إليه على الحجج⁽²⁾ التالية:

أولا: التفاوض يقع بالاتفاق و ليس بالمصادفة:

إن الأطراف المتفاوضة لا يمكن أن تجد نفسها فجأة تتفاوض، ذلك أن التفاوض يحصل دائما بواسطة الاتفاق، حيث تتفق الأطراف مسبقا على التفاوض من أجل إبرام العقد النهائي، وهنا بالذات يختلف التفاوض عن مجرد العمل المادي، فهذا الأخير يحدث غالبا فجأة وبالمصادفة، وبدون سابق علم أو اتفاق بين الطرفين.

ثانيا: المتفاوضان ليسا من الغير:

المقصود بالغير هو كل شخص لا توجد بينه وبين شخص آخر أية علاقة تعاقدية، وبمجرد قبول الدعوة إلى التفاوض، التي يوجهها الطرف الراغب في التفاوض إلى الطرف الآخر ويتم قبولها من هذا الأخير، تنشأ بين الطرفين علاقة خاصة، تتمثل في الاتفاق على التفاوض سواء وقع ذلك صراحة أو ضمنا، ويترتب عن هذه العلاقة الخاصة التزامات حقيقية، يكون أحد الطرفين دائنا والطرف الآخر مدينا. وعليه، فإن الطرفين بقبولهما الدخول في المفاوضات، يكونان من حيث المبدأ قد قبلا في الوقت ذاته بالتعاقد، حيث يتم ذلك من خلال مناقشة شروط العقد النهائي، ليتم الاتفاق على تفاصيل العقد حتى يتم إبرامه، و أن الالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض سواء كان صريحا أو ضمنيا، تعد التزامات حقيقية وهي كثيرة، غير أن أهمها هو الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، والالتزام بالتفاوض بحسن نية، والالتزام بالمحافظة على الأسرار، والالتزام بالإعلام، حيث يقع على عاتق كل متفاوض تنفيذ هذه الالتزامات، التي مصدرها الاتفاق على

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 199، 200.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع نفسه، ص 200، 201.

التفاوض، ولذلك فإن المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بهذه الالتزامات، هي مسؤولية عقدية وليست مسؤولية تقصيرية.

وأخيرا يذهب جانب من هذا الاتجاه إلى القول، بأن هذا التكييف يعد ترجمة صادقة للنية الحقيقية للطرفين، إذ أن إرادتهما تتجه دائما إلى ضرورة أن يلتزم كل طرف بالتفاوض مع الطرف الآخر بحسن نية، وهذا أمر يتفق بلا شك مع القواعد العامة التي تجيز أن يكون الاتفاق ضمنيا، فضلا عن ذلك، فإن القضاء الفرنسي اعترف في أكثر من حكم بوجود اتفاق بين الطرفين على التفاوض، وهو في حقيقة الأمر اتفاق ضمني، لأن الطرفين لم يصرحا به، وإنما استخلصه القاضي من الأوراق والمستندات المتبادلة بينهما، أو من وقائع الدعوى⁽¹⁾.

إن مبدأ الرضائية (سلطان الإرادة) يعتبر من المبادئ الأساسية، المستقرة في مجال النظرية العامة للعقود في جميع التشريعات المقارنة، وعليه يمكن التسليم بوجود عقد تفاوض ضمني، بمجرد حصول اتفاق على التفاوض بين الطرفين، ولا يمكن القول تأسيسا على ذلك، إلا بوجود علاقة عقدية وليس مجرد وقائع مادية.

وينبغي الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، وبالرغم من أنه لم يورد في القانون المدني نصا صريحا ينظم مرحلة التفاوض على العقد، إلا أنه يعترف صراحة بأن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا أو ضمنيا، حيث نصت على ذلك المادة 60 من القانون المدني على أنه (يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة بالقول أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه).

يبدو جليا من خلال نص هذه المادة، أن المشرع الجزائري ترك الحرية للأطراف في التعبير عن الإرادة، بحيث قد يكون هذا التعبير صريحا باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة، وقد يكون ضمنيا، وذلك باتخاذ موقف معين عن طريق القيام ببعض الأعمال والتصرفات، بحيث تدل على اتجاه إرادة الأطراف المتعاقدة نحو مقصد معين، ما لم يتفق الطرفان على أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، حسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نفس المادة.

وعليه، لا يمكن بأي حال من الأحوال نفي وجود اتفاق تفاوض ضمني، حينما يوجه الطرف الراغب في التعاقد دعوى إلى الطرف الآخر من أجل الدخول في

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 590، 591.

المفاوضات، كما لا يمكن كذلك نفي وجود اتفاق تفاوض ضمني، على التفاوض في حالة القيام ببعض الأعمال المتصلة بالمفاوضات، كالتزام بالبدء بالتفاوض والاستمرار فيه، أو القيام بالدراسات الأولية المشتركة بين الطرفين، أو بتبادل الوثائق والمستندات خلال مرحلة المفاوضات، فكل هذه الأعمال إنما تدل على اتجاه نية الأطراف المتفاوضة إلى التقيد بالتزامات معينة، و التي يكون مصدرها هذا الاتفاق الضمني.

وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع المصري، الذي يقر بحصول الاتفاق الضمني من خلال نص المادة 90 من القانون المدني المصري، والتي نصت على أن (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود).

وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة، على جواز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً (على أنه يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ذلك).

تأسيساً على نص المادة 90 من القانون المصري، يذهب جانب من الفقه إلى القول، أن هذه المادة تعتبر خير معين على إضفاء الصبغة التعاقدية على المفاوضات، باعتبارها تصرفاً قانونياً ملزماً، فنص المادة على هذا النحو يعتد بكل ما يمكن أن يدل على الإرادة وفقاً للمألوف في التعامل مع الأفراد، بحكم أن الطريقة التي تم الإفصاح بها تكفي للتعبير عن الإرادة، على نحو لا يدع الحال فيها أي شك لاستخلاص الإرادة ضمنياً⁽¹⁾.

ويستتبع ذلك، حسب ما يذهب إليه هذا الاتجاه، اعتبار أن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض، حتى ولو كان ضمنياً، هو إخلال بالتزام عقدي، وليس مجرد إخلال بواجب عام، طالما أن إرادة الطرفين الراغبين في التعاقد، اتجهت نحو الدخول في المفاوضات و الالتزام بالاستمرار فيها، بهدف التوصل إلى صياغة مشروع مشترك بشأن شروط العقد النهائي المراد إبرامه.

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 490.

الفرع الثالث الوضع في مبادئ اليونيدروا

أشارت مبادئ اليونيدروا Unidroit إلى قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك استناداً إلى مبدأ حسن النية الذي يحكم العلاقات التعاقدية بصفة عامة، حينما أقرت بأنه لا يجب يشوب مسلك الأطراف سوء النية في مرحلة التفاوض على العقد، وهذا ما قضت به المادة 11/2 من المبادئ (ومع ذلك يسأل الطرف الذي يتفاوض، أو يقطع المفاوضات بسوء نية عما لحق الطرف الآخر من خسائر).

كما أشارت نفس المادة إلى بعض الأمثلة لسوء النية بقولها (ويعد من قبيل سوء النية بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو استمراره بالرغم من نيته في عدم الوصول إلى اتفاق مع الطرف الآخر).

ويذهب جانب من الفقه إلى أن ما ذهبت إليه مبادئ اليونيدروا Unidroit بشأن تنظيم المسؤولية على هذا النحو، يعني أن حق أي طرف في الدخول في المفاوضات، لم يعد حقاً بغير قيود، حيث يتعين ألا تتعارض حرية التفاوض مع مبدأ حسن النية، وأن أعمال المسؤولية في حالة سوء النية، بموجب المادة 15/2 إنما هو تنظيم يسعى إلى التوفيق بين مبادئ متعارضة، وهي مبدأ حرية التعاقد من جانب، ومبدأ حسن النية من جانب آخر، وقد يتم تقرير المسؤولية على نحو سلبي وذلك عن طريق الرجوع إلى سوء النية بدلاً من فرض حسن النية، وهو الذي يوحي بأن الأمر يتعلق باستثناء على مبدأ حرية التعاقد⁽¹⁾.

ولقد حاول واضعو مبادئ اليونيدروا Unidroit فيما يتعلق بالمسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، التوفيق بين دول الشريعة العامة، والتي تعترف بوجود التزام عام يفرض التفاوض بحسن نية في مرحلة المفاوضات، وذلك استثناء من مبدأ الحرية التعاقدية الذي يسود مرحلة المفاوضات، ودول النظام اللاتيني والتي تقر في قوانينها أن كل خطأ يسبب ضرراً للغير سواء كان بسوء نية أو بحسن نية، يترتب عنه قيام المسؤولية في المرحلة قبل التعاقدية.

(1) Suchan kova M : Les principes des unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, RDAI/IBLI, n°6, 1997, P694.

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن الحلول التوفيقية التي أوردتها مبادئ اليونيدروا Unidroit، هي في حقيقة الأمر تعد لصالح المفاهيم السائدة في النظام اللاتيني⁽¹⁾.

وينبغي هنا ملاحظة أن مبادئ اليونيدروا Unidroit، وبالرغم من تناولها للضرر القابل للتعويض في مرحلة التفاوض على العقد، إلا أنها لم تحدد طبيعة المسؤولية، هل هي مسؤولية تقصيرية أم مسؤولية عقدية؟

وعليه، ينبغي على المحكم أو القاضي، أن يبحث فيما إذا كانت العلاقة القانونية تندرج في إطار المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية، وذلك بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق⁽²⁾.

إن اتجاه مبادئ اليونيدروا Unidroit نحو وضع قواعد موضوعية، للتعويض عن الضرر الذي يحدثه أحد الأطراف للطرف الآخر، في مرحلة التفاوض على العقد، يدل حسب جانب من الفقه، على فطنة قانونية من واضعي مبادئ اليونيدروا Unidroit، وذلك من أجل توحيد وتقديم حلول موضوعية موحدة، فيما يتعلق بتنظيم عقود التجارة الدولية، تحظى بالقبول في جميع النظم القانونية⁽³⁾.

حاصل ما تقدم أن معظم التشريعات المقارنة تنظر إلى مرحلة المفاوضات، على أساس أنها مجرد عمل مادي لا يترتب عنه أي أثر قانوني، فالعدول عن المفاوضات بحد ذاته لا يترتب المسؤولية، إلا إذا اقترن العدول بخطأ من الطرف المنسحب، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية إذا توفرت شروطها، وهذا أمر قد يؤدي إلى هدر حقوق أطراف التفاوض، إذ يصعب في كثير من الأحيان إثبات قيام المسؤولية التقصيرية، كما تصطدم هذه النظرة إلى المفاوضات، باعتبارها عملاً مادياً، بكون المفاوضات الحديثة أصبحت تتخللها الكثير من الإتفاقات و العقود، التي ترتب التزامات يصعب التسليم مع وجودها، بالاكتفاء بالقول بالطبيعة المادية للمفاوضات، وبالتالي أعمال أحكام المسؤولية التقصيرية.

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 217.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع نفسه، ص 220.

(3) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 221.

وعليه، فقد اتجه الفقه وكذلك الكثير من أحكام القضاء، إلى وضع تفرقة بين المفاوضات التي تجري مصحوبة بعقد تفاوض، وتلك المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض، ففي الحالة الأولى، وكما سبقت الإشارة إليه، فإن المسؤولية المترتبة هي مسؤولية عقدية، بينما في الحالة الثانية فإن المسؤولية المترتبة هي مسؤولية تصديرية، غير أن هذه التفرقة كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه الحديث، هي تفرقة تحكيمية تفتقر إلى الأساس القانوني، ومن شأنها إيجاد ازدواجية في المعيار المطبق على المسألة الواحدة، فتختلف المسؤولية بحسب ما إذا كانت المفاوضات تجري مصحوبة بعقد تفاوض أم لا، وتظهر هذه الازدواجية فيما يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال الإثبات، و مقدار التعويض و القانون الواجب التطبيق.

وعليه، ومن أجل تفادي هذه الازدواجية، ينبغي توحيد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات على العقد، و ذلك بإضفاء طبيعة تعاقدية على عملية التفاوض، ومرد ذلك إلى أن المفاوضات هي نتاج عمل إرادي، تبدي من خلاله الأطراف الرغبة في الدخول في مناقشات ومباحثات، و القيام بالكثير من التصرفات من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وقد يتم التعبير عن هذه الإرادة صراحة عن طريق إبرام عقد تفاوض يكون مكتوبا وتوقع عليه أطرافه، أو قد يستخلص هذا العقد ضمنا من قبل القاضي أو المحكم، في ضوء ظروف وملابسات العملية التعاقدية أو الوثائق والمستندات التي تتبادلها الأطراف خلال مرحلة المفاوضات.

المبحث الثاني

شروط وأثار قيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزامات

التي يترتبها عقد التفاوض والقانون الواجب التطبيق

تم الخلوص في المطلب السابق إلى أن المفاوضات التي تجري مصحوبة بعقد تفاوض صريح، يحدد بصورة دقيقة وواضحة الإلتزامات التي تفرض على الأطراف، وفق مسلك تفاوضي معين، ويرتب عقد التفاوض على العموم مجموعة من الإلتزامات، هي الإلتزام بالتفاوض عن طريق البدء في التفاوض والاستمرار فيه، والإلتزام بالتفاوض وفقا لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل، وما يتفرع عن هذه الإلتزامات الأساسية، من الإلتزامات يفرضها الواقع العملي على أطراف التفاوض، وهي الإلتزام بالإعلام، والإلتزام بالمحافظة على السرية، والإلتزام بحظر المفاوضات الموازية، فمتى أخل أحد الأطراف

المتفاوضة بأحد هذه الالتزامات، وتسبب ذلك في قطع المفاوضات، فإن المسؤولية المترتبة هنا، هي بالقطع المسؤولية العقدية وليست المسؤولية التقصيرية.

إن اتجاه إرادة الأطراف نحو وضع المفاوضات في قالب اتفاقي صريح، الهدف منه هو تأمين المفاوضات ضد الأخطار والعقبات التي قد تعترض طريقها من جهة، ومن جهة أخرى هو إخضاع جبر الضرر في حالة الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة لقواعد المسؤولية العقدية، وذلك بالنظر إلى المزايا التي تحققها هذه الأخيرة، كسهولة في مجال الإثبات، وكذلك تقدير التعويض بالنسبة للقاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع، فضلا عن سهولة تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن شروط قيام المسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة، هي الخطأ العقدي أي الإخلال و عدم تنفيذ الالتزام الذي يرتبه عقد التفاوض، و الضرر الذي يصيب الطرف الآخر، و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

ومن أجل جبر الضرر الذي يصيب المضرور، فإن القاضي أو المحكم طبقا للقواعد العامة أيضا، قد يقرر التنفيذ العيني، أو التنفيذ بالمقابل أو فسخ العقد أو انفساخه.

وعليه، سيقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ يتناول المطلب الأول شروط قيام المسؤولية العقدية، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، والمطلب الثاني آثار المسؤولية العقدية، أما المطلب الثالث، فيتناول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض على العقد، و ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني: آثار قيام المسؤولية العقدية.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية.

المطلب الأول

شروط قيام المسؤولية العقدية

إذا قام عقد التفاوض صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته، فإن إخلال أحد الطرفين المتفاوضين بالالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض، يؤدي إلى قيام المسؤولية

العقدية إذا توفرت شروطها، أما إذا كان العقد باطلا فلا مجال لإعمال قواعد المسؤولية العقدية، ففي هذه الحالة فإن أحكام المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق.

و تقوم المسؤولية العقدية في حالة وقوع الخطأ العقدي، المترتب عن الإخلال بأحد الالتزامات التي يربتها عقد التفاوض، وأن يكون الضرر الواقع ناتج عن الإخلال بهذا الالتزام العقدي.

إن شروط قيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزامات التي يربتها عقد التفاوض، هي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وعليه، سيقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، يتناول الفرع الأول الخطأ العقدي، والفرع الثاني الضرر، والثالث علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الخطأ العقدي.

الفرع الثاني: الضرر.

الفرع الثالث: علاقة السببية.

الفرع الأول

الخطأ العقدي

يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود خطأ، وكلمة خطأ هي كلمة عامة تدرج تحتها العديد من السلوكات التي يقوم بها الأشخاص، ومن ثم فإن تعريف الخطأ يعد من أكثر الموضوعات التي أثارت جدلا فقهيًا واسعًا، فذهب البعض إلى تعريفه على أساس أنه الفعل ذاته دون النظر إلى الشخص الذي ارتكبه (الذي يشكل خطأ)، فيما ذهب البعض الآخر إلى تعريف الخطأ بالنظر إلى حالة الشخص المسؤول باعتباره مميزًا أو غير مميز⁽¹⁾، والخطأ الذي يحدث في مرحلة المفاوضات التي تسبق مرحلة إبرام العقد في مجال عقود التجارة الدولية، له عدة صور، غير أن الواقع العملي يدلنا على حالات معينة من التصرفات تعد الأكثر شيوعًا في المفاوضات، و من بينها رفض الدخول في

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 731.

المفاوضات، وعدم الإدلاء بالمعلومات، والبيانات التي يستوجب على أحد الطرفين الإدلاء بها.

وعليه، سيتم التطرق في هذا الفرع إلى تعريف الخطأ العقدي، ثم صورته في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الخطأ العقدي:

إن الانسحاب من المفاوضات أو العدول عنها، هو أمر جائز ومشروع، ذلك أن الطرف المتفاوض قد يدرك في لحظة من لحظات التفاوض أن الاستمرار في التفاوض لا طائل منه، لأنه لا يؤدي إلى تحقيق الغرض منه، لأن الطرف الآخر مثلاً يبالغ في ثمن السلعة أو الخدمة المقدمة، أو أنه لم يُبدِ المرونة الكافية في موقفه، أو أن المتفاوض المشتري مثلاً، وجد فرصة للتعاقد أفضل بكثير من الشروط التي يعرضها عليه المتفاوض الآخر، فالانسحاب من المفاوضات في هذه الحالة يعد أمراً مشروعاً، ولا يشكل في ذاته خطأ يستوجب التعويض، غير أن المتفاوض قد يكون دخوله في المفاوضات فقد من أجل الحصول على معلومات معينة عن نشاط الطرف الآخر، أو من أجل صرفه عن التعاقد مع الغير، ففي هذه الحالة تشكل هذه السلوكيات وغيرها أخطاء قد تؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، وهنا يثور التساؤل حول مدلول الخطأ العقدي.

يعرّف الخطأ العقدي حسب جانب من الفقه (بأنه عدم تنفيذ المدين للالتزامه المترتب عن العقد، والذي نشأ في ذمته، باعتباره طرفاً من أطراف العقد)⁽¹⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول (بأن الخطأ العقدي يقوم نتيجة عدم تنفيذ المدين للإلتزامات التي يترتبها العقد، سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، ويأخذ التنفيذ المعيب والمتأخر ذات الحكم، كما يستوي أن يكون عدم التنفيذ أو عن إهمال)⁽²⁾.

إن عدم التنفيذ تختلف صورته، و ذلك بالنظر إلى نوع الإلتزام، فقد يكون هذا الإلتزام هو التزام بتحقيق غاية أو نتيجة، و قد يكون التزاماً ببذل عناية أو وسيلة، ذلك أن تحديد عدم التنفيذ يتوقف على تحديد مضمون الإلتزام ذاته.

(1) خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 345.
(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 429.

1. الالتزام بتحقيق نتيجة:

يقع هذا الالتزام على المدين بتحقيق نتيجة معينة هي محل الالتزام، ويتمثل عدم التنفيذ في مجرد عدم تحقيق النتيجة، ولو بذل المتعاقد كل جهده في العمل على تحقيقها، كالاتزام بعدم إفساء الأسرار أو البدء في التفاوض.

وهذا الالتزام في مثل هذه الحالات، لا يتم تنفيذه إلا بتحقيق النتيجة التي أخذ المدين على عاتقه تحقيقها، ويعتبر المدين مسؤولاً في مواجهة الدائن إذا لم تتحقق هذه النتيجة، ولو بذل كل جهوده من أجل تحقيقها، ويكفي الدائن بالالتزام أن يثبت فقط مصدر هذا الالتزام، و على المدين أن يثبت أنه قام بالتنفيذ، أي بتحقيق النتيجة المطلوبة، فإذا لم يستطع ذلك قامت مسؤوليته بثبوت عدم التنفيذ، ولا يستطيع المدين التملص من المسؤولية، إلا إذا أثبت أنه بذل كل ما في وسعه لتنفيذ الالتزام، غير أنه لم يستطع، و في مقابل ذلك يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه، بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو خطأ الدائن نفسه، أو خطأ الغير⁽¹⁾.

2. الالتزام ببذل عناية:

في هذا النوع من الالتزام فإن المدين به لا يلتزم بتحقيق نتيجة معينة، بل يلتزم فقط بأن يبذل قدراً معيناً من العناية، للوصول إلى غرض معين، فالمدين لا يقع على عاتقه تحقيق نتيجة محددة يريدّها الدائن، وإنما يلتزم فقط ببذل جهد معين للوصول إلى النتيجة المرجوة، سواء تحققت بالفعل أم لم تتحقق، وليس عليه بعد ذلك أية مسؤولية إذا لم تتحقق العناية المطلوبة، ويعد المدين منفاً لالتزامه ببذل عناية، إذا بدل القدر الواجب من العناية، وهو ما يبذله الرجل العادي، إذا وجد في الطرف الذي وجد فيه المدين، وقد يزيد هذا القدر أو ينقص بمقتضى الاتفاق أو نص القانون⁽²⁾.

ويستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عنه إذا قام بنفي الخطأ، لإثبات عدم صحة ما ادعاه الدائن من وجود الخطأ، كما يستطيع أن يثبت أنه لم يبذل العناية اللازمة لسبب أجنبي، أو أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الدائن أو فعل الغير.

(1) محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 366.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، 148.

إن الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات يترتب عن عدم تنفيذ المتفاوض لالتزاماته المترتبة عن عقد التفاوض، كأن يدخل المتفاوض في مفاوضات دون أن تكون لديه النية الجادة في التفاوض، بحيث يكون هدفه من المفاوضات مجرد إستطلاع السوق ومعرفة بعض المعلومات السرية عن المتفاوض معه.

ويتحقق الخطأ العقدي كذلك في حالة المتفاوض الذي يتفاوض مع عدة أطراف، وذلك من أجل التعريف بمنتجاته المعروضة للبيع فقط، مما يجعل سلوكه يتنافى ومقتضيات حسن النية وشرف التعامل.

كما قد يتوافر الخطأ العقدي في لحظة العدول أو الانسحاب من المفاوضات، مثل الانسحاب المفاجئ، في الوقت الذي بلغت فيه المفاوضات مرحلة متقدمة اقترب معها الانتهاء من حسم جميع المسائل محل التفاوض، أو بعد تحديد موعد للتوقيع على العقد النهائي الذي تم التوصل إليه.

وإذا كان الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات يتمثل في الإخلال بالالتزامات التي يربتها عقد التفاوض، فإن صورته وتطبيقاته في الواقع العملي كثيرة، يصعب حصرها.

ثانياً: تطبيقات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات:

كما سبق بيانه، فإن الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات هو إخلال بالإلتزامات التي يربتها عقد التفاوض، وإن تطبيقاته في مرحلة التفاوض على العقد في مجال عقود التجارة الدولية، كثيرة ليس من السهل حصرها، ومع ذلك سنستعرض أهمها، وهي التطبيقات والصور الأكثر شيوعاً وانتشاراً في الواقع العملي.

1. رفض الدخول في المفاوضات:

إذا حصل اتفاق بين الطرفين الراغبين في التعاقد، وذلك بقبول الدعوة التي وجهها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر، وتم إفراغ ذلك في اتفاق أولي أو في عقد تفاوض، فإنه يقع على عاتق كل منهما التزام بالدخول فعلاً في المفاوضات في الموعد المحدد، فإذا امتنع أحد المتفاوضين عن الدخول في المفاوضات أو تأخر عن ذلك، قد يعد مرتكباً لخطأ عقدي يستوجب قيام مسؤوليته.

و بمجرد امتناع أحد الطرفين عن البدء في التفاوض، يعتبر خطأ عقدياً يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية (وقد سبقت الإشارة إلى أن الإلتزام بالدخول في المفاوضات والبدء فيها، هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاماً ببذل عناية، ومفاد ذلك أن يلتزم كل متفاوض بالدخول فعلاً في المفاوضات).

و من أبرز التطبيقات القضائية للإخلال بالالتزام بالبداية في المفاوضات، و التي سبق بيانها، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية رونو الشهيرة، حيث استخلصت محكمة النقض الفرنسية من خلال رسالة الشركة الموجهة للعامل، عن وجود اتفاق بالتفاوض بين الطرفين وتأسيسا عليه خلصت المحكمة إلى أن الشركة قد أخطأت بامتناعها عن الدخول في مفاوضات مع العامل، بالرغم من تحسن وضعيتها الاقتصادية⁽¹⁾.

2. عدم الاستمرار في المفاوضات دون مبرر مشروع:

إن هذه الصورة من الخطأ العقدي لا تستوجب النص صراحة على الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقد التفاوض، ذلك أن مثل هذا الالتزام مفروض بطبيعته على الأطراف، بحكم أن الدخول في المفاوضات، يستتبعه حتما و بالضرورة الاستمرار فيها و بذل كل الجهود والمسااعي من أجل تحقيق ذلك.

وإذا كان قطع المفاوضات كما سبق القول، هو أمر جائز و مشروع، إذا استند هذا القطع إلى مبرر جدي أو موضوعي، لأن أحد الطرفين يرى أن الاستمرار في التفاوض لا طائل منه، و لا يتناسب مع أهدافه التي رسمها منذ بداية المفاوضات، فإن قطع المفاوضات من جانب أحد المتفاوضين دون الاستناد في ذلك إلى سبب جدي أو موضوعي، يعد خطأ عقديا يستوجب قيام المسؤولية العقدية.

إن معيار التفرقة بين قطع المفاوضات المشروع، و قطع المفاوضات غير المشروع، هو معيار موضوعي يتمثل في المبرر المشروع، فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع لقطع المفاوضات، فإن هذا يتنافى مع حسن النية، و الأمانة و الصدق في التعامل⁽²⁾.

في الواقع العملي فإن المتفاوض يكون قد انسحب من المفاوضات لمبرر مشروع، وذلك إذا استند في انسحابه إلى أسباب موضوعية، كأن ينسحب المتفاوض من المفاوضات بسبب أن عروض المتفاوض الآخر لم تلق رضاه، أو أن الشروط التي يعرضها المتفاوض معه مبالغ فيها، ولم يُبد المتفاوض معه المرونة الكافية في مناقشة تلك الشروط، رغم العروض و البدائل المقابلة.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 735.

(2) Cadras Jean, op cit, p 279.

ويكون قطع المفاوضات لأسباب مشروعة أيضاً، في حالة انسحاب المتفاوض من المفاوضات لأنه تلقى عرضاً بديلاً من الغير، و بشروط أفضل من تلك الشروط التي قدمها المتفاوض معه، و هذه الشروط الجديدة تتسجم مع الأهداف المتوخاة من التعاقد⁽¹⁾. كما يدل الواقع العملي أيضاً في مجال التفاوض على عقود التجارة الدولية، على أن المتفاوض يكون قد انسحب من المفاوضات، دون الاستناد في ذلك إلى مبرر جدي أو موضوعي، إذا كان المتفاوض يهدف من وراء دخوله في المفاوضات إلى مجرد تحقيق الدعاية لمنتجاته، فيدعو عدة شركات إلى الدخول في المفاوضات لإبرام عقود توزيع لمنتجاته، و التنسيق بين هذه الشركات، و ذلك لتحقيق أكبر تغطية ممكنة للسوق، و بعد أن يتحقق له هذا الهدف، يقوم بقطع المفاوضات أو ينسحب منها، دون مبررات مقنعة من جانبه⁽²⁾.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في مجال عدم الاستناد في قطع المفاوضات إلى سبب جدي أو موضوعي، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1994/02/22، في نزاع تتلخص وقائعه⁽³⁾، في أن مشتري محل تجاري باشر عملية التفاوض مع مالك العقار المقام فيه المحل، من أجل إبرام عقد إيجار جديد للعقار. وبعد أن أبدى المالك الرغبة في إبرام عقد الإيجار، قام بقطع المفاوضات فجأة مع الراغب في الاستئجار، مما أدى إلى إخفاق المستأجر في إعادة بيع المحل إلى الغير، وإلى العجز عن تسديد ديونه، فتمت تصفية المحل التجاري و بيعه بثمن بخس. بعد عرض النزاع على القضاء، أيدت محكمة النقض الفرنسية ما قضت به محكمة الموضوع، التي انتهت إلى أن مالك العقار يعد متعسفاً في قطعه المفاوضات، لأنه لم يستند في ذلك إلى سبب جدي.

وفي قضية أخرى تتعلق بانتفاء المبرر المشروع، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1972/03/20 والتي سبقت الإشارة إليها، حيث خلصت المحكمة إلى أن قطع المفاوضات من قبل الشركة يعتبر خطأً يستوجب قيام المسؤولية، و ذلك بسبب قطعها المفاوضات فجأة، و من جانب واحد ودون مبرر مشروع⁽⁴⁾.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 736، 737.

(2) محمد إبراهيم دوسقي، مرجع سابق، ص 95.

(3) Cass. Com. Du 22/02/1994. R. J. D. A. 1994. N. et Rev Jur. Com. 1996. N. 1448. P. 105. Note. A. HARIMI.

(4) هذه القضية سبقت الإشارة إليها:

Cass. Com. Du 20 Mars 1972. Note. J. SCHMIT. Rev. Tri. De droit. Civ. 1972. Obs. G. DURRY.

وينبغي الإشارة إلى أن وقت قطع المفاوضات، له دور حاسم في القول بوجود خطأ من عدمه، فكلما قطعت المفاوضات تقدما كبيرا وأوشك الأطراف أن يبرموا العقد النهائي، وقت أن قام المتفاوض بقطعها دون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر موضوعي، كلما كان من اليسير اعتبار هذا القطع خاطئ، ذلك أن مبدأ حسن النية يقتضي ألا يقوم المتفاوض بقطع المفاوضات في هذه المرحلة المتقدمة و الحاسمة ، إلا إذا كان مستندا في ذلك إلى مبرر موضوعي يبرر ذلك الانسحاب.

وهذا ما قضت به محكمة ريوم Riom الفرنسية، في حكمها الصادر بتاريخ 10 جوان 1992، فقد خلصت المحكمة إلى أنه، و إن كان لكل متفاوض الحرية الكاملة لقطع المفاوضات في أي وقت يشاء، إلا أن هذا القطع يكون خاطئا إذا تم في وقت تكون فيه المفاوضات قد وصلت إلى مرحلة متقدمة للغاية، تجعل المتفاوض الآخر يعتقد اعتقادا مشروعا بأن العقد في طريقه إلى الانعقاد⁽¹⁾.

وينبغي الإشارة إلى حالة قطع المفاوضات إذا صدر الإيجاب النهائي الذي يشترط فيه حتى ينتج أثره، أن يصل إلى علم المخاطب به، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 61 من القانون المدني الجزائري، والتي سبق الإشارة إليها، حيث تشترط (أن يصل التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه حتى ينتج أثره).

وهو ما أخذت به كذلك أيضا اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، المادة 1/15 على أنه (يحدث الإيجاب أثرا عند وصوله إلى المخاطب).

والإيجاب الذي لا يصل إلى علم المخاطب به لا يحدث أثره، بسبب أن الإيجاب عندما يصدر عن الموجب يوجد وجودا ماديا، ولكن لا يوجد وجودا قانونيا، أي لا ينتج أثره إلا بعد وصوله إلى علم من وجه إليه، وحتى وإن وصل الإيجاب إلى علم الموجب، يستطيع هذا الأخير العدول عنه، طالما أنه لم يقترن بالقبول ممن وجه إليه، ما لم يقترن بميعاد محدد للقبول سواء كان هذا الميعاد صريحا أم ضمنيا⁽²⁾.

وهذا ما أخذت به اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع في مادتها 2/15، والتي جاء فيها (يجوز سحب الإيجاب ولو كان غير قابل للرجوع فيه، إذا وصل سحب الإيجاب إلى المخاطب، قبل وصول الإيجاب أو في وقت وصوله).

حيث جاء في حيثيات المحكمة ما يلي :

(...Rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés...)
(1) C. A. RIOM. 10 juin 1992. R. J. D. A. 1992. N. 893. P. 732. R. T. D. Civ. 1993. P. 343. OBS. J. MESTRE.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص20.

ويثير الإيجاب الذي يقترن بالقبول في مرحلة التفاوض على العقد، مشكلة في حالة ما إذا صدر القبول من الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، غير أن هذا الأخير قبل هذا الإيجاب، لكنه ضمن هذا القبول بعض التعديلات، فهل يعتبر هذا رفضاً للإيجاب أم إيجاباً جديداً؟

لقد حسم المشرع الجزائري هذه المسألة، حينما اعتبر أن القبول الذي يغير الإيجاب لا يعتبر إلا إيجاباً جديداً، حيث نصت المادة 66 من القانون المدني الجزائري على أنه (لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب، إلا إيجاباً جديداً).

وهذا ما ذهبت إليه كذلك المادة 1/19 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، والتي نصت على أنه (إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول، ولكنه تضمن إضافات، أو تحديدات أو تعديلات، يعتبر رفضاً للإيجاب ويشكل إيجاباً مقابلاً).

وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه (إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول، وتضمن عناصر متممة ومختلفة لا تؤدي إلى تغيير أساسي للإيجاب، فهو يشكل قبولاً، إلا إذا قام الموجب دون تأخير غير مبرر بالاعتراض على ذلك، شفويًا أو بإرسال إخطار بهذا المعنى، فإذا لم يعترض الموجب على النحو المذكور، فيكون العقد قد تضمن ما جاء في الإيجاب مع التعديلات التي جاءت في صيغة القبول).

وعليه، يمكن القول أنه بمجرد صدور الإيجاب النهائي الجازم البات، و اقتران هذا الإيجاب بالقبول من الموجه إليه، دون أن يتضمن أي تحفظ أو تعديل، فإن الأطراف تخرج من دائرة المفاوضات لتدخل مرحلة إبرام العقد، غير أنه إذا اقترن القبول ببعض التعديلات، سواء بالزيادة أو بالنقصان، فإن هذا التعديل يعد بمثابة إيجاب جديد يسقط على إثره الإيجاب السابق، وتستأنف المفاوضات من جديد على أساس هذا الإيجاب الجديد.

3. دفع المتفاوض الآخر إلى قطع المفاوضات:

ويكون ذلك عن طريق ممارسة الطرف المتفاوض لبعض السلوكات أثناء التفاوض، تدفع المتفاوض معه إلى قطع المفاوضات، كأن يتمسك بثمان مبالغ فيه وغير معقول إذا كان هو البائع، أو يصر على ثمن زهيد إذا كان هو المشتري، وهذا الأمر يجعل الطرف المتفاوض معه يملّ ويفقد الأمل في إبرام العقد النهائي، ومن ثم يقرر قطع المفاوضات، وهذا السلوك الاستقزالي يشكل خطأ عقدياً يؤدي إلى قيام مسؤولية الطرف

الذي مارسه، لأنه يتنافى مع ما يرتبه عقد التفاوض بالالتزام بالتفاوض بحسن نية وشرف التعامل⁽¹⁾.

4. عدم الإعلام:

إن الالتزام بالإعلام كما سبق بيانه، ينطوي على أن يقوم المتفاوض حائز المعلومة، بإخطار و إخبار المتفاوض الآخر بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، وبظروف وملابسات العملية التعاقدية، وعن كل ما من شأنه التأثير في قرار المتفاوض معه في شأن التعاقد من عدمه، حتى ينشأ رضى هذا الأخير، سليماً ومنتوراً بكافة تفاصيل العملية التعاقدية المراد الدخول فيه، فإذا أخل المدين بالالتزام بالإعلام (حائز المعلومات) بالالتزامه، وأدى ذلك إلى قطع المفاوضات، فإن ذلك يشكل خطأ عقدياً يستوجب قيام المسؤولية العقدية.

5. إفشاء الأسرار:

يقتضي الالتزام بحسن النية في التفاوض، أن يلتزم الطرف الذي تلقى معلومات ذات طابع سري، سواء أكانت متعلقة بالمنتج ذاته كالأسرار التكنولوجية، أم متعلقة ببعض الأسرار الأخرى، كالمعلومات الخاصة بحجم نشاط المتفاوض معه ومركزه المالي، أن يلتزم هذا الأخير بالمحافظة على تلك الأسرار، و ذلك بعدم إفشائها للغير أو استخدامها لأغراض شخصية، دون الحصول على إذن مسبق من مالكها، ففي مثل هذه الحالات يعد ذلك إخلالاً بالالتزام بسرية المعلومات، ويشكل خطأ عقدياً يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.

ثالثاً: إثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات:

القاعدة العامة تقضي بأن إثبات الخطأ العقدي، يقع على عاتق الطرف المضرور المدعي، وذلك طبقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن البينة على المدعي.

إن الطرف المضرور، و خلال الخطأ العقدي، يجب عليه أن يثبت وجود الالتزام أولاً، ثم يثبت عدم تنفيذ هذا الالتزام، فبالنسبة لإثبات الالتزام فإن ذلك يكون عن طريق إثبات مصدره، أي إقامة الدليل على وجود عقد التفاوض الذي رتبته، و في هذه الحالة تكون عملية الإثبات سهلة، إذا كان هناك عقد تفاوض مكتوب بين الطرفين، أما في حالة عدم وجود عقد تفاوض مكتوب، فيستطيع المدعي أن يقدم الدليل على وجود هذا العقد

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 747.

بإثبات واقعة الدخول في المفاوضات مع المدعى عليه، و يمكن إثبات واقعة الدخول في المفاوضات بكافة الطرق، بحكم أنها واقعة مادية⁽¹⁾.

إن إثبات الخطأ العقدي، يختلف بحسب ما إذا كان الالتزام العقدي، هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية.

1. إثبات الخطأ العقدي في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة:

إذا كان الإخلال بالالتزام الذي يشكل خطأ عقدياً، هو التزام بتحقيق نتيجة، فإن الإثبات في هذه الحالة يكون يسيراً، ذلك أن الطرف المضرور يجب عليه أن يثبت فقط أن المدين لم يحقق النتيجة التي يرتبها الالتزام بتحقيق نتيجة، فإذا كان الالتزام يتعلق بالالتزام بالدخول في المفاوضات، فإن الطرف المضرور يقع على عاتقه إثبات أن الطرف المدين بهذا الالتزام لم يدخل فعلاً في المفاوضات، ويستطيع المدين بهذا الالتزام أن يثبت عكس ذلك، بأن قام بتنفيذ التزامه بالدخول في المفاوضات ببذل كل جهوده، أو يثبت بأن عدم الدخول في المفاوضات إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة القاهرة أو خطأ المتفاوض الآخر نفسه⁽²⁾.

2. إثبات الخطأ العقدي في حالة الإلتزام ببذل عناية:

إذا كان الإخلال بالالتزام الذي يشكل خطأ عقدياً، هو التزام ببذل عناية، فإن الإثبات هنا يكون أصعب من الإثبات إذا تعلق الأمر بالالتزام بتحقيق نتيجة، فيجب على المتفاوض المضرور أن يثبت أن الطرف الآخر لم يبذل العناية الكافية، كأن يدعي مثلاً المتفاوض المضرور أن المتفاوض الآخر قام بقطع المفاوضات، دون الاستناد في ذلك إلى سبب جدي أو موضوعي، أي أخل بالتزامه في الاستمرار و مواصلة التفاوض الذي يرتبه عقد التفاوض، فإنه يجب عليه أن يثبت أن الطرف الآخر لم يستند في قطعه للمفاوضات إلى سبب جدي أو موضوعي، كأن يثبت مثلاً أن المتفاوض الآخر قام بقطع المفاوضات رغم أن جميع الشروط التي عرضها عليه، كانت شروطاً مقبولة وتنسجم مع الأهداف التي أراد المتفاوض الآخر تحقيقها من وراء التعاقد، فإذا أثبت ذلك قام الدليل على خطأ المتفاوض الآخر، ويستطيع هذا الأخير أن يثبت عكس ذلك، كإثبات أنه ثمة مبرر مشروع لقطع المفاوضات، فيجب عليه حينئذ إثبات ذلك. ويستطيع المدعى عليه أن يدفع عنه المسؤولية، إذا أثبت أنه بذل كل ما في وسعه من الجهود المطلوبة التي يستلزمها

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 750.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 367.

تنفيذ الإلتزام، غير أن عدم الاستمرار في المفاوضات يرجع إلى سبب أجنبي، كقوة القاهرة أو خطأ المضرور نفسه(1).

الفرع الثاني

الضرر

لا تقوم المسؤولية العقدية بمجرد توافر الخطأ من جانب المدين، بل يجب أن يترتب عن الخطأ إلحاق الضرر بالدائن بسبب عدم تنفيذ الإلتزام، فإذا لم يترتب عن عدم تنفيذ الإلتزام أي ضرر يلحق بالدائن، لا تقوم المسؤولية ولا محل للحكم بالتعويض، والضرر الذي قد يصيب المتفاوض في مرحلة المفاوضات، قد يكون ضرر ماديا أو ضررا معنويا؛ فالضرر المادي يشمل كل ما يصيب المتفاوض من الناحية المالية، وهو الضرر الغالب في المسؤولية العقدية، كالنفقات التي يتكبدها المتفاوض من أجل إجراء المفاوضات، أو ضياع الوقت، أو إضاعة فرصة التعاقد مع الغير(2).

أما الضرر المعنوي فلا يتعلق بالمال، ويشمل كل ما يصيب المتفاوض المضرور في سمعته وكرامته وشرفه، كأن يؤدي فشل المفاوضات إلى المساس بسمعته التجارية(3)، وحتى يتوفر الضرر كعنصر لقيام المسؤولية العقدية، فإنه وفقا للقواعد العامة، فإن الضرر المطلوب تعويضه هو الضرر الذي يكون مباشرا و محققا و متوقعا.

أولاً: أن يكون الضرر مباشراً:

ويقتضي ذلك أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بأحد التزاماته المترتبة عن عقد التفاوض، ما لم يكن في استطاعة المتفاوض الآخر تلافيه وذلك ببذل جهد معقول، و من الأمثلة الشائعة في مجال التفاوض، أن يقوم الطرف المتفاوض بالإفصاح عن معلومات سرية، كشفها له المتفاوض معه بمناسبة إجراء المفاوضات، وكان عقد التفاوض يقضي بأن يلتزم المتفاوض متلقي المعلومات بالمحافظة على سريتها، فإذا قام متلقي المعلومات السرية بإفشائها للغير (ركن الخطأ) و ترتب عن ذلك، أن رفض طرف ثالث الدخول مع الطرف صاحب المعلومات السرية في علاقة عقدية، فإن مثل هذا الضرر يعتبر ضررا مباشرا. ومثل الضرر المباشر أيضا في مجال التفاوض، أن يقوم أحد الأطراف المتفاوضة بالتشهير بسمعة الطرف الآخر، مما يؤدي إلى عدول جهة ما

(1) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 611.

(2) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 162.

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 370.

عن منح الطرف المشهر به قرصاً، كانت تنوي منحه إياه، ولكنها تراجعته عن ذلك لما وصلت إليها أخبار التشهير⁽¹⁾.

ثانياً: أن يكون الضرر محققاً:

ويقصد بالضرر المحقق ذلك الضرر الذي وقع بالفعل، كأن يترتب عن إخلال أحد الطرفين بالتزامه وإفشاء أسرار الطرف الآخر المتفاوض معه إلحاق الضرر بهذا الأخير فيما يتعلق بمركزه في السوق، مما ينعكس على حجم مبيعاته، كما قد يكون الضرر محقق الوقوع في المستقبل، أي أن يكون وقوعه في المستقبل أمراً يتفق والمجرى العادي للأمر⁽²⁾، كما لو كان من شأن الخطأ الذي ارتكبه الطرف المتفاوض أن يؤثر على سمعة المتفاوض الآخر.

وبالمقابل فإن الضرر المحتمل هو ذلك الضرر الذي لم يقع بعد، ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل، والأمر بشأنه مشكوك في وقوعه من عدمه، فهذا النوع من الضرر لا يمكن تعويضه، لأن الأحكام القضائية لا تبني إلا على القطع واليقين، وليس على مجرد التخمين، والافتراض والشك⁽³⁾.

وعليه إذا دخل الطرفان في المفاوضات، ثم قطع أحد الطرفين المفاوضات دون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر جدي أو موضوعي، على نحو رتب ضرراً للطرف الآخر، كما لو كان قد تحمل نفقات إجراء الدراسات الأولية ونفقات الاستعانة بالخبرة الأجنبية، فإن تعويض الطرف المضروب لا يشمل الأرباح التي كان سيحصل عليها الطرف المضروب، فيما لو أن العقد النهائي أبرم، ذلك أن إبرامه هو أمر محتمل الوقوع وليس محققاً، فيتم تقدير التعويض في هذه الحالة على أساس النفقات التي أنفقها المضروب من أجل السير بالمفاوضات⁽⁴⁾.

ثالثاً: أن يكون الضرر متوقعاً:

الضرر المتوقع هو الضرر الذي يمكن توقعه عند الدخول في المفاوضات، فالطرف الذي يمتنع عن مواصلة التفاوض دون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر جدي أو موضوعي، فإن التعويض يشمل فقط المصاريف التي يكون من المتوقع أن ينفقها الطرف

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 424.

(2) محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 371.

(3) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 184.

(4) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 432.

الآخر من أجل إنجاز المفاوضات، أما إذا كان الطرف المضرور قد أنفق نفقات زائدة لا تتناسب وحجم المفاوضات، فلا يمكن التعويض عن هذه المصاريف كلها، وإنما يقتصر التعويض فقط على ما كان متوقعا منها.

ومن الأمثلة الشائعة عن ذلك أن يقوم الطرف المضرور بإجراء دراسات تمهيدية باهظة الثمن، بصورة لا تتلاءم مع حجم المشروع المتفاوض عليه، ففي مثل هذه الحالة لا يلتزم المتفاوض المسؤول إلا بتعويض النفقات المعقولة التي تنفق عادة لإجراء الدراسات لمثل هذه المشروعات، وما زاد عن ذلك فهو من قبيل الضرر غير المتوقع، الذي لا يلتزم المدين بتعويضه⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه، بأن التعويض لا يشمل كذلك النفقات العادية التي ينفقها المهني في سبيل التفاوض مع العملاء بشأن مهنته، ذلك أن هذه المخاطر تعتبر من مخاطر المشروع *Risque d'entreprise*، التي يتحملها المهني لوحده وتدخل عادة ضمن المصروفات العامة للمنشأة⁽²⁾.

ومن أبرز الأحكام القضائية في هذا المجال، ما قضت به محكمة استئناف كولمار الفرنسية بأن الخرائط والمقاييس التي ترفق بالأبحاث، ليست إلا ملاحق لها تهدف إلى إبراز ما به من مزايا، ومن ثم فإن الأموال المخصصة لها تدخل ضمن المصروفات العامة، التي يجب أن تتحملها كل الشركات التجارية، من أجل التفوق على منافسيها⁽³⁾. إن شرط الضرر المتوقع، هو الذي يميز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية، فإذا كان التعويض في المسؤولية العقدية كما سبق القول، يكون فقط على أساس الضرر المتوقع، وذلك في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم، فإن التعويض المقرر طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية يكون على الضرر المباشر كله، سواء أكان متوقفاً أم غير متوقع⁽⁴⁾.

إن أهمية هذه التفرقة تبرز في حالة ما إذا اتجهت إرادة الأطراف المتفاوضة إلى تنظيم المفاوضات بواسطة عقد تفاوض، ففي هذه الحالة تظهر الأطراف المتفاوضة الرغبة في تطبيق أحكام المسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي يرتبها عقد

(1) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 614.

(2) COHERIER(ANDRE) : des obligations naissant des pourparlers à la formation des contrats. Op cit. P 148.

(3) CA. COLMAR. 05/12/1928. REV. JUR. LOR. 1929.P. 364.

(4) هذا ما تنص عليه المادة 182 من القانون الجزائري، على أنه (إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد)، وتقابلها المادة 221 قانون مدني مصري، و المادة 1150 قانون مدني فرنسي.

التفاوض، في حين أن عدم وضع المفاوضات في قالب اتفاقي، يظهر رغبة الأطراف في الخضوع لأحكام المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالالتزامات العامة التي يفرضها القانون، وهنا يختلف الأمر فيما يتعلق بالإثبات ونطاق التعويض، حيث يشمل هذا الأخير كما سبق بيانه، الضرر المباشر سواء أكان متوقعا أم غير متوقع، فضلا عن القانون الواجب التطبيق.

الفرع الثالث

علاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية توفر عنصر الخطأ والضرر فقط، بل يجب أن تتوفر أيضا علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه أحد الطرفين، والضرر الذي أصاب الطرف الآخر بأن يكون خطأ المتفاوض السبب المباشر في وقوع الضرر.

وعلاقة السببية بهذا المفهوم، هي عنصر مستقل عن كل من الخطأ والضرر(1)، فإذا أقام المتفاوض المدعي الدليل على وجود الخطأ والضرر ووجود علاقة السببية بينهما، تقوم المسؤولية العقدية، ويقع على عاتق الطرف المدين عبء نفي علاقة السببية، إذا ادعى أنها غير موجودة، ولا يستطيع أن يفعل ذلك إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، كأن يثبت أن الضرر راجع إلى قوة قاهرة أو إلى خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير(2)، كما لو تمكن المدعي من أن يثبت بأن المعلومات والبيانات التي حصل عليها من المدعي والتي إلتمز بالمحافظة على سريتها، تسربت إلى علم الكافة على نحو الحق الضرر بصاحبها (المدعي) أثناء التفاوض، كقيام شخص بسرقتها وتولي تسريبها، وعلى هذا النحو يكون المدعي قد قطع العلاقة بين الخطأ والضرر، مما يؤدي إلى انتفاء المسؤولية العقدية(3).

(1) إن علاقة السببية على هذا النحو، هي مبدأ تقليدي من مبادئ المسؤولية المدنية، سواء أكانت عقدية أم تقصيرية.
(2) المادة 127 مدني جزائري (إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك).
(3) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 436.

المطلب الثاني

آثار المسؤولية العقدية

إذا نشأ عقد التفاوض صحيحا، مستوفيا لجميع أركانه و شروط صحته، يلتزم كل طرف بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه، فإذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، وسبب ذلك ضررا للمتفاوض معه، قامت مسؤوليته العقدية، مالم يكن عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي.

إن القانون يفرض على الطرف الذي يخل بالتزامه، تنفيذ هذا الالتزام عينا إذا كان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق، وإلا التزم المدين بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض وفسخ العقد، وقد ينفسخ العقد بقوة القانون، وعليه سيتم في هذا المطلب تناول الآثار المترتبة عن المسؤولية العقدية؛ وهي التنفيذ العيني في الفرع الأول، والتنفيذ بالتعويض أو التنفيذ بالمقابل في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث التنفيذ بواسطة فسخ العقد، وفي الفرع الرابع انفساخ عقد التفاوض، و ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التنفيذ العيني.

الفرع الثاني: التنفيذ بالتعويض.

الفرع الثالث: فسخ عقد التفاوض.

الفرع الرابع: انفساخ عقد التفاوض

الفرع الأول

التنفيذ العيني

المقصود بالتنفيذ العيني طبقا للقواعد العامة أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به إلى الدائن، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا، فإذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني طواعية، جاز للدائن أن يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه عينا، متى كان ذلك ممكنا وغير مرهق للمدين، وهذا ما نصت عليه المادة 164 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها (يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا).

وعليه، فإن المتفاوض الذي لم يقم بتنفيذ التزامه بالتفاوض طواعية، بأن رفض الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها بالرغم من توجيه إذار له، وترتب عن ذلك إلحاق ضرر بالمفاوض الآخر، فهل يجوز لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء، لاستصدار حكم من أجل إرغامه على الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها، بمعنى أدق، هل يجوز إجبار المتفاوض بأن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا؟

يتجه الرأي الغالب فقها⁽¹⁾، إلى استبعاد التنفيذ العيني من مجال المفاوضات في العقود التجارية الدولية، حتى وإن لم يكن التنفيذ مستحيلا ولا مرهقا للمدين، وذلك بالاستناد إلى سببين⁽²⁾.

السبب الأول، أن تنفيذ الالتزام بالتفاوض عينا يتطلب تدخل المدين شخصيا، غير أنه في مثل هذه الحالة فإن المدين يرفض شخصيا الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، فإذا أجبر على فعل ذلك، كان هذا الإجبار مساسا بحريته الشخصية، وهذا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد، ومن ثم فلا يجوز إجبار المتفاوض على الدخول في المفاوضات، أو الاستمرار فيها.

أما السبب الثاني فيتمثل في أن إجبار المتفاوض على الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها، هو أمر لا يستقيم في مجال العقود التجارية الدولية، ولا يمكن إجبار المدين على التفاوض في جو يسوده التوتر⁽³⁾، ذلك أن المفاوضات بطبيعتها تستوجب التعامل بين الطرفين، إذ من الصعب تصور وجود مفاوضات تؤدي إلى إبرام عقد نهائي يكتب له النجاح مستقبلا، ويتم تنفيذه دون صعوبات تذكر، في ظل مفاوضات يسودها القلق والتوتر، فالواقع أن مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل.

و يخلص هذا الاتجاه إلى القول بأنه لا شك في صحة هذه النتيجة، كلما تعلق الأمر بالتفاوض الذي يستهدف إقامة علاقات تعاقدية غير قائمة بالفعل بين الطرفين، ففي هذه الحالة لا يكون للتنفيذ العيني من جدوى، سوى إقامة علاقة تعاقدية محل التفاوض، رغما عن إرادة طرفيها وخروجا عن كل من مبدأ الرضائية، و مبدأ الحرية التعاقدية⁽⁴⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 120.

(2) مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 246.

(3) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 223.

(4) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 760.

غير أنه في مقابل ذلك يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول، بأنه يمكن للقاضي إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عيناً، وذلك بإعمال سلطته التقديرية، ويستند هذا الرأي على حكم صدر عن محكمة استئناف باريس، في 28 سبتمبر 1976 والذي قضى بالإلزام بالتفاوض.

وتتعلق وقائع هذه القضية⁽¹⁾ والتي سبق الإشارة إليها، بعقد توريد كمية من زيت المازوت، بين شركة EDF و شركة شال Shall، وتضمن العقد بنداً يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن في حالة ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وبعد حرب أكتوبر 1973 ارتفعت أسعار البترول، و دخل الطرفان في مفاوضات من أجل تعديل السعر، ولكن المفاوضات باءت بالفشل.

وحيثما تصدت المحكمة لنظر النزاع، قضت قبل أن تفصل في الموضوع بالإلزام الطرفين بالتفاوض، كمحاولة للتوصل إلى اتفاق، على أن تكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات، أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو فرض تعديل بمعرفتها⁽²⁾.

وينبغي ملاحظة أنه في مجال إمكانية تنفيذ الالتزامات التي يفرضها التفاوض تنفيذاً عينياً، أن هناك التزاماً يقبل بطبيعته التنفيذ العيني جبراً، وهو الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات المقدمة خلال مرحلة المفاوضات.

فإذا قام المتفاوض الذي تلقى معلومات سرية باستغلالها، أو تصرف فيها لحسابه الشخصي، جاز للمتفاوض المضرور من هذا الإخلال بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، أن يتخذ الإجراءات القضائية المناسبة لمنع هذا المتفاوض من تحقيق ذلك، وإذا تمكن هذا الأخير من مباشرة عملية استغلال تلك المعلومات ذات الطابع السري بالفعل، فإن صاحب المعلومات يستطيع أن يجبره على عدم الاستمرار في هذا الاستغلال، كأن يلجأ إلى القضاء من أجل استصدار حكم بغلق المنشأة التي يمارس فيه هذا الاستغلال الغير مشروع، وهذا دون الإخلال بحق المتفاوض المضرور في المطالبة بالتعويض لجبر ما أصابه من ضرر⁽³⁾.

(1) محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 101.

(2) Paris.28 sept 1976.JCD, 1978, 11, 18810 obs.J.Robert.

(3) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 619.

ويثور التساؤل هنا حول دور القاضي في تكملت العقد، و ذلك عند الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، مع الاحتفاظ ببعض المسائل الثانوية والتي سيتم حسمها فيما بعد، فهل يجوز للقاضي أن يتدخل من أجل تكملت الاتفاق، أم لا؟

إن هذا الوضع الخاص، تضمنته المادة 65 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها، على أنه (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية للعقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما، وإذا قام الخلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي بها طبقا لطبيعة المعاملة، وأحكام القانون و العرف و العدالة).

يتضح من خلال نص هذه المادة، أن الأطراف المتعاقدة عندما تصل إلى الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية، كما هو في عقد البيع، حيث يتم الاتفاق على الثمن والشيء المبيع، غير أنه إذا لم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية كمكان وزمان التسليم، ففي هذه الحالة يستطيع القاضي التدخل من أجل تكملة العقد، حيث يعتبر العقد منعقدا ما لم يتفق الأطراف على أن لا أثر لهذا العقد في حالة عدم الاتفاق على المسائل الثانوية، ويقضي القاضي في ذلك طبقا لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون و العرف و العدالة.

ففي هذه الحالة يذهب جانب من الفقه إلى القول، إذا قام أحد الطرفين بالانسحاب من المفاوضات، فإن القاضي لا يستطيع أن يتدخل لتكملة العقد رغما عن إرادة هذا الطرف المنسحب، وذلك لأن الاتفاق على المسألة الجوهرية في العقد، مع تعليق إتمام العقد على الاتفاق على المسائل التفصيلية، يعد مجرد مشروع عقد غير ملزم للطرفين، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يحوله إلى عقد نهائي ويفرضه على أحد الطرفين. و في هذا الصدد ذهب محكمة النقض المصرية، إلى القول (إن مشروع عقد البيع لا يكون ملزما لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء)⁽¹⁾.

حاصل ما تقدم أنه في حالة ما إذا تقرررت مسؤولية أحد الأطراف المتفاوضة، نتيجة إخلاله بأحد الالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، وأدى ذلك إلى قطع المفاوضات، فإنه لا يمكن إجبار المدين على إبرام العقد النهائي، لأن هذا يتعارض مع مبدأ حرية

(1) نقض مدني 1975/01/09، مجموعة س 36، رقم 209، ص 1593، رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 221.

التعاقد، كما لا يجوز إجباره على مواصلة التفاوض وتنفيذ التزاماته عينا، لأن هذا التنفيذ يمس بحرية المدين الشخصية، وبدون شك، فإن مثل هذا الإجبار سيؤدي حتما إلى فتح باب المنازعات على مصرعيه بين الطرفين، في المراحل التي تعقب مرحلة التفاوض على العقد، مما يؤدي بدوره إلى المساس باستقرار المعاملات التجارية الدولية، ومن ثم يبقى التعويض أو التنفيذ بالمقابل هو الحل الأنسب في مثل هذه الحالات.

الفرع الثاني

التنفيذ بالتعويض

كما سبق القول فإن التنفيذ العيني في مجال تنفيذ الالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، هو أمر غير مستساغ، وذلك بالنظر إلى طبيعة المفاوضات ذاتها والتي تقوم أساسا على مبدأ الحرية التعاقدية، والتي لا يجوز معها إجبار المتفاوض الآخر على الدخول أو مواصلة المفاوضات، ومن ثم فلا يبقى أمام المتفاوض المضور من سبيل للحصول على تعويض، إلا عن طريق التنفيذ بمقابل، حيث يستطيع بواسطة هذا الطريق الحصول على تعويض نقدي عما أصابه من ضرر، من جراء إخلال الطرف الآخر، بأحد التزاماته التي يرتبها عقد التفاوض، وذلك طبقا للقواعد العامة، حيث نصت على ذلك المادة 176 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر عن عدم تنفيذ التزامه).

ويتم تقدير التعويض النقدي بالرجوع أولا إلى إتفاق الأطراف، ليرى القاضي ما إذا كان الأطراف قد حددوا مسبقا قيمة التعويض، وهو ما يعرف بالشرط الجزائي أو بالتعويض الاتفاقي، وفي مجال المسؤولية العقدية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، فإن التعويض يشمل نفقات التفاوض وضياع الوقت، والتعويض عن السمعة التجارية، والتعويض عن ضياع الفرصة⁽¹⁾.

أولا: تقدير التعويض:

الأصل في تقدير التعويض هو الرجوع إلى إتفاق الأطراف، حيث يرد عادة في عقود التجارة الدولية، شرط يتضمن تقدير التعويض في حالة الإخلال بالالتزامات التي يرتبها العقد، أو قد يرد ذلك في إتفاق لاحق، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، فإن

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 765.

القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض المناسب، وذلك بإعمال سلطته التقديرية طبقا لما تقضي به القواعد العامة، وهذا ما ذهبت إليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على أنه (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في اتفاق لاحق).

وعليه، يتعين على القاضي عند تقدير التعويض، أن يرجع أولا إلى اتفاق الطرفين إذا كانا قد حددها مسبقا في عقد التفاوض، أو تم تحديده في اتفاق لاحق، والذي يتقرر للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين التزاماته، أو تأخره في التنفيذ، ويتعين في هذه الحالة على القاضي، الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصان.

غير أنه للقاضي السلطة التقديرية في تخفيض هذا التعويض المحدد في الاتفاق، إذا تبين للمدين أن هذا التقدير كان مبالغا فيه، أو أن الالتزام قد تم تنفيذ جزء منه، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 184 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، كما يستطيع القاضي كذلك إعمال سلطته التقديرية في زيادة التعويض، إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وذلك طبقا لنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

وإذا تصدى القاضي لتقدير التعويض في حالة عدم الاتفاق عليه⁽³⁾ من قبل الأطراف المتعاقدة، فإنه يشترط عند تقديره أن يشمل الضرر المباشر، والذي يعد نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام، بمعنى أنه لم يكن للدائن الاستطاعة في أن يتوقعه ببذل جهد معقول⁽⁴⁾، أي أن يشمل التعويض ما لحق الدائن من كسب وما فاتته من خسارة، وهذا ما قضت به المادة 182 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها (إذا لم يكن التعويض

(1) حيث تنص المادة 184 من القانون المدني الجزائري، على أنه (لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه.

(2) حيث تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري، على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما).

(3) و قد يتم تقدير التعويض عن طريق القانون والمعاهدات الدولية، كما هو الحال في تحديد سعر الفائدة عند التأخير les intérêts Compensatoires كما تتضمن بعض الاتفاقيات الدولية تحديد مسؤولية الناقل البحري والجوي، و القاعدة أن تحديد التعويض مرتبط بمقدار الضرر طبقا للظروف الملائمة، ويقدر التعويض عن الضرر بالصورة التي وصل إليها وقت النطق بالحكم لا في تاريخ وقوعه أو وقت رفع الدعوى وينبغي مراعاة تغير قيمة العملة/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 374.

(4) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 18.

مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقرره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقعه ببذل جهد معقول).

ثانيا: نطاق التعويض:

إن الأضرار التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها للطرف المضرور، في مرحلة المفاوضات كثيرة ومتنوعة، غير أنه يمكن القول أن هذه الأضرار، والتي جرى العمل على التعويض عنها، هي نفقات التفاوض والضرر المترتب عن ضياع الوقت، والتعويض عن السمعة التجارية، والتعويض عن ضياع الفرصة.

1. تعويض نفقات التفاوض:

إن عملية التفاوض على العقد التجاري الدولي، تتطلب عادة من أجل إتمامها نفقات باهظة، تتعلق بنفقات السفر من مكان إلى آخر، ونفقات الإقامة، ونفقات إجراء الدراسات الأولية، ودراسة الجدوى الاقتصادية، وإعداد الخرائط والرسومات، والتصميمات، وتكاليف إعداد الخبرة، وأتعاب الأشخاص الذين استعان بهم المتفاوض لإنجاح عملية التفاوض، ونفقات إجراء الاتصالات، وغيرها من النفقات التي تتطلبها عملية التفاوض. إن قطع المفاوضات من قبل المتفاوض معه، تؤدي إلى إلحاق ضرر أكيد بالطرف الآخر، حيث تشكل هذه النفقات بالنسبة له خسائر حقيقية تلحق ضررا به، يتعين على المتفاوض معه والمسؤول عن قطع المفاوضات جبرها.

وحتى يستطيع المتفاوض المضرور المطالبة بالتعويض عن تلك النفقات، يشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات، وبين عملية التفاوض التي انتهت إلى الفشل، ومفاد ذلك أن تكون هذه النفقات قد تمت بمناسبة إجراء المفاوضات، ومن ثم لا يمكن استرداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء عملية التفاوض، أو بعد انسحاب المتفاوض الآخر من المفاوضات⁽¹⁾.

كما يشترط أيضا ألا تعوض النفقات العادية التي يدفعها المتفاوض في سبيل جذب عملائه، فإن هذه النفقات لا تدخل في مفهوم النفقات التي يجوز التعويض عنها، لأنها،

(1) SALEILLES(R) : De la responsabilité précontractuelle à propose d'une étude nouvelle sur la manière. Rev. Tri. De droit civ. 1997. P. 721.

حسب ما يذهب إليه جانب من الفقه⁽¹⁾، يتحملها المهني وحده، وتدخّل ضمن المصروفات العامة و العادية للمنشأة.

كما يشترط أيضا ألا تكون هذه النفقات باهظة مبالغا فيها وغير معقولة، ذلك أن المتفاوض لا يكون مسؤولا إلا على النفقات المعقولة فقط⁽²⁾.

غير أنه إذا أثبت المهني المضرور، أن تلك النفقات لا تدخّل ضمن المصروفات العادية للمنشأة، كأن يثبت مثلا أنه من أجل تقدير التكنولوجيا التي كان يريد نقلها، استعان في ذلك بمجموعة من الخبراء الأجانب المتخصصين من أجل إتمام المفاوضات، التي تسبب الطرف الآخر في قطعها دون الاستناد إلى مبرر موضوعي، ففي هذه الحالة يعرض عن تلك المصروفات⁽³⁾.

ويشترط أخيرا ألا تكون النفقات التي أنفقها المدعي الطرف المضرور، ترجع إلى خطئه، كأن يكون ذلك نتيجة سذاجته، أو عدم احترازه أو قلة خبرته، ومثال ذلك أن يجري دراسات فنية لا يتطلبها المشروع المراد إبرامه، أو لا تتناسب وحجمه، ففي مثل هذه الحالات لا يجوز له أن يسترد هذه النفقات⁽⁴⁾.

2. التعويض عن ضياع الوقت:

أصبحت مفاوضات عقود التجارة الدولية حديثا، تستغرق وقتا طويلا قد يمتد إلى عدة شهور أو سنوات، وذلك بسبب ضخامة العملية التعاقدية من الناحية المالية، وتشعب جوانبها.

إن قطع المفاوضات دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي، رغم استغراقها مدة زمنية طويلة، من شأنه إلحاق الضرر بالطرف الآخر، مما يستوجب التعويض عن ذلك، ويعد التعويض عن ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة التي تستحق الجبر، غير أن التعويض عن ضياع الوقت يثير صعوبة، وذلك بالنظر إلى عدم وجود العناصر المادية التي يقوم على أساسها تحديد مقدار التعويض المترتب عن ضياع الوقت، و من ثم فإن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض عن ضياع الوقت، اعتمادا على قواعد العدالة

(1) J.Schmidt. Négociation et conclusion du contrat, Dalloz, 1982, P. 106.

(2) رجب كريم عبد اللاه، مجع سابق، ص 624، هامش رقم 4.

(3) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 92.

(4) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 769.

وبالقدر اللازم لجبر ما لحق الطرف المضرور من ضرر، ومن ثم يكون التعويض عن ضياع الوقت جزافيا(1).

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا المجال، القضية التي تتلخص وقائعها(2)، في أن زوجين أعلنوا عن رغبتهم في قبول إيجاب صادر عن مالك العقار بطرحه للبيع، طالب الزوجان من الموجب تمديد مدة القبول، حتى يتمكنوا من تدبير التمويل اللازم للشراء.

غير أنه، وبعد ثلاثة أشهر من الانتظار، أعلن الزوجان رفضهما للإيجاب بصفة نهائية، وعدلا عن التعاقد دون الاستناد في ذلك إلى أي سبب جدي أو موضوعي، وعلى إثر ذلك، قام المدين برفع دعوى تمسك فيها بأن رفض الإيجاب جاء متأخرا، وطالب بالتعويض عن ضياع الوقت، ولكن قضاة الموضوع رفضوا طلبه لعدم وقوع ضرر يبرر ذلك، غير أن محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي آخر، حيث أكدت أن قضاة الموضوع لم يأخذوا في الحسبان أن الموجب كان قد اعتقد في التزامه بالبقاء على إيجابه، ولم يتصرف في العقار طوال مدة الإيجاب.

3. التعويض عن السمعة التجارية:

إن المعاملات التجارية تقوم على أساس الثقة التي تتولد في نفسية المتعامل، الذي يقبل على التعاقد من خلال البحث على المتعاقدين الذين يتمتعون بسمعة تجارية طيبة في الأوساط التجارية، سواء تعلق الأمر بالمركز المالي أو التجاري، أو الكفاءة العالية في إدارة العملية التعاقدية.

وعليه، فإن قطع المفاوضات من أحد الأطراف المتفاوضة، دون الاستناد في ذلك إلى أي سبب جدي أو موضوعي، من شأنه أن ينال من السمعة التجارية للطرف الآخر، حيث تحوم الشكوك حول سلامة مركزه المالي أو قدرته على إدارة العملية التفاوضية، الأمر الذي يؤثر بشكل مباشر على نشاطه التجاري، ويعرضه لخسائر كبيرة يصعب جبرها. و لأن التعويض عن السمعة التجارية، يندرج في نطاق مفهوم الضرر الأدبي

(1) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 625.

(2) CASS. CIV. 19 janv. 1977. DALLOZ. 1977. P. 593. NOTE. JONNA-SCHMIDT. SZALEWSKI.

الذي يتعين جبره، فإن القاضي عندما يتصدى لتقدير التعويض، يجب عليه أن يأخذ التعويض عن السمعة التجارية بعين الاعتبار⁽¹⁾.

ومن أهم التطبيقات القضائية في مجال التعويض عن الضرر الأدبي بسبب قطع المفاوضات، ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1966/01/27، حيث انتهت من خلاله إلى تعويض التاجر الذي قطع المفاوضات معه فجأة، و دون أي مبرر عن الضرر المادي والأدبي الذي أصابه، من جراء إظهاره بمظهر من يسهل خداعه ومن لا يوثق فيه، مما نال من سمعته في السوق التجارية⁽²⁾.

4. التعويض عن تفويت الفرصة:

إن الطرف الراغب في التعاقد، يبحث دائما عن فرصة الكسب وتجنب الخسارة، من خلال العملية التعاقدية التي يريد إحداثها.

وعليه، فإن قطع المفاوضات من الطرف الآخر المتفاوض معه، سيؤدي بالضرورة إلى تفويت فرصة التعاقد، والتي كان يأمل في إتمامها لتحقيق أهدافه التي وضعها منذ البداية، كما قد يؤدي قطع المفاوضات دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي أيضا، إلى تفويت الفرصة في إبرام العقد مع الغير، ذلك أن السوق عموما والسوق الدولية على وجه الخصوص، تتيح الكثير من الفرص البديلة سواء تعلق الأمر بالسعر أو بدرجة الجودة.

وعليه، يمكن التمييز هنا بين ضياع فرصة التعاقد مع المتفاوض الآخر، وضياع فرصة التعاقد مع الغير وضياع فرصة تنفيذ العقد المبرم مع الغير.

أ. التعويض عن تفويت فرصة التعاقد مع المتفاوض الآخر:

لا ينصب التعويض هنا على الفرصة ذاتها، و التي تعني احتمال و إمكانية الكسب، وإنما يقتصر التعويض على تفويت الفرصة⁽³⁾.

وفي هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن المقصود بالفرصة التي يجوز التعويض عنها، (هي الحرمان من فرصة جادة و حقيقية لتحقيق كسب احتمالي)⁽⁴⁾.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 772.

(2) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 64.

(3) بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص 419.

(4) أيمن إبراهيم العشماوي، تفويت الفرصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 200، ص 45.

بينما يعرفها جانب آخر من الفقه، بأنها (اختفاء نتيجة كان المدعي يرغب في تحقيقها قبل أن تتحقق بالفعل، أي قبل أن يكشف الواقع عن استحالة ذلك)⁽¹⁾. يبدو واضحا من خلال هذين التعريفين، أنه يمكن التعويض عن تفويت الفرصة، وهو ذلك الكسب الذي كان المدعي يأمل في تحقيقه، و هو أمر احتمالي غير مؤكد، ويشمل تحقيق كسب و تجنب خسارة ، فتفويت الفرصة هنا يعني أن هناك كسبا كان محتملا من الراغب في التعاقد، ثم جاء سلوك شخص آخر ليجعل هذا الكسب مستحيلا، و من ثم فإذا كان الكسب أمرا احتماليا غير مؤكد، فإن تفويت فرصة تحقيق هذا الكسب بصفة نهائية، هو ضرر محقق و مؤكد⁽²⁾.

لقد أثارَت مسألة التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، جدلا فقهيًا واسع بين مؤيد و معارض، كما أن القضاء أبدى في بداية الأمر موقفا متشددا تجاه التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد النهائي، ولكن في تطور لاحق أصبح القضاء يقبل شيئا فشيئا مسألة التعويض عن ضياع الفرصة بشروط معينة.

فعلى مستوى الفقه يرى جانب منه، أنه لا يمكن التعويض عن فقدان أو ضياع فرصة إبرام العقد النهائي، على أساس أن التعويض في هذه الحالة يتعارض مع طبيعة عقد التفاوض، فهو عقد تمهيدي لإبرام العقد النهائي، ومن ثم فإن إتمام هذا العقد أو عدم إتمامه هو أمر احتمالي، الأمر الذي يجعل إبرام العقد النهائي يكون دائما في دائرة الاحتمال، فكيف يتم التعويض عن عدم وجود الفرصة الجادة والمحققة، وكيف يعوض عن عقد لم يكن له أن يعتمد أو يعول عليه؟⁽³⁾

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن المسؤولية عن قطع المفاوضات على نحو تعسفي، وإن أوجبت التعويض عن الأضرار التي أصابت الطرف الآخر، إلا أنه لا يجوز أن تصل إلى درجة إلزام المدين بتعويض الأضرار، التي تترتب عن عدم انعقاد العقد النهائي وفوات الربح المأمول من عدم إبرامه، وإن كانت المفاوضات قد وصلت إلى اتفاق حول العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فلا يجوز أن يصل جزاء التعسف في المرحلة السابقة على إبرام العقد على اعتبار أن العقد مبرم على سبيل التعويض.

فالتعويض حسب هذا الرأي يقتصر فقط على ما تحمله المفاوضات من نفقات وتكاليف، والتي تبدد نفعها بسبب تعسف المتفاوض الآخر، على أن تكون هذه النفقات

(1) أيمن إبراهيم العشماوي، المرجع نفسه، ص 53.

(2) علي أحمد صالح، مرجع 228 سابق، ص 774.

(3) Suchan kova M : Les principes de unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, Op cit, p 694.

والتكاليف مترتبة على ما تستلزمه المفاوضات، والتي تتطلبها عملية الدخول فيها كمصروفات السفر، ونفقات إعداد النماذج، وأتعاب الخبراء ونفقات دراسات الجدوى، واستصدار خطابات الضمان وغيرها⁽¹⁾.

ومن أبرز التطبيقات القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه، ما أكدته صراحة محكمة بروكسل، في حكم صادر عنها بتاريخ 1985/06/24 والذي جاء فيه، بأنه ليس للطرف المتضرر عن قطع المفاوضات، أن يطالب بالتعويض عن المزايا التي كان سيحصل عليها من عقد لم يكن له أن يعتمد عليه⁽²⁾.

وفي حكم مماثل قضت محكمة ران Rennes الفرنسية، بأنه يجب ألا يدخل في حسابان مقدار التعويض، المزايا التي حرم منها المتفاوض المضروب بسبب عدم إبرام العقد المتفاوض عليه، والقول بغير ذلك سيؤدي حتما إلى ترتيب آثار العقد، بالرغم من عدم انعقاده⁽³⁾.

يخلص هذا الاتجاه إلى أنه من الغير المعقول، أن ينشأ حق التعويض بمجرد عدم إبرام العقد النهائي، ذلك أن العقد المراد إبرامه يكون دائما أمرا افتراضيا، و يدخل في دائرة الاحتمال والافتراض، وبالتالي لا توجد هناك فرصة جدية أو حقيقية لتحقيق الكسب، فضلا عن ذلك فإن التعويض عن تفويت الفرصة، من شأنه أن يحول دون ممارسة المتفاوض لحقه الطبيعي في العدول عن المفاوضات، وذلك بسبب الخوف من الحكم عليه بالتعويض⁽⁴⁾.

وفي نفس السياق يتجه القضاء الإنجليزي، إذ يرفض تماما الأخذ بمبدأ التعويض عن تفويت إبرام العقد النهائي، ومبرر ذلك كون أن الأرباح المتوقعة من العقد النهائي، تعد عنصرا بعيدا و غير مؤكد⁽⁵⁾.

وفي مقابل الإتجاه الرفض لفكرة التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي، يرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي، ذلك أنه في حالة ما تضح من الظروف والملابسات، أن المفاوضات كانت قد أشرفت على نهايتها ودخلت مرحلة حاسمة، وكان الأطراف على وشك الوصول إلى اتفاق حول العقد النهائي، بحيث يكونون قد وصلوا إلى نقطة اللارجوع، فإن قطع المفاوضات برعونة دون

(1) جمال الشراوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 29.

(2) Suchan kova M, op cit, p 694.

(3) C. A. RENNES. 8 juil. 1929, D. H. 1929. R.T.D. civ. 1930. P. 112. OBS. DEMOGUE.

(4) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 781.

(5) محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 105.

الاستناد في ذلك إلى مبرر جدي أو موضوعي في ظل وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد النهائي، يعد ضررا يستوجب التعويض⁽¹⁾.

ويؤكد هذا الاتجاه على أن التعويض عن فرصة إبرام العقد النهائي، يقوم على أساس التمييز بين الكسب المحتمل، والذي أصبح أمرا مستحيلا، وهذا أمر لا يجوز التعويض عنه، وبين تفويت فرصة تحقيق هذا الكسب، والذي يكون نهائيا ويقينيا، أي ضررا محققا واجب التعويض⁽²⁾.

يخلص هذا الاتجاه إلى أن المفاوضات إذا بلغت مرحلة متقدمة، واقترب العقد النهائي من الإبرام، وتكوّن الاعتقاد لدى كل طرف بأن العقد النهائي سيرم لا محالة، ثم قام أحد الطرفين بقطع المفاوضات دون الاستناد في ذلك إلى سبب جدي أو موضوعي، يكون بذلك قد فوت فرصة إبرام العقد النهائي على المتفاوض الآخر، فإن هذا يعتبر ضررا محققا يستوجب التعويض.

ويدعم هذا الاتجاه في هذا الخصوص ما ذهبت إليه المادة 2/7 من مبادئ اليونيدروا Unidroit لسنة 1994، والتي نصت على أن (تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها).

وتؤيد بعض أحكام القضاء التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي، ومن أبرز الأحكام القضائية في هذا المجال، ما قضت به محكمة بروكسل التجارية عام 1988، في قضية تتلخص وقائعها⁽³⁾، في أن المفاوضات كانت قد جرت بين شركة بلجيكية تسمى Pasquasy، و بين شركتين إحداهما فرنسية تسمى L'oréal، و الأخرى أمريكية تسمى Cosmar، حول التنازل عن امتياز بيع مستحضرات تجميل من بلجيكا ولوكسمبورغ.

وقد خلصت المحكمة في هذه القضية إلى أن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي في الحالة المعروضة عليه، هو أمر مؤكد يتعين التعويض عنه، و بررت المحكمة ذلك بأنه (لقد تم قطع المفاوضات في وقت كانت فيه هذه الأخيرة شبه ناجحة، وكانت العلاقات التجارية بين الطرفين جيدة، حيث أبرمت عدت صفقات تجارية بين الطرفين خلال عشرة أشهر فقط بحوالي 14 مليون من الفرنكات البلجيكية، وكانت ظروف الحال تنبئ عن

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص122.

(2) محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 85.

(3) Bruxelles (16 é ch.) : 3 février 1988, Jour. Trib. Du 24 septembre 1988. P. 516.

وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد النهائي، وضياع المزايا التي كان سيحققها إبرام العقد النهائي لو كان قد أبرام، وهو ما يجب الحكم بتعويضه).

ومن هنا يبدو واضحا حسب ما ذهب إليه جانب من الفقه، في التعليق على هذا الحكم، أن محكمة بروكسل تكون قد تراجعت عن موقفها السابق، حيث وضعت في اعتبارها الفرصة المالية التي كان من الممكن أن يستفيد منها الطرف المتضرر من قطع المفاوضات، لو أن العقد النهائي كان قد أبرم فعلا، ومن ثم رأت المحكمة أن ازدهار العلاقات التجارية بين الطرفين وتحقيق قدرا كبيرا من الأرباح، وهذا يدل على أن المتضرر فقد مزايا العقد الذي كان على وشك الإبرام، بذلك قضت المحكمة بأن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي يعتبر ضررا مؤكدا يستوجب التعويض⁽¹⁾.

ومن أبرز التطبيقات القضائية في هذا الصدد، على مستوى القضاء الفرنسي ما قضت به محكمة الاستئناف الفرنسية، في حكمها الصادر بتاريخ 1990/01/10، حيث قضت بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه، في قضية تتلخص وقائعها⁽²⁾، في قيام عدة خبراء محاسبين بالاندماج في شركة هولدينغ Holding، وبعد ذلك أعلن أحد الشركاء عن رغبته في أن يبيع لهذه الشركة مجموعة أسهم يمتلكها في شركة أخرى، قبلت الشركة التفاوض معه في هذا الأمر. غير أنه، و بعد أن بلغت المفاوضات مرحلة متقدمة، عدل الشريك عن التفاوض معها، وقام ببيع الأسهم إلى الغير. وعندما قامت محكمة استئناف باريس بنظر النزاع، قضت بمسؤولية الشريك عن قطعه للمفاوضات التي حققت تقدما، دون الاستناد في ذلك إلى أي سبب جدي أو موضوعي، وألزمت المحكمة المتسبب في القطع بتعويض الشركة.

يتضح من خلال ما انتهى إليه الفقه وكذلك أحكام القضاء، إلى أنه يمكن التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه، طالما أن الأمر يتعلق بتفويت فرصة جادة و حقيقية لإبرام العقد النهائي، ويمكن للقاضي أن يستخلص ذلك من خلال ظروف و ملابسات العملية التفاوضية، ولا سيما إذا بلغت المفاوضات مرحلة متقدمة تبين من خلالها أن العقد النهائي سيبرم لا محالة.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 122.

(2) C. APP, DE PARIS. 10 janvier 1990. D. R. SOC 1991. P.8.

ب. التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد مع الغير أو تنفيذه:

يثور التساؤل هنا حول مسألة تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير، فهل يجوز التعويض عنها؟ و هل يجوز أيضا التعويض عن تفويت فرصة عدم تنفيذ العقود التي أبرمها المتفاوض المضور مع الغير، و ذلك من أجل التحضير و الاستعداد لتنفيذ العقد المزمع إبرامه، و الذي يجري التفاوض بشأنه؟

ب1. التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد مع الغير:

يذهب جانب من الفقه وتؤيده في ذلك بعض أحكام القضاء، إلى أنه يحق للمتفاوض المضور من فشل المفاوضات، المطالبة بتعويضه عن تفويت الفرصة عليه لإبرام عقد آخر، عوضا عن العقد المتفاوض عليه والذي فشل في إبرامه، و يشترط في ذلك أن يثبت أنه تخلى عن الفرصة بحسن نية، اعتمادا منه على الأمل الكاذب الذي خلقه المتفاوض الآخر في نفسه، والذي جعله يعتقد بأن العقد محل التفاوض سيبرم لا محالة⁽¹⁾.

وفي مثل هذا الفرض يستطيع المتفاوض الذي تخلى عن فرصة أو فرص أخرى لإبرام عقد بديل مع الغير، بأن يطالب الطرف الآخر المتفاوض معه بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد آخر بديل مع الغير، لأن المتفاوض الآخر قام بقطع المفاوضات دون الاستناد في ذلك إلى سبب جدي أو موضوعي، وبذلك يكون قد أضعاف فرصة حقيقية لإبرام عقد بديل مع الغير⁽²⁾.

و يشترط لاستحقاق هذا التعويض أن تكون الفرصة البديلة جادة و حقيقية وقائمة، وألا يكون ضياع فرصة إبرام عقد بديل مع الغير، راجعا إلى سذاجة المتفاوض المضور، و ذلك بأن يتسبب هذا الأخير كليا أو جزئيا في ضياعها بسبب خطأ صادر منه⁽³⁾.

ومن أبرز التطبيقات القضائية التي أقرت التعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 نوفمبر 1993، والتي سبقت الإشارة إليها، وتتلخص وقائع⁽⁴⁾ هذه القضية في أن زوجين قاما بحجز شقة في

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 789.

(2) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 423.

(3) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 423.

(4) لقد تم التطرق إلى هذه القضية عند تناول الإخلال بالالتزام بالإعلام.

مبنى قيد التشييد، وكان من المتفق عليه أن الشقة يكون لها نافذتان لتوفير الإضاءة الجيدة، غير أن البائع قام بعد ذلك وبخطأ من المهندس، بتعديل مخطط البناء وتم استبدال النافذتين بهوائيتين دون علم الزوجين بذلك، وبعد مرور وقت طويل علم الزوجان بالتعديل الذي حدث في النافذتين، فرفضاً إتمام العقد وطالبا البائع بالتعويض عن تفويت الفرصة عليهما في إبرام عقد بديل مع الغير، واستندا في ذلك إلى أنه لو كان البائع أبلغهما بهذا التعديل غير المتوقع في وقت مبكر، لكانا قد تمكنا من التعاقد مع مشروع إسكاني آخر، وجاء حكم محكمة النقض الفرنسية مؤيدا لحكم قضاة الموضوع في حكمهم على البائع بتعويض الزوجين، لكونه قد ضيع عليهما فرصة جدية وحقيقية لإبرام عقد بديل في مشروع آخر.

وينبغي الإشارة إلى أن التعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير، يثير بعض الصعوبات حسب ما ذهب إليه جانب من الفقه، لاسيما بالنسبة لإثبات أن المتفاوض المتضرر كان سيبرم على نحو مؤكد عقدا بديلا للعقد الذي كانت المفاوضات تجري بشأنه، لو لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطع المفاوضات دون الاستناد إلى سبب جدي، فضلا عن ذلك فإن مبلغ التعويض قد يكون قليلا لو كان خطأ المسؤول عن فشل المفاوضات يسيرا، كما لو كان قد أهمل بعض الأمور التي تسببت في ذلك، وانتهت المفاوضات في وقت مبكر دون إحراز أي تقدم يذكر⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد لم يتردد الفقه الجزائري وكذا المحكمة العليا⁽²⁾ في أحد اجتهاداتها، في اعتماد مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة في شكل مبدأ عام، لأن الفرصة و بالرغم من كونها أمرا احتماليا غير مؤكد، فإن تفويتها يشكل نوعا من أنواع الضرر المحقق الذي يصيب الطرف الآخر، والذي يستوجب أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار عند تقديره للتعويض، وهذا وفقا لظروف وملابسات كل قضية على حدة، رغم صعوبة تقدير الفرصة كقيمة مالية⁽³⁾.

يتضح من خلال ما تقدم أن التعويض عن فرصة إبرام العقد النهائي، أو إبرام عقد بديل مع الغير، أصبح أمرا معترفا به من قبل الفقه والقضاء، وأن قاضي الموضوع هو الذي يقرر ويقدر التعويض عن فقدانها، ويتم تقدير التعويض عن تفويت الفرصة عن طريق حساب الاحتمالات التي تحدد أثر حرمان فقدان الفرصة على الضرر النهائي الذي

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 123.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 185، 186.

(3) المحكمة العليا الجزائرية، غ. أش، 2006/11/15، ملف رقم 372290.

أصاب المضرور، ومن ثم يكون التعويض عن تفويت الفرصة أقل من مقدار التعويض لجبر الضرر النهائي⁽¹⁾.

في معظم الأحيان فإن التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد النهائي أو إبرام عقد بديل، يكون في صورة مبلغ جزافي، ويشترط في تحديد قيمته ألا يصل المبلغ إلى حد قيمة الأرباح المتوقعة من العقد المراد إبرامه، لو تم إبرامه فعلا⁽²⁾.

ب2. التعويض عن تفويت فرصة عدم تنفيذ العقود المبرمة مع الغير:

من المؤلف في مجال المعاملات التجارية الدولية، أن يقوم المتعامل الراغب في التعاقد عند إجراء المفاوضات، بإبرام الكثير من العقود التي تعين على تنفيذ العقد النهائي المراد إبرامه، كإبرام عقد التأمين مع شركة التأمين، من أجل التأمين على عناصر المشروع، أو إبرام عقد نقل من أجل نقل البضائع محل العقد النهائي، أو إبرام عقد قرض من أجل تمويل المشروع محل التفاوض.

وعليه فإن قطع المفاوضات دون الاستناد في ذلك إلى سبب جدي أو موضوعي، سيؤدي حتما إلى عدم تنفيذ هذه العقود المساعدة أو المكملة للعقد الأصلي⁽³⁾.

وهنا يثور التساؤل حول إمكانية طلب الطرف المتضرر من قطع المفاوضات، بالتعويض عما يستحق عليه من تعويضات لصالح الغير، بفعل عدم تنفيذ العقود التي أبرمها مع الغير بسبب فشل المفاوضات.

يذهب الرأي الراجح فقها على أنه ينبغي في هذا الصدد التفرقة بين حالتين⁽⁴⁾. الحالة الأولى، أن يكون فيها المتفاوض الذي عدل عن المفاوضات دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي، عالما بهذه العقود أو التعهدات التي التزم بها المتفاوض المضرور ولم يعترض عليها، بل هو الذي حث و دفع المتفاوض المضرور إلى إبرامها، حيث تكوّن لهذا الأخير اعتقاد راسخ بأن العقد النهائي سيبرم لا محالة.

(1) أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص 199.

(2) رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 624.

(3) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 792.

(4) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 96، 97.

وعليه، يذهب هذا الرأي إلى القول بأنه في هذه الحالة، فإن العدل والمنطق يقضيان بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول عن فشل المفاوضات، ملتزماً بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المضروب تجاه الغير.

الحالة الثانية والتي يكون فيها المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات، لا يعلم بوجود مثل هذه العقود والتعهدات، أو كان عالماً بها غير أنه اعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة يرى هذا الاتجاه بأن المنطق والعدل يقضيان بالألا تقوم مسؤولية هذا المتفاوض عن التعويضات المستحقة على المتفاوض قبل الغير، من جراء عدم تنفيذ هذه العقود والتعهدات⁽¹⁾.

ويؤكد هذا الاتجاه ما ذهب إليه، بالقول أن المتفاوض الحريص على مصالحه الخاصة، يجب عليه ألا يقدم على إبرام عقد معين مع الغير، إلا بعد أن يبرم العقد النهائي، لأنه قبل ذلك فإن العقد النهائي يكون في دائرة الاحتمال، أي لا يمكن الجزم بإبرامه أو عدم إبرامه، كما أن إبرام عقوداً مع الغير مع عدم إعلام المتفاوض الآخر بذلك، أو إبرام تلك العقود مع الغير رغم اعتراض الطرف الآخر المتفاوض معه على ذلك، فإن هذا المتفاوض غير الحريص، يتحمل لوحده مسؤولية هذا التصرف، فضلاً عن أن إبرام العقود والتعهدات مع الغير دون علم المتفاوض الآخر، يعد أمراً غير متوقع عند الاتفاق على التفاوض، و من ثم فإن المتفاوض الآخر لا يتحمل مسؤولية ما قد يترتب من أضرار بسبب عدم تنفيذ تلك التعهدات في مواجهة الغير، و ذلك طبقاً لما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية، التي تشترط أن يكون الضرر مما يمكن توقعه وقت التعاقد⁽²⁾.

وهذا ما ذهبت إليه المادة 182 من القانون المدني الجزائري، و التي جاء فيها (غير أنه 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).

وعليه، يقترح بعض خبراء التفاوض، أنه في حالة المتفاوض الذي يقوم بإبرام عقود و تعهدات مع الغير لإثبات جديته، و حرصه على إبرام العقد النهائي وتنفيذه بشكل سريع، يستطيع أن يتخذ الاحتياطات اللازمة التي تحول دون تحمله المسؤولية العقدية

(1) محمد محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 113.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 794.

التي تترتب عن عدم تنفيذ هذه العقود قبل الغير، بأن يُضمّن هذه العقود شرطا يجعل نفاذها معلقا على شرط إبرام العقد الأصلي المتفاوض عليه⁽¹⁾.

يبدو واضحا من خلال ما تقدم، أن التعويض عن تفويت فرصة التعاقد سواء تعلق الأمر بإبرام عقد نهائي، أو بإبرام عقود بديلة مع الغير، أصبح أمرا مسلما به لدى غالبية الفقه والقضاء، والتعويض هنا لا ينطوي على التعويض عن الكسب الذي كان سيجنيه المتعاقد لو أن العقد النهائي أبرم، لأن ذلك أمر احتمالي لا يمكن الجزم بوقوعه، فالتعويض هنا يقتصر فقط على تفويت فرصة التعاقد التي تسبب فيها المتعاقد الآخر، بسبب قطع المفاوضات دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي، وأن القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض المترتب عن تفويت الفرصة، عن طريق حساب الاحتمالات التي تحدد أثر حرمان المضرور على الضرر النهائي الذي ترتب، وفي جميع الحالات فإن تقدير التعويض عن تفويت الفرصة يكون أقل من التعويض المقرر لجبر الضرر النهائي.

أما بشأن إبرام عقود مع الغير من أجل تسريع تنفيذ العقد الأصلي، فإن المتفاوض يجب عليه دائما أن يُعلم المتفاوض الآخر بتلك العقود ويحدد موقفه منها، بحسب ما يبيديه المتفاوض الآخر من قبول أو رفض، أو تعليق أمر تنفيذه دائما على إبرام العقد النهائي الذي تجري المفاوضات بشأنه.

الفرع الثالث فسخ عقد التفاوض

إذا نشأ عقد التفاوض صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروط صحته، فإن مصيره المألوف هو الوفاء، أي تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه، حتى تجري المفاوضات في إطار منظم تسوده الثقة والأمان.

غير أنه في بعض الحالات أو في ظروف معينة، قد يتقاعس أحد الأطراف المتفاوضة عن تنفيذ أحد الالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، حيث يحق للطرف المتضرر من عدم تنفيذ الالتزام المطالبة بفسخ عقد التفاوض، و عليه سيتم تناول تعريف الفسخ و شروطه وصوره، وذلك على النحو التالي:

(1) عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض على العقد ذي الطابع التعاقدية، مرجع سابق، ص 108.

أولاً: تعريف الفسخ و شروطه:

يقنضي بيان مدلول الفسخ تعريفه وتحديد شروطه:

1 - تعريف الفسخ:

يعرف الفسخ⁽¹⁾ عموماً وطبقاً للقواعد العامة، بأنه (حل الرابطة العقدية)⁽²⁾ بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين، بالتزام ناشئ عنه إذا لم يف المتعاقد بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر حل الرابطة العقدية، حتى يتحرر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه، ومن ثم فإن الفسخ يعد جزاءً على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته⁽³⁾.

إن اختيار طريق الفسخ من قبل المتعاقد للتحرر من الرابطة العقدية الفاشلة، قد يكون مرده إلى عدم فعالية إجراءات التنفيذ الجبري أو التنفيذ بطريق التعويض، وقد لا يجدي الدفع بعدم التنفيذ، لأنه مجرد موقف سلبي في مواجهة طرف سيء النية، قد يسبب طول الانتظار من قبل الدائن في الحاق أضرار به، لاسيما إذا قام الدائن بتنفيذ التزاماته بحسن نية⁽⁴⁾.

ولما كان عقد التفاوض طبقاً للقواعد العامة، هو عقد ملزم للجانبين، فإنه يجوز لأحد المتفاوضين أن يطلب فسخ العقد، في حالة ما إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته، وهذا ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري، التي جاء فيها (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين، إذا اقتضى الحال ذلك).

(1) يتفق الفسخ مع البطلان في زوال الرابطة العقدية، بأثر رجعي بحيث يعاد المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل إبرام العقد، غير أنهما يختلفان في عدة نواح، ذلك أن الفسخ يرد على عقد نشأ صحيحاً، غير أنه يترتب عن تقاعس أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه الذي يفرضه العقد، بينما يرد الإبطال على عقد نشأ معيباً من يوم انعقاده، سواء كان هذا العيب يتعلق بعيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال أو نقص الأهلية، ويختلف الفسخ عن الإبطال بأن الحكم بالفسخ جوازي بالنسبة للقاضي، إلا إذا اتفق المتعاقدان أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، أما في الإبطال فإن طلبه من شرع الإبطال لمصلحته واجب على القاضي أن يحكم به، و دعوى الإبطال تسقط بتقادم مدته عشر سنوات من يوم بلوغ القاصر سن الرشد، أو اكتشاف العيب الذي اعترى الإرادة، بينما دعوى الفسخ لا تسقط إلا بمضي 15 سنة./ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 109، 110.

(2) يمكن أن تنتهي الرابطة العقدية عن طريق الإنهاء، ويختلف الفسخ عن الإنهاء، إذ أن الأول يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي، أما الثاني فيؤدي إلى زوال العقد بأثر فوري، بمعنى أن القوة الملزمة للعقد تزول ابتداءً من تاريخ الإنهاء، دون المساس بوجود العقد في الماضي./ محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 403.

(3) محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 401.

(4) علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص 110.

يتضح من خلال نص هذه المادة، أن فسخ العقد هو حق مقرر لكل متعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه، وهذا الحق يتضمنه العقد ذاته، حتى وإن لم ينص هذا الأخير صراحة على ذلك، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد منه، إلا باتفاق صريح بين الطرفين⁽¹⁾.

إن فسخ عقد التفاوض، يقتضي منا بيان شروطه وصوره، وكيفية حصوله، والآثار المترتبة عنه، وذلك على النحو التالي.

2. شروط الفسخ:

كما سبق القول، فإن طلب الفسخ هو حق مقرر لكل متعاقد، يترتب عن عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، وهذا الحق ثابت في كافة العقود الملزمة للجانبين⁽²⁾، وحتى يستطيع الدائن المتفاوض طلب فسخ عقد التفاوض، لا بد أن تتوفر الشروط التالية.

أ. إخلال المتعاقد بالتزاماته:

يجب أن يكون المتفاوض الآخر قد أخل بتنفيذ إلتزامه بالتفاوض، ويعتبر المتفاوض مخلا بالتزامه، إذا لم يتم بتنفيذ المطلوب منه في الموعد المحدد لذلك، أو يعلن صراحة قبل حلول الأجل عن نيته في عدم تنفيذ الإلتزام، كما يستطيع الدائن طلب الفسخ أيضا في حالة ما إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن، أو غير مجدي بفعل المدين.

إن عدم تنفيذ المدين للإلتزامه قد يكون بصورة كلية، أي بالامتناع الكلي عما يفرضه عليه عقد التفاوض، أو بعدم التنفيذ الجزئي سواء تعلق الأمر بتنفيذ جزء من الإلتزام، أو بتنفيذه بطريقة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه، أو بالتأخير في التنفيذ، كأن يقوم المتفاوض بإخفاء بعض المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، كما هو الشأن في عقد نقل التكنولوجيا، كأن يقوم حائز التكنولوجيا بإخطار المتفاوض متلقي التكنولوجيا محل التفاوض، غير أنه لم يحدد بصفة دقيقة الآثار التي قد تترتب عن هذه التكنولوجيا، أو أخبره بطريقة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه، في مثل هذه الحالات يكون حائز

(1) علي أحمد صالح ، مرجع سابق، ص796.

(2) يرد الفسخ على جميع العقود الملزمة للجانبين دون استثناء، سواء كانت العقود الفورية أو الزمنية، محددة المدة أو غير محددة المؤكدة، ويسري الفسخ على عقد القسمة وعقد الصلح، والعقود المدنية والعقود الإدارية، والعقود الاحتمالية الملزمة للجانبين كعقد العمل. ولا يسري الفسخ على العقود الملزمة من جانب واحد لأنه إذا لم يتم الطرف الملزم بتنفيذ الإلتزام لا يكون هناك مصلحة للطرف الآخر بأن يطلب الفسخ، لأنه ليس عليه الإلتزام يتحلل منه بالفسخ، إذ تقتضي مصلحته أن يطلب تنفيذ العقد، كعقد الهبة مثلا./ محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص405.

التكنولوجيا قد أخل بالتزامه بالإعلام الذي يفرضه عقد التفاوض، وبالتالي يستطيع طالب التكنولوجيا أن يطلب فسخ عقد التفاوض، لأن المتفاوض معه يكون قد أخل بالتزامه، ويستوي في ذلك أن يكون ذلك الإخلال واقع من جانب المدين بالإعلام بصفة كلية، أو جزئية.

ب. أن يفي طالب الفسخ بالتزاماته:

من البديهي أن طالب فسخ عقد التفاوض لعدم التنفيذ، لا يستطيع ممارسة حقه في طلب الفسخ، بحجة أن الطرف المتفاوض معه لم يقد بتنفيذ التزامه، أو على الأقل أن يكون مستعدا لتنفيذ هذا الالتزام، أما إذا كان المتعاقد الذي يطلب الفسخ لم ينفذ التزامه أو غير مستعد لتنفيذه، فإنه يعد مقصرا ولا يجوز أن يطلب فسخ العقد، استنادا إلى عدم تنفيذ المتفاوض معه لالتزاماته⁽¹⁾.

فإذا حدد المتفاوضان في عقد التفاوض مدة معينة من أجل بدء عملية التفاوض، فلا يستطيع المتفاوض أن يطلب فسخ عقد التفاوض، استنادا إلى أن المتفاوض الآخر لم ينفذ التزامه بالدخول في المفاوضات، طالما أن المتفاوض طالب الفسخ، لم يقد بخطوات إيجابية تدل على أنه قام بتنفيذ التزامه، أو أنه مستعد للدخول في المفاوضات، وذلك بالامتناع عن الذهاب إلى طاولة المفاوضات في المدة المتفق عليها، أو في المدة المعقولة.

وبصدد تحديد المدة المعقولة للدخول في المفاوضات، فقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة المدة المعقولة في قضية رونو الشهيرة، والتي سبق تناولها عند الكلام عن الالتزام بالبدا بالتفاوض.

ت. إعدار المدين:

حتى يستطيع الدائن طلب فسخ عقد التفاوض، يشترط أيضا أن يلتزم أولا بإعدار المدين (المتفاوض الآخر) قبل طلب الفسخ، ذلك أن المدين لا يعد متخلفا عن الوفاء بالتزامه إلا بعد إعداره⁽²⁾، لأن الإعدار هو الذي يضع المدين في موضع الإخلال بالتنفيذ، وهذا ما قضت به المادة 119 من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليها.

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 797.
(2) إن الإعدار يكون بمطالبة المدين بتنفيذ التزامه، والذي تخلف عن الوفاء به وتسجيل التأخير في تنفيذه، ويلزم فوق ذلك تهديد المدين بفسخ العقد، في حالة عدم قيامه بتنفيذ التزاماته، ولا يتحقق الإعدار بمجرد أن يتضمن تهديد أو طلب

فالتفاوض الذي يتوقف عن المفاوضات، وبالتالي يخل بالتزامه في مواصلة التفاوض الذي يفرضه عقد التفاوض، فإن الطرف الآخر المتفاوض معه يجب عليه قبل طلب فسخ عقد التفاوض، أن يوجه إعدارا للمدين لمواصلة التفاوض، فإن إمتنع عن تنفيذ التزامه بمواصلة التفاوض رغم توجيه هذا الإعدار من الدائن، فيجوز له حينئذ طلب فسخ عقد التفاوض.

ثانيا: صور الفسخ:

إن فسخ العقد عموما يتقرر بحسب الأصل، بمقتضى حكم قضائي أو قد يقع تلقائيا عند وجود شرط في العقد، يقضي باعتبار العقد مفسوخا تلقائيا إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزاماته الناشئة عن العقد.

1. الفسخ القضائي:

كما سبق القول فإنه من حيث الأصل يتقرر الفسخ بمقتضى حكم قضائي، إذا ما توفرت شروط فسخ العقد، والقاضي يستطيع الحكم تبعا لذلك بفسخ عقد التفاوض. غير أن القاضي غير ملزم بالضرورة بالحكم بالفسخ إذا توفرت شروطه، فهو يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الحل المناسب الذي يتوافق مع الظروف والملابسات، التي وقع فيها الإخلال بتنفيذ العقد.

وهذا ما قضت به المادة 119 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية، بالنسبة إلى كامل الالتزامات). يتضح من خلال نص هذه المادة، أن القاضي عندما يطلب أحد الأطراف المتفاوضة فسخ عقد التفاوض، فإنه غير ملزم بفسخ هذا العقد، و يكون أمامه ثلاثة خيارات.

الخيار الأول، منح المدين أجلا للوفاء، حيث يستطيع القاضي أن يمنح للمدين الذي لم يف بالتزامه، والذي يفرضه عليه عقد التفاوض، كالاتزام بالبدء في المفاوضات مثلا، وذلك بالنظر إلى الظروف و الملابسات التي أحاطت بتنفيذ الالتزام، كما لو كان المدين

الفسخ، دون التكاليف بالوفاء./ نقض مصري 1964/11/12، س 15، ص 1028، 1984/4/3، س 35، ص 640 / محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 407، هامش رقم 1.

بتنفيذ الالتزام حسن النية، غير أن هناك ظروف استثنائية عابرة، تستوجب إهماله بعض الوقت لتنفيذ التزامه.

إن تقدير الظروف التي يستند عليها في منح المدين أجل من أجل الوفاء بالتزامه، هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي دون تعقيب عليه من المحكمة العليا، طالما أنه استند في ذلك إلى أسباب موضوعية سائغة⁽¹⁾.

أما الاختيار الثاني، فيتعلق بطلب المتفاوض المتضرر من عدم تنفيذ الالتزام فسخ العقد، حيث يستطيع القاضي أن يرفض هذا الطلب، أي الحكم بالفسخ إذا لم يف به المدين، وكان قليل الأهمية بالنسبة للالتزام ككل، ففي هذه الحالة يكون التنفيذ جزئياً للالتزام، أي أن تقصير المدين ليس على درجة من الجسامة، والتي تستدعي الحكم بالفسخ، وهنا فإن القاضي يكتفي بالحكم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور، من جراء الإخلال بالالتزام أو بسبب التنفيذ المعيب.

عملياً فإن هذا الاختيار يتجسد في أن المتفاوض حسن النية، والذي لم يلتزم بالدخول في المفاوضات في المدة المتفق عليها، قد يؤدي إلى إلحاق بعض الأضرار قليلة الأهمية بالنسبة للطرف الآخر المتفاوض معه، كمصاريف الإقامة والنقل، ويكون للقاضي هنا السلطة التقديرية لتحديد مدى جسامة الإخلال الجزئي بالالتزام.

أما الاختيار الثالث، فيتعلق بالحكم بالفسخ، ذلك أن القاضي يستطيع الحكم بفسخ عقد التفاوض، إذا كانت هناك أسباب موضوعية تبرر هذا الفسخ، كما لو تبين للقاضي مثلاً أنه لا جدوى من الإبقاء على العقد، أو سوء نية المدين و تعمده عدم التنفيذ، أو إهماله الجسيم في ذلك، على الرغم من توجيه الدائن إعدارا له، كما يستطيع كذلك الحكم بالفسخ في حالة عدم تنفيذ الجزء الأكبر من العقد، أو التنفيذ المعيب أو المتأخر للالتزام، بطريقة تتنافى مع الغرض المقصود من العقد⁽²⁾.

و جدير بالذكر هنا، أنه إلى جانب الحكم بالفسخ، يستطيع القاضي أيضاً الحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت الدائن نتيجة لذلك الفسخ، الراجع إلى تقصير المدين في تنفيذ التزامه، وهنا يكون التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية لأن العقد زال بفعل الفسخ، ولا يطبق الشرط الجزائي الوارد فيه، وذلك طبقاً لما ذهب إليه المادة 119

(1) و هذا ما نصت عليه المادة 2/119 من القانون المدني الجزائري، على أنه (يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية، بالنسبة لكامل الالتزامات).
(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 410.

من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليها (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين، إذا اقتضى الحال ذلك).

يتضح من خلال ما تقدم أن عقد التفاوض بإعتباره من العقود الملزمة للجانبين، يرتب التزامات متقابلة على عاتق الطرفين، فإن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته التي يفرضها عقد التفاوض، كالإلتزام بالبدء في المفاوضات أو الاستمرار فيها مثلا، فإن الطرف الآخر المتفاوض معه يستطيع أن يطلب من القاضي فسخ عقد التفاوض، غير أن القاضي قد يرفض هذا الطلب إعمالا لسلطته التقديرية، حيث يجوز له منح أجل للمدين من أجل تنفيذ التزامه، أو يستطيع استبعاد الحكم بالفسخ، إذا رأى أن الإلتزام الذي لم يتم المدين بتنفيذه، لم يبلغ من الجسامة بحيث يؤدي معها إلى الحكم بفسخ عقد التفاوض، وفي مقابل ذلك يستطيع القاضي الحكم بفسخ عقد التفاوض، إذا رأى أنه لا جدوى من استمرار العقد، وذلك بالنظر إلى التصرفات، أو السلوكات التي أظهرها المدين، والتي تدل على سوء نيته.

2. الفسخ الاتفاقي :

كما تم بيانه فيما تقدم، إن الفسخ لا يقع من حيث الأصل، إلا بمقتضى حكم قضائي إذا توفرت شروطه، غير أنه قد يفضل المتعاقدان تقاديا لما يقرره القاضي بشأن العقد المبرم بينهما، في حالة عدم تنفيذ أحد الطرفين التزاماته، الاتفاق مقدما على أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه، بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، أو بأحد الإلتزامات بالذات، ويطلق عليه الفسخ التلقائي الاتفاقي، أو الشرط الصريح الفاسخ⁽¹⁾، إن ورود هذا الشرط في العقد، لا يعفي من لزوم إعدار المدين لتنفيذ التزامه، ولا يقع الفسخ تلقائيا، إذا لم يتم إعدار المدين⁽²⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، لمجرد تحقيق الشروط المتفق عليه، وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا

(1) Cause résolutoire expresse.

(2) لا يفسخ العقد تلقائيا، طالما لم يتم إعدار الدائن للمدين لتنفيذ ما لم يتفق الاطراف صراحة على عدم لزوم الإعدار، وهذا ما يستخلص من المادة 120 من القانون المدني الجزائري.

الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف، عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين).

وعليه، فقد يتضمن عقد التفاوض، شرط يقضي بأن عقد التفاوض يفسخ في حالة إخلال أحد الأطراف بالالتزامات التي يرتبها، أو بأحد الالتزامات بذاتها، كالاتفاق مثلا على أن عقد التفاوض يفسخ في حالة عدم التزام المدين متلقي المعلومات السرية بالمحافظة على سريتها خلال مدة زمنية معينة، وفي الواقع العملي يظهر هذا الشرط خصوصا في عقود نقل التكنولوجيا.

طبقا للقواعد العامة، فقد يتفق الطرفان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، وفي هذه الحالة يجب رفع دعوى لطلب الفسخ، ويجب قبل ذلك إعدار المدين، لكن على القاضي أن يقضي حينئذ بالفسخ، إذا اتفق الطرفان على أن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه، و دون الحاجة إلى حكم القضاء، غير أنه إذا ثار نزاع حول هذا الاتفاق ورفع إلى القضاء، فعلى القاضي أن يقضي بالفسخ، ويكون حكمه كاشفا للفسخ لا منشئا له، لأن الفسخ ترتب عن اتفاق الطرفين و ليس على حكم القاضي، ولكن هذا الاتفاق لا يعني عدم الإعفاء من توجيه إعدار للمدين بتنفيذ التزامه(1).

وبصدد الفسخ الاتفاقي أيضا، قد يصل المتعاقدان إلى أقصى درجة من القوة، حينما يتفقان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، و دون الحاجة إلى حكم أو إعدار، حيث يقع الفسخ في هذه الحالة بمجرد الإخلال بالالتزام، دون الحاجة إلى إعدار المدين، أو رفع دعوى لاستصدار حكم بذلك، وإذا حدث نزاع بشأن هذا الاتفاق ورفع الأمر إلى القضاء، فعلى القاضي أن يقضي بالفسخ وجوبا، و يكون حكمه كاشفا للفسخ وليس منشئا له(2).

وينبغي الإشارة أخيرا إلى أنه عندما يتقرر فسخ عقد التفاوض، سواء عن طريق حكم قضائي، أو بالاتفاق بين الطرفين المتفاوضين، فإن الفسخ يؤدي إلى زوال عقد التفاوض بأثر رجعي، ولا يقتصر أثره على المستقبل، وإنما يعود إلى تاريخ إبرام العقد، و يعتبر العقد كأن لم يكن، و يترتب عن ذلك إزالة كل أثر ترتب عليه، و من تم إعادة

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 107.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 414.

المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد⁽¹⁾، و يستلزم ذلك أن يقوم كل متفاوض برد ما أخده المتفاوض الآخر من وثائق ومستندات، و خرائط و تصميمات ونماذج صناعية، و كل ما تم تقديمه من أجل القيام بعملية التفاوض، بهدف إبرام العقد النهائي، فإن كان ذلك مستحيلا، حكم القاضي بالتعويض، وهذا نصت عليه المادة 122 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها (على أنه إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإن استحال ذلك، جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض).

3. حالة فسخ عقد التفاوض عندما يكون شرطا في عقد أصلي:

في حالة ما إذا كان التفاوض شرطا في عقد أصلي، وفسخ هذا الاتفاق، فهل يقتصر الفسخ على عقد التفاوض لوحده، أم يمتد ليشمل كذلك العقد الأصلي، كما هو الحال بالنسبة للشرط الذي يقضي بالالتزام بالتفاوض من أجل إعادة التوازن العقدي، في حالة اختلال هذا التوازن، بفعل تغير الظروف الاقتصادية التي أبرم فيها العقد؟

ومن أبرز التطبيقات القضائية لمسألة ورود شرط التفاوض ضمن عقد أصلي، ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية تتلخص وقائعها⁽²⁾، في إبرام عقد بيع أجهزة وبرامج معلوماتية، مع تعهد البائع بالتفاوض مع المشتري، حول إبرام عقد صيانة لهذه الأجهزة عندما تنتهي فترة الضمان، إلا أن البائع لم ينفذ التزامه بالتفاوض، وعلى إثر ذلك، قام المشتري برفع دعوى أمام المحكمة مطالبا بفسخ البيع، غير أن المحكمة رفضت طلب المشتري.

ولما رفع الأمر إلى محكمة استئناف باريس، قضت المحكمة بوجود اتفاق تفاوض يتضمنه عقد البيع، و من تم أقرت المحكمة بمسؤولية البائع، عن الإخلال بالتزامه بالتفاوض، وهي مسؤولية عقدية، غير أن المحكمة انتهت إلى تأييد حكم محكمة أول درجة، بعدم فسخ العقد الأصلي، و استندت المحكمة في ذلك إلى أن الإخلال بالالتزام بالتفاوض حول عقد الصيانة، لا يشكل في ظروف الدعوة الحالية خطأ يستوجب فسخ عقد البيع، حيث ثبت أن إصلاح الأجهزة محل العقد لم يكن مستحيلا.

(1) وقد خرج المشرع الجزائري عن هذا الحكم في الرهن الرسمي، في نص المادة 885 (على أن يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، والرهن الصادر من المالك الذي تقرر عن ملكيته أو فسخته...).

(2) C.APP. DE PARIS. 5e ch. 1 Octobre 1980. VIVANT. LAMY. Droit de l'informatique. 1994. P. 551.

يتضح من خلال هذا الحكم، أنه عندما يرد التفاوض كشرط في عقد أصلي، فإن فسخ عقد التفاوض لا يؤدي إلى فسخ العقد الأصلي، طالما أن شرط التفاوض لم يتعلق بعنصر جوهري في العقد الأصلي.

غير أنه إذا كان عقد التفاوض وارد على مسألة جوهرية في عقد أصلي، كحالة ورود شرط التفاوض في عقد معين، يقضي بالتفاوض من أجل إعادة التوازن، إذا طرأت ظروف معينة أدت إلى اختلال توازن العقد الأصلي، فإن فسخ عقد التفاوض في هذه الحالة، يؤدي حتما إلى فسخ العقد الأصلي أيضا، بحكم أن اتفاق التفاوض في هذه الحالة يهدف إلى التفاوض، لمواجهة الصعوبات التي تعترض طريق العقد من أجل إنقاذه، فالعقد الأصلي مرتبط بوجوده على التفاوض بشأنه⁽¹⁾.

ومن أبرز الأمثلة التي يسوقها الفقه في هذا المجال، أن يتفق الطرفان في عقد التفاوض على فسخ العقد الأصلي، كأن يبرم عقد توريد لمدة 5 سنوات، ويتضمن هذا العقد شرطا يقضي بما يلي (يتعهد الطرفان بالتفاوض في بداية كل عام لتعديل الثمن، وفق المتغيرات الاقتصادية الجديدة، فإذا لم يتوصلا إلى اتفاق في هذا الشأن في ظرف ثلاثين يوما، اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه)⁽²⁾.

الفرع الرابع

انفساخ عقد التفاوض

إذا استحال على أحد طرفي عقد التفاوض تنفيذ التزامه بالتفاوض مثلا، وكان سبب هذه الاستحالة لا يرجع إلى المدين نفسه، وإنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنه في هذه الحالة لا يتقرر الفسخ، وإنما يتقرر انفساخ العقد بقوة القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 121، من القانون المدني الجزائري بقولها (في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، إنقضت الإلتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بقوة القانون).

وعليه سيتم تناول شروط انفساخ عقد التفاوض والآثار المترتبة عنه، وذلك على النحو التالي:

(1) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 801.
(2) حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، مرجع سابق، 1995، ص 452.

أولاً: شروط انفساخ عقد التفاوض:

حتى يقع انفساخ عقد التفاوض يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1. يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا أو غير ممكن، والمقصود بالاستحالة هنا، هي الاستحالة الموضوعية المطلقة، كهلاك الشيء المبيع محل العقد النهائي المتفاوض عليه، ولا يعتد في هذه الحالة بالاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه، كسوء وضعه المالي الذي لا يسمح له بالوفاء بالتزامه، كما يشترط في الاستحالة أيضا أن تكون دائمة، أي أن يصبح أداء الالتزام غير ممكن، فالاستحالة تؤدي إلى وقف سريان العقد خلال فترة الاستحالة مع استئناف سيرانه بعد ذلك، أي بزوال فترة الاستحالة⁽¹⁾، فالتفاوض مثلا حول عقد توريد، يتوقف خلال الفترة التي حددها قرار صادر يمنع استيراد سلعة لفترة معينة.
2. أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي، ويعني ذلك أن ترجع استحالة تنفيذ الالتزام إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ويتمثل السبب الأجنبي في القوة القاهرة، أي الحدث الذي لا يمكن توقعه أو دفعه أو تفاديه، وهذه المسألة تختلف باختلاف الظروف، كالزلازل والأعاصير، والحروب... إلخ⁽²⁾.

إن الاستحالة قد تكون مادية، وذلك بفعل القوة القاهرة، كحدوث فيضانات أدت إلى هلاك المحصول محل عقد البيع المتفاوض عليه، وقد تكون الاستحالة قانونية سببها صدور قانون أو قرار إداري، يحول دون تنفيذ الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، كالقرار الذي يمنع استيراد سلعة معينة محل العقد النهائي المتفاوض عليه، أو منع استيراد السلعة من دولة محددة.

3. إثبات المدين للاستحالة والسبب الأجنبي، إذ يجب على المدين أن يثبت الاستحالة والسبب الأجنبي، حيث يقع عبء الإثبات عليه، وهذا ما قضت به المادة 176 من القانون المدني الجزائري، بقولها (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يتبين أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه).

ثانياً: آثار انفساخ عقد التفاوض:

إذا توفرت شروط انفساخ عقد التفاوض، فإن الالتزام ينقضي وينقضي الالتزام المقابل، وينفسخ العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه، دون حاجة إلى إعدار المدين، ودون

(1) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 224.

(2) علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 108.

حاجة أيضا إلى صدور حكم قضائي بذلك، غير أنه إذا ثار نزاع حول حدوث الاستحالة ورفع الأمر إلى القضاء، وقرر هذا الأخير قيام الاستحالة بانفساخ العقد، فإن حكم القاضي لا يكون منشأ للفسخ، وإنما يكون مقرا لحصوله، وذلك من وقت حدوث الاستحالة(1).

إن الآثار المترتبة عن انفساخ العقد بقوة القانون، هي نفس الآثار المترتبة عن الفسخ، حيث يُرد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وبالتالي يؤدي ذلك إلى زوال الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض، غير أنه قد يتفق الطرفان على أن تبقى بعض الالتزامات سارية رغم انفساخ عقد التفاوض، كتعهد متلقي المعلومة السرية خلال مرحلة المفاوضات، والتي فشلت وترتب عنها فسخ عقد التفاوض، بالمحافظة على تلك المعلومات التي تلقاها خلال مدة زمنية معينة.

وإذا انقضى الالتزام بفعل استحالة تنفيذه من قبل المدين، في عقد التفاوض لسبب أجنبي، فإن تبعة الهلاك يتحملها المدين بهذا الالتزام، لأنه لا يستطيع مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذ هذا الالتزام(2).

وينبغي الإشارة أخيرا فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية، باعتبارها أحد الآثار التي يربتها عقد التفاوض، أنه يجوز للأطراف الاتفاق على تنظيم أحكامها أو تعديلها، سواء بالتخفيف أو التشديد أو الإعفاء، وذلك في حدود ما يقضي به النظام العام، وهذا ما قضت به المادة 178 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها (يجوز الاتفاق أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي).

وعليه، وطبقا لما ورد في المادة 178 المذكورة أعلاه، فإنه يجوز التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، عن الإخلال بأحد الالتزامات التي يربتها عقد التفاوض، وعدم

(1) محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 426، 427.
(2) وذلك طبقا لنص المادة 176 من القانون المدني والتي نصت على أنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت بسبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

التزام المدين بدفع أي تعويض للدائن، ولو ثبت إصابته بضرر نتيجة عدم تنفيذه لالتزامه، غير أنه لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية، في حالة غش المدين أو الخطأ الجسيم، ومن تم فإن الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، يقتصر على الخطأ غير العمدي أو التافه(1).

كما لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، بالمخالفة لقاعدة تتعلق بالنظام العام، ومثال ذلك الاتفاقات الدولية التي انضمت إليها الجزائر، والتي تضع حدا أدنى وحدا أقصى للمسؤولية، فهنا يكون الاتفاق حول إعفاء المدين من المسؤولية، أو التخفيف منها عن الحد الذي تقضي به الاتفاقية، باطلا بطلانا مطلقا، لأن الحدود الواردة في الاتفاقية تتعلق بالنظام العام(2).

كما يتضح من نص المادة 178 كذلك، أنه يجوز للطرفين أن يتفقا على تعديل قواعد المسؤولية العقدية، ولو كان ذلك إلى حد تحميل المدين المسؤولية عن السبب الأجنبي، كقيام حرب أو حدوث زلزال، مما ترتب عنه فشل المفاوضات.

و يستطيع المدين أن يؤمن على مسؤوليته العقدية، ويشمل التأمين كل خطأ يصدر منه، بشأن تنفيذ الالتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، ما عدا حالتي الفعل العمد أو الخطأ الجسيم، فضلا عن تأمين كل خطأ يصدر عن أتباعه، أو ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه، حتى عن الفعل العمد(3).

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية

إن العقود الداخلية تخضع للقانون الداخلي، ولا يجوز تطبيق أي قانون أجنبي عليها، أما العقود الدولية فتخضع لأحكام القانون الدولي الخاص، والتي تثير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك لاتصال العقد بأكثر من نظام قانوني.

إن الحديث عن مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، يستلزم بادئ ذي بدء تحديد مدلول دولية العقد، أي متى يتعلق الأمر بعقد دولي يثير مسألة تنازع القوانين،

(1) المادة 178 السابق الإشارة إليها.

(2) علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 565، 566.

(3) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 482.

وهذا التحديد لا يتم بإرادة الأطراف، بل يتولى القاضي تحديد الطابع الدولي للعقد، في ضوء عناصره وخصائصه الذاتية.

وعليه، وقبل التطرق للقانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض، يتعين أولاً بحث إشكالية المعايير المعتمدة لتحديد الطابع الدولي للعقد في فرع أول، وفي فرع ثانٍ بحث ضوابط الإسناد التي يعتمد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية المترتبة عن عقد التفاوض، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: معايير تحديد دولية العقد.

الفرع الثاني: ضوابط الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق.

الفرع الأول

معايير تحديد دولية العقد

إن تحديد دولية العقد تكتسي أهمية كبيرة لمعرفة القانون الواجب التطبيق، عند الإخلال بالالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، ذلك أن الإخلال بهذه الإلتزامات، من شأنه أن يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، والتي يجب أن تخضع لقانون دولة ما.

إن تحديد الطابع الدولي للعقد، وما يترتب عنه من إسناد أو إخضاع النزاع لقانون دولة ما، ليس بالأمر اليسير، فقد أثار ذلك جدلاً كبيراً على مستوى الفقه والقضاء، ويظل هذا الموضوع من أكثر الموضوعات صعوبة، رغم الجهود المبذولة في هذا المجال.

يعتمد الفقه والقضاء في تحديد دولية العقد، على معيارين أساسيين هما؛ المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، غير أن أحكام القضاء الفرنسي حديثاً، اتجهت نحو الجمع بينهما، فضلاً عن ذلك فقد حاولت اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع تحديد دولية العقد تبعاً لتوفر شروط معينة.

أولاً: المعيار القانوني:

يؤكد الفقه التقليدي على أن العقد يكون دولياً، فيما لو كان أطرافه أو أحدهما يتمتع بجنسية دولة أجنبية، أو مقيماً في دولة غير دولة القاضي المطروح أمامه النزاع، كما يعد

العقد دوليا وفقا لهذا المعيار، فيما لو كان المال محل التعاقد موجودا في دولة أجنبية، أو كان العقد قد تم إبرامه، أو تنفيذه في غير دولة القاضي⁽¹⁾.

وعليه، فإن عقد التفاوض الذي يبرم في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، يعد عقدا دوليا وفقا لهذا المعيار، إذا تمتع أحد أطرافه بجنسية أجنبية أو إذا أبرم في الخارج، أو تعلق تنفيذه بأمور تنفذ في أكثر من دولة، كان يكون محل العقد تنظيم المفاوضات والتي تتم في أكثر من دولة، ففي مثل هذه الحالات يفلت العقد من القواعد الوطنية، إذا ما اتجهت إرادة الأطراف لإخضاع العقد للقانون الأجنبي.

على الرغم من المزايا التي ينطوي عليها هذا المعيار، وبالأخص فيما يتعلق بتحقيق الاستقرار في مجال المعاملات التجارية الدولية، من خلال الاعتماد على معيار يتسم بالدقة، ويمنح الأطراف العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق (القانون الأجنبي)، غير أن تعدد عناصر هذا المعيار أفقده الكفاية في هذا الشأن، ومرد ذلك إلى أن بعض هذه العناصر هي عناصر غير مؤثرة، لا تصلح بذاتها لإضفاء الصفة الدولية على العقد⁽²⁾.

وعليه، يفضل جانب من الفقه المعاصر التفرقة، فيما يتعلق بالعناصر القانونية للعقد، والتي قد تسند إليها الصفة الدولية بين العناصر الفاعلة والعناصر غير الفاعلة، فالجنسية الأجنبية لا تعد عنصرا مؤثرا في العقود التجارية الدولية، ومن ثم فهي لا تصلح لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود⁽³⁾.

ولتوضيح ذلك، يمكن إيراد المثال التالي، فالعقد الذي يبرمه أجنبي متوطن في الجزائر، لشراء بضائع لاستخدامه الشخصي من السوق المحلية، فلا مجال هنا لتنازع القوانين، وإنما تخضع العلاقة العقدية بين المشتري الأجنبي والبائع الجزائري، في هذه الحالة إلى القانون الجزائري.

وعلى العكس من ذلك فإن محل تنفيذ العقد، وكذلك اختلاف موطن المتعاقدين، ولو اتحدت جنسيتهم، تعد من العناصر الحاسمة والمؤثرة، في إضفاء الطابع الدولي على عقود التجارة الدولية⁽⁴⁾، ومثال ذلك عقد البيع الذي يبرم بين جزائريين يقيم أحدهما في

(1) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 63.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 456.

(3) بلال عبد المطلب بدوي، المرجع نفسه، ص 457.

(4) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 64.

الخارج، فإن هذا العقد يعد عقدا دوليا في جميع الحالات، ذلك أن تسليم المبيع سيتم في هذه الحالة في دولة تختلف عن الدولة التي سيدفع فيها ثمن المبيع.

ويفرق جانب من الفقه في هذا المجال، لإضفاء الصفة الدولية على العقد التجاري الدولي، ليس بين العناصر المؤثرة والعناصر غير المؤثرة على النحو الذي تم بيانه سابقا، وإنما يقيم التفرقة أيضا بين العناصر الدولية الموضوعية المطلقة، والعناصر الدولية النسبية أو الشخصية، فالعلاقة القانونية حسب هذا الرأي، تتسم بالدولية الموضوعية، إذا اتصلت عناصر العقد الذاتية بدولتين أو أكثر، وذلك بغض النظر عن الدولة التي يطرح أمام محاكمها النزاع⁽¹⁾.

أما الدولية النسبية أو الشخصية، فتتحقق إذا كانت عناصر هذه العلاقة تتركز في دولة واحدة، بينما طرح النزاع بشأنها أمام دولة أخرى، ويضرب جانب من الفقه مثلا على ذلك، كما لو عرض النزاع على قضاء دولة ما، ولنفرض الدولة أ، يتعلق بعقد تفاوض أبرم بين شخصين يحملان جنسية دولة واحدة (الدولة ب)، فهل يطبق القاضي قواعد تنازع القوانين بحسب ما ذهب إليه إرادة الطرفين، أم يعتبر أن العقد يخضع لقانون الدولة أ، وبالتالي يطبق على النزاع قانون هذه الدولة بالرغم من اتجاه إرادة الأطراف على خلاف ذلك؟⁽²⁾

في هذا الفرض المذكور أعلاه، فإن الأمر يتعلق بما يسمى بالدولية النسبية، والتي تقوم كما سبق القول، على تركيز عناصر العقد في دولة واحدة، ولا يعني أن العقد الدولي إذا عرض النزاع على قضاء دولة أخرى، فالقاضي في مثل هذا الفرض ملزم بتطبيق قانون الدولة التي تركز فيها جميع عناصر العقد، باعتبارها تمثل مركز الثقل في العلاقة التعاقدية.

ثانيا: المعيار الاقتصادي:

الحقيقة أن التفرقة التي يقيمها المعيار القانوني، على أساس التمييز بين العناصر المؤثرة في التعاقد، والعناصر غير المؤثرة من أجل حسم مسألة دولية العقد، دفعت بالقضاء في فرنسا في أواخر العشرينيات من القرن الماضي، إلى تبني معيار آخر،

(1) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 70.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 458.

إضافة الصفة الدولية على العقد والذي يسمى بالمعيار الاقتصادي، وظهر ذلك بداية في مجال القانون النقدي، والمدفوعات المالية، وقد مر هذا المعيار بثلاث مراحل أساسية.

المرحلة الأولى، وفيها يعتبر عقدا دوليا كل عقد يستتبع حركة مد و جزر للبضائع و رؤوس الأموال، عبر حدود دولتين أو أكثر، فالعبرة بالمضمون الاقتصادي للعقد، ومن ثم، فإن كل عقد لا ينطوي على حركة ذهاب وعودة، أو تصدير أو استيراد للقيم الاقتصادية، والنقود والبضائع والسلع، والخدمات بين الدول، لا يعد عقدا دوليا حتى وإن انطوى على عنصر أجنبي⁽¹⁾.

بعبارة أخرى، فإن مفهوم المعيار الاقتصادي خلال هذه المرحلة، ينطوي على حركة استيراد وتصدير القيم الاقتصادية عبر الحدود⁽²⁾.

أما المرحلة الثانية، فيعتبر فيها العقد دوليا، إذا كان وثيق الصلة بمصالح التجارة الدولية، وظهر هذا المفهوم بمناسبة صلاحية شرط التحكيم في العقود الدولية، حيث خلصت محكمة النقض الفرنسية إلى أن كل عقد يمس حاجات ومصالح التجارة الدولية، يمكن الاتفاق على إخضاع ما ينشأ عنه من منازعات لقضاء التحكيم للإفلات من القضاء الوطني، ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحا دون الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق⁽³⁾.

أما بالنسبة للمرحلة الأخيرة، فإنه يمكن إضافة الصفة الدولية على العقد، إذا كان هذا الأخير يتعدى بتبعياته وآثاره الاقتصاد الداخلي للدولة، فالصفة الدولية للعقد حسب هذا المفهوم، تعتمد على كل العناصر التي يجب أن تأخذ بعين الاعتبار، لتقدير مدى خروج العقد عن نطاق الاقتصاد الوطني أو الداخلي⁽⁴⁾.

غير أن المعيار الاقتصادي، وبالرغم من المرونة التي يحققها في مجال المعاملات التجارية الدولية، إلا أنه في واقع الأمر يتضمن في طياته المعيار القانوني، ذلك أنه من غير المتصور أن يكون هناك عقد دولي بالمفهوم الاقتصادي، إلا إذا كان كذلك بالمفهوم

(1) لقد ظهر المعيار الاقتصادي بمفهومه في تلك المرحلة من خلال مرافعات النائب العام الفرنسي بول ماتير P. Matter ، أمام محكمة النقض الفرنسية بمناسبة حكمها في 17 ماي 1927. / أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 182، هامش رقم 3.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية و مراحل اعداد العقد الدولي، مرجع سابق، ص 42.

(3) حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، 19 فيفري 1930. / هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 86.

(4) حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، 14 فيفري 1934. / عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 185، هامش رقم 1.

القانوني، ذلك أن المدلول الاقتصادي ينصرف إلى حركة الأموال عبر الحدود، وفي مثل هذه الحركة لا بد أن تنطوي على عنصر أجنبي، من عناصر العلاقة التعاقدية.

إن المعيار الاقتصادي شأنه في ذلك شأن المعيار القانوني، لم يسلم من سهام النقد من قبل جانب كبير من الفقه، ذلك أن النظرة الاقتصادية للعقد، قاصرة على بعض عقود التجارة الدولية أو المعاملات المالية، وهي في حقيقة الأمر، كما سبقت الإشارة، مجرد تطبيق للمعيار القانوني، ذلك أن انتقال الأموال والخدمات، عن طريق العقد بين أكثر من دولة، يضيف الطابع الدولي، لأنه يتضمن عنصرا أجنبيا مؤثرا لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا العنصر يشمل آثار العقد وكذلك تنفيذه، الذي يمتد خارج إقليم الدولة، وهكذا يكون المعيار القانوني كافيا لوحده لإضفاء الصفة الدولية على العقد⁽¹⁾.

ثالثا: تحديد دولية العقد في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980:

الملاحظة الأولى التي يمكن إبدائها، فيما يتعلق باتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع، أنها جاءت بمعيار متميز لتحديد الصفة الدولية للعقد، حيث نصت على ذلك المادة الأولى من الاتفاقية، والتي تضمنت الشروط التي ينبغي توفرها في العقد الدولي، حيث جاء فيها:

1. تطبق هذه الاتفاقية على عقود البضائع المعقودة بين أطراف، توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

2. لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة، إذا لم يتبين ذلك من العقد، أو أية معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد، أو وقت انعقاده، أو أية معلومات.

3. لا تأخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف، أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية.

يتضح جليا من خلال أحكام هذه المادة، أن الاتفاقية تشترط في إضفاء الصفة الدولية على عقد البيع الدولي، و اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع.

(1) محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سابق، ص 12.

ويشير جانب من الفقه، إلى أن الاتفاقية لم تحدد مفهوم المنشأة أو مكان العمل، وينصرف مفهوم المنشأة حسب هذا الاتجاه، والذي يجب أن يأخذ على إطلاقه ليشمل كل مشروع فردي، أو شركة أو وكالة، أو أي شكل آخر، طالما أن له تنظيماً متميزاً ومستقراً منذ فترة، وليس محلاً وهمياً ليس له اعتبار، وتحديد ذلك يكون وقت انعقاد العقد، إذا كان للتاجر أكثر من منشأة في أكثر من دولة، فقد اعتبرت الفقرة الأولى من المادة 10 من الاتفاقية أن العبرة في مثل هذا الفرض، هو بالمنشأة التي يكون لها أوثق صلة بالعقد وتنفيذه، على أن تراعى في ذلك الظروف التي يعلمها أطراف البيع، أو كانت محل نظر بينهما، في وقت انعقاد العقد أو أثناء انعقاده⁽¹⁾.

وإلى جانب الشرط الرئيسي المتعلق بوجود منشآت أطراف عقد البيع الدولي في أماكن مختلفة، فإن الاتفاقية تشترط أيضاً أن تكون الدولتان المختلفتان اللتان توجد فيهما منشآت البائع والمشتري، من الدول المتعاقدة، وتطبق الاتفاقية في هذه الحالة دون اعتبار لما تقضي به قاعدة التنازع في قانون القاضي، أي حتى ولو كانت تقضي بتطبيق قانون دولة أخرى غير متعاقدة⁽²⁾.

وعليه، فإن القاضي في هذه الحالة ملزم بتطبيق أحكام الاتفاقية لفض النزاع المطروح أمامه، وبالتالي فهو يتعامل مع أحكام الاتفاقية، كما يتعامل مع القواعد الموضوعية، الواردة في قانونه الداخلي.

أما الحالة الثانية، فهي التي تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، ولا يشترط في هذه الحالة وجود منشأة البائع والمشتري في دولتين متعاقدين، كما هو الأمر في الحالة الأولى، وإنما يفترض وجودهما في دولتين قد تكونان غير متعاقدين، وقد تكون إحداها متعاقدة، والأخرى غير متعاقدة، وتطبق أحكام الاتفاقية في هذه الحالة، إذا كانت قاعدة التنازع في قانون القاضي تؤدي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، وبمعنى أدق فإن الإتفاقية تكون أحكامها هي المطبقة دون أحكام القانون الوطني

(1) محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 69.

(2) محسن شفيق، المرجع نفسه، ص 67.

على عقد البيع الدولي، كلما أدت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه، إلى القول أن الاتفاقية بما أعلنته في المادة الأولى منها، تكون قد أكدت انحيازها إلى جانب المعيار القانوني، على حساب المعيار الاقتصادي، بحكم أن اختلاف منشأتي البائع والمشتري، هو معيار قانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد، ويضيف هذا الرأي معلقاً على ما جاء في الاتفاقية، أن هذه الأخيرة بانحيازها إلى المعيار القانوني، لم تأخذ بجميع عناصر هذا المعيار، بل اكتفت بعنصر واحد، وهو معيار اختلاف منشأتي البائع والمشتري في مجال عقد البيع الدولي للبضائع⁽²⁾.

الفرع الثاني

ضوابط الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق

على المسؤولية العقدية

إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى إفراغ العملية التعاقدية في عقد تفاوض صريح، فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، يتحدد عن طريق أعمال قواعد الإسناد المتعلقة بالمسؤولية العقدية، كما يستطيع القاضي أو المحكم استخلاص وجود عقد تفاوض حقيقي ملزم للجانبين، وذلك من خلال ظروف و ملابسات العملية التفاوضية، ففي الحالتين تنعقد المسؤولية العقدية إذا أحل أحد الأطراف المتفاوضة بالتزاماته، وتسري في حالة تنازع القوانين قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية⁽³⁾.

إن ضابط الإسناد الذي يعتمد عليه القاضي أو المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، في حالة تنازع القوانين فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات، والتي يرتبها عقد التفاوض، يمكن تصنيفها بالنظر إلى دورها وأهميتها، إلى ضابط قانون الإرادة كضابط أساسي، وضوابط أخرى احتياطية، والتي سيتم تناولها بالتفصيل التالي:

(1) محسن شفيق، المرجع نفسه، ص 67.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 462.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 93.

أولاً: ضابط قانون الإرادة:

إن قانون الإرادة كضابط للإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، هو في جوهره يعد مظهراً من مظاهر حرية التعاقد (مبدأ سلطان الإرادة)، والذي يقتضي أن يكون الأطراف أحراراً في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وما يترتب عنه من التزامات وآثار و منازعات.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الجزائري، على غرار ما ذهبت إليه معظم التشريعات المقارنة⁽¹⁾، على حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث جاء فيها (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكانية ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة إمكانية ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بال عقار قانون موقعه).

يستفاد من هذا النص، أن المشرع الجزائري يعطي للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم، وهذا الاختيار إذا لم يقع صراحة، فيمكن أن يكون ضمناً، يستخلصه القاضي من ظروف وملابسات العملية التعاقدية.

إن القانون الواجب التطبيق على العقد، يثير مسألة مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بمعنى هل هي حرية مطلقة أو مقيدة؟

كما يثير أيضاً مسألة الوقت، الذي يجب على أطراف العقد اختيار القانون الواجب التطبيق، بمعنى هل يجب على الأطراف اختيار هذا القانون قبل إبرام العقد، أم يجوز لهم اختيار هذا القانون في وقت لاحق؟

فبالنسبة لمسألة تمتع الأطراف المتعاقدة بالحرية المطلقة أو المقيدة لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى القول، بأن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة من جانب، كما أنها ليست مقيدة من جانب آخر، فهي ليست مطلقة بسبب عدم وجود قيود على أطراف العقد حين قيامهم باختيار القانون الواجب التطبيق، كما أنها ليست مقيدة بفرض قانون معين

(1) وفي هذا الشأن تنص المادة 1/19 من القانون المدني المصري على أنه (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).

على الأطراف، وضرورة الاعتداد به عند قيامهم بمثل هذا الاختيار، كما لو ألزمهم القانون باختيار قانون يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية⁽¹⁾.

ويخلص هذا الرأي الى أن القانون المختار من قبل الأطراف، يجب ألا يكون مقطوع الصلة بالعلاقة التعاقدية، على أن صلته ليست نابعة بالضرورة من أثر العلاقة، كجنسية أحد الأطراف أو محل العقد، وإنما يكفي أن تكون تنبع من حاجات المعاملات التجارية الدولية⁽²⁾.

وعليه فمن الجائز حسب هذا الرأي ، أن ينعقد الاختصاص للقاضي الفرنسي، فيما لو أبرم عقد تفاوض بين طرف جزائري وآخر فرنسي، أو بين طرفين جزائريين بشأن بضاعة سوف تسلم في فرنسا، غير أنه من غير المتصور أن ينعقد الاختصاص للقانون الألماني مثلا، في مثل هاتين الحاليتين، حتى وإن اتفق الطرفان على ذلك، لأن القانون الألماني يبدو غريبا عن هذه المعاملة، وأن الأطراف لن تلجأ إلى هذا القانون سوى من أجل تلافي الأحكام الواردة في القانون، والذي ينعقد له الاختصاص في حكم تلك العلاقة.

إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، تثير أيضا مسألة إمكانية تجزئة العقد، أو تقسيمه إلى مراحل، ففي كل مرحلة يختار المتعاقدان القانون الواجب التطبيق، فيخضعان مثلا مرحلة إبرام العقد إلى قانون دولة معينة، وتنفيذه يخضع بدوره إلى قانون دولة أخرى.

إن الاتجاه الغالب في الفقه، يرفض القول بإمكانية تجزئة العقد، ومبرر ذلك حسب هذا الرأي، هو أنه يجب النظر إلى العقد على أساس أنه عملية واحدة متكاملة، لا بد من خضوعها لقانون واحد يحكم جميع مراحل العقد، سواء في مرحلة تكوينه أو في مرحلة تنفيذه . و أمثلة ذلك في الواقع العملي، والتي من شأنها أن تؤدي إلى ترتيب نتائج غريبة حسب هذا الرأي المعارض لفكرة تجزئة العقد، أن يتفق الراغب في التعاقد الطرف الفرنسي مثلا مع الطرف الإنجليزي، على أن يحكم القانون الإنجليزي مرحلة التفاوض على العقد، بشأن عقد بيع ينويان إبرامه في المستقبل، وذلك حتى إبرام العقد النهائي⁽³⁾.

(1) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 467.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، المرجع نفسه، ص 467.

(3) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 468.

ففي مثل هذا الفرض فإنه يترتب عن قطع المفاوضات من أحد الطرفين، وعدم الاستمرار فيها، عدم ترتيب المسؤولية بحكم خضوع هذه المرحلة للقانون الانجليزي، وليس للقانون الفرنسي الذي يعترف بالمسؤولية العقدية خلال مرحلة التفاوض على العقد.

وبصدد مسألة اختيار الأطراف المتفاوضة لقانون معين، تبرز أيضا مشكلة التعديلات التي قد تطرأ على القانون الواجب التطبيق، والمختار من قبل الأطراف.

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه، إلى أن التعديلات التي قد تطرأ على القانون الواجب التطبيق، والذي اختارته الأطراف لحكم العلاقة بينهما لا قيمة لها، و مبرر ذلك حسب هذا الاتجاه أن فعالية أحكام القانون لا تستمد من مجرد القانون في حد ذاته، وإنما أيضا من اتجاه إرادة الأطراف في اللجوء الى تنظيم علاقاتهم، و من ثم فإن اختيار الأطراف لهذا القانون يؤدي إلى تحويل أحكام هذا القانون، من مجرد نصوص قانونية إلى شروط تعاقدية، ومن الصعب في هذه الحالة تصور أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى الاعتماد بهذه التعديلات، التي أدخلها المشرع على القانون لاحقا⁽¹⁾.

والمثال التوضيحي لذلك، هو اتفاق الطرفين المتفاوضين على أن القانون الإنجليزي هو الذي يحكم مرحلة التفاوض على العقد، والذي لا يرتب المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات، فإن التعديلات التي قد يدخلها المشرع الإنجليزي، والتي تؤدي إلى ترتيب المسؤولية في مرحلة المفاوضات، لا يعتد بها، طالما أن الأطراف قد ارتضوا منذ البداية تطبيق القانون الانجليزي، فهذا الأخير أصبح شرطا في العقد.

أما بالنسبة لمسألة الوقت، الذي يجب على الأطراف فيه اختيار القانون الواجب التطبيق، أي قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه، فإن الاتجاه الغالب في الفقه الحديث، يرى عدم وجود ما يمنع إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، غير أنه يشترط في ذلك مراعاة حقوق الغير، والتي تظل خاضعة للقانون الذي يحكم العقد من البداية، وكما أن للأطراف الحرية في الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، فإن لهم الحرية أيضا في تعديل اختيارهم في مرحلة لاحقة على إبرام العقد⁽²⁾.

(1) هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 116.

(2) هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 307.

وأخيرا ينبغي الإشارة إلى أن القاضي يستطيع أن يستخلص من خلال ظروف وملابسات العملية التعاقدية، القانون الواجب التطبيق في حالة عدم التعبير عن هذا الاختيار، تعبيراً صريحاً من قبل الأطراف المتعاقدة، وهذا ما يستخلص من نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليها، والتي نصت (..أو يتبين ذلك من الظرف، إذا كان قانون آخر هو الذي يراد تطبيقه)⁽¹⁾.

فالقاضي يجب عليه أولاً أن يرجع إلى القواعد الموضوعية التي وضعها القانون حين يحاول استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف، وذلك من خلال النظر إلى الظروف المحيطة بالعملية التعاقدية، وينظر إلى جنسية الأطراف أو المكان الذي ينفذ فيه العقد، أو المحكمة المختصة بنظر النزاع إذا ما اتفق الأطراف على ذلك، أو حتى اللغة التي كتب بها العقد⁽²⁾.

وعليه، فإذا أبرم عقد التفاوض لتنظيم مرحلة المفاوضات إلى حين إبرام العقد النهائي، وجرت هذه المفاوضات في فرنسا (محل عقد التفاوض)، فإن عدم ذكر الأطراف القانون الذي يحكم المنازعات التي قد تنشأ خلال هذه المرحلة، يمنح القاضي إمكانية استخلاص النية الضمنية للأطراف، بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، الذي يرتب، المسؤولية العقدية عن الإخلال بعقد التفاوض.

ثانياً: الضوابط الموضوعية:

في حالة ما إذا أغفلت الأطراف المتفاوضة، تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم العقدية، فإن المشرع الجزائري طبقاً للمادة 18 من القانون المدني منه، يقرر عدة ضوابط يستعين بها القاضي، عند عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، و تسمى هذه الضوابط أيضاً بالضوابط الاحتياطية.

فطبقاً للمادة 2/18 من القانون المدني الجزائري أنه (في حالة عدم إمكانية ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة).

إن المشرع الجزائري بنصه على هذين الضابطين، لا يعطي سلطة للقاضي من أجل تكملة إرادة المتعاقدين، وإنما يفرض عليه ضابطين كما هو واضح، من خلال ما ورد في نص هذه المادة، كما يتعين على القاضي أيضاً مراعاة بعض التحديدات القانونية

(1) و تقابلها المادة 19 من القانون المدني المصري.
(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 471.

عند أعمال ضوابط الإسناد، سواء التي اتجهت إليها إرادة الاطراف، أو التي يفرضها القانون في مرحلة التفاوض على العقد، وهذا ما ورد في المادة 4/18 (غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه).

وعليه، فإن عقود التفاوض التي تتعلق بعقار، تخرج من دائرة أعمال قانون الإرادة، فهي تخضع وجوبا لقانون موقع العقار، ومن ثم فإن عقد التفاوض بشأن عقد إنشاءات، يعترف الأطراف إبرامه في المستقبل، سوف يخضع لقانون الموقع الذي تقام عليه الإنشاءات، بغض النظر عن القانون الذي يختاره الأطراف⁽¹⁾.

كما يخرج أيضا عن نطاق قانون الإرادة أهلية المتعاقد وشكل العقد، وهذا ما تنص عليه المادة 10 (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم).

أما بالنسبة لشكل العقد، فإنه يخضع كقاعدة عامة لقانون البلد الذي تم فيه، وهذا طبقا للمادة 19 من القانون المدني الجزائري (تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية).

والجدير بالذكر أخيرا، أنه وبالرغم من أن قانون الإرادة يعطي الأطراف الحرية في اختيار القانون الذي يحكم معاملاتهم، فإن هذه الحرية لا تتقيد بالضرورة بقانون دولة معينة، إذ يجوز للأطراف، وإعمالا كذلك لقانون الإرادة، أن يحيلوا منازعاتهم التي قد تنشأ بينهم في مرحلة التفاوض على العقد، إلى قواعد عادات التجارة الدولية، والواقع أن أغلب الحالات التي تتم فيها الإشارة الى ذلك هي حالات التحكيم، والتي أصبحت تكتسي أهمية في عالم التجارة الدولية اليوم⁽²⁾، ذلك أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية والمنتمين إلى الدول الصناعية أساسا، يفضلون إخضاع روابطهم التعاقدية لأحكام القواعد الدولية Lex mercatoria ، بدلا من اختيار قانون دولة معينة، لم توضع أحكامه إلا

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 176.

(2) بلال عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، ص 470.

لمواجهة متطلبات مجتمع داخلي، والتي تختلف بالقطع عن حاجات التجارة الدولية ومتطلباتها⁽¹⁾.

يتضح من خلال ما ورد في هذا الفصل، أن معظم التشريعات المقارنة تنظر الى مرحلة المفاوضات على أساس أنها مجرد عمل مادي، لا يترتب عنه بذاته أي أثر قانوني، إلا إذا اقترن العدول عن المفاوضات أو قطعها بخطأ مستقل، من شأنه أن يترتب المسؤولية التقصيرية إذا توفرت شروطها.

غير أن الفقه الحديث كما رأينا اتجه إلى التفرقة بين المفاوضات التي تكون غير مصحوبة بعقد تفاوض، والمفاوضات التي تكون مصحوبة بعقد تفاوض، فالأولى يؤدي قطعها إلى ترتيب المسؤولية التقصيرية، أما المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض فإن الإخلال بالالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض، يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.

وهذه التفرقة تحكمية تفتقر إلى الأساس القانوني، وتؤدي إلى ازدواجية على مستوى المعيار فيما يتعلق بالإثبات، وتحديد نطاق التعويض ومقداره، فضلا عن القانون الواجب التطبيق.

وعليه، تبدو أهمية وضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات، واعتبارها ذات طبيعة عقدية، ذلك إن إرادة الأطراف تتجه دائما نحو الدخول في مناقشات، وتبادل الآراء من أجل إبرام العقد المنشود، ويحدث هذا دائما عن طريق توجيه دعوة للتفاوض، والتي تعد بمثابة إيجاب بالتفاوض، ومتى لقي هذا الإيجاب قبولا مقابلا، انعقد عقد التفاوض سواء تم التعبير عنه صراحة، أو تم استخلاصه من ظروف وملابسات العملية التفاوضية.

إن الهدف من توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات، هو الوصول في نهاية المطاف إلى توحيد القواعد المتعلقة بالإثبات، ونطاق التعويض ومقداره، فضلا عن القانون الواجب التطبيق، وذلك من أجل رفع العقبات والصعوبات التي تحيط بالمعاملات التجارية الدولية، لاسيما منها مرحلة المفاوضات، التي تعد في الوقت الراهن أهم وأخطر مرحلة في حياة العقد التجاري الدولي على الإطلاق.

(1) يشير البعض في هذا الخصوص إلى أن تطبيق عادات التجارة *lex mercatoria* هو أمر مقبول ومستساغ في العلاقات العقدية التي تنشأ داخل الدول الصناعية، لأن هذه العادات هي نتاج ممارسات التجارة في هذه الدول، غير أن العلاقات العقدية التي تنشأ بين الشركات الرأسمالية والدول النامية (عقود الدولة) أو حتى بين تلك الشركات ورجال الأعمال، أو الشركات المنتمية للدول النامية، فإن الأمر يختلف، ومرد ذلك يرجع إلى أن تطبيق هذه الأعراف سيحقق بلا شك مصالح تلك الشركات المنتمية للدول الصناعية على حساب الدول النامية، أو الأفراد والشركات التي تنتمي إلى هذه الدول. / هشام علي صادق مرجع سابق، ص 155، هامش رقم 1.

الخاتمة

الخاتمة

تبدو أهمية دراسة عقد التفاوض في الدور الذي يلعبه في تنظيم عملية التفاوض على العقود التجارية الدولية، وذلك بالنظر إلى التطور الحاصل في مجال أساليب وتقنيات إبرام العقود التجارية الدولية، بعد ظهور ظاهرة العقود المركبة التي تتكون في الواقع من مجموعة عمليات تعاقدية متميزة، ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً في الوقت ذاته، وهذه العلاقات المعقدة و المركبة تثير الكثير من المشكلات القانونية غير المعروفة في مجال المعاملات التجارية الدولية في السابق، إذ أنها تتضمن في واقع الأمر العديد من الجوانب المتداخلة، والتي تشكل في مجموعها وحدة متماسكة، كإجراء الاستشارات الفنية والقانونية والتمويل، والتأمين على عناصر المشروع و ضمانات الإنتاج، وهذه السلسلة من العلاقات تستقر في نهاية المطاف في وثيقة عقدية واحدة.

إن عقد التفاوض يهدف إلى تنظيم السير الإجرائي لعملية التفاوض على العقد النهائي، من حيث البدء في التفاوض و الاستمرار فيه بحسن نية، و لكنه في نفس الوقت لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي، ذلك أن إبرام العقد النهائي هو أمر احتمالي يتوقف على ما ستسفر عنه المفاوضات من نتائج، فقد يتوصل الطرفان إلى إبرام العقد النهائي، وقد تصل المفاوضات إلى طريق مسدود، وبالتالي إلى فشل ذريع.

إن عقد التفاوض و بالرغم من كونه أحد إفرازات واقع التجارة الدولية، ويكتسي أهمية قصوى في تنظيم عملية التفاوض، إلا أنه لم يحظ بالتنظيم في معظم التشريعات المقارنة، وذلك بالنظر إلى الاختلاف حول مفهوم العقد ذاته بين الأنظمة القانونية المقارنة، وكذلك الاختلاف في الأدوات القانونية الممكن الاعتماد عليها، في إيجاد الحلول للمسائل الشائكة التي يثيرها عقد التفاوض، وهذا يتجلى بوضوح في الاتجاهات الفقهية وأحكام القضاء والتحكيم.

غير أنه، ومما يكن من أمر هذه المواقف، والجدل الذي أثير بشأن عقد التفاوض، إلا أنه يمكن القول بأن هذا الأخير أصبح حقيقة واقعية لا تقبل الرفض، فهو عقد حقيقي تتوفر فيه جميع أركانه وشروط صحته، ويرتب مجموعة من الإلتزامات تهدف في جوهرها إلى إضفاء الثقة المشروعة على مرحلة التفاوض على العقد.

إن أهم الالتزامات التي يفرضها عقد التفاوض على الأطراف المتفاوضة هو الالتزام بالتفاوض عن طريق البدء فيها، وهو التزام بتحقيق نتيجة، ويعتبر الطرف الممتنع عن الدخول فيها مخلا بالتزامه بمجرد عدم تحقيق النتيجة، و هي الدخول فعلا في المفاوضات في الوقت المتفق عليه، أو في المدة المعقولة.

ويستلزم البدء في التفاوض، الالتزام بمواصلته والاستمرار فيه، وهو التزام ببذل عناية، فالمدين بهذا الالتزام يلتزم فقط ببذل كل المساعي والجهود من أجل مواصلة التفاوض، دون أن يلتزم بتحقيق نتيجة أي بمواصلة التفاوض، فيستطيع أن يتملص من هذا الالتزام بمجرد أن يثبت أن هناك سببا أجنبيا حال دون تحقيق النتيجة المرجوة.

أما الالتزام الثاني الذي يرتبه عقد التفاوض، فهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية، و هذا الالتزام، كما سبق بيانه و ارد في مختلف النظم القانونية، غير أن معظم هذه النظم تُقصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد دون مرحلة التفاوض عليه، غير أن الاتجاه الغالب على مستوى الفقه والقضاء يجنح في الوقت الحاضر إلى أن مبدأ حسن النية يمتد أيضا ليشمل مرحلة التفاوض على العقد، لأنه من غير المتصور أن تسوء نية أطراف التفاوض على العقد، ثم يطلب تنفيذ العقد بحسن نية، وذلك تطبيقا للقاعدة التقليدية التي تقضي، بأن الغش يفسد كل شيء.

ويتفرع عن الالتزامات الرئيسية كما سبق بيانها، وهي الالتزام بالتفاوض والالتزام بالتفاوض بحسن نية التزامات أخرى، وهي التزامات فرعية تختلف في وجودها من عقد تفاوض إلى آخر، بحسب أهميتها وما تتطلبه عملية التفاوض ذاتها.

فقد تستدعي عملية التفاوض ضرورة إخطار وإخبار المتفاوض الآخر، عن المعلومات والبيانات التي تساهم في تنوير إرادة الطرف الآخر، من أجل اتخاذ القرار المناسب بالتعاقد من عدمه، لاسيما بالنسبة للعقود الحديثة ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، كعقود نقل التكنولوجيا، فقد يتطلب الأمر أن يلتزم حائز التكنولوجيا، بإخطار وإخبار طالب التكنولوجيا بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالتكنولوجيا محل الاستيراد، حتى يتأكد مستورد التكنولوجيا من سلامة وملائمة التكنولوجيا المطلوبة للغرض المتوخى من طلبها، فضلا عن تناسبها مع الثمن المدفوع في سبيل الحصول عليها.

وتزداد أهمية الالتزام بالإعلام في الوقت الحاضر بالنظر إلى التطورات الحاصلة على مستوى المنتجات المتبادلة، والتي أصبحت تنطوي على الكثير من التعقيد والمخاطر.

والالتزام بالإعلام كما سبق بيانه، لا يعني أن يقوم صاحب المعلومة بتقديمها إلى الطرف الآخر بل يقع أيضا على عاتق متلقي المعلومة واجب الاستعلام، أي بذل كل الجهود والمساعي من أجل الوصول إلى تلك المعلومات والبيانات، فواجب الإعلام ينتهي عمليا عندما يبدأ واجب الاستعلام.

إن السير الحسن لعملية التفاوض على العقد يقتضي أن يقوم متلقي المعلومة والتي تشكل بالنسبة لصاحبها أسراراً ينبغي المحافظة عليها بالنسبة لمتلقيها، ذلك أن المفاوضات في الغالب الأعم في مجال التجارة الدولية، تنصب على صفقات ذات طابع تقني وتكنولوجي، تقتضي الكشف عن بعض البيانات والمعلومات، من أجل التأكد من جدواها، وهنا يقع على عاتق متلقي تلك المعلومات، والتي تشكل بالنسبة لصاحبها أسراراً، الالتزام بعدم إفشائها أو استخدامها لمصلحته الخاصة، دون الحصول على الإذن المسبق من صاحبها، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، إذ يقع على عاتق متلقي المعلومة الامتناع بالفعل عن إفشاء المعلومة أو استخدامها، والأفضل أن تقوم الأطراف حسب الرأي الراجح فقها بتحديد المدة الزمنية التي يبقى خلالها متلقي المعلومة محافظا على سريتها، وتبرير ذلك أن المعلومات التكنولوجية أصبحت تفقد طابعها السري بصورة كبيرة، وذلك بالنظر إلى التطور التكنولوجي السريع.

ومن أجل تأمين المسلك الإجرائي للمفاوضات، فإن الأطراف المتفاوضة تحرص في حالات معينة على تضمين عقد التفاوض شرطا، يقضي بحظر المفاوضات الموازية مع الغير في نفس موضوع الصفقة المتفاوض عليها، وذلك لإضفاء الثقة المشرعة على المفاوضات، وهو الالتزام بحظر المفاوضات الموازية، والذي يجب النص عليه صراحة في عقد التفاوض أو في اتفاق لاحق، لأنه يصعب الاستناد حسب الرأي الراجح فقها إلى مبدأ حسن النية لتقرير وجود هذا الالتزام، ذلك أن إجراء مفاوضات موازية هو أمر مألوف في مجال التجارة الدولية الذي تقتضيه المنافسة الحرة، التي هي قوام المعاملات التجارية الدولية.

وانتهى البحث إلى أن الإخلال بالالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض تؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، وذلك اعتمادا على الحلول التي توفرها النظرية العامة للعقد، وليس المسؤولية التقصيرية، بالرغم من الجدل الفقهي الذي أثير بشأنها، وذلك بالنظر إلى اختلاف الآراء الفقهية وكذلك القضاء حول مسألة جوهرية تتعلق بتحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات ذاتها، باعتبارها تصرفا قانونيا أو مجرد عمل مادي.

ومهما يكن من أمر هذا الجدل، فإنه يمكن القول بأن المفاوضات هي دائما عمل إرادي، تتجه إرادة الأطراف الراغبة في التفاوض إلى إحداثه، ويتم التعبير عن ذلك صراحة، أو وقع ذلك ضمنا يستخلص من الأعمال التي تقوم بها الأطراف المتفاوضة، كواقعة الدخول في المفاوضات أو القيام بالدراسات الفنية التي تقتضيها عملية التفاوض.

إن القول بتوحيد الطبيعة القانونية للعملية التفاوضية من شأنه أن يؤدي إلى القضاء على الازدواجية في الحلول، بالنسبة لنوع وطبيعة المسؤولية التي تخضع لها العملية التفاوضية، فتكون دائما ذات طبيعة عقدية، ويستتبع ذلك حتما تجنب المشكلات القانونية التي قد تثور فيما يتعلق بعبء الإثبات، ومقدار التعويض والقانون الواجب التطبيق، وهذا التوحيد من شأنه أن يؤدي إلى استقرار المعاملات التجارية الدولية.

ويمكن القول كذلك إن عقد التفاوض، وبالنظر إلى الدور الذي يلعبه في تنظيم المفاوضات التي تجري بشأن العقود التجارية المركبة، يتطلب من الأطراف المتفاوضة عند صياغته، أن تكون هذه الصياغة واضحة لتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة، وذلك من أجل توفير أمان أكثر عند التفاوض، ذلك أن الواقع العملي يشهد أنه لا يوجد اتفاق تفاوض نموذجي، يمكن استخدامه في جميع الحالات.

وفي هذا السياق يوصي خبراء التفاوض بضرورة تحري الدقة والوضوح عند صياغة عقد التفاوض، إذ يجب أن يتجرد الاتفاق من أي وصف قد يناقض مضمونه، وأن يتضمن الاتفاق التعريف بالمصطلحات المستخدمة، فضلا عن تحديد قيمته القانونية، وأن يكون محررا في أكثر من نسخة⁽¹⁾.

ويفضل أيضا أن يتضمن عقد التفاوض، شرطا يحدد القانون الواجب التطبيق لتفادي أي احتمالات غير متوقعة في المستقبل، وأن يتضمن أيضا شرطا يحدد كيفية

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 70، 71.

تسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، وهنا يفضل المتعاملون اللجوء إلى التحكيم باعتباره الطريق الأكثر ملاءمة لطبيعة هذه العقود.

كما يفضل أيضا أن يتضمن عقد التفاوض الجزاءات التي توقع في حالة الإخلال بالالتزامات المترتبة عنه، ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى تحجيم وتقييد سلطة القاضي أو المحكم، فيما يتعلق بتقدير التعويض وإعمال الجزاء المناسب، عند مخالفة الالتزامات المتفق عليها.

ومما لا شك فيه، أن مثل هذه الاقتراحات، من شأنها أن تؤدي إلى إضفاء الثقة المشروعة التي تتطلبها العملية التفاوضية، من أجل زيادة فرص نجاحها، كما تؤدي بلا شك إلى نشوء عقد نهائي متوازن يسهل تنفيذه، ولا تثار بشأنه المنازعات مستقبلا.

وأخيرا يمكن القول إنه، وبالنظر إلى الجهد المبذول من قبل الفقه والقضاء، لمحاولة التصدي للمشكلات والعقبات، التي تواجه الأطراف المتعاقدة في مجال المعاملات التجارية الدولية، لا سيما في مرحلة التفاوض على العقد، و ذلك عن طريق وضع الحلول المناسبة والملائمة لضمان استقرار تلك المعاملات، أصبح لازما على المشرع أن يتدخل وبصورة لا تقبل التأجيل لتنظيم مرحلة المفاوضات عامة، وعقد التفاوض خاصة، إذ أن هذا الأخير أصبح واقعا لا مفر منه ينبغي التعامل معه، وذلك للمساهمة في استقرار المعاملات التجارية الدولية، نظرا للأهمية الكبيرة والخطيرة، التي أصبحت تكتسبها العملية التفاوضية في حياة العقد التجاري الدولي.

المخلص

لقد أفرز الواقع العملي، في مجال المعاملات التجارية الدولية، نوع جديد من العقود والاتفاقات لم تكن معروفة من قبل في نطاق النظرية العامة للعقد، ولا تندرج تحت مسميات العقود التي تناولها المشرع بالتعريف و البيان.

ويعد عقد التفاوض أحد هذه الاتفاقات والعقود، حيث يلعب دورا هاما وخطيرا في تنظيم المسلك الإجرائي لعملية التفاوض على العقد التجاري الدولي، وذلك من لحظة انطلاق المفاوضات إلى لحظة انتهائها، ويكثر استخدام هذا العقد عند التفاوض على الصفقات والعقود التجارية المركبة، التي تنصب على انتقال رؤوس الأموال والثروات والسلع، والخدمات بمبالغ مالية ضخمة، كعقود نقل التكنولوجيا وتجهيز المصانع، وعقود الإنشاءات وعقود التنقيب على الثروات، وغيرها، ذلك أنه في مثل هذه العقود، يستوجب أمر إبرامها وجود مرحلة طويلة وشاقة من المفاوضات، والمحادثات ينبغي تنظيمها، من أجل إضفاء الثقة المشروعة على عملية التفاوض، لضمان نجاحها.

ويعد عقد التفاوض عقدا حقيقيا تتوفر فيه جميع أركان وشروط العقد، كالرضى والمحل، والسبب والأهلية، كما يرتب عقد التفاوض التزامات حقيقية كالالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه بحسن نية، ويتفرع عن هذه الإلتزامات التزامات أخرى، كالالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، فضلا عن الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية، في حالة ما إذا استلزمت طبيعة الصفقة وقيمتها، وجود مثل هذا الإلتزام.

إن الإخلال بالإلتزامات التي يرتبها عقد التفاوض، يؤدي بلا شك إلى إخضاع المسؤولية المترتبة عنها لقواعد المسؤولية العقدية، وتبرير ذلك وجود عقد تفاوض سواء أكان هذا العقد صريحا أم ضمنيا.

إن الوظيفة الأساسية التي يؤديها عقد التفاوض، في مجال المفاوضات على العقود التجارية الدولية، هو تأمين إطار المفاوضات ضد المخاطر، والعقبات التي قد تعترض طريقها، لاسيما منها خطر قطع المفاوضات دون الاستناد في ذلك إلى أي سبب جدي، أو موضوعي.

وبالرغم من التباين الواضح على مستوى الآراء الفقهية والأحكام القضائية، حول المسائل التي يثيرها عقد التفاوض، فإن الاتجاه العام في الوقت الراهن، يجنح نحو ضرورة إعطاء مرحلة التفاوض عامة، وعقد التفاوض على وجه الخصوص، الأهمية التي يستحقها نظرا للدور الذي يلعبه في تنظيم عملية التفاوض، وذلك لضمان نجاح المفاوضات، وتجنب المشكلات والعقبات التي تعترض طريق تنفيذ العقد النهائي المزمع إبرامه.

Résumé

Le fait pratique a connu, dans le domaine des transactions commerciales internationales, un nouveau type de contrats et d'accords qui n'ont jamais existé avant dans le cadre de la théorie générale du contrat, et ne sont pas compris dans les nominations des contrats adoptés par le législateur à travers la définition et la déclaration.

Le contrat de négociation est un des conventions et contrats, lequel il joue un rôle important et sérieux dans l'organisation du chemin de procédure de l'opération de la négociation sur le contrat commercial international, et ce dès le moment de l'ouverture des négociations jusqu'à son achèvement, ce genre de contrats est fréquemment utilisé lors de la négociation des transactions et des contrats commerciaux composés, qui se focalisent sur le transfert des capitaux, des biens, des marchandises et des services avec de grosses sommes d'argent, tels que les contrats de transfert de technologie, la transformation des usines, les contrats de construction et de l'exploration de la richesse et d'autres, de sorte que dans ce genre de contrats et de leur conclusion, il est nécessaire de suivre une longue et dure étape de négociation et de pourparlers, qui doit être organisée afin de donner confiance légitime au processus de négociation, pour assurer son succès.

Le contrat de négociation est un contrat véritable dans lequel toutes les conditions du contrat se réunissent, tel que le consentement, la raison et la capacité, de même ce contrat de négociation organise des engagements réels tel que l'engagement de négocier et de persévérer dans ce dernier en toute bonne foi, cependant, il existe d'autres engagements qui se particularisent de ces engagements, tels que l'engagement de l'information et l'obligation de maintenir la confidentialité des informations, ainsi que l'interdiction des négociations parallèles, dans le cas où la nature et la valeur de la transaction exige l'existence d'un tel engagement.

La violation de ses obligations en vertu de la négociation du contrat, conduit sans aucun doute à soumettre la responsabilité organisée aux règles de la responsabilité contractuelle, en prenant comme justification la présence d'un contrat de négociation qu'il soit expresse ou implicite.

La fonction de base du contrat de négociation, dans les négociations sur les contrats commerciaux internationaux, est d'assurer le cadre des négociations contre les risques et les obstacles qui pourraient être rencontrés, en particulier, y compris le risque d'interrompre les négociations sans référence à aucun motif sérieux ou objectif.

En dépit de la disparité au niveau des opinions de la jurisprudence et des décisions judiciaires, sur les questions soulevées par le contrat de négociation, la tendance générale actuellement, tend vers la nécessité de donner à la phase de négociation en général et au contrat de négociation en particulier, l'importance qu'ils méritent en raison du rôle qu'ils jouent dans l'organisation du processus de négociation, et ce afin d'assurer le succès des négociations, et d'éviter les problèmes et les obstacles rencontrés à l'exécution de la conclusion prévue du contrat final.

Abstract

In the field of international commercial transactions, the practical fact has been a new kind of contracts and agreements which have never existed before under the general theory of the contract and are not included in the appointments of contracts Adopted by the legislature through the definition and declaration.

The contract of negotiation is one of the conventions and contracts, which plays an important and serious role in organizing the procedural path of the negotiation operation on the international commercial contract, from the moment of the opening of Negotiations to completion, such contracts are frequently used in the negotiation of transactions and compound commercial contracts, which focus on the transfer of capital, goods, goods and services with large sums of money , Such as technology transfer contracts, processing factories , construction contracts and exploration of wealth and others, so that in this kind of contracts and their conclusion, it is necessary to follow A long and arduous stage of negotiation , which must be organized in order to give legitimate expectations to the negotiating process to ensure its success.

The contract of negotiation is a genuine contract in which all conditions of the contract are met, such as consent, reason and capacity, so this negotiating contract organizes real commitments such as the commitment to negotiate and persevere in In good faith, however, there are other commitments that distinguish these commitments, such as the commitment of information and the obligation to maintain the confidentiality of information, as well as the prohibition of parallel negotiations , Where the nature and value of the transaction require the existence of such an undertaking.

The breach of its obligations under the negotiation of the contract undoubtedly leads to the submission of organized liability to the rules of contractual liability, taking as justification the presence of a negotiating contract, whether express or implied.

The basic function of the negotiating contract in negotiations on international commercial contracts is to provide the framework for negotiations against the risks and obstacles that may be encountered, in particular including the risk of interrupting negotiations without Reference to any serious or objective reason

Despite the disparity in the opinions of the case-law and judicial decisions, on the issues raised by the negotiating contract, the current general tendency is towards the need to give the negotiation phase in general and the negotiating contract In particular, the importance they deserve because of the role they play in the organization of the negotiation process in order to ensure the success of the negotiations and to avoid the problems and obstacles encountered in the negotiations. Execution of the expected conclusion of the final contract.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1. المعاجم و القواميس:

- أبو الحسن أحمد فارس، معجم مقاييس اللغة، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1972.
- أحمد حسن الزيات و زملاؤه، المعجم الوسيط في اللغة العربية، اسطنبول، تركيا، بدون تاريخ.

2. الكتب العامة:

- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة، منصور القاضي الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2008.
- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الأول، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1981.
- عبد الحي حجازي، النظرية العمدة للإلتزام في القانون المدني الكويتي، الجزء الأول، المجلد الأول، مطبوعات الكويت، 1982.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1992.
- علي فيلاي: الإلتزامات في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2012.

3. الكتب المتخصصة:

- أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 .
- أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، مطبعة أبناء وهبة، القاهرة، بدون تاريخ، 1993.
- أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود، بدون دار النشر، 1993.

- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- أيمن إبراهيم العشاوي، تقوية الفرصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هوما، الجزائر، 2014.
- جلال وفاء حمدي، الإطار القانوني للتكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- جمال الدين الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون سنة.
- حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المفصح عنها والتحديات التي تواجه الصناعة الدولية في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.
- حسن محمد وجيه، مقدمة في علم التفاوض الإجتماعي و السياسي، سلسلة علم المعرفة، بدون دار نشر، 1990.
- خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- سمية القليوبي، عقود نقل التكنولوجيا، بدون دار النشر، 1986.
- سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، الأردن، 2008.
- صالح بن عبد الله العوفي، المبادئ القانونية في صياغة العقود التجارية الدولية، مركز البحوث والدراسات، الرياض، 1998.
- عبد العزيز سعد يحي النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة.

- عبد العزيز المرسي حمود، الإلتزام قبل التعاقدى بالإعلام فى عقد البيع الدولى فى ضوء وسائل التكنولوجيا الحديثة، بدون دار نشر، 2005.
- عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى، بدون دار نشر، 2005.
- عبد الفتاح بيومى حجازى، عقود البوت فى القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- فاضلى إدريس، مدخل الى الملكية الفكرية، دار هوما ، الجزائر، 2004، ص 169، 243.
- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع، دراسة فى قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.
- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة القاهرة، القاهرة، 1984.
- محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية فى إدارة المفاوضات وإبرام العقد، الإدارة العامة للبحوث، الرياض، 1995.
- محمد جمال الدين زكى، مشكلة المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
- محمد حسام محمد لطفى، المسؤولية المدنية فى مرحلة التفاوض، النسر الذهبى للطباعة، القاهرة، 1995.
- محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- محمد حسين قاسم، مراحل التفاوض، على عقد الميكنة المعلوماتية، دار الجامعة للنشر، الاسكندرية، بدون سنة.
- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- محمد الكيلانى، عقود التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربى، القاهرة، 1995.
- محمد محمد أبو زيد، مفاوضات فى الإطار التعاقدى، دار النهضة العربية، القاهر، 1995.
- مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد فى القانون المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- علي أحمد صالح، المفاوضات فى العقود التجارية الدولية، دار هوما، الجزائر، 2011.
- نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1982.

- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- وفاء حلمي، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

4. الرسائل الجامعية:

- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.
- صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1993.
- هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، في القانون اللبناني و القانون المقارن، رسالة دكتوراه، بيروت، 1999/1998.

5. المقالات:

- أحمد السعيد الزرقد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، بحث منشور في مجلة لحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الخامسة، 2001، ص 261، 262.
- بختي عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الاكاديمية للدراسات الإجتماعية و الإنسانية، قسم العلوم الإقتصادية و القانونية، العدد 14، ص 80-90، جوان 2015، كلية الحقوق، جامعة الشلف، الجزائر.
- تيحيكرا محمد حسين، إستبرق محمد حمزة، إلتزامات الأطراف المتفاوضة في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد 4، السنة 6، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، منشور على موقع الأنترنت التالي: (تمت معاينة الموقع يوم 18 فيفري 2016).

www.repository.uobabylon.edu.iq/laws.aspx

- حسام الدين كامل الأهواني، في المفاوضات قبل التعاقدية و مراحل إبرام العقد النهائي، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية الإقتصادية، العدد 2 مارس، القاهرة، 1994.
- حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد- الطبيعة العقدية و آثارها، منشور في مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، غزة، ص 723-758، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، السنة 2010.

- عقيل فاضل حمد الدهان، الدكتور منقذ عبد الرضى الفردان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، بحث منشور في مجلة أهل البيت، العدد الثامن، ص 54-72، بدون سنة.
- محمد فياض، مدى التزام الانظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، ص 223-264، أبريل 2013.

6. التقنيات:

أ / القوانين:

- القانون المدني الجزائري، الصادر بمقتضى الأمر رقم 75، بتاريخ 26 سبتمبر 1975، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 2005، و بالقانون رقم 5 لسنة 2007 .
- قانون حماية المستهلك و قمع الغش، الصادر بالقانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25، المعدل للقانون رقم 02/80 لسنة 1980.
- قانون التأمينات الجديد، الصادر بالأمر رقم 07/95، المؤرخ ب 1995/01/25، المعدل بالقانون 04/07، المؤرخ في 2006/04/06.
- قانون العلامات التجارية الصادر بالقانون رقم 06/03، المؤرخ في 2006/07/19.
- قانون براءة الإختراع، الصادر بالقانون رقم 07/03، المؤرخ في 2003/07/19.
- قانون المنافسة الصادر بالقانون رقم 05/10، المؤرخ في 2010/08/18، وز بالقانون رقم 06/10، الصادر في 2010/08/18، الذي يعدل القانون رقم 02/04، و الامر رقم 03/03، المؤرخ في 2003 /07/19.
- قانون تسوية المنازعات الفردية في العمل، رقم 11/90 المؤرخ في 1990/04/21.
- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
- قانون المستهلك الفرنسي، المصادر 1993 /7/26 منشور على الموقع:
- www.Legifrance.gouv.fr
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 النافذ.
- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 النافذ.

ب /الاتفاقيات الدولية :

- الاتفاقية الدولية للجوانب المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية (Trips) لسنة 1955.
- <http://www.wto.org/English/docse/legale-trips.html>
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع فيينا 1980.
- <https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/V1056999-CISG-a.pdf>
- مبادئ توحيد القانون الدولي الخاص معهد روما 1994 (Unidroit).
- <http://www.jus-no/Im/undroit:internationalcommercial.contractsprincipals,1994>

1. les ouvrages

- **Ouvrages généraux :**

- Cornu Gérard, vocabulaire juridique association Henri. Capitant. 1987.

- Jean Carbonnier, droit civil les obligations .Ed. PUF. 1996. N. 28-B.

- **Ouvrages spéciaux :**

- JEAN MARC MOUSSERON, technique contractuelle. Edition Juridique lefebvre.1988.

- JOANNA SCHMIDT, négociation et conclusion de contrat. Dalloz 1982.

- MARCEL FONTAINE, droit des contrats internationaux analyse et réduction de clauses. Paris. Éd. FEC. 1984.

- F OSMAN, les principes généraux de lex mercatoria à l'étude d'un ordre juridique national. L.G.D.J.1992.

2. Thèses

- COHERIER ANDRE, des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats. Thèse. Paris. 1939.

- JEAN ALISSE, l'obligation de renseignement dans les contrats. Thèse. Paris. 1975.

- PICOD (Y), vers le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. Thèse. Paris. 1989.

- PRADO P, le hadship dans le droit du commerce international. Thèse. Paris. 2001.

3. les articles :

- JEAN MARC MOUSSERON, la durée dans la formation des contrats. Mel. Jouffert. 1974.
- GUILLAUME FORBIN, comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers. RDAI \IBJ. N°15.1988.
- LONCLE JEAN –MARC TROCHON, la phase de pourparlers dans les contrats internationaux. RDAI /IBLY.N°01. 1997.
- FONTAINE MARCEL, les lettres d'intentions dans la négociation des contrats internationaux. Rev. Droit et pratique du .comm. international. 1977. Cas. N°10.
- UGO DRAETTA –RAPH LAKE, lettres d'intention et responsabilité précontractuelle. Rev. Droit des affaires internationales. N°07 .1993.
- BERENGERE LASSALLE, les pourparlers. Rev. De la recherche juridique. N°03 .1994.
- JOANNA SCHMIDT –SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit Français. Rev. Internationale de droit comparé. N°02. 1990.
- JEAN CEDRAS, l'obligation de négocier. Rev. Tri. De droit de commercial. 1985.
- SALEILLES(R), de la responsabilité précontractuelle à propose d'une étude nouvelle sur la manière. Rev. Tri. De droit civ. 1997. P. 721.
- SUCHAN KOVA MARTIN, les principes des unidoit et la responsabilité en cas d'échec des négociations. RDAI\IBLJ. N°6. 1997.

قائمة المختصرات

- **Bull. CIV**: bulletin des arrêts des chambres civiles cour de cassation.
- **C A**: cour d'appel.
- **C.CASS**: cour de cassation.
- **ch.civ**: chambre civile de la cour de cassation.
- **Ch. Com**: chambre commercial de la cour de cassation.
- **R.D.P.C.I**: revue droit et pratique du commerce international ED édition.
- **J.C.P**: juris classeur périodique la semaine juridique.
- **J.D.I**: journal international.
- **L.G.D.L**: librairie générale de droit et de jurisprudence.
- **O.P.C.I.T**: ouvrages précité.
- **P.U.F**: presses universitaires de France.
- **R.I.D.C**: revue international de droit compare.
- **R.T.D.C**: revue trimestrielle de droit civil.
- **R.T.D com**: revue trimestrielle de droit commercial.
- **CH.SOC**: chambre social de la cour de cassation.
- **T.G.I**: tribunal de grande instance.

1المقدمة
8الفصل التمهيدي: ماهية عقد التفاوض
9والمبحث الأول: مفهوم المفاوضات والحدود القانونية الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه
10المطلب الأول: مفهوم المفاوضات
10الفرع الأول: تعريف المفاوضات
11أولاً: تعريف المفاوضات لغة
11ثانياً: تعريف المفاوضات إصطلاحاً
12الفرع الثاني: خصائص المفاوضات و ضرورتها
12أولاً: خصائص المفاوضات
13ثانياً: ضرورة المفاوضات
16المطلب الثاني: الحدود القانونية الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه
17الفرع الأول: التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب
19الفرع الثاني: التمييز بين الدعوة إلى التعاقد والدعوة إلى التفاوض
22والمبحث الثاني: مفهوم عقد التفاوض وصوره وتمييزه عن العقود والاتفاقات الأخرى التي تقع خلال مرحلة المفاوضات
23المطلب الأول: مفهوم عقد التفاوض وصوره
23الفرع الأول: مفهوم عقد التفاوض
23أولاً: تعريف عقد التفاوض
25ثانياً: خصائص عقد التفاوض
28ثالثاً: أركان وشروط صحة عقد التفاوض
33الفرع الثاني: صور عقد التفاوض
34أولاً: شرط التفاوض من أجل تجديد العقد
34ثانياً: شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد
36ثالثاً: شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع
39والمطلب الثاني: التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات التي تحدث خلال مرحلة المفاوضات
40الفرع الأول: التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات التي لا ترتب التزامات تعاقدية

40	أولاً: التمييز بين عقد التفاوض والاتفاق الشرفي.....
43	ثانياً: التمييز بين عقد التفاوض والبروتوكول الاتفاقي
45	ثالثاً: التمييز بين عقد التفاوض ورسائل النية.....
	الفرع الثاني: التمييز بين عقد التفاوض والعقود والاتفاقات الأخرى التي ترتب
49	التزامات تعاقدية
50	أولاً: التمييز بين عقد التفاوض وعقد الإطار.....
52	ثانياً: التمييز بين عقد التفاوض والوعد بالتعاقد والوعد بالترفضيل.....
57	ثالثاً: التمييز بين عقد التفاوض و العقد الجزئي والعقد المؤقت.....
64	الفصل الأول: الالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض

65	المبحث الأول: الالتزامات الأساسية.....
66	المطلب الأول: الالتزام بالتفاوض.....
67	الفرع الأول: الالتزام بالبدا في
	التفاوض.....
70	الفرع الثاني: الالتزام بالاستمرار في التفاوض.....
73	المطلب الثاني: الالتزام بالتفاوض بحسن
	نية.....
74	الفرع الأول: مفهوم حسن
	النية.....
75	أولاً: تعريف حسن
	النية.....
76	ثانياً: دور مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية.....
	الفرع الثاني: صور حسن النية وموقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من
78	تطبيقه في مرحلة التفاوض على العقد.....
78	أولاً: صور حسن النية.....
	ثانياً: موقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من تطبيق مبدأ حسن
81	النية في مرحلة التفاوض على العقد.....
94	المبحث الثاني: الالتزامات الفرعية.....
95	المطلب الأول: الالتزام بالإعلام.....

- الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام وأساسه القانوني وموقف القانون المقارن
96 والاتفاقيات الدولية من فرضه.....
- 97 أولًا: تعريف الالتزام
..... بالإعلام.....
- 98 ثانيًا: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام.....
- 103 ثالثًا: موقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من فرض الالتزام بالإعلام
- 114 الفرع الثاني: طبيعة الالتزام بالإعلام ونطاقه.....
- 114 أولًا: طبيعة الالتزام بالإعلام.....
- 118 ثانيًا: نطاق الالتزام بالإعلام.....
- 130 **المطلب الثاني: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.....**
الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وموقف القانون
131 المقارن والاتفاقيات الدولية من فرضه.....
- 131 أولًا: مفهوم الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.....
- ثانيًا: موقف القانون المقارن والاتفاقيات الدولية من الالتزام بالمحافظة
139 على سرية المعلومات.....
- 149 الفرع الثاني: نطاق و ضمانات تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
- 150 أولًا: نطاق الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.....
- 156 ثانيًا: ضمانات تنفيذ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.....
- 163 **المطلب الثالث: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.....**
- 164 الفرع الأول: تعريف الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.....
- 164 الفرع الثاني: الأساس القانوني للالتزام بحظر المفاوضات الموازية.....
- 165 أولًا: الاتفاق الصريح كأساس لوجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية
- 167 ثانيًا: مبدأ حسن النية كأساس لوجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية
- 174 **الفصل الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد**
التفاوض.....
- 175 المبحث الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات.....
- 176 **المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي.....**
- 176 الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد.....

177	أولاً: مزايا النظرية.....
178	ثانياً: عيوب النظرية.....
179	الفرع الثاني: نظرية التبعية العقدية.....
180	أولاً: مزايا النظرية.....
180	ثانياً: عيوب النظرية.....
181	الفرع الثالث: نظرية المسؤولية الموضوعية.....
182	أولاً: مزايا النظرية.....
182	ثانياً: عيوب النظرية.....
183	المطلب الثاني: موقف الفقه الحديث.....
185	الفرع الأول: المسؤولية في مرحلة المفاوضات ذات طبيعة مزدوجة.....
185	أولاً: المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض.....
189	ثانياً: المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض.....
195	الفرع الثاني: المسؤولية في مرحلة المفاوضات ذات طبيعة عقدية.....
196	أولاً: التفاوض يقع بالاتفاق وليس بالمصادفة.....
196	ثانياً: المتفاوضان ليسا من الغير.....
199	الفرع الثالث: الوضع في مبادئ اليونيدروا.....
	المبحث الثاني: شروط و آثار قيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزامات التي يربتها
201	عقد التفاوض والقانون الواجب التطبيق.....
202	المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية.....
203	الفرع الأول: الخطأ العقدي.....
204	أولاً: تعريف الخطأ العقدي.....
206	ثانياً: تطبيقات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات.....
211	ثالثاً: إثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات.....
213	الفرع الثاني: الضرر.....
213	أولاً: أن يكون الضرر مباشراً.....
214	ثانياً: ان يكون الضرر محققاً.....
214	ثالثاً: ان يكون الضرر متوقعاً.....
216	الفرع الثالث: علاقة السببية.....
216	المطلب الثاني: آثار المسؤولية العقدية.....

217	الفرع الأول: التنفيذ العيني.....
221	الفرع الثاني: التنفيذ بالتعويض.....
221	أولاً: تقدير التعويض.....
223	ثانياً: نطاق التعويض.....
235	الفرع الثالث: فسخ عقد التفاوض.....
236	أولاً: تعرف الفسخ و شروطه.....
239	ثانياً: صور الفسخ.....
244	الفرع الرابع: انفساخ عقد التفاوض.....
244	أولاً: شروط انفساخ عقد التفاوض.....
245	ثانياً: آثار انفساخ عقد التفاوض.....
247	المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية.....
248	الفرع الأول: معايير تحديد دولية العقد.....
248	أولاً: المعيار القانوني.....
250	ثانياً: المعيار الاقتصادي.....
	ثالثاً: تحديد دولية العقد في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي
252	للبضائع فينا 1980.....
254	الفرع الثاني: ضوابط الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية
254	أولاً: ضابط قانون الإرادة.....
258	ثانياً: الضوابط الموضوعية.....
262	الخاتمة.....
267	الملخص.....
270	المراجع.....
278	قائمة المختصرات.....
279	الفهرس.....