

جامعة عمار ثليجي - الأغواط -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



التنظيم القانوني للمفاوضات في التشريع الجزائري

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص قانون عقود ومسؤولية

إشراف الدكتور:

- أ.د/ دمانة محمد

من إعداد:

• قبلي إلهام

• بوعبدلي نيفين

لجنة المناقشة

- أ.د/ بلكعبيات مراد أستاذ التعليم العالي جامعة عمار ثليجي - الأغواط - رئيسا
- أ.د/ دمانة محمد أستاذ التعليم العالي جامعة عمار ثليجي - الأغواط - مشرفا ومقررا
- د/ بن الزبير عمر أستاذ محاضر رقم (أ) ممتحنا

السنة الجامعية: 2021/2020

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد

وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد ..

فإننا نشكر الله تعالى على فضله حيث أتاح لنا إنجاز هذا العمل بفضل، فله الحمد أولاً

وآخرأ.

بعد شكر الله سبحانه و تعالى على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث المتواضع نقدم بجزيل

الشكر للذين أعانونا و شجعونا على الإستمرار في مسيرة العلم و النجاح، و إكمال

الدراسة و البحث؛ كما نوجه بالشكر الجزيل إلى أستاذنا المشرف و إلى جميع الأساتذة

التي لن تكفي حروف هذا البحث لإيفائهم حقهم، وكل من ساعدنا من قريب أو من

بعيد على إنجاز و إتمام هذا العمل

الشكر الموصول إلى كل من علمنا حرفاً، وإخواننا وأخواتنا وعائلتنا وأصدقائنا الذي

كانو ومازالوا عوناً وسنداً لنا


إهداء

إلهي لا يطيب لي الليل إلا بشكرك ولا يطيب لي النهار إلا بطاعتك... ولا تطيب لي اللحظات
إلا بشكرك.. ولا تطيب لي الآخرة إلا بعفوك.. ولا تطيب لي الجنة إلا برويتك اللهم جل جلاله
إلي من بلغ الرسالة وأدى الأمانة.. ونصح الأمة إلي نبي الرحمة ونور العالمين ...

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلي من كلله الله بالهبة والوقار.. إلي من علمني العطاء بدون إنتظار.. والدي
العزيب إلي من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحني إلي أغلى العبايب
أمي العنون إلي من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة الحدود لها أخوتي وأخواتي
إلي أصدقائي... إلي كل من عرفتهم وصادقتهم في مسيرتي الدراسية إلي كل
من تحلوا معي بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء شكرا لكم جميعا

نيفين، إلهام

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns surrounds the text. The top border features a central crown-like motif. The bottom border has a similar central motif.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

(ق.م.ج): القانون المدني الجزائري

(ت.م.ج): التقنين المدني الجزائري

(ط): طبعة

(ص): صفحة

(ع): العدد

(ج): الجزء



مقدمة

لقد إهتمت الدراسات منذ القدم بدراسة نظرية العقد وأعطى لها أهمية خاصة مقارنة بغيرها من النظريات الأخرى في القانون المدني فالعقد يعتبر الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها الأشخاص من أجل تنظيم العلاقات فيما بينهم وتحديد الحقوق والإلتزامات ولقد نظم المشرع الجزائري أحكام العقد وجعله المصدر الثاني للإلتزام بعد القانون، والعقد له مراحل منها المرحلة التي تسبق إبرامه وتمهد له وهي مرحلة المفاوضات وهي من أهم مراحل وأخطرها على الإطلاق لما تحتويه من تحديد لعناصر العقد المزمع إبرامه وأهم ومعظم حقوق والإلتزامات الأطراف وينشأ عن هذه المرحلة مشكلات قانونية عديدة لا زالت إلى يومنا هذا تثير الكثير من الإشكاليات والتساؤلات.

وتتمثل أهمية مرحلة المفاوضات في أنها مرحلة وقائية بالنسبة لكل من طرفي التفاوض كما أن للتفاوض في عصرنا الحديث أهمية كبيرة خاصة مع ظهور العقود ذات القيمة المالية المهمة والتي تحتاج إلى مفاوضات تسبق إبرامها وما دفعنا إلى إختيار هذا الموضوع هو أنه لا يزال من الموضوعات الحديثة التي يجب دراستها والوقوف على كافة جوانبها، وهذا من خلال تحديد معنى المفاوضات وما ينشأ بين طرفي من الإلتزامات والمسؤولية التي تترتب عن قطع المفاوضات.

قطع التفاوض يعد من أكثر المشاكل العلمية التي تحدث أثناء مرحلة المفاوضات ويبقى من الضروري تدخل القانون لتنظيم مرحلة التفاوض ومنه الإشكالية:

إلى أي مدى نظم المشرع مرحلة المفاوضات وما الآثار المترتبة على ذلك؟

وللإجابة على هذه الإشكالية إعتدنا على المنهج الوصفي وهذا بتحليل المشكل وإبراز مفهومه وأهمياته وتمييزه عن غيره من المفاهيم القريبة منه وشروط قيام المسؤولية في حالة قطع المفاوضات.

ومن الصعوبات التي واجهناها خلال إنجاز هذا البحث قلة المراجع المتخصصة في موضوع دراستنا بأن التفاوض هو موضوع لم يظهر حديثا وكذلك عدم إهتمام الفقه بالموضوع إلا بعد منتصف العقد الأخير من القرن الماضي، المؤلفات التي تناولت مرحلة المفاوضات هي جد قليلة والكتب المتعلقة بهذا الموضوع نادرة في المكتبات الوطنية وكذلك فإن المشرع الجزائري لم ينظم مرحلة المفاوضات بل المسؤولية الناجمة عن قطعها.

وللإجابة على الإشكاليات المذكورة إختارنا الخطة التالية فقمنا بتقسيم البحث إلى فصلين أساسيين، الفصل الأول يتمثل في الإطار المفاهيمي لمرحلة المفاوضات وقسمنا هذا القسم إلى مباحث، في (المبحث

الأول) تناولنا مفهوم المفاوضات، وفي (المبحث الثاني) تناولنا المبادئ الأساسية السائدة في مرحلة المفاوضات، وفي (المبحث الثالث) مفهوم التفاوض في العقود الإلكترونية، أما في الفصل الثاني تناولنا الآثار القانونية لمرحلة المفاوضات وقسمنا هذا الفصل كذلك إلى ثلاث مباحث، حيث تناولنا في (المبحث الأول) الطبيعة القانونية في مرحلة المفاوضات وفي (المبحث الثاني) شروط المسؤولية في مرحلة المفاوضات، وفي (المبحث الثاني) جزاء الإخلال بالالتزامات في مرحلة المفاوضات.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لمرحلة

المفاوضات

تعتبر مرحلة المفاوضات أو مرحلة ما قبل التعاقد مرحلة جد مهمة، خاصة مع ظهور العقود الضخمة والمركبة والتي لا تتناسب مع الطريقة التقليدية للتعاقد، مما دفع بالمتعاقدين إلى اللجوء لهذه المرحلة التي تسبق مرحلة إبرام العقد النهائي في مرحلة المفاوضات التي يتم فيها إجراء مقابلات ومناقشات بخصوص موضوع العقد من أجل التوصل إلى عرض يرضي جميع الأطراف وقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاث مباحث أساسية، في المبحث الأول تناولنا مفهوم مرحلة التفاوض على العقد، بتعريف التفاوض وبيان خصائصه وتمييزه عن الأفكار القانونية المشابهة له، والطرق التي يتم بها.

وتضمن المبحث الثاني المبادئ الأساسية في مرحلة المفاوضات العقدية وهي مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية والإلتزامات المتفرعة عنه.

كما تضمن المبحث الثالث التفاوض في العقود الإلكترونية نظرا للتطور الذي يشهده هذا النوع من العقود في الوقت الحالي وكيفية حماية المستهلك في العقود الإلكترونية.

المبحث الأول: مفهوم مرحلة التفاوض على العقد

لقد ظهرت مرحلة المفاوضات العقدية حديثاً استجابة للتطور الذي يشهده العالم، مما ساعد على بناء علاقات بين الأفراد وحتى بين الدول وإبرام العقود فيما بينهم ونظراً لضخامة وأهمية هذه العقود لاحتوائها على ميزانيات ضخمة يتوجه الأطراف على التفاوض عليها قبل إبرامها، وهذا بهدف التقليل أو الحد من المنازعات التي تظهر بعد إبرام العقد ولهذا حاول الفقه المعاصر تحديد هذه المرحلة من الناحية القانونية لأنها حديثة النشأة، عن طريق وضع تعريفات لها وتمييزها عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة لها (مطلب أول) وقد تكون هذه المرحلة مجردة وخالية من أي إتفاقات أو قد تكون منظمة بعقود وإتفاقيات (مطلب ثان).

المطلب الأول: المقصود بالتفاوض على العقد:

إن التفاوض عملية ظهرت منذ وقت طويل حيث أن كل طرف يسعى من خلاله إلى تحقيق منفعته ومصالحته من الصفقة المتفاوض عليها وهذا نظير أدنى مقابل، ومع مرور الوقت وخصوصاً في القرن الماضي لم تعد المسألة مجرد اجتهادات شخصية وإنما أصبحت علم له قواعد وأصول¹، وظهرت الحاجة إلى دراسة التفاوض والتعرف عليه سواء من الناحية اللغوية أو القانونية والهدف إجراء التفاوض قبل إبرام العقد (فرع أول) إضافة إلى استنتاج مميزات وخصائصه (فرع ثان)، ثم تمييزه عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة له (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف التفاوض على العقد

أصبح التفاوض بفرض نفسه في جميع المجالات، حتى أصبح علماً قائماً بذاته له قواعد وأصول، لهذا وجب التطرق على معنى التفاوض ثم أهمية التفاوض خاصة في مجال العقود التقليدية والحديثة.

أولاً: معنى التفاوض:

إن الحديث عن معنى التفاوض في العقود، يستوجب التطرق إلى المعنى اللغوي والإصطلاحي والتعريف الفقهي والقانوني للتفاوض.

¹ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ص 2

1- التعريف اللغوي للتفاوض:

التفاوض أو المفاوضة في اللغة تعني المناقشة والمحاورة وتبادل الرأي بين ذوي الشأن بهدف الحصول إلى إتفاق أو تسوية لحل مشكلة، وهي تنطوي على الحوار المباشر والمشاركة بين الأطراف، سعياً للتلاقي بينهم حول موضوع معين أو لحل خلاف أو نزاع بينهم¹ ولا يوجد ما يمنع قانوناً من تمثيل الأطراف بواسطة وكلاء عنهم، مادام الوكلاء يملكون سلطة إتخاذ القرار من موكلهم.²

والمفاوضة هي المساواة والمشاركة، فإوضه في أمره أي جاره، وتفوضوا الحديث أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاض فيه بعضهم بعضاً، وفي حديث معاوية قال لدغفل في حنظلة: بم ضبطت ما أرى؟ قال: بمفاوضة العلماء، قال وما مفاوضة العلماء؟ قال: كنت إذا لقيت عالماً أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي.³

2- التعريف الإصطلاحي للتفاوض:

لقد حاول الكثير من الفقهاء وضع تعريف جامع للتفاوض، لأنه أصبح علماً قائماً بحد ذاته له قواعد ومناهج خاصة به، بحيث يجب على المتفاوض أن يكون على دراية كافية بهذا العلم ومتحكماً بتقنياته، وهذا ليتمكن من تحديد أهدافه ومقاصده من وراء إجراء عملية للتفاوض.⁴

ومصطلح المفاوضات يكون في الغالب مقارباً لمفهوم عدم الإتفاق أو النزاع وقد يعني في مرحلة منه عدم التفاهم لأن المفاوضات في بدايتها هي صراع ما بين مصالح الطرفين وكل واحد يسعى للحصول على أكبر قدر منها.⁵

كما تعرف المفاوضات بأنها عبارة عن حوار ملتزم بين الأطراف المعنية، تحاول هذه الأخيرة عن طريقها الوصول إلى إتفاق يبني على مجموعة من القواعد والإلتزامات والحقوق ومن الضروري أن تتوفر الرغبة في الوصول إلى هذا الإتفاق.⁶

ويعود تعدد تعريفات المفاوضات إلى الزاوية التي ينظر كل واحد منها إلى المفاوضات، وأن ظاهرة المفاوضات تتميز بطبيعتها بأنها أكثر الظواهر تعقيداً وصعوبة، حيث لا يوجد شيء يمكن أن يكون أسهل في تعريفه وأوسع في نطاقه من التفاوض.⁷

¹ ابن منظور لسان العرب، ج7، ص 210

² إيمان منصور وشريق عيد، الوساطة وفن التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 22

³ رجب كريم عيد اللاه، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 62 وما يليها

⁴ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 89

⁵ صالح هاني خالص، ماهية المفاوضات التجارية، بدون طباعة، ص 19

⁶ صالح هاني خالص، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 125

⁷ علي أحمد صالح، ماهية المفاوضات التجارية، بدون طباعة، ص 19

3- التعريف القانوني للتفاوض:

إن المشرع الجزائري على غرار أكثر التشريعات المقارنة لم يتعرض لتعريف المفاوضات العقدية ولكن الفقه والقضاء قد إجتهدوا في ذلك.

عرفه العميد Carbonier بأنه: "تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد تم قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة".¹

• وبالنسبة للفهاء المشاركة:

عرفه الدكتور حسام الدين كامل الأهواي بأنه: "تبادل الإقتراحات والمساومات والإمكانيات والتقارير والدراسات الفنية بل والإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منها على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تتحقق مصلحة الأطراف".²

وعرفه الفقه بأنه: "حوار يجري بين متعاقدين إحتمايين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات تجاه الحقوق والإلتزامات التي تمثل محل العقد".³

وعرفه آخرون بأنه: "يسفر عن وضع ملامح محددة للعقد الذي يرمي المتعاقدان إلى توقيعه".⁴

كما عرف الدكتور مصطفى العوجي المفاوضات بأنها: "عبارة عن تبادل في وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه ومناقشتها والتعبير عن مواقف العروض والعروض المقابلة، يتخذها المتفاوضون تمهيدا للوصول إلى إتفاق نهائي".⁵

ثانيا: أهمية التفاوض:

المفاوضات العقدية أصبحت ضرورة في العصر الحديث بالنظر للتطورات الإقتصادية والتجارية والتكنولوجية والقانونية المعاصرة وخاصة في العقود الثقيلة الكبرى وهي عقود مركبة ومعقدة وغامضة تتم غالبا على مراحل لتحقيق التوازن الإقتصادي للعقد، بحيث أصبحت طريقة التعاقد التقليدية غير ملائمة ولا تتسجم مع التحولات الإقتصادية العميقة بما فيها إبرام العقود إلكترونيا عن بعد، فلم يعد إبرام العقد

¹ بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ص 10

² حسام الدين كامل الأهواي، النظرية العامة للإلتزام، (المصادر الإرادية للإلتزام)، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، دون دار نشر، القاهرة، ص 97

³ محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبراماتها، تنفيذها)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ص 45

⁴ محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ص 30

⁵ مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، جزء أول، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، دون بلد نشر، ص 164

مجرد مساومة إرتجالية بل أصبح يتطلب مفاوضات تمهيدية للوصول إلى إتفاق متوازن بين المصالح المتعارضة للأطراف المتفاوضة.¹

وتعتبر المفاوضات ركيزة أساسية لتحديد الإطار العام الذي تحول فيه موضوعات العقد من أجل التوصل إلى إبرامه²، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد لا تثار فيه منازعات بتنفيذه فهي فترة الإعداد للعقد وكلما كان الإعداد جيدا كلما كان العقد محققا وملبيا لمصالح الطرفين.³

ومرحلة المفاوضات تعمل على التضييق عن الصعوبات التي تقف أمام الطرفين لتضع حدا للمخاطر الجسيمة التي قد تواجه إتمام العقد أو إبرامه، كذلك لهذه المرحلة أهمية في عملية تفسير العقد، فيمكن للقاضي أن يستأنس بها لمعرفة المقاصد الحقيقية للأطراف في حالة غموض أو وجود نقص في بنود العقد، هذا إذا كانت المفاوضات ناجحة وكللت لإبرام العقد.⁴

الفرع الثاني: خصائص التفاوض:

من التعريفات السابقة للتفاوض على العقد يتبين أن له عدة خصائص تميزه عن غيره، فمرحلة التفاوض هي مرحلة تمهد لإبرام عقد نقل بشأنه النزاعات، كما يمكن أن لا تسفر هذه المرحلة عن إبرامه ويفشل التفاوض ولا يتوصل الأطراف إلى إتفاق بشأن العقد المتفاوض عليه، ومنه فهذه المرحلة تمتاز بعدة خصائص:

أولاً: التفاوض على العقد مرحلة إرادية:

التفاوض على العقد تصرف إرادي للمجال فيه للإجبار أو الإكراه فالتفاوض لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين.⁵

فكل طرف من أطراف التفاوض يتمتع خلال هذه المرحلة بحرية كاملة في الدخول ومباشرة المفاوضات أو الإستمرار فيها أو الإنسحاب منها ولو في اللحظة الأخيرة وأساس هذا يرجع إلى مبدأ حرية التعاقد.⁶

¹ رجب عبد اللاه، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص 235

² يوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدى على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية

الحقوق، تلمسان، الجزائر، ص 11

³ حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للإتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة

الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد 13، العدد الثاني، غزة، ص 125 و

⁴ إيناس مكي عيد نصار، "التفاوض الإلكتروني"، دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد

21، العدد الثالث، العراق، ص 951 و 952

⁵ بن احمد صليحة، مرجع سابق، ص 12

⁶ إيناس مكي عيد نصار، مرجع سابق، ص 950

ثانيا: التفاوض على العقد مرحلة ثنائية الجانب:

يقوم التفاوض العقدي على التفاعل والتعاون والمشاركة، حتى إذا أمكن حدوث تعاقد مع النفس فلا يتصور حدوث تفاوض مع النفس، فالتفاوض يقوم على أسس التقريب بين وجهات النظر المختلفة للتوفيق بين المصالح المتعارضة الأطراف.¹

فلا يمكن تصور تفاوض على العقد من طرف واحد، ولا جدال أن التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل في جميع الأحوال.²

ثالثا: التفاوض على العقد مرحلة تمهيدية:

يعتبر التفاوض على العقد مرحلة تمهيد لإبرامه، فهي تأتي قبل إبرام العقد وتهيء لإبرامه، خلالها يتلاقى الأطراف ويمهدون لإنشاء تصرف قانوني وبالتالي يحيط كل طرف بحاجات الطرف الآخر ومن ثم يتمكن من تقدير أهمية الوصول إلى العقد النهائي.³

رابعا: التفاوض على العقد يقوم على الأخذ والعطاء:

يقوم الأطراف خلال مرحلة التفاوض بتقريب وجهات النظر المختلفة فيما بينهم، بحيث يقومون بتبادل الإقتراحات والعروض، ويقدم كل طرف تنازلات من جانبه وإجراء التعديلات في الشروط والمطالب التي قدمها بهدف إنجاح المفاوضات والوصول إلى الموازنة بين المصالح المتعارضة بين الطرفين.⁴

خامسا: التفاوض على العقد مرحلة ذات نتيجة احتمالية:

مرحلة التفاوض على العقد يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد، فالتفاوض كما أن يكلل بالنجاح ويبرم العقد أو ينتهي بالفشل وعدم إبرام العقد⁵، ففي هذه المرحلة يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته، فالوصول إلى إبرام العقد يعتبر النتيجة الطبيعية للتفاوض وهذا يعني نجاح المفاوضات والتوصل إلى إتفاق نهائي، ولكن يبقى إحتمال آخر وهو فشل تلك المفاوضات.⁶

¹ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 12

² بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 90

³ نبيل إسماعيل الشبلاق، "الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد"، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 02، دمشق، ص 316

⁴ بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 90

⁵ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 12

⁶ بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 92

سادسا: التفاوض لا يمكن تصوره في عقود الإذعان:

هناك عقود لا تسمح بطبيعتها للتفاوض، فالتفاوض بشأنها مستبعد تماما، لأن تحديد شروط العقد منها خاضع إلى مطلق إرادة الطرفين ولا يسع للمتعاقد الآخر إلا الإذعان لبنود العقد وقد اصطلح عليها بعقود الإذعان.¹

وحسب الدكتور محمد حسين عبد العال: "إن عدم التفاوض في هذه العقود يكمن في الحظر الذي يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر، ذلك الحظر الذي يؤدي إلى إذعان المتعاقد، ولذا فإن مراعاة الدقة تقضي القول بأن الإذعان ليس دائما وليدا لإنعدام المفاوضات وإنما هو كنتيجة لحضرها".²

وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 70 من التقنين المدني الجزائري.³

من خلال ما سبق نرى أن التفاوض على العقد له خصائص تميزه، فهو يأتي تمهيدا لإبرام العقد ويتم بموجب إرادة أطرافه فلا يمكن إجبار أي شخص على التفاوض، ولا يمكن الحديث عن التفاوض إلا بوجود طرفين على الأقل، لأن المفاوضات تحمل مصالح متعارضة يتم مناقشتها عن طريق الأخذ والعطاء والتبادل والتعاون وتقديم التنازلات بهدف التمهيد لعقد نهائي، كما أن نسبة نجاح أو فشل المفاوضات متساوية ولا يمكن تصور المفاوضات في عقود الإذعان فهو عقد غير قابل للتفاوض بشأنه.

الفرع الثالث: تمييز التفاوض عن الأفكار القانونية القريبة منه

أحيانا يتداخل مفهوم مرحلة التفاوض مع مرحلة إبرام العقد، وقد يلتبس مصطلح التفاوض مع الوعد بالتعاقد والإيجاب، مما يستدعي الفصل بين التفاوض وهذه المفاهيم.

أولا: تمييز التفاوض عن الأفكار القانونية القريبة منه:

هناك نقاط كثيرة يمكن من خلالها تحديد أوجه الاختلاف بين مرحلة المفاوضات على العقد ومرحلة إبرام العقد، فمرحلة التفاوض تسبق دائما مرحلة إبرام العقد، حيث أن إرادة الطرفين تكون غير باتة في مرحلة التفاوض فهي مجرد عروض وعروض مضادة، على عكس مرحلة إبرام العقد حيث توجد إرادة باتة وهي إيجاب وقبول متطابقين، كما أن مرحلة التفاوض عادة ما تستغرق وقتا طويلا وهذا بخلاف مرحلة إبرام العقد، إلا إذا إقترن الإيجاب بميعاد القبول.⁴

¹ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 13

² محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 21

³ تنص المادة 70 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم على ما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

⁴ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 21

إذا فالحد الفاصل بين المرحلتين هو صدور الإيجاب¹ فمتى صدر إيجاب بات ودقيق، تكون المفاوضات قد وصلت إلى الهدف المرجو منها أي نجاح التفاوض، وبمجرد إقتران ذلك الإيجاب بقبول يطابقه ينعقد العقد ويدخل الأطراف في مرحلة إبرام العقد.

ثانيا: التمييز بين التفاوض والوعد بالتعاقد:

كل من التفاوض والوعد بالتعاقد يدخلان ضمن المرحلة التي تسبق إبرام العقد ويتمثل الاختلاف بينهما في أن الوعد بالتعاقد باعتباره تمهيدا لإبرام العقد وهو كثير الوقوع في الحياة العملية، وقد يكون الوعد بالتعاقد ملزما لجانب واحد أو لجانبين، وقد نظمته المشرع الجزائري في المادتين 71 و 72 من القانون المدني الجزائري.²

فلا بد أن يتوافر في الوعد بالتعاقد جميع الشروط والمسائل الجوهرية التي يجب أن تتوفر في العقد المراد إبرامه إضافة إلى ذلك يجب تحديد المدة التي سيبرم فيها العقد³ والوعد بالتعاقد يتضمن عنصر التراضي حول إبرام العقد، فهو يعبر عن إرادة الواعد في التعاقد وهذا على خلاف المفاوضات التي لا تلزم أطرافها بإبرام العقد حتى وإن كانت في شكل إتفاقيات تمهيدية، فهي غالبا ما تكون غير ملزمة وهدفها هو فتح نقاش بين الأطراف لبحث إمكانية الوصول على إبرام عقد لم تتحدد ملامحه بعد.⁴

ثالثا: التمييز بين التفاوض والإيجاب:

الإيجاب هو ذلك العرض الذي يصدر من شخص معين إلى شخص آخر أو عدة اشخاص حيث يتضمن هذا العرض طبيعة العقد المراد إبرامه وجميع العناصر الجوهرية للعقد والتي لا بد من توافرها لإبرام العقد، فالإيجاب يعبر عن إرادة حاجة في التعاقد، تلزم صاحبها بإبرام العقد بمجرد موافاته بالقبول⁵ وقد يوجه إلى شخص أو عدة أشخاص أو إلى الجمهور فهذا الأخير يلزم صاحبه تماما مثل الإيجاب الموجه إلى شخص مهين، ويكون الإيجاب غير ملزم للموجب ويمكن العدول عنه قبل أن يتصل بعلم من وجه إليه وحتى إن إتصل بعلم من وجه إليه لا يكون له أثر قانوني ويمكن للموجب أن يعدل عنه طالما لم يقترن بقبول، وإذا إقترن الإيجاب بقبول أو إذا ألزم الموجب نفسه بميعاد فلا يمكن للموجب أن يعدل عنه ويجب

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ص 14

² تنص المادة 71 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم لى ما يلي: "الإتفاق الذي يعد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها".

وتنص المادة 72 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم على ما يلي: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

³ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 22

⁴ بن أحمد صليحة، المرجع نفسه، ص 22

⁵ نظم المشرع الجزائري مسألة الإيجاب والقبول في تكوين العقد في المواد من 59 إلى 68 من القانون المدني الجزائري

عليه البقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري.¹

من خلال تحديد مفهوم الإيجاب يمكن تمييزه عن التفاوض ومن الأمثلة الكلاسيكية التي تبين الفرق بين الإيجاب والتفاوض هي عرض لبضائع مع بيان ثمنها يعد إيجابا أما قيام شخص بإعلان يعرض فيه منزلا للبيع أو الإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة هذا يعتبر من قبيل المفاوضات.² ويمكن القول إذا كان الإيجاب خطوة لإبرام العقد فالتفاوض خطوة إلى الإيجاب.³

رابعا: الدعوة إلى التفاوض:

من أجل الشروع في عملية التفاوض لا بد أن تكون هناك دعوة يوجهها أحد الأطراف للآخرين من أجل بدء مفاوضات وهذه الدعوة لا يمكن إعتبارها إيجابا ولا دعوة إلى التعاقد، فالتفاوض ما هو لا مناقشة مشتركة لعنصر عقد مقترح بهدف الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول من الطرفين.⁴ غالبا لا تتضمن الدعوة إلى التفاوض الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه والهدف من ذلك هو جس نبض من سيستجيب لهذه الدعوة للوقوف على مدى إستعداده للتعاقد فإذا وجدت لديه رغبة في التعاقد يتم الدخول معه في مفاوضات حول شروط العقد المختلفة وذلك للتوصل إلى إتفاق مشترك.⁵ ويتم إفتتاح المفاوضات بالدعوة إلى التفاوض أو ما أصطلح عليه "الإيجاب بالتفاوض" فمن يدعو إلى التفاوض يعرض على من وجهت إليه الدعوة أن يدخل معه في التفاوض حول عقد معين، حيث يلتزم بموجب هذا العرض بمحض إرادته أن يتفاوض مع من قبل بالتفاوض ولهذا تعد الدعوة إلى التفاوض مثابة إيجاب بالتفاوض، وتكون الدعوة إلى التفاوض صريحة تسمى ايجاب الصريح بالتفاوض وقد تكون دعوة ضمنية تسمى الإيجاب الضمني بالتفاوض، وقد تقترن الدعوة إلى التفاوض سواء كانت صريحة أو ضمنية بقبول يسمى بقبول التفاوض.⁶

¹ تنص المادة 63 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على ما يلي: "إذا عين أجل للقبول إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل".

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 206

³ محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 70

⁴ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 25

⁵ محمد حسين عبد العال، مرجع سابق، ص 36

⁶ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 27

المطلب الثاني: التنظيم الإتفاقي للتفاوض:

قد تكون مرحلة المفاوضات خالية من أي إتفاق، وتسمى بالمفاوضات المجردة وهي الأكثر وقوعا في الحياة العملية، وقد تكون هذه المفاوضات منظمة ويختار الأطراف خلالها إبرام عقود أو إتفاقات من أجل تنظيمها وتحديد مجراها.

فالعقود المتعلقة بالصفقات الإقتصادية الضخمة، مثل عقود التجارة الدولية وعقود نقل التكنولوجيا أو التقنيات المتقدمة، وعقود التوريد الدولية الطويلة المدة، وعقود مصانع تسليم المفتاح وغيرها من العقود الثقيلة ذات الأهمية الإقتصادية والتجارية فإن الراغبين بالتعاقد يقومون بإفراغ إرادتهم وإتفاقاتهم المبدئية في مستندات ووثائق تحضيرية.¹

وعليه سنتناول دراسة هذه المستندات المعاصرة لمرحلة المفاوضات (فرع أول)، كذلك بعض الإتفاقات المبدئية كإتفاق التفاوض أو عقد التفاوض (فرع ثان)، وإتفاق الجزئي (فرع ثالث) وأخيرا عقد الإطار (فرع رابع).

الفرع الأول: المستندات المعاصرة لمرحلة المفاوضات

سنتطرق أولا إلى خطابات النوايا وثانيا إلى تعهدات الشرق، وأخيرا إلى الإتفاق على تأجيل التوقيع النهائي.

أولا: خطابات النوايا "Letters d'intentions":

خطابات أو رسائل النوايا هي عبارة عن إتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي، يتعلق بتنظيم عملية التفاوض، ويسمى بعضها بعض الفقه باتفاقات التفاوض حيث يرغب الأطراف من خلالها بالحصول على إمتياز تجاري أو إئتمان حولي أو إلزام العميل بضمانات فنية أو تقنية أو بعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالمفاوضات أو عدم التفاوض مع أي مورد آخر وغيرها.²

وقد يكون الغرض من خطابات النوايا إثبات الإتفاق المبدئي الذي يتم التوصل إليه وعندئذ يعد الخطاب المذكور من مستندات العقد وهذا بالنظر إلى طبيعة التعهد الوارد ومضمونه وصياغته القانونية.³

ويمكن أن تتضمن تحديد موضوع للتفاوض ومراحله وكيفية إجرائه، ولكن لا تسعى للوصول مباشرة إلى العقد النهائي.⁴

² Cf. (R) Baillod. Les letters d'intention, R.T.D.com, p 547

³ سميير الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، ص 54

⁴ Blanchard Patrick, ``offre et acceptation dans la négociation du contrat international, Réflexions comparatistes`` Revue de droit des affaires internationales, n°1, Paris, p 07

ثانياً: تعهدات الشرق "L'engagement d'honneur":

إن التعهد الشرقي أو الأدبي هو أن يفصح شخص عن إرادته في الإلتزام أخلاقياً أو أدبياً، فمتى توافر للخطاب مقدمات الإلتزام الشرقي بأمر أو آخر يقبل الغير، كان متعلقاً بالتعهد بالمعنى الفني الدقيق، لأن الكلمات في مرحلة التفاوض لها قيمة معنوية كبيرة تدخل ضمن دائرة الضمير وتقوم على إحترام وتقدير الغير وإحترام الشخص لذاته خاصة إذا تضمنت معنى الوعد أو القسم.

وها يمكن أن تتمتع التعهدات الشرقية بقوة قانونية ملزمة، وترقى إلى الإتفاق التمهيدي الملزم بوضفها جزء من مرحلة ما قبل التعاقد.¹

ويلجأ إلى تعهدات الشرق في العقود الثقيلة أو الإتفاقات الكبرى، كاتفاقات تمهيدية معاصرة لمرحلة التفاوض على العقد.²

ثالثاً: الإتفاق على تأجيل التوقيع النهائي:

إن الإتفاق الذي يلجأ إليه الأطراف أحيانا هو الإتفاق على تأجيل التوقيع النهائي على العقد، وهو مستند أو وثيقة يحررها الأطراف على أنهم يؤجلون التوقيع على العقد إلى وقت لاحق، وقد يحددون تاريخ التوقيع أولاً يحددون تلك المدة، المهم أن يؤكدوا أن العقد لا يكتمل إلا بهذا التوقيع، وهذه الوثيقة لا تحمل أي توقيع ويمكن اللجوء إلى الإتفاق في أي مرحلة كانت عليها المفاوضات حتى وإن كانت في بدايتها لأن الغاية في هذا الإتفاق هو التهرب من المسؤولية.³

وهذا الإتفاق على تأجيل التوقيع لا يحمل أي قيمة قانونية ولا يلزم الطرف لأنهم لم يتوصلوا بعد إلى التوقيع النهائي.⁴

الفرع الثاني: إتفاق التفاوض "Accord de negociation"

يسمى كذلك عقد التفاوض، ويسميه بعض الفقه الفرنسي بـ "الإتفاق المبدئي"، وهو إتفاق يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الآخر بالدخول في عملية التفاوض، أو الإستمرار فيها بغرض التوصل إلى إبرام عقد ما، فهو إتفاق يمهد لإبرام العقد النهائي إذا نجحت المفاوضات العقدية.⁵

¹ مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 179

² بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص 38

³ نشمي مصطفى خيضر، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، ص 38

⁴ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 139

⁵ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن

ويعتبر عقد التفاوض عقد كغيره من العقود وينطبق عليه التعريف الوارد في المادة 54 من القانون المدني الجزائري¹، وهو من العقود الحديثة وغير المنظمة قانوناً، لكن يمكن إدراجه في دائرة العقود الخاصة وتطبق عليه القواعد العامة.²

ويمكن القول أنه الالتزام ينشئ في ذمة أطرافه بمجرد توجه إرادتهم لإبرامه، فهو إلتزام عقدي يهدف لتكوين إيجاب أو مواصلة التفاوض من أجل الوصول إلى إبرام العقد.³

ومن حيث الطبيعة القانونية لإتفاق التفاوض، فهو تعهد بمتابعة المفاوضات بحسن نية دون الإلتزام بنجاحها، والإلتزام بالتفاوض في هذا الشق هو إلتزام ببذل عناية من أجل التفاوض ومواصلته والإستمرار فيه ومتابعته.

ويتمثل إلتزام الطرف الآخر بالإستجابة إلى الدعوة للتفاوض والرد على المقترحات والعروض التي يتم إعدادها وفقاً لمقتضيات حسن النية، والإلتزام بالتفاوض في هذا الشق هو إلتزام بتدقيق نتيجة يقع على عاتق الطرفين.

والمسؤولية المترتبة عن الإخلال باتفاق التفاوض هي مسؤولية عقدية، رغم أنها مترتبة عن المرحلة السابقة على التعاقد ذلك لأن إتفاق التفاوض هو عقد حقيقي (المواد 54، 106، 107 و 160 من ق.م.ج) يرتب إلتزامات عقدية بين الطرفين يتضمنها الإتفاق، يجب تنفيذها وفقاً لمضمونها، مع مراعاة حسن النية والثقة المشروعة في التعامل، حتى ولو لم تسفر عن إبرام العقد النهائي.⁴

الفرع الثالث: الإتفاق الجزئي "Accord partiel"

يسمى كذلك العقد الجزئي، وهو عبارة عن إتفاق مرحلي قد يكون ضمن إطار مجموعة عقود، بحسب ما إتفق الطرفان المتفاوضان عليه أثناء المفاوضات، والعقد الجزئي يعتبر تكريساً لمرحلة من مراحل المفاوضات، ويهدف إلى تنظيم كل خطوة من خطوات المفاوضات العقدية من خلال صياغة ومضمون المسائل التي تم الإتفاق عليها في كل مرحلة من مراحل التفاوض، بإفراغها في عقد جزئي بهدف حسمها وعدم العودة إلى مناقشتها من جديد، ثم التحول إلى مسألة أخرى بحيث يتم إبرام العقد النهائي على مراحل متعددة ومتتالية.⁵

¹ تنص المادة 54 من ت.م.ج المعدل والمتمم على ما يلي: "للعقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

² محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 106

³ Ghestin Jacques, Traite de droit civil, les obligations, le contrat, L.G.D.J, Paris, p 189

⁴ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، الجزائر، ص 381

⁵ محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 144

فالعقد الجزئي هو إتفاق بين طرفي التفاوض على عنصر من عناصر العقد المراد إبرامه أي العقد المتفاوض عليه¹، فهو يدخل ضمن الإتفاقات السابقة التعاقد، ويحدث مثل هذا الإتفاق في الحالة التي يكون فيها العقد المتفاوض عليه يشمل عدة عمليات فيتفق الأطراف فيما بينهم على صب كل نتيجة توصلوا إليها في عقد جزئي².

فيقوم الأطراف من خلاله بتثبيت النقاط التي توصلوا إليها والتي تشكل ملامح العقد النهائي فهو يشمل عنصر أو بعض العناصر الجوهرية للعقد النهائي³.

أما بالنسبة للآثار التي يترتبها هذا العقد من حيث كونه ملزما لأطرافه وإن كان يعتبر جزءا من العقد النهائي في حال إبرامه فلم يفصل المشرع الجزائري في هذا بل نص فقط على المبدأ العام لمثل هذه العقود وهذا في نص المادة 65 من التقنين المدني الجزائري⁴، وللمتعاقدين أن يقرروا إن كان يمكن لهذا العقد أن يترتب آثارا أو لا، فإذا كان العقد الجزئي يمكن أن يكون عقدا مستقلا في حد ذاته والطرف تحفظوا بالإلتزام بالعقد النهائي وحده فإن هذا التحفظ يجرّد العقد الجزئي من أثره، أما إذا كان هذا الإتفاق لا يصلح لأن يكون عقدا مستقلا بحد ذاته فإنه لا يلزم أطرافه سواء إتفقوا أو لم يتفقوا على إلزاميته لأنه يفتقر لمحل العقد⁵.

الفرع الرابع: عقد الإطار "Contract cadre"

عقد الإطار هو ذلك العقد الذي يحدده موضوع علاقات الأطراف، وكذا الشروط الأساسية التي يلتزم الطرفان بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة له تسمى بعقود التطبيق أو عقود التنفيذ، والهدف الذي يسعى إليه عقد الإطار هو مجرد تسيير إبرام العقود المنفذة له عند الحاجة إلى إبرامها، فهو لا يتضمن بالضرورة تحديدا لكافة العناصر الأساسية للعقد التطبيقي الوارد على السلعة أو الخدمة نظرا لصعوبة هذا التحديد عند إبرامه⁶، غير أنه لا مانع من أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقود التطبيقية أو التنفيذية والقواعد العامة التي ستحكمها، وإلزام طرفية أو أحد ما إذا ما رغب الآخر بذلك⁷.

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 110

² محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 111

³ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 110

⁴ تنص المادة 65 من ت.م.ج على ما يلي: "إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفاظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل الجوهرية التي تم الإتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"

⁵ محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص 112

⁶ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 105

⁷ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 480، 481

ويشكل عقد الإطار مع عقود التطبيق التي يمهد لها مجموعة عقدية يربطها هدف إقتصادي واحد، وينشئ على عاتق طرفيه مجموعة من الإلتزامات تتعلق بتنفيذ وإبرام العقود التطبيقية المتوقع إبرامها بينهما مستقبلا.¹

ويخضع عقد الإطار كسائر العقود للشروط المطلوبة في صحة العقد الوارد في المادة 59 من القانون المدني الجزائري وما يليها، أما فيما يتعلق بموضوع العقد، فإنه يصحب الإحاطة الشاملة بهذا الموضوع في عقد الإطار بسبب تعدد الوظائف والأهداف التي يؤديها هذا الإتفاق.²

أما عن آثار عقد الإطار، فله آثار ثانوية خاصة تتجلى في تحديد موضوع علاقات الأطراف في المستقبل وضبط القواعد العامة التي ستحكمها، وتتمثل في خلق إلتزامات إيجابية أو سلبية تتعلق بإبرام عقود التطبيق التي قد تتبعها.³

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 242

² Ghestin Jaques, la formation du contrat, n 529 et 532

³ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 244

المبحث الثاني: المبادئ السائدة في مرحلة المفاوضات العقدية:

مرحلة المفاوضات على العقد كغيرها من المراحل لها مبادئ، تحكمها وتهيمن عليها حيث تجد مبادئ جد هامة تسود مرحلة التفاوض، فالأفراد بدخولهم في هذه المرحلة يعني أن كل طرف منهم يسعى على التعاقد وتطبق عليهم هذه المبادئ، والمبدأ الأساسي في هذه المرحلة هو مبدأ حرية التعاقد فلا يجوز إجبار أي متفاوض على العودة إلى التفاوض حتى إذا أخل بالتزامه (مطلب أول)، إضافة إلى مبدأ حسن النية وهو إلزام فعال تقوم عليه عملية التفاوض، ويهيمن على المفاوضات المنظمة بعقود واتفاقات ويجب تنفيذها بحسن النية (مطلب ثان).

المطلب الأول: مبدأ حرية التعاقد:

مبدأ حرية التعاقد هو المبدأ الأساسي الذي يسود مرحلة المفاوضات، لأن الأطراف يتوجهون بإرادتهم إلى التفاوض ويمكن لكل طرف مواصلة التفاوض أو العدول عنه ولهم الحرية الكاملة (فرع أول)، والعدول عن المفاوضات هو أهم صورة لممارسة حرية التعاقد دون نشوء مسؤولية على عاتق من عدل عنها (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية التعاقد

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 59 من التقنين المدني الجزائري¹ على أن العقد يفترض وجود إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني نعين، وعليه لكل شخص الحرية الكاملة في الدخول في العلاقة العقدية أو عدم الدخول فيها، وهذا طبقاً لمبدأ حرية التعاقد.

وقبل التحدث عن مبدأ حرية التعاقد يجب أولاً الحديث عن المبدأ أو الأساس الذي تفرع منه هذا المبدأ وهو مبدأ سلطان الإرادة والذي يقوم على فكرة بسيطة مفادها أن للإرادة السلطان الأكبر في بناء أي كيان تعاقدية والتحكم فيه.²

وهذا المبدأ يعني أمرين: الأول هو أن الإرادة وحدها يمكنها إنشاء الإلتزام أو التصرف القانوني بوجه عام³، أما الأمر الثاني فهو أن لهذه الإرادة الحرية في تحديد مضمون العقد وآثاره، ثم الإلتزام بذلك، وعدم جواز تعديل الإلتزام القائم إلا باتفاق جديد.⁴

¹ تنص المادة 99 من ق.م.ج المعدل والمتمم على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"

² نبيل إسماعيل الشيلاق، مرجع سابق، ص 317

³ محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 50

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المتفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط 4، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 44

وقد أصبح لمبدأ سلطان الإرادة قيود قائمة بجانبه وهذه القيود مستمدة من سلطان القانون¹ الذي رسم له حدود وحصره في دائرة معقولة لخلق توازن بين الإرادة مع العدالة والإستقرار والصالح العام.² كذلك الأمر بالنسبة لمبدأ حرية التعاقد الذي جاء كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة والذي يتعلق بمرحلة تكوين العقد وهو المبدأ الأساسي الذي يحكم المرحلة السابقة على التعاقد، فقد إتجه المشرع على تقييد هذه الحرية بمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق فكل شخص له الحرية إن شاء تفاوض وأن شاء لا يتفاوض، وهو حر في إختيار من يتفاوض معه، وفي إختيار مضمون العقد المتفاوض عليه.³

الفرع الثاني: ممارسة حرية التعاقد من خلال العدول عن المفاوضات

كما ذكرنا سابقا فإن مبدأ حرية التعاقد هو مبدأ أساسي يحكم مرحلة المفاوضات فكل طرف من أطراف التفاوض يتمتع بحرية واسعة خلال هذه المرحلة، سواء بالدخول في المفاوضات أو رفضها، أو إختيار من يتفاوض معهم، كذلك إختيار موضوع العقد المتفاوض عليه، وتتعدد أشكال هذه الحرية، فإن وصل المتفاوضون على إتفاق على إبرام العقد فهذا شكل من أشكال حرية التعاقد، وإن لم يتوصل المتفاوضون إلى إتفاق فلن يبرم العقد، وهذا أيضا شكل من أشكال حرية التعاقد، ولهذا يجب أولا تحديد معنى العدول عن المفاوضات، ثم تحديد وإبراز القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد.

أولا: مفهوم العدول عن المفاوضات العقدية:

من الناحية القانونية العدول عن المفاوضات هو مظهر من مظاهر ممارسة الحق، وهذا الحق يدخل في إطار حرية التعاقد، ويخول هذا المبدأ للمتفاوض حق العدول عن المفاوضات في أي مرحلة كانت عليها، وهذا دون مساءلته، ودون أن تترتب مسؤولية هذا العدول.

فالتفاوض الذي يمارس حقه المشروع بعدوله عن المفاوضات، غير ملزم بتقديم أسباب أو مبررات هذا العدول، لأنه إذا أُلزم بتقديم مبررات يعتبر هذا خروج عن حرية التعاقد التي تقضي بحرية العدول، فهو حق مكرس للشخص ولا يمكن إجباره على تقديم مبررات وأسباب لذلك، فالتفاوض يحتفظ بحريته الكاملة في العدول عن المفاوضات العقدية في الوقت الذي يريده، ولا مسؤولية على من عدل ولا يكلف بإثبات سبب ذلك.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 44

² عبد الرزاق أحمد السهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الإثبات، الآثار، الأوصاف، الإنتقال، الإنقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 32

³ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 137

فالتفاوض عمل مادي لا يرقى إلى التصرفات القانونية، ولهذا فهو لا يرتب أي أثر قانوني، وبهذا فمن حق كل متفاوض العدول عن المفاوضات دون أن تنشأ في ذمته أي مسؤولية ودون تقديم مبرر لذلك، وهذا هو المفهوم الذي قدمه الفقه التقليدي بخصوص العدول عن المفاوضات العقدية.¹

فمادام العدول عن المفاوضات حق لكل متفاوض، وما تقضي به قواعد العدالة هو عدم مساءلة الشخص عند ممارسة حقوقه، غير أنه إذا كان هذا العدول مقترنا بخطأ فهنا تقوم المسؤولية على أساس الخطأ وليس على أساس العدول في حد ذاته وهي مسؤولية تقصيرية ووجود الخطأ من عدمه يخضع لتقدير القاضي الذي يسعى في البحث عنه وهذا بهدف حماية الحريات الفردية.

ثانياً: عدم التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات العقدية:

إن العدول عن المفاوضات العقدية هو حق مشروع لكل متفاوض حتى يتمكن من ممارسة حريته التعاقدية، ولكن هذا المبدأ قد وردت عليه قيود حتى لا يؤدي إلى خلق إنتهاكات لحقوق الغير، ولهذا قيد مبدأ حرية التعاقد بنظرية التعسف في استعمال الحق، فلا يجب على الشخص ممارسة حقه في العدول عن المفاوضات العقدية بتعسف، وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا.

وقد نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق وإعتبره خطأ تقصيرياً، وورد هذا في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري حيث نصت على ما يلي: "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول لى فائدة غير مشروعة."

لهذا فإن قام شخص بالعدول عن المفاوضات بتعسف فستقوم مسؤوليته المدنية وهذا يشكل خطأ تقصيرياً يوجب قيام المسؤولية التقصيرية.

وإذا أردنا إعطاء تعريف التعسف في استعمال الحق، يجب معرفة المقصود بكل من الحق والتعسف.

أ- مفهوم التعسف في استعمال الحق:

فالحق هو مصلحة مرسومة الحدود ويحميها القانون، وقد يستعمل هذا الحق دون تجاوز الحدود وقد يستعمل في غير محله ويلحق ضرراً بالغير، وهذا هو التعسف في استعمال الحق.

¹ كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في فترة ما قبل التعاقد"، مجلة الفتح، كلية البرموك الجامعة، ع 27

أما التعسف هو: "إنحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق، أي أن صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه ولكن يتعسف في إستعمال هذا الحق".¹

وقد ذكر المشرع الجزائري ثلاث حالات للتعسف في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري وهذا على سبيل المثال، وهذه الحالات يجمعها عنصر مشترك وهو النية السيئة أو نية الإضرار بالغير، ولصعوبة إثبات النية فإن القاضي يستخلص سوء النية بالإستعانة بمعيار موضوعي وهو مقارنة ذلك الفعل بتصرف الرجل المعتاد وفي نفس الظروف المحيطة بالشخص الذي قام بالفعل ويرى إن كانت فائدة من وراء تصرفه ذلك فإن وجد إنعدام الفائدة فيعتبر الشخص مخطئاً ويلتزم بالتعويض أي تقوم مسؤوليته التقصيرية.²

ب- دور النية في العدول التعسفي عن المفاوضات العقدية:

إن النية هي العنصر المشترك الذي يجمع بين حالات التعسف في إستعمال الحق، أي أن تكون هناك نية الإضرار بالغير، غير أن الفقه والقضاء في فرنسا ذهبوا إلى أبعد من ذلك وإعتبروا أن العدول يعتبر تعسفياً حتى ولو لم تكن هناك نية الإضرار بالغير أو الطرف الآخر.

1- العدول عن المفاوضات العقدية بنية الإضرار بالمتفاوض الآخر:

إن أهم صورة للعدول التعسفي هي العدول عن المفاوضات بدون سبب جدي، فإذا إنعدم السبب إعتبر العدول تعسفياً، فسبب العدول يجب أن يكون مشروعاً وجدياً، ويتمثل هذا السبب المشروع في وجود أسباب موضوعية وحادة، كأن تكون هذه الأسباب راجعة إلى ظروف إقتصادية وليست مجرد أهواء شخصية ولكي يكون السبب مشروعاً يجب أن يتوفر في المفاوضات ما يسمى بالخطر المشروع الذي يهدد المتفاوض الذي عدل عن المفاوضات، ويمكن تصور هذا الخطر في بعض المهن التي تكون فيها نسبة المفاوضات كبيرة كالمقاولين والسماسرة فهؤلاء بحكم عملهم يتحملون مصاريف التفاوض، لهذا فإن المتفاوض معهم يلتزم بتعويض هذه المصاريف في حالة ما إذا كان متعسفاً في عدوله عن المفاوضات أي لم يكن له أي مبرر مشروع وكان يرمي من وراء ذلك إلى الإضرار بالطرف الآخر.

فهنا تقوم مسؤوليته لتعسفه في إستعمال حقه في العدول عن المفاوضات ضمن مبدأ حرية التعاقد وصدقه من وراء ذلك العدول هو نية الإضرار بالطرف الآخر.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 110، 111

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 115

فالعُدول عن المفاوضات بدون سبب جدي يعتبر عدولا هدفه الإضرار بالغير، أي هناك نية للإضرار بالطرف الآخر فهو بذلك عدول تعسفي، وبهذا تقوم المسؤولية التقصيرية لمرتكبه وفقا لنص المادة 124 مكرر/1 من القانون المدني الجزائري.

وهناك أيضا أفعال يأتيها أحد أطراف التفاوض بسوء نية والهدف من وارئها الإضرار بالغير بالتفاوض مع عدة أطراف بهدف إشهار المتفاوض لعمله أو لمنتجاته، وهذا عندما يدخل الشخص في مفاوضات مع عدة أطراف ويكون هدفه من وراء ذلك ليس للتعاقد بل لكي يرى الآخرون حجم أعماله والعروض الكثيرة لديه وبعد أن يصل إلى مبتغاه يقوم بالعدول عن المفاوضات دون أن يبالي بالأضرار التي قد يسببها للغير، فيعتبر بهذا متعسفا في استعمال حقه في التفاوض وفي عدوله عن المفاوضات وبهذا تقوم مسؤوليته عن ذلك وهذا لأن المصلحة التي كان يرمي صاحبها لتحقيقها هي قليلة بالنسبة للضرر الذي أصاب الغير، وهي مصلحة شخصية بحتة وفقا لنص المادة 124 مكرر/2 من القانون المدني الجزائري.

2- العدول عن المفاوضات العقدية بدون نية الإضرار بالمفاوض الآخر:

إن التعسف في استعمال حق للعدول عن المفاوضات يتمثل في نية الإضرار بالغير، فالنية شرط لاعتبار العدول تعسفيا، ويستدل القاضي على وجود هذه النية بمعيار الرجل المعتاد، فإن غابت الفائدة المشروعة للمسؤول عن العدول اعتبر ذلك خطأ يوجب قيام المسؤولية، ولكن الفقه والقضاء في فرنسا اعتبروا أن كل عدول عن المفاوضات العقدية يعتبر خطأ لما تبلغ مرحلة متقدمة منها لكفي لكي يعتقد أحد الأطراف أن الطرف الآخر مستعد لإبرام العقد معه مما يدفعه إلى دفع نفقات أكثر.¹

والقضاء الفرنسي يطبع حماية أكثر للمفاوضات وللمفاوضين من التعسف في استعمال حقه المشروع المتمثل في العدول عن المفاوضات في أي مرحلة كان عليها التفاوض، وهذا بإدراج شرط السبب المشروع في العدول، فإذا واصلت المفاوضات إلى مرحلة متقدمة فهنا يتبادر إلى ذهن المتفاوض أن العقد سيبرم، ولهذا فإن قام أحد الأطراف بقطعها بدون مبرر مشروع، فيعتبر هذا الفعل تعسفيا ولا ينظر إلى النية التي هي شرط في نظرية التعسف في استعمال الحق، ولهذا فالمتسبب في العدول عن المفاوضات المتقدمة يلزم بتقديم مبرر مشروع لذلك وإلا اعتبر متعسفا وتقوم مسؤوليته على أساس الخطأ التقصيري ويلتزم بالتعويض.²

¹ Ghestin Jaques, op cit, p 177

² محمود فياض، "مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، ع 54، ص 245، فلسطين، ص 245

ويظهر هذا التوجه في قرار لمحكمة استئناف ميلانو سنة 1987 حيث أقرت: "بعدم إلتزام الطرف المتفاوض في الوصول إلى نتيجة نهائية بالتعاقد لهذه المفاوضات ما لم تكن المفاوضات قد وصلت لمرحلة متقدمة تبعث على إعتقاد الطرف الآخر بحتمية توقيع العقد أو أوهم هذا الطرف المقابل بحتمية توقيع هذا العقد".

ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية من قام بالعدول عن المفاوضات التي تعتبر تصرفات مجردة إذن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية، ولا يشترط لقيامها في هذه الحالة إلا قيام الخطأ الذي نتج عنه الضرر بالطرف الآخر، ولا يشترط أن يتوفر لدى العادل عن المفاوضات نية الإضرار بالمتفاوض الآخر.

من خلال ما سبق فإن مرحلة المفاوضات هي مرحلة يسودها مبدأ أساسي هو مبدأ حرية التعاقد، ولا يمكن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه دون تقييده إلا استخنتل المعاملات بين المتفاوضين خصوصا أن أهم صورة لهذا المبدأ هي العدول عن المفاوضات فلو قام كل المتفاوضين بممارسة هذا الحق دون قيود سيضر الطرف الآخر، ولهذا ولعدم الإضرار بالمتفاوض الآخر قيد هذا المبدأ بنظرية قانونية وهي نظرية التعسف في استعمال الحق من أجل خلق نوع من التوازن بين حرية العدول عن المفاوضات وعدم الإضرار بالغير، فلا يجوز التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات بدون سبب مشروع بنية الإضرار بالطرف الآخر أو بدون نية الإضرار به إن كانت المفاوضات متقدمة، فهذه الأفعال هي أفعال خاطئة وتقوم مسؤولية مرتكبها.

المطلب الثاني: مبدأ حسن النية:

عندما يختار أطراف التفاوض تنظيم مرحلة المفاوضات العقدية بعقود وإتفاقات، فهنا يخرج التفاوض من دائرة الأعمال المادية ليدخل ضمن دائرة التصرفات القانونية، وهذا يفرض على أطراف التفاوض تنفيذه بحسن نية (فرع أول)، وتتفرع عن هذا المبدأ إلتزامات أخرى مساعدة ومكملة له (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية

يلعب مبدأ حسن النية دورا بارزا في مجال العقود، سواء عند تنفيذها، أو حتى خلال المرحلة السابقة على تنفيذها، أي في فترة تكوين العقد، وهو ما أشار إليه ضمنا المشرع المدني الجزائري في المادة 1/107 من ق.م.و التي تقتضي في عمومها أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.¹

¹ بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، ج 1، دار هومة، ط 2، ص 676

فمبدأ حسن النية خلال الفترة السابقة على التعاقد معناه الإلتزام بالتفاوض بحسن نية كقاعدة عامة في مرحلة التفاوض على العقد، فهذه المرحلة هي مرحلة خطيرة يتم فيها تكوين العقد وبلورته والتي يتوجب فيها الصدق والأمانة والصراحة والتزامه والتعاون.¹

وقد إجتهد خبراء القانون من أجل وضع تعريفات لمبدأ حسن النية، فمنهم من قال: "هو الوسيلة التي قد يستطيع من خلالها القاضي التدخل لضمان توازن العلاقة العقدية بين الأطراف المتعاقدة وتوقع على الطرف المتعاقد معاملة الطرف المقابل له بصدق وأمانة وبالشكل الذي يرغب هذا الأخير من الغير التعامل معه به".²

ومنهم من عرفه على أنه: "التعامل بصدق وشرف مع الغير بصورة تقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي أنشأ من أجلها وإلتزم بها كل طرف من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون سبب مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة".³

والتنفيذ بحسن نية وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني يوجب إحترام قانون العقد، بأن ينفذ كل طرف من أطراف العقد ما رتبته هذا العقد من إلتزامات عليه بكل صدق وأمانة والوفاء بكل مضمون الإلتزام العقدي بعيدا عن المماطلة والإلتواء والغش، ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هم من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام، وهو ما تقتضيه الفقرة الثانية من المادة نفسها.⁴

وقد تناول قانون العقود الفرنسي الجديد النافذ إعتبارا من 2016/10/01 تنظيم الإلتزام بالتفاوض بحسن نية بقواعد أمره وفقا لأحكام المادة 1104 الجديد حيث أصبح إلتزاما قانونيا على عاتق طرفي التفاوض من بداية المفاوضات العقدية وحتى تنفيذ كافة مراحل العقد بحسن نية، كما نظمت المادة 1112 المفاوضات العقدية والمسؤولية الناشئة عنها، والإلتزام بالإعلام وحدوده، وعبء إثبات القيام به وجزاء الإخلال به.⁵

كما نصت قوانين التجارة الدولية على أن مبدأ حسن النية هو جزء لا يتجزأ من عقد البيع الدولي، من حيث أنه يشمل منذ بداية التفاوض حوله، وحتى تمام تنفيذه محافظة على التوازن العقدي بين طرفي العقد، وأن هذا المبدأ يشمل إلتزام البائع بالإدلاء بجميع البيانات المتوفرة لديه، وبالتعاون الذي يمليه هذا

¹ Jourdain (p), ;a bonne foi dans la formation des contrats, Trav. Ass. Capitant, p 121

² محمود فياض، مرجع سابق، ص 231

³ نشمي مصطفى خيضر، مرجع سابق، ص 55

⁴ بلحاج العربي، "أحكام الإلتزام..."، مرجع سابق، ص 66

⁵ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 163

المبدأ، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 7 من مبادئ "اليونيدرو Unidroit" لعقود التجارة الدولية الصادرة عام 1994 والمعدلة عام 2004 و 2010 والتي ورد فيها: "يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقا لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية ولا يجوز الأطراف إستبعاد هذا الإلتزام أو تقييده".¹

كما نصت المادة 2115 من المبادئ نفسها على أنه: "يسأل الطرف الذي يتفاوض وأدى إلى قطع المفاوضات بسوء نية، عما لحق الطرف الآخر من خسائر".

وإصباح مبدأ حسن النية في مفاوضات جاء من خلق نوع من التوازن بين المبدأ الأساسي السائد في هذه الفترة وهو مبدأ حرية التعاقد الذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وبين مبدأ حسن النية الذي يقرر الحد الأدنى من الثقة والإستقرار والجدية في هذه المرحلة.²

الفرع الثاني: الإلتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية

يعتبر الإلتزام بالتفاوض بحسن نية خلال مرحلة المفاوضات العقدية هو الإلتزام الرئيسي وتتفرع عنه إلتزامات أخرى هي في الحقيقة مساعدة ومكاملة له، نذكر منها الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالتعاون والإلتزام بالجدية والإستقامة والإلتزام بضمان السرية والإلتزام بالإدلاء بالبيانات.

أولا: الإلتزام بالإعلام "Obligation d'informer"

يلتزم المتفاوض بإعلام المتفاوض الآخر بكافة المعلومات الحقيقية المتعلقة بالعقد، وألا يستغل المتفاوض عدم معرفة وتخصص الطرف الآخر ليزج به في عقد لا يناسبه، فيجب على كل متفاوض أن يلتزم بالمصارحة والتبصير والشفافية والنصيحة وضرورة تحذير المتفاوض الآخر أو لفت إنتباهه إلى إحتمال وجود خطورة مادية أو قانونية ناشئة من العقد محل التفاوض وهذا في مرحلة تكوين العقد وإبرامه.³

وقد إعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة أثناء التعاقد تدليسا، تجيز للمدلس عليه إبطال العقد، حسب نص المادة 2/86 من القانون المدني الجزائري⁴ وهو ما سارت عليه أيضا إجتهاادات المحكمة العليا، من أن المبدأ في القانون الجزائري هو إعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، وإذا كان المتعامل حرفيا أو مهنيا فلا يمكن له الإدعاء بالغش والتدليس، وبهذا يكون للمتفاوض في حال

¹ حمدي محمود بارود، مرجع سابق، ص 125، 126

² بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاثر السياسة والقانون، جامعة قاصدي

مرباح، ع 10، ورقلة، ص 115-117

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 186

⁴ تنص المادة 2/86 من ق.م.ج المعدل والمتمم على ما يلي: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة"

عدم إبرام عقد طلب إبطاله لوقوعه في تدليس من طرف المتعاقد الآخر أو نائبه حسب نص المادة 1/86 من القانون المدني الجزائري.¹

ويجد الإلتزام بالإعلام متسعا له إذا كان التفاوض يدور بين أطراف غير متساوين كأن يكون بين مهني أو خبير والطرف الآخر يكون شخص عادي ولهذا يجب على ذلك المهني أو الخبير إعلام المتفاوض معه بكل ما يحويه محل التفاوض، ويطلععه على ما يشمله ويصحح له المفاهيم ويصوب ما لديه من معتقدات ويلفت إنتباهه إلى الآثار المترتبة عن ذلك² حتى يتجنب إدعاء المتفاوض غير الخبير بعدم علمه وأنه وقع في غلط وبعدها يطالب لإبطال العقد في حال إبرامه.

ومن المعلوم أن القانون الجزائري ركز كثيرا على الإلتزام السابق على التعاقد والمتمثل في إعلام المتعاقد وإخباره بمضمون العقد من جهة وبالأسعار وشروط البيع من جهة أخرى في تشريعات خاصة. ففيما يتعلق بالإعلام بمضمون العقد، وبالإضافة إلى الإلتزام التقليدي الذي يقضي بعدم غش المستهلك أو خداعه أو تضليله، توجب المادة 17 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك.³

ويتجلى ذلك أيضا بما ورد في المادة 04 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23/06/2004 الذي يعدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية والتي تقضي بأنه يتولى البائع وجوب إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع⁴ وهو ما أكده المشرع الجزائري كذلك من خلال المرسوم رقم 367/90 المؤرخ في 10/11/1990 المتعلق بالوسم وتقديم المواد الغذائية، على وجوب الإعلام المادي للمستهلك.⁵

كما يلزم الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بقانون التأمينات الجديد الذي ألغى القانون رقم 13/80 المؤرخ في 19/07/1980 في مواد 5 و 8 و 13 والمعدل بالقانون 04/06 المؤرخ في 20/02/2006 شركات التأمين في عقود التأمين ضرورة إخبار أي إعلام المستهلك وإخطاره

¹ تنص المادة 1/86 من ق.م.ج المعدل والمتمم على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه منن الجسمامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"

² بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 80

³ الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 08/03/2009

⁴ الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخ في 27/06/2004

⁵ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 194

بالشروط الهامة والأكثر خطورة، وبكل المعلومات الضرورية المؤثرة المتعلقة بالعقد وأن تكون هذه البيانات واضحة ومقروءة وغير قابلة للمحو ومكتوبة باللغة الوطنية.¹

أما بالنسبة لقانون العقود الفرنسي الجديد فإن الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد في القانون المدني الفرنسي الحديث يجب أن يوجد جنبا إلى جنب مع الإلتزام بحسن النية الذي يجب أن يسود مرحلة التفاوض على العقد، وهذا بإعلام المتفاوض الآخر بالمعلومة المهمة الحاسمة التي لها علاقة مباشرة وضرورية بمضمون العقد أو صفة أطرافه متى كان هذا الأخير جاهلا بها، وهذا وفق نص المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي الجديد في الفقرة 1 و2 و3 و4 و5 من نص هذه المادة.

ويجب التمييز في هذا الإلتزام بين الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد وبين الإلتزام بالإعلام التعاقدية، فالإلتزام بالإعلام قبل التعاقدية يقوم في المرحلة قبل التعاقدية، وينقضي فيها أيضا، فهو يقوم من أجل إحلال التكافؤ بين الأطراف خصوصا إذا كان أحدهم خبيرا كالعلاقة بين المنتج والمستهلك، فيجب على المنتج إعلام المستهلك بكل ما يحويه المنتج وكيفية إستعماله لكي لا يقع المستهلك في غلط فيما بعد.²

أما الإلتزام بالإعلام التعاقدية فهو يقوم في المرحلة التي يكون فيها العقد قد أبرم، فهو إلتزام عقدي بحت ويعرف أيضا بالإلتزام العقدي بالمشورة، مثل عقد الإستشارة القانونية أو الهندسية ويعرف أيضا بالإلتزام بالإعلام بعد التعاقد مثل عقود التحريات الخاصة.

ثانيا: الإلتزام بالتعاون "Obligation de cooperation"

المراد بالإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض على العقد هو ضرورة التعاون البناء النزيه المتبادل، بين الأطراف المتفاوضة بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية ومرضية إما بإبرام العقد محل التفاوض، وإما بغض النظر عنه كلية.³

والإلتزام بالتعاون طيلة مرحلة المفاوضات العقدية هو إلتزام يفرضه حسن النية اللازم لإبرام العقد، ويقوم أساسا على المهني المحترف، بأن يقوم بتوجيه الطرف الثاني وهو العميل، وإعلامه وتبصيره بخصائص وعيوب السلعة أو الخدمة، ونصحه وإرشاده بإبداء الرأي السديد فيها في كل مرحلة من مراحل التفاوض.⁴

¹ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 197

² محمد إبراهيم دسوقي، مرع سابق، ص 78

³ محمد لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ص 28

⁴ جمال محمد، المسؤولية المدنية للمتفاوض، نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة،

والمعيار في هذا هو معيار الرجل الحريص المعتدل المتوازن الذي يهدف إلى إنجاح المفاوضات ودفعها إلى الأمام وعدم العودة إلى الوراء بإثارة نزاع بدون مبرر مشروع وفي موضوع تم حسمه من قبل، يتجنب وضع العراقيل بهدف إفشال المفاوضات.¹

من خلال هذا فإن الإلتزام بالتعاون هو إلتزام يقع على كلا الطرفين خلال فترة المفاوضات فلا يجوز لأي شخص الإخلال به وإلا قامت مسؤوليته عن ذلك، فإن كانت المفاوضات منظمة وفي إطار عقد فهذا لا مجال لقيام المسؤولية العقدية (المادة 107) من القانون المدني الجزائري²، أما إذا كانت المفاوضات مجردة فهذا تقوم المسؤولية التقصيرية للإخلال بواجب عام لا يقوم به الشخص العادي الذي هدفه إنجاح المفاوضات (المادة 124) من القانون المدني الجزائري.³

ثالثاً: الإلتزام بضمان السرية "Obligation de confidentialité"

المقصود بضمان السرية هو الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه وخاصة في عقود نقل التقنية أو التكنولوجيا، والعقود الصناعية والتجارية وغيرها، ولا يقصد به ضمان سرية التفاوض في حد ذاته.

وفي إطار هذا الإلتزام، تتمتع براءة الإختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية وكذا معطيات أنظمة المعالجة الآلية بحماية قانونية خاصة في المنظومة القانونية الجزائرية.⁴

ومضمون الإلتزام بالمحافظة على سرية البيانات أو المعلومات يتكون في الحقيقة من شقين هامين وهما أن يتمتع المتفاوض كلية عن إفتشاء بعض هذه الأسرار أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشله، وأن يتمتع أيضاً عن إستغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها، فإذا تلقى المتفاوض من الطرف الآخر وثائق سرية لتسهيل عملية التفاوض (كالرسوم أو النماذج أو الخرائط أو المعرفة الفنية أو الخبرة التقنية، أو العقود أو الشهادات) وجب عليه ألا يتصرف فيها أو أن يحتفظ بصورة منها.⁵

ولأن الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو إلتزام بتحقيق نتيجة، يرى الرأي السائد فقها وقضاء في فرنسا إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بهذا الإلتزام القانوني الأساسي في مرحلة المفاوضات، وذلك لعدم وجود إتفاق صريح عليه.⁶

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 178

² ق.م.ج المعدل والمتمم، السالف الذكر

³ ق.م.ج المعدل والمتمم، السالف الذكر

⁴ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 177

⁵ المرجع نفسه، ص 180

⁶ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة...، مرجع سابق، ص 264

رابعاً: الإلتزام بالإعتدال والجدية والإستقامة "Obligation de loyauté"

المقصود بالإلتزام بالإستقامة والجدية هو تبادل الإقتراحات والمباحثات بين طرفي العقد وأن يترك للطرف الآخر مهلة كافية للتأمل والدراسة والتفكير، وإذا كانت المقترحات غير مفيدة أو غير معتدلة أو مبالغ فيها فلا مجال لقبولها دون أي خطأ في مرحلة التفاوض.

ويقتضي هذا الإلتزام الجدية في التفاوض من الطرفين، بدراسة المقترحات بنية دقيقة في التعاقد بعيداً عن الصرامة والتشدد أي بعدم رفض إقتراحات الآخر ما دامت هادفة ومنطقية، كما يوجب إلتزام المتفاوض بالإستقامة أي بالشفافية والوضوح في التعامل وتبصير المتفاوض الآخر بالمعطيات الحقيقية، وذلك بعدم تقديم بيانات خاطئة أو معلمات ملوطة أو مفرطة في التفاؤل أو مغرقة في التشاؤم أو بالية أو قديمة. فالمتفاوض يلتزم بعدم بعث آمال كاذبة لدى الطرف الآخر في أن التعاقد وشيك، وعدم غطالة أمدج المفاوضات لمجرد الدعاية والتسلية وكذا بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن العملية محل التفاوض.¹

كما تعني الإستقامة بالإلتزام بمواصلة التفاوض على العقد وعدم إطالة أمده بدون سبب مشروع وبذل العناية اللازمة لمواصلة المفاوضات بهدف نجاحها وعدم العدول عنها دون أي مبرر موضوعي، فلا يجوز قطع المفاوضات فجأة بدون مبرر مشروع وإلا كانت المفاوضات مخطئا وانعدت مسؤوليته المدنية.²

خامساً: الإلتزام بالإدلاء بالبيانات "Obligation préccontractuelle de renseignements"

يعتبر الإلتزام بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد من أحدث الموضوعات التي أولاها الفقه الفرنسي المعاصر أهمية كبرى، فهو يتصف بالصفة قبل التعاقدية فمجاله هو المرحلة السابقة على التعاقد، أي وقت المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد.³

وهو إلتزام سابق على إبرام العقد، يتعلق بالإلتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للطرف الآخر عند تكوين العقد البيانات الكافية اللازمة لإيجاد رضاء صحيح وكامل على علم بكافة تفصيلات وجزئيات هذا العقد.⁴ أما الأساس القانوني لهذا الإلتزام، فإنه يستند إلى أحكام العلم الكافي بالمبيع، بتبصير المشتري بكافة البيانات الضرورية والمعلومات اللازمة لتكوين علمة الكافي بالمبيع، وكذلك بتقديم معلومات معينة في مجال فني أو قانوني محدد، كتقديم نصيحة أو مشورة في مجال خاص، كما يرتكز على نظرية عيوب

¹ محمد لطفي، مرجع سابق، ص 28

² بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 175

³ نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 43

⁴ نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات في عقد التأمين، ندوة التأمين والقانون، جامعة الشارقة، الإمارات، ص 61

الإرادة ولاسيما تجنب الكتمان والتدليس والذي من شأنه ترتيب البطلان إذا كتم أحد المتعاقدين عند إبرام العقد والمعلومات المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه.¹

ويرتبط هذا الأساس القانوني أيضا في القانون المدني الجزائري بالإلتزام بالضمان (سواء ضمان التعرض والإستحقاق أو ضمان العيوب الخفية أو السلامة) حيث أن الإدلاء بالبيانات اللازمة يعتبر تنفيذا لهذا الإلتزام إنطلاقا من مبدأ حسن النية والثقة المشروعة في الروابط العقدية.²

ويقوم الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات المطلوبة وقت إبرام العقد على علم المتفاوض بالبيانات العقدية الضرورية لأنه لا يكلف شخص بالإدلاء ببيانات لا يعلمها.³

أما فيما يتعلق بالجزاء المقرر قانونيا للإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات اللازمة لإبرام العقد، فهو يستند إلى أحكام المسؤولية المدنية ولاسيما التقصيرية منها، لأن عدم إدلاء أحد المتعاقدين للآخر بالبيانات المطلوبة لتكوين رضائه السليم لإبرام العقد يعتبر في حد ذاته تقصيرا يوجب مسؤوليته، ويستوجب الحكم بالتعويض عن الضرر الذي ترتب عنه (المادة 124 من ق.م.ج).

¹ بلس آسيا، الإلتزام بالإعلام في عقد البيع الإستهلاكي، دار الجامعة الجديدة، ص 65 و 97

² بلس آسيا، المرجع نفسه، ص 96

³ Ghestin Jacquesm, l'obligation précontractuelle de renseignements en droit Français, LGDJ, Paris, p 171

المبحث الثالث: التفاوض في العقود الإلكترونية:

التفاوض الإلكتروني هو تبادل الإقتراحات والمناقشات والمساومات والخطابات والدراسات والتقارير باستخدام الوسائل الإلكترونية السمعية البصرية بشأن العقد المزمع إبرامه، كالتفاوض عبر شبكة الإنترنت باستعمال برنامج الإتصال الإلكتروني المباشر بين متفاوضين عن بعد، لا يجمعهما حضور مادي في مكان واحد بل هما غائبان جسدياً ويجمعهما الحضور الافتراضي أو الحكمي المتعاصر.

والتفاوض الإلكتروني قد يكون إما بالصوت والصورة عبر شبكة الإنترنت أو يتم عبر البريد الإلكتروني، أو بالهزة الذكية كالهواتف المحمولة الذكية.

ويمتاز العقد الإلكتروني بالسرعة الفائقة في إنجازه لكونه يتم آلياً وفوراً وقد يتم خلال دقائق محدودة رغم أنه يتم عن بعد، ومن المعلوم أن مراحل التفاوض الإلكتروني عبر الإنترنت في العقود الإلكترونية تتسم بالسرعة والفورية مما يثير عدة مشكلات قانونية نظراً لخصوصية هذا النوع من التفاوض (مطلب أول)، وهذا ما يوجب تنظيم هذه المعاملات الإلكترونية وحماية المستهلك في العقود الإلكترونية (مطلب ثان).

المطلب الأول: مشكلات التفاوض في العقود الإلكترونية:

من أهم مشكلات التفاوض عبر الوسائل الإلكترونية إشكالية أمن المعلومات زكيفية حمايتها من التزييف أو التزوير (فرع أول)، إضافة إلى الإلتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات (فرع ثان)، وإشكالية القانون الواجب التطبيق (فرع ثالث).

الفرع الأول: إشكالية أمن المعلومات

من أهم المشاكل التي يثيرها التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت نجد إشكالية أمن المعلومات التي تنتقل عبر الوسائل الإلكترونية، وكيفية حمايتها من التزييف أو التزوير أو الغلط أو الغش سواء كانت هذه المعلومات شخصية أم تجارية أو أي خطأ فني في إرسال تلك المعلومات مما يستوجب التأكد من هوية الشخص المتفاوض الإلكتروني وأهليته القانونية للتعاقد.¹

فالتفاوض الإلكتروني يتم عن بعد عبر الإنترنت بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان لأنه يتم عبر وسيلة إلكترونية وهذا ما يزيد من إنعدام الثقة والقلق من إجراء المفاوضات قبل التعاقدية باستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة.²

¹ جمال علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض عبر الإنترنت، ص 195

² بشار دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، ص 88

إضافة إلى المشاكل والتحديات المتعلقة بضرورة توفر الأمن القانوني، وتحديد هوية الأطراف، وتقديم المعلومات عن الأموال أو الخدمات المطلوبة لإبرام العقد الإلكتروني، وقد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك بكل وضوح عندما إشتراط لقبول الإثبات الإلكتروني وحجية التوقيع الإلكتروني ضرورة لتأكد من هوية الشخص الذي أصدره وأن تكون الوسائط الإلكترونية مؤتمنة (المادة 323 مكرر 1 و 3/327 من القانون المدني الجزائري، المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005).

فوفقا للمادتين 323 مكرر 1 و 3/327 من ق.م.ج لا يعتد المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني كدليل كامل في الإثبات إلا إذا كان موثقا وبعد التأكد من هوية الشخص الذي أصدره، وأن تكون الوسائط الإلكترونية مؤتمنة، ومن ثم يجوز للقاضي رفض التوقيع الإلكتروني إذا تم إصداره بصفة تخالف الشروط الشكلية والموضوعية المحددة في المادتين المذكورتين.¹

وهذا ما أوضحه أيضا قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، الصادر سنة 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 2/13 منه كما اشترطت المادة 8 و 10 من القانون نفسه أن يكون تقديم المعلومات والبيانات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، وذلك للتأكد من سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشأت فيه للمرة الأولى.²

وقد نظمت التشريعات الأجنبية خاصة الأمريكية والإنجليزية والألمانية والفرنسية والإيطالية واليابانية وغيرها ما يسمى بالتوقيع المعلوماتي في ظل انتشار نظم المعالجة الإلكترونية، بما في ذلك التوقيع البيومترية الذي يقوم على القياسات المميزة للشخص، غير أن التشريع الجزائري به قصور كبير فلا يوجد قانون كامل ومستقل ينظم كافة المعاملات الإلكترونية.

الفرع الثاني: الإلتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات

إن عدم تحديد أسعار البضائع والخدمات داخل الموقع التجاري الإلكتروني، أو عن طريق أي وسيلة إلكترونية، وإحتفاظ صاحب الموقع لمنفسه بتعديل شروط البيع أو رفضه من دون إبداء سبب بعد دعوة إلى التعاقد الافتراضي وليس إيجابا ويدخل في مرحلة التفاوض الإلكتروني التي تسبق الإيجاب أو المرحلة التمهيديّة السابقة على إبرام العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت.

ويكون الموجب في المعاملات التجارية الإلكترونية هو الحرفي أو المهني، والقابل هو المستهلك، وهي التحديد المسبق لشخص الموجب وصفته حماية قانونية لبعض الأطراف الضعيفة، والقيود في العقود

¹ علي فيلاي، الإلتزامات في جزئين، مزينة ومنقحة، م.و.ق.م، الجزائر، ج1، ط2، ص 307
² محمد مازوزي، الضمانات القانونية للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة محمد الأول، وجدة، ص 55

الإلكترونية يتحقق بمجرد الضغط على الزر المبين على شاشة الجهاز تحت بند قبلت، فيكون الرضا سريعا وشبه آلي.¹

وهذا ما يستوجب حماية المستهلك الإلكتروني في العقود الرقمية المبرمة عن بعد وإحاطته بضمانات قانونية وخاصة إحترام المهني للإلتزام بالإعلام الإلكتروني السابق على التعاقد لتتوير المستهلك الإلكتروني حول مضمون العقد وظروفه وتمييزه لكافة البيانات والمعلومات المهمة المتعلقة بالسلطة أو الخدمة محل التعاقد وكذا تطبيق حق الرجوع عن العملية الإلكترونية، وهذه ضمانات أساسية في العقود الإلكترونية.²

وأى إخلال بهذا الإلتزام يعطي للمستهلك الإلكتروني الحق في المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية (المادة 124 ق.م.ج)، باعتباره إلتزام قانوني سابق على التعاقد أساسه حماية المستهلك الإلكتروني إزاء المضمون العقدي، والعلم الكافي بالمبيع في عقد البيع عبر الإنترنت في ضوء تطور الوسائل الإلكترونية المعاصرة.³

كما يعد الإخلال بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد عند إبرام العقد الإلكتروني أي في وقت المفاوضات الإلكترونية نموذجا واضحا على السلوك التقصيرا خلال مرحلة تكوين العقد الإلكتروني وذلك بعدم الإعلام بكافة البيانات المهمة والمعلومات المؤثرة والمتعلقة بالعملية العقدية لأن مبادئ حسن النية والثقة والأمانة هي التي تبرر قيام الإلتزام قبل التعاقد بتوضيح البيانات المؤثرة والمعلومات الضرورية ومن ثم فإن الإلتزام بالمصارحة يفرض على المتفاوض الإلكتروني وقف التفاوض الإلكتروني وعدم السكوت العمدي على كل واقعة مؤثرة مما يعد تدليسا من الناحية القانونية.⁴

الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق

إن زمان إنعقاد العقد ومكانه، هو زمان ومكان علم الموجب بالقبول ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك (نص المادة 67 من ق.م.ج)، كما يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون بالموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه (نص المادة 18 من ق.م.ج)، أما بالنسبة للإلتزامات الغير تعاقدية فإنه يسري عليها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام (نص المادة 20 من ق.م.ج)، ومن ثم فقد حسم المشرع

¹ علي فيلالي، مرجع سابق، ص 154 و 155

² عائشة قصار، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني السابق على التعاقد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، العدد 9، ص 223

³ أفنان الزهراني، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، ص 73

⁴ بلحاج العربي، الجوانب القانونية لمرحلة...، مرجع سابق، ص 69

الجزائري مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على العقود التقليدية كانت أم إلكترونية، بوضع قاعدة إستناد مرنة ذات خيارات متعددة قادرة على حل مشاكل تنازع القوانين بما يلائم مقتضيات التجارة الإلكترونية.¹

فالمعاملات التي تتم بالوسائل الإلكترونية عبر الإنترنت هي بالضرورة ذات طابع دولي لأن أطرافها متواجدون وينتمون إلى دول مختلفة في العالم وعلماً بمبدأ حرية التعاقد يطبق القانون الذي يختاره الأطراف في العقد وفقاً لقواعد تنازع القوانين في مختلف النظم القانونية المقارنة وخضوع العملية التعاقدية لقانون المحل أو الموطن الذي يقيم فيه المستهلك بوصفه الطرف الضعيف يبدو منطقياً من أجل حمايته من الدعاية الإلكترونية ووسائل الإحتيال والتضليل عن بعد.²

والتحديات التي تطرحها شبكة الإنترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، هي من أبرز المشكلات التي يثيرها إبرام العقود عبر الإنترنت، لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود الإلكترونية المتجاوزة للحدود الجغرافية.³

وهذا القلق ليس في صالح التجارة الدولية الإلكترونية بل هو من معوقاتها، لهذا يجب العمل على حصر هذا الخلاف حول مكان وزمان إنعقاد العقدين غائبين والقانون الواجب التطبيق، عن طريق سعي الدول إلى توحيد تشريعاتها المدنية وهذا عن طريق الإتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني: حماية المستهلك في العقود الإلكترونية:

لقد أغفل المشرع الجزائري تنظيم المعاملات الإلكترونية في قانون مستقل وواضح سواء تعلق الأمر بالسلع أو الخدمات وكذا فيما يخص حماية حقوق المستهلك الإلكتروني في مثل هذه المعاملات التجارية الحديثة، سواء في مرحلة التفاوض أو مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، وتبرز أهمية التفاوض الإلكتروني الحديث في العقود الإلكترونية في أن جانبا كبيرا في هذه العقود يبرم عن بعد مما يثير بعض الغموض وبالنسبة لجوانب العملية التعاقدية مما يدفع كل طرف إلى الدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر قبل إبرام العقد النهائي من خلال إستخدام وسيلة من وسائل الإتصال الإلكتروني الحديثة كالتعاقد من خلال البريد الإلكتروني.⁴

¹ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ص 202

² عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 176

³ بولين أيوب، تحديات شبكة الإنترنت على الصعيد القانوني الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 51

⁴ بشار مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ص 52

والأصل في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت أنه بين غائبين من حيث المكان حاضرين من حيث الزمان (المادة 64 و67 من ق.م.ج)، ويتم بسرعة فائقة خلال دقائق محدودة، ولهذا يجب تبصير المستهلك الإلكتروني وتنويره (فرع أول)، إضافة إلى حق المستهلك الإلكتروني في العدول (فرع ثان)، ما هو موقف المشرع المدني الجزائري من التعاقد الإلكتروني الحديث (فرع ثالث).

الفرع الأول: ضرورة تبصير المستهلك الإلكتروني

يجب تبصير المستهلك الإلكتروني وتنويره بالسلعة أو الخدمة أو المعاملة التجارية محل التعاقد الإلكتروني عن بعد، بجميع المواصفات والخصائص بصفة واضحة في المرحلة السابقة على التعاقد، أي قبل إبرام العقد الإلكتروني، مع إعلامه بحقوقه وشروط وأحكام العقد و ضمانات وطرق الدفع وإجراءاته وكيفية تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه، ويشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يتضمن المعلومات المتعلقة بتفاصيل العقد الإلكتروني وبمنتهى الصدق والصراحة، وكافة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة التي تمثل محل العقد المراد إبرامه وكذا جميع البيانات المتعلقة بالعقد الإلكتروني وما يتضمنه من شروط خاصة وهذا ما ورد في المادة 16 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المعتمدة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1996.¹

وهذا ما أكدته المادة 121 من قانون الإستهلاك الفرنسي المعدل سنة 2004 أنه من بين الشروط التقصيرية التي يجب أن يتضمن عليها الإيجاب الإلكتروني، طرق الوفاء وشروط فسخ العقد، وكذا شروط تحديد المسؤولية العقدية أو الخدمات ما بعد البيع وشروط الضمان.

فالتفاوض الإلكتروني ورغم العسوبات المتعلقة بتحديد هوية المتقاعد، وضرورة الإعلام الذي يخص تحديد السلعة أو الخدمة محل التعاقد، فإنه يتمتع بإيجابيات كثيرة لما يتسم به من توفير كبير للوقت والنفقات، ويتم التفاوض الإلكتروني بين الطرفين من خلال رسائل البيانات عبر الإنترنت بحسن نية بعيدا عن التحايل والخداع، وبكل صدق وأمانة.²

ويلتزم المهني أو الحرفي مقدم الخدمة الإلكترونية بإعلام المستهلك عن جميع المعلومات والبيانات التي يجب توافرها في التعاقد الإلكتروني، أي بكل المعلومات التي تؤثر في رضا الأخير بتقديم النصيحة

¹ بشار مومني، المرجع نفسه، ص 53

² إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي، بيروت، ص 70

والمشورة إلى العميل، وبعد ذلك ينتقل العميل إلى تحديد إحتياجاته وإلى إختيار الجهة التي تقدم له الخدمة الفنية والمساعدة التقنية عبر تقنيات الإتصال عن بعد.¹

كما أن الإلتزام بالإعلام السابق على إبرام العقد الإلكتروني يفرض على المهني والمهني المحترف، خلال المرحلة السابقة على التعاقد أن يحيط المستهلك الإلكتروني بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد، وأن يبصره بأي إعتبار آخر يمكن أن يؤثر في رضا المستهلك ويدفعه للتقاعد، ذلك لأن إخفاء المعلومات من المهني المحترف أثناء التفاوض الإلكتروني وفقا لمبدأ الإلتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني يعطي للمستهلك الإلكتروني حق التمسك بدعوى ضمان للعيوب الخفية من وجد المبيع عيب لهم يتمكن من الإطلاع عليه، بسبب نقص المعلومات المقدمة في البائع أو المنتج في الموقع الإلكتروني ومن ثم طلب فسخ العقد للعيب، وله أيضا حق التمسك بإبطال للعقد بسبب وقوعه في الغلط نتيجة عدم كفاية المعلومات التي قدمها على شبكة الإنترنت.²

الفرع الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في العدول

للمستهلك الإلكتروني حق الرجوع عن العملية الإلكترونية في الوقت المحدد وهي مهلة التفكير وهي ثلاثة أيام، وكذا حقه في الإستبدال خلال سبعة أيام عند إكتشافه أو عمله بوجود عيب في المنتج.³

فالإعلانات الإشهارية الإلكترونية سواء عن طريق الرسائل عبر البريد الإلكتروني أو الهاتف المحمول أو غيرها من الوسائل تعتبر مصدر لخطورة حقيقة على توجيه إدارة المستهلك في التجارة الإلكترونية خلال الفترة السابقة على التعاقد الإلكتروني بشكل يلفت إنتباهه ويغريه ويجذبه بسرعة إلى البضائع المعروضة على الموقع التجاري الإلكتروني.⁴

والقوانين الإلكترونية المقارنة تمنع الإعلان الكاذب أو الخادع أو المضلل غير الوسائل الإلكترونية، في الرسالة الإعلانية السمعية أو البصرية أو الإثنيين معا، وفي الخدمات للرقمية وغير الرقمية عبر المواقع الإلكترونية بشى الطرق والوسائل الإلكترونية، فتتشرط القوانين الإلكترونية للمقارنة لصحة التراضي في التعاقد الإلكتروني، ضرورة وجود الرخصة المقررة للمستهلك للتجارة الإلكترونية للرجوع في العقد خلال

¹ خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 240

² بشار مومني، مرجع سابق، ص 47

³ سالم العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 213

⁴ مصطفى أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 135

المدة المحددة، وهذا لحماية الطرق الضعيفة من الصعوبات والمخاطر التي تحيط بالصفقات التجارية عبر الوسائل الإلكترونية، وهو حق المستهلك الإلكتروني في العدول، كحماية قانونية له من أي غش أو خداع أو تضليل من جانب البائع الذي يعرض السلعة أو الخدمة عبر المواقع الإلكترونية.¹

الفرع الثالث: موقف المشروع المدني للجزائري

لقد أشار المشرع المدني الجزائري على صحة التعاقد بوسائل الإتصال الإلكترونية الحديثة في المادتين 323 مكرر 1 و 2/327 المضافتين بالأمر رقم 10/50 المؤرخ في 20/06/2005، كما أنه يعقد بالتوقيع الإلكتروني بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره وأن يكون بوسائل آمنة، وهذا معناه ضرورة إتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء العقود الإلكترونية بحماية المستهلك الإلكتروني من جهة، والإحتياط من إحتتمالات التزوير والإحتيال والخديعة والغش والكذب وإنتحال الشخصيات، بإعتبارها تتم عند بعد، وبإستخدام وسائل الدعائية المقلقة والمغرية من جهة أخرى.²

ويجب حماية المستهلك الإلكتروني في ظل النقص الذي لا يزال يعتري النصوص التشريعية في القانون الجزائري، وخاصة في حالة التقاعد عن بعد، بحمايته من الغش والنصب والإحتيال في ظل وجود الشركات الوهمية التي تعلن خدماتها عن طريق الإنترنت، وإعطائه رخصة الرجوع في العقد خلال المدة المحددة في القوانين الإلكترونية الدولية وتحتسب من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه كما يمنع إرسال السلعة بدون طلب صريح.³

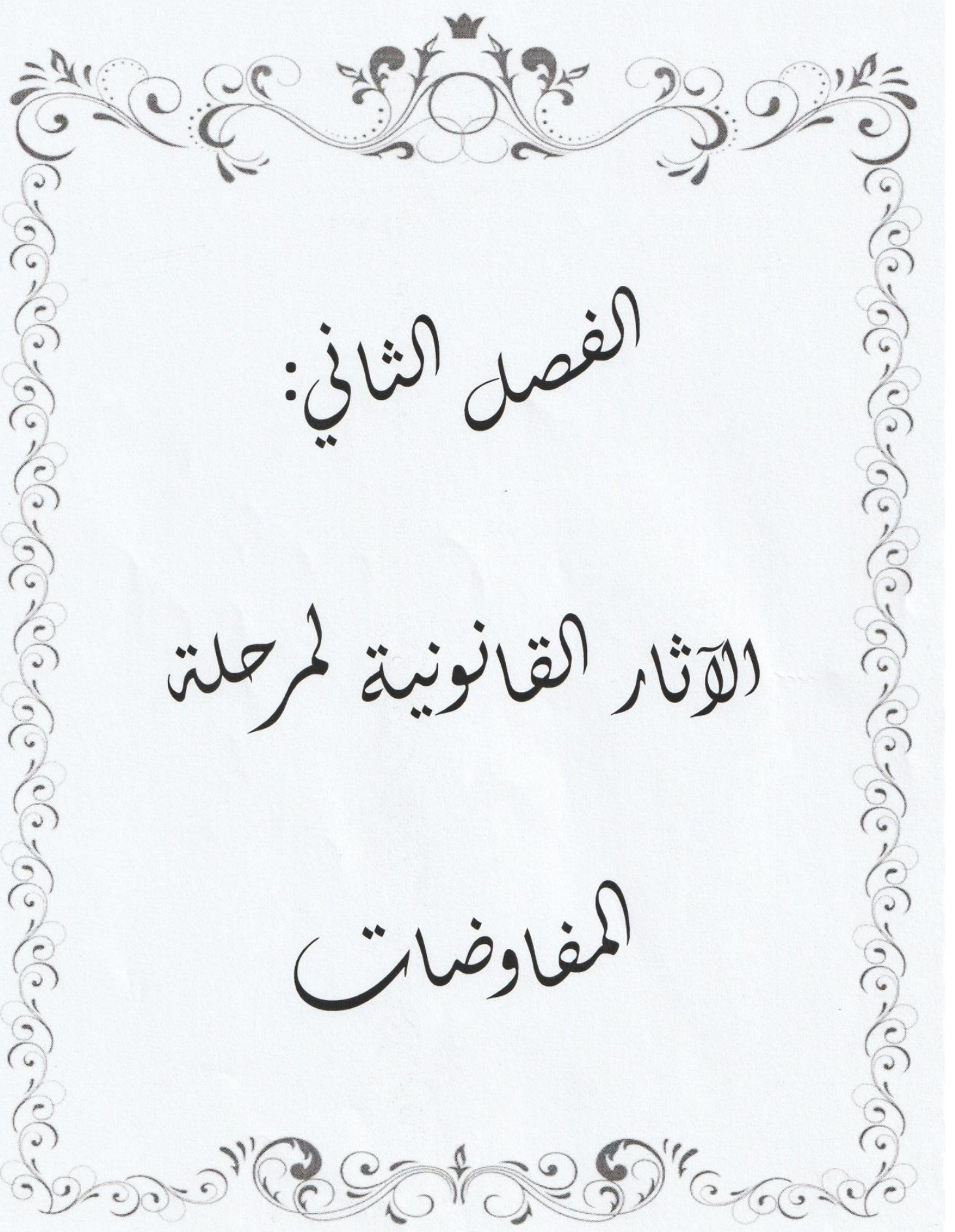
ويجوز في التشريع الجزائري التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود بواسطة التعامل بالأجرة الإلكترونية، ويكون العقد صحيحا وقابلا للتنفيذ، متى تم وفقا للقواعد التي تحكم التعاملات الإلكترونية، كما أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني الذي يتم وفقا للضوابط والشروط التي حددها القانون ويعد التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع الخطي وله الآثار القانونية نفسها طبقا للأحكام المادتين 323 مكرر 1 و 2/327 المضافتين بالأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005.⁴

¹ عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 63

² محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 52

³ نزيه المهدي، إنقاذ العقد الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية، جامعة الإمارات، ص 225

⁴ بلحاج العربي، مصادر الإلتزام..، مرجع سابق، ص 355



الفصل الثاني:

الآثار القانونية لمرحلة

المفاوضات

نظرا لأهمية مرحلة المفاوضات، وجب تنظيم هذه المرحلة والآثار القانونية المترتبة عنها حتى لا يتهرب الأطراف من إلتزاماتهم، وتحديد المسؤولية الناشئة عن الإخلال بتلك الإلتزامات، قسما هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، تناولنا في المبحث الأول الطبيعة القانونية في مرحلة المفاوضات، فإذا كانت المفاوضات مجردة وغير منظمة باتفاقات تفاوض يطبق هنا نظام المسؤولية التقصيرية، أما إذا كانت المفاوضات منظمة باتفاقات تفاوض يطبق هنا نظام المسؤولية العقدية.

وتضمن المبحث الثاني شروط المسؤولية في مرحلة المفاوضات، إستنادا إلى القواعد العامة يجب توفر شروط لقيام المسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية كما تضمن المبحث الثالث جزاء الإخلال بالإلتزامات ويتمثل في قيام المسؤولية إما عقدية كانت أم تقصيرية.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات:

اختلف الفقهاء منذ نهاية القرن الثامن عشر في بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية قبل التعاقدية، الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد، عند الإخلال بأي التزام في مرحلة المفاوضات لإبرام العقد، فإنهم واذ اتفقوا على كونها مسؤولية مدنية، لكنهم اختلفوا حول ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية أم موضوعية.¹

وعلى كل حال، فإن الأنظمة القانونية المقارنة لا تعتبر المسؤولية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات على وجه العموم والمسؤولية عن قطع التفاوض دون سبب جدي، أو دون مبرر مشروع، هي مسؤولية من نوع خاص²، كما أن تسميتها بالمسؤولية قبل التعاقد إنما هو فقط كونها تقوم في المرحلة السابقة على إبرام العقد أي في مرحلة التفاوض على العقد، إنطلاقاً من إلتزامات حسن النية ومبادئ الثقة والأمانة والجدية.

ولهذا سنتطرق إلى أهم النظريات التي تعرضت للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد (مطلب أول) ثم إلى رأي الفقه و القضاء المعاصرين بخصوص الطبيعة القانونية لكل من المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض والمفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض (مطلب ثاني).

المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي بخصوص الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات:

- لقد اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن قطع المفاوضات، وقد ظهرت عدة نظريات فقهية بهذا الشأن نذكر منها نظرية الخطأ عند تكوين العقد (فرع 1) ونظريات العقدية (فرع 2) ثم نظرية المسؤولية الموضوعية (فرع 3).

الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد

وهي نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات (Culgis Contrahenolo) التي تقوم أساساً على الخطأ في فترة تكوين العقد وقد نادى بها وقام بصياغته الفقيه الألماني المشهور (Roolalf.Jon)

¹ محمود فياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 54، ص 223

² نبيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 2، ص 299

(Thering) وهذا عام 1861¹، وتعتبر هذه المسؤولية السابقة على التعاقد وحدة في قابلة للتجزئة بمعنى أنها تقوم على مبادئ تطبق مجال عدم قيام العقد النهائي كما أنها تطبق عند إبطال العقد بعد إبرامه كما هو الحال الإتفاقات الباطلة في مرحلة قبل التعاقد وقد انطلق الفقيه الألماني (إبهرنج) من خصوص القانون الروماني فالأطراف منذ دخولهم في المباحثات أو المفاوضات تقوم بينهم اتفاقية ضمنية ويلتزم كل واحد منهم تجاه الآخر بأن يتحمل نتائج الخطأ في مرحلة التفاوض ويجب عليه احترام مبادئ حسن التصرف وبذل العناية اللازمة بإنتاج المفاوضات.²

فالبنسبة للفقيه (إبهرنج) فإنه يشترط لإقامة المسؤولية عن قطع المفاوضات وجود خطأ عقدي والذي يشكل إخلالا للإلتزامات التي تتولد الإتفاق الضمني الذي يجد بمجدد الدخول في المفاوضات وقد أخذ بعض الفقهاء في فرنسا بالنظرية الخطأ في تكوين العقد منهم الأستاذ سالي (Saleilles) فالقانون المدني الفرنسي يأخذ بهذه النظرية بمقتضى المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي.³

فقد وجهت عدة انتقادات قانونية لنظرية (إبهرنج) من أهمها أن هذه النظرية تعد إضطرار لما بقى به القانون الروماني وتقوم على وهم أو إفتراض وجود هذا الإتفاق الضمني عند الدخول في مفاوضات العقد وكذلك إفتراض الخطأ في جانب المتعاقد رغم أنه قد ينتفي التقصي في جانبه.⁴

كما أن هذه النظرية تتطرق من فكرة خاطئة لأن المسؤولية قبل التعاقدية قد تقوم عندما تفشل المفاوضات ولا يمكن أن ترد هذه المسؤولية إلى عقد لم يتكون أو إلى عقد باطل ومنه فإن النظرية لا تقوم على أساس صحيح.⁵

الفرع الثاني: نظرية التبعية العقدية (Le Rispue Contractuel)

وهي نظرية المخاطر أو الخطر العقدي التي أطلقها الفقيه الألماني ويند تشيد (WindScheid) وترتكز هذه النظرية على القيام مسؤولية كل من يقدم على التعاقد عن تبعة النشاط العقدي وهذا بأن يتحمل نتائج المخاطر المحيطة بعملية التفاوض على العقد حتى لو كامن الأسباب التي منعت قيام العقد مجهولة من طرف المتفاوض المسؤول وقد إنتقى (ويند تشيد) لجودت الضرر الذي يلحق بالآخر وبالتالي عندما لا

¹ ولد الفقيه الألماني الكبير فون رودولف إيرينج عام 1818 وتوفي سنة 1892 وهو لم يدرس مسألة المفاوضات بطريقة خاصة وإنما بصورة عامة في إطار مشكلات العلاقة بين المسؤولية والعقود

² محمد لطفي، مرجع سابق، ص 34

³ Saleilles, De la responsabilite pre-contractuelle. R.T.D civ, p 697

⁴ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 613

⁵ بلحاج العربي، المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، الجزائر، ص 157

يتحقق العقد مهما كانت الأسباب ويكفي إثبات المتفاوض المضرور ما لحقه من ضرر لقيام المسؤولية عن التعويض.¹

وللتخلص من هذه المسؤولية يكفي إثبات الخطأ من جانب الضحية أي بإثبات إهماله وعدم علمه بالحال دون إنعقاد العقد أو ما أدى إلى بطلانه.² ومن الإنتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية أنها تقوم على أساس النظرة الخاطئة للمشكلة والقصور في معالجتها فصاحب هذه النظرية يفترض دائماً أن الضرر يلحق بمن يتلف الإيجاب في حين أن الموجب نفسه قد يكون هو الضحية عندما يقوم عن تلقي الإيجاب بقطع المفاوضات.³

كذلك فإن نظرية (ويند تشيد) لم توضح مضمون الإلتزامات والأطراف في مرحلة المفاوضات كما أنها لم تبين طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد هل هي عقدية أم تقصيرية.⁴

وقد أخذ القانون المدني الألماني الجديد بهذه النظرية وهذا في المادة 2/311 وركز على فكرة الخطأ خلال مرحلة التفاوض واعتبر المسؤولية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات مسؤولية عقدية إضافة إلى أنه تضمن نصاً صريحاً على الإلتزام بمبدأ حسن النية إلى مرحلة المفاوضات وهذا في المادة 2/242 من القانون المدني الألماني وقد إستقرت إشتهادات المحاكم الألمانية المشهورة على أن مجرد الإخلال بالإلتزام بالتفاوض بحسن النية قد يؤدي إلى توافر الخطأ خلال مرحلة التفاوض على العقد خاصة إلى أتم قطع المفاوضات بسوء النية ودون مبرر مشروح أو دون سبب جدي.⁵

- أما قضاء المحكمة العليا الألمانية فقد إنتهى إلى تأسيس المسؤولية المدنية في فترة التفاوض على عقد الخطأ إنطلاقاً من العلاقة القانونية القائمة على حسن النية والثقة والأمانة المتبادلة بين أطراف التفاوض.⁶

الفرع الثالث: نظرية المسؤولية الموضوعية

وهي نظرية التي قام بصياغتها الفقيه الإيطالي فاجيلا (fagella) وترتكز على فكرة وجود إتفاق بالضمان

¹ محمد لطفي، مرجع سابق، ص 44

² محمد لطفي، المرجع نفسه، ص 46

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 435

⁴ محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، ص 132

⁵ هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، رسالة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، دار صادر، بيروت، ص 144

⁶ محمود فياض، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 54، ص 246

عند البدء في المفاوضات بعدم التعامل وفق مبادئ حسن النية والصدق والأمانة وقواعد العدالة ومراعاة حقوق ومصالح الطرف الآخر فبمجرد الدخول في المفاوضات دون مبرر مشروع بأن القانون يفرض إتمام مبادئ العدالة وحسن النية التجارية وهو ما يسمى في هذه النظرية باتفاق أو ميثاق الضمان.¹

وقد قسم الفقيه (فاجيلا) الفترة السابقة على التعاقد الى 3 مراحل هامة:²

المرحلة الأولى: هي مرحلة المساومة أو المفاوضات التمهيديّة أو المبدئية.

المرحلة الثانية: هي مرحلة إعداد العرض وصياغة الإيجاب النهائي.

المرحلة الثالثة: هي مرحلة صدور العرض وإتخاذ القرار الحاسم لتصدير الإيجاب.

وقال (فاجيلا) أن درجات المسؤولية المدنية تختلف حسب مرحلة العقدية التي يتواجد فيها الأطراف وبدرجات متفاوتة.

وقد وجهت إنتقادات لهذه النظرية منها أن التقسيم الصلاحي للمرحلة السابقة على التعاقد الذي اعتمده (فاجيلا) هو تقسيم غير دقيق وغير مبرر يثير مشكلات عملية عديدة.³

إضافة إلى أن قطع المفاوضات لإعتبارات إقتصادية هو أمر يترك للمحاكم سلطة واسعة في التقدير إضافة إلى أن مفهوم ميثاق الضمان هو فكرة عامة وغير كافية فالقانون يفرض الإلتزام بمبدأ حسن النية خلال مرحلة المفاوضات وميثاق الضمان لا يبدو أفضل من الاتفاق الضمني الذي تصوره الفقيه (إيهرنج) كما أن الفقيه (فاجيلا) ربط بين قطع المفاوضات والضرر بهذا قد اقترب من المفاهيم العامة التي تثيرها المسائل المتعلقة بالمسؤولية.⁴

وقد نص القانون الإيطالي صراحة على إلتزام الأطراف خلال مرحلة المفاوضات بتنفيذ الإلتزامات واستعمال الحقوق طبقاً للمبادئ وحسن النية وللأمانة والجديّة هذا من خلال المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي أما فيما يخص المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات فلا توجد نصوص قانونية في

¹ هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 184

² هدى عبد الله، المرجع نفسه، ص 185

³ محمود لطفي، مرجع سابق، ص 55

⁴ هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 153

القانون الإيطالي مما يحكم الرجوع إلى القواعد العامة.¹

المطلب الثاني: موقف الفقه المعاصر بخصوص الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المعلومات

الأصل أن التفاوض يخضع لمبدأ حرية العدول وفق مبدأ الإرادة وإعمالاً لمبدأ حرية التعاقد، فلا إلزام بالبداية في التفاوض لإبرام عقد ما كما يجوز لأي من الطرفين أن ينهي المفاوضات ويرفض التعاقد، ويضع بذلك حقا للمفاوضات ولو في مرحلة متقدمة منها، لكن أحيانا تكون المفاوضات طويلة ومعقدة كعقود التجارة الدولية، حيث ظهرت نوع من الإتفاقات تسمى اتفاق التفاوض أو عقد التفاوض وعادة ما تلجأ الأطراف المتفاوضة الى وضع تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض² ويفرق الفقه والقضاء بين كل من المفاوضات غير المصحوبة باتفاق التفاوض (فرع 1) وبين المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض (فرع 2).

الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض

وهي المفاوضات التي تتم بدون أن يكون هناك إتفاق صريح ينظمها، وهي دخول الأطراف في المفاوضات دون صياغة إنقاصها على إجراء التفاوض في ورقة مكتوبة وحتى أن يصرحا بهذا الإتفاق.³

أولاً: موقف الفقه والقضاء في فرنسا

قبل شهر أكتوبر من العام 2016 ينظم القانون المدني الفرنسي المفاوضات التعاقدية في نص صريح، ولا المسؤولية في الفترة السابقة على التعاقد، حيث اكتفى المشرع الفرنسي اقديم بالمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي المتعلق بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار، معتقدا أنها تكفي لحل جميع مشاكل المسؤولية وحتى تلك الناشئة في المرحلة السابقة على العقد، بما فيها الناجمة عن قطع المفاوضات، كما أنه أخذ ضمنا بالمبدأ العام للتفاوض بحسن نية، وذلك في نص المادة 311 من القانون المدني الفرنسي.⁴

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 440

² بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 63

³ محمد حسين محمود لطفي، مرجع سابق، ص 67

⁴ بلحاج العربي، الإطار القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 444

غير أن كل من القانون المدني الألماني (المادة 2/311) وكذا القانون المدني الإيطالي (المادة 1337) تضمننا نصا بموجب مراعاة مقتضيات حسن النية من خلال مرحلة المفاوضات على العقد.

ثم قام المشرع الفرنسي بتنظيم مرحلة المفاوضات العقدية بمقتضى قانون العقود الفرنسي الجديد في 2016/10/01. في المواد الخمس الجديدة وهي 1104/1102 و 1112 و 1/1112 و 2/1112 وتتضمن هذه المواد المبادئ الأساسية التي تحكم مرحلة التفاوض ومنها الحرية التعاقدية ومراعاة مقتضيات حسن النية أثناء التفاوض والإلتزام بالأحكام والإلتزام بالسرية وحدود التعويض عن الضرر الناشئ عن الخطأ في هذه المرحلة قبل التعاقدية.¹

وقد أشار الفقيه الكبير "سالي" **saleilles** في بعض مؤلفاته إلى فكرة الخطأ في مرحلة التفاوض وضرورة إلتزام الطرفين من خلال المفاوضات بالتصرف العاجل أي بمراعاة حسن النية طوال فترة التفاوض على العقد²، بحيث لا يجوز لأي منها قطع المفاوضات دون سبب جدي وإلا كان مسؤولاً.³

وإستقرار الإجتهد القضائي الفرنسي على أن المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات لا تنطبق على العدول عن التفاوض في حد ذاته بل على ما يصاحبه أو يلحق به من تقصير أو خطأ، واعتبر أن من يتمسك بقطع المفاوضات أمام المحكمة الابتدائية ما يجوز له أن يتمسك بعدم تنفيذ العقد أمام محكمة الإستئناف لأن هذا الطلب الأخير يعتبر طلبا جديدا وقد أيد الفقيه الفرنسي هذا الإتجاه القضائي وتوسع فيه معتبرا عدم توافر نية جادة في التعاقد أو قطعها دون مبرر مشروع تؤدي إلى قيام مسؤولية تقصيرية.

ثانيا: موقف القضاء والفقه في مصر:

ذهب بعض الفقه المصري إلى أن المبدأ الذي يسود المفاوضات يسمح بقطعها في أي وقت شريطة أن يتم ذلك في إطار حسن النية وعد الإضرار بالطرق المتفاوض الآخر، غير أن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، قد يكون في بعض الأحيان مصدرا بمسؤولية تقصيرية تقوم على الخطأ التقصيري وفقا للمادة 163 من القانون المدني المصري.⁴

¹ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة...، مرجع سابق، ص 443

² Saleilles, Ibidem, p 736

³ Ghestin Jacques, la responsabilité délictuelles pour rupture abusive des pourparlers, JCP, p 155

⁴ حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين شمس، العدد 2، ص 82

فالأعمال التصهيرية في العقد هي مجرد مفاوضة وليس عملا ماديا له أثر قانوني تعاقدية ولذلك لا تقوم المسؤولية اذا ما أنهية المفاوضات لأسباب موضوعية غير أن إنهاء دون أي مبرر مشروع وبشكل بخلاف مبدأ حسن النية بعد وصول المفاوضات إلى مرحلة متقدمة في سبيل إبرام العقد هو خطأ تصهيري يستوجب تعويض المضرور فلا وجود للمسؤولية في مرحلة المفاوضات لمجرد إنهاء التفاوض غير أن إنحراف المتفاوض عن السلوك المألوف بعد خطأ تصهيري لأن عدم إبرام العقد المنشود لا علاقة له بقيام المسؤولية ومن ثم يتوافر الخطأ التصهيري في ثلاث صور هامة وهي إساءة المتفاوض في استعمال حقه المشروع في قطع المفاوضات أو عدم جديته في التفاوض أو عدوله في وقت غير مناسب.¹

وهذا ما سار عليه القضاء المصري من أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية إلا إذا إقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التصهيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف المتفاوض الآخر، في هذه الحالة يقع عبئ إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق هذا الطرف.²

ثالثا: موقف المشرع المدني الجزائري:

تقضي المادة 124 من ق.م.ج "المعدلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005" على أنه: كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض، ويتسع هذا النص ليشمل الخطأ المرتكب خلال مرحلة المفاوضات أيضا في ذلك الخطأ المتمثل في قطع عملية التفاوض دون مبرر مقبول أو دون سبب جدي.³

فإذا تسبب أحد الطرفين في بطلان العقد وكان هذا العمل خطأ طبق لأحكام المسؤولية التصهيرية في هذه الحالة وجب عليه التعويض، إذ استوفت المادة 124 من القانون المدني الجزائري شروطها، والتعويض يكون طبقا للقواعد العامة، التي تقضي بجبر ولا يصح إعتبار الخطأ في تكوين العقد موجبا للمسؤولية العقديّة، إنما تكون المسؤولية التي تترتب عليه المسؤولية التصهيرية فقط، فلا وجود للمسؤولية في مرحلة التفاوض كأصل عام غير أن إنحراف المتفاوض عن السلوك المألوف يؤدي إلى توافر الخطأ التصهيري

¹ محمد لطفي، مرجع سابق، ص 68

² محمد لطفي، المرجع نفسه، ص 69

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ج1، ص 69

(المادة 124 ق.م.ج) كعدم جدية المتفاوض أو سوء نيته أو إسائه في إستعمال حقه المشرع في قطع المفاوضات، أو عدوله عنها في وقت غير مناسب.

وإذا لم يترتب عن قطع المفاوضات أي ضرر للطرف الآخر، فلا مسؤولية قانوناً، لأن المادة 124 من ق.م.ج تشترط لقيام المسؤولية عن الفعل الضار وجود الخطأ، حتى ولو تم قطع المفاوضات بسوء نية، وبالعكس يلتزم الطرف المخل بمفاوضات العقد بتعويض للطرف الآخر عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك.

والخطأ الناتج عن قطع المفاوضات العقدية بسوء نية أو دون سبب جدي، هو خطأ تقصيري (مادة 124 و124 مكرر من ق.م.ج).¹

ومن ثم، فإن قطع المفاوضات دون مبرر مشروع أو للإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض، أو الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، أو إفشاء الأسرار، أو الإخلال بمبادئ عدم التفاوض مع الغير هي سلوكيات خاطئة في مرحلة التفاوض التعاقدية، يلتزم الطرف المخطئ بتعويض الطرف الآخر.²

رابعاً: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية:

في مرحلة التفاوض الإلكتروني، إستقل الفقه والقضاء الفرنسيين على وجوب الإلتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة وصدق وأن يمتنع كل متفاوض في مرحلة تكوين العقد على كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها والإضرار بالطرف الآخر، إضافة إلى إلتزامه بالنصح والإرشاد والتعاون والإعلام والمحافظة على الأسرار والبيانات الشخصية.

فإذا إنطوى سلوك المتفاوض على مخالفة هذه المبادئ فإنه يكون مخطئاً وتثور مسؤوليته المدنية، كما هو الحال عند إنحراف المتفاوض الإلكتروني عن السلوك المألوف ومخالفة الإلتزامات التفاوضية أو قطع المفاوضات دون سبب جدي.³

ويرى جانب كبير من الفقه أنه تقوم مسؤولية المتعاقد التقصيرية عند إخلاله بالإلتزام قبل التعاقدية بالإعلام، أي عند عدم توفير المعلومات الصحيحة واللازمة للمتعاقد الآخر أي المستهلك الإلكتروني وهو الطرف الضعيف في هذه العلاقة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد عبر الإنترنت، أو أنه قدم

¹ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، ص 154

² تواتي نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة ورقلة، الجزائر، ص 68

³ محمد منصور، مرجع سابق، ص 52

معلومات غير صحيحة أو غير كافية أو غامضة، أو أنه إستعمل طرقاً إحتيالية تضلل المستهلك أو تخدعه وتدفعه للتعاقد، فهي مسؤولية تقصيرية تقوم على الخطأ الذي إرتكبه المتعاقد الملمزم قانوناً بتقديم المعلومات الكاملة للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد في العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد.¹

وهو الخطأ المتمثل بكتمان هذه المعلومات، أو بتقديم معلومات غير كافية أو غير صحيحة، مما يؤثر في صحة التراضي وفي إرادة المستهلك، دون إغفال الأضرار الأخرى التي قد تصيب المستهلك الإلكتروني، من جراء الإعلانات الإلكترونية المضللة والمساس بالبيانات الشخصية التي يجب أن تكون في مأمن من كل إختراق أو سرقة، والتي لا يجوز الإحتفاظ بها ولا التعامل فيها إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من صاحب الشأن.²

ولكون هذه الدعاية الإلكترونية تتعلق بإعلانات تفاعلية وذكية لجذب المستهلكين، ودفعهم للشراء السريع، ذلك لأن شبكة الإنترنت هي بمثابة سوق مفتوح بالصوت والصورة للبيع والشراء الفوريين، فإن قوانين التجارة الإلكترونية تنص على أن الإعلانات التجارية، هي من الوثائق المكملة لشروط العقد الإلكتروني.³

الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض

وهي تلك المفاوضات التي تتم بناء على إتفاق صريح من الطرفين بالدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد معين، وعادة ما يكون هذا الإتفاق مكتوباً ويتضمن تنظيم العلاقة بين الطرفين أثناء التفاوض وعند فشلها وقد كثرت هذه الأنواع من التفاوض في العصر الحديث وخاصة في التفاوض على العقود الهامة.⁴

ويسمى هذا النوع من التفاوض "الإتفاق المبدئي" أو "عقد التفاوض" والغاية منه هو إلزام الأطراف المتفاوضة، والإخلال بهذه الإلتزامات يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، وسنتطرق إلى جزاء الإخلال بهذه الإلتزامات العقدية في مرحلة التفاوض.

والأصل العام أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على العقد هي مسؤولية تقصيرية عن فعل ضار إلا أن الرأي السائد في فرنسا ومصر وسوريا يرى في حالات إستثنائية تطبيق أحكام المسؤولية العقدية

¹ محمد منصور، المرجع نفسه، ص 62

² عبد الفتاح حجازي، مرجع سابق، ص 226

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ج2، مرجع سابق، ص 238

⁴ بن أحمد صليحة، مرجع سابق

التي تكون ناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي كان قد ورد في الإتفاقات المبدئية أو التمهيدية أو بعقد تفاوض ينظمها ويحدد التزاماتها¹.

وبوجود هذه الإتفاقات المبدئية المتعلقة بالمفاوضات يصبح التفاوض تصرف قانوني ملزم بعد أن كان عملا ماديا، وتقلب المسؤولية بشأنه من تقصيرية إلى عقدية، وإذا أخل أحد المتفاوضين بالتزاماته الناشئة عن هذه الإتفاقات المبدئية يكون مسؤولا مسؤولية عقدية لا محالة.

ويكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة إما بإبطال العقد، أو تفرض تعديلا له، وفقا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الإلتزام ويخول القانون للقاضي سلطة تكملة العقد وفقا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة المعاملة المادة 65 من ق.م.ج، بقيد قانوني مهم وهو عدم إشتراط الأطراف ألا يتم العقد عند عدم الإتفاق على المسائل التفصيلية الثانوية المادة 106 من ق.م.ج.²

¹ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 617

² بلحاج العربيين، النظام القانوني لمرحلة..، مرجع سابق، ص 450

المبحث الثاني: شروط المسؤولية في مرحلة المفاوضات:

تقوم المسؤولية المدنية كلما قام شخص ما بتصرف مغل سواء متعلق بنظام عام فرضه القانون أو ناتج عن الإخلال بالتزام عقدي، وفي مرحلة المفاوضات على العقد يمكن تصور الأمرين فقد تقوم المسؤولية التقصيرية لأحد الأطراف إذا أخل بنظام عام فرضه القانون وهو عدم الإضرار بالغير، وقد تقوم المسؤولية العقدية إذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته العقدية أو بحسن النية في تنفيذ العقود المنظمة للتفاوض ولقيام المسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية يجب توفر الشروط وهي الخطأ (مطلب أول)، وأن يلحق الضرر بالطرف الآخر (مطلب ثان)، ووجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر (مطلب ثان).

المطلب الأول: الخطأ:

إن الخطأ شرط أساسي لقيام المسؤولية فلا وجود للمسؤولية عن قطع مفاوضات العقد إلا بوجود الخطأ ويشترط أن يكون الخطأ في مرحلة التفاوض واضحاً كأن يتم قطع المفاوضات فجأة أو دون أي مبرر مشروع كأن يتم العدول عن التفاوض بسوء نية ودون سبب جدي بعد وصول المفاوضات إلى مرحلة متقدمة أو الإخلال بالتزامات قبل التعاقد كمخالفة الإلتزام بالتعاون أو الإلتزام بالإعلام أو الإلتزام بالسرية مما يترتب المسؤولية المدنية.

وسوف نتناول في هذا المطلب صور الخطأ في مرحلة المفاوضات (فرع أول)، وإثبات الخطأ في مرحلة المفاوضات (فرع ثان).

الفرع الأول: صور الخطأ في مرحلة المفاوضات

من أهم صور الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات رفض الدخول في التفاوض المتفق عليه وقطع المفاوضات دون مبرر مشروع وإفشاء الأسرار الفنية أو التقنية أو إستغلالها بدون إذن صاحبها وكل هذه الأخطاء ناجمة عن عدم تنفيذ أي إلتزام ورد في الإتفاقات البدئية السابقة على إبرام العقد مما يترتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية.

أولاً: رفض الدخول في المفاوضات:

إذا رفض أحد الطرفين الدخول في المفاوضات فقد اعتبر مغلًا في إلتزامه التعاقدي بالتفاوض ومن ثم تنشأ مسؤولياته التعاقدية ومجرد الإمتناع عن البدء في المفاوضات يعتبر خطأ عقدي يستوجب قيام

المسؤولية العقدية وذلك لأن الدخول في المفاوضات هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس الإلتزام ببذل عناية¹، وفقا لما ذهب إليه بعض الفقهاء من خلال إرساء طبيعة عقدية لهذه المرحلة بالنظر لوجود إتفاق تفاوض بين الطرفين.²

ثانيا: عدم الإستمرار في المفاوضات دون مبرر شرعي:

إن الإستمرار في التفاوض مستمد من الإتفاق المبدئي الذي يعتبر إتفاق تمهيدي منشئ لهذا الإلتزام فمن خلاله يسعى الأطراف إلى الوصول لهدف معين وهو إبرام العقد النهائي وفي المقابل لا يلتزم الأطراف بإبرام العقد النهائي وإنما يلتزم بالتفاوض بحسن النية.

والإلتزام بالإستمرار في المفاوضات هو إلتزام ببذل عناية غير أنه قد يصبح إلتزام بتحقيق نتيجة إذا كان عدم الإستمرار في المفاوضات دون مبرر مشروع ويعد هذا خطأ عقدي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.³

ثالثا: عدم الحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بالمفاوضات:

يقتضي الإلتزام بحسن النية في التفاوض أن يلتزم الطرف الذي تلقى المعلومات ذات طابع سري بالمحافظة على تلك الأسرار وعدم إفشائها للغير وإستخدامها لأغراض شخصية دون الحصول على إذن مسبق من صاحبها فمثل هذه الحالات يعتبر ذلك إخلالا بالإلتزام بسرية المعلومات ويشكل خطأ عقديا يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية⁴، الأمر أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه وإثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات يقع على عاتق المدعي وهو الطرف المتضرر لذلك وجب على هذا الأخير في دعوى المسؤولية العقدية أن يثبت أولا وجود الإلتزام ثم يثبت عدم تنفيذ الإلتزام.⁵

فيتم إثبات وجود الإلتزام بإثبات مصدره أي الدليل على وجود التفاوض وفي هذه الحالة يكون الإثبات سهلا إذا كان هناك عقد مكتوب ما بين الأطراف المتفاوضة، أما في حالة عدم وجود عقد مكتوب

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 733

² حمدي بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وأثرها، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، مجلد 12،

العدد 1، ص 723

³ تواتي نور الهدى، مرجع سابق، ص 65

⁴ علي أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 116

⁵ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 737

يستطيع المدعي أن يقدم الدليل على وجود هذا العقد بإثبات واقعة الدخول في المفاوضات على المدعي عليه ويمكن الإثبات هنا بكافة وسائل الإثبات إعتبارها واقعة مادية.¹

المطلب الثاني: الضرر:

والضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية فلا تتعدد المسؤولية المدنية للمفاوض تقصيرية كانت أو عقدية عند قيامه بقطع التفاوض على العقد إلا إذا كان هناك ضرر يترتب على الخطأ بصفة مباشرة وعدم وجود الضرر ينفي وجود المسؤولية في مرحلة المفاوضات حتى وإن تم قطعها فجأة وبصفة غير مبررة.

والضرر في مرحلة التفاوض على العقد قد يكون ضرر مادي أو معنوي (فرع أول)، وله شروط حتى يستوجب التعويض (فرع ثان).

الفرع الأول: أنواع الضرر:

1- الضرر المادي: الضرر المادي في مرحلة المفاوضات هو ذلك الذي يصيب المتفاوض من الناحية المالية أو الإقتصادية ويتمثل في النفقات التي تكبدها المتفاوض المضروب في سبيل التفاوض على العقد الذي باء بالفشل والوقت الذي أمضاه في المفاوضات والفرص التي فاته بسبب ذلك وفرصة إبرام العقد محل التفاوض مع الشخص المتفاوض معه أو إبرام عقود مماثلة مع أشخاص آخرين، كذلك مصاريف الدراسات الفنية والتقنية وكذلك ضياع حقوقه المالية عند إنشاء المعلومات السرية وإستغلالها بدون إذنه وإلى غير ذلك من أنواع الخسائر المالية.²

2- الضرر المعنوي (الأدبي): ويتمثل الضرر المعنوي في كل ما يسمى المتفاوض في كرامته أو سمعته التجارية أو إعتباره المهني كأن يؤدي فشل التفاوض إلى الإساءة إلى السمعة التجارية للمتفاوض المضروب وإثارة الشكوك حول قدرته المهنية بسبب إفشاء أسرارته التجارية أثناء المفاوضات والتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض جائز فقها وقضاء كأن يؤدي فشل التفاوض إلى إساءة السمعة التجارية للمتفاوض المضروب.³

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 749

² بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة، مرجع سابق، ص 193

³ بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة، مرجع سابق، ص 472

الفرع الثاني: شروط الضرر:

لا تجوز المطالبة بالتعويض إلا إذا كان الضرر فعليا ومباشرا وناشئ عن قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع أو بدون سبب جدي.

أولاً: أن يكون مباشراً:

يكون الضرر المباشر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه أي نتيجة طبيعية الإخلال المتفاوض بالتزامه¹، وهذا ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

أما عن الضرر الغير مباشر فلا يلتزم المدين المتفاوض بالتعويض عنه وذلك لإنتفاء العلاقة السببية بينه وبين خطأ هذا الأخير، ومثال ذلك أن يترتب عن فشل التفاوض وضياع الصفقة من التاجر المتفاوض ويعجز عن سداد ديونه فيشهر إفلاسه وتصفى أمواله قضائياً وهذا النوع من الأضرار لا يعوض عنه لأنه كان يستطيع أن يتفادها ببذل جهد معقول كأن يحاول البحث عن صفقة أخرى²، والتعويض هنا لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد و لا التعويض عن المزايا التي كانت ستترتب على إبرام العقد المنشود باعتبارها أضرار غير مباشرة³.

ثانياً: أن يكون محققاً:

الضرر المحقق هو ذلك الضرر الذي وقع بالفعل كأن يترتب عن إخلال أحد الطرفين بالتزاماته كإفشاء أسرار الطرف الآخر المتفاوض معه إلحاق الضرر بهذا الأخير مما يضر مركزه في السوق وينعكس على حجم المبيعات وقد يكون الضرر محقق الوقوع في المستقبل أي أن يكون وقوعه في المستقبل أمراً عادياً كالخطأ الذي يرتكبه المتفاوض ويأثر على سمعة المتفاوض الآخر الذي يرتكبه المتفاوض ويأثر على سمعة المتفاوض الآخر ومن أمثلة الضرر المحقق الوقوع هي تلك النفقات التي يتحملها المضرور منها نفقات الإقامة، الانتقال، أجور بيوت الخبرة التي إستعان بها من أجل المفاوضات⁴.

وتعويض المضرور في هذه الحالة لا يشمل الأرباح التي كان سيحصل عليها لو أن العقد النهائي أبرم لأن إبرامه هو أمر محتمل الوقوع وليس محققاً فيتم تقدير التعويض في هذه الحالة على أساس النفقات التي أنفقها المضرور من أجل سير المفاوضات.

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 753

² بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 123

³ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة، مرجع سابق، ص 196

⁴ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 122

ثالثاً: أن يكون متوقعاً:

الضرر المتوقع هو الضرر الذي يمكنه توقعه عادة وقت الإتفاق على الدخول في المفاوضات وهذا الشرط لا يكون إلا في المسؤولية العقدية وحدها أما التعويض في المسؤولية التقصيرية فيكون الضرر المباشر كله سواء كان متوقعاً أو غير متوقع وفي المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر والمتوقع فقط.¹

ومن أمثلة هذا الضرر في مرحلة المفاوضات كأن يقوم الطرف المضرور بإجراء دراسات تمهيدية باهضة الثمن تتلائم مع حجم المشروع المتفاوض عليه ففي مثل هذه الحالة لا يلتزم المتفاوض المسؤول إلا بتعويض النفقات المعقولة التي تتفق مع الدراسات الملائمة للمشروع المتفاوض عليه وما زاد عن ذلك فهو ضرر غير متوقع ولا يلتزم المدني بتعويضه.²

المطلب الثالث: العلاقة السببية:

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية توفر عنصر الخطأ والضرر فقط بل يجب أن تتوفر أيضاً علاقة السببية بين الخطأ الذي إرتكبه أحد الطرفين والضرر الذي أصاب الطرف الآخر بأن يكون خطأ المتفاوض هو السبب المباشر في وقوع الضرر.

وعلاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية المدنية وقد نصت عليها المواد 126/125/124 من ق.م.ج لى ضرورة توفر ركن السببية بين الخطأ والضرر لقيام المسؤولية التقصيرية أما في المسؤولية العقدية فقد نصت المادة 176 من نفس القانون على أنه إذا إستحال على المدين تنفيذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه.³

ومنه يجب أن يكون خطأ المدين هو السبب المباشر في حدوث الضرر وعلى المتفاوض المضرور أن يثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر مع إثبات أن الخطأ هو السبب المباشر لهذا الضرر.⁴

وفي مرحلة المفاوضات على العقد فإن القضاء يشترط أن يكون الضرر الحاصل على صلة مباشرة بالخطأ الذي إرتكبه المتفاوض العادل من جراء قطع مفاوضات العقد أو الإخلال بأي إلتزام تقاوضي وهي العلاقة السببية بين الخطأ في مرحلة التفاوض والضرر الحاصل من جراء قطع المفاوضات.⁵

¹ علي أحمد صلاح، مرجع سابق، ص 754

² المرجع نفسه، ص 755

³ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 124

⁴ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة، مرجع سابق، ص 179

⁵ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 198

وإن كان الفعل الضار ناجما عن فعل المتفاوض نفسه فهنا إما أن تنتفي المسؤولية كليا عن العادل أي الإغفاء من المسؤولية أو توزع المسؤولية بين طرفي الخصومة.¹

وإذا إنقطعت العلاقة السببية لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتفاوض المضرور نفسه فلا تقوم المسؤولية المدنية عن قطع التفاوض م 127 ق.م.²

أما إذا كان خطأ المضرور أو المتفاوض الآخر هو السبب الوحيد لقطع المفاوضات العقدية وكأن يشترك معه سبب آخر يتعلق بالطرف الأول فتطبق عندئذ أحكام الإشتراك في الخطأ وفقا للقواعد العامة المتعلقة بذلك وللمحكمة أن تقضي للمسؤولية بالتساوي أو بالتضامن فيما بينهم م 126 ق.م.³

وإذا كان الضرر الناشئ في مرحلة التفاوض سببه تدخل شخص من الغير قام بإفسادها على المتفاوض صاحب المصلحة تتعدد المسؤولية من قبل هذا الغير المتدخل الذي يلزم بتعويض المتفاوض المضرور عما أصابه من أضرار مادية ومعنوية بسبب فعله.⁴

ويتعين على المدعي على التعويض إقامة الدليل على قيام رابطة السببية ما بين الخطأ والضرر الحاصل له على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توفر هذه الرابطة وإلا كان بحكمها قصورا يستوجب النقض فإذا كانت الوقائع تدخل تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع فإن إستخلاص توافر علاقة السببية أو عدم توافرها من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا⁵، ومن اللازم توافر عناصر دعوى التعويض من الخطأ والضرر والعلاقة السببية والغلط الناشئ الذي يقع فيه المتفاوض الآخر من جراء عدم الإدلاء بالبيانات والمعلومات في المرحلة السابقة على التعاقد ليس إلا عاملا نفسيا يكمن في أعماق الدائن فالإلتزام لا يمنع قانونا من قيام علاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق بالدائن.⁶

¹ بلحاج العربي، مصادر الإلتزام..، مرجع سابق، ص 866

² هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 157

³ بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص 434

⁴ المرجع نفسه، ص 435

⁵ بلحاج العربي، النظام القانوني..، مرجع سابق، ص 480

⁶ بلحاج العربي، الجواب القانونية لمرحلة..، مرجع سابق، ص 408

المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالإلتزام في مرحلة المفاوضات:

إن جزاء الإخلال بالإلتزام في مرحلة التفاوض سواء كان عقدياً أم تقصيرياً هو قيام المسؤولية قبل التعاقدية من خلال دعوى عادية طرفاً المضرور والمتسبب في الضرر وإذا قام الإلتزام صحيحاً جاز إجبار المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً متى كان هذا التنفيذ ممكناً (مطلب أول)، أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو كان ممكناً ولم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين فلا يكون أمام القاضي سوى الحكم بالتنفيذ بالمقابل أي بطريقة التعويض النقدي (مطلب ثان).

المطلب الأول: التنفيذ العيني:

الأصل في القانون المدني الجزائري هو التنفيذ العيني بالإلتزام م 164 من ق.م. إذ يجب الأخذ به كلما أمكن ذلك إختيارياً أو إجبارياً أو بطريقة التعويض بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات قبل التعاقدية¹ وذلك لأن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولاً إلى تحقيق العقد بقوة وفي هذا الإلزام مساس بالحرية الشخصية وهوما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية²، وعلى هذا الأساس الإلتزام بالتفاوض لا يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي وإنما يلزمه فقط بالتفاوض حول هذا العقد تمهيداً لإبرامه مع مراعاة حسن النية في سير المفاوضات.

وقد ذهب الفقه في مجموعه إلى إستبعاد التنفيذ العيني الإجباري في مجال التفاوض وراء عدم الجواز إجبار المتفاوض على تنفيذ إلتزامه بالتفاوض عينا حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلاً ذلك لأن محل الإلتزام الذي لم ينفذ هو التفاوض وليس التعاقد كما أن الإلزام على التفاوض يكون غير وجدي في المفاوضات على العقد لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون بين الطرفين ومن ثم فإن التنفيذ العيني هو أمر مستبعد في مرحلة المفاوضات والمشكلة تثور حول ضياع فرصة حقيقة للتعاقد وليس العقد نفسه.³

وهذا ما لم يجد القاضي بداية عقد غير كامل يحتاج إلى تكميل وتنظيم وفقاً للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الإلتزام.⁴

¹ محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ص 21

² عبد العزيز حمود، مرجع سابق، ص 88

³ عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، القاهرة، مصر، 2004، ص 88

⁴ رجب كريم عبد الله، مرجع سابق، ص 617

المطلب الثاني: التنفيذ بالمقابل أو عن طريق التعويض:

نصت المادة 176 من ق.م على أنه: "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر المترتب عن عدم تنفيذ إلتزامه"، كما أشارت المادة 182 من نفس القانون: "إلا أنه إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره وفقا لما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب ويشمل التعويض وفقا للمادة 182 مكرر الضرر المعنوي أو الأدبي أيضا وهو ما أصاب المضرور من ألم وكل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة أو غيرها"¹، فإذا عدل المتفاوض عن تنفيذ إلتزامه بالتفاوض عينا لم يكن أمام المتفاوض الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بالمقابل أي بطريق التعويض. والذي يتمثل في تعويض نقدي جزائي لكل ما لحقه من ضرر مادي أو معنوي من جراء قطع مفاوضات العقد بسوء نية أو بدون مبرر مشروع بحيث يشمل التعويض ما لحق المتفاوض الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

وسنقتصر فيما يلي على أهم الأضرار الناجمة عن قطع المفاوضات العقد وهي نفقات التفاوض (فرع أول)، والوقت الضائع (فرع ثان)، وتقويت الفرصة (فرع ثالث)، والفرص الضائعة (فرع رابع).

الفرع الأول: نفقات التفاوض:

وتشمل كافة النفقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض حول العقد والإعداد للعقد والدراسات الفنية وتقارير الخبراء والسفر والإقامة والاتصالات وكذلك تلك الناجمة عن ضياع الوقت في الساعات أو الأيام أو الشهور التي استغرقتها المفاوضات دون جدوى بالإضافة إلى الأضرار الناشئة عن إفشاء معلومات سرية أو إستعمال مهارات دون ترخيص قد تم كشفها خلال التفاوض والمساس بالسمعة التجارية والنيل من مصداقية المضرور.²

الفرع الثاني: الوقت الضائع:

إن ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات ويستحق التعويض عنه أي كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات كلما قام الدليل عليها فقد حكمت محكمة النقض المصرية تعويض المتفاوض عن الوقت الذي أضاعه في أوروبا للبحث عن الآلات اللازمة للمصنع الذي كان متفقا على إنشائه مع الطرف الآخر في المفاوضات.

والمتمثل في إهماله مباشرة محله التجاري في مصر خلال المدة التي قضاها بالخارج.³

¹ محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 86

² بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 132

³ رمضان أبو سعود، مصادر الإلتزام، ص 70

الفرع الثالث: تفويت الفرصة:

لقد كان قضاء الفرنسيين القديم لا يفصل التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض استناداً إلى أن قبول التعويض عن فوات فرصة إبرام العقد يتعارض مع طبيعة مرحلة التفاوض التي تقوم على حرية التعاقد وحرية رفضه غير أن القضاء الحديث في كل من فرنسا ومصر يتجه إلى وجوب تعويض المتفاوض المضروب من إنهاء المفاوضات عن حرمانه من فرصة إبرام العقد محل التفاوض شريطة أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجادة وأن لا تكون مجرد احتمال وهذا دون أن يصل إلى التعويض عن المكاسب والأرباح المأمولة التي كان يأمل المتفاوض المضروب تحقيقها في حالة إبرام العقد الذي كان محلاً للتفاوض.¹

الفرع الرابع: الفرص الضائعة:

يجوز للمتفاوض المضروب من قطع المفاوضات بدون سبب مشروع أن يطالب بتعويضه عن الفرص الضائعة التي ضاعت منه لإبرام العقود الأخرى مع الغير بدلاً من العقد المتفاوض عليه الذي فشل في إبرامه بسبب خطأ المتفاوض الآخر ويشترط الإستحقاق في هذا التعويض أن تكون هذه الفرص الضائعة جادة وحقيقية وأن لا يكون ضياع فرصة إبرام عقد بديل مع الغير راجعاً إلى خطأ من المتفاوض المضروب نفسه.²

¹ رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 632

² المرجع نفسه، ص 633

خاتمة

إن مرحلة المفاوضات العقدية هي مرحلة هامة وضرورية تسبق مرحلة الإرتباط العقدي وهي من أهم مراحل تكوين العقد وأخطرها على الإطلاق مما تحتويه من أهم حقوق والتزامات طرفي العقد المراد إبرامه وهي تنتهي قانونا في اللحظة التي يعيد فيها الإيجاب البات والجازم للوصول إلى الصيغة النهائية لشكل ومضمون العقد الذي إرتضاه الطرفان.

لأن هذه المرحلة تثير الكثير من المشاكل التي لا تحمل نصوص قانونية خاصة لحلها فلم يحدد المشروع الجزائري أي نص قانوني خاصة بهذه المرحلة فهي لا تزال في حالة فراغ منها الناحية القانونية على الرغم من أنها تعتبر فترة جد هامة وتعمل عدة تفاصيل وهي مرحلة مبدأ حرية التعاقد من عدمه ولهذا إذا قرر أحد الأطراف العدول عن التفاوض فهو يمارس حقه، ولا يمكن مسأئلته عليه إلا إذا أخطأ أو أضر بالطرف المقابل بما أنه لا توجد نصوص قانونية خاصة لهذه المرحلة فيمكن إخضاعها إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، فالتفاوض هو عمل مادي بدعوة يوجهها أحد الأشخاص إلى شخص معين أو إلى العامة ومن خلال هذه الدعوة يدخل الأطراف في التفاوض، ولا تحمل المفاوضات أي أثر قانوني بخصوصها ويهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد إذ يمكن العدول عنها في أي مرحلة كانت لا يترتب عن هذا العدول أي أثر إلا وتسبب بضرر للطرف الآخر فهنا يعتبر من العدل على أنه أخطأ وخطؤه يقيم المسؤولية فإن كانت المفاوضات لا تحتوي على عقود وإتفاقات تنظمها ومجردة من التصرفات القانونية، فهنا تنشأ المسؤولية التقصيرية على أساس التعسف في إستعمال الحق في العدول عن المفاوضات وبهذا يلتزم الطرف الذي عدل عن المفاوضات بدون مبرر مشروع بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمضروب ويكون هذا التعويض عن طريق التنفيذ بمقابل لإستحالة التنفيذ العيني أما إذا كانت المفاوضات تخضع لتنظيم خاص ومنظمة بعقود وإتفاقيات التفاوض فتخرج المفاوضات من شكلها المجرد إلى شكل آخر وهو المفاوضات المنظمة بعقود وهذا يسودها مبدأ آخر وهنا مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وإذا أخل أحد الأطراف بالتزامه بالتفاوض بحسن نية يكون ذلك قد أخل بالتزام عقدي فنقوم المسؤولية العقدية ويلتزم بالتعويض عن الأضرار التي ألحقها بالمضروب.

إن مرحلة التفاوض عن العقد هي مرحلة معقدة ونظرا لعدم قيام المشروع الجزائري بإخضاعها لنظام خاص فيمكن إخضاعها للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني.

وذلك بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على المفاوضات الغير منظمة لعقود وإتفاقات وتطبيق أحكام المسؤولية العقدية على المفاوضات المنظمة بعقود وإتفاقات ولا يمكن أن يتجنب المتفاوض الذي يعدل عن المفاوضات بدون سبب مشروع المسؤولية التي تنشأ عن ذلك فيلتزم بتعويض المتفاوض المتضرر.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- القوانين:

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. ع 15 مؤرخ في 08 مارس 2009.

2- الكتب:

- ابن منظور لسان العرب، ج7
- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي، بيروت
- إيمان منصور وشريق عيد، الوساطة وفن التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة
- بشار دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت
- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر
- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن
- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، الجزائر
- بلحاج العربي، المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، الجزائر
- بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن
- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2
- بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المصادر الإرادية، ج 1، دار هومة، ط 2
- بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ع 10، ورقة

- بولين أيوب، تحديات شبكة الإنترنت على الصعيد القانوني الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت
- جمال علي، المسؤولية المدنية للتفاوض عبر الإنترنت
- جمال محمد، المسؤولية المدنية للتفاوض، نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية التفاوض عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر
- حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للإتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد 13، العدد الثاني، غزة
- خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية
- رجب كريم عيد اللاه، التفاوض على العقد (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة
- رمضان أبو السعود، مصادر الإلتزام
- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، مطبعة الكاهنة، الجزائر
- سالم العمدة، حق المستهلك في العدول عن التعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية
- سمير الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد
- صالح هاني خالص، الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
- صالح هاني خالص، ماهية المفاوضات التجارية، بدون طباعة
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الإثبات، الآثار، الأوصاف، الإنتقال، الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان
- عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، القاهرة، مصر، 2004
- عبد الفتاح حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية
- عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية
- علي أحمد صالح، ماهية المفاوضات التجارية، بدون طباعة
- علي فيلال، الإلتزامات في جزئين، مزيدة ومنقحة، م.و.ق.م، الجزائر، ج1، ط2

- محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض
- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة
- محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة
- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية
- محمد صبري السعدي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المتفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ط 4، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر
- محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبراماتها، تنفيذها)، مكتبة دار الثقافة، عمان
- محمد لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، مصر
- محمود زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، مطبعة جامعة القاهرة
- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة
- مصطفى أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في الدول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية
- مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت
- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، جزء أول، الطبعة الثالثة، دون دار نشر، دون بلد نشر
- نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة
- نزيه المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات في عقد التأمين، ندوة التأمين والقانون، جامعة الشارقة، الإمارات
- نزيه المهدي، إنعقاد العقد الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية، جامعة الإمارات
- يلس آسيا، الإلتزام بالإعلام في عقد البيع الإستهلاكي، دار الجامعة الجديدة

3- الرسائل:

- أفنان الزهراني، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبد العزيز، جدة
- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان
- بشار مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة
- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر
- بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر
- تواتي نور الهدى، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة ورقلة، الجزائر
- رجب عبد اللاه، التفاوض على العقد، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة
- محمد مازوزي، الضمانات القانونية للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة محمد الأول، جدة
- نشمي مصطفى خيضر، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق
- هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة على التعاقد، رسالة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، دار صادر، بيروت

4- المجالات:

- إيناس مكي عيد نصار، "التفاوض الإلكتروني"، دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد الثالث، العراق
- حسام الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين شمس، العدد 2
- حمدي بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وأثرها، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، مجلد 12، العدد 1
- عائشة قصار، الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق على التعاقد، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، العدد 9
- كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في فترة ما قبل التعاقد"، مجلة الفتح، كلية البرموك الجامعة، ع 27
- محمود فياض، "مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد"، مجلة الشريعة والقانون، ع 54، س 27، فلسطين
- محمود فياض، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 54
- محمود فياض، مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد 54

- نبيل إسماعيل الشبلاق "الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد"، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 02، دمشق
- نبيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 2

5- الجرائد:

- الجريدة الرسمية، العدد 41، المؤرخ في 2004/06/27
- الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 2009/03/08

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

- Blanchard Patrick, ``offre et acceptation dans la négociation du contrat international, Réflexions comparatistes`` Revue de droit des affaires internationales, n°1, Paris
- CF. (R) Baillod. Les letters d`intention, R.T.D.com
- Ghestin Jacques, l`obligation précontractuelle de renseignements en droit Français, LGDJ, Paris
- Ghestin Jacques, la responsabilité délictuelles pour rupture abusive des pourparlers, JCP
- Ghestin Jacques, Traite de droit civil, les obligations, le contrat, L.G.D.J, Paris
- Ghestin Jaques, la formation du contrat, n 529 et 532
- Jourdain (p), La bonne foi dans la formation des contrats, Trav. Ass. Capitant
- Saleilles, De la responsabilite pre-contractuelle. R.T.D civ

الفہرس

الصفحة	العنوان
	شكر وعرفان
	إهداء
	قائمة المختصرات
أ	مقدمة
الفصل الأول: الإطار التنظيمي لمرحلة المفاوضات	
5	المبحث الأول: مفهوم مرحلة التفاوض على العقد
5	المطلب الأول: المقصود بالتفاوض على العقد
5	الفرع الأول: تعريف التفاوض على العقد
8	الفرع الثاني: خصائص التفاوض
10	الفرع الثالث: تمييز التفاوض عن الأفكار القانونية القريبة منه
13	المطلب الثاني: التنظيم الإتفاقي للتفاوض
13	الفرع الأول: المستندات المعاصرة لمرحلة المفاوضات
14	الفرع الثاني: إتفاق التفاوض "Accord de negociation"
15	الفرع الثالث: الإتفاق الجزئي "Accord partiel"
16	الفرع الرابع: عقد الإطار "Contract cadre"
18	المبحث الثاني: المبادئ السائدة في مرحلة المفاوضات العقدية
18	المطلب الأول: مبدأ حرية التعاقد
18	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حرية التعاقد
19	الفرع الثاني: ممارسة حرية التعاقد من خلال العدول عن المفاوضات
23	المطلب الثاني: مبدأ حسن النية
23	الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية
25	الفرع الثاني: الإلتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية
31	المبحث الثالث: التفاوض في العقود الإلكترونية
31	المطلب الأول: مشكلات التفاوض في العقود الإلكترونية

31	الفرع الأول: إشكالية أمن المعلومات
32	الفرع الثاني: الإلتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات
33	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق
34	المطلب الثاني: حماية المستهلك في العقود الإلكترونية
35	الفرع الأول: ضرورة تبصير المستهلك الإلكتروني
36	الفرع الثاني: حق المتسهلك الإلكتروني في العدول
37	الفرع الثالث: موقف المشروع المدني للجزائري
الفصل الثاني: الآثار القانونية لمرحلة المفاوضات	
40	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات
40	المطلب الأول: موقف الفقه التقليدي بخصوص الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات
40	الفرع الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد
41	الفرع الثاني: نظرية التبعية العقدية (Le Rispue Contractuel)
42	الفرع الثالث: نظرية المسؤولية الموضوعية
44	المطلب الثاني: موقف الفقه المعاصر بخصوص الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن قطع المعلومات
44	الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض
48	الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض
50	المبحث الثاني: شروط المسؤولية في مرحلة المفاوضات
50	المطلب الأول: الخطأ
50	الفرع الأول: صور الخطأ في مرحلة المفاوضات
52	المطلب الثاني: الضرر
52	الفرع الأول: أنواع الضرر
53	الفرع الثاني: شروط الضرر
54	المطلب الثالث: العلاقة السببية

56	المبحث الثالث: جزاء الإخلال بالإلتزام في مرحلة المفاوضات
56	المطلب الأول: التنفيذ العيني
57	المطلب الثاني: التنفيذ بالمقابل أو عن طريق التعويض
57	الفرع الأول: نفقات التفاوض
57	الفرع الثاني: الوقت الضائع
58	الفرع الثالث: تفويت الفرصة
58	الفرع الرابع: الفرص الضائعة
60	خاتمة
62	قائمة المراجع
69	الفهرس