

الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض على العقد

The legal nature of civil liability during the contract negotiation stage

د. محمد برهان الدين *

الكلية متعددة التخصصات آسفي
جامعة القاضي عياض

Borhaneddine.m@ucd.ac.ma

تاريخ النشر: 2024/12/15

تاريخ القبول: 2024/7/27

تاريخ الاستلام: 2024/7/22

*المجلة هي مجلة علمية محكمة تصدر عن جامعة القاضي عياض، الجزائر. جميع الحقوق محفوظة. لا يمكن إعادة نشر أو توزيع أي جزء من هذا العمل دون إذن مسبق من الناشر.

ملخص:

تهدف هذه المقالة إلى تسليط الضوء على مختلف الإشكالات العملية والواقعية التي تثيرها المرحلة التمهيدية للتعاقد، فكما هو معلوم تلعب المفاوضات أدوار إيجابية من خلال التحضير للعقد والإعداد الجيد له، خصوصا مع تفاوت درجات خبرة المتعاقدين، فهو يجنبهم الوقوع في المشاكل المثارة عند تنفيذه، كما يعتبر بمثابة أعمال تحضيرية يتم الرجوع إليها عند المنازعة للوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فرغم ما تلعبه المفاوضات من ادوار إيجابية تخدم مصلحة المتعاقدين، إلا أنها تعاني من فراغ تشريعي يحدد مختلف صور وكذا طبيعة الاتفاقات والالتزامات المنبثقة عنها، ومن بين الإشكالات العملية التي تثيرها مرحلة المفاوضات؛ نجد المسؤولية المدنية الناتجة خلال مرحلة المفاوضات، هذه الأخيرة عرفت تضاربا فقهيا وقضائيا، بمناسبة تحديد طبيعتها القانونية، فهي تتأرجح بين العقدية إذا كان التفاوض يتم في شكل اتفاق أو عقد التفاوض، وتقصيرية إذا فضلا المتعاقدين عدم صياغة التفاوض في أي اتفاق، وأخضعاه فقط لسلطان الإرادة، لذلك فإن دراسة هذه المقال ستسلط الضوء على مختلف النظريات الفقهية والتوجهات القضائية التي أخذت بالطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية الناتجة عن التفاوض على العقد تارة، والطبيعة التقصيرية لهذه المسؤولية تارة أخرى.

الكلمات المفتاحية: المفاوضات؛ المسؤولية المدنية قبل التعاقدية؛ الخطأ عند تكوين العقد؛ المسؤولية العقدية؛ المسؤولية التقصيرية؛ اتفاق التفاوض.

* المؤلف المرسل: د. محمد برهان الدين

Abstract:

This article aims to shed light on the various practical and factual issues raised by the preliminary stage of contracting, as it is known that negotiations play positive roles by preparing the contract and preparing it well, especially with the varying degrees of experience of the contractors, as it avoids them from falling into the issues raised during its implementation, as it is considered as preparatory works that are referred to in disputes to determine the common will of the contractors, despite the positive roles played by negotiations that serve the interest of the contractors, it suffers from a legislative void that defines the various forms and nature of agreements and obligations arising from them, among the issues.

Keywords: *Negotiations ; Pre-contractual civil liability ; Error in contract formation ; Contractual liability ; Tort liability ; Negotiation agreement.*

مقدمة

تلعب المفاوضات دورا مهما على مستوى عمليات إبرام العقود، نظرا لتطور البنية التعاقدية، والمحيط العقدي، فلم تعد الآليات التقليدية الواردة في النظرية العامة للالتزام، قادرة على استيعاب هذا التطور، فأصبح إبرام العقد وفقا لهذه الآليات ينتج عنه بالضرورة انعدام المساواة والتوازن، نظرا لعدم التساوي بين أطرافه في المعلومة، وعدم معرفة خبايا العقد الذي أصبح يمتاز بالتعقيد، لذلك أخذت مرحلة المفاوضات تتطور بشكل متسارع، لكنها لا زالت تعاني من فراغ تشريعي ينظمها خاصة على مستوى المسؤولية الناتجة عنها، ولسد هذا الفراغ وضمان الحد الأدنى من الحماية للمتفاوضين، نادى الفقه بإعمال قواعد المسؤولية المدنية عليها ضمانا لجديتها ومصداقيتها، وتحقيقا للغاية الأساسية منها.

لذلك حظيت المسؤولية قبل التعاقدية باهتمام بالغ من قبل الفقه القانوني¹، كما عملت بعض التشريعات المدنية على التطرق لها في قوانينها المدنية². وبالرغم من اتفاق الفقهاء على قيام المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، باعتبارها جزءا من صيرورة العقد، لا يمكن أن تبقى خارجة عن نطاق الحماية التي يقرها القانون للأطراف خلال مختلف مراحل التعاقد، إلا أنهم اختلفوا حول طبيعتها القانونية³.

فإذا كانت النظم القانونية تفرق بين العقد، والفعل الضار، وتميز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية⁴؛ فتجعل المسؤولية العقدية جزاء للإخلال بالتزام تعاقدي، والمسؤولية التقصيرية جزاء عن الفعل الضار، ففي إطار المفاوضات التعاقدية، نجد أن عملية التفاوض قد تتم إما عبر إطار تعاقدي منظم، تؤطره مجموعة من الاتفاقات والمستندات المبرمة بين الأطراف، تحدد التزامات المتفاوضين. أو عبر مفاوضات حرة خاضعة لسلطان الإرادة وحرية التفاوض، مما يتعين على الجهة القضائية المعروض عليها النزاع، التأكد من وجود أو عدم وجود اتفاق التفاوض، ليتسنى لها تكييف العلاقة القائمة بين الأطراف المتفاوضة، ووصف المسؤولية الناتجة عنها بالتقصيرية أو العقدية، تحديدا لطبيعتها القانونية⁵.

الأهمية

تظهر أهمية دراسة الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض على العقد، في تزايد المشاكل التي يطرحها على الصعيد العملي بخصوص قطع المفاوضات دون مبرر مشروع، مع ما يترتب على ذلك من مكانية مساءلة الطرف الذي تسبب بفعله في وضع حد للمفاوضات، ما دامت هذه الأخيرة تسيطر عليها قاعدة حرية التعاقد، وحرية التفاوض، فالمشرع لم يتولى تنظيم مرحلة المفاوضات بنص خاص، وهم ما طرح إشكالا حول إمكانية اعتماد القواعد العامة في هذا المجال، خصوصا تلك المتعلقة بالمسؤولية المدنية.

الإشكالية

إن إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، يرجع إلى وجود اختلاف بين بعض المفاهيم الجوهرية التي تحكم نظرية العقود عند تطبيقها في مرحلة المفاوضات، كما توجد صعوبة أيضا في تحديد طبيعة المسؤولية التي تقع على عاتق أحد الأطراف في هذه المرحلة، حيث تقع على نقاط التماس بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية، وصعوبة تكيف هذه المسؤولية قد تكون هي السبب الأساسي في قصور التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في أغلب النظم القانونية، هل تعتبر المسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، مسؤولية عقدية على اعتبار أن الطرفين قد اتفقا على التفاوض، أم مسؤولية تقصيرية على اعتبار أن الخطأ نتج عن مخالفة الالتزامات المقررة قانونا؟

المنهج المعتمد

لمعالجة الإشكالية التي يطرحها موضوع الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض على العقد، سنعتمد على المنهج الوصفي، عبر إيراد الشرح والتفسير القانوني للنصوص التشريعية المتصلة بالموضوع، مع توظيف المنهج التحليلي لرصد النصوص القانونية المنظمة للمسؤولية المدنية سواء على مستوى التشريع الوطني، أو على مستوى التشريعات المقارنة، وما دام موضوع الدراسة تتجاوزه مجموعة من التشريعات، فإن الاعتماد على المنهج المقارن لا محيد عنه للتفصيل في هذه الدراسة.

ولإحاطة بمختلف جوانب الموضوع، سنحاول معالجة الإشكالية وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: نظرية المسؤولية العقدية

المبحث الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية

المبحث الأول: نظرية المسؤولية العقدية

ينحصر إعمال قواعد المسؤولية العقدية في إطار العلاقات التي تربط المتعاقدين ببعضهما عند إخلال أحدهما بالتزام تعاقدية⁶.

لذلك فقد اعتبر جانب من الفقه، أن المسؤولية الناتجة عن مرحلة المفاوضات هي مسؤولية عقدية، لكونها تتعلق بالإخلال بالتزام عقدي يتمثل في وجود عقد ضمان ضمنى⁷.

تنشأ عن خطأ المدين المتمثل في عدم تنفيذ التزامه العقدي على نحو يسبب ضرراً مباشراً للدائن، فقد اختلف الفقه بصدد تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات⁸، وظهرت آنذاك عدة نظريات فقهية تواتر الشراح على ذكرها وهم بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية، ولتسليط الضوء أكثر على الطبيعة العقدية للمسؤولية، من خلال التطرق للاتجاهات التقليدية التي تناولت هذه المسؤولية، (المطلب الأول)، ثم الاتجاهات الحديثة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاتجاهات التقليدية المحددة لطبيعة المسؤولية العقدية خلال مرحلة المفاوضات

استند فقهاء هذا الرأي على الإخلال بالتزام تعاقدى يتمثل في اتفاق التفاوض، معتبرين أن المسؤولية الناتجة في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية عقدية، واختلفوا فيما بينهم في التبريرات المعتمدة لتدعيم موقفهم، بحيث هناك من أسس هذه المسؤولية على نظرية التقصير أو الخطأ عند انعقاد العقد؛ بمعنى الإخلال باتفاق ضمني يتعهد بمقتضاه كل متفاوض ببذل العناية اللازمة والتحلي بقواعد حسن النية أثناء التفاوض على العقد، كما أسس البعض الآخر هذه المسؤولية على نظرية الوكالة، التي تعتبر أن الدعوى إلى التفاوض تتضمن توكيلاً للطرف الآخر، من أجل السير بالمفاوضات إلى مرحلة إبرام العقد النهائي.

1- الخطأ أو التقصير عند التعاقد

تعتبر نظرية الخطأ عند إبرام العقد⁹، من أهم النظريات التي قيل بها في مجال المفاوضات، ويرجع الفضل في صياغتها للفقيه الألماني "Jhering"، حيث جرت عادة الفقهاء على تبني هذه النظرية وهم بصدد البحث في الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، باعتبار هذه النظرية تمثل الاتجاه الفقهي القائل بأن هذه المسؤولية هي ذات طبيعة عقدية¹⁰.

ويتلخص مضمون نظرية الخطأ أو التقصير عند إبرام العقد، في أن كل شخص يقدم على التعاقد ويكون سبباً في بطلانه سواء بسوء نية أو بحسنها، يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر بمقتضى العقد الباطل ذاته¹¹، فلم يكن هذا الفقيه ليصل إلى نظريته الشهيرة، لولا التصور الذي كان يعرفه القانون الألماني، والذي كانت أحكامه تستمد وجودها من القانون الروماني الذي لم يكن

يهتم باستقرار المعاملات، حيث إن المشتري بمقتضى عقد باطل يملك صلاحية رفع دعواه الرامية إلى التعويض واسترداد الثمن، ولا يهم علمه أو جهله بالعيب الذي أدى إلى البطلان¹².

إن مضمون نظرية الخطأ عند تكوين العقد، يتلخص في أن كل متعاقد تسبب في بطلان العقد سواء بحسن النية أو بسوئها، يلتزم بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر بمقتضى العقد الباطل ذاته؛ أي أن المسؤولية عن الخطأ في تكوين العقد تكون مسؤولية عقدية¹³.

لقد شكل الخطأ أساس هذه النظرية التي تمتد فيها المسؤولية قبل التعاقدية، سواء عند المفاوضات التعاقدية أو عند إبطال العقد، وقد ارتكزت على وجود عقد ضمني يربط بين المتعاقدين ويخلق على عاتق كل منهما، موجب التصرف بحسن النية اتجاه الطرف الآخر، وحسن التصرف الذي يلزم كل طرف بأن يتعامل مع الآخر بإخلاص ومراعاة للأعراف، فعندما يخالف أحد الأطراف موجب حسن التصرف وحسن النية، يرتكب خطأ يسميه "إيهرنج Jhering" الخطأ في عملية التعاقد، فهذه النظرية تركز على انعقاد المسؤولية المدنية في المرحلة التمهيدية للعقد استناداً إلى عدم تنفيذ عقد ضمني، أو لعدم إبرام العقد أو إبطاله¹⁴.

لكل هذه الاعتبارات، فقد اختلف الفقه حول الأساس الذي اعتمده "إيهرنج Jhering" في تكييفه للخطأ بأنه عقدي، رغم عدم إبرام العقد أو بطلانه¹⁵.

هذا الاتجاه الفقهي، تعرض للنقد من طرف بعض الفقه، الذي رفض فكرة العقد الضمني، وقال بأن مسؤولية المقدم على التعاقد العقدية تؤسس على ذات العقد رغم عدم قيامه أو بطلانه، ليس باعتباره واقعة مادية بل باعتباره عقداً؛ لأن الإتفاق ليس مجرد افتراض، فمن غير الممكن بقاء الإتفاق رغم عدم قيام العقد الأصلي أو ثبوت بطلانه أو إبطاله، فالنتيجة المنطقية للعدول عن التعاقد هي زوال إرادة أحد الطرفين قبل أن تلتقي بإرادة الطرف الآخر¹⁶.

وبالتالي فالمسؤولية عن عدم قيام العقد أو بطلانه، لا تجد مصدرها في الإتفاق الضمني، بل في التزام كل طرف في المرحلة السابقة على التعاقد باليقظة، وبالالتزامات التي تقيد من حرية المفاوضات¹⁷.

أمام قصور نظرية الخطأ عند التعاقد عن تحديد الطبيعة التعاقدية للمسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات، ظهرت عدة نظريات، حاول أصحابها تكييف

المسؤولية قبل التعاقدية بالعقدية، وتعتبر نظرية الوكالة من بين هذه النظريات، إذ تقوم على وجود توكيل ضمني للسير بمرحلة المفاوضات حتى تبلغ غايتها.

2- نظرية الوكالة

يرجع الفضل في صياغة هذه النظرية للفقيه الألماني "شورل" ¹⁸ Scheurl، وتقوم فكرتها على أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن لمن وجهت إليه توكيلا ضمنيا باتخاذ كل الأعمال اللازمة للوصول إلى إبرام العقد، وإذا فشلت المفاوضات ولم يبرم العقد فإن الموكل يلتزم وفقا للقواعد العامة، بأن يرد للوكيل كل المصروفات التي أنفقتها لتنفيذ الوكالة رغم فشله في مهمته ¹⁹.

وهكذا فإن "شورل" Scheurl، اعتبر المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية عقدية تقوم على أساس عقد وكالة ضمني. فهو يعتبر الشخص الذي تلقى دعوى إلى التفاوض بمثابة وكيل عن صاحب هذه الدعوى في القيام بما يلزمه لإبرام العقد، بحيث إذا لم يلتزم بالاستمرار في المفاوضات، وقام بقطعها أو فشلت لسبب آخر، فإنه يلتزم بتعويض هذا الوكيل عما أصابه من ضرر جراء تنفيذ الوكالة؛ أي تعويضه عما أنفقه في سبيل الإعداد والتحضير للعقد، ومن ثم تصبح دعوى التعويض الناتج عن قطع المفاوضات، دعوى عقدية تجد سندها القانوني في أحكام الوكالة، وهكذا تكون هذه النظرية قد اقتربت من تحديد طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات، باعتبارها مسؤولية عقدية ²⁰، تقوم على أساس عقد وكالة ضمني، إذ يعتبر الشخص الذي تلقى دعوة إلى التفاوض، بمثابة وكيل عن صاحب هذه الدعوى في القيام بما يلزم لإبرام العقد، بحيث إذا قام هذا الأخير بقطع المفاوضات، فإنه يلتزم بتعويض هذا الوكيل عما أصابه من ضرر جراء تنفيذ الوكالة؛ أي تعويضه عما أنفقه في سبيل الإعداد والتحضير للعقد، وتكون دعوى التعويض من تم، دعوى عقدية أساسها عقد الوكالة المفترض ²¹.

أما الفقه فقد أخذ على هذه النظرية في كونها تعتبر أساس المسؤولية في مرحلة المفاوضات، هو عقد الوكالة الضمني الذي نشأ بين المتفاوضين بمجرد صدور الدعوة للتفاوض من طرفهما، وقبولها من جانب الآخر، فالوكالة حسب هذا الفقه هي عقد يفترض لقيامه اتفاق الطرفين، وهذا الاتفاق لا يوجد ضمنيا بمجرد الاستجابة للدعوة إلى التفاوض، فإذا كان العدول عن الإيجاب يمنع قيام العقد الأصلي، فإنه يمنع قيام الوكالة أيضا ²².

ففكرة الوكالة الضمنية يمكن قبولها والأخذ بها، ما دامت بعض التشريعات قد أقرتها ونخص بالذكر المشرع المغربي الذي لم يشترط القبول الصريح لقيام عقد الوكالة، بل يستنتج من واقعة الحال كما لو بدأ الوكيل في تنفيذ الوكالة، وهذا ما قرره الفصل 883 من ظهير الالتزامات والعقود²³، بالإضافة إلى المشرع الفرنسي أيضاً، الذي سلك نفس التوجه من خلال المادة 1985 من القانون المدني وعالج مسألة القبول الضمني للوكالة²⁴.

لقد حاول الفقيه "شورل" *scheurl* عبر نظرية الوكالة، التي تعتبر أن الدعوة إلى التفاوض تتضمن توكيلاً ضمنياً للطرف الآخر، تحديد طبيعة المسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات بكونها عقدية، لكن هذا الأساس لا يمكن الاعتماد عليه ما دامت المفاوضات تخضع للمساومة والمناقشة. عكس الوكالة التي تعتبر عقداً يكلف بمقتضاه شخص شخصاً آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه²⁵، لذلك لم تكن هذه النظرية مناسبة للاحتكام إليها والقول بأن المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات، مسؤولية عقدية، ما دامت الوكالة المفترضة والضمنية حسب هذه النظرية تفتقر لأهم عنصر في المفاوضات، وهو عنصر الأخذ والرد والمساومة وتكوين فكرة عن التعاقد²⁶.

أمام ضعف نظريتي الخطأ عند تكوين العقد، والوكالة في مرحلة التفاوض لتحديد طبيعة المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات، ظهر على إثر ذلك توجه حديث يستند على الاتفاقات والعقود التمهيدية المبرمة خلال مرحلة المفاوضات، ويكيف بذلك لمسؤولية الناشئة خلال هذه المرحلة بالعقدية مستنداً في ذلك إلى اتفاق التفاوض أو عقد التفاوض.

المطلب الثاني: الاتجاهات الحديثة المحددة لطبيعة المسؤولية العقدية خلال مرحلة المفاوضات.

يحدث أن تكون مرحلة المفاوضات التعاقدية حرة غير خاضعة لأي تنظيم تعاقدية، أو مرحلة منظمة تتخللها مجموعة من الاتفاقات والمستندات التمهيدية التي تتضمن مجموعة من الالتزامات التبادلية، فيؤدي الإخلال بها إلى قيام مسؤولية الطرف الذي كان هذا الإخلال من جانبه. وتماشياً مع ذلك، فهذه الاتفاقات التمهيدية لها مجموعة من الآثار القانونية، إذ تقوم المسؤولية العقدية بعدم تنفيذ ما اتفق عليه الأطراف عينا²⁷، حيث جرت العادة على إبرام اتفاق مكتوب على

التفاوض بهدف وضع تنظيم اتفاقي لعملية المفاوضات، خاصة في التفاوض على العقود المهمة التي يحتاج إبرامها إلى إعداد طويل ودراسات مستفيضة²⁸.

هذا الواقع الجديد، فرض نفسه على الفقه²⁹ والقضاء³⁰ المعاصرين، حيث اعترف كل منهما بالقيمة القانونية لاتفاق التفاوض بصفة خاصة، وللمستندات والاتفاقات المبرمة خلال المفاوضات بصفة عامة. لكنهما لم يتخلصا من تأثير المفهوم التقليدي للتفاوض، الذي يعتبره مجرد عمل مادي غير ملزم لا تترتب عليه سوى المسؤولية التقصيرية.

ففي فرضية وجود اتفاق تفاوض بين الطرفين لتنظيم المفاوضات، ونقلها من المفاوضات الحرة التي تخضع لسلطان الإرادة وحرية التعاقد، إلى مفاوضات مقيدة ومنظمة أساسها عقد التفاوض³¹، فمادام الطرفان قد ارتضوا بداية الركون إلى شكل معين من الاتفاقات التمهيدية والاحتكام إليها في العملية التفاوضية، فإن المفاوضات ستصبح الأثر المباشر لهذه الاتفاقات، وغني عن البيان أن العقد هو اتفاق³²، فمتى جاءت هذه الاتفاقات التمهيدية أو الابتدائية في صيغة عقد إلا وكان لها أثر قانوني.

هذه الاتفاقات تلزم الأطراف ببذل العناية اللازمة، للتوصل إلى إبرام العقد الأصلي، بحيث إذا لم تفلح مساعيها في التوصل إلى إبرامه، فلا تترتب عليهما أية مسؤولية، وعلى العكس من ذلك، إذا أخل أحدهما بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، أو قطع المفاوضات دون مبرر مشروع³³، أو امتنع عن مواصلة المفاوضات، أو أجرى مفاوضات موازية مع وجود شرط حصري للتفاوض، أو لم يبد الشفافية اللازمة والتعاون المطلوب أثناءها، أو خالف ما يقتضيه الالتزام بالإعلام، فكتم معلومات مهمة، وأدى ذلك إلى فشل المفاوضات، حينئذ تقوم المسؤولية العقدية، لا عن عدم إبرام العقد النهائي، وإنما عن الإخلال بآثار الاتفاقات والعقود التمهيدية.

وعلى هذا الأساس، يلزم عقد التفاوض طرفيه، شأنه في ذلك شأن أي اتفاق تمهيدي، بالالتزامات الناشئة عنه سواء بحسب طبيعته أو بحسب اتفاقهما³⁴، ولم يتردد الفقه³⁵ والقضاء³⁶ في الإقرار بالاتفاقات الممهدة للتفاوض، واعتبارها عقودا بالمعنى الدقيق تترتب عليها التزامات في ذمة الطرفين، بحيث إذا أخل أحدهما بتنفيذها، وألحق ضررا بالطرف الآخر فإنه يعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية.

فالقضاء الفرنسي يتأرجح بين اشتراط عقد التفاوض للقول بالمسؤولية العقدية، وغيابه لتقرير المسؤولية التقصيرية، وهكذا فقد أقرت محكمة النقض

الفرنسية في قرار لها بتاريخ 7 أبريل 1998 بوجود مسؤولية عقدية عن قطع المفاوضات، رغم عدم توقيع العقد نظرا لأن المفاوضات استمرت مدة معقولة³⁷. لقد جاء هذا القرار باجتهاد قضائي يكرس الطابع العقدي للمسؤولية الناشئة أثناء التفاوض على العقد، حيث كيف قطع المفاوضات على أنه إخلال بالتزام تعاقدية، فكلما استمرت المفاوضات مدة طويلة، كلما أصبح الإبرام النهائي للعقد المتفاوض عليه نتيجة حتمية، ولتجنب تحمل المسؤولية من طرف أحد المتفاوضين الراغب في الانسحاب من المفاوضات، يتعين عليه إخطار الطرف الآخر عن طريق تقديم خطاب، أو أي مستند آخر يعبر فيه عن رغبته في وضع حد للمفاوضات، شريطة أن يتم ذلك في احترام تام لمبدأ حسن النية.

أما الفقه المصري الحديث، بمناسبة عرضه للإشكالية بالدراسة لم يتردد في الاعتراف بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية، كلما نتج عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها اتفاق التفاوض ضررا لحق بالطرف الآخر³⁸، مستندا في ذلك على أحكام المادة 215 من القانون المدني المصري المنظمة لأحكام المسؤولية العقدية³⁹.

وبخصوص القضاء المصري فقد استقر الرأي لديه على التزام قاضي الموضوع بدراسة المستندات المطروحة عليه، لتحديد ما إذا كانت تشكل عقدا أم تعدو أن تكون جزء من مرحلة التمهيد لإبرامه، فإذا تأكد القاضي من توفر جميع المسائل الجوهرية، وأن المسائل التفصيلية التي أرجئ الاتفاق عليها لم يشترط الأطراف ألا يتم العقد عند عدم الإتفاق عليها، كان الحكم باعتبار العقد قد تم، وكان للطرفين اللجوء إلى المحكمة للفصل في خلافهما حول المسائل التفصيلية. وفي حال الإخلال بالعقد الذي يتضمن المسائل الجوهرية تقوم المسؤولية العقدية⁴⁰.

من خلال ما سبق، نلاحظ أن كلا من الفقه والقضاء، يؤسسون المسؤولية العقدية خلال مرحلة المفاوضات، على اتفاق التفاوض، أو العقود المبرمة خلال هذه المرحلة، نظرا لما تتضمنه من التزامات يتعين احترامها والتفاوض وفقها، وفي حالة الإخلال بها تقوم المسؤولية العقدية، أما المشرع المغربي فلم ينظم المرحلة التمهيدية للتعاقد، وبالنتيجة ستكون المسؤولية وفق القانون المغربي مسؤولية تقصيرية لا عقدية.

المبحث الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية

تحكم المسؤولية التقصيرية التفاوض على العقد، باعتبارها أسهل الوسائل وأيسرها تطبيقاً على هذه المرحلة، لحجة مفادها أن أحكام هذه المسؤولية هي وحدها التي تطبق عند عدم وجود عقد، فالأمر يتعلق بمرحلة سابقة على التعاقد لا وجود قانوني لها، كما أن العقد لم يكتمل بعد، ومن ثم يكون من غير العدل أمام غياب تام لأركان العقد وشروطه، القول بإخضاع هذه المرحلة للمسؤولية العقدية؛ خاصة وأن التفاوض لا يعدو أن يكون مجرد عمل مادي يؤدي انتهاؤه إلى قيام المسؤولية التقصيرية التي تجد مصدرها في القانون.

حيث استند التوجه الفقهي التقليدي، على كل من نظرية تحمل التبعية، ونظرية الفضالة لتقرير المسؤولية التقصيرية خلال مرحلة المفاوضات (المطلب الأول)، ثم ظهر توجه حديث يجمع بين الفقه والقضاء، حاول إرساء مسؤولية قبل تعاقدية على أساس الخطأ التقصيري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاتجاهات التقليدية المحددة للطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات

لقد حاول الفقه التقليدي بمناسبة عرضه للمسؤولية المدنية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات، إرساء الطبيعة التقصيرية لها، حيث اختلف في تبرير النتيجة التي توصل إليها، إذ اعتمد بعضه على فكرة تحمل التبعية، في حين استند البعض الآخر على فكرة الفضالة.

1- نظرية تحمل التبعية العقدية:

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني "فينشيد Windscheid"⁴¹، ومضمونها أن كل شخص يقدم على التعاقد باتخاذ المبادرة، يتحمل تبعة نشاطه التعاقدي، فيكون مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عنه، لأن النشاط التعاقدي يتضمن أخطاراً عديدة قد تلحق ضرراً بالقائمين به، فيجب أن يتحمل تبعة هذا النشاط الطرف الذي انطلق النشاط التعاقدي من عنده، وتنعقد مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدي بمجرد حدوث الضرر، حتى ولو لم يكن مخطئاً؛ أي حتى لو كان حسن النية لا يعلم سبب الضرر⁴²، وتقيم المسؤولية من جانب الطرف البادئ بالنشاط التعاقدي، على أساس تحمل تبعة هذا النشاط، لذلك فهي تجعل المسؤولية تقصيرية وليست عقدية⁴³.

لقد ساهمت نظرية تحمل التبعة في إعطاء حماية أكبر للمتضرر، حيث أضفت عنصر الجدية على العمليات التعاقدية، إذ تقيم مسؤولية كل من أقدم على التعاقد، إذا لم تكن له نية صريحة على إبرام العقد، أو كان يقصد من الدخول في رابطة عقدية مجرد المماثلة والتسويق. وجعلت الروابط القانونية والالتزامات التعاقدية تمتاز بالجدية؛ لأنها تتشدد في إقرار مسؤولية المتعاقد الذي لم يكن جادا في تعاقد، وتعفي المتضرر من إثبات الخطأ، فهي نظرية تستجيب لمقتضيات العدالة⁴⁴.

إستنادا على هذه النظرية، يتضح أن العلاقات التفاوضية لن تبقى خاضعة لإرادة الطرفين. فإذا أخل أحدهما بأبسط التزام وأدى ذلك إلى قطع المفاوضات وعدم استمرارها، أو نتج عن هذا التصرف حصول ضرر، فإن التعويض سيكون بناء على هذا الضرر دون البحث عن عنصر الخطأ، وبالتالي سنكون أمام حماية أكيدة للمضرور، الذي يقيم مسؤولية المتفاوض الآخر على أساس حصول الضرر. لذلك، فالأخذ بهذه النظرية يمثل استجابة حقيقية لمتطلبات العدالة، في كونها تكفل للمضرور حماية قانونية فعالة، وتمنحه الحق في الحصول على تعويض عادل في حالات ينعدم فيها الخطأ، حيث أنها تلزم المدين بجبر الضرر اللاحق بالدائن دون البحث في قيام الخطأ من عدمه.

لقد أخذت التشريعات الحديثة بهذه النظرية في حالات عديدة والتي نجد من تطبيقاتها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه⁴⁵، لكنها لم تخضع المسؤولية المدنية الناشئة عن التفاوض لها، ما دفعنا للبحث عن أسباب ذلك، ما دامت نظرية تحمل التبعة قد تغني عن البحث في طبيعة المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات.

فمن الناحية الواقعة، إن الأخذ بهذه النظرية كأساس للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، من شأنه أن يعتبر هذه المرحلة ككل، ذلك أن هذه النظرية تقيم المسؤولية دون إثبات الخطأ، بل تقتصر فقط على خطأ المضرور الذي يمكنه أن يستعمل وسائل احتيالية تدفع بالتفاوض الآخر إلى قطع التفاوض، فيجعل مسؤوليته قائمة على أساس الضرر الذي يمكن إثباته بسهولة⁴⁶.

أما من الناحية القانونية، فنظرية تحمل التبعة، تتناقض مع مبدأ حرية التعاقد وحرية التفاوض، إذ يستطيع كل متفاوض العدول عن المفاوضات وقت ما شاء، ما دام أنه لم يرتكب خطأ، وما دام أنه قد ظل ملتزما بمبدأ حسن النية؛ لأن التفاوض على العقد يكتسي طابعا احتماليا، فليس من اللازم أن تنتهي المفاوضات

بإبرام العقد محل التفاوض⁴⁷، وليس من المنطقي أن يتحمل البادئ بالدعوة إلى التفاوض المسؤولية المدنية .

خلاصة القول، لم تستطع هذه النظرية تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات، فهي لم تحسم القول بأنها مسؤولية تقصيرية، وإنما اقتصررت على الاعتراف بأن الشخص البادئ بالتفاوض يتحمل تبعه نشاطه، كما أنها لم تقم المساواة والتوازن بين المتفاوضين، فأعفت أحدهما من المسؤولية، في مقابل تحميلها للآخر، لذلك ظهرت نظرية الفضالة، كمحاولة فقهية لتسليط الضوء على طبيعة المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات.

2- نظرية الفضالة:

يعتبر الفقيه الألماني "تون Thon"⁴⁸ من أنصار هذه النظرية، إذ أسس المسؤولية قبل العقدية على فكرة الفضالة، فاعتبر أن الشخص الذي وجهت إليه دعوة إلى التفاوض فضولياً يدير شأناً لرب العمل الذي وجه إليه هذه الدعوة، ومن تم يستطيع الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات لاسترداد ما أنفق عن طريق دعوة الفضالة؛ لأن النفقات التي قام بها في سبيل إبرام العقد، كان قد أنفقها تحقيقاً للمصلحة المشتركة بين الطرفين، فهو إن كان يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه يحقق في الوقت ذاته مصلحة صاحب الدعوة، فيحق له بالتالي أن يسترد المصروفات التي أنفقها لمصلحة هذا الأخير⁴⁹.

وحسب الفقيه "تون Thon"، فإن نظرية الفضالة لا تندرج ضمن المسؤولية العقدية، بل تعتبر مسؤولية شبه عقدية، تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية، لكن إلى أي حد يمكن الأخذ بهذه النظرية كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات ؟

حقيقة، إن الأخذ بهذه النظرية كأساس للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات، لا يستقيم، لاعتبارات متعددة؛ فالفضولي لا ينجز العمل في وجود رب العمل، والحال أن هذه النظرية اعتبرت أن الشخص الذي وجهت إليه الدعوة إلى التفاوض فضولياً، في حين أنه ليس كذلك، بل هو طرف محايد يدافع عن مصلحته، ويتفاوض على العقد. في مقابل الطرف الآخر الذي له مصلحة مختلفة، ثم إن الفضالة تفرض أن يكون رب العمل على غير علم بما يقوم به الفضولي، على عكس المفاوضات التي تتم بعلم من الطرفين معا⁵⁰.

خلاصة القول، إن هذه النظرية تقصر حق المتفاوض المضرور في التعويض عن استرداد المصروفات التي أنفقها لمصلحة المتفاوض الآخر، دون التي أنفقها لمصلحته هو⁵¹، فالأخذ بها لا يمكن أن يحقق حماية أكيدة للمتضرر من قطع المفاوضات، ولا تمكنه من جبر كل الضرر اللاحق به؛ لأن نفقات التفاوض تبقى مجرد جزء من الأضرار اللاحقة بالمتفاوض الذي يمكن أن تحصل له أضرار أخرى، كفوات الفرصة، أو إفشاء الأسرار على نحو يضر بسمعته التجارية داخل السوق.

إن التوجهات التقليدية القائمة على نظريتي تحمل التبعية العقدية، ونظرية الفضالة، لم تستطع تحديد طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات، فمن الوهلة الأولى يبدو أنهما تؤسسان المسؤولية على أساس التقصير، لكن إن كان ممكنا فلم تتعرضا لحالات قيام المسؤولية التقصيرية خلال مرحلة المفاوضات. وأمام هذا القصور كان لابد من إيجاد توجه جديد يتعرض للمسؤولية التقصيرية الناشئة أثناء التفاوض على العقد بنوع من التعيين والتدقيق. وفعلا ظهر اتجاه فقهي وقضائي حديث، يكيف المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات بالمسؤولية التقصيرية، على أساس غياب اتفاق التفاوض.

المطلب الثاني: الاتجاهات المعاصرة المحددة لطبيعة المسؤولية التقصيرية خلال مرحلة المفاوضات

ساهم عجز النظريات التقليدية التي حاولت تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات على أساس تقصيري، إلى بروز تيار فقهي حديثي⁵²، يتجاوز عنصر الافتراض الذي نادت به كل من نظرية تحمل التبعية العقدية، ونظرية الفضالة، ليؤسس تصوره على نوع من اليقين المادي الملموس، وساهم في بروز هذا التيار الفقهي وفرة الاجتهادات القضائية التي عالجت المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات. وهكذا فقد تبنى الفقهاء المعاصرين معيارا دقيقا لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية؛ فمتى كانت المفاوضات بين الطرفين غير خاضعة لاتفاق التفاوض وغير مصحوبة بأي اتفاق أو مستند تمهيدي، كانت المسؤولية حينئذ تقصيرية؛ لأن التفاوض في هذا الطرح يعتبر مجرد عمل مادي لا يترتب عنه أي أثر قانوني. حيث ذهب جمهور الفقهاء الفرنسيين⁵³ إلى القول بأن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح على التفاوض، هي مجرد أعمال مادية غير ملزمة، ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني⁵⁴؛ لأن مجرد الدخول في

هذه المفاوضات لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام، حتى ولو توصلوا إلى مشروع العقد النهائي، طالما أن العقد لم ينعقد فإن التفاوض لا يلتزم بشيء، بل يكون له مطلق الحرية في الانسحاب من المفاوضات دون أن يكون مطالبا بتقديم مبرر لانسحابه، إلا إذا كان متعسفا في ذلك؛ كأن يقوم بقطع المفاوضات في الوقت الذي يكون فيه للطرف الآخر اعتقاد مشروع بأن العقد أوشك على الانعقاد، أو كان قطع المفاوضات يتنافى مع الأمانة وحسن النية في التعامل. ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليته التقصيرية إن توافرت شروطها⁵⁵.

فالفقه الفرنسي ظل وفيما لروح المادتين 1382 و 1383 من التقنين المدني، وأصبح قواعدهما على المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات، ليكون بذلك قد قطع المجال أمام أي محاولة أو اجتهد ينظر إلى المسؤولية قبل العقدية على أنها مسؤولية عقدية⁵⁶.

هذا الوضع أثر في التوجه العام للقضاء الفرنسي⁵⁷، الذي ما لبث يعتبر المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات مسؤولية تقصيرية، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 26 نونبر 2003، الذي أيد موقف محكمة الاستئناف بباريس، التي قضت بالحكم على شركة "STUCK" المنسحبة من المفاوضات الجارية مع شركة "ALAIN MANOKIAN" بدون مبرر مشروع، بتعويض الشركة المتضررة عن نفقات التفاوض ومصاريف الدراسات الأولية، إذ أقرت بمسؤولية شركة "STUCK" التقصيرية عن القطع التعسفي للمفاوضات، وأنها لم تتقيد بقواعد حسن النية أثناء التفاوض⁵⁸. ثم تواترت بعد ذلك القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي، التي أقرت بأن المسؤولية عن قطع المفاوضات، هي مسؤولية تقصيرية ناتجة عن عدم احترام قواعد حسن النية في مرحلة المفاوضات⁵⁹.

إن ما يعاب على القضاء الفرنسي بمناسبة تحديده لطبيعة المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات، هو عدم تبيانه لأساس هذه المسؤولية، فيكون بذلك قد جرد الاتفاقات التمهيدية والمستندات المبرمة لتنظيم المفاوضات من طبيعتها العقدية. فالأولى والأجدر أنه كان يجب على هذا القضاء، أن يبحث أولا في مدى وجود رابطة قانونية قائمة بالفعل بين الطرفين؛ لأن وجود اتفاق التفاوض مثلا، سيغني القضاء في البحث عن محدث الضرر، وسيكتفي بتقفي من كان الامتناع عن تنفيذ الالتزامات التي تولدت عن الاتفاق التمهيدي من جانبه، وبالتالي يقرر حينذاك

مسؤوليته العقدية. لكن القضاء الفرنسي خاصة المعاصر كان له رأي مخالف، وهذا ما نلمسه في مجموعة من القرارات الحديثة، فهذا التوجه العام للقضاء الفرنسي قد أثر على توجه المشرع بمناسبة تعديله لنصوص القانون المدني، وهكذا فقد نصت المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر عدد 287-2018 الصادر بتاريخ 20 أبريل 2018، على أن المفاوضات تتمتاز بالحرية شريطة خضوعها لحسن النية، متجاهلة بذلك تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن الإخلال بحسن النية خلال مرحلة المفاوضات، وأنه لا يمكن حسب هذه المادة تعويض المتضرر عن فوات فرصة إبرام العقد⁶⁰.

أما بخصوص القانون الأنجلو أمريكي فالأمر فيما يتعلق بالمسؤولية خلال مرحلة المفاوضات، لا يختلف كثيرا عن ما هو عليه الأمر في القانون الفرنسي؛ لأن القانون الإنجليزي لا يعترف بمبدأ حسن النية في المفاوضات، بحيث لا تعدو هذه الأخيرة أن تكون مجرد عمل مادي غير ملزم⁶¹. غير أن هذا لا يعني أن يكون المتفاوضون بمنأى عن أية مسؤولية، فقد اتجه القضاء الإنجليزي الحديث، إلى ترتيب المسؤولية التقصيرية على المتفاوض الذي يسعى من وراء الدخول في مفاوضات مجرد الحصول على معلومات، ويستند القضاء في ذلك على مبدأ "Estoppel" الذي يحرم على الشخص أن يتخذ مسلكا يتناقض مع مسلكه⁶².

وبالرجوع إلى موقف الفقه والقضاء المغربيين بخصوص هذه المسألة، فإن جل الأبحاث التي تناولت مرحلة ما قبل التعاقد لم تتطرق إلى هذه المرحلة بنوع من التدقيق والتفصيل، وبالنتيجة فإن طبيعة المسؤولية الناشئة عن التفاوض على العقود ستظل مبهمة وغير محددة، ما انعكس على توجه القضاء وعلى توجه التشريع، الذي لم يتطرق أصلا لمرحلة المفاوضات ككل، فظلت تعاني من فراغ تشريعي رغم أهميتها العملية وضرورتها كمرحلة مهمة من مراحل العملية التعاقدية.

نتيجة القول، إن المفاوضات حسب أنصار نظرية المسؤولية التقصيرية، تظل مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مرتبة التصرف القانوني، متجاهلين بذلك مجموع الاتفاقات والعقود التمهيدية التي تتخلل هذه المرحلة، خاصة أن التوجه العام للفقه التقليدي كان يستند فقط على مجرد نظريات لم تخلص بنتائج حاسمة، تباينت ما بين نظرية الخطأ عند التعاقد، ونظرية الوكالة، ونظرية تحمل التبعية العقدية، ثم

نظرية الفضالة، ولم تتوقف النظريات الفقهية التي حاولت تأسيس المسؤولية في مرحلة المفاوضات على أساس عقدي أو تقصيري،

الخاتمة

تعتبر المسؤولية المدنية الناتجة عن التفاوض على العقد، آلية قانونية تهدف إلى تقوية مرحلة المفاوضات، والتأكيد عليها كمرحلة أساسية من مراحل العقد، تلعب دوراً أساسياً في تحديد التزامات وحقوق أطراف الرابطة التعاقدية، فإذا كان ينظر إلى العقد على أن نطاقه ينحصر فقط في مرحلة الإبرام والتنفيذ، فهذا هذه الوضعية لن تخلق العدالة التعاقدية، لذلك تعتبر المفاوضات الحل الفعال لخلق محيط تعقدي تسيطر عليه المساواة والتعاون بين طرفيه، وما دامت المفاوضات تسعى إلى تخليق العقد، فيشترط فيها أن تكون مرحلة محمية قانوناً، ولن يتأتى ذلك إلا بإخضاعها للمسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية، لوضع نوع من الرقابة على سلوك المتفاوضين، وتأطير تصرفاته بقواعد تسعى إلى جبر الضرر عن السلوك الخاطئ المرتكب خلال مرحلة المفاوضات.

وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات.

أولاً: النتائج

- إن محور تحديد طبيعة المسؤولية المدنية الناتجة أثناء التفاوض على العقد، هو وجود أو غياب اتفاق التفاوض، فتكون المسؤولية قبل التعاقدية عقدية، إذا كانت المفاوضات تخضع في تسييرها لعقد التفاوض، وتصبح تقصيرية عندما تكون مفاوضات حرة.

- إن مختلف النظريات الفقهية التي حاولت تحديد طبيعة المسؤولية المدنية الناتجة عن التفاوض على العقد لم تسلم من النقد، على فكرة أنها أسستها لطبيعة المسؤولية على مجرد افتراضات تخلوا من الحقيقة.

- إن المسؤولية العقدية هي الأقرب للتطبيق على المسؤولية المدنية الناتجة عن التفاوض على العقد، لسهولة إثبات الخطأ العقدي، عكس المسؤولية التقصيرية التي تتطلب إثبات الخطأ.

ثانياً: الاقتراحات

- ضرورة تنظيم مرحلة المفاوضات التعاقدية، والتأكيد على دور المسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات كآلية تسعى إلى تكريس الحماية القانونية للمتفاوضين خلال مرحلة المفاوضات، واعتبار هذه المرحلة جزء من مراحل العقد.

- إن الفقه القانوني مدعوا للاهتمام بمرحلة المفاوضات، والمسؤولية المدنية الناتجة عنها، مع بدل محاولات جادة لتحديد طبيعتها القانونية بصورة مبيّنة.

- يتعين على القضاء عند النظر في المنازعات المرتبطة بالعقود، أن يسلط الضوء على مرحلة المفاوضات، ويعطيها وجود قانوني على غرار مرحلة الإبرام والتنفيذ.

- لا بد من تحديد دقيق لطبيعة المسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات؛ لأن الاجتهاد الفقهي والقضائي لم يتوافق على كلمة موحدة، وظلت هذه المسؤولية تتجاذبها آراء فقهية مختلفة لم تخلص بنتيجة واحدة موحدة تحدد لنا طبيعة هذه المسؤولية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

- أحمد الدراري، حسن النية في مرحلة تكوين العقد، دراسة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، مطبعة الاقتصاد 2018،
- أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1963،
- أحمد عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي أبو العباس تقي الدين ابن تيمّة، مجموعة فتاوي شيخ الإسلام أحمد ابن تيمّة، الجزء الثالث، مطبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف 2004،
- البيه محسن عبد الحميد، القيمة القانونية لمستندات ما قبل التعاقد، جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون مصر، المجلة 18 العدد2، أبريل/ نيسان، 2018،
- حسن عبد الباسط جمعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1998.
- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف 1998،

- رجب كريم عب اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000،
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام-، منشورات الحلبي الحقوقية، 1995.
- عبد العزيز المرسي، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، دار النهضة العربية مصر الطبعة الأولى 2005،
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مطبعة دار الأمان الرباط، الطبعة الثالثة 2014،
- عبد المجيد تيجاني، المسؤولية المدنية الناتجة عن التفاوض في العقود الإلكترونية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2012-2013.
- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية 1995،
- محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الأولى 2016،
- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية واتفاقات رفع وتخفيف المسؤولية والشرط الجزائي والتأمين من المسؤولية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1990.
- مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح مدخل إستراتيجي سلوكي، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع 2011.
- نزيه محمد الصادق المهدي، التفاوض الناجح، الدار الجامعية الإسكندرية 2005، - محمد حسام محمود
- هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانون المصري والانجليزي، مجلة الأحكام، المجلد الرابع 1996،
- وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، كلية القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2008-2009 .

ثانياً: باللغات الأجنبية

- Bitan. H, Doit des contrats informatiques et pratique expertale, wolters Kluwer France, 2007.
- Carbonnier. J, Droit civil tome II, les biens les obligations, P.U.F 21^{eme} édition 2002.

- **Delebecque. Ph. Frédéric-Jérôme.** P, Droit des obligations responsabilité civil délit et quasi-délit, lexisNexis édition 2016..
- **Fontaine. M,** Droit des contrats internationaux analyse et rédaction de clauses, R.I.D.C 1990.
- **Ghestin. J,** La formation du contrat, 4^{ème} éd, tome 1, L.G.D.J 2013
- **Ghestin. J,** La responsabilité délictuelle pour rupture abusive de pourparlers, semaine juridique, J.C.P édition générale 2007.
- **Hislenrad,** Des obligations qui peuvent nature au cours de la préparation d'un contrat, thèse, paris 1932.
- **Huet. J,** Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation des deux ordres de responsabilité, thèse paris 2, 1978.
- **Jhering,** De la culpa in contrahendo, des dommages intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites 1860 œuvres choisies T. II trad o de Malinacre paris 1893.
- **Mazeaud. D,** La période précontractuelle en droits positif et prospectif, français européen et international, comparaison dans deshayes oliviers, l'avant contrats actualité du processus de formation de contrats, collection CEPRISCA 2008.
- **Riske. O,** Le processus D'uniformisation du droit privé européen et la responsabilité précontractuelle, thèse université de Neuchâtel, Faculté de droit 2009.
- **Roubier. P,** Essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse Lyon 1911.
- **Saileilles. R,** De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude de nouvelle sur la matière, R.T.D.civ 1907.
- **Scheurl. Beiträge,** vertragsabschluss, unter, abwesenden dans Jahrbuch. Fuer dogmatik II 1858.
- **Schlesinger. R,** Formation of contracts A Study of the somnon core of legel systems t.1, gen Rep 1968.
- **Schmidt. J,** La période précontractuelle en droit français, R.I.D.C vol 42 N°2, 1990 .
- **Schmidt. J,** La sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.civ 1974.
- **Schmidt. J,** Négociation et conclusion de contrats, Dalloz Paris 1982
- **Schmidt. J,** Responsabilité précontractuelle et naissance de concessions, J.C.P 1983.
- **Spencer. J,** Call for à comimon law culpa in contrahendo, counterpart Univ of san Francisco Law Review Vol 15, 1980.
- **Von-Mehren. T,** General view of contract in international encyclopaedia of comparative law vol 7, 1982.
- Windscheid, Wille and willenserklärung Archiv, 1 fur die sivilistischen praxis, 63 N. F XIII 1880.

الهوامش

¹ - محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الأولى 2016، ص 62.

- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية 1995، ص 86.
- De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude de nouvelle sur la -, R. Saleilles matière, R.T.D.civ 1907, p 697.
- J. Schmidt. Responsabilité précontractuelle et naissance de concessions, J.C.P 1983, p 13.
- O. Riske, Le processus D'uniformisation du droit privé européen et la responsabilité précontractuelle, thèse université de Neuchâtel, Faculté de droit 2009, p 58.
- 2 - يعتبر قانون الموجبات والعقود اللبناني من القوانين العربية التي تطرقت إلى المسؤولية قبل التعاقدية ومنحتها وجود قانوني، وذلك من خلال الفقرة الأولى من الجزء الثاني من الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الثاني المعنون ب " في مصادر الموجبات وشروط صحتها "، في المواد من 178 إلى 185 تحت عنوان المدة السابقة للتعاقد وإنشاء العقد.
- 3 - وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، كلية القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2008-2009 ص 115.
- 4 - عبد المجيد تيجاني، المسؤولية المدنية الناتجة عن التفاوض في العقود الإلكترونية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2012-2013 ص 114.
- 5 - تبعا لمبدأ سلطان الإرادة فإنه يمكن للأطراف المتفاوضة الانسحاب من المفاوضات إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد وحرية التفاوض، غير أن هذه الحرية لا يمكن اعتبارها مطلقة غير مقيدة، بل يتعين أن تحترم القواعد المتعلقة بالنظام العام ومراعاة ما تقتضي به الأعراف والعادات السائدة، ثم احترام قاعدة حسن النية، وتبعاً لذلك فإن كل انسحاب خاطئ من المفاوضات ترتب عنه ضرر، كان خطأ المتفاوض سبباً مباشراً له، فإن المتفاوض المرتكب للخطأ يتحمل تبعات سلوكه.
- ينظر، حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف 1998، ص 176.
- 6 - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، مطبعة دار الأمان الرباط، الطبعة الثالثة 2014، ص 35.
- 7 - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، م.س، ص 34.
- 8 - لم يكن الفقه يميز بين المسؤولية عن قطع المفاوضات والمسؤولية عن بطلان العقد، وإنما كان يخلط بينهما ويخضعهما لقواعد قانونية واحدة، فقد كان يتحدث عن المسؤولية قبل التعاقدية بصفة دون تمييز.
- Voir, P, Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse de doctorat sciences juridiques université de Lyon, 1911, p 200.
- 9 - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام-، منشورات الحلبي الحقوقية، 1995، ص 667.
- ينظر، محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخبرة، بحث الالتزام بالسلامة في جميع العقود، الجزء لأول، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1978، ص 119.
- 10 51. R.T.D.civ 1974, N°7, p, - J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle
- 11 - رجب كريم عب الله، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 203.
- 12 - لقد كانت نصوص القانون الروماني التي استند عليها ابهرنج تجيز للمتعاقد في العقد الباطل الرجوع على من تعاقد معه بمقتضى دعوى العقد ذاته، وهذه النصوص خاصة بعقد البيع الذي يكون باطلا بسبب عدم توافر شروط المحل؛ كأن يكون المبيع مما لا يجوز التعامل فيه أو كان معدوماً، وتقتضي هذه النصوص بأن يكون للمشتري في هذه الحالة الحق في الرجوع على البائع بنفس دعوى البيع ليطلبه

بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده بصحة البيع، اعتقاداً يؤيده الظاهر سواء كان البائع عالماً بسبب البطلان أو غير عالم به.

- ينظر، رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، م س، ص 203.

- وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، م س، ص 119.

- عبد المجيد تيجاني، المسؤولية المدنية عن التفاوض في العقود الإلكترونية، م س، ص 120.

13 - بيبر "ايهرنج" ذلك بقوله إن دعوى المسؤولية هذه لا يمكن أن تقع في دائرة العلاقات غير العقدية، رغم أن بطلان العقد يقتضي إلقاءها في هذه الدائرة؛ لأن هذه الدعوى حينئذ إما أن تؤسس على التدليس أو على القانون، ولكن لا يمكن اعتبارها دعوى تدليس لأنها ترتب آثارها في مواجهة المدعي عليه ولو كان حسن النية، إذ أن الضرر الذي يطلب التعويض عنه لا يستجمع الشروط المقررة في قانون أكويلا، لذلك فليس هناك خيار قانوني آخر غير اعتبارها دعوى عقدية؛ لأن الخطأ الذي تقوم على أساسه هذه الدعوى إذا كان عاجزاً عن ترتيب أي أثر قانوني في دائرة العلاقات غير العقدية، فإن إحداثه لهذا الأثر في دائرة العلاقات العقدية الناشئة ظاهرياً يبدو ضرورة يفرضها العدل.

De la culpa in contrahendo, des dommages intérêts dans les conventions nulles ou ,V, Jhering

33. restées imparfaites 1860 œuvres choisies T. II trad o de Malinacre paris 1893, p

25. art. cit, p, La sanction de la faute précontractuelle. Schmidt,- J 14

713 - لقد تعرضت نظرية الخطأ عند إبرام العقد القائمة على وجود عقد ضمني للنقد، ذلك أن فكرة الاتفاق الضمني الذي يخلق موجب حسن التصرف هو من باب الوهم، فهو غير موجود في الواقع ولم يفكر فيه المتعاقدان مطلقاً، فلا يمكن أن ننسب للأطراف المتفاوضة عقداً لم يتفقوا على إبرامه ولم يخضعوا لآثاره، كما أن نظرية ايهرنج استندت على نصوص القانون الروماني الذي لم يكن يعرف مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية يمكن تطبيقه على الأخطاء التي تقع من المتعاقد عند إبرام العقد فتؤدي إلى بطلانه، كما أقام التعويض على أساس المصلحة الإيجابية والمصلحة السلبية، إذ يمكن للمشتري الذي تضرر من بطلان البيع في الرجوع على البائع عن طريق دعوى العقد نفسه رغم بطلانه.

- ينظر، محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، م س، ص 38.

semaine ,J. Ghestin, La responsabilité délictuelle pour rupture abusive de pourparlers

155. P édition générale 2007, N°20-21, p.C.J juridique,

La période précontractuelle en droits positif et prospectif, français européen et , Mazeaud.D

l'avant contrats actualité du processus de , comparaison dans deshayes oliviers,international

13. collection CEPRISCA 2008, p,formation de contrats

2002, p 20. P.U.F 21^eédition, les biens les obligations, Droit civil tome II,- J. Carbonnier 16

Frédéric- Jérôme, Droit des obligations responsabilité civil délit et quasi-. P, Delebecque.- Ph

76. délit, lexisNexis édition 2016, p

17 - إن بدل اليقظة العقدية أمر مطلوب في العلاقات التعاقدية التي في طور التكوين مثلما هو مطلوب في العلاقات العقدية القائمة بالفعل، وعدم مراعاة هذه اليقظة تنشئ دعوى عقدية بالتعويض.

- ينظر، محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، م س، ص 38.

vertragsabschluss, unter, abwesenden dans Jahrbuch. Fuer dogmatik Beiträge,- Scheurl 18

248. II 1858, p

L'article 1999 du code civil français dispose que :- 19

que celui-ci a faits pour ,Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais

lorsqu'il en été promis- s'il n'y aucune faute ,l'exécution du mandat et lui payer ses salaires

le mandat ne peut se dispenser de faire ces remboursement et ,imputable au mandataire

lors même que l'affaire n'aurait pas réussi- ni faire réduire le montant des frais et ,paiement

avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.

- تنص المادة 710 من القانون المدني المصري على ما يلي:

"على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شؤون الوكالة وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك".

ينص الفصل 913 من ظ.ل.ع على ما يلي:

"على الموكل أن يمد الوكيل بالنقود وغيرها مما يلزم لتنفيذ الوكالة، ما لم يقض العرف أو الاتفاق بخلافه".

20 - لقد ضرب "شورل" مثلاً بذلك بأن صاحب فندق، تلقى عرضاً بحجز غرفة لعميل معين فقام بتنفيذ ذلك، مما اضطره إلى رفض طلب عميل آخر أراد شغل الغرفة في هذا اليوم، ولكن صاحب الفندق سحب عرضه في آخر لحظة، ففي هذه الحالة يستطيع صاحب الفندق باعتباره وكيلاً عن صاحب العرض أن يرجع على هذا الأخير بدعوى الوكالة لتعويض خسارته، وينطبق نفس الحكم بالنسبة للشخص الذي دخل في مفاوضات مع مقول من أجل تنفيذ مشروع معين وطلب منه إعداد التصميمات والمقاسات اللازمة، بعد ذلك منعه من تنفيذ هذا المشروع، فإن المقول بإمكانه وفقاً لرأي شورل أن يطالب صاحب المشروع عن طريق دعوى الوكالة برد النفقات التي تحملها في سبيل إعداد هذه التصميمات.

- ينظر، رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، م س، ص 231.

21 - لقد لعبت هذه النظرية دوراً كبيراً من خلال ابتكار حل سهل للمسؤولية في مرحلة المفاوضات بافتراض وجود عقد وكالة بين المتفاوضين، بل إن مجموعة من التشريعات قد تأثرت بمضمون هذه النظرية وصاغت نصوصها القانونية على ضوءها.

Roubier, Essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse Lyon 1911, p 64.- Voir, P

Roubier, essai sur la responsabilité précontractuelle, thèse précité, p 64.- P- 22

23 - ينص الفصل 883 من ظ.ل.ع على ما يلي:

"تتم الوكالة بتراضي الطرفين. ويسوغ أن يكون رضى الموكل صريحاً أو ضمناً، مع استثناء الحالات التي يتطلب القانون فيها شكلاً خاصاً. كما أنه يسوغ أن يأتي قبول الوكيل ضمناً، وأن يستنتج من تنفيذه ما وكل فيه مع استثناء الحالات التي يتطلب القانون فيها قبولاً صريحاً".

24 - l'article 1985 du code civil français dispose que :

il peut aussi donné, Le mandat peut donné par acte sous seing privé même par lettre verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçu que conformément au titre, des contrats ou des obligations conventionnelles. En général l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donné par le mandataire .

25 - ينص الفصل 879 من ظ.ل.ع على ما يلي:

"الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصاً آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه، ويسوغ إعطاء الوكالة أيضاً لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير، بل ولمصلحة الغير وحده".

26 - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، م س، ص 2.

27 - لقد عرف الفقه الإسلامي ضمان العقد بمفهوم يقترب من مفهوم المسؤولية العقدية في التفكير القانوني، فالفقهاء المسلمين قد اعترفوا بالعقد كمصدر للالتزام وقالوا أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، وأنهم تناولوا أحكام الامتناع عن تنفيذ العقد وأخطاء المتعاقدين بتفصيل بالغ، وقضوا بتعويض الأضرار الناشئة عن هذه الأخطاء إعمالاً لأصول الشريعة وقواعدها

القاضية برفع الضرر، ومن ثم فإنه في رحاب الشريعة الإسلامية وحرية الأفراد في إنشاء ما يشاءون من عقود بما تضمنه من شروط وآثار، فإنه بالإمكان نشوء مسؤولية عقدية من قبل المتفاوض الذي أخل في تنفيذ ما تضمنه الاتفاق التفاوضي المبرم مع الطرف الآخر من التزامات أو منهيات محددة ودون عذر

مشروع يبرره، مصداقاً لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود، (الآية 1 من سورة المائدة) وقوله تعالى: "إن العهد كان مسؤولاً" (الآية 34 من سورة الإسراء)، مما يقتضي اعتبار الامتناع عن تنفيذ العقد والوفاء به من قبل التعدي الموجب لضمان الضرر الناشئ عنه، لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم

في الحديث الذي رواه أبو هريرة: "المسلمون عند شروطهم".

- ينظر، أحمد عبد الحليم بن عبد السلام ابن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي أبو العباس تقي الدين ابن تيمية، مجموعة فتاوي شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، الجزء الثالث، مطبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف 2004، ص 239.
- ²⁸ - رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، م س، ص 261.
- ²⁹ - البية محسن عبد الحميد، القيمة القانونية لمستندات ما قبل التعاقد، جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون مصر، المجلة 18 العدد2، أبريل/ نيسان، 2018، ص 1178.
- عبد العزيز المرسي، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقد، دار النهضة العربية مصر الطبعة الأولى 2005، ص 67.
- ³⁰ - Cass.Civ 18 février 1984, J.C.P 1984, p 21.
- ³¹ - يعتبر عقد التفاوض اتفاق بين شخصين أو أكثر يلتزم بمقتضاه كل منهما اتجاه الآخر بالتفاوض على عقد معين من أجل التوصل إلى إبرامه، وجدير بالذكر أن مرحلة المفاوضات تعتبر مرحلة جد مهمة في مراحل إبرام العقد، لكن هذه الأهمية تبقى مجردة من أي أثر ما لم يتم التنصيب عليها واعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد، وتنظيمها بقواعد أمره، فهذا الفراغ التشريعي جعلها مرحلة تبقى خاضعة فقط لإرادات الأطراف وحرية المفاوضات، مما فتح الباب للفقهاء بالبحث في طبيعتها القانونية، والذي يعتبرها إما مجرد عمل مادي متى كانت خاضعة لسلطان الإرادة وحرية المفاوضات، وإما عمل قانوني، خاصة إذا أبرم طرفا التفاوض عقدا للتفاوض أو عقد تمهيديا آخر يعملان بموجبه على تحديد مجموعة من الالتزامات التي يتعين عليهما إجراء المفاوضات وفقها، وبالتالي تصبح بذلك تصرف قانوني أساسه ذلك العقد التمهيدي أو الابتدائي أو حتى الاتفاقات التمهيدي التي بموجبها انطلقت المفاوضات وأخذت في مناقشة بنود العقد، فيترتب عن الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية التي تتخذ من هذه الاتفاقات أساسا لها.
- ينظر، رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، م س، ص 304.
- ³² - L'article 1101 du code civil français dispose que :-
Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.
- ³³ - Dalloz Paris 1982, p 201., Négociation et conclusion de contrats, Schmidt.- J³³
- ³⁴ - أحمد الداراري، حسن النية في مرحلة تكوين العقد، دراسة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، مطبعة الاقتصاد 2018، ص 159.
- ³⁵ - la responsabilité consécutive à l'inexécution de l'accord de négociation peut difficilement conduire à envisager une réparation en nature, consistant dans l'exécution forcée de qu'un peintre à l'obligation, on ne saurait davantage contraindre une partie à négocier exécuter le tableau permis encore qu'une condamnation à négocier sous astreinte soit qu'en une , la violation de l'obligation de négocier ne peut dès lors se résoudre, possible allocation de dommages intérêts au partenaire qui a subi un préjudice consistant; par exemple bien que la jurisprudence ne soit pas , dans l'engagement de frais en vue de la négociation Elle se prononce clairement en faveur du .abondante sur le règlement de ce problème caractère contractuel de la responsabilité et de l'application consécutive de l'article 1150 du aller au – , limitant le réparation au préjudice prévisible le juge ne peut en revanche, code civil l'accord qui n'a pas en , delà et substituer sa volonté à celle des parties construisant lui-même que si à , lieu l'accord de négociation ne peut donc conduire à la conclusion du contrat définitif cet égard améliorée s'il bénéficier d'un droit de préférence à la négociation.
- s. 207 et p cit., J. Schmidt, Négociation et conclusion de contrats, op.,- Voir
- ³⁶ - Cass.Com 27 avril 1968, bill. Civ IV n°141, p 124.
- C.A paris 7 janvier 2000 cité par H. Bitan, Doit des contrats informatiques et pratique expertale, wolters Kluwer France, 2007, p 28.
- ³⁷ - تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة بولي فال Poleval، أعلنت عن طريقة لتحضير دواء معين وفي عام 1987 قدمت نموذجا تمهيديا لطريقة تحضير الدواء لشركة ساندوز Sandoz، والتي أخطرت

بدورها الشركة الأم في سويسرا Sandoz suisse. وفي 28 نوفمبر 1987 تم عقد اجتماع في مدينة بال السويسرية على إثره أخطرت شركة ساندوز السويسرية شركة بولي فال عن رغبتها في حدوث تعاون معها إذا توافرت شروط معينة، وبصفة خاصة شروط فنية ومالية تتعلق بنفقات المنتج، وشرعت شركة بولي فال في إعداد دراسات تتعلق بصناعة آلة الدواء، وشرعت شركة ساندوز من جانبها في القيام بدراسات تتعلق بإمكانية تنفيذ المشروع من الناحية التجارية والصناعية.

وفي عام 1989 أعلنت شركة ساندوز من جديد بالكتابة لشركة بولي فال عن صلاحية طريقة تحضير الدواء، ورغبتها في إبرام عقد مع تحفظات معينة قابلة للتعديل من جانبها، وأرسلت إليها مشروع هذا العقد، وقد أجابت شركة بولي فال بموافقتها المبدئية على هذا العقد.

وبعد حدوث اجتماع آخر في 1989/8/2 بعد تبادل لمشروع العقد حدث أن شركة ساندوز في 1989/12/19 قامت بإخبار شركة بولي فال، بأنها لن تتابع مشروع استغلال طريقة تحضير الدواء، وبالرغم من عدة اجتماعات إلا أن المفاوضات توقفت نهائياً عام 1989، قامت على إثر ذلك شركة بولي فال برفع دعوى على الشركتين وطالبتهم بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها استناداً إلى:

- عدم تنفيذ العقد المبرم بينهما أساساً، واحتياطياً الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية عن الإنهاء التعسفي للمفاوضات.

فقضت محكمة الاستئناف بفرساي بأن الأطراف كانت لديهم النية في إجراء تنظيم تعاقدية للمفاوضات، ولاسيما إزاء مشروعات العقود ويترتب على ذلك وجود التزام تعاقدية، كما أن مسلك شركة ساندوز تسبب في وجود هذا الالتزام، وبسبب افتقاد الأمانة في التعامل من قبل شركة ساندوز ولاسيما وأن تخليها عن مشروع العقد يرجع لأسباب داخلية تتعلق بها وليس لهذا الرجوع أي صلة بطبيعة المنتج، وقد ثبت أن شركة ساندوز قد أعلنت للشركة الأخرى عن صلاحية الدواء، وقد تترتب عن هذا المسلك حدوث أضرار بالغة لشركة بولي فال، ومن ثم يجب تعويض هذه الأضرار، فقضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض بوجود مسؤولية عقدية رغم عدم توقيع العقد لأن المفاوضات استمرت مدة غير يسيرة.

1999, p 579. P.C. Cass.Com 7avril 1998, N 95-20-361 J-

38 - تنعقد المسؤولية العقدية للمفاوض كلما أمكن إثبات وجود عقد بين الأطراف، إما لتنظيم عملية التفاوض وإما لرصد النقاط التي تم حسمها بالفعل تفاوضياً، فإذا كان هناك اتفاقاً ينظم عملية التفاوض انعقدت مسؤولية المفاوض دون جدال على أساس هذا الاتفاق وكانت المسؤولية عقدية، أما إذا لم يكن هناك اتفاق على التفاوض بل مفاوضات حررت خلالها مستندات أو أبرمت أثناء سيرها، فإن القاضي يلتزم بالرجوع إليها كلما وجد هناك ضرورة لذلك لتقرير الطبيعة العقدية للمسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات.

- ينظر، محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، م س، ص 68.

39 - تنص المادة 215 من القانون المدني المصري على ما يلي

"إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا بد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

40 - نقض مدني مصري في 18 من يناير 1975، مجموعة المكتب الفني س 26 رقم 43، ص 183.

41 -B. Windscheid, Wille and willenserklärung Archiv, 1 für die sivilistischen praxis, 63 N. F. 72 XIII 1880, p

- ينظر شرح هذه النظرية باللغة العربية

- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية في الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية واتفاقات رفع وتخفيف المسؤولية والشرط الجزائي والتأمين من المسؤولية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1990، ص 132.

- نزيه محمد الصادق المهدي، التفاوض الناجح، الدار الجامعية الإسكندرية 2005، ص 302.

- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، م س، ص 42.

42 - رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، م س، ص 233.

- 43 - وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، م س، ص 146.
- 44 - لقد ذكر التوجيه الأوروبي عدد 85/374 الصادر في 25 يوليو 1985 في حيثيات إصداره، أنه وأخذاً في الاعتبار أن المسؤولية التي لا تقوم على إثبات الخطأ هي وحدها التي تسمح بحل المشكلة بشكل عادل مناسب لظروف وقتنا الراهن، وتطور التقنيات مع إتاحة السبيل أمام توزيع المخاطر الكامنة في المنتجات الحديثة، وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من التوجيه الأوروبي، ونص المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي؛ من أنه تقوم مسؤولية المنتج عن الأضرار الناجمة عن عيوب منتجاته، وبذلك تكون المسؤولية القائمة على إثبات الضرر أيسر للأخذ بها مقابل المسؤولية القائمة على إثبات الخطأ.
- ينظر، حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1998، ص 179.
- 45 - ينص الفصل 85 من ظ.ل.ع على ما يلي:
- "لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بفعله فحسب، لكن يكون مسؤولاً أيضاً عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين هم في عهده.
- الأب فالأم بعد موته، يسألان عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القاصرون الساكنون معهما.
- المخدومون ومن يكفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم وأمورهم في أداء الوظائف التي شغلوه فيها.
- أرباب الحرف يسألون عن الضرر الحاصل من متعلميهم خلال الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم. وتقوم المسؤولية المشار إليها أعلاه، إلا إذا أثبت الأب أو الأم وأرباب الحرف أنهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي أدى إليها.
- الأب والأم وغيرهما من الأقارب أو الأزواج يسألون عن الأضرار التي يحدثها المجانين وغيرهم من مختلي العقل، إذا كانوا يسكنون معهم، ولو كانوا بالغين سن الرشد. وتلزمهم هذه المسؤولية ما لم يثبتوا:
- 1 - أنهم باشروا كل الرقابة الضرورية على هؤلاء الأشخاص؛
 - 2 - أو أنهم كانوا يجهلون خطورة مرض المجنون؛
 - 3 - أو أن الحادثة قد وقعت بخطأ المتضرر.
- ويطبق نفس الحكم على من يتحمل بمقتضى عقد رعاية هؤلاء الأشخاص أو رقابتهم".
- 46 - رغم ما للتفاوض من مزايا كبيرة خاصة بعد ظهور عدد كبير من العقود الدولية والمحلية التي تتطلب قبل إبرامها مراعاة مرحلة المفاوضات لتحديد شروط وعناصر العقد المزمع إبرامه، وإزالة الغموض الذي يطغى على العقد ككل وذلك حتى يتم إبرام العقد على أساس سليم قوامه التفاوض والمساومة ومناقشة بنود العقد وشروطه، مما يضمن حسن تنفيذه ويحقق النجاح والاستقرار في المستقبل، لذلك إذا علم الشخص الراغب في التفاوض أنه بمجرد مبادرته بالدعوة إلى التفاوض يتحمل كل النتائج الضارة المترتبة عن فشله، حتى ولو لم يخطئ أو يكون سيء النية فلن يفكر في التفاوض ما دام أنه سيتحمل تبعه نشاطه العقدي ويكون مسؤولاً على أساس تحمل التبعة.
- 47 - يتعين على كل طرف أن يلتزم بمراعاة حسن النية حتى ولو لم يتم إبرام العقد المتفاوض عليه؛ لأن فشل المفاوضات امر وارد، ففي الغالب قد تصل المفاوضات إلى طريق مسدود وذلك بسبب تشبث أحد الأطراف بموقفه ورفض تقديم أي تنازلات، أو قد تصل إلى مرحلة الجمود فليس كل تفاوض توج بإبرام العقد النهائي، بل تبقى خاضعة هذه المرحلة لعنصر الاحتمال.
- ينظر، مصطفى محمود أبو بكر، التفاوض الناجح مدخل إستراتيجي سلوكي، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع 2011.
- 48 - Thon Die Hafspflicht, Des offerenten bei wiederruf seiner offerte dans Archiv. Fuer die 93. zivilistische praxix T 80, 1893, p
- انظر في عرض هذه النظرية باللغة الفرنسية
- Des obligations qui peuvent nature au cours de la préparation d'un contrat, , Hislenrad.A 79. thèse, paris 1932, p
- 49 - رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، م س، ص 240.

- 50 - أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد مصادر الالتزام، دار النهضة العربية 1963، ص 412.
- 51 - ينص الفصل 949 من ظ.ل.ع على ما يلي:
"إذا باشر الفُضولي العمل في مصلحة صاحبه وعلى وجه ينفعه، كسب هذا الأخير كل الحقوق وتحمل مباشرة بكل الالتزامات التي تعاقد الفُضولي عليها لحسابه ويجب عليه أن يبرئ الفُضولي من كل العواقب المترتبة على مباشرته العمل، وأن يعرضه عن المبالغ التي سبقها وعن المصروفات التي أنفقها والخسائر التي تحملها، وفقا لأحكام الفصل 914.
- وتعتبر مباشرة العمل حسنة، أي ما كانت نتيجته، إذا كان عند إجرائه، مطابقا لقواعد الإدارة الحسنة، وفقا لما تقتضيه ظروف الحال".
- 52 42 N°2, 1990, p R.I.D.C vol,- J. Schmidt, La période précontractuelle en droit français
essai de délimitation des , Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Huet - J.
deux ordres de responsabilité, thèse paris 2, 1978, p 260.
- R, Schlesinger, Formation of contracts A Study of the somnon core of legel systems t.1
18. 1968 gen Rep, p
T, Von-Mehren, General view of contract in international encyclopaedia of comparative law vol 7 1982, chap 1, p 3.
Ghestin, La formation du contract, 4^{eme} éd, tome 1, L.G.D.J 2013, p 295.- J 53
Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, art. cit p 50..J
54 - رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، م س، ص 264.
- وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، م س، ص 171.
R.I.D.C 1990, , Fontaine, Droit des contrats internationaux analyse et rédaction de clauses.-M
1039. p
55 - إن الطبيعة المادية للمفاوضات حسب هذا التيار الفقهي، تجعل من هذه المرحلة مجرد مرحلة غير ذات أهمية والعكس صحيح، فقد أبانت ظروف إبرام العقد والتطور الحاصل في أشكال العقود وكذا النمو المتزايد للتجارة الدولية، إلى بلورة مرحلة المفاوضات كمرحلة حساسة وأساسية من حياة العقد، لذلك فاعتبارها مجرد تصرف مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني يفرغها من محتواها ويجعلها خاضعة لسيطرة إرادة الأطراف، مما يعطل الغاية من وجودها، ثم إن الإقرار بطبيعتها المادية سيجعلها خاضعة للمسؤولية التقصيرية التي إن كانت في نظر بعض الفقه مفيدة للمضرور، لكنها مستعصية من حيث الإثبات؛ أي إثبات الخطأ عكس المسؤولية العقدية التي تعتبر نتيجة حتمية عن عدم تنفيذ العقد.
56 - L'article 1240 du code civil français dispose que :
oblige celui par la faute du , Tout fait quelconque de l'homme qui causé à autrui un dommage quel est arrivé à le réparer.
L'article 1241 du code civil français dispose que :
mais encore par , Chacun est responsable du dommage qu'il causé non seulement par son fait la négligence ou par son imprudence.
R.T.D.civ 1989, p 736.,- Cass.Com 20 mai 1989 57
- Cass.Com 22 février 1994, R.T.D.civ 1994, p 849.
p 45. N°94-21-561 D, Jurisprudence 1998, - Cass.Com 7 janvier 1997,
- Cass.Civ 6 janvier 1995, D, affaires, 1998, p 242.
58 - تتلخص وقائع هذه النازلة في أن شركة "alain manokian" دخلت في مفاوضات مع شركة "stuck" من أجل شراء حصص هذه الأخيرة، مما أسفر عنه الاتفاق على مجموعة من الشروط، وقبل إتمام المفاوضات تفاجئت شركة "manokian" ببيع شركة "stuck" حصصها لشركة "les complices" دون أن تنهي معها المفاوضات، وعلى إثر ذلك طالبت بالتعويض عن القطع التعسفي للمفاوضات، فقضت محكمة الاستئناف بباريس بالحكم على شركة "stuck" بأداء تعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة المتضررة، غير أن شركة "manokian" عاتب على الحكم اقتصراره على حصر

التعويض في مصاريف التفاوض ونفقات الدراسات الأولية دون الحكم لها بالتعويض عن فوات الفرصة، وطعن في فيه بالنقض ملتمسة الحكم أيضا على شركة "les complices" بالتعويض وتحميلها المسؤولية، على اعتبار أنها أقدمت على التعاقد مع شركة "stuck" بالرغم من علمها بالمفاوضات الجارية بين الشركتين، غير أن الغرفة التجارية بمحكمة النقض رفضت ذلك وأيدت القرار فيما قضى به تحمل شركة "stuck" المسؤولية التقصيرية عن نفقات التفاوض ومصاريف الدراسات الأولية.

- Cass.Com 26 novembre 2003, N°00-01-243 et N°00-01-949 Bull civ 2003, IV. N 186, R.T.D.civ 2004, p 80.

- Cass.Civ 28 juin 2006, N°04-20-040 D2006, 2963, obs, Mazeaud R.T.D.civ 2006, p 216. ⁵⁹

- Cass.Com 18 septembre 2012, Bull N°11-19-629, 895, p 51. ⁶⁰

- C.A paris 14 mars 2018, N°15-09-551, p 92.

⁶¹ - على غرار القانون الانجليزي فإن القانون الأمريكي لا يفرض قيودا أو التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة، بل يخولهم مطلق الحرية في التفاوض وذلك حتى لا يحجم الناس عن الدخول في المفاوضات، الأمر الذي يلحق الضرر الجسيم بالتجار والمعاملات، فالمفاوضات في الفكر السائد في القانون الأمريكي تقوم على الاحتمال والمخاطرة، لذلك يجب على كل متفاوض أن يتوخى الحيلة وهو يتفاوض، فإن لحقه ضرر فلا يجوز له الرجوع على من كان سببا في ذلك إلا إذا كان هذا الضرر ناتج عن غش أو تدليس، فالمحاكم الأمريكية تقر بالمسؤولية التقصيرية على أساس ذلك، لكنها لا زالت لم يعتمد قاعدة حسن النية كمحدد رئيسي للمفاوضات.

Spencer, Call for à comimon law culpa in contrahendo, counterpart Univ of san .- Voir, J 1980, p 587., Francisco Law Review Vol 15

⁶² - هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانون المصري والانجليزي، مجلة الأحكام، المجلد الرابع 1996، ص 69.