التفاوض العقدي بين الجدل الفقهي ومطلب الإقرار التشريعي

مليكة محمودي [1]،
[1] أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر.
البريد الإلكتروني: malika.mahmoudi@univ-tiaret.dz
فريد بن بو عبد الله [2]،
أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر.
البريد الإلكتروني: farid.benbouabdellah@univ-tiaret.dz

الملخص:

يرى الفقه القانوني منذ القدم أن العقد يمثل التعبير النهائي عن توافق الإرادتين على إنشاء التزامات قانونية، غير أن التطور العملي للعلاقات التعاقدية أفرز مرحلة أساسية تسبق إبرامه، هي مرحلة التفاوض، التي باتت تشكل خطوة جوهرية في تكوين العقد وتحديد مضمونه. وتزداد أهمية هذه المرحلة في ظل تعقد المعاملات المدنية والاقتصادية وتشابك المصالح، إذ تعد وسيلة لضمان التوازن بين الأطراف وإرساء مبدأ حسن النية في التعامل. وقد أثار غياب تنظيم تشريعي صريح لهذه المرحلة جدلًا فقهيا بين من يرى أن حرية التعاقد تقتضي تركها دون تقييد، ومن يعتبر أن العدالة تستوجب إقرارها تشريعيا. ويبدو الاتجاه الراجح اليوم هو ضرورة تقنين التفاوض العقدي، بما يحقق توازنا بين حرية الإرادة والمسؤولية عن ممارستها، وبما يعزز الثقة والاستقرار في المعاملات المدنية والتجارية على حد سواء.

الكلمات المفتاحية:

التفاوض العقدي، المرحلة السابقة للتعاقد، الطبيعة القانونية، حسن النية، حرية التعاقد، العدالة التعاقدية، المسؤولية قبل التعاقد.

تاريخ إرسال المقال: 2025/10/11، **تاريخ قبول المقال:** 2025/12/10، **تاريخ نشر المقال:** 2025/12/27

المؤلف المراسل: محمودي مليكة، kika.reine1@gmail.com

Contractual Negotiation between Doctrinal Debate & the Legislative Demand

Abstract:

Since ancient times, legal doctrine has regarded the contract as the final expression of the concurrence of wills aimed at creating legal obligations. However, the practical evolution of contractual relations has given rise to a fundamental preliminary stage, the negotiation phase which has become an essential step in the formation of the contract and the determination of its content. The importance of this phase increases in light of the growing complexity of civil and economic transactions and the interdependence of interests, as it serves as a means to ensure balance between the parties and to uphold the principle of good faith in dealings. The absence of an explicit legislative framework governing this phase has sparked doctrinal debate between those who argue that freedom of contract requires leaving negotiations unrestricted, and those who believe that justice necessitates legislative recognition. The prevailing view today advocates the codification of contractual negotiation, in order to reconcile freedom of will with the responsibility attached to its exercise, and to strengthen confidence and stability in both civil and commercial relations.

Keywords:

Contractual negotiation, Pre-contractual stage, Legal nature, Good faith, Freedom of contract, Contractual justice, Pre-contractual liability.

La négociation contractuelle entre le débat doctrinal et l'exigence de reconnaissance législative

Résumé :

Depuis longtemps, la doctrine juridique considère le contrat comme l'expression finale de la rencontre des volontés en vue de créer des obligations juridiques. Cependant, l'évolution pratique des relations contractuelles a fait émerger une étape essentielle précédant sa conclusion : la phase de négociation, qui constitue désormais un moment fondamental dans la formation du contrat et la détermination de son contenu. L'importance de cette phase s'accentue face à la complexité croissante des transactions civiles et économiques et à l'imbrication des intérêts, puisqu'elle permet d'assurer l'équilibre entre les parties et de consacrer le principe de la bonne foi dans les relations contractuelles. L'absence d'un encadrement législatif explicite de cette phase a suscité un débat doctrinal entre ceux qui estiment que la

liberté contractuelle impose de la laisser sans contrainte, et ceux qui considèrent que la justice commande sa reconnaissance légale. L'opinion dominante tend aujourd'hui vers la nécessité de codifier la négociation contractuelle, afin d'assurer un équilibre entre la liberté de volonté et la responsabilité qui en découle, tout en renforçant la confiance et la stabilité dans les relations civiles et commerciales.

Mots clés :
Négociation contractuelle, Phase précontractuelle, Nature juridique, Bonne foi, Liberté contractuelle, Justice contractuelle, Responsabilité précontractuelle.

مقدمة

أضحى اللجوء إلى مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد ممارسة شائعة، لا سيما في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة كالعقود المبرمة بين الشركات أو التي يكون محلها ذا قيمة مالية معتبرة. وتؤدي هذه المرحلة وظيفة وقائية سواء انتهت إلى إبرام العقد أو فشلت في ذلك؛ إذ أن نجاح المفاوضات يضمن إبرام عقد متوازن يقل فيه احتمال نشوء المنازعات عند التنفيذ، بينما يسهم فشلها في تجنب إبرام عقود قد تكون مصدرًا للنزاع لاحقًا. وتكمن أهميتها في تمكين كل طرف من التعرف على استعداد الطرف الآخر لقبول الشروط والبنود المطروحة، فعلى سبيل المثال، في عقد البيع، يتعرف كل من الطرفين على طبيعة المبيع ومواصفاته وقيمته وآليات دفع الثمن، بما يتيح لكل منهما تكوين تصور واضح قبل الإبرام.

يتطلب حسن تسيير المفاوضات من الطرفين أن يراعيا الأسس الجوهرية اللازمة لقيام العقد الصحيح، وأن يتحاشيا ما قد يطرأ على أركانه من خلل أو على الإرادة من عيوب قد تؤثر في صحة التعاقد، فالإعداد الجيد والمسبق للعقد يعد عاملاً حاسمًا في تحقيق توازن بنوده وتكافؤ التزامات الأطراف، مما يؤدي إلى صياغة عقد واضح المعالم يمكن تنفيذه بسهولة دون أن يكون مصدرًا للخلافات أو النزاعات.

فضلاً عن ذلك، تُعد مرحلة المفاوضات مرجعًا أساسياً لتفسير بنود العقد، إذ تمثل التعبير الأصدق عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين. ويمكن استجلاء هذه الإرادة من خلال دراسة الملابسات والظروف التي أحاطت بإبرام العقد، وما دار من مناقشات ومراسلات تفاوضية بين الطرفين قبل إبرامه.

تعد المفاوضات وسيلة فعالة لتبيين التزامات الأطراف وضمان وضوحها، بما يمنع وقوع أي غموض أو التباس خلال مرحلة تنفيذ العقد. كما أن صياغة الاتفاق النهائي، وما تتطلبه من تركيز على النقاط الجوهرية والجوانب الفنية الدقيقة، قد تقتضي الاستعانة بخبرة متخصصة أو بتجارب ميدانية، وهو ما يتحقق في الغالب ضمن إطار المفاوضات السابقة على التعاقد.

ومع ذلك، يجب الإشارة إلى أن الهدف من المفاوضات، وإن كان يتمثل في تحقيق مصلحة مشتركة للطرفين، إلا أن هذا الهدف لا يجوز السعي إليه بأي ثمن أو بأساليب غير مشروعة. فقد تُفضي المفاوضات

في بعض الأحيان إلى طريق مسدود دون أن يُبرم العقد، وهو ما يُعد نتيجة محتملة وطبيعية لهذه المرحلة ولا يُنقص من أهميتها أو مشروعيتها.

إن معظم القوانين المدنية أغفلت تنظيم مرحلة المفاوضات، فلم تُدرج ضمن نصوصها ما يحدد طبيعتها أو آثارها القانونية. ويظهر ذلك بوضوح في كل من القانون المدني الجزائري[1]، والمصري، إضافةً إلى القانون الفرنسي قبل الإصلاح الأخير، إذ اقتصر تنظيم هذه التشريعات على مرحلتي إبرام العقد وتنفيذه دون التعرض للمرحلة التحضيرية السابقة لهما.

بالمقابل، حرصت بعض التشريعات الحديثة على إفراد مرحلة التفاوض بنصوص خاصة، كما هو الحال في القانون المدني الإيطالي الذي تضمن المادة 1337 منه[2] أحكامًا صريحة تنظم هذه المرحلة. وكذلك الشأن بالنسبة للقانون المدني الفرنسي بعد تعديل سنة 2016 بموجب الأمر 2016-131، الذي استحدث تنظيماً دقيقاً للمفاوضات التعاقدية[3]، تجسيداً لوعي المشرع الفرنسي بما تمثله هذه المرحلة من أهمية على مستوى تكوين العقد واستقراره.

وعلى هذا كان لا بد من طرح إشكالية الموضوع: إلى أي مدى استطاع الفكر القانوني تجاوز الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للتفاوض العقدي، باعتباره مرحلة سابقة لتكوين العقد، وذلك في سبيل الوصول إلى إقرار تشريعي يحدد معالمه وآثاره ضمن نظرية العقد؟

وعليه، سنتناول في هذا الإطار مضمون مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في **(المبحث الأول)**، لننتقل بعد ذلك إلى دراسة الضوابط القانونية التي تحكم هذه المرحلة وتؤطرها من الناحية العملية والنظرية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: ضبط المعالم القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد

تعد المفاوضات أولى فترات ما قبل التعاقد، ولما لها من دور في تحديد معالم العقد، كان لابد من التطرق لمفهومها **(المطلب الأول)**، وتحديد ضوابطها **(المطلب الثاني)**.

---

[1] يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تنظيمه المرحلة المفاوضات السابقة لتعاقد بعد تعديل القانون المدني سنة 2005.

[2] Code civil italien promulgué par le décret n° 1942-XX, n 262, du 16-03-1942, L'art 1337 dispose que "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

[3] نص المشرع الفرنسي على مرحلة المفاوضات في المواد 1112 إلى 1112-2 من الأمر رقم 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي.

المطلب الأول: مفهوم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد

لقد بذل الفقه القانوني جهودًا متعددة في سبيل وضع تعريف دقيق ومحدد لمرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد **(الفرع الأول)**، ننتقل إلى تمييز هذه المرحلة عن المفاهيم والمصطلحات القريبة منها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تعريف مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد

لقد كانت هناك محاولات عديدة من جانب الفقه لإرساء تعريف لمرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، فعرفت على أنها المرحلة التحضيرية للعقد، التي يتم خلالها تبادل وجهات النظر حول الشروط والبنود الأساسية دون أن يترتب عنها بعد انعقاد العقد، إذ تقتصر على العروض والعروض المقابلة التي تمهد لمرحلة الارتباط النهائي بين الأطراف[4].

ورأى جانب من الفقه أن المفاوضات تمثل جهدًا مشتركًا يهدف إلى تحقيق التلاقي في الإرادة بين المتعاقدين، بحيث يتمكن كل طرف من استبيان حدود استعداد الآخر لقبول البنود المقترحة، سعياً إلى بلوغ اتفاق نهائي يصاغ لاحقًا في شكل إيجاب قانوني موجه من أحدهما إلى الآخر[5].

ورأى آخرون أن مرحلة المفاوضات هي المرحلة التي يتبادل فيها أطراف العقد المرتقب الأفكار والمقترحات، ويتباحثون حولها بقصد الوصول إلى تفاهم مشترك يُتوج بإبرام العقد النهائي[6].

وقد ورد أيضا تعريف المفاوضات بأنها تواصل مباشر أو غير مباشر بين طرفين أو أكثر، يقوم على اتفاق مبدئي بينهم، يتبادلون في إطاره الآراء والمقترحات ويبذلون المساعي المشتركة، سعياً إلى إبرام اتفاق نهائي يتعلق بعقد معين في المستقبل[7].

كما تم وصفها بأنها اتصال يتم بصورة مباشرة أو غير مباشرة بين شخصين أو أكثر، بموجب تفاهم مبدئي بينهم، يتخلله تبادل العروض والمناقشات والمساعي المتبادلة، بهدف الوصول إلى اتفاق حول عقد محدد تمهيدًا لإبرامه في وقت لاحق[8].

---

[4] حليس لخضر، "مرحلة المفاوضات العقدية"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، العدد الأول، جوان 2017، ص 164.

[5] بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008، ص 16.

[6] بارود محمد حمدي محمد، "تكييف قانوني جديد لمفوضات العقد"، مجلة جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، العدد الثالث، السنة العشرون، 2010، ص 147.

[7] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2004، ص 90.

إلا أنه كان لا بد أن نشير هنا أن مرحلة التفاوض السابقة عن التعاقد–التي نحن بصدد دراستها– تختلف عن صور التفاوض الأخرى، وهي إما التفاوض بعد إبرام العقد أو إدراج بند في العقد على التفاوض وهو ما يطلق عليه ب "اتفاق التفاوض".

ومنه فالتفاوض اللاحق لإبرام العقد يتمثل في اتفاق الطرفين على إعادة فتح باب النقاش بينهما عند حدوث طارئ أو ظرف جديد أثناء التنفيذ، أو التزامهما بمبدأ التفاوض كوسيلة ودية لحل الخلافات التي قد تنشأ عند تنفيذ الالتزامات العقدية. ومن ثم، فإن هذا النوع من التفاوض يرتبط بمفهوم العدالة التعاقدية، في حين أن التفاوض المسبق على إبرام العقد يخضع لأحكام القانون ومبادئه العامة[9].

الفرع الثاني: تمييز مرحلة التفاوض عن المصطلحات المشابهة لها

نجد أن المرحلة السابقة عن التعاقد تختلف عن "اتفاق التفاوض" الذي يتعهد بموجبه أطراف العقد كل في مواجهة الآخر ليس بإبرام عقد معين وإنما بالتفاوض بقصد التوصل إلى إبرام هذا العقد، فيكون بذلك محل اتفاق التفاوض هو التفاوض بغية التوصل إلى العقد المرتقب.[10] ويشرح أحد الكتاب ذلك بأنه "الاتفاق المبدئي على التفاوض أو التعاقد".[11] بينما نجد أن المفاوضات –محل الدراسة– غير مصحوبة باتفاق تفاوض إذ تتم دون اتفاق ينظمها.

وإن كان كل من اتفاق التفاوض والمفاوضات السابقة للتعاقد يهدفان إلى مناقشة شروط العقد بين الأطراف المتفاوضة الذي يسمح بالتقدير المسبق للالتزامات التي سيتحملها الأطراف مستقبلا، إلا أن اتفاق التفاوض ظهر لوجود صعوبات ومخاطر تحملها بعض العقود والتي تجعل من الصعب أن تبرم مباشرة، فلا بد من الدخول بشأنها في مفاوضات كبيرة قد تستغرق وقتا طويلا، بل قد يوكل هذا العمل لأطراف عدة في مختلف الجوانب الاقتصادية والفنية والقانونية[12].

---

[8] بن أحمد الحاج، "القانون المدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقدية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صاحي أحمد، النعامة، الجزائر، العدد الثاني، جوان، 2015، ص 14.

[9] روزان طالب محمود السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجيستير، عمادة الدراسات العليا، جامعة القدس، فلسطين، 2018، ص 65.

[10] محمد حسن قاسم، القانون المدني الالتزامات المصادر "العقد (1) دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجيهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد 2016، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، المجلد1، ط 2، 2018، ص 203.

[11] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 393.

[12] حليس لخضر، المرجع السابق، ص 165.

وبذلك ثمة اختلافات بين مرحلة التفاوض بالنظر إلى طبيعة العقود، فالعقود المعاصرة – خاصة الدولية– توجب الدخول في مفاوضات والتي تختلف عن المفاوضات التي تكون في العقود المدنية، فالأولى تنطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة التي يتعذر حسمها في جلسة أو جلستين، إنما يتم ذلك من خلال مراحل متعاقبة ومتسلسلة وعبر اتفاقات متوازية أو متتابعة بهدف الوصول إلى العقد النهائي الذي يكون خلاصة ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف، لذا يطلق على هذه الاتفاقات التي أشير إليها بالاتفاقات التمهيدية (التحضيرية)، بالإضافة أن هذه الاتفاقات تحرر في مستندات يعبر من خلالها الأطراف على ما تم الاتفاق عليه، أو عن الرؤية والتصور المستقبلي للعلاقة العقدية المزمع الانخراط فيها[13].

كما أن اتفاق التفاوض يتكون من شقين: الأول هو الالتزام بالدخول في التفاوض، أي اتخاذ المبادرة إلى ذلك عن طريق القيام بالإجراءات اللازمة لبدأ عملية التفاوض. أما الشق الثاني هو الالتزام بمواصلة التفاوض أو الاستمرار فيه وهو أداء يقع على عاتق الطرفين يقتضي منهما متابعة التفاوض وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التفاوض[14]، تحت طائلة الجزاء المدني في الحالات التي يخرق فيها هذا الالتزام دون مبرر معقول[15]. بينما لأحد الأطراف في مرحلة التفاوض التي تسبق عملية التعاقد أن ينسحب منها دون أن يترتب عن ذلك أي جزاء إلا إذا صاحب ذلك ضرر.

وجدير بالذكر أن الاتفاق التفاوضي يتم اللجوء إلية لحماية مصالح كل الأطراف المتفاوضة، بينما مرحلة التفاوض السابقة عن التعاقد أقرت لحماية الطرف الضعيف على وجه الخصوص. وبهذا لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه المفاوضات في المرحلة السابقة للتعاقد في حماية المستهلك الذي يكون في مركز ضعف مقارنة بالمتدخل.

ونخلص للقول أن مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد –محل الدراسة– لا يعتبر من الناحية القانونية مرحلة إلزامية في ظل التصور التقليدي للعقد، والذي ينظر إليه باعتباره عملا فوري الإبرام، يتم بإيجاب يعقبه قبول مطابق، وربما في ذلك تفسير لخلو غالبية التقنينات المدنية من النصوص المنظمة لمرحلة التفاوض على العقد. إلا أن هذه النظرة التقليدية للعقد التي تختزل مراحل التعاقد في إيجاب يعقبه قبول مطابق لم تعد تتماشى مع الواقع العملي في ظل ظهور العقود المركبة والمعقدة التي أسفرت عنها واقع المعاملات الحديثة[16]. ولذا يمكن القول أنه تعاظمت أهمية مرحلة المفاوضات وفقا للمستجدات التي تعرفها الساحة العقدية.

---

[13] نبيل إسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد "دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا""، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 312.

[14] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص206.

[15] عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 394.

[16] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 140-141.

المطلب الثاني: ضوابط المفاوضات السابقة على التعاقد

لا شك أن المرحلة السابقة على التعاقد هي مرحلة تأسيسية تمهد الأرضية لبناء العقد مستقبلا، وبهذا تتخللها ضوابط عادة تبدأ المفاوضات بالدعوة إلى التعاقد **(الفرع الأول)**، ولا بد أن تقوم هذه المرحلة على مجموعة من المبادئ القانونية **(الفرع الثاني)**، ونشير في هذا أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام المرحلة السابقة على التعاقد، وعلى هذا ستكون دراستنا لضوابط المفاوضات في القانون المقارن.

الفرع الأول: الدعوة إلى التعاقد

إن عملية التعاقد تمر بعدة مراحل بدءا بمجرد فكرة عابرة اختمرت في ذهن الشخص، وعند عزمه على المضي قدما فإنه ينتقل لمرحلة الدعوة للتعاقد، التي تقترن عادة بالمفاوضات الأولية التي لها ارتباط وثيق بالمشروع التعاقدي المستقبلي[17].

إن الدعوة إلى التفاوض باعتبارها العنصر الأول في المفاوضات، هو العرض الذي يتقدم به الشخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه[18]. فهي مرحلة تتقدم الإيجاب يكون الغرض منها استطلاع للآراء وإبداء اقتراحات غير دقيقة. ونشير هنا أنه ليس حتما أن يكون هناك دائما المبادرة في الدعوة إلى التعاقد، فقد يكون المبادر إلى التعاقد عن طريق إيجاب يتضمن كل شروط العقد[19].

وفي هذا كان لا بد أن نميز بين الدعوة إلى التعاقد والإيجاب لما لهذه التفرقة من أهمية كبيرة من الناحية القانونية.

فالدعوة إلى التعاقد يكون مجرد المضي في تثبيت النقاط التي تصلح أساسا لمشروع العقد ويحاول كل طرف أن يبذل ما في وسعه من جهد وبراعة لمناقشة العروض التي يتم تقديمها من الطرف الثاني[20]. أما الإيجاب هو خطوة مباشرة إلى العقد فإذا ما اقترن به قبول قام العقد.

يستفاد من القواعد العامة أن المفاوضات الأولية لا تنشئ التزامات قانونية على عاتق أطرافها، فالقانون لا يعتد بها كمرحلة مُلزمة، ومن ثم يحتفظ كل متفاوض بحقه في العدول عن الاستمرار في المفاوضات في أي

---

[17] عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية "دراسة مقارنة"، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، د ذ ج، د ذ س، ص 64.

[18] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري "دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 40.

[19] علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر، ط 3، 2013، ص 118.

[20] مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013-2014، ص 22-23.

وقت يشاء دون أن يعدّ ذلك إخلالًا بأي التزام، ما دام لم يخلص منها إيجاب قائم[21]، أما الإيجاب يكون الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه وملزما على الأخص بالعقد إذا صدر قبول لهذا الإيجاب، في حين يجوز لكل طرف أن يتحلل من الدعوة إلى المفاوضات، وهذا ما لم يتعسف في حقه ويسأل حينئذ تقصيريا[22].

ويجدر التنويه إلى أن الدعوة للتفاوض مجرد رغبة في التعاقد، تأتي قبل مرحلة الرضاء به، بناء على ما تقدم، فإن التمييز بين الدعوة إلى التعاقد والإيجاب يقوم على مدى وضوح وتحديد العناصر الأساسية للعقد؛ فإذا وردت هذه العناصر بشكل كامل في العرض بحيث يُظهر نية جدية في التعاقد، عدّ ذلك إيجابا صحيحا، أما إذا خلا العرض من هذا التحديد واكتفى بإبداء الرغبة في التباحث، فهو لا يتجاوز كونَه دعوةً إلى التفاوض يمكن الرجوع عنها بحرية[23].

رغم هذه التفرقة التي ساقها الفقه من عدة جوانب، إلا أن ذلك ليس بالأمر السهل مادام أن الإيجاب هو الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد، ويستند البعض في تحديد الفاصل بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد إلى وجود النية النهائية في إبرام العقد؛ فكل تصرف أو تواصل سابق على هذا العزم يُعتبر مرحلة تحضيرية وتمهيدية لا ترقى إلى مرتبة الإيجاب القانوني، وإنما تُعدّ دعوةً للدخول في مفاوضات تمهيدية نحو التعاقد، أما إذا اتضح مع ظروف الحال أن العرض ينم عن عزم صاحبه على العقد مباشرة كنا بصدد إيجاب[24].

كما أن هناك رأي آخر مفاده أن وجود أو عدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالعرض هو الأمر الذي يميز بين الفكرتين، والكشف عن هذه النية أمر متصل بالواقع و يختلف باختلاف الظروف والملابسات كما يستقل بتقديره قضاة الموضوع[25]، فالمفاوضات تبدأ بدعوة لا تتضمن نية الالتزام، بل تكون الغاية من الدعوة إلى التعاقد السعي نحو تحقيق انسجام وتوافق إرادتين بشأن العناصر الأساسية للعقد المستقبلي، والاتفاق على ما يُراد إدراجه من بنود وشروط، تمهيدًا لتحويل هذا التفاهم إلى إيجاب صريح ومحدد يصدر عن أحد المتفاوضين

---

[21] السنهوري أحمد عبد الرزاق، النظرية العامة للالتزام "نظرية العقد"، ج1، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 238.

[22] علي فيلالي، المرجع السابق، تهميش رقم 1، ص 119.

[23] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 18.

[24] مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 24.

[25] بلحاج العربي، المرجع السابق ص 22.

للآخر[26]، فتكون بذلك مرحلة الدعوة إلى التعاقد نجحت، والتي يتمخض عنها إيجاب –تنتهي به هذه المرحلة– فإذا اقترن بقبول الطرف الآخر فينعقد العقد. كما قد تؤدي الدعوى إلى التعاقد إلى عكس هذه النتيجة فتفشل هذه المفاوضات، أي لا تسفر عن إبرام العقد موضوع التفاوض إلى اتفاق بشأن العقد المرتقب وشروطه[27].

الفرع الثاني: المبادئ القانونية التي تحكم المرحلة السابقة على التعاقد

تنص الفقرة الأولى من المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي المعدل لسنة 2016 على أن اقتراح المفاوضات وسيرها وإنهاءها يخضع لمبدأ الحرية، شريطة الالتزام بواجب حسن النية في جميع مراحلها. ومن خلال هذا النص، يتضح أن المشرع الفرنسي قد أقرّ مبدأين جوهريين ينظمان المفاوضات السابقة على التعاقد، وهما حرية الأطراف في التفاوض والتزامهم بحسن النية في ممارسته.

أولا–مبدأ الحرية في التفاوض: مادام العقد يفترض وجود إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، فإن للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية طبقا لمبدأ حرية التعاقد[28]، كما أنه لا يجبر الشخص في الأصل على التعاقد، ويمكن له أيضا أن يرفض التعاقد إذا اقتضت مصلحته ذلك.[29] وهذا الحق مكفول بمبدأ قانوني راسخ هو مبدأ حرية التعاقد.

وقد أشارت المادة الأولى من مبادئ اليونيدرو "Unidroit"[30] على أن "يتمتع أطراف العقد بحرية إبرامه، ويقوم مبدأ حرية التعاقد على عنصرين أساسيين يتمثل أولهما في حرية المتعاقد في اختيار من يتعاقد معه وتحديد مضمون العقد، ويتمثل الثاني في حرية أطراف العقد في التفاوض بهدف تحقيق مصالحهم"[31].

---

[26] نكاس جمال فاخر، "العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، 1996، ص 145.

[27] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 139–140.

[28] GOUBINAT Marine, Les principes directeurs du droit des contrats, Thèse de doctorat, 2016, p. 78.

[29] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 18.

[30] أصدر المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص سنة 1994 مجموعة من القواعد الموحدة التي تعني بتوحيد عقود التجارة الدولية، وسميت هذه المبادئ بمبادئ "اليونيدروا" الخاصة بعقود التجارة الدولية، وهي بمثابة قانون عقود ينظم المعاملات التجارية الدولية. وتعتبر هذه المبادئ امتداداً لتطور قواعد" قانون التاجر". وتم إنشاء هذا المعهد في مدينة روما سنة 1926 بمقتضى معاهدة جماعية عقدت في ظل عصبة الأمم، ليكون بمثابة منظمة تابعة لعصبة الأمم، لذلك كان يُطلق عليه "معهد روما". وفي الوقت الحالي، يتبع هذا المعهد لاتحاد دولي يضم 62 دولة، ويجتهد في إعداد مشروعات قوانين موحدة تُعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية. محمود فياض، "مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، أفريل 2013، ص 226.

ووفقا لأغلب الأنظمة القانونية فإنه يجب أن تدور هذه المرحلة في إطار متكامل من الحرية، ولا يؤيد أنصار الفكر الاقتصادي الحر تدخل القانون في هذه المرحلة مؤيدين حرية التعاقد منذ اللحظة الأولى للتفاهم حول العقد المراد إبرامه[32].

فالناتج من تفعيل الإرادة في المرحلة السابقة للتعاقد أن لها دور في تمييز ما يحقق مصلحة صاحبها، فالشخص قد يرى أن التعاقد مع شخص محدد يجعل مصلحته تتحقق مما يأتي به إلى التعاقد معه دون غيره، إذ تعد شخصية المتعاقد الآخر عنصرا جوهريا في العملية التعاقدية ومن ثم يجب التحري عن الطرف الآخر سواء من حيث مركزه المالي المهني والفني الذي يؤهله لتنفيذ العقد إذا تم التعاقد معه مستقبلا[33]. فللشخص الحرية الكاملة في اختيار الطرف الآخر.

يُعد مبدأ الحرية في التفاوض من أهم مظاهر استقلال الإرادة في المرحلة السابقة على التعاقد، إذ يترتب عليه أن لكل من الأطراف، عند شروعهم في العملية التفاوضية بقصد الوصول إلى اتفاق ينشئ علاقة تعاقدية بينهم، حرية العدول عن الاستمرار في تلك المفاوضات في أي وقت يشاؤون، دون أن يلتزموا قانونًا بإتمام العقد أو المضي فيه[34]، غير أن هذه الحرية المطلقة لم تسلم من النقد، ذلك أن إطلاقها على هذا النحو قد يؤدي إلى التعسف في استعمالها، مما استدعى الفقه إلى المطالبة بضرورة تقييدها بمبدأ حسن النية الذي يُعدّ جوهر مرحلة ما قبل التعاقد[35].

انطلاقًا مما سبق عرضه بخصوص مبدأ حسن النية كقيد على حرية التفاوض، يثور التساؤل حول ما إذا كان الإخلال بهذا المبدأ يرتب مسؤولية قانونية على عاتق المتفاوض سيء النية؟

ثانيا– مبدأ حسن النية في التفاوض: رغم أن القانون المدني الجزائري لم يُفرد مرحلة التفاوض بتنظيم خاص، فإن القضاء الجزائري ما زال يعتبرها مجرد عمل مادي لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني، ولا ينشئ

Voir: Principes d'Unidroit"; Accessible sur le site suivant :
https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016

[31] نقلا عن؛ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د س، ص 93.

[32] أحمد السيد البهي الشوبري، "التفاوض التعاقدي "إطاره القانوني وأثره في الالتزام"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، دمنهور، د ذ ج، د ذ ب، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019، ص 1182. مقال منشور على الرابط التالي:
https://jcia.journals.ekb.eg/article_57261_29f5e2784d007f9a504618d400102813.pdf

[33] عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، رسالة ماجيستير، معهد الحقوق، المركز الجامعي، العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2012، ص 20.

[34] نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 318.

[35] أحمد السيد البهي الشوبري، المرجع السابق، ص 1183.

التزامات على عاتق أطرافه[36]. غير أن الفقه الحديث يؤكد أن هذه المرحلة لا تخلو من أهمية قانونية وأخلاقية، إذ يقوم جوهرها على مبدأ المفاوضات العادلة الذي يقتضي من الأطراف التزام حسن النية أثناء سير المفاوضات تمهيدًا لإبرام العقد[37].

كرّست عدة تشريعات مدنية معاصرة مبدأ حسن النية[38] كضابط قانوني يحكم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، ومن أبرزها القانون المدني الفرنسي الجديد، والقانون المدني الإيطالي، فضلاً عن القانون المدني الألماني، إذ اعتبرت هذه التشريعات أن الالتزام بحسن النية يمثل أحد أعمدة السلوك التعاقدي السليم حتى قبل إبرام العقد[39].

إن إطلاق حرية التفاوض على مصراعيها قد يؤدي إلى نتائج غير محمودة[40]، إذ تفتح المجال أمام مفاوضات شكلية وغير جادة تستهلك الجهد والمال دون نية صادقة في التعاقد. ورغم ذلك، فإن هذه الحرية مضمونة في التشريع الفرنسي الذي أكد على أن: "يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حرا.."، غير أن المشرّع ذاته قيّد هذه الحرية بشرط حسن النية بنصه في الفقرة الثانية على أنه: "يجب لزاما أن تراعى هذه المسائل مقتضيات حسن النية...". وعلى المنوال ذاته، تبنى المشرّع الإيطالي هذا الاتجاه حين قرر أن: "يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات... بما يتفق وحسن النية".

يرى الخبراء في مجال فن إدارة المفاوضات وتنمية المهارات التفاوضية أن نجاح عملية التفاوض لا يتحقق عشوائيا، وإنما يقوم على استراتيجيات مدروسة وأساليب منهجية، غير أن الأساس الجوهري الذي ترتكز عليه المفاوضات الناجحة يتمثل في الأخلاقيات وآداب التفاوض. فالمفاوض المحترف هو من يلتزم بالابتعاد عن أساليب الخداع والغش والكذب والمبالغة والتباهي، ويتقيد في المقابل بمبادئ الصدق والصراحة والأمانة والحكمة واللباقة وحسن التصرف. إن هذه القيم الأخلاقية تُسهم في إرساء مناخ من الثقة والارتياح والرضا المتبادل بين الأطراف المتفاوضة، كما تعزز من السمعة المهنية والكفاءة الحوارية والإقناعية للمتفاوض. ومن

---

[36] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 11.

[37] بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2012-2013، ص 114.

[38] معظم التقنينات المدنية قصرت مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، المادة 107 ف الأولى من ق م ج؛ المقابلة للمادة 149 ف الثانية من ق م م؛ المادة 202 ف الأولى من قانون المدني الأردني، المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي (قبل تعديل 2016).

[39] Code civil allemand, promulgué le 08-08-1896, entré en vigueur le 01-01-1900.

[40] حليس لخضر، المرجع السابق، 168.

ثم، فإن المفاوضات التي تفتقر إلى البعد الأخلاقي محكوم عليها حتمًا بالفشل، إذ تكون نتيجتها الحتمية الخسارة وفقدان الثقة لا غير[41].

ومنه، فإن التفاوض بحسن نية يُعد انعكاسًا لنبل النفس الإنسانية، وتجسيدًا لمبدأ الثقة والاحترام المتبادل للقوانين والتعهدات. ويقتضي هذا المبدأ استبعاد كل مظاهر الخداع والمكر وسوء النية والإخلال بالالتزامات، إذ يقوم أساسًا على الإخلاص ونزاهة التعامل وشرف المعاملة.

ويمكن النظر إلى مبدأ حسن النية من جانبين متكاملين: الجانب الإيجابي، ويتمثل في التزام أطراف التعاقد بروح الصدق والأمانة في تعاملاتهم التفاوضية. أما الجانب السلبي، ويتجسد في انتفاء العلم بالعيب أو انعدام قصد الإضرار بالغير، أي بقاء الإرادة خالية من سوء القصد أو نية الإضرار[42].

وعليه، يمكن تعريف مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض بأنه التزام الأطراف المتفاوضة بانتهاج سلوك قوامه الأمانة والوضوح والاحترام المتبادل، مع تجنب كل ما من شأنه المساس بالثقة المتبادلة، كالخداع أو المراوغة أو إخفاء الحقائق الجوهرية، بما يضمن جوا من الطمأنينة والاستقرار في التعامل التعاقدي المرتقب.

إذ أن استمرار المفاوضات يقتضي من كلا الطرفين استثمار جهد ومال معتبرين، فإن سلوك أحدهما بعدم جدية أو دخوله في المفاوضات بقصد تحقيق غايات دعائية أو ترويجية دون نية حقيقية للتعاقد، يُعد تصرفًا مسيئًا للثقة المتبادلة وينتج عنه بالضرورة ضرر بالغ للطرف الذي باشر المفاوضات بحسن نية[43].

وعليه، فإن مبدأ حسن النية يعد حجر الزاوية في العملية التفاوضية، بحيث يُفترض أن يسود كافة مراحلها. فإذا صدر عن أحد الأطراف سلوك يخالف هذا المبدأ، عد ذلك خطأً يرتّب مسؤوليته القانونية. ومن أبرز صور هذا الخطأ إنهاء المفاوضات بصورة مفاجئة ودون مبرر مشروع[44]، أو انتهاج التفاوض بسوء نية. وعلى الرغم من أن المفاوضات تستند إلى مبدأ الحرية التعاقدية، الذي يتيح لكل طرف حرية الدخول فيها أو الاستمرار أو الانسحاب منها، إلا أن ممارسة هذه الحرية يجب ألا تتم على نحو يخل بالثقة المشروعة أو يفاجئ الطرف الآخر بقطع المفاوضات بصورة غير مبررة.

---

[41] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 68.

[42] عتيق حنان، المرجع السابق، ص 29-30.

[43] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 21.

[44] لمزيد من التفصيل ينظر؛ محمد حميدان، "مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي"، حوليات للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، العدد 26، جوان 2016، ص ص 309-312.

وبناءً على ذلك، فإن الطرف الذي يتصرف على نحو مخالف لمبدأ حسن النية يُعدّ مخلاّ بأحد المبادئ الجوهرية التي تنظم سير المفاوضات، باعتبار هذا المبدأ يوازن بين حرية التفاوض وواجب احترام مصالح الغير. ويؤدي انتهاكه إلى ترتيب المسؤولية المدنية متى ترتب عن هذا الإخلال ضرر مادي أو معنوي للطرف المقابل.

المبحث الثاني: تحديد الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد

ترتبط الالتزامات التي تنشأ عن مرحلة المفاوضات ارتباطا وثيقا بطبيعة هذه الأخيرة، ومدى اعتبارها وقائع مادية أو تصرفات قانونية. فإذا اعتبرت المفاوضات مجرد وقائع مادية، فإن آثارها تقتصر على الالتزامات العامة المتمثلة في واجب عدم الإضرار بالغير أو الانحراف عن السلوك المألوف. أما إذا كانت المفاوضات تعبيرا عن إرادة تتجه نحو التعاقد، فإنها تكتسب طابع التصرف القانوني، بما ينشأ عنها من التزامات متبادلة بين الأطراف، سواء لتفعيل التعاقد أو لإنهائه متى اقتضت المصلحة ذلك.

وعليه، فإن البحث في طبيعة المفاوضات يستلزم بدايةً تحديد تأصيلها الفقهي من حيث ما إذا كانت تعدّ واقعة مادية أم تصرفًا قانونيًا **(المطلب الأول)**، ثم بيان الكيفية التي تناولت بها القوانين المقارنة هذه المسألة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: التأسيس الفقهي للطبيعة القانونية للمفاوضات

منذ أواخر القرن الثامن عشر، انقسم الفقه حول الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية، الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المفروضة خلال مرحلة المفاوضات التي تسبق تكوين العقد. وبالتالي تمخض عن ذلك تباين الآراء بين من أضفى الصفة العقدية على مرحلة المفاوضات **(الفرع الأول)**، وبين من ذهب إلى القول أن هذه المرحلة لا تعدو أن تكون إلا كطريق ممهد أمام المتعاقدين للتعاقد ومنه لا يمكن بمكان إضفاء الطبيعة العقدية عليها، ومادام أن العقد لم يبرم بعد فإن الطبيعة القانونية لهذه المرحلة لا تخرج عن كونها ذات طبيعة مادية تقوم ضمنها المسؤولية التقصيرية في حالة وجود ضرر **(الفرع الثاني)**. وإلى جانب هذين الرأيين هناك من نادى بوجوب بالاعتراف بالطبيعة الخاصة لهذه المرحلة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: المفاوضات ذات طبيعة عقدية

ذهب بعض الفقه إلى أن المفاوضات تكتسي طبيعة عقدية، ذلك أن العلاقة التي تنشأ بين أطرافها تُعد تصرفًا قانونيًا يترتب عليه التزامات متقابلة، كالتزام كل طرف بالتفاوض بحسن نية، والامتناع عن قطع

المفاوضات تعسفًا، والإفصاح عن البيانات الجوهرية، والمحافظة على سريتها. وبناءً عليه، فإن إخلال أحد الأطراف بهذه الالتزامات يُعد إخلالًا بعقدٍ ضمني، ويُرتب مسؤولية عقدية[45].

على الرغم من اتفاق أنصار الاتجاه القائل بالطبيعة العقدية للمفاوضات السابقة على التعاقد، إلا أن الخلاف بينهم انصبّ حول الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية. فالاتجاه الأول يؤسسها على فكرة العقد الضمني المفترض بين المتفاوضين، بحيث يُعد كل إخلال في هذه المرحلة مخالفةً لالتزامات عقدية. أما الاتجاه الثاني فيبنيها على وجود عقودٍ أولية أو تمهيدية، تهدف إلى التحضير للعقد النهائي، وتُعتبر هذه العقود مستقلة عنه، ويترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية وجبر الضرر وفقًا لأحكامها[46].

ويدخل في إطار دراستنا الرأي الأول والذي يقوم على فكرة "الخطأ عند تكوين العقد" والتي ساغها الفقيه "IHRING" مضمونها أن الإخلال الحاصل في هذه المرحلة يترتب عنه خطأ عقدي وبالتالي يجب معالجة الضرر الناتج عنه وفق أحكام المسؤولية العقدية سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلانه، والعقد بالرغم من بطلانه فإنه ينشأ التزام بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية[47].

وبناءً على تكييف "IHRING"، فإن الخطأ المرتكب في مرحلة المفاوضات يُعد عقديًا، حتى في حال عدم إبرام العقد أو بطلانه، وذلك لافتراض وجود عقد ضمني ملازم لكل تفاوض. ويترتب عن هذا العقد الضمني التزام المتفاوضين بضمان صحة التصرف وعدم ارتكاب أي فعل قد يترتب عليه بطلان العقد، مع قبول ضمني من الطرف الآخر لهذا التعهد[48]، ويحلل الإيجاب خلال المفاوضات إلى جزأين: أحدهما متعلق بالعقد محل التفاوض، والآخر متعلق بعدم إعاقة إبرام العقد، ويصبح السكوت على الإيجاب الثاني بمثابة قبول ضمني، مما يجعل المسؤولية الناتجة عن الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية[49].

يرى هذا الرأي أن المفاوضات المرتبطة بإبرام العقد ليست مجرد صدفة، بل تتأسس على اتفاق مسبق بين الطرفين يحدد الإطار العام للتفاوض بهدف الوصول إلى العقد النهائي. إذ يتفق الطرفان على الزمان والمكان

---

[45] مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 48.

[46] عمر سالم محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، ص 03. مقال متوفر على الموقع التالي: www.lawjo.net

[47] حسن فضالة موسى، علي محيد كاظم، "الحماية المدنية لمستخدمي الهاتف النقال"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة تكريت، العراق، العدد 3، ج 1، السنة الأولى، 2017. ص 96.

[48] عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 4.

[49] مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 49.

والمسائل الأساسية التي سيتم مناقشتها ودراستها، مما يجعل هذه المرحلة أكثر من مجرد أعمال مادية عفوية، فهي نابعة عن إرادة متبادلة واعية لضمان سير التفاوض وفق ما يحقق أهداف الطرفين[50].

غير أن هذا الاتجاه تعرض للنقد لأنه يقوم على افتراض لا يستند إلى الواقع، إذ أن نشوء العقد يستلزم إرادة صريحة وملموسة من الأطراف. فالمتعاقد عند إعلان إرادته يهدف فقط إلى إبرام العقد الجاري التفاوض حوله، ولا يفكر في إبرام عقد ضمني يفرض عليه الالتزام بعدم عرقلة العقد[51]، وعليه يظل من حق المتفاوض إنهاء المفاوضات قبل توجيه الإيجاب، ما يعني أنه لا يوجد عقد ضمني قبل هذه المرحلة، وبالتالي تفقد المفاوضات صفتها العقدية.

استقر الفقه على عدم صحة النظرية التي ربطت المسؤولية ما قبل التعاقد بخطأ عقدي، إذ تقوم على افتراض غير واقعي لا يتوافق مع المنطق القانوني السليم. فمن الصعب قبول فكرة تحميل المسؤولية على عقد أصلي لم يُبرم بعد، أو الافتراض بوجود اتفاق ضمني يلتزم بموجبه كل طرف بصحة العقد المراد إبرامه وعدم القيام بأي فعل يعيق إتمامه أو يبطله. لذلك، انصرف معظم الفقه في فرنسا ومصر عن هذه النظرية، واعتمدوا على الاتجاه القائل بأن المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد تستند إلى الخطأ التقصيري، الذي يوجب التعويض عند توافر شروطه القانونية[52].

الفرع الثاني: المفاوضات ذات طبيعة مادية

لم تحظَ نظرية الفقيه "IHRING" بالقبول الكامل، إذ ذهب بعض الفقه إلى أن المفاوضات تظل أعمالاً مادية لا ترتقي إلى مستوى التصرف القانوني. فالقول بوجود التزام عقدي بينما يرفض الطرفان الاعتراف بأي عقد يتعارض مع المنطق القانوني السليم. ولا يمكن للقاضي افتراض وجود عقد لم يقصده الأطراف، وإن كان له الحق في تفسير عناصر العقد وتحديد طبيعتها عند الضرورة. وبما أن العلاقة بين المتفاوضين خارج الإطار التعاقدي وأي أخطاء حدثت خلال هذه المرحلة، فإنه لا يمكن تأسيس المسؤولية على أساس الخطأ العقدي لغياب الرابطة العقدية[53].

يشدد الفقه والقضاء الفرنسي على أن المفاوضات لا تلزم الأطراف بالتعاقد، ويظل لكل طرف الحق في التراجع أو الامتناع عن إتمام العقد. ومع ذلك، يصبح للانسحاب من المفاوضات آثار قانونية إذا صاحبه

---

[50] حسن فضالة موسى، علي محيد كاظم، المرجع السابق، ص 290.

[51] عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 4-5.

[52] نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 325.

[53] بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 23.

تصرف غير مشروع أو سوء نية، حيث تُعد المسؤولية الناتجة مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ، وذلك لارتباطها بخرق الالتزام العام بمراعاة حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد[54].

يستند هذا الرأي إلى حقيقة أن مرحلة المفاوضات تتم في فضاء قانوني خالٍ من العقد الفعلي، مما ينفي المسؤولية العقدية. وتصبح المسؤولية الناشئة عن أي إخلال أثناء التفاوض مسؤولية تقصيرية، فإذا أدى سلوك أحد الأطراف إلى إلحاق ضرر بالطرف الآخر، وكان هذا السلوك مخالفاً لما يُتوقع من شخص عادي أو محترف في السياق ذاته، وبدا أن الضرر مرتبط به بعلاقة سببية[55]؛ يصبح للطرف المتضرر الحق في إقامة دعوى تعويضية للحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به[56].

إلا أن وصف المفاوضات بالأفعال المادية واجه اعتراضات عديدة، إذ أن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالمفاوضات تعتمد على إثبات الخطأ. ويقع على الطرف المتضرر مسؤولية إثبات أن الطرف الآخر، الذي عدل عن المفاوضات، ارتكب خطأً تسبب في الضرر، وهو ما يشكل عبئاً قانونياً يتطلب جهدًا كبيرًا.

استناداً إلى ما سبق، فإن حصر المسؤولية في مرحلة المفاوضات ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية فقط قد يشجع الأطراف على التعامل بازدراء مع التزاماتهم أثناء التفاوض، مما يؤدي إلى الإضرار بحقوق الطرف المتضرر. في المقابل، فإن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية يسهل إثبات الخطأ ويتيح للمتضرر الحصول على تعويض عادل بطريقة أكثر يسرًا وفعالية[57].

---

[54] حمدي محمود بارود، "الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، تصدر عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، المجلد العشرون، العدد الثاني، 2016، ص 551.

[55] ولقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المبدأ، حيث قضت بأنه "المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجوز أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية". نقلا حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 552.

[56] نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 326.

[57] كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد (ماهيتها وأحكامها) دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي، ص 293. مقال منشور على الرابط التالي:

https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=96306

انتقد هذا الاتجاه أيضا لأنه تجاهل الالتزامات التي يمكن أن تنشأ في هذه المرحلة، والناتجة عن مبدأ حسن النية الذي يسيطر على المفاوضات، ومنه لا بد من إسباغ الصفة العقدية على مجرياتها[58].

وقد تعرض هذا الرأي للنقد، لأنه يقصر نطاق المسؤولية في مرحلة التفاوض على التقصير، ما قد يترتب عليه مساءلة المتفاوض حتى في حال نقص أهليته، وهو أمر لا يمكن القبول به قانونياً، مما يضعف حجية النظرية التي تعتبر مرحلة التفاوض مجرد فعل مادي[59].

وأضاف المنتقدون أن نطاق التعويض يصعب تحديده، بكيفية دقيقة، التي يتم من خلالها جبر الضرر عن الخطأ التقصيري، فلا يشمل التعويض عن المزايا التي كانت ستترتب عن إبرام العقد باعتبارها من قبيل الضرر غير المباشر، إذ مفاده أن التعويض لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد[60].

وأمام الجدل القائم فيما يخص التأسيس للطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ووضعها في أحد كلاسيكيات القانون المدني باعتبارها إما ذات طبيعة عقدية أو أنها لا تعدو أن تكون إلاّ واقعة مادية يستلزم معاملتها بقواعد المسؤولية التقصيرية، وأمام هذا الجدال ظهر رأي ينادي بوجوب الاعتراف بالطبيعة الخاصة للمرحلة السابقة على التعاقد.

الفرع الثالث: المفاوضات ذات طبيعة خاصة

ظهرت هذه النظرية لمعالجة الإخلالات التي قد تنشأ خلال مرحلة مفاوضات العقد، حيث يرى مؤيدوها أن معالجة هذه الإخلالات لا يمكن أن تتم بشكل كلي عبر أحكام المسؤولية العقدية التقليدية أو المسؤولية التقصيرية وحدها. ويستند هذا الموقف إلى الخصوصية الجوهرية التي تتمتع بها مرحلة التفاوض، نظراً لأنها تحدث قبل إبرام العقد ودخوله حيز النفاذ القانوني، مما يجعلها مرحلة مستقلة تتطلب اعتبارات خاصة في تقييم المسؤولية والمآخذ القانونية الناتجة عن الإخلال بها[61].

ومن هذا المنطلق، دعا الفقه إلى اعتماد نوع ثالث من المسؤولية يقف جنباً إلى جنب مع المسؤوليتين المعروفتين سابقاً، وقد فرضته مقتضيات العدالة لمعالجة الأخطاء الخاصة التي تميز مرحلة المفاوضات، حيث تلعب إرادة الأطراف دوراً محورياً في تأسيس المفاوضات وإنهائها. ومن ثم، فإن التغاضي عن هذه المسؤولية

---

[58] عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 11.

[59] كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 294.

[60] عبدو محمد، "التفاوض على عقود العمل بين الطبيعة المادية والطبيعة العقدية وأثاره"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي علي، بليدة، الجزائر، العدد 12، ص 20.

[61] عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 12.

خلال هذه المرحلة يعد إخلالاً بمبادئ العدالة ومساساً بأركان الاستقرار واليقين القانونيين[62]، وعليه برزت هذه المسؤولية لضبط الأخطاء التي تقع قبل التعاقد، ومواجهة انتكاسات حرية التعاقد بما يضمن احترام مبدأ المفاوضات[63].

على الرغم ممّا وُجه لهذه النظرية من نقد لكونها تقوم على فرضية الخطأ وصعوبة إثباته، إلا أنها تحمل قيمة عملية، إذ أنها جعلت المسؤولية المترتبة عن الأخطاء التي تحدث أثناء مرحلة التفاوض مسؤولية متفردة، تتلاءم مع السمات الخاصة لهذه المرحلة[64].

وفقا لهذا المنظور، عندما لا يمكن التمييز بين الخطأ الناتج عن إخلال عقدي أو عن تقصير، يتم الاحتكام إلى المسؤولية الخاصة بمرحلة المفاوضات، الأمر الذي يسهم في حل التعقيدات القانونية. فقد يؤدي التفريق بين الطبيعتين القانونية والمادية للتفاوض إلى تناقض غير مبرر، إذ لا يجوز اعتبار التفاوض أحياناً تصرفاً ملزماً وأحيانا مجرد عمل مادي، طالما أن الأطراف تتفاوض فعليا، ومن هذا المنطلق، يُعد من الضروري توحيد طبيعة التفاوض لتخضع لمجموعة واحدة من القواعد القانونية[65].

وبناء على ذلك، فإن المرحلة السابقة على التعاقد تتميز بخصوصية تجعل من الضروري اعتماد مسؤولية خاصة بها، تعالج الإخلالات الواقعة فيها بما يتناسب مع طبيعتها، بعيداً عن أطر المسؤولية العقدية أو التقصيرية. كما أن هذه المسؤولية الخاصة مستمدة من الأعراف التي طورت قواعد عملية لتواكب البيئات الاقتصادية، سواء في نطاق المعاملات المحلية أو في مجالات التجارة العابرة للحدود[66].

رغم وجاهة هذا الاتجاه –وهو الرأي الذي نؤيده– إلا أن أصحابها لم يبينوا معالم الطبيعة الخاصة للمرحلة السابقة للتعاقد. وأمام أخذ ورد بين الفقه كان لا بد أن نبحث في نظرة القوانين إلى طبيعة هذه المرحلة.

المطلب الثاني: التأسيس القانوني للطبيعة القانونية للمفاوضات

ينص القانون في الأصل على أن إنهاء المفاوضات لا يترتب عليه أي أثر قانوني، وهو ما ينسحب على معظم التشريعات الوضعية، ويستنتج من ذلك أن كل طرف من أطراف التفاوض يتمتع بحرية قطع المفاوضات في أي وقت يشاء، دون أن يترتب على هذا الفعل أي التزام أو مسؤولية قانونية، ثم إنه ليس بملزم

---

[62] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 35.

[63] CYRIL BRIEND, Le contrat d'adhésion entre professionnels, Faculté de droit Paris Descartes, thèse de doctorat, 2015, p. 23.

[64] عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 12–13.

[65] كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 295.

[66] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 35.

إثبات سبب عدوله عن المفاوضات، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يلطف من مفاعيلها الواجب المفروض على طرفي التفاوض بوجوب مراعاة حسن إبرام العقود[67].

وبالرغم من أن الأنظمة القانونية المقارنة اتفقت كافة على عدم إلزام الطرف المتفاوض بالوصول إلى اتفاق نهائي لموضوع التفاوض، وبالتالي إقرار حقه في وقف التفاوض طالما لم يصل إلى مرحلة التعاقد؛ إلا أن أغلب هذه التشريعات أغفلت وضع نصوص تحكم المسؤولية المترتبة عن الأضرار الناشئة من مرحلة المفاوضات باستثناء البعض منها، ومنه سنتعرض إلى التشريعات التي تولت تنظيم هذه المرحلة بما فيها بيان معالم المسؤولية المترتبة عنها **(الفرع الأول)** ثم حري بنا أن نرى كيفية التصدي لهذه المرحلة من خلال القواعد العامة المنصوص عليها في القوانين المدنية بالنسبة للدول التي لم تهتم بتنظيم هذه المرحلة **(الفرع الثاني)**. وفي كلتا الحالتين نستعرض موقف القضاء من ذلك.

الفرع الأول: موقف التشريعات القانونية التي نصت على المرحلة السابقة على التعاقد من طبيعتها القانونية

اختلفت الأنظمة القانونية التي نصت على مرحلة المفاوضات حول الأساس القانوني للمسؤولية القائمة في خضمها بين من اعتبرها ذات أساس عقدي، وهناك من اعترف بأساسها التقصيري، وهناك لم يبين موقفه من كلا المسؤوليتين.

أولا: التشريع الألماني: لم يضع القانون المدني الألماني تنظيما عاما للمسؤولية قبل التعاقد خلال مرحلة التفاوض، إذ اقتصر على بعض الحالات التطبيقية. ومع ذلك، ساهم كل من الفقه والقضاء الألمان بشكل ملموس وفعّال في صياغة حلول قانونية لمعالجة الإخلالات الناشئة في هذه المرحلة الخاصة، الأمر الذي دعا بعض الفقه لنقد التوسع في تطبيق التطبيقات التي جاء بها القانون المدني الألماني والتي تشمل بطلان العقد، والمسؤولية عن سلوك الأطراف بمناسبة هذه المفاوضات[68].

مما دفع المشرع الألماني لتنظيم هذا الالتزام في التعديل القانون المدني الألماني سنة 2002، وذلك في نص المادة 241 التي تحدثت عن الالتزام بمبدأ حسن النية والتزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح الطرف المقابل، والمادة 311 التي جعلت من هذا الالتزام شاملا لمرحلة التفاوض على العقد وليس مقتصرا على مرحلة تنفيذه.

وإن كانت طبيعة المسؤولية غير واضحة إلا أنه ذهبت المحاكم الألمانية لتطوير ما يعرف بمبدأ " Culpa in contrahendo" الذي يشير إلى التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح الطرف المقابل وهو مبدأ تعاقدي في

---

[67] نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، 323.

[68] حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص 553.

الأساس[69]. واعتبر القضاء الألماني أن الثقة المشروعة التي يمنحها أحد المتفاوضين للطرف الآخر تعد مبرراً للاعتماد عليها، وعليه يحق للطرف الذي يتضرر من خرق هذه الثقة أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، باعتباره خطأً قانونياً يستوجب التعويض[70].

وبذلك يسلم القضاء الألماني بأن المسؤولية قبل العقدية ليست مسؤولية تقصيرية، وإنما هي نوع خاص من المسؤولية القانونية، أو بالأحرى هي مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية[71].

ثانيا: التشريع الإيطالي: حظيت مرحلة التفاوض في القانون المدني الإيطالي بأهمية حيث أفرد من خلاله المشرع نص المادة 1337 والذي جاء فيها أنه "يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد، بالتفاصيل بما يتفق وحسن النية".

إلا أنه ما يأخذ على المشرع الإيطالي أنه وإن نص على وجوب مراعاة حسن النية خلال مرحلة المفاوضات، إلا أنه لم يبين معالم المسؤولية القائمة في ظلها؛ رغم أن نص المادة 1337 جاء تحت عنوان (المفاوضات والمسؤولية قبل التعاقد)[72]. ومنه نتساءل عن نوع المسؤولية في ظل غياب نص؟

ويمكن الإجابة عن هذا التساؤل من خلال المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي، والذي يتضح من خلالها أن المشرع جمع بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد بإلزام الأطراف ببيان مختلف التفاصيل بما يتفق وحسن النية. وبذلك يتم ترتيب نفس المسؤولية في حالة الإخلال بحس النية في مرحلة إبرام العقد على مرحلة المفاوضات.

أما فيما يخص التطبيقات القضائية ذهبت المحاكم الإيطالية في أحد قراراتها إلى أنه حين يخلق أحد الأطراف خلال مرحلة التفاوض لدى الطرف الآخر اعتقاداً معقولاً بجدية النوايا لإبرام العقد، ومن ثم يقطع المفاوضات دون مبرر قانوني أو بسوء نية، تتحقق مسؤوليته عن التعويض عن الأضرار التي تنشأ عن هذا الإنهاء المفاجئ للمفاوضات[73].

ثالثا: التشريع الفرنسي: لم يولي القانون المدني الفرنسي (قبل التعديل) أهمية لمرحة المفاوضات التعاقدية، ولا المسؤولية في الفترة السابقة للتعاقد، مكتفيا بذلك بنص المادة 1382 التي جاء فيها "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، يعتقد البعض أن هذه المادة، التي تضع قاعدة عامة، تكفي وحدها لمعالجة جميع

---

[69] محمود فياض، المرجع السابق، ص 247-248.

[70] نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، 329.

[71] عبدو محمد، المرجع السابق، ص 16.

[72] " Trattative e responsabilita' precontrattuale".

[73] حكم محكمة النقض الإيطالية في الرابع من نيسان من عام 1996، نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، 329.

مسائل المسؤولية، بما في ذلك تلك الناشئة خلال مرحلة ما قبل التعاقد، بما فيها الناجمة عن قطع المفاوضات[74].

إلاّ أن ذلك لم يجعل القضاء يقف ساكنا، بل استشعر مبكرا مقتضيات الاعتراف بوجوب الوقوف أمام المرحلة السابقة على التعاقد، تشير محكمة النقض الفرنسية إلى أن المفاوضات تخضع لمبدأي حرية التعاقد وحسن النية، بحيث يلزم كل طرف بمراعاة المصالح المشروعة للطرف الآخر. وتبين من خلال الأحكام القضائية أن إنهاء المفاوضات بشكل مفاجئ وبقرار منفرد بعد وصولها إلى مرحلة متقدمة، مع تكبد الطرف الآخر مصاريف معتبرة، يمثل خطأً تقصيريًا يترتب عليه الالتزام بالتعويض. فقد ورد في إحدى القضايا: "إن قطع المفاوضات دون سبب مشروع بعد بلوغها مرحلة متقدمة يعد انتهاكا لمقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية ويستدعي التعويض[75].

وبهذا سلط القضاء الضوء على نقاط الضعف التي كان يعتريها القانون المدني الفرنسي في ظل المستجدات التي عرفها ومازال يعرفها العالم في مجال التطور العلمي الذي مس كل المجالات بما فيها العلاقات العقدية.

وبهذا كان من الضروري على المشرع الفرنسي أن يتراجع عن بعض الأفكار التقليدية، وقد أحدث هذا التطور انقلابا حقيقيا على كثير من المفاهيم خاصة "مبدأ سلطان الإرادة"، فلم يعد يقبل تصديق تلك المقولات التي تهتف لهذا المبدأ، وبات من الضروري الالتفات إلى فئة الضعفاء الذين يواجهون أقوياء في علاقاتهم العقدية[76]، وفي ضوء الإصلاحات التي تبناها المشرع المدني الفرنسي الاعتراف بمرحلة المفاوضات وتنظيمها. وفيما يخص الاعتراف بالتعويض عن الضرر الناشئ في مرحلة المفاوضات فقد نصت المادة 1112 الفقرة الثالثة من القانون المدني الفرنسي (بعد التعديل) على أن التعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ الحاصل أثناء المفاوضات يقتصر على الخسائر الفعلية التي تكبدها الطرف المتضرر، ولا يشمل الأرباح أو المزايا التي كان يمكن أن يحققها من العقد الذي لم يُبرم. وبذلك، فقد حدد المشرع الفرنسي نطاق التعويض في حالة قطع

---

[74] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 173-174.

[75] Cass.Civ.9 mail 1973.JCP.1974.176432 espèce 1arret c.d appel de Versailles.21 Juillet 1993(2cas) D.S.1993 IR..235

نقلا عن؛ نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، 329.

[76] بولنوار عبد الرازق، الالتزام المهني بالإعلام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016-2017، ص 44-45.

المفاوضات بسوء نية بما يتوافق مع الأضرار المباشرة، مثل النفقات المترتبة على السفر أو دراسة الوثائق أو تنظيم العملية التفاوضية، بينما لم يعتد بالضرر الناجم عن فوات فرصة لتحقيق مكاسب من إبرام العقد[77].

وبهذا يمكن القول بأن الطبيعة القانونية لمرحلة المفاوضات في القانون الفرنسي ذات طبيعة مادية تقصيرية وإن اعترف بوجوب التعويض عن الضرر الحاصل ضمن مرحلة المفاوضات، وربما يعود التبرير هنا أنه من خلال المادة سالفة الذكر أن المشرع يستوجب حدوث ضرر من الخطأ الحاصل من أحد أطراف التفاوض لاستحقاق التعويض من الطرف الثاني.

الفرع الثاني: موقف التشريعات القانونية التي لم تنظم المرحلة السابقة على التعاقد من طبيعتها القانونية

لم تنظم القوانين العربية المرحلة السابقة على التعاقد مما يدفعنا إلى التساؤل عن المركز القانوني للأطراف المتفاوضة في ظل حدوث ضرر؟ مما يستوجب التعريج على بعض هذه القوانين والبحث عن نصوص في ظلها لكي نشمل بها مرحلة المفاوضات.

أولا: موقف المشرع المصري: القانون المدني المصري لم يتضمن نصا يحكم مرحلة التفاوض على العقد، تاركا بذلك للفقه والقضاء الاجتهاد لإيجاد الحلول المناسبة في ضوء القواعد العامة.

ولقد استقر الرأي في الفقه المصري أن التفاوض ليس إلا عملا ماديا، ذلك أنه يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ الثابت ويقع على الطرف المضرور عبء إثباته، وهكذا فإن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض صريح تعتبر في القانون المصري مجرد عمل مادي ولا ترقى إلى مرتبة التصرف القانوني[78].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري: لم ينظم القانون المدني الجزائري أحكام المرحلة السابقة على التعاقد، رغم التعديلات التي مسته والتي كان آخرها سنة 2007 بموجب القانون رقم 07-02.

أما المشرع الجزائري اقتصر على النص على أن العقد ينعقد فقط عندما يتم تبادل الإرادتين المتمثلتين في الإيجاب والقبول، ويرتبط كل منهما بالآخر بحيث يترتب عليهما إنشاء الالتزام التعاقدي[79]، مع الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها للقول بانعقاد العقد[80]. إلا أن هناك من ذهب إلى تفسير بعض نصوص المواد بشكل موسع ليشمل ذلك مرحلة المفاوضات من خلال المادة 107 في فقرتها الأولى التي جاء

---

[77] أشرف جابر السيد، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قضائية وصياغة تشريعية– لمحات في بعض المستجدات، ملحق خاص، العدد الثاني، الجزء الثاني، نوفمبر 2017، ص 298.

[78] عبدو محمد، المرجع السابق، ص 16.

[79] مضمون المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

[80] ينظر المادتين 65 و71 من القانون المدني الجزائري.

فيها أنه يتعين تنفيذ العقد بما تضمنه من شروط والتزامات، مع مراعاة الالتزام بحسن النية، وهو ما يجعل مبدأ حسن النية واجب الالتزام عند تنفيذ العقد، يتسع قانونا ليشمل ضمنيا مرحلة مفاوضات العقد، أي المرحلة السابقة على التعاقد[81].

وأضاف نفس الاتجاه وتدعيما له تم القول أن المادة 124 من ق م ج[82] جاءت عامة ومطلقة متعلقة بالمسؤولية عن الفعل الضار، وبذلك يستوعب الخطأ المرتكب خلال مرحلة مفاوضات العقد[83]. بالإضافة إلى هذا استندوا على مجموعة من التطبيقات المنصوص عليها في القانون المدني كالوعد بالتعاقد (م42 ق م ج) والتعاقد بالعربون (م72 مكرر ق م ج)[84].

رغم وجاهة هذا الرأي كحل لما قد ينشب من منازعات في مرحلة المفاوضات إلا أن التوسع في تفسير وتطبيق النصوص يؤدي إلى اختلاف الأحكام الصادرة من الجهات القضائية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مرحلة المفاوضات يغلب عليها الطابع المادي فلا يمكن أن نرد النصوص التي جاءت لتحكم العقد في مرحلة ولادته وتنفيذه وتطبيقها قبل ميلاده أصلا. ومنه كان لا بد على المشرع الجزائري الالتفات إلى هذه المرحلة والنص على أحكامها. نظرا لما يشهده العالم من تطورات والتي ألقت بظلالها على العلاقات العقدية.

خاتمة

وفي الأخير نصل للقول بأنه رغم أن بعض التشريعات نصت على مرحلة التفاوض وأقرت في مجملها أنها لا بد من مراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض، إلا أنهم لم يبينوا طبيعة المسؤولية الناشئة في هذه المرحلة، الأمر الذي دفع بالفقه إلى النداء بإرساء دعائم مسؤولية ذات طبيعة خاصة تتلاءم مع المرحلة السابقة على التعاقد.

ورغم ما تبدو عليه الأمور في حالة عدم وجود نصوص خاصة أو اتفاق صريح تحكم مرحلة المفاوضات في التشريع الجزائري على وجه الخصوص، فيتضح أن مرحلة التفاوض السابقة للعقد تظل خارج نطاق الرقابة القانونية، الأمر الذي يستدعي من المشرع الجزائري اتخاذ خطوات تشريعية لمواكبة التغيرات الحديثة، وإدراج تنظيم مرحلة المفاوضات ضمن نظام العقود، بما يتوافق مع مقتضيات الحداثة والتطور الذي طال مختلف جوانب الحياة، ومن بينها الحياة العقدية.

---

[81] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص45 و ص 183.

[82] تنص المادة 124 من ق م ج على أنه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[83] وهو ما سار عليه أيضا اجتهاد المحكمة العليا، غ م، 15-11-1989، ملف رقم 56493، م ق، 1990، عدد2، ص 14، و غ م، ملف رقم 29009، م ق، 1989، عدد1، نقلا عن بلحاج العربي، تهميش رقم 01، ص 183.

[84] لمزيد من التفصيل؛ ينظر المرجع نفسه، ص 183-184.

وكنوع من تخفيف نتائج عدم اهتمام التشريعات القانونية بتنظيم مرحلة المفاوضات في القانون المدني، كان لا بد اللجوء إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش للبحث في الالتزامات الناشئة عن المرحلة السابقة على التعاقد كمحاولة للاستنجاد بأحكامها لحماية المستهلك في ظل غياب نصوص قانونية صريحة في القانون المدني الجزائري.