

المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات العقدية

Default liability in the contractual negotiation phase

عبيد ناجة (*)

طالبة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر

Souboum120@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2023/04/03 تاريخ القبول للنشر: 2023/05/14

ملخص: في حالة توجي دعوى مجردة للدخول في مفاوضات واجتمع أطراف التفاوض على إثرها دون أن يكون هناك أي إطار عقدي ينظم هذه العلاقة، فإن المخل بالتزامه بالتفاوض بحسن نية وما يترتب عليه من التزامات مكمل له، يكون مسؤولاً على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية متى توافرت شروطها من خطأ، ضرر وعلاقة السببية، ويلزم بالتعويض.

الكلمات المفتاحية: حسن النية، الخطأ التقصيري، الضرر، المسؤولية التقصيرية، التنفيذ العيني، التنفيذ بمقابل.

Abstract:

If an abstract action is initiated to enter into negotiations and the negotiating parties meet thereafter without any contractual framework governing this relationship, the breach of the party's obligation to negotiate in good faith and its complementary obligations shall be liable on the basis of the provisions of the default liability where its conditions are met by error, damage and causation, and compensation is required.

key words: goodwill, default error, damage, default liability, execution in kind, execution in return .

مقدّمة:

لقد أسفرت التطورات الحديثة والتقدم العلمي للتكنولوجيا الذي شمل جميع نواحي الحياة عن خلق أنواع عديدة من العقود تميزت بالتعقيد وتعدد الجوانب، كما أنها تنطوي على قيمة اقتصادية ذات أهمية كبرى، وتنطوي في نفس الوقت على مخاطر عديدة، الشيء الذي يستحيل معه إبرام هذه العقود بالنظر إلى أهميتها من أول وهلة بقبول وإيجاب فوريين، بل يستلزم الأمر أن يسبق إبرام العقد مرحلة تهيئة وتمهيد وحوار جاد وممتد الزمن، تسمى هذه المرحلة بمرحلة المفاوضات.

وتعرف المفاوضات العقدية¹ على أنها مرحلة تسبق إبرام العقد يتبادل فيها أطراف التفاوض المباحثات والمسااعي والمشاورات والدراسات الفنية والمالية والاستشارات القانونية، والاقتراحات ووجهات النظر قصد تحديد محتوى العقد المراد إبرامه وفقا لما يحقق مصلحة كل طرف، فكلما ازدادت الأهمية الاقتصادية للعقد المنشود كلما كانت هذه المرحلة أكثر أهمية وتعقيدا إذ لا يمكن تجاوزها في الصفقات الكبرى وكذا عقود التجارة الدولية التقليدية منها والإلكترونية.

لذلك أضحت مرحلة المفاوضات العقدية من أهم وأخطر مراحل حياة العقد نظرا لما تحتويه من تحديد لأهم حقوق والتزامات أطرافه²، وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة، سواء منها ما تعلق بالإخلال بالالتزامات قبل التعاقدية السابق تحديدها في هذه المرحلة، أو القيمة القانونية للوثائق والاتفاقات المبدئية والعقود التمهيدية التي تتخل هذه الفترة، وحتى ما يتعلق منها بنطاق وطبيعة المسؤولية التي تقوم من جانب الطرف المتسبب في عدم بلوغ الغاية منها وهي إبرام العقد المنشود.

تخضع هذه المرحلة لحكم مبدئين أساسيين هما: مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية³، فالأصل أن كل طرف يملك حرية الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، أو الانسحاب منها دون أن تترتب عليه أية مسؤولية، ذلك أن مبدأ حرية التعاقد يمنح كل طرف الحق في التعاقد أو عدم التعاقد، فمرحلة المفاوضات هي مرحلة استكشافية⁴ تمهيدية للعقد الهدف منها هو الإعداد والتحضير للعقد النهائي، ومن ثم فإن الشروط الأساسية للعقد لم تتحدد بعد ولا توجد لدى الأطراف نية قاطعة للتعاقد، وبالتالي يجوز لكل طرف قطع المفاوضات دون أن تترتب عليه كمبدأ عام أية مسؤولية طالما تم الالتزام "بمبدأ حسن النية"⁵ الذي جاء للتوفيق بين مبدأ الحرية التعاقدية، وبين تقرير الحد الأدنى من الثقة والأمان واستقرار المعاملات، فهو بمثابة قيد يضبط سلوك الأطراف خلال المفاوضات منعا للتعسف. فإذا قام الطرفان بتنفيذ التزاماتهما قبل التعاقدية على أكمل وجه، ومع ذلك لم يحالفهما الحظ لإبرام العقد محل التفاوض بعد استنفاذهما كل المساعي في سبيل التوصل إلى اتفاق نهائي فيضعا سويا حدا لهذه المفاوضات غير المجدية بصفة رضائية، فلا مسؤولية هنا على أي منهما، أما إذا ما أخل

أحدهما بتنفيذ التزاماته أو ارتكب خطأ تقصيري أدى إلى فشل المفاوضات وتضرر الطرف الآخر جراء ذلك، فإنه يكون عندئذ مسؤولاً مدنياً ويلزم بالتعويض.

وقد اختلف الفقهاء منذ نهاية القرن الثامن عشر بشأن الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية الناشئة في مرحلة المفاوضات⁶، حول ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية، أم أنها مسؤولية من نوع خاص؟.

في حقيقة الأمر تتحدد طبيعة هذه المسؤولية بحسب طبيعة العلاقة التي تربط بين الأطراف المتفاوضة، فقد تكون هذه العلاقة محصورة في سياق مادي مجرد، وقد تكون علاقة عقدية واضحة المعالم، وقد تكون علاقة من طبيعة مختلطة، وهذه الحالة يمكن تصورها في حال قيام الأطراف بالتفاوض بناء على دعوة مجردة، وفي أثناء تفاوضهم قاموا بإبرام بعض العقود التمهيدية لتنظيم وضبط عملية التفاوض.

ففي الحالات التي يمكن التثبت فيها من وجود عقد يربط الأطراف وينظم التزاماتهم المتقابلة يصار إلى إعمال أحكام المسؤولية العقدية متى توافرت عناصرها فتكون المسؤولية في مرحلة المفاوضات عقدية وأي إخلال بالالتزامات الناشئة فيها يخضع لأحكام المسؤولية العقدية ولو لم يبرم العقد الأصلي، أما في حال عدم التثبت من وجود عقد فتكون المسؤولية تقصيرية هي الضابط في هذه المرحلة. أما إذا أدى الإخلال بالتزامات هذه المرحلة إلى قيام المسؤولين العقدية والتقصيرية معا في آن واحد، فإن الفقه⁷ قد اتجه إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية متى توافرت شروطها كون العقد هو الأساس باعتباره شريعة المتعاقدين.

أما قانونا فلم ينظم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية موضوع المفاوضات العقدية وطبيعة المسؤولية الناشئة عنها، على خلاف المشرع الفرنسي الذي تناول حديثا هذه المرحلة ولأول مرة بموجب نصوص قانونية خاصة في المادتين 1104 و 1112 ق.م.ف⁸ واعتبر المسؤولية عن قطع المفاوضات السابقة للتعاقد مسؤولية تقصيرية حتى ولو لم يتم التعبير عن ذلك صراحة، وهو الاتجاه الذي سار عليه القضاء الفرنسي منذ أمد طويل، على أساس أن المفاوضات تأتي في مرحلة لم ينعقد فيها العقد بعد، وبالتالي فإن المسؤولية تكون فيها تقصيرية، إلا في حالة وجود اتفاقات وعقود تمهيدية بحيث يؤدي الإخلال بالالتزامات الناشئة فيها إلى قيام المسؤولية العقدية.

طالما أن المسؤولية التقصيرية هي الأصل في مرحلة المفاوضات على العقد، فما هي شروط قيام هذه المسؤولية؟ وما هي الآثار المترتبة عنها؟.

للإجابة على هذه التساؤلات سنتعرض في (المبحث الأول) من هذه الدراسة لشروط قيام المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات العقدية، وفي (المبحث الثاني) لآثار هذه المسؤولية.

المبحث الأول: شروط قيام المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات العقدية

طبقاً للقواعد العامة، يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات على العقد توافر ثلاثة أركان وهي: الخطأ التقصيري (المطلب الأول)، الضرر (المطلب الثاني) وعلاقة السببية بينهما (المطلب الثالث). وهذا ما سنتناوله تبعا فيما يلي:

المطلب الأول: الخطأ التقصيري

يقصد بالخطأ التقصيري بوجه عام الإنحراف عن السلوك المألوف أو المعتاد للرجل العادي عند وضعه في نفس الظروف الخارجية⁹.

والانحراف هو أي فعل يصدر من شخص يشكل جريمة أو حالة غش أو خطأ جسيم. ومنه يعد الشخص المتفاوض مرتكباً خطأً تقصيرياً، إذا انحرف في سلوكه أثناء المفاوضات عن السلوك المألوف للشخص المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد هو فيها، فإذا ما أدى هذا الإنحراف إلى إلحاق ضرر بالطرف الآخر، كان هذا الأخير مسؤولاً ويلزم بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ويقاس الخطأ التقصيري لأطراف المرحلة السابقة للتعاقد بمعياري موضوعي فيتم مقارنة سلوك المتفاوض المخطئ بسلوك شخص عادي من بين أواسط الناس مقدم على التفاوض لا بشخص شديد الحرص واليقظة، ولا بشخص مهمل غير محترز وإنما يأخذ بالشخص الوسط بين هذا وذاك¹⁰.

الفرع الأول: صور الخطأ التقصيري:

يتخذ الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات عدة أشكال وصور، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

* **العدول عن التفاوض:** الأصل أن مبدأ "حرية التعاقد" هو المبدأ السائد في مرحلة المفاوضات العقدية، وبالتالي لا تقوم المسؤولية في هذه المرحلة لمجرد إنهاء المفاوضات¹¹، بل لابد من وجود خطأ، وأن يترتب عن هذا الخطأ ضرراً وفقاً لأحكام المادة 124 ق.م¹².

استناداً لما سبق لا يعتبر العدول عن التفاوض أو الانسحاب من المفاوضات في حد ذاته عنصراً للخطأ، بل يجب البحث عن الخطأ مستقل عن العدول، وذلك في حال قيام المتفاوض بتصرفات خاطئة أخرى مصاحبة للعدول ومستقلة عنه تماماً¹³.

غير أن هذا الرأي، لا يمكن التسليم به على إطلاقه، لأنه وإن كان من المتصور أن يكون الخطأ أحياناً مستقلاً عن قطع المفاوضات، كحالة ارتكاب غش أو خطأ جسيم عند البدء في المفاوضات أو انتهاك مبدأ حسن النية أو واجب النزاهة في التعامل، إلا أن الخطأ كثيراً ما يكمن في قطع المفاوضات في حد ذاتها ولا يستقل عنها، وهو ما يحدث بوجه خاص عندما يتم قطع المفاوضات في آخر لحظة ودون مبرر

مشروع بعد أن شارفت على نهايتها (العدول المفاجئ)، ففي هذه الحالة يكون العدول هو الخطأ بعينه والذي يبرر قيام المسؤولية رغم عدم اقترانه بخطأ، لأنه وإن كان للمتفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات أو الانسحاب منها في أي وقت يشاء، إلا أنه يتعين عليه أن يعدل بطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية في المفاوضات وإلا كان المتفاوض المنسحب مخطئاً لمجرد قطعه للمفاوضات، وتقوم مسؤوليته إن ترتب على ذلك ضرراً للطرف الآخر¹⁴.

الحقيقة أن اشتراط استقلال الخطأ عن العدول، لا يمكن التسليم به على إطلاقه كونه لا يتفق مع قواعد العدالة التي تستدعي وضع ضمانات للطرف الآخر الذي قد يفاجأ بالعدول بعد أن تولدت لديه الثقة بانعقاد العقد، فانطلاقاً من مبدأ حسن النية يترتب على مخالفة تلك الضمانات قيام مسؤولية المتفاوض الذي أخل بالثقة التي أولاه بها المتعاقد الآخر¹⁵.

ويرى الأستاذ علي أحمد صالح في هذا الصدد، أنه حتى على فرض صحة أن المسؤولية عن قطع المفاوضات، هي مسؤولية تقصيرية، فمادام أن القضاء قد سلم بأن أحكامها هي الواجبة التطبيق على العدول عن المفاوضات، فكان يتعين عليه أن يعترف بقيامها متى انحرف المتفاوض وهو يعدل عن المفاوضات¹⁶.

نحن بدورنا نرى أن الأخذ بفكرة استقلال الخطأ عن العدول في مرحلة المفاوضات على العقد، يحد كثيراً من قيام المسؤولية نتيجة لذلك، ولن نتحقق للطرف المضرور الحماية القانونية المرجوة إلا إذا أثبت وجود خطأ مستقل تماماً عن قطع المفاوضات إلا أن ذلك نادراً ما يتحقق عملياً، الأمر الذي من شأنه زعزعة استقرار المعاملات وإهدار حقوق المتفاوضين.

* **طول المفاوضات:** الأصل أن طول مدة المفاوضات هو من العناصر الجوهرية التي يعتد بها في تقدير واستخلاص مدى توافر المسؤولية عن الإنهاء التعسفي للمفاوضات، ومع ذلك فإنه لا يؤدي بالضرورة إلى وجود خطأ في حال إخفاق المفاوضات وعدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي، طالما أن إنهاء المفاوضات أو قطعها، كان قائماً على مبررات مشروعة¹⁷.

* **المفاوضات الموازية:** إن حرية التعاقد تمنح كل طرف حق اختيار المتعاقد الآخر، وبالتالي يجوز لكل طرف التفاوض بالتوازي مع أكثر من شخص في نفس الوقت دون أن يعتبر سلوكه منافياً لمبدأ حسن النية، فالتفاوض مع أكثر من شخص يساعد المتفاوض في الحصول على أحسن العروض وبأفضل الأسعار، إلا أن هذه الحرية لا تؤخذ على إطلاقها فهي مقيدة بمبدأ حسن النية، فعلى القاضي المعروض أمامه النزاع البحث عن مدى وجود نية الإضرار لدى المتفاوض أو استخدامه لوسائل تدليسية¹⁸.

* **التفاوض بغرض التجسس:** الهدف من وراء هذا التفاوض هو لمعرفة بعض المعلومات والأسرار عن الشخص المتفاوض معه، أو لمعرفة حالة السوق أو معلومات عن أحد المنتجات دون أن تكون للمتفاوض نية التوصل إلى اتفاق ومن تم إبرام العقد¹⁹، وبمجرد أن يتحقق مبتغاه يقطع المفاوضات بحجج واهية دون تقديم أي سبب جدي، وهو ما يعتبر من قبيل الغش الذي يقيم المسؤولية التقصيرية²⁰.

* **التفاوض بغرض التعطيل:** في هذه الحالة يتم دخول المفاوضات فقط من أجل صرف الطرف الآخر عن التفاوض مع الغير وتعطيله عن إتمام صفقة أخرى كان على وشك إبرامها²¹، بمعنى آخر لإضاعة فرصة التعاقد عليه تحقيقاً لمصلحة شخصية لذلك المتفاوض أو لغيره، وبعد تحقيق هدفه ينسحب من المفاوضات.

* **التفاوض على ملك الغير:** من المسلم به قانوناً أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير، ومن تم لا يجوز بدهاء التفاوض على ملك الغير بهدف التصرف فيه، وعلى هذا الأساس إذا دخل شخص في مفاوضات من أجل التصرف في مال غيره فحتى ولو قدر لهذه المرحلة النجاح فإنها لا تسري في حق المالك الحقيقي، وطالما أن أحد المتفاوضين يعلم أن المال غير مملوك له ومع ذلك تعمد ودخل في مفاوضات بشأنه فإنه يعد قد ارتكب خطأ (يصنف في خانة الغش)، يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية²².

هذا ويلتزم المتفاوض على ملك الغير بالتعويض حتى ولو كان حسن النية باعتقاده أنه هو المالك (يصنف هنا في خانة الخطأ الجسيم)، طالما أن الطرف الآخر كان حسن النية بحيث كان يجهل أن المال المتفاوض عليه غير مملوك للطرف الثاني وذلك قياساً على حكم المادة 399 ق.م المتعلقة ببيع ملك الغير والتي تنص على أنه (...إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية).

* **الإخلال بالالتزام بالسرية:** يعتبر الإفشاء والكشف عن المعلومات التي تم الإفشاء بها أثناء التفاوض من طرف أحد المتفاوضين أو استخدامه لها خدمة لمصالحه الشخصية بعد فشل المفاوضات خرقاً للثقة التي تعتبر أساس مبدأ حسن النية في التفاوض²³، الأمر الذي يشكل - في ظل غياب اتفاق صريح بخصوص سرية المعلومات - خطأً تقصيري موجب للمسؤولية، ومن تم التعويض.

* **الإخلال بالالتزام بالإعلام:** السكوت عمداً عن واقعة مؤثرة أو الامتناع عن الإدلاء بالمعلومات اللازمة لاتخاذ قرار التعاقد من عدمه دون أن يكون ممكناً الحصول عليها من مصدر آخر²⁴ أو الإدلاء بمعلومات خاطئة بهدف تضليل الطرف الآخر ودفعه للتعاقد عن غير بينة كل ذلك يشكل خطأً تقصيرياً يلزم الطرف الآخر المدلس بالتعويض²⁵، أما في حال وجود عقد تفاوض بين الطرفين فإن الإخلال بهذا الالتزام يشكل طبعاً خطأً عقدي تقوم على أساسه المسؤولية العقدية.

* **الإساءة إلى السمعة:** قد يقوم أحد الأطراف المتفاوضة بعد فشل مرحلة التفاوض لسبب من الأسباب بالإساءة إلى سمعة الطرف الآخر نكاية فيه، بأن يشيع بين الناس أنه رفض التعاقد معه بعد أن اكتشف أمورا خطيرة تتعلق بمركزه الاجتماعي أو القانوني أو المالي، فلا شك أن هذا التشهير يعد خطأ تقصيريا موجب للتعويض²⁶.

* **خطأ الغير:** تقوم المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات أيضا في حالة تدخل الغير لإفساد المفاوضات، فقد يحدث أن يتدخل شخص من الغير لإفساد هذه المرحلة الهامة بهدف انتزاع الصفقة من أحد المتفاوضين لمصلحته الشخصية، لهذا لا بد من إحاطة هذه المرحلة بالسرية التامة تجنباً لمثل هذا الأمور²⁷.

في جميع الأحوال تنعقد مسؤولية الطرف الذي أحدث بأفعاله ضرراً بالطرف الآخر أثناء عملية المفاوضات، طالما أنها تتعارض مع مسلك الرجل العادي، وما ينبغي أن يتسم به من حسن النية والأمانة في المعاملات التجارية.

الفرع الثاني: إثبات الخطأ التقصيري

تقوم المسؤولية التقصيرية على خطأ واجب الإثبات من جانب المتفاوض المضرور الذي عليه أن يثبت أن الطرف الآخر قد انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للرجل العادي، إلا أن معيار الشخص العادي يطبق إذا كان المدين شخصا عاديا، أما إذا كان هذا الأخير شخصا مهنيا أو حرفيا يتعاقد في مجال تخصصه فإن المعيار هنا يختلف ليصبح معيار الرجل المهني الموضوع في نفس ظروف المدين، بل ذهب الفقه²⁸ إلى التخفيف من عبء الإثبات على الدائن بالقول بوجود قرينة افتراض علم المهني أو المحترف بالبيانات المطلوبة ويؤثر تخلفها على رضا المتعاقد، وتؤدي هذه القرينة إلى اعتباره سيء النية لاسيما إذا تعلق الأمر بمنتج جديد أو خطير، وقد يصل الأمر إلى إعفاء المضرور من عبء إثبات الخطأ التقصيري المتمثل في عدم إدلاء المهني بالبيانات قبل التعاقدية²⁹.

تجدر الإشارة إلى أنه من الصعب على الطرف المضرور إقامة الدليل على ارتكاب الطرف الذي عدل لخطأ تقصيري مصاحب لعدوله ومستقل عنه، بل وقد يستحيل عليه ذلك فيضيع حقه في التعويض، فإذا انتفى الخطأ التقصيري انتفت المسؤولية مهما كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات³⁰.

المطلب الثاني: الضرر

لا يكفي وجود الخطأ التقصيري وحده لقيام مسؤولية المتفاوض في مرحلة المفاوضات، وإنما يتعين أن يترتب على هذا الخطأ ضرراً يصيب الطرف الآخر، ذلك أن الضرر هو مناط التعويض، فهو يرتبط به وجودا وعدما³¹، ويقصد بالضرر الأذى الذي يصيب المضرور في حق أو مصلحة مشروعة³² ويعتبر ركن أساسي من أركان المسؤولية، بل هو روح المسؤولية المدنية.

وهناك نوعين من الضرر نتعرض لهما في (الفرع الأول)، كما أن له شروط لا بد من توافرها للقول بقيام المسؤولية نتناولها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع الضرر

الضرر نوعان قد يكون ماديا أو معنويا، أما الضرر المادي، فيتمثل فيما أصاب الشخص المضرور من الناحية المالية، كالنفقات التي تحملها المتفاوض المضرور فعلا أثناء فترة المفاوضات على العقد المراد إبرامه كمصاريف النقل والإقامة وإنجاز الدراسات والاستشارات وغيرها، والوقت الذي ضاع منه خلال هذه المرحلة، والفرص التي فاتته بسبب ذلك، فضلا عن إفشاء أسرار المهنية واستغلالها بدون إذنه³³.

أما الضرر المعنوي أو الأدبي فيتعلق بكل ما يمس بسمعة الطرف المضرور أو اعتباره كأن يؤدي فشل المفاوضات إلى الإساءة إلى سمعته التجارية واعتباره في السوق وتفويت فرصة إبرام العقد في حدود احتمال تحقيقها.

وهو ما أقره المشرع الجزائري في المواد 182 و182 مكرر من ق.م حين تعرض لأحكام التعويض أين ذكر أنه يشمل الضرر المعنوي الناتج عن المساس بالحرية والشرف أو السمعة.

الفرع الثاني: شروط الضرر

طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية يشترط أن تتوافر في الضرر ثلاثة شروط:

* **الشرط الأول:** أن يكون الضرر محققا، أي وقع بالفعل (كالنفقات التي تحملها أحد الأطراف فعلا)، أو أن يكون حتما محقق الوقوع في المستقبل (مثل التأثير على سمعة المضرور مستقبلا) فلا تعويض عن ضرر محتمل لم يقع بالفعل ولم يكن محقق الوقوع في المستقبل.

* **الشرط الثاني:** أن يكون الضرر مباشرا، فهذا الأخير يعد نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالالتزامات التي تفرضها المرحلة السابقة للتعاقد أو لتأخره في الوفاء بها، أما الضرر غير المباشر فلا تعويض عنه لانتفاء علاقة السببية بينه وبين خطأ هذا الأخير.

* **الشرط الثالث:** أن يكون الضرر متوقعا، أي أن يكون مما يمكن توقعه عادة وقت الإتفاق، والذي يعد نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام بالتفاوض بحسن نية، ويكون كذلك إذا أثبت أنه لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

هذا الشرط الأخير تختص به المسؤولية العقدية وحدها (إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم)³⁴ دون التقصيرية ففي هذه الأخيرة يكون التعويض عن الضرر المباشر كله سواء كان متوقعا أو غير متوقع على حد سواء³⁵.

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر

تتوافر علاقة السببية إذا أثبت المتفاوض المضرور وجود الخطأ التقصيري والضرر المباشر وذلك بإقامة الدليل على وجود جميع عناصر الواقعة التي يدعمها. وتعتبر علاقة السببية عنصراً مستقلاً عن كل من الخطأ والضرر لذلك لا يكفي أن يثبت المضرور الخطأ والضرر فقط، وإنما عليه كذلك إثبات علاقة السببية القائمة بينهما باعتبارها ركن من أركان قيام المسؤولية.

ويقع عبء نفي علاقة السببية على عاتق المدعى عليه أي المتفاوض المدين إذا دفع بعدم قيامها، وذلك إذا أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه نتيجة حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ المضرور نفسه، أو خطأ الغير، فإذا أثبت ذلك كان غير ملزم بالتعويض لانتفاء علاقة السببية بين فعله والضرر الحاصل ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك³⁶، وهذا ما أكدته المادة 127 ق.م. (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك).

إلا أنه لا يجوز مطلقاً الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية التي يمكن أن تقوم بمناسبة فشل المفاوضات، فكل شرط مقتضاه الإعفاء أو التخفيف منها يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يعتد به تطبيقاً لأحكام المادة 178 ق.م، باعتباره مخالفاً للنظام العام³⁷.

المبحث الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات العقدية

الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة في مرحلة المفاوضات طوعاً واختياراً بغض النظر عن مصدر تلك الالتزامات سواء كان مصدرها عقد التفاوض أو العقود التمهيدية التي تنظم هذه المرحلة، أو كان مصدرها مبدأ حسن النية في التفاوض³⁸.

ويكون التنفيذ اختياري إذا قام المتفاوض بتنفيذ ما التزم به طبقاً لما اتفق عليه مع المتفاوض الآخر، أو طبقاً لما يفرضه عليه مبدأ حسن النية الذي يعتبر المبدأ العام الذي يسود هذه المرحلة، أما إذا لم يتم بتنفيذ ما التزم به طوعاً واختياراً، فإنه يجبر على التنفيذ، ويكون التنفيذ الجبري بعين ما التزم به المدين، فإن استحال ذلك تم التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض.

وعليه سنتطرق إلى طرق التنفيذ الجبري في حال قطع المفاوضات في (المطلب الأول) ثم إلى التعويض عن أهم الأضرار الناتجة عن قطع المفاوضات في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنفيذ الجبري عند قطع المفاوضات

إذا امتنع المدين عن تنفيذ عين ما التزم به (منح، عمل، امتناع) لم يبق للدائن سوى اللجوء إلى القضاء لإجباره على التنفيذ، وهو ما يعرف بالتنفيذ الجبري الذي يتخذ صورتين، إما الإكراه على التنفيذ العيني، أو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض المالي. وعليه سنتطرق في (الفرع الأول) للتنفيذ العيني للمفاوضات، ثم للتنفيذ بمقابل في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنفيذ العيني للمفاوضات

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا طبقا للمادة 164 من ق.م وما يليها كلما أمكن ذلك بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار باعتباره الحل الأمثل لإصلاح الضرر، وعليه لا يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، أو لم يكن التنفيذ العيني مرهقا له.

أما إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن هنا أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية في حال امتناعه عن ذلك طبقا للمادة 174 من ق.م.

وبالرجوع إلى مرحلة المفاوضات فإذا لم يقدّم المتفاوض بتنفيذ التزاماته اختياريا، بأن قام بالعدول عن التفاوض أو رفض الاستمرار فيه دون سبب جدي، فهل يجوز للمتفاوض المضطر اللجوء إلى القضاء والمطالبة بإكراه المتفاوض المدين بالاستمرار في المفاوضات³⁹، أم أن إقرار جواز التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات سيصطدم بمبدأ أقوى وهو مبدأ سلطان الإرادة؟.

لقد اجمع الفقه⁴⁰ على استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال المفاوضات على العقد، لعدم جواز إجبار الأطراف على الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها حتى ولو كان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمتفاوض الممتنع، ذلك لأن الالتزام بالتفاوض لا يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي المنشود إجباريا، وإنما يلزمهم فقط بالتفاوض حول هذا العقد تمهيدا لإبرامه والاستمرار في المفاوضات بهدف نجاحها بإبرام العقد النهائي، مع مراعاة حسن النية والتزاهة والأمانة استنادا إلى أن الأصل في المفاوضات هو التراضي، ومن ثم لا يجوز من الناحية القانونية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا لما فيه من مساس بحريته الشخصية، وبمبدأ حرية التعاقد⁴¹، كما أنه أمر غير مجد لأن الإكراه على الاستمرار في المفاوضات يتنافى وروح التعاون والشفافية التي يجب أن تسود بين المتفاوضين خلال مرحلة المفاوضات وإلا سيكون مآلها الفشل والقضاء على فرص إبرام العقد المرتقب⁴².

من تم فإن اللجوء إلى الحكم بالغرامة التهديدية المنصوص عليها في المادة 174 ق.م لدفع المتفاوض للعودة والاستمرار في التفاوض أمر غير مستساغ، مما يتعين معه القول أن التنفيذ العيني مستبعد في مرحلة المفاوضات العقدية⁴³ باعتباره حلا لا يتوافق مع المنطق بالنظر إلى خصوصية المرحلة. وبناء على ذلك فإذا كان القاضي لا يمكنه أن يجبر المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا وذلك بالدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها، فلا يجوز له من باب أولى أن يجبره على التعاقد⁴⁴، أي لا يستطيع أن يحل محل إرادة الطرف الراض الاستمرار في التفاوض لعدم وجود أي سند قانوني لهذا التدخل طالما أن عرض الدخول في المفاوضات لا يشكل عرضا ملزما⁴⁵، كما أن معالم العقد محل التفاوض، أي عناصره الجوهرية ما زالت غير محددة، وعليه ليس أمام القاضي إلا الحكم بتعويض للطرف المتضرر.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض:

ذكرنا آنفا أنه لا يمكن إجبار أي طرف في مرحلة المفاوضات على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا باعتباره التزام بالقيام بعمل، لذلك إذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته في هذه المرحلة لا يبقى أمام الطرف الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل والمتمثل في تعويض نقدي عادل وشامل عن كل ما أصابه من جراء عدم التنفيذ، والقول بخلاف ذلك سيؤدي بالضرورة إلى قيام العقد خلافا لإرادة أحد الطرفين. وهو ما نصت عليه المادة 176 ق.م على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه"، ويقدر القاضي التعويض إذا لم يكن مقدرا في العقد أو بنص القانون، طبقا للمادة 182 ق.م، بحيث يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

ويستخلص من نص المادة 182 أعلاه، أن التعويض إذا لم يكن محددا قانونا يقدر إما من قبل الأطراف، أو من قبل القاضي.

أولا/ تقدير التعويض من قبل الأطراف:

إذا حدد الطرفان في اتفاق التفاوض أو في اتفاق لاحق مقدار التعويض الذي يستحقه المتفاوض في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته (كتوزيع نفقات التفاوض بينهما)، وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي المنصوص عليه في المادة 183 ق.م، فعلى القاضي أن يحكم بالمبلغ المتفق عليه بينهما، غير أن للقاضي سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي إذا ثبت أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، كما له سلطة في زيادة التعويض إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض

المتفق عليه وثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، إلا أن سلطته في ذلك ليست مطلقة⁴⁶، فلا يكون تدخله إلا في الحدود التي رسمها له المشرع في نص المادتين 02/184 و185 ق.م. نشير هنا إلى أن هذه الحالة نتصورها في حال قيام المسؤولية العقدية نتيجة الإخلال باتفاق التفاوض المكتوب، أما في غير ذلك فإنه من الصعب إثبات أمر الاتفاق على التعويض.

ثانيا/ تقدير التعويض من قبل القاضي:

يتولى القاضي طبقا للمادة 182 ق.م مهمة تقدير التعويض إذا لم يكن محددا قانونا أو باتفاق الأطراف، والغاية من التعويض هي إعادة المتفاوض المضروب إلى الحالة التي كان عليها قبل الدخول في التفاوض ويشترط في الضرر أن يكون جابرا لكل ما وقع من ضرر، غير أنه يجب أن يقتصر التعويض على الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعية لإخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية،⁴⁷ إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

ويدخل تقدير التعويض ضمن السلطة التقديرية للقاضي⁴⁸ ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك⁴⁹، إلا أن هذه المسألة صعبة نوعا ما لصعوبة تحديد نطاق التعويض بكل دقة، ذلك أنه لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد النهائي ومن ثم لا يشمل أيضا المزايا التي كانت ستترتب على إبرام العقد المنشود، باعتبارها من قبيل الضرر غير المباشر، وبالإضافة إلى ذلك، فهي أمور احتمالية لذلك يصعب تقدير التعويض بشأنها.

المطلب الثاني: التعويض عن أهم الأضرار الناتجة عن قطع المفاوضات

الأضرار المادية والمعنوية التي قد تلحق بالأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد لاسيما في حال قطع المفاوضات دون سبب جدي عديدة ومتعددة نظرا لاختلاف طبيعة المفاوضات من عقد إلى آخر، إلا أننا سنتعرض للتعويض عن أهم صور الضرر وأكثرها حدوثا من الناحية العملية، كالتالي: التعويض عن نفقات التفاوض (الفرع الأول)، التعويض عن الوقت الضائع (الفرع الثاني)، وأخيرا التعويض عن تفويت الفرصة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعويض عن نفقات التفاوض

هي النفقات التي تكبدها المتفاوض المضروب في سبيل التفاوض مثل نفقات الإعداد للعقد والدراسات الفنية والاستشارات وتقارير الخبراء والسفر والإقامة... وغيرها من الأمور التي تقتضيها

مرحلة المفاوضات، فهذه النفقات بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور ومن ثم يجب أن يتحملها المتفاوض الذي قام بقطع المفاوضات خلافاً لمقتضيات حسن النية⁵⁰.

ويجب أن تكون هذه النفقات ضرورية تمت بمناسبة التفاوض أو بسببه، ومن ثم لا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء التفاوض ولا ما أنفقه بعد علمه بانسحاب المتفاوض الآخر، كما يجب أن لا يكون المتفاوض قد تكبد هذه النفقات بسبب خفته أو سذاجته أو عدم احترازه⁵¹.

أما بالنسبة للشخص المحترف أو الممتن الذي يعلم بتقنيات التفاوض وبإمكانية قطع المفاوضات، ويقبل المخاطرة بالرغم من ذلك، فإن الخسائر المادية التي يتكبدها تدخل ضمن المصاريف العامة للشركة أو المؤسسة، ولا يمكنه إذن المطالبة بالتعويض عنها⁵².

الفرع الثاني: التعويض عن الوقت الضائع

يعتبر ضياع الوقت من أكثر الأضرار المتوقعة في مرحلة المفاوضات، ويتمثل الوقت في الساعات أو الأيام أو الشهور التي استغرقتها الاجتماعات والمناقشات و الدراسات دون جدوى ويعوض عن هذا الضرر كلما قام الدليل عليه أيا كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات بخصوص العقد المراد إبرامه⁵³، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1966/01/27 حيث قضت بتعويض لمفاوض عن الوقت الذي أضاعه في أوروبا بحثاً عن معدات المصنع الذي اتفق على إنشائه مع الطرف الآخر في المفاوضات، والمتمثل في إهماله لمحله التجاري في مصر خلال المدة التي قضها بالخارج⁵⁴.

الفرع الثالث: التعويض عن تفويت الفرصة

أجمع الفقه⁵⁵ على أنه إذا كانت فرصة إبرام العقد محل التفاوض هي أمر احتمالي وغير محقق الوقوع، فإن تفويت هذه الفرصة بقطع المفاوضات دون أي سبب جدي ومشروع، أو وصولها إلى طريق مسدود بإتياء سلوكات خاطئة غير مألوفة، هو ضرر محقق واجب التعويض.

ويعتبر تفويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة المفاوضات، حيث يؤدي فشل التفاوض عادة إلى حرمان المتفاوض من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب احتمالي، يتمثل هذا في الحرمان من إبرام العقد المتفاوض عليه أو في إبرام عقد بديل مع الغير⁵⁶.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1958/11/13 على أنه (إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق)⁵⁷.

إذ يمكن للمتفاوض المضرور أن يطلب التعويض عن الفرص التي ضاعت منه لإبرام عقد آخر مع الغير بدلا من العقد المتفاوض عليه بعد رفضه لعروض معينة عرضت عليه من طرف أشخاص آخرين، ويشترط لاستحقاق هذا التعويض - كما سبق الذكر - أن تكون هذه الفرصة الضائعة جادة وحقيقية⁵⁸، وأن لا يكون ضياع فرصة إبرام عقد بديل مع الغير سببه خفة وسداجة المتفاوض المضرور، فيجب أن لا يتسبب هذا الأخير كليا أو جزئيا في ضياعها بخطأ منه⁵⁹.

وفي هذا الاتجاه سار الفقه⁶⁰ والقضاء في الجزائر⁶¹ حيث اعتمد "مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة" على شكل مبدأ عام، لأن الفرصة وإن كانت أمرا محتملا، فإن تفويتها يشكل ضررا محققا قد يصيب الطرف الآخر، وهو الأمر الذي يستوجب أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار عند الحكم بالتعويض وفقا لظروف وملابسات كل قضية، رغم صعوبة تقدير الفرصة كقيمة مالية.

أما في فرنسا فكان القضاء متشددا في التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد محل المفاوضات على أساس تساوي احتمال إبرام العقد النهائي مع احتمال عدم إبرامه وبالتالي فإن التعويض عنها يؤدي بطريقة غير مباشرة إلى ترتيب آثار العقد بالرغم من عدم انعقاده⁶² وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 2006/06/28 حيث جاء فيه: (إن الخطأ الواقع نتيجة ممارسة حق القطع الفردي للمفاوضات ليس سببا للضرر الواقع المتمثل في فقدان فرصة تحقيق الأرباح التي كان يؤمل في الحصول عليها من إبرام العقد)⁶³.

إلا أن الفقه الفرنسي الحديث يرى وجوب التعويض عن تفويت الفرصة عن الضرر خلال مرحلة المفاوضات، وهو الأمر الذي كرسه القانون المدني الفرنسي الجديد في الفقرة 02 من المادة 1112 التي نصت على أن: (فقدان المكاسب المنتظرة من العقد ليس تفويت فرصة الحصول على المنافع المنتظرة منه...)

على العموم فإن التعويض عن ضياع الفرصة لا يجب يبلغ حد التعويض عن قيمة الأرباح المتوقعة من العقد لو تم إبرامه، وإنما يقف عند نسبة منها تعينها درجة احتمال التعاقد المصاحبة للمرحلة التي وصلت إليها المفاوضات، وذلك لأن الضرر يتمثل في مجرد تفويت الفرصة وليس في عدم الاستفادة منها وهو ما يعرف بالتعويض عن المصلحة السلبية، ونسبة التعويض تزيد أو تنقص أو تنعدم بحسب الأحوال، فتتقصر إذا أثبت أن الفرصة البديلة سهلة ومتاحة دون عقبات، وتزيد إذا كانت الفرصة البديلة صعبة المنال وتنعدم إذا أثبت أن فرصة إبرام عقد بديل مع الغير كانت منعقدة طيلة مرحلة المفاوضات⁶⁴، فمناطق التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة يكمن حسب الأستاذ رجب كريم عبد اللاه في "أن هذه الفرصة قائمة والأمل في الاستفادة منها له ما يبرره"⁶⁵.

وتبقى للقاضي سلطة تقدير مدى وجود فرصة حقيقية لإبرام العقد محل التفاوض من عدمه، وذلك من خلال ظروف وملابسات كل قضية مع الأخذ بعين الاعتبار المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات، والثقة التي تولدت لدى الأطراف جراء ذلك باعتقادهم بأن العقد سيبرم حتماً بوصولهم إلى نقطة الالعودة، فإن قطع أحدهم للمفاوضات بدون سبب مشروع يبرر هذا القطع، يعتبر ضرر أكيد يستوجب التعويض⁶⁶.

خاتمة:

الأصل أن حرية العدول عن المفاوضات هو المبدأ الأساسي الذي يحكم أطراف العلاقة، ذلك أن الدخول في مفاوضات ليس من شأنه الحد من حرية الأشخاص في التعاقد من عدمه، وليس هناك أي إلزام قانوني يوجب الاستمرار في المفاوضات حتى نهايتها ومن ثم إبرام العقد المنشود.

وعليه فمادامت المفاوضات لم تصل حد توجيه الإيجاب واقتترانه بالقبول، فلكل متفاوض الحق في العدول في الوقت الذي يشاء، إذا ما رأى أن إتمام الصفقة في غير صالحه لسبب أو لآخر، ولا يلزم المتفاوض بالإفصاح عن سبب عدوله متى كان مشروعاً.

إلا أن الحرية التعاقدية لا تعني الإهدار الكلي لضرورات الاستقرار والثقة في العلاقات قبل التعاقدية، فحرية العدول لا تبرر أبداً الانحراف في سلوك المتفاوض لذلك إذا اقترن بقطع المفاوضات خطأً من جانب أحد الأطراف تقوم هنا المسؤولية التقصيرية على أساس الفعل الضار، ويتحقق ذلك الخطأ بإثبات أن العدول لم يكن لعلّة ظاهرة جديّة عندئذ يكون للطرف الآخر الحق في طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه به كضياع وقته وتحمله لنفقات التفاوض، ولا سيما إذا قطعت المفاوضات شوطاً كبيراً وكان الأطراف على وشك الوصول إلى اتفاق حول العقد النهائي.

فالمسؤولية التقصيرية تعتبر في حد ذاتها ضماناً لتوفير الانضباط والالتزام في التفاوض، ولا تعد إخلالاً بحرية العدول أو الانتقاص منها.

في جميع الأحوال، يقتصر التعويض عن الضرر خلال مرحلة المفاوضات على التعويض المالي فقط، دون الإلزام بتنفيذ التفاوض عينا، كما أنه لا يكون إلا على أساس الضرر الفعلي الذي أصاب المضرور وليس على الكسب الفائت، لأن القول بخلاف ذلك يعني بطريقة غير مباشرة ترتيب أثر عقد لم يبرم.

أما بخصوص موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فإنّ هذا الأخير لم يتناول مرحلة المفاوضات بنصوص قانونية خاصة، كما سكت عن الالتزامات قبل التعاقدية، مكتفياً بالمراحل الموالية لإبرام العقد، بنصه على تنفيذ كل طرف في العقد لالتزاماته بحسن نية طبقاً لما اشتمل عليه في المادة 107 ق.م، وكذا على أحكام المسؤولية العقدية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية في المادة 164 وما

بعدها ق.م، فالمشرع ترك الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر المفاوضات مجرد عمل مادي غير ملزم، لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني ولا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام، وليس أمام المتفاوض المضرور من جراء عملية التفاوض إلا اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية متى توافرت شروطها عملاً بأحكام المادة 124 ق.م.

وفي الأخير، تجدر الإشارة إلى أن حصر المسؤولية في مرحلة المفاوضات في إطار المسؤولية التقصيرية فحسب، من شأنه أن يشجع على العبث في المفاوضات وعدم الاكتراث بالالتزام بالاستمرار فيها حتى نهايتها الطبيعية ألا وهي إبرام العقد، كما أنه من الصعب تطبيق قواعد هذه المسؤولية في مرحلة المفاوضات لصعوبة إثباتها، فقد يفشل الطرف المتضرر في إثبات توافر عناصرها من خطأ، وضرر، وعلاقة السببية بينهما فيفقد حقه في التعويض، كما أن هذه المسؤولية لا تقدم ضمانات كافية وحماية فعالة لعملية التفاوض.

لذلك نحن نرى أنه من الأفضل أن تباشر المفاوضات العقدية بناء على اتفاق تفاوض صريح ومكتوب بين الطرفين المتفاوضين مع وجوب الالتزام بمبدأ حسن النية ومقتضياته في ذلك، فإذا ما أخل أي طرف بالتزاماته الناشئة عن هذا الاتفاق، يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية، وبالتالي تطبق أحكام هذه المسؤولية التي يسهل معها إثبات الخطأ والحصول على التعويض.

الهوامش:

* المؤلف المرسل.

¹ - العربي بلحاج، 2014، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص. 17؛ أبحار حامد حبش علي، 2010، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، مكتبة الوفاء القانونية، ط. 01، الإسكندرية، مصر، ص. 18؛ حسام الدين كامل الأهواني، يومي 2 و 3 يناير 1993، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ص. 02.

² - محمد عبد الظاهر حسين، 2002، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص. 05؛ حسام كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 02.

³ - Schmidt-Szalewski (J.), 1990, la période précontractuelle en droit français, RIDS, II, p.545.

⁴ - Schmidt-Szalewski (J.), op.cit., p.554.

⁵ - التفاوض بحسن النية يقصد به التفاوض بالطريقة التي تقتضيها الأمانة والشرف والنزاهة في التعامل، وهو التزام يفرض على كل طرف الإقبال على المفاوضات بجدية ورغبة صادقة في إتمام التعاقد المطلوب وبشروط معتدلة ومرضية لكلا الطرفين؛ لتفاصيل أكثر عن مفهوم مبدأ حسن النية، راجع رجب كريم عبد اللاه، 2000، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ص. 416؛ أمين دواس، فبراير 2008، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مقال منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 05، العدد 01، ص. 169 وما يليها.

- ⁶ - قدما ظهرت عدة نظريات فقهية بشأن تحديد طبيعة المسؤولية في المرحلة السابقة للتعاقد أهمها نظرية الخطأ عند تكوين العقد للفقيه الألماني إيرنج ونظرية الضمان القانوني للفقيه الإيطالي فاجيلا، إلا أن الفقه الحديث أجمع على عدم صلاحية أي منها كونها تقوم على الافتراض المحض الذي يخلو من الواقعية مما جعلها تواجه انتقادات فقهية واسعة فهي تقوم على أفكار قديمة لا تواكب مفهوم العقد في ظل التطورات التي عرفها المجتمع المعاصر؛ محمود جمال الدين زكي، 1978، مشكلات المسؤولية المدنية، ج. 1، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ص. 119.
- ⁷ - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص. 395؛ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص. 165.
- ⁸ - قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل بموجب المرسوم رقم 131-2016 الصادر بتاريخ 2016/02/10، ج. ر. ف. ع. 0035 الصادرة بتاريخ 2016/02/11 والذي اشتمل على العديد من التعديلات بشأن النظرية العامة للعقد في القانون المدني والذي تم استنباط معظم أحكامه من الاجتهادات القضائية الفرنسية وهو ما يبرز دور القضاء في تحديث المنظومة القانونية في فرنسا.
- ⁹ - عبد الرزاق أحمد السهوري، 2000، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج. 02، ط. 03، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، ص. 885؛ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 67.
- ¹⁰ - علي أحمد صالح، 2012، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، 2012، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص. 690؛ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 12.
- ¹¹ - اعتبرت محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1967/02/09 أن (المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية، كما أنه لا يلتزم بتبرير عدوله)، مجموعة أحكام النقض، السنة 18، العدد 02، رقم 167، ص. 334.
- ¹² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر. ع. 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- ¹³ - رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص. 299؛ العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص. 392؛ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 67.
- ¹⁴ - العربي بلحاج، 2011، مشكلات المرحلة السابقة للتعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، ص. 122؛ محمد حسام محمود لطفي، 1995، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، النسر الذهبي للطباعة، ص. 07.
- ¹⁵ - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص. 78، أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص. 155.
- ¹⁶ - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 695.
- ¹⁷ - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع السابق، ص. 122؛ أمين دواس، المرجع السابق، ص. 172.
- ¹⁸ - Cass. com., 26/11/2003 : Bull. Civ. IV, n° 186, D 2004, p.869.
- ¹⁹ - هو ما أكدته الفقرة 3 من نص المادة 15-2 من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص سنة 1994 (ألينيديروا – UNIDROIT PRINCIPALES) والتي تنص على أنه: (يتوافر سوء النية، على وجه الخصوص، بالنسبة للطرف الذي يدخل المفاوضات أو يستمر فيها وهو يعلم أنه ليس لديه النية في الوصول إلى اتفاق مع الطرف الآخر).
- ²⁰ - من أشهر التطبيقات القضائية لهذه الصورة من صور الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات في القضاء المصري قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 1966/01/27 حيث تتلخص وقائع القضية في أن المدعى عليه عرض على المدعي أن يفكر له في مشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكا له فيه، فقبل المدعي هذا العرض وأخذ يفكر في مشروع فريد من نوعه إلى أن اهتدى إلى مشروع إنشاء مصنع لعمل وطبع الأسطوانات الخاصة بالأغاني والموسيقى بمصر يكون الأول في الشرق الأوسط، وعرض الفكرة على المدعي عليه فرحب بها بعد أن درسها، وجرت بينهما العديد من المناقشات وتم البدء في أول مرحلة وهي مرحلة المفاوضات والتي أسفر عنها الاتفاق على السفر إلى أوروبا، وفعلا سافر المدعي بطلب من المدعى عليه واشترى أفضل ما أنتجته المصانع الأوربية من الآلات والأدوات اللازمة لتنفيذ المشروع، ولكن بمجرد وصول المشتريات لمصر عدل المدعى عليه ورفض إبرام عقد الشركة معه، واستأثر بالآلات لنفسه وعقد شراكة

مع أشخاص آخرين لتنفيذ ذلك المشروع، وبعد أن رفع هذا الأخير دعوى للمطالبة بالتعويض قضت المحكمة باعتبار المدعى عليه مسؤولاً مسؤولية تقصيرية لأنه لم يكن جادا في هذه المرحلة عندما بدأ في المفاوضات، ولم يكن أبدا يقصد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة مع المدعي، بل إنه أوهم هذا الأخير برغبته في عقد شراكة معه لمجرد الحصول على فكرة المشروع فقط، ويعرف قصده هنا بالقصد التجسسي؛ قرار منشور في مجموعة المكتب الفني، العدد 17، رقم 24، صفحة 182، أشار إليه محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص. 96.

²¹ - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص. 378؛ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص. 27؛ أمين دواس المرجع السابق، ص. 172.

²² - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 699.

²³ - أبجار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص. 90.

²⁴ - صدر قرار عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1968/02/28 جاء فيه: (بأن ظروف وملابسات عملية التفاوض لا تجيز للمفاوض كتمان أمر كان ينبغي الإفصاح عنه، ومن ثم فإن تصرف المفاوض يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف في الظروف التي صدر فيها وينطوي مسلك المفاوض هذا على خطأ تقصيري)؛ مجموعة أحكام النقض، السنة 19، رقم 95، ص. 642؛ نزيه محمد الصادق المهدي، 1982، الالتزام قبل التعاقد بالبدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص. 38.

²⁵ - محمد أحمد أبو زيد، 1995، المفاوضات في الإطار العقدي (صورها وأحكامها)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص. 88؛ العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع السابق، ص. 191.

²⁶ - عبد الرزاق أحمد السنيهوري، المرجع السابق، ص. 429؛ نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. 48.

²⁷ - من أهم القضايا التي أثرت بهذا الصدد قضية تكساكو بنزويل الأمريكية الشهيرة التي تعود وقائعها لسنة 1985 بولاية تكساس أين قضت المحكمة بإلزام إحدى الشركات الأمريكية (شركة تكساكو) بتعويض معتبر لشركة أخرى (وهي شركة بنزويل) على أساس المسؤولية التقصيرية لتدخلها في مفاوضات شبه ناجحة بين شركتي (بنزويل و جيتي) وإفساد صفقة تجارية كانت على وشك أن تتم بينهما، وكذا بإلزام (شركة جيتي) بتعويض لـ (شركة بنزويل) بسبب إخلالها بالاتفاق المبدئي الذي تم بينهما قبل تدخل (شركة تكساكو) على أساس المسؤولية العقدية.

M. Edouard CHAMY, L affaire Texaco-pennzoil et ses multiples développements au sein du système judiciaire, J. D.I. 4, 1988, p.979.

أشار إليه محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص. 73 وما يليها.

²⁸ - أبجار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص. 157؛ العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص. 384.

²⁹ - نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص. 318.

³⁰ - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص. 59.

³¹ - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 701.

³² - العربي بلحاج، 2015، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، ص. 687.

³³ - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص. 91.

³⁴ - الأمر الذي نصت عليه المادة 182 فقرة 02 ق.م.: (غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).

³⁵ - أمين دواس، المرجع السابق، ص. 189.

³⁶ - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 705.

- 37 - محمد صبري السعدي، 2009، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الكتاب الثاني، دار الكتاب الحديث، فرع الجزائر، ص.183.
- 38 - تنص المادة 7-1 من مبادئ عقود التجارة الدولية (أليندروا – UNIDROIT PRINCIPALES) على أن: (يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، ولا يستطيعون استبعاد هذا الالتزام أو أن يضيقوا من نطاقه)، وعيه يتوجب على أطراف التفاوض احترام هذا المبدأ وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه.
- 39 - التطبيقات القضائية في شأن الإيجار على التنفيذ العيني للتفاوض نادرة جدا، غير أن هناك حكم صادر عن محكمة استئناف باريس قضى (بالإجبار على التفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق بين الطرفين استند عليه بعض من الفقه للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا إذا ما قدر القاضي ذلك)،
- C.A. Paris 28/09/1976 ; cité par (J) Schmidt-Szalewski, op.cit., p.32.
- 40 - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص.201؛ رجب عبد اللاه، المرجع السابق، ص.617؛ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص.86.
- 41 - في هذا الشأن قضت محكمة بروكسل التجارية في حكمها الصادر بتاريخ 24 جوان 1985 على استحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ وأكدت أن ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه، Trib.Com,Bruxelles,13 ch.,24 Juin 1985
- حكم أشار إليه، محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص.85.
- 42 - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.412؛ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص.85؛ صليحة بن أحمد، جانفي 2014، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع.10، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ص.118.
- 43 - المحكمة العليا، غ.م، قرار صادر بتاريخ 2001/01/30، ملف رقم 258113، م.ق، ع.02، 2001، ص.20 جاء فيه: (أن تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال الملكية إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقي للموعود سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض استنادا لأحكام المادة 176 ق.م.ج).
- 44 - أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص.170.
- 45 - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص.86.
- 46 - نجة عبيد، 2015، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ص.128 وما يليها.
- 47 - أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص.172؛ صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص.121.
- 48 - إذا لم تكن عناصر التعويض كافية في الملف وبالتالي لا تسمح للقاضي بتقدير الضرر اللاحق بالطرف المضرور، جاز له تعيين خبير من أجل تقدير التعويض.
- 49 - المحكمة العليا، غ.م، قرار صادر بتاريخ 1989/02/08، ملف رقم 58012، م.ق، ع.02، 1992، ص.14؛ المحكمة العليا، غ.م، قرار صادر بتاريخ 1993/03/31، ملف رقم 97860 غير منشور.
- 50 - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.417.
- 51 - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص.92؛ حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص.409.
- 52 - أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص.157؛ العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.419.
- 53 - رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص.624 وما يليها.
- 54 - وقائع القضية تمت الإشارة إليها أعلاه الهامش رقم 20.
- 55 - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.422؛ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص.89؛ أمين دواس، المرجع السابق، ص.191.
- 56 - صليحة بن أحمد، المرجع السابق، ص.122.

- ⁵⁷ - قرار محكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 13/11/1958 رقم 158، أشار إليه أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص. 175.
- ⁵⁸ - تنص الفقرة 3 من نص المادة 3-7 من مبادئ عقود التجارة الدولية (أليينيدروا – UNIDROIT PRINCIPALES) على أن: (تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها).

⁵⁹ - Cass. Civ., 17/11/1993, R.T.D., Civ, 1994.

- أشار إليه، العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع السابق، ص. 209.
- ⁶⁰ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 85: علي فيلاي، 2002، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موقف للنشر والتوزيع، الجزائر، ص. 254؛ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 165؛ العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص. 421.
- ⁶¹ - المحكمة العليا، غ.ش.أ، قرار صادر بتاريخ 15/11/2006 ملف رقم 372290. م.ق، ع.01، 2007، ص. 487.

⁶² - Deshayes, le dommage précontractuel, RTD, com. 2004, p. 187.

⁶³ - Cass., 3^e Civ., 28/06/2006, n° 04- 20040, cité par Deshayes, op..cit., p.190.

⁶⁴ - رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص. 633.

⁶⁵ - رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص. 632.

⁶⁶ - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة للتعاقد، المرجع السابق، ص. 208.