



جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

(دراسة مقارنة)

بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب

هوفيك نيشان خاجيك بريصيان

إشراف الدكتور

فواز صالح

أستاذ في قسم القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة دمشق

1442هـ/2020م

لجنة الحكم على الرسالة

الدكتور فواز صالح

الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً مشرفاً

الدكتور علي الجاسم

الأستاذ في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً

الدكتور مؤيد زيدان

الأستاذ المساعد في قسم القانون الخاص بكلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً

جاء في الإنجيل المقدس:

((وَلَكِنْ الْآنَ تَمِّمُوا الْعَمَلَ أَيْضًا، حَتَّى إِنَّهُ كَمَا أَنَّ النَّشَاطَ لِلْإِرَادَةِ، كَذَلِكَ يَكُونُ التَّثْمِيمُ أَيْضًا حَسَبَ مَا لَكُمْ))

(رسالة بولس الرسول الثانية إلى أهل كورنثوس 8: 11)

جاء على لسان الحكماء:

"الفرق بين الواقع والحلم هو كلمة (عمل)."

روجر فريتش

"تلك هي متعة العمل.. فلا شيء يجعلنا سعداء سوى أن نرى أنفسنا ننجز شيئاً ذا معنى".

هنري فورد

رجل أعمال، صناعي

"أول العلم الصمت، والثاني الاستماع، والثالث الحفظ، والرابع العمل، والخامس نشره".
الأصمعي

الإهداء والشكر

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى والدي ووالدتي، تعبيراً عن حبّي وامتناني، وسعيي الدائم لأكون أهلاً لبنوتهم.
إلى أختي وأخي العزيزين، تعبيراً عن محبّتي، وسعيي لأكون مصدراً من مصادر فخرهم.
إلى أقرّائي وأصدقائي، تعبيراً عن معرّتي، وتقديري لدعمهم.
إلى أساتذتي في كلية الحقوق، تعبيراً عن تقديري لجهودهم خلال مسيرتي الأكاديمية.
إلى أستاذي الدكتور فواز صالح، تعبيراً عن شكري وامتناني لدوره في إتمام هذا البحث.
إلى زملائي الحقوقيين، وطلاب العلم، تعبيراً عن قناعتني بمشاركة نتائج البحث العلمي.

هوفيك بريسبان

مقدمة:

تعدّ عملية التفاوض مرحلةً جديدةً نسبياً من مراحل التعاقد، فقد اقتضت أهمية وحساسية بعض أنواع العقود خوض الراغبين بالتعاقد بمفاوضات دقيقة ومكلفة يتبادلان خلالها الخطابات والاجتماعات، وبعض الأسرار الصناعية والتجارية، ويوقعان عدداً من المحاضر ومذكرات التفاهم والاتفاقات الجزئية، أملاً بالاتفاق على النقاط الجوهرية كافة وإبرام العقد.

وقد ازدادت أهمية هذه المرحلة بفعل التفاصيل الدقيقة والجوهرية التي ذخرت بها التكنولوجيا والعلاقات التجارية المعاصرة. كما ظهرت الحاجة إلى تنظيمها نتيجةً لحساسيتها، وتسلسل بعض الممارسات غير المشروعة إلى كنفها.

وقد ترافق ذلك بعزوف أغلب التشريعات الوضعية حتى وقتٍ قريبٍ عن تنظيم مرحلة التفاوض، وبقصور بعضها الآخر في تنظيمها، حيث تناولتها أغلب التشريعات من خلال تنظيم آلية الإيجاب والقبول التي تنتهي عادةً بها، في حين تناولتها تشريعات أخرى من خلال تحديد الإطار العام الناظم لها، ومثال على ذلك القانون الفرنسي الجديد للعام 2016، والذي أوجب أن يكون التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بحسن نية، كما تحدث عن أبرز الالتزامات التي تتخلل هذه المرحلة.

وعلى الرغم من تأكيد الفقه، ومن بعده الاجتهاد القضائي، على قيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، إلا أنهم اختلفوا في تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، ومن ثمّ في تحديد أثر قيام هذه المسؤولية ومدى التعويض، ففي حين ذهب بعض الفقهاء إلى الصفة العقدية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، ذهب بعضهم الآخر إلى اكتسائها المسؤولية المدنية في فترة التفاوض برداء المسؤولية التقصيرية، في حين ذهب اتجاه ثالث إلى عدّها مسؤولية مدنية من نوع خاص تسمى المسؤولية بحكم القانون، متسببين تارةً باتساع دائرة المسؤولية خلال مرحلة التفاوض لتلامس مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وبتضييقها تارةً أخرى لتبقى بعيدةً عنه.

وقد تصدرت الاجتهادات القضائية، والفقه المقارن، مع بعض التشريعات الوضعية الحديثة لغموض هذه المرحلة وخطورتها، في محاولة لتوضيح معالمها، وتنظيمها، وتحديد إطارها القانوني بدقة، مثيرين في سبيل ذلك عدة تساؤلات حول هذه المرحلة بأكملها، وحول طبيعتها وطبيعة الالتزامات التي تتخللها، ومن ثمّ نوع المسؤولية المترتبة على الإخلال بها وبأركانها.

إنّ كل ما سبق كائنٌ بالتوازي مع مبدأ حرية التعاقد ذات القدسية في جميع الأنظمة القانونية، وهو ما سنسعى جاهدين للبحث فيه ضمن هذا البحث، وذلك من خلال تحديد المرحلة السابقة على التعاقد، وبيان أهم المبادئ التي تحكم هذه المرحلة، ومن ثمّة البحث في الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، وتحديد أركانها، وصولاً إلى بيان أثر قيام هذه المسؤولية، المتمثلة بدعوى المسؤولية، وعناصر الضرر المشمول بالتعويض.

إشكالية البحث:

تتلخص إشكالية هذا البحث بتناقض فكرة المسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض مع مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد ذات القدسية في مختلف النظم القانونية، فالتوسع بإعمال المسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض سيقوّض مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد، من خلال القول بمسؤولية المتفاوض مدنياً عند رفض التعاقد، وعلى العكس فإن التضييق بإعمال هذه المسؤولية سيتيح المجال أمام بعض الأشخاص لاستغلال مرحلة التفاوض بقصد تحقيق أهداف غير مشروعة أو بقصد الإضرار بالغير، دون مساءلة أو تبعات قانونية، من خلال التذرّع بمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد.

ويزيد من إشكالية هذا البحث التطور الكبير الذي لحق بعض الأنماط التعاقدية، وقصور المفاهيم التقليدية عن استيعابها؛ فاختصار المفاوضات على إيجاب وقبول مطابق في مجلس واحد للعقد، لم يعد يأنّلف والواقع العملي المعاصر، الذي أصبح يستلزم مناقشات ومفاوضات واجتماعات وتوقيع مذكرات واتفاقات جزئية وممهدة، وصولاً إلى توجيه الإيجاب التام، واقتترانه بالقبول المطابق، ومن ثمّ إلى انعقاد العقد.

أهمية البحث:

تنبدى أهمية هذا البحث من خلال تحديد نطاق المسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض ضمن الإطار العام لمبدأ سلطان الإرادة في العقود ولمبدأ حرية التعاقد، فالتحديد الدقيق للالتزامات هذه المرحلة ولحدود المسؤولية الناجمة عن الإخلال بها سيسهم في إعمال هذه المسؤولية جنباً إلى جنب مع مبادئ الحرية التعاقدية، محررةً بذلك المقبل على التفاوض من هواجس المسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض.

كما تتجلى أهمية البحث في هذه المسؤولية في إقبال المتعاقدين على هذه الآليات التعاقدية، وفي اقتترانها بنفقات ومصاريف باهظة، وفي تذرّع بعض ضعاف النفوس بمبدأ سلطان الإرادة بقصد الإضرار بالغير، وبهدف الاطلاع على بعض الأسرار الصناعية والبيانات التجارية القيمة.

لذا فقد كان من الضروري الوقوف على الإطار القانوني لهذه المرحلة، وبيان الالتزامات الناجمة عنها، وتحديد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذه الالتزامات وطبيعتها القانونية، في محاولة لحسم الجدل الدائر حول هذه المسؤولية، وإزالة التباين والاختلاف الذي نجم عن ذلك.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على مرحلة المفاوضات الطويلة والدقيقة التي تسبق إبرام بعض أنواع العقود ذات الأبعاد الاقتصادية والتقنية العالية، بهدف تحديد المفهوم من هذه المرحلة، وتحديد إطارها الزمني، وإزالة الغموض الذي يكتنفها، ويكتنف التزامات المتفاوضين خلالها، وصولاً إلى تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات، وأحكام هذه المسؤولية، وأبرز أنواع الضرر المشمول بالتعويض، كل ما سبق مع مراعاة مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد.

منهج البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج التحليلي، وذلك من خلال الرجوع إلى القوانين والمؤلفات الفقهية والقرارات القضائية التي تناولت المرحلة السابقة على التعاقد، سواء بشكل غير مباشر أثناء الحديث عن العقد كمصدر من مصادر الالتزام، أو بشكل مباشر عند الحديث عن الفترة السابقة على التعاقد. في محاولة لتعريف هذه المرحلة، وتحديد أبرز المبادئ التي تحكمها، وصولاً إلى تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة خلالها، وأحكام هذه المسؤولية وآثارها.

كما اتبعت في هذا البحث المنهج المقارن، وذلك من خلال استعراض القوانين والقرارات القضائية والمؤلفات الفقهية الوطنية التي تحدثت عن المسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض، ومقارنتها مع مثيلاتها في الأنظمة اللاتينية من مصرية ولبنانية وفرنسية، مع إشارة إلى بعض المبادئ القانونية والقرارات القضائية التي تحدثت عن المسؤولية السابقة على التعاقد في الأنظمة الانجلوسكسونية ممثلةً بالنظام القانوني والقضائي الإنجليزي والأمريكي.

خطة البحث:

قسمت بحثي إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول المفهوم من التفاوض، من خلال تعريف مرحلة التفاوض، وتحديد إطارها الزمني، وتحديد المبادئ التي تحكم هذه المرحلة، والالتزامات المتفرعة عنها في مرحلة التفاوض. وفي الفصل الثاني تناولت المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، من خلال تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، وبيان أحكامها، والإشارة إلى أبرز أنواع الضرر المشمول بالتعويض، وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول: مفهوم مرحلة التفاوض.

المبحث الأول: تعريف مرحلة التفاوض.

المبحث الثاني: المبادئ القانونية التي تحكم مرحلة التفاوض.

الفصل الثاني: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض.

المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض.

مستعرضين في نهاية البحث النتائج التي توصلنا إليها، والمقترحات التي تقدمنا بها للمساهمة في معالجة الإشكاليات التي تثيرها مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد والمسؤولية الناجمة عنها.

الفصل الأول

مفهوم مرحلة التفاوض

يعد التفاوض العقدي مفهوماً حديثاً نسبياً على العملية التعاقدية، فقد كان للتطورات الاقتصادية والتقنية الأخيرة دور كبير في إبراز هذه المرحلة، وتحديد دورها في مراحل تكوين العقد. فلم تعد عملية التعاقد مقتصرة -كما كانت سابقاً- على مجرد عملية تبادل لإيجاب وقبول متطابقين تتم في مجلس عقد معين. فقد تسببت وسائل الاتصال في ظهور حالات التعاقد بين الغائبين، كما تسببت التطورات الاقتصادية والتقنية الأخيرة في ظهور فئة من العقود تمتاز بالضخامة والتعقيد، ومثال ذلك عقود نقل التكنولوجيا⁽¹⁾ التي تتطلب الكثير من الوقت والجهد والمال، وتبادل العديد من التعبيرات عن الإرادة بهدف الوصول إلى إبرام العقد وفق الصيغة التي تحقق مصالح الأطراف المتعاقدة.

فمرحلة التفاوض تبدأ عادةً بدعوة يوجهها أحد الأطراف الساعية إلى التعاقد إلى طرف آخر، أو إلى جمهور من المتعاملين من خلال إحدى وسائل الإعلان أو التواصل، بهدف التحضير لقيام اتفاق نهائي حول عناصر العقد المطلوب إبرامه وشروطه⁽²⁾ ومن ثمة نجد أنفسنا نتساءل عن الامتداد الزمني لمرحلة التفاوض، انطلاقاً من الدعوة إلى التفاوض، وما يميزها من باقي صور التعبير عن الإرادة، التي أسهب القانون الوضعي في معالجتها كالإيجاب أو العرض الموجه إلى الجمهور، وانتهاءً بتوجيه الإيجاب واقتترانه بالقبول، والحالات الخاصة التي قد تعترض ذلك من رجوع في الإيجاب، أو سقوطه نتيجة الموت أو فقد الأهلية.

كما يمكننا التساؤل عن المبادئ التي تحكم مرحلة التفاوض، انطلاقاً من مبدأ حسن النية، وآلية تحديده، والقوة القانونية التي يتميز بها، وطبيعته القانونية، وصولاً إلى تحديد أبرز الالتزامات التي تنقزع عن هذا المبدأ، بما فيها التزام الجدية في التفاوض، والاستمرار فيه، وعدم قطعه لأسباب غير مشروعة، والتزام الإدلاء بالمعلومات والاستعلام، والتزام سرية المعلومات، والتزام التعاون، والتزام حماية حياة المتفاوض الآخر وصحته.

وعليه فإننا سندرس في الفصل الأول مفهوم التفاوض من خلال بحثين، يتحدث الأول عن تعريف التفاوض، وتحديد الامتداد الزمني لمرحلة التفاوض، في حين يتحدث المبحث الثاني عن المبادئ التي تحكم مرحلة التفاوض والالتزامات المترتبة على عاتق الأطراف خلالها.

(1) انظر للتفصيل حول هذه العقود: د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون

الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2004، ص 87 وما بعدها.

(2) د. أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2018، ص 21.

المبحث الأول

تعريف مرحلة التفاوض

لم تتطرق أغلب التشريعات المدنية الحديثة لتنظيم مرحلة التفاوض على إبرام العقود، بل اكتفت بتنظيم موضوعات الإيجاب والقبول، وبعض الأنماط التعاقدية المرتبطة بالموضوعات المذكورة،⁽¹⁾ فاسحة المجال بذلك أمام الفقه والاجتهاد القضائي لتحديد المقصود بمرحلة التفاوض أو المرحلة السابقة على التعاقد، وتحديد إطارها الزمني ابتداءً بالدعوة إلى التفاوض، وصولاً إلى تبادل الإيجاب والقبول، والعوارض التي قد تواجه ذلك.

المطلب الأول: المقصود بمرحلة التفاوض:

يقصد بالتفاوض اصطلاحاً⁽²⁾ الطريقة التي يمكن الوصول من خلالها إلى اتفاق بين أطراف معنية، من خلال عناصر دفع وعناصر تعطيل معينة، تتمثل بمجموعة من الخطوات، والفشل في تأدية إحدى هذه الخطوات يكون له نهايات وعواقب غير مرضية.

أما في الفقه القانوني فقد عرّف بعض الفقهاء⁽³⁾ التفاوض أنه: ((قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعونها سويةً أو ينفرد بوضعها أحدهم ليكون كلّ منهم على بينة بما يقدم، وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهم، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهم من حقوق لهم والتزامات عليهم)).

وعرفه بعضهم الآخر⁽⁴⁾ بأنه: ((عبارة عن تبادل في وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه، ومناقشة لها وتعبير عن مواقف من العروض والعروض المتقابلة يتخذها المفاوضون تمهيداً للوصول إلى اتفاق نهائي)).

(1) حال القانون المدني السوري والقانون المدني المصري. انظر: د. فواز صالح، القانون المدني - مصادر

الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، جامعة دمشق، 2010-2011، ص 123.

(2) د. ناجي معلا. التفاوض، الاستراتيجية والأساليب، دار زهران، عمان، الأردن، 1992، ص 5.

(3) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 1 مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول،

نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، وائل للطباعة والنشر، عمان 2002، ص 194.

(4) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، بيروت مؤسسة

الحسون للنشر والتوزيع، تاريخ النشر 2007، ص 160.

ويُعرف أيضاً⁽¹⁾ بأنه: ((سلسلة متواصلة ومتبادلة من التعبير عن الإرادة من قبل طرفيها، يحاولان من خلالها اقتراح صياغة لعناصر العقد المختلفة، تكون ضامنة لمصالحه، وتكون في الوقت نفسه مقبولة من الطرف الآخر)).

في حين يرى قسم من الفقه⁽²⁾ أن المفاوضات هي: ((مناقشات وتبادل وجهات نظر بين طرفين يرغبان في التعاقد، وتكون بناءً على دعوة من أحدهما للآخر للدخول في عملية التفاوض من أجل الوصول إلى إبرام عقد في حال نجاحها)).

وبناءً على كل ما سبق يتبين أن التفاوض بحسب المفهوم القانوني مرحلة سابقة على التعاقد، يتعرف من خلالها المتفاوضون على موضوع العقد وشروطه، وعلى الحقوق والالتزامات الناجمة عنه، بهدف الوصول إلى اتفاق نهائي.

المطلب الثاني: الامتداد الزمني لمرحلة التفاوض:

مرحلة التفاوض كما ذكرنا مرحلة سابقة على التعاقد، تبدأ بالدعوة إلى التفاوض، وتنتهي بتوجيه الإيجاب واقتترانه بالقبول وانعقاد العقد.

الفقرة-1- بداية مرحلة التفاوض:

تبدأ مرحلة التفاوض عادةً بتوجيه أحد الطرفين إلى الطرف الآخر دعوة لمناقشة العقد المرتقب وشروطه، ولكن قد يصعب التفريق بين هذه الدعوة والإيجاب في بعض الحالات. لذلك فقد كان لزاماً علينا التفريق بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب في إطار عقود المساومة، وفي إطار العقود النموذجية.

أولاً- التفريق بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب في إطار عقود المساومة (التفاوض الشامل):

يقصد بعقود المساومة العقود التي تخضع للمناقشة الحرة من حيث إبرامها أو من حيث شروطها، بحيث يشترك المتعاقدان في حرية في صياغة بنودها، كما هو الحال في عقود البيع والمقايضة والقرض⁽³⁾.

وتتميز مرحلة التفاوض في عقود المساومة باحتوائها على العديد من صور التعبير عن الإرادة. منها ما يعدُّ مجرد دعوة إلى التفاوض على عناصر عقد منشود لا تتوفر فيها مقومات الإيجاب، ومنها ما يعدُّ إيجاباً بالمعنى الدقيق على نحو يمكن معه انعقاد العقد بمجرد أن يقترن بقبول مطابق له.

(1) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى

2002، ص30. وأيضاً: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص37-38.

(2) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص123.

(3) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص100.

1- التفريق بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب في الإطار العام:

يعدُّ الإيجاب الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض وانعقاد العقد،⁽¹⁾ ومن ثمَّ ينبغي علينا التفريق بدقة بينه وبين الدعوة إلى التفاوض لما لذلك من أهمية قانونية، بحسبان أن الداعي إلى التفاوض لا يلتزم بإبرام العقد مع من يستجيب لدعوته، بل يلتزم بالتفاوض معه بحسن نية وأمانة، تمهيداً لإبرام العقد الذي ينشده⁽²⁾.

ويعرف الإيجاب قانوناً⁽³⁾ بأنه التعبير الصادر عن المتعاقد والدال على إرادة نهائية وباتة في التعاقد، والمتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد، حيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد⁽⁴⁾. وهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد المطلوب إبرامه⁽⁵⁾.

ومن ثمَّ فإنه يجب أن تتوفر في الإيجاب الشروط المتعلقة بالإرادة لجهة وجودها واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، والتعبير عنها، إلى جانب اشتماله على العناصر الموضوعية التي تجعله صالحاً لأن ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق⁽⁶⁾.

أما الدعوة إلى التفاوض، فهي بحسب بعض الفقهاء⁽⁷⁾ عبارة عن دعوة أو عرض يتم تقديمه من قبل الطرف الراغب في التعاقد إلى شخص معين أو أشخاص غير معينين، تتضمن رغبة جادة من قبله بالدخول في مفاوضات بشأن هذا العقد بقصد الوصول إلى إبرامه، ومن ثمَّ يمكن القول إنها مجرد رغبة في التعاقد تسبق مرحلة الرضا به⁽⁸⁾، كمن يعرض على آخر بيع منزله دون بيان الثمن وشروط

(1) د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، 2010 ص 16.

(2) Malaurie (Ph) et Aynes (L) et Stoffel-Munck(Ph), Les Obligations, Defrénois, Paris, 2^e éd. Geninet (M), La Théorie Générale des Avant-contrats, Thèse, Paris 2, 1985.

(3) يقال عن الإيجاب في الفقه الإسلامي إنه الكلام الأول الصادر عن أحد المتعاقدين وبه يثبت التصرف. د. عدنان إبراهيم سرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان 2011، ص 61.

(4) انظر في تعريف الإيجاب: د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة 1966، ص 104. وأيضاً: عبد الودود يحيى، دروس في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (بدون ذكر للناشر)، 1994، ص 31. وأيضاً: د. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة 2004، ص 54. وأيضاً: د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 153. وانظر أيضاً: نقض مدني 19 يونيو 1969، المجموعة س 20، ص 1017، رقم 159.

(5) د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أحكام العقد، 2007، ص 67.

(6) د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، مطبعة جامعة دمشق، 2006، ص 70-71. وأيضاً: د. ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 192.

(7) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 40-41.

(8) د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 20.

البيع، إنما يدعوه إلى التفاوض معه على البيع، ومن ثمَّ فإنه لا يوجد إيجاب للتعاقد إلا عندما يتضمن اقتراح العارض كل عناصر العقد الأساسية أو الجوهرية اللازمة لتحديد مضمونه، بحيث ينعقد العقد بمجرد اقتران الاقتراح بقبول مطابق⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه⁽²⁾ أن الفارق بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب هو فارق وظيفي، فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هي مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة مجردة في التعاقد، بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، وليس لها وظيفة أخرى في تحقيق التعاقد، كما أن الاستجابة لها لا تشكل القبول الذي ينعقد به الاتفاق. بخلاف الإيجاب الذي يشكل مشروعاً محدد المعالم، قابلاً للتحويل إلى اتفاق بمجرد قبوله من طرف آخر. فالتعبير عن الإرادة لا يعدُّ إيجاباً إلا إذا كان مستجماً للمقومات التي تؤهله للقيام بهذه الوظيفة. وهو ما يتطلب أن يتضمن كافة العناصر التي لا يتصور قيام العقد من دونها، كما يتضمن إرادة باتة وقاطعة في الاتفاق على العقد المنشود.

أ. تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه:

لا يعدُّ التعبير عن الإرادة إيجاباً إلا إذا تضمن تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه تعييناً كافياً، وهذه العناصر هي من حيث الأصل العناصر الموضوعية التي تحدد ماهية العقد وتميزه من غيره من العقود، وهي التي لا يتصور وجود العقد من دونها. ومن ثمَّ فإن كل تعبير عن الرغبة في التعاقد لا يتضمن هذه العناصر لا يعدُّ إيجاباً، وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض تدخل في إطار مرحلة المساومة الأولية التي تسبق الإيجاب⁽³⁾.

وقد استقر الفقه على أن تحديد العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه يتم بموجب معيارين: معيار موضوعي يحدد الصفة الجوهرية بحسب ماهية العقد وطبيعته، ومعيار شخصي يحدد الصفة الجوهرية بحسب إرادة الطرفين⁽⁴⁾.

ويستند المعيار الموضوعي إلى الأركان العامة المحددة لإبرام العقد عموماً، وهي الرضا وما يتبعه من أهلية، والمحل والسبب، إلى جانب الأركان الخاصة بكل عقد من العقود المسماة على حده⁽⁵⁾ وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية برفض انعقاد العقد في حال عدم الاتفاق

(1) Cf. Cass.Com. 03/06/2003, Rev. Cont, 2004,p633,Obs. 249. Mazeaud (D). Mystères et paradoxes de la période pré-contractuelle, Mél, Ghestin (J), 2001, p 637; 06/03/1990, J.C.P , IV, 176 ; Paris, 20/06/1989, D.1989, I.R, 223.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص30.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص34.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص100.

(5) د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة السابقة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، 2-3 يناير

على ركن من أركان البيع حين قررت: ((أن الحكم إذا اكتفى بإثبات توفّر الركنين الأوليين وأغفل الركن الأخير (الثمن) بمقولة إن أمره خارج عن نطاق الدعوى كان قضاؤه مخالفاً للقانون))⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالعقود غير المسمّاة، فإنه يمكن التفريق بين ما يعدّ جوهرياً وما يعدّ غير جوهرى من خلال النظر إلى الغرض الاقتصادي لكل عملية عقدية على حده، بحيث لا يعدّ من العناصر الجوهرية إلا الالتزامات الضرورية المحققة للغرض أو الهدف الاقتصادي من العقد من خلال ما اتفق عليه الطرفان لا من خلال قالب عقدي، أو آخر معروف ومحدد الملامح سلفاً⁽²⁾ كما يمكن أيضاً في إطار هذه العقود اللجوء إلى العرف والعادات السائدة في هذا المجال⁽³⁾.

وبالمقابل يستند المعيار الشخصي في تحديد العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه إلى الإرادة المشتركة للطرفين⁽⁴⁾، فعندما يطرح الطرفان مسألة معينة خلال مرحلة التفاوض، ويعلقان إبرام العقد على تمام حصول اتفاق بشأنها، تعدّ هذه المسألة من المسائل الجوهرية أو الأساسية⁽⁵⁾ التي يتعذر انعقاد العقد بغيابها، حتى لو حدث اتفاق مؤكد على سائر العناصر الجوهرية⁽⁶⁾ وهو ما يعني الارتقاء

1993، ص92. وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة

الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني 1998، ص737.

(1) نقض مدني، 9 ابريل 1949، المجموعة س18، ص344، رقم1. أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص100 في الهامش.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص136 وأيضاً: د. محمد عبد العال، إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، 2005، ص70.

(3) J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3 éd, L. G. D. J, 1993, n° 326, p. 325.

(4) يذهب بعض الفقه في تحديده لعناصر العقد الجوهرية إلى الاعتداد بالإرادة المنفردة لأي من الطرفين، بحسبان أن الإرادة المشتركة لكلا الطرفين لا توجد إلا في حالة انعقاد العقد. إلا أنهم يشترطون للارتقاء بمسألة تفصيلية إلى مستوى المسائل الجوهرية أن تكون معلومة أو من الممكن العلم بها من الطرف الآخر. وهو ما يتحقق بالتعبير الصريح أو يستدل عليه بشكل ضمني من خلال طرحها ومناقشتها والتوقف عن مواصلة المفاوضات عند الاختلاف عليها. انظر: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص94 وما بعدها.

(5) د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص737. وأيضاً: د. يزيد نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجل الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر 2003، ص136.

(6) ينكر بعض الفقه دور المعيار الشخصي في تحديد العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه حيث إن تعليق انعقاد العقد على الاتفاق على مسألة معينة لا يجعل من الأخيرة عنصراً جوهرياً بالمعنى الذي تقصده نصوص التشريع أي وفقاً لطبيعة العقد وماهيته. فالعناصر الجوهرية بحسب نص القانون هي عناصر لازمة لقيام العقد. بخلاف العناصر الجوهرية بتقدير المتعاقدين، والتي يتصور قيام العقد بغيابها (كما بحال ترك هذه العناصر لاتفاق

بمسألة تفصيلية أو غير جوهرية بحسب المعيار الموضوعي إلى مسألة جوهرية بتقدير الأطراف المتفاوضة⁽¹⁾.

ومن الأمثلة على ذلك العقود التي تعدُّ فيها شخصية المتعاقد عنصراً جوهرياً في التعاقد، كما هو الحال في عقود شركات الأشخاص وعقود العمل أو المقاولة، ومن ثمَّ فإنَّ التعبير عن الإرادة في هذه العقود لا يعدُّ إيجاباً، حتى لو تضمن كافة العناصر الموضوعية، إلا في حال توجيهه إلى شخص معين بذاته أو بصفته. وفي حال كان موجهاً إلى الجمهور فإنه يعدُّ مجرد دعوة إلى التفاوض، القصد منها اكتشاف الأشخاص المناسبين للتعاقد مع صاحبها وليس التعاقد الفوري⁽²⁾.

وإن كان الأصل تعيين العناصر الجوهرية للتعاقد بمتن الإيجاب على نحوٍ مباشر، إلا إنه يمكن تعيينها على نحوٍ غير مباشر، كما في حال الاتفاق الصريح أو الضمني على أساس يمكن من تعيين محل الالتزام في المستقبل، بحسب ما نصت عليه المادة (391) من القانون المدني السوري بخصوص جواز الاتفاق على تقدير الثمن على الأساس الذي يحدد بمقتضاه سعر السوق. والمادة (392) من القانون المذكور بخصوص إمكانية الاتفاق على تقدير الثمن على أساس السعر المتداول في التجارة، أو السعر الجاري بين المتعاقدين⁽³⁾.

ب. الإرادة الآنية والباتة على التعاقد:

يضاف إلى العناصر الجوهرية التي يجب أن يتضمنها الإيجاب وجود الإرادة الآنية على التعاقد، وفق الشروط المطروحة في التعبير عن الإرادة، من دون الحاجة إلى قرار إرادي لاحق من الموجب⁽⁴⁾. فإذا تضمن التعبير عن الإرادة صراحةً أو ضمناً - ما يشير إلى عدم كفاية القبول الصادر ممن وجه إليه التعبير لانعقاد العقد، والحاجة إلى موافقة أو تأكيد لاحق من صاحب التعبير، فإن التعبير لا يشكل في هذه الحالات إيجاباً بل مجرد دعوة إلى التفاوض.

ومن الجدير بالذكر أن الإرادة الآنية للتعاقد لا ترتبط بتحديد ميعاد للقبول، فالتعبير عن الإرادة يكون باتاً حتى في حال عدم تحديد ميعاد للقبول، أي كان قابلاً للرجوع عنه من الموجب، ما دام صالحاً لانعقاد العقد في حال اقترانه بالقبول قبل رجوع الموجب عنه، وبناءً على ذلك، فإن توفُّر الإرادة الآنية لا يتوقف على إمكانية التعاقد مع جميع من يوجه إليهم التعبير عن الإرادة، في حال تعددهم،

لاحق). كما أن تمسك أحد المتعاقدين بعنصر من العناصر غير الجوهرية بحسب نص القانون، يجب تفسيره على أنه تحفظ إرادي من جانب الطرف الذي يتمسك به، يمنع من انعقاد العقد النهائي إلا بتحقيق هذا التحفظ أو النزول عنه من صاحبه. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 139 وما بعدها.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 104.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 35.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 94.

(4) د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 37.

وقبولهم جميعاً للعرض الموجه إليهم. فالإرادة الباتة في التعاقد تكون متوقفة في هذه الحالة، إلا أنها تكون مقيدة بحاجة من يصدر عنه التعبير عن الإرادة، بحيث يتم التعاقد مع الموجه إليهم الذين يصدر عنهم القبول الواحد تلو الآخر، حتى استيفاء حاجة صاحب الإيجاب، بحيث يزول أثر الإيجاب بالنسبة إلى من يكون قبوله لاحقاً لاستيفاء هذه الحاجة⁽¹⁾.

مع الإشارة إلى أن استخلاص عناصر الإرادة الجازمة ومقوماتها التي تصاحب التعبير في إحداث الأثر القانوني يدخل ضمن اختصاصات قاضي الموضوع، بحسبان أنها مسألة من مسائل الواقع التي يفصل بها القاضي طبقاً لظروف الحال، وعلى ضوء فهمه لوقائع الدعوى ومستنداتها، من دون أن يكون خاضعاً في قضائه لرقابة محكمة النقض، ما دام استخلاصه لهذه الإرادة سائغاً. مع بقاء سلطة تكييف التعبير عن الإرادة في حال كان إيجاباً أو دعوة إلى التفاوض خاضعاً لرقابة محكمة النقض بحسبان أنها مسألة قانون⁽²⁾.

ويذهب الفقه الإسلامي⁽³⁾، ومعه بعض التشريعات الوضعية⁽⁴⁾، إلى التفريق بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض من خلال الصيغة التي يتم بها صياغة التعبير عن الإرادة، حيث إن صيغة الاستفهام والاستفسار لا تدل عادة على عنصر الجزم أو البت، ومن ثم فهي لا ترقى بالتعبير عن الإرادة إلى

(1) انظر في هذا المعنى: جان لك أوبير، فكرة ودور الإيجاب والقبول في تكوين العقد، مكتبة القانون الخاص، باريس، 1970، بن 39، ص 44 وما بعدها.

(2) د. همام زهران، المرجع السابق، ص 48، ص 48. وانظر كذلك نقض مدني مصري 14 مارس 1979، طعن 669 المجموعة س 30، ص 786، ونقض مدني مصري 16 يناير 1975، طعن 352، 39 ق المجموعة س 26، ص 183.

(3) عني الفقه الإسلامي عناية فائقة بصيغة العقد، حيث يفضل بعض الفقهاء صياغة العقود بصيغة الماضي، بوصفها أوضح في الدلالة وتعبر عن إرادة قاطعة، كان يقول الموجب "بعت" ويقول المشتري "اشتريت" فينقذ العقد. انظر في هذا الشأن: الشيرازي، المذهب، ج 10، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي ((ت 476 هـ))، ((المذهب)) الطبعة الثالثة، عام 1396 هـ - 1976 م، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي، مصر ص 257. وأيضاً: ابن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج 4، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ((ت 620 هـ))، وشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ((ت 682 هـ)) ((المغني ويليهِ الشرح الكبير))، الطبعة الأولى، عام 1404 هـ - 1984 م، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 3 وما بعدها.

(4) انظر المادة (3/91) من القانون المدني الأردني التي تنص على: ((ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال)). وأيضاً: نص المادة (2/77) من القانون المدني العراقي. انظر: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، 2007، ص 53. و د. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والمدني العراقي والمدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الجامعة الأردنية، 1991، ص 171 وما بعدها.

مستوى الإيجاب، بخلاف صيغة الماضي أو المضارع أو الأمر التي تبين عادةً عنصر البت والجزم، ومن ثمَّ الارتقاء بالتعبير عن الإرادة إلى مستوى الإيجاب المساهم في انعقاد العقد⁽¹⁾.

ويضيف بعض الفقه⁽²⁾ أن معيار التفرقة بين الدعوة إلى التفاوض (أي العرض للدخول في مفاوضات أو مباحثات) والإيجاب، يكون أساساً في مدى تحديد عناصر العقد المراد إبرامه. فإذا كانت العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه محددة في العرض الذي يشكل تجسيداً مسبقاً للعقد عُذَّ عرضاً حقيقياً بالتعاقد أو إيجاباً، وإلا فإنه يكون مجرد دعوة للدخول في مفاوضات يمكن الرجوع عنها سواء قبلت أم لم تقبل. وهو ما دفع ببعضهم⁽³⁾ إلى القول بما يأتي:

- لا تعدُّ الدعوة إلى التفاوض إيجاباً، بل مجرد رغبة في التعاقد،⁽⁴⁾ حيث إن وظيفة الدعوة إلى التفاوض تتمثل بالإعلان عن الرغبة في التعاقد على موضوع معين، ومن ثمَّ فإن دورها في عملية التعاقد محصور بإطار التمهيد والتحضير لإبرام العقد المنشود، حتى لو لاقت هذه الدعوة استجابة من قبل الطرف الآخر، لافتقار الدعوة إلى التفاوض لمقومات الإيجاب الموضوعية والإرادية.⁽⁵⁾ بخلاف ما هو عليه الحال بخصوص الإيجاب، حيث إن وظيفته هي صياغة مشروع محدد المعالم، قابل للتحويل إلى اتفاق بمجرد إعلان من يوجه إليه عن القبول⁽⁶⁾.

- تعدُّ الدعوة إلى التفاوض عملاً مادياً غير ملزم،⁽⁷⁾ لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني⁽⁸⁾، وكل ما يدخل في هذا النطاق يعدُّ مجرد تحضير أو تمهيد للتعاقد، لا يرتقي إلى مستوى الإيجاب من

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 63.

(2) د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، في القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 1999، ص 85 و 86.

(3) د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 21.

(4) د. بلحاج العربي، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(5) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 123.

(6) د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 32، د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 47.

(7) يأخذ بعض الفقه على توصيف التفاوض بأنه عمل مادي، بأن الواقعة القانونية هي وضع يرتب عليه القانون أثراً قانونياً معيناً على مجرد وجوده في ذاته. وهي تقسم عادةً إلى وقائع طبيعية غير اختيارية، وإلى وقائع إنسانية اختيارية تقسم بدورها إلى تصرفات قانونية وأعمال مادية، ومن ثمَّ فإن التفرقة بين العمل المادي والتصرف القانوني إنما تقوم على أساس التفريق بين الفعل المادي وبين الإرادة المحضة، فحيث يترتب الأثر القانوني بمجرد الفعل أو العمل المادي بصرف النظر عن وجوده سواء أكان طبيعياً أم اختيارياً، وعن آثاره سواء أكانت مقصودة أم غير مقصودة، فإننا نكون أمام واقعة قانونية. أما حيث يترتب الأثر القانوني من مجرد إرادة تتجه إلى هذا الترتيب فنحن أمام تصرف قانوني. انظر للتفصيل: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 49-53.

(8) نقض مدني مصري. 1967/02/09، م. أن، س 18، ص 334، رقم 52. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 33 في الهامش.

الناحية القانونية⁽¹⁾ بخلاف ما هو عليه الحال بخصوص الإيجاب الذي يترتب عليه قيام العقد في حال اقترن بقبول مطابق. وهو ما يشكل عند بعض الفقه⁽²⁾ وسيلة من وسائل التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، بحسبان أن الأول يؤدي إلى عقد يربط بين الطرفين، في حين لا يؤدي الثاني إلى شيء من هذا القبيل⁽³⁾.

- إن الشخص المكلف بالتفاوض، أو الوسيط في التفاوض، لا يكون نائباً بل مجرد وسيط، لأن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية، ومن هنا فإن السمسار الذي يقوم بالتقريب بين عروض الطرفين في العملية التفاوضية، كي يمهد للتعاقد النهائي، لا يعد نائباً⁽⁴⁾.

- إن وصول المفاوضات إلى مرحلة الإيجاب البات أو الجازم، من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قضاة الموضوع⁽⁵⁾.

- لا يترتب على قطع المفاوضات في المرحلة السابقة لتوجيه الإيجاب نشوء المسؤولية العقدية، لعدم وجود العقد، ولخروجها عن النطاق العقدي أصلاً، إلا في حالة وجود الاتفاق على التفاوض (وهو ما يسمى عقد المفاوضة)، والذي يتضمن كافة الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين في مرحلة المفاوضات⁽⁶⁾.

- غير أنه إذا اقترن قطع المفاوضات بخطأ نتج عنه ضرر للطرف الآخر، فيستحق الأخير تعويضاً عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الخطأ، كالمصاريف التي أنفقها والمجهودات التي تكبدها، أو ضياع صفقة رابحة أخرى من دون أن يقوم الطرف الآخر بإخطاره بالعدول عن التعاقد. وهذا معناه أن من قطع التفاوض بسوء نية أو بدون سبب جدي، فإنه يسأل عندئذ مسؤولية تقصيرية⁽⁷⁾. ولا يمكن القول هنا، من أجل التخلص من المسؤولية، إن الأطراف غير ملزمين بالتعاقد تطبيقاً لمبدأ حرية

(1) فلا يكفي لانعقاد العقد مجرد تحرير "مسودة" أو مشروع تمهيداً لإبرام العقد، نقض مدني مصري، 1975/12/09، م. أ. ن، ص 26، ص 1593. وأيضاً نقض مدني سوري، قرار 343/اساس 6821 تاريخ 1992/3/4، أشار إليه: د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 130 الهامش.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 46.

(3) د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الالتزامات، الجزء الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة 1964، ص 67. وأيضاً: د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 116. وأيضاً: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، 1995، ص 116.

(4) Terré (F.) et Simeler (Ph.) et Lequette (Y.); Droit civil Les Obligations, 7 ed, Dalloz 199, P182 ets, Carbonnier (J). Les Obligations, Thémis, paris, éd 1994., p.68.

(5) د. رجب كريم عبد الله. التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص 81 و 88.

(6) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 133.

(7) د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 22. وأيضاً: د. فواز صالح. المرجع السابق، ص 125.

التعاقد المهيمن على مرحلة المفاوضات، حيث إن الحق بالتمسك بهذا المبدأ مشروط بعدم التعسف في استعماله⁽¹⁾.

2- التفريق بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب في إطار العرض الموجه إلى الجمهور:

يثير موضوع العرض الموجه إلى الجمهور تساؤلاً عما إذا كان الإعلان الموجه إلى الجمهور والمتضمن العناصر الجوهرية للعقد تعبيراً عن إرادة باتة وحالة في التعاقد، ومن ثمّ إذا ما كان يعدّ إيجاباً بالمعنى الدقيق، وبالأخص في حال العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي. وقد اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل⁽²⁾، فبعضهم يرى أن تعيين الموجه إليه هو من مقومات الإيجاب التي لا يتصور بدونها، ويذهب نتيجة لذلك إلى أن العرض الموجه إلى الجمهور لا يعدّ إيجاباً حتى في حال تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه؛ لافتقاده عنصراً من عناصر الإيجاب هو تحديد الشخص الموجه إليه. ويضيف بعضهم الآخر⁽³⁾ بأنه لا يعدّ كذلك بسبب عدم شموله كافة العناصر الجوهرية والأساسية للعقد المراد إبرامه، إلا إذا كانت الظروف أو العرف يقضي بخلاف ذلك.

في حين يرى قسم ثالث منهم أن ما لا يتصور الإيجاب من دونه هو توجيه الإعلان عن الإرادة بالفعل إلى الغير، حيث يستوي بعد ذلك أن يكون الموجه إليه شخصاً محدداً بذاته، أو أشخاصاً محددين بصفاتهم أو أن يكون عامة الناس، ما دامت شخصية المتعاقد الآخر ليست محل اعتبار في العقد. لذلك فإنهم يرون أن العرض الموجه إلى الجمهور يعدّ إيجاباً كلما كان متضمناً لعناصر العقد الجوهرية المراد إبرامه، بحيث يمكن أن ينعقد العقد بمجرد قبوله من أحد أفراد الجمهور، خاصةً إذا كان العرض جماعياً، موجهاً إلى كافة أفراد الجمهور، بحيث يمكن عدّه موجهاً إلى كل منهم على حدة⁽⁴⁾.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الإيجاب الموجه إلى الجمهور يلزم الموجب في مواجهة من يبادر إلى قبوله بالشروط نفسها التي يلزم بها الإيجاب الموجه إلى شخص معين⁽⁵⁾. وفي قرار آخر يذهب القضاء الفرنسي إلى أن عرض البضائع للجمهور مع بيان أثمانها يعدّ إيجاباً، أما النشر والإعلان، وإرسال الأسعار الجارية، والتعريفات والكتالوجات والنشرات الدعائية، وكذا

(1) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص125.

(2) انظر للتفصيل: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، بعناية الدكتور محمد الألفي، 1982، ص603 وما بعدها.

(3) د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص19.

(4) جان لك أوبير، المرجع السابق، بند31 وما بعده، ص38 وما بعدها. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص40.

(5) نقض مدني 1969/11/28، Gaz.Pal، 1969-1-95. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص41.

عرض السلعة خالية من الثمن، هو مجرد دعوة إلى التعاقد. فلا يعدُّ العرض الموجه إلى الأفراد أو الجمهور عند الشك إيجاباً، ما لم يظهر العكس من ظروف الحال، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض⁽¹⁾. بالمقابل فقد ذهب القضاء السوري إلى أن مجرد النشر والإعلان، وحتى بيان الأسعار، وكل بيان آخر بعروض وطلبات موجهة إلى الجمهور أو الأفراد لا يكون إيجاباً، وإنما دعوة إلى التفاوض. كما أن الإعلان الذي يحتفظ فيه المعلن بوضع شروط لتحقيق الإيجاب، لا يعد إيجاباً ملزماً إلا بتحقق الشروط⁽²⁾.

ويبدو أن القضاء المصري يميل إلى هذا الاتجاه أيضاً⁽³⁾ فقد نقضت محكمة النقض المصرية قرار محكمة الاستئناف الذي انتهى إلى أن الإعلان الموجه إلى الجمهور الصادر من شركة لإنتاج السيارات عن فتح باب الحجز للسيارات التي تنتجها يعدُّ إيجاباً، وأن التقدم بطلب الحجز وفق الشروط المعلن عنها يعدُّ قبولاً لهذا الإيجاب. وقد بنت قرارها على أن حكم محكمة الاستئناف قد حجب عن نفسه البحث بما تمسكت به الشركة الطاعنة من أن ما صدر عنها لا يعدو كونه دعوة للتعاقد، وأن طلب حجز السيارة المقدم إلى الشركة هو الذي يعدُّ إيجاباً، كما حجب نفسه عن البحث عما إذا كان الإيجاب قد صادف قبولاً من الشركة، انعقد به عقد بيع السيارة⁽⁴⁾.

واستناداً إلى ما تقدّم، يتبين لدينا عدم اتفاق التشريعات والفقه والاجتهاد القضائي على معيار واحد للتمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في إطار العرض الموجه إلى الجمهور، بحسبانها مسألة واقع يختص بتقديرها قضاة الموضوع وفقاً لظروف الحال، من دون تعقيب عليهم من محكمة النقض، طالما كان قرارهم مبنياً على أسباب سائغة⁽⁵⁾؛ لذلك تحرص الشركات المعلنة على تضمين

(1) نقض مدني فرنسي، 1961/04/14، Dalloz، 1961، ص 535. أشار إليه: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 18.

Cf. (B) Starck. Les Obligations T2. Le contrat 6 éd, N°1068 et S; Lasalle (B). Les Pourparlers, R.R.J, 1994,3, P828.

(2) نقض مدني سوري، 1973/12/27، قرار رقم 1118، المحامون، العدد 1 و 2، ص 11.

(3) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يتضمن على نص بهذا المعنى، وهو نص المادة (134) وقد حذف هذا النص من قبل لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه. انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص41. وقد كان النص السابق مستمداً من المادة (7) من قانون الالتزامات السويسري، والمادة (73) من القانون البولوني، وقد تضمنت المادة (80) من القانون المدني العراقي ذات الحكم.

(4) نقض مدني 1976/03/12، مجموعة أحكام النقض، س25، ص492، رقم 8. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص43 قس الهامش.

(5) نقض مدني فرنسي، 1، 1987/04/07، Bull.Civ، 1987، 1، رقم 119. راجع هنا: د. محمد رشدي.

التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005. ص65 وما بعدها.

إعلاناتها ألفاظاً وعبارات تظهر أن إعلانها لا يعدُّ إيجاباً بالعقد، وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض على عناصر هذا العقد⁽¹⁾.

3- التفريق بين الدعوة إلى التفاوض واتفاق التفاوض (الاتفاق المبدئي):

سبق أن رأينا أن الدعوة إلى التفاوض هي عبارة عن عرض مقدم من قبل طرف راغب في التعاقد إلى أشخاص آخرين، يتضمن رغبة جادة بالدخول في مفاوضات بخصوص هذا العقد بقصد الوصول إلى إبرامه. أي أنها مجرد رغبة في التعاقد تسبق مرحلة الرضا به.

بالمقابل فإن اتفاق التفاوض أو ما يعرف بالاتفاق المبدئي⁽²⁾ لا يخرج عن تعريف أي اتفاق آخر بوصفه تصرفاً قانونياً إرادياً يسعى الطرفان من خلاله إلى تحقيق غاية وأثر قانوني من جراء إبرامه⁽³⁾. فقد عرّفه بعض الفقه بأنه ((اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه آخر ببدا أو بمواصلة التفاوض على عقد معين بغرض إبرامه))⁽⁴⁾. وعرّفه بعضهم الآخر بأنه ((تعهد تعاقدى بعمل إيجاب أو بمواصلة تفاوض جار، بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه إلا بطريقة جزئية، لا تكفي بأية حال لانعقاده))⁽⁵⁾. في حين يعرفه قسم ثالث تعريفه بأنه ((اتفاق تحضيرى مؤقت ينظم سير إجراءات التفاوض بين الفرقاء، ويلزمهما بمباشرة التفاوض ومواصلته سعياً إلى تحديد العناصر والمسائل الجوهرية اللازمة لتحقيق الوجود القانوني للعقد المطلوب إبرامه))⁽⁶⁾.

ومن ثمّ فإن اتفاق التفاوض يتميز بخصائص تميزه من غيره، حيث يعدُّ هذا الاتفاق عقداً حقيقياً لا يشترط لانعقاده سوى توفّر شروط الانعقاد، وهي وجود رضا بين الطرفين لقيامه وتوفّر الأهلية فيهما، ووجود محل له وهو السعي الجاد إلى إبرام العقد البات⁽⁷⁾، وقيام سبب مشروع وباعث دفع بالطرفين إلى الاتفاق هو الوصول إلى إبرام العقد المنشود بينهما⁽⁸⁾. إلى جانب شروط صحة العقد من

(1) د. برهام محمد عطا الله، نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت 1992، ص 98.

(2) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 250. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 207.

Najjar (I). L'accord de principe, D. 1991, chron.57, p. 59

(3) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 258.

(4) Schmidit (J.) : Négociation et conclusion de contrats, Dalloz, paris 1982., n° 373, p. 201.

(5) J. Ghestin, op. cit., n° 344, p. 316.

(6) انظر: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 235.

(7) لذا وجب أن يكون العقد النهائي المطلوب إبرامه ممكناً قانوناً، ومن ثم يلزم أن لا يكون المحل مستحيلاً استحالة مادية أو قانونية.

(8) لما كان الاتفاق على التفاوض عقداً فإنه يجب أن يكون قائماً على سبب غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان باطلاً (م 136 مدني سوري، م 136 مدني مصري، م 163 مدني أردني). ويلاحظ بأن السبب في عقد المفاوضة هو إتمام العقد النهائي. انظر: د. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، صورها

أهلية صالحة للتفاوض، وسلامة الإرادة من العيوب التي قد تلحقها. والشروط الشكلية التي تستوجب أن يكون مشروع العقد مكتوباً، وهذا ما يميزه من الدعوة إلى التفاوض التي لا يشترط فيها أن تكون مكتوبة⁽¹⁾.

ولا شك بأن الاستدلال على وجود عقد التفاوض يتم بالرجوع إلى إرادة الأطراف حيث لا خلاف على استخلاص وجود الرضا المكون لعقد المفاوضة، إذا تضمن المستند ما يفيد ذلك صراحةً أو ضمناً. كذلك لا خلاف على استبعاد العلاقة العقدية في حال تضمن المستند ما يفيد عدم الارتباط بأي تعهد في أثناء التفاوض⁽²⁾، فمشروع العقد يعبر عن إرادة ما، ولكن هذه الإرادة غير ملزمة⁽³⁾. وعليه فإن اتفاق التفاوض يعدّ عقداً تمهيدياً يحضر لعقد آخر⁽⁴⁾؛ فهو بمنزلة خطوة على طريق تحقيق هذا العقد⁽⁵⁾. وهو بهذا الوصف يعدّ اتفاقاً ذا طبيعة مؤقتة، يبقى قائماً طيلة إجراءات التفاوض على العقد المراد إبرامه، ولا ينتهي إلا بنهايتها سواء بالنجاح أو بالفشل حتى وإن طال أمد هذا التفاوض⁽⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقات الأولية في المفاوضات، بما فيها اتفاق التفاوض، غير كافية لإثبات وجود الاتفاق النهائي في حال عدم تحريره بشكل خطي. كما أن هذه الاتفاقات مستقلة عن العقد النهائي، إلا إنه لا يوجد ما يمنع من عدّ هذه الاتفاقات تطبيقاً لمبدأ الثبوت بالكتابة عملاً بالمادة (56) من قانون البينات السوري لعام 1947 وتعديلاته، إذا توفّرت الشروط المنصوص عليها في

وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مجلد 47، ع1، س2005، ص9.

(1) قررت محكمة النقض السورية ((أن الوثيقة غير الموقعة من كافة أطرافها ليست أكثر من مشروع عقد نظمه أحد الفرقاء ووقع عليه أملاً بتوقيع الآخرين، ولا يصبح نافذ المفعول إلا باعتماده من كافة الفرقاء))، الغرفة المدنية الثاني، قرار 343/اساس 6821 تاريخ 1992/3/4، المحامون، العددان 7 و 8 لعام 1993، ص729. أشار إليه: د. فواز صالح، المرجع السابق، ص130 الهامش.

(2) د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص20.

(3) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص130.

(4) Demogue (R.) : Traite des obligations en général, sources désolations, t. 11, paris 1939.n° 553, p. 171; Larroumet (CH.) Droit Civil, t. 3, Les obligations, Le Contract, 3 ed, 1996., n° 288, p. 260; M. Loncle et Y. Trochon, La phases pour parlers dans les contrats internationaux REV. Dr. Aff. Int., 1997, p.4 ; J. Ghestin, op. cit., n° 344, p. 316; I. Najjar, Art. Prec, p.57.

(5) د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، مارس 1996، ص168. وأيضاً: د.

بلحاح العربي، المرجع السابق، ص119. وأيضاً: د. محمد عبد العال، المرجع السابق، ص106.

(6) Ch. Larroumet, op. cit., n° 288, p. 261; 39 ; Le Tourneau (PH). Droit de la responsabilité civil, Dalloz, paris, éd.2002, par (L) cadiet, p.22; M. Loncle et Y. Trochon, op. cit., p. 5; J. Ghestin, op. cit., n° 344, p. 316; I. Najjar, Art. Prec, p.57

المادة المذكورة. كما يمكن للقاضي الرجوع إلى هذه الاتفاقات في حال غموض العقد النهائي، في سبيل التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁽¹⁾.

4- التفريق بين الدعوة إلى التفاوض والوعد بالتعاقد:

الدعوة إلى التفاوض كما رأينا هي مجرد رغبة في التعاقد تسبق مرحلة الرضا به، وهي بذلك تختلف عن الوعد بالتعاقد، والذي يعرف بأنه: ((الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أحد الطرفين بإبرام العقد الموعود به متى أبدى الموعود له رغبته في ذلك خلال مدة معينة محددة اتفاقاً))⁽²⁾.

فالوعد بالتعاقد، على الرغم من تسميته وعداً، إلا أنه عقد حقيقي ومنجز، يتم بتلاقي إرادتين هما الإيجاب من الواعد والقبول من الموعود له، تمهيداً لنشأة عقد آخر يراد إبرامه في المستقبل⁽³⁾. وهو بهذا الوصف يختلف عن الإيجاب بالعقد أيضاً، بحسبان أن هذا الأخير هو تصرف قانوني من جانب إرادة واحدة وليس عقداً⁽⁴⁾. ويظل كذلك مادام لم يرتبط بقبول مطابق⁽⁵⁾. والأمر كذلك حتى في حال كان الإيجاب بالعقد ملزماً، حيث إن أساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه -خلال المدة المحددة صراحةً أو ضمناً- هو إرادته المنفردة، وليس العقد⁽⁶⁾.

(1) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص135.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص245. وأيضاً: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1،

المرجع السابق، ص208. وأيضاً: د. عاطف النقيب، نظرية العقد، دار صادر، بيروت، 1983، ص145.

وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص324. وأيضاً: د. محمد سوار، المرجع السابق، ص83.

(3) د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص44. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام،

مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص93. وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في

النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2010، ص204. وأيضاً: د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة البيع والتأمين والايجار، دار النهضة

العربية، القاهرة 1979، ص ص72-73.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص247.

(5) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص68. وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص300. وأيضاً: د.

توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية،

بيروت، بدون تاريخ، ص86.

Ch. Larroumet, op. cit., n° 288, pp. 264-265; J. Schmidit, op. cit., n° 379, p. 206

(6) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص209. وأيضاً: د. عبد الفتاح عبد الباقي،

موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984،

ص131. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص55. وأيضاً: د. عاطف النقيب،

المرجع السابق، ص124. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص236.

ثانياً - التفريق بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب في إطار العقود النموذجية (التفاوض القاصر):

سبق أن رأينا أنَّ التفاوض في إطار عقود المساومة يتميز باتساع الهوامش المحددة لعملية التفاوض. بخلاف ما هو الحال في التفاوض في إطار العقود النموذجية أو ما يعرف بالتفاوض القاصر، والذي يتميز بانكماش الهوامش المحددة لعملية التفاوض إلى حدودها الدنيا، كما هو الحال بالنسبة إلى التعاقد وفق الصيغ النموذجية المعدة سلفاً، وفي التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة.

1- تحديد الإيجاب في إطار التعاقد وفق الصيغ النموذجية المعدة سلفاً:

يعد التعاقد بموجب عقود نموذجية معدة سلفاً من الظواهر المتنامية في التعاملات الحديثة، حيث يقتصر دور الطرفين غالباً باعتماد هذه العقود أو الإحالة عليها⁽¹⁾ وكثيراً ما تُصادف هذه النماذج بطائفة العقود والشروط النموذجية، وطائفة عقود الإذعان.

أ. العقود والشروط النموذجية:

تعددت المفاهيم والتعريفات التي أطلقها الفقه على العقود والشروط النموذجية، فقد عرفها بعضهم بأنها ((صياغة لعقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي، بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة، تنصب على نفس موضوع العقود النموذجية))⁽²⁾ وعرفها بعضهم الآخر بأنها ((عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها))⁽³⁾. في حين يرى قسم آخر منهم أنها ((عقود تعتمد صيغاً مطبوعة يقدمها أحد الطرفين للآخر، الذي يقتصر دوره على ملء الفراغات المتروكة فيها بالبيانات الخاصة به والتوقيع عليها، فيصير العقد مبرماً بهذا التوقيع))⁽⁴⁾.

وتعود أصول هذه العقود للنصف الثاني من القرن التاسع عشر، مع ظهور المتاجر الكبيرة التي تقدم السلع للناس وفق أسعار محددة لا تقبل المساومة فيها، وظهور المشروعات التي تقدم الخدمات

(1) ويُقر القضاء والفقه بإمكانية التفاوض حول مضمون الشروط والعقود النموذجية، فقد جاء بقرار محكمة النقض المصرية أنه: ((إذا استعمل المتعاقدان نموذجاً مطبوعاً للعقد، وأضافا إليه -بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى- شروطاً تعارض مع الشروط المطبوعة، وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعتبر تعبيراً واضحاً عن إرادة المتعاقدين)). نقض مدني، 31 يناير 1983، طعن 832 لسنة 48 ق، - م نقض م - 34 - 355. وأيضاً: Neumayer (M.) Les contrats d'adhésion dans les pays industrialisés, librairie Droz, Genève, 1999, p. 255

(2) M. J. Leaute, Les contrats. Types, R.T.D., 1953, n° 1, p.430

(3) J. Ghestin, op. cit., n° 80, p. 80

(4) د. مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص94. كما عُرِف العقد النموذجي بأنه صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من قبل أحد الأشخاص، تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها، وذلك باتفاق أطراف العقد. د. أيمن سعد سليم، العقود، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص12 وأيضاً:

K. Neumayer, , op. cit., p. 255

الأساسية بأسعار محددة وفقاً لعقود وشروط معدة مسبقاً من قبلها، لا يمتلك المتعاملون حيالها سوى القبول أو الرفض من دون مناقشة أو مساومة⁽¹⁾.

والعقود والشروط النموذجية منها ما تعدّه الجهات الإدارية بمفردها لضمان التزام المتعاقدين بأحكام القانون المتعلقة بالنظام العام، ومنها ما تعدّه هذه الجهات بالتعاون مع المنظمات المهنية، مساهمة منها في التوفيق بين مصالح المتعاملين، ومنها ما يستقل هذه المنظمات المهنية بوضعه بقصد تسهيل التعاقد على المنتمين إليها ممن ليس لديهم الدراية القانونية الكافية مع بعضهم بعضاً ومع المنتمين لمنظمات مهنية أخرى.⁽²⁾ ومنها ما يعده أحد أطراف التعامل وحده تيسيراً وضبطاً للعقود التي يبرمها مع عملائه، كما هو الحال بعقود النقل البري والبحري والجوي، وعقود التأمين. ومنها ما يعده الطرفان معاً تأميناً لتعامل مستمر بينهما، وتنظيماً للعقود التي يتم بمقتضاها هذا التعامل، على نحو ما يعرف بالاتفاق الإطاري Contrat-Cadre أو ما يمكن أن يسمى بالاتفاق المنظم⁽³⁾.

ولا تمثل هذه العقود أو الشروط بحد ذاتها عقوداً حقيقية أو شروطاً تعاقدية، وإنما هي نماذج يستعين بها المتعاقدون عند إعداد عقودهم، سواء من خلال اعتماد النموذج بإضافة البيانات الخاصة بهم، أم من خلال الإحالة إلى هذه الشروط النموذجية صراحةً أو ضمناً. وهي من ثم لا تكون ملزمة لأطراف المتعاقدة إلا في حال انصراف إرادتهم إليها⁽⁴⁾.

فالمادة (1101) من القانون المدني الفرنسي المعدل في العام 2016، تعرّف العقد بأنه: ((اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء، تعديل، نقل أو انقضاء التزامات)). في حين تنص المادة (92) من القانون المدني السوري على أنه: ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)).

فقوام العقد بحسب النصوص السابقة أمران: الأول هو توافق إرادتين أو أكثر، والثاني أن يكون التوافق بقصد إحداث أثر قانوني. ومن ثم لا صعوبة في تحديد القيمة القانونية لهذه العقود والشروط النموذجية في حال توقيع الأطراف عليها، حيث تصبح هذه النماذج بذاتها وثيقة العقد المبرم فيما بينهم. بخلاف ما هو عليه الحال عند الإشارة إلى هذه الشروط في متن العقود المنظمة من قبلهم، حيث يرى بعض الفقهاء أن التكييف القانوني السليم لهذه الشروط في هذه الحالة يتمثل في عدّها نوعاً

(1) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 94.

(2) بيبير مالبينفرني، الشروط العامة والعقود النموذجية للمنظمات المهنية، مكتبة القانون الخاص، 1978. أشار

إليه: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 95 في الهامش.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 95.

(4) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 96.

من أنواع العقود الموجهة التي تتولى توجيه المتعاقدين إلى المسائل والشروط التي يسترشدون إليها في إعداد عقودهم المطلوبة⁽¹⁾.

وفي جميع الأحوال فإن العقود والشروط النموذجية تؤدي وظيفة مشابهة للوظيفة التي تؤديها القواعد القانونية المفسرة أو المكملة، على الرغم من عدم امتلاك هذه النماذج صفة القاعدة القانونية، لا في صورتها القانونية المكتوبة، ولا في صورتها العرفية المستمدة من شيوع العمل بها. بل تعدّ شروطاً تعاقدية تستمد قوتها من إرادة طرفي العقد، وتكون لذلك مقدمة على القواعد المكملة⁽²⁾.

ومع ذلك فإن شيوع العمل بالعقود والصيغ النموذجية المعدة سلفاً في إطار مهنة معينة أو في مجال من مجالات التعامل، يؤدي بالتدرج إلى اكتسابها صفة العادة الاتفاقية، إن لم يكن صفة العرف في بعض الأحيان⁽³⁾ وهي في هذه الحالة تصبح معبرة عن العادات والأعراف السائدة في نطاق المهنة أو التعامل الذي تطبق فيه، على نحو يمكن معه تطبيقها من دون حاجة إلى الاتفاق على تطبيقها، بشرط عدم انصراف إرادة الطرفين إلى خلافها⁽⁴⁾.

ب. عقود الإذعان:

ترافقت ظاهرة المشروعات الكبيرة التي تقوم بتقديم السلع والخدمات الضرورية للجمهور، مع ظهور نوع جديد من العقود سميت بعقود الإذعان أو عقود الموافقة. فكثيراً ما تلجأ هذه المشروعات - كما هي الحال في شركات التأمين والمصارف والنقل البحري أو الجوي - إلى إعداد عقود نموذجية، لا يكون للمتعاملين معها سوى القبول بها بأكملها أو رفضها، من دون إمكانية المناقشة فيها. وتدعى هذه العقود بعقود الإذعان نظراً لأن أحد المتعاقدين يذعن للشروط التي يملئها عليه المتعاقد الآخر، وهو ما يقتضى توفير حماية خاصة لهؤلاء، تجسدت في مجال تفسير العقد وفي مجال تعديله⁽⁵⁾.

وقد نصت المادة (2/152) من القانون المدني السوري على أنه: ((لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن))⁽⁶⁾، كما نصت المادة (150)

(1) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 56. وأيضاً: د. أيمن سعد، المرجع السابق، ص 29.

(2) انظر في انعقاد العقود النمطية: ميشيل بدامون، العقد في القانون الألماني، 1993، ص 51 وما بعدها. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 99 في الهامش.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 99.

(4) بيير مالفيرني، المرجع السابق، في الموضع المشار إليه. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 99 في الهامش.

(5) انظر في هذا الموضوع: عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 463 وما بعدها. وأيضاً: عبد المنعم فرج صده، في عقود الإذعان في القانون المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول 1946. وأيضاً: جورج برليوز، عقد الإذعان، مكتبة القانون الخاص، الطبعة الثانية، باريس 1976. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 100 في الهامش.

(6) يقابل النص السوري المادة (2/152) من القانون المدني المصري.

منه على تخويل القاضي سلطة تعديل العقد إذا تضمن شروطاً تعسفية تخل بمصالح الطرف المدعى⁽¹⁾.

وقد اشترطت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري في عقد الإذعان توفر السمات الثلاث الآتية⁽²⁾:

- تعلّق العقد بسلعة أو مرافق تعدّ من الضروريات الأولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.
- احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها.
- توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها⁽³⁾.

وانطلاقاً من هذا التعريف فقد رفضت محكمة النقض المصرية عدّ عقد النقل الداخلي للركاب من عقود الإذعان نظراً لأن هذه الخدمة تتولاها شركات مساهمة ومشروعات تابعة للقطاع الخاص⁽⁴⁾، كما رفضت عدّ عقود بيع شركات القطاع العام للسيارات من عقود الإذعان؛ لأن السيارات ليست من الضروريات بالنسبة إلى الجمهور⁽⁵⁾، ورفضت عدّ عقود تأجير الوحدات السكنية من عقود الإذعان لتوفّر عنصر المنافسة، حيث تتولاها العديد من شركات القطاع العام والخاص⁽⁶⁾.

وقد كانت السمات المذكورة تعبر عن المفهوم التقليدي لعقود الإذعان، هذا المفهوم الذي تخلى عنه الفقه الفرنسي لينتقل لمفهوم أكثر رحابة يستجيب للهدف الحقيقي من تنظيم عقود الإذعان، وهو حماية المستهلك الفردي، في مواجهة مؤسسات وشبكات إنتاج وتوزيع السلع والخدمات. فالعقد يعدّ من عقود الإذعان بحسب المفهوم الجديد كلما كان مضمونه كلاً أو بعضاً معداً قبل التعاقد بوساطة أحد

(1) يقابل النص السوري المادة (149) من القانون المدني المصري.

(2) ج1، ص28 وما بعدها. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمل، المرجع السابق، ص101 في الهامش.

(3) لا شك في أن الفقه الإسلامي لم يواجه عقود الإذعان بمفهومها السابق، نظراً لارتباطها بظواهر جديدة أفرزتها الاقتصاديات الحديثة. غير أن الفقه الإسلامي قد تعرض لظاهرة الاحتكار بوجه عام، وتعقبها في صورتين من صورها التي كان معروفة إبان تكوينه هما بيع متلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي. ثم إن ما تزخر به مثل هذه العقود عادة من شروط تعسفية، كما هو الحال بالنسبة إلى شروط الإعفاء من المسؤولية، لا تخلو من تناقض مع أصول الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة، وهذا ما قد يشكل أساساً لمعالجة القوانين الحديثة المستمدة من الفقه الإسلامي لإشكاليات عقود الإذعان. د. مصطفى محمد الجمل، المرجع السابق، ص102 في الهامش.

(4) نقض مدني 1069/6/3، مجموعة أحكام النقض، س20، ص851. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمل، المرجع السابق، ص102 في الهامش.

(5) نقض مدني 1074/3/12، مجموعة أحكام النقض، س25، ص492. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمل، المرجع السابق، ص102 في الهامش.

(6) نقض مدني 1085/12/23، في الطعن رقم 447 لسنة 1950، أشار إليه حسام الأهواني في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص222، كما أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمل، المرجع السابق، ص102 في الهامش.

أطرافه على نحو عام مجرد، بحيث لا يحق للطرف الآخر مناقشته، سواء اتخذ هذا المضمون المعد سلفاً شكل شروط عامة، أم اتخذ شكل عقد نموذجي. ومن ثم لا يشترط أن يكون هذا الطرف متمتعاً باحتكار قانوني أو فعلي أو بمركز اقتصادي قوي نسبياً مادام بمركز متميز تتيحه له خبرته المتميزة، كما لا يشترط أن يكون محل التعاقد سلعة أو خدمة ضرورية ما دام طالبها لا يستطيع مقاومة سلطان إغرائها. فالذي يكشف عن عدم التكافؤ بحسب المفهوم الجديد هو تمكن أحد الطرفين من صياغة شروط مسبقة للتعاقد مع عملائه وفرضها عليهم⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽²⁾ ضرورة تبني هذا المفهوم الجديد في القانون المصري، بوصفه المفهوم القادر على تحقيق الحماية التي أراد المشرع توفيرها للطرف الضعيف في عقود الإذعان، وبالأخص في ظل المادة (100) من القانون المدني المصري التي اكتفت بالقول: ((القبول في عقود الإذعان يقتصر على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها)). ولا عبرة في ذلك بما ورد في المذكرة الإيضاحية لما هو معروف من أنه ليس لها قوة إلزامية.

وبالاستناد إلى هذا المفهوم تصبح من قبيل عقود الإذعان أنواع عديدة من العقود كعقود التأمين وعقود النقل والعقود المتعلقة بالعمليات المصرفية، إضافة إلى عقود الإذعان بالمفهوم التقليدي كالعقود مع مؤسسات الماء والكهرباء والهاتف⁽³⁾.

ومن ثم فإن عقد الإذعان هو إعداد مضمون العقد من قبل أحد المتعاقدين بشكل مسبق، على نحو عام ومجرد، بحيث لا يمتلك الطرف الآخر سوى القبول بهذا المضمون أو رفضه من دون أي تعديل. بحيث يرى فيه بعض الفقهاء⁽⁴⁾ تغليباً لإرادة واحدة تملّي قانونها وتفرضها مسبقاً، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد. ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كان لعنصري الاتفاق وهما الإيجاب والقبول خصوصية في هذا النوع من العقود.

ف فكرة الإذعان توجي للوهلة الأولى بأن القبول في هذه العقود يختلف عن القبول في العقود الأخرى، في أنه لا يعبر عن إرادة حقيقية للقابل. لكن التمعن في الموضوع يبين عدم وجود هذا الفارق. فالتعاقد حرٌّ في أن يذعن أو لا يذعن للتعاقد مع الطرف الذي استقل بصياغة بنود العقد، كما أنه كثيراً ما يجد نفسه أمام مشروعات عدة يستطيع الاختيار من بينها، كما هو الحال مثلاً في شركات التأمين وشركات النقل البحري والجوي في بعض الأحيان، كل ما في الأمر أنه يواجه بإيجاب مفصل للعقد المراد إبرامه، يكون عليه أن يقبله أو يرفضه، دون أن يملك تعديل شيء من معطياته

(1) انظر في عرض المفهوم الجديد: جورج برليوز، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها. وأيضاً: حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 79 إلى 81.

(2) انظر: د. مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 104.

(3) انظر للمزيد من التفصيل: جورج برليوز، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

(4) Saleills (R.) Delà déclaration de volonté, contributions l'étude de 1 acte juridique dans le code civil allemande, L.G. D. J., 1901, Nouve au tirage 1924, p. 229

بتقديم عرض مضاد. وهو موقف كثيراً ما يصادف في العقود العادية. والفارق بين عقود الإذعان وبين غيرها من العقود في هذا المقام ما هو إلا فارق واقعي ليس له مدلول قانوني⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق فقد نصت المادة (101) من القانون المدني السوري على أن: ((القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها))⁽²⁾، ومفاد ذلك أن تسليم الطرف المذعن بالشروط التي يضعها الطرف الآخر - وهي التي تمثل الإيجاب - تتوافر معه حقيقة القبول، على الرغم من انعدام أي مناقشة في هذه الشروط.

وإذا كان القبول في عقود الإذعان ليس له إلا صورة واحدة تتم بالتسليم بالشروط التي يضعها الفريق الآخر، فإن البحث عن خصوصيات عقود الإذعان لا بد أن يتجه إلى الإيجاب فيها. وفي هذا الصدد يرى الفقه⁽³⁾ تمييز الإيجاب في عقود الإذعان، باجتماع مجموعة من الظروف الواقعية فيه، لا تجتمع عادة في غيره من العقود.

أولها: أن الإيجاب يكون موجهاً للعامة، وليس إلى شخص أو أشخاص معينين أو قابلين للتعيين. وثانيها: أن الإيجاب يكون مفصلاً وشاملاً كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد المراد ولتفيذه، وثالثها: عدم قابلية هذا الإيجاب للمناقشة بهدف الزيادة أو النقصان أو التعديل على مضمونه⁽⁴⁾ حيث إن عقود الإذعان لا تتميز من باقي أنواع العقود بوجود صفة من الصفات المذكورة، بل تتميز باجتماع كافة الصفات المذكورة فيها⁽⁵⁾.

وقد شجع اجتماع هذه الخصوصيات في عقود الإذعان، على النحو السابق، القضاء الفرنسي إلى استبعاد المبدأ الذي سار عليه من انصراف القبول المطلق إلى كافة الشروط التي يكون الإيجاب قد تضمنها، بحيث تكون هذه الشروط جميعها ملزمة للقابل، في الحالات التي يكون فيها الشرط غامضاً في ذاته أو بالنظر لتعارضه مع شرط آخر في الإيجاب، وذلك من باب سلطته في تفسير العقد⁽⁶⁾ وهو ما نظمته صراحةً بعض التشريعات، كالقانون المدني السوري⁽⁷⁾، حين نصت المادة

(1) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 105.

(2) يقابل النص السوري المادة (100) من القانون المدني المصري.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 105 وما بعدها.

(4) لا يكفي لاعتبار العقد من عقود الإذعان غياب التفاوض الاختياري بين طرفي العقد، كما بحال القبول طوعية بجملة ما جاء في الإيجاب دون أدنى مناقشة أو مفاوضة. حيث إن غياب المفاوضة في عقود الإذعان يعد واقعاً مفروضاً من قبل المتعاقد المهيمن على الصفقة على الطرف الضعيف (المذعن)، والذي لا يملك إزائه سوى القبول أو الرفض دون مفاوضة بشأن الشروط التعاقدية المطروحة. انظر: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 171.

(5) جان لك أوبير، المرجع السابق، بند 268 وما بعده، ص 275 وما بعدها.

(6) جان لك أوبير، المرجع السابق، ص 336 وما بعدها.

(7) تقابل النصوص السورية المادة (149) والمادة (151) من القانون المدني المصري.

(152) على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى، وحين خولت القاضي -خروجاً عن الأصل العام- سلطة تعديل عقود الإذعان بتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المدعى منها بموجب المادة (150) منه⁽¹⁾.

وغني عن البيان أن التحليل المذكور مرهون باحتواء الشروط المعدة مسبقاً على كافة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهو يتحقق كلما كانت هذه العناصر لا تختلف من متعاقد إلى آخر، كما هو الحال بالنسبة إلى عقود النقل والكهرباء والمياه والغاز والهاتف. ولكن الأمر لا يجري دائماً على هذا النحو، ففي عقد التأمين مثلاً يجد المؤمن له نفسه أمام وثيقة مطبوعة سلفاً للتعامل مع العملاء بشأن كل نوع من أنواع الأخطار التأمينية. لكن هذه الوثيقة لا تمكن من تحديد العناصر الذاتية للتأمين الذي يريده المؤمن له تحديداً كاملاً، وخاصةً لجهة الخطر المؤمن منه والقسط ومبلغ التأمين، مما يستلزم لقيام العقد في هذه الحالات تحديد هذه العناصر لكل حالة على حدة⁽²⁾. ومن ثم لا يمكن القول إن شركة التأمين تكون في حالة إيجاب موجه إلى الجمهور بالمعنى الفني للكلمة يلحق به قبول الراغب في التأمين، بل في حالة دعوة إلى التفاوض موجهة إلى جمهور الراغبين في التأمين، تتميز بخاصية احتوائها على القواعد العامة الضابطة للعقد المراد إبرامه.

ثم إن وثيقة الشروط العامة المطبوعة سلفاً من الطرف القوي قد تكون متضمنة بالفعل لعناصر العقد الجوهرية على نحو يجعل منها إيجاباً ويجعل من تسليم الطرف الآخر قبولاً، لكن هذا الأخير في الوقت نفسه يفلح في تعديل شرط أو أكثر من شروطها الثانوية، كمدة التسليم مثلاً. وفي هذه الحالة لا يعد تسليمه بالوثيقة مع هذا التعديل قبولاً بالمعنى الدقيق، وإنما سوف يعد إيجاباً جديداً، بحيث يكون القبول هو موافقة الطرف القوي الذي أعد الوثيقة على التعديل. ولهذا السبب فإن بعض الفقهاء يفضل -بصدد عقود الإذعان- الحديث عن محرر العقد بدلاً من الحديث عن الموجب أو مصدر الإيجاب⁽³⁾.

وعليه، فإن الطرف الضعيف الذي يبتغي القانون حمايته ليس هو دائماً الطرف الذي يصدر منه القبول الذي ينعقد به العقد، ما دام الطرفان يمكن أن يتبادلا مركزي الموجب والقابل دائماً. وهذا ما يدفع المشرع أحياناً إلى عدّ أحد طرفي العقد موجباً، وعدّ الآخر قابلاً، بصرف النظر عن كون

(1) إن عدّ الشروط تعسفية هي مسألة تركها القانون لقاضي الموضوع يعالجها وفقاً لما تقتضيه قواعد العدالة، ويعدّ تقدير القاضي إذا ما كان الشرط تعسفياً أم لا مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض. انظر: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 72. وأيضاً: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 115. وأيضاً: د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، ط 2، ص 106.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين (عقد الضمان)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 172 وما بعدها وص 200 وما بعدها.

(3) جاك جستان، شرح القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الثانية، باريس، 1988.

منهما صاحب الكلمة الأخيرة في انعقاد العقد. مثال ذلك ما يلجأ إليه المشرع الفرنسي في مجال توفير الحماية للمستهلك، من عدّ المُقرض دائماً موجباً، وعدّ المقرض قابلاً يستفيد من الحماية المقررة، حتى لو كانت الإرادة النهائية صادرة عن الطرف الأول⁽¹⁾. وتجدر الإشارة هنا إلى أن معظم مذاهب الفقه الإسلامي تذهب إلى عدّ التعبير عن الإرادة الصادر من المتعاقد المُمْلِك دائماً وأبداً إيجاباً، وعدّ التعبير عن الإرادة الصادر من المتعاقد المتملك قبولاً⁽²⁾.

وبالخلاصة يمكن القول إن الخوض في المفاوضات السابقة على التعاقد دليل على أن العقد محل المفاوضات ليس عقد إذعان،⁽³⁾ وإنما عقد مساومة تنتفي معه إمكانية تطبيق الحماية القانونية المتعلقة بعقود الإذعان والقاضية بعدم جواز تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان بما يضر بمصلحة الطرف المذعن، وبتحويل القاضي سلطة تعديل العقد إذا تضمن شروط تعسفية تخل بمصالح الطرف المذعن.

2- تحديد الإيجاب في إطار التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة:

الأصل أن يتم التعاقد بطريق المساومة، بحيث يتم التفاوض بين الطرفين بهدف الوصول إلى إيجاب محدد من أحد الطرفين يقبله الطرف الآخر. وعلى الرغم من ذلك فقد يتم التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة، بحيث تطرح فكرة التعاقد على العامة من غير تحديد أو على أشخاص يتمتعون بشروط معينة، ويتم التعاقد في حالة المزاد مع من يتقدم بأعلى عطاء، أو من يتقدم بأقل عطاء في حالة المناقصة.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن طرح التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة لا يعد إيجاباً، لافتقاره لأحد العناصر الجوهرية للعقد الذي يجري المزاد أو المناقصة بشأنه، كالثمن في عقد البيع أو المقابل في عقد المقاولة أو الإيجار، وإنما يعد مجرد دعوة إلى التفاوض⁽⁴⁾. ويبقى كذلك حتى لو تضمن تقديراً أساسياً للعنصر الذي تجري المزايدة أو المناقصة عليه، كما لو تضمن ثمناً أساسياً، لأن هذا التقدير لا يمثل ما يريده من يطرح المزايدة أو المناقصة، إنما تقدير مبدئي تبدأ منه عملية المزايدة أو المناقصة.

(1) جاك جستان، المرجع السابق، ص 268 وما بعدها.

(2) د. مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 8 بالهامش.

(3) يرى بعض الفقهاء أن هذه الدلالة ليست قاطعة وإنما نسبية تختلف من حالة إلى أخرى حسب الظروف والوقائع المحيطة بكل حالة على حده، وذلك حتى لا يتخذ من عملية المفاوضات الصورية سبيلاً لإخفاء عقد الإذعان، والذي يظل موضوع وصفه وتحديد ما يشمله من شروط تعسفية من اختصاص القضاء. انظر: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 172.

(4) نقض مدني 1986/12/19، مجموعة أحكام النقض، ص 37 وما بعدها أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 113 في الهامش.

وعلى هذا النحو فإن طرح عملية المزايدة أو المناقصة لا يعدو كونه مجرد دعوة إلى التفاوض أو إلى التعاقد⁽¹⁾.

أما التقدم بعطاء معين في المزايدة أو المناقصة، فيعدّ إيجاباً بوصفه تضمن كافة العناصر الجوهرية للتعاقد، بما فيها العنصر المتخلف الذي تجري المزايدة أو المناقصة عليه. ويشترط في العطاء الذي يعدّ إيجاباً أن يكون خالياً من أي تحفظ؛ أي أن يتمّ التسليم بشروط المزايدة أو المناقصة دون قيد أو شرط، فإذا كان مقترناً بتحفظ فإنه لا يعدّ إيجاباً بالعقد؛ لأن الإرادة هنا ليست نهائية، الأمر الذي يؤدي إلى عدّ هذا العطاء مجرد قبول الدعوة إلى التفاوض يتضمن عرضاً أولياً يمكن التفاوض بشأنه⁽²⁾.

وأما إرساء المزايدة أو المناقصة فيمثل القبول الذي ينعقد به العقد⁽³⁾ فإذا لم يتم إرساء المزايدة أو المناقصة، فإن العقد لا ينعقد⁽⁴⁾.

(1) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 113.

(2) د. رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 409.

(3) راجع ما سبق بشأن زمان انعقاد العقد. والواقع أن العقد ينعقد في القانون المصري بعلم مقدم العطاء برسو المزايدة أو المناقصة عليه. وهذا يتحقق بمجرد رسو المزايدة أو المناقصة إذا كان أي منهما يتم عن طريق المزايدة العلني. أما إذا كان يتم بطريق الظرف المختوم، فإن العلم برسو المزايدة أو المناقصة يمكن أن يتحقق إذا كان المرسى عليه حاضراً وقت تمامه، أو يتأخر إلى حين إعلانه برسو المزايدة أو المناقصة في حال لم يكن حاضراً. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 114 في الهامش. في المقابل ينعقد العقد في المزايدات بحسب القانون السوري بالإحالة القطعية، بحيث يتم العقد بين دائرة التنفيذ التي تحل في البيع الجبري محل المالك وبين المشتري الذي رسا عليه المزايدة. انظر: نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار 151، تاريخ 1962/03/13، منشور في مجلة القانون لعام 1963، ص 202. أشار إليه: د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 166.

(4) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((وإن كان تقديم عطاء يزيد على العطاء السابق يترتب عليه طبقاً للمادة (99) من القانون المدني المصري سقوط العطاء الأقل إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الأعلى وبين الداعي للمزايدة؛ لأن التقدم بالعطاء وإن كان يزيد على غيره من العطاءات فهو ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء، فلا بد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزايدة عليه ممن يملكه. ولما كان هذا القبول لم يصدر من المطعون ضده، وقام بإخطار الطاعن برفض عطائه، فإن عقداً ما لا يكون قد انعقد بينهما. (1969/6/12، أحكام النقض، ص 20، ص 957). في المقابل ذهبت محكمة النقض السورية في إحدى قراراتها إلى أن قائمة الشروط التي تضعها دائرة التنفيذ من أجل بيع عقار، تعدّ بمثابة إيجاب من الدائرة المذكورة للناس كافة، ويعدّ العطاء المقدم من المزايدة الأخير قبولاً لهذا الإيجاب. (قرار - 1960 / 788 أساس بدون - محاكم النقض - سورية - قاعدة - 2079 أصول المحاكمات المدنية ج - 1 ج - 7 استانبولي - رقم مرجعية حمورابي 15212).

وقد أخذت محكمة النقض السورية في النهاية بهذا الرأي عندما قضت بما يلي: ((إنَّ طرح الصفة في المزاد هو دعوة للتعاقد والتقدم بالعطاء هو الإيجاب، أما القبول فلا يتم إلا برسوُّ المزاد وليس للمرسيِّ عليه المزاد الرجوع من تلقاء نفسه))⁽¹⁾.

وبالمثل فعلت محكمة النقض المصرية عندما قضت بأنه ((من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة إلى الجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات. لا تعدُّ إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلى التفاوض والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعدُّ إيجاباً))⁽²⁾.

وإذا كان الأصل أن ينعقد العقد برسو المزاد أو المناقصة، إلا أنه يمكن الخروج على هذا الأصل بنص القانون أو اتفاق الأطراف. ومن ذلك أن تتضمن اللوائح الحكومية شرطاً هو أن يتم تصديق الاتفاق من قبل جهة معينة. وفي هذه الحالة يعدُّ رسوُّ المزاد قبولاً معلقاً على شرط واقف لا ينعقد به العقد إلا بتحقيق الشرط⁽³⁾.

ومنطقيُّ أن يكون رسوُّ المزاد على أعلى عطاء، ورسو المناقصة على أقل عطاء. غير أنه ليس هناك ما يمنع المعلن عن المزايدة أو المناقصة من أن يحتفظ صراحةً في إعلانه بحرية قبول أي عطاء أو رفضه، دون إبداء الأسباب⁽⁴⁾ وليس هناك مانع من هذا التحفظ الإرادي المحض بحسبان أن

(1) قرار 1763/1980 أساس 124 محاكم النقض سورية- قاعدة 150 م. المحامون 1981 إصدار 03 - رقم

مرجعية حمورابي 222.

(2) نقض مدني، 38 مارس 1966، المجموعة س 17، ص 730، أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 73.

(3) قارن: نقض مدني مصري 1968/10/20، حيث قضت المحكمة بأن مفاد نصوص المواد 8 و 17 و 18 من لائحة شروط بيع أملاك الميري الحرة، الصادرة من أغسطس سنة 1902 - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن بيع أملاك الحكومة المطروحة في المزايدة لا يتم ركن القبول فيه إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية، ولا يعدُّ رسو المزاد وإيداع التأمين إلا إيجاباً صادراً من المرسيِّ عليه المزاد (1968/10/29)، أحكام النقض، ص 19، ص 1287، بند 1). وواضح أن رسو المزاد يأتي من قبل من يعلن عن المزاد فلا يتأتى أن يكون إيجاباً من المرسي عليه المزاد. انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 115.

(4) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: ((متى كان الطاعن قد قبل دخول المزايدة على أساس قائمة شروط المزايدة التي تحوي النص على تخويل المطعون ضده الحق في قبول أو رفض أي عرض دون بيان الأسباب ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته، فإنه يكون قد ارتضاه ويكون للمطعون ضده إعمالاً لهذه الشروط مطلق الحرية في رفض أي عطاء ولو كان هو العطاء الأخير، دون أن يطلب منه إبداء سبب مشروع لهذا الرفض، ولا محل للرجوع في هذه الحالة إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني التي يستند إليها الطاعن؛ لأنها تعدُّ من القواعد المكملة، فلا يلجأ إليها إلا عند عدم الاتفاق على قواعد خاصة، ومن ثم فلا وجه

الإعلان عن المزايدة أو المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التفاوض أو التعاقد، ولا تثبت له صفة الإيجاب التي تفترض عدم تعليق انعقاد العقد على إرادة لاحقة من الموجب. على أن ذلك لا يمنع بالطبع من أن هذه الحرية خاضعة لرقابة القاضي حتى لا يتعسف في استعمال حقه، نظراً لأن التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة يكون مسبقاً بدعوة إلى التفاوض من جانب من بيده القبول. ولكن إثبات التعسف في هذه الحالة يكون على عاتق من يُرفض عطاؤه⁽¹⁾. وتقوم المسؤولية في هذه الحالة على أساس الخطأ التقصيري المتمثل بالانحراف عن سلوك الرجل المعتاد⁽²⁾.

إلا أن التحليل السابق لعملية التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة يثير لدى بعض الفقهاء العديد من أوجه التناقض والتضارب⁽³⁾ دفعت بعضهم⁽⁴⁾ إلى القول بصعوبة إسقاط مراحل عملية المزايدة أو المناقصة المختلفة على الصور المعهودة للتعبير عن الإرادة من دعوة إلى تفاوض وإيجاب وقبول، من خلال النظر إلى عملية المزايدة أو المناقصة بوصفها عملية قانونية واحدة، والذهاب إلى تمييز الصورة العادية للمزايدة أو المناقصة التي لا يحتفظ فيها المعلن بحريته في قبول أو رفض أي عطاء من دون بيان الأسباب، من صورتها الاستثنائية التي تتضمن مثل هذا التحفظ، والتسليم بأن عملية التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة تمر في الواقع بمرحلتين متعاقبتين، تتضمن كل منهما عقداً أو اتفاقاً غير الذي تتضمنه الأخرى.

ويخلص أصحاب هذا الرأي إلى أن التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة يكون مسبقاً دائماً وأبداً في صورته العادية المألوفة بتصرف قانوني - اتفاق أو على الأقل تصرف بإرادة منفردة - يلتزم المعلن بمقتضاه بالتعاقد مع صاحب أعلى عطاء أو أقله من العطاءات المقدمة في المزايدة أو المناقصة. وإغفال هذا التصرف القانوني المبدئي، والسابق على التعاقد هو مصدر التناقضات التي تم الكشف عنها⁽⁵⁾.

تبقى بعد ذلك الصورة الاستثنائية للتعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة، التي يحتفظ فيها المعلن بحريته في قبول أو رفض أي عطاء من دون بيان الأسباب. ومن الواضح أن هذه الصورة الاستثنائية يصدق عليها التحليل الفقهي السائد، الذي يرى بالتعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة عقداً واحداً غير مسبق بآخر، والذي يجد في طرح المزايدة أو المناقصة صورة من صور الدعوة إلى التفاوض، وفي التقدم بالعطاء إيجاباً بالتعاقد، وفي رسو المزداد قبولاً بالإيجاب الذي يمثلته العطاء الأخير، بحيث لا

لما يسند الطاعن إلى المطعون ضده الأول من تعسف قوامه إن لم يبد سبباً مشروعاً يسوغ رفض عطائه وما يؤسسه على ذلك من أحقيته للتعويض (12/6/1969، مجموعة أحكام النقض، ص20، ص957).

(1) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص116.

(2) د. همام زهران، المرجع السابق، ص61.

(3) Serna (J.), Le refus de contracter, librairie générale de droit, paris 1967, p. 184.

(4) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص118.

(5) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص118.

تمثل الدعوة إلى التفاوض تصرفاً قانونياً ملزماً، ولا تتأثر طبيعتها بالتحفظ الإرادي المحض الذي يكون مصاحباً لها، وهو ما سبق أن رأيناه مثلاً في الإعلان عن الرغبة في إبرام عقد معين موجه إلى الجمهور، كلما كان هذا العقد من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي كعقد العمل أو المقاوله أو الشركة.

الفقرة-2- نهاية مرحلة التفاوض:

سبق أن ذكرنا أنّ مرحلة التفاوض تبدأ بتوجيه الدعوة إلى التفاوض، وتنتهي بتوجيه الإيجاب، واقتترانه بالقبول المطابق، ومن ثمّ انعقاد العقد. ولكن الواقع العملي يشير إلى وجود حالات تخرج عن السياق الطبيعي المذكور، كما هو الحال بالنسبة إلى حالات الرجوع عن الإيجاب، أو حالات موت الموجب أو فقدان أهليته، أو حالات الإيجاب المقترن بتحفظ أو شرط، بحيث يثور تساؤل حول أثر هذه الحالات في استمرار حالة التفاوض.

أولاً- الرجوع عن الإيجاب:

يؤدي موضوع قابلية الرجوع عن الإيجاب إلى صعوبات على مستوى تحديد الامتداد الزمني لمرحلة التفاوض، فالرجوع عن الإيجاب هو من مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة، والقول بانعقاد العقد في حال قبول الإيجاب الذي سبق الرجوع عنه، يعدّ إلزاماً للموجب بما لم يردده، واعتداءً على حريته في التعاقد.

ويؤدي الرجوع عن الإيجاب إلى العديد من الصعوبات على صعيد التعاقد بين الغائبين، أو على صعيد العقود المركبة أو الكبيرة الحجم، فمن المستبعد أن يغامر الموجه إليه الإيجاب بتخصيص المال والوقت لدراسة الإيجاب وترتيب أموره طالما هو بخطر رجوع الموجب عن إيجابه قبل أن يقترن بالقبول. لذلك فقد نصت بعض القوانين، كالقانون الألماني، على أن الأصل هو التزام الموجب بالبقاء على إيجابه الذي وجهه إلى الغير، ما لم يشترط لنفسه حرية الرجوع. في حين فضلت قوانين أخرى التقييد من مبدأ قابلية الإيجاب للرجوع، فقد جرى القضاء الفرنسي على عدّ الإيجاب ملزماً في كل حالة يكون فيها مقروناً بتحديد مهلة للقبول صراحةً، أو ضمناً يستخلص ذلك من الظروف، وهو ما أخذ به القانون المدني الفرنسي الجديد فيما بعد بالتعديل الجاري في العام 2016 عندما نص على عدم جواز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدة التي حدّدها الموجب أو مدة معقولة في حال عدم تحديدها⁽¹⁾.

(1) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى

وينص القانون المدني السوري على تحلل الموجب من إيجابه الصادر بمجلس العقد أو بطريق الهاتف أو ما يماثلها من طرق تواصل في حال لم يقتترن بالقبول فوراً⁽¹⁾، ما لم يتم تحديد ميعاد للقبول، حيث يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، والذي قد يستخلص من ظروف الحال ومن طبيعة المعاملة⁽²⁾ كما قضت محكمة النقض السورية بأنه:

((1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، وعندئذ يسقط الإيجاب سقوطاً تاماً إذا لم يقتترن بالقبول.

2- إذا صدر الإيجاب دون تحديد لميعاد القبول، فإن الإيجاب يبقى ملزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول في وقت مناسب.

3- قد يستخلص الميعاد من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب.

4- الوعد بالبيع لا يكون إلا باتفاق إرادتين مؤهلتين للتعاقد، ومادامت الجهة المفاوضة غير مختصة بالتعاقد، فإنه لا وعد في الموضوع ولا يخرج عن إيجاب بإرادة منفصلة تنتظر القبول))⁽³⁾.

وبالمثل فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: ((القاضي الموضوع أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذي التزم البقاء فيه على إيجابه، وعلى القاضي أن يتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه وله أن يستظهره من أفعال تكون قد صدرت من الموجب، دون رقابة عليه من محكمة النقض. وإذا كان الإيجاب قد صدر من شركاء متعددين عن صفقة واحدة، فللقاضي أن يستدل على قصدهم بأمر تكون قد صدرت عن أحدهم كاشفة عن هذا القصد))⁽⁴⁾.

ويتحدث بعض الفقهاء⁽⁵⁾ عن التزام الموجب بصفة عامة بالبقاء على إيجابه في المسائل التجارية، حيث يتحدد ميعاد الإيجاب في هذه الحالة بالمدة المعقولة، والتي يتولى العرف في الكثير من الأحيان تحديدها. من ذلك ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في بقاء الموجب على إيجابه خلال المدة

(1) تنص المادة 95/ من القانون المدني السوري على أنه: ((إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأي طريق مماثل)).

(2) تنص المادة 94/ من القانون المدني السوري على أنه: ((1. إذا عين ميعاد للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

2. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة)).

(3) نقض مدني سوري، قرار 1992/ 309- أساس- 2515 قاعدة - 187 م. المحامون - 1993 اصدار 05 و - 06 رقم مرجعية حمورابي 6495 .

(4) نقض مدني مصري، 1964/8/7، مجموعة أحكام النقض، س15، ص895، رقم39، أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص72.

(5) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص72.

التي يحددها صراحةً أو المدة الضمنية التي يحددها العرف، ولا سيما في المواد التجارية، بحيث إذا مضت المدة المحددة يسقط الإيجاب من تلقاء نفسه من دون حاجة إلى أي خطوات أخرى⁽¹⁾ ويعدّ موضوع الرجوع عن الإيجاب من النواحي التي يفترق فيها الإيجاب عن الدعوة إلى التفاوض، حيث يرى بعض الفقهاء⁽²⁾ أنه ليس للدعوة إلى التفاوض أي أثر قانوني، ويجوز العدول عنها من دون أن يترتب على هذا العدول أي مسؤولية. غير أنه إذا اقترن بالعدول خطأً مستقل عن مجرد العدول ترتب عليه ضرر، جاز للطرف المتضرر طلب التعويض عن هذا الضرر⁽³⁾ فالذي يميز الإيجاب عن الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد، بحسب هذا الرأي، هو وجود النية القاطعة في الارتباط بالعرض أو عدم وجودها، والكشف عن هذه النية هو أمر يتصل بالواقع، ويختلف باختلاف الظروف والملابسات، ويستقل بتقديره قضاة الموضوع⁽⁴⁾.

ثانياً- موت الموجب أو فقده أهليته:

اكتفى القانون المدني السوري بالنص في المادة (98) على أنه: ((يعدّ التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك)).

في المقابل تنص المادة (92) من القانون المدني المصري صراحةً على أنه: ((إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل)). ومن ثم فموت الموجب قبل القبول لا يمنع من اقتران القبول بالإيجاب ونشوء العقد.

أما حكم قانون الموجبات والعقود اللبناني، فقد ذهب باتجاه آخر، إذ نصت المادة (179) منه على أنّ وفاة الموجب أو فقدانه أهليته الشرعية يجعلان الإيجاب لغواً. وقد اعتمد في ذلك على ما يذهب إليه أهل الفقه عادةً من أن فقد الأهلية يقاس على الموت، وأنه يؤدي إلى سقوط الإيجاب⁽¹⁾.

-
- (1) نقض مدني فرنسي، 1972/05/10، Bull.Civ، 3، رقم 297. أشار إليه: د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص18 في الهامش.
- (2) د. علي فيلاي. الالتزامات، ج1 (ط2/2008)، ج2 (ط2/2007)، م.و.ف.م، الجزائر، ص104، وأيضاً: د. محمد صبري السعدي. الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ص104، وأيضاً: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج1، ص68؛ وأيضاً: د. محمد حسنين. الوجيز في نظرية الالتزام، ش.و.ن.ت، الجزائر، 1983، ص28 و29. أشار إليهم: د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص18 في الهامش.
- (3) نقض مدني مصري، 1967/02/09، م. أ. ن، س18، ص334 أشار إليه: د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص18 في الهامش.
- (4) نقض مدني فرنسي، 1972/05/10، Bull.Civ، 3، رقم 297. أشار إليه: د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص18 في الهامش.

وأمام خلو القانون المدني السوري من نص صريح بهذا الخصوص، يمكن القول بسقوط الإيجاب بموت الموجب أو بفقدانه أهليته قبل صدور القبول، وأيضاً بموت الموجب له أو بفقدانه أهليته قبل أن يصدر القبول منه. أما في حال موت أحدهما بعد القبول فإن العقد ينعقد نظراً لاعتناق القانون المدني السوري نظرية صدور القبول في تمام إنشاء العقد بحسب المادة (98) منه. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا الحكم مقتصر على الإيجاب غير الملزم، فإن كان الإيجاب ملزماً أي مقترناً بميعاد للقبول، فيبقى الإيجاب قائماً على الرغم من موت الموجب أو فقدانه أهليته ما لم يكن شخصه محل اعتبار، ولا يسقط إلا برفض الموجب له أو بانقضاء الميعاد المحدد للقبول⁽²⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ وجود فارق جوهري بين الموت وبين فقد الأهلية يستتبع وجوب اختلافهما في الحكم. ذلك أن الوفاة تعدم الشخصية، فإذا تحققت قبل القبول ترتب عليها زوال أحد المتعاقدين، وانتهيار العقد الذي لا يقوم إلا بتعدد المتعاقدين. أما فقدان الأهلية فلا يؤثر في الشخصية التي تظل باقية دائماً ويقتصر أثره في عدم إمكانية فاقد الأهلية مباشرة حقوقه بنفسه، وقيام نائبه القانوني بهذه المباشرة نيابة عنه، ولذلك فإنَّ فُقدَّ الموجب لأهليته لا يؤثر في بقاء العاقدين، وإمكانية قيام العقد⁽⁴⁾.

ويضيف أصحاب هذا الرأي بأن الإيجاب الملزم الذي يعين فيه الموجب ميعاداً صريحاً أو ضمناً للقبول يفيد بانفصال الإيجاب عن صاحبه واستقراره بذمته طوال مدة لزومه. ولذلك فهو لا يتأثر على أي حال بموت صاحبه، وينتقل إلى ذمة وارثه بالصفة نفسها التي كانت في ذمة المورث، خلافاً للأصل العام. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (179) من قانون الموجبات والعقود اللبناني⁽⁵⁾.

ثالثاً- أثر الإيجاب وخيار القبول:

أثر الإيجاب هو انتهاء مرحلة التفاوض، ونشوء حق لمن وجه إليه في قبوله قبولاً ينعقد به العقد. ومن ثمَّ فالحق في القبول ينشأ بحسب المادة (95) من القانون المدني السوري من وقت صدور الإيجاب، بخلاف ما هو عليه الحال في القانون المدني المصري، الذي يأخذ بنظرية العلم

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1997، ج2، 216-17. وأيضاً: محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص109 وما بعدها، عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص616 وما بعدها. أشار إليهم: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص79 في الهامش.

(2) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص162.

(3) اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص101، هامش (2). أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص79 في الهامش.

(4) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص79.

(5) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص80.

بالإيجاب⁽¹⁾؛ ولذلك فإنه من المتوقع - في ظل القانون المدني المصري - أن يعود الموجب فيعدل عن إيجابه قبل علم الموجب له به، فيحول بذلك دون انتهاء مرحلة التفاوض ودون نشوء حق من وجه إليه في قبوله قبولاً ينعقد به العقد. وتظهر أهمية ذلك في الحالات التي يكون فيها الإيجاب ملزماً، ويقوم الموجب بالعدول عن إيجابه قبل وصول الإيجاب إلى علم الموجب له، مثال ذلك أن يصدر الموجب إيجابه الملزم في رسالة يوجهها إلى الموجب له، ثم يقرر العدول عن إيجابه، ويفلح في استعادة الرسالة قبل علم الموجب له بمضمونها، أو يرسل للموجب له برقية يخبره فيها بالعدول عن إيجابه وتصل إليه هذه البرقية قبل علمه بمضمون الرسالة الحاملة للإيجاب⁽²⁾.

والأصل في الفقه المعاصر أن يظل الحق في القبول قائماً ما دام الإيجاب قائماً لم يسقط لسبب من أسباب السقوط. فقد جاء في المادة (95) من القانون المدني السوري على أنه: ((1- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. 2- ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد))⁽³⁾ وهو حكم قابل للتطبيق في القانون اللبناني بحسب ما يراه بعض الفقهاء⁽⁴⁾ على الرغم من خلو النص الصريح على ذلك.

رابعاً - تلاقي القبول بالإيجاب ولحظة انعقاد العقد:

يجب لقيام العقد حصول تطابق بين إرادتين متعاقبتين، بحيث يصدر الإيجاب من إرادة أولى، يعقبها قبول مطابق من إرادة ثانية. ويقصد بالتطابق أن ينصرف القبول إلى كامل عناصر الإيجاب⁽⁵⁾

(1) تنص بعض التشريعات على أن حرية من يوجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض، وذلك في حال كان هو الذي دعا إلى التفاوض، وكان الإيجاب استجابة لهذه الدعوة، حيث تنص المادة 181 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: ((من يوجه إليه العرض يكون في الأساس حراً في الرفض ولا يتحمل تبعه ما بامتناعه عن التعاقد. بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك إذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج للعرض.. ففي هذه الحالة يجب أن يستند امتناعه عن التعاقد إلى أسباب حرية بالقبول. وإلا كان امتناعه استبدادياً وجاز أن تلزمه التبعة من هذا الوجه)). وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يحوي نصاً بهذا المعنى مفاده: ((يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه، ما لم يكن دعا إليه، فلا يحوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة)) إلا أنه تم حذف هذه المادة لعدم الضرورة. انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج1، ص45-46.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص81.

(3) يقابل النص السوري المادة (94) من القانون المدني المصري.

(4) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص83.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص217. وأيضاً: د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص35. وأيضاً: د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص137. وأيضاً: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة العربية،

ومن ثمَّ فإنَّ أيَّ إضافة أو تعديل صادر من القابل بخصوص أي عنصر من العناصر التي يتضمنها الإيجاب، يمنع من حصول التطابق التام⁽¹⁾ ويؤدي إلى تبادل في المراكز بين الإيجاب والقبول⁽²⁾.
فالمادة (92) من القانون المدني السوري تنص على أنه: ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين))⁽³⁾ وبالمثل فإن القانون الفرنسي يتطلب تطابقاً تاماً بين الإيجاب والقبول لتكوين العقد. كما هو الحال بالنسبة إلى الفقه والقضاء الإنجليزيين اللذين يتطلبان توفر التطابق التام بين القبول والإيجاب، بحيث ينصرف القبول ليشمل كافة الجوانب الواردة في الإيجاب المقدم⁽⁴⁾.

1- كفاية الاتفاق على العناصر الجوهرية لقيام العقد:

في الواقع إنَّ تطلُّب حصول التطابق التام بين الإيجاب والقبول لتحقيق الوجود القانوني للعقد، من شأنه أن يعطل انعقاد الكثير من العقود؛ لذلك جرى العمل للتخفيف من وطأة هذا المطلب من خلال التفرقة بين الشروط الجوهرية وغير الجوهرية للعقد⁽⁵⁾.

فقد نصت المادة (96) من القانون المدني السوري على أنه: ((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها يعدُّ العقد قد تم. وإذا قام خلافٌ على المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)). وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات العربية، ومثال ذلك المادة (95) من القانون المدني المصري، والمادة (2/100) من القانون المدني الأردني، والمادة (86) من القانون المدني العراقي، والمادة (95) من القانون المدني الليبي، والمادة (52) من القانون المدني الكويتي⁽⁶⁾.

بيروت 1995، ص107. وأيضاً: د. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، منشورات الجامعة المفتوحة، 1991، ص60.

(1) د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص32. وأيضاً: د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1، المرجع السابق، ص73. وأيضاً: د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1996، ص76. وأيضاً: د. يزيد نصير، المرجع السابق، ص99.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص110.

(3) يقابل النص السوري المادة (89) من القانون المدني المصري.

(4) R.Demogue, op. cit., n° 554, p. 171. And: J. Ghestin, cp. Cit., n° 319, p. 31. And: CH. Larroumet, op. cit., n° 250, p. 23.

(5) انظر: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص112.

(6) إنَّ ما جاءت به القوانين العربية بهذا الخصوص مستمد من قانون الالتزامات السويسرية في مادته الثانية، والقانون المدني البولوني في مادته الحادية والستين. فالاتفاق على عناصر العقد الجوهرية كافٍ لانعقاد العقد

أما القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات اللبناني فقد تناولوا هذه المسألة بصورة غير مباشرة فيما يتعلق بعقد البيع، حيث نصت المادة (1583) من القانون المدني الفرنسي على أن العقد -عقد البيع- يكون تاماً بين الطرفين وأن الملكية تصبح مكتسبة للمشتري بقوة القانون منذ الاتفاق على الشيء (المبيع) وعلى الثمن. وهو ما دفع الفقه الفرنسي⁽¹⁾ إلى القول إن عناصر عقد البيع الجوهرية هي المبيع والثمن، وبأن الاتفاق عليها يعد كافياً لإبرام عقد البيع. مقررًا مبدأً عاماً قابلاً للتطبيق على كافة أنواع العقود الأخرى، مفاده أن اتفاق الفرقاء على العناصر والمسائل الجوهرية كافٍ لتحقيق كيان قانوني لأي عقد كان. وأن عدم الاتفاق على عناصر الاتفاق التبعية أو الثانوية ومسائله، لا يمنع من قيام العقد وفق القانون الفرنسي ما لم تتجه إرادتهما إلى خلاف ذلك⁽²⁾، أي إلى تعليق إبرام العقد النهائي على ضرورة حسم الاتفاق بشأن هذه المسائل.

وأما في القانون اللبناني، فإن المادة (388) من قانون الموجبات والعقود تنص على أنه: ((لا يكون البيع تاماً إلا إذا اتفق المتعاقدون على نوع العقد والمبيع والثمن)). وهو ما يسوّغ الأخذ بما انتهى إليه الفقه الفرنسي بخصوص كفاية الاتفاق على العناصر الجوهرية لقيام العقد. ولذلك فإن الفقه القانوني اللبناني⁽³⁾ لا يعلق إبرام العقد على الاتفاق على المسائل والعناصر الثانوية للعقد المراد إبرامه، ما لم يعط الفرقاء أهمية خاصة لتلك العناصر فيتفقون على غير ذلك.

وبناءً على ما سبق يمكن تلخيص موضوع الاتفاق على العناصر الجوهرية بالحالات الآتية:

أ- الحالات التي يعدُّ بها العقد منعقداً، وتتمثل بفرضيتين:

الفرضية الأولى: أن يقتصر الطرفان التفاوض على العناصر الجوهرية أو الأساسية للعقد المراد إبرامه، من دون التعرض أو البحث في المسائل التفصيلية أو الثانوية. ولم يشترطاً عدم انعقاد العقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل. ففي هذا الفرض لا يوجد ما يمنع من انعقاد العقد، ويكون المرجع

في ظل هذه القوانين ما دام الطرفان لم يعلقا انعقاد العقد على تمام الاتفاق على عناصره الثانوية أو التبعية.

اشار إليها: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص114.

A. Reig, La ((Punctuation)) contribution a l'étude de la formation successive du contrat, in Mélanges Jauffret, 1974, p. 595.

(نقلاً عن د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص114)

(1) J. Ghestin, op. cit., n° 321, p. 320. And: J. Schmidt, La période précontractuelle en droit française. R.I.C., 1990, p.562

(2) J. Ghestin, op. cit., n° 319; F. Terre et ph. Simler et Y. lequette, op. cit., n° 180, p. 17 ; , p. 318. And: J. Schmidt, art. préc., p. 565

(3) د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص135. وأيضاً: د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1، المرجع السابق، ص73. وأيضاً: د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثامن، عقد البيع، دراسة مقارنة، بيروت، 1995، ص88. وأيضاً: أ. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات اللبناني، مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشرعية الإسلامية، الجزء الثالث، بيروت، الطبعة الثانية، ص227. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص252.

في المسائل التفصيلية أو الثانوية إلى العرف والقواعد التشريعية المكملة التي نص عليها القانون في تنظيم العقد إن كان من العقود المسماة، وإلى الأحكام العامة للالتزام⁽¹⁾ بحسبان أن عدم مواجهة الطرفين لها يفيد ترك أمرها لحكم القواعد العامة.

الفرضية الثانية: أن يتفق الطرفان على كافة العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد، ويتوافقان على إرجاء العناصر التفصيلية التي أثرت في أثناء مرحلة التفاوض إلى اتفاق لاحق، من دون تعليق انعقاد العقد على تحقيق الاتفاق بشأنها. الأمر الذي يفيد عدم ترك العناصر الثانوية إلى حكم القواعد القانونية المكملة أو المفسرة، بل إلى حكم الاتفاق اللاحق بشأنها⁽²⁾.

وتظهر الصعوبة في هذا الفرض بحال عدم الاتفاق على العناصر المؤجلة. وهو ما نظمته المادة (96) من القانون المدني السوري عندما نصت على أنه: ((إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة))، في اتجاه يراه بعض الفقهاء⁽³⁾ خروجاً خطيراً من القاضي عن مهمته الأصلية في تفسير العقد إلى التدخل في تكوينه⁽⁴⁾.

وتطبيقاً لهذا الفرض فقد قضت محكمة النقض السورية بانهقاد الاتفاق على شراء مفروشات بموجب فاتورة، انطلاقاً من أن العريون المدفوع كان بقصد تأكيد العقد والبت فيه، وهو ما استخلصته

(1) د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 116. وأيضاً: د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص 33.
(2) يرى بعض الفقهاء أن الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاتفاق لاحق يفرض على عاتق الطرفين التزاماً عقدياً بالدخول في التفاوض، وهو التزام بوسيلة وليس التزاماً بتحقيق نتيجة. إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة للوصول إلى اتفاق على المسائل المتعلقة، من دون شرط الوصول إلى هذا الاتفاق، بشرط أن يتم التفاوض بين الطرفين وفقاً لقواعد حسن النية والأمانة والثقة في التعامل. انظر في هذا الشأن: د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 99. وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 739.

F. Labarthe, La notion de document contractuel, L. G. D. J. Paris, 1994, n° 248, p. 157
(3) د. سمير تناغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون تاريخ، ص 40. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 58. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، وبخاصة المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 79. وأيضاً: د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 170-171.

(4) وهناك من يرى خلاف ذلك بالقول: ((إنه لا محل لمثل هذا القول، فإن عمل القاضي فيما نحن بصددده ليس إنشاء العقد وإنما التوسيع في سلطته من حيث التفسير، وإن أدى ذلك إلى استكمال ما نقص من إرادة الطرفين...)) انظر في هذا الرأي: د. أحمد أبو ستيت، المرجع السابق، ص 102.

من أوراق الدعوى، ومن التقصي عن الإرادة التي التقى عليها الطرفان، وانتهاءً إلى أن الموصفات المحددة في فاتورة البيع تشكل العناصر الجوهرية لعقد البيع⁽¹⁾.

وبالمثل فقد قضت محكمة النقض المصرية بتمام انعقاد العقد لما ورد فيه من أن الطرفين قد اتفقا على أن يقوم الطرف الأول بتوزيع الأفلام موضوع العقد سينمائياً داخل وخارج مصر وتلفزيونياً خارجها، على أن يتم ذلك بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين. فقد دلّ ذلك على انعقاد العقد وتماحه فعلاً بين الطرفين على إسناد عملية التوزيع للطاعن، وذلك من دون توقف على حصول اتفاق آخر بينهما بشأن الطريقة التي يتم بها التوزيع، إذ إن الأمر لا يعدو بالنظر لظروف التعاقد وملابساته أن يكون من قبيل المسائل التفصيلية التي تتصل بتنفيذ العقد، والتي احتفظ الطرفان ببحثها في حينه، حتى إذا ما اتفقا بشأنها جرى التنفيذ عليها، وإلا رفعا ما اختلفا فيه إلى المحكمة المختصة⁽²⁾.

ب- الحالات التي لا يعد فيها العقد منعقداً، وتتمثل بفرضيتين:

الفرضية الأولى: عدم الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد المتفاوض عليه، وقد رأينا أنه يشترط في الإيجاب لكي يكون صالحاً لقيام العقد في حال اقترانه بقبول مطابق، أن يشتمل على كافة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه. ومن ثمّ فإن اختلاف الطرفين على أي عنصر من العناصر الجوهرية للاتفاق من شأنه الحيلولة دون انعقاد العقد.

كما أن كل اتفاق حاصل بين الطرفين لا يتضمن كامل عناصر العقد الجوهرية لا يؤدي قطعاً إلى انعقاد العقد المنشود، وإنما يدخل في إطار الاتفاقات السابقة على التعاقد، بغض النظر عن عدد العناصر الجوهرية التي يتضمنها الاتفاق، وبغض النظر عن درجة أهميتها⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض السورية برفض الطعن القائل بانعقاد البيع، من باب عدم ثبوت دفع ثمن العقار للمدعى عليه، بحسبان أن دفع الثمن مقابل نقل الملكية يعد شرطاً من شروط صحة البيع وانعقاده، وبأن الثمن ركن من أركان البيع التي يجب التثبت من توفرها قبل الحكم بانعقاد العقد⁽⁴⁾.

(1) نقض مدني سوري، قرار 1982 / 2366 أساس 2112 ، قاعدة - 5 م . القانون - 1983 اصدار 05 و - 06 رقم مرجعية حمورابي 7231.

(2) نقض مدني، 29 مارس 1983، المجموعة، رقم 175 أن ص 851. أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 119.

(3) انظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 127.
F. Terre et ph. Simler et Y. lequette, op. cit., n° 180, p. 173 ; Labarthe, op . cit., n° 248, p. 157

(4) نقض مدني سوري، قرار 2002 / 753 ، أساس 557 ، قاعدة 63 م . القانون - 2002 القسم الأول - رقم مرجعية حمورابي 53059.

وبالمثل فقد قضت محكمة النقض المصرية برفض دعوى صحة التعاقد عندما تبين لها عدم اتفاق الطرفين على العين المبيعة، وأن ما جرى بينهما ما هو إلا مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين⁽¹⁾.

الفرضية الثانية: اتفاق الطرفين على كافة العناصر الجوهرية، وإثارتها لمسائل تفصيلية خلال مرحلة التفاوض دون أن يصل إلى اتفاق بشأنها، ثم يتبين أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تعليق إبرام العقد المطلوب على الوصول إلى اتفاق بشأن هذه المسائل، فإن العقد لا ينعقد في هذه الفرضية إلا بالوصول إلى هذا الاتفاق⁽²⁾ حيث إن إرادة أحد الطرفين قد اتجهت إلى الارتقاء بهذه العناصر التبعية إلى مصاف العناصر الجوهرية للعقد المراد تحقيقه⁽³⁾ فالاتفاق على العناصر التبعية يشكل أمراً دافعاً للتعاقد، وهذا ما يسمى بالشروط الدافعة للتعاقد⁽⁴⁾ فطرح موضوع العنصر الثانوي في أثناء مرحلة التفاوض يشكل قرينةً نسبيةً على عدم رضائهما بترك هذا العنصر للقواعد العامة، وتعليق الاتفاق على العناصر الأساسية بالتوصل إلى اتفاق بشأن هذا العنصر الثانوي⁽⁵⁾ بخلاف ما هو الحال عند ترك الطرفين لبعض عناصر العقد من دون تفاوض، وتأجيل الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد، حيث يشكل ذلك قرينةً نسبيةً على ثانويتها وترك حكمها إلى القواعد القانونية المكملة والعرف⁽⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض السورية بأن: ((تقدير المفوض بتحديد ثمن المبيع بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع، وعدم تحقق الشرط الواقف يعدُّ معه البيع كأن لم يكن ولا يستطيع القاضي تحديده))⁽⁷⁾.

ومن جانبها، فقد قضت محكمة النقض المصرية: ((بأن الحكم المطعون فيه إذا عدَّ الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة والثمن مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائي إلى أن تقوم به الإدارة

(1) نقض مدني، 19 يناير 1950، المجموعة س18، ص345، رقم 4. أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص121.

(2) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص58. وأيضاً: د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، 2000، ص130.

F. Terre et ph. Simler et Y. lequette, op. cit., n° 180, p. p. 171-172

(3) د. همام زهران، المرجع السابق، ص52.

(4) د. محمد البدوي، المرجع السابق، ص61.

(5) المادة (137) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، مجموعة الاعمال التحضيرية، ج2، ص46.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص122.

(7) نقض مدني سوري، قرار 1981 / 1959 أساس - 1601 ، قاعدة - 1317 القانون المدني ج 1 إلى ج - 9 استانبولي - رقم مرجعية حمورابي 29253.

القانونية للجنة الإصلاح الزراعي بالشروط التي تراها فيه أنه لا يعدو أن يكون مشروعاً لعقد بيع...⁽¹⁾.

2- زمان انعقاد العقد:

لا يشكل موضوع تحديد زمان انعقاد العقد صعوبة إذا كان التعاقد بين حاضرين، بل تنشأ الصعوبة في حال التعاقد ما بين الغائبين سواء بالمراسلة أم سواها من وسائل الاتصال الحديثة كالفاكس أو البريد الإلكتروني.

وقد عرف الفقه المعاصر بصفة عامة أربع نظريات لتحديد وقت ملاقة القبول بالإيجاب، هي على التوالي: نظرية إعلان القبول، ونظرية تصدير القبول، وتعبّر عن الاتجاه الأول الذي يجعل القبول تعبيراً غير واجب الاتصال، ونظرية استلام القبول، ونظرية العلم بالقبول، وتعبّر عن الاتجاه الثاني الذي يجعل القبول تعبيراً واجب الاتصال⁽²⁾.

وتنص المادة (184) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: ((إذا كانت المساومة جارية بواسطة رسول بين غائبين فالعقد يعد منشأ في الوقت وفي المكان الذين صدر فيهما القبول ممن وجه إليه العرض)) في موقف يبين اعتناق المشرع اللبناني للاتجاه الأول الذي لا يرى في القبول تعبيراً واجب الاتصال.

أما القانون المدني المصري فقد نص في المادة (91) على أنه: ((ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، وبعد وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك)) كما نصت المادة (97) منه على أنه: ((يعدّ التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذين وصل إليه فيهما هذا القبول)) وقد عبر المشرع المصري من خلال هذه النصوص عن اعتناقه لنظرية العلم، مع محاولة تفادي ما وجه إليها من نقد من خلال جعل الوصول قرينة على العلم تيسيراً لعبء الإثبات.

من جانبه فقد تبنى القانون المدني السوري نظرية صدور القبول عندما نص في المادة (98) على ما يأتي: ((يعدّ التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك)).

(1) نقض مدني، 16 يناير 1975، المجموعة س26، ص183، رقم 43. أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص122.

(2) ويرى بعض الفقهاء أن المشكلة في حقيقتها مشكلة تفسير عقد، يتولاها القاضي في كل حالة على حدها وفقاً لطبيعة العقد وما يحيط به من ظروف، الأمر الذي يمكن أن يختلف معه الحل من حالة لأخرى. انظر في هذا المعنى: فيل وترية، القانون المدني، الالتزامات، الطبعة الثالثة، ص177 وما بعدها.

وقد خلا القانون المدني الفرنسي لتاريخ قريب من نص ينظم هذا الموضوع، لذلك انقسم القضاء بين مذهبي إعلان القبول والعلم به. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن تحديد مكان انعقاد العقد وزمانه هو مسألة موضوعية يرجع فيها إلى نية المتعاقدين، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها⁽¹⁾ إلى أن جاءت المادة (1121) من القانون المدني الفرنسي الجديد، والتي نصت صراحةً على أنه: ((ينعقد العقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب، ويعدُّ منعقدًا في مكان وصول القبول))⁽²⁾.

3- توفر الشكلية لانعقاد العقد:

سبق أن رأينا أن تمام العقد بالزمان الذي يصدر فيه بالقبول هو مجرد أصل عام، يجوز الخروج عنه بنص القانون أو باتفاق الأطراف⁽³⁾ فقد يتطلب القانون شكلاً معيناً لانعقاد العقد، بحيث لا يعدُّ منعقدًا إلا في الزمان الذي يتحقق فيه الشكل المطلوب.

وقد يحدث بأن يتفق الطرفان على جعل عقد رضائي بطبيعته عقداً شكلياً⁽⁴⁾ فلا يتحقق العقد المنشود بمجرد تحقق التراضي على مضمونه وشروطه الأساسية بل يلزم إجراء شكلي معين لإتمام انعقاده وترتيب آثاره.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة (3/220) من قانون الموجبات والعقود اللبناني من أنه: ((...إذا انفق المتعاقدون... على وضع العقد بصيغة خاصة لا يوجبها القانون كالصيغة الخطية مثلاً، فإن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين إلا حين يوضع في تلك الصيغة)). ويساوي الفقه عادةً بين الشكلية التي يفرضها القانون، وبين الشكلية التي يفرضها المتعاقدان، كلما كانت هذه الأخيرة مطلوبة للتعبير عن الإرادة التي ينعقد بها العقد، وليس لمجرد إثباته أو نفاذه أو فسخه، بحسبان أنها تصبح مطلوبة لتحقيق وجود العقد أو لصحته⁽⁵⁾.

ويصعب أحياناً الوقوف على قصد المتفاوضين من اشتراط الشكل الذي يتطلبه، فهو شرط لانعقاد العقد المتفاوض بشأنه، أم قصداً به أمراً آخر كإثباته مثلاً. وفي هذه الحالة يجب تفسير عبارة العقد على أنها لا تستلزم الشكل لذات انعقاده، بل للأمر الآخر الذي هو دون انعقاد العقد

(1) Cass. Civ. 21 déc. 1960 D. 1961, p. 417

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 125.

(2) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المرجع السابق، ص 40.

(3) راجع المادة (98) من القانون المدني السوري.

(4) وكما يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون عقد رضائي معين عقداً شكلياً، فإنه يجوز لهما أن يتفقا على

جعله عقداً عينياً بمعنى ألا يقوم إلا إذا تم تسليم الشيء، فلا ينعقد العقد المتفاوض بشأنه هنا بمجرد التراضي

بل ينبغي أن يتم تسليم الشيء موضوع التعاقد المطلوب. انظر في هذا الشأن: د. مصطفى محمد الجمل،

السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 201.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 128.

بالضرورة⁽¹⁾؛ ذلك لأن الشك الذي يكتنف شرطاً من شروط العقد ينبغي تفسيره على النحو الذي يتمشى مع ما تقتضيه القواعد القانونية العامة التي مفادها أن العقد رضائي⁽²⁾ ما دام ليس هنالك نص يقضي بغير ذلك⁽³⁾.

وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن ذلك صراحةً بقولها ((إن الاتفاق على ضرورة التوقيع على ما تم الاتفاق بشأنه خلال مرحلة التفاوض يجعل العقد لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه، وإن كان الأصل أن اشتراط الكتابة في العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها. إلا إنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من تعليق العقد على التوقيع على المحرر المثبت لذلك. إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط هو مما يستقل به قاضي الموضوع))⁽⁴⁾.
وقد قضت محكمة النقض السورية من جانبها: ((أن اتفاق الأطراف على إثبات التصرفات القانونية في المواد التجارية بالكتابة يتفق مع إرادة المشرع التي انصرفت أصلاً إلى وجوب إثبات الالتزامات متى زادت قيمتها على مبالغ معينة بالبيئة الخطية، وإن كانت قد أجازت من قبيل التيسير الإثبات بالشهادة في الأمور التجارية إلا أن الجواز لا يمنع من الاتفاق على تطبيق أحكام القاعدة))⁽⁵⁾.

(1) قارن: نص المادة (159) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الذي يقول: ((إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفي العقد شكلاً خاصاً لم يشترطه القانون، فالمفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذي يستوفي فيه العقد الكل المتفق عليه))، فهذا النص يجعل من الكتابة في هذه الحالة مشروطة للانعقاد. إلا أن النص المذكور قد حذف، وهو ما يستدعي الرجوع بالحكم إلى القواعد العامة على ما هو مبين بالمتن.

(2) في هذا المعنى: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص151 الهامش. وأيضاً: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص62. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص69. وأيضاً: د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص15.

(3) ففي القانون اللبناني كما رأينا تعد الكتابة مشروطة لانعقاد العقد عند عدم إفصاح المتعاقدين عن طبعة الكتابة الشكلية، فيما إذا كانت للانعقاد أو للإثبات. وذلك بحسب المادة (3/220) من قانون الموجبات والعقود التي تنص على أنه: ((...إذا اتفق المتعاقدون... على وضع العقد في صيغة خاصة لا يوجبها القانون كالصيغة الخطية مثلاً فإن العقد لا ينعقد ولا ينتج مفاعيله حتى بين المتعاقدين إلا حينما يوضع في تلك الصيغة)) وذات الحكم في قانون الالتزامات السويسري، حيث نصت المادة (1/16) على أن ((الطرفين الذين اتفقا على إعطاء شكل خاص لعقد لم يتطلب القانون فيه ذلك، يفترض أنهما لم يقصدا أن يرتبطا إلا منذ استيفاء هذا الشكل)).

(4) نقض مدني، 29 مارس 1951، المجموعة س2، ص491، رقم 588. وأيضاً: نقض مدني، 26 أكتوبر 1965، المجموعة س16، ص146. أشار إليهم: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص131.

(5) نقض مدني سوري، قرار 1982 / 151 أساس 3033 قاعدة - 465 م. المحامون 1982 اصدار - 08 رقم مرجعية حمورابي 1230.

أما في إطار التصرفات التي تستلزم شكلاً معيناً في الرضا بالعقد لتحقيق الوجود القانوني لذلك التصرف، فمن المؤكد بأن تخلف هذه الشكلية يحول دون انعقاد العقد، أو يكون باطلاً، فيما إذا عُقد خلافاً لما هو مفروض قانوناً⁽¹⁾ وبما يفيد عدم ترتيب أي أثر قانوني للاتفاق الحاصل بين الطرفين والمفتقر إلى الشكل المطلوب قانوناً⁽²⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ أن تخلف الشكل المطلوب في الاتفاق لا ينفي أنه اتفاقٌ حقيقيٌّ سابقٌ على إبرام العقد النهائي، يهدف إلى التحضير والتمهيد لإبرام ذلك العقد المنشود، وهو بهذه المنزلة ينتمي إلى مرحلة المفاوضات العقدية. ومن ثم فهو يرتب على عاتق طرفيه المسؤولية ذاتها التي يمكن أن ترتبها الاتفاقات السابقة على انعقاد العقد النهائي، بحسبانه يرتب التزاماً على عاتق كل طرف منهما بضرورة التعاون لتحقيق التعبير عن الإرادة في الشكل الذي يتطلبه القانون. وإذا أخل أحد الطرفين بهذا الالتزام، كان ملزماً بالتعويض عن الأضرار التي ترتبت على هذا الإخلال⁽⁴⁾.

من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة السوري بسياق نظرها بطلب بطلان عقد إداري لعدم استكمال إجراءات تصديق عقد الاستثمار من مراجعه المختصة، عندما قررت: ((أن عدم قانونية العقد، لعدم استكمال إجراءات تصديقه من المرجع المختص، لا يدع مجالاً لإعلان بطلانه لأن طلب الإبطال محله العقود النافذة، ويبقى كمشروع عقد لا تطاله أحكام البطلان))، في اتجاه يرى في الاتفاق المفتقر لعنصر الشكلية مشروعاً لعقد، عائد للفترة السابقة على التعاقد، وبالأخص عندما يقرر أحقية الإدارة المعنية ببذلات الاستثمار تطبيقاً لنظرية العقد الفعلي⁽⁵⁾.

(1) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص31. وأيضاً: د. جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص64. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص14. وأيضاً: د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص78. وأيضاً: د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1، المرجع السابق، ص292.

(2) ويذهب البعض إلى عدم إمكانية اعتبار الاتفاق الذي تخلف فيه عنصر الشكل بمثابة وعد بالتعاقد أيضاً، لأن الشكلية لازمة أيضاً لانعقاد عقد الوعد بالتعاقد. لذلك فإنهم يرون بنظرية تحول العقد مخرجاً لهذه المسألة، حيث تنص المادة (144) من القانون المدني المصري على أنه ((إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذ تبين أن نية المتعاقدين كانت لتتصرف إلى إبرام هذا العقد)). بحسبان أن هذه النظرية ليس من شأنها المساس بمبدأ الرضائية. د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص134.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص201. وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص89.

(4) انظر د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، منشورات دار دجلة، عمان، الطبعة الأولى 2008، ص397.

(5) قرار/237 ع - 2013 / 1/أساس - 946 المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة - سورية، قاعدة - 101 م. المحامون - 2013 اصدار 07 إلى - 12 رقم مرجعية حمورابي73384.

ومن مجمل ما تقدم يخلص بعض الفقهاء⁽¹⁾ إلى نتيجة مفادها أن تخلف الشكلية، وإن كان يحول دون إبرام العقد المطلوب، غير أنه لا يمنع من قيام المسؤولية التقصيرية في المرحلة قبل التعاقدية كمرحلة تفاوضية⁽²⁾ بحسب ما تضمنته من اتفاقات سابقة على التعاقد، ولسبب لا يسوغ التراجع عن استكمال الشكل المطلوب قانوناً، في ضوء ما يجب من أمانة وثقة مشروعة في التعامل، وحسن النية في إدارة المفاوضات وقيادتها حتى وصولها إلى غايتها في إبرام العقد النهائي المطلوب.

خامساً- الإيجاب المقترن بتحفظ أو شرط:

لكي يعدّ التعبير عن الإرادة إيجاباً فإنه يجب أن يكون باتاً وحاسماً، بمعنى أن يدل بشكل نهائي وحاسم على عزم من صدر عنه في إبرام العقد، إذا تلاقى مع القبول. وهو ما لا يتصور للوهلة الأولى في حالة الإيجاب المقترن بتحفظ أو شرط. فالإيجاب المعلق هو رضاء بالعقد المراد إبرامه معلق على شرط⁽³⁾ كأن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة، كأماكن المسرح أو السينما، فيكون هذا إيجاباً معلقاً على شرط وهو عدم نفاذ الكمية أو الشيء المعروض⁽⁴⁾.

وليس من شأن كل التحفظات تجريد الإيجاب من عنصر البت والحسم اللازم لقيامه، فقد تطرح بعض التحفظات من دون أن تحدث أثراً في طبيعة الإيجاب، وإن كان ذلك نسبياً يختلف من حالة إلى أخرى. من ذلك مثلاً حالة الإيجاب المعلق على شرط، وكان تحقق هذا الشرط أو التحفظ بمطلق إرادة الطرف الدائن، ففي هذه الحالة فإن الإيجاب لا يفقد صفته أو قيمته نتيجة قيام هذا الشرط⁽⁵⁾.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 136.

(2) يرى بعض الفقهاء أن التعهد بنقل ملكية عقار قبل التسجيل، وإن كان باطلاً لتخلف ركن الشكلية فيه، فإنه لا يمنع من اعتبار التعهد قبل التسجيل عقداً غير مسمى ابتداءً، لكنه ليس بعقد بيع، وهذا العقد غير المسمى عقد صحيح ملزم للطرفين إذا أخل به أحد الطرفين فإنه يلزم بالتعويض، وفق أحكام المسؤولية العقدية حيث إذا اتفق المتعاقدان في هذا التعهد على مقدار التعويض، والذي يسمى بالشرط الجزائي، جاز للقاضي الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان. انظر في هذا الشأن: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 397.

(3) Cf. Célice (B). Les Réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques, Thèse, paris, 1968 ; 24. Ghestin (J). Le Contrat, 3^{ed}, N° 295 ; Cass.Com, 04/06/1990, Bull.Civ, 4, P195, N°240 , N° 295 ; Cass.Com, 04/06/1990, Bull.Civ, 4, P195, N°240 ; Carbonnier (J), Les Obligations, p 61.

(4) د. علي فيلاي، الالتزامات، نظرية العقد، ص 106، وأيضاً: نقض تجاري فرنسي 1990/03/06، Dalloz، 1991، Som، 317 تعليق (J-L) Aubert، محكمة نيم (Nimes)، 1932/05/13، 404 D.H. أشار إليه:

د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 20 في الهامش.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 84.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن إخطار شركة (Volsk Wagen) المرسل إلى شركة وكيلة لتوزيع السيارات بعزمها تجديد عقد الامتياز لعام آخر بشرط أن تتنازل هذه الأخيرة عن تقديم العلامة التجارية (BMW) يعدّ إيجاباً باتاً يتم به تحقق وجود العقد إذا ارتبط به القبول.⁽¹⁾ كما قضت محكمة النقض المصرية أن العرض الذي يقيد بشرط الدفع فوراً نقادياً لخطر المضاربة في البورصة هو إيجاب معلق وليس مفاوضة، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي عُلق عليه⁽²⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ أن التحفظ أو الشرط المقترن بالتعبير عن الإرادة الذي يكون من شأنه الدلالة على إرادة التعاقد الباتة أو الحالة هو على نوعين: التحفظ أو الشرط الإرادي المحض (التحفظ أو الشرط النسبي)⁽⁴⁾ والذي يتوقف على تقدير شخصي محض من صاحب التعبير عن الإرادة ورهن إرادته الذاتية. وهو ما يجعل هذا النوع من التحفظات أو الشروط تهر صفة البت والحسم في التعبيرات عن الإرادة المقترنة بها، ومن ثمّ تنزل بها من منزلة الإيجاب إلى منزلة الدعوة إلى التفاوض، لما يتضمنه من إطلاق يد صاحب التعبير في اختيار من يتعاقد معه، من دون رقابة عليه في ذلك من القاضي، ومن ثمّ التحكم في عملية إبرام العقد حسب مشيئته الشخصية⁽⁵⁾.

أما النوع الثاني فهي التحفظات أو الشروط غير الإرادية أو الموضوعية (التحفظ أو الشرط المطلق)⁽⁶⁾ التي تعلق إنتاج التعبير عن الإرادة لأثره على اعتبارات أو ظروف موضوعية مستقلة عن إرادة من صدر عنه التعبير، بما يسمح بالرقابة على توفّرها من عدمه، ومثل هذه التحفظات أو الشروط ليس من شأنها أن تزيل عن التعبير عن الإرادة صفة البت أو الحسم، وإنما يقتصر أثرها على تحديد مدى فعالية هذا الإيجاب. فالتعاقد يكون قد استقر على رأي، ولكنه لم يبت أو يفصل فيه

(1) Cass. Civ. 4Juin 1980. Bull.civ.Lv.n° 240.p. 195.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص84.

(2) نقض مدني، 13 مارس 1958، المجموعة س9، ص186، رقم 2. أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص85.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص44.

(4) جان لك أويبر، المرجع السابق، بند42، ص48 وما بعدها. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص45 في الهامش.

(5) جاك جستمان، القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الثالثة، 1993، ص263 وما بعدها. وأيضاً جان لك أويبر، المرجع السابق، بند42، ص44 وما بعدها، وأيضاً: حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، ص84 ما بعدها. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص45 في الهامش.

(6) جان لك أويبر، المرجع السابق، بند42، ص50 وما بعدها. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص46 في الهامش.

بشكل نهائي⁽¹⁾ فالإيجاب المعلق على شرط هو إيجاب موجود، ولكنه لا ينتج أثره إلا إذا تحقق الشرط، فينقلب إلى إيجاب بات وجازم⁽²⁾.

وبناءً على ذلك، فإذا أعلن شخص عن عقد معين مع الاحتفاظ بالحق في رفض التعاقد، مع من لا يروق له من المتقدمين للتعاقد معه، فإن احتفاظه بهذا الحق يمنع من عدّ إعلانه باتاً مكوناً للإيجاب بالمعنى الصحيح؛ لذلك رأينا القضاء السوري يميل إلى أن مجرد النشر والإعلان، وحتى بيان الأسعار، وكل بيان آخر بعروض وطلبات موجهة إلى الجمهور أو الأفراد لا يكون إيجاباً، وإنما دعوة إلى التفاوض. كما أن الإعلان الذي يحتفظ فيه المعلن بوضع شروط لتحقيق الإيجاب، لا يعد إيجاباً ملزماً إلا بتحقق الشروط⁽³⁾.

وكذلك فعلت محكمة النقض المصرية عندما قضت بأن تقديم طلب لشراء سيارة من إحدى الشركات على نموذج معد سلفاً من الشركة، لا يعدّ قبولاً من مقدم الطلب، وإنما يعدّ إيجاباً منه، إذا كان النموذج المعد من قبل الشركة يتضمن تحفظاً يجعل تمام العقد متوقفاً على موافقتها⁽⁴⁾.

وعلى العكس من ذلك فإذا أعلن تاجر عن بيع بضاعة معينة بثمن معين، ولكن تضمن الإعلان تعليق انعقاد البيع على عدم نفاذ الكمية الموجودة لديه من البضاعة، فإن هذا التعليق لا يعدّ شرطاً إرادياً محضاً، ولا يمنع من عدّ التعبير عن الإرادة باتاً مكوناً للإيجاب بالمعنى الصحيح، وإن كان الإيجاب معلقاً، ولذلك فعقد البيع ينعقد بالنسبة إلى من يعبر عن قبوله بالإيجاب قبل نفاذ الكمية⁽⁵⁾.

ومن البديهي أن التحفظ الموضوعي الذي لا يؤثر في وجود الإيجاب، هو ذلك الذي لا يتعلق بعناصر العقد الجوهرية، وإنما بمسائله الثانوية وشروطه التفصيلية، لأن تحديد العناصر الجوهرية كما قدمنا لازم لوجود الإيجاب وإمكان انعقاد العقد بقبوله؛ ولذلك فإن احتفظ البائع بحقه في تحديد الشيء المبيع مثلاً في وقت لاحق لانعقاد العقد، فإن التعبير الصادر عنه لا يعدّ إيجاباً، إنما مجرد دعوة إلى التفاوض⁽⁶⁾.

ويفرق بعض الفقهاء⁽⁷⁾ بين التحفظ الصريح والتحفظ الضمني، فيرى أن الأصل في التحفظ أو الشرط الإرادي، الذي لا يرقى بالتعبير عن الإرادة إلى منزلة الإيجاب، أن يكون صريحاً. إلا أن هذا

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص 2018.

(2) د. مصطفى عبد الجواد، المصادر الإرادية للالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص 189.

(3) نقض مدني سوري، 1973/12/27، قرار رقم 1118، المحامون، العدد 1 و 2، ص 11.

(4) نقض مدني 1976/3/12 سبقت الإشارة إليه.

(5) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 46.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 93.

(7) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 47.

الشرط أو التحفظ قد يكون ضمناً، يستفاد من طبيعة المعاملة في بعض الأحيان، ومن العرف الجاري في أحيان أخرى. ومن الأمثلة على ذلك حالة الإعلان عن الإرادة الموجه إلى الجمهور في حال تعلق بعقد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، كعقود شركات الأشخاص وعقود القرض وعقود العمل.

ويرى بعض الفقهاء أن التحفظ القائم على الاعتبار الشخصي لا يتصور إلا في العرض الموجه إلى الجمهور، إذ إن توجيه العرض إلى شخص معين يحول من دون إمكانية الادعاء بعدم تقبل الشخص المذكور⁽¹⁾ ويضيف بعضهم الآخر بأن التحفظ القائم على الاعتبار الشخصي لا يحول من دون الرقابة على استعمال هذه السلطة للتأكد من توفر الصفة المطلوبة في المتقدم للتعاقد، على نحو يعقد مسؤولية صاحب التعبير عن الإرادة على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا ما أثبت الطرف الآخر أن رفض التعاقد لم يكن مستنداً لأسباب مشروعة جديرة بالقبول، بحيث جاء الرفض مخللاً بالثقة المشروعة التي أسهم بعرضه في بثها لدى من وجهت إليه⁽²⁾.

بالمقابل فإنه لا يمكن افتراض التحفظ أو الشرط الضمني في العقود التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي، بل يجب النص عليها صراحةً بمتن التعبير عن الإرادة. فإذا خلا التعبير عن الإرادة من الإشارة إلى هذا التحفظ أو القيد، فإنه يعدّ إيجاباً باتاً، وليس مجرد دعوة إلى التفاوض، حتى في حال كان هذا التحفظ أو الشرط موجوداً في ضمير الموجب عند صدور التعبير عن الإرادة. ومن ثمّ لا يكون لاستظهار هذا التحفظ بعد قبول أحد الذين شملهم توجيه الإيجاب مانعاً من إتمام الاتفاق. فإذا أعلن صاحب عقار عن استعداده لبيعه بثمن معين، فتقدم إليه آخر قابلاً عرضه، فإن العقد ينعقد بهذا القبول، ولا يستطيع صاحب الإعلان أن يتفادى التعاقد بحجة عدم موافقته على البيع لمن تقدم إليه بالذات. وإذا ما طرحت شركة مساهمة أسهماً للاكتتاب العام بشروط معينة، فإنها لا تستطيع رفض الطلب المقدم من شخص معين للاكتتاب بهذه الأسهم بحجة عدم موافقتها عليه، مادام صاحب الطلب مستوفياً للشروط التي حددتها؛ لأن عقد الاكتتاب في شركة مساهمة مغفلة لا يعدّ من عقود الاعتبار الشخصي، مما لا محل معه لافتراض التحفظ الضمني، فتعدّ الدعوة إلى الاكتتاب بمنزلة إيجاب ينعقد العقد بقبوله⁽³⁾.

ويبقى بعد ذلك أن نشير إلى أن العرف قد يجري في بعض المهن على حق أحد الأطراف في انتقاء من يتعاقد معه. وفي هذه الحالة لا يعدّ هذا الطرف في حالة إيجاب موجه إلى جميع من يتقدم

(1) د. محمد دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، الرياض، 1995، ص 67.

Flour (J.) et Aubert (J.) Droit Civil, Les obligations, L'acte Juridique, 6 éd, Armand Colin, Paris 1994n° 142, p.93.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 87-88.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 50.

إليه، حتى إذا كانت كافة شروط التعامل معه معلنة للكافة، إنما يعدُّ في حالة دعوة إلى التفاوض، ويعدُّ المتقدم للتعاقد معه في حالة إيجاب، بحيث تبقى لديه سلطة قبول هذا الإيجاب أو رفضه. ويضرب الفقه الفرنسي مثلاً على ذلك حق إدارة الصحيفة في قبول الإعلان الذي يقدم إليها أو رفضه، على الرغم من وجود تعبير سابق منها بقبول الإعلانات المقدمة إليها بشروط معينة وأسعار محددة سلفاً، أخذاً بما جرى عليه عرف المهنة⁽¹⁾. وواضح أنَّ مصدر التحفظ في مثل هذه الحالة لا يكون نصاً صريحاً في التعبير عن الإرادة أو طبيعة المعاملة، إنما يكون قاعدة قانونية عرفية⁽²⁾.

وكما هو الحال بالنسبة إلى التحفظات الإرادية أو النسبية، فإن التحفظات الموضوعية أو المطلقة يجب أن تكون صريحة من حيث المبدأ، إلا إنه لا يوجد ما يمنع من استخلاصها بشكل ضمني، بالاستناد إلى ظروف التعامل، كما هو الحال بالنسبة إلى شرط عدم نفاذ الكمية أو شرط عدم وجود قوة قاهرة في الإيجاب الموجه إلى الجمهور⁽³⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽⁴⁾ أن الإرادة المقترنة بتحفظ تنزل منزلة العرض المقترن بشرط، بحسبان أن الشرط هو أمر مستقبل محتمل الوقوع يتوقف على تحققه وجود الالتزام أو زواله⁽⁵⁾ وهو ما يؤدي بهم إلى التفريق بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ⁽⁶⁾ فالشرط الفاسخ بحسب تعبيرهم صحيح -أي لا يجرى

(1) نقض تجاري مصري 1978/2/21، النشرة المدنية، 4، رقم 60، ص 49. أشار إليه: د. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 51.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 50-51.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 51.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 88.

(5) يميز الفقه بين أنواع ثلاثة من الشروط من حيث تعلقها بالإرادة، وهي:

أ- الشرط الاحتمالي: وهو الأمر المرهون بتحقيقه بالمصادفات وحدها، أو إرادة شخص آخر غير طرفي الالتزام، دون أن يكون لإرادة أحد العاقدین أي دخل في تحققه.

ب- الشرط المختلط: وفيه يكون لإرادة أحد المتعاقدين دخل في تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام، ولكن هذه الواقعة لا تستأثر وحدها بإمكانية هذا التحقيق، وإنما تشاركها إرادة شخص ثالث.

ت- الشرط الإرادي: وهو الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام فقط، وهو على نوعين: شرط إرادي بسيط وهو الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام المقترنة بعمل معين. وشرط إرادي محض يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام دون أن تقترن بعمل معين، وفيه يكفي لتحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام مجرد التعبير عن الإرادة.

انظر للمزيد حول هذه التفرقة: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 3، المرجع السابق، ص 18. وأيضاً: د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 206. وأيضاً: د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج 2، المرجع السابق، ص 33-34. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 69.

(6) تنص المادة (265) من القانون المدني السوري على أنه: ((يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع)). وراجع أيضاً في شأن تسمية هذين الشرطين المادة (2/81) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، فالشرط الواقف يسمى شرط التعليق، والشرط الفاسخ يسمى شرط الإلغاء.

الإيجاب من عنصر البت والحسم - في جميع الأحوال، سواء أكان احتمالياً أم مختلطاً، إرادياً بسيطاً أم محضاً، متوقفاً على محض إرادة الدائن أم المدين.

أما الشرط الواقف فهو صحيح برأيهم إن كان احتمالياً أو مختلطاً أو إرادياً بسيطاً. أما إذا كان إرادياً محضاً، فيكون صحيحاً فقط إذا كان متعلقاً بمحض إرادة الدائن، أما إذا كان متعلقاً بمحض إرادة المدين فإن الالتزام هنا لا يكون قائماً⁽¹⁾.

وتكمن العلة في التفريق بين الشرط الفاسخ والشرط الواقف في حال كان إرادياً محضاً متعلقاً بإرادة المدين، في أن الشرط الفاسخ لا يمنع من نشوء الالتزام، وإن بقي احتمال فسخه متوقفاً على إرادة المدين، في حين يتمتع قيام الالتزام إذا كان الشرط واقفاً، لانفراد المدين بعقد الرابطة القانونية. بحيث يكون له أن يلتزم أو لا يلتزم. بمعنى أنه لم يلتزم في حقيقة الأمر بأي التزام كان⁽²⁾.

وعليه فإن الأثر الذي يحدثه الشرط الواقف المرهون بمحض إرادة المدين يتشابه مع الأثر المتولد عن التحفظ الإرادي المحض المرهون بإرادة المتعاقد، في إبقاء التعبير عن الإرادة دون منزلة الإيجاب، ومن ثمَّ حيولة الفرقاء من تجاوز مرحلة المفاوضات وصولاً إلى مرحلة متقدمة أكثر من مراحل إبرام العقد النهائي⁽³⁾. وهو ما يدفع بعض الفقهاء⁽⁴⁾ إلى القول باختلاف الإيجاب المعلق عن الدعوة إلى التفاوض بشكل جذري، ففي حين يعبر الأول عن رضا بالتعاقد معلق على شرط، يعبر الآخر عن رغبة في التعاقد سابقة على مرحلة الرضا به.

في حين لم يستعمل القانون المدني الأردني هذه التعبيرات، إذ إن هذه التعبيرات لا وجود لها في الفقه الإسلامي، وبما أن هذه التعبيرات مأخوذ بها في الفقه اللاتيني والجرماني. انظر في ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص449.

- (1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص90.
- (2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج3، المرجع السابق، ص19. وأيضاً: د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص207. وأيضاً: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص735. وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص340. وأيضاً: د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج2، المرجع السابق، ص35.
- (3) انظر: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص91.
- (4) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص29. وأيضاً: أ. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج15، المرجع السابق، ص224.

المبحث الثاني

المبادئ القانونية التي تحكم مرحلة التفاوض

سبق أن رأينا أن التفاوض هو مرحلة سابقة على التعاقد، يتبادل خلالها الأطراف وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه، بهدف الوصول إلى أفضل الصيغ التعاقدية التي تحقق مصالحهم. ورأينا أن التفاوض عملية مدفوعة بالمصالح الشخصية، تملؤها التناقضات والمصالح المتعارضة، يتم فيها اتباع استراتيجيات وتكتيكات تفاوضية تدور بين التشدد والقبول بالأمر الواقع والانسحاب الظاهري⁽¹⁾ بقصد تحقيق أكبر قدر ممكن من المنفعة من التعاقد.

كما رأينا أن المفاوضات هي عبارة عن مبادرة شخصية لمناقشة موضوع معين، وأن المبدأ الأساسي الذي يحكمها هو حرية الإنسان في عدم الالتزام بشيء لا يرغب الالتزام به، وفي إنهاء المفاوضات في أي لحظة، فالمتفاوض غير ملزم بإبرام عقد في نهاية عملية المفاوضات، إذ إن التوصل إلى اتفاق أمر احتمالي من كلا الطرفين⁽²⁾.

وأمام الوقائع السابقة نتساءل عن إمكانية ترك مرحلة التفاوض بكل حساسيتها وتناقضاتها بلا تنظيم قانوني، تحكمها مبادئ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية التي تقوم أيضاً على المصلحة الشخصية⁽³⁾، بالنظر لما تتضمنه مرحلة التفاوض من مواقف وتعابير عن إرادة قد ينتج عن بعضها حقوق والتزامات معينة، يترتب على مخالفتها نشوء الضرر، وقيام المسؤولية المدنية. وهي تساؤلات أقر بها حتى أشد المناصرين لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية أيضاً من خلال البحث بمدى هذه الحرية، وهل هي حرية مطلقة؟ أم أن هنالك قيوداً تحد من هذه الحرية؟

وفي الحقيقة فإن الإجابة عن هذه التساؤلات تختلف باختلاف الأنظمة القانونية، وبمدى تمسكها بالنظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، حيث تذهب الأنظمة الأنجلوسكسونية إلى التمسك بالنظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة وسلطان التعاقد، في حين تذهب الأنظمة اللاتينية إلى الحد من آثار النظرية التقليدية لمبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية⁽⁴⁾.

(1) راجع للمزيد من التفصيل د.شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص338-340.

(2) د. مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 160.

(3) يقوم هذا المبدأ على أن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي تحديد الآثار التي تترتب عليه، ومن ثم فإن الفرد حر في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد. وقد مرّ هذا المبدأ بفترة ازدهار وبفترة تراجع، وصولاً للعصر الراهن الذي يضع فيه القانون قيوداً على هذا المبدأ، أهمها عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة، راجع للمزيد عن مبدأ سلطان الإرادة ودوره في تكوين العقد وتحديد آثاره، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص120-125. وأيضاً: د. فواز صالح، المرجع السابق، ص109-120.

(4) د.شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص340.

ففي ظل الأنظمة الأنجلوسكسونية فإن الأطراف المتفاوضة حرة في التعاقد، وإن قطع المفاوضات حتى من دون مسوغ مشروع لا يعدُّ تعدياً على حقوق الطرف الآخر، لأن من يأتيه يمارس حريته في التعاقد⁽¹⁾.

وبالمقابل فإن الأنظمة اللاتينية تأخذ منحى مغايراً، فعلى الرغم من إحجام أغلبها حتى تاريخ حديث عن تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد⁽²⁾ إلا أنها تعترف بمبدأ حسن النية في إبرام العقود، كقاعدة عامة يتم تطبيقها إلى جانب المبدأ الأساسي في الحرية التعاقدية، والذي يعدُّ نتيجة طبيعية لمبدأ سلطان الإرادة⁽³⁾.

ومن تطبيقات مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي ما نصت عليه المادة (3/1134) من القانون المدني الفرنسي بصيغتها القديمة بأن الاتفاقات المنعقدة طبقاً للقانون تعدُّ شريعة الأطراف الذين أبرموها، يجب أن تنفذ بحسن نية. وما نصت عليه المادتان (549-550) منه على أن واضع اليد الحسن النية يكتسب الثمار ومداخل العقار، وبالعكس إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم برد الشيء مع ثماره.

وبالمثل فإن القانون الألماني ينص في المادة (242) من القانون المدني على أن المدين يقوم بتنفيذ التزامه بما يتفق وحسن النية، وتنص المادة (157) منه على أن يتم تفسير العقد بحسن نية. ويلاحظ أن القانون الألماني يطبق مبدأ حسن النية على كافة العلاقات التعاقدية، كما أنه يتوسع بتطبيقه ليشمل المرحلة السابقة على التعاقد.

وقد تضمنت التشريعات العربية العديد من النصوص المستندة إلى حسن النية، فغالباً ما يصادف هذا المبدأ عند الحديث عن تنفيذ العقود وتفسيرها، وعند الحديث عن الغلط والتدليس والاستغلال، كما يصادف هذا المبدأ عند الحديث عن ضمان التعرض والعيوب الخفية.

المطلب الأول: مبدأ حسن النية:

يعدُّ مبدأ حسن النية من المبادئ المهمة التي تقوم عليها المعاملات والتصرفات القانونية بين الأفراد، وهو مبدأ عام يسري على كافة العقود والتصرفات القانونية، ويتدخل في تحديد الالتزامات الناجمة عنها.

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص342.

(2) انفرد القانون الألماني بتنظيم المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، متأثراً بأفكار الفقيه الكبير إيهرنج عن الخطأ في تكوين العقد،

Cf. Pédamon. Le Contrat en droit Allemand, LGDJ, Paris, 1993, p 40

(3) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص123.

الفقرة-1- مفهوم حسن النية:

أعرضت أغلب القوانين والأنظمة القضائية عن وضع تعريف محدد لمفهوم حسن النية، تاركةً المجال أمام الفقه لمحاولة وضع تعريف محدد لهذا المبدأ في ظل الصعوبات التي تواجه ذلك⁽¹⁾ ويجد مبدأ حسن النية أصوله التاريخية في الأخلاق والأعراف وفي الأديان والشرائع السماوية، التي وضعت أسس التعامل بين الأفراد. فمن المعروف أن معظم الأديان لم تتوقف عند وصف فكرة الألوهية والعبادة، بل تجاوزتها لتصبح مصدر تشريع وتنظيم لمختلف أوجه الحياة العملية⁽²⁾. ويلعب حسن النية أدواراً مختلفة في إطار العلاقات القانونية، ومن ثمَّ فإنه من العسير وضع تعريف عام منضبط وثابت لهذا المبدأ الذي يحكم جميع العلاقات القانونية سواء العقدية أم غير العقدية. وهو ما دفع بعض الفقه⁽³⁾ إلى القول إنه ليس لمبدأ حسن النية معنى ثابت ومحدد، كونه يأخذ معناه من الوقائع المحيطة بكل قضية، ومن ثمَّ فهو متروك لسلطة القاضي التقديرية⁽⁴⁾. وعلى الرغم من ذلك فقد حاول بعض الفقه تعريفه بإطار تنفيذ العقد بأنه: ((التزام الطرف المتعاقد بمراعاة مصالح وتوقعات الطرف المقابل بما يضمن نزاهة التعاملات القانونية وتمثيل مصالح أطراف العلاقة التعاقدية بشكل متوازن))⁽⁵⁾ كما حاول بعضهم الآخر تعريفه بإطار كسب الحقوق، وعلى خلاف القواعد العامة، بأنه عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف⁽⁶⁾ وحاول قسم ثالث منهم تحليل مبدأ حسن النية إلى معنيين: انتفاء النية السيئة⁽⁷⁾ وانتفاء الخطأ العقدي⁽⁸⁾ وأوجز قسم رابع تعريفه

(1) انظر للتفصيل بشأن هذه الصعوبات: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 416 وما بعدها.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 413.

(3) د. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، عقد التفاوض بحسن نية، مجلة المنارة، آل البيت، المجلد 9، العدد 3، 2003، ص 20-21.

(4) يرى بعض الفقه صعوبة التسليم بهذا القول لأن هذه الوقائع متغيرة بحسب ظروف كل قضية، مما يصعب من عملية الإحاطة به وبمضمونه وتطبيقاته. د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 422.

(5) د. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، إبريل 2013، ص 231.

(6) د. نعمان جمعة، أحكام الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1997، ص 130.

(7) استناداً لنص المادة (918) مدني سوري، والمادة (969) مدني مصري، والمادة (5509) مدني فرنسي.

(8) استناداً لنص المادة (1/149) مدني سوري، والمادة (1/148) مدني مصري، والمادة (3/1134) مدني فرنسي.

بالقول إنه ((توجه قلب المسلم إلى الخير))⁽¹⁾ أو ((حسن المقصد))⁽²⁾ أو ((قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون))⁽³⁾ أو ((الاعتقاد بمراعاة جميع الشروط اللازمة لسلامة العلاقة القانونية))⁽⁴⁾.

وفي جميع الأحوال، فإنه يمكن تحديد مفهوم حسن النية بأنه تعامل الشخص مع الغير بصدق واستقامة وشرف، بصورة تبقى ممارسة ما له من حقوق وحريات ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أنشأت من أجلها، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير من دون مسوغ مشروع⁽⁵⁾.

وفي إطار المرحلة التفاوضية، فإن مبدأ حسن النية يتضمن الامتناع عن الغش والخديعة (التزام سلبي)، وإظهار روح التعاون والنية الجادة على تحقيق العقد، والسعي المخلص إليه (التزامات إيجابية). حيث إن الدخول في المفاوضة يخلق ثقة مشروعة بالمتابعة والجدية والاستمرار وعدم القطع إلا لأسباب مشروعة، وإلا قامت المسؤولية في حالة المخالفة⁽⁶⁾.

ومن ثم فإن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يهيمن على العملية التعاقدية بأكملها، بما في ذلك مرحلة التفاوض على العقد المطلوب⁽⁷⁾، وبما يقتضيه هذا المبدأ من شفافية واستقامة وأمانة ونزاهة

(1) د. وهبة الزحيلي، النية والباعث في فقه العبادات والعقود والفسوخ والتروك، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، كلية الشريعة والقانون، س2، ع3، ص104.

(2) د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، ص94.

(3) د. نعمان جمعة، المرجع السابق، ص137.

V. Ripert, La règle morale dans les obligations, L40 p. 4 ed, 1949, J.D.G.

(4) د. نوري خاطر، د. عدنان سرحان، الأساس القانوني للالتزام المؤمن له بتقديم المعلومات، دراسة نقدية في قانون التأمين الفرنسي وقانون المعاملات الإماراتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع1، س31، مارس 2007، ص259.

(5) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المرجع السابق، ص122-123. وأيضاً: د. رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دون ذكر الناشر، 1994، ص88. وأيضاً: د. أحمد محمد رفاعي، الالتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص13 وما بعدها. وأيضاً: أ. البير فرحات، حسن النية في العقود والموجبات، مجلة المحامين، السنة السابعة عشر، 1952، ص54-55.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص423.

(7) د. مارسيل فونتان، فترة ما قبل التعاقد وتحضير العقد الدولي على مراحل، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، 2-3 يناير 1993، ص111. وأيضاً: د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1962، ص81. وأيضاً: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص66. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص55. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، بدون تاريخ، ص192. وأيضاً: د. محمد البدوي، المرجع السابق، ص52. وأيضاً: د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص154.

وثقة في التعامل وإرادة عدم الإضرار بالغير⁽¹⁾. ومن الثابت أن هذا المبدأ يشكل بذاته قاعدة قانونية تستند إليها المحاكم في قراراتها، كقاعدة موجودة في النظام القانوني، أو مستخلصة من مجمل القواعد القانونية الأخرى، التي تمثل وجود المبدأ العام أو تنطلق منه⁽²⁾.

الفقرة-2- معيار حسن النية في التشريع الوضعي:

يقاس حسن النية في التصرفات القانونية عبر معيارين اثنين: أحدهما شخصي يقوم على نية المتصرف، وقصده الداخلي. والآخر موضوعي يقوم على موضوع التصرف، وشكله الظاهر. أولاً- المعيار الشخصي (الذاتي):

يقصد بالمعيار الشخصي لحسن النية قصد الالتزام بالحدود أو الأطر التي تسعى القواعد القانونية إلى فرضها في التعاملات الجارية بين الأفراد⁽³⁾، وهو بهذا المعنى يكتسب طابعاً سلبياً، كونه يأتي متجسداً بجهل الشخص بالقانون أو عدم العلم به أو وقوعه في الغلط⁽⁴⁾.

ويقوم المعيار الشخصي لمبدأ حسن النية على ثلاثة عوامل: الأول هو انتفاء القصد للإضرار بالغير (إثبات واقعة سلبية)، بحيث يتحقق حسن النية بتخلف قصد الإضرار بالغير، وتخلف قصد تحقيق مصلحة أو منفعة غير مشروعة على حساب الغير. والثاني هو اتجاه القصد إلى تحري الصدق والنزاهة والأمانة في التعامل (إثبات أمر إيجابي)، والثالث يتمثل بعدم تعارض تصرفاته لهذه الأمور الإيجابية، وما تقتضيها هذه الأمور من التصريح والإدلاء ببيانات صحيحة عن الصفقة المنشودة⁽⁵⁾. ولما كان حسن النية بمعناه السلبي والإيجابي مسألة نفسية، تقتضي من صاحبها علم وقصد بأنه يأتي مسلكاً مخالفاً لموجبات حسن النية بمعنيها، فإنه يُستدل عليه وفقاً للمعيار الذاتي أو الشخصي من مغايرة أو مخالفة مسلك المتفاوض مع مقتضيات حسن النية من وجهها السلبي أو الإيجابي⁽⁶⁾.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 423.

(2) د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون، بيروت، 2006، ص 68. كما أن اعتماد حسن النية كمبدأ عام سمح بتجاوز الصيغة الواردة في المادة (1/149) من القانون المدني السوري، والمادة (202) من القانون المدني الأردني، والمادة (1/1131) من القانون المدني الفرنسي بصيغتها القديمة والمادة (1/148) من القانون المدني المصري، والمادة (221) من قانون الموجبات والعقود اللبناني بخصوص مراعاة حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود فقط من دون مرحلة الإبرام أو الانهاء.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 443.

(4) Jourdin (P.) : Rapport française laponne foi, trav, de las, H. Capitant, 1992, p. 121

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 444.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 445.

ومن ثم فإنه يتم الاستدلال على تحقق سوء النية، بحال التعسف في استعمال الحق، من خلال قصد الإضرار بالغير من وراء الاستعمال⁽¹⁾، أو انتفاء أي مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير، أو حين تكون المصلحة العائدة عليه هي مصلحة تافهة لم يُشرع الحق لتحقيقها⁽²⁾. والملاحظ أن معظم التشريعات المدنية التي تناولت نظرية التعسف في استعمال الحق، قد جعلت من نية الإضرار بالغير على رأس معايير هذه النظرية⁽³⁾، كما أن الفقه يكاد يُجمع على ذلك⁽⁴⁾. ومن التطبيقات القضائية لهذا المعيار، ما قضت به محكمة النقض السورية بإطار استعمال المال الشائع من أنه: ((يظل للشريك في المال الشائع حق استعماله ولا يحبس عنه إلا إذا ثبت

(1) لا بُدَّ من الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي قد نظم التعسف في استعمال الحق كنظرية عامة شملت الحقوق كلها، العام منها والخاص، ذلك أن استعمال الأفراد لحقوقهم ليس مطلقاً، وإنما هو مقيد لمصلحة الآخرين، وعدم الأضرار بهم. فكما يقول الرسول الكريم ((لا ضرر ولا ضرار)). انظر: نبيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للإمام الشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الطبعة الأولى، عام 1403 هـ - 1983 م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 259. ومن ثم فإن صاحب الحق في التشريع الإسلامي عليه أن يستعمل حقه دونما غلو ودونما تجاوز للحد المألوف. وكما جاء في المادة (1201) من مجلة الأحكام العدلية ((لا يجوز للمالك أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه)).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 1، ص 209.

(3) فالمادة (226) من القانون المدني الألماني نصت على أنه ((لا يجوز استعمال حق لمجرد الأضرار بالغير)). ونصت الفقرة الثانية من المشروع الفرنسي الإيطالي على أنه ((يلتزم أيضاً بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير، بأن جاوز في استعماله لحقه الحدود التي يقيمها حسن النية أو الغرض الذي من أجله أعطى هذا الحق)). والمادة (135) من القانون المدني البولوني أوجبت التعويض على كل من يلحق ضرراً بالغير عن قصد أو إهمال في استعمال أحد حقوقه إذا تجاوز في استعماله حدود حسن النية أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق. وكذلك الفقرة الأولى من المادة (6) من القانون المدني السوري والتي نصت على أن ((يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية: 1- إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير...)). والأمر كذلك في المادة (5) من القانون المدني المصري. د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 445-446 في الهامش.

(4) في هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ((فالقانون لا يقر الحق لصاحبه إلا لتحقيق مصلحة، لا أن يتخذ منه وسيلة للإضرار بالغير)) الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 843 وما بعدها. وأيضاً: د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 773-774. وأيضاً: د. عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 577-587. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 325-326. وأيضاً: د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 523. وأيضاً: د. حسين عامر، المرجع السابق، ص 58-59. وأيضاً: د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت 1972، ص 41.

الاستعمال غير المشروع أو كانت المصالح من استعماله قليلة الأهمية تجاه الضرر الذي ينشأ عن الاستعمال⁽¹⁾.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المعيار أيضاً ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بأن عدم دفع الإيجار المتبقي المستحق على المستأجر البالغ مائة وخمسون فلساً فقط لا يُعد سبباً للفسخ، وأن المدعي تعسف في استعمال حقه في المطالبة بالفسخ بحجة عدم دفع الإيجار كاملاً، وأن الحقوق يجب أن تكون متوازنة بما يتفق ومصلحة المجتمع وأهداف القانون وغاياته. فسوء النية في استعمال الحق يعد تعسفاً، لأن إقامة المدعي لدعواه هذه لا يقصد منها سوى الإضرار بالغير⁽²⁾.

ومن تطبيقات المعيار الذاتي لحسن النية نص المادة (2/122) من القانون المدني السوري بشأن الغلط الجوهري، التي تقول: ((2- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص: أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن نية)).⁽³⁾ حيث إن القانون قد أخذ صراحة بالمعيار الذاتي، وقوامه تقدير المتعاقد بأمر معين يكون هو الدافع الرئيس إلى التعاقد. فالمعيار هنا متعلق بحالة نفسية، ولما انطوت عليه نية الطرفين المتعاقدين بالفعل⁽⁴⁾.

ويلاحظ المعيار الذاتي أو الشخصي بما ورد في المادة (2/415) من القانون المدني السوري، التي تنص على أنه ((لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت المبيع...))⁽⁵⁾ فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع بوجود العيب، ومع ذلك أقدم على الشراء، فلا يملك بعد ذلك الرجوع على

(1) نقض مدني سوري، قرار 522/1969 أساس 594 قاعدة بدون، م. المحامون 1969 رقم مرجعية حمورابي 31914.

(2) تمييز حقوق، رقم 83-90 تاريخ 1983/3/26، مجلة نقابة المحامين، س 31، ع 5-8، ص 673. وأيضاً: تمييز حقوق رقم 68-781، مجلة نقابة المحامين 1978، ص 26، ع 7-12، ص 894. وكذلك: نقض مدني مصري، 19 نوفمبر 1975 المجموعة، ص 16 و 27، ص 187 و 1435 على الترتيب. وأيضاً: نقض مدني مصري، 15 يناير 1989، المجموعة، س 40، ص 132، أشار إليهم: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 446.

(3) ويقابل النص السوري، المادة (2/121) من القانون المدني المصري، والمادة (204) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 297-298. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 88-89. وأيضاً: د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 130-131.

(5) ويقابل النص السوري، المادة (2/447) من القانون المدني المصري، والمادة (460) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

البائع بالضمان. فالمشتري هنا يكون قد تعاقد وهو على بينة من أمره، وأنه قد تنازل عن الرجوع على البائع بالضمان⁽¹⁾.

كما يلاحظ المعيار الشخصي بما ورد في شأن ضمان العيوب الخفية، فالمادة (2/420) من القانون المدني السوري نصت على أنه ((2-... لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه))⁽²⁾. فإذا كان البائع على علم بالعيب وتعمد إخفاءه عن المشتري فلا يكون له التمسك بالتقادم القصير بحسب المادة (1/420)، بل بالتقادم الطويل لمدة خمسة عشر سنة، نظراً لغشه وسوء نيته⁽³⁾.

ثانياً- المعيار الموضوعي:

يقصد بالمعيار الموضوعي أو المادي لحسن النية في التصرفات التزام الشخص بأحكام القانون باتباع السلوك المتوقع من الشخص العادي⁽⁴⁾، وهو شخص أطلق عليه القانون الروماني اسم رب الأسرة العاقل⁽⁵⁾؛ إذ إن سلوك الشخص يقاس هنا طبقاً لمعيار الرجل العادي في تعامله مع الغير، وهو سلوك يقوم على الدرجة الوسطى من الفطنة واليقظة والتبصر بعدم الإضرار بالغير، وتجاوز حقوقهم، فهو السلوك المألوف لدى عموم الناس، أي ما تمليه الفكرة المشتركة لهذا الجمهور، والأعراف والعادات السائدة بينهم⁽⁶⁾.

وعليه يتم التحقق من توفر حسن النية من خلال مقارنة السلوك العام الذي يتطلبه مجتمع ما وفقاً لمفهوم الإخلاص والنزاهة وشرف التعامل، بالسلوك الصادر عن الشخص المعني، لتقدير مدى انسجام

(1) أي أن المشتري يجب أن يكون حسن النية، أي أنه لا يعلم بالعيب، حتى يمكنه الرجوع على البائع بالضمان، ومما يدخل في سوء النية أن يطلب المشتري ضمان عيب يعلمه ويقبل به عند تقدير الثمن. انظر في هذا الشأن: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص727 وما بعدها. وأيضاً: د. أنور سلطان، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000، ص257. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، عقود البيع والمقايضة والتأمين، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1994، ص286.

(2) ويقابل النص السوري، المادة (2/452) من القانون المدني المصري.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص753 وأيضاً: د. أنور سلطان، العقود المسماة، المرجع السابق، ص275 وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص305.

(4) د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص509. وأيضاً: د. حسين عامر، المرجع السابق، ص94.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص781.

(6) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص544 وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص464.

السلوك مع مبدأ حسن النية من عدمه⁽¹⁾، على نحو يسمح بالكشف عن تقصيره أو تعديه. بحيث يستدل على سوء النية أو انتفاء حسن النية بما يترتب من نتائج ضارة في الغالب المألوف، استهزاء بطبيعة التعامل، وما ينبغي وما ينتظر من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات الجارية بين الأفراد⁽²⁾.

وقد أخذ المشرع السوري بهذا المعيار بأكثر من مناسبة، حيث تنص المادة (2/489) من القانون المدني على أنه على الشريك أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر، فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد⁽³⁾، وتنص المادة (670) منه على أن الوكالة إذا كانت بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك بزيادة أكثر من عناية الرجل المعتاد⁽⁴⁾. كما يجب على العامل أن يؤدي العمل بنفسه، وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الرجل المعتاد بحسب المادة (1/651) من القانون المذكور⁽⁵⁾.

لذلك نخلص إلى أن مبدأ حسن النية ليس مسألة نفسية فحسب، وإنما هو سلوك سوي يتفق مع المألوف في التعامل، وما يجري عليه العمل وطبيعة المعاملة، وظروف التفاوض المختلفة⁽⁶⁾.

ومن ثم نجد أن مبدأ حسن النية في المعاملات يتحلل إلى عنصرين: أحدهما شخصي والآخر موضوعي، وأن هناك تلازماً بين هذين المعيارين، فهما متكاملان⁽⁷⁾، بوجودهما يتحقق حسن النية بمعناه المطلق أو التام، المطلوب في التصرفات القانونية⁽⁸⁾، حيث يعدُّ العنصر الموضوعي دليلاً على العنصر النفسي. فالنية وحدها ظاهرة غير كاملة لا تكفي بوجود التصرفات، إنما لا بد من ظهورها في عنصر مادي يترجم النية ويظهرها للعالم الخارجي. لكنه دليل يقبل إثبات العكس بالقرائن والأمارات المادية الظاهرة، إلا إنه في فروض استثنائية يمكن تقدير حسن النية موضوعياً فقط، مراعاة لاعتبارات معينة يترتبها المشرع⁽⁹⁾.

(1) P. Jourdian, rapport. Préc, p. 121.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 449.

(3) يقابل النص السوري المادة (2/251) من القانون المدني المصري.

(4) يقابل النص السوري المادة (704) من القانون المدني المصري.

(5) يقابل النص السوري المادة (1/685) من القانون المدني المصري.

(6) د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 67.

(7) د. نوري خاطر، د. عدنان سرحان، الأساس القانوني للالتزام المؤمن بتقديم المعلومات، المرجع السابق، ص 260.

(8) د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، القاهرة، 2004 ص 308.

(9) كما في الفرض الذي يلزم فيه المشرع باتباع طريق معين لأحداث أثر قانوني، كما هو الأمر بنقل ملكية العقار، حيث إن هذه الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا عن طريق تسجيل عقد البيع في دائرة التسجيل

الفقرة-3- القوة القانونية لالتزام حسن النية في المفاوضات:

رأينا أن مبدأ حسن النية يهيمن على العملية التعاقدية بكافة مراحلها، بما فيها الفترة السابقة على التعاقد، فهو ينشئ بين المتفاوضين التزامات حقيقية يتعين على كل منهما النهوض بها وعدم مخالفتها. ولكن ما هي القوة أو القيمة القانونية لهذه الالتزامات؟ وهل تختلف هذه القوة أو القيمة القانونية في حال اقتران المفاوضات بتنظيم تفاوضي سابق أم لا؟

أولاً- التزام حسن النية في مفاوضات غير مقتزنة بتنظيم تفاوضي سابق:

إن المبدأ العام لحسن النية، في ظل غياب نص تشريعي صريح أو مباشر يعمل على تقنينه في الفترة الممهدة لإبرام العقد النهائي، لا يشكل في الواقع إلزاماً عاماً، يفرض القانون بموجبه على عاتق كل طرف مفاوض وجوب مراعاة ما يقتضيه هذا المبدأ من موجبات في التصرفات والمسلوكات الصادرة عنه خلال المفاوضات⁽¹⁾.

فالقواعد القانونية تفرض بوجه عام على كل ساعٍ إلى التعاقد أن يجري تفاوضه في جو من الثقة والأمانة والصدق والشفافية⁽²⁾، إذ إن الاستقامة في التعامل والتفاوض هو القاعدة الأساس التي يجب أن يتم التفاوض في ظلها⁽³⁾، فمبدأ حسن النية يأتي في قلب مرحلة ما قبل التعاقد⁽⁴⁾؛ وذلك بغية حث أطراف العلاقة التفاوضية على البقاء ضمن الروح القانونية في تنفيذ واجباتهم وإجبارهم على ذلك⁽⁵⁾،

المعنية. فإذا ما سلك المشتري الطريق الذي رسمه المشرع له كان حسن النية أما في حال تقصيره أو إهماله في ذلك عُدَّ سيء النية موضوعياً، وإن كان حسن النية طبقاً للمعيار الشخصي أو الذاتي، فإذا ما حصل وقام البائع للمغار المعني ببيعه لمشتري آخر وقام بتسجيل البيع الأخير قبل تسجيل البيع الأول، فإن المشتري الثاني يفضل على المشتري الأول، فالقاعدة السائدة في هذا الصدد تقضي بأن العبرة في المفاضلة بين المشتريين ليست بتاريخ انعقاد البيع وإنما بتاريخ تسجيله، وإن كان من الممكن زوال أثر التسجيل الثاني إذا ما تم إثبات صورية عقد البيع الثاني مثلاً. انظر للتفصيل: د. شمس الدين الوكيل، اثر الغش على الاسبقية في التسجيل، مجلة الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة الثانية 1958، العددان 1 و2، ص 63 وما بعدها، ص 81 وما بعدها. وانظر: حكم محكمة النقض المصرية في 3 يونيو سنة 1943، مجموعة عمر، جزء 4، رقم 68 ا. أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 452.

(1) د. جمال النكاس، المرجع السابق، ص 174.

(2) J. Ghestin, Art. Prec, p. 15-42 ; Mestre (J.) et Fages (B.) : De la rupture faulire de pour arlers, R.T.D. Civ, 2000, p. 105.

(3) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 170.

(4) Vanwijck (M.) et Wery (P.): Le Processus de formation du contrat, commission université, Palais 2004, p. 84.

(5) M. Espagnon, responsabilité civile, rupture brutale de pour parlers, manquement aux regles de bonna foidans les relation commercials. J.C.P.2003, p. 1830.

والابتعاد عن النية السيئة والكذب والخديعة، وأن يتم التحرك والسير في إجراءات المرحلة التفاوضية ضمن المسلك المعتاد والسليم في المفاوضات الدائرة على العقد المقترح إبرامه⁽¹⁾.

فالواجب العام قبل الدخول في مفاوضة بين متفاوضين معينين، هو واجب قانوني يشير إلى عدد من قواعد السلوك والتصرف ذات الأصل التشريعي، وهو أيضاً ذو طابع عام، فهو مفروض على الكافة تجاه الكافة، وبصفة دائمة ومستمرة⁽²⁾. أما الالتزام فهو يفترض بدوره طرفين معينين أو قابلين للتعيين من جهة أولى، ومن كونه يأتي منصباً على موضوع أو محل معين أو قابل للتعيين من جهة ثانية، وهو ذو طابع مؤقت⁽³⁾.

وعليه فإن الإخلال بالواجب القانوني العام لحسن النية بمناسبة الدخول في مفاوضات غير مقترنة بتنظيم اتفاقي لمرحلة التفاوض من شأنه أن ينشأ التزامات⁽⁴⁾، ويرتب حقوقاً بين المتفاوضين (من أخل منهما بواجبات حسن النية، ومن تضرر منهما من جراء هذا الإخلال).

ويعدُّ التزام حسن النية في المفاوضات من أهم الالتزامات الناشئة عن الدخول في التفاوض، وهو التزام حقيقي بكل ما للكلمة من معنى⁽⁵⁾، وذلك لأن كل طرف يتوقع من الآخر أن تكون نيته حسنة ونزيهة في إدارة التفاوض، بحيث لو كان أحدهما يعلم بأن تفاوضه مع الطرف الآخر سيكون مقروناً بسوء نية لما أقدم على التفاوض معه⁽⁶⁾، كما أن لهذا الالتزام دائن ومدين ومحل يرد عليه، فكل متفاوض مدين بهذا الالتزام ودائن في الوقت نفسه. أي إن هذا الالتزام يعد التزاماً تبادلياً أو مزدوجاً

(1) د. أمية حسن علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، 2-3 يناير 1993، ص 28.

J. Schmitz, La période précontractuelle, Art. préc, p. 548.

(2) مثاله واجب عدم الأضرار بالغير فإنه لا يوجد دائن محدد ولا مدين محدد به ولا يعد منشأ لأي عقد شخصي ولا ينقضي بالنقادم أو بالمقاصة أو بالوفاء كما لا يجوز التنازل عنه أو نقله بالحوالة أو بالميراث.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 542.

(4) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 294. وأيضاً: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية في القانون المصري والانجليزي، مجلة اتحاد الجامعات العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع، أكتوبر 1996، ص 108. وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 765.

(5) د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995، ص 294. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 294، والمراجع التي أشار إليها في الهامش.

(6) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 294.

يقع على عاتق كل من الطرفين، يلقي على أحدهما ما يلقيه على عاتق الطرف الآخر، وهو يلزم المتفاوض بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل⁽¹⁾.

ومن ثم فإنه إذا ما كان التزام طرفي العقد المنشود إبرامه بمراعاة جادة حسن النية ومبادئ الأمانة والنزاهة والثقة في مرحلة التفاوض على ذلك العقد، يجد مصدره في القواعد القانونية -واجباً قانونياً عاماً- فإنه يضع على عاتق كل مفاوض التزاماً سلبياً يتمثل بالامتناع أو حظر إتيان أي تصرف أو سلوك يكون من شأنه الإخلال بالعملية التفاوضية. وليس هناك ما يمنع -على خلاف ما يراه بعض الفقه⁽²⁾- من أن يفرض الواجب القانوني العام في مراعاة حسن النية التزامات إيجابية أخرى على عاتق الأطراف المتفاوضة، من أجل الوصول إلى الهدف المطلوب ببلوغ المفاوضات غايتها وإبرام العقد النهائي⁽³⁾.

ثانياً- التزام حسن النية في مفاوضات مقترنة بتنظيم تفاوضي سابق:

أما في حالة الاتفاق المنظم للمفاوضات في شأن صفقة معينة، فإن أهمية وجود مثل هذا الاتفاق وقيّمته تظهر فيما يتضمنه من التزامات ومحظورات على عاتق الطرفين أو أحدهما. لذلك فإن التفاوض المقترن بتنظيم سابق من شأنه أن يوسع ويدعم ويقوي الالتزام بحسن النية، ويضفي عليه قدراً كبيراً من الإلزام والجدية في المفاوضات الجارية بين الطرفين، على غير حال التفاوض غير المصحوب باتفاق سابق⁽⁴⁾، إذ إن كل طرف من أطراف الاتفاق التفاوضي يعلم على وجه التحديد ما له وما عليه من واجبات في إدارة المفاوضات وسيرها، مما يُشكّل ضماناً أكثر فاعلية لمفاوضات جادة⁽⁵⁾ ويسهل مهمة إبرام العقد. كما يؤدي إلى جعل إمكانية إضفاء وصف الخطأ عند قيام سوء النية

(1) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 241 وص 247 وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 202. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 294-295.

(2) الذي يرى أن ((الالتزام القانوني بالتفاوض بحسن نية يعد التزاماً بالامتناع عن عمل، يقتضي من الأطراف تدخلاً سلبياً فقط، ولا يتطلب منهم سوى الامتناع عن الإتيان بأي عمل يتنافى مع حسن النية كقاعدة للسلوك. انظر: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 130. وأيضاً: د. محمد دسوقي، المرجع السابق، ص 94. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 199.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 536 وما بعدها.

(4) د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 56.

P. Jourdain, rapport préc, p. 130 ets

(5) د. محمد قاسم مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 198-199.

في تنفيذ هذه الالتزامات أيسر، ويكون القاضي أكثر ميلاً إلى تقريره، مما لو كان التفاوض خارج إطار الاتفاق المسبق⁽¹⁾.

وعليه فإن من شأن اتفاق التفاوض المبرم بين الطرفين تحويل الالتزام بالتفاوض على العقد المقترح، طبقاً لما يوجبه حسن النية، من واجب قانوني عام يتجرد من الطبيعة العقدية، إلى التزام محدد يكتسب صفة عقدية ملزمة توفر أساساً للمسؤولية العقدية في حال تمت مخالفته، وهو ما من شأنه أن يضمن عناية أكبر في تحقيقه⁽²⁾، وأن يجعل التفاوض على العقد ليس مجرد مرحلة يتم فيها الاستماع لوجهات النظر وتبادل الآراء والمقترحات بين أطرافها، وإنما مرحلة تسودها النزاهة والجدية والموضوعية في سبيل تحقيق مقصدها الرئيس وإبرام العقد⁽³⁾.

وفي جميع الأحوال، فإن التزامات حسن النية في المرحلة التفاوضية، التي تجد مصدرها المباشر في الاتفاق السابق على بدء التفاوض، يجب تنفيذها وفقاً للحال الذي يوجب تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد النهائي عموماً وفقاً للمادة (1134) من القانون المدني الفرنسي بصيغتها القديمة⁽⁴⁾. بمعنى أن يتم تنفيذ اتفاق الطرفين بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية⁽⁵⁾، أي أن يتم تفسير الالتزامات التفصيلية (الإيجابية والسلبية) في اتفاق التفاوض على ضوء الواجب العام في إدارة التفاوض ومتابعته بحسن نية وأمانة.

الفقرة-4- الطبيعة القانونية لالتزام حسن النية في المفاوضات:

رأينا فيما سبق أن الالتزام بالمبدأ العام لحسن النية يعد التزاماً حقيقياً بالمعنى الفني في مرحلة المفاوضات، ويرتب حقوقاً فيما بين المتفاوضين. حيث إن حسن النية يدخل بالضرورة في تقدير الطرفين عند بدء المفاوضات على العقد، سواء أكانت هذه المفاوضات مقترنة بتنظيم تفاوض سابق أم غير مقترنة بذلك.

إنّ السؤال في هذا المقام يكون حول طبيعة الالتزامات الناتجة أو المفروضة بموجب المبدأ العام لحسن النية، أهى دائماً التزم بتحقيق نتيجة؟ أم أن بعضها هو التزم ببذل عناية؟ وهل يختلف وصفها

(1) د. محمد عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص130. وأيضاً: د. محمد قاسم مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص198.

F. Labarthe, op. cit., n° 255, p. 162; p. Jourdain, rapport prec, p.130

(2) د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص108.

F. Labarthe, op. cit., n° 255, p. 162; p. Jourdain, rapport prec, p.130.

(3) د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص205.

(4) د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص203.

J. Schmidit, op. cit., n° 380, p. 206; F. Terre et Ph. Simler et Y. Lwquette, op. cit., n° 177, p. 168.

(5) انظر المادة (1/149) من القانون المدني السوري، والمادة (1/148) من القانون المدني المصري، والمادة (221) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

إذا ما كانت التزامات سلبية؟ أو كانت التزامات إيجابية؟ وهل هذه الأخيرة تختلف طبيعتها إن كانت تفرض واجبات محددة توجب تحقيق نتائج محددة؟ أم تفرض بذل عناية في شأن عمل منوط بالمدين القيام به؟

أولاً- التزام حسن النية في التفاوض التزام ببذل عناية أصلاً:

إن الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، وما ينشأ عنها من مقتضيات يشكل من حيث طبيعته التزاماً بوسيلة أو ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة⁽¹⁾.

والحقيقة أن التزام مبدأ حسن النية هو التزام تبادلي على نحو يكون فيه كل طرف مفاوض دائماً ومديناً بهذا الالتزام، بحيث يتعين على كل منهما واجب احترامه، والنهوض به تحت طائلة تبعة المسؤولية⁽²⁾، كما أن هذا الالتزام وما يفرضه من واجبات يعد التزاماً جوهرياً وأساسياً في مرحلة ما قبل التعاقد⁽³⁾، بحسبان أن المفاوضات لا تستقيم ولا تحقق غايتها المطلوبة ما لم يتم مراعاته فيها.

وإذا كان الالتزام بالمبدأ العام لحسن النية، وما يقتضيه من أمانة ونزاهة وثقة في التعامل مع الغير، يفرض على الأطراف المتفاوضة بمجرد اتفاقهما على الدخول في المرحلة التفاوضية، فإنه لا يصح الاتفاق على الإعفاء من واجبات حسن النية أو استبعادها، حيث يبطل كل اتفاق يكون من شأنه ذلك⁽⁴⁾، وهو ما أكد عليه المشرع الفرنسي صراحةً في المادة (1104) من القانون المدني، وفق

(1) د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص55.

R. Desgoros, La bonne foidans le droit des contrats, th. Paris II, 1992. P.134 ets. P. 168

(2) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص419. وأيضاً: د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشرة، العدد الأول، يناير 2003، ص71.

(3) د. أمية علوان، المرجع السابق، ص28. وأيضاً: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص64.

(4) راجع في تطبيقات ذلك المادة (2/218) مدني سوري، بشأن عدم الإعفاء من المسؤولية التعاقدية عمّا يصدر من غش أو خطأ جسيم من المدين أو من تابعيه الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته. والمادة (3/218) مدني سوري، وبشأن بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع. والمادة (3/413) مدني سوري، وبشأن بطلان كل شرط مسقط للضمان في شأن استحقاق المبيع للغير نتيجة إخفاء البائع لحق الأجنبي عليه. والمادة (421) مدني سوري بخصوص بطلان الشرط المسقط للضمان العيب الخفي الذي تعمد البائع إخفاءه غشاً منه. وراجع في ذات الاتجاه من تعلق تطبيقات موجبات حسن النية بالنظام العام ما ورد بقانون حماية المستهلك ومنع الاحتكار السوري رقم 14 لعام 2015، خاصة المادة (9) منه التي قررت بطلان كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستندات أو أوراق أو غيرها مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من التزاماته الواردة النص عليها في القانون، والمواد (1-5-6-7-8-9) وبالأخص المادة 21 منه بخصوص بطلان كل شرط عقدي يتعارض مع حق المستهلك في الكفالة، وفي لائحته التنفيذية المواد (1-4-6-7-8-9-10). وراجع كذلك ما كان وارداً في قانون المنافسة ومنع الاحتكار السوري رقم 2 لعام 2008 وخاصة المادة (5) منه بخصوص بطلان كل شرط وارد بعقد الترخيص لاستعمال

التعديلات الصادرة في 2016/2/10، حيث جعل المشرع الفرنسي واجب الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات طبقاً لهذه المادة مرتبطاً بالنظام العام. مما لا يصح معه لأي طرف استبعاده أو التضييق من نطاقه ومداه، ويبطل الاتفاق على الإعفاء منه⁽¹⁾.

ووفقاً للمبادئ العامة فإن على من يدعي الخطأ عبء إثبات ما يدعيه، لذلك فإنه يقع على عاتق المفاوض المتضرر عبء إثبات خطأ الطرف الآخر الذي لم ينفذ التزامه، وتكرر لموجب حسن النية سواء كان عمدياً أو إهمالاً. ويستطيع المفاوض المدعى عليه أن ينفي عن نفسه الخطأ بإثبات العكس، أي إقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ التزامه ما يوجب حسن النية⁽²⁾، ولا شك أن المفاوض المعتاد يبتعد في مسلكه عن العدول أو الانسحاب من المفاوضات الجارية بطريقة تعسفية غير مشروعة أو عرقلة سيرها وتقدمها لمجرد أسباب أو أهواء شخصية غير مشروعة وغير جدية.

فالقهاء⁽³⁾ والقضاء الفرنسي⁽⁴⁾ استقرا على قاعدة مفادها أن الحرية العقدية وإن ظلت المبدأ المسيطر والحاكم لمرحلة التفاوض على العقد المنشود، فإن القطع أو الانسحاب المفاجئ في هذه المرحلة، وبصورة تعسفية تحكمية تنعقد به المسؤولية، من دون قيام الحاجة إلى البحث في مدى توفر نية الإضرار عند من قام بالقطع، على نحو يكفي أن يتوفر لديه سوء النية. وهذا ما أكدته المشرع الفرنسي لاحقاً في المادة (1112) من القانون المدني المعدل في 2016/2/10، التي تعطي الأطراف المتفاوضة حرية قطع المفاوضات قبل التعاقدية وعدم مواصلتها طالما روعيت مقتضيات مبدأ حسن النية، ولم يرتكب خطأ خلال هذه المرحلة.

ثانياً- حالات عدّ التزام حسن النية التزاماً بتحقيق نتيجة:

إذا كان الأصل أن التزام مبدأ حسن النية في الفترة السابقة على التعاقد هو التزام ببذل عناية أو بوسيلة، إلا أنه أحياناً قد يواجه التزام حسن النية بعض الفروض والحالات التي ينقلب فيها هذا الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة.

الملكية الفكرية يعيق نقل التكنولوجيا، وكذلك قانون التجارة السوري رقم 33 لعام 2007 خاصة المواد (133-146) منه بخصوص بطلان الشروط القاضية بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الهلاك أو الأضرار الجسدية.

(1) تنص المادة (1104) من القانون الفرنسي الجديد على أنه: ((يجب التفاوض على العقود بحسن نية. يعدّ هذا الحكم من النظام العام)). د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المرجع السابق، ص29.

(2) د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص54.

(3) F.Terre et Ph. Simlerb et Y. Lequett, op. cit., n° 177, p. 168 ; Ph. Tourneau, op. cit., pp. 20-21 ; J. Ghestin, art. prec, n3, p.15 ; M. Vanwijck et p. wert, op. cit., n° 3, p.80.

(4) Civ, 1,3 Oct, 1972m bull, n 491. P. 359-Civ, 12 Avr, 1976, B,11,n 122; Riom. 3 em 1 ch, 10-6-1992, Rev-Tr-Dr, civ-1993, p 343 ; Cass. Com, 26 November 2003, Bull civ IV no 186 (Manoukian).

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص555.

ولا شك أن طبيعة الالتزام الذي يفرضه مبدأ حسن النية يسهم في تحديد طبيعته، من حيث كونه التزاماً بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية. ويلعب العرف دوراً مهماً في تحديد هذه الطبيعة أيضاً، فكل ما هو من الالتزامات بالامتناع عن عمل يعد التزاماً بتحقيق نتيجة⁽¹⁾.

ويجد مثل هذا الالتزام تطبيقه بصدد الاتفاقات التي تتضمن التزامات جزئية محددة تفصيلاً⁽²⁾، كما هو الشأن مثلاً فيما يتعلق بالالتزام السرية حول الدراسات والمعلومات والأمر التكنولوجية والفنية المتصلة بموضوع العقد محل عملية التفاوض، التي يحصل عليها المتفاوض لأغراض المفاوضات، وإبرام العقد الذي يأمله الطرفان⁽³⁾، أو الالتزام بشرط القصر أو الحصرية الذي بمقتضاه يحظر على الأطراف المتفاوضة إجراء مفاوضات موازية مع الغير، وفي الوقت ذاته، وبشأن الموضوع ذاته الذي يشكل محوراً لعملية التفاوض الدائرة بين الطرفين، وإن كان حظر إجراء مفاوضات موازية يحتاج إلى شرط خاص وصريح ينص عليه في الاتفاق المنظم للمفاوضات⁽⁴⁾.

يترتب على ذلك أنه في حال تحقق مثل هذه الفروض أو الحالات السابقة؛ أي إذا ما كان الالتزام هو التزام بالامتناع عن عمل، فإن التزام مبدأ حسن النية في عملية التفاوض على العقد لا يتخذ صورة تبادلية، على نحو لا يقع فيه هذا الالتزام التفصيلي المحدد على عاتق الطرفين معاً، وإنما يقع هنا على عاتق أحد المتفاوضين فقط لصالح المتفاوض الآخر الذي يقع عليه واجب النهوض به، وإلا قامت مسؤوليته.

وإذا ما كان الالتزام بالامتناع عن عمل، يعدُّ التزاماً بتحقيق نتيجة، فإن الالتزام بالقيام بعمل، وإدارة المفاوضات بجدية واستقامة يكون في الأصل التزاماً ببذل عناية.

هذا لا يمنع بالطبع من أن بعض الالتزامات تكون بتحقيق نتيجة، حيث يحدد القانون أو العرف أو المتعاقدون هدفاً يتعين بلوغه من خلال فرض الالتزامات على عاتق الأطراف، على نحو تمثل فيه هذه الالتزامات من منظور المتعاقدين أو بحسب العرف والعادات السائدة في كل مهنة أمر واجب الحدوث. شأن الأخطار والكشف عن العيوب التي تنقص قيمة المبيع أو نفعه، وكذلك تبصير

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 556.

(2) د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، مرجع، سابق، ص 205 وما بعدها. وأيضاً: د.

محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها. وأيضاً: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

وأيضاً: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 395 وما بعدها.

(3) انظر بهذا الإطار المادة (43) من قانون براءات الاختراع السوري رقم (18) لعام 2012 والمادة (54) من

قانون العلامات الفارقة السوري رقم (8) لعام 2007 بخصوص جواز إلزام المرخص له بالامتناع عن أي عمل

من شأنه أن يحط من قيمة الاختراع أو العلامة الفارقة، وراجع أيضاً المادة (83) من قانون التجارة المصري،

بشأن التزام المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها، وعلى سرية التحسينات التي تدخل

عليها. والالتزام المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه.

(4) M. Lonel et Y. Trochon, op. cit., p. 16

المشتري وإعلامه بالمواصفات والخصائص الأساسية للمبيع، بقصد تنوير رضاه بطبيعة ما يقدم عليه من تعاقد ورضاه بمضمونه.

وللصفة المهنية للمفاوض دورٌ مهمٌ في إضفاء صفة الالتزام بتحقيق نتيجة على ما يفرض عليه من واجبات محددة، فالمادة (19) من قانون حماية المستهلك السوري رقم (14) لعام 2015 مثلاً تفرض أن يكون المنتج مطابقاً ومحققاً للمواصفات القياسية السورية... وأن يتم الإعلان عن مواصفاته وخصائصه وشروط استعماله. والمادة (22) منه تفرض إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه، وتجنب ما يؤدي إلى خداع المستهلك أو تضليله. والمادة (9) منه أبطلت بدورها كل شرط يعفي من الالتزامات المقررة في هذا القانون⁽¹⁾.

وأيّ كان الأمر من تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالمبدأ العام لحسن النية في الفترة السابقة على انعقاد العقد المنشود، -أي سواء أكان الاتفاق السابق على بدء التفاوض غير متضمن أوضاع معينة للتفاوض، أم كان متضمناً لأوضاع والتزامات جزئية محددة- فإن أمر وصول أطراف العلاقة التفاوضية إلى اتفاق نهائي بات على موضوع وعناصر العقد الذي يتم التفاوض عليه، يقع خارج نطاق الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض⁽²⁾.

ويجد الالتزام بمواصلة التفاوض طبقاً لمبدأ حسن النية -أساسه أصلاً في كونه التزاماً ببذل عناية، ولا يعني ضرورة التوصل إلى لحظة قيام العقد المقترح⁽³⁾ إذ إن حرية التفاوض التي تعدّ أحد مظاهر الحرية التعاقدية، هي المبدأ الأساسي الذي يحكم المرحلة التفاوضية الممهدة للتعاقد، والمسؤولية عن قطع المفاوضات استثناءً عليه⁽⁴⁾، فكل متفاوض يملك حقاً في الانسحاب من المفاوضات طالما أنه استند في انسحابه إلى مسوغ مشروع.

لذلك فإن جمهور الفقه لا يتصور أصلاً أن يتمثل جزء الطرف الراض للاستمرار في المرحلة التفاوضية في عدّ العقد قائماً رغماً عن إرادة أحد طرفيه على سبيل التعويض العيني، أو أن يقوم حكم القاضي مقام الاتفاق على هذا العقد، وإنما يتعين على القاضي أن يكتفي بالحكم بالتعويض النقدي⁽⁵⁾

(1) راجع في السياق ذاته المواد (3-6-10) من قانون حماية المستهلك المصري، والمادة (74) من قانون التجارة المصري، حيث حددت ما يجب أن يشتمل عليه عقد نقل التكنولوجيا من بيانات (بيان عناصر المعرفة وتوابعها، ودراسات الجدوى، والتعليمات، والتصميمات...). وراجع أيضاً بشأن التزامات المورد من القانون ذاته المادتين (77 و 78) وبشأن التزامات المستورد المادتين (80 و 83).

(2) د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 246.

(3) د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 55.

M. Lonel et Y. torchon, op. cit., p. 16 ; M. Vanwijck et p. wery, op. cit., n° 3, p.80.

(4) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 140.

(5) وهو ما سيكون لاحقاً موضوعاً لدراسة تفصيلية.

المطلب الثاني: مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض:

نبين في هذا المطلب أبرز الالتزامات التي يقتضيها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض. هذه الالتزامات التي تسعى إلى تأمين العملية التفاوضية وتسهيل مهمة الطرفين في الوصول إلى إبرام العقد النهائي.

ولهذه الالتزامات دورٌ رئيسيٌّ في إعادة التوازن إلى المراكز العقدية للمتعاقدين، عن طريق حماية الرضا التعاقدية وتثويره، من خلال إعلام المتفاوض بكافة المعلومات الجوهرية للتعاقد، أو ما يطلبه من معلومات إضافية لتحديد موقفه من التعاقد. وعن طريق تأمين سلامة الإرادة وجديتها في مرحلة التفاوض، من خلال إلزام أطراف التفاوض بمواصلة السير في التفاوض حتى نهايته، وعدم قطعه أو العدول عنه إلا لأسباب جدية ومشروعة تسوغه. وعن طريق إلزام المتفاوض السرية حيال المعلومات والأسرار التي طرحت في أثناء عملية التفاوض، وعدم كشفها للغير أو استعمالها للحساب الشخصي، مما يسهل مهمة أطراف التفاوض ويقربهما من تحقيق الغاية المنشودة من التفاوض في الوصول إلى محطة إبرامه.

الفقرة-1- التزام الجدية في التفاوض:

يقصد بالالتزام الجدية في التفاوض الدخول في عملية التفاوض مع وجود نية حقيقية في إبرام العقد⁽¹⁾ والتوصل إلى اتفاق، ومن أبرز صور عدم الجدية تلك التي تستهدف التجسس، أو التي تستهدف الإعاقة، وقد تكون النية جادة في البداية لكنها تتحول إلى نية غير جادة بعد المضي في عملية التفاوض لمدة معينة.

ويمكن أن تأخذ عدم الجدية الصور الآتية:

أولاً- عدم الجدية التي تستهدف التجسس:

يقصد بعدم الجدية عدم وجود نية حقيقية لدى أحد الطرفين في إبرام العقد عند بدء المفاوضات، بحيث يجعل من التفاوض وسيلة للمناورات كأن يقصد منها معرفة الأسرار الصناعية للمتفاوض معه، أو الدعاية لمنتجاته من خلال دعوة بعض الشركات للدخول معه في مفاوضات لإبرام عقود توزيع منتجاته في جميع أنحاء البلاد، وبعد أن يتأكد من تحقيق غرضه ينسحب من المفاوضات، ومن ذلك أيضاً أن تستهدف شركة ما من الدخول في المفاوضات معرفة مستوى الأسعار وظروف منافسيها، وما أن يتحقق هدفها في ذلك تنسحب من المفاوضات، وهذا ما يسميه بعض الفقهاء بمفاوضات التجسس⁽²⁾.

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص342.

(2) د. رجب كريم عبد الله. المرجع السابق، ص640.

ثانياً - عدم الجدية التي تستهدف الإعاقة:

تهدف عدم الجدية في هذه الصورة إلى إشغال المتفاوض الآخر بعملية التفاوض حتى يفوت عليه صفقة مربحة، كان على وشك إبرامها مع الغير، وذلك لتحقيق مصلحة شخصية له أو لغيره، بحيث يقوم بقطع المفاوضات بمجرد تحقق قصده السيئ، أو بإثارة عقبات وصعوبات على مجرى التفاوض، مثل رفع الأثمان أو الأسعار بطريقة جائرة⁽¹⁾، تدفع بالطرف الآخر إلى الانسحاب، في وقت كانت فيه المفاوضات على وشك الإفضاء إلى إبرام العقد النهائي، أو اتخاذ سلوك استفزازي أو الاستعلاء بإشعار الطرف الآخر أنه داخل في مفاوضات غير متكافئة، مما يدفعه إلى الانسحاب من المفاوضات وإنهائها قبل تحقيق هدفها⁽²⁾، وتسمى هذه الحالات لدى بعض الفقهاء (مفاوضات الإعاقة)⁽³⁾.

ثالثاً - عدم الجدية المتمثل بالهزل:

تعدُّ الإرادة الصادرة على وجه الهزل من الصور الأخرى لعدم الجدية. ويرى بعض الفقهاء⁽⁴⁾ أن الإرادة الهازلة كافية لانعقاد العقد طبقاً لنظرية الإرادة الظاهرة، في حال كان الطرف الآخر غير عالم، أو لم يستطع أن يعلم بأن التعبير الذي وجه إليه على سبيل الهزل. كما أنه في بعض الحالات الاستثنائية تؤدي الإرادة غير الجدية -أي الهازلة- إلى انعقاد العقد، ولو أن الطرف المقابل كان على علم بأنها هازلة، وذلك استناداً إلى الحديث الشريف ((ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد، الزواج والطلاق والعتاق))، وفي هذا تأكيد على وجوب التزام الجدية المتناهية في هذه المسائل نظراً لخطورتها في الحياة الاجتماعية، وذلك حتى لا تكون موضعاً للاستخفاف من قبل الناس⁽⁵⁾.

رابعاً - عدم الجدية الطارئة:

وقد يحدث أن تكون المفاوضات عند بدايتها جدية، ولكن يتضح لأحد المتفاوضين استحالة التوصل إلى اتفاق يرضيه، إلا أنه يستمر في التفاوض رغماً عن ذلك، مع إحياء الطرف الآخر باحتمال التوصل إلى اتفاق، وهذا أيضاً نوع من عدم الجدية إلا أنها ليست جدية طارئة. ويستوي في عدم الجدية أن يكون قائماً منذ بداية التفاوض، أو أنه طرأ عليها بعد ذلك في أثناء سير المفاوضات،

(1) يضع البعض هذا الالتزام ضمن إطار التزام التعاون أثناء المفاوضات. د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 677 وما بعدها.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، ص 390.

(3) د. رجب كريم عبد الله. المرجع السابق، ص 640.

(4) د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 97 الهامش رقم 1.

(5) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 343 الهامش رقم 5.

ففي كلتا الحالتين يعدُّ إخلالاً بمعيار الثقة المشروعة المتولدة لدى المتفاوض المقابل ومستوجباً للمسؤولية⁽¹⁾.

وقد خلت أغلب الأنظمة اللاتينية من الإشارة إلى التزام الجدية في التفاوض، ما عدا القانون المدني الألماني الذي يحتوي على نص خاص فيما يتعلق بالتعويض عن عدم الجدية في التفاوض، حيث نصت المادة (122) منه: ((إذا كان إعلان الإرادة باطلاً طبقاً للمادة (118) (أي لعدم الجدية) ... التزم صاحب الإعلان بتعويض من وجه إليه...))⁽²⁾.

بالمقابل فإن الأنظمة الانجلوسكسونية لا ترى في عدم الجدية سبباً لترتيب المسؤولية المدنية من حيث المبدأ⁽³⁾، ولكن إذا دعا أحد الأطراف الطرف الآخر إلى الدخول في عملية تفاوض، ولم تكن لديه نية إبرام أي عقد معه، فهذا يعدُّ عملاً غير شريف، ويقرر التعويض بصده⁽⁴⁾.

من جانبه يرى الفقه⁽⁵⁾ أن القانون لا يرتب في الأصل على المفاوضات أثراً قانونياً، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، غير أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية إذا اقترن بخطأ، فإذا ثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً في الدخول فيها، أو كان جاداً ولكن لم يخطر بالعدول في الوقت المناسب، وترتب على ذلك فوات صفقة رابحة، أو استمر في المفاوضات مع عدم وجود نية للتعاقد، كان للطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويض⁽⁶⁾.

ففي قضية شهيرة طرحت أمام المحاكم المصرية قررت محكمة النقض فيها التعويض لأن: ((..الطاعن لم يكن جاداً في هذه المفاوضات ولم يكن أبداً يقصد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة مع المطعون ضده بل أوهم الأخير برغبته في تكوين الشركة لمجرد الحصول على فكرة المشروع واستخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدرايته بذلك على أن تقوم بتنفيذ المشروع شركة يكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأسمال الشركة بنصيب كبير، وهو ما تمَّ فعلاً بتكوينه من قبل الشركة مع الأستاذ الذي ساهم بحق النصف في رأس المال، وذلك بخلاف الطاعن

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص344.

(2) أشار إلى ذلك: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص344.

(3) Walford v Miles [1992] 2 AC 128

(4) Roy Goode. The concept of good faith in English Law, p. The same

(5) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ج1. مصادر الالتزام المرجع السابق ص 207. راجع أيضاً د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ج1. مصادر الالتزام المجلد الثاني المرجع السابق ص595 ود. مصطفى العوجي القانون المدني ج1 العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية المرجع السابق ص161.

(6) جاك جستان، المرجع السابق، ص333.

الذي كان يريد أن يشترك بعمله فحسب، ومع ذلك يكون له الربع في كل أموال الشركة والربع كذلك في أرباحها (...)⁽¹⁾.

الفقرة-2- الالتزام بالاستمرار في التفاوض:

ينشأ الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بمجرد التعبير عن النية في إبرام العقد، أو بمعنى آخر بمجرد توجيه الدعوة إلى التفاوض، وهذا قد يكون بمبادرة من قبل أحد الأطراف، واستجابة الطرف المقابل إلى هذه المبادرة، أو إلى هذه الدعوة إلى التعاقد، وقد أشارت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية إلى هذا الالتزام في أحد قراراتها، حين قالت إن الاتفاق على التفاوض يترتب تعهداً تعاقدياً بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه⁽²⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ أن الاستمرار بالتفاوض هو في الأصل التزام ببذل عناية، ولا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد، ولكن قد يعدُّ في بعض الأحيان التزاماً بنتيجة، ويتبدى ذلك في حالة الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد النهائي، وترك المسائل الثانوية أو التفصيلية، لاتفاق لاحق، إذ إن اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل الباقية أو المعلقة. فإذا اتجهت نية الأطراف إلى عدِّ العقد النهائي منعقداً حتى لو لم يصل طرفا التفاوض إلى اتفاق بشأنها، أصبح الأمر يتعلق بالالتزام بنتيجة، على عكس الأصل العام في أنه التزام ببذل عناية⁽⁴⁾.

وقد يكون الاستمرار في التفاوض ناشئاً عن اتفاق صريح بين الأطراف المتفاوضة، أو قد يستخلص من ظروف التفاوض، وقد ذهب القضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى أن اتفاقاً ضمناً قد أبرم بين طرفي المتفاوضة، موضوعه الالتزام بالاستمرار في المفاوضات، وجاء ذلك في قضية تتلخص وقائعها في أنَّ إحدى الشركات أرسلت دعوة إلى عامل للتعاقد معها، وبناءً على ذلك أرسل العامل إيجابه إلى الشركة، وكان يجب قبل إبرام عقد العمل، إبرام عقد التأمين، إلا أن الشركة قطعت المتفاوضة، وتعاقدت مع عامل غيره، وحكمت المحكمة بأن الشركة مسؤولة عن الإخلال بالالتزام بالاستمرار في المفاوضات⁽⁵⁾.

ويذهب بعض الفقهاء⁽⁶⁾ إلى إمكانية الاستدلال لهذا الاتفاق بحالات إرجاء التفاوض على عناصر العقد الثانوية أو التفصيلية، أو بحالات ترك تحديد الثمن لمفاوضات لاحقة أو للغير، أو لذوي

(1) نقض مدني مصري في 1966/01/27، مع أحكام النقض، س17، ص182، رقم 24، نقلاً عن د. محمد

عبد الظاهر حسين، المرجع السابق ص96-97 الهامش رقم 2.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص388.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص388.

(4) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص348.

(5) أشار إليه: سليمان براك دايج الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة النهدين، 1998، ص53.

(6) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص349.

الخبرة والتحكيم، أو البيع بشرط المذاق⁽¹⁾. فقد يحدث أن يتطرق طرفا التفاوض إلى المسائل الثانوية، إلا أنهما لا يتوصلان إلى اتفاق بشأنها، فإذا كانت نيتهما عدم إبرام العقد، ما لم يتوصلا إلى الاتفاق بشأن المسائل الثانوية، فالعقد لا ينعقد إلا إذا تمّ الاتفاق عليها. ولا يشترط أن يكون هناك تعبير صريح عن النية، بل إنه قد يستخلص ضمناً من ظروف الحال. أما إذا لم يتضح أن الطرفين قصدا تعليق انعقاد العقد على الوصول إلى اتفاق بشأن هذه المسائل الثانوية، فإن العقد ينعقد بمطابقة الإيجاب والقبول، في المسائل الجوهرية التي تمّ الاتفاق عليها⁽²⁾.

وهنا يبرز دور التزام حسن النية في إبرام العقود، حيث يتطلّب من الأطراف الاستمرار في التفاوض بحسن نية إلى أن يتوصلوا إلى الاتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة، أما إذا أحجم أحد الطرفين عن الاستمرار في التفاوض، والوصول إلى الاتفاق، فإنه يكون مخالفاً بمقتضيات حسن النية، وقد عالجتها المادة (96) من القانون المدني السوري هذه المسألة، إذ جاء فيها أنه: ((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً ألا يتمّ العقد عند عدم الاتفاق عليها، عُدد العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتمّ الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة))

ومن الملاحظ بأن الشرط الأخير من هذه المادة يفرض على القاضي الحكم طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. وهذا يعني أن القاضي لا يقتصر في حكمه على القواعد المكتملة الواردة في القانون، بل عليه أخذ طبيعة الموضوع ومبادئ العدالة في الحسبان، ومبادئ العدالة تحتوي كذلك على مبدأ حسن النية في إبرام العقود، وهذا يعدّ في نظر بعض الفقهاء⁽³⁾ إقراراً ضمناً بهذا المبدأ من قبل المشرع السوري، والتشريعات الأخرى المماثلة⁽⁴⁾، بأخذ مقتضيات حسن النية في إبرام العقود بالحسبان من قبل القاضي. إذن على القاضي في هذه الحالة، أن يراعي مدى التزام الأطراف بمقتضيات حسن النية في إبرام العقود، في أثناء مناقشة المسائل التفصيلية.

ويرى قسم من الفقه⁽⁵⁾ في عملية تحديد البديل بإطار الأعمال البسيطة أمراً من قبيل الالتزام بالاستمرار في التفاوض، حيث من النادر في الممارسة العملية أن يطالب الزبون بتحديد الثمن مسبقاً، بحيث يقوم الحرفي بأداء العمل، وبعد ذلك يطالب بالثمن، ولكنهما يكونان ملتزمين بمقتضيات حسن النية في إبرام العقود، فلا يلجأ الحرفي إلى استغلال الحالة، لأنهما لم يتفقا على الثمن، ولا الزبون أيضاً، وعند الخلاف يتم اللجوء إلى عادات الحرفي، أو ما هو معتاد ضمن المهنة أو الحرفة المعينة

(1) سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 53.

(2) راجع في هذا الشأن المادة (96) من القانون المدني السوري. وانظر أيضاً د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 349.

(3) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 350.

(4) المادة (95) من القانون المدني المصري والمادة (2/86) من القانون المدني العراقي.

(5) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 350.

في هذا المجال، أو إلى المحكمة عند وجود خلاف بينهما، ويراعي القاضي في تحديده للثمن قواعد العدالة، ومن ضمنها مقتضيات حسن النية في إبرام العقود، من دون أن يحكم ببطالان العقد⁽¹⁾.

الفقرة-3- التزام عدم قطع التفاوض من دون مبرر مشروع:

رأينا أن القانون لا يرتب من حيث المبدأ أثراً قانونياً على التفاوض، فكل متفاوض حر في قطعه في الوقت الذي يقرره، وليست هناك مسؤولية على من عدل، ولا يكلف إثبات أسباب العدول ودوافعه. ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بمراعاة مقتضيات حسن النية في إبرام العقود. أولاً- موقف القضاء في الأنظمة اللاتينية من قطع التفاوض من دون مبرر مشروع:

تبين الأحكام القضائية الصادرة من محكمة النقض الفرنسية أن عملية التفاوض يحكمها مبدآن وهما: مبدأ حرية التعاقد الذي يتيح لكل من المتفاوضين حرية قطع المفاوضات التي لا تحقق مصالحه المشروعة من جهة، ومبدأ حسن النية الذي يقتضي مراعاة المصالح المشروعة للطرف الآخر من جهة أخرى. وهو ما اضطر بالمحاكم إلى الموازنة بين هذين المبدئين، وبين توفير الحد الأدنى من الثقة المشروعة والاستقرار في مواصلة السير في المرحلة التفاوضية ضمن إطار جدي، بغية الوصول إلى الغاية المنشودة من هذه المرحلة، وهي إبرام العقد المطلوب⁽²⁾، ومن الحالات التي عرضت على المحاكم ما يأتي:

1- إنهاء التفاوض بصورة مفاجئة وبقرار منفرد من دون مسوغ مشروع، على الرغم من أنها قد بلغت مرحلة متقدمة، ويعلم الطرف الذي أنهى المفاوضات بأن التفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد، حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية أن: ((قطع المفاوضات فجأة ودون مسوغ مشروع بعد أن بلغت مبلغاً متقدماً، بما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية، ويعدُّ من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية))⁽³⁾.

2- تعمُّد الطرف الذي أنهى المفاوضات ترك الطرف الآخر في حالة من الغموض وعدم الوضوح بالنسبة إلى مصير المفاوضات، حيث يتعين مكاشفة المتفاوض بالرغبة في إنهاء التفاوض في الوقت المناسب⁽⁴⁾.

(1) جاك جستان، المرجع السابق، ص 768.

(2) د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 68. وأيضاً: د. محمد دسوقي، المرجع السابق، ص 91.

(3) Cass.Civ.9mail1973.jcp.1974.176432' espece 1' arret C.d' appeal de Versailles. 21 Juillet 1993 (2cas) D.S. 1993.IR.235.

نقلاً عن د. مصطفى العوجي القانون المدني ج 1 العقد، المرجع السابق، ص 165.

(4) C.A.Paris29 sep.1995.Inform.et Telecoms,1997.p.176.

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 351.

3- الامتناع عن تجديد العقد بعد أن أعطى المالك المستأجر طالب التجديد مؤشرات تفيد بأن التجديد ممكن⁽¹⁾.

4- الإخلال بالثقة المشروعة المتولدة لدى الطرف المقابل، حيث ذهبت المحكمة العليا الألمانية إلى أن الأطراف المتفاوضة بإمكانهم التعويل على الثقة التي يوليها المتفاوض الآخر، بحيث يكون من حقه أن يحصل على التعويض عما يصيبه من أضرار نتيجة الإخلال بهذه الثقة، مما يعني تأكيدها على التزام المتفاوض بعدم قطع المفاوضات المتقدمة من دون سبب موضوعي⁽²⁾.

ففي عام (1954) عرضت قضية أمام القضاء الألماني، أيدت فيها المحكمة الفدرالية مسؤولية الشخص الذي يستشف من تصرفاته في أثناء إجراء المفاوضات بقيام دواعي الثقة لدى الطرف الآخر بإيهامه بأن العقد أصبح وشيكاً، ويسبب هذا الإيهام تكبد هذا الطرف الأخير بعض الخسائر، وأكدت المحكمة بأن مثل هذه المسؤولية لا تترتب نتيجة إعلان صادر من المدعى عليه يلتزم بمقتضاه بهذه المسؤولية، بل تقوم على أساس التزام ينشأ بقوة القانون عند البدء بإجراء المفاوضات، حيث يجب على المتفاوض استخدام درجة من العناية المتبعة والمعتادة في العلاقات التجارية بين الأشخاص، وهي تنشأ بصورة مستقلة عن إرادة الشخص، فالتعويض عن هذه الخسائر يمكن أن يحكم فيه فقط إذا كان أحد الأطراف، ومن خلال تصرفه السابق قد تسبب خطأ أدى إلى قيام مقتضيات، ودواعي الثقة بأن العقد قد أصبح على وشك الإبرام⁽³⁾.

وفي السياق نفسه قضت محكمة النقض الإيطالية في أحد قراراتها بأنه: ((إذا كان أحد الطرفين في أثناء المفاوضة قد أحدث في نفس الآخر ثقة معقولة في إبرام العقد، ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول، أو بسوء نية فإنه يكون ملتزماً بتعويض الأضرار...))⁽⁴⁾.

وقد ورد في أحد قرارات محكمة استئناف بيروت المدنية⁽⁵⁾ أنه: ((إذا كانت المباحثات التمهيدية بشأن تلزيم أعمال بلاط من شأنها، في الظروف التي حصلت فيها، وبالنظر إلى ما قام بين الفريقين المتباحثين من تعامل سابق، أن تولد لدى الملتزم الموعد الاعتقاد المشروع بأن الالتزام آيل إليه،

(1) Cass.Civ.9mail1973.jcp.1974.176432' espece 1' arret C.d' appeal de Versailles. 21 Juillet 1993 (2cas) D.S. 1993.IR.235.

نقلاً عن د. مصطفى العوجي القانون المدني ج 1 العقد، المرجع السابق، ص 165.

(2) أشار إلى ذلك: د. رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 266.

(3) أشار إلى ذلك: فؤاد العلواني و د. جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، التعاقد عبر الانترنت، عقود البيوع التجارية وفق أحكام قواعد الانكوتيرمز لعام 2000، بغداد بيت الحكمة، 2003، ص 25-26.

(4) نقض مدني ايطالي 1968/4/4 نقلاً عن د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي،

ج 1 مصادر الالتزام، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 595 الهامش رقم 7.

(5) استئناف بيروت المدنية، قرار رقم 632 تاريخ 1968/4/25 ان النشرة القضائية سنة 1970، ص 449 نقلاً

عن د. مصطفى العوجي، القانون المدني ج 1 العقد، المرجع السابق، ص 165.

فانصرف إلى التحضير للالتزام، فإن انقلاب الطرف الآخر عليه بدون مسوغ ثابت يرتب عليه المسؤولية تجاه الملتزم)). وأضاف المحكمة: ((أن لهذه المسؤولية مظهرين الأول: أن تأميل المستأنف بأخذ الالتزام عرضة لجهود ونفقات دون فائدة، والثاني: أن تبديل موقف المستأنف عليه من المستأنف، بإعطائه الالتزام لشخص آخر بينما عول عليه المستأنف، كان تبديلاً غير مسوغ)).

وخلاصة الأمر أن الالتزام بمواصلة السير في التفاوض لا يقوم، ولا يوجد أساساً إن لم يكن في داخل الطرف المفاوض ثقة جادة بإمكانية الوصول إلى إبرام العقد النهائي نتيجة التفاوض، إذا سارت الأمور حسب وضعها الطبيعي والمألوف عادةً. وإن لم تتولد هذه الثقة، فلن تنشأ مسؤولية. بمعنى أنه ليس لزاماً على كل مفاوضة تبدأ ألا تتوقف حتى تنتهي إما بالنجاح أو الفشل، وإلا لكان في ذلك التزام على المفاوض بأن يوقع العقد أو يقدم سبباً معقولاً لعدم التوقيع⁽¹⁾، وهو ما أيدته محكمة استئناف باريس عندما قضت بعدم مسؤولية ممثلة عن قطع مفاوضاتها مع إحدى شركات الإنتاج السينمائي، وذلك لعدم ثبوت قيام الممثلة بأفعال وتصرفات من شأنها إشاعة الثقة لدى الشركة في توقيع العقد⁽²⁾.

أما تقدير ما أنشأه مسلك المتفاوض من ثقة مشروعة لدى المتفاوض الآخر في جدية المفاوضات واحتمالاتها في الإفضاء إلى عقد، فتلك مسألة موضوعية خاضعة للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، التي تأخذ بالحسبان المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات، والوقت الذي تم فيه القطع، إلى جانب الظروف التي من شأنها بعث هذه الثقة. وهي في هذا التقدير لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى كان تقديرها سائعاً⁽³⁾.

كما يدخل في الحسبان أيضاً الصفة المهنية للطرف الذي أنهى المفاوضات، فإذا كان أحد الأطراف المتفاوضة مهنيّاً متخصصاً فإن مصيره يتحدد بالنظر إلى موقفه من عملية قطع المفاوضات، فإذا كان هو المبادر إلى قطع المفاوضات والانسحاب منها، فيسهل هنا عدّه مسؤولاً، كونه قد استخف بالثقة التي خلقها بصورة مشروعة لدى الطرف الآخر، والناشئة عن صفته المهنية، أما في حال كان هو الضحية في القطع فيصعب عليه الادعاء بأنه كان ضحية شخص عادي غير ممتن في مجال عمله، فالقطع من جانب المهني يصعب وصفه دائماً بالخطأ؛ لأن الثقة التي يولدها لدى الشخص العادي غير الممتن تكون في ظروفها أكبر من الثقة التي يولدها الشخص العادي أو الجاهل⁽⁴⁾، وتطبيقاً لذلك فقد فرّق القضاء الفرنسي في أحد قراراته بين الشخص العادي وبين الشخص الحرفي،

(1) د. محمد دسوقي، المرجع السابق، ص 93.

(2) C.A. Paris, 13 Dec, 1984, R.T.D.C. 1986, p. 97

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 670.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 670.

(4) د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 154.

وقرر بأن الحرفي ما كان ينبغي عليه أن يستعجل في وضع ثقته في المفاوضات، ويتصرف بموجب هذه الثقة، إذ كان بإمكانه أن يدرك بما يتميز به من خبرة أن المفاوضات لا تؤول إلى إبرام العقد⁽¹⁾.

ثانياً- موقف القضاء في الأنظمة الانجلوسكسونية من قطع التفاوض من دون مبرر مشروع:

سبقت الإشارة إلى أن الأنظمة الانجلوسكسونية تتمسك بمبدأ حرية التعاقد، وهي بذلك لا تعترف بالالتزام حسن النية في إبرام العقود، في موقف يتشابه مع الفقه التقليدي الذي كان سائداً في الأنظمة اللاتينية⁽²⁾، وعلى الرغم من ذلك فهي تقرر في بعض الأحيان التعويض عن الأضرار المترتبة على قطع التفاوض، من خلال تطبيق نظرية المانع التعاهدي (Promissory estoppel)⁽³⁾ حيناً، ونظرية الإثراء بلا سبب (unjust enrichment) أحياناً أخرى⁽⁴⁾، فقد استحدث قانون العدالة (Equity Law) في بريطانيا نظرية المانع التعاهدي (Promissory Estoppel) التي من خلالها يُمنع المتعاقد الذي وعد الطرف المقابل صراحةً (أو ضمناً من خلال بيان غير غامض) من أن ينسحب من وعده، ما دام الوعد قد أصبح محل اعتماد الطرف الآخر، بشرط أن يكون الانسحاب غير عادل⁽⁵⁾.

ففي قضية (Hoffman)⁽⁶⁾ المعروضة أمام المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية التي تتعلق بمفاوضات مطولة بغرض فتح محل تجاري بإدارة (هوفمان)، على أن يقوم الطرف الآخر بتمويله، قام (هوفمان) بإلحاح من ممثلي المدعى عليه وبعلم الأخير ببيع محله التجاري والانتقال إلى السكن في المدينة التي سيفتح فيها المحل التجاري الجديد، معتمداً على تعهدات المدعى عليه. فما كان بالمدعى

(1) V. Civ. 2 mars 1964, Bull, 1, n, 122, p. 91

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص 672.

(2) See: Stuart Toddington. Contractual Good Faith; Trust and the Rationality of the Long term. Journal of Law and Communications, Journal of Law & Communication 2005; P17.34.

(3) (estoppel) أصله من العبارة الفرنسية النورمندية (estouper) وهي تعني الإيقاف، وهي قاعدة إثبات أو قاعدة قانونية تمنع الشخص من إنكار بيان صادر عنه، أو إنكار وقائع ادعى وجودها، وهناك العديد من أنواع الـ (estoppel) ويقع الـ (Promissory estoppel) ضمن أنواع الـ (equitable estoppel) أي الأنواع التي استحدثها نظام العدالة. راجع في هذا الشأن:

Elizabeth A.Martin MA.Oxford Dictionary of Law, 4th ed. Tehran. 1998p.169 under the phrase (estoppel)

(4) See for more: Graham vtrgo. The principles of the law of Restitution.. Oxford: Clarrendon press.1999.Pp.49

(5) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 352 وما بعدها.

(6) Hoffman v. Red owl Stores, Inc.133 N.W.2d267 (Wis.1965). Indicated in Harry Flechtner; Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC; Appearance and Reality. Reproduced with permission of Pace International Law review (Fall2001). Pace Law School of International Commercial Law-last update September 26, 2002; p11.

أشار إليه: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 353.

عليه إلا أن قام بعد ذلك بقطع المفاوضات تعسفياً. وقد قررت المحكمة في النهاية تعويض (هوفمان) عن الخسائر التي لحقت به من خلال توسيع نظرية المانع التعاهدي (Promissory Estoppel) لأن هذه النظرية بمفهومها الضيق لم تكن لتسعف (هوفمان) بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به⁽¹⁾.

وقد بين القضاء الأمريكي في قضية (Foy)⁽²⁾ الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية المانع التعاهدي (Promissory Estoppel) كما يأتي:

- أن تكون هناك بيانات كاذبة أو كتمان الوقائع المادية أو الجوهرية.
- أن يكون الطرف الذي ضلّل غير عالم بالوقائع الحقيقية.
- أن يكون البيان الكاذب قد صدر بنية العمل على أساسه.
- أن يكون الطرف الذي صدر له البيان الكاذب قد اعتمد على تلك البيانات التي أدت إلى إيدائه⁽³⁾.

وفي قضية أخرى عرضت أمام المحاكم الأسترالية في سنة (1988)⁽⁴⁾ حكمت المحكمة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بأحد الطرفين نتيجة قطع المفاوضات، على أساس نظرية المانع التعاهدي (Promissory Estoppel). وتتلخص وقائع القضية في أن المدعي (ماهر) الذي كان يعمل مقاولاً للإنشاءات قام بالتفاوض لعقد اتفاق مع (والتون) المستأنف، وذلك للقيام بإزالة بناء قائم على قطعة أرض يملكها (ماهر)، ومن ثم إنشاء بناء جديد عليها بحسب المواصفات التي طلبها (والتون)، على أن يقوم الأخير باستئجار البناء بعد تمام بنائه. جرت المفاوضات بشكل هادئ، حيث توصل الطرفان إلى قناعة كاملة بأن الاتفاق على وشك الإبرام، قام (ماهر) بإزالة البناء القديم، والمباشرة بتشيد البناء الجديد، ومن ثم طلب من (والتون) توقيع العقد قبل الانتهاء بشكل كامل من

(1) Diane Madeline Goderre.Op.Cit.p23 footnote No.99.

أشار إليه: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص353.

(2) L.R. Foy Construction Co.v. Dakota State Cement Plant Commission. 399 N.W.24 340 (S.D.1987).

أشار إليه: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص353.

(3) ومن القضايا الأخرى التي منح التعويض فيها على أساس الـ(Promissory Estoppel):

Drennan v. Star Paving Co., 333 P.2d 757 (Cal. 1958); Chrysler Corp. v. Quimby, 144 Pfeiffer Co., 322 S.W.2d 163 (Mo.App.1959); and Schafer v. Fraser, 290 P.2d 190 (Or.1955), Indicated in Diane Madeline Goderre. International Negotiations Gone Sour. Pre-contractual Liability Under the United Nations Sales Conventions. Face Law School. Institute of international commercial law. (April 2001). p23 footnote No.99.

أشار إليه: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص354.

(4) Waltons stores (interstate) Ltd. V. Maher(1988) 146 CLR387. Quoted from: Ian Nosworthy & etal.pre-contractual negotiations and new concept in contracting . IES Conference Stamford grand hotel 5 June 2001.© : Ian Nosworthy. April.2001.Pp 15-16.

إتمام البناء، إلا أن (والتون) رفض التوقيع وأعلن عدم رغبته بإبرام العقد نتيجة لتغيير خطته⁽¹⁾، وقررت المحكمة العليا في استراليا أن هذا يعد إجحافاً (منافياً للضمير unconscionable) بأن يسمح لـ(والتون) أن يتملص من الافتراض (أو القرينة) (assumption) المتولد من سلوكه. وقد أسست الأغلبية قرارها على مبدأ المانع التعاهدي (Promissory Estoppel)⁽²⁾.

ويقول القاضي (Brennan) بأن تطبيق هذه النظرية يستلزم من المدعي أن يثبت ما يأتي:

- افتراض المدعي أن علاقة خاصة سوف توجد بينه وبين المدعى عليه، أو توقع بأن علاقة قانونية خاصة سوف توجد بينهما، وأن المدعى عليه لا يكون حراً في الانسحاب من العلاقة المتوقعة.
- دفع المدعى عليه المدعي إلى تبني ذلك الافتراض أو التوقع (Assumption or Expectation).

- عمل المدعي أو امتنع عن عمل اعتماداً على الافتراض أو التوقع.
- كان المدعى عليه يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بذلك.
- عمل المدعي أو عدم عمله سوف يسبب أذى إذا لم ينجز التوقع أو الافتراض.
- فشل المدعى عليه في العمل على محو ذلك الأذى سواء من خلال إنجاز الافتراض أو التوقع أو غيره⁽³⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽⁴⁾ أن هذه النظريات القانونية تؤدي وظيفة من وظائف حسن النية في إبرام العقود، من خلال ترتيب آثار قانونية على التوقعات المشروعة للأطراف المتعاقدة، على الرغم من عدم اعتراف الأنظمة الانجلوسكسونية بمبدأ حسن النية في إبرام العقود كمبدأ عام.

إلا أن إمعان النظر في شروط تطبيق نظرية (Promissory Estoppel) يظهر أنها متشابهة إلى حد كبير مع ما يتطلبه حسن النية في إبرام العقود، وليس هناك اختلاف بينهما إلا من حيث التسمية، عليه وعلى رأي أغلب الفقهاء⁽⁵⁾ فإنه من الممكن عدّ هذه النظرية من تطبيقات حسن النية في إبرام العقود. وإن كان فقهاء الأنظمة الانجلوسكسونية يصرون عموماً على عدّ نظرية الـ(Promissory Estoppel and Equitable Estoppel) نظريات مستقلة ومختلفة عن حسن النية⁽⁶⁾.

(1) See for more: Graham virgo, Op. Cit., Pp.549-555.

(2) Waltons stores (interstate) Ltd v. Maher(1998) 146 CLR387.

(3) Waltons stores (interstate) Ltd v. Maher(1998) 146 CLR387

أشار إليه: شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص355.

(4) See: Glencoe Grain Rotterdam BV.V. Lebanese Organization for International commerce {1997}4 AII E.R. 514 (C.A)

(5) See: Harry Flechtner.Op. Cit.p14. 75; Phanesh Koneru. The international interpretation of the UN Convention on Contracts for the international sale of Goods: An approach based on general principles. Reproduced with permission from 6 Minnesota Journal of Global Trade (1997); p17; Wiliam tetely. Op Cit. P.14

(6) See: Harry Flechtner.Op. Cit.p17-18

والواقع أنه يمكن تلمس مبدأ حسن النية في تحليلات الـ(Estoppel)، حيث إن فكرة حماية التعويل المعقول، عموماً هو مظهر من مظاهر تطبيق مبدأ حسن النية⁽¹⁾، ولكن البروفسور الأمريكي آلن فارنسورث (Allan E. Farnsworth) يأخذ على نهج فقهاء القانون المدني بالقول: ((فقهاء القانون المدني يظهرون اتجاهاً غير مستقر في استخدام نظرية حسن النية كعباءة تغطي النظريات الأخرى ... بهذا الزي، يمكن تصنيف الكثير من نظريات العقد تحت نظرية حسن النية الوحيدة وغير المتبلورة))⁽²⁾.

الفقرة-4- الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات:

قد تتضمن العقود المراد إبرامها مسائل ذات طابع فني أو تكنولوجي، كما هو الحال مع عقود نقل التكنولوجيا، وتصنيع برامج الحاسبات الإلكترونية. مما يستلزم السير في المفاوضات، الكشف عن العديد من الأسرار من طرف لطرف الآخر، سواء بشأن المسائل الفنية أو التكنولوجية، أو حتى الأسرار الشخصية المتعلقة بالذمة المالية، أو حجم التعاملات المالية، إلى سائر الأسرار الأخرى التي تتصل بالكيان المادي أو المعنوي لهما⁽³⁾.

أولاً- مفهوم الالتزام بالمحافظة على السرية:

ليس هنالك تعريف عام للسرية، كما أن أغلب القوانين تتحاشى ذكر تعريف له، تاركَةً هذه المهمة للفقهاء والقضاء. إلا إن بعض القوانين الحديثة بدأت بالتطرق إلى هذا الموضوع بمعرض تنظيم العلامات التجارية الفارقة وبراءات الاختراع، منها المادة (116) من قانون العلامات الفارقة والرسوم والنماذج الصناعية السوري رقم (8) لسنة (2007) التي تنص على ما يأتي:

((...)) وتتحقق السرية إذا:

1. كانت المعلومات في مجموعها أو في التكوين الذي يضم مفرداتها ليست معروفة، أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالنشاط الصناعي أو التجاري الذي تقع المعلومات في نطاقه.
2. كانت قيمتها التجارية مستمدة من سريتها.
3. كانت قد اتخذت بشأنها من قبل حائزها القانوني تدابير معقولة للحفاظ على سريتها⁽⁴⁾.

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص355.

(2) Allan E. Farnsworth, Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and national Laws, Pp. 60-61

(3) See: Stefano Dindo. Como Negociar un Acuerdo Trasfronterizo. Date de la Séance; Lundi 1er Septembre 2003, UIA 47th Congress-Lisbon, September 3, (ITALIAN REPORT 2003); P.15

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص360.

(4) انظر أيضاً المادة (55) من قانون براءات الاختراع المصري رقم 82 لسنة 2002 التي جاءت تحت تأثير اتفاقية (TRIPS).

ومن الواضح أن تعريف السر التجاري في هذا القانون جاء بتأثير من اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية المعروفة بـ (TRIPS)⁽¹⁾، التي تنص في المادة (2/39) على ما يأتي:

((للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين حق منع الإفصاح عن المعلومات التي تحت رقابتهم بصورة قانونية لآخرين أو حصولهم عليها أو استخدامهم لها دون الحصول على موافقة منهم بأسلوب يخالف الممارسات التجارية النزيهة طالما كانت هذه المعلومات:

أ- سرية من حيث إنها ليست بمجموعها أو في الشكل والتجميع الدقيقين لمكوناتها معروفة عادةً أو سهلة الحصول عليها من قبل أشخاص في أوساط المتعاملين عادة في النوع المعني من المعلومات.

ب- لها قيمة تجارية نظراً لأنها سرية.

ج- أخضعت لإجراءات معقولة في إطار الأوضاع الراهنة من قبل الشخص الذي يقوم بالرقابة عليها من الناحية القانونية بغية الحفاظ على سريتها)).⁽²⁾

ولكن التزام المحافظة على السرية كونه مقتضى من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود أشمل من ذلك، وهي مسألة تختلف باختلاف الظروف، والأشخاص وطبيعة الوقائع والأحداث. فقد يكون أمراً

(1) اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (Trade Related Aspects of Intellectual Property Right) من الاتفاقيات التي دخلت حيز التنفيذ في الأول من كانون الثاني 1996 وهي من أكثر الاتفاقيات شمولاً في مجال حماية الملكية الفكرية، فقد شملت العديد من الموضوعات منها: حقوق المؤلف والحقوق المتصلة بها، العلامات التجارية، المؤشرات الجغرافية، التصميمات الصناعية، براءة الاختراع، التصميمات الصناعية، براءات الاختراع، التصميمات التخطيطية والدوائر المتكاملة، المعلومات غير المصرح عنها (المعلومات السرية) وضبط المنافسة في عقود التراخيص. انظر للتفصيل حول هذه الموضوعات الدكتور حسين توفيق فيض الله، اتفاقيات الـ (GATT/WTO) وعولمة الملكية الفكرية، أربيل، مطبعة جامعة صلاح الدين، 1999، ص 71-132. وانظر كذلك ما جاء حول هذه الاتفاقية في موقع منظمة التجارة العالمية المعروفة بـ (WTO) على الانترنت.

https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm

(تمت آخر زيارة للموقع بتاريخ 2020/05/04).

(2) Article (39/2): ((2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others, without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information:

- a) Is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
- b) Has Commercial value because it is secret;
- c) Has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret)).

ما سر في زمان ولا يكون سرّاً في زمان آخر، وقد يكون سرّاً في مكان، ولا يكون سرّاً في مكان آخر. وقد يكون سرّاً بالنسبة إلى أشخاص ولا يكون سرّاً بالنسبة إلى أشخاص آخرين⁽¹⁾. لذلك يرى بعض الفقهاء أنه ((يجب أن يرجع في ذلك (أي في تحديد معنى السر) إلى العرف وإلى ظروف كل حادثة على انفرادها))⁽²⁾ وتحديد ما يعد سرّاً مسألة واقع من وظيفة القاضي أن يبحث عنه، في حال عرض النزاع عليه، وقد يستعين في ذلك بالعرف في بعض الأحيان⁽³⁾.

ومن غير المعقول القول إن المتعاقد يمتنع عن كشف جميع المعلومات التي تلقاها من المتعاقد الآخر بمناسبة التفاوض وعملية إبرام العقد، بل يمتنع فقط عن الكشف عن المعلومات التي تعد بطبيعتها أسراراً، أو التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية⁽⁴⁾، وهي المسائل التي يلحق بإعلانها ضرر بالمتعاقد المقابل، كالمعلومات التي هي ذات طابع شخصي ويؤدي إلى إيذاء شعور من ارتبطت به هذه المعلومات، أو الإضرار بمركزه المالي أو سمعته التجارية، وكذلك تعدّ من الأسرار بطبيعتها المعلومات المتعلقة بأسعار التكلفة، ووسائل خفض تكاليف الإنتاج، وخطط الإنتاج المستقبلية، ووسائل الدعاية غير المباشرة⁽⁵⁾.

وقد يتحدد نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص، بحيث تكون محصورة بدائرة ضيقة من الغير، وبصورة خاصة الأشخاص المنافسون. دون أن يمتد ذلك إلى عمال المتفاوض المنوط بهم دراسة وتقييم المعلومات التي تم الكشف عنها، التي قد يتولى الاتفاق تحديدهم في بعض الحالات⁽⁶⁾. وعلى أية حال فإن للقاضي السلطة التقديرية في تحديد الأسرار بطبيعتها، وله أن يقرر ما يعد موضوعاً لعدم الكشف عن المعلومات طبقاً لمقتضيات حسن النية في إبرام العقود⁽¹⁾.

(1) د. عباس الحسني، المرجع السابق، ص 160. أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 362 في الهامش.

(2) د. أحمد أمين، المرجع السابق، ص 595.

(3) ويتم إفشاء السر بطرق شتى سواء بالمكاتب أو المشافهة أو الإشارة أو عن طريق الرسم أو الكاريكاتور أو الأفلام السينمائية أو التسجيلات الصوتية...والخ من طرق الإفشاء ويمكن القول إن لكل مهنة أو وظيفة أو صناعة مميزاتها الخاصة بها وهذه المميزات تنعكس بشكل أو بآخر على طرق إفشاء السر. ويكفي ليتحقق الإخلال بهذا الالتزام أن ينقل السر إلى الغير ولو لم ينشر في الصحف، حتى لو كان نقل السر لأشخاص كتومين وموضع ثقة، ولو كانوا هم أنفسهم ممن يلزمهم القانون بكتمان السر. انظر في هذا الشأن: جابر مهنا شبل، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة مقدمة إلى جامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في القانون سنة 1984، مطبوعة بالروتيتو، ص 124-132.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 698.

(5) د. سعد حسين عبد الملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت، كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 8، العدد 13، 2005، ص 36.

(6) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 339.

ويعد الالتزام بالمحافظة على السرية التزاماً بتحقيق نتيجة⁽²⁾، حيث لا يكفي المفاوض للنأي بنفسه عن دائرة المسؤولية، أن يبذل كل ما في وسعه من جهد معقول للحيلولة دون التصريح أو البوح بتلك الأسرار أو استغلالها أو استعمالها. وإنما عليه تحقيق النتيجة ذاتها بالامتناع كلياً عن القيام بذلك فعلاً. ذلك أن المقصود بنتيجة هذا الالتزام هو منع تسرب أسرار الشيء للغير، سواء أكان ذلك خلال المفاوضة، أم بعد انتهائها بالفشل وعدم الوصول إلى عقد.

ومن الجدير بالذكر أن الالتزام بالمحافظة على السرية يقتضي أمرين: الأول الامتناع عن إفشاء هذه الأسرار، والثاني الامتناع عن استغلالها بشكل شخصي.

ففي الأولى يلتزم المتفاوض بالحفاظ على الكتمان بصدد الدراسات والبيانات والمعلومات ذات الطابع السري التي بدت له بصورة عرضية أو مقصودة من قبل الطرف الآخر، بمناسبة السير في مرحلة المفاوضات على العقد المراد إبرامه، وعدم إفشائها أو اطلاع الآخرين عليها⁽³⁾.

وفي الثاني يلتزم بعدم استغلال المعلومات والبيانات السرية أو استعمالها⁽⁴⁾ التي اطلع عليها في أثناء التفاوض لحساب نفسه، بأي طريقة كانت سواء أكان ذلك خلال سير المرحلة التفاوضية أم انتهائها بالفشل أو عدم الوصول إلى العقد النهائي المطلوب⁽⁵⁾.

وفي النهاية فإن معرفة مصير الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات والأفكار التي تم الحصول عليها بنتيجة عملية التفاوض، وبالأخص في حال تكريسه باتفاق تمهيدي بين الطرفين، يتوقف على فرضين:

-
- (1) د. سعد حسين عبد الملحم، المرجع السابق، ص36 وراجع دانا حمه باقي عبد القادر، السرية المصرفية في إطار تشريعات غسيل الأموال، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون السليمانية، مطبوع بالحاسوب الآلي 2009، ص7.
 - (2) ويعد هذا الالتزام من قبيل الالتزام بالامتناع عن عمل. ففي عقود نقل التكنولوجيا مثلاً يتعهد المستورد بعدم القيام بأي عمل يكون من شأنه أن يؤدي إلى إفشاء السر التكنولوجي، سواء أكان ذلك مباشراً أو غير مباشر. د. مراد محمود المواجهة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص118.
 - (3) د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص111. وأيضاً: د. يزيد نصير، عقد التفاوض بحسن نية، المرجع السابق، ص29. وأيضاً: د. مراد المواجهة، المرجع السابق، ص118.
 - (4) د. محمود دسوقي، المرجع السابق، ص98. وأيضاً: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص155. وأيضاً: د. محمود فياض، المرجع السابق، ص257.
 - (5) في كلتا الحالتين، يشترط لتطبيق مثل هذا الالتزام إعلام الطرف المفاوض للطرف الآخر بسرية هذه المعلومات، ولا يشترط في مثل هذه الحالة اشتراط عدم إفشائها كون السرية ترتبط بعنصر الثقة. د. محمود فياض، المرجع السابق، ص257.

الفرض الأول: يتمثل بتكليل العملية التفاوضية بالنجاح في تحقيق العقد النهائي، ففي مثل هذا الفرض فإن التزام السرية وحظر إفشاء السر يظل قائماً بعد تجديده نظراً لتبديل مصدر الالتزام، ألا وهو العقد النهائي وليد العملية التفاوضية⁽¹⁾.

بالمقابل فإن حظر استعمال أو استغلال المعلومات والأفكار السرية التي حازها المتفاوض خلال مرحلة التفاوض، ينقضي بحكم قيام حق لهذا الأخير أو سلطان له في استغلال تلك المعلومات أو استعمالها⁽²⁾.

والفرض الثاني: يتمثل بفشل المفاوضات في الوصول إلى عتبة إبرام العقد النهائي، ففي مثل هذا الفرض يبقى التزام المحافظة على سرية المعلومات التي اطلع عليها المتفاوض قائماً ومعمولاً به. بل إن هذا الالتزام يبدو أكثر تطلباً في هذه الحالة ولا سيما إذا ما كانت المعلومات والأفكار التي يرد عليها هذا الالتزام لا يكفل لها القانون أي حماية خاصة، أسوةً بالحماية المقررة للملكية الصناعية والتجارية، أو الملكية الأدبية والفنية⁽³⁾.

ثانياً - موقف القوانين الداخلية من الالتزام بالمحافظة على السرية:

تفرض اتفاقية (TRIPS) على الدول الداخلة في منظمة التجارة العالمية (WTO)⁽⁴⁾ إدخال القواعد المتعلقة بالمحافظة على الأسرار التجارية إلى قوانينها الداخلية، ومن القوانين التي استجابت إلى هذا الالتزام في الدول العربية قانون براءات الاختراع (المصري) رقم (82) لسنة (2002) وقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية (الأردني) رقم (15) لسنة (2000). وقد نص المشرع السوري في المادة (116) من قانون العلامات الفارقة والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية والمنافسة غير المشروعة رقم (8) لسنة (2007) على ما يأتي: ((يحظر على الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين القيام بأي عمل من أعمال المنافسة غير المشروعة وتعد الأعمال التالية من أعمال المنافسة غير المشروعة: أ - ...

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 702.

(2) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 339.

(3) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 340.

(4) نشأت منظمة التجارة العالمية (WTO) ضمن اتفاقية مراكش في سنة (1994) لتضبط الإطار المؤسسي المشترك لتنظيم العلاقات التجارية فيما بين أعضائها في المسائل المتعلقة بالاتفاقيات والأدوات القانونية المعترف بها وفق أحكام المادة الثانية من اتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية. انظر للتفصيل حول هيكليته وأهداف هذه المنظمة: د. حسين توفيق فيض الله، المرجع السابق، ص 15-19. وانظر كذلك موقع هذه المنظمة على الإنترنت:

<https://www.wto.org>

(تمت آخر زيارة للموقع بتاريخ 2020/05/04).

و- إفشاء الأسرار التجارية أو الصناعية بطريقة تتعارض مع الممارسة الشريفة للتجارة وتتحقق السرية إذا:

1. كانت المعلومات في مجموعها أو في التكوين الذي يضم مفرداتها ليست معروفة أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالنشاط الصناعي أو التجاري الذي تقع المعلومات في نطاقه.
2. كانت قيمتها التجارية مستمدة من سريتها.
3. اتخذت بشأنها من قبل حائزها القانوني تدابير معقولة للحفاظ على سريتها⁽¹⁾.

وتنص المادة (83) من القانون التجاري المصري رقم (17) لعام 1999 على ما يأتي:
(1) يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك.

2. كذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط في العقد ويسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية⁽²⁾.
وفي جميع الأحوال فإن الالتزام بالمحافظة على السرية وارد في العديد من القوانين السورية، حيث ورد ذكره بسياق تنظيم عقود العمل في القانون المدني وفي قانون العمل رقم (17) لعام 2010، كما ورد ذكره بسياق تنظيم مهنة المحاماة بالقانون رقم (30) لعام 2010، وبإطار تنظيم المهن الطبية والصيدلانية بالمرسوم التشريعي رقم (12) لعام 1970 وبإطار تنظيم مهنة المحاسبين القانونيين بالقانون رقم (33) لعام 2009، وبإطار تنظيم مهنة الترجمة المحلفة بالقانون رقم (22) لعام 2014، ويرد ذكره أيضاً بقانون البيئات السوري رقم (359) لسنة (1947) حيث تنص المادة (65) منه على أنه: ((لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها مقصوداً به فقط ارتكاب جنائية أو جنحة)). وتقضي المادة (565) من قانون العقوبات السوري بمعاقبة: ((من كان بحكم وضعه أو وظيفته أو مهنته أو فنه على علم بسر وأفشاء دون سبب مشروع أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة آخر عوقب بالحبس سنة على الأكثر وبغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف ليرة إذا كان الفعل من شأنه أن يسبب ضرراً ولو معنوياً))⁽³⁾.

(1) انظر في نفس المعنى: المادة (55) من قانون براءات الاختراع المصري رقم 82 لسنة 2002، التي جاءت تحت تأثير اتفاقية (TRIPS).

(2) وكذلك تنص المادة (81) من ذات القانون على أنه ((لا يجوز للمتورد النزول للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها)).

(3) ومع ذلك فلا عقاب إن أذن صاحب الشأن بالإفشاء فيه، أو كان إفشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جنائية أو جنحة أو منع ارتكابها (راجع نص المادة (437) من قانون العقوبات العراقي). والمادة (65) من قانون البيئات السوري رقم 359 لعام 1947.

وهذه النصوص دليل على التزام المحافظة بسرية المعلومات المتلقاة، وعلى التزام حسن النية في هذا المجال، والذي تستند عليه كافة الأحكام التي تنظم مرحلة المفاوضات العقدية، حيث إن لالتزام المحافظة على سرية المعلومات صلة وثيقة بالالتزام بالإعلام أو الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد، فحيثما وجد التزام بالإعلام وجب عدم إفشاء تلك المعلومات أو استخدامها بطريقة مضرة بالفريق الآخر⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقهاء⁽²⁾ أنه لا يلزم الاتفاق الصريح على وجوب الالتزام بالمحافظة على السرية، بل هو يوجد بغير حاجة إلى نص بحسبانه من مستلزمات العقد طبقاً للمادة (2/149) من القانون المدني السوري، إذ تنص على ما يأتي: ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام))⁽³⁾، في موقف مشابه لما اتخذته القضاء الفرنسي والمصري بصدد الالتزام بضمان السلامة في بعض العقود، والذي بدأ بعقود العمل، إلى عقد نقل الأشخاص، وصولاً إلى مجالات عديدة أخرى. وبصدد الالتزام بالإعلام والتبصير في العقود التي يكون أحد طرفيها حرفياً متخصصاً، وهو الذي بدأ مع العقود الطبية، وانتهى إلى العديد من العقود الأخرى ذات الطابع الحرفي، كعقود الحاسبات الالكترونية والعقود المصرفية⁽⁴⁾.

ثالثاً- موقف الأنظمة الانجلوسكسونية من التزام المحافظة على السرية:

يرى بعض الفقهاء⁽⁵⁾ أن الأنظمة الانجلوسكسونية تحاول معالجة هذه الحالة من خلال نظرية الإثراء بلا سبب (Unjust Enrichment)، حيث إن الداخل في عملية إبرام العقد، يلتزم برد ما كسبه نتيجة للتصرفات غير النزيهة في مرحلة إبرام العقد.

ويتم تطبيق هذه النظرية عندما يكتسب أحد الطرفين منافع على حساب الطرف المقابل كنتيجة للتصرف غير النزيه. ومن أبرز صورها حالة الكشف عن معلومات سرية للطرف المقابل في أثناء التفاوض، وقيام الطرف المتلقي للمعلومات باستخدامها بعد أن تتعثر المفاوضات. فهذه المعلومات تم تلقيها بطريقة قانونية، إذ إنها مأخوذة من صاحبها وبمحض اختياره، وعليه فلا تطبق بشأنه القواعد

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص366.

(2) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ص70-71. وأيضاً: من هذا الرأي: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص206. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص66. وأيضاً: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص695.

(3) ويقابل النص السوري نص المادة (1135) مدني فرنسي بصيغتها القديمة، ونص المادة (148) من القانون المدني المصري، ونص المادة (2/202) مدني أردني، ونص المادة (221) موجبات وعقود لبناني، ونص المادة (195) مدني كويتي.

(4) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص183. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص66.

(5) See: Alyona N.Kucher; Pre-Contractual liability; Protecting The Rights of The Parties Engaged in Negotiations; P.35.

المتعلقة بالحصول غير المشروع على المعلومات كالقرصنة وغيرها. لذلك فإن الشخص الذي يريد الإفصاح عن المعلومات السرية في مرحلة التفاوض، يحاول في بعض الأحيان اللجوء إلى اتفاق حول السرية (Confidentiality agreement) التي تحتوي على بنود أو شروط تتعلق بمسألة الإفصاح واستخدام المعلومات. وإذا لم يكن هذا الاتفاق موجوداً واستخدم المتعاقد الآخر المعلومات السرية المفصح عنها في فترة التفاوض، فهو بحسب الأنظمة الانجلوسكسونية يلتزم بإعادة ما اكتسبه على حساب المتعاقد المفصح عن المعلومات نتيجة لاستخدامه لتلك المعلومات⁽¹⁾.

وقد دفع تأثير اتفاقية (TRIPS) بهذه الدول إلى إعادة النظر في قوانينها وإلى إصدار تشريعات تتلاءم مع بنود هذه الاتفاقية منها الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أصدر الكونغرس الأمريكي قانون التجسس الاقتصادي⁽²⁾، كما سبق لها ونظمت هذا الجانب مع كل من كندا والمكسيك من خلال إبرام اتفاقية (NAFTA) في سنة (1992)⁽³⁾.

وقد قامت بريطانيا وأنظمة انجلوسكسونية أخرى بتنظيم هذا الالتزام أيضاً، فقد أسهم القضاء إلى حد كبير في توضيح شروط دعوى الإخلال بالسرية⁽⁴⁾، وما يقع من صعوبات في هذا المجال⁽⁵⁾، سواء أكانت الأسرار تجارية أم أسراراً ذات طبيعة شخصية، وإحدى قواعد هذا التنظيم تتمثل في إمكانية منع الشخص الذي أفصح له هذه المعلومات في إطار من علاقات الثقة سواء بطريقة صريحة أم ضمنية بأن يفهم بأن هذه المعلومات يجب أن لا يفصح عنها للآخرين، أو أن تستعمل من قبل المستلم لهذه المعلومات. بحيث يترتب على الإفصاح عنها، أو استعمالها إخلال بهذه الثقة، وفرض التعويضات على الشخص الذي أفصح عن هذه المعلومات أو استعمالها⁽⁶⁾.

(1) See: Alyona N.Kucher. Op. Cit.P.35

(2) See: Economic Espionage acts (USA1996) Available on the internet at:
http://www.tscm.com/USC18_90.html

(تمت آخر زيارة للموقع بتاريخ 2020/05/04).

(3) راجع المادة (1171) من اتفاقية (NAFTA) المشابهة لما ورد في المادة (2/39) من اتفاقية (TRIPS).

(4) See; Coco v A N. Clark Ltd (1969) RPC41. Australian Case

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص367.

(5) See for more: Bruce R Clarke & Brendan J Sweeney, Marketing And the Law, Printed in Australia by Robert Burton Printers Pty Ltd. 1997 Reprinted in 1999. Pp.42-63

(6) انظر للتفصيل: فهاد سعيد سعدي، المرجع السابق، ص51-52.

الفقرة-5- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات⁽¹⁾:

إن البحث عن مقتضيات حسن النية في إبرام العقود، يولّد تساؤلاً حول مدى التزام الأطراف المتفاوضة بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد، فهل يقتضي الالتزام بحسن النية الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد؟ وما هو مضمون هذا الالتزام إن وجد؟ وما هي شروط فرضه ونطاقه؟

لم يحظَ هذا الالتزام باهتمام القانون والفقه الحديث في البداية، نظراً لبساطة التعاملات المدنية والتجارية وعدم تعقيدها، إلا أنه نتيجةً للتطورات التقنية والتكنولوجية المعاصرة التي أدت إلى تزايد التفاوت في درجة المعرفة بشكل ملحوظ بين الأطراف المتعاقدة، مما أثر سلباً في التعاملات التجارية واليومية للمتعاقدين⁽²⁾، كان لا بد للقانون والقضاء والفقه في بعض البلدان من التدخل في هذه المسألة، لردم الهوة الموجودة من الناحية المعرفية بين المتعاقدين، وكان ذلك من خلال فرض التزام بالإدلاء بالمعلومات في المراحل السابقة على التعاقد، ضماناً لإبرام العقد وفقاً لرضا مستنير.

أولاً- تعريف الالتزام بالإدلاء بالمعلومات:

عرّف بعض الفقه الالتزام بالإدلاء بالمعلومات بأنه ((التزام سابق على التعاقد، يتحدد محله في قيام المدين به بإخطار الطرف الآخر الدائن بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه سواء من ناحية شروطه أم أوصاف الشيء محله أم مدى سعة التعهدات المتبادلة الناشئة عنه))⁽³⁾، وعرفه بعضهم الآخر بأنه ((تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد))⁽⁴⁾، كما عرفه قسم ثالث بأنه ((الالتزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق على إبرامه، بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، والتي يجهلها الدائن، ويتعذر حصوله عليها عن غير طريق المدين، وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه، حال إقباله على التعاقد))⁽⁵⁾ وقيل إنه ((التزام عام يغطي

(1) انظر للتفصيل: د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، القاهرة، دار النهضة العربية 2000، ص 6 وما بعدها.

(2) انظر للتفصيل حول مسوغات قيام هذا الالتزام: جاك جستان، المرجع السابق، ص 689-692. وعمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004، ص 191-196.

(3) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 10.

(4) د. سهير المنتصر، الالتزام بالتبصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 41.

(5) د. عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 190.

المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك⁽¹⁾.

وخلاصة الأمر أن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات هو التزام قائم على الطرف المحترف من التعاقد (البائع) بإعلام الطرف الآخر (المستهلك) قبل إبرام العقد بكافة ما يتعلق بالسلعة المباعة أو الخدمة المقدمة من معلومات ومواصفات جوهرية، يهدف إيجاد رضا حر ومستنير لدى المستهلك، يحول دون إمكانية إبطال العقد استناداً إلى عيوب الإرادة، والتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

ثانياً- خصائص الالتزام بالإدلاء بالمعلومات:

من مجمل التعريفات السابقة تنبئ لدينا مجموعة من الخصائص التي يتميز بها الالتزام بالإدلاء بالمعلومات:

1- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات التزام عام يظهر في جميع أنواع العقود:

يتميز الالتزام بالإدلاء بالمعلومات بأنه التزام عام يظهر في جميع أنواع العقود⁽²⁾، وإن كان مضمون هذا الالتزام يختلف من عقد إلى آخر⁽³⁾، حيث تزداد أهميته في عقود الاستهلاك لما يضعه المستهلكون من ثقة كبيرة في المنتجين بوصفهم مهنيين ومحترفين⁽⁴⁾، وفي العقود التي يكون محلها تكنولوجيا معقدة أو التي تنطوي على مخاطر معينة⁽⁵⁾.

2- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات واجب قانوني:

ويتميز الالتزام بالإدلاء بالمعلومات بأنه واجب قانوني، حيث إنه يستمد وجوده ويجد مصدره في المبادئ العامة للقانون، كمبدأ حسن النية قبل التعاقد⁽⁶⁾. وما يقتضيه هذا المبدأ من أمانة ونزاهة وثقة

(1) د. حسن عبد الباسط الجمعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، مجلة الدراسات

القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد الثالث عشر، السنة الثانية عشر 1990، ص254.

(2) د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، المرجع السابق، ص14. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل

التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص96. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، القانون المدني،

ج1، المرجع السابق، ص188. وأيضاً: د. عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص189. وأيضاً: د. مصطفى

أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة طنطا، 2008، ص43.

J. Ghestin, op. cit., n° 661, p. 600

(3) د. أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص570.

(4) د. خالد جمال، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1996، ص335.

وأيضاً: د. مصطفى أبو عمر، المرجع السابق، ص84. وأيضاً: د. أكرم محمود البدو، د. محمد صديق عبد

الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الراافدين للحقوق، المجلد 13، العدد49، السنة

16 ص413.

(5) د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص130-131.

(6) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص333. وأيضاً: د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص114.

في التعامل مع الغير خلال مرحلة التفاوض. كما قد يجد مصدره في نصوص القانون⁽¹⁾. كما هو الحال بالنسبة إلى المادة (1/1112) من القانون المدني الفرنسي في صياغته الجديدة للعام 2016، التي تبين أنه على من يعرف من الأطراف معلومة لها أهميتها الحاسمة بالنسبة إلى رضا الطرف الآخر أن يعلمه بها، متى كان جهل هذا الأخير بالمعلومة مشروعاً أو كان قد وضع ثقته بالمتعاقد معه. كما تبين أن واجب الإعلام لا يرد على تقدير قيمة الأداء، وبأن المعلومات ذات الأهمية الحاسمة هي تلك التي لها رابطة مباشرة أو ضرورية بموضوع العقد أو صفة الأطراف.

وقد كان القضاء الفرنسي يعدُّ التقدم بمشاريع عقود من عناصر الالتزام بالإعلام والاستعلام في مرحلة التفاوض، مستنداً في ذلك إلى المادة (3/1134) مدني فرنسي بصياغتها القديمة، بحيث يعدُّ الإخلال بهذا الالتزام موجباً للتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

ومن تطبيقات هذا الالتزام نجد المادة (121) من القانون المدني السوري بشأن الغلط الجوهري الدافع إلى التعاقد⁽³⁾، ونص المادة (2/126) مدني سوري بشأن التدليس بالسكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت بأن المدلس عليه ما كان ليبهرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة⁽⁴⁾ ونص المادة (415) مدني سوري بشأن ضمان العيب الخفي⁽⁵⁾، وغيرها من التطبيقات المتعلقة بعقود التأمين وحماية المستهلك.

3- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات ذو طبيعة وقائية:

ولا شك بأن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات هو ذو طبيعة وقائية، يعمل على ثبات المراكز القانونية للمتعاقدین واستقرارها، وحفظها من عوامل الانهيار ودواعي الإبطال⁽⁶⁾، بحيث يعدُّ الرضا الصادر من المتفاوض بعد تزويده بهذه البيانات رضاً مستتيراً، يحول دون الاحتجاج بالغلط⁽⁷⁾، ولا شك بأن

(1) وهناك من يعطي هذا الالتزام طبيعة عقدية، من خلال القول أنه يستمد وجوده ومصدره من العقد بذاته، في حين يرد البعض الآخر على ذلك بالقول أنه ليس من المعقول أن ينشأ فرع قبل أصله أو أن ينشأ التزام قبل نشوء مصدره، لينتهوا بالاعتراف بالطابع غير العقدي لهذا الالتزام وعدم لصقه بالعقد لمجرد أنه التزام يفرض بمناسبة تكوين العقد. راجع في هذا الشأن: د. خالد جمال، المرجع السابق، ص335.

(2) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص133.

(3) المقابلة لنص المادة (204) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (120) من القانون المدني المصري.

(4) المقابلة لنص المادة (1/208) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (2/125) من القانون المدني المصري.

(5) المقابلة لنص المادة (428) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة (447) من القانون المدني المصري.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص573.

(7) د. أكرم محمود البدو، د. محمد صديق، المرجع السابق، ص412.

الأدوار الوقائية التي يلعبها هذا الالتزام تتبدى بشكل أوضح في حالات إعلام الطرف الآخر بالعيوب الخفية، والأسباب المحتملة للتعرض أو الاستحقاق⁽¹⁾.

4- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات هو التزام مستقل:

ينتج الفقه الحديث⁽²⁾ إلى أن هذا الالتزام ليس التزاماً تابعاً للعقد، بل يتميز بكيان مستقل وذاتية مستقلة تسهم في تكملة نصوص التشريع⁽³⁾. كما أن هذا التزام مستقل عن العقد اللاحق عليه، كون الغاية من تقريره تتمثل بتبصير الدائن بما يتصل بالعقد من معلومات ضرورية⁽⁴⁾ وهو مستقل أيضاً عما ينشأ عن هذا العقد من التزامات عقدية⁽⁵⁾.

ومما يميز استقلال الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من غيره من الالتزامات ما يأتي:

- استقلال الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن نظرية عيوب الرضا⁽⁶⁾، فقد تقوم المسؤولية على الرغم من عدم تعيب الإرادة بعيب من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس⁽⁷⁾.
- استقلال الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن نظرية الضمان⁽⁸⁾، فقد تقوم المسؤولية على الرغم من عدم حدوث ما يوجب الضمان على عاتق المدين⁽⁹⁾.
- استقلالية هذا الالتزام عن تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الإذعان، لأنه ليس في القانون أي حماية للطرف المذعن في المرحلة السابقة على التعاقد⁽¹⁰⁾.

(1) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 466.

(2) د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، المرجع السابق، ص 119. وأيضاً: د. حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 105. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 80.

(3) J. Ghestin, op. cit., n° 633, pp 691-692.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 573.

(5) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 349.

(6) J. Ghestin, op. cit., n° 629, p. 690

(7) د. عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 197.

(8) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 136.

(9) د. عزة خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسوب الآلي، دراسة مقارنة، في القانون المدني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1994، ص 150.

(10) وهي التي تتمثل كما رأينا بالمادة (150) من القانون المدني السوري بخصوص سلطة القاضي بتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها. والمادة (2/152) منه بخصوص عدم تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان بما يضر بمصلحة الطرف المذعن، والتي تقابلها المادتان (149 و 2/151) من القانون المدني المصري.

5- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات التزام مُقيّد:

فقد رأينا أن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات مقتصر على المعلومات الجوهرية أو الرئيسة بموضوع التعاقد وصفة الأطراف⁽¹⁾، بالنظر إلى طبيعة العقد أو المؤلف في التعامل، أو نصوص خاصة في القانون يراعى فيها طبيعة المعاملة. مالم يطلب الدائن بالإعلام إحاطته بمعلومات إضافية تهمة، أو أعلن للمدين بالالتزام بالإعلام عن ظروف خاصة بالمعاملة تستدعي الإدلاء بمعلومات إضافية تتجاوز الإطار المؤلف للإعلام⁽²⁾.

6- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات التزام بتحقيق نتيجة:

على الرغم من انقسام الفقه القانوني بشأن تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإدلاء بالمعلومات بين من يرى بأنه التزام ببذل عناية أي التزام بوسيلة⁽³⁾، وبين من يرى بأنه التزام بتحقيق نتيجة أو غاية⁽⁴⁾. يميل بعض الفقهاء⁽⁵⁾ إلى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو بالضرورة التزام بتحقيق نتيجة، بحسبان أن الغاية من تقرير هذا الالتزام لا تتحقق إلا في حال عدّه التزاماً بتحقيق نتيجة، بحيث يؤدي في هذه الحالة بالذات إلى حماية مصالح الطرف الضعيف في مواجهة الطرف المهني المحترف صاحب الأفضلية الاقتصادية والفنية. ويؤكد أصحاب هذا الرأي على ذلك من خلال الأحكام الواردة عادةً في قوانين حماية المستهلك بخصوص حق المستهلك في الحصول على المعرفة اللازمة

(1) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، منشورات عويدات، بيروت، 1983، ص239. وأيضاً: د. خالد جمال، المرجع السابق، ص339. وأيضاً: د. عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص190. وأيضاً: د. مصطفى أبو عمر، المرجع السابق، ص43. وأيضاً: د. أكرم محمود البدو، د. محمد صديق، المرجع السابق، ص412.

J. Ghestin, op. cit., n° 636, p. 694

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص576.

(3) من هذا الرأي: د. حمدي أحمد، المرجع السابق، ص177. وأيضاً: د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982، ص25. وأيضاً: د. جابر محبوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص282. وأيضاً: د. عزة خليل، المرجع السابق، ص155. وأيضاً: د. مصطفى أبو عمرو، المرجع السابق، ص91.

(4) من هذا الرأي: د. علي سيد حسن، الالتزام في السلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص368. وأيضاً: د. ثروت فتحي اسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني الصانع والموزع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987، ص374 وما بعدها. وأيضاً: د. ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999، ص206. وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص764.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص577.

للمحافظة على حقوقه المشروعة⁽¹⁾ ويؤكد أصحاب هذا الرأي على ضرورة عدم الخلط بين محل الالتزام بالإعلام، والذي هو الإفصاح عن بيانات ومعلومات معينة، وبين النتائج المترتبة على الإفصاح، التي تتمثل بارتقائها لاهتمام الفريق الآخر، وتصرفه على هذا الأساس أم لا⁽²⁾.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسؤولية الطبيب، وذلك لعدم إخلاله بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بمناسبة علاج مريض بأشعة الراديوم، طالما أن الطبيب قد أدلى له قبل العلاج بكافة المخاطر والأضرار المتوقعة والناجمة عن استخدام العلاج⁽³⁾، بما يدل بمفهوم المخالفة بأن مجرد عدم الإدلاء بالمعلومات هو الذي يشكل إخلالاً بالالتزام بإدلائها⁽⁴⁾.

فدّمة المدين تبرأ بمجرد إعلامه الدائن بما يلزم من معلومات لتتوير إرادته قبل التعاقد⁽⁵⁾، فإذا أراد المدين التخلص من المسؤولية، فإنه سيقع عليه عبء إثبات تنفيذه للالتزام بالإعلام والتبصير أو إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي⁽⁶⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المهني -الطبيب- هو الملزم بإثبات أدائه للالتزام بالإدلاء بالبيانات إلى عميله من خلال إقامة الدليل على إعلامه بجميع المعلومات التي تساعد على اتخاذ قراره⁽⁷⁾ مما يؤكد، حسب رأي بعض الفقهاء، على أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام بتحقيق نتيجة⁽⁸⁾ وقد عززت المحكمة المذكورة حكمها السابق بحكم آخر صدر بشأن محامٍ طالبه موكله بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء عدم تنفيذه للالتزام بالإعلام قبل التعاقد. وقد ألفت المحكمة على المحامي عبء إثبات أداء هذا الالتزام أو إقامة الدليل على الظروف التي حالت دون القيام بذلك⁽⁹⁾.

(1) بما فيها المواد (19-21-22) من قانون حماية المستهلك السوري، والمواد (2-3-6) من قانون حماية المستهلك المصري.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 579.

(3) Cass. Civ. 23 mai 1973. G.p. 1973-II-880; Cass. Civ. 8 avr. 1986, Bull. Civ., I, n° 82, p. 81

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 580 في الهامش.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 579.

(5) د. مصطفى أبو عمرو، المرجع السابق، ص 91.

(6) د. علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 106.

(7) Cass. Civ. 25-2-1997. In Rev. Tr-Dr-San-Soci-, pp 288-292

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 580 في الهامش.

(8) د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 764.

(9) Cass. Civ. 29 avr. 1997. J. c. p, 1997, n° 22948

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 580 في الهامش.

ثالثاً: أطراف الالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد:

يترتب الالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد على كلا طرفي العلاقة التعاقدية⁽¹⁾، فالبايع والمشتري مثلاً، كلاهما يلتزم بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد لأجل ضمان رضا مستنير لدى الطرف الآخر عند إبرام العقد. فالمنتج وإن كان أكثر من يطالب بتنفيذ هذا الالتزام، إلا أن المستهلك هو الآخر يلتزم به؛ لأن العملية التعاقدية لا يمكن إبرامها بشكل سليم ما لم يدل الطرفان بالمعلومات المتعلقة بالعقد، وهذا ناجم في رأي بعض الفقهاء عن طبيعة التزام حسن النية في إبرام العقود بوصفه التزاماً تبادلياً⁽²⁾.

رابعاً: شروط الالتزام بالإدلاء بالمعلومات:

تختلف المعلومات التي يجب على طرفي العقد الإدلاء بها تبعاً لمراكزهم التعاقدية، فالالتزام بالإدلاء بالمعلومات له شروطه القانونية⁽³⁾، وهي:

1- أن تكون المعلومات التي يدلي بها المتعاقد ضرورية، فلا ينبغي على المتعاقد أن يدلي بجميع المعلومات التي بحوزته، بل فقط بالمعلومات الضرورية التي تؤثر في قرار الدائن في المضي قدماً بالتعاقد، أو الانصراف عنه. ويستدل على أهمية المعلومات لعملية التعاقد من ناحيتين:

أ. قد تكون المعلومات الواجب الإدلاء بها ضرورية للمفاوضات بحد ذاتها، وذلك عندما يؤدي عدم معرفتها من قبل الطرف الآخر إلى قطع المفاوضات وعدم الاستمرار بها، والمثال على ذلك عدم كشف حائز التكنولوجيا عن بعض الأسرار في أثناء التفاوض خوفاً من أن يلحقه ضرر من وراء ذلك، فيؤدي ذلك إلى انصراف الطرف الآخر عن المفاوضات، لعدم قدرته على تحديد مدى صلاحية التكنولوجيا المتفاوض عليها للغرض الذي يبتغيه من التعاقد.

ب. وقد تكون المعلومات الواجب الإدلاء بها ضرورية لتكوين رضا مستنير بالتعاقد لدى الطرف الآخر، وتكون هذه المعلومات كذلك إذا لم يكن الطرف الآخر ليتخذ قرار التعاقد أو عدمه لو علم بهذه المعلومات، أو كان ليبرمه على الأقل بشروط معينة. ذلك أن الرضا بالتعاقد، لا يعني بالضرورة أن هذا الرضا مستنير أو غير معيب، فالإخلال بهذا الالتزام إذا وقع قبل التعاقد فإنه يؤثر في الرضا ويجعله رضاءً معيباً⁽⁴⁾، ومن هنا فإن المعلومات التي يدلي بها إلى الدائن هي المعلومات التي تساعد على تكوين رأي المتعاقد، على أن تقدير ضرورة المعلومات للتعاقد أمر متروك للقضاء بما يتميز به

(1) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص383.

(2) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(3) جاك جستان، المرجع السابق، ص694. وأيضاً: د. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص32-40.

(4) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص384.

من سلطة تقديرية، وينظر في كل حالة على حدة، ذلك أنه إذا تبين عدم ضرورة المعلومات للتعاقد، فلا يكون هناك التزام بتقديم المعلومات⁽¹⁾.

2- أن يكون المدين بالالتزام عالماً بالمعلومات محل الالتزام، لكن مع ذلك فإنه لا يقبل منه العذر بجهله بهذه المعلومات إذا كان يجب عليه، أو على من في مكانه أن يعلم بهذه المعلومات، كما في حال الحرفي فمهنته تستوجب عليه العلم، بما يؤثر في عمليات التعاقد التي يجريها بإطار حرفته، فقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية بإلغاء بيع أرض استناداً إلى وجود إخلال بالالتزام بتقديم البيانات، وذلك عندما لم يتمكن المشتري من الحصول على رخصة بناء، نظراً لأن قرار الفرز لم يصدر بعد. وقد صادقت الغرفة الثالثة في محكمة النقض الفرنسية على القرار⁽²⁾ بحسبان أن البائع - وكان شركة تتاجر بالعقارات - من ذوي الخبرة بالمعلومات العقارية، ومن واجبها العلم بحالة الأرض من حيث الإفراز، ومن ثم إعلام المشتري الذي لا يمتلك خبرة البناء في المدينة⁽³⁾. من هذا يتبين أن على المدين بالالتزام أن يعلم بالبيانات المتعلقة بالعقد، كي يتمكن من تقديمها للطرف الدائن، ولا يسعفه القول إنه كان جاهلاً بتلك المعلومات بل عليه أن يثبت بأن جهله كان مسوغاً⁽⁴⁾.

ويتعين على المهني أو المحترف العديد من الواجبات تتراوح بين الإعلام والنصيحة والتحذير⁽⁵⁾ ويقول بعض الفقه⁽⁶⁾ إن هذه المعاني الثلاثة تجمع بين الطابع الإيجابي، وبين الإخبار الحيادي من جانب المدين. فعلى المدين في هذه الالتزامات أن يوضح للطرف الآخر الملابسات محل التعاقد لدرجة تؤدي إلى قيام الرضا الحر المستتير، وكذلك الأمر في حالة النصيحة فيقدم للطرف الآخر الإرشاد الكامل حتى يتم العقد⁽⁷⁾ أو يعدل عنه الطرف الآخر في العقد، أما في حالة التحذير، فهذا

(1) انظر: سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص 69.

(2) Cass. civ. 3 February 1981. D. 1984, 457, note Ghestin. quoted from: A.M.Musy, Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis.Op.Cit.P.12

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 385 في الهامش.

(3) Cass. civ. 3 February 1981. D. 1984, 457, note Ghestin. quoted from: A.M.Musy, Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis.Op.Cit.P.15

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 385 في الهامش.

(4) Cass. civ. 3 February 1981. D. 1984, 457, note Ghestin. quoted from: A.M.Musy, Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis.Op.Cit.P.16

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 385 في الهامش.

(5) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 382.

(6) د. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 9.

(7) يذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتزام بالنصيحة يعد التزاماً خاصاً، وليس التزاماً عاماً أو أحد موجبات الالتزام بالمبدأ العام لحسن النية في مرحلة التفاوض. حيث إن طلب النصيحة يكون لمستشار خارجي لطالب التعاقد، ويجد أساسه ومصدره في العقد الذي يتضمن هذا التزام الأصيل (الرئيس) والوحيد الذي قام من أجله العقد،

يقتضي مثابة من المدين، لتبصير المتعاقد معه بالمخاطر المتعلقة بموضوع التعاقد، حتى يكون على بينة من أمره.

فالمحامي على سبيل المثال ملزم بالتوضيح لمن يطلب مساعدته، درجة احتمال نجاح الدعوى أمام المحاكم، كما يلفت انتباهه إلى الإجراءات التي يجب اتباعها سواء لإيداع دعواه أمام المحكمة، أم لحفظ حقه من السقوط، وخاصة بالنسبة إلى المواعيد القانونية. كما يلتزم بإخبار عميله بالأتعاب التي ينوي تقاضيها، أو عن الآلية التي يتم بها تحديدها. وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في (2000/7/18) بالقول: ((إن المحامي ملزم بإخبار عميله مسبقاً بشروط تحديد الأتعاب وكيفية ذلك))⁽¹⁾ وهناك من يرى⁽²⁾ أن هذا القرار يأتي بمبدأ عام ينطبق على عميل المحامي، وغيرهم من العملاء، وبالأخص أولئك الذين يحميهم قانون حماية المستهلك الفرنسي.

وفي السياق ذاته، فقد ذهبت الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية، إلى أنه يقع على عاتق المصرفي تجاه المقترض، الذي لم يتم تنبيهه، واجب التحذير في أثناء إبرام عقد القرض، وفقاً لقدرته المالية، ومخاطر المديونية عليه⁽³⁾.

ومن الملاحظ أن القانون المدني الفرنسي في صياغته الجديدة لعام 2016، قد بين في المادة (1/1112) نطاق الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بحيث يشمل المعلومات المهمة والمحددة لرضاء الطرف الدائن بالإعلام، المتمثلة بالمعلومات والبيانات التي ترتبط برابطة مباشرة، وضرورية بموضوع التعاقد المطلوب أو بصفة الأطراف⁽⁴⁾ ومن ثم فقد اكتفى التعديل المذكور بفرض التزام التعاقد البسيط بتزويد شريكه في العقد بالمعلومات الضرورية، خلافاً لما ذهب إليه القضاء الفرنسي بتحميل الطرف المحترف التزامات النصيحة والتحذير⁽⁵⁾.

والذي بموجبه يلتزم المستشار بأن يقدم للمتعاقد نصيحة خاصة ومحددة بشأن مشكلة أو مسألة تواجهه. ويدلل أصحاب هذا الرأي على ذلك بأن الالتزام بالنصيحة لا يكون تلقائياً، بل بناءً على طلب صريح ومباشر من الطرف الآخر في التعاقد، وبعدم ورود الالتزام بالنصيحة بمتن قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 ولائحته التنفيذية. انظر: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 619.

(1) Case-Civ.18-7-2000,D,2000,IR,247 أشار إليه: د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 77.

(2) (Mestre) في تعليق على القرار المذكور. أشار إليه: د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، نفس الصفحة.

(3) Cass., ch. Mixte, 29 Juin 2007, JCP 2007, II. 10146. V. aussi, Com. 26 Janv. 2010. P.578

أشار إليه: د. عدنان إبراهيم سرحان، جديد أحكام إبرام العقد في قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد، مجلة دراسات قانونية، مجلس النواب في مملكة البحرين، العدد الثالث، فبراير 2020، ص 105 في الهامش.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 597.

(5) د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 105.

وتطبيقاً لذلك فإن نطاق المعلومات موضوع الالتزام بالإعلام، لا يقتصر على المعلومات الجوهرية الكائنة في المعقود عليه فحسب، بل تمتد لتشمل كل ما يتصل بالشئ محل التعاقد، أو يرتبط به من معلومات جوهرية وضرورية، سواء أكانت هذه المعلومات معلومات داخلية في الشئ المعقود عليه، أم خارجية عنه، ما دام لها تأثير كبير في تقدير التعاقد لمصلحته في العقد المطلوب إبرامه⁽¹⁾.

3- أن يكون الدائن جاهلاً بالمعلومات، فلا يلتزم المدين بتقديم معلومات كان الدائن عالماً بها، فالغاية من هذا الالتزام هي مساعدة الدائن على اتخاذ قرار التعاقد على أساس العلم بكل ما يكتنف عملية التعاقد من ظروف، وهي تفترض علم المدين بمعلومات ضرورية للتعاقد، وجهل الدائن بهذه المعلومات. أما إذا توقرت للدائن فرصة العلم بتلك المعلومات، فلا يلزم المدين بالإفشاء بها⁽²⁾. فإذا كانت المعرفة مفترضة لدى المدين بالالتزام بالإعلام فإنها تفترض عدم توفرها لدى الدائن به، بشرط أن يكون الجهل مسوغاً بصورة مشروعة. أما إذا كان الجهل نتيجة لخفة لدى الدائن بالالتزام، أو لإهمال منه، فإنه يتحمل مسؤولية خفته أو إهماله وفق ما أكدته محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾؛ فالمقدم على التعاقد يجب أن يكون حريصاً على جمع كافة المعلومات الخاصة بموضوع التعاقد، وهذا يدفع ببعض الفقهاء إلى القول بوجود التزام مقابل للالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد على عاتق الدائن بالالتزام، وهو الالتزام بالاستعلام⁽⁴⁾.

خامساً: أوصاف المعلومات محل الالتزام بالإعلام:

حتى يحقق الإعلام والتبصير قبل التعاقد هدفه بتتوير رضا المتعاقد، بحقائق ومضمون وخصائص الصفقة المتفاوض عليها، فإنه يجب أن يكون الإعلام أولاً إعلاماً وافياً وثانياً إعلاماً واضحاً، على التفصيل الآتي:

1. يجب أن يكون الإعلام وافياً:

يجب أن تكون المعلومات والبيانات المقدمة للمفاوض كاملة ووافية، لكي تمكنه من الإحاطة بكافة العناصر الجوهرية المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه. فالإعلام الناقص أو الإعلام غير الوافي إعلام مبتور لا يحقق هدفه، ولا يصل إلى الغاية المنشودة من ورائه⁽⁵⁾، لذا فإن إدلاء المدين بمعلومات منقوصة بشأن الصفقة المتفاوض بشأنها، يشكل خطأ يستوجب المسؤولية⁽⁶⁾.

(1) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص36.

(2) A.M.Musy, Disclosure of Information in Pre-Contractual Bargaining, Comparative Analysis. Op. Cit. P.16

(3) أشار إليه: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المرجع السابق، ص181.

(4) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص385.

(5) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص275.

(6) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص268.

ولا شك أن أهم المعلومات التي يهتم المتفاوض معرفتها خلال مرحلة التفاوض، تلك التي تتعلق بالوضع القانوني للشيء المتفاوض عليه، والتي تبين إذا ما كان الشيء محل التعاقد مثقلاً بأي تكاليف وأعباء تحول دون الانتفاع به بالشكل المقصود. وإلا عدّ المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد مخالاً بالتزامه، مما يرتب مسؤوليته⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بوجوب إعلام البائع للمشتري بالصعوبات التي ستواجهه في انتفاعه بالشيء المبيع، عندما حكمت بمسؤولية بائع محل تجاري، لعدم إعلامه المشتري بالصعوبات التي يمكن أن تواجهه لدى التجديد لمحل الإيجار⁽²⁾ كما قضت بأن إخفاء بائع مؤسسة تجارية تحتوي على صالة رقص عن المشتري لواقعة عدم حصولها على رخصة لاستعمال هذه الصالة، يعدّ إخلالاً بالالتزام بإعلام المشتري وتبصيره بحقيقة الشيء المبيع⁽³⁾. وقضت أيضاً بأنه يعدّ مخالاً بواجب الإعلام، البائع الممتن الذي باع لجواهري جهاز ضد السرقة، دون إعلامه بعدم انطباق مواصفات الجهاز على ما تشترطه شركات التأمين عادة⁽⁴⁾.

كما يهتم المتفاوض بالتعرف على الوضع المادي للشيء المتفاوض عليه، لذا على المتفاوض معه إعلامه بجميع المعلومات والبيانات المتصلة بالخواص المادية، والأوصاف الأساسية للشيء محل التعاقد. ويشمل هذا في حال المنقول بيان أوصافه الداخلية والخارجية، وطريقة الاستعمال وموانعها إن وجدت، وآلية الحفظ والصيانة وغيرها. كما يشمل في حال العقار شكله وموقعه الجغرافي ومساحته وملحقاته، وبيان صلاحه للزراعة أو البناء.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مبدأ حسن النية يلزم تاجر السيارات بإعلام الشخص البسيط بالمعلومات الأساسية المتصلة بالعقد، وذلك حتى يتسنى له التعامل معه وهو على مستوى متكافئ من حيث الدراية بموضوع العقد المراد إبرامه⁽⁵⁾.

(1) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 304. وأيضاً: د. أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 118. وأيضاً: د. ممدوح مبروك، المرجع السابق، ص 155 وما بعدها. وأيضاً: د. عبد المنعم إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 377 وما بعدها.

(2) Cass. Com. 8 Juillet 1974, I. r. P. 221.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 610 في الهامش.

(3) Cass. Com. 13 Oct. 1980. D.S. 1981. IR. P. 309.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 610 في الهامش.

(4) Cass. Com. 25 Mai 1993. D. s. 1993. I. R. P. 166.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 610 في الهامش.

(5) Cass. Civ. 1 ere, 13 mars 1961, R. T. D. civ., 1961, 884.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 611 في الهامش.

وقد رأينا أن التزام المدين بالإعلام الوافي لم يكن يقتصر على مجرد الإدلاء بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المتفاوض عليه، بل كان يتجاوزها إلى حد القيام بالتحذير كلما كان هناك مقتضى لذلك⁽¹⁾. كما رأينا أن الالتزام بتقديم النصيحة لا يعدُّ من صور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد⁽²⁾.

حيث يقصد بالتحذير لفت انتباه الطرف الآخر في التعاقد إلى الجوانب السلبية المتصلة بالشئ محل العقد المطلوب إبرامه، بحيث يحيطه علماً بما يكتنف هذا العقد، أو ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية⁽³⁾، والالتزام بالتحذير يجد مجاله الفعال في نطاق بيع أشياء خطيرة، ومعقدة التركيب، وصعبة الاستعمال أو حديثة الابتكار⁽⁴⁾.

ولا شك أن الإعلام عن الخطورة المرتبطة بالشئ المتعاقد عليه يكون متوجباً في الفترة السابقة على التعاقد، لأن العلم بالصفة الخطرة للمعقود عليه يعدُّ من العناصر المكملة لرضاء الطرف الآخر⁽⁵⁾، كما يتوجب أن يكون وافياً ومحيطاً بكافة المخاطر التي يحتمل أن تلحق بالمشتري. وأن يكون واضحاً في عباراته ودلالاته في بيان المخاطر ووسائل تجنبها، كما يكون التحذير ظاهراً ولصيقاً بالمنتجات يلزمها دائماً ولا ينفك عنها⁽⁶⁾.

فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه إذا كان استعمال المادة اللاصقة للأرضيات من شأنه أن يؤدي إلى تصاعد أبخرة سريعة الاشتعال، فإن الموزع الذي لا ينبه المشتري بطريقة واضحة جداً إلى ضرورة تهوية الأماكن التي تستعمل فيها، يكون مسؤولاً عن وفاة هذا المشتري، وإصابة ابنه نتيجة اندلاع النيران، على أثر قيام هذا الأخير بإشعال عود ثقاب في الغرفة المجاورة، ولا يعفيه من المسؤولية أن يكون قد كتب على العبوة عبارة ((مادة قابلة للاشتعال)) دون أي إيضاحات أخرى، حيث

(1) ويذهب بعض الفقه إلى أن الالتزام بالتحذير هو من صور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الأكثر عمقاً في مجال عقود المعلوماتية بوجه عام. د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص106.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص612.

(3) د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، المرجع السابق، ص50. وأيضاً: د. خالد جمال، المرجع السابق، ص100. وأيضاً: د. ممدوح مبروك، المرجع السابق، ص173. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص106. وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإفصاح عن الصفة الخطرة لم يظهر إلا في أواخر الثمانينات كالتزام مستقل وقائم. وقد كان مختلطاً مع أحكام العيوب الخفية التي كان يعالجها المشرع الفرنسي بموجب المادة (1645) مدني فرنسي. د. سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص58-59.

(4) د. علي حسن، المرجع السابق، ص86.

(5) د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص93. وأيضاً: د. أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص143.

(6) د. علي حسن، المرجع السابق، ص93. وأيضاً: د. محمد سرور، المرجع السابق، ص28 وما بعدها.

إن المشتري قد يفسرها على وجوب عدم ملامستها أو تقريبها من النار أو الشرار، دون أن يطرأ على باله أن الأبخرة المتصاعدة منها يمكن في بعض الحالات أن تحدث انفجاراً⁽¹⁾.

2. يجب أن يكون الإعلام واضحاً:

يجب للإعلام قبل التعاقد أن يكون واضحاً في مبناه ومبتغاه، لكي يتمكن المتفاوض من فهمه وإدراكه، ومن ثمّ إنتاج أثره وتحقيق الغاية المرجوة منه⁽²⁾.

لذلك فإنه من المتعين على المفاوض اللجوء إلى الأسلوب البسيط السهل في عرض المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد⁽³⁾، ومن ثمّ عليه الابتعاد عن الأسلوب المركّب والمعقّد، وعن استعمال الألفاظ الفنية المعقدة، التي يعجز غير المتخصص عن فهم دلالتها واستيعاب معانيها⁽⁴⁾.

كما يجب على هذا الإعلام أن يكون باللغة التي يعرفها الدائن لهذا الالتزام، لذا فإنه من اللازم أن تكتب المعلومات على المنتجات المعدة للتصدير بعدة لغات إلى جانب لغة بلد الإنتاج، ولغة البلد الذي ستصدر إليه⁽⁵⁾. وقد يكون من الأفضل أن يرفق المنتج التحذير المكتوب برسم مبسط يرمز للخطر المحتمل وقوعه عن سلعه ومنتجاته، خاصةً إذا كان من المتوقع أن يكون مستعملو هذه المنتجات ممن لا يعرفون القراءة⁽⁶⁾.

فالإعلام السابق على التعاقد لا يعدّ واضحاً إذا تضمن معلومة جوهرية ورئيسة لها دورٌ في تحديد خيارات الدائن به كتبت بخط رفيع غير مقروء، وأدرجها المدين بالإعلام بين السطور. من ذلك ما نصت عليه المادة (716) من القانون المدني السوري التي تشترط في عقد التأمين أن تكون شروطه مطبوعة بشكل ظاهر، إذا كانت متعلقة بحالة تؤدي إلى البطلان أو السقوط⁽⁷⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية متعهد لبيع العقارات، بسبب تقصيره في تنفيذ التزامه بالإعلام قبل التعاقد تجاه الأطراف الراغبين في الشراء، تأسيساً على عدم قيام المتعهد بتقديم إعلام صادق وواضح لهم، وإنما أخضعهم لوعده محرر من قبله بألفاظ وعبارات تتسم باللبس والغموض⁽⁸⁾.

(1) Cass. Civ. 31 janv. 1973, Bull. Civ. 1. n° 37, R. T. D. 1974, p. 146

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 615.

(2) د. سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 53. وأيضاً: د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 373. وأيضاً: د.

ممدوح مبروك، المرجع السابق، ص 176.

(3) د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 28. وأيضاً: د. ممدوح مبروك، المرجع السابق، ص 176.

(4) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 371.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 604.

(6) د. شكري سرور، المرجع السابق، ص 28. وأيضاً: د. ممدوح مبروك، المرجع السابق، ص 177.

(7) المقابلة للمادة (3/750) من القانون المدني المصري، والمادة (3/924) من القانون المدني الأردني. وانظر

كذلك، تمييز حقوق، قرار رقم 85/135 مجلة نقابة المحامين، ع 4، ص 2531.

(8) Cass. Civ. 3 eme. Ch. 24 Juin 1971. Bull. Civ. 1971. III. n° 406. P. 288.

ولا شك في أن الإعلام خلال مرحلة التفاوض يجب أن يكون صادقاً ودقيقاً⁽¹⁾ حتى يحقق دوره في مساعدة المتفاوض الدائن به على اتخاذ القرار المناسب لمصلحته في العقد المراد إبرامه، ولا سيما في هذه المرحلة التمهيدية.

ويعد تقدير مدى قيام المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بتقديم إعلامٍ وافٍ وواضحٍ ودقيقٍ مسألة من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، على ضوء الظروف والملابسات الخاصة بكل فرض مستقل، دون أي رقابة عليه من المحكمة العليا، ما دام استخلاصه للنتيجة التي انتهى إليها له أسبابه المعقولة⁽²⁾.

ونظراً للأثر الكبير الذي تحدثه مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في رضا الدائن بالعقد المطلوب، بحيث يمكن أن يعيَّب رضاه به، فإن المادة (1/1112) من القانون المدني الفرنسي في صياغتها الجديدة لعام 2016 لم تعطِ الأطراف إمكانية تضيق نطاق الالتزام بالإعلام ومداه، أو استبعاد واجب الإعلام، وأعطت لشخص الدائن الذي يقوم بالمطالبة بموجب الإعلام قبل التعاقد إمكانية المطالبة ببطلان العقد وفقاً لأحكام المادة (1130) من القانون ذاته.

سادساً: موقف القوانين الداخلية من الالتزام بالإدلاء بالمعلومات:

تباينت مواقف القوانين من الالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد تبعاً لموقفها تجاه الالتزام بحسن النية في إبرام العقود، فمنها من يقره كالالتزام عام سابق على إبرام العقود، ومنها من يعدُّ الالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد متعارضاً مع مبدأ حرية التعاقد، والآثار المترتبة عليه، ولكنها على الرغم من ذلك تقره في حالات استثنائية معينة، وفق ما سنراه في التفصيل الآتي:

1. موقف الأنظمة اللاتينية من الالتزام بالإدلاء بالمعلومات:

مرَّ الالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد في القانون الفرنسي سابقاً بثلاث مراحل مختلفة حسب ما ذهب إليه الفقيه (Pierre Legrand)⁽³⁾، وصولاً إلى مرحلة النص عليه في المادة (1/1112) من القانون المدني الفرنسي الجديد للعام 2016، وهذه المراحل الثلاث هي: الفترة الانتقالية: وتمتد حتى نهاية الخمسينيات من القرن العشرين، عندما لم يكن السكوت يُشكل في حدِّ ذاته تدليلاً.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 621 في الهامش.

(1) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 18. وأيضاً: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 268. وأيضاً: د.

هاني سري الدين، المرجع السابق، ص 114.

(2) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 372.

(3) LEGRAND, Pre-Contractual Disclosure and Information: English and French law compared in 6. Oxford Journal Legal Studies, 322 (1986) p.348. Indicated to A.M.Musy, Disclosure of Information in The Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis .Op. Cit.P.12

الفترة الثانية: وتمتد من نهاية الخمسينات وحتى نهاية السبعينات من القرن العشرين، عندما بدأت محكمة النقض الفرنسية بفرض التزام الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد على أساس مبدأ حسن النية⁽¹⁾ الفترة الثالثة: هي فترة التطور الكامل بصدد الالتزام بالإدلاء بالمعلومات، وخصوصاً فيما يتعلق بعقود الإذعان (Contrat d'adhésion) والعلاقة فيما بين المهني والمستهلك.

وكان الفقيه الفرنسي (Juglart)⁽²⁾ من أوائل من اهتم بالبحث عن هذا الالتزام، وقد توصل من خلال استقراء النصوص والقرارات القضائية إلى نتيجة مفادها أن القاعدة العامة في القانون الفرنسي هي عدم وجود التزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد إلا إذا كان هناك تشريع أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك، أو أن يؤدي عدم الإدلاء بالمعلومات إلى حصول تدليس أو غلط جوهري.

وحاول الفقه من بعده التركيز على حالة عدم التعادل بين الأطراف المتعاقدة فيما يخص العلم بما يتعلق بالعقد، وبالأخص العلاقة بين المهني والمستهلك⁽³⁾، مما نتجت عنه آراء حول ضرورة التزام المتعاقدين بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد على أساس الالتزام بحسن النية في إبرام العقود⁽⁴⁾ وبعدها تتابعت التشريعات في فرض الالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالعقد في المراحل السابقة على التعاقد⁽⁵⁾، فقد قام المشرع الفرنسي منذ العام 1978 بجمع كافة النصوص المتعلقة بحماية المستهلك بتقنين خاص هو تقنين الاستهلاك⁽⁶⁾ كما أن العديد من مواد القانون المدني الفرنسي

(1) F. Terre, PH. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 8^e édition, Dalloz 2002, N° 258 et s., p. 255 ets.

(نقلا عن د. فواز صالح، المرجع السابق، ص129)

(2) M. DE JUGLART, L'obligation de Renseignements dans les contrats, in rev, trim, dir, civ, 1945, 1-22. Indicated in A.M.Musy, Disclosure of Information in The-Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis. Op. Cit.P12

(3) See: A.M.Musy, Disclosure of Information in The-Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis. Op. Cit.P12

(4) جاء في أحد القرارات الصادرة عن المحاكم الفرنسية: ((أنه إعمالاً لمبدأ حسن النية قبل التعاقد، يلتزم البائع

بأن يفضي إلى المشتري بكافة البيانات والمعلومات التي تعتبر عناصر تقدير يتوقف عليها رضائه بالعقد)).

V.Tribunal d'Asens, 5 fev1964,gaz.pal.,1964-1-421

أشار إليه د. عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص203.

(5) منها قانون (3) كانون الثاني سنة (1967) وقانون (10) كانون الثاني (1978) الذي استعيد في المادة

(L.1-311) من مدونة قانون الاستهلاك بتاريخ (26) تموز (1993) ومرسوم (24) آذار (1978) وقانون

(31) كانون الأول (1989) المتعلق بالوقاية من الصعوبات المرتبطة بالاستدانة المفرطة من قبل الأفراد

والعائلات، الذي حلت محلها المادة (L.7-337) من مدونة قانون الاستهلاك بتاريخ (26) تموز (1993)

وقانون (22) كانون الأول (1972) حول البيع والسعي إلى التعاقد في المنزل المكمل بالمرسوم رقم (73)-

784 بتاريخ (9) آب (1973) وغيرها من القوانين. انظر للتفصيل: جاك جستان، المرجع السابق نفسه،

ص668-683.

(6) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص128.

بالصياغة القديمة لما قبل 2016 استنتج منها القضاء الالتزام بالإدلاء بالمعلومات في الفترة السابقة على التعاقد منها المادة (1110) المتعلقة بالغلط، والمادة (1645) المتعلقة بضمان العيوب الخفية، والمادتان (1326 و 2015) المتعلقةان بالكفالة⁽¹⁾.

وقد مرَّ القانون الايطالي بالمراحل التي مر بها القانون الفرنسي في تطوره تجاه فرض هذا الالتزام، وكان القضاء يستند فيه إلى قواعد الغلط والتدليس، وضمان العيوب الخفية، إضافةً إلى القاعدة المتعلقة بالمسؤولية السابقة على التعاقد والمستندة إلى التزام حسن النية في إبرام العقود⁽²⁾.

وقد تدخل المشرع السوري سابقاً لتوفير الحماية للمستهلك⁽³⁾ وفرض التزام الإعلام لمصلحة المستهلك⁽⁴⁾ عندما نص في المادة (32) من القانون رقم 2 تاريخ 2008/3/10 على أنه ((على كل مقدم خدمة أو سلعة إعلام المستهلكين بالمواصفات الأساسية للخدمة التي يقدمها وفق الأنظمة لدى الجهة المختصة)). ونصت المادة (22) منه على أنه: ((على المنتج أو المستورد أو بائع السلعة أو مقدم الخدمة إعلام المستهلك بواسطة نشرة أو بطاقة بيان مرافقة للسلع تتضمن: سعر المادة ومواصفاتها، طريقة الاستعمال، المخاطر المحتملة، وطرق الوقاية منها، مدة الصلاحية، اسم المنتج أو الشركة وعنوانها، كمية المنتج بالوحدات الدولية)). وتعاقب المادة (43) من القانون المذكور كل من يخالف أحكام المواد السابقة بالغرامة من عشرة آلاف إلى عشرين ألف ليرة سورية⁽⁵⁾.

(1) يستنتج من التسيق بين المادتين (1326 و 2015) من القانون المدني الفرنسي بصياغتهما القديمة لما قبل 2016، حسب ما ورد في صيغة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بتاريخ (22) شباط (1984) ((أن العمل القانوني الذي يثبت تعهداً غير محدد كهذا مكتوب بخط يد الكفيل ينبغي أن يتضمن ذكراً يعبر بشكل ما وإنما بصورة صريحة وغير ملتبسة، عن معرفته بطبيعة الموجب التعاقد عليه ومداه)) ويرى بعض الفقهاء أن: ((هذا التطور يتموضع في رؤية عامة هي الأهمية الجوهرية لحسن النية والاستقامة في شأن الاتفاق.. والحال أنه ليس من حسن النية وليس من الاستقامة حمل الكفيل على التعهد أو تركه بدون إعلامه بالضبط طبيعة موجبة ومداه)).

F.Sargos, le cautionnement: dangers, évolution et perspectives de réformes, in Rapport de la cour de cassation, 1986. P.63.

(أشار إليه جاك جستان، المرجع السابق، ص 687)

(2) انظر المادة (1337) من القانون المدني الايطالي.

(3) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 128.

(4) عرفت المادة (1) من قانون حماية المستهلك السوري رقم (2) لعام 2008 المستهلك بأنه ((كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعاً استهلاكية بأنواعها المختلفة الزراعية والصناعية بهدف التغذية أو لاستخدامها للأغراض الشخصية أو المنزلية، أو الذي يستفيد من أية خدمة سواء المقدمة من فرد أو من مجموعة من الأفراد أو من شخص اعتباري وفي مختلف المجالات المنصوص عليها في هذا القانون)). الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، العدد 14 تاريخ 2008/3/26.

(5) أنهى العمل بهذا القانون في العام 2015 بموجب القانون رقم (14) والذي أكد على ذات الأحكام بالمواد (19-21-22-23-24) منه.

ومن التطبيقات العملية للالتزام بالإدلاء بالمعلومات في الأنظمة اللاتينية:

أ. النصوص المتعلقة بالغلط:

حيث تنص المادة (121) من القانون المدني السوري على أنه ((إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه))⁽¹⁾ فهذا النص قصر الغلط المفسد للإرادة على الغلط الجوهري، إذ إنه لولا وقوع المتعاقد في هذا الغلط لما صدر عنه الرضا⁽²⁾ كما أنه يتطلب أن يكون هذا الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر، أي أن يكون الغلط داخلياً في إطار التعاقد⁽³⁾

وتنص المادة (1/122) من القانون المدني السوري على أنه ((يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط)) وهو ما يفيد بضرورة إعلام الطرف الآخر بكافة المعلومات والبيانات التي تزيل الوهم عن هذا الطرف الآخر، فيأتي تعاقدّه عن علم وإدراك، ولا يحق له بعد ذلك التمسك بالإبطال لعلّة الغلط.

وأضافت المادة (2/122) منه بما يأتي: ((ويعدّ الغلط جوهرياً على الأخص:

أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهريّة في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك، لما يلبس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ب- إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد))⁽⁴⁾

ويتفق شراح القانون المدني السوري⁽⁵⁾ مع شراح القانون المدني المصري⁽⁶⁾ على أن الحالات المذكورة في المادة السابقة قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر، فالمشرع السوري لم يحصر الغلط

(1) يقابل النص السوري المادة (120) من القانون المدني المصري.

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص305 وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص222 وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص230.

(3) د. عبد الودود يحيى، دروس في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص57. وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص138. وأيضاً: د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص106. وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص230.

(4) انظر النصوص المقابلة المادة (121) قانون مدني مصري، والمادة (204) قانون موجبات وعقود لبناني التي تصنيف حالة ثالثة تتعلق بفاعلية سبب الالتزام، كما بحال إنشاء تعهد من أجل سبب سابق، كأن يظن أنه مدني مع أنه كان طبيعياً.

(5) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص210. وأيضاً: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص362 و363. وأيضاً: د. محمد سوار، المرجع السابق، ص92 و93.

(6) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص307. وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص221. وأيضاً: د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني

بحالات معينة، وذلك لأنه لم يأخذ بالحسبان ما يرد عليه الغلط، وإنما أخذ بالحسبان أثر الغلط في دفع الإرادة إلى التعاقد⁽¹⁾، ومن ثم فإن الغلط المعيب للإرادة في القانون السوري يمكن أن يقع في صفة جوهرية للشيء أو في شخص المتعاقد، أو في قيمة محل العقد، أو في الباعث.

لذلك فإن تقدير مدى جوهرية المعلومات التي يجب أن تكون محلاً للالتزام بالإعلام أو التبصير قبل التعاقد يختلف بالضرورة باختلاف الظروف والأحوال. ويعد ذلك مسألة من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع، الذي يكون له القول الفصل طالما جاء قوله هذا سائغاً⁽²⁾. وينبغي على القاضي عند قيامه بهذا التحديد أن يطبق المعيار الذاتي، بحيث يرجع فيه إلى إرادة المتعاقد الذي وقع في الغلط، إلى جانب الأخذ بالمعيار الموضوعي، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وملابساتها، وما يجري عادةً في مثل هذا التعاقد⁽³⁾.

ب. النصوص المتعلقة بجهالة المبيع:

وتعد المادة (387) من القانون المدني السوري من تطبيقات المعلومات الجوهرية التي يلتزم المتفاوض بأن يحيط المتفاوض الآخر بها⁽⁴⁾، فهي تشترط لصحة البيع أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعد العلم كافياً إذا اشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من التعرف عليه.

ويتحقق العلم الكافي بالمبيع بقيام المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد بتقديم المعلومات والصفات الأساسية المتعلقة بالشيء محل عقد البيع، على نحو يتوفر لدى الدائن بالالتزام معرفة تامة وكاملة بحقيقة الشيء المبيع، فينال رضاه وتتجه إرادته إلى إبرام العقد وهو على بينة من أمره⁽⁵⁾ لذلك يعد العلم الكافي بالمبيع أوسع نطاقاً من مجرد تعيينه تبعاً للقواعد العامة⁽⁶⁾.

المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص122. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص114.

(1) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص211.

(2) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص307. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص119.

(3) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص369.

(4) المقابلة لنص المادة (419) من القانون المدني المصري.

(5) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص68. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص93. وأيضاً: د. ممدوح مبروك، المرجع السابق، ص75.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص602.

وبالمثل فإن تقدير مدى الأوصاف والخصائص الأساسية في الشيء المبيع، التي يلزم علم المشتري الكافي بها، إنما يختلف باختلاف الأشياء، وهي مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على ظروف الحال، وبصفة خاصة على طبيعة المبيع والغرض المقصود من شرائه⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه⁽²⁾ أن حكم المادة السابقة بشأن عقد البيع لا يعدُّ حكماً خاصاً بالالتزام خاص، ومن ثمَّ يمكن تعميمه على باقي العقود لاتحاد العلة، ولأنه التزام عام في جميع العقود. وإن النص عليه صراحةً في إطار عقد البيع جاء تطبيقاً للالتزام العام.

ج. النصوص المتعلقة بالعيوب الخفية:

توجب المادة (415) من القانون المدني السوري على البائع إعلام المشتري بالعيوب الخفية في الشيء المبيع، وإلا كان ضامناً لها⁽³⁾ والعيوب الخفية بحسب هذه المادة هو افتقار المبيع بوقت التسليم للصفات التي كفل للمشتري وجودها أو وجود عيب أو نقص في قيمة المبيع أو في نفعه بحسب الغاية المقصودة⁽⁴⁾، وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه ((الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة))⁽⁵⁾. وعليه فإن الالتزام بضمان العيوب الخفية ما هو في الحقيقة سوى التزام بالإعلام عن الأوصاف والبيانات الخاصة بالمبيع⁽⁶⁾ لأن قيام البائع بإعلام المشتري في أثناء مرحلة التفاوض بأوصاف المبيع الأساسية وما به من عيوب، يزيل عن هذه العيوب صفة الخفاء، فلا يضمنها البائع لعلم المشتري بها⁽⁷⁾.

وفيما يتعلق بالمعيار الذي وضعه المشرع للوقوف على مدى قيام البائع بالضمان وبإعلام المشتري بتلك العيوب، فهو معيار مرن⁽⁸⁾، إذ لم ينص المشرع على أوصاف محددة أو عيوب معينة، بل عدَّ وجود العيب إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة منه، وهذا

(1) د. أنور سلطان، العقود المسماة، المرجع السابق، ص 102-103. وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، شرح

العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، المرجع السابق، ص 46. وأيضاً: د.

محمد شنب، شرح أحكام عقد البيع، المرجع السابق، ص 69. وأيضاً: د. خميس خضر، المرجع السابق، ص 5.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 603.

(3) النص السوري يقابل نص المادة (447) من القانون المدني المصري، والمادة (428) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) انظر أيضاً: نقض مدني سوري، قرار 548 / 1982، أساس 266، قاعدة 675، م. المحامون 1982، اصدار 11، رقم مرجعية حمورابي: 1440.

(5) نقض مدني، 15 مايو 1960، المجموعة س 20، ص 799. أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 603 في الهامش.

(6) د. ممدوح مبروك، المرجع السابق، ص 162. وأيضاً: د. ثروت اسماعيل، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

(7) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 604.

(8) انظر تفصيلاً: د. اسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار اقرا، بيروت، 1981، ص 88 وما بعدها.

ما يستفاد من العقد أو من الظاهر لطبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، وهو ما يسمح للقاضي أن يعتد بكافة الظروف المتعلقة بتأثير هذه العيوب على رضا المشتري حسب غايته المنشودة من العقد، في ظل الظروف الموضوعية التي قد تستفاد من الغرض الذي خصص له هذا الشيء أو من خلال طبيعته التعاقدية⁽¹⁾.

د. النصوص المتعلقة بالإعلام السابق على إبرام عقد التأمين:

يعدُّ عقد التأمين من أهم التطبيقات العملية للالتزام بالإعلام عن المعلومات الجوهرية خلال فترة ما قبل التعاقد، فهو يعدُّ من منتهى عقود حسن النية، نظراً لمستوى الصدق والأمانة الذي يتطلبه عند الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بالخطر المؤمن عليه. وهذا الالتزام يجد أساسه في المادة (718) مدني سوري والمادة (730) من القانون ذاته⁽²⁾.

ويجمع الفقه على أن التزام الطرف الساعي إلى التأمين بالإعلام والتبصير ينحصر في الظروف والبيانات الجوهرية التي تؤثر في جسامه الخطر المطلوب التأمين عليه، أو في تحديد أوصافه وآثاره⁽³⁾.

(1) د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح بالعقود، المرجع السابق، ص72.

(2) انظر المواد (752-764) من القانون المدني المصري، والمادة (974) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(3) إن المعلومات الجوهرية التي يلزم طالب التأمين بإحاطة المؤمن علماً بها في الفترة السابقة على إبرام العقد تأتي على نوعين:

1- معلومات موضوعية، عندما ترتبط بموضوع الخطر المطلوب تأمينه، ويتحدد على ضوءها القسط الواجب دفعه لشركة التأمين. مثالها الإفصاح عن مواد البناء بإطار عملية التأمين ضد الحريق، أو الإفصاح عن الحالة الصحية للمؤمن له بإطار التأمين على الحياة.

2- معلومات شخصية، عندما ترتبط بشخص المؤمن له، وتعطي المؤمن فكرة كاملة عن الخطر المطلوب التأمين عليه، بالنظر إلى شخص طالب التأمين بشكل تحدث أثرها في تقدير المؤمن للخطر من حيث قبوله أو رفضه لفكرة التأمين. مثالها مدى حيطة طالب التأمين وحرصه على تنظيم أموره، وسبق التعاقد مع شركات أخرى، ومدى يساره أو سبق إشهار إفلاسه.

انظر للتفصيل: د. خميس خضر، المرجع السابق، ص664. وأيضاً: د. محمد منصور، المرجع السابق، ص118. وأيضاً: د. برهام محمد عطا الله، التأمين من الوجهة القانونية والشرعية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1984، المرجع السابق، ص119. وأيضاً: د. سهير المنتصر، الالتزام بالإدلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، دار النهضة العربية، 1991، ص9 وما بعدها. وأيضاً: د. نوري خاطر، د. عدنان سرحان، الأساس القانوني لالتزام المؤمن له بتقديم المعلومات، مقال السابق، ص263. وأيضاً: د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص169 وما بعدها. وأيضاً: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص607.

أما الظروف والبيانات غير الجوهرية التي لا أثر لها في تحديد وصف الخطر أو بيان آثاره، فلا إلزام لطالب التأمين بإعلام المؤمن بها⁽¹⁾.

وإن تقدير مدى جوهرية المعلومات والظروف المتصلة بالخطر المطلوب التأمين عليه أم عدم جوهريتها هو مسألة من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع على ضوء الظروف الخاصة بكل حالة على حدة⁽²⁾.

هـ. النصوص المتعلقة بالتدليس:

ومن تطبيقات الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ما نصت عليه المادة (2/126) من القانون المدني السوري بخصوص التدليس، التي جاء فيها: ((يعدُّ تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو أنه علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة))⁽³⁾

ومن ثمَّ فإنَّ كتمان أحد المتعاقدين لمعلومات جوهرية متصلة بالعقد المراد إبرامه عن المتعاقد الآخر، بقصد خداعه وإيهامه بخلاف الحقيقة⁽⁴⁾ من شأنه جعل العقد قابلاً للإبطال للتدليس الذي سببه الكتمان المخادع⁽⁵⁾. ولا شك في أن نص المادة السابق يعدُّ بمنزلة مبدأ عام يطبق على سائر أنواع العقود، دون تفرقة بين عقدٍ وآخر⁽⁶⁾.

ويلتقي الفقه على عدِّ الكتمان تدليساً متى كان من واجب المتعاقد الإعلام عن المعلومات الجوهرية والضرورية المتعلقة بالعقد المنشود إبرامه بين الطرفين، بموجب حكم القانون أو حكم الاتفاق

(1) د. خميس خضر، المرجع السابق، ص464. وأيضاً: د. برهام عطا الله، التأمين من الوجهة القانونية

والشرعية، المرجع السابق، ص117. وأيضاً: د. نوري خاطر، د. عدنان سرحان، الأساس القانوني للالتزام المؤمن له بتقديم المعلومات، مقال السابق، ص263. وأيضاً: د. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص169.

(2) د. برهام عطا الله، التأمين من الوجهة القانونية والشرعية، المرجع السابق، ص119.

(3) النص السوري يقابل نص المادة (2/125) من القانون المدني المصري، والمادة (1/208) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) ويظهر هذا الالتزام مشدداً في جانب المتعاقد إذا ما كان مهنيّاً متخصصاً أو محترفاً، كما هو الحال بالنسبة إلى المورد المعلوماتي بالنظر إلى التفاوت المعرفي والتقني بينه وبين عميله المستقبل للمعلوماتية، وإلى حداثة هذه التقنية وتطورها المستمر. د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص88-101 وفي ذات الرأي: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص19. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص185.

(5) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص245. وأيضاً: د. توفيق حسن فرج، أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، الجزء الأول، بدون ذكر للناشر، 1973، ص152. وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص258.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص604.

بين المتعاقدين، أو طبقاً لطبيعة العقد، أو حسن النية في أثناء التعاقد. وما يجب أن يسود المعاملات من أمانة ونزاهة وثقة في التعامل بين الفرقاء⁽¹⁾.

2. موقف الأنظمة الانجلوسكسونية من الالتزام بالإدلاء بالمعلومات:

رأينا سابقاً أن الأنظمة الانجلوسكسونية تذهب إلى أن التفاوض هو عبارة عن مغامرة، وتعتبر قضية (Laidlaw) من أولى القضايا التي تتعرض فيها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لموضوع الإدلاء بالمعلومات، وتعتمد فيها على نظرية التفاوض مغامرة، لتنتهي إلى أن المشتري يجب أن يكون محترساً (Caveat Emptor)، وبأن الكتمان لا يعدُّ بياناً كاذباً (Misrepresentation) إذ ليس هناك التزام بالكلام⁽²⁾ وتتخلص وقائع هذه القضية في أن (Organ) المدعي كان يتاجر بالتبغ، وقد حصل على معلومات من صديق له بأن اتفاقية سلام قد تم إبرامها بين القوات البريطانية والأميركية، قبل أن يعمَّ الخبر في الأوساط العامة، لذا فقد بادر إلى شراء كمية كبيرة من التبغ من المدعي عليه (Laidlaw)، وقبل أن يتم إبرام العقد سأل المدعي عليه (Laidlaw) المدعي (Organ) فيما إذا وصلته أي معلومات تؤثر في أسعار التبغ، ولكن السجل لم يكن واضحاً فيما أجاب المدعي أم لا، وإذا كان قد أجاب شيئاً فما الذي قاله. وعندما تمَّ إعلان السلام ارتفعت أسعار التبغ بين ثلاثين وخمسين درجة مئوية، وقام المدعي عليه، الذي كان قد سلم التبغ إلى المدعي، باستعادتها بالقوة. ورفع المدعي الدعوى طالباً التعويض عما لحقه من أضرار بسبب خسارة التبغ، وأثارت المحكمة التساؤل حول الإدلاء بالمعلومات، وما إذا كان التسليم قد حصل نتيجة الاحتيال أم لا، وتوصل المحلفون إلى أحقية المدعي بأخذ التبغ الذي يدعيه على المدعي عليه (Laidlaw). وبعد مداوالات مستفيضة قرر رئيس المحكمة القاضي مارشال (Marshall C.J.) بأن المتعاقد ليس ملتزماً بالإدلاء بالمعلومات⁽³⁾.

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص337. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص80. وأيضاً: د. محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، 1970، ص162. وأيضاً: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص66. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص123. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص86. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص385.

(2) Laidlaw v. Organ, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817). Quoted from: A.M.Musy. Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis.Op.Cit.P.5

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص386.

(3) Laidlaw v. Organ, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817). Quoted from: A.M.Musy. Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis.Op.Cit.P.5

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص387.

أما في قضية سوينتون (Swinton v. Whitinsville Savings Bank) فإن المحكمة في تحليلها للقضية عدت جميع الاستثناءات الواردة على مبدأ المشتري المحترس (Caveat Emptor) إذ تقول: ((ليس هناك أي ادعاء بأية بيانات كاذبة أو تمثيل كاذب، أو الكشف عن نصف الحقيقة التي تساوي الكذب، وليس هناك أي تلميح بأن المدعى عليه منع المدعي بأية وسائل من إحراز المعلومات حول حالة المنزل. وليس هناك ما يدل على وجود علاقة أمانة (صدق) بين الأطراف، أو بأن المدعي كان على ثقة أو اعتماد تجاه المدعى عليه))⁽¹⁾ وبعد عدم تمكن المحكمة من إثبات حالة الكتمان الفعال، أو علاقة أمانة أو صدق، فإن المحكمة تلجأ إلى تطبيق المبدأ الوارد في الأنظمة الانجلوسكسونية القاضي بأن يكون المشتري محترساً.

وهذا يدل على أن القانون الأمريكي لا يفرض التزام الإدلاء بالمعلومات كقاعدة عامة، ولكن هناك عقود الأمانة (Fiduciary Contracts) التي تتطلب من الأطراف أن تبدي منتهى حسن النية في إبرامها (Utmost grade of good faith). ولهذا السبب يجري تسميتها في الفقه الأمريكي بعقود حسن النية (Ubrrimae Fidei Contracts) والتي تتمثل بعقود التأمين (Insurance Contracts) وعقود الشركات (Contracts of Partnerships) والعقود المتعلقة بالتسويات العائلية (Contracts regarding Family Settlements). كما أن المحاكم تذهب إلى أن عقود العمل أيضاً هي من ضمن عقود الأمانات، وإن كان هناك من يشكك في ذلك ولا يعدها كذلك⁽²⁾ ويرى بالميري (Palmieri)⁽³⁾ أن مبدأ حسن النية ونزاهة التعامل في المراحل السابقة على التعاقد، يجد تطبيقه الأول لدى القضاء الأمريكي في عقود الأمانات هذه، والتي تم تعريفها بطريقة غامضة بحيث تعطي المحاكم الحرية في إيجاد أنواع جديدة من هذه العقود⁽⁴⁾.

(1) "There is no obligation of any false statement or representation, or of the uttering of a half-truth which may be tantamount to a falsehood. There is no intimation that the defendant by any mean prevented the plaintiff from acquiring information as to the condition of the house. There is nothing to show any fiduciary relationship between the parties, or that the plaintiff stood in the position of confidence toward or dependence upon the defendant" quoted from: Quoted from: A.M.Musy. Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis.Op.Cit.P.5

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص387.

(2) See: S.M. Waddams. Precontractual duties to Disclosure. In "essay for Patric Attyah" 1991. Indicated from Musy. Ibid; P.35 footnote No.16

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص388.

(3) See Palmieri, Good Faith disclosures required during pre-contractual negotiations, Seaton hall (1993-1994), P.p 127-128 mentioned in Musy.Ibid.p.35, footnote No.19

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص388.

(4) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص388.

وليست عقود الثقة فقط هي التي تتطلب الالتزام بمقتضيات حسن النية في إبرام العقود، ومن بينها الالتزام بالإدلاء بالمعلومات، بل هنالك العديد من القرارات الأخرى التي تتطلب التزام الأطراف بتصحيح البيانات السابقة (the duty to correct prior statements) ومفاد هذا الالتزام هو أن الطرف الذي يتبين لاحقاً بأن البيانات، أو المعلومات التي أعطاها للطرف المقابل، لم تكن صحيحة أو كانت صحيحة ولكن لم تعد كذلك، عليه أن يعلمه بالواقعة الحقيقية أو المستجدة. بمعنى أن هناك التزاماً بتصحيح المعلومات السابقة، حتى وإن كان معتقداً صحتها حين إبدائه لها⁽¹⁾.

كما يفرض القانون الأمريكي على المتعاقد عندما يتكلم اختيارياً، أو نتيجة سؤال موجه إليه، بأن يكون كلامه تاماً وكاملاً (complete and full)⁽²⁾ وقد تمّ إقرار هذه القاعدة من خلال قرار صادر عن المحكمة العليا في ولاية (كاليفورنيا) التي أشارت إلى هذه الحالة تحت تسمية مبدأ البيانات المجزأة أو الغامضة (Principle of Partial or Ambiguous Statement) وهي التي تقول بصدها: ((إذا أخذ الطرف على عاتقه أن يتكلم، سواء اختيارياً أو نتيجة الإجابة على سؤال، فإنه ملزم ليس فقط أن يقول الصدق فيما يقول، بل أيضاً أن لا يُجزأ أو يكتم أي واقعة ضمن معلوماته تؤدي مادياً إلى تكيف ما تمّ بيانه))⁽³⁾.

كما قررت محاكم أخرى في الولايات المتحدة الأمريكية أن هناك التزاماً بالكشف عن المعلومات من قبل طرف تجاه الطرف الآخر عندما يكون لدى أحدهما معرفة أكبر. مما يبين أن المحاكم قد جعلت من امتلاك المعلومات الإضافية سبباً لقيام التزام بالكشف عن تلك المعلومات⁽⁴⁾.

(1) (Me.Grath v. Zenith Radio Corp., 651 F.2d 458, 468 (7th Cir 1981)) تطبيقاً لقانون ولاية

كاليفورنيا (أنه مفروض على الطرف بأن يصحح البيانات المادية عندما يثبت بأنها كاذبة، على الرغم من اعتقاده بأنها صحيحة عندما صدرت).

(It is incumbent upon a party to correct material representations when prove to be false, even though they were believed to be true when made); Stevens v. Marco, 305 P.2d 669, 683 (Cal. Dist. App. 1957); St. Joseph Horp. V. Corbetta Constr. Co., 316 N.E.2 d 51,71 (I11. App. Ct. 1974); U.S. Fidelity and Guarantee Co. v. Black, 313 N.W.2d 77,89 (Mich.1981) Indicated from Musy. Ibid. P. the same. Footnote 19

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص388 في الهامش.

(2) V.S.H. Reality, Inc. v. Texaco. Inc., 757 F.2d 411,414 (1st Cir. 1985); Southeastern Fin. Corp. v. United Merchants & Manufacturers, Inc., 701 F.2d 565, 566-67 (5th Cir. 1983); indicated from Musy.Ibid. P. the same

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص389.

(3) ((‘ that if a party’ undertakes to do speak, either voluntarily or in response to inquiries, he is bound not only to state truly what he tells but also not to suppress or conceal any facts within his knowledge which will materially qualify those stated)) See: Pashley v. Pacific elec. Co., 153 P.2d 325,330 (Cal. 1944) Indicated from Musy, Ibid. P. the same

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص389.

(4) States ex rel. Bussen Quarries. Inc. v. Thomas. 938 F. 2d 831, 834 (8th Cir. 1991); Merrill Lynch, Pierce , Fenner & Smith, Inc. v. First Nat’l Bank, 774 F.2d 909, 913

فبحسب ما يذهب إليه بعض الفقه الأمريكي⁽¹⁾ فإن أولى المعلومات التي من الواجب الإدلاء بها هي التي يؤدي الاحتفاظ بها إلى إحداث مشكلات جدية (serious problems) للمواطنين، وثانيها هي التي من المستحيل على الطرف الآخر معرفتها إلا إذا أدلي بها من قبله. أما الأسرار البسيطة التي من الممكن إحرازها بجهود تتناسب مع أهمية المعلومات، فليس من المفروض الإدلاء بها. وإضافة إلى هذه الحالات الاستثنائية التي ذكرناها بصدد الالتزام بالإدلاء بالمعلومات، فإن هناك العديد من القوانين الصادرة لحماية المستهلكين، التي تفرض فيها هذا الالتزام⁽²⁾.

أما في المملكة المتحدة فإن موقف القانون الإنجليزي تجاه هذا الالتزام يبدو أكثر صرامة من نظيره الأمريكي، فالقانون الإنجليزي يُعَوِّل كثيراً على نظرية التفاوض مغامرة، إلا أنه في الوقت ذاته يعترف بالاستثناءات الواردة في القانون الأمريكي المتعلق بعقود الأمانة (fiduciary contracts)⁽³⁾ والتي تتطلب منتهى حسن النية في إبرام العقود، كما أنه يتضمن الكثير من القوانين التي صدرت لحماية المستهلك وتحتوي التزاماً بالإدلاء بالمعلومات، كتنظيم عقود القرض وتحريم الإعلانات الكاذبة والمضللة، وغيرها من المسائل⁽⁴⁾ كما أن قانون الشراكة (Partnership Legislation 1980) يتطلب الإعلام الكامل عن الوقائع المادية قبل إبرام العقد. إذ إنه يلزم الأطراف في المادة (28) منه بأن: ((تقدم الحسابات الحقيقية والإعلام الكامل لكل الأشياء التي تؤثر في الشراكة لأي مشارك أو

(8th Cir.1985); Washington Pub. Power Supply Sys., 744 P.2d 1032, 1069 (Wash. 1987). Beside the New York courts, generally the same situations are solved through the superior knowledge doctrine: Brass v. American Film Tech., Inc. 987 F.2d 142, 151-52 (2d Cir. 1993) Grummann Allied Indus. v. Rohr Indus. . Inc. 748 F.2d 729, 736-39 (2d Cir 1984); Aaron Ferer % Sons, Ltd. v. Chase Manhattan Bank, 731 F.2d 112. 123 (2d Cir. 1984). Indicated is Musy. P35

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص389.

(1) A.M.Musy Disclosure of information in the Pre Contractual bargaining, A Comparative Analysis, Op. Cit.P.7

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص389.

(2) See for more: Geraint Howells and Tomas Wilhelmsson, EC and US approaches to consumer protection- should the gap be bridged? Yearbook of European law-17-1997 edited by a. Brarav & a Wyatt. Oxford: Clarendon press. 1998.P.p 207-267

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص390.

(3) See: Denis Keenan. Smith and Keenan's English law. 9th ed. London: English Language Book society/ pitman.1990. Pp.267-268

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص390.

(4) See for more: Geraint Howells and Tomas Wilhelmsson, EC and US approaches to consumer protection- should the gap be bridged? Yearbook of European law-17-1997. Op. Cit.1998.Pp.207-267; Brian Ball & F. W. Rose; Principles of Business Law; London; Sweet & Maxwell; 1979; Pp.182-183.

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص390.

ممثله القانوني)) هكذا عندما يتفاوض شخص لشراء حصص الشريك الآخر فمن المفروض عليه الكشف الكامل عن المعلومات المتعلقة بأصول الشراكة (partnership assets) ولقيامها⁽¹⁾.
الفقرة-6- الالتزام بالاستعلام قبل التعاقد:

رأينا أن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات يقف عند الالتزام بالاستعلام المفروض على كل متعاقد، لأن القانون لا يحمي الماهل لمصالحه، متى كان راشداً وذا أهلية للتعاقد. فالإنسان مسؤول أولاً عن تصرفاته، ويتحمل مسؤولية هذه التصرفات⁽²⁾ وقد وضع المشرع الفرنسي قواعد آمرة لحماية مصالح الأفراد مفترضاً حرصهم على هذه المصالح بالدرجة الأولى⁽³⁾. حيث أن الملاحظ في المحاكم الفرنسية رد دعوى البطلان المقدمة من أحد طرفي العقد، إذا ثبت لها أنه ارتكب خطأ بعدم قيامه بالاستعلام وكان بإمكانه ذلك⁽⁴⁾.

فقد ردت محكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁾ دعوى وكيل ثانوي لبيع السيارات على وكيل أصلي بالعطل والضرر استناداً إلى المادتين (1382 و 1383) من القانون المدني الفرنسي بصياغته القديمة، نظراً لأن الوكيل الأصلي أخبره بأن المبيعات المتوقعة تبلغ (370) سيارة للسنة المقبلة بينما لم تتجاوز المبيعات (130) سيارة، معللة قرارها بأن على الوكيل الثانوي، بالنظر إلى مهنته، أن يتأكد من صحة توقعات من تعاقد معه، فالوكيل الثانوي ممتن ومن ثم مفترض فيه الاطلاع على أوضاع أسواق السيارات.

أولاً- الاستعلام من جانب الدائن بالإعلام:

رأينا أن محل الالتزام بالإعلام والتبصير قبل التعاقد بالمفهوم العام هو المعلومات والخصائص الجوهرية للمعقود عليه، بحسب طبيعة العقد والمألوف من التعامل، أو بحسب نصوص خاصة في القانون، ما لم يطلب الدائن بالإعلام إحاطته علماً بمعلومات إضافية تهمه، أو أعلن للمدين بالإعلام عن ظروف معينة تستدعي الإدلاء بمعلومات إضافية تتجاوز الإطار المألوف للالتزام بالإعلام قبل التعاقد. ومن ثم فإن الإعلام لا يمتد إلى الخصائص والأوصاف التفصيلية للشيء المعقود عليه إلا

(1) William Tettly. Q.C. Good Faith in Contract, particularly in th contracts of arbitration and chartering. McGill University, P.24.

أشار إليه: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص390.

(2) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص386.

(3) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المرجع السابق، ص181.

(4) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص386.

(5) Case.Com.25 feevr:&ç_-:JCP:&ç__-:éàçç(note Virqssq,y et RTDC: & ç_-: (note ,est er.

أشار إلى ذلك: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المرجع السابق، نفس الصفحة.

بناءً على طلب مباشر من المتعاقد الآخر، أو لدى الإفصاح عن احتياجاته والغرض المحدد من التعاقد. ولقد صاغ الفقه الفرنسي ذلك المبدأ بقوله ((من أراد أن يعلم فعله أن يستعمل))⁽¹⁾.

ومن الطبيعي أن الالتزام بالاستعلام لا يرد على المعلومات ذاتها الخاضعة للالتزام بالإعلام، بحيث إن الدائن بالإعلام عليه أن يستعلم عما يتجاوز حدود الالتزام بالإعلام بما هو جوهري من معلومات⁽²⁾ وإلا عُدَّ المتعاقد مهملًا لمصالحه في عدم اتخاذ المبادرات اللازمة للمحافظة على هذه المصالح وصيانتها⁽³⁾.

وقد يكون التزام الاستعلام أكثر تطلباً في الحالات التي يرد العقد على الأشياء المستعملة، دون أن يلغي التزام الطرف المقابل بالإدلاء بالمعلومات، ومن ضمنها الإعلام بدرجة استهلاك الشيء⁽⁴⁾. بالمقابل قد يكون الالتزام بالاستعلام أقل تطلباً كلما كان المعقود عليه ذا خصائص فنية ومعقدة، وكلما كان الطرف الآخر شخصاً محترفاً، بحيث يمكن القول إنه بقدر ما يكون طرفا العقد ممتننين، ضعف الالتزام بالإدلاء بالمعلومات وبالإعلام، وبقدر ما يكون البائع ممتناً، والمشتري غير ممتن يكون الالتزام بالإدلاء بالمعلومات أكثر تطلباً لدى البائع وعدم معرفة المشتري مغتفرة⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالاستعلام قبل التعاقد يجد أساسه في فكرة الخطأ غير المغتفر⁽⁶⁾، فالمتفاوض الذي يقدم على إبرام العقد دون تبصّر أو تروّ، ويتقاعس عن أداء واجبه في الاستعلام والتثبت من المعلومات والبيانات التي تلزمه لإيجاد رضا كامل مستتير بالعقد، يُحرّم بعد ذلك من التمسك بالغلط في الرضا، فهذا الغلط غير مغتفر، ولا يعطيه الحق في طلب البطلان⁽⁷⁾.

(1) J. Ghestin, op. cit., n° 648, p. 705

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص. 627.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص. 625.

(3) وتأكيداً على ذلك استبعد المشرع مسؤولية البائع في العيوب الظاهرة، وتلك التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها. إذا ما فحّض الشيء المبيع بعناية الرجل المعتاد. مما يعني أنه كان يترتب عليه معرفتها، وبالتالي يكون إهماله وخفته حائلاً دون مطالبته بضمان هذه العيوب. راجع المادة (415) من القانون المدني السوري، والمادة (2/447) مدني مصري. وكذلك فإنه بموجب المادة (387) مدني سوري أو المادة (419) مدني مصري فإن البائع يلتزم بإعلام المشتري في المرحلة السابقة على التعاقد، بأوصاف المبيع وخصائصه الجوهرية، التي تمكنه من التعرف على حقيقة المبيع. وكذلك بشأن التدليس بالكتمان أو بالحيل التدليسية، إذ يعد تدليساً بالكتمان السكوت عمداً عن واقعة أو صفة جوهرية مؤثرة، إن لم يكن ممكناً أو متاحاً العلم بها إلا من المتعاقد الآخر. راجع المادة (126) من القانون المدني السوري، والمادة (125) مدني مصري.

(4) انظر: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المرجع السابق، ص. 184.

(5) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المرجع السابق، نفس الصفحة.

(6) J. Ghestin, op. cit., n° 649, p. 707

(7) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 160. وأيضاً: د. سعيد عبد

السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، المرجع السابق، ص. 23.

وتطبيقاً لذلك فقد ردت محكمة النقض الفرنسية دعوى إبطال العقد للغلط بحجة عدم صلاحية الأرض المشتراة للبناء عليها، استناداً إلى أن المشتري لم يفصح للبائع عند شرائه عن قصده من الشراء، في الوقت الذي لم يرق فيه أي دليل على أن قابلية الأرض للبناء كانت محلاً لصفة جوهرية في العقد⁽¹⁾ كما قضت أيضاً برفض دعوى البطلان واستبعاد مسؤولية موزع مواد خطرة، على أساس الخطأ الحاصل من جانب طالب البطلان، بعدم الاستعلام غير المغتفر، وغير المتسامح به⁽²⁾ كما ردت دعوى مهندس طلب إبطال عقد شراء عقار لعدم صلاحيته للبناء بالنظر للتخطيط الحاصل، وذلك لأن عدم استعلام المهندس عن ذلك، وهو ممتن يشكّل خطأ غير مغتفر⁽³⁾

وتطبيقاً لهذا المبدأ فقد استبعد المشرع الفرنسي في المادة (1643) مسؤولية البائع عن العيوب الظاهرة التي يعرفها المشتري أو من السهل عليه أن يعرفها بنفسه، ومن ثم فإن تقاعسه وتقصيره في معرفتها يحول دون إمكانية المطالبة بضمان هذه العيوب⁽⁴⁾ وهكذا ردت محكمة النقض الفرنسية دعوى مسؤولية البائع بضمان العيوب الخفية، استناداً إلى أن العيب سهل الرؤيا لو أن المشتري استعلم من خلال الاستعانة بخبير متخصص في معرفة حالة البناء من حيث المتانة والقدم⁽⁵⁾

ثانياً - الاستعلام من جانب المدين بالإعلام (الاستعلام لأجل الإعلام):

ينبغي على المدين بالإعلام لكي يكون قادراً على الإيفاء بهذا الالتزام، أن يكون عالماً بالمعلومات الأساسية للمعقود عليه من مختلف جوانبه، وبمدى أهميتها وتأثيرها في تكوين رضا واعٍ ومستنير لدى الطرف الآخر، بحقيقة ما هو مقدم عليه من تعاقد⁽⁶⁾.

(1) Cass. Civ. 1^{ère}, ch. 13 Juin 1967, Bull. Civ. 1. n° 215

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 630.

(2) Cass. Civ. 25 Juin 1980. G. P. 1980. 2. Som. 570

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 630.

(3) Cass. Civ. 2 mars 1964. RTDC. 1965. P. 112

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 630.

(4) يقابل النص الفرنسي، نص المادة (2/415) من القانون المدني السوري، ونص المادة (2/447) من القانون المدني المصري.

(5) Cass. Civ. 3^{ème}. Ch. 3 mai 1989, Bull. Civ. III, n° 101, p. 65

كما قضى أيضاً برفض دعوى إبطال العقد، استناداً إلى عدم التزام المتعاقد بإعلام وتبصير المتعاقد الآخر بما هو بديهي ومعلوم من قبل الكافة.

Paris, 4 dec. 1989, D. 1990, IR. P. S.

وانظر في نفس المعنى:

Cass. Civ. 27 nov. 1979, Bull. Civ. III, n° 215m p. 167

أشار إليها: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 631.

(6) د. مدوح مبروك، المرجع السابق، ص 311.

لذلك نشأ ما يسمى الالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام⁽¹⁾ وبموجب هذا الالتزام فإنه يقع على عاتق المدين بالإعلام قبل التعاقد واجب الاستعلام والتحري بنفسه، وبوسائله الخاصة، للوصول إلى المعلومات والبيانات الجوهرية المتصلة بالشئ محل العقد المنشود، التي يجهلها أساساً، وذلك كله من أجل تحقيق إعلام وافٍ للمتفاوض الدائن بها، بهدف تنوير رضائه وتبصيره ببند العقد محل التفاوض ومضمونه.

وتطبيقاً لذلك فُضي بأنه يتوجب على كل تاجر لآلة أو لجهاز معين، في حال كان جاهلاً بعمل تلك الآلات أو تقنياتها، أن يقوم بالاستعلام عن مدى احتياجات المشتري، وعقب ذلك يقوم بتبصيره وإعلامه، ليقدّم هذا الأخير على التعاقد وهو على معرفة بكل جوانب العقد وتفصيلاته⁽²⁾ كما فُضي بأن الأشخاص المحترفين في مجال المعاملات العقارية، يقع عليهم تجاه المشتري واجب البحث والتحري عن حقيقة الموقف المادي أو القانوني لقطعة الأرض موضوع البيع⁽³⁾.

وتختلف درجة العناية المطلوبة من المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد في الاستعلام والتحري عن المعلومات المتصلة بالعقد، فيما إذا كان هذا المدين شخصاً مهنيّاً ومحترفاً، أم كان غير مهني. وهو ما ينعكس أيضاً على نطاق المسؤولية في حال عدم الوفاء بالاستعلام لأجل الإعلام⁽⁴⁾ فقد عدّ القضاء الفرنسي وجود صفة المهني في المدين بالالتزام بالإعلام سبباً لتشديد المسؤولية⁽⁵⁾ حيث جعل من علمه ومعرفته بكافة المعلومات المتصلة بموضوع التعاقد، قرينة قاطعة لا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽⁶⁾ مما يعني إعفاء الدائن بالالتزام بالإعلام والتبصير من مسألة إثبات علم مدينه بالمعلومات والخصائص المطلوبة في العقد المتفاوض بشأنه.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية صراحةً في أحد قراراتها، إذ جاء فيه أن ((صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أهم القرائن التي يستفاد منها علمه بالمعلومات التي تتطلب تكوين رضا مستتير للطرف الآخر في العقد))⁽⁷⁾ وفي قرار آخر قضت ((بأن افتراض علم المتعاقد المهني

(1) J. Ghestin, op. cit., n° 647, p. 705

(2) Cass. Com. 1e dec. 1992, D. 1993, som, p. 234

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 634.

(3) Cass. Civ., 3 fev. 1981. D., 1984, Jur., p. 457

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 634.

(4) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 192. وأيضاً: د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 279.

(5) J. Ghestin, op. cit., n° 654, p. 711 - n° 660, p 717

(6) د. أحمد عبد التواب بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشديد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1997، ص 222. وأيضاً: د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 281.

P. Jourdian, rapport. Prec, p. 142

(7) Cass. Civ. 27 nov. 1972. D. 1972, p. 211

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 635.

خاصة المنتج أو الصانع بجميع المعلومات المتصلة بالعقد الذي يبرمه في نطاق مهنته، من شأنه إعفاء الطرف الآخر من عبء إثبات هذا العلم⁽¹⁾ كما قضت بأن المحترف أو الممتحن لا يستطيع التذرع بعدم معرفته بالشيء أو بمواصفاته أو بفاعليته، طالما أن هذا الشيء يقع ضمن نطاق مهنته أو اختصاصه⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للالتزام بالاستعلام قبل التعاقد، فقد كان محلاً لجدل فقهي، فهناك من يرى⁽³⁾ أنه طالما أن القانون جاء خالياً من نص صريح ومباشر على الالتزام بالاستعلام قبل التعاقد، فإن هذا الالتزام قاعدة عامة يعدّ التزاماً بوسيلة، ومن ثمّ فإن الطرف المدين بالالتزام به يعدّ قد نفذ التزامه إذا ما بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد.

واتجه رأي آخر⁽⁴⁾ إلى التفرقة بين المعلومات الجوهرية والمعلومات غير الجوهرية، فإذا كانت المعلومات جوهرية فإن التزام المدين، سواء أكان مهنيّاً أم غير مهني، بالاستعلام عنها لأجل إعلام الدائن بها يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، ولا يعفى المدين من هذا الالتزام إلا بإثباته السبب الأجنبي. أما إذا كانت المعلومات غير جوهرية، فإن المدين غير المهني يعفى من أدائها إلى الدائن بها، بخلاف المدين المهني، الذي يلتزم بإعلامها إلى الدائن بحكم أنها تدخل في نطاق مهنته وتخصصه، ويكون التزامه في هذه الحالة التزاماً ببذل عناية أو بوسيلة.

وهناك من يعطي الالتزام بالاستعلام شكل الالتزام بالضمان ويجعله تابعاً له، ويدرجه بالنتيجة في الالتزام الأصلي للمتعاقد بالضمان، وفي الواجب العام بالضمان المفروض على الطرف المدين به، وبالأخص في حالات ضمان البائع للتعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، حيث أوجب المشرع قيام التزام البائع بالضمان، حتى لو لم يكن عالماً بوجود سبب منشئ للضمان⁽⁵⁾ ويتحقق ذلك في كل الحالات التي يستند فيها هذا الالتزام إلى فكرة ضمان السلامة، ليتحول الالتزام بالاستعلام والتحري المفروض على عاتق المدين به إلى التزام ضمان، ولا يمكن لهذا المدين بالالتزام التخلص من التزامه بإثباته بذل عناية الشخص المعتاد أو إثباته السبب الأجنبي⁽⁶⁾.

(1) Cass. Civ. 19 janv. 1977. J. G. P. 1977, p. 135

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 635.

(2) Cass. Civ. 4 oct. 1995, J. C. P. 1996. IV, P. 404

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 635.

(3) د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص 256. وأيضاً: د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، المرجع السابق، ص 3.

(4) د. خالد جمال، المرجع السابق، ص 289. وأيضاً: د. عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 260.

(5) د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، المرجع السابق، ص 39.

(6) د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، المرجع السابق، ص 40.

وأمام الاتجاهات المذكورة يميل بعض الفقهاء⁽¹⁾ إلى عدّ التزام المدين بالاستعلام عن الجوانب الأساسية لعملية التعاقد، التزاماً بتحقيق نتيجة، وذلك انطلاقاً من الغاية المقصودة من وراء تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في محاولة تكوين رضا وافٍ ومستتير حول العقد المراد إبرامه. ولا سيما في العقود التي يكون فيه المدين بهذا الالتزام شخصاً مهنيّاً محترفاً. حيث إن قبول ادعائه عدم العلم بالمعلومات الجوهرية المتصلة بموضوع التعاقد، يعد بمثابة وسيلة لهذا المحترف للتوصل من المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد. ولا شك في أن فرض الالتزام بالاستعلام على المدين بالإعلام وعدّه التزاماً بنتيجة، يشكل حائلاً بينه وبين ادعائه عدم العلم بالمعلومة الجوهرية، فلا سبيل أمامه إلا الاستعلام عنها وإحاطة الدائن وتبصيره بها، حتى ينأى بنفسه عن كل مسؤولية يمكن ترتيبها حال إخلاله بالتزامه قبل التعاقد بالإعلام.

ولم يتطرق القانون المدني الفرنسي بصيغته المعدلة في العام 2016 للالتزام بالاستعلام لأجل الإعلام، حيث حددت المادة (1112-1) من القانون المذكور نطاق الالتزام بالإعلام، بالمعلومات التي يعلمها أحد الطرفين، دون المعلومات التي ينبغي عليه أن يعلمها، مخالفةً بذلك الاجتهاد القضائي الفرنسي، الذي ذهب إلى وجود التزام فرعي مفاده الاستعلام بغرض الإعلام⁽²⁾.

الفقرة 7- الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية:

يرى بعض الفقهاء أن حسن النية في إبرام العقود يقتضي الامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير المنافس طوال المدة التي تستغرقها المفاوضات⁽³⁾. في حين يرى بعضهم الآخر أن حسن النية لا يحول دون إجراء مفاوضات موازية فهي جائزة ومشروعة كقاعدة عامة، لأن من شأن قصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات مصادرة حرية التعاقد، وحرية المناقشة من أساسها⁽⁴⁾ حيث يسعى المتعاملون للوصول إلى أحسن الصفقات التي تحقق طموحات مشاريعهم. كما هو الحال بالنسبة إلى العقود الدولية الخاصة بإنشاء البنى التحتية، حيث تسعى الدول المتعاقدة، أو السلطات العامة المحلية، إلى طرح مناقصاتها على أكبر نطاق، لكي تستطيع، ليس فقط الوصول إلى المتعاقد الذي يقدم أرخص الأسعار وأقلها، بل كذلك الذي ينفذ أعماله وفق أحدث الأساليب والتقنيات المعروفة في المجال المعني، ففي جميع الأحوال قد يفكر أحد الطرفين في إجراء مفاوضات موازية (parallel negotiations) مع طرف ثالث، حتى يحقق مراده.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 638.

(2) د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 106.

(3) د. سعد حسين عبد ملحم، المرجع السابق، ص 29.

(4) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، ص 414. ود. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات

العقود الدولية، المرجع السابق، ص 393.

فالأصل بأنه لا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحةً، يسمى شرط القصر أو الاستبعاد (lock-out clause) وهذا يتبين من خلال قضية معروضة أمام المحاكم الفرنسية،⁽¹⁾ والتي تتلخص وقائعها في أن شركة (Gallay) الفرنسية تفاوضت مع شركة (Alvat) البلجيكية لإبرام عقد بموجبه تتنازل الأولى عن (70) بالمائة من الحصص التي تملكها بأحد فروعها، وتم الاتفاق على الثمن. غير أن الشركة البلجيكية قد علمت في أثناء مفاوضاتها مع الشركة الفرنسية أن تلك الأخيرة قد أجرت مفاوضات موازية على العملية نفسها مع شركة إنجليزية، مما دفعها إلى وقف المفاوضات وإنهاءها، ورفعت الأمر إلى المحاكم الفرنسية، وطلبت أصلياً التنفيذ العيني للالتزام بنقل الحصص المتفق عليها إليها، مدعية انعقاد العقد، وتبعياً بإلزام الشركتين الفرنسية والإنجليزية بالتضامن بدفع التعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء قيامها بمفاوضات موازية. واستجابت محكمة الدرجة الأولى لطلبات الشركة البلجيكية، غير أن محكمة الاستئناف فسخت القرار، بحجة عدم ثبوت وجود اتفاق صريح على حظر إجراء المفاوضات الموازية، ومن ثم فإن الشركة الفرنسية لم تخالف أي التزام، بل أكدت على أن تلك الشركة كانت قد طرحت عرضاً عاماً على مختلف الشركات في العديد من الدول تحت مسمى البحث عن شريك.

وبالمحصلة فإن التزام حسن النية في إبرام العقود لا يقتضي عدم إجراء مفاوضات موازية، لأن التزاماً بقصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات، معناه في الحقيقة مصادرة حرية التعاقد، وحرية المناقشة من أساسها⁽²⁾ ويرى بعض الفقه، على الرغم من تأييده للرأي السابق، أن الذي يقتضيه حسن النية في هذه الحالة لا يتمثل بعدم إجراء مفاوضات موازية، بل بعدم إخفاءها، فالطرف المقابل يجب أن يلتزم الشفافية في تفاوضه، ويفصح عن وجود مثل هذا التفاوض الموازي، حتى يكون الطرف المتفاوض معه على بينة من هذا الأمر، ويحتاط لنفسه، ولا يعول كلياً على هذه المفاوضات، بل يكون في حسابه أن هناك مفاوضات تجري بموازية ما يجري معه من مفاوضات⁽³⁾.

(1) Cour d' appel de Versailles (12cir), smars 1992, rev.trim.dr. civ.1992, p.752 note j.Mestre.

نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص393.

(2) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص414.

(3) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص394.

الفقرة-8- الالتزام بالتعاون:

يعدُّ التعاون أحد مظاهر التفاعل الاجتماعي، ونمطاً من أنماط السلوك الإنساني. وعملية التعاون هي العمل المشترك لشخصين، أو أكثر في محاولة لتحقيق هدف مشترك⁽¹⁾، وهي تتضمن قيام الأطراف بكافة الأعمال التي هي ضرورية من جانبهم كي ينتفع الطرف المقابل⁽²⁾.

ولا يتم عادةً النص صراحةً على الالتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة، بل يفترض وجوده ضمناً. وفي هذا قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس بأنه: ((من الملائم التأكيد على أنه يوجد، وبالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية، في النطاق الخاص بالتجارة الدولية، عادات ومبادئ التعاون المفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية، حيث إن على أطراف العقد الواجب الضمني (Le devoir implicite) بتنسيق جهودهم للتعاون والتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم...)).⁽³⁾

ويُقاس التعاون بين المتفاوضين بما يبديه كل متفاوض من أعمال أو أقوال تتفق على الأقل مع الأعراف والمعايير المتبعة أو السائدة في المفاوضات أو التعامل من قبل الوسط التجاري والمهني بشأن عقد معين⁽⁴⁾.

أولاً- مضمون التزام التعاون:

يرى بعض الفقه الإيطالي⁽⁵⁾ أن التزام التعاون لا يشكل التزاماً مستقلاً بمعزل عن المقتضيات الأخرى لحسن النية في إبرام العقود، كالتزام الجدية، أو الاستمرار في التفاوض، أو المحافظة على الأسرار، أو الإدلاء بالمعلومات أو سواها، بل إن الوفاء بهذه المقتضيات، والمقتضيات الأخرى لحسن النية في إبرام العقود يؤدي بالنتيجة إلى تحقيق التعاون⁽⁶⁾ في حين يرى البعض الآخر⁽⁷⁾ أن التزام

(1) انظر: د. أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، ط1، بيروت، مكتبة لبنان، 1978 ص86.

(2) See: Matthew Harper. The Implied duty of good faith in Australian contract law; Elaw-Mourdock university electronic journal of law ISSN1321-8247. volume 11 number 3 (September 2004) copy right Elaw and author. P.3.

(3) نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص391.

(4) د. فايز الحاج شاهين، في المسؤولية السابقة للتعاقد الناشئة عن قطع المحادثات، مجلة العدل، بيروت، 1979، قسم الدراسات، ص8.

(5) See: Stefano Dindo. Op. Cit.P.12.

نقلاً عن د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص395.

(6) يرى بعض الفقهاء أن التزامات عدم طرح الشروط التعجيزية، والشفافية في تقديم الطروحات التفاوضية، وعدم القطع المباعد للمفاوضات هي من صور الالتزام بالتعاون، في حين يعدّها بعضهم الآخر التزامات مستقلة. قارن بين: د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص355 وما بعدها. وبين: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص673 وما بعدها.

(7) د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص395.

التعاون قد يأتي بصورة مستقلة عن الالتزامات الأخرى لحسن النية في إبرام العقود، كما هو الحال بالنسبة إلى إتمام الشكلية، وتحديد ثمن المعقود عليه، والتعاون مع المستهلكين.

ثانياً- التزام التعاون في الوفاء بمتطلبات الشكلية القانونية المقررة بصدد بعض العقود:

من المؤكد أن تخلف الشكلية يؤدي إلى بطلان بعض العقود، وقد رأينا سابقاً أنه إذا كان العقد المنشود دون إتمام الشكلية يعدّ غير موجود، فهذا لا يعني عدم ترتب أي التزام قانوني على من يمتنع عن إتمام الشكلية القانونية. حيث إن مبدأ حسن النية في إبرام العقود يقتضي من الطرفين التزام التعاون على إفراغ الاتفاق في الشكل القانوني المطلوب⁽¹⁾.

وفي الأنظمة الأنكلوساكسونية يبدو أن الأضرار الناجمة عن عدم التعاون في إنجاز الشكلية المتطلبة قانوناً تستوجب التعويض بموجب قوانين تلك الدول، إذ إنها تطبق نظرية المانع التعاقدية (Promissory Estoppel) كلما تحققت شروطها⁽²⁾.

ثالثاً- التزام التعاون في تحديد ثمن المعقود عليه:

رأينا أن المتعاقدين قد لا يتفقان على ثمن السلعة أو الخدمة المعقود عليها، بل يتفقان على أسس تحديدها في المستقبل، كأن يتركوا تحديد الثمن لشخص ثالث، ولا يوجد ما يمنع ذلك من الناحية القانونية، فقد ورد بشأنه نص صريح في القانون المدني الفرنسي، حيث تنص المادة (1592) منه على أنه ((...قد يكون الثمن متروكاً لتقدير شخص ثالث، وإذا كان ذلك الشخص غير راغب أو غير قادر على وضع تقدير فليس هناك بيع))، وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة المنصوص عليها في المواد (391-392) من القانون المدني السوري⁽³⁾، التي تقضي بأن التراضي على الثمن يجب أن يكون معيناً في العقد، أو على الأقل قابلاً للتعيين، إذ لا يمكن القول إن إرادة الطرفين قد تطابقتا إذا لم يعلم كل منهما قدر الثمن الذي يستحقه أو الذي يلتزم به، أو على الأقل الأسس التي يقوم عليها عند تقديره في المستقبل⁽⁴⁾.

(1) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 200-201. والصفحة 51 من هذا البحث.

(2) See: Fridrrich Kessler & Edith Fine. Culpa in Contrahendo, Bargaining in good faith, and freedom of contract; a comparative study. This document is included in the TLDB by kind permission of the Harvard Law review. Document (Type: Doctrine); P.13

(3) تقابل النصوص السورية، النصوص (423-424) من القانون المدني المصري.

(4) وينص القانون الانكليزي على وجود شرط ضمني يقضي بتحديد أجر معقول في حال عدم وجود الاتفاق بشأنه. وتحديد الأجر المعقول هو مسألة واقع. وقد جاء في النص الانكليزي:

((Where under a contract for the supply of service, the consideration for the service is not determined by the contract,... there is an implied term that the party contracting with the supplier will pay a reasonable charge. What is a reasonable charge is a question of fact)).

See: The supply of goods and services act (1982) taken from Ellison. Jhon, Beding filed. Jim. Harrison Tom. Business law for BTEC national. Printed in Great Britain: by Thomson Litho Ltd., East Kilbride, Scotland. 1990. P.183

فإذا اتفق المتعاقدون على أساس لتحديد الثمن أو الأجر، فإن هذا التحديد يتطلب التدخل الشخصي من جانبهم، ويعد الامتناع عن هذا التدخل، إخلالاً بالتزام التعاون من جانب الطرف الممتنع، حيث إن هذا الالتزام يفرض عليه المساهمة في تحديده، وتعيين الغير مثلاً لو كان الأساس المتفق عليه، تحديد شخص ثالث، لأن نجاح الصفقة مرهون بتدخله، ويؤدي عدم المساهمة إلى ترتب المسؤولية المدنية على عاتقه طبقاً لمقتضيات حسن النية في إبرام العقود⁽¹⁾.

رابعاً- التزام التعاون مع المستهلكين:

يمكن تلمس التزام التعاون أيضاً في بعض النصوص المتعلقة بالمعاملات الالكترونية التي تجري من المستهلكين، حيث تنص المادة (18) من قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم (3) لعام 2014 على أنه: ((على البائع قبل إقرار عملية البيع تمكين المستهلك بطريقة الكترونية مناسبة من مراجعة أخطاء إدخال المعلومات والمراجعة النهائية لجميع خياراته وتمكينه من إقرار التعاقد أو تغييره أو العدول عنه حسب إرادته))⁽²⁾.

الفقرة-9- الالتزام بحماية حياة المتفاوض الآخر وصحته:

إن واجب حماية المصالح القانونية للطرف الآخر يتناول، على وجه الخصوص، المصالح الاقتصادية والجسدية لهذا الطرف. والمثال الشائع الذي يتدخل فيه مبدأ حسن النية مع الخطأ عند تكوين العقد، هو واجب ضمان أمن مباني العمل (business premises) التي تستخدم عادةً من قبل الزبائن، وبمقتضى هذا الالتزام الذي كرسه القضاء الألماني في إحدى قراراته فإن التاجر يلتزم بتعويض عميله عما أصابه من ضرر من جراء سقوط شيء على رأسه، وهو يتفاوض معه داخل المحل لشراء سلعة، وقد ورد في حكم شهير لمحكمة ألمانية أن طفلاً، وهو يرافق أمه في أثناء التسوق، أصيب جسدياً من خلال انزلاقه على ورق الخس المتروك على الأرضية في (السوبرماركت)، وقد وجدت المحكمة أن: ((صاحب العمل قد خرق واجب حسن النية في ضمان سلامة مبنى العمل وقد منحت التعويض على أساس نظرية الخطأ عند تكوين العقد، من خلال عد الطفل الشخص الثالث المستفيد من العلاقة ما قبل التعاقدية بين المحل والأم))⁽³⁾. وإن كان القول بقيام المسؤولية قبل التعاقدية على أساس حسن النية في هذه الحالة لا يسلم من النقد، وذلك لانتهاء الصلة بين الحادث والتفاوض ذاته⁽⁴⁾.

(1) انظر د. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 398.

(2) يقابل النص السوري، نص الفصل (27) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم (83) لعام 2000.

(3) انظر: (1976) Lettuce leaf case BGHZ66,51 وجدير بالذكر أن مسؤولية حسن النية والخطأ عند

تكوين العقد متطابقة في هذه القضية، ولكن ليس بالضرورة أن تكون كذلك في جميع الأحوال. انظر: Maritta

Auer. Good faith and its German Sources. 2001 By Marietta AuerP.31footnote 10S

(4) انظر: د. رجب كريم عبدالله، المرجع السابق، ص 267.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

تحدثنا في الفصل الأول عن مرحلة التفاوض، وعن المبادئ التي تحكم هذه المرحلة، حيث تبين لنا بالنتيجة أن الدخول في المفاوضات من شأنه أن يولد التزامات، ويرتب حقوقاً فيما بين الأطراف المتفاوضة (من أخل منهما بواجبات حسن النية خلال المفاوضات، ومن تضرر منهما من جراء هذا الإخلال) على نحو تقوم المسؤولية في حال الإخلال بهذه الالتزامات أو المساس بهذه الحقوق⁽¹⁾ وننتحدث في هذا الفصل عن نوع المسؤولية الناجمة عن الإخلال بأيٍّ من هذه الالتزامات، وأحكام هذه المسؤولية في حال تحققها.

ففي ظل سيطرة مبدأ الحرية التعاقدية على العملية التفاوضية، بما تتطلب من أن المتفاوض غير ملزم بإبرام العقد بنتيجة عملية التفاوض. فإن المتفاوض قد يجد بما يمتلكه من حرية تعاقد سنداً لقطع المرحلة التفاوضية أو الانسحاب منها دون قيام سبب جدي، وبمخالفة ما يقتضيه مبدأ حسن النية من أمانة ونزاهة وثقة مشروعة في التفاوض مع الغير. حيث إن حرية التعاقد على إطلاقها قد تفتح الباب لمفاوضات غير جادة أو مغرضة تبتغي أغراضاً غير مشروعة، على نحو يسبب ضرراً تزيد جسامته كلما كانت المفاوضات تستلزم وقتاً طويلاً، وتقتضي جهداً إضافياً، وتستتبع نفقات باهظة، وهو ما يشكل سمة المفاوضات في الكثير من العقود⁽²⁾.

من هنا تبرز أهمية فرض نوع من المسؤولية في مرحلة التفاوض، وإلزام الطرف المخل بالتزاماته بجبر الأضرار والخسائر التي ألّمت بالطرف الآخر، وإلا أضحى كل طرف متفاوض حراً في تقدير مصالحه الاقتصادية، من دون حسيب أو رقيب، ومن دون النظر لما تمليه مقتضيات التعامل المشروع وعدم الإضرار بالغير. وسنتناول هذه المسؤولية في مبحثين يناقش الأول الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات، في حين يناقش الثاني أحكام هذه المسؤولية، وعناصر الضرر المشمول بالتعويض.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص707.

(2) د. محمد عبد العال، المرجع السابق، ص92.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض

اتفقت الآراء والاجتهادات على قيام نوع من أنواع المسؤولية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، واتفقت على عدّ هذه المسؤولية مسؤولية مدنية، إلا أنها اختلفت في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في هذه المرحلة، وفي إخضاعها لنظام قانوني معين من نظم المسؤولية المدنية⁽¹⁾. وكذلك الحال على مستوى النظم القانونية المختلفة، حيث نجد اختلافاً في تحديد طبيعة هذه المسؤولية، لم ينحصر نطاقه على مستوى الآراء الفقهية، بل تجاوزه إلى الاجتهادات القضائية، والنصوص التشريعية. وإن كانت هذه الأخيرة قد جاءت في معظمها خالية من أي نص صريح وواضح يشير إلى طبيعة المسؤولية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، ويحدد الأثر القانوني المترتب على عدم النهوض بالالتزامات التي يقتضيها الواجب العام لحسن النية.

وسنتناول في هذا المبحث النظريات الموجودة في الفقه والأنظمة القانونية المختلفة لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول: النظريات المتداولة لتحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض:

ثار خلاف واسع في الفقه حول طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض. أهى مسؤولية عقدية؟ أم مسؤولية تقصيرية؟ أم هي مسؤولية موضوعية أو لا خطئية⁽²⁾؟ وكان لهذا الخلاف أثر واضح على الأحكام القضائية الصادرة في الأنظمة القانونية المختلفة بخصوص هذه المسؤولية.

الفقرة-1- نظريات المسؤولية العقدية:

تعد نظرية "الخطأ عند تكوين العقد" العائدة للفيقه الألماني إيهرنج JHERING من أهم النظريات التي أسست لقيام مسؤولية مدنية في مرحلة المفاوضات السابقة لإبرام العقد، ومنح هذه المسؤولية طابعاً عقدياً، يضاف إليها نظرية "الوكالة" التي جاء بها الفيقه الألماني شورل SCHEURL وسوف نبحت في هاتين النظريتين على التوالي:⁽³⁾

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص711.

(2) لا تعدّ القوانين المقارنة المسؤولية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات على وجه العموم، والمسؤولية عن قطع التفاوض دون سبب جدي على وجه الخصوص، مسؤولية من نوع خاص. كما أن تسميتها بالمسؤولية قبل التعاقدية، إنما هو فقط لكونها تقوم في المرحلة السابقة على إبرام العقد، أي في مرحلة التفاوض على العقد، انطلاقاً من التزامات حسن النية ومبادئ الثقة والأمانة والجديّة. د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص156.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص714.

أولاً- نظرية الخطأ عند إبرام العقد:

جاءت هذه النظرية في العام 1860 على يد الفقيه الألماني إيهرنج الذي تكفل بوضع الأسس والمبادئ التي تقوم عليها هذه النظرية⁽¹⁾ مطلقاً عليها اسم "نظرية الخطأ عند إبرام العقد". وقد تزعمت هذه النظرية الاتجاه الفقهي الذي يرى في المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض مسؤولية ذات طبيعة عقدية⁽²⁾.

1. مضمون النظرية:

مفاد نظرية الخطأ عند تكوين العقد أن كل طرف ساعٍ إلى التعاقد، يتعهد للطرف الآخر بضمان صحة تصرفه حتى لو كان راجعاً إلى سبب أجنبي عنه، وإلا التزم بالتعويض بمقتضى العقد ذاته، إذا ما تبين عدم صحته أو بطلانه، وأخل بالثقة بأن العقد قد انعقد صحيحاً وخالياً من العيوب ومفاجأته بعد ذلك ببطلانه⁽³⁾.

2. مرتكزات النظرية:

تقوم نظرية الخطأ عند تكوين العقد على ثلاثة مرتكزات أو دعائم أساسية لقيام المسؤولية العقدية، وهي العقد والخطأ والتعويض، وفق التفصيل الآتي:

أ- العقد:

يجعل إيهرنج من الخطأ الذي يقع عند تكوين العقد، سواء حال دون انعقاده أم أدى إلى بطلانه، خطأ مولداً لمسؤولية عقدية أساسها العقد الباطل نفسه، بحيث يلزم الطرف المدعى عليه بتعويض

(1) R. Von JHERING, delaculpa in contrahendo ou des dommages- interest dans les conventions nulls ou restees imparafaits (1860), in Euvres choisies t. II, trad. O. de Meulenaerem=, Paris, 1893, p. 1 ets

وانظر بشرح هذه النظرية باللغة العربية: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص503 وما بعدها. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص365 وما بعدها. وأيضاً: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص197 وما بعدها. وأيضاً: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص119 وما بعدها. وأيضاً: د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، س3، ع1، ص389 وما بعدها. وأيضاً: د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص302 وما بعدها، وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص34 وما بعدها.

وانظر باللغة الفرنسية:

J. Schmidit, La sanction de la faute precontractuelle, Art. prec, p. 51 ; B. Lassalle, les pourparlers, R.R. J. 1994, P. 848 ; a. Cohierier, Des obligations naissant des pourparlers prealables, th. Paris 1939, n° 25, p. 60.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص714.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص715.

الطرف المدعي عن الأضرار والخسائر التي لحقت به بنتيجة العقد الباطل الذي تسبب ببطلانه⁽¹⁾ بمعنى أن يجعل التعويض أثراً أصلياً يترتب على العقد الباطل بوصفه عقداً، وليس بوصفه واقعة مادية تكوّن عملاً غير مشروع⁽²⁾.

حيث يرى إيهرنج أن البطلان لا يؤدي إلى زوال سائر الآثار المترتبة على العقد، بل يصيب بعضها. فالغرض من العقد يتمثل بتنفيذه، وهو ما يعني نشوء التزام بتنفيذ محتواه، فإذا حال دون نشوء الالتزام الأخير غياب لبعض الشروط والعناصر الأساسية التي يستلزمها تحقق الوجود القانوني لذلك العقد، صاحبه تبعاً لذلك أقول الغرض الحقيقي منه، وأضحى العقد باطلاً⁽³⁾ من غير أن يحول ذلك دون نشوء التزامات أخرى مختلفة لا تتصل بتنفيذ العقد، كالرد والتعويض، عند عدم ضمان صحة التعاقد وسلامته⁽⁴⁾. لذلك إذا وقع العقد باطلاً بسبب خروج محله عن دائرة التعامل مثلاً، فمن البديهي أن لا ينشأ عنه التزام بتنفيذ مضمونه، ولكن لا أثر لهذا البطلان على الالتزامات الأخرى الناشئة عنه، إذا تحقق التراضي حولها، وتحققت شروط انعقادها. ومن ثم لماذا لا يُنشأ هذا العقد بين أطرافه التزاماً آخر ليس له صلة بذلك المحل⁽⁵⁾.

ب- الخطأ:

يؤسس إيهرنج السبب المنشئ قانوناً للالتزام بالتعويض على خطأ المدعى عليه، أي البائع في عقد البيع الباطل. حيث إن هذا الأخير يضمن للطرف الآخر صحة التصرف وعدم التسبب في بطلانه⁽⁶⁾، ويبقى هذا الخطأ قائماً حتى لو لم يكن بمقدور البائع العلم بسبب البطلان، بحسبان أن الضرر قد تحقق، وذلك عملاً بما تقتضيه قواعد العدالة. فالسبب متصل بالشيء المبيع، ومن الأجدر أن يقع على البائع مغبة الجهل به، لا على المشتري الذي يعدُّ حسن النية، وفي مركز لا يتيح له الكشف عن هذا السبب أو العائق⁽⁷⁾.

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 504. وأيضاً: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية

المدنية، المرجع السابق، ص 119. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 167. وأيضاً:

د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 282.

(2) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 198. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 367.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 506. وأيضاً: د. سليمان مرقس، المرجع السابق،

ص 197. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 367.

(4) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 198. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 367.

وأيضاً: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 504.

(5) د. محمود جمال زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 125.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 718.

(7) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 506. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع

السابق، ص 367. وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 289. وأيضاً: د. أنور

سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 167.

ويضيف إيهرنج أن الأحكام السابقة بخصوص خطأ البائع الذي باع تركة لا وجود لها، أو عيناً خارجة عن التعامل، هي بمنزلة مبدأ عام يجب تطبيقه في كل مرة يقوم فيها خطأ أحد المتعاقدين سواء كان بائعاً أم مشترياً. فما هو صحيح في عقد البيع، يجب أن يكون صحيحاً أيضاً في سائر العقود الأخرى⁽¹⁾. ومن ثم فإن الخطأ ((يكمن في إقدام البائع على التعاقد دون أن يكون في استطاعته أن يوفر في شخصه الشروط الضرورية لصحة العقد، وتبعاً لهذا إيقاعه العاقد الآخر في غلط بالمظهر الكاذب لهذا العقد))⁽²⁾، وهو ما يُعد نتيجةً طبيعيةً لخروج الطرف المتعاقد عن المحيط السلبي للروابط غير التعاقدية، والدخول في المحيط الإيجابي للروابط والصلات العقدية⁽³⁾.

ويؤكد إيهرنج أنه يقع على المتعاقد منذ دخوله في دائرة العلاقات التعاقدية، أن يبذل اليقظة اللازمة، حيث إن الحماية القانونية لا تقتصر على الروابط العقدية الناشئة فعلاً بل تمتد إلى الروابط التي تكون في طور الإنشاء والتكوين. إذ إنه ليس واجباً على كل طرف ضمان الشروط اللازمة لصحة العقد المنشود صراحةً، بل يجب أن يستند هذا الأمر إلى القانون نفسه⁽⁴⁾.

ج - التعويض:

رأينا أن الطرف الذي يخلق انطباعاً غير حقيقي لدى الطرف الآخر بأن عقداً قائماً أو على وشك القيام، يجب أن يتحمل مسؤولية هذا التصرف بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة اعتقاده بصحة البيع، من دون أن يحصل على مقابل لما سوف يحققه له قيام عقد البيع صحيحاً من منافع ومكاسب⁽⁵⁾، بمعنى أن يعود بالمتعاقد إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد العقد نهائياً.

وبناءً على ذلك، فإن حدود التعويض في ظل هذه النظرية، تستبعد المصلحة الإيجابية التي تستلزم قيام عقد صحيح، لتقتصر فقط على المصلحة السلبية. ذلك أن المشتري يملك مصلحة في قيام البيع، ومن ثم في تنفيذه ليحصل في حال الامتناع عن التنفيذ على تعويض يساوي ما لحقه من خسارة، وما فاتته من كسب لعدم تنفيذه. وهذه المصلحة العقدية الإيجابية لا يوفرها البيع للمشتري إلا إذا كان العقد صحيحاً، أما في فرض وقوع عقد البيع باطلاً، فلا يملك المشتري سوى مصلحة في عدم إبرامه وبمعنى آخر مصلحة في ألا يظهر البيع في الحياة القانونية، ثم يتبين البطلان، فيحصل على

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 719.

(2) د. محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 127.

(3) د. محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 128.

(4) د. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول، نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع

التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة، آل البيت، المجلد 7، العدد 3، 2001، ص 214.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 720.

تعويض يساوي الضرر الذي أصابه نتيجة اعتقاده بصحة البيع، هذه المصلحة العقدية السلبية التي تكون للمتعاقد حسن النية في حال بطلان البيع⁽¹⁾.

ويأتي حصر المطالبة حال البطلان في المصلحة السلبية فقط من باب رجوع البطلان إلى نص القانون⁽²⁾، حيث إن جُلَّ ما يؤخذ على المدعى عليه هو جهله بأسباب البطلان، وإقدامه على التعاقد دون التزام اليقظة، على نحو ألحق ضرراً بالطرف الآخر في التعاقد، ومن ثمَّ وجب أن يقتصر التعويض على الضرر الذي أصابه الناجم عن إبرام العقد.

ولا يعني ذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية يقتصر على الخسارة الواقعة، كمصروفات العقد أو رسوم التسجيل أو تسلم المبيع أو إيداعه، بل قد يمتد ليشمل الكسب الفائت في حال فوت إبرام العقد على المتعاقد الآخر فرص رابحة، كرفضه مثلاً صفقة رابحة عرضت عليه، أو التأخر في عملية البحث والتحري عن صفقة أخرى في الوقت المناسب⁽³⁾.

3. تقدير النظرية:

على الرغم من المكانة المهمة والشهرة الواسعة التي تتميز بها هذه النظرية، إلا أنها لم تسلم من تقييم الفقهاء، ومن تحديد ما فيها من مزايا وعيوب:

أ. المزايا: من أهم مزايا هذه النظرية ما يأتي:

- تجعل هذه النظرية من خطأ العاقد الذي يرجع إليه بطلان العقد أو عدم قيامه قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على توفّر الخطأ من جهته، حتى لو كان سلوكه غير مشوب بأي خطأ كان⁽⁴⁾.

- تجعل هذه النظرية من الخطأ المرتكب في أثناء فترة تكوين العقد، والذي أدى إلى بطلان العقد، خطأ له طبيعة خاصة، يجاور الخطأ ذا الطابع العقدي والخطأ ذا الطابع التقصيري. وبهذا تكون هذه النظرية قابلة للولوج إلى سائر الأنظمة القانونية المقارنة⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص507. وأيضاً: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص197. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص367. وأيضاً: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص121. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص168. وأيضاً: د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص282.

(2) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص198.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص508. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص368.

(4) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص135. وأيضاً: د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص28.

(5) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص40.

- جاءت هذه النظرية واسعة في تطبيق المبادئ المستمدة من القانون الروماني، وفي تطبيق فكرة العقد⁽¹⁾. حيث أقرت حق المتعاقد المعتقد بصحة العقد بالحصول على تعويض عما أصابه من ضرر بسبب نشوء هذا الاعتقاد، حتى لو كان الطرف المسؤول عن دفع التعويض حسن النية⁽²⁾.

- وسّعت هذه النظرية من فكرة العقد، فقد كان من غير المقبول عدّ كل إيجاب وقبول عقداً. كما ابتكرت فكرة عدم تجريد العقد الباطل من آثاره، مما مكنها من إنشاء مسؤولية في فترة التفاوض على العقد الباطل نفسه⁽³⁾.

- وأخيراً فقد أوجدت هذه النظرية فكرة التعويض عن المصلحة السلبية التي تشمل الخسارة الواقعة والكسب الفائت، وبما لا يجاوز المصلحة الإيجابية، بشرط إثبات وقوع الضرر، وعدم علم من أصابه الضرر، أو وجوب علمه بسبب البطلان أو القابلية للإبطال⁽⁴⁾.

ب. العيوب: أما عيوب هذه النظرية، فأهمها ما يأتي:

- إن نظرية الخطأ عند تكوين العقد غير صحيحة⁽⁵⁾، فالاتفاق الضمني الذي تستند إليه هذه النظرية، هو من قبيل الافتراض البعيد كل البعد عن ملامسة الحقيقة والواقع، لكون هذا الاتفاق لم يدر بمخيلة الطرفين لحظة دخولهم في مرحلة التحضير لإبرام العقد. لذلك يغدو من غير المقبول إجبارهم على القبول به رغماً عنهم، وإلا شكل ذلك مخالفة صريحة لإرادتهم الحقيقية، في مباشرة أفضل أوجه الحرية التعاقدية من غير مصادرة لها⁽⁶⁾.

- إن هذه النظرية تخالف النصوص القانونية السائدة. فهذه النصوص⁽⁷⁾ تنص بصورة صريحة وقاطعة أن العقد لا ينعقد إلا باتفاقهم على كافة العناصر والمسائل الجوهرية المتصلة به. ومن ثمّ فإنه

(1) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 40.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 722.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 723.

(4) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 40.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 511. وأيضاً: د. سليمان مرقس، المرجع السابق،

ص 199. وأيضاً: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 505. وأيضاً: د. محمود جمال الدين زكي،

مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 134. وأيضاً: د. حلمي بدوي، المرجع السابق، ص 405.

وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 192. وأيضاً: د. فايز الحاج

شاهين، المرجع السابق، ص 4. وأيضاً: د. مصطفى العوي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 167.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 723.

(7) انظر نص المادة (96) من القانون المدني السوري، والمادة (95) من القانون المدني المصري، والمادة

(100) مدني اردني، وهو ما اشترطته المادة (1583) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (3889) من قانون

الموجبات والعقود اللبناني بشأن عقد البيع.

من غير الممكن الحديث عن وجود عقد ملزم بين أطرافه، يترتب على الإخلال به مسؤولية عقدية، في الفترة السابقة على الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد المنشود⁽¹⁾.

كما يشترط لقيام المسؤولية العقدية أن يكون العقد المبرم بين الطرفين عقداً صحيحاً، وإن كان لم يرد نص صريح بذلك، إلا إنه يستنتج من طبيعة المسؤولية العقدية ذاتها، التي تقوم على أساس الإخلال بتنفيذ التزام صحيح، قائم ومشروع⁽²⁾.

كما أنه لو سلمنا جدلاً بوجود اتفاق ضمني أبرم بين الطرفين بمجرد دخولهما في التفاوض، فإن هذا الاتفاق يجب أن يأخذ المصير ذاته الذي يأخذه الاتفاق الأصلي التابع له؛ لذلك فإن افتراض بقاء الاتفاق الضمني صحيحاً وناظراً على الرغم من زوال الاتفاق الأصلي، يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ومن المستبعد تصورها⁽³⁾.

لذلك فلا حاجة إلى تصور عقد وهمي من نسج الخيال لتأسيس المسؤولية عند عدم تكون العقد أو بطلانه، بحسبان أن حسن التصرف وبذل العناية واليقظة اللازمة في أثناء التمهيد للتعاقد من جانب الطرفين، يعد التزاماً يفرضه منطق الأشياء، ومنطق التعامل المألوف والسليم بين الأفراد في المجتمع⁽⁴⁾.

- إن نظرية الخطأ عند تكوين العقد غير ضرورية ولا مسوغ لوجودها⁽⁵⁾، إذ إنها وُجدت قبل صدور القانون الألماني، في الفترة التي سادت فيها النصوص المستمدة من القانون الروماني، والتي لم تتضمن قاعدة عامة بخصوص الخطأ التقصيري. وعليه فإن نظرية الخطأ عند تكوين العقد لم يعد لها

(1) د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص285. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص192. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص8. وأيضاً: د. حلمي بدوي، المرجع السابق، ص405.

J. Schmitz, La période précontractuelle en droit français, Art. préc, p. 546.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص725.

(3) د. جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص134. والأجدر هنا اعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية. ويكون العقد الباطل، في هذه الحالة أيضاً، قد أنتج أثراً عرضياً، لا باعتباره عقداً، بل باعتباره واقعة مادية. انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص512.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص726.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص511. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص368. وأيضاً: د. جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص134-135. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص168. وأيضاً: د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص282. وأيضاً: د. حلمي بدوي، المرجع السابق، ص406.

أي مسوغ جدي في الوقت الراهن، بحسبان أن كافة القوانين المعاصرة قد اتجهت إلى إقرار نظرية عامة تقضي بأن كل من تسبب بخطئه من الأضرار بالغير يلتزم بتعويضه عن هذا الضرر⁽¹⁾.

- إن هذه النظرية تقيم المسؤولية حتى لو كان الطرف الآخر في التعاقد حسن النية، فالخطأ يتوفر بحسب هذه النظرية لمجرد أن العاقد قد تسبب بالبطلان، حتى لو كان حسن النية لا يعلم به. وهذا القول أقرب ما يكون إلى تحمل التبعة، وفيه خروج عن القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ الثابت⁽²⁾.

- تضيق هذه النظرية مفهوم البطلان، حيث تذهب إلى أن البطلان الناجم عن تخلف شروط صحة العقد يقتصر على الالتزام الجوهرى المتمثل بالالتزام بالتنفيذ، دون أن يتجاوزته إلى الالتزامات الثانوية الأخرى، كالالتزام بالتعويض عن المصلحة العقدية السلبية التي تكون للمتعاقد حسن النية⁽³⁾. وهذا كلام غير مقبول لما فيه من تجاهل للأثر المطلق للبطلان كما هو ثابت في القواعد القانونية، حيث إن التفرقة بين العناصر الجوهرية للعقد والعناصر الثانوية، وربط كل عنصر بما يترتب عليه من أثر يكاد يكون أمراً مستحيلاً، إذ ليس لتلك العناصر كم محدود، فالعقد إما أن يكون صحيحاً فتترتب عليه جميع آثاره، أو أن يكون باطلاً فلا يترتب عليه أي أثر⁽⁴⁾.

- إن حصر هذه النظرية نطاق التعويض، عن الضرر الذي أصاب الطرف الواقع في الوهم، على المصلحة العقدية السلبية التي تعود به إلى الحالة التي كان عليها لو لم يوجد العقد أساساً، دون المصلحة الإيجابية كما في العقد الصحيح، تعد تفرقة تحكمية، ولا تجد أي نص قانوني يؤيدها، الأمر الذي يصعب من مسألة تبرير التعويض عن المصلحة السلبية في بعض الفروض⁽⁵⁾.

(1) انظر المادة (164) من القانون المدني السوري، والمادة (163) من القانون المدني المصري، والمادة (256)

من القانون المدني الأردني، والمادتين (121-123) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص506. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص369.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص506. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص367. وأيضاً: د. حلمي بدوي، المرجع السابق، ص403. وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص42. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص222.

(4) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص135. وأيضاً: د. حلمي بدوي، المرجع السابق، ص405. وأيضاً: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص286. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص368-369.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص511. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص369.

ثانياً - نظرية الوكالة:

مؤسس هذه النظرية هو الفقيه الألماني شورل (Scheurl)⁽¹⁾ وسنتعرض فيما يأتي لمضمونها والتقييم الجاري لها.

1- مضمون النظرية:

تجد هذه النظرية في الدعوة التي يوجهها الطرف الساعي إلى التعاقد إلى الطرف الآخر، توكيلاً ضمناً يمنحه صاحب هذه الدعوة إلى الطرف الآخر، للقيام بكافة الأعمال والإجراءات اللازمة لإبرام العقد النهائي. ومن ثمّ إذا باعت المرحلة التفاوضية بالفشل في الوصول إلى محطة إبرام العقد النهائي، فإن الموكل (صاحب الدعوة) يلتزم بتعويض الوكيل (المتفاوض معه) عن كافة المصروفات التي تكبدها في سبيل تنفيذ الوكالة الممنوحة له، حتى في حال إخفاق الوكيل في تنفيذ مهمته، وذلك طبقاً لما جرى عليه نص المادة (1999) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾.

لذلك فإن المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية هي بنظر شورل ذات طابع عقدي، أساسها عقد الوكالة الضمني الناشئ عن الدعوة التي تم توجيهها من قبل أحد الطرفين إلى الطرف الآخر⁽³⁾. ومن ثمّ فإن الانسحاب من المفاوضات أو فشلها في تحقيق هدفها المنشود في إبرام العقد، يلزم الموكل بتعويض الوكيل عن الأضرار التي لحقت به من جراء تنفيذ عقد الوكالة، ولهذا فإن دعوى التعويض عن المصروفات التي تم إنفاقها في سبيل الإعداد والتحضير لقيام العقد تكون دعوى عقدية، تتمثل بدعوى الوكالة⁽⁴⁾.

2- تقدير النظرية:

على الرغم من الأساس الجيد الذي طرحته نظرية الوكالة لترتيب المسؤولية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، والوضوح الذي توفره عند الحكم بتعويض الطرف المتضرر، إلا أنها لم تسلم من الانتقادات، ويمكن إجمالها بما يأتي:

أ. إن عقد الوكالة مثله مثل أي عقد آخر يشترط لتحقيق وجوده القانوني اتفاق الطرفين على موضوعه وسائر عناصره الجوهرية، لذلك فإنه من غير المتصور وجود هذا العقد ضمناً بمجرد توافق الطرفين بالدخول في مرحلة تفاوضية تمهد وتحضر لانعقاد العقد النهائي⁽⁵⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن هذا الانتقاد ليس في محله، إذ ليس من الضروري أن تكون إرادة الوكيل صريحة، بل يمكن أن تكون ضمنية تستخلص من الظروف التي يعمل بها الوكيل، كما لو بدأ الوكيل

(1) Scheurl, vertragsabschluss unter abwesenden, dans "Jahrbuch fuer dogmatic" II, 1858, p. 248 ets

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132 الهامش.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 730.

(4) Coherier, Th. Prec., n° 34, p. 80

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 731.

بتنفيذ الوكالة، على ما نصت عليه المادة (1985) من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾. كما أن الأخذ بنظرية الوكالة يؤدي إلى القول: إنه يجب على المفاوض القيام بتسديد المصاريف والنفقات التي يكون قد بذلها الأشخاص الذي تفاوض معهم، ولم يقع عليهم الاختيار، بحسبان أن المبدأ العام لحسن النية كما رأينا لا يحظر على المتفاوض إجراء مفاوضات موازية، ليختار أفضلها وأكثرها تحقيقاً لمصلحته⁽²⁾، وهذا قول غير مقبول من الناحية الاقتصادية⁽³⁾ ويؤدي إلى إحجام الأفراد في الدخول في مفاوضات.

ب. إن افتراض وجود هذه الوكالة هو افتراض مغلوط، حيث إن المصلحة أو الغاية المنشودة من عقد الوكالة، تختلف اختلافاً كلياً عن المصلحة أو الغاية المنشودة من دخول الطرفين في مرحلة تفاوضية ممهدة لقيام عقد⁽⁴⁾، فالوكيل في عقد الوكالة يقوم بالعمل باسم الموكل ولحسابه، بحسب المادة (1984) من القانون المدني الفرنسي، ولا يعمل لحساب نفسه. وهذا الواقع يخالف تماماً ما هو حاصل بين الطرفين في مرحلة التفاوض على عناصر العقد المزمع إبرامه⁽⁵⁾، حيث إن كل متفاوض يعمل في هذه المرحلة باسمه ولحسابه الخاص⁽⁶⁾.

الفقرة 2- نظريات المسؤولية التقصيرية:

من النظريات التي ردت المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية إلى المسؤولية التقصيرية نظريتان: الأولى هي نظرية الخطأ التقصيري في التفاوض، التي يجمع عليها الفقه القانوني، والثانية أوجدها الفقيه الألماني تون (Thon) وهي نظرية الفضالة، ونستعرضهما على التوالي:

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 731.

(2) د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 207. وأيضاً: د. أنس عبد

المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 384.

(3) د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 99.

(4) Coherier, Th. Prec., n° 35. P. 81

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 731.

(5) Coherier, Th. Prec., n° 35. P. 81

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 732.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 732.

أولاً- نظرية الخطأ التقصيري في التفاوض:

تعد نظرية الخطأ التقصيري في التفاوض، التي اعتمدت أساساً قانونياً لشغل المسؤولية التقصيرية للمتفاوض الذي أقدم على ارتكاب أي إخلال بالواجبات الناشئة في مرحلة التفاوض على العقد، من أكثر النظريات التي لاقت قبولاً لدى معظم الآراء في الفقه الفرنسي⁽¹⁾ والفقه العربي بوجه عام⁽²⁾.

1. مضمون النظرية:

تقوم نظرية الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات قبل العقدية على منح المتفاوض الحرية في إدارة عملية التفاوض، وتحديد نتائجها وفق ما تمليه مصلحته الاقتصادية، وعلى حق المتفاوض في الانسحاب من عملية التفاوض متى أراد، وبصرف النظر عن المرحلة التي تكون قد وصلت إليها، من دون أن يتعرض لأي مسؤولية قانونية، ومن دون أن يكون مجبراً على تقديم أي سبب أو مسوغ لهذا العدول. فالمفاوضات بحسب أنصار هذا المذهب ليست سوى أعمال مادية غير ملزمة، ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فطالما أن العقد لم ينعقد بين الطرفين بعد فإن كل واحد منهما يظل محتفظاً بكامل حريته في عدم التعاقد⁽³⁾.

وخروجاً على هذا الأصل العام يقول أنصار هذه النظرية بقيام مسؤولية الطرف المتفاوض تجاه الآخر، وإلزامه بدفع تعويض لهذا الأخير عن الأضرار التي لحقت به، في كل حالة يثبت فيها اقتران

(1) في الفقه الفرنسي، انظر على سبيل المثال:

J. Ghestin, op. cit., n° 330, p. 332; ch. Larroumet, op. cit., n° 236, p. 218; J. Carbonnier, op. cit., n° 28, p. 72 ; J. Schmidt, La période précontractuelle en droit française, Art. Préc., p. 547 ; Ph. Lassalle, Art. préc., p. 849

أشار إليها: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 733.

(2) في الفقه العربي، انظر:

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 207. وأيضاً: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 126. وأيضاً: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 127. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 116. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 195. وأيضاً: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 235. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 166. وأيضاً: د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 154. وأيضاً: د. عدنان سرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 93.

(3) د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، بدون تاريخ، ص 216. وأيضاً: د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 105. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 54. وأيضاً: د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 69. وأيضاً: د. ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 198.

العدول أو الانسحاب من المفاوضات أو بطلان العقد بخطأ ارتكبه هذا الطرف، مما نجم عنه ترتيب للضرر المطلوب جبره والتعويض عنه⁽¹⁾.

وتستلزم هذه النظرية لقيام المسؤولية التقصيرية إثبات حصول الخطأ، عبر إقامة الدليل بأن المتفاوض المسؤول قد أخطأ في استعمال حقه في الانسحاب من المفاوضات، بأن قام بقطع مفاجئ غير مسوغ للمرحلة التفاوضية، في الوقت الذي تكون فيه التصرفات الصادرة عنه قد ساهمت في إيجاد اعتقاد مشروع في ذهن الطرف الآخر بقرب تحقيق اتفاق على عناصر العقد المتفاوض عليه ومسائلته، ولا سيما إذا ما كانت المفاوضات قد قطعت شوطاً متقدماً قربت الفرقاء من حافة إبرام العقد، أو نهج في تصرفاته سلوكاً مخالفاً مبدأ حسن النية وما يتطلبه من نزاهة وأمانة وصدق في التعامل الجاري بين الفرقاء في المفاوضة⁽²⁾.

2. تقدير النظرية:

على الرغم من المزايا التي تتميز بها نظرية الخطأ التقصيري في تأسيس المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، إلا أنها لم تسلم هي الأخرى من النقد الذي وجه إليها في بعض المواضع.

أ. المزايا: وأهم مزايا هذه النظرية ما يأتي:

- حازت هذه النظرية على ثقة وتأييد الغالبية العظمى لجمهور الفقه القانوني⁽³⁾ نظراً لعدالتها، وتأكيدها على البديهيات والمسلمات المستقرة لديهم، بأن موضوع التعويض عن الخطأ المرتكب في المرحلة التفاوضية خاضع للأحكام والقواعد التي يخضع لها الخطأ التقصيري بوجه عام.
- تتسم هذه النظرية بسهولة الحل الذي تقدمه لمعالجة مسألة المسؤولية في مرحلة التفاوض، ومرونته وسعة دائرة تطبيقه، بحيث تستوعب كافة الجوانب والمسائل القانونية الناشئة عن المنازعات

(1) د. أحمد أبو ستيت، المرجع السابق، ص94. وأيضاً: د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص87. وأيضاً: د. فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص69. وأيضاً: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص101. وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص180.

(2) د. حسام الأهواني. مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص77. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص55.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص207. وأيضاً: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص151. وأيضاً: د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص66. وأيضاً: د. جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص302. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص70. وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص76. وأيضاً: د. محمد منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص122. وأيضاً: د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص154. وأيضاً: د. عدنان سرحان، د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص9.

التي تنثور في المرحلة السابقة على التعاقد، الأمر الذي أمن لها مكان الصدارة بين النظريات الأخرى في حكم هذه المرحلة⁽¹⁾.

- تحفظ هذه النظرية حرية الأطراف المتفاوضة في تقدير مصالحهم الاقتصادية والتجارية من دون الخوف من قيام المسؤولية على عدم إبرام عقد بنتيجة التفاوض، طالما ظلوا ملتزمين بمبدأ حسن النية، وما يقتضيه من موجبات خلال إجراءات التفاوض، وابتعدوا في إدارة عملية التفاوض، والانسحاب منها عن أي سلوك خاطئ يسبب ضرراً بالطرف الآخر⁽²⁾.

ب. العيوب: وأهم عيوب هذه النظرية ما يأتي:

- يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية على عائق المفاوض صدور خطأ أو تقصير من جانبه خلال مجريات التفاوض على العقد المنشود إبرامه⁽³⁾ وهو ما يشكل إخلالاً بقواعد العدالة والمنطق⁽⁴⁾. إذ إنه إذا ظل المتفاوضان ملتزمين بأصول حسن النية في التفاوض، ولم يتوفر التقصير أو الخطأ في حق المتفاوض المسؤول فلا مجال لقيام المسؤولية قبله عن الأضرار والخسائر التي ألّمت بالمتفاوض مدعي الضرر. كما أن المسؤولية لا تنهض إلا إذا كان هذا الخطأ مستقلاً استقلالاً تاماً عن العدول، ذلك أن أساس المسؤولية لا يكمن في العدول ذاته بل في الخطأ الذي صاحبه⁽⁵⁾. وقد انتقدت فكرة استقلال الخطأ عن العدول، لأنها تحد كثيراً من دور المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات. كما أن فكرة استقلال الخطأ عن العدول لا تتفق مع قواعد المسؤولية التقصيرية؛ لأن عنصر الخطأ فيها يقوم على أساس الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد المحاط بظروف الفاعل الخارجية ذاتها، ومما لا شك فيه أن العدول المفاجئ هو انحراف عن سلوك الرجل المعتاد، والذي يشكل خطأ تقصيرياً تقوم معه المسؤولية التقصيرية⁽⁶⁾.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 736.

(2) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 54. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 55. وأيضاً: د. محمد عبد الجواد، المرجع السابق، ص 66.

(3) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 106. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 55.

(4) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 65.

(5) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 138. وأيضاً: د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص 29. وأيضاً: د. ياسين الجبوري، المرجع السابق، ص 197.

(6) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 300-301. وأيضاً: د. أكرم البدو. د. محمد صديق، المرجع السابق، ص 434.

- يشترط لقيام المسؤولية بحسب هذه النظرية إقامة الدليل على توفر الخطأ المصاحب للعدول والمستقل عنه⁽¹⁾ وهو ما يشكل عبئاً ثقيلاً على كاهل المتفاوض المتضرر، حيث يجب عليه أن يثبت توفر أركان هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية. وهي مهمة شاقة محفوفة بالمخاطر، إذ إن مواراة الباعث الحقيقي أو إخفائه تحت ستار آخر ظاهري من المصلحة الشخصية هو دوماً أمر يسير⁽²⁾، إلا إذا كانت واقعة القطع أو الانسحاب من مجريات التفاوض في ذاتها تعقد المسؤولية التقصيرية قبل فاعلها، وهو أمر يصعب الأخذ به حيث يشكل تساهلاً في تقدير الخطأ التقصيري، وتهديداً للحريات الفردية وعبئاً بالثقة في المعاملات المالية، وانتهاكاً لمبدأ أساسي هو حرية التعاقد، وعدم جواز التوسع في عقد المسؤولية خلال المراحل السابقة على إبرام العقود وتكوينها بالتفاوض عليها⁽³⁾، في حين أن قواعد المسؤولية العقدية تسهل على المتفاوض المتضرر إثبات الخطأ في جانب الطرف الآخر، ومن ثم تضمن له الحصول على تعويض عادل، وبطريقة ميسرة⁽⁴⁾.

- صعوبة التحديد الدقيق للكيفية التي يتم بها التعويض عن الخطأ التقصيري المرتكب في أثناء المفاوضات، لأن حدوده لا تشمل التعويض على الضحية عن إبرام العقد موضوع المفاوضة⁽⁵⁾، فهو ليس بالتعويض الكامل الذي يغطي سائر الفوائد والمزايا التي كان من الممكن تحقيقها فيما لو حصل العقد النهائي بين الطرفين، لكونها تعد من الأضرار غير المباشرة التي لا يعوض عنها، ولانعدام رابطة السببية بينها وبين الخطأ المرتكب. ومن ثم فإن التعويض الذي يستحقه المتفاوض الضحية يقتصر على ما بذله من نفقات اقتضتها مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه، وعلى ما فقده من وقت في سبيل الإعداد ومباشرة التفاوض مع الطرف الآخر، وما أصاب مكانته وسمعته التجارية من ضرر أدبي، إلى جانب تعويضه عن فرصة دخوله في عقد صحيح -إذا ما استجمعت شروطها- سواء أكانت هذه الفرصة مع الطرف المتفاوض نفسه أم مع الغير⁽⁶⁾.

- إن فكرة الطبيعة المادية للمفاوضات تجعل المتفاوض مسؤولاً عن قطعه للمفاوضات، حتى لو كان ناقص الأهلية، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، والتي تجعل ناقص الأهلية مسؤولاً عن خطئه التقصيري. وهو ما لا يمكن التسليم به، فلو فرضنا أن شخصاً ناقص الأهلية قد شارك في مفاوضات أسفرت عن عقد، فإنه يستطيع أن يصل إلى نتيجة انعدام هذا العقد عن طريق

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص207. وأيضاً: د. عبد الحي حجازي، المرجع

السابق، ص151. وأيضاً: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص101.

(2) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص85.

(3) د. محمود جمال زكين مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص139.

(4) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص301. وأيضاً: د. أكرم البدو. د. محمد صديق، المرجع السابق، ص435.

(5) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص66.

J. Schmit, Laperiod precontractuelle en droit francais, Art. prec., p. 554, M. Vanwijck et p. wery., op. cit., n° 11, p. 90

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص739.

الإبطال، من دون أن يسأل عن شيء⁽¹⁾. وتلك نتيجة غريبة غير مقبولة، وكافية بحد ذاتها لاستبعاد فكرة تأسيس المسؤولية التي من الممكن أن تترتب عند الانسحاب من مجريات التفاوض على القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

ثانياً - نظرية الفضالة:

تعود هذه النظرية إلى الفقيه الألماني ثون (Thon)⁽³⁾ الذي انتهى إلى إرساء مسؤولية شبه عقدية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية⁽⁴⁾ وسنعرض فيما يأتي مضمون هذه النظرية، والانتقادات التي وجهت إليها.

1- مضمون النظرية:

يؤسس الفقيه الألماني تون المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المترتبة على المتفاوضين خلال مرحلة التفاوض على فكرة الفضالة، حيث يعدُّ أن الشخص الذي وجهت إليه دعوة للدخول في مفاوضات سابقة لإبرام العقد، شخص فضولي، يقوم بإنجاز عمل لحساب صاحب المبادرة في توجيه هذه الدعوة⁽⁵⁾.

لذلك وجدنا الفقيه ثون يعطي الطرف المتضرر من جراء انتهاء التفاوض بالفشل، حقاً في الرجوع على الطرف المتسبب بالفشل، لاسترداد كافة المصاريف التي تكبدها في سبيل الإعداد والتحضير للعقد المنشود وتكون دعوى التعويض في هذه الحالة هي دعوى الفضالة. بحسبان أن النفقات التي تكبدها في سبيل إبرام العقد، كان قد أنفقها تحقيقاً للمصلحة المشتركة للطرفين، فهو وإن كان يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه يحقق في الوقت ذاته مصلحة الطرف الآخر، ومن ثمَّ يحق له استرداد المصروفات التي أنفقها لمصلحة هذا الأخير⁽⁶⁾.

ومن ثمَّ فإن اتجاه الفقيه ثون صوب فكرة الفضالة لإقامة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض يعني ضمناً ابتعاده بهذه المسؤولية عن منطقة العقد، لتشكل بنظره مسؤولية شبه عقدية، تخضع بحسب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي للأحكام ذاتها التي تخضع لها المسؤولية التقصيرية⁽⁷⁾.

(1) وذلك طبعاً فيما عدا التزامه بأن يرد ما عاد عليه من المنفعة بسبب نفي العقد، المادة (143) مدني سوري، والمادة (142) مدني مصري، وهو ما لا يتحقق هنا فرضاً. د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 74.

(2) المرجع السابق، ذات الموضوع

(3) THON, Die hftpflicht des offerenten bei wiederruf seiner offerte, dans "Archivfuer die zivilistische praxis", t. 80, 1893, p. 93 ets.

(4) انظر في شرح هذه النظرية: د. جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132، الهامش. وأيضاً: د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص 304.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 741.

(6) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 240.

(7) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132 في الهامش.

2- تقدير النظرية:

تعرضت نظرية الفضالة التي أتى بها الفقيه الألماني ثون لعدة مآخذ يمكن إجمالها بما يأتي:

أ- تقوم فكرة الفضالة على جهل صاحب العمل بإدارة شؤون أعماله، في حين أن عملية التفاوض تقوم على اتفاق بين الطرفين على العمل السابق على قيام العقد النهائي المطلوب إبرامه⁽¹⁾.

ب- يقوم الفصولي بإنجاز عمل عاجل لمصلحة صاحب العمل⁽²⁾، بينما في المفاوضات يظل المتفاوض محتفظاً بحريته المطلقة في إبرام العقد النهائي لأطول فترة ممكنة، بانتظار ما قد تسفر عنه عملية التفاوض من نجاح أو فشل في تحقيق أهدافه من عملية التعاقد، والتي لأجلها سيبرم العقد⁽³⁾.

ج- كما يؤخذ على نظرية الفضالة الانتقادات ذاتها التي أخذت على نظرية الوكالة، فيما يتعلق بتعارض الأهداف والمصالح المعقودة بين الطرفين. حيث إنه وإن كانت المصالح والأهداف المراد تحقيقها لدى الطرفين منسجمة ومتوافقة مع بعضها في الفضالة، إلا أنها ليست كذلك في عملية التفاوض على العقد المقترح إبرامه، والتي تمتاز بتضارب المصالح وتقاطعها بين الأطراف المتفاوضة⁽⁴⁾.

الفقرة 3- نظريات المسؤولية الموضوعية (اللاخطئية):

إلى جانب النظريات الفقهية السابقة التي جعلت أساس المسؤولية الناشئة في فترة المفاوضات إما مسؤولية عقدية وإما مسؤولية تقصيرية، ظهرت نظريات أخرى تحاول إرساء مسؤولية موضوعية من نوع خاص على المسؤولية الناشئة في فترة التفاوض. تتمثل الأولى بنظرية الفقيه الألماني فاجيلا Fagella والثانية بنظرية الفقيه الألماني وينشهيد Windcheid وسنتناول هاتين النظريتين فيما يأتي:

أولاً- نظرية فاجيلا Fagella:

تعد النظرية التي صاغها الفقيه الألماني فاجيلا Gabriele Fagella من أولى النظريات التي تعرضت بصورة مباشرة للبحث في الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية⁽⁵⁾ وهي نظرية مستمدة من نظرية "الخطأ عند إبرام العقد" التي نادى بها الفقيه الألماني إيهرنج، إلا أنها تضيف عليها بعض الخصائص والمميزات التي لم تكن تتميز بها النظرية الأصلية.

(1) د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 100.

(2) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 240.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 742.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 743.

(5) Gabriele Fagella, Deiperiodi precontrattuali e della loro vera ded asatta costruzione scientifica, dans; studi giuridici in onore di carlo fadda (Naples, 1906), vol. III, p. 271 ets.

انظر في عرض هذه النظرية بالفقه العربي: د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها. وأيضاً:

د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 47 وما بعدها وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 242 وما بعدها.

فقد تناول فاجيلا الفترة السابقة على التعاقد بشكل دقيق ومعَمَّق، مفرقاً بين مرحلة التفاوض على العقد بغرض التمهيد لإبرامه من جهة أولى، ومرحلة إبرام العقد من جهة ثانية، محاولاً إبراز الخصائص والأهداف المنشودة من كل مرحلة، وبيان قيمتها القانونية وما يترتب عليها من آثار قانونية⁽¹⁾ وهو ما سنتناوله فيما يأتي:

1. مضمون النظرية:

يفرق فاجيلا داخل المرحلة التفاوضية السابقة لإبرام العقد بين ثلاث مراحل أساسية، وهي المرحلة التمهيدية في المفاوضات، ومرحلة صياغة الإيجاب، ومرحلة تصدير الإيجاب. يحتفظ بها كل طرف بحريته التعاقدية، والتي تخوله إمكانية الانسحاب أو الرجوع في أي مرحلة، طالما أن العقد المنشود لم ينعقد بعد. بحيث تتعدّد مسؤولية الطرف الذي أساء استعمال حرية التعاقد، بالانسحاب بصورة تخالف ميثاق الضمان القانوني⁽²⁾. هذا الميثاق الذي يفرض على عاتق الأطراف التزام مراعاة قواعد العدالة وحسن النية في التعامل. والذي يؤسسه فاجيلا على وجود رضا تبادلي بين الأطراف صريح أو ضمني - على الدخول في الفترة قبل العقدية⁽³⁾.

أ. تحديد المراحل السابقة على التعاقد:

رأينا أن فاجيلا يقسم الفترة السابقة على التعاقد إلى ثلاث مراحل هي: المرحلة التمهيدية في المفاوضات، ومرحلة صياغة الإيجاب، ومرحلة تصدير الإيجاب.

المرحلة الأولى: المرحلة التمهيدية في المفاوضات

إن مرحلة التفاوض على العقد المطلوب إبرامه قد تستغرق فترة زمنية أطول من الفترة التي تستلزمها المراحل الأخرى. وقد يقع خلال هذه المرحلة اتفاقات جزئية متعاقبة، تفنقر لأي قيمة قانونية بمعزل عن العقد المنشود تحقيقه، بحسبانها محكومة بالهدف الذي ترمي إليه، وهو التمهيد والتحضير لبلوغ العقد النهائي. لذلك يرى فاجيلا أن هذه الاتفاقات المتلاحقة لا تلزم أطراف العلاقة التفاوضية بأي شيء، ولا حتى وجوب متابعة السير في مرحلة التفاوض، على نحو لا يحول دون إمكانية استعمال الحق في الرجوع أو العدول عنها⁽⁴⁾، ومن ثمّ فإنه طالما لم يعرض على المتفاوض مشروع

(1) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص78. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص242.

R. Saleilles, Art. préc., p. 706

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص745.

(3) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص ص47-48. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص243. وأيضاً: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص105.

(4) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص49. وأيضاً: د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص78.

عقد نهائي، فإنه يظل متمتعاً بكامل حريته في العدول، حيث يستطيع أن يرجع في الصباح عما أقره في المساء، وأن يبادر بطرح عروض ومقترحات مختلفة تماماً عما تمّ الاتفاق عليه في السابق⁽¹⁾.

المرحلة الثانية: مرحلة صياغة الإيجاب

إن الهدف المقصود من هذه المرحلة هو محاولة جمع المسائل التي التقت إرادات الأطراف حولها، وصياغتها في مشروع للعقد النهائي، ومن ثمّ توجيهها إلى الطرف الآخر بشكل إيجاب أو عرض نهائي جازم بالعقد الذي كان مداراً لعملية التفاوض⁽²⁾.

ومن ثمّ فهي مرحلة وسطى بين المرحلة التمهيديّة والمرحلة النهائيّة، تكون فيها إرادة الأطراف المتفاوضة قد دخلت الحيز القانوني، وتم التعبير عنها في صورة إيجاب قاطع، على نحو ينعقد به العقد النهائي إذا صادفه قبول مطابق من الطرف الآخر⁽³⁾.

المرحلة الثالثة: مرحلة تصدير الإيجاب

تعدّ مرحلة تصدير الإيجاب المرحلة الأخيرة باتجاه إبرام العقد النهائي المنشود، حيث يقوم الطرف الذي اضطلع بمهمة إعداد إيجاب مشروع العقد النهائي وصياغته، بعرض هذا الإيجاب على الطرف الآخر، فإذا ما صدر من هذا الأخير قبول مطابق، فإن هذا الأمر يعد كافياً حتى يتحقق للعقد المطلوب وجوده القانوني⁽⁴⁾.

ب. الآثار القانونية للانسحاب في المراحل السابقة على التعاقد:

يرى الفقيه فاجيلا أن كل مرحلة من المراحل السابقة على إبرام العقد النهائي، وإن كانت مختلفة في أهدافها وغاياتها، إلا أنها تتميز بقيمة قانونية حقيقية لا يمكن نكرانها، وينجم عنها آثار قانونية معينة. حيث إن مجرد البدء في المفاوضات ينشأ بين الأطراف المتفاوضة واقع يتميز بقيمة وحماية قانونية، فالمفاوضات بنظره ليست مجرد مشروع في الهواء، أو مجرد أعمال مادية فاقدة للصفة الإلزامية وخارجة عن دائرة القانون⁽⁵⁾.

وقد عمد فاجيلا إلى تقسيم الآثار القانونية الناشئة عن الانسحاب، أو العدول عن التفاوض إلى نوعين: آثار سلبية وأخرى إيجابية⁽⁶⁾، حيث يُبقي الفقيه فاجيلا كل طرف من الأطراف حراً في

(1) Saleilles, Art. préc., p. 706 ets.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص. 746.

(2) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص. 78.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص. 746.

(4) Saleilles, Art. préc., p. 710

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص. 747.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص. 747.

(6) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص. 50.

الانسحاب من المفاوضة، وفي رفض إتمام التعاقد النهائي⁽¹⁾، إلا أنه يقيد بالمقابل ممارسة هذا الحق أو هذه الحرية في حال اقتران العرض الذي تقدم به أحد الأطراف بقبول مطابق من المفاوض الآخر. حيث إنه منذ هذه اللحظة يتحقق العقد المطلوب، على نحو لا يتبقى معه لأي من الطرفين عقب ذلك أي حق في الانسحاب أو العدول عن التعاقد.

ويضيف الفقيه فاجيلا بأنه في الفرض المقابل، أي في حال عدم صدور قبول ومن ثمّ عدم انعقاد العقد، فإن كل طرف يملك حقاً في الانسحاب أو العدول عن التفاوض. وإن الأخذ بغير ذلك، حتى وإن كان بناءً على نص في القانون، يؤدي إلى تغليب كفة طرف على طرف آخر، ويكرس التحكم والاستبداد القانوني بين الأطراف المتعاقدة⁽²⁾.

وبالنتيجة يعقد الفقيه فاجيلا مسؤولية الطرف الذي يقوم بالانسحاب أو العدول في أي مرحلة من المراحل السابقة على التعاقد. إلا إنه يربط أثراً وقيمة قانونية مختلفةً عليها بحسب درجتها المتقدمة، وبحسب ما تبعته وتولده كل مرحلة من ثقة مشروعة. ومن ثمّ فإن درجة المسؤولية تختلف بحسب الثقة القائمة لدى الأطراف الساعية إلى التعاقد، وبحسب المرحلة التي يوجدون فيها لحظة القطع أو الانسحاب⁽³⁾، وقد أوضح فاجيلا شروط نشوء هذه المسؤولية وأساسها ونطاقها.

(1) شروط نشوء المسؤولية:

رأينا أن عملية التفاوض يجب أن تتم في أجواء من النزاهة والأمانة، وبما ينسجم مع مقتضيات حسن النية في التعامل بين الأفراد، والابتعاد عن قطع هذه العملية بصورة تعسفية ومباغثة⁽⁴⁾.

ويكون قطع المفاوضات تعسفياً لدى الفقيه الإيطالي فاجيلا في حال كان هذا القطع أو الانسحاب غير مستند إلى اعتبارات موضوعية، أو مصالح اقتصادية وتجارية تسوغ مثل هذا الانسحاب⁽⁵⁾، فقد ضمن فاجيلا لكل طرف من الأطراف الساعية إلى التعاقد كامل الحرية في الانسحاب أو العدول عن التعاقد بأي مرحلة من المراحل السابقة على إبرام التعاقد النهائي، استناداً إلى حريتها وحققها في إبرام أفضل الصفقات التجارية التي تحقق مصالحها المشروعة.

أما في حال توظيف هذه الحرية التعاقدية في غير هدفها وغايتها الأساسية، على نحو تم فيه الانسحاب من مجريات التفاوض لأسباب وأهواء شخصية، فإن الانسحاب الحاصل في هذا الفرض يعدّ انسحاباً تعسفياً غير مشروع، ومن ثمّ تتعدّد المسؤولية على فاعله⁽⁶⁾.

(1) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 80-81.

(2) Saleilles, Art. préc., p. 713.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 748.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 748.

(4) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 50.

(5) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 81.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 749.

(2) أساس نشوء المسؤولية:

رأينا أن مسؤولية الطرف المنسحب من التفاوض تتعقد في حال كان الانسحاب غير مشروع أو مسوغ، لانتهاء التقاطع في تحقيق المصالح الاقتصادية أو التجارية بين أطراف العلاقة التفاوضية. ومن ثم فإن مسؤولية الطرف المنسحب في نظر فاجيلا لا تعتمد على الخطأ الناجم عن عدم تنفيذ اتفاقية ضمنية⁽¹⁾ وإنما تجد أساسها في فكرة ميثاق الضمان القانوني الذي بموجبه يلتزم أطراف التفاوض بالعمل وفق مبادئ حسن النية والعدالة. فهذه الحماية أو الضمانة تعد ضماناً قانونية وليست ضماناً عقدية أو اتفاقية⁽²⁾، وهو ما يعني أن المسؤولية عند فاجيلا تعد نوعاً من تحمل التبعة بموجب القانون المستند إلى العدالة، ويترتب على واقعة إرادية تتمثل بعدم إبرام العقد، على نحو يقع فيه على أطراف التفاوض مخاطر عدم إبرام العقد الذي تراضيا على ضمانها⁽³⁾.

(3) نطاق المسؤولية:

رأينا أنه يُحظر على الأطراف المتفاوضة الانسحاب من المفاوضات بصورة تعسفية، وإلا أضحي الطرف المنسحب مسؤولاً عن تعويض الطرف الآخر عن النفقات والمصروفات التي تكبدها هذا الأخير عقب انطلاق هذه المرحلة، نظراً لقيام علاقة سببية مباشرة بين هذه النفقات والمصروفات، وبين قبول الطرف المنسحب بالدخول في المفاوضات⁽⁴⁾.

ومن ثم فإنه يخرج عن دائرة التعويض المصروفات والنفقات التي تكبدها الطرف الآخر قبل البدء بالعملية التفاوضية، وذلك عائد بطبيعة الحال إلى انقطاع علاقة السببية المباشرة بين تلك المصروفات والنفقات المبذولة، وبين رضا الدخول في التفاوض⁽⁵⁾.

كذلك فإن فاجيلا يقصي من دائرة التعويض في المرحلة التفاوضية مسألة الربح الفائت من الصفقة التي لم تعقد. ويقصي أيضاً مسألة التعويض عن فقدان الفرصة. حيث إن فاجيلا قد ضمن لكل من الأطراف حرية عقدية كاملة في إمكانية العدول والانسحاب من المفاوضات لاختيار أفضل الصفقات الربحية وأكثرها تميزاً، من دون أن تقوم أي مسؤولية في حق الطرف المنسحب، كونه ذهب إلى تغليب مصلحته الاقتصادية⁽⁶⁾، أما في حال قبل المتفاوض معه تقديم العرض ذاته الذي طرحه

(1) Saleilles, Art. préc., pp. 724-725

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص751.

(2) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص82.

(3) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص51.

Saleilles, Art. préc., pp. 725-726

(4) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص86.

(5) Saleilles, Art. préc., p. 721

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص752.

(6) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص88.

الطرف الأجنبي، وبالمزايا والفوائد ذاتها التي يتضمنها، وعقب ذلك عاد وانسحب من المفاوضات دون سبب مشروع يسوغ مثل هذا الانسحاب، فإنه في هذا الفرض يسأل عن تعويض المفاوض الآخر عن فقدان الفرصة التي عزف عن الدخول فيها بسببه⁽¹⁾.

وإن مقدار التعويض عن الأضرار التي ألّمت بالمفاوض معه يتصاعد لدى فاجيلا مع تقدم المرحلة التي تمّ فيها الانسحاب، نظراً لاختلاف درجة الثقة المشروعة الموجودة بين الأطراف المتفاوضة لحظة وقوع الانسحاب أو العدول⁽²⁾.

ومن ثمّ فإن دائرة مسؤولية الطرف المنسحب عن تعويض الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر، في مرحلة صياغة الإيجاب النهائي تتسع لتغطي إلى جانب التعويض عن المصروفات والنفقات المبذولة في سبيل إعداد البحوث والدراسات التي تستلزمها مرحلة التفاوض، التعويض أيضاً عن فقدان الفرص الضائعة في حال غياب ما يؤسس لهذا الانسحاب من اعتبارات أو مصالح اقتصادية أو تجارية مسوغة⁽³⁾.

أما في حال تم توجيه العرض بمشروع العقد النهائي وتصديره إلى الطرف الآخر، فإنه من شأن هذا الأمر زيادة درجة الثقة والطمأنينة عند هذا الأخير. فإذا ما انسحب ذلك الطرف من العرض الذي قام بتوجيهه - على فرض لم يقترن بقبول مطابق يؤدي إلى انعقاد العقد - فإنه وإن كانت مسؤوليته في هذه المرحلة - كما في المرحلة الأولى والثانية - لا تنحصر في نفقات التفاوض، بل تمتد أيضاً لتشمل التعويض عن فقدان الفرص الضائعة. إلا أن المهم والجوهري في الأمر أن التعويض عن الانسحاب في مرحلة تصدير الإيجاب، لا يتوقف على مدى عدّ الانسحاب هنا تعسفياً وغير مسوغ (فكرة الخطأ) أم غير تعسفي مسوغ. حيث إن الانسحاب في المرحلة الثالثة والأخيرة من المراحل السابقة على التعاقد، حتى لو كان انسحاباً مسوغاً ومشروعاً فإنه يستلزم التعويض عنه⁽⁴⁾.

ومن ثمّ فإنه وفقاً لهذه النظرية، فإن الانسحاب التعسفي من المرحلة التفاوضية الأولى والثانية، هو أساس المسؤولية. في حين إن الانسحاب من المرحلة الأخيرة أي بعد تصدير الإيجاب يعقد المسؤولية، ولو كان الانسحاب مستنداً لمسوغ موضوعي مشروع (فكرة تحمل التبعة)⁽⁵⁾، على الرغم من تعارض ذلك مع الحرية في عدم إتمام الصفقة أو عدم الإجبار على إتمامها في جميع مراحل

(1) Saleilles, Art. préc., pp. 222-223

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص752.

(2) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص52.

(3) Saleilles, Art. préc., pp. 727-728

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص753.

(4) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص52. وأيضاً: د رجب كريم، المرجع السابق، ص256.

Saleilles, Art. préc., p. 729 ets., pp. 733-734

(5) للمزيد من التفصيل حول هذه النظرية راجع: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص761 وما بعدها.

التفاوضية، وإن المناط في قيام المسؤولية عن الانسحاب والعدول عن الصفقة المنشودة مرهون بالخروج عن مبدأ حسن النية، وما يتطلبه من أمانة ونزاهة في التعامل⁽¹⁾.

لذا فإن المخرج هو أن يعدّ الانسحاب أو العدول عن الصفقة في هذه المراحل الأخيرة يمثل في ذاته إخلالاً غير مسوغ بالثقة المشروعة، وانسحاباً تعسفياً بصرف النظر عن مسوغاته التي استند إليها، أو أنها تمثل خطأ وانحرافاً عن مسلك الرجل العادي. وإخلالاً بالأمانة والنزاهة التي تقتضيها حسن النية في التعامل بين الفرقاء في المراحل السابقة على إبرام العقود وتكوينها. بحيث إنه من غير المقبول العدول عن الصفقة لمسوغات كانت موجودة تحت نظر المتفاوضين، قبل صياغة الإيجاب في شكله النهائي، بينما العدول المستند إلى مسوغات جديدة وسائغة ومشروعة يكون مقبولاً، ولا تتعد به المسؤولية لعدم إخلاله بالثقة المشروعة في التعامل⁽²⁾.

2. تقدير نظرية فاجيلا Fagella:

على الرغم من الدور الأساسي والمهم الذي كان لنظرية الفقيه الإيطالي فاجيلا في تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض على العقد، إلا أنها لم تسلم بدورها من النقد الشديد الذي أصابها بأكثر من جانب. أ. مزايا النظرية:

سجلت نظرية فاجيلا Fagella تقدماً ملحوظاً على النظريات التي نادى بها الفقه الألماني، ولعل أهم ما يميّز هذه النظرية يتمثل فيما يأتي:

(1) عدّ فاجيلا أن مجرد الدخول في عملية تفاوض، ينشأ بين الأطراف مركز قانوني خاص يضع على عاتق كل طرف التزامات حقيقية وليست مجرد واجبات عامة⁽³⁾ بمعنى أن الدخول في المفاوضات، وإن كان لا يصادر الحرية التعاقدية العائدة لكل طرف في إبرام العقد أو عدم إبرامه، إلا أنه يشكل مركزاً قانونياً يفرض على الأطراف المتفاوضة التزامات بمراعاة حسن النية ومبادئ النزاهة والأمانة والجدية⁽⁴⁾.

(2) لم يلجأ فاجيلا إلى تحديد مضمون الالتزام باليقظة عند التعاقد، بل لجأ إلى تحديد مضمون الالتزام بالضمان القانوني في المرحلة التفاوضية، عندما عقد مسؤولية الطرف المنسحب من

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 507 وما بعدها.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 754.

(3) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 82. وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 54. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 257.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 755.

المفاوضات في حال عدم وجود تعارض في المصالح الاقتصادية التي يسعى كل طرف متفاوض إلى تحقيقها⁽¹⁾.

(3) جعل فاجيلا من امتلاك كل من الأطراف الحرية التعاقدية الكاملة المبدأ الأساسي والمسيطر، وما نشوء المسؤولية إلا استثناء، على نحو أعطى فيه كل طرف إمكانية الانسحاب أو العدول طالما وجد مسوغاً اقتصادياً، وهو ما ينسجم مع ضرورات الحياة الاقتصادية الحديثة⁽²⁾.

(4) عمد فاجيلا إلى التوسع في نطاق التعويض بحسب المرحلة التي يوجد عندها الأطراف لحظة القطع، ودرجة الثقة المشروعة التي تكونت عندهم في هذه اللحظة. فهو لم يربط التعويض بالمصلحة السلبية وحدها في كافة مراحل التفاوض كما فعل الفقيه إيهرنج، بل توقف بشكل أساسي عند الضرر المباشر الذي تقوم بينه وبين فعل التفاوض علاقة سببية فعلية⁽³⁾. ومن ثم فإن التعويض ينحصر في الأضرار الواقعة التي سببها الانسحاب التعسفي من التفاوض، وهو ما من شأنه أن يجعل من إقامة المسؤولية في حالة توافق تام من جهة وجوب احترام حسن النية والنزاهة في التفاوض، ومن جهة تكريس مبدأ الحرية العقدية الكاملة التي تراعي ما قد يكون للأطراف المتفاوضة من مصالح اقتصادية مشروعة مسوغة لمثل هذا الانسحاب أو العدول⁽⁴⁾.

ب. عيوب النظرية:

على الرغم من المزايا التي تميزت بها نظرية الفقيه الإيطالي فاجيلا إلا أنها لم تسلم بدورها من النقد، ولعل من أهم ما أخذ على هذه النظرية ما يأتي:

(1) إن تقسيم الفترة السابقة على التعاقد لثلاث مراحل، وترتيب آثار مختلفة لكل منها، هو تقسيم مغاير للحقيقة ولا ينسجم مع الواقع العملي، ومن شأنه إثارة مشكلات وصعوبات عملية عديدة. وهذا ما نجده مثلاً في عقود الإذعان بالنسبة إلى المرحلة الأولى المتمثلة بالتفاوض والتباحث وتبادل العروض والمقترحات المتعددة والمختلفة، حيث رأينا سابقاً أن هذه العقود تتميز بأقول أي دور تفاوضي يتعلق بتحديد مضمونها وشروط إبرامها⁽⁵⁾.

كما أن المرحلة الوسطى التي تتمثل بصياغة إيجاب نهائي لمشروع العقد تكاد تغيب عن الكثير من العقود⁽⁶⁾، حيث إن مرحلة صياغة الإيجاب تشكل هدفاً تسعى الأطراف المتفاوضة إلى تحقيقه،

(1) Coherier, Th. Prec., p. 106

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 755.

(2) Coherier, Th. Prec., p. 106

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 756.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 755.

(4) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 55.

Saleilles, Art. préc., p. 107

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 757.

(6) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 258.

وهو ما يعني أن هذه المرحلة تدخل في مرحلة التفاوض، والقول بغير ذلك يكون من شأنه أن يضع على عاتق الطرف المتضرر مهمة تعيين المرحلة التي حدثت فيها عملية الانسحاب، نظراً لاختلاف النتائج المترتبة على كل مرحلة، كما يتطلب من القضاء البحث في حال كانت العناصر والشروط الجوهرية للعقد المطلوب قد تم تعيينها أم لا، وذلك بالرجوع إلى النية الحقيقية الموجودة عند تلك الأطراف لاستظهار ذلك، وهو ليس بالأمر الهين الخالي من المشقة⁽¹⁾

(2) إن اعتماد فاجيلا على المصلحة الاقتصادية للفرقة بين الانسحاب التعسفي وغير التعسفي من مرحلة التفاوض، هو معيار غير منضبط، ويدفع القاضي إلى البحث عن النية الحقيقية للمتفاوض الذي قام بعملية الانسحاب، نتيجةً لصعوبة تحديد مدلول المصلحة الاقتصادية التي سوغت لهذا الأخير إحجامه عن مواصلة المفاوضات⁽²⁾، كما أن اعتماد معيار المصلحة الاقتصادية قد يسمح للطرف المنسحب لأسباب شخصية بأن يدعي أن الانسحاب كان لأسباب اقتصادية، وهو أمر باستطاعته دائماً⁽³⁾ من خلال طرح عروض ومقترحات مغالٍ بها، أو ميؤوس من قبولها ومؤكدة الرفض أو أن يواصل رفض العروض المطروحة عليه بحجة عدم تلبيتها لمصلحته الاقتصادية، وهو ما يعني في نهاية المطاف زوال مسؤوليته⁽⁴⁾

(3) إن نظرية فاجيلا مثلها مثل نظرية الفقيه إيهرنج تقوم على فكرة وهمية، حيث تعقد نظرية فاجيلا المسؤولية الموضوعية في مرحلة التفاوض على أساس قيام فكرة الضمان القانوني، الذي يوجد بمجرد موافقة الطرفين على إجراء المفاوضات. وهي ضمانات قانونية وليست تعاقدية، حيث إن القانون يفترض مراعاة ما تقتضيه قواعد حسن النية والعدالة والثقة المشروعة في التعامل، على الرغم من أن مصدر هذه الضمانة وأساسها إرادة الشخص ورضاه بالتفاوض لإبرام العقد، وهو ما من شأنه أن يجعل من هذه الضمانة فكرةً تشكل خطراً حقيقياً مفروضاً بموجب القانون⁽⁵⁾، كما يجعلها فكرة تناقض نفسها، ففي حين يعد فاجيلا هذه الضمانة ضمانات قانونية، يعود ليؤسسها على تراضي الطرفين على الدخول

(1) Coherier, Th. Prec., p. 28, ets; p. 103

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 757.

(2) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 85. وأيضاً: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 108.

Saieilles, Art. préc., p. 736; Coherier, Th. Prec., p. 107

(3) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 85. وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 56. وأيضاً:

د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 108.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 758.

(5) Saieilles, Art. préc., p. 726; Coherier, Th. Prec., p. 105

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 759.

في التفاوض، بما من شأنه أن يجعل هذه الضمانة ضماناً اتفاقية، حيث إن الضمان القانوني لا يوجد إلا بناءً على نص قانوني صريح دون حاجة إلى اتفاق الأطراف عليه⁽¹⁾.

(4) التناقض بين الحرية التعاقدية في كل مراحل المفاوضة، وبين انعقاد المسؤولية في حال الانسحاب أو العدول عن الصفقة في المرحلة الأخيرة للتفاوض، أي بعد صياغة الإيجاب النهائي الذي أسفرت عنه المفاوضة، وتصديره إلى الطرف الآخر، بصرف النظر عن مسوغات العدول. أي سواء كان هذا العدول مسوغاً أم غير مسوغ. وهو ما يعني أن هذه النظرية تأخذ باليسار ما تمنحه باليمين، الأمر الذي يشكل خرقاً للتقاليد التجارية والأمانة والعدالة في المعاملات والعلاقات التجارية⁽²⁾.

(5) إن المسؤولية التي قال بها الفقيه الإيطالي فاجيلا تقوم بالحقيقة على فكرة الخطأ، وليست فكرة تحمل التبعية أو الضمان القانوني، فبمجرد تبادل الطرفين الرضا على الدخول في عملية تفاوض على العقد المقترح إبرامه بينهما، ينشأ على عاتق كل طرف مفاوض التزام بوجوب التعامل بحسن نية، وفقاً لقواعد العدالة والأمانة والثقة المشروعة في التعامل مع الغير، والتي تتضمن عدم الانسحاب من العملية التفاوضية أو قطعها إلا استناداً إلى اعتبارات موضوعية أو مصالح اقتصادية أو تجارية مسوغة، وإلا عدّ المتفاوض متعسفاً، ومن ثمّ انعقدت مسؤوليته، وفي كل ذلك رجوع إلى فكرة الخطأ التي يرفضها الفقيه فاجيلا. وما فكرة تحمل التبعية أو الضمان الاجتماعي إلا بمثابة فكرة وهمية مصطنعة⁽³⁾.

ثانياً - نظرية تحمل الخطر العقدي:

أمام الانتقادات التي تعرضت لها نظريات الخطأ التعاقدية لتأسيس المسؤولية قبل التعاقدية، فقد اتجه بعض الفقه الألماني إلى إيجاد أساس آخر لهذه المسؤولية. فكان على أثر ذلك أن ظهرت نظرية تحمل الخطر العقدي التي نادى بها الفقيه الألماني وينتشيد (Windcheid)⁽⁴⁾، وسنتعرض فيما يأتي لمضمون هذه النظرية، ولتقديرها بنظر الفقهاء.

(1) وإذا كان فاجيلا يعترف أن التفاوض لا ينعقد بين الطرفين إلا برضاها الصريح أو الضمني، وأنه بسبب هذا الرضاء ينشأ على عاتقهما التزام حقيقي بالتفاوض بحسن نية، أي التزام بمواصلة التفاوض وعدم الانسحاب منه دون سبب موضوعي، فإن ذلك يعني أن ثمة اتفاق بين الطرفين -صريح أو ضمني- على التفاوض، وهذا الاتفاق يكفي بذاته لتأسيس المسؤولية عن الانسحاب من المفاوضة، ولا داع لافتراض وجود ضمان قانوني لتأسيس هذه المسؤولية. د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 259-260.

(2) Saleilles, Art. préc., pp. 742-743

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص. 760.

(3) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص. 58.

Cohierier, Th. Prec., p. 105

(4) Windscheid, -wille (und) willenser klarung Archiv fur die zivilis- tischen praxis, t, 63, 1880, p. 72 ets.

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص. 761.

1. مضمون النظرية:

تقوم هذه النظرية على عقد مسؤولية الطرف الساعي إلى التعاقد عن الأضرار الناشئة عن نشاطه التقاوضي، على نحو يكفي فيه حدوث الضرر وثبوته من أجل الحكم بالتعويض، حتى لو لم يكن الطرف المسؤول واقعاً في الخطأ⁽¹⁾.

وبمعنى آخر أدق فإن الأصل العام الذي تقرره نظرية تحمل الخطر العقدي⁽²⁾ أنها تضع على عاتق الطرف الذي يأخذ زمام المبادرة في الدخول في عملية التمهيد والتحضير لإبرام عقد، مسؤولية التعويض عن الأضرار التي قد تصيب الطرف الآخر، أو حتى الغير في حال عدم تحقق قيام العقد أو بطلانه، دون الالتفات إلى الأسباب التي حالت دون قيامه، حتى وإن كانت هذه الأسباب مجهولة وغير معروفة من قبل الطرف المسؤول. حيث إن النشاط العقدي يتضمن للقائمين به أخطاراً متعددة تحيط به، ومن ثم يكفي وقوع الضرر ليكون الطرف البادئ بالنشاط دائماً مسؤولاً عن تعويضه⁽³⁾. فنكون بذلك أمام نظام موضوعي للمسؤولية، يكفي فيه تحقق الضرر كي ينشأ موجب التعويض، فلا ضرورة للتحري عن خطأ ما⁽⁴⁾.

إلا أن الأمر الذي يخفف من وطأة نظرية تحمل الخطر العقدي، أنها فتحت طريقاً استثنائياً أمام الطرف المسؤول عن تعويض الضرر الواقع للتحلل من هذه المسؤولية، إذا ما قام هذا الأخير بإثبات خطأ الطرف الآخر الذي أدى إلى وقوع الضرر المشكو منه⁽⁵⁾.

ويبدو للوهلة الأولى بأن نظرية تحمل الخطر العقدي التي أتى بها وينتسهد لا تبتعد كثيراً عن نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي قال بها إيهرنج، إلا أن هذا التقارب بين النظريتين لا يخفي ما بينهما من فوارق على مستوى الأساس القانوني للمسؤولية الناشئة عن بطلان العقد، وعلى مستوى عبء الإثبات.

فعلى مستوى الأساس القانوني للمسؤولية الناشئة عن بطلان العقد، فإن نظرية إيهرنج تقيم المسؤولية على أساس الإخلال بالالتزام باليقظة والعناية عند التعاقد، ومن ثم ضمان صحة التصرف،

(1) في شرح هذه النظرية باللغة العربية، انظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132 الهامش. وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 44. وأيضاً: د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص 303. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص 3-4 وفي اللغة الفرنسية، انظر:

Coherier, Th. Prec., n° 32-33, p. 75 ets.

(2) أُطلق على هذه النظرية أيضاً تسمية نظرية التبعة العقدية (Risque contractuel) انظر: د. جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132 الهامش.

(3) المرجع السابق، ذات الموضع.

(4) د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 96.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 762.

وهي مسؤولية عقدية أساسها العقد الباطل ذاته. أما نظرية وينتشيده فهي تقيم مسؤولية الطرف صاحب المبادرة في إجراء التعاقد عن تبعة النشاط العقدي ومخاطره، وهو ما يعني أنها تجعل من مسؤولية ذلك الطرف مسؤولية مادية، وليست بالمسؤولية العقدية⁽¹⁾.

أما على مستوى عبء الإثبات فإنه وفقاً لنظرية إيهرنج فإنه يشترط لقيام مسؤولية الطرف المخل بالتزام اليقظة عند التعاقد، إثبات الطرف المدعي لحدوث هذا الإخلال، إلى جانب إثباته للضرر الواقع، والعلاقة السببية بين الضرر والإخلال بالالتزام، أما في إطار نظرية وينتشيده فإنه يكفي لانعقاد مسؤولية صاحب المبادرة بالتعاقد أن يقوم المدعي بإثبات ما لحق به من ضرر فقط، دون حاجة إلى إثبات إخلال من جانب المدعى عليه⁽²⁾.

2. تقدير نظرية تحمل الخطر العقدي:

على الرغم من مزايا سهولة إثبات الضرر، والانسجام في تحمل المسؤولية التي تتميز بها نظرية تحمل الخطر العقدي، إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات، ويمكن تلخيص مزايا هذه النظرية وعيوبها بما يأتي:

أ. مزايا النظرية:

من أهم ما تتميز به نظرية تحمل الخطر العقدي ما يأتي:

(1) سهولة إثبات الضرر اللازم لانعقاد المسؤولية:

يكفي لانعقاد مسؤولية الطرف المدعى عليه بحسب نظرية وينتشيده أن يثبت الطرف الآخر وقوع الضرر له بمناسبة النشاط العقدي الذي أقدم عليه الطرف صاحب المبادرة بالتعاقد، دون ضرورة لقيام المتضرر بإثبات إخلال المسؤول بالتزامه باليقظة وبذل العناية اللازمة في سبيل التعاقد⁽³⁾، ولا شك أن المستفيد الأكبر من تطبيق هذه النظرية في مرحلة المفاوضات قبل العقدية هو الطرف المتضرر⁽⁴⁾.

(2) تحقيق الانسجام في تحمل المسؤولية:

إن الاكتفاء بمجرد إثبات الطرف المتضرر للضرر الذي أصابه للحصول على تعويض عادل عنه، يساعد بتوفير حماية قانونية فعالة ومؤثرة لصالح الطرف المتضرر، ولا سيما في الأحوال التي يستحيل أو يصعب فيها إقامة الدليل على وقوع خطأ من جانب الطرف صاحب المبادرة بالتعاقد. وإن

(1) د رجب كريم، المرجع السابق، ص234.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص132، الهامش. وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص44.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص132، الهامش. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص7. وأيضاً: د. نزيه المهدي، المرجع السابق، ص403.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص765.

كانت هذه النظرية قد أتاحت لهذا الطرف الأخير التوصل من المسؤولية عن ذلك التعويض، في حال نجح في إقامة الدليل بأن الضرر الذي أصاب الطرف المتضرر ناشئ عن خطأ المتضرر نفسه⁽¹⁾.

ب. عيوب النظرية:

على الرغم من المزايا السابقة التي تميزت بها نظرية تحمل الخطر العقدي، إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات، ومن أهم ما أخذ عليها ما يأتي:

(1) إن هذه النظرية لم تكشف النقاب عن مضمون الالتزامات التي يتعين على الأطراف المتفاوضة واجب النهوض بها خلال المرحلة التفاوضية⁽²⁾. كما أن هذه النظرية لم تبين طبيعة المسؤولية الناشئة في فترة ما قبل التعاقد أو نوعها، لكونها مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية⁽³⁾.

(2) إن هذه النظرية قد أخطأت عندما رتبت المسؤولية على عاتق صاحب المبادرة بالتعاقد⁽⁴⁾ كونه يعد الطرف العارض، في الوقت الذي يمكن فيه تبادل الأدوار بين طرفي التفاوض، بحيث يصدر الإيجاب النهائي من قبل الطرف الذي تلقى مبادرة التعاقد.

(3) كما أن هذه النظرية غير عادلة⁽⁵⁾ فهي حصرت دائرة وقوع الضرر على الطرف المتلقي للعرض على الرغم من أنه قد يكون هو الطرف الذي قام بقطع المرحلة التفاوضية، ومن ثم توقف العلاقة عند حدود هذه المرحلة.

(4) إن تطبيق هذه النظرية يكون من شأنه إعاقة مسيرة التعامل التجاري، والتقليص من عمليات إبرام الصفقات التجارية⁽⁶⁾ لأنه يتسبب في شعور الطرفين بمغبة الدخول في علاقة تفاوضية. كما أنه قد يتعذر تطبيق هذه النظرية في الدول التي تعتمد مبدأ المنافسة الحرة⁽⁷⁾.

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص132، الهامش. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص7.

(2) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص46.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص132 الهامش. وأيضاً: د. فايز شاهين، المرجع السابق، ص7.

(4) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص46. وأيضاً: د. فايز شاهين، المرجع السابق، ص4.

Coherier, Th. Prec., p. 94

(5) د. فايز شاهين، المرجع السابق، ص4.

Coherier, Th. Prec., p. 94

(6) فالتسليم بالمسؤولية الموضوعية على أساس الخطر فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الشيء يعود لاعتبارات عملية، وأهمها تحسين وضع الضحية التي تجد غالباً استحالة في إثبات خطأ مسبب الحادث، ولكن بالنسبة للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات فإن اعتبارات اقتصادية تقود إلى عدم الأخذ بهذه النظرية. د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص98.

(7) د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص7.

Coherier, Th. Prec., pp. 78-79

(5) إن تحميل الشخص صاحب المبادرة بإجراء تفاوض المسؤولية دائماً عن عدم إتمام الصفقة، يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية المسيطر على مرحلة المفاوضات قبل العقدية، فطبقاً لهذا المبدأ فإن الفرد يظل محتفظاً بكامل حريته خلال التفاوض على العقد فهو غير ملزم بإبرام عقد بنتيجة هذه المفاوضات⁽¹⁾

(6) تمتد هذه النظرية لتشمل سائر المرحلة قبل العقدية كلاً واحداً، ومن ثم فإنها لم تعمل على وضع حد فاصل بين مشكلة التعويض عن قطع مرحلة المفاوضات قبل العقدية، ومشكلة التعويض عن بطلان العقد. وهي بهذا تكون قد فصلت المسؤولية عن أسبابها (أسباب قطع المفاوضات)⁽²⁾.

المطلب الثاني: النظرية الراجعة في تحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض:

يميل الفقه الفرنسي، ومعه الفقه المصري والسوري والأردني والجزائري، إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية إزاء أي ضرر يصيب أحد المتفاوضين من جراء قطع أو إنهاء المفاوضات العقدية من دون سبب مشروع⁽³⁾، فطالما لا يوجد التزام عقدي بالدخول في المفاوضات ومتابعتها، فإنه لا يجوز عدّ الأمر من المسؤولية العقدية⁽⁴⁾.

أما في حال إبرام الطرفين في أثناء عملية المفاوضات لبعض الاتفاقات المبدئية لتنظيم عملية التفاوض ذاتها، ولتحديد الالتزامات الملقة على عاتق كل منهم، كما هي الحال في رسائل النوايا، وتعهدات الشرف ورسائل المساندة، وخطابات الثقة أو الراحة، ومذكرات التفاهم واتفاقات المبادئ، إلى سواها من الاتفاقات المبدئية⁽⁵⁾، وتوافر العناصر الأساسية للعقد في هذه الوثائق والمستندات، فإن الإخلال بها يرتب بالضرورة المسؤولية العقدية، وليس المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار⁽⁶⁾.

(1) د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص77. وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص101. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص55. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص197.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص768.

(3) د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، ج1 (ط6/2008)، وج2 (ط4/2007)، ص ص68-69.

(4) د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص201 وما بعدها. وأيضاً: د. عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2006، ص383 وما بعدها. ويستحسن في مفاوضات العقود الدولية عدم اللجوء إلى القوانين الوطنية التي قد تصطدم أحياناً مع قواعد وأحكام ومعطيات التجارة الدولية. د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص154 الهامش.

(5) انظر للتفصيل حول هذه الاتفاقات: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص225-402.

(6) إن المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات في مرحلة ما قبل العقد، بسوء نية أو دون سبب جدي أو بدون مسوغ مشروع، فإنها تكون حكماً مسؤولية تقصيرية. أما إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه التعاقدى بالتفاوض، وترتب على ذلك أن باعت مفاوضات العقد بالفشل، مما عاد بالضرر على الطرف الآخر، فإنه

ويسري الحكم ذاته على الإخلال بالتفاوض بحسن نية، الوارد في الاتفاق المبدئي حيث يترتب الإخلال به مسؤولية عقدية.⁽¹⁾

ومن هنا، نستطيع القول أن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية، كلما كانت المفاوضات جارية ضمن إطار تعاقدى، بحيث يترتب على الخروج عنها، وإلحاق الضرر بالنتيجة بالطرف الآخر، نشوء المسؤولية العقدية⁽²⁾.

وقد تكون هذه المسؤولية تقصيرية، في حال كانت المفاوضات تجري بمعزل عن أي تنظيم اتفاقي⁽³⁾ بحسبان أن حرية التفاوض في العدول عن التعاقد ليست بحرية مطلقة⁽⁴⁾ بل هي مرهونة باحترام مقتضيات حسن النية، وتتوفر مسوغات مشروعة تقوم على أسباب اقتصادية أو تجارية، وبعدم التعسف في استعمال هذا الحق⁽⁵⁾، حيث إن الداعي إلى التعاقد يخلق لدى الطرف الآخر ثقة مشروعة بالمتابعة والجدية والاستمرار، لا يُقبل معها القطع أو الانسحاب المفاجئ وغير المشروع للمفاوضة⁽⁶⁾.

ويبقى أن نشير بأن الخطأ المرتكب في أثناء التفاوض قد يؤدي في بعض الأحيان إلى قيام مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية في آن واحد، وغني عن البيان عدم إمكانية الجمع بين المسؤوليتين، بحسبان أن الهدف من قيام المسؤولية هو جبر الضرر الذي حدث للمتضرر فقط، وليس الإثراء على حساب المسؤول، وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة⁽⁷⁾.

أما فيما يتعلق بإمكانية الخيار بين المسؤوليتين، فإننا نستخلص عدم إمكانية ذلك أيضاً، إلا في حال كان الخطأ المرتكب في مرحلة التفاوض يشكل جريمة أو خطأ جسيماً، فهنا يكون بمقدور المتفاوض المتضرر أن يفاضل بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، وفقاً لما تقضي إليه مصلحته⁽⁸⁾.

يكون عندئذ مسؤولاً مسؤولية عقدية لإخلاله باتفاق التفاوض والتزاماته. د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 155 الهامش.

(1) J. Schmidt, La période précontractuelle en droit française, R.T.D. comp, 1990,2, p545 ets, Négociation et conclusion de contrats, p. 103 ets

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 808.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(4) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 27. د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع

السابق، ص 20. د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 15. د. فتحي عبد الرحيم،

المرجع السابق، ص 28. د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 19. د. عاطف النقيب،

نظرية العقد، المرجع السابق، ص 61. د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص 94.

(5) د. فواز صالح، المرجع السابق، ص 125. وأيضاً: د. أنس عبد المهدي فريحات، الذي انتهى إلى أن نظرية

التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة، ذات كيان ذاتي خارج حقل المسؤولية التقصيرية، ولا تعتبر صورة من

صور الخطأ التقصيري، المرجع السابق، ص 827-842.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 818.

(7) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 844.

(8) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 847.

المبحث الثاني

أحكام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

رأينا أن المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية، كلما كانت المفاوضات جارية ضمن إطار تعاقدية، وقد تكون هذه المسؤولية تقصيرية، في حال كانت المفاوضات تجري بمعزل عن أي تنظيم اتفاقي.

ولا تترتب المسؤولية عن قطع المفاوضات إلا في حال وجود خطأ سبب ضرراً للطرف الآخر، سواء كان هذا الضرر مادياً أم أدبياً، وأياً كان أساس هذه المسؤولية، فإن قيامها لا يتحقق إلا إذا اكتملت عناصرها الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية⁽¹⁾.

ولا يشترط لقيام المسؤولية عن العدول في التفاوض على العقد، ثبوت قصد العادل في الإضرار بالطرف الآخر المتفاوض، بل يكفي أن يقترب العدول بخطأ، أو تقصير أو تعسف أو إساءة، أو ضياع حق مالي أو أدبي في الأفكار السرية التي تم إفشاؤها أو استغلالها بدون إذن، إلى غير ذلك من الأفعال الخاطئة، كالإساءة إلى السمعة التجارية، أو الإخلال بمبدأ الثقة التعاقدية خلال مرحلة المفاوضات⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى، فإن وجود اتفاق التفاوض مهما كانت صورته، يترتب على عائق طرفيه التزامات تعاقدية، فإذا لم يرق أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته، كقطع المفاوضات دون سبب جدي، أو الإخلال بالالتزام بالإعلام أو إفشاء الأسرار الفنية والتقنية،...، فإنه يعدُّ عندئذ مسؤولاً مسؤولية عقدية لإخلاله باتفاق التفاوض والالتزامات المترتبة عليه⁽³⁾.

وستحدث فيما يأتي عن أركان المسؤولية في مرحلة التفاوض من خلال مطلب أول، لننتقل بعد ذلك للحديث عن أثر انعقاد المسؤولية في مرحلة التفاوض من خلال مطلب ثان.

المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض:

تقوم المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية على ثلاثة أركان. وأول هذه الأركان هو الخطأ أي الفعل المنتج للضرر المشكو منه، والثاني هو الضرر الذي ينتج عن الخطأ، والثالث هو علاقة السببية بين الفعل الضار الذي وقع والضرر الذي حصل.

(1) د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 178.

(2) وقد توسع الفقه والقضاء في فرنسا فيما يعد خطأ في مرحلة التفاوض على العقد، عندما اعتبر الدخول غير الأمين في المفاوضات، أو عدم توفر نية جادة في التعاقد، أو اتخاذ قرار انفرادي مفاجئ بقطعها فعلاً استناداً إلى حجج واهية دون مبرر مشروع، يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية التي تقرها المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي. انظر: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها.

(3) د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 116 وما بعدها.

الفقرة-1- الخطأ:

اختلفت الآراء في تحديد مفهوم الخطأ المنشئ للمسؤولية، وقد حصلت العديد من المحاولات الفقهية لتحديد هذا المفهوم، ولتحديد المعايير التي يقوم عليه خلال مرحلة التفاوض على العقد. أولاً- مفهوم الخطأ:

لم تتطرق معظم التشريعات إلى تعريف الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية، حيث لم يُعرّف ركن الخطأ في التشريعات العربية سوى التشريع التونسي والتشريع المغربي بالقول إن: ((إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار))⁽¹⁾ لذلك حاول الفقه تحديد المقصود بالخطأ ووضع تعريف قانوني له، فذهب بعض الفقه إلى تعريفه بأنه ((العمل الضار المخالف للقانون))، وإن كان يؤخذ على هذا التعريف أنه مبهم⁽²⁾ كما ذهب بعضهم الآخر إلى أن ((الإخلال بالنقطة المشروعة)) وهو ما وصف أيضاً بالغموض⁽³⁾.

ويتبنى قسم ثالث التعريف الذي أورده الفقيه الفرنسي بلانيول بأنه ((الإخلال بالتزام سابق))، وإن كان هذا التعريف يثير الخلاف حول المقصود بالتزام الذي يعد الإخلال به من قبيل الخطأ الموجب للمسؤولية⁽⁴⁾.

وفي ضوء المحاولات السابقة، وما نصت عليه التشريعات المدنية بشأن الخطأ، قال بعض الفقهاء إن الخطأ هو الانحراف المقصود أو غير المقصود عن السلوك المعتاد في تنفيذ إحدى الواجبات التي تجد مصدرها في إحدى القواعد السائدة في المجتمع (قواعد القانون وما تمليه الأعراف والعادات السائدة في التعامل) الذي سبب ضرراً للغير، ملزماً صاحبه بالتعويض على الضحية⁽⁵⁾. وهو ما يلتقي مع ما ورد في أحكام القضاء السوري والمصري والفرنسي بأن الانحراف عن السلوك المعتاد، وما يرتبط به من وجوب التزام التبصر والحذر واليقظة حرصاً على عدم الإضرار بالغير بغير سبب أو مقتضى مشروع، يؤدي إلى قيام ركن الخطأ الذي تقوم على أساسه المسؤولية التقصيرية⁽⁶⁾.

(1) انظر المادة (3/830) من مجلة الالتزامات والعقود التونسي، والمادة (3/78) من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(2) د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص253.

(3) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص854.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص855.

(6) نقض مدني سوري قرار 634/1982، ج 1 إلى ج 9 استانبولي، ونقض مدني سوري قرار 686/1983، م .

القانون 1983 اصدار 07 و 08 وأيضاً: نقض مدني، 6 مارس 1987، المجموعة، س 29 رقم 134،

ص686. ونقض مدني 19 ديسمبر 1985، المجموعة، رقم 236، ص1147 أشار إليهم: د. أنس عبد

المهدي فريحات، المرجع السابق، ص856 في الهامش.

ومهما كان من أمر فإن الخطأ التقصيري المرتكب في أثناء عملية التفاوض، يتمثل بخطأ المتفاوض في استعمال حريته التي كفلها له القانون في التفاوض على ما يشاء من عقود، وإخلاله بأحد الالتزامات السائدة في المرحلة التفاوضية، التي تقتضيها اعتبارات حسن النية والصدق والشفافية والثقة المشروعة في التعامل مع الطرف الآخر⁽¹⁾.

1. وصف الخطأ الناشئ عن المفاوضة:

يقصد بوصف الخطأ الناشئ عن المفاوضة أنه في حال كان يشترط لوصف السلوك أو التصرف الصادر عن المتفاوض خلال المرحلة التفاوضية على أنه خطأ أن تكون لديه نية للإضرار، أو أن يكون الخطأ على درجة معينة من الجسامة أو أن يكون واضحاً.

وينعقد الإجماع الفقهي⁽²⁾ والقضائي⁽³⁾ على أنه لا يشترط لقيام مسؤولية المتفاوض عن الفعل الضار أن يكون قد تعمّد إلحاق الضرر بالمتفاوض الآخر، بل أن هذه المسؤولية تقوم حتى لو كان ذلك الضرر قد وقع نتيجة إهمال أو قلة احتراز أو عدم تبصّر لديه، بعد أن يكون قد خلق لدى الطرف الآخر أملاً مشروعاً بإنشاء العقد⁽⁴⁾ كما لا يشترط لقيام هذه المسؤولية أن يكون الخطأ على درجة معينة من الجسامة، فإن الخطأ وإن كان طفيفاً أو بسيطاً فإنه يولد المسؤولية بمجرد حصول خرق للالتزام العناية والتبصر والحيلة اللازمة، مما نجم عنه إحداث ضرر بشخص المتفاوض معه، ويعطيه الحق في المطالبة بالتعويض⁽⁵⁾.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 858.

(2) د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 57. وأيضاً: د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 196. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص 10. وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 770.

J. Ghestin, art. Prec, n3, P15; Ph. Le trouneau, op. cit, p21; F. Terre et Ph. Simler et V Lequette, op. cit., n° 177, p. 168

(3) فقد أثّرت مسألة نية الإضرار في بعض قرارات القضاء الفرنسي بأن قطع المفاوضات ليس خطأ ما لم تكن لدى المتفاوض الذي قطعها نية الإضرار بالمتفاوض الآخر. بيد أن محكمة النقض الفرنسية مالت إلى عدم اشتراط نية الأضرار لتكييف قطع المفاوضات على أنه خطأ وقالت في هذا الشأن إن الخطأ في نطاق المسؤولية لا يشترط فيه أن يكون موصوفاً بنية الإضرار، لذلك ليست ثمة ما يسوغ أن يكون الخطأ مصحوباً بهذه النية إذا تعلق بالمفاوضات العقدية.

Civ, 1, 3 oct, 1972, bull, n 491. P. 359; Civ, 12 Avr, 1976, B, 11, n122

(4) وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي يتطلب وجود نية الإضرار لتكييف قطع المفاوضات على أنه خطأ. انظر: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 152

(5) د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 237. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 197. وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 771.

وأيضاً فإنه لا فرق فيما يتعلق بقيام المسؤولية عن الخطأ التقصيري في المفاوضات، أن يتخذ انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف والمعتاد خلال مجريات المفاوضات مظهراً إيجابياً أو مظهراً سلبياً، ذلك أن الفعل السلبي يعدّ عملاً غير مشروع، ويشغل مسؤولية صاحبه إذا كان هناك التزام قانوني أو اتفاقي، أو حتى في المجال المهني بمقتضى متطلبات الموضوعية⁽¹⁾.

بالمقابل فإنه يشترط أن يكون الخطأ المرتكب في المرحلة التفاوضية واضحاً وصريحاً لا يقبل المناقشة فيه⁽²⁾، خشية المساس بالحرية التعاقدية السائدة في هذه المرحلة، وعدم جواز التوسع في عقد المسؤولية المدنية فيها. ومن ثمّ فإنه يجب التأكد من توفر الظروف والاعتبارات التي تؤسس لنشوء مسؤولية عن الخطأ الواضح أو البين⁽³⁾ المرتكب في المفاوضات⁽⁴⁾.

2. معيار الخطأ في المفاوضة:

رأينا أن الخطأ هو الانحراف عن السلوك المعتاد والمألوف للرجل العادي الذي تنكر لالتزام حسن النية، لذلك فإنه من الضروري تحديد المعيار الذي يتم على أساسه تقدير هذا السلوك. وقد ذهب الفقه في تحديد هذا المعيار إلى معيار ذاتي يرجع إلى السلوك المعتاد للشخص ذاته، وإلى معيار موضوعي يرجع فيه إلى السلوك المألوف للشخص المعتاد⁽⁵⁾.

-
- (1) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص546. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص301. وأيضاً: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص194. وأيضاً: د. غنى طه، المرجع السابق، ص444-445 والأحكام التي ذكرها في الهامش.
- (2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص140. وأيضاً: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص154. وأيضاً: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص182. وأيضاً: د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص94. وأيضاً: د. أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، 2008، المجلد 5، العدد 1، ص188.

(3) ولا شك في أن اشتراط الخطأ الواضح أو البين الذي لا جدال فيه يتعلق بإثبات حدوث الخطأ في المفاوضات، وليس بجسامته.

- (4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص861.
- (5) انظر في شرح هذه المعايير تفصيلاً: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص132 وما بعدها. وأيضاً: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -1- في الالتزامات، المجلد الأول، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة، ص189 وما بعدها. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007، ص252.

أ- المعيار الشخصي (الذاتي):

يقوم هذا المعيار على السلوك الذاتي للشخص المراد نسبة الخطأ إليه، لتحديد ما يعد سلوكاً مألوفاً للتمكن من تقدير الخطأ. وبذلك فإنه لا يعدُّ من قبيل الخطأ إلا ما كان خروجاً عن السلوك المعتاد للشخص ذاته استناداً إلى ظروفه الشخصية، ومدى إمكانه تجنب القيام بالفعل الذي يترتب عليه الإضرار بالغير⁽¹⁾.

وبموجب هذا المعيار فإنه يترتب على القاضي، عند بحثه بتوقُّر الخطأ أن يرصد السلوك المعتاد للمتفاوض، وأن يراعي ظروفه الشخصية من مستوى الذكاء والخبرة والحالة النفسية، والوضع الاجتماعي والثقافي، ليقرر إذا ما كان المتفاوض قد تحلى بالدراية التي يتحلى بها عادةً، أم أنه أهمل ما اعتاد بذله من حيطة وحذر في شؤون نفسه أو في تعاملاته مع الغير، فيكون بذلك مخطئاً في إهماله، وغير محترز في تصرفه⁽²⁾.

ب- المعيار الموضوعي (المجرد):

على النقيض من المعيار السابق، فقد اتجه الفقه⁽³⁾ والقضاء إلى تبني المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ، والذي يقوم على أساس السلوك المعتاد للشخص العادي، بوصفه شخصاً من أواسط الناس، ليس شديد الحرص واليقظة، ولا مهملاً متكاسلاً. وهو ما يقتضي التوقف عند الدرجة الوسطى التي تتجلى بسلوك الشخص العادي في تبصره وتعقله وحصافته ويقظته، فيكون تعيين الالتزامات القانونية انطلاقاً منه، فيؤلف سلوكه وفي ظل الظروف المحيطة به المعيار الموضوعي لتقدير الفعل الضار في ضوئه.

وبناءً على كل ما تقدم، فإنه يبدو من الواضح أن المتفاوض يعدُّ مرتكباً لخطأ إذا ما خرج في سلوكه وتصرفاته الصادرة خلال فترة التفاوض أو عند انتهائها بالفشل عن السلوك المألوف الذي كان سيتبعه المتفاوض العادي في مثل الظروف التي وجد فيها المتفاوض المدعى عليه⁽⁴⁾. ومن ثَمَّ فإنه يتوجب على القاضي عند تقدير الخطأ سنداً للمعيار الموضوعي، التحري عن مواصفات المتفاوض العادي المتبصر في أعماله ومميزاته، والحذر في تصرفاته والممتنع عن

(1) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص542. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق،

ص300. وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص363.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص862.

(3) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص214. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده،

المرجع السابق، ص544. وأيضاً: د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص371. وأيضاً:

د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص509. وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة

للاتزام، المرجع السابق، ص364. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص57.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص864.

الإضرار بالغير، والمحاط بالظروف ذاتها التي يحاط بها المدعى عليه، ليقبس عليها التصرفات الصادرة عن المدعى عليه⁽¹⁾.

ولا يتم النظر عند تقدير الخطأ إلى الظروف الخاصة بشخص المتفاوض المرتكب للفعل الضار، وإنما يتم النظر إلى الظروف الظاهرة، حيث إن هذه الظروف هي وحدها التي تكون منظورة من المتفاوض المتضرر، والتي يرتب سلوكه على أساسها، كظرف التخصص، حيث يصبح المعيار في هذا الظرف هو السلوك العادي لمتفاوض من طبقة المحترفين أو المتخصصين في هذا النوع من المفاوضات⁽²⁾.

والخلاصة أن معيار قياس الخطأ المرتكب في المرحلة التفاوضية المفضية إلى التعاقد هو معيار الرجل المعتاد والسلوك المألوف، وما ينتظر من حيطة من أوساط الفئة التي ينتمي إليها المتفاوض، مع مراعاة الالتزامات القانونية التي يفرضها القانون في حالات معينة⁽³⁾.

3. أبرز صور الخطأ التقصيري في التفاوض:

لا شك أن صور الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية التي من الممكن أن ترتكب خلال مرحلة التفاوض، هي كثيرة ومتعددة، ولا يمكن حصرها بفئة معينة. فبقدر ما تتنوع أساليب المفاوضات على العقد وطرق، تتنوع أيضاً صور الإخلال بالمبدأ العام لحسن النية المهيمن على المفاوضة. وقد تطرقنا فيما سبق لبعض صور الخطأ في مرحلة التفاوض في أثناء التحدث عن مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض، بدءاً بالتزام الجدية في التفاوض وعدم قطعه من دون سبب مشروع، مروراً بالتزام المحافظة على سرية المعلومات، والتزام الإدلاء بالمعلومات والاستعلام قبل التعاقد، وانتهاءً بالتزام عدم إجراء مفاوضات موازية، والتزام التعاون وحماية حياة المتفاوض الآخر وصحته. ونستعرض فيما يأتي بعض الصور الأخرى للخطأ في مرحلة التفاوض، كما بحال التفاوض على حق مملوك للغير، وبحال رشوة الطرف المناب في مباشرة التفاوض.

(1) j. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, art. près, n° 9, p. 52

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 864.

(2) راجع بشأن أثر الصفة المهنية في مسؤولية قاطع المفاوضات: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 671 وما بعدها. والصفحة 84 وما بعدها من هذا البحث. وراجع أيضاً بشأن التخفيف من وجب الاستعلام والتحري، ص 121 وما بعدها من ذات البحث.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 865.

أ- التفاوض على حق مملوك للغير:

يعدُّ تملك البائع للحق المبيع من القواعد المنطقية والبديّهيات القانونية، إذ لا يمكن لفاقد الشيء أن يعطيه، ولا يمكن للإنسان أن يعطي الغير أكثر مما يملك، وإلا وقع البيع قابلاً للإبطال⁽¹⁾ لمصلحة المشتري متى ورد على عين معينة بالذات، ولا أثر للبيع هنا بالنسبة إلى المالك الحقيقي إلا إذا أقره⁽²⁾. وبناءً على ذلك فإن التفاوض الذي يقوم بالدخول في عملية تفاوضية مع شخص آخر، من دون أن يكون مالكاً للحق موضوع العقد محل التفاوض⁽³⁾، أو متأكداً من تحوله إليه قبل تحقق إبرام العقد المنشود، عُدَّ مخطئاً⁽⁴⁾ وحق للمتفاوض الآخر أن يرجع عليه بالتعويض عن الأضرار والخسائر التي ألّمت به من جراء ذلك، مستنداً في دعواه إلى قواعد المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾، بشرط أن يكون المتفاوض المدعي حسن النية، أي لا يعلم بأن الشيء محل التفاوض مملوك لشخص آخر غير المتفاوض معه؛ لأن هذا العلم يحول دون ادعائه بضرر أصابه بسبب ذلك. ولا يهم إذا كان جهل المدعي ناتجاً من تقصير من جانبه⁽⁶⁾.

ويثبت حق الرجوع بالتعويض أيضاً ولو كان المتفاوض المتسبب بحدوث الضرر حسن النية، أي يجهل أنه يتفاوض بملك غيره، كونه تسبب بتقصيره في معرفة ما له من حقوق، وبمدى وجودها في إلحاق أضرار بالمتفاوض معه⁽⁷⁾.

(1) نص المادة (434) من القانون المدني السوري، والمادة (1599) مدني فرنسي، والمادة (466) مدني مصري، والمادة (385) موجبات وعقود لبناني.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1960، ص288. وأيضاً: د. أنور سلطان، العقود المسماة، المرجع السابق، ص327. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص111. وأيضاً: د. خميس خضر، المرجع السابق، ص295. وانظر تفصيلاً: د. عبد الرحمن جمعه، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان 1998.

(3) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص83.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص876.

(5) J. Schmidt, op. cit., n° 22, p. 112

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص876.

(6) أما إذا كان المتفاوض يعلم أن الشيء موضوع العقد المتفاوض عليه في حال تم إبرامه غير مملوك للبائع، فهذا لا يتصور أن ضرراً قد أصابه من إبطال البيع، فيقر حقه في المطالبة بالثمن، دون التعويض. بل ودون مصروفات البيع التي يكون قد أنفقها في نظر بعض الفقهاء. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، المرجع السابق، ص291. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص114. وأيضاً: د. عبد الرحمن جمعة، المرجع السابق، ص257.

(7) وذلك قياساً على صراحة المادة (436) من القانون المدني السوري، والمادة (468) من القانون المدني المصري بأن سوء نية البائع أو حسنها لا أثر له على ثبوت حق المشتري في التعويض. أما في القانون اللبناني

كما يثبت حق الرجوع بالتعويض سواء انتهت المرحلة التفاوضية بالفشل في بلوغ غايتها، أو بالنجاح في تحقيق اتفاق نهائي على عناصر العقد المطلوب وأركانه، ثم تقرر عقب ذلك بطلانه أو فسخه لصالح المتفاوض المتضرر⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في منازعة تتصل بقيام مالك قطعة أرض على الشيوع بالتفاوض من أجل بيعها لشخص آخر، وعند اقتراب إتمام التعاقد يفاجئ المشتري بأن هذا البائع ليس إلا مالكاً على الشيوع، وأن أحد شركائه في الأرض يرفض بيع حصته فيها، مما أدى إلى إلزام القضاء بتعويضه، دون النظر إلى ما أبداه المدعى عليه من دفع متمثل بعدم قيام نية سيئة لديه تقصد الأضرار بالتفاوض المدعي بالتعويض. إلا أن محكمة النقض قد أخذت على قضاة الأساس عدم التفاتهم لهذا الدفع قبل إلزام المتفاوض المخطئ بالتعويض، مما استوجب نقض الحكم الصادر في هذه الدعوى⁽²⁾.

ب - رشوة الطرف المناب في مباشرة التفاوض:

يقصد بالرشوة في هذا المقام الرشوة التي تقع في أثناء التفاوض على العقد المقترح، حيث إن شراء المتفاوض وإفساده بطريق الرشوة هي أحد الأمور المتوقعة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، التي قد تحدث من وقت لآخر، وهي عادةً ما تختلط بالعمولات⁽³⁾.

وللتوفيق بين أحكام القانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية في هذا الموضوع، يرى بعض الفقهاء⁽⁴⁾ أن رشوة أحد الأطراف في الفترة السابقة على التعاقد يمكن أن تؤدي إلى إبطال العقد، وحصول المتضرر على تعويض طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية سنداً للحيل التدليسية، أو تطبيقاً لقاعدة عامة تقضي بأن الغش يفسد التصرفات⁽⁵⁾.

فإنه يشترط لرجوع المشتري على البائع بالتعويض أن يكون الأخير سيء النية، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (385) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 877.

(2) Cass. Civ, 21 avr. 1976. RTD. Civ, 1977, P. 127

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 877.

(3) د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 85. وأيضاً: د. أحمد رفعت خفاجي، رشوة مفاوضي العقود الدولية في التشريع العقابي المصري ((العمولات))، مجلة المحاماة، ع 1-2، ص 66، ص 38 وما بعدها.

(4) د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 85 ص 86-87. وقارن: د. أحمد خفاجي، الذي يرى أن ((العقد الدولي يظل صحيحاً على الرغم من رشوة المتفاوض، فليس هناك سبب يمكن التمسك به لبطلان مثل هذا العقد طالما أن خيانة المفاوض تمت في الفترة السابقة على إبرام العقد))، المرجع السابق، ص 40.

(5) د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 83. ويميز بعض الفقهاء بين التدليس والغش، بحسبان أن التدليس هو الخديعة التي تصاحب تكوين العقد، وتدفع إلى التعاقد، في حين أن الغش هو الخديعة التي تقع في تنفيذ

ويضيف بعض الفقهاء⁽¹⁾ أن إفساد المتفاوض عن طريق رشوته، يقيم أيضاً مسؤولية المتفاوض الراشي التقصيرية، ويلزمه بالتعويض عن الضرر الأدبي عن المساس بسمعة الجهة التي تمّ إفساد موظفيها برشوتهم، حتى لو لم يقدّم المتفاوض المرتشي بدور حاسم ومؤثر في قرار الجهة التي يمثلها بالتعاقد⁽²⁾ حيث إن واقعة الرشوة بحد ذاتها، وإن لم ينجم عنها تدليس مؤثر يعرض العقد للإبطال، إلا أنها تعدّ مناهضة لمبدأ حسن النية في المرحلة التفاوضية، وما يقتضيه من موجبات الأمانة والصدق والشفافية والثقة في التعامل بين الأفراد، مما يربط مسؤولية المتفاوض الراشي عن خطئه التقصيري⁽³⁾. وتطبيقاً لذلك يستطيع المتفاوض ضحية التواطؤ الواقع ما بين المرتشي المناب والمفاوض الراشي، المطالبة بإبطال التعاقد المبرم مع هذا الأخير⁽⁴⁾. وهو ما قضت به محكمة النقض السورية عندما قررت في أحد قراراتها: ((أن التدليس يجعل العقد قابلاً للإبطال من جراء الغلط الذي يولده في نفس المتعاقد بصورة تحمله على التعاقد عملاً بالمادة (126) مدني، وإن عناصر التدليس تتحقق باستعمال الطرق الاحتمالية للتأثير على إرادة الغير بقصد التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع. ويكفي أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق وخدعه للحصول على توقيع العقد بأية وسيلة تؤثر في نفس المتعاقد))⁽⁵⁾ وهو ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية عندما أفادت بأن ((قاعدة الغش تبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توفره في التعاقدات والتصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات... ويستقل قاضي الموضوع باستخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى دون رقابة عليه من محكمة النقض ما دامت الوقائع تسمح به))⁽⁶⁾.

العقد بعد تمام انعقاده، أو تقع في أمر آخر خارج نطاق العقد، ومن ثمّ فإن الغش لا يعدّ عيباً من عيوب الإرادة، وتأثيره على العقد يختلف من حالة إلى أخرى. د. فواز صالح، المرجع السابق، ص219.

- (1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص884.
- (2) ولا شك في أن مسؤولية بيت الخبرة أو وكيل المفاوض الذي قبل الرشوة وخان الأمانة تتعدّد إلى جانب مسؤولية المفاوض الراشي قبل المتفاوض المتضرر، بتعويضه عما لحقه من أضرار مادية أو معنوية أو كلاهما معاً. انظر: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص884.
- (3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص884.
- (4) هناك من يرى أن التصرف يبطل في مثل هذه الحالة حتى ((ولو لم تتوفر شروط الإبطال للتدليس)) د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص87. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص581. والواقع أن هذا الرأي محل نقاش وغير مسلم به، إذ كيف يمكن القضاء ببطلان العقد رغم عدم تحقق شروط الإبطال للتدليس.

(5) نقض مدني سوري، قرار 215/1962 أساس 40، ج 1 إلى ج 9 استانبولي، رقم مرجعية حمورابي 28164.

(6) نقض مدني مصري، 9 فبراير 1956، المجموعة س 7، رقم 23، ص168. وأيضاً: نقض مدني مصري، 21 مايو 1979، المجموعة س 30، رقم 258، ص399.

الفقرة-2- الضرر:

تتفق كافة النظم القانونية على الضرر كونه عنصراً من عناصر المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، سواء أكانت هذه المسؤولية تقصيرية أم عقدية⁽¹⁾، إذ إنه لا يعتد بالخطأ المرتكب في مرحلة التفاوض إلا إذا كان هنالك ضرر، كما لا يعتد بالضرر إذا لم يكن هنالك خطأ⁽²⁾، فعدم وجود الضرر ينفي وجود المسؤولية مهما كان قطع المفاوضات فجائياً وغير مسوغ⁽³⁾. وسنتحدث فيما يأتي عن أنواع الضرر، ومن ثمّ ننقل للحديث عن الخصائص والشروط الواجب توفرها في كل نوع منها.

أولاً- أنواع الضرر:

قد يصيب الضرر المتفاوض في كيانه المالي، فيكون تأثيره في ذمته المالية، وما تحتويه من عناصر أو يرتد إليها من مصالح، أو يصيبه في كيانه المعنوي، فيكون تأثيره في النفس وما يكمن فيها من أحاسيس أو من شعور بالمكانة والاعتبار⁽⁴⁾

1- الضرر المادي:

ويطلق عليه الضرر المالي أو الاقتصادي⁽⁵⁾؛ لأنه ذو قيمة مادية داخلية ضمن الذمة المالية للشخص المتضرر فينقص منها أو يعدمها، كما يمس أيضاً بممتلكاته فيعطبها أو يغتصبها أو يحول بينه وبين استعمالها أو استغلالها واستثمارها⁽⁶⁾. ويتخذ الضرر المادي في المجال التفاوضي أشكالاً متعددة ومتنوعة، فقد يتمثل فيما تكبده المتفاوض الآخر من نفقات وأجور سفر وإقامة. وكذلك النفقات التي تم بذلها في سبيل الإعداد

أشار إليها: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 885.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 888.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 135. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 328. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 404.

(3) د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص 4.

(4) د. محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية (دراسة مقارنة)، دمشق، الطبعة الأولى، 1995، ص 620 وما بعدها. وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 512. وأيضاً: د. أمجد منصور، التعويض عن الضرر الادبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية، المجلة العربية للدراسات الامنية والتدريب، مجلد 20، ع 39، فبراير 2005، ص 288-289.

(5) د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 396.

(6) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، المرجع السابق، ص 165. وأيضاً: د. أمجد منصور، المرجع السابق، ص 51.

والتحضير الجيد لعملية التفاوض، كدراسة جدوى الاتفاق من الناحية الاقتصادية، والحصول على استشارات فنية وقانونية.

كما قد يتمثل الضرر المادي في المفاوضات التعاقدية في ما أضاعه المتضرر من وقت وجهد في إجراءات تفاوض غير مجدٍ محكوم عليه بالفشل، وما فاتته من كسب مشروع جراء الفشل في بلوغ العقد، أو فوات فرصة إبرام هذا العقد مع شخص المتفاوض معه، أو أشخاص آخرون كانوا يرغبون في إبرامه معه.

وقد يكون الضرر الناشئ في مرحلة المفاوضات قبل العقدية متصلاً بالدراسات والمعلومات والبيانات السرية الخاصة بالصفقة موضوع العملية التفاوضية، وهي التي يتم إفشاؤها للغير أو استخدامها أو استغلالها من قبل المتفاوض المعتدي، ولا سيما إذا ما انتهت المفاوضات الدائرة بين الطرفين دون إبرام الصفقة المتفاوض عليها.

وكذلك الحال أيضاً إذا كانت المفاوضات التعاقدية تدور حول عقد تحقق شرط تعديله أو تجديده، فإن الضرر الناشئ في هذه المرحلة قد يبدو واضحاً في حال تحقق شرط التعديل أو حلت فترة التجديد وامتنع الطرف المدين بالالتزام، أو تلكاً عن الدخول في عملية التفاوض من أجل الاتفاق على التعديل أو التجديد⁽¹⁾.

2- الضرر الأدبي:

ويفضل بعض الفقهاء تسميته بالضرر غير المالي⁽²⁾، والضرر الأدبي⁽³⁾ هو ذلك الضرر الذي يلحق بغير ماديات الفرد، وإنما يصيب مصلحة غير مالية⁽⁴⁾، وبصورة عامة هو ((كل ما يؤدي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألماً أو حزناً))⁽⁵⁾.

وتتعدد مظاهر هذا الضرر، إلا إنه يمكن إجمالها بالقول: إن الضرر الأدبي هو الذي يسبب ألماً للمتضرر، ويعود تنوع هذه المظاهر لتنوع مصادر هذا الألم ودرجة شدته⁽⁶⁾؛ فالضرر الأدبي هو إما

(1) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص168. وأيضاً: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص156.

(2) د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص398.

(3) للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع: د. محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية، المرجع السابق، ص 620 وما بعدها. وأيضاً: د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 1985.

(4) د. أمجد منصور، التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص51. وأيضاً: د. غنى طه، المرجع السابق، ص463. وأيضاً: د. محمد سوار، المرجع السابق، ص372.

(5) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص313.

(6) د. فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم جزائي دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق لعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني 2006، ص276.

الألم بذاته الناتج عن المساس بتلك المشاعر من جراء عمل غير محق يأتيه الفاعل، أو الاضطراب الذي يحدثه في كيان الشخص ومكانته الاجتماعية أو المهنية، محدثاً لديه الألم النفسي أو الشعور بالانتقاص من قدرته ومكانته⁽¹⁾.

وعلى صعيد العملية التفاوضية المفضية للتعاقد فإن الضرر الناتج عن الخطأ المرتكب من قبل أحد المتفاوضين قد لا يقتصر على الأضرار المادية السابق الإشارة إليها، بل قد يتجاوزها لينتج أضراراً معنية يطالب الطرف المتضرر جبرها عليه⁽²⁾.

والضرر الأدبي الذي قد يلحق بالمتفاوض الضحية نتيجة الخطأ في إدارة مرحلة المفاوضات قبل العقدية، وقطعها بصورة مفاجئة غير مسوغة من جانب المتفاوض المدعى عليه بالتعويض، يدور بفلك الإساءة لسمعته التجارية في الوسط التجاري الذي ينتمي إليه⁽³⁾، أو في الحط من اعتباره ومصداقيته، وإظهاره بمظهر الساذج الذي لا يملك خبرة في إدارة التفاوض، ويسهل خداعه والتلاعب به، أو في التشهير به وبمركزه المالي والمهني والقانوني⁽⁴⁾.

وقد أخذت التشريعات كافة بالضرر الأدبي مثلما أخذت بالضرر المادي، فقد نصت المادة (1/223) من القانون المدني السوري على أنه ((يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...))، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة (1/222) من القانون المدني المصري، في حين نصت المادة (134) من قانون الموجبات والعقود اللبناني في فقرتها الثانية على أن ((الضرر الأدبي يعتد به كما يعتد بالضرر المادي...)).

(1) د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص268. وأيضاً: د. أمجد منصور، المرجع السابق، ص52.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص893.

(3) د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص216. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص627.

F. Terre et ph. Simler et Y. lequette, op. cit., n° 177, p. 168; J. Schmidit, La période précontractuelle en droit français, Art. préc, p. 548

(4) وعلى حد تعبير محكمة النقض المصرية، فإن الضرر الأدبي في المرحلة التي قدرت فيها المحكمة أنها لم تتجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بين المتفاوضين تتمثل ((فيما أصاب المطعون ضده من جراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته واعتباره من السوق التجاري...)) نقض مدني مصري، 27 يناير 1966، المجموعة س17، رقم 24، ص182.

ثانياً - خصائص الضرر:

يشترط في الضرر ليشكل ركناً من أركان المسؤولية المدنية بوجه عام، ومن ثمّ ليصبح من الممكن للمتناقض الضحية المطالبة بالتعويض عنه أن تتوفر فيه شروط معينة⁽¹⁾، وهي: أن يقع أولاً على مصلحة مشروعة، وثانياً أن يكون أكيداً وحالاً، وثالثاً أن يكون مباشراً، على النحو الآتي:

1- أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة للمتناقض، ومحمية بالقانون:

لا يكفي أن يلحق المتناقض ضرر للتعويض عنه، إنما يجب أن يأتي الضرر نتيجة المساس بمصلحة مشروعة، والعلة في ذلك أنه لا يمكن للقضاء أن يحمي مصلحة للمتناقض لا تستقيم ومبادئ الأخلاق⁽²⁾. فالمصلحة المشروعة هي التي يحميها القانون⁽³⁾، فيمنح صاحبها الحق بالمداعاة إذا أصابها ضرر نتيجةً لفعل خاطئ صادر عن أحد الأشخاص، وذلك طلباً لإزالة الضرر إما عيناً أو بدلاً⁽⁴⁾.

وفي إطار المفاوضات قبل العقدية فإن كل متناقض يعد صاحب مصلحة مشروعة قانوناً في بلوغ عقد نهائي يحقق مصالحه الاقتصادية والتجارية، لذا فإنه يصبح من الطبيعي أن يسعى كل طرف لتحقيق مصالحه، حتى لو أدى ذلك إلى التضحية بمصالح الطرف الآخر، طالما أن تفاوضه قد تمّ وفقاً لاعتبارات حسن النية والثقة المشروعة التي تفرض نفسها على المتفاوضين خلال المرحلة التفاوضية⁽⁵⁾، فمبدأ حسن النية لا يفرض على المتناقض التنازل عن مصالحه الخاصة في سبيل تحقيق مصالح المتفاوض الآخر⁽⁶⁾.

وبمفهوم المخالفة فإنه إذا ما أقدم أي من المتفاوضين على ارتكاب تصرف غير سوي ومناهض لما يفرضه المبدأ العام لحسن النية من أمانة ونزاهة وصدق وشفافية، شكل هذا التصرف اعتداءً واضحاً على تلك المصلحة المشروعة العائدة للطرف المتضرر، والمحمية قانوناً، على نحو يلزم المتناقض المخطئ بتعويضه عن الضرر الذي أصابه بسببه⁽⁷⁾.

(1) ولا تخرج خصائص الضرر الناشئ في المرحلة التفاوضية المفضية إلى عقد عن تلك الموجودة في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وخاصة التقصيرية.

(2) د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص305. وأيضاً: د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص386. وأيضاً: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص406. وأيضاً:

د. أمجد منصور. مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، 2003، ص284.

(3) د. غنى طه، المرجع السابق، ص462.

(4) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المرجع السابق، ص191.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص896.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص504 وما بعدها.

(7) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص896.

2- أن يلحق ضرر حال (فعلي) بالمتفاوض:

لا بد للضرر اللاحق بالمتفاوض أن يكون قد وقع فعلاً وبصورة أكيدة، بحيث أصبح بمقدور القاضي أن يحدد معالمه، ومقدار التعويض المناسب عنه⁽¹⁾. فقد نصت المادة (171) من القانون المدني السوري على أن ((يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (222) و(223) مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة ودون أن يتقيد بأي حد...)).

وقد نصت المادة (1/134) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أن ((العرض الذي يجب للمتضرر من جرم أو شبه جرم يجب أن يكون في الأساس معادلاً للضرر الذي حل به))، وأكملت هذه المادة في فقرتها الرابعة ((بأن الأضرار الحالية الواقعة تدخل وحدها في حساب العرض)).

وبناءً على ذلك فإن المتفاوض المتضرر يملك حقاً في طلب الحصول على تعويض عادل عن الأضرار والخسائر التي تكون قد حلت به فعلاً من جراء خطأ الطرف الآخر، كالتفقات والمصروفات التي تكبدها ذلك المتفاوض في سبيل المفاوضة، من استشارات ودراسات واتصالات وتنفقات وغيرها من الأمور التي تتطلبها المفاوضة⁽²⁾.

وفي مقابلة الضرر الأكيد والحال، يوجد الضرر الاحتمالي، وهو ضرر غير محقق وقوعه في المستقبل⁽³⁾، فالضرر الاحتمالي قد يقع أو لا يقع، ومن ثم فإنه ليس من شأن هذا الضرر أن يعطي الشخص حقاً في طلب الحصول على تعويض عنه⁽⁴⁾ إلا عند وقوعه فعلاً⁽⁵⁾؛ لذلك فإنه ليس للمفاوض المتضرر أن يطالب بتعويض عما فاتته من كسب، يتمثل في الربح الذي كان سيجنيه من تنفيذ العقد في حال تم إبرامه مع الطرف الآخر⁽⁶⁾ حيث إن عملية التفاوض تحفها المخاطر من كل صوب، وتظل فترة استكشافية قد تسفر عن إبرام عقد، أو لا تسفر عن ذلك. فتحقق إبرام العقد نتيجة التفاوض عليه يظل دائماً أمراً احتمالياً، وغير مؤكد الوصول إليه⁽⁷⁾.

(1) د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، 273. وأيضاً: د. جورج سيوفي،

النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1، المرجع السابق، ص386. وأيضاً: د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص420.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص897.

(3) د. غنى طه، المرجع السابق، ص461. وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص515.

(4) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص589. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص329. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص3631. وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص408.

(5) ويميل القضاء الأردني أيضاً إلى عدم التعويض عن الضرر الاحتمالي لأنه غير مضمون. تمييز حقوق أردني، 87/361 مجلة نقابة المحامين، سنة 1988، ص774.

(6) J. Schmidt, op. cit., n° 210, p. 106

(7) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص897.

وإذا ما تمّ استبعاد الضرر المحتمل في مرحلة المفاوضات من نطاق النصوص القانونية المنظمة لمسألة التعويض عموماً. فإن المشرع اللبناني قد أشار في المادة (2/134) إلى الضرر المستقبلي⁽¹⁾، عندما أجاز للقاضي ضمن ضوابط معينة، وعلى سبيل الاستثناء ((أن ينظر بعين الاعتبار إلى الأضرار المستقبلية إذا كان وقوعها مؤكداً من جهة، وكان لديه من جهة أخرى الوسائل اللازمة لتقدير قيمتها الحقيقية مقدماً)).

3- أن يكون الضرر مباشراً:

يعدُّ اشتراط كون الضرر مباشراً مظهراً لرابطة السببية بين الخطأ والضرر. فالضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية وحتمية للخطأ الذي أحدثه، بحيث لو لم يكن الخطأ قد حصل، لما وقع الضرر. وفي هذا المعنى تنص المادة (222) من القانون المدني السوري على ما يأتي ((...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، وبعدُّ الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول))⁽²⁾.

وكما هو معلوم في إطار المسؤولية التقصيرية، فإن مسؤولية المتفاوض عن خطئه تمتد للضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع على السواء (م222 مدني سوري، م2/211 مدني مصري)⁽³⁾. هذا وبعدُّ الضرر الواقع في مرحلة التفاوض على العقد نتيجة طبيعية للفعل الخاطئ الصادر عن أحد الأطراف المتفاوضة في هذه المرحلة، إذا لم يكن في استطاعة المتفاوض الآخر أن يتوقاه ببذل جهد معقول⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة (171) من القانون المدني السوري على أنه ((يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (222) و(223) مراعيّاً في ذلك الظروف الملابسة ودون أن يتقيد بأي حد، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير)).

(2) المقابلة للمادة (1/221) من القانون المدني المصري، والمادة (266) من القانون المدني الأردني.

(3) على خلاف المسؤولية العقدية التي تقتصر على الضرر المباشر المتوقع، إلا في حال ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً فتمتد إلى الضرر غير المتوقع. انظر المادة (2/222) مدني سوري، والمادة (2/221) مدني مصري، والمادة (263) موجبات وعقود لبناني.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص683 وص910. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص214. وأيضاً د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص117. وانظر كذلك المادة (222) مدني سوري، والمادة (1/221) مدني مصري، والمادة (266) مدني أردني.

واستلزام أن يكون الضرر مباشراً يقصد من ورائه استبعاد دعاوى التعويض التي يرفعها أشخاص أصابهم ضرر غير مباشر أو بطريق التسلسل كما يقال⁽¹⁾، وهو ما تناوله المشرع اللبناني بنص صريح، عندما أورد في المادة (261) من قانون الموجبات والعقود اللبناني أن ((الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة، ولكن بشرط أن تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الموجب)).

إذ قد يفضي الفعل الواحد إلى أضرار متعددة يعقب بعضها بعضاً، كما لو نتج عن فعل المتفاوض ضرر، وترتب على هذا الضرر ضرر ثانٍ، وأدى هذا الضرر إلى ضرر ثالث وهكذا، فهل يسأل المتفاوض عن هذه السلسلة من الأضرار مهما بعدت صلتها بفعله؟

والقاعدة في هذا الشأن أنه لا يمكن مسائلة المتفاوض محدث الضرر عن جميع هذه السلسلة من الأضرار، وإنما يسأل عن الضرر المباشر دون التجاوز إلى أبعد منه، حيث إن الأضرار الأخرى هي أضرار غير مباشرة لا يسأل عنها، ولا محل للمطالبة بالتعويض عنها، وذلك لفقدان صلة السببية بينها وبين الخطأ، وإمكانية تفاديها ببذل جهد معقول⁽²⁾.

الفقرة-3 - علاقة السببية:

يشترط لعقد مسؤولية المتفاوض عن الفعل الخاطئ المرتكب في المرحلة التفاوضية المفضية للعقد، أن تتوفر صلة السببية بين فعله وبين الضرر الذي لحق بالمتفاوض الآخر⁽³⁾ وبمعنى أدق أن يكون خطأ المتفاوض هو السبب المباشر في إصابة المتفاوض الآخر بالأضرار المشكو منها، والمطلوب التعويض عنها. إذ لا يجوز تحميل أحد المتفاوضين عبء التعويض عن أضرار لا تتصل مباشرةً وكنتيجة طبيعية بخطئه تطبيقاً لنظرية السبب المنتج التي انتصر لها جمهور الفقه والقضاء⁽⁴⁾. فالسببية هي ركن ضروري ومستقل عن ركني الخطأ والضرر⁽⁵⁾ وتظهر أهمية هذا الركن فيما يتعلق بعبء الإثبات، فإذا كان إثبات السببية على المتفاوض المتضرر في حالة المسؤولية عن الفعل

(1) د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص386.

(2) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص613.

(3) د. فايز الحاج حسين، المرجع السابق، ص12. وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص772.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص901 مع الهامش.

(5) في ركن السبب انظر تفصيلاً: د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات عويدات، بيروت 1980، ص195 وما بعدها. وأيضاً: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص455 وما بعدها. وأيضاً: د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص425 وما بعدها.

الشخصي، فإن إثبات نفي السببية على المتفاوض المسؤول في حالات المسؤولية عن فعل الغير، لأن هذه المسؤولية الأخيرة تقوم على أساس الخطأ المفترض⁽¹⁾.

ولا بد من الإشارة إلى أن رابطة السببية لا تظهر بوضوح ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية المدنية، إلا في الحالات التي يكون فيها ركن الخطأ مفترضاً بموجب القانون، أما في الحالات التي يوجب القانون على المتضرر إثبات ارتكاب الخطأ من قبل فاعل الضرر، فإن ركن رابطة السببية يكون منصهراً في ركن الخطأ، ومستتراً به⁽²⁾.

وتوضيحاً لما سبق نقارن بين المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض على العقد بين مسؤولية أولى ناجمة عن الفعل الشخصي للمتفاوض، ومسؤولية ثانية ناجمة عن فعل أشياء منقولة أو عن فعل الحيوان⁽³⁾، ففي إطار المسؤولية الأولى، لا يعد المتفاوض مسؤولاً إلا إذا ارتكب خطأ أدى إلى وقوع الضرر، ويشترط القانون في هذه الحالة أن يثبت المتفاوض المتضرر توفر ركن الخطأ، الذي يحدث في الغالب أن إثبات خطأ محدد من جانب المتفاوض المدعى عليه بالتعويض، يؤدي في الوقت ذاته إلى إثبات علاقة السببية بين خطأ هذا الأخير والضرر الذي يدعيه المتفاوض الضحية، نتيجة الخطأ المرتكب من المدعى عليه⁽⁴⁾.

ومن تطبيقات ذلك مثلاً أن يثبت المتفاوض المدعي بالتعويض أن المدعى عليه قد دخل معه في مفاوضة، من دون أن تقوم لديه نية حقيقية وجادة في إبرام ذلك العقد، وإنما أقدم على التفاوض بقصد الحصول على بعض المعلومات والبيانات المتصلة بالصفقة التي يجري التفاوض عليها، وكشف أسرارها، أو الوقوف على الوضع المالي والاقتصادي للمتفاوض الضحية. ومن ثم فإن إثبات هذا المفاوض مثل هذه التصرفات غير المشروعة يعد في واقع الأمر إثباتاً لرابطة السببية بين خطأ المسؤول عن هذه التصرفات وبين الضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر نتيجتها كتفويت فرصته في التعاقد، أو تحميله لمصروفات ونفقات دون طائل⁽⁵⁾.

أما في إطار المسؤولية الثانية، فإنه يجب إعمال قواعد وأحكام المسؤولية الناجمة عن فعل الشيء⁽⁶⁾ أو عن فعل الحيوان⁽⁷⁾ التي تقتضي من المتفاوض المتضرر إثبات علاقة السببية بين الفعل

(1) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص333. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص368.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص901.

(3) د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص157.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص902.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص902.

(6) المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (179) مدني سوري، والمادة (178) مدني مصري.

(7) المادة (1385) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (177) مدني سوري، والمادة (176) مدني مصري.

والضرر الذي أصابه، ويكون على المتفاوض المسؤول إذا ما أراد أن يتصل من المسؤولية أن يثبت هو أن علاقة السببية غير متوفرة، وأن الضرر قد نجم عن سبب آخر⁽¹⁾.

وطبقاً للقواعد العامة في الإثبات، فإنه إذا ما نجح المتفاوض المدعى عليه بالتعويض في نفي علاقة السببية بين خطئه والضرر الذي ألمّ بالمتفاوض المدعي، وذلك من خلال إثبات أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، بأن يكون الضرر قد وقع بسبب القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ، أو خطأ الغير، أو خطأ المتضرر نفسه، فإنه يترتب على هذا الواقع إعفاء المتفاوض المخطئ من مسؤوليته عن تعويض الأضرار المشكو منها. وهو ما نصت عليه المادة (166) من القانون المدني السوري بقولها ((إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المتضرر أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك))⁽²⁾.

وقد يحدث أن يكون المتفاوض المدعى عليه، هو في الواقع ضحية المتفاوض مدعي الضرر بسبب ما صدر عن هذا الأخير من تصرفات تتم عن سوء نية، وعدم جدية وموضوعية في إدارة التفاوض ومتابعته، بغرض دفع المتفاوض الآخر وحثه على الانسحاب منه، ومن ثمّ إفشال التفاوض. كأن يتأخر في الرد على المراسلات، أو أن لا يبدي تعاوناً ومشاركة في تجاوز ما ينشأ من صعوبات. وفي هذه الحالة يتعين إدخال خطأ المتفاوض مدعي الضرر في الحسبان، فإذا كان الفعل الضار ناجماً عن خطئه، فإن المسؤولية لا تقوم في حق المتفاوض المنسحب من المفاوضة، لعدم توفر رابطة السببية⁽³⁾ أما إذا أسهم المتفاوضان في إحداث الضرر المشكو منه، فإن الخطأ يكون مشتركاً بينهما، ويتحمل المتفاوضان نتيجة الضرر، ومن ثم توزيع المسؤولية⁽⁴⁾.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 903.

(2) تقابل المادة (165) من القانون المدني المصري، والمادة (261) من القانون المدني الأردني.

(3) وقد أشارت إلى ذلك صراحةً المادة (217) من القانون المدني السوري عندما قالت: ((يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك بأحداث الضرر أو زاد فيه)). وهذا النص يقابل المادة (216) مدني مصري، والمادة (261) مدني اردني، والمادة (135) موجبات وعقود لبناني.

(4) استئناف بيروت المدنية، قرار رقم 632 تاريخ 1968/4/25، النشرة القضائية، سنة 1970، ص 449. وفي هذا القرار ذهبت المحكمة إلى توزيع المسؤولية، إذ رتبّت على عاتق كل مفاوض التزاماً بالتنبه إلى تصرفات المتفاوض الآخر، حتى إذا وجد بأنها تنبئ باتجاهه إلى عدم التفاوض امتنع عن متابعة الجهود للوصول إلى عقد نهائي، فقضت المحكمة: ((...وحيث إن استمراره فيها (أي التحضيرات) بعد الفترات الأولى من دون أن يستحصل على التزام صريح وجازم من قبل المستأنف عليه، يرد إلى قلة في الحرص والتبصر لديه يسأل بسببها عن استمرار وضع وتفاقم خسارة يشكو منها، فيكون بالتالي مشتركاً في المسؤولية عما لحق به من أضرار)). وانظر في التعليق على هذا الحكم: د. مصطفى العوجي، الذي يجد ((إن ما قرره المحكمة لهذه الجهة لا يجد سنداً له في القانون أو في التعامل))، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 172.

وقد يحدث أيضاً أن يكون الضرر الناشئ في المرحلة التفاوضية المفضية للعقد سببه خطأ شخص من الغير في المفاوضات الجارية، وإفسادها على المتفاوض صاحب المصلحة فيها. وهنا يعفى المتفاوض المدعى عليه من المسؤولية لثبوت انعدام دوره في إحداث الضرر المطلوب تعويضه طالما لم يكن الغير من الأشخاص الذين يسأل عنهم⁽¹⁾. ومن ثمّ تتعقد المسؤولية قبل الغير المتدخل الذي يلزم بتعويض المتفاوض عما يكون قد لحقه من أضرار مادية أو أدبية بسبب فعله⁽²⁾ المخالف للواجب القانوني العام الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير (م 164 مدني سوري، م 163 مدني مصري) كما قد يخفف فعل الغير من مسؤولية المتفاوض إذا أسهم واشترك مع فعل هذا الأخير في إحداث الضرر للمتفاوض المدعى⁽³⁾.

المطلب الثاني: أثر تحقق المسؤولية في مرحلة التفاوض:

إذا توفرت كافة الأركان والشروط المطلوبة لعقد المسؤولية المدنية في حق المتفاوض الذي انحرف في سلوكه التفاوضي عن مسلك الرجل المعتاد، وأخل بالمبدأ العام لحسن النية بما يقتضيه من نزاهة وأمانة وشفافية وثقة مشروعة تولدها المفاوضات بحسب المرحلة المتقدمة التي وصلت إليها، فالحق نتيجة لذلك أضراراً مادية أو أدبية بالطرف الآخر. ترتب على ذلك أن يلتزم المتفاوض المسؤول بتعويض هذه الأضرار التي ألحقها بالطرف الآخر.

فالتعويض هو الأثر الجوهري الذي يترتب على انعقاد المسؤولية، والغاية القصوى التي يبتغيها المتضرر من إقامة المسؤولية على عاتق الطرف المخل بتنفيذ التزامه، لجبر الأضرار والخسائر التي

(1) وهناك من يرى أنه لا يشترط في فعل الغير أن يتصف بالخطأ أو عدم المشروعية، فسواء أكان مشروعاً أم غير مشروع، مسوغاً أم غير مسوغ فإن من شأنه أن يقطع علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر الذي أصاب المتضرر. د. عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 448. وقارن: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 4، المرجع السابق، ص 896. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 650. وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 422.

(2) وتطبيقاً لذلك أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر عن محكمة الموضوع التي أدانت فيه العامل الذي حصل لحسابه (في أثناء قيامه بواجباته الوظيفية، ودون علم صاحب العمل) من شركة غاز فرنسا (Gaz De France) على طلبية لتصنيع أجهزة معينة، كان صاحب العمل يقوم بتصنيعها عادةً لهذه الشركة، وقد ألزمته المحكمة بتعويض صاحب العمل عن الضرر الذي لحق به من جراء تقويت الفرصة عليه للحصول على هذه الصفقة من الشركة المذكورة التي تعد من أهم عملائه.

Cass. Com. 3 mai 1979, Bull. Civ. IV, n° 137, p. 108

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 904.

(3) في هذه الحالة يتعدد المسؤولون عن الضرر الناشئ في المفاوضات، ويطبق حكم المادة (170) من القانون المدني السوري التي تقيد ((إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض)) وكذا الحكم في المادة (169) من القانون المدني المصري والمادة (265) من القانون المدني الأردني.

أُلمت به من جراء تصرف الطرف المخل بالتنفيذ. ويتم الحصول على التعويض من خلال دعوى عادية طرفاها المتفاوض المتضرر، والمتفاوض المتسبب في وقوع الضرر⁽¹⁾.

ونظراً لتنوع صور الأضرار الناشئة عن الخطأ أو التعدي، فإنه من المنطقي أن تختلف صور التعويض الواجبة لجبر هذه الأضرار. فإذا ما قام المتفاوض المتضرر برفع دعواه أمام القضاء المدني المختص، فإن الجزاء المتصور فرضه لإخلال المدعى عليه بمبدأ حسن النية، وما يجب أن يسود التفاوض من أمانة وثقة في التعامل، هو إجبار الطرف المخل على تنفيذ التزامه عيناً، أو على التعويض البدلي عن عدم التنفيذ أي التنفيذ بطريق التعويض.

وسنتحدث فيما يأتي عن موضوع التعويض كونه أثراً للمسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات بنوعيه العيني وبمقابل، ثم ننتقل للاتفاقات الخاصة بالتعويض التي من شأنها التغيير من مقداره.

الفقرة-1- التعويض العيني:

يعدُّ التعويض العيني الذي يعود بالمتضرر إلى الحال التي كان عليها قبل أن يحل به الضرر، من أفضل أنواع التعويض التي من الممكن تقريرها في حال كان ذلك ممكناً وغير مرهق للمدين⁽²⁾ والتعويض العيني يعد شائعاً بصدد الروابط العقدية، حيث يتييسر في كثير من الأحوال إجبار المدعى عليه على تنفيذ التزامه عيناً. أما فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فإن نطاق هذا التعويض وحدوده ضيقة جداً، نظراً لأن التعويض العيني لا يتصور إلا في حال اتخاذ الخطأ الذي ارتكبه المدعى عليه صورة القيام بعمل يمكن إزالته⁽³⁾؛ لذا فإن الأصل هو استبعاد هذه الصورة من التعويض لعدم تناسبها مع المسؤولية التقصيرية، ولعدم تناسبها مع مبدأ الحرية التعاقدية السائد في الفترة السابقة على التعاقد. فالتعويض البدلي الذي يكون غالباً من النقود هو القاعدة العامة في هذا المجال⁽⁴⁾.

أولاً- استبعاد التعويض العيني كقاعدة عامة في المفاوضات:

لم يتصور الفقه القانوني أصلاً أن يتمثل جزاء الإخلال في مرحلة التفاوض في إجبار المتفاوض المنسحب أو العازف عن الدخول في مرحلة التفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عيناً، حتى لو لم

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص908.

(2) د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص384. وأيضاً: د سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص527. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص353. وأيضاً: د. عدنان سرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص467.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص966. وأيضاً: د. غنى طه، المرجع السابق، ص482.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص909.

يكن التنفيذ العيني مستحيلاً ولا مرهقاً. فالكل يجمع على استبعاد هذا النوع من التعويض عن دائرة المفاوضات السابقة على قيام العقد المطلوب⁽¹⁾.

وإن الأسباب والمسوغات الكامنة وراء تسليم الفقه باستبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال المفاوضات قبل العقدية، تتمثل في سببين رئيسيين⁽²⁾: الأول متعلق بمخالفة ما يقتضيه التفاوض من تعاون متبادل بين أطرافه لبلوغ العقد النهائي، والثاني متعلق بمخالفة مبدأ حرية الإرادة في التعاقد.

1. مخالفة ما تتطلبه المفاوضات من تعاون ومشاركة:

يعدُّ السير الطبيعي والسليم لإجراءات التفاوض بين الأطراف الساعية إلى إبرام العقد، مسألة إرادية محضة لا يمكن تصورها في الفرضية التي يقوم فيها القاضي بإرغام الطرف المخل بتنفيذ التزامه التفاوضي، على تنفيذه قبل الطرف الآخر وبشكل عيني، فالتفاوض الجبري حتى لو كان ممكناً وغير مرهق للتفاوض الممتنع هو بمنزلة تفاوض عقيم، لا طائل من ورائه. فمن غير المتوقع أن تتكلك العملية التفاوضية بالنجاح، وبأن يُطالب كل متفاوض بأن يبدي الشفافية اللازمة والتعاون المطلوب في حين يكون أحدهما على الأقل رافضاً فكرة قيام العقد النهائي من أساسها، لذا لا يجد بعض الفقهاء في اعتبارات الملاءمة ما يوحي أن هذا الحل أو الواقع المفروض هو حل مقبول وسائغ عملاً⁽³⁾.

2. مخالفة مبدأ حرية الإرادة في التعاقد:

يشكل قيام القاضي بالزام المتفاوض المتخلف عن تنفيذ التزامه التفاوضي بالشروع بإجراءات التفاوض أو مواصلة السير فيها، في حقيقة الأمر، اعتداءً صارخاً ومباشراً على مبدأ حرية الإنسان في

(1) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص246. وأيضاً: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص235. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص211. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص12. وأيضاً: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص276. وأيضاً: د. محمد عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص136. وأيضاً: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص191. وأيضاً: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص158. وأيضاً: د. أمين دواس، المرجع السابق، ص189.

J. Schmitz, la periode precontractuelle, op. cit., p. 564 ; F. Terre et ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 178, p. 170 ; Cedras (J). L'Obligation de Négociateur, R.T.D.com, 1985, p265 et s Célice (Cf.) : Les Réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques, Thèse, paris, 1968.p. 282

(2) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص246. وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص86. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص211. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص12. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص617. وأيضاً: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص276.

(3) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص85.

عدم التعاقد، ومصادرة لهذه الحرية الشخصية⁽¹⁾ ومن ثم فإن القاضي لا يستطيع أن يحل إرادته محل إرادة الأطراف لأجل تحديد المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها⁽²⁾، أو أن يقوم بتكليف شخص ثالث بالحلول محل الطرف المحجم عن متابعة التفاوض⁽³⁾، حتى لو كانت المرحلة التي توقفت عندها المفاوضات مقبولة ومنقذمة، ويمكن معها إبرام هذا العقد. وإلا عدَّ مرتكباً لمخالفة صريحة لمبدأ سلطان الإرادة المهيمن على العقد في تكوينه وتنفيذه وإلغائه⁽⁴⁾.

حيث إن محل الالتزام الذي لم ينفذه الطرف المسؤول هو التفاوض، أو الإخلال بسيرته ومتابعته وليس التعاقد، فإن الذي يضيعه الطرف المفاوض المخطئ هو "فرصة التفاوض" وليس "التعاقد" لذلك ليس من المقبول القول بانعقاد العقد، لأن هذا العقد يتطلب على الأقل اتفاقاً على عناصره ومساائله الجوهرية⁽⁵⁾. وقد أكدت محكمة بروكسل التجارية على ذلك، عندما قضت باستحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ (Accord de Principe)، وأكدت على أن ما ضاع هو "فرصة للتعاقد" وليس العقد نفسه⁽⁶⁾.

كذلك فإنه من غير المقبول أن يقوم القاضي بإحلال إرادته محل إرادة الأطراف المتفاوضة، والقضاء بعد العقد المتفاوض عليه منعقداً بينهما، على الرغم من غياب اتفاق نهائي على عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد⁽⁷⁾. وإن القول بغير ذلك يجعل من مصدر الالتزام بالعملية محل التعاقد هو إرادة القاضي لا إرادة الطرفين، على نحو تسقط معه فكرة العقد من أساسها، ومبدأ الرضا الذي يقوم عليه⁽⁸⁾.

وهناك من يجيز اللجوء إلى أسلوب الغرامة التهديدية كطريقة لإخراج المتفاوض من جموده وحثه على تنفيذ التزامه التفاوضي، من خلال فرض مبلغ مالي معين عن كل فترة زمنية لا يقوم فيها المتفاوض بالبدء بإجراءات التفاوض أو الاستمرار فيها طالما أن هذا التنفيذ ما يزال ممكناً وغير

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 913.

(2) د. فايز شاهين، المرجع السابق، ص 112.

(3) د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 58.

(4) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية أن مشروع عقد البيع ((لا يكون ملزماً لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام العقد ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء)).

نقض مدني، 1975/12/9، مجموعة المكتب الفني، س 26، رقم 299، ص 1539.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 913.

(6) Trib. Com. Bruxelles (13, ch), 24 Juin 1985, Journal. Des Tribunaux, 1986, p. 239, ets. notamment , p. 239

أشار إليه: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 85.

(7) Cass. Civ. 16-04-1991, Bull. Civ. 4, n° 148, p. 106

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 914.

(8) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 166.

مرهق، وفي حال لم يفلح هذا الأسلوب في كسر جمود ذلك المتفاوض ومن ثم إخراجهم منه، فإن القاضي يقوم هنا بتصفية هذه الغرامة كتعويض بدلي يعطى للمتفاوض المتضرر من جراء عدم التنفيذ⁽¹⁾.

ثانياً - حالات التعويض العيني في المفاوضات:

إن استبعاد التنفيذ العيني كجزء متصور وقوعه في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، قائم على فرضية استباق العلاقة العقدية بمرحلة تفاوضية، تمهد وتحضر لقيام هذه العلاقة المقترحة. إلا أن الحكم يختلف إذا كانت هذه المرحلة متصلة بعلاقة عقدية قائمة بالفعل بين الطرفين، ومن الأمثلة التطبيقية على ما سبق:

1. أن ينتهي الطرفان إلى إبرام العقد مع الاحتفاظ ببعض العناصر غير الجوهرية أو التبعية لاتفاق لاحق، دون أن يشترطاً عدم انعقاد العقد في حال عدم الاتفاق عليها. إلا أنهما يخفقان في التوصل إلى الاتفاق المنشود حول هذه العناصر التبعية. وليس هناك ما يمنع من التنفيذ العيني في هذه الحالة، حيث يمكن لأي طرف اللجوء إلى القضاء طالباً الفصل في الخلاف القائم حول العناصر المعلقة. وقد أجاز المشرع للقاضي القيام بهذه المهمة استثناءً على الأصل القاضي بإخضاع هذه العناصر لمبدأ الرضائية وحرية التعاقد، وما ذلك إلا لكون الأمر يتعلق بعلاقة عقدية قائمة، مما يلزم معه منح القضاء سلطة استكمال العقد، أي الحكم في العناصر المحتفظ بها لاتفاق لاحق، وعندما يقوم القاضي بهذه المهمة، فإنه يبحث عن الحل المناسب مراعيًا في ذلك طبيعة المعاملة، وما يحيط بها من ظروف، وأحكام القانون والعرف والعدالة. وهذا ما نصت عليه المادة (96) من القانون المدني السوري⁽²⁾.

2. أن يتفق الطرفان على أن يقوم بالحسم بالأمر التفصيلية أو غير الجوهرية المتبقية بعد انعقاد العقد شخص آخر من الغير⁽³⁾، فإذا تحدد شخصه في العقد المبرم بينهما، إلا أن هذا الأخير قد

(1) J. Schmidt. Op. cit., n° 384, p. 207

ومن هذا الرأي: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 618. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 72. وقارن: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 276.

(2) التي تنص على أنه ((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، عدّ العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)). ويقابل النص السوري، نص المادة (95) مدني مصري، ونص المادة (100) مدني أردني.

(3) على خلاف الحال في فرض عدم الاتفاق على الشخص الذي يتولى تحديد أحد عناصر العقد الجوهرية أو الأساسية، كالثمن مثلاً، حيث يمتنع على القاضي التدخل لتحديد العنصر المطلوب، بالنظر إلى أن الأمر متصل بعنصر لازم لانعقاد العقد، لا يكون للعقد وجود قبل تحقق الاتفاق عليه. د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 188.

أُجْمِعَ عن القيام بهذه المهمة، أو فشل في القيام بها، أو توفى قبل حسم الأمور التفصيلية، أو ترك تحديد شخصه لمفاوضات لاحقة بين الطرفين، وأخفقا في الاتفاق عليه بنتيجة المفاوضات. ففي مثل هذه الحالة فإن أي من الطرفين يكون بمقدوره اللجوء إلى القضاء طالباً منه الاضطلاع بهذه المهمة والقيام بالتحديد المطلوب.

ويرى بعض الفقه بأن ضعف فرص نجاح التفاوض في حال فرض التفاوض على الطرف الممتنع عنه، لا يفقد الأمل في إمكانية توصل الأطراف المتفاوضة إلى تفاهم مشترك. لذلك يذهب إلى ((أن الإجماع على تنفيذ الالتزام بالتفاوض مسألة يجب أن تترك لتقدير قاضي الموضوع حيث يلزم تلمسه لمدى العلاقة السائدة بين الأطراف، ومدى جدوى دعوته لهم للتشاور والتفاهم))⁽¹⁾ ويجد هؤلاء الفقهاء في الدعوى التي نظرت أمام محكمة استئناف باريس في 28 سبتمبر لسنة 1976 بين شركة (SHELL) وهيئة كهرباء فرنسا (E.D.F)⁽²⁾ سنداً لرأيهم، وتتلخص وقائع هذه الدعوى بوجود عقد مبرم ما بين هاتين الشركتين يتضمن بنداً يلزمهما بالتفاوض تحت رقابة وملاحظة شخص من الغير⁽³⁾ من أجل تعديل الثمن في حال حدوث تغير في الأسعار، وهو ما تحقق بصورة فعلية عقب حرب أكتوبر حيث ارتفعت أسعار البترول، وعلى إثر ذلك دخل الطرفان في مفاوضات إلا أنها لم تسفر عن تعديل في الثمن. وبوصول الأمر إلى محكمة الاستئناف رأت في بند إعادة التفاوض اتجاه نية الأطراف المتعاقدة إلى تطويع العقد مع ما استجد من ظروف، وأن الطرفين لم يستغلا بعد الإمكانات المتاحة للوصول إلى التعديل المنشود. لذا قضت المحكمة قبل الفصل في الموضوع بالالتزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للوصول في نهاية المفاوضات إلى اتفاق على التعديل، على أن يكون للمحكمة في حال فشل المفاوضات، وعدم الوصول إلى اتفاق، أن تقضي في ضوء المفاوضات، أو الحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو بتعديله بمعرفتها وفقاً لقواعد العدالة⁽⁴⁾.

(1) د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 73-74. ومن هذا الرأي: د. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ((دراسة حول شروط تسوية المنازعات العقدية المحتملة))، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 171 وما بعدها.

(2) C.A. Paris, 28 sept. 1976, J.C.P. 1978, II, 18810, obs. J. Robert

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 916.

(3) لا بد من الإشارة إلى أن مهمة هذا المراقب أو الملاحظ لا تمتد إلى مساعدة الأطراف المتفاوضة من أجل الوصول إلى تسوية للنزاع، وإنما تقتصر على إثارة المفاوضات بينهم ومتابعتها وتنظيمها، وفي النهاية يقدم تقريراً للقاضي الذي ينظر إلى الدعوى تبعاً للنتيجة التي وصل إليها الأطراف المتفاوضة. د. مصطفى قنديل، المرجع السابق، ص 112.

(4) نظراً لأن شروط التفاوض تحت ملاحظة الغير أو مراقبته تم وضعه موضع التطبيق أمام القضاء، فإن الفقه ذهب إلى تكييف هذه الإجراءات على أنها نوع من التفاوض القضائي، حيث إن تفاوض الأطراف يتم تحت إشراف شخص من الغير تم تعيينه بواسطة القضاء.

ROBERT.J. Note sous Paris, 28 Septembre 196 ((SHELL contre E.D.F)), J.C.P, ed. G, 1978, II 18810

والحقيقة أن الرأي السابق محل نظر ولا يمكن التسليم به على إطلاقه، والقول إن للقضاء أن يحل إرادته محل إرادة المتعاقدين، خاصة أن محل الالتزام هو التفاوض على التعديل⁽¹⁾ بشأن أحد العناصر الجوهرية للعقد، وليس التزاماً بالتعاقد، فضلاً على ذلك أننا أمام تعاقد قائم، وليس تعاقدًا مزعمًا أو مرغوبًا في إبرامه. وهذه حالة أقرب إلى نظرية الظروف الطارئة، حيث إنه في حالة فشل المفاوضات، وعدم تمكن الطرفين من تعديل الثمن المتفق عليه، فإن القانون قد خول للقاضي سلطة تجاوز مهمته العادية في التفسير، فأجاز له في مثل هذا الفرض أن يعدل العقد القائم، وذلك بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بإنقاص هذا الالتزام أو بزيادة الالتزام المقابل، وفقاً لما يراه متسقاً مع الظروف، وعلى النحو الذي تقتضيه قواعد العدالة⁽²⁾ وحسن النية، فتتوزع بذلك تبعة هذا الحادث بين الطرفين⁽³⁾.

وعلى الرغم مما سبق فقد نص القانون الفرنسي الجديد للعام 2016 في المادة (1195) على أنه ((إذا حدث تغيير غير متوقع في الظروف عند إبرام العقد، وترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ التكلفة بالنسبة لأحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغيير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزامه أثناء إعادة التفاوض. وفي حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ، ووفق الشروط التي يحددها، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، أن يقوم بتطبيع العقد. وفي حالة عدم الاتفاق، خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي، بناءً على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها))⁽⁴⁾.

(1) وما يقال عن شرط التعديل يقال أيضاً بشأن اتفاق أطراف العقد المبرم بينهم على اللقاء والدخول في مفاوضة لتجديد هذا العقد عند انتهاء مدته، بحسبان أن التجديد يعد بمثابة تعاقد جديد مرهون تحققه بالإرادة المشتركة للطرفين لتحقيق التجديد المنشود للعقد، وبالتالي فليس للقضاء أن يحل إرادته محل إرادة الأطراف. د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 247.

(2) بحسبان أن العدالة تأبى إبقاء الالتزامات على حالها استناداً لمبدأ "سلطان الإرادة" أو "العقد شريعة المتعاقدين" بعد أن اختل هذا التوازن نتيجة حوادث استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها، وصار معها التزام المدين مرهقاً على نحو يهدده بوقوع خسارة فادحة. د. همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006، ص 399.

(3) وفي ذلك نقضي المادة (2/148) من القانون المدني السوري أنه ((ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)) ويقابلها المادة (2/147) مدني مصري، والمادة (205) مدني أردني.

(4) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المرجع السابق، ص 81.

3. وأخيراً فإنه لا يفوتنا الإشارة إلى الحالة التي يطلع فيها أحد الطرفين على معلومات وبيانات فنية وتجارية ذات طابع سري، خاصة بالشيء الذي يجري التفاوض بشأنه. ومن ثمّ فإنه يقع على عاتق المتفاوض التزام بالمحافظة على سرية هذه المعلومات، وعدم إفشائها وإطلاع الغير عليها، وكذلك عدم استخدامها أو استغلالها في حال فشل المفاوضات. فكما رأينا أن الالتزام بالسرية هو التزام بتحقيق نتيجة لا يكفي فيه أن يبذل المتفاوض بشأنه ما في وسعه لمنع إفشاء هذه السرية، وإنما يقع عليه تحقيق النتيجة ذاتها بالامتناع عن ذلك⁽¹⁾، وهو ما يجعل من هذا الالتزام قابلاً بطبيعته للتنفيذ العيني، حتى لو كان مصدره مرحلة التفاوض⁽²⁾.

فإذا انصرف المتفاوض المعني بتحقيق الالتزام السابق، نحو استثمار هذه المعلومات الخاصة واستغلالها، أو التصرف فيها إلى الغير لحساب نفسه، سواء أثناء التفاوض أم عند فشله، دون إذن مسبق من قبل المتفاوض الآخر صاحب هذه المعلومات، انعقدت مسؤوليته، وجاز لهذا الأخير مراجعة القضاء لاستصدار حكم يُجبر من خلاله المتفاوض المخالف بعدم الشروع أو البدء في استغلال هذه المعلومات أو عدم الاستمرار في استغلالها⁽³⁾.

وفي هذا السياق، فقد نصت المادة (117) من قانون العلامات الفارقة والمنافسة غير المشروعة السوري رقم (8) لعام 2007 على حق المضرور من أعمال المنافسة غير المشروعة، والتي تتضمن إفشاء الأسرار التجارية والصناعية، بالمطالبة بوقف تلك الأعمال، واتخاذ أي من الإجراءات التحفظية المنصوص عليها في القانون المذكور، بما فيها المطالبة بالامتناع عن القيام بعمل أو أعمال معينة، وفرض غرامات إكراهية إنفاذاً لذلك.

الفقرة-2- التعويض بمقابل:

بعد أن قمنا باستبعاد التعويض العيني من حيث المبدأ عن محيط العلاقات التفاوضية، لما يشكل من تعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية، ومع ما يجب أن يسود مرحلة التفاوض من تعاون وتعاضد، لم يتبقّ لدينا سوى جزاء التعويض بمقابل الذي يفرض نفسه كجزاء قانوني عن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد.

(1) د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 206.

(2) د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص 116.

(3) وقد أجاز القضاء الانجليزي أيضاً التنفيذ العيني في مثل هذه الحالة، حيث خولت المحاكم عندهم الدائن حقاً

في اللجوء إليها في سبيل منع المدين من نشر أو استخدام أية معلومات سرية سواء أكانت فنية أم مالية أم غيرها يكون قد استحوذ عليها من الدائن أثناء مرحلة التفاوض على العقد المطلوب. د. هاني سري الدين،

المرجع السابق، ص 130.

فإذا ما تبين للقاضي أن التعويض بمقابل هو الطريق الأنسب والأفضل لمحو الأضرار التي ألّمت بالطرف المتضرر في المرحلة التفاوضية، بدلاً من الإجبار على التنفيذ العيني⁽¹⁾ وجب عليه بعد ذلك أن يبين مقدار هذا التعويض وحدوده. وهو ما يقتضي بنا البحث في حدود التعويض، ومدى التعويض عن الأضرار الناشئة خلال مرحلة المفاوضات المفضية إلى عقد، ومن ثم التطرق لأهم النماذج والتطبيقات المتعلقة ببعض الأضرار التي يعوّض عنها بمقابل في مرحلة المفاوضات. أولاً- حدود التعويض بمقابل في المفاوضات:

إذا ما اختار القاضي طريقة التعويض بمقابل؛ أي التعويض المالي أو النقدي، جزاءً يوقعه على عاتق المتفاوض المسؤول لجبر الأضرار والخسائر التي ألّمت بالمتفاوض الضحية، بقي عليه بعد ذلك أن يحدد مقداره وحدوده.

وبدايةً لا بدّ من الإشارة إلى أن التعويض المترتب على المسؤولية الناشئة خلال المرحلة التفاوضية لا يمكن أن تصل بداهةً إلى درجة المسؤولية عن عدم تنفيذ العقد محل المفاوضة، حتى لو كانت الحلول التي أقرها الطرفان المتفاوضان قد عالجت كافة الأركان الأساسية أو الجوهرية للعقد المطلوب، وسائر شروطه الأخرى، فالفرض هنا أن تعاقدًا لم ينشأ فعلاً⁽²⁾. ومن ثمّ فإن دراسة حدود التعويض بمقابل تتطلب أولاً التعرّض إلى المبدأ الذي يحكم تحديد مدى التعويض، وبيان الوقت الذي يجب فيه تقدير التعويض.

1. مبدأ التعويض الكامل للضرر:

يتحدد مدى التعويض بموجب أساس واحد لا ثاني له هو الضرر⁽³⁾، فخصوصية المسؤولية المدنية تتمثل في أنها تهدف إلى إعادة وضع المتفاوض المتضرر وبقدر الإمكان إلى الوضع ذاته الذي كان سيصبح عليه، لولا وقوع الفعل الضار، وعلى نفقة المتفاوض المسؤول عن الضرر⁽⁴⁾، وهو ما لا يتحقق إلا بالتعويض الكامل، وهو ما أخذت به التشريعات المدنية كافة⁽⁵⁾.

(1) يؤكد المشرع السوري على هذا المعنى في المادة (216) من القانون المدني التي تنص على أنه: ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه)) وبالمثل فعلت المادة (215) مدني مصري، والمادة (252) موجبات وعقود لبناني.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 921.

(3) د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 471.

(4) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 541. وأيضاً: د. غنى طه، المرجع السابق، ص 484. وأيضاً: د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 471.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 921.

ومن هنا فإن المبدأ الذي يحكم الموضوع هو وجوب التعويض على المتفاوض المدعي عن كامل الأضرار والخسائر التي لحقت به⁽¹⁾ بسبب خطأ المتفاوض المدعى عليه، الذي تنكر لالتزام حسن النية، وقام بقطع المفاوضات من دون مسوغ مشروع. فمبدأ التعويض الكامل تقتضيه كل من قواعد المنطق والعدالة⁽²⁾.

فقد نصت المادة (171) من القانون المدني السوري على أنه: ((يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المتضرر طبقاً لأحكام المادتين (222) و(223)، مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة ودون أن يتقيد بأي حد، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير)). ولا تختلف الأحكام في خصوص تقدير التعويض، وبيان مداه ونطاقه في القانون السوري عن مثيلاتها في القوانين المدنية المصرية والأردنية واللبنانية⁽³⁾، وتطبيقاً لهذا المبدأ فإن الطرف المتضرر في المرحلة السابقة على التعاقد، من حقه أن يعوّض عن جميع الأضرار والخسائر التي لحقت به بسبب سوء تصرف المتفاوض المسؤول. وتتمثل هذه الخسائر في الأضرار التي أصابته⁽⁴⁾، كما سبق تحديدها سواء أكانت أضراراً مادية أم أدبية⁽⁵⁾، وسواء أكانت أضراراً حالية أم مستقبلية، بشرط أن يكون التقدير القضائي لمدى الضرر المستقبلي ممكناً⁽⁶⁾.

كما يشمل التعويض الواقع على عاتق المتفاوض المسؤول كل الضرر المباشر⁽⁷⁾، ففي إطار المسؤولية التقصيرية الناشئة في مرحلة المفاوضات، فإنه طبقاً للقواعد العامة لا محل للتفريق بين

-
- (1) د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 215.
 - J. Schmit, La période précontractuelle en droit française, Art. préc, p. 554
 - (2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 921.
 - (3) انظر المادة (170) مدني مصري، والمادتين (266-268) مدني اردني، والمادة (134) موجبات وعقود لبناني والتي تنص في الفقرة الأولى منها ((أن العوض الذي يجب للمتضرر من جرم أو شبه جرم يجب أن يكون في الأساس معادلاً للضرر الذي حلّ به)).
 - (4) د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 776.
 - (5) د. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 401. وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 443.
 - (6) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 199. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 215.
 - (7) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 970-971. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 395. وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 772. وأيضاً: د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص 117.

الضرر غير المتوقع من المفاوض المدعى عليه والضرر المتوقع منه⁽¹⁾، فمسألة توقع الضرر المطلوب التعويض عنه تطرح في نطاق المسؤولية العقدية⁽²⁾، أي في حال كانت المفاوضات مقترنة باتفاق تفاوضي⁽³⁾، حيث يشمل التعويض عند ترتب هذه المسؤولية الأضرار المتوقعة وقت إنشاء الاتفاق ما لم يكن المتفاوض قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً⁽⁴⁾؛ لأن العقد نشأ بإرادة العاقلين فيكونان قد قدرا مدى التعويض عند الإخلال به، فلا يدخل في حساب ما قد رآه ضرراً لم يكن متوقعاً عند التعاقد⁽⁵⁾.

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين أساسيين يجب على القاضي أن يأخذهما في الحسبان عند تقديره مدى التعويض الواجب دفعه، وهما ما لحق المتفاوض المتضرر من خسارة، وما فاتته من كسب متمثل بضياح فرصة الدخول في عقد صحيح مع المتفاوض معه أو مع الغير، بشرط أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجادة⁽⁶⁾.

ويقتضي منطق التعويض الكامل للضرر في المرحلة التفاوضية عدم السماح للقاضي أن يأخذ بالحسبان جسامه التعدي أو تقصير المتفاوض المسؤول عن وقوع الضرر، وهو ظرف خارج عن الضرر. حيث إن التعويض يقاس على أساس الضرر كما حصل، ويكون حسابه بالشكل الذي يغطي هذا الضرر⁽⁷⁾، إلا أن القضاء من الناحية العملية غالباً ما يتأثر بجسامه الخطأ عند تقديره الضرر

(1) المادة (222) مدني سوري، والمادة (222) مدني مصري، والمادة (2/267) مدني أردني، والمادة (263) موجبات وعقود لبناني.

(2) وتوقع المتفاوض المتضرر يقاس بمعيار موضوعي وليس بمعيار ذاتي، إذ إن الضرر المتوقع هو الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، وليس الضرر الذي يتوقعه المدين بالذات، ويجب أن يكون الضرر طبقاً للمعيار الموضوعي متوقعاً في مقداره ومراعياً وقت التعاقد. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 686-687 وانظر كذلك: نقض مدني مصري، 31 مارس 1970، المجموعة، س21، ص538، رقم 86. وأيضاً: نقض مدني، 4 فبراير 1971، المجموعة، ص14، ص172، رقم30.

(3) د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص70. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص55. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص214.

(4) المادة (2/222) مدني سوري، والمادة (2/221) مدني مصري، والمادة (263) موجبات وعقود لبناني.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص685. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص522. وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص349. وأيضاً: د. غني طه، المرجع السابق، ص418.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص924.

(7) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص973. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص397. وأيضاً: د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل العقدية، المرجع

الناجم عنه⁽¹⁾ لتحديد مدى التعويض المقابل والمناسب له، فيجعل التعويض أزيد في حالة الخطأ الجسيم منه في حالة الخطأ اليسير⁽²⁾. فقد تضمنت المادة (215) من القانون المدني السوري إشارة إلى أن جسامته الخطأ الصادر عن المدين تدخل في حساب القاضي لدى تحديد مقدار التعويض، عندما نصت على أنه ((إذا تمّ التنفيذ العيني أو أصر على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين))⁽³⁾. ومن ثمّ فإنه إذا ما قام المتفاوض المسؤول بالعدول والانسحاب من المفاوضة بعد أن تكون قد قطعت شوطاً مهماً، وتمّ خلالها حسم الكثير من المراحل والأمور التي قربت الفرقاء من محطة إبرام العقد النهائي، فلا شك أن مثل هذا الانسحاب غير المشروع أو الجدي يشكل خطأ فادحاً وجسيماً ينم عن سوء نية، وإرادة الإضرار بالطرف الآخر. مما يوجب على قاضي الموضوع أن يأخذه بالحسبان في تحديد التعويض للزيادة فيه، فيلزم صاحبه بدفع تعويض كبير يتناسب مع كبر الثقة المشروعة التي ينتظرها منه المتفاوض الضحية، الذي قام لديه اعتقاد مشروع بقرب إبرام العقد محل عملية التفاوض⁽⁴⁾.

السابق، ص 70. وأيضاً: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 237.

وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 771.

(1) ويبرر ذلك عادةً بالقول إن القاضي إنسان وليس آلة، فهو يتأثر بما يتأثر به غيره من الناس، فكما أن الناس ينفرون من تعمد الإضرار بالغير أو ارتكاب أخطاء جسيمة تلحق بغيرهم الألم والضرر، كذلك يتأثر القاضي بهذا الظرف. د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 484.

(2) لهذا جاء نص المشروع التمهيدي (237) للتقنين المدني المصري صريحاً في هذا المعنى حيث ذكر أن القاضي يقدر التعويض "مراعيًا في ذلك الظروف وجسامته الخطأ" ثم استبدلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بهذه العبارة عبارة "مراعيًا في ذلك الظروف والملابسة" لأن جسامته الخطأ تدخل في عموم لفظ الظروف، ومن هنا يتضح أن نية الشارع قاطعة في وجوب الاعتداد بجسامته الخطأ في تقدير التعويض. انظر في ذلك: د. أحمد أبو ستيت، المرجع السابق، فقرة 488. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 628. وأيضاً: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 974. وانظر أيضاً المادة (171) من القانون المدني السوري.

(3) يقابل النص السوري، نص المادة (214) مدني مصري، ونص المادة (360) مدني أردني.

(4) J. Schmidit, La periode precontractuelle en droit francaise, Art. prec, p. 548 ; Ph. Le Tourneau, op. cit, p. 21 ; J. Ghestin, Art. prec, n° 30, P. 21

قارن: د. عاطف النقيب، الذي يرى أن ((المسؤولية التي تترتب على قطع المفاوضات الحاصل بالشكل الخاطئ هي مسؤولية تقصيرية، فتخضع لقاعدة هذه المسؤولية فيكون مسوغاً الاعتداد بأي خطأ يثبت في مسلك من قطع التفاوض لقيام المسؤولية عنه دون ضرورة لاشتراط درجة من الجسامته فيه إذ لا محل لهذا الاشتراط من غير نص عليه)). المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 237.

وإن أعمال المبادئ السابقة عند ممارسة القاضي سلطته في تحديد مدى التعويض الواجب الإيفاء به للضحية في المفاوضات، يشترط ألا يكون هذا التعويض مقدراً في اتفاق التفاوض⁽¹⁾، فإذا ما وجد القاضي أن المتفاوضين قد حددا مقدماً في اتفاق التفاوض، أو في اتفاق لاحق قيمة التعويض الذي يستحق للدائن عند امتناع المدين عن تنفيذ ما يقتضيه التزامه التفاوضي أو التأخر فيه، وهو ما يعرف عادة بالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) تعين على القاضي الحكم بالمبلغ المتفق عليه من دون زيادة أو نقصان⁽²⁾.

2. توقيت تحديد قيمة التعويض بمقابل في المفاوضات:

إن الفقه القانوني مختلف وغير مستقر على الوقت الذي ينظر إليه عند تقدير الضرر المطلوب التعويض عنه في المفاوضات، وسبب هذا الخلاف هو خلاف آخر حول طبيعة الحكم بالتعويض، هل هو كاشف أم منشئ؟ فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الحكم بالتعويض يعد منشئاً حق المتضرر به، ومن هنا فإن حق المتضرر بالتعويض ينشأ وقت صدور الحكم، ويجب أن يقدر التعويض من هذا التوقيت. في حين ذهب آخرون إلى أن الحكم القاضي بالتعويض هو كاشف لهذا الحق، ومن ثم فإن حق المتضرر ينشأ وقت وقوع الضرر، ويجب أن يقدر التعويض في هذا التوقيت⁽³⁾.

وفي الواقع، فإن مصدر الحق في التعويض هو العمل غير المشروع، الذي ألحق ضرراً بالتفاوض الآخر. وعليه فإن حق المتفاوض المتضرر في الحصول على تعويض يوجد من اللحظة التي صدر فيها ذلك العمل، إذا كان الضرر قد تحقق في هذا الوقت، أما إذا تراخى الضرر عن وقت صدور التصرف الخاطئ، فإن الحق لا يوجد إلا من وقت تحقق الضرر، لأن هذا هو الوقت الذي تكتمل فيه أركان المسؤولية. وإن الحكم الذي يصدر في النزاع يعلن حق المتفاوض المتضرر

(1) د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 622. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 213.

(2) إلا أن المشرع وخروجاً على هذا الأصل العام منح القاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي زيادةً أو نقصاناً بما يجعل التقدير مساوياً للضرر، ولا يجوز سلبه هذه السلطة باتفاق خاص (المادة (225) مدني سوري، والمادة (3/224) مدني مصري)، وقد أجاز المشرع السوري في المادة (2/225) للقاضي تخفيف التعويض الاتفاقي في حالتين، هما ((1- إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، 2- إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه)) وهذا هو حكم القانون المصري في المادة (224) وحكم القانون اللبناني أيضاً وفقاً لنص المادتين (2/266 و 3/366). كما أجاز المشرع السوري وفقاً للمادة (226) للقاضي زيادة هذا التعويض إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه، ونجح الدائن في إقامته الدليل على أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، وكذلك هو حكم القانون المصري في المادة (225) وحكم القانون اللبناني في المادتين (138 و 267).

(3) انظر بشأن هذه الآراء: د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1، المرجع السابق، ص 496 وما بعدها. وأيضاً: د. عدنان سرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 491-492.

بالتعويض عن الضرر اللاحق به، والذي نشأ بحصول هذا الضرر، ومن ثم يكون الحكم كاشفاً وليس إنشائياً، وهذا هو رأي جمهور الفقه⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أن وقت نشوء الحق في الحصول على تعويض يختلف عن الوقت الذي يقدر فيه الضرر، على نحو لا يصح الاعتداد بأحدهما لتحديد الآخر، فالمبدأ هو أن الضرر يحدد نهائياً بتاريخ صدور الحكم الذي قدر مدى التعويض عنه⁽²⁾ فيقدر القاضي الضرر وقيّمته كما تحقق منه يوم حكمه، وليس بقيّمته وقت وقوعه. وهذا ما يعد أكثر ملائمة للمفاوض المتضرر، وذلك لأن النتائج التي تتمخض عن الفعل الضار الصادر عن المتفاوض المخطئ ليس من المفروض أن تظل ثابتة لا تتغير، فقد تشتد أو تخف تبعاً للظروف⁽³⁾.

ويقصد بالحكم هنا الحكم النهائي، فإذا صدر حكم من أول درجة فالقاضي يقدر التعويض عن الضرر الذي أصاب المتفاوض الضحية على حسب حجم الضرر وقتئذ، فإذا طعن بالحكم استئنافاً فإن التعويض يعاد تقديره وفقاً لحكم الضرر عند صدور حكم الاستئناف، فإذا نُقِصَ الضرر الذي أصاب الضحية، أو تقلص في قدره عما كان عليه عند صدور حكم أول درجة فإن القاضي يعتد بذلك القدر المتحقق عند الاستئناف، أيّاً كان سبب الضرر وانخفاضه. في المقابل إذا زاد الضرر وتفاقم فإن قاضي الاستئناف يأخذ بالزيادة التي ترتبط فقط بخطأ المتفاوض المدعى عليه بعلاقة سببية مباشرة⁽⁴⁾.

ثانياً - نماذج الأضرار التي تعوّض بمقابل في المفاوضات:

بدايةً لا بد من الإشارة إلى عدم إمكانية حصر كافة نماذج الضرر التي يمكن أن تلحق بالمفاوض الضحية، نظراً لاختلاف طبيعة المفاوضات من عقد لآخر، إلا أننا سنعرض فيما يأتي أهم الأضرار التي يمكن تصورها في مرحلة المفاوضات، كالنفقات المبذولة بمناسبة التفاوض، وضياع

(1) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 623. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق،

ص 352. وأيضاً: د. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، بيروت، 1958، ص 120. وأيضاً:

د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 387.

(2) وهذا هو رأي أبي حنيفة في تقدير الضمان عن المثلي إذا انقطع. د. مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان

فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهاها، انطلاقاً من نصوص القانون

المدني الأردني، دار القلم، دمشق 1988، ص 118.

(3) القانون المدني الأردني اتخذ حلاً منتقداً، وذلك عندما ألزم القاضي بتقدير قيمة التعويض وقت وقوع الضرر،

وهو ما أشارت إليه صراحةً المادة (363) منه عندما قضت أنه ((إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في

العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه)). د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع

السابق، ص 929.

(4) د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 686. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة

للاتزام، المرجع السابق، ص 397. وأيضاً: د. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع

السابق، ص 387.

فرصة التعاقد، والوقت الضائع في التفاوض، والمساس بالمكانة المهنية والتجارية للمتفاوض الضحية، وأخيراً ضياع القيمة المالية للسّر.

1. النفقات المبذولة بمناسبة التفاوض:

تتسع النفقات التي بذلها المتفاوض المتضرر بمناسبة التفاوض لتشمل كل ما بذله من أجل الأعداد لعملية التفاوض، والتهيئة لإبرام العقد المزمع إبرامه مع المتفاوض المتسبب في حدوث الضرر. شأن النفقات التي تكبدها في سبيل إجراء الدراسات اللازمة لإعداد العرض المقدم منه، أو لدراسة وتقييم العرض المقدم من المتفاوض الآخر، وشأن نفقات السفر والإقامة، ونفقات أخرى تتطلبها المفاوضة على الصفقة المطلوبة⁽¹⁾.

ولكي يحصل المتفاوض مدعي الضرر على تعويض بدلي لما بذله من نفقات ومصروفات سابقة فإنه يلزم أن تقوم رابطة سببية بين هذه النفقات وبين الخطأ المتمثل بالقطع غير المسوغ للمفاوضات⁽²⁾ ومن هنا فإنه يجب التفريق بين فرضين اثنين:

الفرض الأول: أن تكون النفقات والمصروفات التي أنفقها المتفاوض المدعي، قد بذلت في سبيل التفاوض ولأجله، أي أن تكون قد أملت بها طبيعة هذه المفاوضة الخاصة وظروفها⁽³⁾، فلو لا هذه المفاوضة لما بذلت هذه المصروفات⁽⁴⁾. كأن تستدعي ظروف المفاوضات إعداد دراسات جدوى ودراسات قانونية، أو أن تستلزم سفرًا وإقامة من أجل الاطلاع والتباحث بموضوع الصفقة. فمثل هذه المصروفات وما يقابلها تعد خسارة حقيقية وفعليّة أحاطت بالمتفاوض ضحية القطع المباغت الخاطئ

(1) F. Terre et Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 177, p. 169 ; J. Schmidt, la période précontractuelles en droit française, Art. préc, p. 548

(2) وهي نفقات لا يمكن أن تكون محلاً مباشراً للفعل الذي يشكل ضرراً أو تعدياً، فهي مصروفات ينفقها نفس الشخص المدعي بها، ولهذا فلا يسأل عنه الشخص المدعي عليه إلا بسبب كونه متسبباً بها طبقاً للمادة (257) مدني أردني، والمتسبب يعرف بأنه الشخص الذي لا يؤدي ما يقوم به من فعل إلى إتلاف المال بصورة مباشرة، بل إن الإتلاف يتم بشكل غير مباشر، أي أن هناك علاقة بين الإتلاف وفعل هذا الشخص. وإن إنفاق هذه الأموال يعد إتلافاً لأن المجري العادي للأمر هو أن تكون هناك احتمالية لإبرام العقد، وبالتالي تعويض مثل هذه النفقات من خلال الأرباح المتوقعة للعقد، إلا أن قيام الطرف بالتعسف بقطع المفاوضة، وبلا أسباب تجارية معقولة أدى إلى أن يكون إنفاق مثل هذه المصاريف قد تم بلا جدوى، وبالتالي يعد ذلك بمثابة إتلاف لها. د. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول، نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة، آل البيت، المجلد 7، العدد 3، 2001، ص 234.

(3) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 177. وأيضاً: د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل العقدية، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. صلاح الدين زكي، لمرجع السابق، ص 87. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 215.

(4) Cass. Civ, 19-01-1977, D. 1977, P. 239; Cass. Com. 20-03-1972, Bull. Civ. n° 93; 20-05-1980, Bull. Civ, v, n° 212, C.A. Pau, 14-01-1969, D. 1969, 716

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 934.

للمرحلة التفاوضية، ومن ثم فإن المتفاوض المتضرر من جراء ذلك يستحق الحصول على تعويض عادل ومواري لما بذله بمناسبة التفاوض وبسببه من مصروفات من دون جدوى.

وبناءً على ذلك وجدنا أن محكمة النقض الفرنسية، بعد أن رأت أن المفاوضات قطعت بصورة تعسفية بين صاحب مصنع أراد شراء آلة لصنع المواسير من الإسمنت تنتجها شركة أمريكية من وسيط للبيع في فرنسا، ألزمت المحكمة الوسيط بدفع تعويض لصاحب المصنع الذي ذهب خصيصاً إلى أمريكا من أجل معاينة هذه الآلة، والاطلاع عليها، عما لحقه من ضرر متمثل بما تكبده من نفقات سفر، ونفقات إقامة كانت قد بُذلت في سبيل الكشف على الآلة محل عملية التفاوض⁽¹⁾، كما رأينا أن هذه المحكمة قد أيدت القرار الصادر عن محكمة الاستئناف، وهو الذي ألزمت بموجبه المدعى عليه بدفع تعويض عن قطعه المفاوضة قدره (400) ألف فرنك فرنسي، وتمّ تقدير هذا التعويض على أساس النفقات التي تكبدتها الشركة المدعية خلال فترة المفاوضات شاملة لتكاليف الدراسات التي أجرتها لتقدير موقفها في التعاقد⁽²⁾.

الفرض الثاني: أن تكون النفقات والمصروفات التي بذلها المتفاوض المدعي جزءاً من النفقات والمصروفات المعتادة التي تغطي سير العمل الإداري والمكتبي عند تعاطيه لشؤون مهنته، كالنفقات التي يتكبدها في سبيل إجراء الاتصالات الهاتفية أو الفاكس أو أجور موظفيه وعماله. وفي هذا الفرض فإن الفقه القانوني⁽³⁾ متفق على استبعاد مثل هذه النفقات من دائرة التعويض، والتي لا يحق للمتفاوض المطالبة باستردادها، وذلك بحسبان أن هذه النفقات والمصروفات داخلة ضمن عمل المتضرر ويتحملها بصفته المهنية، وتدخل عادة ضمن نطاق المصروفات العامة للمنشأة كنوع من المنافسة⁽⁴⁾.

(1) Cass. Com. 20 mars 1972; J.C.P. 1973 II 17543 note J. Schmidt et RTD civ. 1972 p. 779

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 935.

(2) Cass. Com. 26 November 2003, Bull civ IV n° 186 (Manoukian)

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 935.

(3) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص ص 91-92. وأيضاً: د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص 11. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 177. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 624. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 83.

A.Coherier, Th. Prec., p. 148 ets; M. Vanwijck et p. wery, op. cit., n° 10, p. 89; J. Schmidit, La periode precontractuelle en droit francasie, Art. prec, p. 550, J. Ghestin, Art. Prec, n° 1, P. 15

(4) أما إذا نجح المتفاوض المدعي بإثبات أنه قد بذل نفقات ومصروفات إضافية من أجور لعماله وموظفيه للعمل خارج أوقات الدوام الرسمي، أو من أجور لأشخاص استعان بهم خصيصاً في سبيل الإعداد للعرض موضوع التفاوض فإن قواعد العدالة تستلزم التعويض عليه فيها. د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 625.

ولهذا فإن المحاكم الفرنسية لا تقضي غالباً بالتعويض عن النفقات العادية التي بذلها المهني في سبيل التفاوض مع العملاء، فيما يتعلق بشؤون مهنته، وذلك لأن هذه النفقات تعدُّ من مخاطر المشروع التي يجب أن يتحملها المهني وحده، الذي يكون لديه العلم المسبق بأن الصفقة المتفاوض عليها قد لا تبرم⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف كولمار الفرنسية⁽²⁾ أن ((الخرائط والمقاييس التي ترفق بالإيجاب ليست إلا ملاحق له تهدف إلى إبراز ما به من مزايا، ومن ثمَّ فإن الأموال التي تنفق عليها تدخل في المصروفات العامة التي يجب أن تتحملها كل بيوت التجارة والصناعة من أجل التفوق على منافسيها)). وكذلك فإن محكمة استئناف باريس قررت أن تقديم العروض والخرائط يعدُّ من مرفقات العرض، ولا مجال للتعويض عنها في حال قطع المفاوضات العقدية، لأنها جزء من نفقات الشركة العامة التي تتحملها في كل حال للوصول إلى التعاقد مع الغير⁽³⁾، وهو ما اعتمدته محكمة النقض الفرنسية أيضاً⁽⁴⁾.

ولا يفوتنا أن نلحق بحكم عدم أحقية المتفاوض المضرور في طلب استرداد ما بذله من نفقات ومصروفات معتادة، الحالة التي يُقدَّم فيها هذا المتفاوض بخفة وسذاجة، ودون أدنى درجة تبصر أو احتراز لديه على صرف هذه النفقات⁽⁵⁾.

كما تأخذ الحكم ذاته النفقات التي يتكبدها أي من الطرفين على أمل انعقاد العقد، حيث تقع هذه النفقات على مسؤوليته الشخصية⁽⁶⁾، أو التي يتكبدها قبل التأكد من تقدُّم المفاوضات وجديتها، واحتمالاتها المؤكدة في الإفضاء إلى العقد المنشود، أو أن تبذل هذه النفقات في وقت تشير فيه ظروف المفاوضة وملابساتها إلى أنها مفاوضات لن تفلح في الوصول إلى غايتها المرجوة⁽⁷⁾.

وهو ما يجد تطبيقه في القرار الصادر عن محكمة استئناف بيروت التي ذهبت من خلاله إلى توزيع المسؤولية بين الأطراف المتفاوضة، محملة المتفاوض المتضرر جزء من المسؤولية، بحسبان

(1) J. Ghestin, Art. Prec, n° 1, P. 15

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 936.

(2) CA. Colmar, 5 dec. 1928, rev. Jur, ALS. Lor. 1929, p. 364; J. Schmidt, op. Cit., p. 106

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 936.

(3) Paris, mars 1912, Gaz/ pal. 1912, II, 210

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 937.

(4) Cass. Civ. 30 nov. 1971, Bull IV. n° 288, p. 270

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 937.

(5) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 92. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص 11. وأيضاً: د.

هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 157.

J. Schmidt, La periode precontractuelle en droit francasie, Art. prec, n° 10 p. 53

(6) د. أمين الدواس، المرجع السابق، ص 184.

(7) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 938.

أنه مع توالي الأيام كان على هذا الأخير ((أن يستعيد في عقله القضية التي كانت تشغله، فيعرض كافة الاحتمالات ويحتاط لما قد يطرأ من تقلبات على وضع ركز عليه، فعمل على توفير ما يضمن النتيجة المقصودة (أي التعاقد على إلزامه بورشة تليط رخام)، أو يتوقف عن متابعة القيام بتحضيرات ربما لا تبلغ غايتها....، وحيث إن استمراره فيها، بعد الفترات الأولى من دون أن يستحصل على التزام صريح وجازم من قبل المستأنف عليه، يرد على قلة في الحرص والتبصر لديه يسأل بسببها عن استمرار وضع، وتفاقم خسارة يشكو منها، فيكون بالتالي مشتركاً في المسؤولية عما لحق به من أضرار))⁽¹⁾، حيث يلحظ على هذا القرار أنه رتب مسؤولية من قبل كل متفاوض بوجوب التنبيه إلى مسلكيات الطرف الآخر وتصرفاته في المفاوضة، فإذا ما وجدها تنبئ عن رغبة بعدم مواصلة المفاوضة كف عن السعي ومتابعة بذل الجهود والنفقات في سبيل الوصول إلى الغاية المبتغاة من المفاوضة⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه في أثناء سير إجراءات التفاوض على العقد المطلوب إبرامه، قد يُقدّم أحد المتفاوضين على إبرام عقود تمهيدية مرتبطة بإبرام العقد النهائي، ويكون أحد أطراف العقد التمهيدي شخصاً آخر يعد أجنبياً عن إطار العلاقة التفاوضية القائمة ما بين الطرفين⁽³⁾. فالفرض هنا هو أن أحد الأطراف المتفاوضة تعهد بمواجهة الغير بالتزامات يتوقف تنفيذه لها على نجاح المفاوضات، وإبرام العقد موضوع التفاوض⁽⁴⁾.

ومن تطبيقات ذلك مثلاً أن يقوم صاحب مشروع بناء فندق، في أثناء تفاوضه مع مالك الأرض المنوي تشييد الفندق عليها بالتعاقد مع إحدى المكاتب الهندسية، من أجل وضع خرائط وتصاميم للبناء، أو يتعاقد مع شركة مقاولات من أجل إسناد عملية البناء إليها. فطبقاً لمبدأ نسبية العقود⁽⁵⁾ وطالما أنه لا وجود لرابطة عقدية تجمع بين المتفاوض والأشخاص الذي اتفق معهم المتفاوض الآخر فإن أثر هذه الاتفاقات لا تنصرف إليه، كونه يعد أجنبياً عن هذه الاتفاقات⁽⁶⁾.

(1) استئناف بيروت المدنية، قرار رقم 632، تاريخ 1968/4/25، النشرة القضائية، سنة 1970، ص 449.

(2) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 172.

(3) وما يدفع المتفاوض لإبرام عقود مع الغير هو "الأمل" الذي ينبعث داخله ويجعله يعتقد أن العقد المتفاوض بشأنه قد أصبح على وشك الإبرام، كما قد يجد المتفاوض في هذه الطريقة ما يعطي الانطباع للطرف الآخر، بجديته في التعاقد. د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 96.

(4) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 172. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 82.

(5) انظر: المادة (1165) مدني فرنسي، والمادة (146) مدني سوري، والمادة (125) مدني مصري، والمادة (225) موجبات وعقود لبناني.

(6) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 939.

إلا أن المشكلة التي تدق في هذا الفرض هي أن تسفر المفاوضة الجارية ما بين الطرفين عن فشل في الوصول إلى إبرام العقد النهائي، الأمر الذي ينعكس سلباً على العقود التمهيدية المبرمة مع الغير، ويحول دون تنفيذها. فإذا كان فشل المفاوضة ناجماً عن خطأ ارتكبه المتفاوض الأجنبي عن هذه العقود، بعدم التزامه الجدية والشفافية في إدارة مفاوضاته، وقطعه لها بصورة مباغلة غير مسوغة. فهل يكون بمقدور المتفاوض المتضرر أن يحمل المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضة بكامل قيمة ما قد يتوجب عليه من تعويضات يدفعها للغير بسبب عدم تنفيذه للالتزامات التي تتضمنها العقود المبرمة معهم؟ وما قد يلحقه من أضرار أدبية تصيب سمعته التجارية، والنيل من مصداقيته، وإثارة الشكوك حول قدرته المهنية؟

وفي هذا الشأن يتجه بعض الفقه إلى التفرقة بين حالتين من منظور تحقق العلم من عدمه بهذه العقد من قبل المتفاوض الآخر⁽¹⁾ فإذا ما كان الأخير عالماً بأمر ما يبرمه المتفاوض المتضرر من عقود تمهيدية مع الغير، أو حثه على إبرامها بغية تشجيعه على الاستمرار في إجراءات التفاوض التي قام بقطعها، أو قادها بصورة غير مجدية. فإن قواعد العدالة والمنطق تقضي بإلزامه بجبر الضرر المتمثل هنا في استحالة تنفيذ ما أبرمه من عقود مرتبطة بالعقد النهائي الذي لم تسفر عنه المرحلة التفاوضية.

أما في حالة جهل المتفاوض الآخر، وعدم علمه بأمر هذه العقود، أو تسجيل اعتراضه على إبرامها، فإن قواعد العدالة والمنطق تقتضي عدم تحميل هذا الأخير وزر هذه العقود، وحصر مسؤولية التعويض عن عدم تنفيذها بالمتفاوض المتضرر نفسه⁽²⁾.

لذلك فإن أراد المتفاوض المتضرر أن يثبت للطرف الآخر جديته في التفاوض، عن طريق إبرامه لعقود تمهيدية مع الغير، فإنه بإمكانه إبرام عقود تمهيدية مع الغير مصحوبة بشروط تنفي عنها أي

(1) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 97-98. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 635. وأيضاً:

د. أمين دواس، المرجع السابق، ص 191. وأيضاً: تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة لاستكمال شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013. وقارن: د. محمد أبو زيد، الذي يرى أنه على الرغم من وجهة هذه التفرقة إلا أنها تؤدي إلى ضرورة إعلام المتفاوض للطرف الآخر بالتعهدات التي يأخذها في مواجهة الغير اعتماداً على العقد موضوع المفاوضة، وذلك حتى ينجو بنفسه من أي تعويض، ولكن هذه التفرقة تتعارض مع حق المتفاوض في الحفاظ على سرية أعماله وشؤونه ((إذ قد يقتضي نجاح أعماله أن يخفي عن المتفاوض معه ما يبرمه من صفقات مع الآخرين وخاصة عندما تكون لها علاقة بالعقد محل التفاوض، المرجع السابق، ص 83.

(2) د. أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص 941 وأيضاً: مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016، ص 151.

صفة إلزامية ذاتية، كأن ينص هذا العقد مثلاً على تعليق أثره على توقيع العقد الأصلي الذي يجري التفاوض عليه⁽¹⁾.

2. ضياع فرصة التعاقد:

رأينا سابقاً أن الضرر الذي يكون محلاً للتعويض، هو ذلك الضرر المحقق والمتيقن منه، وكذلك الضرر المستقبل المؤكد الحدوث، ولذلك فقد استبعدنا من نطاق التعويض في مرحلة المفاوضات التعاقدية الضرر الاحتمالي، على أساس أنه ليس ضرراً محققاً. أما ضياع الفرصة على المتفاوض المتضرر أو حرمانه من فرصة سانحة أمامه فيجب التعويض عنها⁽²⁾؛ لأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن ضياعها أمر محقق ومتيقن منه⁽³⁾.

فطبقاً للمادة (1/222) من القانون المدني السوري، والمادة (1/221) من القانون المدني المصري، يكون على القاضي أن يقدر التعويض، بحيث يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، وعلى ذلك فإن التعويض في حالات المسؤولية التقصيرية يشمل الكسب الفائت. ومفهوم الكسب الفائت هو من السعة والشمول، بحيث قد يشمل تعويض فقدان الفرصة الذي لا بد لها أن تدخل في عناصر الضرر اللازم التعويض عنه⁽⁴⁾.

ولقد أثارت مسألة التعويض عن ضياع الفرصة نقاشاً حاداً بين الفقهاء بين رافضٍ لها ومؤيدٍ لها. فالضرر الاحتمالي المتمثل في الحرمان من كسب احتمالي غير مؤكد، يعد في ذات الوقت ضرراً محققاً، يتمثل كحد أدنى في الحرمان من فرصة الكسب. وإذا كان الكسب الذي تؤدي إليه الفرصة

(1) كما يرى البعض أن التفاوض الذي يجري في إطار تعاقدٍ هو دليل على حسن نية المتفاوض الذي يرتبط مع أشخاص آخرين بتعهدات يتوقف تنفيذها على نجاح المفاوضات، وإبرام العقد موضوع المفاوضات، خاصة عندما يكون هذا المتفاوض قد دفع مقابلاً لاحتكاره عملية التفاوض. وقصره عليه. د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 82-83.

(2) نقض مدني مصري، 14 مارس 1985، المجموعة ص 36 رقم 86، ص 403، أيضاً: تمييز حقوق أردني، 1983/3/29، مجلة نقابة المحامين، سنة 1983، ص 30 ع 5-8 رقم 82/768. هذا ويلحظ أن التعويض عن فوات الفرصة يرد في المسؤولية العقدية، وكذلك في المسؤولية غير العقدية، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 518.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 862. وأيضاً: د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 589. وأيضاً: د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 331. وأيضاً: د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص 408. وأيضاً: د. غنى طه، المرجع السابق، ص 462. وأيضاً: د. عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 422.

(4) د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 77. وأيضاً: د. يزيد نصير، نظرية الخطأ أثناء التفاوض، المرجع السابق، ص 236.

احتمالياً، فإن ضياع فرصة تحقيق هذا الكسب يكون نهائياً وبقينياً، أي ضرراً محققاً واجب التعويض⁽¹⁾.

وكنا قد رأينا أن الفقيه الإيطالي فاجيلا يرى أنه من غير المقبول أن يترتب على عدم انعقاد العقد موضوع المفاوضة حق في التعويض للمتفاوض المتضرر بشكل مطلق⁽²⁾. في حين ذهب الفقيه الألماني إيهرنج إلى ضرورة الاهتمام بتقوية فرصة إبرام العقد المطلوب، والأخذ بها لجهة التعويض، بحسبان أنها تشكل إلى جانب نفقات التفاوض وضياع الوقت، ما عبر عنه هذا الفقيه بالمصلحة التعاقدية السلبية⁽³⁾.

وتعد مسألة التعويض عن فوات الفرصة مسألة على غاية من الأهمية بالنسبة إلى العقود التجارية، لأن المتفاوض في كثير من الأحيان لا يُقدم على إجراء التفاوض، إلا إذا ضمن أن له الحق بالمطالبة بتعويض ضياع الفرصة التي كان من الممكن تحقيقها لو تم إبرام العقد، أو إبرام عقد آخر مع الغير بدلاً من العقد موضوع المفاوضة التي لم تُسفر عن إبرامه⁽⁴⁾.

لذلك فإن الفقه الراجح⁽⁵⁾ يُلزم المتفاوض المسؤول عن فشل التفاوض مع الطرف الآخر بأن يعرضه عن حرمانه من ضياع فرصة الدخول في عقد صحيح ذي منافع لمصلحة المدعي

(1) د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 85-86.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 752. وأيضاً الصفحة 155 من هذا البحث.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 720-721. وأيضاً الصفحة 138 من هذا البحث.

(4) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 944.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 207. وأيضاً: د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 250. وأيضاً: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 57. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، المرجع السابق، ص 68. وأيضاً: د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص 94. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 631. وأيضاً: د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص 70. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 216. وأيضاً: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 277. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 76. وأيضاً: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 160. وأيضاً: د. يزيد نصير، نظرية الخطأ أثناء التفاوض، المرجع السابق، ص 236. وأيضاً: د. أمين دواس، المرجع السابق، ص 191. وأيضاً: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 198. وأيضاً: د. محمود فياض، المرجع السابق، ص 252. وأيضاً: د. علي السقا، المرجع السابق، ص 147.

R. Demogue, op. cit., p. 167; J. Mestre et p. Fages, Art. prec., p. 106 ; F. Terre et Ph. Simler Y. Lequette, op. cit., n° 177, p. 169 ; J. Schmit, la période précontractuelle en droit française, Art. prec, p. 549

قارن: د. محمد عبد الظاهر، الذي يرى أن ((من الصعب تقبله في كل حالات المسؤولية قبل التعاقدية، إذ إن القول به يعني -في الوقت نفسه- أننا نرتب أثراً على عقد لم يبرم، إذ إن الكسب المراد تعويضه هو ما كان بأمل المتضرر تحقيقه من وراء إبرام العقد. أما أنه لا يوجد حديث عن عقد في المرحلة السابقة على التعاقد، بل

بالتعويض، وعن الفرص التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى محل العقد الذي لم يحصل عليه. بحيث يدخل التعويض عن ضياع الفرصة ضمن التعويض الذي تقرره المحكمة متى كان هناك فرصة حقيقية أي جدية قابلة للتقدير، كأن تكون المفاوضات قد وصلت إلى مرحلة متقدمة تبشر بتمام التعاقد النهائي، وتمّ بذل نفقات وجهد في إعداد دراسات واستشارات وغيرها، مما زاد الثقة لدى الطرف الآخر بعدم انسحاب مفاوضه أو عدوله عن فكرة إتمام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، حيث أن قطع المفاوضات والانسحاب منها من دون مسوغ مشروع في ظل فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد المطلوب يعدّ ضرراً مؤكداً يستوجب التعويض⁽¹⁾، على نحو يمكن القول معه برجوع ضياع الفرصة إلى الإخلال بهذه الثقة المشروعة⁽²⁾.

كما يشترط ألا يكون ضياع فرصة العقد المنشود راجعاً إلى خفة المتفاوض مدعي الضرر وسذاجته، وذلك بالألا يتسبب الأخير كلياً أو جزئياً في ضياعها بخطأ صادر عنه⁽³⁾.

وفيما يتعلق بتعويض المتفاوض الضحية عن فقدانه لفرصة التعاقد مع المتفاوض المنسوب إليه الخطأ، فقد أكدت عليه محكمة استئناف باريس عندما أقرت مسؤولية المتفاوض المدعى عليه، بسبب قيامه بإنهاء مفاجئ لمفاوضاته الجارية مع شركة (Holding) يعد شريكاً فيها، حول صفقة شراء هذه الأخيرة لبعض الأسهم العائدة له في شركة أخرى، إلا أنه خلال إجراءات التفاوض قام المتفاوض المسؤول ببيع الأسهم المتفاوض عليها إلى شخص من الغير، فألزمت المحكمة على إثر ذلك بدفع تعويض لشركة (Holding) التي تضررت نتيجة حرمانها من فرصة شراء تلك الأسهم⁽⁴⁾.

ينصب الكلام على خطأ ترتب عليه قطع المفاوضات أو توقفها قبل أن تؤدي إلى إبرام عقد، فإن من المقبول في مثل هذه الحالة تعويض المتضرر من توقف المفاوضات أو فشلها عما لحقه من خسارة بسبب هذا الفشل أو ذلك التوقف. أما عن النتائج أو المكاسب التي كان ينتظر تحقيقها بعد إبرام العقد فليس هناك مجال لتعويضها⁽¹⁾، المرجع السابق، ص 776. ومن هذا الرأي: د. صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 85-86. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص 13. وأيضاً: د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص 117.

(1) أما إذا ما زالت المفاوضات في مهدها، فإن انعدام فرصة إبرام العقد المطلوب تحول دون الإدعاء بتوقّف الضرر بتفويت الفرصة. فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر احتمالي، وغير مؤكد. د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص ص 77-78.

(2) فالمعيار الذي يرشد القاضي إذن، كما يشير الفقه، هو درجة احتمال التعاقد. د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 250. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 79. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 218. وأيضاً: د. هدى عبد الله، المرجع السابق، ص 161. وأيضاً: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 200.

(3) Cass. Civ. 17 nov. 1993, J.C.P. 1994. II, 22283; R.T.D. civ. 1994, p.851

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 946.

(4) C.A. paris; 10 janv. 1990, Dr. Soc. 1991. 8.

وفي ذات المعنى:

أما فيما يتعلق بحق المتفاوض الضحية بتعويضه عن ضياع فرصة إبرام الصفقة (محل العملية العقدية المتفاوض عليها) مع شخص آخر غير المتفاوض المخطئ، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ على الحكم الصادر عن محكمة الموضوع، عندما ألزمت البائع بالتعويض عن ضياع فرصة أمام زوجين قاما بحجز شقة في مبنى قيد الإنشاء، إلا أن البائع قد خالف ما تمّ الاتفاق عليه مع الزوجين في أن تكون الشقة مكونة من حجرتين ذات نافذتين عاديتين لتوفير الإضاءة الكافية، عندما قام البائع باستبدال النافذتين بهوائيتين دون إعلامهما. وعلى أثر ذلك امتنع الزوجان من إتمام عملية التعاقد النهائي مع هذا البائع، بسبب إفشاله للمفاوضات المؤدية إليه، ومن ثم طالباه باسترداد ما دفعاه من تأمين، وبالتعويض عن فقدانهما فرصة إبرام عقد بديل في مشروع آخر. وهو ما استجابت إليه محكمة الموضوع، وعدّت البائع مخطئاً في عدم إعلام الزوجين بالتعديلات في الوقت اللازم الذي يسمح لهما بإجراء عقد بديل في مشروع إسكاني آخر، في ظل ظروف مالية وضرائبية تحقق لهما مزايا أفضل من الوقت الذي علما فيه بالتعديلات التي أجريت على المبنى، وأدت إلى استبدال النافذتين بهوائيتين.

وما يستخلص من الأحكام السابقة، أنه يدخل في نطاق الأضرار التي يشملها التعويض بسبب الإخلال بأصول حسن النية في التفاوض ومبادئ الأمانة والثقة، الفرص الضائعة عن الدخول في عقد مطلوب، سواء مع شخص المتفاوض نفسه (المنسوب إليه الخطأ)، أم مع شخص آخر من الغير، طالما كانت هذه الفرص الضائعة (أو البديلة) جادة وحقيقية⁽²⁾.

والتعويض على المتفاوض المتضرر عن ضياع الفرصة في أي من الصورتين السابقتين لكونه ضرراً محققاً واجب التعويض، لا يُقدّر في الواقع بقدر الضرر الاحتمالي، المتمثل فيما كان يأمله المتفاوض المتضرر من منفعة متوقعة فيما لو تحقق إبرام العقد المتفاوض بشأنه، وإنما يجد هذا التعويض أساسه وتسويغه في إضاعة ما كان لدى المتفاوض المتضرر من فرص معقولة جدية وحقيقية لتحقيق هذه المنفعة، تتمثل في فقدان فرصة إبرام العقد محل التفاوض. لذلك فإن هذا التعويض يقف عند نسبة منها تعينها درجة احتمال التعاقد المصاحبة للمرحلة التي تكون قد وصلت إليها المفاوضات، لكونها تمثل الضرر المحقق الذي أصابه، والذي يكفي أساساً للتعويض⁽³⁾.

Cass. Civ., 15 nov. 1994, J.C.P. 1995, I, 3853

أشار إليها: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 947.

(1) Cass, civ. 17 nov. 1993, J.C.P. 1994, II, 22283; R.T.D. Civ. 1994, p. 851

وفي المعنى ذاته:

Cass. Com 6 Juin 1990, Bull. Jolly, p.768

أشار إليها: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 947.

(2) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 947.

(3) د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، المرجع السابق، ص 250. وأيضاً: د. مصطفى العوجي، القانون

المدني، ج 2، المرجع السابق، ص 68. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص 632. وأيضاً: د. محمد

ويقيم بعض الفقه، إلى جوار التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت فرصة الدخول في عقد صحيح، التعويض عن الربح الفائت في حال كانت عناصر تقديره متوفرة وقابلة للتحديد، والصلة السببية قائمة⁽¹⁾، إلا أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به لكون الحصول على هذه الأرباح أمر محتمل، وغير مضمون⁽²⁾. ويؤكد على ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بحق شركة (Manoukian) بتعويض قدره (400) ألف فرنك فرنسي، لجهة أن هذا التعويض تمّ تقديره على أساس النفقات التي بذلتها هذه الشركة خلال فترة المفاوضات، من دون أن يشمل مقدار الكسب الفائت من عدم التعاقد⁽³⁾.

وبالفعل فإنّ المشرع الفرنسي لم يُجز في المادة (1112) من القانون المدني الفرنسي بصيغته المعدلة في العام 2016 للمتفاوض المتضرر المطالبة بالتعويض عن خسارة الفوائد المنتظرة من العقد الذي لم تسفر المرحلة التفاوضية عن إبرامه، عندما نص على أن: ((تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه))⁽⁴⁾.

والتعويض عن ضياع فرصة التعاقد نجده أيضاً في مبادئ عقود التجارة الدولية، الصادرة عن منظمة التجارة العالمية (WTO) في العام (1994)، حيث أن الفقرة الثالثة من المادة (7) بند (3) من هذه المبادئ تجيز للمتضرر المطالبة بالتعويض عن تفويت الفرصة في حدود احتمال تحقيقها⁽⁵⁾. وفي هذا الشأن فإن قاضي الموضوع يملك سلطة تقديرية في تقرير وجود الفرصة في إبرام العقد المنشود وتقريرها، والتي يترتب على ضياعها ثبوت الحق في التعويض، وسلطته تمتد أيضاً إلى تقرير وجود علاقة سببية بين فقدان هذه الفرصة، وما تترتب عليها من ضرر للمتفاوض الضحية⁽⁶⁾.

قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكيئة المعلوماتية، المرجع السابق، ص218. وأيضاً: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص277. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص78.

J. Schmit, la période précontractuelle en droit française, Art. prec, p. 549

- (1) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص171.
- (2) تمييز حقوق اردني، رقم 87/261 مجلة نقابة المحامين، سنة 1988، ص774.
- (3) Cass. Com, 26 November 2003, Bull civ IV no 186 (Manoukian)
- أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص948.

(4) د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المرجع السابق، ص34.

- (5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص949. وكذلك فإنّ الفقه الإسلامي يجيز التعويض عن فرصة المنفعة التي انعقد سبب وجودها، وهو نوع من أنواع الإلتلاف، والإلتلاف سبب من أسباب الضرر. د. ناصر الجوفان، التعويض عن تفويت المنفعة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 2005، العدد65، ص95 وما بعدها.

(6) وإن المحاكم في بحثها في تفويت الفرصة والضرر الناتج عنها -في المرحلة التفاوضية- تحرص على ألا تخلط الآمال والتمنيات بالحقائق لأن مسألة تقدير المسؤولية والتعويض مسألة تفترض توفر سند قانوني قائم

ولمحكمة النقض رقابة قاضي الموضوع على صحة الاستخلاص الذي يجريه فيما يتعلق بفرصة إبرام العقد، وبصفة خاصة توفّر شروطها أي تحققها وجديتها ومشروعيتها، وإذا ما كان قد اعتد بفقدائها أو لم يعتد⁽¹⁾.

3. الوقت الضائع في التفاوض:

لا شك في أن من الأضرار التي يتوقع أن تلحق بالتفاوض الضحية إهدار وقته وجهده في تفاوض غير مجدٍ محكوم عليه بالفشل، مما ينشأ له حقاً في المطالبة بالحصول على تعويض عن هذا الوقت الضائع، وذلك إذا ما استطاع المتفاوض المتضرر أن يقيم الدليل على وقوع هذا الضرر⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة استئناف بيروت المدنية على وجوب التعويض عن ضياع الوقت والجهد في التفاوض، عندما قالت بأحقية الطرف الموعد بإسناد أعمال البلاط له في التعويض المادي بسبب تعرضه لبذل مجهود، وصرف وقت في سبيل التحضير والإعداد للقيام بالالتزام الموعد به من قبل المتعهد صاحب العرض من دون جدوى حقيقية من ذلك⁽³⁾.

وكذلك أيضاً فقد أسبغت محكمة النقض المصرية وصف الخطأ على سلوك الطرف الراغب في إنشاء شركة لصناعة الأسطوانات وطباعتها، في الدخول في مفاوضات مع الشخص صاحب هذه الفكرة، والمراد مشاركته في تحقيق المشروع، عندما قام بسوء نية بقطع إجراءات التفاوض في وقت غير مناسب، ودون إخطار مسبق، حيث ألزمت المحكمة بتعويض المتفاوض المتضرر عما تكبده من خسارة بسبب اضطراره لإهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي قضاها في الخارج لاختيار الآلات

على عناصر واقعية أكيدة، ومرتبطة بالضرر سبباً. (د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، المرجع السابق، ص71) لذلك فإن محكمة النقض الفرنسية اشترطت في العام (2006) وجود علاقة سببية بين فقدان فرصة التعاقد مع الغير، والدخول في المفاوضات التي تم وقفها بواسطة الطرف المخل، لتطبيق نظرية فقدان الفرصة.
Civ 3, 28 Juin 2006, D 2006, 2639, annotated by Mazeaud

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص949.

(1) د. إبراهيم دسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص121-122.

(2) د. حسام لطفي، المرجع السابق، ص93. وأيضاً: د. همام زهران، الأصول العامة للالتزام، المرجع السابق، ص57. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص215. وأيضاً: د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص117. وأيضاً: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص74. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص83. وأيضاً: د. رجب كريم، المرجع السابق، ص625. وأيضاً: د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص180. وأيضاً: د. أمين دواس، المرجع السابق، ص191. وأيضاً: د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص196.

J. Schmidit, op. cite., n° 210, p. 106 ; M. Vanwijck, p. Wery, op. cite., n° 10, p. 88, F. Terre et Ph. Simler et Y. Lequette, op. cite., p. 169

(3) استئناف بيروت المدنية، رقم 632، تاريخ 1968/4/25، النشرة القضائية، سنة 1970، ص449.

اللازمة لعمل المشروع، اعتماداً منه على جدية العرض المتقدم إليه، وفي أن تبلغ المفاوضات غايتها من عقد الشركة بينهما⁽¹⁾.

وفي منازعة أخرى طرحت أمام محكمة النقض الفرنسية، تدور وقائعها حول عقار كان محلاً لعملية تفاوض ما بين صاحبه وزوجين أعلنوا عن رغبتهما في شرائه منه، وخلص صاحب العقار إلى توجيه عرض نهائي ببيع العقار، وعقب توجيه هذا العرض قام الزوجان بطلب إمهالهما فترة زمنية حتى يتمكنوا من توفير المال اللازم لتغطية عملية شراء العقار، إلا أنه وبعد انقضاء مدة ثلاثة أشهر على توجيه المالك لعرضه، فوجئ بإعلان الزوجين عزوفهما وبصورة قاطعة عن القيام بعملية الشراء، مما حدا بالمالك لإقامة دعواه قبلهما مطالباً بتعويضه عن "الوقت الضائع" كون أن رفض الزوجين لعرضه قد جاء متأخراً. وقد أخذت محكمة النقض على قضاة الأساس عدم إجابتهما بطلب المدعي تحت ذريعة عدم وقوع الضرر الذي يسوغ إلزام الزوجين بتعويضه، مؤكدةً على أنه كان يتوجب عليهم النظر إلى مسألة أن العارض كان قد قام لديه اعتقاد في التزامه بالبقاء على عرضه المقدم للزوجين، الأمر الذي دفعه نحو عدم التصرف في العقار طوال الفترة التي طُلبت منه⁽²⁾. وأن هذا الحكم يمكن اعتماده كصورة تطبيقية أخرى للتعويض عن تفويت الفرص التي ضاعت من المتفاوض لإبرام عقود أخرى محل العقد الذي لم يحصل عليه⁽³⁾.

4. المساس بالمكانة المهنية للمتفاوض:

إلى جانب الأضرار والخسائر المادية التي ألّمت بالمتفاوض المتضرر، تقوم أيضاً أضرار أدبية يكون من شأنها المساس بالسمعة أو المكانة المهنية والتجارية للمتفاوض الضحية⁽⁴⁾ والاستخفاف أو النيل من مقدار ما يتميز به هذا الأخير من ثقة ومصداقية في الوسط التجاري الذي ينتمي إليه، أو إثارة الشكوك والأقويل حول مركزه المالي والقانوني، وقدرته المهنية على الاضطلاع بالصفقة محل عملية التفاوض التي باءت بالفشل.

كما قد يترتب على توقف عملية التفاوض أو فشلها في تحقيق إبرام العقد، ضرر آخر يمس مباشرة الجانب النفسي والعاطفي للمتفاوض الضحية، محدثاً لديه الألم النفسي أو الشعور بالانقراض من قدره واعتباره، أو في الانفعال الداخلي، أو في الهواجس المقلقة واعتقاده بأنه كان صيداً سهلاً

(1) نقض مدني، 27 يناير 1966، المجموعة، س17، رقم 24، ص 182.

(2) Cass. Civ. 19 Janv. 1977, D, 1977, p. 593, note J. Schmit

أشار إليه: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص951.

(3) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص951.

(4) د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، صص 215-216. وأيضاً:

د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص117. وأيضاً: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص73. وأيضاً: د.

محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص771. وأيضاً: د. فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص11.

M. vanwijck et p. wery, op. cit., n° 10, p. 88; J. Mestre et p. Fages, Art. prec., p. 10 ; J. Schmit, La période précontractuelle en droit française, Art. prec, p. 549

لِلطرف الآخر، ولا سيما إذا ما كان المتضرر قد أعد نفسه جيداً لعملية التفاوض على العقد المقترح، وهياً لها من الوسائل ما يكفي لنجاحها في بلوغ مقصدها.

ولقد أصبح الحق في الحصول على تعويض عن مثل هذا النوع من الأضرار الأدبية أمراً مسلماً به لدى عموم الفقه والقضاء في العصر الحديث⁽¹⁾، كما اعتمدت عليه غالبية التشريعات المدنية بنصوص صريحة ومباشرة⁽²⁾.

وهكذا أصبح من المتعين على القضاء أن ينزل الضرر الأدبي الواقع على المتفاوض المدعي منزلة الضرر المادي من حيث وجوب التعويض ومداه⁽³⁾؛ لذلك وجدنا محكمة النقض المصرية قد اتجهت نحو إلزام المتفاوض الذي لم يبرم العقد مع المتفاوض الضحية، بسبب قطعه المباغت للمفاوضة، وعدم إظهاره جانب الجدية في إدارتها ومتابعتها، بتعويض هذا الأخير عما لحقه من ضرر أدبي من جراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه، ومن لا يوثق به. الأمر الذي عدته المحكمة ماساً بسمعة الضحية، واعتباره في السوق التجاري⁽⁴⁾.

وقد يصدف أحياناً أن يكون للمساس بالسمعة والمكانة التجارية لضحية المفاوضات، انعكاسٌ مباشرٌ على وضعه المالي أو الاقتصادي، لما أحاط بمركزه وفطنته وقدرته المهنية من شكوك وأقاول أثرت في نشاطه التجاري أو المهني لتحد منه أو تعيق استمراره⁽⁵⁾.

وعلى أي حال فإن للقاضي تحديد مدى هذا الضرر الأدبي، وأن يقدر التعويض عنه نقوداً، ومع ذلك ينبغي أن يراعي في مبلغ التعويض الذي يمكن أن يحكم به في هذه الحالة أن يشكل بديلاً لإرضاء المتفاوض المتضرر عن المساس بسمعته ومكانته المهنية، وإظهاره بين ذويه بمظهر الساذج غير الحريص الذي يسهل خداعه والنيل منه. ومثل هذه الأضرار لا يمكن أن تقدر بالمال، لذلك يأتي التعويض عن المساس بسمعته ومكانته كتوفير نوع من العزاء أو تطيبب خاطر للمتفاوض المتضرر أكثر منه لإعادة وضع اهتز إلى حالته الأولى، لأن ما حصل قد حصل ولا يمكن محوه أو إزالته، هذا

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 892. راجع بشأن تفصيلات هذا الموضوع: د. أمجد منصور، المرجع السابق، ص 53 وما بعدها.

(2) حيث نصت المادة (223) من القانون المدني السوري على أن ((يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ...)) وبالمثل نصت المادة (222) مدني مصري، ونصت المادة (1/267) مدني أردني على أنه ((يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك...)). وأيضاً نصت المادة (2/134) موجبات وعقود لبناني على أن ((الضرر الأدبي يعتد به كما يعتد بالضرر المادي)).

(3) د. عبد المنعم الصده، المرجع السابق، ص 591. وأيضاً: د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 410.

(4) نقض مدني، 27 يناير 1966، المجموعة س 17، رقم 24، ص 182. وفي ذات المعنى انظر: Cass. Com. 9 fev. 1981, D, 1982, p.4

أشار إليها: د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 953.

(5) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 953.

فضلاً عن أنه ينبغي أن يراعى أنه ليس من العدالة أن لا يجازي المتفاوض المخطئ الذي تتكرر لأصول حسن النية في تفاوضه مع الغير، فالتعويض في هذه الحالة يعدّ نوعاً من العقوبة التي يحكم بها لصالح ضحية المفاوضات⁽¹⁾.

وأخيراً إذا كان للشخص الذي يلحقه ضرر أدبي الحق في التعويض عن هذا الضرر، غير أن هذا الحق لا يمكن أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد مقداره بمقتضى اتفاق بين المتفاوض المتضرر والمتفاوض المسؤول، أو إذا كان المتضرر قد طالب به أمام القضاء، ومنذ تحقق هذا الأمر أو ذاك، ومرجع ذلك أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي يعدّ حقاً لصيقاً لشخص صاحبه قبل تحديد قيمته المالية، وأنه بهذا التحديد وحده تثبت له الصفة المالية التي تؤهله للانتقال إلى ورثة المتفاوض أو غيرهم⁽²⁾.

5. ضياع القيمة المالية للسري:

رأينا سابقاً أن السير في المرحلة التفاوضية قد يستلزم الكشف أو البوح عن العديد من المعلومات والبيانات ذات الطابع السري -سواء أكانت مالية أم تجارية أم فنية- وذلك بغرض تقدير ما في الصفقة من مزايا وعيوب قبل الإقدام على عملية التعاقد، والتأكد من جدواها، وأن ما سيتم دفعه من ثمن لها يعد عادلاً لما سيتم الحصول عليه. كما بيّنا أن خاصية السرية تتركز في المعرفة الفنية نتيجة لما تجسده هذه المعرفة من قيمة اقتصادية لمالكها، أساسها الجهد الكبير والخلق، وكذلك النفقات المالية الضخمة التي تطلبها أمر الوصول إلى اكتشافها. وهذا ما يبلور تصور مالكها للعائد أو المردود المالي الذي سيعود عليه كنتيجة طبيعية لاستثنائه باستغلالها منفرداً. ولا شك في أن هذه القيمة الاقتصادية قد تنقص أو تتلاشى إذا علم بها الجمهور، مهما كانت النتائج التي تؤدي إليها، حيث إن ذيوها واستغلالها على نطاق واسع يعرض صاحب الحق فيها إلى خطر المنافسة الكبيرة، والتي يخسر نتيجتها الكثير من العملاء والأسواق، وأن قيمة المعرفة الفنية تكمن في جديتها وسريتها⁽³⁾؛ لذا فإن صاحب هذه المعلومات يميل قدر الإمكان إلى المحافظة على سريتها، خشية أن تفشل المفاوضة فتضيع قيمتها المادية، وتصبح مشاعاً للعامة، ويفقد من ثم السيطرة عليها بأسلوب استثنائي⁽⁴⁾.

(1) د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 953.

(2) راجع المادة (1/223) من القانون المدني السوري، والمادة (2/267) من القانون المدني المصري. ومن الملاحظ أن المشرع الأردني يتشدد في هذا الصدد فيطلب تحديد التعويض باتفاق أو بحكم قضائي نهائي، (م 2/267 مدني اردني). د. أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص 954 في الهامش.

(3) د. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 115-116.

(4) د. محمود يوسف عبد الهادي الإكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، في مجال القانون الدولي الخاص (بدون ذكر للناسخ) 1989، ص 96. وأيضاً: د. جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2000، ص 18. وأيضاً: د. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 116.

ومن هنا فإنه في حال لم تسفر المفاوضة إلى تعاقد فإن المتفاوض الذي تم الكشف له عن هذه الأسرار يلتزم بالحفاظ على سريتها وعدم الإفصاح عنها، أو استخدامها بوساطته هو، أو بوساطة غيره. حيث أكدنا على أن هذا الالتزام يعدُّ من المقتضيات المهمة لمبدأ حسن النية المهيمن على المفاوضة⁽¹⁾، لذا فإن مخالفته لهذا الالتزام يجعله مسؤولاً أمام المتفاوض الآخر بالتعويض⁽²⁾.

ويُقدر التعويض بحسب مبادئ القانون الأوروبي الموحد (اليونيدروا)، بمجموع الخسائر التي أصابت المتفاوض صاحب هذه المعلومات، إلى جانب الكسب الذي حصل عليه الطرف مستقبل هذه المعلومات على نحو غير قانوني⁽³⁾.

وتظهر أهمية هذا الالتزام كلما كانت المعلومات السرية بعيدة عن الحماية القانونية، بحسبان أن الحماية المقررة لبعض هذه المعلومات كالعلامات الفارقة وبراءات الاختراع والمصنفات الأدبية، كقيلة بالزام الطرف المخل بالكف عن الاعتداء على هذه المعلومات، وبالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالطرف الآخر من جراء ذلك⁽⁴⁾.

(1) وتؤسس المحاكم الانجليزية مثل هذا الالتزام على أساس قواعد العدالة والتي تتطلب احترام الثقة التي أولاها كل متعاقد إلى الطرف الآخر. د. محمود فياض، المرجع السابق، ص 257.

(2) د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص 112. وأيضاً: د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 66.

(3) هذا ما نصت عليه صراحةً المادة (2:1:16) من مبادئ (اليونيدروا) التي ألزمت الطرف المتفاوض بعدم استغلال هذه المعلومات أو إفشائها على نحو غير مشروع سواء تمَّ التعاقد أم لم يتم، على أن يلتزم الطرف المخل في مثل هذه الحالة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطرف المقابل، والكسب الذي جناه هذا الطرف المخل. راجع في ذلك: د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 272-273. وأيضاً: د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، المرجع السابق، ص 220. وأيضاً: د. محمود فياض، المرجع السابق، ص 256.

Article 2.1.16: "Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party"

(4) د. محمود فياض، المرجع السابق، ص 257.

الخاتمة

رأينا فيما سبق أنَّ التفاوض يعد مفهوماً حديثاً نسبياً، فلم تعد عملية التعاقد مقتصرةً كما كانت عليها في السابق على مجرد عملية تبادل لإيجاب وقبول متطابقين تتم في مجلس عقد معين، بل أصبحت بعض العقود تتطلب الكثير من الوقت والجهد والمال بغية الوصول إلى محطة إبرامها. ورأينا أن المفاوضات هي عبارة عن مبادرة شخصية لمناقشة موضوع معين، وأن المبدأ الأساسي الذي يحكمها هو حرية الإنسان في عدم الالتزام بشيء لا يرغب الالتزام به، وفي إنهاء المفاوضات في أي لحظة، مع مراعاة مبدأ حسن النية بحسبانه مبدأ عام يهيمن على العملية التعاقدية بأكملها، بما في ذلك مرحلة التفاوض على العقد المطلوب.

كما رأينا أن المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية، كلما كانت المفاوضات جارية ضمن إطار تعاقدية، وقد تكون هذه المسؤولية تقصيرية، في حال كانت المفاوضات تجري بمعزل عن أي تنظيم اتفاقي.

ورأينا أن المسؤولية الناشئة في مرحلة المفاوضات تقوم على ثلاثة أركان، وهي الخطأ أي الفعل المنتج للضرر المشكو منه، والضرر الذي ينتج عن الخطأ، وعلاقة السببية بين الفعل الضار الذي وقع والضرر الذي حصل.

كما رأينا استبعاد التعويض العيني من حيث المبدأ عن محيط العلاقات التفاوضية، لما يشكل من تعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية، والركون إلى التعويض بمقابل كجزاء قانوني عن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد.

وسنستعرض فيما يأتي النتائج التي توصلنا إليها، والمقترحات التي نقدم بها للإسهام في معالجة الإشكاليات التي تثيرها مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد والمسؤولية الناجمة عنها.

أولاً- النتائج:

تتمثل أهم النتائج التي توصلت إليها في ختام هذا البحث بما يأتي:

1. تبدأ مرحلة التفاوض كما رأينا بدعوة يوجهها أحد الأطراف إلى أطراف أخرى بصورة تتميز من الإيجاب في إطار عقود المساومة مثل العرض الموجه إلى الجمهور أو الوعد بالتعاقد، وفي إطار العقود النموذجية مثل عقود الإذعان، أو التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة. وتنتهي مرحلة التفاوض كما رأينا باقتران الإيجاب بالقبول المطابق وانعقاد العقد.

2. من شأن الدخول في المفاوضات أن يُؤلّد التزامات، ويرتب حقوقاً فيما بين الأطراف المتفاوضة، انطلاقاً من مبدأ حسن النية في المفاوضات، على الرغم من المبدأ الأساسي الذي يحكم هذه المرحلة في حرية الإنسان في عدم الالتزام بشيء لا يرغب به، وفي إنهاء المفاوضات في أي وقت، على نحو تقوم فيه المسؤولية في حال الإخلال بتلك الالتزامات أو المساس بتلك الحقوق.

3. اتفاق الآراء والاجتهادات على قيام نوع من أنواع المسؤولية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، والالتقاء على كونها مسؤولية مدنية، على الرغم من الاختلاف حول تحديد طبيعة هذه المسؤولية، وإسقاطها بنظام معين من نظم المسؤولية المدنية. حيث تبين لدينا ذهب الفقه الفرنسي، ومعه الفقه السوري والمصري والأردني والجزائري، إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية حيال أي ضرر يصيب أحد المتفاوضين من جراء قطع أو إنهاء المفاوضات العقدية بدون سبب مشروع، تأسيساً على عدم وجود التزام عقدي بالدخول في المفاوضات ومتابعتها، ومن ثمّ عدم جواز عدّ الأمر من المسؤولية العقدية.

4. تقوم المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

5. يتمثل أثر قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض بدعوى التعويض، حيث تبين لدينا استبعاد التعويض العيني من حيث المبدأ من إطار المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، نظراً لتعارضه مع مبدأ حرية التعاقد بشكل رئيس، على حساب التعويض بمقابل، والذي تناولنا حدود التعويض عنه، لجهة التعويض الكامل عن الضرر وتحديد تاريخ التعويض، وبيان أبرز حالات التعويض بمقابل في مرحلة المفاوضات، من نفقات مبذولة بمناسبة التفاوض، وضياح فرصة التعاقد، والوقت الضائع في التفاوض، إلى المساس بالمكانة المهنية للمتفاوض وضياح القيمة المالية للسّر.

6. للمفاوضات العقدية القائمة على مبدأ حسن النية دورٌ حاسمٌ في الوصول بالمتفاوضين إلى صفة التعاقد، وفي حمايتهم من الخلافات والنزاعات والممارسات غير المشروعة التي قد تجري خلالها.

7. إنّ المسؤولية الناشئة عن قطع مفاوضات العقد بسوء نية، أو بدون سبب جدي أو مشروع تكون مسؤولية تقصيرية، بحسبان أن المادة (164) من القانون المدني السوري قد جاءت عامة بحيث يمكن أن تشمل الخطأ المرتكب خلال مرحلة التفاوض. أمّا في حالة عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزامه التعاقدي بالتفاوض، وقد ترتب على ذلك فشل المفاوضات ممّا ألحق ضرراً بالطرف الآخر، فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية نظراً لإخلاله باتفاق التفاوض. عملاً بالمادة (216) من القانون المدني السوري.

8. يشمل التعويض عن قطع المفاوضات من غير سبب جدي، الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالطرف المتضرر، كالنفقات والمصاريف التي صرفت في التنقلات والإقامة والدراسات الفنية من أجل إبرام العقد النهائي، وكذلك الضرر الناتج عن المساس بالمشاعر وبالسمة التجارية، وتقويت فرصة إبرام العقد المنشود مع الطرف الآخر أو الغير في حدود احتمال تحقيقها.

ثانياً - المقترحات:

وفي الختام، وانطلاقاً من النتائج السابقة، لا يسعنا سوى التقدّم بمجموعة من الاقتراحات لمعالجة إشكاليات المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، تتمثل فيما يأتي:

1. تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد، وتحديد الأحكام النازمة لها، أسوةً بالمراحل الأخرى التي يمر بها العقد كمرحلة الإبرام، أو مرحلة التنفيذ.
2. تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، جنباً إلى جنب مع مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، وتحديد أبرز مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض بما فيها التزام الجدية في التفاوض، وعدم قطعه من دون مسوغ مشروع، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، والإدلاء بالمعلومات والاستعلام قبل التعاقد، والالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، والتعاون وحماية المتفاوض الآخر.
3. تنظيم المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض، بهدف حماية الطرف الضعيف في المفاوضات، والحد من الممارسات غير المشروعة التي قد تجري خلالها.
4. تعديل المادة (149) من القانون المدني السوري بما يضمن مراعاة حسن النية في المرحلة السابقة على إبرام العقد أسوةً بمرحلة إبرامه أو تنفيذه، وأسوةً بالقانون المدني الفرنسي وفق التعديل الجاري في العام 2016 عندما نص في المادة (1104) منه على أن التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها يكون بحسن نية، وعندما عدّ هذا الحكم من النظام العام.
5. الاستمرار بنهج تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد الذي بدأه المشرع السوري عندما نص على التزامات الإعلان عن مواصفات السلع بقوانين التجارة الداخلية وحماية المستهلك، وعلى التزامات المحافظة على السرية بقانون حماية العلامات الفارقة، وذلك من خلال التأكيد على المقتضيات الأخرى لحسن النية في مرحلة التفاوض بما فيها التزام الاستمرار في التفاوض وعدم قطعه من دون مسوغ مشروع، والالتزام بالإدلاء بالمعلومات والاستعلام قبل التعاقد.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

1- المراجع العامة:

- ابن قدامة، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ((ت 620 هـ))، وشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ((ت 682 هـ)) ((المغنى ويلييه الشرح الكبير))، الطبعة الأولى، عام 1404 هـ -1984 م، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- د. أحمد حشمت أبو سنيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، ط2.
- د. أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، ط1، بيروت، مكتبة لبنان، 1978.
- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، القاهرة 1966.
- د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأول، أحكام العقد، 2007.
- د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الثامن، عقد البيع، دراسة مقارنة، بيروت، 1995.
- د. أمجد منصور، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، 2003.
- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، 2007.
- د. أنور سلطان، شرح العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000.
- د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- د. برهام محمد عطا الله، نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت 1992.
- د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، ج 1 (ط6/2008)، وج2 (ط4/2007).
- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مقارنة بين القوانين العربية، الدار الجامعية، بيروت، بدون تاريخ.
- جاك جستان، شرح القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الثانية، باريس، 1988.
- د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الأول، مصادر الموجبات، بيروت، 1994.
- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- د. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1993.
- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- د. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، الجزء الثاني، بيروت، 1958.
- د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 2002.
- د. رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، وبخاصة المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1993.

- د. رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، عقود البيع والمقايضة والتأمين، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1994.
- أ. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات اللبناني، مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشرعية الإسلامية، الجزء الثالث، بيروت، الطبعة الثانية.
- أ. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشرعية الإسلامية، الجزء الخامس عشر، في الضمان، دار الثقافة، بيروت، الطبعة الثانية، ص224.
- د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، الالتزامات، الجزء الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة 1964.
- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني -1- في الالتزامات، المجلد الأول، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، الطبعة الخامسة.
- د. سمير تناعو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- الشيرازي، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي ((ت 476 هـ))، ((المهذب)) الطبعة الثالثة، عام 1396 هـ - 1976 م، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي، مصر.
- د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت 1972.
- د. عاطف النقيب، نظرية العقد، دار صادر، بيروت، 1983.
- د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، منشورات عويدات، بيروت، 1983.
- د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات عويدات، بيروت، 1980.
- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، بعناية الدكتور محمد الألفي، 1982.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1958.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1960.
- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1997.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، 1984.
- د. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والمدني العراقي والمدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الجامعة الأردنية، 1991.
- د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، بدون تاريخ.
- د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، شرح أحكام قانون العمل، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1989.

- د. عدنان ابراهيم سرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان 2011.
- د. علي فيلاي. الالتزامات، ج 1 (ط2/2008)، ج 2 (ط2/2007)، م.و.ف.م، الجزائر.
- د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة: عقد البيع، بغداد، مطبعة المعارف، 1970.
- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1996.
- د. فواز صالح، القانون المدني - مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، جامعة دمشق، 2010-2011.
- د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، 2000.
- د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2018.
- د. محمد حسنين. الوجيز في نظرية الالتزام، ش.و.ن.ت، الجزائر، 1983.
- د. محمد صبري السعدي. الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1.
- د. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، منشورات الجامعة المفتوحة، 1991.
- د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
- د. محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، 1970.
- د. محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دمشق، 1995.
- د. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية، مطبعة جامعة دمشق، 2006.
- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
- د. مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، دار القلم، دمشق 1988.
- د. مصطفى عبد الجواد، المصادر الإرادية للالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، مصر 2005.
- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، بيروت مؤسسة الحسون للنشر والتوزيع، تاريخ النشر 2007.
- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007.
- د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، مؤسسة بحسون، بيروت، 2006.
- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، 1995.
- ميشيل بدامون، العقد في القانون الالمانى، 1993.
- نبيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للإمام الشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الطبعة الأولى، عام 1403 هـ - 1983 م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت 1995.
- د. نعمان جمعة، أحكام الظاهر كمصدر للحق، نعهد البحوث والدراسات العربية، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1997.
- د. همام محمد محمود زهران، الاصول العامة للالتزام، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة 2004.
- د. همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006.
- د. وهبة الزحيلي، النية والباعث في فقه العبادات والعقود والفسوخ والتروك، مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة الكويت، كلية الشريعة والقانون، س2، ع3.
- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1 مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، دار وائل للطباعة والنشر، عمان 2002.

2- المراجع الخاصة برسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه:

- د. أحمد عبد التواب بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1997.
- د. أحمد محمد رفاعي، الالتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- د. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار اقرا، بيروت، 1981.
- د. أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2018.
- د. أيمن سعد سليم، العقود النمذجية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.
- د. برهام محمد عطا الله، التأمين من الوجهة القانونية والشرعية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1984.
- د. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، 2010.
- ببيير مالينفرن، الشروط العامة والعقود النمذجية للمنظمات المهنية، مكتبة القانون الخاص، 1978.
- تواتي أحمد نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، مذكرة لاستكمال شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013.
- د. توفيق حسن فرج، أحكام الضمان (التأمين) في القانون اللبناني، الجزء الأول، بدون ذكر للناسر، 1973.
- د. ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهنيين الصانع والموزع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987.
- د. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- جابر مهنا شبل، الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة مقدمة إلى جامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في القانون سنة 1984، مطبوعة بالروتيو.
- جان لك أوبير، فكرة ودور الإيجاب والقبول في تكوين العقد، مكتبة القانون الخاص، باريس، 1970.
- جورج برليوز، عقد الإذعان، مكتبة القانون الخاص، الطبعة الثانية، باريس 1976.
- د. جلال وفاء محمددين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2001.

- جونا شميدت، المفاوضات وإبرام العقود، دالوز، 1982.
- د. حسين توفيق فيض الله، اتفاقيات الـ (GATT/WTO) وعولمة الملكية الفكرية، اربيل، مطبعة جامعة صلاح الدين، 1999.
- د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى.
- د. حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.
- د. خالد جمال، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1996.
- د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة البيع والتأمين والايجار، دار النهضة العربية، القاهرة 1979.
- دانا حمه باقي عبد القادر، السرية المصرفية في إطار تشريعات غسيل الأموال، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون السلیمانية، مطبوع بالحاسوب الآلي 2009.
- د. رجب كريم عبد الله. التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- د. رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دون ذكر الناشر، 1994.
- د. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- د. سعد حسين عبد الملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت، كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 8، العدد 13، 2005.
- د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، القاهرة، دار النهضة العربية 2000.
- سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة النهرين، 1998.
- د. سهير المنتصر، الالتزام بالإدلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، دار النهضة العربية، 1991.
- د. سهير المنتصر، الالتزام بالتبصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- د. شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، منشورات دار دجلة، عمان، الطبعة الأولى 2008.
- د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2004.
- د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1962.
- د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، القاهرة، 2004.
- د. عبد الرحمن جمعه، بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، دار وائل، عمان 1998.
- د. عبد المنعم ابراهيم. حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص377.
- د. عبد المنعم فرج صده، في عقود الإذعان في القانون المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول 1946.
- د. عبد الودود يحيى، دروس في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، (بدون ذكر للناشر)، 1994.
- د. عزة خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسوب الآلي، دراسة مقارنة، في القانون المدني والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1994.
- د. علي سيد حسن، الالتزام في السلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- د. عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2006.

- د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.
- فؤاد العلواني و د. جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، التعاقد عبر الإنترنت، عقود البيع التجارية وفق أحكام قواعد الإنكوتيرمز لعام 2000، بغداد بيت الحكمة، 2003.
- د. فرهاد سعيد سعدي، الحماية القانونية للأسرار التجارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة بجامعة صلاح الدين، مطبوع على الحاسوب الآلي، 2003.
- د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، الرياض، 1995.
- د. محمد حسام لطفي. المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونية المصري والفرنسي، القاهرة، 1995.
- د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- د. محمد رشدي. التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982.
- د. محمد عبد العال، إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، 2005.
- د. محمد قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
- د. محمود يوسف عبد الهادي الإكياي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، في مجال القانون الدولي الخاص (بدون ذكر للنشر) 1989.
- د. مراد محمود المواجهة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- د. مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة طنطا، 2008.
- د. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية ((دراسة حول شروط تسوية المنازعات العقدية المحتملة)) دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2002.
- د. مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين (عقد الضمان)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999.
- د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت 1985.
- د. ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999.
- د. مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2016.
- د. ناجي معلا. التفاوض، الاستراتيجية والأساليب، دار زهران، عمان، الأردن، 1992.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.

- د. هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، في القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 1999.

3- الأبحاث والمقالات:

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشرة، العدد الأول، يناير 2003.
- د. أحمد رفعت خفاجي، رشوة مفاوضي العقود الدولية في التشريع العقابي المصري ((العمولات))، مجلة المحاماة، ع1-2، س66.
- د. أكرم محمود البدو، د. محمد صديق عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 49، السنة 16.
- أ. ألبير فرحات، حسن النية في العقود والموجبات، مجلة المحامين، السنة السابعة عشر، 1952.
- د. أمجد منصور، التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن المسؤولية التقصيرية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مجلد 20، ع39، فبراير 2005.
- د. أمية حسن علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، 2-3 يناير 1993.
- د. أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، 2008، المجلد 5، العدد 1.
- د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، مارس 1996.
- د. حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة السابقة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، 2-3 يناير 1993.
- د. حسن عبد الباسط الجمعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة اسبوط، العدد الثالث عشر، السنة الثانية عشر 1990.
- د. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، س3، ع1.
- د. شمس الدين الوكيل، أثر الغش على الأسبقية في التسجيل، مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الثانية 1958، العددان 1 و2.
- د. عدنان إبراهيم سرحان، جديد أحكام إبرام العقد في قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد، مجلة دراسات قانونية، مجلس النواب في مملكة البحرين، العدد الثالث، فبراير 2020.
- د. فايز الحاج شاهين، في المسؤولية السابقة للتعاقد الناشئة عن قطع المحادثات، مجلة العدل، بيروت، 1979، قسم الدراسات.
- د. فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم جزائي دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق لعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني 2006.
- د. مارسيل فونتان، فترة ما قبل التعاقد وتحضير العقد الدولي على مراحل، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، 2-3 يناير 1993.

- د. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، صورها وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مجلد 47، ع1، س2005.
- د. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، صورها وأحكامها، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مجلد 47، ع1، س2005.
- د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني 1998.
- د. محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، إبريل 2013.
- د. ناصر الجوفان، التعويض عن تقويت المنفعة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 2005، العدد 65.
- د. نوري خاطر، د. عدنان سرحان، الاساس القانوني لالتزام المؤمن له بتقديم المعلومات، دراسة نقدية في قانون التأمين الفرنسي وقانون المعاملات الإماراتي، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع1، س31، مارس 2007.
- د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية في القانون المصري والانجليزي، مجلة اتحاد الجامعات العربية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع، أكتوبر 1996.
- د. يزيد نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر 2003.
- د. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، عقد التفاوض بحسن نية، مجلة المنارة، آل البيت، المجلد 9، العدد 3، 2003.
- د. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الثالث، التفاوض عب النماذج المتضاربة، مجلة المنارة، آل البيت، المجلد 9، العدد 3، 2003.
- د. يزيد نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول، نظرية الخطأ في أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة، آل البيت، المجلد 7، العدد 3، 2001.

4- المواقع الإلكترونية:

- https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm
- <https://www.wto.org/>
- http://www.tscm.com/USC18_90.html

ثانياً - أهم المراجع باللغات الأجنبية:

1- باللغة الفرنسية:

- Geninet (M). La Théorie Générale des Avant-contrats, Thèse, Paris 2, 1985.
- Ghestin (J.) Traite de droit civil, La formation du contrat, 3 ed, L. G. D. J, 1993
- Malaurie (Ph) et Aynes (L) et Stoffel-Munck(Ph), Les Obligations, Defrénois, paris, 2e éd. Geninet (M).La Théorie Générale des Avant-contrats, Thèse, Paris 2, 1985.
- Schmidt (J.) : La période précontractuelle en droit français, R. I. C. 1990

- Alyona N.Kucher; Pre-Contractual liability; Protecting The Rights of The Parties Engaged in Negotiations; Available on internet at:
http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Kucher-paper.pdf
- A.M.Musy, Disclosure of Information in the Pre-Contractual Bargaining, A Comparative Analysis; available on the internet at:
<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/Musy-1995/musy1.htm>
- Roy Goode. The concept of good faith in English Law, Available on the internet at:
<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goode1.html>

فهرس

الصفحة	الموضوع
9	مقدمة
13	الفصل الأول: مفهوم مرحلة التفاوض
15	المبحث الأول: تعريف مرحلة التفاوض
15	المطلب الأول: المقصود بمرحلة التفاوض
16	المطلب الثاني: الامتداد الزمني لمرحلة التفاوض
16	الفقرة-1- بداية مرحلة التفاوض
40	الفقرة-2- نهاية مرحلة التفاوض
61	المبحث الثاني: المبادئ القانونية التي تحكم مرحلة التفاوض
62	المطلب الأول: مبدأ حسن النية
63	الفقرة-1- مفهوم حسن النية
65	الفقرة-2- معيار حسن النية في التشريع الوضعي
70	الفقرة-3- القوة القانونية للالتزام حسن النية في المفاوضات
73	الفقرة-4- الطبيعة القانونية للالتزام حسن النية في المفاوضات
78	المطلب الثاني: مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض
78	الفقرة-1- التزام الجدية في التفاوض
81	الفقرة-2- الالتزام بالاستمرار في التفاوض
83	الفقرة-3- عدم قطع التفاوض دون مبرر مشروع
89	الفقرة-4- الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
97	الفقرة-5- الالتزام بالإدلاء بالمعلومات
122	الفقرة-6- الالتزام بالاستعلام قبل التعاقد
127	الفقرة-7- الالتزام بعدم اجراء مفاوضات موازية
129	الفقرة-8- الالتزام بالتعاون
131	الفقرة-9- الالتزام بحماية حياة المتفاوض الآخر وصحته
133	الفصل الثاني: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض
135	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض
135	المطلب الأول: النظريات المتداولة لتحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض
135	الفقرة-1- نظريات المسؤولية العقدية
144	الفقرة-2- نظريات المسؤولية التقصيرية
150	الفقرة-3- نظريات المسؤولية الموضوعية (اللاخطئية)
163	المطلب الثاني: النظرية الراجحة في تحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض
165	المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض
165	المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض

166	الفقرة-1- الخطأ
174	الفقرة-2- الضرر
180	الفقرة-3- علاقة السببية
183	المطلب الثاني: أثر تحقق المسؤولية في مرحلة التفاوض
184	الفقرة-1- التعويض العيني
190	الفقرة-2- التعويض بمقابل
213	الخاتمة
217	قائمة المراجع