

الجامعة العربيـــة الأمريكـية

كليـة الدراســات العليـا

مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في مبادئ الينيدروا

"دراســة مقارنـــة"

إعداد الطالبة

ميــرفت مصطفــى عبدالـرحمـن وســـاس

إشـراف

الدكتــور يوسـف شنــدي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون التجاري

الجامعة العربية الأمريكية (فلسطين)

تموز/ 2021

©جميع الحقوق محفوظة – الجامعة العربية الأمريكية

إجازة الرسالة

مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في مبادئ الينيدروا

"دراسة مقارنة"

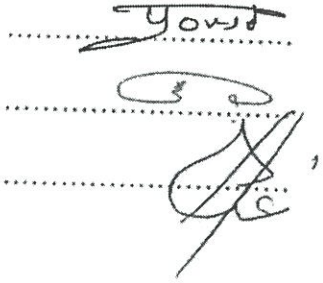
إعداد الطالبة

ميرفت مصطفى عبدالرحمن وساس

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 31 / تموز/2021

أعضاء لجنة المناقشة: التوقيع

1. مشرفاً ورئيساً: الدكتور يوسف شندي
2. الممتحن الداخلي: الدكتور محمود سلامة
3. الممتحن الخارجي: الدكتور غسان خالد



الإقرار

أنا الموقعة أدناه، أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي من نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها، لم يقدم من قبل لنيل أي درجة علمية، أو بحث علمي، أو بحث لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

الإسم: ميرفت مصطفى عبدالرحمن وساس

التوقيع: ميرفت وساس

التاريخ: 21.12.2021

الإهداء

إلى وطني الذي علمني بأن دماء الشهداء هي من يرسم حدود الوطن

" فلسطين الحبيبة "

إلى اللذين كانا بروحي كلما ابتعدت، أبي وأمي أطال الله في عمرهما

إلى سكني واطمئناني .. زوجي

إلى من أشد به أزري .. أخي

إلى ملاذي واعتزازي .. أخواتي

إلى الداعمين الأوائل، فلذات كبدي .. أبنائي وبناتي

أهديكم ثمرة جهدي

الباحثة

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات وترفع الدرجات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن اتبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

يسعدني وقد وفقني الله سبحانه وتعالى لإنجاز هذا العمل أن أتوجه بوافر الشكر وعظيم الامتنان إلى معلمي القدير الدكتور يوسف شندي، لتفضله بالموافقة وتشريفه لي بالقبول على الإشراف على هذه الرسالة رغم مشاغله العديدة ومسئولياته الجسام، والذي أسرني منذ البداية بسعة علمه ونبل أخلاقه، وتعهدني بالنصح والإرشاد طوال فترة البحث، فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعه بوافر الصحة والعافية وزاده بسطة في العلم والرزق.

كما يشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى أساتذتي في الجامعة العربية الأمريكية

ولا يسعني إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل، الدكتور محمود سلامة والدكتورغسان خالد لتفضلهم بقبول الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة.

الملخص

تناولت هذه الدراسة مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد كونه يعد من أهم المبادئ القانونية على مستوى القانونين العام والخاص، حيث أنه ينبع من روح الشرائع والأديان السماوية قبل أن تلزم به القوانين، كما تناولته في مرحلة المفاوضات والتي تعد من أهم مراحل حياة العقد، حيث أن نجاحها يؤدي إلى نجاح العقد في مراحله اللاحقة من الإبرام والتنفيذ.

يعد مبدأ حسن النية مبدءاً مهيمناً على مرحلة المفاوضات منذ بدئها لحين انتهائها، فهو يعمل على فرض التزامات على الأطراف المتفاوضة تكفل تنوير إرادتهم وتبصيرها على نحو يمكنهم من تقدير مقدرتهم ومنفعتهم من الاستمرار في الوصول إلى الغاية المرجوة من المفاوضات بإبرام العقد من عدمه.

إن خرق مبدأ حسن النية والإخلال به وبما يفرضه من مقتضيات يعد خطأً يوجب المسئولية المدنية، والتي اختلفت الآراء الفقهية في تحديد طبيعتها، فمنهم من ذهب إلى اعتبارها مسئولية عقدية، بينما ذهب اتجاه آخر إلى اعتبارها مسئولية تقصيرية، وأما الجانب الثالث رأى بأنها مسئولية من نوع خاص تتفق وخصوصية مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد.

عالجت الدراسة عدداً من الإشكاليات تمثلت بمحاولة تحديد مفهوم واضح لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وتوضيح ماهية مرحلة التفاوض ذاتها، وتوضيح ما جاءت به مبادئ الينيدروا والقوانين الوطنية من نصوص قانونية تتعلق بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات وكيف يمكن التمييز بينه وبين سوء النية، وهل يخضع لرقابة القاضي في تطبيقه؟ وغيرها من الإشكاليات التي تناولتها الدراسة معتمدة في الإجابة عليها باستخدام المنهج الوصفي التحليلي لاستنباط الأحكام والمفاهيم في أسلوب المقارنة بين مبادئ الينيدروا والقوانين الوطنية.

قسمت الدراسة إلى فصلين: تناولت في الفصل الأول توضيح مفهوم مبدأ حسن النية التفاوضي وتحديد نطاقه وما يتفرع عنه من التزامات في مبادئ الينيدروا مقارنة بالقوانين الوطنية، أما في الفصل الثاني فتطرقت إلى الحديث عن المسئولية المدنية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي من حيث شرح طبيعتها، وأركانها، والتعويض المترتب نتيجة خرق المبدأ في مرحلة المفاوضات.

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
إجازة الرسالة وتوقيع الممتحنين	أ
الإقرار	ب
الإهداء	ت
شكر وتقدير	ث
الملخص	ج
قائمة المحتويات	ح
المقدمة	1
الفصل الأول: ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في مبادئ الينيدروا	8
المبحث الأول: مفهوم مبدأ حسن النية في مبادئ الينيدروا	8
المطلب الأول: تعريف مبدأ حسن النية في مبادئ الينيدروا	9
أولاً: النص صراحة على مبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية	9
ثانياً: الطبيعة الآمرة لواجب احترام حسن النية وأمانة التعامل	11
ثالثاً: تطبيقات حسن النية وأمانة التعامل في مبادئ التجارة الدولية	12
المطلب الثاني: التفاوض بسوء نية في مرحلة المفاوضات	17
المطلب الثالث: نطاق مبدأ حسن النية في المبادئ	21
أولاً: النطاق الموضوعي للالتزام بالتفاوض بحسن نية	21
ثانياً: النطاق الزمني للالتزام بالتفاوض بحسن نية	24
المطلب الرابع: مبدأ حسن النية في عقد التفاوض	27
الحالة الأولى: الاتفاق الجزئي في عملية التفاوض على عقد واحد	29
الحالة الثانية: الاتفاق الجزئي في عملية التفاوض على مجموعة من العقود	32
المبحث الثاني: الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات في مبادئ الينيدروا	36
المطلب الأول: واجب الإعلام	36
البند الأول: تعريف الالتزام بالإعلام	37
البند الثاني: أساس الالتزام بالإعلام	39
البند الثالث: مظاهر الالتزام بالإعلام في مبادئ الينيدروا	40
البند الرابع: مظاهر الالتزام بالإعلام في التشريعات الوطنية	42

المطلب الثاني: شروط الالتزام بالإعلام	50
أولاً: علم المفاوض بالمعلومات وضرورتها للتعاقد	51
ثانياً: جهل المفاوض الآخر بالبيانات والمعلومات اللازمة لتكوين الرضا الحر المستنير جهلاً مشروعاً	52
المبحث الثالث: الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات في المبادئ	56
المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالسرية	56
المطلب الثاني: نطاق الالتزام بالسرية	62
أولاً: نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص	62
ثانياً: نطاق الالتزام بالسرية من حيث الموضوع	63
ثالثاً: نطاق الالتزام بالسرية من حيث الزمان	64
الفصل الثاني: المسئولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات	67
المبحث الأول: طبيعة المسئولية	67
المطلب الأول: الطبيعة العقدية للمسئولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات	68
الاتجاه الأول: نظرية الخطأ عند تكوين العقد	68
الاتجاه الثاني: التفرقة بين العقد التمهيدي والاتفاقات التمهيدية	75
أولاً: نية الأطراف	76
ثانياً: المسئولية	76
المطلب الثاني: نظرية المسئولية التقصيرية	77
المطلب الثالث: نظرية المسئولية الخاصة	83
المبحث الثاني: أركان المسئولية	85
المطلب الأول: ركن الخطأ في المسئولية الناشئة عن المفاوضات	85
أولاً: الخطأ العقدي	86
ثانياً: الخطأ التقصيري	95
المطلب الثاني: ركن الضرر في المسئولية الناشئة عن المفاوضات	100
أولاً: شروط الضرر في إطار المسئولية الناشئة عن المفاوضات	100
ثانياً: أنواع الضرر	103

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر في إطار المسئولية الناشئة عن المفاوضات	107
أولاً: تحديد مفهوم علاقة السببية في إطار المسئولية الناشئة عن المفاوضات	107
ثانياً: إثبات قيام علاقة السببية وتقييمها في إطار المسئولية الناشئة عن المفاوضات	108
ثالثاً: انتفاء قيام علاقة السببية في إطار المسئولية الناشئة عن المفاوضات	109
المبحث الثالث: التعويض المترتب على قطع المفاوضات السابقة على التعاقد	114
المطلب الأول: التعويض عن الضرر اللاحق	114
أ. الحق في التعويض بوجه عام	115
ب. إمكانية الجمع بين التعويضات والمسائل الأخرى	118
ج. التعويض والمسئولية قبل التعاقدية	120
أولاً: تعويض نفقات التفاوض	122
ثانياً: التعويض عن ضياع الوقت	122
المطلب الثاني: الكسب الفائت	123
المطلب الثالث: تفويت الفرصة	124
الخاتمة	128
النتائج	128
التوصيات	129
قائمة المصادر والمراجع	130
Abstract	146

المقدمة

تلعب الإرادة دوراً جوهرياً في أي تصرف قانوني، فهي تنشئ أو تعدل أو تنهي أثراً قانونياً ترتب على هذا التصرف وهو الحق، والتصرفات القانونية إما تصدر عن إرادة منفردة أو عن إرادتين، وعلى ذلك الأمر يتوقف التمييز بين العقد والتصرف بإرادة منفردة، وفي كلتا الحالتين يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني يترتب على هذا التصرف، فإذا لم تتجه الإرادة إلى إحداث ذلك الأثر فلا يقوم التصرف القانوني من الأساس.

ينشأ بموجب العقد اتفاق عقدي ملزم لأطرافه سواء كان بين شخص أو أكثر مع شخص آخر أو أكثر، وهذا الالتزام يكون إما بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وبمجرد تلاقي إراداة أطراف العقد المتقابلة بالإيجاب والقبول ينعقد العقد[1]، ويصبح بذلك واجب التنفيذ على المتعاقدين[2].

لم يفرق فقهاء القانون بين الإرادة والنية بسبب التشابه الكبير بينهما[3]، حيث أن كلاهما يفتقد المظهر الخارجي الدال على وجوده في عالم المحسوسات الذي يحفل به القانون، فإذا ما وجد هذا المظهر وانتقل إلى عالم الحيز الخارجي أصبح هناك اعتبار قانوني، وبالتالي يترتب على ذلك إحداث الأثر القانوني[4].

أولت معظم القوانين الوضعية أهمية كبرى لمبدأ حسن النية كونه من المبادئ التي انتهجتها المجتمعات المدنية الغربية والعربية ابتداء من المجتمع الروماني الذي انتهج ما يسمى بعقود حسن النية، والشريعة الإسلامية التي تجلى مبدأ حسن النية في قواعدها بشكل واضح، والمنبثقة من مقتضيات حسن النية كالوفاء بالعهود وعدم نقضها، ومنع الغش، وعدم الإضرار بالغير، والالتزام بالأمانة[5].

وللأهمية العظمى لمبدأ حسن النية في كافة النظم القانونية التي نصت عليه، جعله ذلك ينتقل من مرتبة الالتزام الأخلاقي إلى مرتبة الالتزام القانوني الذي يرتب آثاره الجلية على أطراف العلاقة التعاقدية.

اختلفت معظم النظم القانونية في التعامل مع مبدأ حسن النية، حيث اعتبرته بعض التشريعات تعدياً على مبدأ سلطان الإرادة (Private Autonomy)، وذلك من خلال فرض التزامات تعاقدية لم تتجه

---

[1] بعيرات، شرف علي خالد، آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير منشورة، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2017-2018، ص1.

[2] السويطي، روزان طالب، مبدأ حسن النية في ابرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2018، ص5.

[3] د. بني طه، يحيى أحمد، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، بحث قانوني منشور، أنظر الموقع :
78821/http://www.mohamah.net.answer، الدخول إلى الموقع 2020/10/1، الساعة 9.00 pm

[4] التكروري، عثمان، والسويطي، أحمد، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، المكتبة الأكاديمية، الطبعة الأولى، فلسطين، 2016، ص75.

[5] د. سليمان، شيرزاد عزيز، حسن النية في ابرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، دار دجلة للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009، ص15.

نية الأطراف إلى إقرارها، وبالتالي أنكروا وجود هذا المبدأ[6]. أما في الجانب الآخر فلقد أقرت به معظم التشريعات المقارنة سواء بالنص عليه صراحة والالتزام بمقتضياته، أو بالإشارة ضمناً إلى ضرورة التقيد به في جميع مراحل حياة العقد.

لم تضع كافة التشريعات تعريف موحد لمبدأ حسن النية وذلك تجنباً للإشكاليات بسبب التناقضات في الاتجاهات التشريعية من حيث الاعتداد بأهميته في تنظيم العلاقات التعاقدية من عدمه، باستثناء المشرع الأمريكي الذي انفرد بوضع تعريفاً له[7]، وعلى الرغم من خلو معظم التشريعات لتعريف محدد لمبدأ حسن النية إلا أن العديد من الأحكام القضائية في تلك الدول قد أشارت إلى الضرورة الماسة لتطبيقه.

وبالتالي نرى الأهمية العظمى لمبدأ حسن النية في العقود بشكل عام، كون أن التشريعات أولته اهتماماً كبيراً سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وكذلك لا ننكر هذه الأهمية في عقود التجارة الدولية، حيث أن المبدأ يعد من الأسس اللازمة لإتمام تلك التعاقدات الدولية، ونقلها من كونها اتفاق أولي مبدئي إلى عقد تجاري دولي يرتب حقوقاً والتزامات متقابلة.

حسن النية كمبدأ عام يتمثل في "جميع المشاعر الصادقة مستقيمة الضمير المحركة للأطراف على التعاقد"[8]، وبالتالي عند استحضار هذا المفهوم وفي حالة تعذر استيعاب ما هو المقصود بحسن النية سيشكل ذلك عائقاً كبيراً في تحديد دوره بشكل عام.

هذا وقد تعددت التعريفات الفقهية لمبدأ حسن النية نذكر منها ما عرفه البعض بأنه " التزام اليقظة والإخلاص والنقاء من كل غش أو إيذاء للغير"[9]، أو أنه " الاستقامة والنزاهة ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد "[10]، وهناك أيضاً من عرفه بأنه " تصوير لتلك النوايا المستندة الخالية من الصرامة والعنف وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف كل أولئك فيما يتوخاه المتعاقد مما يهدف إليه من تنفيذ عقده "[11].

---

[6] بعض فقهاء القانون الإنجليزي أنكروا وجود مبدأ حسن النية من أساسه في جميع مراحل العقد، سواء في مرحلة التفاوض التي تسبق التعاقد أو مراحل ابرام وتنفيذ العقد، وساندوا رأيهم الى سبب انعدام سلطة القاضي الوطني في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والأخذ بظاهر ما اتفقوا عليه فقط.
PDV march comparative contract law, England, France and Germany, 1998, p178.
نقلاًعن د. فياض، محمود، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة الشارقة، الإمارات العربية، 2013، ص6.

[7] عرف المشرع الأمريكي مبدأ حسن النية في العقود بأنه" الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف المقابل عند التعاقد ".
Its is defined as"faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party" see: W Tetely, good faith in contract particularly in contract of Arbitration and chartering, 35 journal of maritime law and commerce 594(2004); R Kolb, principles as sources of international law (with special preference of good faith), Netherland international law review 20 (2006).

[8] هلال، محمد صبحي، مبدأ حسن النية في العقود، الهلال للاستشارات القانونية ، القاهرة، مصر، 2015، ص24.

[9] د. العامري، هائل حزام مهيوب، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى، "دراسة تحليلية مقارنة"، بحث كلية الحقوق، جامعة تعز، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الثامن عشر، 2018، ص15، بحث منشور على موقع المنهل، تاريخ الزيارة: 2021/9/20، الساعة 11 صباحاً.

[10] القاضي، مختار، أصول الالتزامات في القانون المدني، دار البيان العربي، 1973، ص24.

[11] بلال، عزيزي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، 2017، بدون رقم صفحة.

لم يكن من السهل وضع تعريف دقيق وقانوني شامل لمبدأ حسن النية، حيث اشتملت التعريفات على استخدام مصطلحات أخلاقية عامة كالإخلاص والاستقامة والنقاء، وتلك المصطلحات أصلاً تحتاج إلى تحديد قانوني لها، حيث تم النظر للمبدأ من زاوية تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية العادلة التي أنشئ من أجلها والتزامات أطراف العقد المتقابلة، بحيث لا يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر بالغير دون مسوغ قانوني، بل توصل كل حق لصاحبه بأمانة.

مما لا شك فيه أن مبدأ حسن النية يعد من المبادئ الهامة التي لا يخلو منها أي تشريع، سواء على المستوى الوطني أم الدولي، كما يعد أساساً هاماً من أسس التجارة الدولية، فلا يتصور أن تتم التعاقدات الدولية دونه، ونظراً لكون تلك التعاقدات لم تعد بالبساطة التي كانت عليه من قبل، بل بات يسبقها مشاورات ومفاوضات تأخذ وقتاً لا بأس به يتم خلاله تبادل الآراء والمقترحات بين الأطراف، فمرحلة المفاوضات، أو ما تسمى بمرحلة "تكوين العقد" تعد من أهم مراحل حياة العقد، حيث أن ما يتوصل إليه الأطراف في هذه المرحلة يعد شهادة ميلاد للعقد من عدمه.

أهمية الدراسة

لهذه الدراسة أهمية من الناحية القانونية ومن الناحية الواقعية والعملية كذلك، والتي تتجلى في:

أولاً: الأهمية القانونية

تكمن تلك الأهمية القانونية لموضوع الدراسة في الوقوف على النصوص القانونية التي تنظم مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات على المستوى الدولي من خلال بيان موقف مبادئ الينيدروا الناظمة لعقود التجارة الدولية في هذا الشأن، وكذلك على المستوى الوطني المتمثلة بتوضيح موقف التشريعات الوطنية.

ثانياً: الأهمية الواقعية والعملية

تبرز الأهمية الواقعية والعملية لموضوع الدراسة في بيان أهمية الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في كونها الوسيلة المثلى للحفاظ على العقد، فالقيمة التي يتمتع بها هذا المبدأ في هذه المرحلة تحديداً تتمتع بدور فعال ورئيس في ضبط سلوكيات وتصرفات أطراف العلاقة التعاقدية التي تؤثر لاحقاً على مصير العقد وجوداً أو عدماً.

إشكالية الدراسة

تتمثل إشكالية الدراسة الرئيسة في عدم وضوح أو تحديد مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات من الجانب القانوني، وبذلك أمكننا القول أن السؤال الرئيس للدراسة يتمثل في: **كيف نظمت مبادئ اليونيدروا والقوانين الوطنية موضوع حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد؟**

ولقد بدا لنا عند البحث والدراسة عدداً من التساؤلات التي تتفرع عن السؤال الرئيس والتي تحتاج إلى إجابات، أمكننا التعبير عنها بما يلي:

- ماهية مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد النهائي؟
- هل الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات يختلف مضمونه في حال وجود اتفاقيات تتخلل هذه المرحلة من عدمه؟
- هل كل ما جاءت به مبادئ اليونيدروا والقوانين الوطنية من نصوص قانونية بما يتعلق بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات كاف للتصدي لجميع حالات سوء النية؟
- ما هي الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات ؟ وتعقب مدى وجود هذه الالتزامات في مبادئ اليونيدروا والقوانين الوطنية؟
- ما هي طبيعة المسئولية التي تترتب على إلحاق الضرر بالطرف الآخر في مرحلة المفاوضات وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية؟ فهل هي عقدية؟ أم تقصيرية؟ أم لها طابع خاص يميزها؟
- ما مدى تعويض المتضرر بسبب إخلال الطرف الآخر بالالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات؟ فهل يتم التعويض وفق المسئولية المدنية عن الضرر الواقع فعلاً فقط؟ أم عن الكسب الفائت وتفويت الفرصة.

أهداف الدراسة

تتلخص أهداف الدراسة بما يلي:

1. تحديد كافة الجوانب القانونية المتعلقة بمفهوم مبدأ حسن النية التفاوضي والالتزامات التي يفرضها على الأطراف خلالها وفق ما جاء في مبادئ اليونيدروا والقوانين الوطنية.
2. بيان أهمية الاتفاقات التي قد تتخلل مرحلة المفاوضات استناداً لمبدأ حسن النية.
3. توضيح دور القضاء في تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات.
4. توضيح جوانب المسئولية القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي.
5. الوقوف على موقف التشريعات الوطنية في تنظيمها لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، مقارنة بمبادئ اليونيدروا الناظمة لعقود التجارة الدولية.

نطاق الدراسة

يتحدد نطاق هذه الدراسة في معالجة مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد من كافة جوانبه، والوقوف على نصوص التسريعات ذات العلاقة منها: مبادئ الينيدروا الناظمة لعقود التجارة الدولية، مجلة الأحكام العدلية، مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2000، قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005، قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018، قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002، القانون المدني الفرنسي القديم " قانون نابليون بونابرت" لسنة 1804، المرسوم الفرنسي الحديث رقم 2016/131 بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات النافذ بتاريخ 1.10.2016، تقنين الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26.7.1993، قانون المخالفات المدنية البريطاني رقم 36 لسنة 1944، والوقوف أيضاً على اجتهادات المحاكم الدولية وغيرها من محاكم بعض الدول العربية، إضافة إلى الاجتهادات الفقهية المتعلقة بموضوع هذه الدراسة.

الدراسات السابقة

قامت الباحثة بالاستعانة بمجموعة من الكتب والدراسات السابقة التي تناولت مبدأ حسن النية، إلا أن جزءاً محدوداً من تلك الدراسات قد تناول الموضوع بنوع من الشمولية، وهي غير فلسطينية، ومن الدراسات التي استندت لها الباحثة ما يلي:

1. رسالة لنيل درجة الماجستير للباحثة شرف علي بعيرات، بعنوان " آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية "، في جامعة اليرموك في الأردن، للسنة الجامعية 2017-2018، وقد تناولت الباحثة في ذلك البحث موضوع الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية، وتعقب مدى وجود تلك الالتزامات في التشريعات الأردنية العامة والخاصة، كما عالج البحث أحكام المسئولية المترتبة على الإخلال بهذا المبدأ.
2. رسالة لنيل درجة الماجستير للباحثة روزان طالب السويطي، بعنوان " مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية "، لدى جامعة القدس- فلسطين، للسنة الجامعية 2018، وقد تناولت الباحثة في دراستها مبدأ حسن النية في مرحلة الإبرام، من خلال مقارنة نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني مع مجلة الأحكام العدلية، وشرح مفهوم حسن النية والتعريف به، وبيان جزاء الإخلال به وبمقتضياته، سواء في مرحلة تكوين العقد أم تنفيذه.

3. بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية للباحثتان د. ذكرى محمد حسين واستبرق محمد حمزة، بعنوان " التزامات أطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية "، حيث تناول البحث الحديث عن مرحلة المفاوضات ومدى التزام الأطراف بحسن النية خلال تلك المرحلة، وذلك من خلال شرح مفهوم مبدأ حسن النية التفاوضي، ونطاقه، والالتزامات المتفرعة عنه من إعلام وسرية في عقود التجارة الدولية بشكل عام.
4. رسالة لنيل درجة الماجستير للباحث بلال عزيزي، بعنوان " مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود: دراسة مقارنة "، لدى جامعة اليرموك في المملكة الأردنية الهاشمية، للسنة الجامعية 2017، وكان الباحث قد تناول في بحثه أحكام مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، من خلال شرح المفاهيم المختلفة في هذا الصدد، وتحديد نطاق تطبيق مبدأ حسن النية في هذه المرحلة تحديداً، كم أورد الآثار المترتبة على أطراف العقد في حالة الإخلال بتطبيق مبدأ حسن النية والالتزامات المتفرعة عنه في القانون الأردني ومقارنته بما ورد من أحكام ناظمة لهذا الشأن في القانون الجزائري، مضيفاً إلى الموقف القانوني عدداً من التطبيقات القضائية المتنوعة في كلا البلدين.

وتبدي الباحثة، أن الدراسات التي تناولت مبدأ حسن النية، ومن ضمنها الدراسات المشار إليها أعلاه، هي دراسات محدودة، ولم تتطرق أي منها لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في مبادئ الينيدروا الناظمة لعقود التجارة الدولية، فإما أنها قد تناولت الموضوع بشكل عام في شتى عقود التجارة الدولية، أو أنها تخصصت في دراسة ذلك الجانب في إحدى القوانين الوطنية.

منهجية الدراسة

للإجابة على إشكالية الدراسة، سيتم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وذلك عن طريق مراجعة النصوص القانونية ذات العلاقة وتحليلها، خاصة نصوص مبادئ الينيدروا الناظمة لعقود التجارة الدولية ومن ثم مقارنتها مع النظم القانونية الأخرى، فضلاً عن عرض بعض الاجتهادات الفقهية واستعراض الأحكام القضائية ذات العلاقة بموضوع هذه الدراسة.

خطة الدراسة

سيتم تقسيم موضوع الدراسة إلى فصلين: نتحدث في الفصل الأول عن ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في مبادئ الينيدروا والقوانين الوطنية، من خلال ثلاثة مباحث: نتناول في المبحث الأول مفهوم مبدأ حسن النية، وفي المبحث الثاني الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات، وأما المبحث الثالث فسنتناول به الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات.

ونخصص الفصل الثاني لدراسة المسئولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات، من خلال ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول طبيعة المسئولية، وفي الثاني أركان المسئولية، وفي المبحث الثالث نتحدث عن التعويض المترتب على قطع المفاوضات السابقة على التعاقد.

الفصل الأول

ماهية مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في مبادئ الينيدروا[12]

اختلفت معظم التشريعات في تنظيمها لمبدأ حسن النية ولكنها اشتركت على الرغم من ذلك الاختلاف في مبدأ المفاوضات العادلة، أي التفاوض بحسن نية، فذهب البعض[13] إلى النص صراحة أو ضمناً في تبني مبدأ حسن النية في المفاوضات، والبعض الآخر[14] اكتفى بنصوص خاصة تمنع بعض أوجه التفاوض غير العادل.

ولتوضيح موقف التشريعات وعلى رأسها مبادئ الينيدروا من خلال تنظيمها لمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث: في المبحث الأول سنقوم بدراسة مفهوم مبدأ حسن النية في المبادئ، وفي المبحث الثاني سنتناول مفهوم الإعلام في مرحلة المفاوضات في مبادئ الينيدروا، وفي الثالث سنوضح مفهوم السرية في مرحلة المفاوضات في مبادئ الينيدروا.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ حسن النية في مبادىء الينيدروا

يعد التفاوض[15] بحسن نية التزاماً جوهرياً في عقود التجارة الدولية، وهو الركيزة الأساسية لنجاح تلك العقود وإثبات فاعليتها واستمراريتها ليس في مبادئ الينيدروا فحسب بل في معظم النظم القانونية، والذي يطلق عليه الفقه بـــ (مبدأ حسن النية قبل التعاقدي)[16]. لذا تعتبر مرحلة المفاوضات من أهم مراحل

---

[12] أصدر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (International institute for the unification of private law) في العام 1994، مجموعة من القواعد الموحدة التي تعني بتوحيد عقود التجارة الدولية، وسميت هذه المبادئ بمبادئ الينيدروا الخاصة بعقود التجارة الدولية، وهي بمثابة قانون عقود ينظم المعاملات التجارية الدولية، وتعتبر هذه المبادئ امتداداً لتطور قواعد "قانون التاجر" وتم إنشاء هذا المعهد في مدينة روما عام 1926، بمقتضى معاهدة جماعية عقدت في ظل عصبة الأمم، ليكون بمثابة منظمة تابعة لعصبة الأمم، لذلك كان يطلق عليه "معهد روما" وفي الوقت الحالي، يتبع هذا المعهد لاتحاد دولي يضم 61 دولة، ويجتهد في إعداد مشروعات قوانين موحدة تعنى بتوحيد عقود التجارة الدولية، لمزيد من التفاصيل يرجى زيارة الرابط التالي: http://www.unidroit.org/mm/statute-e pdf

[13] د.الأهواني، حسام الدين كامل، المفاوضات قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس المعهد،من ٢-٣يناير، ١٩٩٣ ، ص63.

[14] أ. د. دواس، أمين، المسئولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد الخامس، العدد الأول، 2008، ص175.

[15] تعد مرحلة التفاوض المرحلة الأهم في تكوين العقد، فهي تشكل الرابط وحلقة الاتصال بين الأخلاق والقانون، وتعد كذلك ترسيخاً للقاعدة القانونية التي تنظم مبدأ حسن النية.

[16] د. حمزة، إستبرق محمد، و حسين، ذكرى محمد، التزامات الأطراف بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السادسة، 2014، بدون رقم صفحة.

إبرام العقد التجاري الدولي، حيث أن طبيعة العقود التجارية الدولية تتسم بالتعقيد من ناحية، ومن ناحية أخرى تأثيرها على الاقتصاد الدولي ولعبها دوراً هاماً في ذلك الشأن.

وعليه، سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب تبعاً لما يلي: في المطلب الأول سنقوم بتعريف مبدأ حسن النية في مبادئ اليونيدروا ومقارنته بالقوانين الوطنية، وفي المطلب الثاني سنشرح عن مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في المبادئ ومقارنته بالقوانين الوطنية، وفي المطلب الثالث سنوضح نطاق هذا المبدأ، وأما في الرابع فسنعمل على شرح مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات لتمييزه عن عقد التفاوض الذي يبرم خلال مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول

تعريف مبدأ حسن النية في مبادىء اليونيدروا

نصت مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية[17] في المادة (1-7) منها على " 1- يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية ". 2- " لا يجوز للطرفين استبعاد هذا الالتزام أو تقييده ".

ووفقاً للنص السابق فقد تبنت مبادئ اليونيدروا مبدأ حسن النية وأمانة التعامل في نطاق التجارة الدولية كمبدأ عام يطبق عند تفسير كافة نصوصها والتي نصت على ذلك بشكل صريح، فيجب وفقاً لذلك على أطراف العلاقة التعاقدية في التجارة الدولية الالتزام بهذا المبدأ في جميع الأحوال، وعلى الرغم من أن النص السابق لم يبين ما المقصود بمبدأ حسن النية وأمانة التعامل في نطاق التجارة الدولية في نص المادة (1-11) المتعلق بالتعريفات أو في غيره من نصوصها، الا انها قد سعت بشكل فعال الى سد بعض الفجوات فيها ومنها ما يلي:

أولاً: النص صراحة على مبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية

نرى أن مبدأ حسن النية وأمانة التعامل يعتبر من ضمن الركائز الرئيسية التي تقوم عليها المبادئ، وحتى وإن كان النص السابق يشير إلى ضرورة التصرف بحسن النية وأمانة التعامل، فمفاد ذلك يعني أنه

---

[17] مجموعة من الأساتذة العرب، شرح مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، الطبعة الأولى،2017، ص293.

حتى في غياب أحكام خاصة في المبادئ بخصوص ذلك الأمر فإنه وجب على أطراف العلاقة التعاقدية التجارية الدولية اتجاه سلوكهم بما يتفق مع مبدأ حسن النية وأمانة التعامل[18].

وعلى الرغم من عدم تبني مبادئ الينيدروا لتعريف محدد لمبدأ حسن النية، إلا أنها تبنته صراحة كمبدأ موجه لسلوك أطراف العقد التجاري الدولي[19]، ولذلك وجب عند تعريف المبدأ وتفسيره أن ينسجم ذلك مع قواعد وأحكام التجارة الدولية لا مع المعنى الخاص له في القوانين الوطنية، كون أن مبادئ الينيدروا تنظم عقود التجارة الدولية، غير أنه ووفقاً للتعليق الرسمي لمعهد روما على نص المادة السالفة الذكر فإنه يمكن الأخذ بالاعتبار بمعنى حسن النية وأمانة التعامل في قانون وطني معين إذا ما تبين أن ذلك المعنى مستقر عليه بين مختلف الأنظمة القانونية[20].

ومعنى أن يكون مستقر عليه، كأن يكون مستقراً عليه في منطقة جغرافية معينة يوجد بها مكان عمل أطراف العقد التجاري الدولي مثلاً[21]، وعلى جميع الأحوال وعند تحديد المعنى الأدق لمبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية فإنه وجب الأخذ بعين الاعتبار بالقطاع المعني في التجارة، بل وأكثر من ذلك الأخذ بالقطاع الواحد من قطاعات التجارة الدولية المتعددة، كبيئة مكان عمل المتعاقد، أو حجم منشأته، أو مستوى الخبرة المتوفرة لديه[22]، وذلك من شأنه توفير الحماية اللازمة للأطراف الموجودة في الدول النامية بشكل خاص من أن يتم إلزامهم بمعنى ضيق لحسن النية يختلف عما ما هو مستقر لديهم بخصوصه ولأطراف العلاقة التعاقدية بشكل عام.

---

18 أ.د علوان أمية، وآخرون، المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الترجمة العربية لصيغة الينيدروا باللغتين الانجليزية والفرنسية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص17.

19 قرار محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي رقم 100، الصادر بتاريخ 2009/10/30، **" تعتبر المادة (1-7) من مبادئ الينيدروا واحدة من القواعد الأساسية في هذه المبادئ "** (fundamental rule of the UNIDROIT principles). أنظر الموقع: http://unilex.info/principles/case/1550

20 أنظر: Unidroit, Official Commentary, ibid, Article 1.7 Comment No.3. نقلاً عن مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص296.

21 أنظر: Vorenauer, in Vorenauer/Kleinheisterkamp (eds), Article 1.7, ibid, p. 173 نقلاً عن مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص296.

22 وهذا ما جاء في التعليق الرسمي لمعهد روما على نص المادة (1-7) من مبادئ الينيدروا والذي جاء فيه " إذا كان المشتري لمعدات ذات تكنولوجيا متقدمة ملتزماً بموجب العقد، حتى يستطيع التمسك بحقوقه الناتجة عن عدم المطابقة، بأن يخطر البائع بالعيب في المطابقة، محدداً طبيعته بدون تأخير غير مبرر بعد وقت اكتشاف هذا العيب أو الوقت الذي كان ينبغي عليه فيه اكتشافه، فإن مبدأ حسن النية يقتضي التمييز فيما يتعلق بمدى تحديد الإخطار للعيب في المطابقة بين أن يكون المشتري في بلد يكثر أو يقل فيه استخدام مثل هذه المعدات، فإذا كان استخدام هذه المعدات في بلد المشتري دارجاً، فإنه ينبغي عليه أن يحدد في الإخطار للبائع طبيعة العيب في المطابقة، وإلا يفقد حقه في التمسك بالحقوق الناتجة عن عدم المطابقة إذا ما أرسل للبائع إخطار غامضاً أو مضللاً بخصوص العيب في المطابقة، على اعتبار أنه يستطيع بالفحص المناسب تحديد طبيعة هذا العيب، أما إذا كان استخدام هذه المعدات في بلد المشتري نادراً أو ربما منعدماً، فإنه يكفي من المشتري أن يخطر البائع بالعيب في المطابقة لمجرد أن المعدات توقفت عن العمل، على اعتبار أن البائع الذي يعلم بمستوى المعرفة التكنولوجية لدى المشتري لا يمكنه أن يتوقع منه تحديد طبيعة العيب في المطابقة على نحو دقيق ". أنظر: Unidroit, Official Commentary, ibid, Article 1.7, Illstration No. 7,8. نقلاً عن مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص297.

ثانياً: الطبيعة الآمرة لواجب احترام حسن النية وأمانة التعامل

نصت الفقرة الثانية من المادة (1-7) على أنه "لا يجوز للطرفين استبعاد هذا الالتزام أو تقييده"، قيدت المبادئ في هذه الفقرة حرية الأطراف، حيث أنه لا يجوز لأطراف العقد التجاري الدولي مخالفة أو استبعاد واجب احترام حسن النية وأمانة التعامل بأية حال، كونه من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وأبعد من ذلك، قررت المحكمة العليا في السويد بأن القوة الملزمة أو الآمرة لمبدأ حسن النية تحول أيضاً دون تطبيق النصوص التشريعية الآمرة التي تتعارض ومبدأ حسن النية وأمانة التعامل، واستشهدت المحكمة في قرارها هذا إلى نص المادة (1-7) من مبادئ الينيدروا والمادة 242 من القانون المدني الألماني[23].

وأكدت المادة (3-1-4) من المبادئ على هذا القيد وتحديداً بالتصرفات المتعلقة بالتدليس والإكراه والغبن وعدم المشروعية، وبالتالي وجب احترام مبدأ حسن النية وأمانة التعامل وهو نص آمر لا يجوز الاتفاق على استبعاده أو مخالفته، فقد نصت على الصفة الآمرة للنصوص فأبدت: " إن النصوص الواردة في هذا الفرع والخاصة بالتدليس والإكراه والغبن وعدم المشروعية هي نصوص آمرة ".

أما عن المادة (7-1-6) من المبادئ والتي نصت على أنه " لا يجوز التمسك بالبند الذي يحد من مسئولية أحد الأطراف عن عدم التنفيذ، أو أن يستبعد هذه المسئولية أو يسمح لأحد الأطراف بأن يقدم تنفيذاً يختلف اختلافاً جوهرياً عما كان من المعقول أن يتوقعه الطرف الآخر إذا ما كان التمسك بذلك البند شديد الإجحاف بالنظر إلى الغرض من التعاقد "، فقد منعت المتعاقد من التمسك بشرط الإعفاء من المسؤولية أو الحد منها، ولا يسمح للمتعاقد كذلك بموجب هذا النص أن يقدم تنفيذاً يختلف اختلافاً جوهرياً للعقد عما كان من المعقول للمتعاقد الآخر توقعه، خصوصاً عندما يكون التمسك بهذا الشرط مجحفاً بالطرف الآخر عند النظر إلى الغاية التي أبرم العقد من أجلها، ويعني كذلك التأكيد على ضرورة احترام مبدأ حسن النية وأمانة التعامل، وقد منعت تلك المادة وبشكل صريح استبعاد هذا الحكم أو الاتفاق على ما يخالفه، بالمقابل يستطيع المتعاقدين الاتفاق في عقدهما على مراعاة معايير وشروط أكثر شدة مما تفرضه الفقرة الأولى من المادة (1-7-1) من المبادئ[24].

كما وتناول المشرع الاردني والمشرع المصري أيضا مبدأ حسن النية في العديد من النصوص منها ما اكد على ضرورة التقيد بمبدأ حسن النية صراحة، ومنها ما اشار ضمنا إليه وذلك من خلال إلزام المتعاقد بمقتضياته ومظاهره، فهناك مجموعة من النصوص في القانون المدني الاردني تناولت مبدأ حسن

---

[23] قرار رقم T4904-08 الصادر عن المحكمة العليا (Hogsta Domstolen(supreme court، بتاريخ 16.9.2010، السويد، والمنشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1623

[24] مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص302.

النية صراحة كالمادة (202) والتي اوجبت تنفيذ العقود وفق ما يستوجبه مبدأ حسن النية، وهي تتطابق مع المادة(148) من القانون المدني المصري، وهناك نصوص اشارت الى مبدأ حسن النية ضمناً من خلال استلزامها مقتضى من مقتضيات حسن النية كالنصوص التي تحرم الغش والتعسف والاضرار بالغير[25].

كذلك أن نص المادة (5-3-4) من المبادئ سار في الاتجاه ذاته بمراعاة ليس فقط مبدأ حسن النية وأمانة التعامل، وإنما أيضاً فرضت واجب التعاون بين أطراف العقد التجاري الدولي، بمعنى أنه إذا ما حال تدخل أحد الطرفين دون تحقق الشرط خلافاً لواجب حسن النية والتعاون، فليس له أن يتمسك بعدم تحقق هذا الشرط، وحتى لو تسبب أحد الأطراف بتحقق هذا الشرط المخالف فليس له أن يتمسك بتحققه، فنصت المادة المذكورة في سياق المحافظة على الحقوق على أنه " لا يجوز قبل تحقق الشرط لأي من الأطراف بالمخالفة للالتزام بالتعامل بحسن نية، أن يمس بحقوق الطرف الآخر حال تحقق الشرط "[26].

ثالثاً: تطبيقات حسن النية وأمانة التعامل في مبادئ التجارة الدولية

كما ذكرنا أن المبادئ كرست مبدأ حسن النية في التجارة الدولية صراحةً أو ضمناً ليس فقط فيما يتعلق بتكوين العقد وتنفيذه بل فيما يتعلق بمرحلة التفاوض كذلك والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من مرحلة إبرام العقد، فإذا ما ادعى أحد أطراف العقد التجاري الدولي بأن الطرف الآخر أخل بواجب حسن النية في أي مرحلة كانت من حياة العقد وجب عليه إثبات ذلك، حتى يتمكن من التمسك بالنتائج القانونية التي اعتمدتها نصوص المبادئ ذات العلاقة على هذا الإخلال[27].

أما القوانين الوطنية، فلم تورد تعريفاً محدداً لمبدأ حسن النية شأنها شأن مبادىء الينذروا، غير أن ذلك لا يعني أنها لم تعتبره من أهم المبادئ التي تناولتها في معظم نصوصها بل وقامت عليها.

إلا أن مجلة الأحكام العدلية[28] نصت في المادة 357 منها على أحكام الغبن والتغرير، بقولها " إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً، فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ ".

---

[25] السويطي، زوزان طالب، مرجع سابق، ص15.

[26] في تعليق المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص للمبادئ في النسخة الفرنسية عام 2011 على نص المادة (5-3-4) جاء فيه " لا تتعلق هذه المادة إلا بالتصرفات التي تتم خلال الفترة السابقة على تحقق الشرط، فليس لها علاقة بالتصرفات التي تعد تدخلاً في إعمال الشرط، فتخضع الأخيرة للمادة (5-3-3) وتتميز الفترة السابقة على تحقق الشرط بالتفرد، حيث تتطلب نظاماً خاصاً لإعمال المبدأ العام لحسن النية، (أنظر المادة 1-7)، ففي واقع الأمر إذا كان لشخص ما مصلحة في تحقق الشرط فله حق مشروط يستحق الحماية (بوجه خاص في حالة الشرط الواقف)، حيث خلال الفترة السابقة على تحقق الشرط قد تضر تصرفات أحد الأطراف بوضع الطرف الآخر، وتستند هذه المادة إلى فكرة مفادها أن الأفضل بوجه عام توقي هذه التصرفات بدلاً من معالجة آثارها.
وتتميز هذه المادة أيضاً بالأهمية، حيث تذكر الأطراف بأهمية طرح هذا التساؤل والاتفاق صراحة على التدابير المرخص فيها للشخص المعني بتحقق الشرط بحماية حقوقه، وفي الواقع التجاري يجوز للأطراف الاتفاق على حكم خاص (أحياناً ما يطبق عليه التوافق مع المجرى العادي للأعمال) وهو ما ينطبق في الفترة ما بين " التوقيع " و " الغلق " ويقيد حق الأطراف في التصرف في " الأصول " في غير النطاق الذي يتصل بالمجرى العادي للأعمال.
أنظر: أ.د علوان، أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص180.

[27] مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص304.

[28] مجلة الأحكام العدلية "بدون رقم" المنشورة في مجموعة عارف رمضان، الحكم العثماني (بدون عدد وبدون تاريخ).

نرى أن المجلة تناولت مبدأ حسن النية في هذا النص بصورة جلية دون ذكره صراحة، فالغبن والتغرير من الأفعال التي تتعارض بشكل تام مع ما يستوجبه مبدأ حسن النية، بل ويعد إخلالاً به، وبذلك قررت في حالة تحقق هذا الإخلال أن من حق المغبون فسخ عقد البيع، كما يتضح لنا أيضاً أنها اتجهت في النص إلى اعتبار أن العقد قد انعقد أصلاً، كونها رتبت حكماً في حالة التغرير والغبن وهو فسخ البيع، وبذلك نرى أنها حصرت هذا الأمر في مرحلة تنفيذ العقد.

كما تناول المشرع المصري مبدأ حسن النية في العديد من النصوص، منها ما تم النص عليه صراحة بوجوب الالتزام به، ومنها ما أشار إليه ضمناً من خلال إلزام المتعاقد بمقتضياته، ففي القانون المدني المصري[29] تناول المشرع في المادة 148 صراحة مبدأ حسن النية وذلك بأن ألزم المتعاقدين بواجب تنفيذ العقود وفق ما يستوجبه مبدأ حسن النية، والتي نصت على 1." يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ".

نرى أن المشرع المصري في نص المادة المذكوره اعلاه، قد ألزم المتعاقدين بواجب مراعاة مبدأ حسن النية صراحة كمبدأ عام في تنفيذ العقود لا في تكوينها، وهناك نصوص كذلك أشارت إلى مبدأ حسن النية ضمناً كالنصوص التي حرمت ونهت عن الغش والإضرار بالغير والتعسف[30].

وعلى الرغم من أن نصوص المواد في القانون المصري نصت صراحة على مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد لا في تكوينه، إلا أن غالبية الفقه المصري اتفق على أن مبدأ حسن النية لا يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد فقط، بل إنه يعود بحكمه إلى المرحلة السابقة على التعاقد، بل ويهيمن على تلك المرحلة وصولاً للعقد المزمع إبرامه[31].

لم يفرد القانون المصري - كما اتجهت الينيدروا - إلى وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية، لذلك كان من الواجب إيجاد تعريف واضح ومحدد له، وذلك لا يتأتى إلا بالبحث في وظائفه وأسسه والتي تتمثل في:

أولاً: انتفاء الغش والتواطؤ، حيث كان الهدف لاعتماد مبدأ حسن النية الأساسي هو عدم وقوع أحد ضحية للغش والتواطؤ.

ثانياً: عدم التعسف باستعمال الحق، يعتبر المتعاقد سيء نية اذا ما تعسف باستعمال حقه المشروع بنية الإضرار بالغير.

---

29 القانون المدني المصري، رقم 131، الوقائع المصرية، العدد 108، مكرر أ، الصادر بتاريخ 29.7.1948

30 الذيابي، سعد بن سعيد، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، العدد 23، 2014، ص24.

31 د. مجاهد، أسامة أبو الحسن، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، دار الكتب القانونية، مصر، 1999، ص22.

ثالثاً: عدم الإخلال بالتوازن التعاقدي، فالتوازن العقدي يعد تطبيقاً أساسياً من تطبيقات مبدأ حسن النية[32].

وعليه فإن هناك علاقة مباشرة وارتباطاً وثيقاً بين حسن النية كمبدأ عام وبين التطبيقات والمعايير السابقة، والتي تعمل على إبقاء المتعاقدين في جميع مراحل العقد ضمن إطار الشرعية والقانون، وحمايتهم من الغش والاستغلال وغيرها من الأمور غير الصحيحة[33].

حيث يتضح مما تقدم أن تحديد حسن نية المتعاقدين أو عدمه لا يعتمد على معيار محدد في القانون المصري، بل يتم النظر إلى شخص المتعاقد، وقد يعتمد على سلوك الرجل المعتاد لا على سلوك المتعاقد نفسه.

أما عن قانون التجارة المصري[34] النافذ، فقد حرص على النص على الالتزام بمبدأ حسن النية صراحة في المواد (96، 98، وضمنياً في المادة 101)[35]، والذي بدوره كشف لنا عن الروح والإطار العام الذي يجب أن يسود تنفيذ العقد وتفسيره، فلو أن معاني عبارات العقد قد تعددت أو طرق تنفيذه على سبيل المثال فعلى أطراف العقد أن يختاروا المعنى والطريق الذي تقتضيه الأمانة والاستقامة والعدالة، لتكفل حماية الأشخاص وتمنحهم حقوقاً لم تكن لتسمح بها القواعد العامة، وهذه الحماية مسوغاً لها في كل حالة، وبالتالي عليهم اختيار الطريقة التي تفرضها الأمانة والنزاهة في التعامل[36]. لذلك نرى أن مبدأ حسن النية في القانون المصري قاعدة قانونية واضحة وثابتة.

---

[32] المرجع السابق، ص33.

[33] بني طه، يحيى أحمد، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والأردني والقانون الانجليزي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ، ص 27.

[34] قانون التجارة المصري، رقم 17 لسنة 1999، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع المصرية) العدد 19 مكرر، بتاريخ 17.5.1999

[35] نصت المادة 96 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 على " إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد، فللمشتري أن يخطره بالتنفيذ خلال مده مناسبة يحددها. فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة، جاز للمشتري أن يحصل على شيء مماثل للمبيع على حساب البائع و أن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشيء. وإذا كان للمبيع سعر معلوم في السوق جاز للمشتري – وإن لم يشتر فعلاً شيئاً مماثلاً له – أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق في اليوم المحدد للتسليم .وللمشتري بدلاً من ذلك أن يخطر البائع بأن عدم التسليم خلال المدة المعينة في الإخطار يترتب عليه اعتبار العقد مفسوخاً، وله في هذه الحالة أن يطلب التعويض إن كان له مقتضى".

كما نصت المادة 98 من ذات القانون على " إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه جاز للبائع بعد إعذار المشتري أن يعيد بيع البضاعة للغير فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق. وإذا كان للبضاعة سعر معلوم في السوق فللبائع – وإن لم يقم بإعادة البيع فعلاً – أن يطالب المشتري بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر البضاعة في السوق في اليوم المعين لدفع الثمن".

أما عن نص المادة 101 فقد جاء فيه "1. إذا تبين بعد تسليم المبيع أن كميته أو صنفه أقل مما هو متفق عليه أو أن به عيباً أو أنه غير مطابق للشروط أو العينة التي تم العقد بمقتضاها، فلا يقضي للمشتري بالفسخ إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعده له المشتري أو صعوبة تصريفه، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بوجوب الفسخ، ويكتفى عند رفض طلب الفسخ بإنقاص الثمن دون إخلال المشتري في التعويض . 2. على المشتري أن يخطر البائع بوجود النقص أو العيب أو عدم المطابقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليماً فعلياً، وعليه أن يقيم دعوى بالفسخ أو إنقاص الثمن خلال ستين يوم من تاريخ هذا التسليم. 3. إذا لم يقع الإخطار أو لم يرفع الدعوى خلال الميعاد المنصوص عليه في الفقرة السابقة سقط حق المشتري في إقامتها إلا إذا أثبت الغش من جانب البائع. 4. وفي جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء ستة أشهر من تاريخ التسليم الفعلي. 5. ويجوز الاتفاق على تعديل المواعيد المنصوص عليها في هذه المادة، كما يجوز إعفاء المشتري من مراعاتها.

[36] الربيعي، رشيد مجيد محمد، مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1973، ص43.

وعن القانون الفرنسي، فقد كان هناك عدداً من الركائز في الإصلاح التشريعي الفرنسي[37]، فقد نصت المادة 1104 على أن " وجوب توافر حسن النية في كافة مراحل العقد بدءاً من التفاوض عليه إلى تكوينه إلى تنفيذه ".

أحدث نص المادة السابقة نقلة نوعية واضحة في التشريع الفرنسي، حيث لم يكن القانون المدني الفرنسي القديم يعترف بمبدأ حسن النية صراحة أو ينص عليه إلا في مرحلة تنفيذ العقد فقط، وهذا يعني أن التقيد بهذا المبدأ أصبح ملزماً لطرفي العقد التزاماً قانونياً يشمل كافة مراحل العقد، وحل هذا النص محل المادة 3/1134 مدني، والتي كانت تقتصر حدود مبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ فقط كما أسلفنا[38].

وكما يبدو لنا أن المشرع قصد الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض إن وجدت، فليس لزاماً على المتعاقدين اللجوء إلى التفاوض قبل التعاقدي، وهذا يتضح لنا من نص المادة 1112 "مستحدثة" والتي نصت على أن " البدء، السير وقطع المفاوضات السابقة على التعاقد تكون حرة، يجب أن تخضع إلزاماً لمتطلبات حسن النية"، " في حال ارتكاب خطأ في المفاوضات، تعويض الضرر الناجم عن ذلك لا يجوز أن يتضمن تعويضاً عن فقدان المكاسب التي كان يمكن تحقيقها من العقد الذي لم يبرم"[39].

أما عن مشروع القانون المدني الفلسطيني[40] فقد نص المشرع على مبدأ حسن النية كمبدأ عام لكافة التصرفات حيث نصت المادة 147 منه على أن " العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".

وكذلك في الفقرة الأولى من نص المادة 148 والتي نصت على أنه " 1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ".

ونرى هنا بأن المشروع الفلسطيني اتجه إلى إعمال مبدأ حسن النية بصورة آمرة في كافة التصرفات في مرحلة تنفيذ العقد، فأوجب على المتعاقد أن يكون صادقاً ونزيهاً، لا مخادعاً ومحتالاً، وبذلك يكون الإخلال بمبدأ حسن النية خطأ يؤدي إلى تحقق المسئولية، فقد اعتبر المشروع هنا أن العقد قد انعقد بصورة صحيحة وبذلك يكون قد اكتسب القوة الملزمة، فإبرامه يجب أن يحكمه مبدأ حسن النية من المتعاقدين.

---

37 صدر هذا المرسوم بناء على القانون رقم 2015/177، الصادر بتاريخ 16.2.2015، والذي ألزمت المادة 8 منه الحكومة بأن تتخذ خلال عام ما يلزم، بطريق المرسوم لتنقيح القانون المدني محدداً الهدف من هذا التنقيح بأنه " تحديث وتبسيط وتحسين وتأكيد إتاحة التوصل إلى القانون، وذلك ضمن تحقيق الأمن القانوني وفقاً لضوابط محددة ". Loi n°2015-177 du 16 février 2015, JORF n° 0040 du 17/02/2015, p.2961.

38 د. بارود، حمدي محمود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، غزة، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني، 2005، ص 188.

39 د. شندي، يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، بحث منشور في ملحق خاص، العدد2، الجزء الثاني، كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين، نوفمبر 2017، ص3.

40 صدرت المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2000، وتم إقراره في قطاع غزة ليحمل الرقم 2 لسنة 2012، ولكن لم يتم إقراره كقانون ساري المفعول في أراضي الضفة الغربية لغاية الآن، ولكنه مازال مشروع قانون يحمل الرقم 4 لسنة 2012.

يتضح كذلك من نص المادة 147 السابق ذكره أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الواردة في النص تفرض على المتعاقدين أن يلتزموا بتنفيذ العقد بما تم الاتفاق عليه حرفياً، ولكن في بعض الأحيان قد يعمل ذلك على إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين، فقام المشروع بإلحاق هذا النص بنص المادة 148 ليتحدث بها عن مبدأ حسن النية الذي يعد بدوره استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يحق لأحد المتعاقدين التمسك بتنفيذ العقد بحرفيته إذا كان ذلك يلحق ضرراً بالطرف الآخر وكان فيه خروجاً عما يقتضيه مبدأ حسن النية[41].

نرى بدورنا أن المشروع الفلسطيني وازن بين مبدأ حسن النية والحرية التعاقدية لتسود العدالة العلاقة التعاقدية بين الأطراف، ولدعم الصلة بين الأخلاق والقانون حفاظاً على ديمومة العقد.

[41] جنديه، رائد هاني سلامة، بحث منشور على موقع المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية ، والسياسية، 27 يوليو 2020، ص16.

المطلب الثاني

التفاوض بسوء نية في مرحلة المفاوضات

جاء في مبادئ الينيدروا في المادة الأولى في الفقرة الأولى منها ما يلي: " يتمتع الأطراف بالحرية في إبرام العقد وفي تحديد مضمونه" [42].

يتضح لنا من النص السابق أن المبادئ لم تعتبر بأن الأطراف أحراراً فقط في تقرير متى ومع من يمكنهم التفاوض، وإنما أيضاً ما إذا كان يجب عليهم مواصلة جهودهم للتوصل إلى اتفاق من عدمه، هذا ما كان جلياً فيما قررته المادة السالفة الذكر وفقاً لمبدأ حرية التعاقد.

كذلك نرى وفقاً لذات النص بأن مبادئ الينيدروا لم تلزم البدء بالتفاوض لإبرام عقد ما، وإنما أجازت العدول عن تلك المفاوضات أو قطعها في أي وقت تكن فيه، كأن يتبين مثلاً أن الشروط المطروحة للتعاقد مجحفة أو غير مناسبة، هنا نرى بأن المفاوض في العقد التجاري الدولي كما رأت مبادئ الينيدروا يرى نفسه أمام اعتبارات متناقضة في هذه المرحلة من التعاقد، فقد يرى أحد أطراف العقد بأن تبقى إرادته حرة بشأن مسألة الاستمرار في متابعة التفاوض من عدمه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي التعاقد بحرية " حرية التفاوض "، في حين قد يرغب الطرف الآخر في العقد في الحصول على ضمانات كافية

---

[42] في التعليق الرسمي على المادة (1-1) تم تقسيم محتواها إلى ثلاثة أقسام على النحو التالي :

أ. يجب على الأطراف في المعاملات التجارية الدولية أن تعمل وفقاً لحسن النية والتعامل العادل في التجارة الدولية، ينطبق هذا المعيار على التفاوض على العقود الدولية وتكوينها وأدائها وتفسيرها.

ب. تختلف المعايير والمتطلبات التي يفرضها هذا المبدأ على الأطراف وفقاً للظروف الفردية المعنية، مثل قطاع التجارة الذي تعمل فيه الأطراف، وحجمها ودرجة تعقيدها المهني، وطبيعة ومدة العقد.

ج. لا يجوز للطرفين استبعاد أو تقييد تطبيق هذا المبدأ على علاقتهما القانونية.

التعليق

1. يوضح القسم الفرعي أ أن نطاق مبدأ حسن النية لا يقتصر على تفسير العقود ولكنه يوفر معياراً سلوكياً للأطراف من البداية إلى نهاية العلاقة التعاقدية (السابقة)، وهذا يعني أن على كل طرف التزاماً بإظهار سلوك تجاه الطرف الآخر لا يمكن أن يضر هذا الأخير، ويأخذ في الاعتبار التوقعات المعقولة لرجال الأعمال، حيث يتعين على أطراف العقد إظهار درجة عالية من الصدق والإخلاص تكون معقولة لحماية مصالح الطرف الآخر، لا سيما في محاولة عدم التصرف بطريقة تنطوي على احتمال مفاجأة أو إلحاق الضرر بالطرف الآخر.
2. إن مبدأ حسن النية له أهمية محورية ليس فقط بالنسبة لقانون العقود عبر الوطنية، ولكن أيضاً للعلاقات القانونية ككل، والتي لا يجوز للطرفين استبعادها أو تقييد تطبيقها تعاقدياً، القسم الفرعي ج يوضح أن مبدأ حسن النية لا يخضع لمبدأ حرية التعاقد، مثل هذا الاتفاق سيكون لاغياً في حد ذاته لأنه ضد الأعراف.
3. يوضح القسم الفرعي ب أن تطبيق مبدأ حسن النية ليس أبداً عملية ميكانيكية بحتة، ولكنه يتطلب دائماً تحديد ما يعتبر سلوكاً صحيحاً للطرف، مع مراعاة جميع ظروف الحالة الملموسة، يجب أن يتضمن هذا التحليل طبيعة العقد نفسه، وبالتالي فإن الإشارة إلى مدة العقد في القسم الفرعي ب يقصد بها الإشارة إلى أن عامل الوقت قد يلعب دوراً مهماً باعتباره مضخماً لواجبات الأطراف المفروضة عليهم بموجب مبدأ حسن النية وبالتالي في العقود طويلة الأجل " العلائقية " سيفرض مبدأ حسن النية دائماً واجبات متزايدة بحسن نية على كلا الطرفين مقارنة بعقود التبادل " لمرة واحدة ". قد تهم هذه الواجبات المتزايدة على سبيل المثال، إخطار الطرف الآخر في حالة وجود مشاكل في أداء العقد، وواجب الطرفين بالتعاون مع الطرف الآخر عندما يمكن توقع هذا التعاون بشكل معقول لأداء التزامات ذلك الطرف.
(3-2-1) يجب النظر إلى الإشارة إلى درجة التطور المهني للأطراف في القسم الفرعي ب بالاقتران مع مبدأ ترانس ليكس.
4. المبدأ الأساسي لحسن النية هو مصدر العديد من المبادئ والقواعد العامة الأخرى، ولكن الأكثر تحديداً للقانون التجاري عبر الوطني، مثل مبدأ قدسية العقود (pacta sunt servanda) أيضاً كأساس لعقود عبر الوطنية، حظر السلوك غير المتناسق، واجب إعادة التفاوض، واجب الإخطار والتعاون مع الطرف الآخر، الحق في المقاصة، النوايا المشتركة للأطراف كهدف لكل تفسير للعقد، أو وجود التزامات تعاقدية ضمنية، حسن النية قد يضع أيضاً حدوداً لممارسة الحقوق القانونية للأطراف، على سبيل المثال: فيما يتعلق بحظر إساءة استخدام الحقوق أو حق الأطراف في حجب الأداء، قبل اللجوء إلى المبدأ العام المهيمن لحسن النية، يجب على المرء دائماً السعي لتطبيق هذه المبادئ والقواعد الأكثر تحديداً والملموسة.

أنظر الموقع : culpa in contrahendo
http://www.trans-lex.org/901000

قبل الدخول في المفاوضات حتى يتمكن من تقييم قدرته على الاستمرار بها من عدمه بهدف الوصول إلى عقد مقترح.

وباعتقادنا بأن السبب وراء ترسيخ مبادئ الينيدروا لحرية التعاقد وبالتالي التفاوض هو أمراً بديهياً كون أن طرفي العقد التجاري الدولي يلزمان بما اتفقا عليه خاصة عندما يتمتعان بقدرات تفاوضية متوازنة، بحيث يتم توزيع المخاطر والمصالح كذلك بشكل متوازن وعادل بينهما.

وتباعاً نرى أن ضمان حماية أطراف العقد التجاري الدولي لا تقتصر على المعلومات المتبادلة بين الأطراف لإنشاء علاقة تعاقدية بينهما، وإنما تعد المسألة أكثر تعقيداً مما يبدو، فهي تمتد لتشمل أموراً أخرى متعلقة بجوانب عملية ومادية، فحماية الأطراف المتفاوضة من مخاطر ضياع النفقات التي يتكبداها لغاية تنقلهم وإقامتهم للتفاوض، أو حمايتهم من مخاطر تفويت فرصة التعاقد مع الغير وضياع تلك الفرصة عليهم، خاصة إذا كان أحد الأطراف المتفاوضة سيء النية لا تتجه إرادته إلى إبرام عقد تجاري دولي وإنما إلى الحصول على معلومات تتعلق بسر تجاري أو سر المهنة، هذا بالإضافة إلى تكاليف دراسة الجدوى الاقتصادية وغيرها من المسائل المهمة في ذلك الشأن، وهذا ما أكد عليه قرار محكمة استئناف Arbitrazh [43].

لما سبق، ولما تقتضيه اعتبارات العدالة والمنطق، فإنه يستدعى وضع ضمانات قانونية للطرف المتعاقد المتفاوض في العقد التجاري الدولي تكفل حقه في حالة إخلال نظيره في العقد، ومن أهم تلك الضمانات التي توجهت إليها مبادئ الينيدروا والقوانين الوطنية المختلفة هي الالتزام بالتفاوض بحسن نية والالتزام بالإعلام والسرية[44].

أكد حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بأنه " من بين المبادئ الأكثر عمومية هو بلا شك مبدأ حسن النية، والذي يوجد في كافة الأنظمة القانونية سواء الوطنية كانت أم الدولية، بحيث يعد حسن النية بالفعل قانون التجار الدولي، فحسن النية مفترض دائماً ويجب أن يهيمن على مفاوضات العقود وتفسيرها، كما يهيمن على تنفيذها "[45].

---

[43] قرار محكمة إستئناف Arbitrazh الدائرة الرابعة، رقم A78-5634/2013، الإتحاد الروسي، والصادر في العام 2013، حيث أبرمت شركة روسية (المدعية) عقوداً مع شركة صينية لتوريد بذور اليقطين للمعالجة الصناعية، وبعد أن تم فحص وثائق التخليص الجمركي للمدعي تبين لهيئة الجمارك الروسية (المدعى عليه لاحقاً) بأن شروط عقود التوريد والفواتير المقدمة غير مكتملة كونها لم تحدد جدول الدفع ونموذج البضائع المسلمة ونتيجة لذلك لم تقبل هيئة الجمارك القيمة الجمركية كما أعلنها المدعي، وأعاد احتسابها مرة أخرى مطالباً المدعي بدفع رسوم جمركية أعلى، وهو ما قبله المدعي في نهاية المطاف، لاحقاً قام المدعي برفع دعوى مطالباً المحكمة بأن تحكم له على الرغم من الاختلافات في الوثائق المقدمة، إلا أن تقدير المدعى عليه للقيمة الجمركية لم يكن صالحاً، قررت المحكمة الابتدائية لصالح المدعي على الرغم من وجود الاختلاف بين شروط العقد والوثائق المقدمة إلى هيئة الجمارك، إلا أن هذا الاختلاف غير ذي صلة، وأشارت المحكمة إلى أمور عدة من بينها نص المادة (1-1) من مبادئ الينيدروا، وهذا أيضاً ما أكدت عليه محكمة الاستئناف لاحقاً والتي أشارت إلى ذات المادة. منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1772

[44] د. الشرقاوي، محمود سمير، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة بعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، دون رقم طبعة، مصر، 1996، ص89-90.

[45] أشار إليه: د. العربي، بالحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

أشارت المادة (2-1-4) من مبادئ الينيدروا في فقرتها الأولى إلى حق الموجب في الرجوع عن إيجابه، وفي الفقرة الثانية منها في البند ب بينت أنه لا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه إذا ما كان من المعقول للمخاطب بالإيجاب أن يعتقد أن هذا الإيجاب غير قابل للرجوع عنه وأنه تصرف معتمداً على الإيجاب، لذا نرى أن الموجب ملتزماً بتصرفه إذا ما قام المخاطب بالإيجاب بالتصرف معتمداً عليه وذلك بالاستناد إلى مبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية.

نرى كذلك أنه في المرحلة التي تسبق صدور الإيجاب تفرض مبادئ الينيدروا على كل طرف من أطراف العقد التجاري الدولي احترام مبدأ حسن النية وأمانة التعامل، فوفقاً للمادة (2-1-15) والتي نصت على " 1. للأطراف حرية التفاوض ولا يسألون عن عدم التوصل إلى اتفاق.

2. مع ذلك، يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية، عما لحق بالطرف الآخر من أضرار.

3. ويعد من قبيل سوء النية، بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر".

إذن لا يجوز أن يتفاوض الشخص أو أن يقطع المفاوضات بسوء نية وإلا ألزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يصيبه جراء ذلك.

يتضح لنا أن مبادئ الينيدروا وسعت في هذا النص من الحماية اللازمة لتشمل الطرف المتضرر جراء سوء نية نظيره حتى قبل صدور الإيجاب وقبل أن يتلقاه، وهذا ما لم تتجه له العديد من التشريعات الوطنية.

أما عن نص الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر من المبادئ فقد اعتبرت كل من دخل في تفاوض على عقد أو استمر فيه رغم توفر النية لديه بعدم إبرام هذا العقد أعتبر سيئ نية بوجه خاص، وعليه اشترط هذا النص دخول التفاوض بشكل عادل على العقد بنية التوصل إلى إبرامه، بمعنى أن إساءة استخدام التفاوض الذي يلحق ضرراً بالطرف الآخر لا يتفق ومبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، وعلى الطرف المسيء تقع المسؤولية القانونية التي سنتطرق لها لاحقاً بالتفصيل.

وعن موقف المشروع الفلسطيني -وعلى عكس ما اتجهت به مبادئ الينيدروا- فلقد أغفل في مشروع قانونه المدني[46] مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد والآثار المترتبة عليها، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في تلك المرحلة، تاركاً المجال واسعاً بين الفقه والقضاء، حيث اعتبر الفقه هذه المرحلة مجرد أعمال مادية غير ملزمة، لا تنشئ على عاتق الأطراف أي التزام، ولا ترتب أي آثار قانونية، وبالتالي ليس أمام المتفاوض المتضرر من عملية التفاوض سوى اللجوء إلى أحكام المسئولية التقصيرية،

[46] د. نزال، مجد عمر أحمد، المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2017، ص5.

والتي يصعب في بعض الحالات على المتضرر إثبات عناصرها، وخاصة الخطأ قبل العقدي، مما يضيع حقوق المتفاوض سدى[47].

كما اتجهت مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري إلى ذات الموقف في عدم النص على مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد.

أما عن قانون العقود الفرنسي الجديد الصادر في عام 2016[48]، وتحديداً المادة 1112 منه والتي سبق ذكرها، نجد أن القانون الفرنسي في حماية المتعاقد قد اتفق مع مبادئ الينيدروا في مرحلة المفاوضات من حيث وجوب وإلزام المتفاوضين بمبدأ حسن النية ومقتضياته، إضافة إلى توافقهما في حرية سير أو قطع تلك المفاوضات ضمن أسس وقواعد مرعية في ذلك الاتجاه[49]، في حين أن المشرع المصري لم يكن صريحاً في توفير الحماية القانونية للمتعاقدين في تلك المرحلة بل اقتصرها على مرحلة تنفيذ العقد كما أسلفنا.

والتساؤل الذي يثار هنا بشأن طبيعة هذا الالتزام وموضوعه، فيما إذا كان التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التزام التفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية، والسبب في قول هذا أنه من الصعب أن يلقى على عاتق الأطراف المتفاوضة حسن النية أثناء التفاوض، حتى لو لم يتم التوصل إلى إبرام العقد، فلا يكون هناك خطأ يمكن أن ينسب إلى أحدهم[50].

في حين يرى جانب آخر من الفقه بأن طبيعة هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، وتعليل ذلك حسب آرائهم بأن طرفي العلاقة التعاقدية يعتبر كل منهما دائن ومدين في نفس الوقت، وبالتالي هذا التزام يفرض عليهما، فكل منهما يلتزم باتخاذ موقف ايجابي من خلال مناقشتهما لبنود العقد بجدية تامة، لتتجه نيتهما إلى إبرام العقد دون إعاقة المفاوضات وهذه الغاية، ولا يجوز لأي منهما أن يدفع المسئولية عن نفسه بحجة أنه بذل كل ما في وسعه من جهد لكي يكون حسن نية[51]، ويرى هذا الاتجاه من الفقه بأن حسن النية ليس بحد ذاته موضوعاً نفسياً فقط، بل هو سلوك يتفق مع المألوف في التعامل ومع ما جرى عليه

---

47 سلطان، أنور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1998، بدون مكان نشر، ص70.

48 قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد من 1100 إلى 7/1231 من القانون المدني الفرنسي، ترجمة الدكتور قاسم، محمد حسن، أستاذ القانون المدني، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.
بتاريخ 10.2.2016 صدر في فرنسا المرسوم رقم 2016/131، بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، ونشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 35، بتاريخ 11.2.2016، وأصبح هذا المرسوم نافذاً اعتباراً من تاريخ 1.10.2016

49 اتبع المرسوم الفرنسي في ذلك مبادئ الينيدروا 2010، حيث اتجهت المادة 1104 "مستحدثة" مع المادة (2-1-15) من المبادئ في ذات السياق. نقلاً عن: د. شندي، يوسف، مرجع سابق، الهامش 1، ص3.

50 د. الجمال، مصطفى محمد، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2002، ص245.

51 أبو السعود، رمضان، العقود المسماة، عقد الإيجار في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1992، ص13.

العمل في التفاوض، فالالتزامات التي تترتب على طرفي العقد محل التفاوض وسواء كانت قانونية أم جوهرية وما يتفرع عنها فهي توجب احترامها لديهما، للوصول إلى الغاية المنشودة وهي إبرام العقد[52].

نرى من جانبنا رجحان الاتجاه الثاني من كون الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزاماً بتحقيق نتيجة، كون أن مرحلة التفاوض مرحلة في غاية الأهمية بل والأهم في مرحلة تكوين العقد، والتي يترتب عليها نجاح حياة العقد من عدمها، فلا يجوز التهاون والتساهل مع أطراف العقد في هذا الشأن، ليمتثلوا بالجدية في استكمال المفاوضات ليبعث كل طرف في نفس نظيره المتعاقد الطمأنينة والثقة على أساس وجود الرغبة الصادقة بإبرام هذا العقد مستقبلاً.

المطلب الثالث

نطاق مبدأ حسن النية في المبادئ

يعد الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً جوهرياً في مفاوضات العقود، إذ أنه من غير المتصور سير تلك المفاوضات بدون وجود ذلك الالتزام حتى لو لم يتم النص عليه صراحةً، بل حتى في حالة النص على إعفاء أحد الأطراف أو كليهما من هذا الالتزام، فلا قيمة حينها لمثل هذا النص ولا يعتد به، فبمجرد اتفاق الأطراف على التفاوض فإنهم ملتزمون بإجراء المفاوضات بحسن نية.

في الواقع تتألف المفاوضات من عنصرين: الأول مادي، ويقصد به كافة الأعمال المادية المنظمة للتفاوض، كالاجتماعات، الإخطارات، المراسلات، والخطابات التي تتم بين الأطراف. أما العنصر الثاني فهو العنصر المعنوي، والذي يقصد به تصرف كل من أطراف عملية التفاوض بشكل يتفق ويراعي مبدأ حسن النية ومقتضياته طيلة فترة المفاوضات [53].

هذا ويتحدد نطاق الالتزام بالتفاوض بعنصريه المادي والمعنوي بجانبين أساسيين، أولاهما موضوعي وثانيهما زمني على النحو التالي:

أولاً: النطاق الموضوعي للالتزام بالتفاوض بحسن نية

يتحقق النطاق الموضوعي من خلال ما يتطلبه الالتزام بالتفاوض بحسن النية من اتخاذ الأطراف موقفاً إيجابياً أثناء التفاوض يتمثل هذا الموقف في التعاون مع المفاوض الآخر، ويتجسد ذلك التعاون من خلال المشاركة في إعداد عملية التفاوض في العقد المزمع إبرامه، وفي التشاور كذلك، وفي تحديد مكان

---

[52] د. عبد اللاه، رجب كريم، التفاوض على العقد، " دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة " دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000، ص420.

[53] د. محمدين، جلال وفاء، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1995، ص29.

وزمان التفاوض، والاتفاق على تحديد خبراء فنيين واستشاريين، وبالتالي يكون لدى الطرفين رضا مستنير للاستمرار بعملية التفاوض حتى إبرام العقد، أو أن يصل كليهما أو أحدهما إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات وعدم الاستمرار بها، كون التعاقد لا يحقق مصلحة أو نفع متبادل لهما دون أن يرهق أحدهما الآخر[54].

وعلى ذلك تتمثل صور التعاون بين أطراف التفاوض بما يلي[55]:

1. احترام العادات والأعراف التجارية السائدة في عقود التجارة الدولية.
2. عند تحديد أماكن التفاوض يجب على كل طرف عدم الإصرار على أماكن معينة للتفاوض مما يستدعي السفر وتكبد نفقات زائدة بدون مبرر.
3. التساهل في عملية اختيار الخبراء بحيث لا يتم رفض تعيين خبير بدون مبرر لحسم مسألة مختلف عليها.
4. عند عرض الآراء للنقاش وجب الامتناع عن التصلب في الرأي وإبداء مرونة مقبولة في مناقشة جدول الأعمال[56].
5. تجنب تقديم عروض مبالغ فيها بهدف إفشال المفاوضات التي قد تدفع بالمفاوض الآخر إلى رفض العرض المقدم.
6. في حالة إنهاء وقطع المفاوضات لأي سبب، يتوجب على كل طرف إخطار نظيره في الوقت المناسب[57].

يتوقف نجاح التفاوض على جدية ومنطقية الاقتراحات والحلول التي يصوغها الأطراف أثناء التفاوض، كما لو تم تقديم مقترح يخدم مصلحة المفاوض الشخصية وهو يعلم جيداً أنها لن تقبل من الطرف الآخر، أو أن يكون قد قدمها بهدف إنهاء التفاوض، هنا يجب إيجاد نوع من التوافق بين المصالح المتعارضة للأطراف[58].

يلزم مبدأ حسن النية كل مفاوض أن يصوغ اقتراحات جادة تحقق مصالح الطرف الآخر، كما ويفرض عليه قبول الاقتراحات المعقولة التي يصوغها الطرف الآخر، فرفض الاقتراحات المقبولة يتساوى مع تقديم اقتراحات غير مقبولة، لهذا فرض حسن النية على الأطراف في تلك المرحلة الامتناع عن الغموض والتناقض في الأقوال والأفعال[59]، وإلى هذا أشار حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية

---

[54] عمار، صابر محمد، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في منتدى المحامين بتاريخ 4.2.2002.
أنظر الموقع: www.mohamoon.com/montada/messgedtails.asp?p

[55] المرجع السابق.

[56] د. شرف الدين، أحمد، تسوية منازعات عقود الانشاءات الدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2005، ص148.

[57] المرجع السابق، ص149.

[58] د. عمار، ماجد عبد الحميد، عقد نقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص45.

[59] .د. مجاهد، أسامة أبو الحسن، مرجع سابق، ص25.

بباريس على أن " رفض الاقتراحات المقدمة من المدعي وقطع المفاوضات من قبل المدعى عليه لا يعد خطأ مستوجباً للمسئولية طالما أن هذا العدول والرفض قد تم بحسن نية، وكان مبرراً طبقاً للمبادئ المعمول بها في العمل التجاري الدولي "[60].

إلى ذات المعنى أشارت مبادئ الينيدروا في المادة (5-1-3) على أنه " يتعاون كل طرف مع الطرف الآخر عندما يمكن توقع هذا التعاون بشكل معقول لأداء التزامات ذلك الطرف "[61].

وفي التعليق الرسمي على المادة (5-1-3) جاء فيه " 1- هذا المبدأ هو نتيجة مباشرة للمبدأ العام لحسن النية، يجب أن يقبل الطرفان أن العقد ليس مجرد نقطة التقاء للمصالح المتضاربة، ولكن أيضاً إلى حد معين ومتفاوت هو مشروع مشترك يجب أن يتعاون فيه كل طرف مع الجانب الآخر، وتعتمد شدة واجب التعاون على طبيعة العقد والتطور المهني للأطراف.

2- الهدف من واجب التعاون في العقود الدولية هو تعزيز الأداء التعاقدي والنهوض به، وإظهار الجهود المخلصة لتعزيز العلاقة التعاقدية وتحقيق أهدافها والامتناع عن أي سلوك من شأنه أن يعرقل تنفيذ العقد..."[62].

وبتحليل ما سبق يتضح لنا بأن واجب التعاون تم ترسيخه في مبادئ الينيدروا كجزء أساسي لا يتجزأ من مبدأ حسن النية وأمانة التعامل، ويجب أن يتم ضمن مقتضياته لتحقيق المصلحة المشروعة لأطراف العقد التجاري الدولي بشكل عادل.

أشارت بعض القرارات التحكيمية إلى ضرورة الالتزام بالتفاوض بحسن نية من خلال واجب التعاون بين الأطراف ومنها القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية الذي أعلن فيه المحكمون بأنه " يجب أن يعلم الأطراف جيداً أن التعاون بينهم هو الذي يسمح بحل كل المشكلات التي تواجههم، ويجد الالتزام بالتعاون أساسه في مبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود التجارية "[63].

إن القاعدة العامة للدخول في مفاوضات متوازية مع الغير " مع أكثر من طرف " بشأن العقد المزمع إبرامه جائزة ومشروعة، إلا في حالة إذا اتفق الأطراف على عدم الدخول في مثل هذه المفاوضات لغرض إنجاح العملية التفاوضية بخصوص ذات العقد، وذلك يتم باتفاق صريح ولمدة معينة، وهذه المدة هي اللازمة للتوصل إلى اتفاق على جميع بنود العقد المزمع إبرامه[64]، أو هي المدة التي يمكن بعدها قطع

---

[60] القرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، 1990، أشار اليه الدكتور مجاهد، أسامة أبو الحسن، مرجع سابق، ص25.

[61] https://www.trans-lex.org/400120/highlight_UNIDROIT_PRINCIPLES/unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-2016/#head_89

[62] أنظر الموقع: culpa in contrahendo : http://www.trans-lex.org/936000

[63] القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية رقم 2443 في العام 1975، أشار إليه د. عبد النور، صفاء تقى، القوة الظاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراة، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005، ص223.

[64] د. قاسم، محمد حسن، مراحل التفاوض في عقد المكينة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص208.

المفاوضات أو العدول عنها، فإذا لم يتم تحديد هذه المدة فيلتزم هنا أطراف التفاوض خلال سريانها بعدم التفاوض مع الغير، وطبقاً للقواعد العامة في أنظمة القانون تحديد مدة معقولة على ما جرت عليه العادة[65].

وقد جاء في حكم لمحكمة استئناف فرساي بشأن دعوى تتلخص وقائعها في أن شركة gallay الفرنسية تفاوضت مع شركة Alvat البلجيكية لغاية إبرام عقد تتنازل بموجبه الشركة الأولى لمصلحة الشركة الثانية عن 70% من حصصها المملوكة لها بأحد فروعها، وتم تحديد الثمن بالاتفاق بينهما، وبعد عقد أكثر من اجتماع بينهما تبين للشركة البلجيكية أن الشركة الفرنسية قامت بإجراء مفاوضات متوازية مع شركة إنجليزية مما دفعها إلى وقف المفاوضات وإنهائها، وترتب على ذلك رفع الأمر للقضاء مطالبة بالتنفيذ العيني الجبري والذي يتمثل بالتنازل، مدعية بذلك بأن العقد انعقد مطالبة بتلك الحصص بصفة احتياطية، كما وطالبت بتعويضها عن الأضرار بسبب الخطأ المرتكب من الشركتين الفرنسية والانجليزية أثناء سير المفاوضات، أجابت محكمة " نانتير التجارية " الطلبات، على عكس موقف محكمة فرساي التي لم تؤيدها في قرارها، وانتهت إلى عدم وجود اتفاق صريح بينهما يقضي بعدم إجراء مفاوضات متوازية، وبالتالي فإن الشركة الفرنسية لم تخالف أي التزام وبالتالي لم تكن مخطئة في إجرائها لمفاوضات متوازية، معللة قرارها بأن الشركة الفرنسية كانت قد طرحت عرضاً عاماً وجهت خلاله دعوتها للتفاوض الموسومة بالبحث عن شريك إلى مختلف الشركات وفي العديد من الدول[66].

ثانياً: النطاق الزمني للالتزام بالتفاوض بحسن نية

يمتد النطاق الزمني للالتزام بالتفاوض بحسن نية من بدء التفاوض مروراً بمرحلة التفاوض إلى ما بعد التفاوض وإبرام العقد، فيعتبر الطرف إذا دخل بالتفاوض بسوء نية أو لم تكن لديه نية أساساً لإبرام العقد في نهاية المفاوضات قد أخل بالالتزام بالتفاوض بحسن نية، فقد يكون قصده الكشف عن بعض المسائل عمن يتفاوض معه أو أن يدخل مفاوضات مع أكثر من طرف دون أن تتجه نيته للتعاقد مع أي منهم[67].

كما يمتد النطاق الزمني إلى ما بعد انتهاء المفاوضات حتى وإن لم ينتهي العقد، فقد يقوم المفاوض بالتشهير بسمعة نظيره المفاوض بعد انتهاء المفاوضات وذلك لتبرير عدوله عن إبرام العقد وهو بذلك يكون قد أخل أيضاً بالالتزام بالتفاوض بحسن نية[68].

الأمر الذي يدل على أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية ينطوي على عنصرين: أولاهما الالتزام ببدء التفاوض، وثانيهما الالتزام بالاستمرار في التفاوض، ففيما يتعلق بالعنصر الأول فإنه يقصد به تلاقي

---

65 د. أبو زيد، محمد محمد، المفاوضات في الإطار التعاقدي " صورها- أحكامها "، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص83.

66 أنظر: حكم محكمة فرساي الصادر بتاريخ 5.3.1992، أشار إليه د. أبو زيد، محمد محمد، المرجع السابق، ص86-87.

67 د. عبد اللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص422.

68 المرجع السابق، ص422.

إرادة المفاوضين في تلك العقود، وبعد ذلك تفتتح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل الاقتراحات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، فيتوجب على الطرفين الالتزام بالحضور في الموعد المحدد والمتفق عليه لبدء وافتتاح التفاوض، وأما عن تقديم الاقتراحات المتعلقة بالعقد محل التفاوض أو عرض الدراسات التي يقوم التفاوض على أساسها فقد يقع على عاتق أحد الأطراف دون الآخر[69]، ومثال على ذلك كأن يكون مستورد أجهزة وحاسبات الكترونية ملتزماً ببدء المفاوضات فيكون بذلك على عاتقه إعداد الدراسة المبدئية التي تحدد حاجته المشروعة والتي على أساسها تبدأ المفاوضات[70].

إذا قام الطرفان بالاتفاق على الدخول بالتفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد نهائي بموجب عقد مبدئي فيتم الانتقال إلى مرحلة تنفيذ ذلك العقد والمتمثلة في بدء المفاوضات في الموعد المتفق عليه واتخاذ كل ما يلزم من إجراءات في سبيل تحقيق ذلك من إرسال دعوات وافتتاح مفاوضات وإجراء حوار وتبادل مقترحات وتقديم دراسات[71].

أما إذا لم يتفق الطرفان على تحديد موعد لبدء التفاوض في عقد التفاوض فإنه يقع على عاتقهما البدء في التفاوض في مدة معقولة[72]، وبالتالي لا يحق لأي منهما عدم البدء في التفاوض في تلك المدة الزمنية.

إن الالتزام بالدخول في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، وتظهر أهمية اعتبار الالتزام ببدء المفاوضات التزاماً بتحقيق نتيجة على مستوى الإثبات للخطأ، فالطرف المضرور لا يلتزم بإثبات أخطاء الطرف المسئول، ويكفي مجرد التخلف عن بدء المفاوضات في الموعد المحدد أو خلال مدة معقولة لتحقق المسئولية[73].

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية " رونو الشهيرة " حيث أخذت المحكمة بفكرة المدة المعقولة واعتبرت أن هذه المدة انقضت بسبب تقاعس رب العمل عن تقديم أي عرض كان إلى طالب العمل خلال مدة عدة سنوات، وكانت تلك هي المرة الأولى التي اعترفت بها بوجود عقد مبدئي بالتفاوض بين الطرفين والذي استخلصته من دراسة كانت قد أرسلتها برسالة إلى طالب العمل[74].

أما فيما يتعلق بالعنصر الثاني والمتمثل بالاستمرار في التفاوض بحسن نية، فإنه وفي حالة وجود اتفاق تفاوض يقع على عاتق جميع الأطراف المفاوضة الاستمرار بالتفاوض ومواصلته للوصول إلى

---

[69] د. سعدي، نصيرة بوجمعة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1987، ص116.

[70] المرجع السابق، ص116.

[71] د. صالح، علي أحمد، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص384.

[72] بارود، حمدي محمود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وآثارها، كلية الحقوق، مجلة جامعة الأزهر، العدد1، مجلد2، غزة، 2010، ص730.

[73] د. الدهان، عقيل فاضل حمد، والحلي، منذر إبراهيم حسين، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد الثامن، جامعة أهل البيت، العراق، بدون تاريخ، ص66.

[74] JOANNA SCHMIDT-SZALEWSKI : La période précontractuelle en droit français. Rev. Internationale de droit comparé.N.02. 1990. P 558. أنظر الى: حسين، ذكرى محمد، ود.حمزة، إستبرق محمد، مرجع سابق، بدون رقم صفحة.

اتفاق نهائي حول العقد محل التفاوض، فلا يجوز أن يقوم أياً منهم بالانسحاب من المفاوضات في أي وقت يشاء دون أي مبرر منطقي وموضوعي، أو أن يكون موقفه سلبياً أمام كل ما يعيق سير العملية التفاوضية، بل يجب عليه بذل كل ما في وسعه من جهد لمواصلة التفاوض حتى يبلغ الغاية المنشودة[75].

قد يكون الالتزام بالاستمرار بالتفاوض ناشئاً عن اتفاق صريح بين الأطراف المتفاوضة أو أنه قد يستخلص من ظروف التفاوض، وبذلك أكدت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية على هذا الالتزام بقولها " أن الاتفاق على التفاوض يرتب تعهداً تعاقدياً بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه" [76].

وفي حالة اتفاق المتفاوضين على المسائل الجوهرية دون الاتفاق على المسائل الثانوية وإظهار نيتهما على عدم إبرام العقد، فهنا لا يستطيع القاضي أن يتدخل لإبرام العقد، أما في حالة اتفاقهما على المسائل الجوهرية الأساسية مع تأجيل المسائل الثانوية لاتفاق لاحق رغم عدم الاتفاق عليها واتجاه النية لاعتبار العقد منعقداً، فهنا يتولد التزاماً بالاستمرار بالتفاوض وعليهما الاتفاق بشأن تلك المسائل المتبقية لاحقاً، وإذا لم يفعلوا فللقاضي أن يتدخل ويحسم تلك المسائل ويعتبر العقد منعقداً[77].

وعليه فقد ذهب الفقه إلى ضرورة التوفيق بين اعتبارين مهمين هما: حماية الطرف الذي وضع ثقته في جدية المفاوضات وبين حماية الطرف الآخر من أن يتم إرغامه على قبول إبرام عقد لا يرغب فيه، خاصة في مرحلة بعد البدء في المفاوضات إذا اتضح أن العقد لا يحقق المصلحة المرجوة منه، لذلك إن التفاوض يحكمه مبدآن[78]، مبدأ حرية التعاقد الذي يخول واحد من المتعاقدين حرية العدول عن المفاوضات أو قطعها كونها لا تتفق مع مصالحه المشروعة من جهة، ومبدأ حسن النية الذي يقضي بمراعاة المصالح المشروعة للطرف الآخر[79]، فحرية التعاقد هو المبدأ الأساس في مرحلة التفاوض، وجاء مبدأ حسن النية قيداً لضبط سلوك الأطراف خلال تلك المرحلة منعاً للتعسف[80].

والالتزام بالاستمرار ومواصلة التفاوض هو التزام ببذل عناية، حيث يلتزم الأطراف ببذل كل العناية اللازمة للاستمرار في التفاوض، وإذا ما فشلت تلك المفاوضات لأسباب خارجة عن إرادة أحد الأطراف فلا تنشأ المسئولية بحقه طالما لم يدخر جهداً وعزماً لإتمام وإنجاح المفاوضات، حيث أن أهمية

---

75 د. سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص55.

76 أشار إليه: سلامة، أحمد عبد الكريم، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، السنة الثانية، البحرين، 2004، ص388.

77 برهم، نضال سليم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009، ص46.

78 د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص4.

79 Cass.com,21.3.1972 juris-classeur periodique,Paris,311.17543 نقلاً عن: جبار، سماح، حسن النية في التفاوض على العقود، بحوث ومقالات ، مجلة دراسات جامعة عمار ثليجي الأغواط، مجلة دولية محكمة، الجزائر، العدد 48، نوفمبر2016.

80 Deshhayes O., Genicon Th.et Laithier Y-M., Reforme du droit des contracts et de la prevue des obligations, Commentaire article par article, ed. LexisNexis 2016, p. 75.

نقلاً عن: د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص4.

هذا الالتزام تزداد كلما تقدمت المفاوضات وأوشكت على الانتهاء بنجاح وإتمام العقد، وعلى عكس ذلك يعتبر الطرف مخلاً بهذا الالتزام وتترتب عليه المسئولية عن فشل تلك المفاوضات[81].

وقد يكون الالتزام بالاستمرار بالتفاوض هو التزاماً بتحقيق نتيجة في حالة إذا تم الاتفاق على المسائل الجوهرية فقط دون التفصيلية، حيث أن الوصول إلى إبرام العقد النهائي حينها يستلزم الاستمرار في التفاوض حول تلك المسائل المعلقة[82].

المطلب الرابع

مبدأ حسن النية في عقد التفاوض

يعد عقد التفاوض طريقاً ممهداً لإبرام عقد مستقل وهو العقد النهائي الذي يسعى الطرفان إلى إتمامه، والذي يرتب التزاماً بدوره بالتفاوض بخصوص هذا العقد من أجل التوصل إلى إبرامه، ولا يرتب التزاماً بإبرامه بصورته النهائية[83].

بالإضافة إلى ذلك فقد عرفت محكمة باريس عقد التفاوض في حكمها الصادر في 23 أيار 1992 بأنه " عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل "[84].

كما ورد تعريف آخر لعقد التفاوض في حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 26 أكتوبر 1979 بأن عقد التفاوض هو " عقد بموجبه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بالاستمرار بالتفاوض لغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد محله إلا بطريقة جزئية لا تكفي في جميع الأحوال لانعقاده "[85].

لذلك إن عقد التفاوض هو عقد حقيقي يتم باتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، لذا يجب أن تتوافر فيه شروط الانعقاد العامة التي لا يقوم أي عقد بدونها وهي التراضي والمحل والسبب، شأنه شأن باقي العقود وإلا يقع باطلاً[86].

يلجأ الأطراف في عقود التجارة الدولية إلى تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد نظراً لزيادة القيمة المالية لتلك العقود في ظل نمو القطاع الاقتصادي بشكل كبير، ورأوا نتيجة لذلك أن يقوموا بإبرام اتفاق

---

[81] د. سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص55.

[82] سلامة، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص388-389.

[83] د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص95.

[84] Paris 23 mai 1992, Les Nouveaux Constructeurs, cite par J. GHESTEN, P. 317.
مشار إليه لدى: د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص95.

[85] Sentence du chamber de commerce internationale dans l, affaire, N 3131, 26 octobre 1979 arbitrage 1983, p. 523, 531 commerce.
مشار إليه لدى: د. أبو زيد، محمد محمد، مرجع سابق، ص11.

[86] عبدالحميد، ثروت، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكتاب الثاني، النظرية العامة للحق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006، ص284.

التفاوض، والذي يهدف بدوره إلى إعطاء أهمية حقيقية لهذه المرحلة وما ينتج عنه يكون ملزماً لأطرافه بدون أدنى شك[87].

لذلك قد يلجأ الأطراف إلى تنظيم خطوات المفاوضات ذاتها ويتم ذلك عن طريق صياغة وتحديد المسائل التي سيتم الاتفاق عليها في كل مرحلة من مراحل المفاوضات، وذلك تحقيقاً لمزيد من الأمان والاستقرار لعلاقتهم التعاقدية، ويفرغ ذلك كله فيما يسمى بالاتفاق أو العقد الجزئي، ويرتبط العقد الجزئي زمنياً بفترة المفاوضات وقد ينصب على مسألة وقتية تهم الأطراف[88].

تستند فكرة الاتفاق الجزئي إلى نظرية الاتفاق المرحلي التي نشأت بداياتها في الفقه الألماني على الرغم من عدم أخذ القانون المدني الألماني بها، بل وأكثر من ذلك لم يعترف بأي قيمة لها، ومع ذلك لم ينفي ذلك وجود تلك الاتفاقات الجزئية في الواقع العملي[89].

هذا وقد جرى الفقه على تعريف العقد الجزئي بأنه " اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات، يحدد الأطراف بمقتضاه المسائل الجوهرية التي تمكنوا من الاتفاق بشأنها "[90].

وبهذا المعنى نرى أن العقد الجزئي يتخذ إحدى الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى: يكون فيها العقد الجزئي تبعاً لكونه جزءاً من عقد نهائي واحد، وفي هذه الحالة يكون محل هذا العقد منصباً على بعض عناصر العقد النهائي.

الحالة الثانية: يكون فيها العقد الجزئي جزءاً من مجموعة مؤلفة من عدة عقود تهدف إلى تحقيق عملية اقتصادية واحدة، وهنا ينتج عن هذا العقد إبراماً نهائياً لأحد العقود التي تتضمنها المجموعة[91].

ويثار هنا التساؤل المهم عن القيمة القانونية والآثار الناشئة عن هذه الاتفاقيات الجزئية، وحتى نتمكن من الإجابة يجب أن نميز بين الحالتين سالفتي الذكر:

---

87 عرعاره، عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص151.

88 د.لطفي، محمد حسام محمود، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص2.

89 د. بارود، حمدي، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، مجلد13، عدد2، غزة، 2005، ص14. و عبد العال، محمد حسين، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص76.

90 د. الجمال، مصطفى، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 1998، ص17.

91 المرجع السابق، ص17 وما بعدها.

الحالة الأولى: الاتفاق الجزئي في عملية التفاوض على عقد واحد[92]

في مبادئ الينيدروا وتحديداً في نص المادة (2-1-13) والتي جاء بها " إذا أصر أحد الأطراف خلال المفاوضات على عدم إتمام العقد حتى يتم الاتفاق على أمور محددة أو صياغتها في شكل معين، فلن ينعقد العقد قبل التوصل إلى اتفاق على هذه الأمور أو في هذا الشكل ".

وبتحليل النص يتضح لنا أن المبادئ تتحدث عن المسائل التي لا تعد جوهرية بأساسها، وإنما أصر أحد الأطراف المفاوضة على اعتبارها كذلك، من خلال التمسك بها على أنها جوهرية بالاتفاق، ففي هذه الحالة لا يجوز انعقاد العقد بدون الاتفاق على تلك المسائل وتحديدها.

في عقود التجارة الدولية يتعلق الأمر بمعاملات معقدة وقد تطول فترة المفاوضات، لذلك يقوم الطرفان بتوقيع وثيقة غير رسمية تحتوي على بنود تم الاتفاق والوصول إليها عن تلك الفترة تسمى بالاتفاق الأولي أو الاتفاقية أو ما شابه ذلك، حتى تتم صياغة الوثيقة الرسمية النهائية (العقد). وفي بعض الأحيان وحسب الاتفاق يعلن الطرفان بأن تلك الوثيقة الغير الرسمية هي الاتفاق النهائي بينهما وما العقد النهائي إلا تأكيداً للاتفاق الأولي بالكامل[93].

وعلى العكس من ذلك إذا قرر الطرفان أو أحدهما بوضوح لا لبس فيه بأن ذلك الاتفاق الأولي لا يعد اتفاقاً ملزماً ما لم يتم الوصول إلى الاتفاق بصورته النهائية وبالتالي انعقاد العقد رسمياً، فلن يكون هناك عقد حتى ذلك الوقت حتى لو كان الاتفاق الأولي يحتوي على جميع المسائل المتعلقة بالعقد على اختلاف أهميتها سواء جوهرية أم ثانوية[94].

في بعض الأحيان لا يفكر طرفا العقد في نقاط معينة في مرحلة المفاوضات ولا يرغبان في الوقت ذاته بتأجيل انعقاد العقد، ففي هذه الحالة يتم إبرام العقد مع الاتفاق على تأجيل بعض المسائل لاتفاق لاحق لأنهم لا يريدون أن يفعلوا ذلك لحظة إبرام العقد، أو يتركون هذا الأمر للغير شريطة أن يكونا قد اتفقا على الشروط الأساسية لتلك المسألة أو المعاملة المعينة بذاتها[95]، وهذا ما أجازته مبادئ الينيدروا في الفقرة الأولى من المادة (2-1-14) منها، والتي نصت على أنه "1- إذا رغب الطرفان في إبرام عقد، وعمدا إلى ترك بند ليتفق عليه في توقيت لاحق أو ليتحدد بواسطة الغير، فلن يحول ذلك دون قيام العقد".

---

[92] إتخذ المشرع الألماني موقفاً مغايراً لكل من موقف القضاء الفرنسي والمصري، فقد نص القانون المدني الألماني (BGB) في الفقرة الأولى من المادة 154 منه على " لا يتم العقد عند الشك ما لم يتفق الطرفان على جميع المسائل التي تكون مضمون العقد وفقاً لما أعلنه أحد الطرفين، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى ولو حرر هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة "، وعليه فإن المشرع الألماني لا يعد الاتفاق على بعض عناصر العقد ولو كانت من العناصر الجوهرية كافية لانعقاد العقد حتى لو تم إثبات ذلك كتابياً، ما دام أن هناك مسائل أو عناصر لم يتم الاتفاق عليها بعد، سواء تبين ذلك صراحة أم من مضمون العقد نفسه.
أنظر: د. سري الدين، هاني صلاح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية عدد4، 1996، ص123.

[93] د. سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص55.

[94] د. عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص421 ، د. مجاهد، أسامة ابو الحسن، مرجع سابق، ص22.

[95] Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp, (editors, COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES COMMERCIAL CONTRACTS, ibid, 300.

يتم استكمال الشروط الناقصة على أساس المادتين (4-1) و(8-1)[96] من المبادئ أو المادة (5-1-2)[97]، وبسبب ذلك التأجيل قد تواجه الطرفان مشكلتين، أولاهما: إذا كان ما عمد إليه الأطراف هو إرجاء تحديد حسم بنود بعينها إلى تاريخ لاحق فهل يهدد ذلك وجود العقد ؟؟[98]. والمشكلة الثانية تثور في حالة عدم قدرة الطرفان أو حتى الغير من الوصول إلى اتفاق أو اتخاذ قرار في وقت لاحق حول تلك المسائل المؤجل البت والحكم بها.

يتضح لنا أنه وبحسب نص الفقرة الأولى من المادة (2-1-14) السالفة الذكر أن إرجاء بند أو مسألة معينة في العقد ليتم الاتفاق عليها في مفاوضات لاحقة أو ليتم حسمها عن طريق الغير لا يؤثر ولا يحول ذلك دون إبرام العقد.

أما عن الحالات التي لا يوجد بها تعبير صريح في ذلك الشأن فيمكن أن تستشف نية الطرفين إبرام العقد من الظروف الأخرى للتعاقد حتى لو تم إرجائهم لبعض البنود، كالحالة التي تكون تلك الشروط المرجأة فيها لا يمكن تحديدها إلا في وقت لاحق، أو أن يكون الاتفاق تم تنفيذه جزئياً، أو أن تكون تلك البنود المرجأة غير أساسية والاتفاق عليها غير محدد بوجه عام[99].

ولتوضيح ذلك فقد ضرب د. أمية علوان المثال التالي: أبرمت شركة ملاحة (أ) اتفاقاً تفصيلياً مع مقاول تفريغ (ب)، يرمي الاتفاق إلى أن يقوم المقاول بتفريغ وتحميل حاوياته في ميناء خاص بالشركة سنوياً، وتم الاتفاق على معظم البنود من نفقات واجبة دفع إلى مواعيد تفريغ وكذلك تحديد الحد الأدنى من عدد الحاويات التي ستفرغ سنوياً، مع ترك الاتفاق على تحديد نفقات الحاويات الإضافية لحين الوصول إلى الحد الأدنى، بعد مرور شهرين علم (أ) أن (ب) سيعرض أحكاماً أفضل، فرفض التنفيذ متمسكاً بأن الاتفاق مع (ب) لم يتخذ صورة عقد ملزم متذرعاً بأن مسألة النفقات لم تحسم بعد، ولكن سأل (أ) قانونياً

---

[96] نصت المادة (4-1) من مبادئ اليونيدروا على " 1. يفسر العقد طبقاً للنية المشتركة للطرفين. 2. إذا لم يمكن الوصول إلى هذه النية المشتركة، يتعين تفسير العقد وفقاً للمعنى الذي يعطيه له أشخاص عاديين من نفس مستوى الأطراف وفي نفس ظروفهم ".
أما المادة (8-1) فقد نصت على " 1. كلما وجد شخصان يدين كل منهما للآخر، على سبيل التقابل بمبالغ من النقود أو بديون أخرى من نفس الطبيعة فإن أحدهما (الطرف الأول) يستطيع أن يقاص دينه تجاه دائنه (الطرف الآخر) إذا توافر وقت إجراء المقاصة ما يلي:
أ. أن الطرف الأول له الحق في اقتضاء دينه.
ب. أن دين الطرف الآخر محقق من حيث الوجود والمقدار ومستحق الأداء.
2. إذا كانت ديون الطرفين كليهما ناشئة من نفس العقد، فإن للطرف الأول أن يقاص دينه مقابل دين على الطرف الآخر لا يكون محققاً من حيث وجوده أو مقداره ".

[97] نصت المادة (5-1-2) على ما يلي: " تستخلص الالتزامات الضمنية من :
أ. طبيعة العقد والغرض منه.
ب. الممارسات المستقرة فيما بين الأطراف والعادات المرعية.
ج. حسن النية وأمانة التعامل.
د. المعقولية.

[98] أنظر التعليق الرسمي على المادة (2-1-2) والتي نصت على " يشكل الاقتراح بإبرام عقد إيجاباً إذا كان محدداً إلى درجة كافية بما يدل على إرادة الموجب في الالتزام حال القبول ".
التعليق
لتحديد الإيجاب وتمييزه عن وسائل الاتصال الأخرى التي قد يجريها طرف أثناء المفاوضات الجارية من أجل إبرام عقد، تفرض هذه المادة شرطين وهما ".
1. أن يكون العرض محدداً بدرجة كافية بما يسمح بانعقاد عقد بمجرد القبول.
2. أن يكون دالاً على قصد الموجب في أن يلتزم حال القبول.

[99] أ.د علوان، أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص57.

عن عدم التنفيذ لأسباب منها بدء التنفيذ الفوري للعقد من كلا الطرفين، إضافة إلى أن طابع العقد كان تفصيلياً، وهذا برمته يشير إلى أن نية الطرفين اتجهت إلى الالتزام بهذا الاتفاق بوضوح[100].

أما في الحالة التي لم يتمكن الطرفان فيها من الوصول إلى اتفاق حول البنود المرجأة أو أن الغير لم يتخذ قراراً بشأن تحديدها، فالعقد يظل موجوداً على الرغم من ذلك، فطبقاً للفقرة الثانية من المادة (2-1-14) والتي نصت على " لن يتأثر وجود العقد إذا تبين لاحقاً أن:

أ. أن الطرفين لم يتوصلا إلى اتفاق بشأن هذا البند، أو

ب. أن الغير لم يتخذ قراراً، وكانت هناك وسائل بديلة لتحديد البند، ما دام هذا البند معقولاً في ضوء الظروف، مع أخذ نية الطرفين في الاعتبار ".

يتضح لنا من النص بأن العقد لا يتأثر وجوده بشرط أن يكون هناك طريقة أخرى لتحديد البند المرجأ وأن يكون معقولاً في تلك الظروف، وذلك بالنظر إلى نية الأطراف، وإذا استكمل الشرط وتوافر البديل فبالإمكان التوصل إلى حكم البند الغائب استناداً إلى نص المادة (5-1-2) كما أسلفنا[101].

مبادئ الينيدروا وحفاظاً على الحياة التعاقدية أبقت على وجود العقد حتى لو عمد المتعاقدين إلى ترك تحديد بعض المسائل إلى وقت لاحق، أو عهدوا بذلك للغير ولم يقم بتنفيذ مهمته، وبالتالي فشل المفاوضات حول تلك المسائل، طالما كان ذلك ممكناً وفقاً للظروف وفي ضوء النية المشتركة للمتعاقدين، أو للرجوع إلى العرف والمعاملات السابقة بينهم[102].

أما عن المشرع الفرنسي، فلم يتضمن القانون المدني الفرنسي نصاً خاصاً في هذا الشأن، وإنما ترك الموضوع لاجتهاد الفقه والقضاء الذي انتهى بدوره إلى أن الاتفاق على المسائل الجوهرية يعد كافياً لانعقاد العقد حتى لو كانت هنالك مسائل ثانوية معلقة لم يتم الاتفاق بشأنها، طالما لم يتفق الطرفان على عكس ذلك، وعلة اتجاه القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه هو استناداً للفلسفة القانونية التي تسود القانون المدني الفرنسي والتي تعطي اعتباراً كبيراً لإرادة الأطراف سواء الصريحة منها أم الضمنية في مجال العقد، واستندت كذلك الأمر إلى بعض النصوص الخاصة ببعض العقود المسماة وتحديداً في نص المادة 1583 مدني، والمتعلقة بعقد البيع، فقد نصت على " يعتبر البيع قد تم بين الطرفين بمجرد الاتفاق على المبيع والثمن "[103].

---

100 نقلاً عن المرجع السابق، ص57.

101 نقلاً عن المرجع السابق، ص57.

102 مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص451. و أ.د علوان، أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص58.

103 في قرار لمحكمة النقض الفرنسية قضت بأنه " البيع يعتبر قد تم بمجرد اتفاق الطرفين على المبيع والثمن، ولا يحول دون ذلك عدم اتفاقهما على المسائل الثانوية، وذلك ما لم يتفقا على إرجاء إبرام العقد حتى يتم الاتفاق على المسائل...". الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4آذار 1980، النشرة المدنية، 1، رقم 78، ص65. اشار اليه غستان، جاك، المطول في القانون المدني (تكوين العقد) ترجمة: القاضي، منصور، ومراجعة د. كلثوم، فيصل، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2000، ص319، حاشية رقم (1). أنظر كذلك الى : د. قاسم، محمد حسن، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، الجزء الأول، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص249.

وفي القانون المصري، فقد نصت المادة 95 من القانون المدني المصري على " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

يتضح لنا أن المشرع المصري اعتبر الاتفاق على المسائل الجوهرية كافياً لانعقاد العقد ولم نرى خلافاً في نصه حول تلك المسألة، ولكنه اشترط لقيام العقد بحكم القانون الاتفاق على جميع هذه المسائل الجوهرية، فلم يكتفي وفق النص بالاتفاق على بعضها دون الآخر أو الاتفاق على جزء منها فقط كالاتفاق على المحل دون الثمن على سبيل المثال، فاعتبر ذلك غير كاف لانعقاد العقد[104].

وأضاف المشرع المصري في ذات النص من المادة المذكورة أعلاه أنه وفي حال نشوب نزاع على المسائل الثانوية التي لم يتم الاتفاق عليها بين الأطراف، يمنح القاضي المختص الصلاحية والسلطة في تقدير هذه العناصر وبالتالي إكمال العقد وذلك استناداً إلى طبيعة المعاملة وأحكام العرف والعدالة[105].

إذن وبناء على ما تقدم نرى بأن المشرع المصري لم يضع معياراً وفق نصوصه للتفرقة بين المسائل الجوهرية أو الأساسية وبين الثانوية وإنما ترك الموضوع إلى سلطة القاضي التقديرية في حل هذه المسائل محل النزاع، وهناك معياران للتفرقة بين المسائل الأساسية والثانوية وهما المعياران الشخصي والموضوعي[106].

وعن موقف المشرع الفلسطيني نرى أن مشروع القانون المدني الفلسطيني يكاد يخلو من أي نص ينظم عملية التفاوض ومرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد.

الحالة الثانية: الاتفاق الجزئي في عملية التفاوض على مجموعة من العقود

في حالة تم التفاوض على مجموعة من العقود فقد يتوصل الأطراف إلى إبرام أحد هذه العقود دون غيرها، ودون أن يتفقا على أن هذا العقد يعتبر عقداً مستقلاً أم عقداً جزئياً بالنسبة إلى مجموعة العقود

---

104 د. قلادة، وليم سليمان، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، ط١،المطبعة التجارية، القاهرة، 1955، ص8.

105 وهذا ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها " بأن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين فإذا تعارض هذا التفسير مع ما أورده المتعاقدان بأن اشترط صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التي احتفظا بها، وجب احترام هذه الإرادة ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل ".
مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص84، وأنظر: د. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص238، وأنظر أيضاً: د. مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، القاهرة، 1987، ص98.

106 عرف د مصطفى الجمال المعيار الشخصي بأنه تلك المسائل التي كانت تعد ثانوية بطبيعتها وأصبحت جوهرية بإرادة أحد الطرفين أو كليهما، فباستطاعتهما أو أحدهما اعتبار أحد المسائل أو أكثر في العقود القانونية ذات صفة جوهرية بالنسبة له.
المعيار الموضوعي: هو المعيار الذي يحدد المسائل الجوهرية التي يعتبرها القانون شرطاً لقيام العقد وانعقاده، وهي عبارة عن الأركان الثلاثة لانعقاد العقد (الرضا والمحل والسبب) والشكلية في العقود التي تتطلب ذلك، بالإضافة إلى الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة على حدا كاشتراط تحديد المبيع والثمن في عقد البيع.
أنظر للتفاصيل: د. الجمال، مصطفى، مرجع سابق، ص169.

التي ترمي إلى تحقيق هدف اقتصادي معين، لذلك وجب علينا معرفة أن إبرام أحد تلك العقود لا يعد البتة إبراماً لباقي العقود، حيث أن لكل عقد ذاتيته الخاصة، وبالتالي يجب الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية لكل عقد على حده، كون ارتباط العقد بباقي العقود لا يعد ارتباطاً قانونياً وإنما ارتباطاً اقتصادياً[107].

إن العقود الجزئية تعتبر عقوداً مستقلة بحد ذاتها، والسؤال المطروح هنا: هل تنتج هذه العقود آثاراً خاصة بها فيما إذا تم إبرامها على شكل عقود جزئية بالنسبة للمجموعة العقدية ككل؟ أم أن نفاذها رهيناً بإبرام عقود أخرى؟

حقيقةً إن "ميعاد العقد" هو الذي يشكل جزءاً من المجموعة العقدية، ويتكون بالتفاوض والاتفاق على المسائل والعناصر الجوهرية لهذا العقد، ولا يرتبط مصيره بإبرام العقود الأخرى في المجموعة العقدية إلا إذا عبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة في هذا الشأن[108].

ومع هذا فإذا كانت هناك علاقة تبعية بين العقد الرئيسي والعقود الثانوية فيمكننا القول بأن إبرام العقد الرئيسي هو دائماً شرط أساسي لنفاذ العقد الثانوي والعكس غير صحيح، كما نراه في عملية قرض مصحوبة بضمان، وفي هذه الحالة يجب أن نفرق بين حالتين[109].

الحالة الأولى: في حالة إبرام العقد الرئيسي فإنه يعد نافذاً رغم عدم إبرام العقد الثانوي، ولا يعتبر الأخير جوهرياً بالنسبة للعقد الرئيسي وإنما داعماً له فقط.

الحالة الثانية: وهي على العكس من الحالة الأولى، فهي تكون في حالة إبرام العقد الثانوي قبل إبرام العقد الرئيسي، فالعقد الثانوي هنا لا يكون نافذاً وإنما يبقى نفاذه معلقاً على إبرام العقد الرئيسي، إذ أن العقد الثانوي هو عقد تابع للعقد الرئيسي فيرتبط به وجوداً أو عدماً.

وقد تستغرق مرحلة المفاوضات فترة زمنية طويلة تكتنفها عدة صعوبات كالحال في عقود نقل التكنولوجيا، وهذا يحتم على الأطراف تنظيم علاقاتهم التعاقدية خلال تلك الفترة، ومن ضمن تلك الاتفاقات هناك ما يسمى بالاتفاق المؤقت، الذي أمكن تعريفه بأنه " اتفاق يرتب على عاتق أحد الطرفين أو كليهما التزاماً وقتياً لتنظيم العلاقة بينهما أثناء التفاوض "[110].

نرى من خلال التعريف السابق أن الهدف الرئيسي من هذا الاتفاق هو تنظيم التفاوض وصولاً للعقد النهائي بالأساس، وقد ينصب الاتفاق المؤقت على الموضوع ذاته الذي يسعى الأطراف إلى تنظيمه بواسطة العقد النهائي، وقد ينصب على تنظيم مسائل تختلف عن موضوع العقد النهائي[111]. وسنتناول تباعاً الحالتين بالتفصيل التالي:

---

107 د. حمود، عبد العزيز المرسي، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، دار النهضة العربية، 2005، ص76.

108 د. سري الدين، هاني صلاح، مرجع سابق، ص129.

109 د. بارود، حمدي، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص33.

110 العبيدي، سهام، أحكام المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، 2013، ص69.

111 د. الجمال، مصطفى، مرجع سابق، ص209.

أ. الاتفاق المؤقت يرد على موضوع العقد النهائي ذاته

إن الاتفاق المؤقت يجسد حالة من حالات (عقد التجربة) والتي يجوز لطرفي العقد فيها اختبار العقد النهائي على أرض الواقع من خلال تنفيذه في مدة زمنية معينة، لذلك لا بد أن يكون موضوع الاتفاق المؤقت هو ذاته موضوع العقد النهائي، وذلك حتى يتمكن الأطراف من تقدير مزايا ومساوئ العقد النهائي قبل إبرامه، وكذلك اختبار مقدرتهم على تنفيذ الالتزامات المرتقبة التي تقع على عاتقهم بموجب العقد النهائي[112].

وبناء على ذلك لا يمكننا تصور إبرام العقد تحت التجربة إلا إذا كان من عقود المدة (زمنياً أم مستمراً)، ولا يتصور في العقود الفورية، لأن العقد تحت التجربة في العقود الفورية يكون معلقاً على شرط واقف كما هو الحال في عقد البيع تحت التجربة.

ولفهم ذلك بشكل أوسع ساق جانب من الفقه مثالاً على ذلك وهو عقد العمل، الذي يعتبر من أهم العقود الزمنية التي يكثر إبرامها تحت التجربة، بهدف تعرف وتيقن رب العمل من كفاءة العامل وتمكن الأخير من التعرف على ظروف العمل ومدى ملائمة تلك الظروف لاحتياجاته ووضعه، ليتمكن الطرفان من إبرام عقد نهائي في حال نجاح التجربة، وعلى العكس في حال فشلها ينقضي هذا الاتفاق الزمني دون إبرام العقد النهائي[113].

يتضح لنا من تحليل المثال السابق أن عقد العمل تحت التجربة يعتبر عقداً واحداً معلقاً على شرط فاسخ، وهو نجاح فترة التجربة التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من موضوع العقد النهائي، لذا لا يمكننا القول بأن الاتفاق المؤقت يعتبر تجسيداً لحالة من حالات عقد التجربة.

وعلى العكس مما سبق نرى أن الاتفاق المؤقت يمكن أن يرد على موضوع العقد النهائي في عقود التأمين، إذ تتجسد صورته على نحو أدق فيما يسمى بمذكرة التغطية المؤقتة[114]، فهي تعد اتفاقاً مؤقتاً قائماً بحد ذاته، يهدف من خلالها المؤمن والمؤمن له أيضاً من دراسة طلب التأمين وتقدير مدى ملائمته قبولاً أو رفضاً لإبرام العقد النهائي.

---

112 د.الأهواني، حسام الدين كامل، المفاوضات قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس، 1993، ص67.

113 العبيدي، سهام، مرجع سابق، ص71، و د. لطفي، محمد حسام محمود، مرجع سابق، ص6.

114 بمقتضى مذكرة التغطية المؤقتة، يلتزم المؤمن بتغطية الخطر المؤمن منه مؤقتاً مقابل قسط معين، فإذا عبر المؤمن عن رغبته وقبوله طلب التأمين فيتم تحرير وثيقة التأمين (العقد النهائي) فهنا يعتبر الأخير قد تم بمجرد تسليمه للمؤمن له، وبالتالي يحل العقد النهائي محل تلك المذكرة المؤقتة، ولا عبرة حينئذ بوقت تسليم المذكرة بأثر رجعي للمؤمن له.
أنظر: عطاالله، برهام محمد، دراسات ووثائق في التأمين، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1983، ص48.

ب. الاتفاق المؤقت ينظم موضوع مختلف عن العقد النهائي

ترد مثل تلك الاتفاقات بوضوح في مفاوضات عقود التكنولوجيا، حيث أن التفاوض في مثل تلك العقود يتطلب درجة عالية من الحفاظ على السرية التكنولوجية، حيث أن تلك العقود تتطلب إفشاء تلك السرية للطرف المتفاوض الآخر لحثه على التعاقد، لذلك لا شك من ضرورة توفير حماية للطرف صاحب السر، فيتم اللجوء إلى اتفاق مؤقت يهدف إلى فرض التزامات تقع على عاتق الأطراف بضرورة مراعاة الأمانة والنزاهة فيما يتعلق بالتزود بتلك المعلومات والحفاظ على سريتها وعدم استغلالها من قبل الطرف الآخر[115].

ويمكننا أن نرى بوضوح تجلي مثل هذا النوع من الاتفاق في تنظيم نفقات التفاوض وعبء الوفاء بها، وكذلك تحديد جدول زمني للمفاوضات وغيرها من المسائل.

[115] العبيدي، سهام، مرجع سابق، ص78.

المبحث الثاني

الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات في مبادئ الينيدروا

إزاء تعقد شكل العقود ومضمونها وتطور الوسائل الفنية في مجال إبرامها وما صاحب ذلك من سرعة متزايدة في عقد الصفقات، كان لا بد من تقرير التزام على الأطراف الراغبة في التعاقد خاصة بعد أن أصبحت مراكز المعرفة غير متوازنة وغير متساوية في المعلومات اللازمة لانعقاد العقد، لذا فإن الطرف الضعيف الذي لا تتوافر لديه القدرة والوقت الكافي للإحاطة بجميع ما يتصل بالعقد من أمور، سيكون مضطراً لإبرام عقد قد لا تتحقق معه مصلحته، ومن هنا جاء فرض التزام على عاتق المتفاوض الآخر بأن يدلي بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد محل التفاوض والتي من شأنها أن تساهم في خلق رضا كامل وسليم بكامل تفصيلات العقد، وهذا ما يطلق عليه الالتزام بالإعلام[116].

وبناء عليه، فإننا سنقسم الموضوع إلى مطلبين: في المطلب الأول سنتناول مفهوم واجب الإعلام في مفاوضات العقود، وفي الثاني سنبحث شروط هذا الالتزام على النحو التالي:

المطلب الأول

واجب الاعلام

يعد الالتزام بالإعلام في مفاوضات العقود بناءً قانونياً جديداً تمليه ضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها، وبالتالي أصبح لا بد من ضرورة توسيع نطاق تطبيقه على كافة العقود، متى توافرت مسوغات وجوده، وذلك للحد من حالات اختلال التوازن في المعرفة بين أطراف التفاوض في تلك العقود، فالجانب المعرفي يعد أهم عامل من عوامل تكوين هذه الإرادة وتقييم كافة الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب عليها، وعليه فإن الالتزام بإعلام المفاوض الآخر الراغب بالتعاقد معه عن محل العقد والبيانات المتعلقة به هو التزام مستقل عن العقد ينشأ في المرحلة السابقة على إبرامه، من خلال إلزامه بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات في الوقت الذي كان يستحيل على المفاوض الآخر الاستعلام عنها بنفسه ليكون بذلك على دراية بكافة تفصيلات العقد محل التفاوض المزمع إبرامه[117].

---

[116] هناك تسميات أخرى للالتزام بالإعلام كالالتزام بالإقصاء أو بالإخبار أو بالتبصير أو الالتزام بالإملاء بالمعلومات. أنظر: د. حسن، خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، الطبعة الأولى، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص23.

[117] د. بدوي، بلال عبد المطلب، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001، ص402.

وبالتالي فإن مبدأ حسن النية يفرض الالتزام بالاستعلام كما الالتزام بالإعلام، فيعد كل منهما التزاماً مقابلاً للآخر، كون أن الغاية المنشودة من التعاقد لا يمكن وصولها إلا باستعلام المتعاقد وإفصاح المتعاقد الآخر[118].

وإلى أكثر من ذلك، إن الالتزام بالإعلام يحدده أصلاً الالتزام بالاستعلام، كون أن الاستعلام أساساً يبدأ قبل الإعلام، فإذا قام أحد الأطراف بالاستعلام يبدأ الطرف الآخر بإعلامه[119]، فإذا قصر الشخص بحق نفسه فالقانون لا يحميه وبالتالي يتحمل مسئولية تقصيره، ويعد بذلك مهملاً في عدم التبصر ولا يسمح له في هذه الحالة بالتمسك بمقتضيات حسن النية[120].

إن الالتزام بالاستعلام لا يلغي الالتزام بالإعلام، فهناك قاعدة مفادها (هناك التزام إعلام من لا يستطيع الاستعلام)[121]، كالحالة التي لا يستطيع فيها أحد الأطراف معرفة العيب الخفي على سبيل المثال، أو أن يكون أحد الأطراف مهنياً والآخر غير مهني، فهنا يكون الالتزام بالإعلام مطلوباً أكثر لدى الطرف المتخصص، كون أن معرفة الطرف الآخر مفتقرة[122]، ولتوضيح ذلك سوف نتطرق في هذا المطلب الى تعريف الالتزام بالإعلام ومن ثم أساس الالتزام بالإعلام ومظاهره سواء في مباديء الينيدروا أو في التشريعات الوطنية وفقاً لما يلي:

البند الأول: تعريف الالتزام بالإعلام

عرف البعض[123] الالتزام بالإعلام بأنه " التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علمه بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناءً على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات ".

---

118 إبراهيم، عبد المنعم موسى، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص24.

119 القوني، عبدالحليم عبداللطيف، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص381.

120 السويطي، روزان طالب محمود، مرجع سابق، ص57.

121 د. سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص386.

122 المرجع سابق، ص386.

123 د. بارود، حمدي محمود، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 74، جامعة القاهرة، 2004، ص14. د. المهدي، نزيه محمد صادق، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 15.

وعرف أيضاً بأنه " الالتزام الذي بواسطته ينبه أحد أطراف العقد الطرف الآخر على مخاطر العقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف التعاقد ليكون خياره بالتعاقد قائماً على معرفة تامة بسبب التزامه "[124].

وأيضاً هناك من عرفه بأنه " إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر، بإخطار الطرف الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرامه العقد، والتي تساهم في تكوين الرضاء الحر المستنير، وتمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند إبرامه أو التحلل منه إذا شاء، ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل، وحماية الثقة المشروعة في العقد "[125].

يتضح لنا من تحليل التعاريف السابقة أن الالتزام بالإعلام يعد التزاماً جوهرياً ينشأ وينفذ في مرحلة المفاوضات، إذ يتمتع أحد أطراف التفاوض في هذه العقود بميزات خاصة تتمثل في امتلاك المعرفة والعلم بكافة عناصر العقد الجوهرية، وبسبب ذلك يقع عليه عبء إعلام الطرف الآخر الراغب بالتعاقد معه بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية التي يتسنى له معرفتها بسهولة، وبناء عليه يتخذ كل طرف قراره بقبول التعاقد بناءً على ما تتوفر لديه من معلومات وبالتالي ما يترتب له من حقوق وما عليه من التزامات حتى يتم التفاوض بكل شفافية، وبالتالي فإن المفاوض الآخر لا ينطبق عليه وصف الدائن بالالتزام بالمعلومات قبل التعاقد متى أمكنه الوصول إليها بوسائله الخاصة أو كان عالماً بها من باب أولى[126].

وبذلك نرى الأهمية الكبرى للالتزام بالإعلام حيث يعد الوسيلة المثلى لإحداث التوازن العقدي بإلزام كل طرف بإعلام الطرف الآخر بما لديه من معلومات جوهرية تتعلق بإبرام العقد لاحقاً، حيث أنه قد يكن من الصعب على كل طرف أن يستعلم عن كافة المعلومات والأشياء محل العقد.

أمكننا القول بأن تعريف الالتزام بالإعلام في مفاوضات العقود وفق ما نرى أنه (التزام المفاوض في العقد المزمع إبرامه والذي يعلم بأن واقعة معينة تلعب دوراً مؤثراً وحاسماً في قبول المفاوض الآخر للتعاقد، بأن لا يخفيها ويطلع المفاوض معه عليها، متى ما لم يكن في مقدور الأخير أن يعلم بها، أو كان من المشروع أن يتوقع تبصيره بها نظراً لطبيعة العقد أو صفة المتعاقد فيه).

---

[124] د. خاطر، صبري حمد، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد 11، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1996، ص170.

[125] فلاح، يحيى يوسف، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص30.

[126] د. سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص55.

البند الثاني: أساس الالتزام بالإعلام

أثار الالتزام بالإعلام في مفاوضات العقود خلافاً فقهياً من ناحية تحديد الأساس القانوني له، فيما إذا كان يستمد أساسه من اتفاق الأطراف المتفاوضة، أم من مبدأ حسن النية على اعتبار أنه مبدأ العلاقة العقدية في مرحلة تكوينها وتنفيذها؟.

انقسمت الآراء في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات:

أولاً: ذهب الفقيه ستارك إلى أن الأساس القانوني للالتزام بالإعلام يكون ذو وجهين مشتقين من الخداع والتدليس، وبحسب رأيه فإنه يتوجب على كل متفاوض أن يدلي للمفاوض الآخر الراغب بالتعاقد معه بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المزمع إبرامه، وخاصة في الحالة التي لا يكون بها الطرفين على قدر من المساواة اقتصادياً أو نتيجة لخبرة مهنية أو كفاءة، فإذا لم يلتزم المفاوض بذلك يكون بذلك قد ارتكب مناورات تدليسية[127].

ثانياً: أما الاتجاه الثاني فيتعلق بالتعويض عن الضرر الذي ينشأ نتيجة إخلال المفاوض الراغب بالتعاقد بالتزامه بالإعلام، فالتعويض عن هذا الضرر لا يعدو أن يكون تكميلياً بحيث يضاف إلى إبطال العقد، وذلك بغض النظر عما يصيب الرضا من عيوب[128]، وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية[129]هذا الاتجاه في بعض أحكامها حينما استندت إلى التدليس كأساس لتقرير البطلان جزاءً لمخالفة هذا الالتزام إذ قضت " إن عدم القيام بإعلام المشترين لدى التنازل عن المحل التجاري بأن التصريح اللازم لاستغلال هذا المحل لم يكن قد تم الحصول عليه بعد يمثل إخفاء متعمد من جانب البائعة لمثل هذه الواقعة، والتي لو كانت معلومة للمشترين لكانت قد منعتهم من التعاقد، حيث يشكل هذا الأمر تدليساً معيباً لرضاء هؤلاء المشترين "[130].

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الالتزام بالإعلام هو التزام مستقل وله ذاتيته المستقلة الخاصة التي تساهم في تكملة النصوص التشريعية في الرابطة العقدية، ولا يعد التزاماً تابعاً للعقد، واستقلاله بهذه الصورة ذو أهمية كبيرة لإعطاء سلطة تقديرية للقضاء لتحقيق التوازن العقدي بعد إبرام العقد[131].

---

[127] د. أبو زيد، محمد محمد، مرجع سابق، ص160. وكذلك ينظر في هذا الرأي : د. زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1978، ص143.

[128] د. حسين، محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد22، العدد2، جامعة الكويت، 1998، ص767. وفي تأييده، أنظر: د. المهدي، نزيه محمد صادق، مرجع سابق، ص238.

[129] انظر: قرار محكمة النقض الفرنسية في: -.civ. Cim levL B Fiv 1985 N.e.p. G.5 N: 203388. (cite par STARCK: op cit p.74)
نقلاً عن: د. عمران، محمد علي، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص89.

[130] القرار الصادر بتاريخ 3.10.1981، مشار إليه لدى الدكتور عبد السلام، سعيد، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص10.

[131] د. المهدي، نزيه محمد صادق، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص70.

ثالثاً: أما الاتجاه الثالث فيذهب إلى أن أساس الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات يعود إلى مبدأ حسن النية، والذي يعد مصدراً أساسياً لالتزام كل مفاوض يرغب بالتعاقد، بأن يقوم بتقديم المعلومات الضرورية التي يعلم بها أو كان ينبغي عليه العلم بها للمتفاوض الآخر ما دامت تلك المعلومات مجهولة لدى الأخير، وبالتالي يعد إخلالاً كتمان تلك المعلومات كونها تؤثر على قرار المتفاوض الآخر فيما لو كان يعلم بها لغير موقفه في المفاوضات وبالتالي التعاقد[132].

وقد أوضح ذلك قرار محكمة استئناف باريس[133] التي قضت بأنه " إلى جانب النصوص القانونية يفرض حسن النية في التعاقد واجباً تكميلياً بالصدق، ويتمثل بتزويد كل طرف في العقد الطرف الآخر بكل المسائل التي هي محل اهتمامه ".

تزايدت المطالبات بضرورة السعي نحو تدعيم وسائل الحماية المتاحة أمام المفاوض من خلال إيجاد وسائل قانونية متطورة تكون أكثر استجابة للواقع الجديد، وذلك بعد ظهور عدم كفاية القواعد العامة في القانون المدني وعجزها عن توفير الحماية اللازمة للمفاوض الراغب بالتعاقد، وفي إطار هذا السياق ذهبت بعض التشريعات[134] إلى تقرير الالتزام بالإعلام عند التفاوض على العقد ضمن ضوابط معينة تهدف إلى تنظيم ممارسة هذا الالتزام مع مراعاة مبدأ استقرار المعاملات ومصالح الطرف الآخر[135].

البند الثالث: مظاهر الالتزام بالإعلام في مبادىء الينيدروا

اتجهت مبادئ الينيدروا إلى اعتبار إخفاء معلومات وجب على أحد الطرفين الإفصاح عنها تدليساً ويشكل بذاته أحد عيوب الرضا، وذلك ما أقرته في نص المادة (3-2-5) والتي جاءت بأنه " يجوز لأي طرف أن يتمسك ببطلان العقد إذا كان الطرف الآخر قد دفعه إلى التعاقد بطرق احتيالية بما في ذلك اللجوء إلى استخدام لغة أو أفعال، أو إذا أخفى هذا الأخير بطريق الغش عن الطرف الآخر- بالمخالفة لمقتضيات حسن النية وأمانة التعامل في المسائل التجارية- ظروفاً كان ينبغي عليه أن يفصح عنها"[136].

وأنظر: حمود، عبد العزيز المرسي، مرجع سابق، ص78.

132 د. عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص425.

133 قرار محكمة استئناف باريس الصادر في 1975/11/21، مشار إليه لدى د. خاطر، صبري حمد، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، م1، عدد3، 1997، ص173.

134 أنظر: نص المادة (76) من قانون التجارة المصري، نص المادة (6) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010.

135 د. أبو عمرو، مصطفى أحمد، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص61.

136 التعليق الرسمي على المادة (3-2-5)

1. التدليس والغلط

إبطال العقد من أحد الأطراف على أساس التدليس قد يتشابه مع البطلان بسبب نوع معين من الغلط، وقد يعتبر التدليس إحدى صور الغلط التي تسبب فيها الطرف الآخر، وقد يتضمن التدليس، شأنه في ذلك شأن الغلط، إقرارات صحيحة أو ضمنية لوقائع وهمية أو يتضمن عدم إفصاح عن وقائع حقيقية.

2. مفهوم التدليس

تكمن التفرقة الحاسمة للتمييز بين التدليس والغلط في طبيعة وغرض الإدعاءات أو إخفاء المدلس بعض الوقائع المؤثرة بين الطرف المدلس عليه وبين الحق في الإبطال، ويعتبر هذا السلوك منطوياً على تدليس إذا ما كان رامياً إلى إيقاع الطرف الآخر في غلط، ومن ثم إلى الحصول

من تحليل النص السابق يتضح لنا أن مبادئ الينيدروا لم تنص صراحة بنص مستقل - كما عالجت الالتزام بالسرية - على الالتزام بالإعلام في المرحلة التفاوضية في حياة العقد ولكنها أدرجته ضمن النص المتعلق بالتدليس أو التغرير، والذي يقصد به استخدام طرق احتيالية قولية أو فعلية أو إخفاء ظروفاً كان ينبغي على أحد طرفي العقد الإفصاح بها تطبيقاً لمبدأ حسن النية في العلاقات التجارية الدولية، بحيث أن الطرف الآخر ما كان ليرضى بإبرام العقد أو بالشروط الواردة فيه لو أنه تبين حقيقة الأمر، وبالتالي يحمله ذلك على التعاقد.

ينجم التدليس عن أساليب احتيالية تعمل على إيقاع المتعاقد بالغلط[137]، لذلك نرى أن التدليس يتشابه مع الغلط، فكلاهما توهم غير الواقع وتصيب أحد المتعاقدين عند إبرام العقد، ويرى جانب من الفقه[138] أن الأسلوب التدليسي للمتعاقد يعكس وقائع غير حقيقية تمنح المدلس عليه أو المغرر به الحق بإبطال العقد حتى لو لم تتوافر شروط الغلط الواردة في المادة (3-2-2) من المبادئ[139].

لم تحدد المبادئ طبيعة هذه الوسائل الاحتيالية المستخدمة سواء أكانت إيجابية أو سلبية أو حتى مجرد السكوت، فوفقاً للمبادئ تستوي تلك الأفعال كونها تؤثر في تغيير الواقع، ولا تشترط كذلك أن يصل التغرير إلى مستوى معين تمشياً مع معظم الأنظمة القانونية المختلفة[140].

وبحسب ما رأت المبادئ بالمقابل بأن التغرير لا يتحقق بمجرد المبالغة في التفاوض، وإلا أعتبر بما يسمى بالتدليس المقبول بموجب العرف والعادات، فيفترض في أي إنسان أن لا يكون ساذجاً بحيث يصدق جميع ما يصله من معلومات أو بيانات يحصل عليها من المتعاقد الآخر، بل يتوجب عليه الاستعلام عن حقيقة هذه المعلومات[141].

على مزية على حساب الطرف الآخر، وتبدو الطبيعة الآثمة للتدليس في كونه يعد أساساً كافياً لإبطال العقد دون حاجة إلى توافر الشروط الإضافية المبينة في المادة 5.3 لكي يكون الغلط مؤثراً، ولا يكفي لوجود التدليس مجرد "المبالغة" في شأن الدعاية أو التفاوض.
أنظر: أ.د علوان، أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص108.

137 السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري، شرح القانون المدني/ مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات "، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص148.

138 Michael Joachim Bonell, the unidroit principles in practice, op. cit. p 203.

139 نصت المادة (3-2-2) من مبادئ الينيدروا الناظمة لعقود التجارة الدولية على:
1. " لا يجوز لطرف أن يتمسك ببطلان العقد بسبب الغلط إلا إذا كان الغلط عند إبرام العقد من الأهمية بمكان بحيث ما كان للشخص العادي، موجوداً في نفس الظروف التي وجد فيها الطرف الواقع في الغلط أن يبرم العقد إلا بشروط مختلفة اختلافاً جوهرياً أو ما كان ليبرم العقد أصلاً، وذلك إذا ما علم بداية بحقيقة الأمور، وأن الطرف الآخر:
أ. قد وقع في نفس الغلط أو كان هو مرتكبه، أو علم به أو كان عليه العلم به، أو كان مما يخالف مقتضيات حسن النية في المجال التجاري ترك الطرف الأول واقعاً في هذا الغلط، أو
ب. لم يتصرف بمنطقية تجاه البطلان، بتمسكه بأحكام العقد.
2. فضلاً عن ذلك لا يجوز التمسك بالبطلان للغلط في الحالات التالية:
أ. إذا كان الغلط ناجماً عن الإهمال الجسيم للشخص الذي وقع فيه، أو
ب. إذا كان الغلط متعلقاً بمسألة كانت فيها مخاطرة الوقوع في الغلط واردة، أو بالنظر للظروف، كانت هذه المخاطرة واجبة لتحمل الطرف الذي وقع في الغلط بها.

140 نقلاً عن مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص519.

141 الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص191.

البند الرابع : مظاهر الالتزام بالإعلام في التشريعات الوطنية

اختلفت التشريعات الوطنية في تحديد نطاق هذا الالتزام بحسب طبيعة العقد والمتعاقد والأعراف المعمول بها، وبالإجمال تم اعتبار السكوت بوجه خاص تدليساً إذا تعلق بواقعة ما أوجب القانون أو الاتفاق أو طبيعة العقد وظروف إبرامه الإفصاح عنها، حيث أن من حق المتعاقد الاستفادة من المعلومات التي يحصل عليها خلال مرحلة التفاوض، لذا اعتبرت معظم النظم القانونية عدم الكشف عن الحقيقة نوعاً من أنواع التدليس[142].

أما إذا اتجهت نية المتعاقد إلى تضليل وخداع الطرف الآخر للحصول على منفعة غير مشروعة فهنا يتحقق العنصر المعنوي للتدليس، فإذا أدلى المتعاقد بمعلومات غير صحيحة ويعلم بأنها غير صحيحة فهنا أيضاً يتحقق هذا الوصف[143].

وحتى لو تحقق وجود التدليس بركنيه المادي والمعنوي فلا يكفي ذلك لإبطال العقد، حيث أن المادة (3-2-5) اشترطت وجود العلاقة السببية بين إبرام العقد والأساليب الاحتيالية المستخدمة من قبل أحد المتعاقدين[144]، لكن في الوقت ذاته لم تحدد هذه المادة قوة العلاقة السببية المفترض وجودها، فلقد

---

[142] منصور، أمجد محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2001، ص112.

[143] stefan, vogenauer, and Jankleinheisterkamp, Commentary on the unidroit of international commercial contracts, previous reference, p435-436.

[144] أبرم بائع من ليختنشتاين ومشتري إسباني عقداً لبيع سلع معينة لتسليمها في ميناء إسباني، فقام المشتري ببيع البضائع أثناء العبور إلى شركة إسبانية أخرى (المشتري النهائي)، نشأ نزاع بين البائع والمشتري الأول بشأن بوليصتي شحن متضاربتين لنفس الشحنة CFR " فاتورة نظيفة وأخرى تشير إلى العيوب وفقاً لتقرير مساح مستقل "، وفي النهاية توصلا إلى اتفاق تسوية أنهى عقد البيع ونص على تعويض عن التكاليف، بدأ البائع إجراءات التحكيم مدعياً بأنه أجبر على الدخول في اتفاق تسوية تحت الإكراه الاقتصادي، رأت محكمة التحكيم في قرار التحكيم الأولي أن لها اختصاصاً في القضية وأنها ستقوم بتطبيق مبادئ اليونيدروا لتحديد ما إذا كان البائع قد أبرم اتفاق التسوية تحت الإكراه الاقتصادي أم لا، ووفقاً لذلك استند البائع في مطالبته ضد المشتري إلى عدة أحكام من مبادئ اليونيدروا ومنها:
المادة (1-7) لانتهاك حسن النية، والمادة (1-9) للانحراف عن الأعراف والممارسات السابقة بين الطرفين، والمادة (3-2-5) من إصدار 2010 بتهمة الاحتيال، والمادة (3-2-6) من الإصدار 2010 للتهديد، والمادة (3-2-7) من الإصدار 2010 للتفاوت الإجمالي، والمواد (5-1-3) و (5-1-4) لعدم الامتثال لواجب التعاون وواجب تحقيق نتائج محددة، والمادة (7-4-8) للفشل في تخفيف الخسائر.
رفضت هيئة التحكيم جميع مطالب البائع وخلصت إلى ما يلي:
وجدت فيما يتعلق بانتهاك حسن النية بأن المشتري قد تصرف بطريقة معقولة ووفقاً للممارسات العادلة، ولا يمكن تحميله التناقض بين سندي الشحن. كذلك تم رفض مطالبة البائع بأن المشتري انحرف عن الأعراف والممارسات المقبولة والمطبقة مسبقاً من قبل الأطراف في حالة وجود نزاع حول جودة أو مطابقة البضائع، نظراً لأن الممارسات السابقة للأطراف لم تكن ذات صلة في ضوء الوضع المحدد الناشئ عن وجود وثيقتين متعارضتين للشحن.
كذلك رفضت هيئة التحكيم حجة البائع القائلة بأن المشتري لم يمتثل لواجب التعاون وواجبه في تحقيق نتائج محددة، لأنه في القضية قيد الإصدار تم نقل ملكية البضائع إلى المشتري النهائي عند إبرام العقد، وعلى أية حال كان تسليم البضائع مستحيلاً لأن ربان السفينة أمر بإغلاق الفتحات.
ورأت كذلك بأن المشتري لم يفشل في واجبه لتقليل الخسائر من خلال الانحياز إلى جانب المشتري النهائي في إجراءات المحكمة المدنية والجنائية التي بدأها هذا الأخير، نظراً لأنه من الممارسات القضائية الشائعة أن ينضم المدعى عليه إلى المقاول في الإجراءات.
اتجهت كذلك هيئة التحكيم إلى أن وقائع القضية دحضت ادعاء البائع بأن المشتري قد ارتكب احتيالاً بتقديمه سند شحن احتيالي، في حين أنه قبل بالفعل بالبضائع بالحالة التي وصلت فيها إلى الميناء الاسباني، وفي الواقع كانت هناك أدلة كافية على أن المشتري اعترض على جودة البضائع فوراً بعد المراحل الأولى من التفريغ.
وفيما يتعلق بالتهديد من خلال رفع عدة دعاوى قضائية رأت هيئة التحكيم أن المشتري لم يسئ استخدام حقه في التقدم إلى المحكمة من أجل تهديد البائع، حيث تم استدعاء الأخير وكان قد اقترح أولاً اتفاقية التسوية باعتباره طرف ثالث في إجراء بدأه.
وأخيراً: فشل ادعاء البائع بشأن التفاوت الجسيم لأن هيئة التحكيم وجدت أن حقوق وواجبات الطرفين المتفق عليها في التسوية كانت متوازية جيداً ولا يمكن أن تمثل حالة من التفاوت الجسيم.
قرار صادر عن محكمة التحكيم الدولية رقم 13009 لسنة 2006، منشور على الموقع http://www.unilex.info/case.cfm?id=1661

فرقت التشريعات الوطنية بين ما إذا كان التغرير أو التدليس سبباً وحيداً للتعاقد، أو أن يكون قد أثر على الشروط التعاقدية، ولكن الاتجاه الحديث في القانون المقارن ابتعد عن هذا التقسيم[145].

في الواقع لا توجد نصوص في مشروع القانون المدني الفلسطيني تعالج صراحة وبشكل مباشر موضوع الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، ولكن هناك نصوص متناثرة تشير إلى ذلك بطريقة غير مباشرة ومنها نص المادة 468 التي جاءت بأنه " 1- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا ... ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده. 2- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو اثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه ".

نرى وفقاً للنص السابق أن البائع يلتزم بضمان العيب الخفي حتى لو لم يكن عالماً بوجوده، ولكن في حالة علم المشتري بهذه العيوب وقت البيع، أو كان بمقدوره أن يعلم بها، فهنا لا يقع أي التزام على عاتق البائع بضمان تلك العيوب.

وفي المادة 479 من المشروع والتي نصت على أنه " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه ".

يتضح لنا وفقاً للنص أن علم البائع بالعيب الخفي والذي يتعمد إخفاءه غشاً منه، يؤدي إلى بطلان شرط الإعفاء أو الإنقاص من الضمان بالنسبة لهذا العيب.

كذلك أكد المشرع الفلسطيني في المادة 484 من المشروع والتي نصت على أنه " 1- تسقط بالتقادم دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسلم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول. 2- ليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة إذا أثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه ".

ويعني ذلك أن مدى تحمل البائع للعيب الخفي بدعوى الضمان وتحديد مدة سقوطها يتوقف على مدى علمه بهذا العيب، لأن تعمد إخفاءه للعلم بأسباب الضمان يعد غشاً وهو من قبيل سوء النية، وهنا يقع على المشتري عبء إثبات علم البائع بأسباب الضمان.

بالإضافة إلى ذلك، فقد بين القانون أحقية المشتري بمعرفة المبيع الذي استلمه من البائع، حيث اشترط على البائع إعلام المشتري بحالة المبيع قبل تسليمها له، وبناءً على ذلك فقد نصت المادة 470 من

---

[145] نقلاً عن مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص521.

المشروع على مايلي: " 1- إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا لم يفعل عد قابلاً للمبيع. 2- إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا عد قابلاً للمبيع بما فيه من عيب ".

في المقابل، وبما جاء به نص المادة السابقة يتضح لنا بأن واجب إعلام المشتري بالمبيع يقع على عاتق البائع، أما إذا أخفى البائع ذلك فإنه يقع على عاتق المشتري إخطار البائع بوجود عيب بمجرد اكتشافه إذا كان اكتشافه يتطلب جهد أكثر مما يبذله الرجل المعتاد، وإلا عد المشتري قابلاً للمبيع ويسقط حقه في الرجوع على البائع بالضمان.

يتطابق هذا النص مع المادة 449 من القانون المدني المصري، إلا أنه لم يقابلها نص صريح في مجلة الأحكام العدلية باستثناء ما جاء في خيار العيب في المواد من 336-355.

هذا، ومن أحد تطبيقات هذه المادة حسب ما أوضحته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني هو نص المادة 471 من المشروع والتي جاءت بأنه " إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان ".

ويقصد بالوقت الملائم المذكور في هذه المادة المدة المعقولة، وبالتالي يترتب على عدم إخطار المشتري البائع بوجود العيب ضمن هذه المدة سقوط حق المشتري بالرجوع على البائع بالضمان، وتسمى الدعوى حينئذ "دعوى ضمان العيب" ويتطابق حكم هذه المادة مع نص المادة 450 من القانون المدني المصري[146].

وفي ذات الخصوص نصت المادة 15 من قانون التأمين الفلسطيني[147] رقم (20) لسنة 2005 على ضرورة الإعلام بنصها على " يلتزم المؤمن له بأن: 1- يدفع المبالغ المتفق عليها في الأجل المحدد في العقد. 2- يقر وقت إبرام العقد بكل المعلومات التي يطلب المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه. 3- يخطر المؤمن بما يلزم أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر".

ونرى في قانون حماية المستهلك[148]، أن المشرع الفلسطيني وتحديداً في نص المادة 15 اتجه إلى حماية المستهلك من التضليل والخداع الذي قد يتعرض له من المزود في حالة عدم تطابق ما يتم الإعلان عنه من مواصفات للمنتجات التي يقوم بالإعلان عنها عن الواقع، وذلك بفرضه على المزود المروج

---

146 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص86.

147 قانون التأمين الفلسطيني، رقم 20، لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، العدد 62، صدر سنة 2006، ص27.

148 قانون حماية المستهلك رقم 21، لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، العدد 63، صدر بتاريخ 1.11.2005، ص 36.

لمنتجاته بمراعاة التوافق بما يتم الإعلان عنه وواقع مواصفات تلك المنتجات، وإلا اعتبر مخالفاً ومعرضاً للعقوبات الوارد النص عليها في هذا القانون، وذلك بقوله " على كل من يقوم بالترويج والإعلان للمنتجات أن يراعي توافق ما يعلن عنه وواقع مواصفات المنتجات المعلن عنها، ويجب ألا ينطوي ذلك على خداع أو تضليل للمستهلك ".

وعليه فإن واجب الإعلام يعتبر ضرورة حتمية بين المتعاقدين والإخلال به يرتب على الطرف المخل عقوبات صارمة حسب ما أكدت عليه المادة 28 من ذات القانون والتي جاءت بأنه " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد لأية نتيجة جرمية ناشئة عن ارتكاب أية مخالفة لأحكام هذا القانون، يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، أو بكلتا العقوبتين، كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد بأية طريقة من الطرق في إحدى الأمور التالية: 1- حقيقة المنتجات أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر خطرة وبوجه عام العناصر الداخلة في تركيبها. 2- عدد المنتجات أو مقدارها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو عيارها.3- نوع المنتجات أو منشؤها أو أصلها أو مصدرها في الأحوال التي تعتبر فيها بموجب الاتفاق أو العرق - هذه الأمور- سبباً أساسياً في التعاقد.

كما تضمن نص المادة 9/3 من ذات القانون على الآتي: " أن يقدم المهني للمستهلك المعلومات التالية: اسم المؤسسة أو المهني، رقم تسجيل المهني في السجل التجاري، عنوان المهني، تعريف السلعة أو الخدمة أو وحدة البيع أو التأجير، الثمن المتفق عليه".

يبدو لنا واضحاً تشدد المشرع الفلسطيني - وخيراً ما فعل- في حماية المتعاقد والتأكيد على حقه بمعرفة كافة المعلومات التي تتعلق بالمنتج والتي تعد سبباً أساسياً في التعاقد، حيث أنه لو تم تغريره أو خداعه بأي طريقة كانت، وإطلاعه على معلومات مغايرة للواقع تتعلق بتلك المنتجات، كان ذلك ليعد سبباً أكيداً في تغيير موقفه من إتمام العقد المزمع إبرامه.

وتمتد الحماية القانونية التي وفرها المشرع الفلسطيني للمتعاقد والتي تتعلق بحالة السكوت، فاعتبر السكوت عمداً عن ظرف معين وكان عالماً به ولو صرح به للمتعاقد الآخر لتغير موقفه من التعاقد، واعتبر هذا السكوت إخلالاً بمبدأ حسن النية، وهذا ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني في معرض شرحها لنص الفقرة الثانية من المادة 124 التي نصت على أنه " 2- يعد تغريراً تعمد السكوت لإخفاء أمر إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم به ".

يبدو لنا جلياً أن المشرع في المشروع اعتبر هذا السكوت العمد عن واقعة تهم المتعاقد الآخر معرفتها تغريراً إذا ثبت أن المغرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة[149]، وهذا ما رسمته مجلة الأحكام العدلية التي نصت في المادة 67 منها على أنه "لا ينسب لساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

ورد كذلك في مجلة الأحكام العدلية عدة تطبيقات في نصوصها لفكرة الإخلال بالالتزام بواجب الإعلام، فقد رأت المجلة بأن إعلام المشتري بصفات غير صفات المبيع الحقيقية يعد تغريراً قولياً إذا ما اقترن بالغبن الفاحش وفق شرح نصوص المجلة[150]، فجاء في نص المادة 164 من المجلة أن " التغرير: توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية ".

فالتغرير قوامه الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد إيهامه بأمر يخالف الواقع بقصد دفعه إلى ارتضاء العقد، وبالتالي لولا هذه الحيلة لما أبرم الطرف الثاني العقد، وبذلك فإن قيام البائع بإعلام المشتري بثمن غير الثمن الحقيقي للمبيع بهدف حمله على الشراء بمقدار يزيد عليه يعتبر خيانة، وفي هذه الحالة منحت للمشتري الحق باستكمال العقد أو بقبوله بالثمن المسمى، وبذلك نرى ان هناك تشدد في عدم الإفصاح الحقيقي عن ثمن المبيع من قبل البائع، واعتبرت ذلك من المعلومات الجوهرية المرتبطة بإبرام العقد[151].

كما أن المشرع المصري فرض الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بصورة صريحة عند تنظيمه لعقد نقل التكنولوجيا، وذلك في نص المادة 76 من قانون التجارة النافذ على أن " يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه عما يلي:

أ. الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار.

ب. الدعاوي القضائية وغيرها من العقبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لا سيما ما يتعلق منها ببراءة الاختراع.

ج. أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا ".

وعليه فأن المشرع المصري قد فرض من النص السابق على المفاوض بتبصير المفاوض الآخر بالأخطار التي قد تنشأ عن التكنولوجيا، وخاصة ما يتعلق منها بسلامة الأموال والأرواح والصحة العامة

---

149 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، مرجع سابق، ص67.

150 حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول، البيوع الإجارة الكفالة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003، ص131.

151 أنظر: المادة 237 من مجلة الأحكام العدلية.

والبيئة، مبيناً له كذلك كافة الطرق المتاحة لتوقي هذه الأخطار[152]، وبالتالي فإن ما فعله المشرع المصري بنصه صراحة على إلزام المورد بالكشف عن أخطار التكنولوجيا كان ضرورة حتمية ومصلحة عامة، حيث أن بعض الشركات دأبت على نقل التكنولوجيا الملوثة للبيئة للدول النامية، حيث اعتبرت تلك الدول حقل تجارب للتكنولوجيا المحظورة في الدول التي تتبع تلك الشركات لها بجنسيتها، ونرى بذلك الاتجاه تعميم ذلك على مختلف العقود[153].

إن الالتزام بالإعلام هو التزام مستقل عن التزام الكشف عن العيوب الخفية، والذي يندرج تحت الالتزام بضمان التعرض والعيوب الخفية، ويجب أن يتضمن الالتزام بالإعلام وفق النص إحاطة المفاوض بكافة المعلومات التفصيلية الصريحة والكاملة التي تتعلق ببيان كافة أوجه المخاطر المحتملة التي من الممكن أن تترتب على استخدام المنتجات[154].

ومن ناحية ثانية، ألزم النص المفاوض المورد بالكشف للمفاوض المستورد عن أية عقبات قد تعيق أو تؤثر على استخدام المنتجات التكنولوجية، وفي واقع الأمر أن هذا الالتزام يمثل أهمية بالغة للاستفادة من هذه المنتجات محل العقد دون منازعات من الغير، سواء كانت هذه المنازعات متعلقة بملكية المورد للتكنولوجيا باعتبارها سلعة غير مادية، أم بمدى حقه في منح ترخيص باستغلالها للغير، وسواء كانت تلك المنازعات قائمة فعلاً أمام القضاء أم لم تعرض بعد ويعلم بها المورد فإنه يلزم بهذا الإعلام.

ومن ناحية ثالثة فإن التكنولوجيا يتم استيرادها من الخارج ومن ثم فإنها تكون خاضعة للقوانين والإجراءات المطبقة في بلد التصدير، أي القانون المحلي[155].

وفي حالة إخلال أحد الأطراف المتفاوضة بالالتزام بالإعلام كأن يتم كتم واقعة مؤثرة في التعاقد مثلا أو حجب المعلومات اللازمة والضرورية لإنشاء العقد أو إبرامه أو تنفيذه، فإن ذلك يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية، الأمر الذي يجعل الطرف المخل بالتزامه يقع تحت وطأة الكتمان التدليسي[156] المنصوص عليه في المادة ٢/١٢٥ من القانون المدني المصري، والتي تنص على أنه " ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "،

---

152 د. علي، وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية " دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، ص64.

153 د. إسماعيل، وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت وما يماثلها، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2018، ص42.

154 د. الشهاوي، إبراهيم، ثقافة التفاوض والحوار، الشركة القومية للطبع والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2010، ص238.

155 وعليه يلتزم المورد بأن يكشف للمستورد - على سبيل المثال - عن قيود تصدير المواد الخام والأجهزة للخارج، وقواعد وإجراءات تحويل العملات الأجنبية والرسوم والضرائب وغيرها، ومن ناحية أخرى يلتزم المستورد بالإعلام عن أحكام قانونه الوطني في هذا الخصوص.
وأشار قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018، إلى الالتزام بالإعلام في نص المادة الرابعة منه على أنه " يلتزم المورد بإعلام المستهلك بجميع البيانات الجوهرية عن المنتجات، وعلى الأخص مصدر المنتج وثمنه وصفاته وخصائصه الأساسية، وأي بيانات أخرى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون بحسب طبيعة المنتج ".

156 د. عبدالباقي، عبدالفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، جامعة القاهرة، مصر، 1984، ص335.

وبذلك نرى أن هذا النص اعتبر السكوت العمدي واقعة تدليسية، وأقرت صراحة بما لا يدع مجالاً للشك بأن الالتزام بالإعلام واجباً سواء أكان في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه.

وقد تناول المشرع المصري في المادة 13 من اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري[157] موضوع البيانات التي يجب على المتفاوض الإدلاء بها لشريكه المقابل في هذه المفاوضات بالنص على " على المنتج أو المستورد -بحسب الأحوال- أن يضع البيانات التي يلزمه القانون وهذه اللائحة بوضعها، وذلك بشكل ظاهر وواضح يسهل قراءتها، وعلى النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه، وذلك كله وفقاً للمواصفات القياسية المصرية، مع مراعاة ما يأتي:

1- أن تكتب البيانات باللغة العربية، ويجوز كتابتها بلغتين أو أكثر، على أن تكون إحداهما اللغة العربية.

2- أن تكتب البيانات على السلعة ذاتها، فإذا استحال ذلك تكتب على بطاقة تلصق عليها أو على الغلاف ".

ونحن نرى خيراً فعل المشرع المصري بالتأكيد على توفير الضمانات الكافية للمستهلك في الحصول على تلك البيانات والمعلومات وجعلها تحت تصرفه، فقد كان حريصاً في توفير حماية اللائقة للمستهلك من حيث النص على كيفية الإدلاء بهذه البيانات ووسيلة تقديمها وعلى استعمال اللغة العربية، الذي لم يقرر استبدالها بلغة أجنبية عند الإعلان سلع أو منتجات مصرية عبر الانترنت أو خارج الدولة.

أما عن موقف التشريع الفرنسي فلم يعالج القانون المدني الفرنسي القديم الالتزام بالإعلام بنص خاص وهو ما قاد بعض الفقهاء الفرنسيين إلى العمل على إبراز هذا الالتزام وترسيخه[158]، وبوجود التزام عام بالمصارحة الشفافية في المفاوضات المعقودة لإبرام العقد فإنه يتعين على كل مفاوض أن يعلم المفاوض الآخر الراغب بالتعاقد معه بما لديه من معلومات مؤثرة في رضائه بالتعاقد منذ مرحلة التفاوض على العقد، واعتبروا أن هذا الالتزام يقع على عاتق المتعاقد المهني لصالح المتعاقد الغير مهني، وكذلك لصالح المهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه، ويستشهد الفقه برأيه هذا بأن هناك العديد من النصوص في القانون المدني الفرنسي يمكن أن يستنتج منها هذا الالتزام، ومنها نص المادة 134 المتعلقة بالغلط، والمادة 1645 المتعلقة بضمان العيوب الخفية[159].

---

157 اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018.

158 ومنهم الفقيه الفرنسي juglayt الذي كان له دور كبير في إظهار هذا الالتزام إلى حيز الواقع على الرغم من افتقار القانون المدني الفرنسي لنص يقرر مثل هذا الالتزام. أنظر: إبراهيم، خالد ممدوح، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص292.

159 المرجع السابق، ص293.

وكان لذلك بالغ الأثر على المشرع الفرنسي الذي دفعه على تكريس الإعلام كالتزام عام يقع على عاتق كل مهني متخصص لصالح المستهلك المتعاقد معه، وذلك في نص المادة 1/111 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التي قضت بأن " كل مهني بائع أو مجهز للخدمات أن يضع المستهلك في موضوع يسمح له بمعرفة الخصائص الأساسية للسلع والخدمات "[160].

أما بعد الإصلاح التشريعي فقد وضع المشرع شروطاً يجب توافرها لقيام الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض، وهو ما قننه في المادة 1/1112 والتي نصت على " يجب على من يكون لديه من الأطراف معلومات جوهرية ومحددة ومحل اعتبار لرضاء الطرف الآخر أن يقوم بإعلامه بها، متى كان هذا الأخير يجهلها على نحو سائغ قانوناً، أو كان قد أودعه ثقته[161] ".

وعلى هذا الأساس فقد اشترط المشرع لقيام هذا الالتزام توافر ثلاثة شروط هي[162]:

أولاً: أن تكون المعلومات محل الالتزام بالإعلام معلومات جوهرية، وتكون كذلك متى كانت محل اعتبار لرضاء الطرف الآخر.

ثانياً: أن تكون تلك المعلومات معلومة لدى أحد الأطراف المتفاوضة دون الآخر، فلا يتصور قيام الالتزام إذا ثبت علم الطرفين بتلك المعلومات محل الالتزام.

ثالثاً: يجب ألا يكون جهل الطرف الآخر أو ثقته التي أولاها للمتفاوض الآخر يعود إلى تقصير منه، ولذا لا يجوز للمتفاوض الذي يتعين عليه أن يعلم بتلك المعلومات التمسك بحصول إخلال بهذا الالتزام ممن يجهل معلومات جوهرية بشأن العقد محل التفاوض، وكذلك إذا كان قد أودع المتفاوض معه ثقة مفرطة، وقد عبر المشرع عن هذا الشرط بأن يكون جهل الطرف الآخر على نحو سائغ قانوناً، وهي صياغة تحتفظ للقضاء بقدر كبير من السلطة التقديرية في الموازنة بين التزامين متقابلين هما التزام أحد الطرفين بالإعلام والتزام الطرف الآخر بالاستعلام.

كما نص صراحة على أن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى إلغاء العقد وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 1130 وما بعدها، فضلاً عن المسئولية التي تقع على الطرف الملزم بتقديم المعلومات

---

160 أنظر القانون المنشور على الموقع www.legifranccce.gouv.fr ، وللمزيد من التفصيل أنظر: د. مساعدة، أيمن، د. الخضارمة، علاء، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيع المسافة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الجزائر، 2011، ص3.

161 د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص16.

162 أ.د جابر، أشرف، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، ملحق خاص، العدد الثاني، الجزء الثاني، ص13.

للطرف الآخر إذا ما لحق بالأخير ضرراً نتيجة عدم تقديم تلك المعلومات له، في حين لو كان قد علم بها لما أقدم على إبرام العقد[163].

وبناءً على ذلك فقد ربط المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي بمبدأ حسن النية كالتزام قانوني نص عليه بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها، فعدم استطاعة المتفاوضين استبعاد ذلك الالتزام أو تقييده بحدود يتماشى ومبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، وبذلك يتوجب على كل طرف أن يبدي بكامل ما لديه من معلومات تؤثر في قرار الطرف الآخر تجاه التعاقد[164].

من هذا المنطلق فقد اتجهت المحاكم في فرنسا إلى رد دعوى البطلان المقدمة من أحد طرفي العقد، إذا ثبت لها أنه قد قصر بحق نفسه وأخطأ بعدم استعلامه وتقصيه عن معلومات معينة ترتبط بالعقد، في الوقت الذي كان بإمكانه القيام بذلك[165].

المطلب الثاني

شروط الالتزام بالإعلام

للوصول إلى الغاية المرجوة من فرض الالتزام بالإعلام كما اتضح لنا فيما تقدم وهي مواجهة التفاوت بين المتفاوضين إزاء المعلومات وتقرير رضاء من لا يعلم بها، فقد سمحت تلك الغاية للقضاء بتحديد نطاق هذا الالتزام، فقد نرى بأن المفاوض في بعض الأحيان قد لا يقتصر دوره على الإدلاء بمعلومات للمفاوض الراغب بالتعاقد معه فقط، فقد لا يجدي نفعاً تقديم تلك المعلومات بموضوعية أمام جهل المفاوض الآخر الغير متخصص، فيلزم هنا بتقديم النصيحة له بل بتحذيره أيضاً إذا لزم الأمر ليوجهه بإيجابية لاتخاذ القرار الصائب والمناسب[166].

وبذلك، فإنه يجب تحديد شروط هذا الالتزام والتي تقع على عاتق المفاوض الراغب بالتعاقد، فإذا كان الأخير يلتزم بالإعلام بمعناه الواسع وذلك بالنظر إلى الثقة المشروعة التي أولاها إياها المفاوض، والتي تعني ضرورة التعويل عليه للعلم بالبيانات والملابسات الخاصة بالعقد محل التفاوض، إلا أن هذه

---

163 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص64.

164 د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص18.

165 قضت محكمة النقض الفرنسية برفض إبطال العقد الناتج عن كتمان تدليسي، مستندة في ذلك إلى أن المتعاقد كان بإمكانه الاستعلام عن المعلومات المطلوبة بنفسه، أشار إليه: المعموري، عروبة شافي عرط، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008، ص131.

166 د. حسن، خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص366-367.

الضرورة يجب أن تقدر بقدرها حتى لا يختلف كل مفاوض عن الآخر، ويتخذ موقفاً سلبياً حيال مصالحه الخاصة، ولهذا كان لا بد من تقييد الالتزام بالإعلام وحصره في شروط معينة والتي تتمثل في شرطين[167].

أولاً: علم المفاوض بالمعلومات وضرورتها للتعاقد

يشترط أساساً لتوفر الالتزام بالإعلام في العقود بإعلام المتفاوض الآخر الراغب بالتعاقد بمعلومات وبيانات يكن المفاوض على علم بها وبمدى أهميتها في التعاقد بحيث يكون من شأنها التأثير في القرار الذي يتخذه المفاوض الآخر للمضي نحو إبرام العقد المرتقب بينهما[168].

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[169] على ضرورة توافر شرط العلم والمعرفة لدى المفاوض بالمعلومات كشرط أساسي لالتزامه بالإعلام، حيث جاء فيه " إن الالتزام بالإعلام ينشأ إذا ما كان لأي أحد من الأطراف معلومات على درجة من الأهمية ويبدو وصولها إلى علم الطرف الآخر أمراً صعباً وغير معقول ".

قد يمتنع المفاوض الراغب بالتعاقد عن تزويد الطرف الآخر بمعلومات قد تكون ضرورية للمفاوضات بحد ذاتها، أو قد يواصل المفاوضات فيفاجأ بعدم إمكانية إبرام العقد، كأن يوجد شرط مثلاً يمنع المفاوض الراغب بالتعاقد من التصرف ولم يدلي بذلك للمفاوض الآخر، أو قد يؤدي عدم معرفتها من قبل الأخير إلى قطع المفاوضات، إلا أنه قد يحصل في بعض الأحيان أن يصر المفاوض على عدم الكشف عن بعض الأسرار الخاصة بالعقد محل التفاوض خشية من أن يؤدي كشفها إلى إلحاق ضرر به، أو أن ثقته بالطرف الآخر ليست بالدرجة التي تجعله يفصح عن هذه الأسرار، وهو ما يقود إلى انصراف المفاوض عن التعاقد، لأنه لم يستطيع تحديد مدى صلاحية المنتجات محل المفاوضة للغرض الذي قصده من وراء التعاقد[170].

وعن مدى تقدير ضرورية تلك المعلومات وأهميتها للتعاقد من عدمه فهو أمر يرجع إلى القضاء بما يتمتع به من سلطة تقديرية وبالنظر إلى كل حالة على حدة، حيث أن طبيعة هذا الالتزام تختلف

---

167 دايح، سليمان براك، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998، ص68.

168 د. الزقرد، أحمد السعيد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الخامسة، 2001، ص261-262.

169 قرار محكمة النقض الفرنسية: نقض مدني فرنسي صادر في 8.2.1991، مشار إليه لدى د. المهدي، نزيه محمد صادق، مرجع سابق، ص243.

170 فلحوط، وفاء مزيد، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص86.

باختلاف أهمية وطبيعة تلك المعلومات التي يلتزم بالكشف عنها المفاوض مع المفاوض الآخر، وعلى وجه الخصوص عندما يكون مهنياً أو حرفياً يتعامل مع شخص عادي[171].

وعليه فإن صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أهم القرائن التي يستفاد منها علمه بالبيانات والمعلومات اللازمة لتنوير رضاء الطرف الآخر[172]، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من الأحكام الصادرة لها، ومن بينها حكمها الصادر في 17.11.1972 بقولها " إن صفة الاحتراف في أحد المتعاقدين من أهم القرائن التي يستفاد منها علمه بالمعلومات التي تتطلب تكوين رضاء مستنير للطرف الآخر في العقد ". وكذلك ما قضت به في حكمها الصادر في 10.11.1987، بأن " صاحب الامتياز المحترف في مجال تجارة السيارات ينبغي عليه أن يستعلم لتقرير مخاطر الصفقة قبل اتخاذ القرار النهائي "[173].

أما عن رأي المشرع الفرنسي في نصه الجديد عن الالتزام بالإعلام فيظهر جلياً منه أنه لا يفرق في العلم بين المهني وغير المهني، بل يتم تطبيقه على جميع الأشخاص بغض النظر عن صفتهم كانوا عاديين أم أشخاصاً مهنيين[174]، وذلك بخلاف لرأي الفقه[175] والقوانين الخاصة، مثل قانون حماية المستهلك، وقانون الصحة العامة الذي يفرض على الطبيب الاستعلام عن المريض عن أمور معينة محددة بذاتها من أجل إعلام الأخير بشكل دقيق، وبعكس ذلك يتحمل الطبيب المسئولية ولا يستطيع التذرع بعدم علمه بهذه المعلومات[176].

ثانياً: جهل المفاوض الآخر بالبيانات والمعلومات اللازمة لتكوين الرضا الحر المستنير جهلاً مشروعاً

يشترط لقيام الالتزام بالإعلام في مفاوضات العقود بالإضافة إلى أن يكون المفاوض الراغب بالتعاقد عالماً بالمعلومات والبيانات اللازمة للتعاقد، أن يكون المفاوض الآخر جاهلاً لتلك البيانات والمعلومات، إذ لا ينبغي أن يكون للأخير صفة الدائن بهذا الالتزام بشأن معلومات يعرفها أو يمكنه معرفتها عن طريق الاستعلام عنها، كون هذا الالتزام قصد منه علاج حالات الاختلال الفادح في مستوى

---

171 حمايدية، مليكة، النظام القانوني لعقد ترخيص براءة الاختراع في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001، ص54.

172 د. عبدالسلام، سعيد سعد، مرجع سابق، ص35.

173 القرار الصادر في 27/ 11/ 1972 أشار إليه د. عبد السلام، سعيد سعد، مرجع سابق، ص35. وكذلك ما قضت به أيضاً محكمة النقض الفرنسية بأن " صاحب الامتياز المحترف في مجال تجارة السيارات ينبغي عليه أن يستعلم لتقدير مخاطر الصفقة قبل اتخاذ القرار النهائي " قرار صادر في 10/ نوفمبر / 1987 أشار إليه: المرجع السابق، ص 37 .

174 د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص19.

175 بتقة، حفيظة، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة، البويرة،2013، ص55.

176 أنظر المادة (L.111-2) من قانون الصحة العامة الفرنسي التي تفرض التزاماً بالإعلام على الطبيب. نقلاً عن: د. الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص19.

العلم والدراية بين الراغبين بالتعاقد[177]، إذ ينبغي لوجوده أن يحوز أحدهما معلومات هامة لها اتصال بالعقد يجهلها الآخر أو بمعنى آخر يكون أحدهما على مستوى عال من الخبرة والإحاطة بكل المعلومات، ومن ثم إذا انتفت هذه الفجوة لدى الطرفين معاً فهنا تنتفي والحكمة من فرض هذا الالتزام[178].

كما يجب أن يكون جهل المفاوض الآخر مشروعاً، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أثبت عدم قدرته على أداء واجب الاستعلام، فلا يكفي إدعاء الشخص عدم معرفته أو جهله للمعلومات بل يجب أن يثبت عدم قدرته للإحاطة بمثل تلك المعلومات برغم بحثه واستعلامه عنها، كون الالتزام بالإعلام يتوقف عندما يبدأ الالتزام بالاستعلام[179]، فلا يستطيع الشخص قليل المعرفة والخبرة أن يدعي الجهل ويطالب الطرف الآخر بهذا الالتزام في حين كان باستطاعته أن ينتبه لها أو يعرفها بنفسه وسائله الخاصة، فعند تحقق استحالة الاستعلام لدى المفاوض الراغب بالتعاقد، فيكلف المفاوض الآخر المدين بإعلامه بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد محل التفاوض والذي استحال على المفاوض الدائن معرفتها، وقد يعود ذلك إلى استحالة شخصية أو موضوعية، وهذه الأخيرة يقصد بها الأسباب التي تتعلق بمحل العقد، وتؤدي إلى استحالة علم المفاوض الراغب بالتعاقد معه بهذه المعلومات، فحيازة المفاوض للمعرفة الفنية محل التعاقد بصورة لا تتيح للمفاوض الآخر التعرف على خصائصها وأوصافها الأساسية يعد من أبرز حالات الاستحالة الموضوعية التي تحول دون علم الأخير بهذه البيانات[180].

إن المعيار الذي يقاس فيه جهل المفاوض للمعلومات الجوهرية هو معيار الرجل المعتاد مضافاً إليه ظروف التعاقد ومهنة المفاوض الراغب بالتعاقد، وطبيعة محل الالتزام ومدى انتشار المعلومات الخاصة به، بحيث أن الجهل بالمعلومات قد يكون مشروعاً بالنسبة لمتعاقد معين بينما لا يمكن اعتباره كذلك لمتعاقد آخر بسبب اختلاف الظروف المحيطة بإبرام العقد، ومن ثم لا يقوم الالتزام بالإعلام على عاتق المفاوض، كأن يكون المفاوض الراغب بالتعاقد محترفاً أو مهنياً، فمن المفترض هنا أن يكون ملماً بكافة البيانات والمعلومات المرتبطة بإبرام العقد، خاصة إذا كان موضوع العقد المزمع إبرامه يدخل ضمن نطاق حرفته واختصاصه، ففي هذه الحالة لا يكون الجهل مشروعاً[181].

---

177 بكر، أحمد طارق، عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، نابلس، 2011، ص64.

178 د. القوني، عبدالحليم عبداللطيف، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص380. ذهب البعض من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى أن المتعاقد غير المهني إذا كان بمقدوره أن يلم بمعلومات ضرورية إذا بذل جهداً معقولاً في أمر أتاحه له المتعاقد المهني، فلا يستطيع أن يدعي إخلال هذا الأخير بالتزامه بالإعلام أو النصيحة، أنظر: د. عبدالسلام، سعيد سعد، مرجع سابق، ص44.

179 د. عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص440.

180 د. حمود، عبدالعزيز المرسي، مرجع سابق، ص78.

181 د. حجازي، عبدالفتاح بيومي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، 2008، ص175.

وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها ورسخته كمبدأ عام والذي قضى بأنه " يقتضي بأن البائع لا يتحمل الالتزام بالإدلاء بالبيانات في أي حالة يكون من السهل فيها على المشتري أن يعلم بهذه البيانات "[182]، وبالتالي أقرت المحكمة عدم مسئولية البائع عن عدم الإفصاح للمشتري بالبيانات التي كان عليه أن يتحرى ويستعلم بنفسه عنها.

أما الاستحالة الشخصية فيقصد بها الأسباب التي تتواجد في شخص المفاوض والمتمثلة بحجم خبرته من عدمها في مجال العقد المزمع إبرامه وتحديداً في المجالات الفنية المعقدة التي يكون بها المدين خبيراً فيها، فيلتزم حينها بإعلام الدائن غير الخبير[183].

ويندرج في نطاق الالتزام بالإعلام في مفاوضات العقود المعلومات الجوهرية التي تتعلق بالحالة القانونية والمادية للشيء محل التعاقد، فلا شك من أن مصلحة متلقي هذا الشيء أن يعرف كل ما يتصل بوضع المفاوض الآخر المادي من بيانات ومعلومات، كون أن تلك المعلومات الجوهرية يكون من شأنها أن تساعد على تكوين الرأي السديد في هذا الشأن، حتى يكون على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار المناسب في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد[184].

كما يتعين أن يتسم الإعلام بالوضوح والكفاية والشمول[185]، حيث يتم الإخبار عنه مباشرة أو كتابة وذلك بتقديم بيانات مكتوبة إلى المفاوض الآخر، إما في وثيقة العقد نفسها أو في وثيقة مستقلة تلحق بالعقد المزمع إبرامه ويسمى في هذه الحالة الالتزام بالإعلام المدني، كما ينبغي على المفاوض الراغب بالتعاقد أن يراعي في إعلامه أوصافاً معينة حتى تتحقق الغاية المرجوة منه إذ يجب أن يكون بسيطاً ومفهوماً في ألفاظه، بحيث يستخدم ألفاظاً سهلة ومفهومة غير معقدة، بحيث يسهل على المفاوض الآخر فهم معانيها، وإلا عد مخالفاً للشق الإيجابي من الإعلام[186]، كذلك يجب أن يتسم الإعلام بالصدق والدقة للتأكد من تبصير وتنوير المفاوض الآخر بجميع الظروف المتعلقة بالعقد المراد إبرامه[187].

---

182 قرار صادر في الدعوى رقم 282 بتاريخ 27.11.1972، مشار إليه لدى حسين، أكرم محمد، التنظيم القانوني للمهني، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2008، ص84.

183 د. حمود، عبدالعزيز المرسي، مرجع سابق، ص78.

184 يقصد بالحالة المادية ظروف وإمكانيات الشخص ومدى توافق تلك الظروف مع الطرف الآخر، إذ يتخذ في ضوء تلك المعرفة وجود هذا الشيء ومدى كفاءته في أداء الغرض المقصود من اقتنائه، بل ومدى توافقه مع ظروف وإمكانيات هذا الشخص، وبالتالي مع قيمة الأداء الذي يرفض هذا الأخير دفعه لقاء هذا الشأن، إضافة إلى مكاشفته إلى جميع الظروف المحيطة بالمسائل محل العقد.
أما الحالة القانونية للشيء محل التعاقد فيقصد بها: عدم اقتصارها على ما يتصل به بشأن ملكيته وما يترتب عليه حقوق للغير، وإنما كل قيد مصدره القانون بالمعنى الواسع، وهو ما يؤدي إلى المساس الجوهري باستغلال هذا الشيء أو الانتفاع به على الوجه المألوف. أنظر: د. عبدالسلام، سعيد سعد، مرجع سابق، ص27.

185 غستان، جاك، مرجع سابق، ص496.

186 د. عبد، موفق حماد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص93-94.

187 د. الزقرد، أحمد السعيد، مرجع سابق، ص262.

ولا ننسى ضرورة أن يلتزم أحد المفاوضين بتحذير الآخر ولفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية[188]، أو قانونية قد تنجم عن العقد المفاوض عليه وذلك بعد حصول التطور التقني وظهور الأجهزة المعقدة والدقيقة والمعدات المتضمنة الخطورة على سلامة المنتج، ويسمى الإعلام في هذه الحالة بالالتزام بالتحذير[189].

وأخيراً إن الالتزام بالإعلام في مرحلة مفاوضات العقود لغاية الإبرام مهما كانت ضرورته يعد التزاماً ببذل عناية، فالالتزام الذي يقع على عاتق المفاوض يقضي بأن يدلي بكافة ما لديه من معلومات وبيانات ضرورية متعلقة بالعقد المزمع إبرامه، والتي تمكنه من تقديم العروض الملائمة له دون أن يضمن تحقيق تلك النتيجة، لأن ذلك مرهون في الواقع بمدى التزام تلك المعلومات والنصائح والتحذيرات[190]، وهناك جانب من الفقه عد هذا الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة مبدياً أن خلاف ذلك القول يؤدي إلى تجريد هذا الالتزام من محتواه[191].

---

188 في إحدى القضايا المعروضة على محكمة ليون الفرنسية قررت فيها مسئولية المدين عن عدم التحذير، وتتلخص وقائع القضية أن أحد المهنيين وهو أستاذ في الكيمياء تعاقد مع أحد الصالات على أن يورد لها معدات وأدوات لتجميل الصالة وكانت هذه المواد قابلة للاشتعال، وقد سبق لصاحب الصالة أن حاول الحصول على هذه المواد من شركة أخرى، فرفضت هذه الأخيرة تزويده بها لما تشكله هذه المواد من خطورة، وهذا بدل على علم العميل بخطورة هذه المواد، ولاحقاً كان قد نشأ حريق في الصالة نتيجة لاستخدام هذه المواد، لكن وعلى الرغم من ذلك قضت المحكمة في حكمها بمسئولية المورد عن هذا الحريق وإدانته، معللة ذلك بأنه كان على المورد عدم توريد هذه المواد الخطرة كما فعلت الشركة الأخرى التي رفضت التعاقد في السابق، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار بقولها " أن المورد الذي كان على درجة من التخصص قد أخل بالتزامه بالتحذير عندما اكتفى بأن يضع تحت تصرف المشتري بياناً يوضح الاستخدامات ومدى هذه المخاطر.
القرار الصادر بتاريخ 13.2.1984، أشار إليه د. عبدالسلام، سعيد، سعد، مرجع سابق، ص53.

189 عبد الزهوة، سلام، نطاق العقد، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص139.

190 د. سلامه، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص111.

191 د. القوني، عبدالحليم عبداللطيف، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص114.

المبحث الثالث

الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات في المبادئ

تتطلب غالبية العقود في مفاوضاتها الكشف عن عناصر المعرفة الفنية لإقناع المفاوض بأهميتها ليتمكن من تقدير قيمتها ومدى احتياجه لها، ولكي يقوم بإبرام العقد النهائي يتوجب عليه أن يعرف ما له من حقوق وما عليه من التزامات من خلال الاطلاع على تفاصيل العقد، وهنا يتعرض المانح لخطر إمكانية قيام المتلقي بإفشاء هذه الأسرار للغير، الأمر الذي قد يضر بمصلحته[192]. لذلك فان العقود في بنودها غالباً ما تتضمن شرطاً يتعهد فيه الأطراف بالمحافظة على سرية المعلومات، ومن هنا ظهر مبدأ الالتزام بالسرية، غير أنه لما كان كشف سرية عناصر محل العقد المفاوض عليه تسبق مرحلة إبرام العقد فان المشكلة تثور في هذا الالتزام في مرحلة التفاوض ومدى التزام المتلقي بالمحافظة عليها، سواء باءت بالنجاح أو الفشل، وأيضا هل يجوز إفشائها للغير أو الاستفادة منها واستغلالها لنفسه. وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول مفهوم الالتزام بالسرية في مفاوضات العقود، وفي الفرع الثاني سوف نقوم بتحديد نطاق هذا الالتزام.

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بالسرية

إن أغلبية القوانين التي نصت على الالتزام بالسرية لم تتضمن تعريفاً خاصاً بها ولم تحدد مفهومها، إلا أن الفقه والقضاء تناولا الالتزام بالسرية وأوردا تعريفاً له وركزا جل اهتمامهما على السر باعتباره أساس الالتزام بها.

حيث عرف جانب من الفقه الالتزام بالسرية بأنه " عبارة عن معلومة ذات صفة شخصية أو موضوعية تقتضي مصلحة الشخص - المعترف بها قانوناً- بأن يظل نطاق العلم بها محدوداً"[193].

---

[192] د. إسماعيل، وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت وما يماثلها، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2009، ص76.

[193] د. عجيل، طارق كاظم، المعلومات الغير مفصح عنها (ماهيتها والحماية القانونية لها)، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، كلية الحقوق، المجلد الحادي عشر، العدد 21، 2008، ص132.

وعرفه البعض الآخر على أنه " معلومات أو نماذج أو برامج أو أسلوب، بحيث يكون لكل ذلك قيمة اقتصادية مستقلة فعلية أو محتملة، وبأن يحاط بوسائل معقولة للحفاظ على سريته، وأن يكون غير متوفر للعامة"[194].

أما عن تعريف محكمة النقض الفرنسية لسرية المعلومات فقالت بأنها " أي وسيلة تصنيع أو صيغة أو آلة أو معلومات ذات قيمة اقتصادية أو علمية تستخدم في الأعمال التجارية والتي تعطي صاحبها ميزة تنافسية على هؤلاء الذين لا يعرفوها "[195].

وعليه يمكننا التلخيص بأن سرية المعلومات يقصد بها: (المعلومات التجارية والمالية والاقتصادية والفنية والإدارية التي يستخدمها صاحب المشروع في مزاولة عمله، ولها قيمة اقتصادية لسريتها وفاعليتها الحالية أو المحتملة بحيث من الصعب الوصول إليها من الغير بالطرق المشروعة لما يبذله أصحابها من جهود معقولة بحسب الظروف للحفاظ على سريتها).

إن المقصود بالسرية يكمن في جميع المعلومات التي تكون محلاً للعقد سواء كانت هندسية أو كيميائية أو غيرها، وبالتالي إن عنصر السرية في مرحلة المفاوضات يتمحور في رغبة الطرف الراغب بالتعاقد في معرفة الخصائص المميزة للعقد محل التفاوض والقدرة على تحقيق الأهداف التي قصدها من وراء التعاقد، الأمر الذي يحمله على اتخاذ القرار في شأن إتمام التعاقد من عدمه، ومن جهة ثانية يضمن الطرف الأول سرية المعلومات التي أفشيت خلال المفاوضات دون تسريبها إلى الطرف الآخر[196].

وعليه، فإن من حق المفاوض الملزم بتقديم المعلومات كشف جانب من السرية للمعرفة الفنية للعقد المراد إبرامه، وأن يكون قادراً على تحديد مدى فاعليتها واستثمارها بطريقة مثلى من أجل تحقيق الغاية التي ينشدها من التعاقد، الأمر الذي يقتضي إفشاء هذه السرية من قبله، علماً بأن هذا الأمر ليس في مصلحته خوفاً من تسريب المعلومات ووصولها للغير، وبالتالي تفقد سريتها وتصبح متاحة للعامة[197].

وفي هذا الخصوص نرى أن المفاوض في هذا النوع من العقود قد يلجأ إلى الخبراء (المكاتب الوطنية أو بيوت الخبرة العالمية) والمختصين لعدم خبرته بها في غالب الأحيان وخشية التعاقد على تكنولوجيا غير متطورة أو متوفرة بأسعار أقل من المعروضة[198]، كما يعتبر من حقه معرفة المعلومات

---

194 د. محمود، عبدالغني، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص65.

195 قرار صادر بتاريخ 3.11.1996، أشار إليه د. محمود، عبدالغني، المرجع السابق، ص66.

196 د. النمر، أبو العلا، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد 14، 2006، ص7.

197 د. المغبغب، نعيم، الفرنشايز، دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، 2009، ص148.

198 د. عاشور، مرتضى جمعة، عقد الاستثمار التكنولوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010، ص181.

المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه كونه يدفع ثمناً باهظاً في سبيل الحصول عليها ليتسنى له الموازنة بين ما دفعه من مقابل وما سيعود عليه من جراء استثمار هذه المعرفة في مجال معين[199].

أما عن تحديد الأساس القانوني للالتزام بالسرية في مفاوضات العقود فلا يوجد فيه رأياً موحداً، حيث يذهب بعض من الفقه بوجوب امتناع المفاوض الراغب بالتعاقد معه عن إفشاء المعلومات التي اطلع عليها من الطرف الآخر خلال مرحلة المفاوضات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه بينهما مستقبلاً على أساس مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات[200].

في حين يذهب البعض الآخر إلى أن الالتزام بالسرية في العقد المزمع إبرامه لا يكون ذا قيمة قانونية ما لم ينظمه الاتفاق التمهيدي وبصياغة قانونية واضحة لا تثير الشك حول مضمون هذا الالتزام الثابت في الاتفاق، بالإضافة إلى التزام المتلقي بمحتوى هذه النصوص[201].

وبرأينا وتعقيباً على ما ورد من آراء حول تحديد الأساس القانوني للالتزام بالسرية، نرى بأن مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات يعد مصدراً كافياً لهذا النوع من الالتزام بما يفرضه لحماية المتفاوضين حتى في عدم وجود أي نوع من الاتفاقات على ذلك، كون الهدف الرئيسي من وجود هذا المبدأ هو تحقيق العدالة بين الأطراف وفق معايير النزاهة والشفافية.

أما قانوناً، فعلى الرغم من عدم اهتمام المشرع الفلسطيني بتنظيم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وبالتالي تنظيم الأحكام الخاصة بها والالتزامات المترتبة على أطرافها، إلا أن ذلك لا يعني أن سرية المعلومات هذه غير محمية، فوفقاً للقواعد العامة يجب على الشخص أن يلتزم بالمحافظة على ما يتلقاه من معلومات إذا وجد نص بالقانون على ذلك، أو كان العقد يلزمه بهذا الأمر[202].

اتجهت مبادئ الينيدروا إلى النص صراحة على الالتزام بواجب السرية في المادة (2-1-16) التي جاءت بأنه " يلتزم من يحصل على معلومة معينة خلال المفاوضات بأن لا يفشي هذه المعلومة أو يستخدمها بطريقة غير سليمة في أغراضه الشخصية، يستوي في ذلك أن يكون العقد قد انعقد أو لم ينعقد،

---

[199] د. شفيق، محسن، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1974، ص62.

[200] د. لطفي، محمد حسام محمود، مرجع سابق، ص301، د. العشري، وليد عودة، عقود نقل التكنولوجيا، (الالتزامات المتبادلة والشروط التقليدية)، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص227، د. عمار، صابر محمد، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في منتدى المحامين، بتاريخ 4.2.2002. منشور على الموقع : www.mohamoon.com/montada/messgdetails.asp

[201] د. الزقرد، أحمد السعيد، مرجع سابق، ص276، د. إبراهيم، أحمد إبراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة 42، العدد 2، 1986، ص56، د. شرف الدين، أحمد، أصول الصياغة القانونية للعقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص74.

[202] د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص57.

وقد ترتب على الإخلال بهذا الالتزام تعويضاً يشمل، كلما كان ذلك مناسباً، ما عاد على الطرف الآخر من نفع ".

يتضح لنا من خلال النص الذي لم يقتصر على إلزام أطراف العقد بواجب السرية بعد انعقاد العقد وإنما حتى في حالة عدم انعقاده، فلا بد لأطراف العقد التجاري الدولي كما رأت المبادئ أن يكشفوا لبعضهم البعض أثناء مرحلة المفاوضات وصولاً لإبرامه، عن بعض الوقائع والمعلومات حتى يتمكن كل طرف منهما بإدراكه الكامل وقدرته على الاستمرار في تلك المفاوضات، فواجب الإعلام هذا يمنح الأطراف الحصول على تلك المعلومات، وبالتالي قد يعرض الأطراف لخطر إفشاء المعلومات، لذلك أوجدت المبادئ في النص ذاته ضمانات لعدم إفشاء تلك المعلومات، وأوجبت التقيد بتلك الضمانات تحت طائلة المسئولية.

قد يلجأ الأطراف المتفاوضين إلى استخدام ما يسمى باتفاقات السرية[203]، وهو أمراً شائع الاستعمال خصوصاً في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث بموجبه يلتزم الأطراف بعدم استخدام المعلومات بعد نهاية العقد، وقد تكون تلك الاتفاقات صريحة أو ضمنية يستدل عليها من ظروف العقد، كالهدف من إبرامه، أو طبيعته الخاصة كأن تكون حماية الملكية الفكرية أساساً للتعاقد، أو تطوير منتج جديد، فتلك المعلومات بطبيعتها غير متاحة للعامة، أما إن كانت على غير ذلك بمعنى أنها متاحة فلا يفرض التزام بالسرية بشأنها[204].

كما يتضح لنا من خلال النص كذلك أن الالتزام بالسرية في مراحل العقد المختلفة لا توجب التزام عام بالسرية لدى الدخول في المفاوضات لإبرام عقد ما، فلا يرى المتفاوضين أنفسهم ملزمين بالنظر إلى تلك المعلومات على أنها معلومات سرية، بمعنى أن المفاوض عادة ما يكون حراً في أن يقرر أي من العناصر تعتبر هامة وسرية للصفقة المتفاوض عليها والتي تم الكشف عنها، فمن حيث المبدأ العام تعتبر على أنها غير سرية.

أما إذا أعلن المفاوض صراحة بأن تلك المعلومة التي يعطيها للطرف الآخر تعتبر معلومة سرية ووافق الطرف الآخر صراحة أو ضمناً على ذلك، عندها يجب المحافظة عليها كمعلومة سرية.

---

[203] ذهبت محكمة الاستئناف الأمريكية في ولاية إنديانا عام 1998 بشأن القضية التي أقامتها شركة "Flotec,Inc" وهي الشركة المدعية، على المدعى عليها شركة "Research, Inc"، والتي تتلخص وقائعها بأن الشركة المدعية كانت تمتلك أسراراً تتعلق برسوم تقنية لقناني الأوكسجين المستخدمة في المجالات الطبية، وقد اطلعت الشركة المدعى عليها دون أن تتخذ أي إجراء للمحافظة عليها بما في ذلك عقد اتفاق المحافظة على سريتها، وقامت المدعى عليها باستغلالها لحسابها الخاص دون موافقة الشركة المدعية، فقضت المحكمة بأن الأخيرة لم تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على سريتها، ومن ثم فإن هذه الرسومات لم تعد أسراراً تجارية لأن الكشف عنها خارج نطاق السرية يحطم منزلتها كأسرار وتصبح معلومات مباحة وباستطاعة شخص استغلالها.
منشور على الموقع الالكتروني: http://www.execpc.com

[204] مجموعة من الأساتذة العرب، مرجع سابق، ص454.

التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على ... أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسراره ... "[208].

نرى أيضاً من نص الفقرة الثالثة من المادة 58 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002[209] والتي جاءت بأنه " تعد الأفعال الآتية على الأخص متعارضة مع الممارسات التجارية الشريفة وينطوي ارتكابها على منافسة غير مشروعة، ... 3. قيام أحد المتعاقدين في " عقود سرية المعلومات " بإفشاء ما وصل إلى علمه منها ".

يتضح لنا من النص أن المشرع قد أجاز لمالك الأسرار التجارية التي اطلع الغير عليها الاتفاق على المحافظة عليها، وعند إخلال المطلع بهذا الالتزام تتحقق مسؤوليته، وان كان لم يرد في هذا الاتفاق شرط عدم إفشائها ولم يشر إلى عدم استغلالها دون موافقة من مالكها.

ويمكن كذلك أن نستخلص من نص المادة 57 من ذات القانون أن ثمة التزام يقع على تابعي المتعاقد الذين يحوزون الأسرار التجارية بموجب نص القانون كونهم تابعين لرب العمل بالحفاظ على سرية المعلومات، وكذلك إمكان قيام الحائز " رب العمل " بالاتفاق معهم على عدم المنافسة، حيث نصت على أنه " يلتزم الحائز القانوني للمعلومات غير المفصح عنها باتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على هذه المعلومات لمنع تعرضها للتداول بمعرفة غير المختصين، كما يلتزم بتنظيم تداول هذه المعلومات داخل المنشأة، وقصره على الملتزمين قانوناً بالحفاظ عليها ومنع تسربها للغير ... ".

أما في فرنسا، فالقانون المدني الفرنسي القديم لم يتضمن نصاً عاماً يشير إلى الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات[210]، الأمر الذي دعا جانباً من القضاء الفرنسي إلى الإقرار صراحة بوجوب الالتزام بالسرية وحماية المفاوض الراغب بالتعاقد الذي يدلي بمعلومات سرية للمفاوض الآخر الذي قد يستولي على هذه المعلومات ويستفيد منها بصفته الشخصية أو يقوم بإفشائها للغير، وذلك استناداً لدعوى المنافسة غير المشروعة[211]، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بباريس[212] عندما تبين للمحكمة من أن المشروع الحائز للمعرفة الفنية كان قد كشف النقاب عنها للمشروع الآخر في إطار المفاوضات التي أجريت بينهما

---

208 قضت محكمة استئناف الدائرة الثامنة في ولاية مينيسوتا في العام 2004 بشأن القضية التي أقامها المدعي " Wyeth " على المدعى عليه " Natural biologics Inc " بشأن اختلاس الأخير أسرار المدعي التجارية، والمتمثلة بطريقة إنتاج عقاقير لمعالجة أعراض سن اليأس بأن " السرية المطلقة غير مطلوبة للإبقاء على الطبيعة السرية للمعلومات المعتبرة أسراراً تجارية ".
منشور على الموقع الالكتروني: http://www.findlaw.com
وقد تناول المشرع المصري الحكم ذاته في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية في المادة 55 منه في فقرتها الأولى حيث نصت على أنه " أن تتصف بالسرية، وذلك بان تكون المعلومات بمجموعها أو في التكوين الذي يضم مفرداتها ليست معروفة أو غير متداولة بشكل عام لدى المشتغلين بالفن الصناعي التي تقع المعلومات في نطاقها ".

209 قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، رقم 82، لسنة 2002.
متوفر على الموقع: http://www.aun.edu.eg/faculty_education/arabic/rules/law2002.pdf

210 د. عيسى، حسام محمد، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1991، ص132.

211 د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص28.

212 (106) jean Hemard,francois terre- pierre mabilat- societes commerciales, paris1974- p.843-844.

وفيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار في حالة خرق الالتزام بالسرية، رأت المبادئ إلى أن تحديد مقداره يختلف تبعاً لما إذا كان الأطراف قد أبرما اتفاقاً خاصاً بشأن عدم الإفصاح أم لا، وحتى إذا لم يتكبد الطرف المتضرر خسارة فعلية فيبقى محتفظاً بحقه في الحصول على تعويض، بما في ذلك الأرباح أو المنفعة التي جناها الطرف المخل بالالتزام نتيجة إفشائه لتلك المعلومات أو استخدامه لها لمنفعته الشخصية، لذا لم تحرم المبادئ الأطراف المتفاوضة في اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكماً بعد إفشاء المعلومات.

وعن التشريع المصري، فإن الالتزام بالسرية نجد أساسه في نص الفقرة الأولى من المادة 83 من القانون التجاري المصري النافذ، حيث أشار المشرع صراحة إلى الالتزام بالسرية خلال تنظيمه عقود نقل التكنولوجيا على أن "يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك".

كما أن المادة 81 من ذات القانون ألزمت المتعاقد بعدم التنازل عن السر التجاري للغير أو استغلاله من الباطن، حيث قررت بأنه " لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها ".

يتضح من ذلك أن المشرع المصري وضع على عاتق المفاوض التزاماً بسرية المعلومات التي وصلت إليه والمتعلقة بالعقد، وإلا تحمل مسئولية إفشاء هذه السرية[205] لأن في ذلك ضرراً كبيراً قد يلحق المفاوض الآخر، ويؤدي إلى انهيار عنصر الجدية والسرية في المعرفة الفنية، الأمر الذي يسمح للغير باستخدامها دون الرجوع إلى حائزها[206]، والحكمة من تقرير هذا الالتزام هو حماية التكنولوجيا وما قد يطرأ عليها من تحسينات استناداً لما تستوجبه طبيعة العقد من الحفاظ على هذه السرية[207].

تناولت كذلك الفقرة الأولى من المادة 66 من قانون التجارة المصري المنافسة غير المشروعة فنصت على أنه " تعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات

---

[205] أقامت الشركة المدعية " Penalty Kick managment Ltd " على الشركة المدعى عليها " Coca Cola Company " قضية تتلخص وقائعها بأن الشركة المدعى عليها قد دخلت بمفاوضات مع الشركة المدعية لبحث إمكان الترخيص باستعمال أسرارها التجارية المتعلقة بتقنية النوافذ السحرية، والتي تتضمن كتابة رسالة بشكل عكسي داخل قنينة مشروباتها الغازية، بحيث تكون مخفية ويمكن لزبائنها قرائتها بعد أن تفرغ القنينة لمعرفة إمكانية الحصول على جائزة، ولكن المدعى عليها أنهت المفاوضات وقامت باستغلال هذه الطريقة في أحد فروع شركتها، بزعم أن هذه الطريقة تعد معلومات عامة ويمكن لأي شخص استغلالها، لكن المحكمة قضت بهذا الشأن على أنه " إذا كانت بعض أو كل مكونات السر التجاري معروفة لا تمنع من حمايته كسر إذا كانت طريقة تجميعه وتكامل عناصره غير معروفة ". قرار محكمة استئناف فرجينيا في العام 2003، منشور على الموقع: http://www.Findlaw.com

[206] د. محمدين، جلال وفاء، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، المجلة العربية، العدد 1، 2001، منشور على الموقع: www.arabcin.net

[207] د. جلول، سمير، المعرفة العلمية " دراسة في المفهوم والعقود وطرق الحماية "، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص132.

تمهيداً لإبرام العقد والتي انتهت بإفشال إبرامه، حيث اعتبرت المحكمة أن قيام المشروع باستغلال المعرفة الفنية دون إذن المشروع الحائز لها يعد عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة[213]، إلا أن المشرع الفرنسي في القانون الحديث قد تدارك ذلك القصور بنصه على أهمية الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات وذلك في المادة 2/1112 التي جاءت بأنه " يكون مسئولاً للقواعد العامة كل من يستخدم أو يفشي دون إذن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات"[214].

وبالإضافة الى ذلك فقد نص المشرع الفلسطيني على ضرورة التزام المهنيين بسرية المعلومات وعدم افشائها للعامة إلا في حدود معينة يحددها القانون، وهذا ما أكدت عليه المادة 10 من القرار بقانون بشأن الحماية والسلامة الطبية والصحية الفلسطيني[215] بنصها على " يحظر على كل من يمارس مهنة طبية أو مهنة صحية مساعدة الآتي ...5- إفشاء أسرار متلقي الخدمة التي يطلع عليها أثناء ممارسته المهنة أو بسببها، إلا للجهات المختصة، وفي الأحوال التي يحددها القانون".

المطلب الثاني

نطاق الالتزام بالسرية

يتطلب الالتزام بالسرية أن يبوح أحد أطراف التفاوض أو كليهما للآخر ببعض الأسرار الهامة بغرض تنفيذ التزامه بإعلام الطرف الآخر أو بهدف جذب الآخر للتعاقد، بحيث يمتنع عن إفشائها للغير وبدون استغلالها لحسابه الخاص دون موافقة صاحبها[216]، وبناءً على ذلك فإن محل الالتزام بالسرية يتكون من شقين أحدهما يتمثل بالالتزام بالسرية والآخر يتمثل بعدم استخدامها بصورة تلحق بصاحب السر ضرراً، وعليه يجب على الأطراف بيان حدود هذا الالتزام عن طريق تحديد نطاقه من حيث الأشخاص والموضوع والزمان.

أولاً: نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص

يترتب على عقود التقنية الحديثة تدخل عدد من الأشخاص الذين من الممكن أن تصل إليهم المعلومات السرية، وبالتالي يمكن لهم إفشاءها لذلك فإن الالتزام بالحفاظ على السرية يجب أن لا يقتصر

---

213 د. النمر، أبو العلا، مرجع سابق، ص18.

214 قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، ترجمة د. قاسم، محمد حسن، مرجع سابق، ص36.

215 قرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشان الحماية والسلامة الطبية والصحية، الوقائع الفلسطينية، العدد 147، بتاريخ 2018/9/12، ص4.

216 الخشروم، عبدالله حسين، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، 2008، ص235، د. مهنا، جابر، الالتزام بالمحافظة على سرية المهنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1984، ص124.

على المفاوض المباشر وإنما يمتد إلى أشخاص آخرين تدخلوا في هذه المفاوضات بشكل أو بآخر[217]، هؤلاء الأشخاص لا يقتصر حدود التزامهم بعدم إفشاء هذه المعلومات للغير، وإنما يمتد ليشمل عدم استخدامها لغير الغرض الذي أبيحت من أجله والمتمثل باطلاع المتلقي على مضمون التكنولوجيا التي يجري التفاوض على نقلها أو الترخيص باستعمالها، نظراً لأنها لم تقدم إلا لغرض التفاوض فقط، ومن ثم فإن أي استخدام أو استعمال لها يجاوز هذا الغرض يعد استخداماً غير مشروع الأمر الذي يرتب المسئولية عن هذا الفعل[218].

ثانياً: نطاق الالتزام بالسرية من حيث الموضوع

إن سير عملية مفاوضات العقود يستلزم من المانح أن يبوح للمتلقي ببعض المعلومات التي تمتاز بالسرية إما تنفيذاً لالتزام المانح بالإعلام أو لحث وجذب المتلقي على إبرام العقد، ولما كانت هذه المعلومات السرية تشكل أهمية بالغة بالنسبة لحائزها كان لزاماً على المتلقي أن يلتزم بالحفاظ على سريتها ولا يقوم بإفشائها للغير أو استغلالها بنفسه ولحسابه الخاص دون موافقة حائزها[219]، من هنا نجد أن معظم الفقه يحدد نطاق الالتزام بالسرية من حيث الموضوع على نوعين :

النوع الأول: المعلومات التي أسبغ عليها حائزها (المفصح) طابع السرية

وهي المعلومات التي يترتب على نشرها ضرراً للغير، أي لم تعد لاطلاع الغير عليها، وإنما يتم الاطلاع عليها تبعاً لمقتضيات العملية التفاوضية[220]، وتشمل جميع المعلومات التي تم الكشف عنها أو تم

---

[217] قررت محكمة الاستئناف الأمريكية / الدائرة الفيدرالية في سنة 2011 بشأن القضية التي أقامتها المدعية شركة (TianRui group company limited llc) على المدعى عليها لجنة التجارة الدولية (International trade commission) والتي تتلخص وقائعها بأن لشركة (Amsted Industries Inc) أسراراً تجارية تتعلق بطريقتين لصناعة عجلات سكك الحديد الفولاذية هما (ABC process) و (Griffin process) ، استخدمت الأولى في معاملها في الولايات المتحدة الأمريكية والثانية في معاملها في الصين، وقد دخلت الشركة المدعية بمفاوضات لترخيص استعمال الطريقة الأولى لكنها باءت بالفشل، فقامت باستخدام تسعة من مستخدمي شركة Amsted) (Industries Incorporated للحصول على أسرارها، ثم قامت باستعمال هذه الأسرار في صناعة عجلات سكك الحديد في الصين وتصديرها إلى الولايات المتحدة الأمريكية، فتدخلت المدعى عليها بعد طلب ذلك من شركة (Amsted Industries Inc) على اعتبار أن ذلك الاعتداء يسيء للصناعات المحلية، مما دفع المدعية إلى إقامة دعوى في مواجهة المدعى عليها لإنكار الادعاء الذي وجه ضدها، فقضت المحكمة بعد الاطلاع على وقائع الدعوى بمسؤولية الشركة المدعية لقيامها بسوء نية بانتهاك الأسرار التجارية التي تخص شركة " Amsted Industries Inc ".منشور على الموقع:
http://tsi.brooklaw.edu/cases/tianrui-group-company-ltd-v-international-trade-commission

[218] عباس، علي حمزة، غطاء العقد وغطاء التفاوض، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة المستنصرية، 2010، ص128.

[219] د. القليوبي، سميحة، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج2، الالتزامات والعقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، 2007، ص82.

[220] نلاحظ بهذا الصدد أن المشرع الأمريكي لم يتناول مسؤولية المفاوض العقدية، ولكن بالرجوع إلى التطبيقات القضائية بهذا الصدد نجد أن محكمة الاستئناف / الدائرة السابعة في ولاية فرجنيا قد تناولت مسؤولية المفاوض العقدية في القضية التي أقامها المدعي (Best Industiers) على المدعى عليها شركة (Cis Bio International Inc) سنة 1998، والتي تتلخص وقائعها بأن المدعي قد دخل بمفاوضات مع المدعى عليها سنة 1995 لتسويق منتجاته، وقد عقد معها اتفاقية المحافظة على السرية لعدم إفشاء أو استغلال أسراره التجارية، والتي تتمثل بتقنية

توفيرها من قبل أحد الأطراف للطرف الآخر سواء أكانت شفهية أو مكتوبة، ويلتزم المتلقي بالحفاظ على سريتها بذات الدرجة التي يحافظ بها على حقوقه السرية الخاصة[221].

النوع الثاني: المعلومات التي تتصف بالسرية بحسب طبيعتها

وهي تشمل كافة المعلومات التي يكون من شأن ذيوعها وشيوعها أن تسبب ضرراً لصاحب المشروع محل التعاقد، سواء أكان الضرر مادياً أو معنوياً (أدبياً)، وأهمها المعلومات الموضوعية ذات العلاقة بالعقد ومركز الأطراف، أما المعلومات ذات الطابع الشخصي، فتحميها القواعد العامة في قانون العقوبات والقوانين المدنية، كالضرر الذي يلحق بالسمعة المالية لأحد الأطراف أو الأضرار النفسية التي من الممكن أن تلحق به ضرراً نتيجة البوح بها، فمن حق الفرد أن يحافظ على سرية المعلومات المتولدة عن حريته في اختيار حياته الخاصة، فهذه المسائل لا يجوز الإفصاح عنها إلا بموافقة صاحب الشأن[222].

ثالثاً: نطاق الالتزام بالسرية من حيث الزمان

اختلف الفقه في تحديد المدة التي يجب على الأطراف الالتزام فيها بالسرية، فالبعض يرى بأن الالتزام بالسرية ليس له مدة زمنية محددة وعليه فإن جميع المعلومات تحافظ على سريتها إلا إذا وصلت إلى علم العامة وبدون أن يكون المفاوض هو السبب في إفشائها[223]، في حين يرى الفقه الفرنسي[224] بأنه لا بد من تقييد هذا الالتزام زمنياً وذلك لأن عدم تحديدها يعد مغالاة في المحافظة على سرية هذه المعلومات، وبما أن التطور التكنولوجي سريع جداً فإن ذلك يتطلب تحديد مدة زمنية مناسبة للمحافظة على الأسرار الفنية والتقنية[225] وهذا هو الرأي الراجح والأقرب للصواب.

متطورة لعلاج السرطان وذلك بإدخال بذور مشعة إما داخل أو بالقرب من الورم لعلاجه من خلال ما تبعثه من إشعاع، إلا أن المدعى عليها قطعت المفاوضات بعد أن حصلت على أسرار المدعي التجارية وقامت باستغلالها لحسابها الخاص دون موافقة المدعي، فقضت المحكمة السالفة الذكر بمسؤولية المدعى عليها العقدية عن انتهاك أسرار المدعي التجارية لأنها قد تصرفت بسوء نية من اجل التوصل إلى الأسرار ثم قطعت المفاوضات

على الرغم من وجود عقد بينهما يقضي بالمحافظة على الأسرار التجارية التي اطلعت عليها.

قرار صادر عن الدائرة السابعة في محكمة استئناف فرجينيا عام 1998، منشور على الموقع الالكتروني: http://www.execpc.com

221 د. المهدي، معتز نزيه محمد صادق، الالتزام بالسرية والمسئولية المدنية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص140.

222 د. دايح، سليمان براك، مرجع سابق، ص76.

223 د. الأكيابي، يوسف عبدالهادي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1989، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، المجلد 1، ص225.

224 cforbin- "conmment gererlesin formation comfid on tillessen coursed poupales- 1998 -p 488

225 أشار إليه د. النمر، أبو العلا، مرجع سابق، ص68.

وهنا يثور تساؤل عن المدة التي يزول خلالها واجب المحافظة على السرية على الطرف المكلف بالمحافظة عليه؟ في الواقع يجيب البعض إلى أن هذه المعلومات إذا فقدت طابعها السري قبل انتهاء الفترة المحددة للمحافظة عليها وذلك نتيجة لفعل خارج عن إرادة المتلقي، كما لو توصل الغير إلى معرفتها بالبحث وإجراء التجارب ثم تمت إذاعتها فهنا سوف يزول الالتزام بالحفاظ على السرية ولا يوجد مبرر لبقائه[226].

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية بأن " النشر يكون كافياً في حالة توزيع النشرات على العملاء، يشرح فيه مضمون المعرفة بحيث يكفي مجرد النظر إليها من رجل الحرفة لمعرفة طريقة وموضوع الصنع "[227].

في حين أخذ البعض الآخر بمعيار ثان يستند على الأهمية الاقتصادية للمعرفة الفنية، والنظر إلى جميع العوامل التي أسهمت في التوصل إليها من مال وجهد مبذول، وهذا المعيار هو أوسع من المعيار الأول[228]، ويبدو لنا أن المعيار الأول هو أقرب للدقة من المعيار الثاني، حيث أن درجة الكفاية لفقد المعرفة لجديتها وأصالتها لا بد فيه من أن ينظر إليها أكثر من معيار أهمية المعرفة من الناحية الاقتصادية.

وقد يحتاط المفاوض حائز المعلومات غالباً بضمانات للمحافظة على سريتها للمفاوض الآخر، ومن هذه الضمانات إبرام تعهد خطي من المفاوض المتلقي للمحافظة على سرية المعلومات التي توصل إليها أثناء المفاوضات وتم الكشف عنها لضرورة التفاوض سواء بنفسه أو من خلال خبرائه التابعين له مباشرة، أو أولئك الخبراء الذين تتم الاستعانة بهم، وعدم استخدامها في المستقبل اذا انتهت هذه المفاوضات دون إبرام العقد.[229]

وعادة ما يقوم الأطراف بالتوقيع على هذا التعهد الخطي ضمن الأوراق التي يرسلها المفاوض الراغب بالتعاقد في المرحلة التمهيدية للمفاوضات، إذ أن امتناع المفاوض عن توقيع التعهد المذكور قد يؤدي إلى انقضاء المفاوضات، ويترتب على هذا التعهد التزام المفاوض الراغب بالتعاقد معه وخبرائه

---

226 د. خليل، جلال أحمد، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط1، جامعة الكويت، 1983، ص95.، د. المولى، نداء كاظم محمد، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003، ص179.

227 الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12.10.1975، مشار إليه لدى مشعل، سلام منعم، الحماية القانونية للمعرفة التقنية، أطروحة دكتوراه، الناشر: مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، المجلد10، العدد1، 2003، ص40.

228 د. محمدين، جلال وفاء، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص72.

229 د. موسى، طالب حسن، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص111.

بعدم إفشاء الأسرار وبعكس ذلك يكون المفاوض - وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام - مسئولاً مسئولية عقدية عن التعويض نظراً لوجود ذلك التعهد الخطي[230].

ومن هذه الضمانات أيضاً التي قد يلجأ لها المفاوض حائز المعرفة هي أن يلزم المفاوض المتلقي بإيداع مبلغ معين من المال لحساب المفاوض حائز المعرفة مقابل اطلاعه على الأسرار الخاصة بالعقد المزمع إبرامه، ويعتبر هذا المبلغ ضمان لاحترام السرية من قبله، ويبقى مصير هذا المبلغ مرهوناً بما ستؤول إليه الأمور بعد إجراء المفاوضات، فإذا تم إبرام العقد يحتسب مبلغ الكفالة من قيمة المقابل المتفق عليه، أما إذا فشلت المفاوضات نتيجة إخلال المفاوض الراغب بالتعاقد معه بالمحافظة على السرية فيبقى المبلغ للمفاوض حائز المعرفة ويقتطع من مبلغ التعويض الذي يستحقه الأخير تعويضاً للضرر الذي لحق به، أما إذا فشلت المفاوضات دون أي إخلال بذلك الالتزام فيسترد مبلغ الكفالة[231].

ومن صور ضمانات حفظ السرية كذلك هو التعهد الأدبي أو الثقة المتبادلة بين الأطراف، وذلك من خلال تعهد المفاوض المتلقي بحفظ سرية المعلومات التي يحصل عليها أثناء المفاوضات، ويكون مصدر هذه الثقة وجود تعامل سابق بينهما أو سمعة الطرف المفاوض في الأسواق العالمية، وبالتالي فإن الأثر القانوني للإخلال بهذا التعهد يجعله في مركز سيء وسمعة غير مرغوب فيها في الأسواق، الأمر الذي قد يحرمه من التعاقد مستقبلاً مع الطرف الآخر أو مع الشركات الأخرى[232].

وهذا ما أكد عليه قانون التجارة الفلسطيني المطبق في قطاع غزة [233] في المادة 38 منه والتي جاءت بأنه " يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أم بعد ذلك "، ونرى أن المشرع في القانون المذكور كان موفقاً عند تنظيمه لهذا الالتزام المهم بنص قانوني قطعي لا يقبل التأويل أو الشك ليضع حداً لأي مشكلة قد تحصل بسبب ذلك، لا سيما في الأحوال التي لا ينظم الأطراف المتفاوضة فيها اتفاقاً على الالتزام بالحفاظ على السرية، وبذلك فإن هذا النص يؤسس على وجود التزام قانوني على عاتق الطرف المتلقي بالحفاظ على السرية سواء وجد الاتفاق أو لم يوجد، مما يشكل حافزاً مشجعاً للطرف المورد على الدخول في المفاوضات وهو مطمئن إلى وجود ضمانة قانونية تكفل له الحفاظ على السرية التي تطرح وتعرض أثناء المفاوضات.

---

230 د. الكيلاني، محمود، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص190.

231 د. مصطفى، أحمد بركات، العقود التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006، ص61-63.

232 د. منصور، محمد حسين، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص229.

233 قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014، الساري المفعول في قطاع غزة، المنشور في العدد 91 من الوقائع، غزة، فلسطين.ص17.

الفصل الثاني

المسئولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات

إن مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية يلقي على عاتق الأطراف المتفاوضة التزامات معينة، وهذه الالتزامات متنوعة وعديدة، فإذا ما قام أحد الأطراف أو كليهما بانتهاك أياً من هذه الالتزامات فإنه يتحمل المسئولية.

ومن هنا يثور التساؤل حول تلك المسئولية، من حيث طبيعتها، فهل هي مسئولية عقدية أم مسئولية عن فعل ضار (تقصيرية)؟ وما هي أركانها؟ والعديد من التساؤلات الأخرى.

وللإجابة عن تلك التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث: في المبحث الأول سنقوم بدراسة طبيعة المسئولية، وفي المبحث الثاني سنتناول أركان المسئولية، وفي الثالث سنوضح التعويض المترتب على قطع المفاوضات السابقة على التعاقد.

المبحث الأول

طبيعة المسئولية

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي، فمنهم من رأى بأنها مسئولية عقدية، ومنهم من اعتبرها مسئولية تقصيرية، كذلك اتجه جانب آخر من الفقه ونادى بجعلها مسئولية متميزة تتناسب وطبيعة هذه المرحلة (المسئولية الخاصة).

أجمع فقهاء[234] القانون إلى أن مصدر الالتزام بحسن النية التفاوضي يعود إلى كل واقعة اختيارية تقع بفعل الشخص وترد على نشاطه[235]. ولكن الخلاف الذي ثار بين الفقهاء هو تحديد أي من الوقائع الاختيارية تلك يتبع لها مبدأ حسن النية التفاوضي؟ وهل يعد ذلك تصرفاً قانونياً أم عملاً مادياً؟ الأمر الذي استوجب تحديد طبيعة تلك المسئولية المدنية المترتبة على الإخلال به.

لما سبق ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: المطلب الأول يوضح كيفية اعتبار هذه المسئولية تصرفاً قانونياً (المسئولية العقدية)، أما المطلب الثاني فيتحدث على اعتبار أن المسئولية الناشئة

---

234 د. حمود، عبدالعزيز المرسي، مرجع سابق، ص74. و د. لطفي، محمد حسام محمود، مرجع السابق، ص3.

235 الواقعة الاختيارية: " هي كل واقعة مردها لفعل الإنسان بعيداً عن فعل الطبيعة، وتترتب عليها آثار قانونية كإنشاء حق أو نقله أو تغييره "، أنظر: الزعبي، عوض أحمد: المدخل إلى علم القانون، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص318 وما بعدها.

عن الإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي تعد عملاً مادياً (المسئولية التقصيرية)، وفي المطلب الثالث نتناول المسئولية الخاصة كما رآها جانباً من الفقه.

المطلب الأول

الطبيعة العقدية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات

إن الاتجاه الذي ذهب إلى اعتبار أن المسئولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية التفاوضي هي ذات طبيعة عقدية اختلف من حيث أساس تلك المسئولية، فانقسم أصحاب ذلك الاتجاه إلى رأيين مختلفين، فالاتجاه الأول يرى أن أساس المسئولية في مرحلة المفاوضات هو وجود العقد الضمني المفترض بين الأطراف المتفاوضة، فالإخلال الحاصل في تلك المرحلة يكون خطأ عقدي، وبالتالي يجب معالجة الضرر الناتج عنه وفق أحكام المسئولية العقدية[236]، أما الاتجاه الثاني فيرى أن أساس المسئولية في تلك المرحلة هو وجود عقود أولية ممهدة لإبرام العقد الأصلي، وتكون تلك العقود مستقلة عن العقد الأصلي وممهدة له، فأي خرق للالتزامات تحصل في تلك المرحلة تعد مخالفة عقدية، وبالتالي يجبر الضرر وفق أحكام المسؤولية العقدية[237]، وعليه سوف نبحث هذين الاتجاهين على النحو التالي:

الاتجاه الأول: (نظرية الخطأ عند تكوين العقد)[238]

يترأس الفقيه الألماني " أهرنج " أنصار ذلك الاتجاه وذلك بفكرته عن " الخطأ عند تكوين العقد"[239]، إذ يرى أن الخطأ في مرحلة المفاوضات سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم بطلانه، فهو خطأ عقدي يثير المسئولية العقدية على عاتق مرتكبه بتعويض الضرر الذي لحق بالطرف الآخر، وحتى لو أبطل العقد فإنه ينشئ كذلك التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية، وبذلك يرى بأن دعوى التعويض تستند إلى دعوى العقد ذاتها [240].

---

[236] سالم، عمر، الطبيعة القانونية للمسئولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على الموقع: www.boti.oil.gov.ia/book/arabic

[237] د. دسوقي، محمد ابراهيم، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وابرام العقود، الطبعة الأولى، مهعد الإدارة العامة، الرياض، السعودية، 1415 هجري، ص 123.

[238] يطلق عليها الدكتور بدوي، حلمي بهجت بنظرية التقصير عند انعقاد العقد، في بحثه (آثار التصرفات الباطلة)، المنشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد3،العدد3، 1933، ص386.

[239] د. المهدي، نزيه محمد الصادق، مرجع سابق، ص302.

[240] سالم، عمر، مرجع سابق.

يتمثل الخطأ العقدي في نظر أهرنج في إقدام المتعاقد الذي أتى بسبب البطلان من جهته على التعاقد وكان واجباً عليه أن يعلم بذلك، وحتى في حالة عدم علمه بسبب البطلان فمن العدل أن يتحمل الضرر الذي لحق بنظيره المتعاقد حسن النية، بمعنى أن الخطأ في رأيه هو وجود سبب البطلان من جانب أحد المتعاقدين وهذا بدوره يستوجب تعويض الطرف المتضرر [241].

وأما عن تكييف الخطأ بأنه عقدي على الرغم من عدم إبرام العقد النهائي أو بطلانه، فاستند في ذلك أهرنج إلى وجود عقد ضمني مقترن بكل تعاقد، بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على التعاقد بصحة التصرف للطرف الآخر وبأن لا يتسبب من جانبه ببطلان العقد، ويعد رضاء المتعاقد الآخر في الوقت نفسه قبولاً ضمنياً لهذا التعهد، فيتم بذلك عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين [242].

يرى أهرنج أن التصرف القانوني الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات يتمثل في العقد الضمني بين المتفاوضين الذي يلتزم بمقتضاه كل طرف تجاه الآخر بأن يجعله في وضع يسمح له بإبرام العقد محل التفاوض، وفي الوقت ذاته يلتزم بالامتناع عن القيام بأي من الأفعال التي من شأنها إعاقة إبرام العقد، فيعتبر قطع المفاوضات بدون عذر مشروع إخلالاً بالالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني وبالتالي يسأل عن تعويض الضرر الذي لحق بالطرف الآخر[243].

وأما عن الكيفية التي نشأ بها العقد الضمني حسب رأي أهرنج، فهي أن الإيجاب الصادر عن أحد المتفاوضين يتحلل إلى إيجابين، الأول موضوعه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، والإيجاب الثاني فموضوعه عدم إعاقة إبرام هذا العقد، ولما كان هذا الإيجاب الأخير مخفي لمصلحة الموجب له فإن مجرد سكوته يعد قبولاً ينشأ به العقد الضمني[244].

وجه انتقاد إلى هذا الرأي كونه يقوم على مجرد الافتراض، وذلك لأن أي عقد لكي ينشأ لا بد من الانصراف إليه بشكل صريح وبات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن المتعاقد وبالإعلان عن إرادته فإنه يستهدف إبرام العقد الذي تجري المفاوضات بشأنه ولا يخطر بباله إبرام عقد ضمني آخر يفرض عليه التزاماً بعدم إعاقة إبرام العقد، ومن ثم إن هذا العقد الضمني يرتب التزاماً بعدم إعاقة إبرام العقد منذ لحظة الإيجاب، ومن باب مفهوم المخالفة فإن المتفاوض حر في قطع المفاوضات قبل توجيه الإيجاب[245].

---

[241] د. المهدي، نزيه محمد الصادق، مرجع سابق، ص303.

[242] د. الشرقاوي، جميل، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص361.

[243] د. الحلبوسي، سعد حسين، التفاوض في العقود على شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام، الضرورات العملية، الطبعة الأولى، بغداد، 2004، ص37.

[244] د. الحلبوسي، سعد حسين، المرجع السابق، ص37.

[245] د. دايح، سليمان براك، مرجع سابق، ص43-44.

ظهر رأي آخر إلى جانب رأي أهرنج في تفسير نشوء التصرف القانوني الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات، وبحسب ذلك الرأي فإن المفاوضات تتشابك ابتداءً بناء على دعوة يتم قبولها، وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات، وذلك أنه ينطوي على شرط ضمني بمقتضاه يتعهد كل متفاوض تجاه الآخر بأن يستمر في المفاوضات ولا يقوم بقطعها تعسفاً حتى يتحقق الغرض النهائي منها وإلا التزم بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض[246].

كذلك الأمر وجه انتقاداً إلى هذا الرأي كونه يغفل حقيقة العقد، فالعقد لا يبرم إلا بتلاقي إرادة الأطراف بشكل لا لبس فيه، فلا يجوز افتراض العقد أو فرضه، كما أن قبول الدعوة إلى التفاوض لا ينشئ اتفاقاً يكون مصدراً للالتزام بالضمان كون الإرادة لم تنصرف إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني (الالتزام بالضمان) [247].

وعلى اعتبار أن المسئولية عن الخطأ عند تكوين العقد هي مسئولية عقدية، توجب التعويض استناداً إلى العقد الباطل الذي تسبب المدعى عليه ببطلانه، ولذلك فإن دعوى التعويض تكون دعوى عقدية مع الاعتراف ببطلان العقد، وهذا بحد ذاته لا يخلو من التناقض، فالبطلان يعدم كافة آثار العقد، بالتالي يحول دون قيام أي دعوى عنه، والاعتراف بدعوى العقد رغم بطلانه يعني أن العقد قد رتب آثاراً[248].

هذا التناقض بره أهرنج برفضه التضييق في معنى البطلان، وقال أن البطلان لا يعدم ولا ينهي كل آثار العقد، بل يزيل بعضاً منها[249]، وأوضح أن الغرض من العقد هو تنفيذه، وبذلك هو ينشئ التزاماً بالتنفيذ، فإذا تخلفت بعض الشروط اللازمة لقيام العقد وحال ذلك دون نشوء الالتزام، تخلف بذلك الغرض الحقيقي منه وأصبح باطلاً، وخروج محله عن دائرة التعامل، ولكن لا يمكن ذلك أن يؤدي إلى إبطال التزامات قد تنشأ عنه لا تستهدف تنفيذه بل تهدف إلى الرد والتعويض فقط، إذا تراضى الطرفان بشأنها وتوافرت جميع الشروط الأخرى اللازمة لقيامه باستثناء شرط المحل، فلا يوجد عائق من أن يرتب هذا العقد الباطل التزامات تنشأ عنه لا علاقة لها بالمحل[250].

بذلك التبرير نرى أن التناقض قد زال للوهلة الأولى، والاعتراف بدعوى العقد بالرغم من بطلانه لغاية الحصول على تعويض، لا يتعارض وروح القانون، وقد جعلت هذه النظرية تعويض المتضرر أثراً أصلياً يترتب على العقد الباطل بوصفه عقداً لا بوصفه واقعة مادية[251].

---

246 سالم، عمر، مرجع سابق، ص5.
247 د. خاطر، صبري حمد، مرجع سابق، ص130.
248 د. بدوي، حلمي بهجت، مرجع سابق، ص391.
249 د. المهدي، نزيه محمد الصادق، مرجع سابق، ص106.
250 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص190.
251 د. الشرقاوي، جميل، مرجع سابق، ص372.

وعن التعويض وفقاً لهذه النظرية فإنه يكون عن المصلحة السلبية فقط وليس عن المصلحة الإيجابية كما في العقد الصحيح، ومفاد ذلك أن مصلحة المتعاقد في قيام العقد ومن ثم تنفيذه، فلو قصر المتعاقد الآخر في واجباته تجاه ذلك، لأمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض بما يساوي الخسارة الفعلية التي لحقت به وبمقدار الكسب الذي فاته نتيجة عدم التنفيذ، وهذه هي المصلحة الإيجابية العقدية[252].

والمصلحة الإيجابية للعقد لا تكون إلا في حالة قيام العقد صحيحاً، ولكن إذا وقع العقد باطلاً، يؤدي ذلك إلى عدم إبرامه، وتبعاً لذلك لا يكون للمتعاقد المتضرر في هذه الحالة سوى مصلحة في عدم إبرامه، فيظهر هنا بطلان العقد قبل ظهوره إلى عالم الوجود، فيكون من حقه المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة اعتقاده صحة العقد خلافاً للحقيقة، بمعنى حصوله على تعويض يعيده إلى الحالة التي كان سيصبح عليها إن لم يوجد العقد مطلقاً، وهذه هي المصلحة العقدية السلبية التي تثبت للمتعاقد حسن النية في حالة بطلان العقد، على خلاف المصلحة الإيجابية التي يكون أساسها صحة العقد، بالتالي هي تعادل كل ما يجنيه المتعاقد[253].

وفي غالبية الأحيان يكون التعويض في المصلحة الإيجابية أكبر منه في المصلحة السلبية، وفي بعض الأحيان قد يتساويان، غير أن التعويض في المصلحة السلبية لا يقتصر دائماً على الخسارة الحقيقية، بل قد يمتد ليشمل الكسب الفائت، ومن الممكن كذلك انعدام المصلحة السلبية كلياً، فلا يستحق المتعاقد تعويضاً كون العقد لم يكن قد اتخذ مظهراً خارجياً أدى إلى إلحاق ضرر به، وإن كان قد أصابته خيبة أمل في إبرام صفقة رابحة، فالقانون في مثل هذه الحالة لا يعوض عن ذلك[254].

وظهرت عدة نظريات طرحها الفقه في كيان أساس المسئولية العقدية الناتجة عن الخطأ التفاوضي، ومن أهمها نظرية الوكالة التي نادى بها الفقيه الألماني (شورل) الذي ذهب إلى أن كل عقد يقترن بمجرد الدعوة إلى إبرامه بتوكيل ضمني للطرف الآخر باتخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام هذا العقد، ومن ثم يلتزم الموجب إذا لم يتم العقد بتعويض الطرف الآخر عن المصروفات التي أنفقها على أساس أحكام الوكالة، وبالتالي فإن مسئوليته في هذا الصدد مسئولية عقدية[255].

كما نادى الفقيه (تون) بنظرية الفضالة والتي أسس بها المسئولية في مرحلة المفاوضات على فكرة الفضالة لتكون المسئولية العقدية، على أساس أن من يوجه الدعوة إلى التعاقد دون أن يكون مالكاً

---

[252] د. زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، الجزء الأول، 1978، ص120.
[253] د. بدوي، حلمي بهجت، مرجع سابق، ص389-390.
[254] عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص214.
[255] مشار إليه لدى: سالم، عمر، مرجع سابق، ص5.

للشيء أو صاحب الحق موضوع العقد ولا واثقاً من الحصول عليه دون أن يخطر بذلك الطرف الآخر، فإنه يعد فضولياً، ومن ثم يترتب عليه تعويض المتضرر على أساس استرداد ما أنفق بدعوى الفضالة[256].

كانت تلك أبرز نظريات الاتجاه الأول التي تحدثت عن فكرة الخطأ في مرحلة المفاوضات التي تثير المسئولية العقدية على عاتق مرتكبه باعتباره خطأً عقدياً يلزم مرتكبه بتعويض الضرر للطرف الآخر المتضرر.

أخذ القانون الألماني بنظرية الخطأ عند تكوين العقد صراحة، وبعض الدول كذلك، وعن القانون الفرنسي، فقد استند فريق من الفقهاء الفرنسيين[257] في الأخذ بهذه النظرية في رأيهم إلى نص المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي في إصداره القديم الخاصة ببطلان بيع ملك الغير، وتقضي هذه المادة ببطلان بيع ملك الغير الذي يترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يجهل أن المبيع كان مملوكاً للغير، فمصدر الالتزام بالتعويض هنا ليس مصدره خطأ البائع، لأنه يلتزم بالتعويض ولو كان حسن النية، بل مصدره "اتفاق ضمان ضمني" يلازم كل تعاقد ويلتزم بموجبه المتعاقد بضمان صحة العقد[258].

وبذلك تكون مسئولية البائع عن هذا البيع مسئولية عقدية وليست تقصيرية، وهذا تطبيق لقاعدة عامة، ولا يقتصر على بيع ملك الغير فقط، فكل شخص يقدم على التعاقد يتعهد بمقتضى هذه القاعدة ضمناً بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد دون إعاقات أو صعوبات أو معوقات من جانبه تحول دون الإبرام أو تؤدي إلى البطلان، فإذا أخل بتعهده هذا ووقع العقد باطلاً أو تقرر إبطاله، فإنه يصبح مسئولاً مسئولية عقدية عن تعويض الطرف الآخر[259].

ونجد كذلك في نص المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي[260] بإصداره القديم التي أخذت بمبدأ الرضائية في العقود، أنها اعترفت باتفاق التفاوض الصريح، واعتبرته اتفاقاً حقيقياً ينشئ على عاتق الطرفين التزامات حقيقية تترتب المسئولية العقدية في حال الإخلال بها، فبما أن الطرفين قد ارتضيا صراحة على هذا الاتفاق فإنه يعتبر صحيحاً.

---

256 لمزيد من التفصيل في شرح هذه النظريات، أنظر: د. زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، مرجع سابق، ص132، فقرة 29، هامش 60.

257 أنظر: د. علوان، أمية، ملاحظات حول المسؤولية قبل العقدية عن قطع المفاوضات في عقود التجارة الدولية، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس، من 2-3 يناير 1993 ص 28.

258 د. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، مرجع سابق، ص412 وما بعدها.

259 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص196.

260 المادة (1142) من القانون المدني الفرنسي تنص على أن "كل التزام بالقيام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل يؤدي الى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من قبل المدين".

وأما عن الجانب الآخر من الفقهاء الفرنسيين[261]، فهذه النظرية لم تلق قبولاً لديهم واعترضوا عليها، من خلال نصها على أن الإرادة المنفردة مصدر مستقل للالتزام، فالرأي الغالب لدى الفقهاء والقضاة في فرنسا لم يجعل من الإرادة المنفردة مصدر مستقل للالتزام إلا في أحوال خاصة، فذهبوا إلى أن المسئولية العقدية تنحصر في الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، وحيث أنه لا يوجد عقد بالمعنى الحقيقي إلا بتوافق إرادتين وتلاقيهما معاً، فلا مجال لنهوض مسئولية عقدية إلا عندما نكون أمام إخلال بالتزام ناشئ عن عقد وليس عن إرادة منفردة[262].

وعن التعديل التشريعي في العام 2016 فقد اشترط توافر حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، حيث تبين أن العدول عن المفاوضات أو قطعها يعد سبباً كافياً لقيام المسئولية على الطرف مرتكب الخطأ وفق قواعد المسئولية التقصيرية في القانون المدني وليس العقدية، فمصدر المسئولية هنا هو الخطأ أو التقصير من جانب أحد الأطراف وليس القطع أو العدول بحد ذاته، وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي في نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي[263] بإصداره الجديد التي نصت صراحة على مبدأ حسن النية التفاوضي.

أما فيما يخص موقف القانون المصري فبالرجوع إلى نص المادة 95 من القانون المدني المصري نجدها تنص على أنه " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، اعتبر العقد مبرماً ".

وبالتالي فإن عدم اتفاق الأطراف على المسائل التفصيلية لا يحول دون انعقاد العقد، فلهذا النص غاية محددة هي تنظيم علاقة المتعاقدين فعلاً قبل العقد، وتبعاً لذلك تعتبر المسئولية العقدية هي المسئولية الواجبة التطبيق في هذه الحالة إذا ما تم إخلال بهذه المرحلة ضمن وجود مثل تلك الاتفاقات.

وعن الفقه المصري كان له نظرة مختلفة عما ذهب إليه النص السابق ذكره، فهو لم يتردد بالاعتراف باتفاقات التفاوض أو ما يشابهها، واعتبر أن الإلتزام العقدي بالتفاوض يقتضي انتهاك سلوك معين يحدث أثراً إيجابياً وفعال في التفاوض دون إلزام الأطراف بإبرام العقد النهائي، وهذا هو الأصل، لذا اتجه البعض إلى إضفاء وصف الخطأ على قطع المفاوضات سوف يكون الأيسر والأكثر ميلاً على القاضي تطبيقه عند عدم وجود مثل تلك الاتفاقات[264].

---

261 Jacques FLOUR , Jean -Luc AUBERT et Éric SAVAUX, Les obligations, I, L'acte juridique (10 éd., Armand Colin, Paris, 2002).

262 الذنون، حسن علي، المبسوط في المسئولية المدنية، الضرر، الجزء الأول، الناكس للطباعة والنشر، بغداد، بدون سنة نشر، ص91.

263 المادة (1104) أكدت على وجوب أن يكون التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بحسن نية حيث نصت على: (أصبح الالتزام بحسن نية واجباً منذ مرحلة التفاوض على العقد حتى تنفيذه مروراً بمرحلة إبرامه).

264 عبدالعال، محمد حسين، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص130.

وعليه، إن اتفاق التفاوض ينشئ على عاتق الأطراف التزاماً عقدياً بالتفاوض بطريقة تتفق مع ما يستوجبه مبدأ حسن النية، وفي حالة وقوع خلاف بين المتفاوضين بهذا الالتزام فإن المسئولية العقدية هي التي تنهض وفق أحكام المادة 215 من القانون المدني المصري[265].

ويأخذ القانون المصري الحديث أحياناً بشأن الاتفاقات والاشتراطات التي تبرم خلال مرحلة المفاوضات، وحيث أن واضعوا التقنين المدني المصري الحديث قد تأثروا بالعديد من أحكامه بالقانون الألماني فليس من الغرابة أن يتعرضوا لنظرية أهرنج، حيث تضمن المشروع التمهيدي نصاً يقرر هذه النظرية في المادة 204 منه والتي جاءت بأنه " 1- إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال فعلى الطرف الذي يتمسك بالبطلان أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد، دون أن يتجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التي كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحاً، 2- على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد في وقوع هذا البطلان أو كان يعلم بسببه أو ينبغي أن يعلم به ". ولكن هذا النص تم حذفه لاحقاً[266].

وعن موقف المشرع الفلسطيني في مشروع قانونه المدني فكاد يخلو من أي نص ينظم عملية التفاوض، ومع ذلك فهو لا يخلو من القاعدة التقليدية التي تنص على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "[267].

إن عدم ورود نص يتعلق بمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد أو في مرحلة إبرام العقد وتكوينه لا يعني بالضرورة عدم سريانه، فمبدأ حسن النية يعتبر مبدأ عام يسري في جميع العلاقات التعاقدية حتى لو لم ينص عليه صراحة أو تتم الإشارة له، فلو عدنا إلى نص المادة (2/1)[268] من مشروع القانون المدني الفلسطيني نجدها تميل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والعرف في حال غياب النص التشريعي[269].

من أبرز ما يميز نظرية الخطأ عند تكوين العقد أنها تبنت فكرة الخطأ بحد ذاته، وقامت على وصف من تسبب بعدم انعقاد العقد " بالخطأ "، فهي لم تقيم المسئولية على عقد ظني، بل وأكثر من ذلك

---

265 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص235.

266 مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ص260-263.

267 المادة 148 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

268 نصت المادة (2/1) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على " إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".

269 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص235.

ذهبت إلى حد افتراض مجرد اعتقاد البائع وعدم تأكده تماماً من ما قد يصيب المبيع من عيوب خطأ يوجب المسئولية[270].

وكذلك عملت على ابتداع فكرة الخطأ عند التعاقد دون إسنادها إلى أساس معين سواء كان ذلك الأساس عقدي أم تقصيري، وبالتالي قد جعلت ما يترتب عليها من نتائج ممكنة الأخذ بها في كافة الأنظمة القانونية، فقد جعل اهرنج من الخطأ عند التعاقد نوعاً ثالثاً يقف إلى جانب الخطأ العقدي و الخطأ التقصيري، مما يرتب المسئولية على أحد الأطراف والتزامه بالتعويض بمجرد رجوع ثبوت سبب البطلان، وهذا بدوره يعطي لهذه النظرية صلاحية للولوج في معظم الأنظمة القانونية المختلفة[271].

إضافة إلى ذلك أنها ابتكرت فكرة التعويض عن المنافع السلبية العقدية بما لا يجاوز المنفعة الايجابية للعقد وذلك بشرط إثبات وقوع الضرر.

الاتجاه الثاني: العقد التمهيدي والاتفاقات التمهيدية

نادى أنصار هذا الاتجاه بفكرة العقد التمهيدي وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي " سالي "، ومضمون الفكرة هو وجود عقد تمهيدي عبارة عن وعد بالتعاقد إلى جانب العقد الأصلي، ويتضمن الوعد بالتعاقد تعهداً جدياً من جانب الواعد، ويثير مسئوليته العقدية إذا صادف قبولاً من الطرف الآخر، وبالتالي فإن المسئولية العقدية تتحقق حتى في حالة عدم إبرام العقد الأصلي[272].

العقد التمهيدي: قد يلجأ أطراف العقد التجاري الدولي في بعض الحالات إلى إبرام عقود من شأنها أن تمهد للعقد النهائي المرجو، ويكون العقد التمهيدي مستقلاً بذاته ويترتب على مخالفته المسئولية العقدية حتى لو لم يبرم العقد النهائي " الأصلي "[273].

مع تزايد عدد السكان في العالم وظهور المجتمعات الاستهلاكية وبالتالي الزيادة في الطلب على السلع والخدمات وزيادة أعداد الشركات الكبرى التي تبرم عقوداً دولية، أدى ذلك جميعه إلى ظهور عقود تجارية كبرى ومركبة شديدة التعقيد لتلبية الحاجة المطردة في السوق المحلي والتجاري الدولي، وفي هذا الإطار ظهرت العقود التمهيدية التي تهدف كما أسلفنا إلى تسهيل إبرام العقد الأساسي، مثل عقد الإطار

---

270 د.لطفي، محمد حسام محمود، النظرية العامة للالتزام، (الأحكام، الإثبات)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص90.

271 د. عبدالله، فتحي عبدالرحيم، شرح النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط3، دون مكان نشر، 2001، ص413-414.

272 د. المهدي، نزيه محمد الصادق، مرجع سابق، ص304.

273 د. النكاس، جمال فاخر، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق الكويتية 1996، ص14-15.

لتوزيع المشتقات النفطية، هذا من الجانب العملي، أما من الناحية التشريعية فإن المشرع في بعض التشريعات كالقانونين الفرنسي[274] والمصري[275] نظم العقود التمهيدية وترك المجال مفتوحاً أمام الفقه والقضاء لتأكيد وجود اتفاقيات ممهدة للعقود، كما نظم أنواعاً من هذه الاتفاقيات بنصوص خاصة[276]، كاتفاقيات العمل الجماعية[277]، ويعود هذا التقسيم إلى أمرين:

أولاً: نية الأطراف

تتجه نية الأطراف إلى إبرام عقد تمهيدي ولكن في بعض الأحيان تتجه إلى مجرد الاتفاق وبشكل مبدئي على التفاوض تمهيداً للتعاقد، من غير أن تتجه نية الأطراف إلى التعاقد في الوقت الحالي، فيتفق في هذه الحالة الأطراف على عدم قيام أي عقد في مرحلة التفاوض مع التأكيد على ذلك كتابة، فكل ما يتم الاتفاق عليه في هذه المرحلة لا يعدو أن يكون اتفاقاً ممهداً[278].

ثانياً: المسئولية

يرتبط هذا الأمر بالمسئولية المترتبة على عدم الالتزام بما يتم التوصل إليه، فإذا كنا أمام عقد تمهيدي فإن المسئولية تكون عقدية بكل ما تعنيه هذه الصفة وما يترتب عليها من آثار في إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية ومدى التعويض، وإن خرق الاتفاق التمهيدي يثير المسئولية العقدية للطرف الغير ملتزم وبكل ما ترتبه من آثار في إثبات وجود الالتزام والخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما وفي مدى التعويض[279].

---

274 المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي.

275 المادة 89 من القانون المدني المصري.

276 اعتبر المشرع الفرنسي أن وجود مثل هذه الاتفاقيات في مرحلة المفاوضات، يجعل من المسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المترتبة على عاتق الأطراف مسئولية عقدية، وذلك استنناء على الأصل وهو اعتبار المسئولية وفقاً للمشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد في هذه المرحلة السابقة على التعاقد هي مسئولية تقصيرية.
أنظر في ذلك: د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص6.

277 كالقوانين المصري والفرنسي والكويتي التي تنظم اتفاقية العمل الجماعية وإن اختلفت في تسميتها، ينظر في ذلك: د. النكاس، جمال فاخر، قانون العمل الكويتي المقارن، د.م 1993، ص27.

278 سالم، عمر، مرجع سابق، ص8.

279 د. مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص540 وما بعدها، و د. عبد الواحد، فيصل زكي، المسئولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، 1992، ص147.

المطلب الثاني

نظرية المسئولية التقصيرية

ذهب الكثير من فقهاء القانون إلى أن فكرة المسئولية التقصيرية هي التي تحكم مرحلة التفاوض وتعد من أيسر وأسهل النظريات تطبيقاً على تلك المرحلة، وحجتهم في ذلك هي عدم وجود عقد ينظم تلك المرحلة[280]، وأسس أنصار هذا الاتجاه هذه النظرية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق[281]، غير أن ذلك يستوجب وجود حق مقرر قانوناً أو اتفاقاً يتعسف الطرف الساعي للتعاقد في استخدامه وليس ثمة مثل هذا الحق[282].

لم تحدد مبادئ الينيدروا طبيعة المسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المترتبة على الأطراف في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، أما في فلسطين فيعد قانون المخالفات البريطاني الساري المفعول[283]، والذي عمل على تحديد طبيعة الالتزام في المسئولية التقصيرية عن الإهمال الناتج عن التقصير بالقيام بفعل يفرضه واجب قانوني، أو القيام بعمل ينهى عنه واجب قانوني، على نحو يشكل انحرافاً عن السلوك المعتاد، ولعدم توافر مثل هذا الواجب القانوني في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في القوانين السارية في فلسطين، فلا يمكن إقامة مسئولية المفاوض على أساس المسئولية التقصيرية[284].

ووفق ما جرى عليه العرف والعادات، فإنه يحق للجميع التفاوض على إبرام العقود ولكن دون إلحاق الضرر بالغير، فإذا أخطأ المفاوض وسبب ضرراً للطرف الآخر بسبب عدوله عن التعاقد دون مبرر مشروع، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فهنا تتحقق مسئوليته بجبر الضرر والتعويض وفق نظرية التعسف في استعمال الحق[285].

وكما ذكرنا سابقاً فإن مشروع القانون المدني الفلسطيني يخلو من أية نصوص قانونية تنظم عملية التفاوض، لذلك فإنه ينظر إلى المفاوضات على أنها مجرد أعمال مادية، فإذا ما حصل إخلال من أحد الطرفين كالعدول عن المفاوضات دون عذر مشروع، وكان عدوله هذا مقترناً بخطأ يتمثل بالإخلال بالواجب القانوني المفروض عليه كمتفاوض، على نحو يلحق ضرراً بالغير، كان مسئولاً وفق أحكام

---

[280] د. لطفي، محمد حسام، مرجع سابق، ص58. وينظر أيضاً: د. خاطر، صبري حمد، مرجع سابق، ص131.

[281] د. زكي، محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص154.

[282] د. خاطر، صبري حمد، مرجع سابق، ص131.

[283] قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944، منشور في الوقائع الفلسطينية، (الانتداب البريطاني) بتاريخ 28.12.1944، العدد 1380، ص366.

[284] السويطي، روزان طالب محمود، مرجع سابق، ص78.

[285] د.التكروري عثمان، د. السويطي، أحمد، مرجع سابق، ص453 وما بعدها.

المسئولية التقصيرية[286]، حيث نصت المادة 451 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه " فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه ".

أما في فرنسا واستناداً إلى نص المادتين (1112 و 1104) من القانون المدني الفرنسي الجديد، واللتين فرضتا التزاماً قانونياً بالالتزام بالتفاوض بحسن نية، فقد جعلتا المسئولية الناشئة عن قطع المفاوضات السابقة على التعاقد مسئولية تقصيرية، وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد، حيث لم يعتبر أن العقد قد انعقد في تلك المرحلة وبالتالي لا يمكن اعتبار المسئولية هنا مسئولية عقدية وإنما تقصيرية[287].

فقد قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بأنه " يحق للضحية، نتيجة الخطأ الذي وقع خلال مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد، الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه استناداً لأحكام المسئولية التقصيرية"[288].

في التشريع الفرنسي وتحديداً قبل التعديل التشريعي للقانون المدني كان الحديث عن مبدأ حسن النية مقتصراً على مرحلة التنفيذ فقط، بمعنى أن الالتزام يمثل التزاماً من الالتزامات التعاقدية، أي التزاماً يقع على المدين بالتنفيذ بالدرجة الأولى، ولكن بعد الإصلاح والتعديل التشريعي لم يعد مصدر هذا الالتزام مقتصراً على العقد والمدين وعلى مرحلة التنفيذ فقط، وإنما أصبح مصدره القانون بالدرجة الأولى، فالعقد لم ينشأ بعد في مرحلة المفاوضات فمن غير الممكن أن يكون مصدراً للالتزام، ومن البديهي أنه أصبح يطال طرفي العقد لا المدين وحده[289].

وبذلك نرى أن المشرع الفرنسي وبمقتضى مرسوم 2016 قد كرس نظرية المسئولية التقصيرية، حيث تعد تلك التعديلات ترجمة لتغلغل الالتزامات الأخلاقية المتمثلة في حسن النية في الالتزامات القانونية، حيث اعتبرهما المشرع وجهين لعملة واحدة، فلا مجال بعد ذلك لإثارة أي مشكلة حول مدى اعتبار مبدأ

---

[286] محمد علي، يونس صلاح الدين، العقود التمهيدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص22.

[287] Cass.com.,15 mars 2005: Bull.civ., I, n136: D2005, 1462, Note Cathiard:RTD civ., 2005, 381, obs.Mestre et Fages; Rev. Societes 2005, 587, note Mathey (Manquement a lobligation de contracter de bonne foi: visa de l,art. 1383).

نقلاً عن: د. الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص6.

[288] أشار إليه: د. الشندي، يوسف، المرجع السابق، ص6.

[289] حميداني، محمد، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي، مقال منشور، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2019، ص304.

حسن النية التفاوضي التزاماً قانونياً، وذلك من خلال تقرير المشرع الفرنسي لإلزامية هذا المبدأ ليرقى به إلى جانب القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها مقيدة للحرية في مجال العقود[290].

وقد أورد المشرع الفرنسي في المادة 1104 (مستحدثة) مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، وكذلك عند إبرام العقد، فضلاً عن تنفيذه، وهذا يعني أن التقيد بهذا المبدأ قد بات التزاماً قانونياً يشمل كافة مراحل العقد، بدءاً من التمهيد له إلى إبرامه إلى تنفيذه، وهو ما نصت عليه المادة 1104 وقالت " يجب أن يتم بحسن نية كل من التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها "[291]، وقد حل هذا النص محل المادة 3/1134 مدني، على أن التقيد بحسن النية في المرحلة قبل العقدية لا يعني بالضرورة وجوب التفاوض قبل إبرام العقد بل وجوب الالتزام بحسن النية حال التفاوض على العقد، وهذا يتضح بجلاء من نص المادة 1112 مدني والتي تقضي صراحة بأنه " يعد جائزاً كل من الدعوة إلى التفاوض قبل التعاقدي ومباشرته وقطعه، مع مراعاة مقتضيات حسن النية "[292].

وعن قطع التفاوض فطبيعة المسئولية الناشئة عنه تكون مسئولية تقصيرية تتأسس على نص المادة 1240 (مستحدثة)، والتي حلت محل المادة 1382 (قديم)، وذلك باعتبارها قد تحققت في الفترة السابقة على التعاقد.

أما عن موقف القانون المصري، فلم يتضمن أي نص يحكم مرحلة المفاوضات وإنما ترك للفقه والقضاء مهمة الاجتهاد، لذا استقر الفقه المصري[293] على أن التفاوض ليس إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليه بذاته أي أثر قانوني، وتقوم المسئولية على من عدل، ولكن المسئولية في هذه الحالة لا تعتبر مسئولية عقدية مبنية على العدول، وإنما هي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت ويقع على الطرف المضرور عبء إثبات هذا الخطأ المستقل عن العدول والضرر اللازمين لقيام المسئولية التقصيرية[294].

وقضت محكمة النقض المصرية في 2012/3/13 بأنه " قد يقع خطأ الشخص وهو يستعمل حقه، فإذا جاوز الحدود المرسومة والمشروعة للحق الذي يستعمله، كان هذا أيضاً خطأ يوجب المسئولية"[295]، وقد حددت محكمة النقض في حكمها بتاريخ 2004/5/26 معايير التعسف بقولها " المقرر

---

290 Gilles Pillet, "The Reform of French Contract Law and of the General Rules on Obligations: the Civel Code faces the challenges of the market", 2016, International Business Law Journal 235-238.

291 المادة 1104 مستحدثة، نقلاً عن أ.د جابر، أشرف، مرجع سابق، 295.

292 المادة 1112 مدني، المرجع السابق، ص295.

293 أنظر: د. لطفي، محمد حسام محمود، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نظرية الحق، 1995، ص235 وما بعدها.

294 معظم الاتجاهات الحالية في الفقه والقضاء اتخذت ذات الموقف التشريعي المصري باستثناء القانون الألماني الذي اعتبر المسئولية في هذه المرحلة شبه عقدية، إلا في حالة إذا كانت مصحوبة باتفاق تفاوض فإنها تكون مسئولية عقدية.

295 نقض مدني، (المستحدث في دوائر المدنية)، منشور على موقع المطابع الأميرية، (أحكام النقض)، الهيئة العامة للمطابع الأميرية، الجيزة، مصر، س63، ص143.

في قضاء محكمة النقض أن مفاد النص في المادتين 4 و 5 من القانون المدني إن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ من ذلك من ضرر بالغير، وان استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق "[296].

وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف القاهرة بقولها " إن المسئولية التقصيرية من الناحية القانونية (المادة 163 مدني مصري) تقوم بتوافر الخطأ والضرر وعلاقة السببية، والخطأ يقوم على ركنين مادي ومعنوي ويتمثل في الخروج عن حدود الرخصة والحق... وان الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق (المادة 5 مدني مصري) ليست إلا مسئولية تقصيرية مفادها خطأ في ممارسة الحق، ففي استعمال الحقوق كما في مزاولة الرخصة يجب أن لا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي، فإذا انحرف ولو لم يخرج عن حدود الحق وكان انحرافه على صورة من الصور التي عددتها المادة الخامسة من القانون المدني المصري، عد انحرافه خطأ تحق معه مسائلته عن التعويض "[297]، وعلى ذلك نرى بأن المسئولية ستكون قائمة بحكم القانون لا على أساس التصرف الباطل.

كما أسس القضاء المصري المسئولية على انتهاك حسن النية في مرحلة المفاوضات على أساس المسئولية التقصيرية، حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية أن تكييف المسئولية عن قطع المفاوضات هي مسئولية تقصيرية فقالت " إن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب على هذا العدول مسئولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر، ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول، ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسئولية التقصيرية "[298].

وبتحليل القرار القضائي السابق نرى أن نظرية المسئولية التقصيرية تشترط إقامة الدليل على توافر الخطأ التقصيري أو الإهمال من جانب أحد الأطراف لتحقق مسئوليته عن عمل غير مشروع والعكس صحيح، فإذا لم يتوافر هذا الخطأ أو الإهمال فلا مجال للتمسك بإعمال قواعد المسئولية التقصيرية، والمتمثلة في أن يكون الخطأ مستقلاً استقلالاً تاماً عن العدول، فاشتراط وجود أفعال هي خطأ في ذاتها

---

[296] نقض مدني، (المستحدث في دوائر المدنية)، منشور على موقع المطابع الأميرية، (أحكام النقض)، الهيئة العامة للمطابع الأميرية، الجيزة، مصر، س55، ق105، ص571.

[297] قرار محكمة الاستئناف رقم 1081، الصادر بتاريخ 23.6.1957، مشار إليه لدى د. جمعة، عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، الجزء الأول، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، 1977، ص168.

[298] نقض مدني رقم 1967/52، صادر بتاريخ 1967/2/9، منشور بمجموعة أحكام النقض، س18، ص334 وما بعدها.

أمر غير محق، فلن تنهض المسئولية وتتحقق الحماية القانونية للمتفاوض المتضرر إلا إذا وجد خطأ مستقل عن العدول عن المفاوضات، كما أنه ليس من السهولة إقامة الدليل على توافر الخطأ الثابت، بمعنى أنه يجب على الطرف المتضرر إثباته، وهذا بدوره يشكل عبء عليه.

أما عن الحالة التي تتوافر فيها المسئوليتين العقدية والتقصيرية معاً، فساد الرأي الفقهي الذي ينادي بعدم جواز الخيرة بين المسئوليتين، كون أن كل منهما تتمتع بنظام قانوني خاص بها، مما يؤدي إلى استبعاد أحدهما من نطاق الأخرى[299]، وتبعاً لذلك فلا يستطيع المتضرر أن يرفع إلا إحدى الدعويين، حيث نصت المادة 2/61 من قانون المخالفات المدنية على أنه " ليس لشخص أن ينال تعويضاً أو نصفة أخرى عن مخالفة مدنية، إذا كانت تلك المخالفة تؤلف في الوقت نفسه، إخلالاً بعقد، أو بالتزام يماثل الالتزامات الناشئة عن العقد، وكان ذلك الشخص أو شخص آخر يدعي عن طريقه، قد حكمت له بتعويض عن ذلك الإخلال أية محكمة أو هيئة قضائية أو محكم ".

كما نصت المادة 63 من ذات القانون على أنه " لا يجوز لأي شخص أن ينال تعويضاً عن الإخلال بشروط عقد، أو بشروط التزام يماثل الالتزامات الناشئة عن العقد، إذا كان ذلك الإخلال يكون أيضاً مخالفة مدنية، وكان ذلك الشخص أو شخص آخر يدعي عن طريقه، قد حكمت له محكمة بتعويض أو بنصفة أخرى عن تلك المخالفة المدنية ".

ومن تحليل النصين السابقين يتبين لنا أنه لا يجوز الجمع بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية عن الفعل الواحد، وتبعاً لذلك لا يحق للمتضرر أن يطالب بتعويض الضرر بناء على كلا المسئوليتين، حيث أنه لا يجوز التعويض مرتين عن الضرر الواحد، فالأصل في تشريع المسئولية هو جبر الضرر فقط وليس أن يعوض أحد بأكثر من ذلك ويثري بلا سبب على حساب المتسبب بالضرر.

كما لا يجوز أن يجمع الدائن بين المسئوليتين، كأن يأخذ من أحكام كل منهما ما هو أنسب له، كأن يتمسك بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في المسئولية عن الفعل الضار، فكل منهما لها نظامها القانوني الخاص، أو أن يتمسك بعدم سماع الدعوى بمضي خمسة عشر عام في المسئولية العقدية، وبالتضامن المفترض[300].

---

[299] ذهب علي علي سليمان إلى غير ذلك، وقال بأنه متى توافرت شروط الدعويين، جاز للمتضرر أن يرفع الدعوى الذي يختارها. أنظر: د. علي، علي سليمان. دراسات في المسؤولية المدنية، د. م.ج، الجزائر، 1994.ص 109. وأنظر بلحاج، العربي، مرجع سابق، ص180.

[300] السويطي، روزان طالب محمود، مرجع سابق، ص80.

ورأى جانب من الفقه أنه من حق المتضرر الدائن أن يختار أياً من الدعويين، فإذا اختار أحدهما لا يستطيع أن يختار الأخرى حتى لو خسر نتيجة الحكم بها[301].

في فلسطين ذهب رأي إلى أن قانون المخالفات المدنية يسمح بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية عن المخالفة المدنية مسترشداً بنص المادتين 2/61 و 63 السابق ذكرهما[302]، ولكن جاء نص المادة السابعة من قانون المخالفات المدنية بأنه " يصح لمن كان دون الثامنة عشرة من عمره أن يقيم الدعوى بشأن مخالفة مدنية، ومع مراعاة أحكام المادة الثامنة من هذا القانون، تصح إقامة مثل هذه الدعوى عليه، ويشترط في ذلك أن لا تقام الدعوى على أي شخص كهذا بشأن مخالفة مدنية، إذا كانت تلك المخالفة ناشئة، مباشرة أو بالواسطة، عن عقد معقود معه ".

ووفقاً للنص يتضح لنا أنه إذا كانت المخالفة ناشئة عن عقد تكون المسئولية عقدية، ولا يجوز اللجوء إلى المسئولية عن المخالفة المدنية أي الفعل الضار، وتبعاً لذلك لا يخير المضرور بين المسئوليتين بل عليه اللجوء إلى دعوى مستندة للمسئولية العقدية فقط، ففي حال الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية مقام علاقة عقدية يعد ذلك بحد ذاته إهدار لنصوص العقد والقوة الملزمة له.

وهذا الرأي رهين بعدم ثبوت أن الضرر الواقع كان نتيجة فعل من أحد المتعاقدين، مع ضرورة الانتباه إلى أن استخلاص عناصر الغش وتقديرها يدخل ضمن حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع[303].

نرى بدورنا وعلى هذا الأساس بأنه لا يمكن أن تقدم المسئولية التقصيرية ضماناً كافياً وحماية فعالة لعملية التفاوض دائماً، ولاشتمال المسئولية العقدية كذلك على بعض العيوب والانتقادات، فلا يجب الإقرار بأن المسئولية عن عدم إبرام العقد في مرحلة المفاوضات هي مسئولية عقدية أو تقصيرية دائماً، وإنما نرى أنه يمكن تطبيقهما على الأخطاء المرتكبة خلال تلك الفترة، وذلك بالنظر إلى وضعية كل حالة على حدة، مما دفع جانب من الفقه إلى القول بوجود مسئولية خاصة تلاءم طبيعة هذه المرحلة.

---

301 سعد، نبيل ابراهيم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 2005، ص352.

302 أ.د دواس، أمين، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، فلسطين، 2012، ص159.

303 السويطي، روزان طالب محمود، مرجع سابق، ص82.

المطلب الثالث

نظرية المسئولية الخاصة

تعددت الاتجاهات الفقهية في تكييف المسئولية في مرحلة المفاوضات، فالبعض كيف المسئولية في حالة الإخلال في هذه المرحلة بأنها مسئولية عقدية، والبعض الآخر يرى أنها تقصيرية، وسبب هذا الخلاف بين الفقهاء هو تكييف مرحلة المفاوضات للعقد ذاتها، فالبعض ذهب إلى أنها مجرد وقائع مادية ولكل طرف حق العدول عنها، وهذا العدول بذاته لا يصلح أن يكون سبباً لنهوض المسئولية، والجانب الآخر ذهب إلى أنها ذات طبيعة عقدية لأنها تتمخض عن تصرف قانوني ينشأ بين طرفي العقد ما يرتب المسئولية العقدية.

في واقع الأمر نرى أن مرحلة المفاوضات أو كما يسميها البعض بالمرحلة التمهيدية للعقد لم تعد مجرد أعمال مادية يتم خلالها تبادل الآراء ووجهات النظر فحسب وصولاً لإبرام العقد النهائي، بل أصبح لها نظام قانوني خاص بها انطلاقاً من مبدأ حسن النية والالتزامات المتفرعة عنه، وبذلك انحسر مبدأ الحرية التعاقدية[304].

تتمتع مرحلة المفاوضات بخصوصية ظهر على أثرها اتجاه جديد ينادي بتكييف المسئولية في حالة الإخلال في هذه المرحلة بالمسئولية الخاصة، أو مسئولية عن عدم إبرام العقد، وذلك لمعالجة الأخطاء التي تقع خلال تلك المرحلة، وبالتالي فإن المسئولية الناجمة عن الأخطاء التي تقع خلال هذه المرحلة المتميزة أو الخاصة هي بطبيعة الحال مميزة مع طبيعة المرحلة التي تعالجها، باعتبار أن هذه المسئولية تحمل في طياتها طبيعة وأوصاف الحق ذاته الذي تحميه، وأن أساس هذه المسئولية هو الثقة والأمان ومبدأ حسن النية في التعامل[305].

وبرأينا أنه لا ضير من ابتداع ذلك النوع الثالث من المسئولية التي يتم اللجوء لها في حالة تعذر معرفة الخطأ الناتج عن الإخلال بالتزام عقدي كان أم تقصيري من جانب الطرف المخل، كونها تحل الإشكاليات بسهولة على أساس الطبيعة الخاصة التي تتميز بها، فهي مسئولية تحمل طبيعة وأوصاف الحق نفسه الذي تحميه، وتعالج خطأ يتمتع بخصوصية متمثلاً بالإخلال بالثقة المشروعة المتولدة في هذه المرحلة، كما تعالج ضرراً ناتجاً عن هذا الإخلال.

---

304 د. ناجي عبد المؤمن، عقود التجارة الدولية طويلة المدة وحدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، 1994، ص35 وما بعدها.

305 د. خاطر، صبري حمد، مرجع سابق، ص132 وما بعدها.

وبعد استعراضنا لطبيعة المسئولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد نرى أن كل من أنواع المسئوليات التي تم ذكرها في هذا المبحث تصلح لأن تكون مسئولية تنشأ عن الإخلال في هذه المرحلة، ففي الحالة التي يوجد بها اتفاقات أو عقود تتخلل مرحلة المفاوضات وتسبق إبرام العقد النهائي، تكون المسئولية العقدية لجبر الضرر هي الأنسب للتطبيق، وذلك لإعطاء الأهمية القانونية اللازمة لمثل تلك الاتفاقات، أما في حالة عدم وجود أي من هذه الاتفاقات أو العقود التي تنظم تلك المرحلة، فنجد أن أحكام المسئولية التقصيرية هي الأمثل للتطبيق، وفي الوقت الذي يتعذر فيه تحديد الخطأ الناتج عن الإخلال كان عقدياً أم تقصيرياً، فهنا لا بد من اللجوء إلى إعمال أحكام المسئولية الخاصة، كونها تعالج خطأ يتمتع بخصوصية وضرراً ناتجاً عنه.

ورأيي كباحثة أرى أن القول بوجود مسئولية خاصة تلاءم طبيعة تلك المرحلة هو رأياً سديداً، حيث أنه لا يشترط في مرحلة المفاوضات إبرام عقود تمهيدية تسبق العقد النهائي، لذلك لا نستطيع تطبيق أحكام المسئولية العقدية إلا في حالة وجود مثل تلك الاتفاقات، فالأصل أن المفاوض حر في عدم الاستمرار في التفاوض، وأنه غير ملزم بإبرام عقد نهائي، وباعتقادنا نرى بأن المسئولية المثلى للتطبيق هي المسئولية الخاصة التي تكون أقرب إلى أحكام المسئولية التقصيرية منها إلى العقدية.

المبحث الثاني

أركان المسئولية

إن المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية في قطع المفاوضات ومهما كانت الأسباب التي تقوم عليها، لابد لقيامها من تحقق أركان وجب توافرها، وتتلخص تلك الأركان في ثلاث نقاط ألا وهي الخطأ والضرر الناتج عنه، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ويعد توافر تلك الأركان أساسياً لنهوض المسؤولية بغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه المسئولية في قطع المفاوضات والعدول عنها، وسنقوم ببحث الأركان في مطالب ثلاث تبعاً لما يلي:

المطلب الأول

ركن الخطأ في المسئولية الناشئة عن المفاوضات

تساهم المسؤولية بشكل كبير وايجابي في مرحلة التفاوض على العقد، حيث تحقق الطمأنينة لأطراف التفاوض، ففي حال أخل أحد الأطراف بالتزاماته الناشئة عن اتفاق التفاوض وعلى رأسها مبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات فيكون أمام مسؤولية عقدية، وقد تنهض مسئولية تقصيرية إلى جانبها في حال كان الإخلال ناتج عن خطأ عقدي بالإضافة إلى خطأ تقصيري في نفس الوقت، ويحدث في حال كان هذا الإخلال يعد جريمة أو يبلغ حد الغش أو الخطأ الجسيم ويتحقق ذلك في حالات خاصة[306].

لذا فإن أهم عناصر المسئولية وأساسها هو الخطأ قبل التعاقدي في مرحلة المفاوضات، ويستوي أن يكون هذا الخطأ عن عمد أو إهمال أو لسبب غير معروف، فيتم حينها مساءلة المخطئ عن تعويض الطرف الآخر المتضرر نتيجة ذلك الخطأ.

وفيما يلي نوجز شرحاً لكل من صور الخطأ قبل التعاقدي وتحديد السلوك الخاطئ الذي بموجبه تتم مساءلة من صدر منه هذا الخطأ عن التعويض.

---

306 نور الهدى، تواتى أحمد، النظام القانوني للتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2013، ص49-50.

أولاً: الخطأ العقدي

يلزم لقيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بعقد التفاوض أو اتفاق التفاوض توفر عقد صحيح بين المسئول والمضرور، ولا وجود للمسؤولية بدونه، ويعد هذا من القواعد العامة التي تقوم عليها المسؤولية العقدية[307].

ومما سبق يتضح لنا بأن الخطأ العقدي يتمثل بعدم التزام أو تنفيذ المتفاوض بما ورد في عقد التفاوض، أو في لحظة بدء التفاوض أو أثناءه، أو حتى قد يكون بالانسحاب من المفاوضات في لحظة أوشكت فيها المفاوضات على الانتهاء، كالعدول في لحظة التوقيع على ما توصل إليه المتفاوضين من اتفاق[308].

وهناك عدة صور للخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات من أهمها وأوسعها انتشاراً ما يلي:

1. رفض الدخول في مفاوضات

ينتج عن عقد التفاوض التزام بالتفاوض، وتكون المفاوضات ملزمة ولا يستطيع أي من الأطراف المتفاوضة التنصل من هذا الالتزام دون موافقة الطرف الآخر تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[309]، وحقيقة يعد مجرد الامتناع عن البدء بالمفاوضات خطأً عقدياً يستوجب المسؤولية العقدية، كما رأينا أن البدء في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية[310].

ويعد رفض الدخول في المفاوضات أو البدء فيها دون أن تتوافر لدى أحد الأطراف نية حقيقية وجادة للتعاقد، أو حتى الاستمرار بها مع علمه بأنها لن تؤدي بالنهاية إلى التعاقد من قبيل التعسف الذي يرتب مسئولية على الطرف المخل المنتهك لمبدأ حسن النية في هذه المرحلة السابقة على التعاقد[311].

2. قطع المفاوضات دون مبرر مشروع

الأصل في قطع المفاوضات أنه لا يرتب أية مسئولية كون المبدأ العام "حرية التعاقد" الذي يعطي للأطراف الحق في قطع المفاوضات دون الحاجة إلى تبرير ذلك، ولكن في الوقت ذاته تم اشتراط عدم

---

307 عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص592.

308 صالح، علي أحمد، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012، ص732-733.

309 نصت المادة 215 من القانون المدني المصري صراحة على أن المدين لا يلزم بالتعويض إذا أثبت أن سبباً أجنبياً لا يد له فيه قد جعل التنفيذ مستحيلاً، وجاءت ب " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ".

310 قضت محكمة النقض الفرنسية في 15 مايو من العام 1992، بأن الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه لا يعني أبداً إلغاء حرية المتعاقدين وإجبار الطرفين المتفاوضين على إبرام العقد النهائي، ولكن يعني الالتزام بعدم الخروج عن مسلك "الرجل العادي" أثناء التفاوض، بمعنى أنه لا يحق له أن ينسحب من المفاوضات بأي طريقة تعسفية. منشور على الموقع الالكتروني: www.legifranccce.gouv.fr

311 د. الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص8.

تعسف الطرف في استخدام حقه هذا، لذلك لم يرسخ القضاء الفرنسي أية قرينة على خطأ الشخص الذي يقطع المفاوضات[312]، ولكن وجب على الطرف المتضرر نتيجة القطع التعسفي حمل الدليل على خطأ الطرف الآخر، فالخطأ لا يتمثل في القطع ذاته وإنما في الظروف المحيطة بعملية قطع المفاوضات[313] كانتهاك مبدأ حسن النية وأمانة التعامل والنزاهة.

تعد هذه الصورة من أكثر الصور الشائعة في الواقع العملي وتؤدي إلى فشل المفاوضات، وتتخذ بقرار من جانب واحد فجأة وذلك بوقف المفاوضات الجارية، وهنا تثور مسألة الفصل بين القطع والانسحاب غير المشروع وما يميزه عن الانسحاب والقطع المشروع[314].

ومعيار التفرقة هنا يقوم على أساس انعدام المبرر المشروع لهذا القطع، ولمعرفة المبرر والتفرقة في قطع المفاوضات أو الانسحاب منها وجود أسباب موضوعية تدعو لقطعها أو في حال تلقي المفاوض عرضاً أفضل بكثير[315] من عرض الطرف الآخر الذي يفاوضه[316]، ففي حال قامت شركة بدعوة عدة شركات لمفاوضات لإبرام عقود لمنتجاتها وتوزيعها في عدة بلدان، وبعد أن حقق لها هذا الإعلان الكافي وهو غرضها من التفاوض، تنسحب منه دون توقيع الاتفاقية لأي سبب أو لحجة غير مشروعة، فهنا نكون أمام حالة قطع مفاوضات غير مشروعة[317].

والمبرر المشروع يتمثل في توافر أسباب موضوعية تدعو إلى قطع المفاوضات وليس أسباب شخصية، لذا تكون هذه الأسباب مشروعة إذا تمثلت بأسباب اقتصادية بحتة، كأن يكتشف المفاوض أن استمراره في المفاوضات وبالتالي إبرام العقد النهائي يلحق بمصلحته الاقتصادية أضراراً، كالحالة التي يتعنت بها المفاوض الآخر برفض ما يعرض عليه من شروط معقولة وتمسكه بشروط مجحفة من الناحية الاقتصادية، أو كأن يتلقى المفاوض عرضاً أفضل من طرف ثالث من الغير، ويرفض المتفاوض الآخر

---

312 Cass.2e civ., 1er avr. 1998, Juris-Data n 001718 نقلاً عن: د. الشندي، يوسف، المرجع السابق، ص7.

313 Cass.com., 26 nov.2003, Bull. civ. IV, n 186 نقلاً عن المرجع السابق، ص7.

314 عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص595.

315 قام المدعي وهو شركة بناء ليتوانية بإجراء تقديم عطاءات لصفقة بناء للمدعى عليه وهو شركة ليتوانية أخرى، وأعلن المدعى عليه فوز المدعي في العطاء والبدء في إجراء مفاوضات معه للاتفاق على شروط العقد المزمع إبرامه، وفي اللحظة الأخيرة وقبل توقيع العقد قطع المدعى عليه المفاوضات بسبب عرض صفقة أكثر ربحية، طالب المدعي بدفع تعويضات نتيجة النفقات التي تكبدها والخسائر التي لحقت به نتيجة لتصرف المدعى عليه، وجدت المحكمة أن المدعى عليه تصرف بسوء نية وبالتالي كان مسئولاً عن دفع تعويضات لا تغطي فقط النفقات التي تكبدها المدعي، وإنما تشمل أيضاً قيمة الفرصة الضائعة، واستندت المحكمة في قرارها إلى المادة 6/163 من القانون الليتواني والتي تتوافق حرفياً تقريباً مع نص المادة 2.1.15 من مبادئ اليونيدروا، وكذلك أشارت المحكمة في قراراها إلى هذه المادة من المبادئ وتعليقاتها.
قرار رقم k3-3-38 صدر عن المحكمة العليا في ليتوانيا بتاريخ 19.1.2005.
منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1181

316 صالح، علي أحمد، مرجع سابق، ص736-737.

317 أشار إليه: عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص595.

أن يتعاقد معه على أساس العرض المنافس، فلقد تم اعتبار التعويل على شخصية المتعاقد الآخر في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي من ضمن الأسباب الموضوعية المبررة لقطع المفاوضات[318].

كما يتضح لنا أن المعيار الذي يقاس به الخطأ في قطع المفاوضات هو معيار موضوعي وليس شخصي، لذلك هو معيار ثابت لا يتغير من شخص إلى آخر، ويمكن الاعتماد عليه في جميع الحالات، فلا يعد من قبيل التعسف في قطع المفاوضات توافر سبب أو مبرر مشروع لذلك القطع، حيث لم تعط محكمة النقض الفرنسية مفهوماً محدداً للمبرر المشروع، فإذا تم القطع في مرحلة متقدمة من المفاوضات، فمن الممكن أن يكون له مبرراً مشروعاً، أو كان يخلو القطع من الأساليب التدليسية والمراوغات الغير نزيهة، فيكن بهذه الحالة محترماً لمبدأ حسن النية وأمانة التعامل، وفي هذه الحالات وجب على القاضي أن يبحث بدوره عن مدى وجود مبرر مشروع لقطع المفاوضات قبل النطق بالحكم[319]، وإذا كانت تلك الأسباب الموضوعية تبرر ذلك القطع من عدمه، وقطع المفاوضات قد يكون قبل صدور الإيجاب وقد يكون بعده، حيث أن أوجه الخطأ تختلف في الحالتين، وسنعرض فيما يلي كل منهما:

أ. قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب

انطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد، فإن الأطراف المتفاوضة في الأصل تتمتع بقدر كبير من الحرية في عدم إبرام العقد النهائي، فتلك المرحلة تعد بالنسبة لهما مرحلة تحضير وإعداد وتمهيد تسبق الإبرام النهائي للعقد، فهما لم يتوصلا إلى اتفاق نهائي، كما لم تتولد لهما ثقة كاملة وإرادة باتة وعازمة على التعاقد، فكل ما هو موجود فقط إرادة أولية غير مستقرة تحاول التوصل إلى اتفاق نهائي من خلال تبادل المقترحات والأفكار والعروض، فالمفاوضات تقوم على عنصرين " الدعوة إلى التفاوض والإيجاب المشترك "، ولهما الحرية في قطع تلك المفاوضات أو الانسحاب منها شريطة عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر[320].

فإذا لم يتوصل الطرفان إلى إرادة نهائية باتة على التعاقد قبل صدور الإيجاب، كان لهما مطلق الحرية في قطع المفاوضات أو العدول عنها، فتعد تلك المرحلة لهما مجرد محاولة للوصول إلى اتفاق نهائي من خلال تبادل العروض والمقترحات، ومحاولة كل منهما جس نبض الطرف الآخر، ومعرفة مدى استعداده للتعاقد معه وفقاً للشروط التي تحظى برضاه، وهذا لا يعني أن يقوم أحدهما بقطع المفاوضات

---

318 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص247.

319 د. الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص10.

320 د. لطفي، محمد حسام محمود، النظرية العامة للالتزام، المصادر، (الأحكام، الإثبات)، مرجع سابق، ص99.

حسب أهواءه الشخصية وبدون مسوغ مشروع، بل يجب أن يتم ذلك وفقاً لأسباب موضوعية ومشروعة، خاصة إذا أوشكت المفاوضات على الانتهاء أو وصلت إلى مرحلة متقدمة[321].

يقتضي مبدأ حسن النية من الطرف الراغب في قطع المفاوضات أن يخطر الطرف الآخر بعزمه على ذلك القطع في الوقت المناسب دون أن يفاجئه بذلك، وإلا أعتبر قطعه خطأ تترتب عليه المسئولية العقدية كونه ارتضى بالتعاقد من حيث المبدأ بقبوله الدخول في التفاوض على العقد النهائي، وإلا أعتبر سيء النية واستحق إنزال الجزاء المدني به[322].

إذن ووفقاً لما سبق، نستنتج أن المتفاوض حر في قطع المفاوضات في أي وقت قبل إبرام العقد النهائي شريطة أن يكون قطعه مستنداً لأسباب موضوعية مشروعة تبرر له ذلك القطع وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية وأمانة التعامل.

ب. قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب

وفقاً لنص المادة 77 من مشروع القانون المدني الفلسطيني[323]، والتي جاءت بأنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعد وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم دليل على عكس ذلك. " فالأصل في الإيجاب أنه غير ملزم طالما أنه لم يصل إلى الموجه له، فحتى هذه اللحظة يكون غير ملزم وعديم الأثر، ومع ذلك إذا تم تعيين ميعاد للقبول والتزم الموجب طوال تلك المدة بالبقاء عليه فيصبح ملزماً إلى أن ينقضي ذلك الميعاد.

وللموجب حقه في أن يعدل عن ذلك الإيجاب حتى بعد وصوله إلى علم الموجه له ما دام لم يتم قبوله بعد، شريطة أن يكون هذا الإيجاب غير ملزم، بمعنى أن لا يكون مقترناً بموعد للقبول صراحة أو ضمناً، لكن في حال وصوله فالأمر يختلف، حيث تتعارض مصلحتان، أولاهما مصلحة الموجب الذي يهمه أن لا يبقى ملتزماً بالإيجاب، وثانيهما مصلحة من وجه إليه الإيجاب بالبقاء على هذا الإيجاب قائماً حتى يتمكن من أن يتخذ قراره بتروي وتفكير عميق بالقبول أو الرفض[324].

وللموازنة بين المصلحتين المذكورتين تثور مشكلة عما إذا كان باستطاعة الموجب أن ينقض إيجابه بعد علم الطرف الآخر به، أو لا يستطيع، ولتفصيل ذلك وجب توضيح الحالتين التاليتين:

---

321 الشيخ، رمزي رشاد عبدالرحمن، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني مع التطبيق على عقد البيع التقليدي والالكتروني في مرحلتي المفاوضة والإبرام، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2006، ص58.

322 المرجع السابق، ص58.

323 يقابلها نص المادة 91 من القانون المدني المصري.

324 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص250.

الحالة الأولى: نقض الإيجاب الملزم

ففي هذه الحالة ذهب المشرع الفلسطيني في نص الفقرة الأولى من المادة 81 من مشروع قانونه المدني إلى أنه " 1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ... " ، وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع نجد أنها بينت أن يكون للموجب الحق في العدول عن إيجابه الغير مقترن بالقبول، ويبقى الإيجاب قائماً ما دام الموجب لم يعدل عنه[325].

وقد يكون لحق الموجب في الرجوع عن إيجابه نتائج سلبية تتمثل في حرمان المعاملات بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة من عامل مهم وهو الاستقرار، لذلك إذا لم يتم إلزام الموجب بإيجابه خلال مدة معينة، فإن ذلك قد يعرض من وجه له الإيجاب إلى أضرار ومخاطر، وذلك يؤدي إلى إشاعة الفوضى في المعاملات، لذلك ورد نص في مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة 84 منه يفيد بأنه " يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه، يعد رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ".

وفي النص السابق نرى أن المشرع ألزم الموجب بالبقاء على إيجابه خلال الموعد المحدد للقبول، فإذا لم يصدر القبول خلال هذا الموعد، أو زاد في الإيجاب أو عدل فيه، لا يصبح الإيجاب غير ملزم فحسب، بل يسقط سقوطاً تاماً، وبالتالي يفقد قوة الإلزام.

وفي غالب الأحيان يتحدد موعد القبول بصراحة في عرض الإيجاب، أو قد يكون ذلك ضمنياً يستفاد من ظروف التعامل وطبيعة الحال، ويخضع تقدير ذلك الموعد للقاضي وليس إلى رقابة محكمة أعلى، حيث أن المسألة هنا مسألة واقع وليس قانون، ويبقى الموجب ملتزماً بإيجابه طوال تلك المدة ما لم يتم رفضه من قبل من وجه إليه[326].

أما عن المشرع الفرنسي، فلم يتدخل بالنص في قانونه المدني على إلزامية الموجب بإيجابه إذا تم تحديد مدة معينة له، على عكس موقف الفقه الذي ذهب إلى إلزامية هذا الإيجاب، حيث ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن مصدر هذا الإلزام هو الإرادة المنفردة[327]، ولكن تم انتقاد هذا الرأي بأن الإرادة المنفردة ليست مصدراً عاماً من مصادر الالتزام، وإنما تحتاج إلى نص قانوني وإن لم تلتق بإرادة أخرى فلا تلزم صاحبها[328]، في حين ذهب رأي آخر إلى أن مصدر هذا الالتزام هو اتفاق ابتدائي ينشأ

---

325 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

326 خاطر نوري، والسرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الخامس، عمان، الأردن، 2011، ص64.

327 مشار إليه لدى: العربي، بلحاج، مرجع سابق، ص225.

328 أنظر: د. مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص 88.

عنه التزام الموجب بالبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة لذلك[329]، وأيضاً وجه لهذا الرأي انتقاداً من ناحية أنه لا يجوز أن نعتبر هذا الاتفاق اتفاقاً حقيقياً ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني بذلك[330].

وعن موقف المشرع المصري حول القوة الملزمة للإيجاب، فالقانون المدني المصري القديم يكاد يخلو من أي نص يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه، وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على المادة 129 التي تنص على أنه " كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم، أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه "، ولكن تم حذف هذا النص من المشروع النهائي، لذلك جاء القانون المدني المصري الحديث كذلك خالياً من النص على اعتبار الإيجاب ملزماً كقاعدة عامة.

غير أن القانون نص في حالات معينة على اعتبار أن الإيجاب ملزماً وذلك بموجب نص المادة 1/93 إذ جاءت بأنه "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد".

الحالة الثانية: نقض الإيجاب القائم

يوصف الإيجاب القائم بأنه غير ملزم في حالة صدوره من الموجب دون أن يقترن بمدة محددة، وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول ما إذا كان باستطاعة الموجب نقض إيجابه القائم؟

للإجابة على هذا التساؤل نستطيع القول بأن مجلة الأحكام العدلية وفي نص المادة 183 جاءت بأنه: " لو صدر من أحد العاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول قول أو فعل يدل على الإعراض بطل الإيجاب، ولا عبرة بالقبول بعد ذلك. مثلاً: لو قال أحد المتبايعين بعت واشتريت واشتغل الآخر قبل القبول بأمر آخر أو بكلام أجنبي لا تعلق له بعقد البيع، بطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعده، ولو قبل انفضاض المجلس ".

كما ذهبت المجلة أيضاً في نص المادة 182 إلى ما يلي: " المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، مثلاً: لو أوجب أحد المتبايعين البيع في مجلس البيع بأن قال: بعت هذا المال أو اشتريت ولم يقل الآخر على الفور اشتريت أو بعت، بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ينعقد البيع وإن طالت تلك المدة ".

---

[329] أنظر: عبدالباقي، عبد الفتاح، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، 1984، ص 46.

[330] خاطر، صبري حمد، قطع المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص127.

يتضح لنا من النصوص السابقة، أنه من حق الموجب الرجوع عن إيجابه في أي وقت صدر في مجلس ما دام لم يقترن بموعد للقبول ما لم يصدر قبول متطابق له قبل العدول، أو قبل انفضاض المجلس في حالة عدم العدول.

وعن موقف المشرع الفلسطيني في مشروع قانونه المدني، فقد أورد في نص الفقرة الأولى من المادة 82 منه ما يلي: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد من غير أن يتضمن ميعاداً للقبول فإن للموجب أن يعدل عن إيجابه في أي وقت ما لم يصدر قبول مطابق قبل أن ينفض المجلس ".

وفي الفقرة الثانية من نفس المادة فقد جاءت بأنه " إذا لم يعدل الموجب ولكن في مجلس العقد انفض بمغادرة الموجب له المكان، أو بصدور فعل أو قول منه يدل على إعراضه عن الإيجاب فإن ذلك يعد رفضاً ".

وعلى ذلك وبموجب هذا النص فإن المشرع الفلسطيني قد تأثر بأحكام الشريعة الإسلامية وتحديداً بالمذهب الحنفي، وبنص المواد (172-183) من مجلة الأحكام العدلية[331].

وعن المشرع المصري، فلقد بين أن الإيجاب يكون قائماً غير ملزم من خلال التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد، ويسقط في حالة عدول الموجب عنه قبل انفضاض المجلس، أو إذا انفض المجلس ولو لم يعدل عنه الموجب، وذلك وفقاً لنص المادة (1/94) من القانون المدني المصري، والتي نصت على أنه " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، كذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو أي طريق مماثل ".

والرأي الراجح هو أن للموجب الحق في العدول عن إيجابه إذا ما تسبب ذلك في إلحاق ضرر بالطرف الآخر، ولا يعفيه ذلك من التعويض متى كان عالماً بأنه دفع الطرف الثاني إلى تعاقد معرض لزوال، على الرغم من أنه ولد ثقة في نفس الطرف الثاني بأن التعاقد وشيك[332].

3. رفض الإيجاب الذي يؤدي إلى قطع المفاوضات

في حالات الإجبار القانوني على التعاقد[333]، يتم سلب حرية الأطراف بإبرام التصرف القانوني، وهذا بدوره يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة الذي تكون به إرادة المتعاقدين فوق أي اعتبار.

---

331 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

332 عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص604.

333 عبدالسلام، سعيد، الإجبار القانوني على التعاقد، بحث منشور في مجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس، مصر، 1998، ص76.

إن رفض الإيجاب يعد أحد مظاهر الحرية التعاقدية، فيستطيع الموجب له رفض الإيجاب أو قبوله بحرية تامة، أو أن يسكت، فهذه الحرية التعاقدية في قبول أو رفض الإيجاب لا يجوز البحث في بواعثها، وهذا هو الأصل، ولكن إطلاق هذه الحرية قد يؤدي إلى التعسف في استعمال هذا الحق بطريقة مجحفة، مما يؤدي إلى اختلال العملية التعاقدية بصورة خاصة إذا كان الإيجاب الموجه للطرف الثاني جاء نتيجة مفاوضات شاقة وطويلة من كلا الطرفين تمخض عنها ذلك الإيجاب[334].

رسمت كل من مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون المدني الفلسطيني طريقاً محدداً لحالة السكوت في إبرام العقد وإحداث الأثر، فوضعتا قاعدة عامة مفادها " لا ينسب إلى ساكت قول أو أثر لفعله "[335]، ولكنهما أوردا حالات استثنائية على تلك القاعدة يعد فيها السكوت قبولاً، فإذا كان هناك نص قانوني يدل على أن السكوت يعد قبول أو وجود تعامل مسبق صدر خلاله إيجاب ودل به السكوت على القبول، فيعد هنا قبولاً، وكذلك إذا تمخض الإيجاب عن منفعة لمن وجه له، وفي شرح المجلة لنص المادة 67 التي جاءت بأنه " لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان "منها نجد أنها تتضمن هذه الحالات سواء صراحة أو ضمناً.

وكذلك فقد نصت المادة 80 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على هذه الحالات صراحة بقولها " 1- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، يعد قبولاً.

2- ويعد السكوت قبولاً بوجه خاص:

1. إذا نص القانون على ذلك.

2. إذا كان هناك تعامل سابق، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد.

3. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

4. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم ينتظر تصريحاً بالقبول، ولم يتم رفض الإيجاب في وقت مناسب ".

أما إذا كان السكوت عن أمر معين عمداً فقد يكون فيه إخلالاً لمبدأ حسن النية والثقة التي يكون من حق الطرف الآخر أن يعتمد عليها، وهذا ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني

---

[334] رويني، نجوى ، " مقارنة في أسس تكوين العقد، مقال منشور في المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 3، 2019، ص7.

[335] المادة 67 من مجلة الاحكام العدلية.

الفلسطيني في المادة 124 والتي نصت على أنه " يعد تغريراً تعمد السكوت لإخفاء أمر إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم العقد لو علم به ".

يتضح لنا أن المشرع اعتبر السكوت العمد في هذه الحالة تغريراً إذا ثبت أن المغرر به ما كان ليبرم العقد لو علم بذلك الأمر.وهذا بدوره يشكل غلط أو تدليس، الذي يعد عيباً من عيوب الإرادة، فيكون الجزاء المقرر في هذه الحالة هو نفس الجزاء المترتب على عدم الالتزام بالوضوح الذي فرضه القانون[336].

إن رفض الإيجاب دون مبرر مشروع يعد خطأً على مرتكبه، فإذا كان من وجه إليه الإيجاب قد دعا إلى التعاقد وصدر الإيجاب بموجب هذه الدعوة، فإن رفضه يعتبر إخلالاً بالثقة المشروعة التي ولدتها الثقة بالتعاقد في نفس الموجب، وعليه فإن هذا الرفض لا يصح إلا لأسباب معقولة، حيث أن هذا الرفض يؤدي إلى قطع المفاوضات بعد أن قطعت شوطاً كبيراً، وهذا يتعارض مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، وبالتالي يترتب عليه قيام المسئولية العقدية[337].

4. إفشاء الأسرار

وتتمثل في إفشاء الأسرار التي تم الإطلاع عليها أثناء التفاوض بهدف الوصول إلى نتيجة من التفاوض والمتمثلة في إبرام العقد، ويثبت الخطأ العقدي الواقع من إفشاء الأسرار بإثبات الخطأ العقدي الواقع في مرحلة المفاوضات، ويكون عبء إثبات الخطأ على عاتق الطرف المتضرر، وفقاً للقاعدة التي تقول " البينة على من ادعى " لذلك يجب عليه في دعوى المسئولية العقدية عبء إثبات وجود الالتزام أولاً وذلك بإثبات وجود عقد التفاوض أو اتفاقية التفاوض، ومن ثم إثبات عدم تنفيذ ذلك الالتزام والإخلال به، وهذا ليس بالأمر اليسير، فعملية إثبات عدم تنفيذ أي التزام قد تكون سهلة ولكن ذلك قد لا يتحقق في إثبات عدم الالتزام بالمحافظة على الأسرار وإثبات أن الطرف المخل قد أفشى أسراراً قد اطلع عليها أثناء التفاوض[338].

5. استفزاز الطرف الآخر

قد يلجأ أحد أطراف التفاوض إلى استخدام هذا الأسلوب أو التصرف بهدف دفع الطرف الآخر للانسحاب من التفاوض أو قطعه، وهذا ما يتعارض بطبيعته مع مبدأ حسن النية[339]، ومن هنا يكن لزاماً على كل طرف التعامل بحسن نية وإبداء قدر كبير من النزاهة والشرف والأمانة، وأن يكون على قدر

---

336 د. سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص332.

337 د. زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، مرجع سابق، ص151 وما بعدها.

338 صالح، علي أحمد، مرجع سابق، ص749-751.

339 وهذا ما نصت عليه المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي الحديث بقولها " يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً، ويجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية ".

كبير من الليونة كي لا تصل المفاوضات لطريق مسدود، ومن يتعمد بخلاف ذلك يقع في الخطأ ويتحمل المسؤولية العقدية لإخلاله بعقد التفاوض[340].

6. الإخلال بالالتزام بالإعلام

ويتمثل الإخلال بذلك الالتزام أن يخفي طرف من أطراف المفاوضة معلومات وبيانات متعلقة بالعقد عن الطرف الآخر، أو أية واقعة من شأنها التأثير على قراره النهائي، فإذا ما أخل المتفاوض بهذا الالتزام وأدى ذلك إلى فشل المفاوضات فإن الطرف المخل يكون قد ارتكب خطأ عقدي يعرضه للمسئولية[341].

ثانياً: الخطأ التقصيري

الخطأ بوجه عام يقصد به " الانحراف عن السلوك المألوف أو المعتاد للرجل العادي، أي إثبات أن أحد الأطراف قد انحرف عن السلوك المألوف الذي يتبعه عادة الشخص العادي عند وضعه في نفس الظروف الخارجية "[342].

وهناك جانب من الفقه عرف الخطأ بأنه " عمل ضار مخالف للقانون "[343]، ولكن هذا الرأي تعرض للنقد، حيث أغفل تحديد الضوابط لهذه الأعمال الضارة المخالفة للقانون[344].

أما عن الخطأ التقصيري فمن الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع له في الجانبين التشريعي والفقهي أيضاً[345].

هذا وقد عالج المشرع الفلسطيني المسؤولية التقصيرية في قانون المخالفات المدنية لا سيما في المادة 55 منه على أن " يتألف الإخلال بواجب قانوني من تقصير أي شخص في القيام بواجب مفروض عليه بمقتضى أي تشريع، خلاف هذا القانون، إذا كان القصد من ذلك التشريع، بعد تفسير معناه تفسيراً

---

340 بالرجوع إلى نص المواد " 1112، 1/1112، 2/1112 " رأى المشرع الفرنسي أن إخلال المدين بواجب حسن النية وواجب الإعلام والسرية في مرحلة المفاوضات، قد يؤدي إلى بطلان العقد، وذلك وفقاً للشروط الواجب توافرها في المواد 1130 وما بعدها.

341 وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 17.11.1993، أشار إليه نور الهدى، تواتى أحمد، مرجع سابق، ص59.

342 نور الهدى، تواتى أحمد، المرجع السابق، ص56.

343 السعدي، محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام – الواقعة القانونية-، الجزء الثاني، ط2 ،دار الهدى، الجزائر، 2004، ص27.

344 عكوش، حسن، المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد وفقاً لأحدث التشريعات المعدلة وأحكام الفقه والقضاء، دار الفكر الحديث للنشر والتوزيع، ط2، بدون مكان نشر، 1970، ص30.

345 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص261.

صحيحاً، منفعة أو وقاية أي شخص آخر، ونشأ عن التقصير أن لحق بذلك الشخص الآخر ضرر من النوع أو الصنف المقصود في ذلك التشريع"[346].

كذلك نصت المادة 1/50 منه على " يتألف الإهمال من[347]: أولاً: إتيان فعل لا يأتيه شخص معتدل الإدراك ذو بصيرة في الظروف التي وقع فيها الفعل، أو التقصير في إتيان فعل لا يقصر مثل هذا الشخص في إتيانه في الظروف التي وقع فيها التقصير. ثانياً: التقصير في استعمال الحذق أو اتخاذ الحيطة في ممارسة مهنة أو حرفة أو صنعة مما يستعمله أو يتخذه الشخص المعتدل الإدراك ذو البصيرة من ذوي الكفاية في تلك المهنة أو الحرفة أو الصنعة، في الأحوال التي وقع فيها التقصير".

بينما عالجت مجلة الأحكام العدلية هذه المسؤولية تحت مسمى الضمان، "ضمان الإتلاف أو ضمان الفعل" حيث عرفت الضمان في المادة 416 على أنه " الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات ".

أما عن الفقه الفرنسي[348] فعرف الخطأ بأنه "عدم القيام بالتزام عقدي أو قانوني"، وبذلك تنعقد المسؤولية التقصيرية في كل مرة يثبت فيها اقتران العدول عن التعاقد بخطأ ناتج عن أحد أطراف التفاوض ونتج عنه ضرر بالطرف الآخر، ويتحقق ذلك نتيجة انحراف أحد أطراف التفاوض عن السلوك المألوف للرجل العادي، وذلك بلجوئه للغش أو الدخول في مفاوضات دون توافر نية جادة للتعاقد[349].

وفي حال قام المفاوض بإنهاء المفاوضات بصورة مفاجئة مع وصول المفاوضات مرحلة متقدمة، ففي هذه الحالة تنهض المسؤولية التقصيرية، وعليه يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر على أساسها، ومن أبرز صور الأخطاء التقصيرية الدخول في مفاوضات دون توافر نية حقيقية للتعاقد وإنما الهدف من التفاوض الحصول على بعض المعلومات الخاصة أو شغل الطرف الآخر وتعطيله عن إنجاز اتفاقيات أخرى[350]، وبما أن إنهاء المفاوضات بشكل مفاجئ دون سبب مشروع يعد سلوكاً غير معتاد أو انحراف عن السلوك السليم فهنا يقع الخطأ التقصيري.

إذن نرى أن الخطأ التقصيري يقاس بمعيار موضوعي، حيث يقارن سلوك المتفاوض المخطئ بسلوك متفاوض عادي من أواسط الناس، وفي نفس الظروف، وليس بالمتفاوض شديد الحرص واليقظة، ولا المهمل أيضاً.

---

346 المادة رقم 55 مكرر من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944م
347 المادة رقم 50 من قانون المخالفات المدنية رقم (36) لسنة 1944م
348 انظر د.الأهواني، حسام الدين كامل، مرجع سابق، ص68.
349 أ.د علوان، أمية، مرجع سابق، ص2-3.
350 د. لطفي، محمد حسام، مرجع سابق، ص59.

ويكون المتفاوض منحرفاً عن سلوك الشخص المعتاد متى لجا للغش في التفاوض، أو ارتكب خطأ جسيم، وبالتالي تعمد إلحاق الضرر بالمتفاوض الآخر، ولكن وفقاً للقواعد العامة فلم يشترط المشرع أن تتوافر لدى المتفاوض نية الإضرار بالمتفاوض الآخر، ويكتفي أن يكون هناك انحراف عن السلوك المألوف في التفاوض وليس بالضرورة أن يكون الخطأ جسيم[351].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " يجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي، فالخطأ في المسئولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني يقوم على ركنين: أولهما وهو التعدي، والثاني معنوي وهو التمييز أو الإدراك، وإن كان التعدي كعمل مادي يعتبر من مسائل الواقع، إلا أن وصفه القانوني بأنه تعد، لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادي المدرك لأفعاله يعتبر من مسائل القانون "[352].

وعن عبء إثبات الخطأ التقصيري فإنه يقع على عاتق المضرور، إذ أن المسئولية التقصيرية تقوم على خطأ واجب الإثبات، فيجب على المتفاوض المضرور أن يثبت أن المتفاوض قد انحرف في سلوكه المألوف للمتفاوض العادي، حتى يستطيع إثبات ذلك الخطأ.

أما عن الأخذ بفكرة استقلال الخطأ عن العدول فهي فكرة تحد كثيراً من دور المسؤولية في مرحلة المفاوضات، إذ لن يتحقق للمضرور من إنهاء المفاوضات أي حماية قانونية إلا إذا أوجد خطأً مستقلاً تماماً عن إنهاء المفاوضات المفاجئ، وهو صعب التحقق عملياً مما يجعل أمن المفاوضات متزعزع غير آمن ولا مستقر وذلك من شأنه أن يهدر حقوق المتفاوضين[353].

وتعددت صور الخطأ التقصيري ولعل من أهمها في الواقع العملي ما يلي:

1. المفاوضات لأجل إضاعة فرصة على الطرف الآخر

والتي تم ذكرها بوضوح في مجموعة المبادئ المتعلقة بالتجارة الدولية (الينيدروا) في نص الفقرة الثالثة من المادة (2-1-15) والتي جاءت بأنه " ...3. ويعد من قبيل سوء النية، بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو استمراره فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر".

---

351 د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص263.

352 نقض مدني مصري، بتاريخ 13.3.2012، (م.م.ف) ص142،141.

353 صالح، علي أحمد، مرجع سابق، ص696.

بذلك نرى أن المبادئ أخضعت الحق في قطع المفاوضات لمبدأ حسن النية وأمانة التعامل، فبعد تقديم الإيجاب لا يجوز الرجوع عنه[354] إلا في الحدود الواردة في المادة (2-1-4)[355] منها، وأيضاً وقبل الوصول إلى هذه المرحلة أو في عملية تفاوض يصعب فيها تحديد تعاقب الإيجاب والقبول، قد لا يكون لأي طرف حرية قطع المفاوضات بصورة مفاجئة دون مبرر.

وأما عن تحديد اللحظة التي لا رجعة بعدها فتتوقف على ظروف كل حال، وبوجه خاص، أسباب الطرف الأول في التعويل على نتيجة إيجابية للمفاوض نتيجة لمسلك الطرف الأول، وعلى عدد الموضوعات المرتبطة بالعقد، وعلى عدد الموضوعات التي تم الاتفاق عليها والمرتبطة بالعقد المزمع إبرامه[356].

2. التفاوض على ملك الغير

وفي هذه الحالة وحتى وإن كان المفاوض حسن النية فإنه يلزم بالتعويض طالما أن الطرف الآخر حسن النية أيضاً، بحيث يعتقد المفاوض بأنه المالك لهذا المال المتفاوض عليه وغير مملوك للطرف الآخر، وأيد ذلك الفقه الفرنسي[357] هذا الاتجاه، كون المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 1242[358]

---

354 تقدم مواطن من باراغواي ضد المؤسسة الحكومية " Instituto Nacional Desaraolla Rular y de La Tierra- Indert " بشأن قضايا الأراضي، وبقرار من رئيس المؤسسة المذكورة حكم بالأرض لصالحه، رفضت المؤسسة استلام المبلغ على أساس أنها نقضت القرار بعد ذلك ووضعت سعراً جديداً أعلى للأرض التي تم الفصل فيها، لاحقاً قدمت محكمة الاستئناف/ الدائرة الثالثة في أسونسيون قراراً بشأن بطلان القرار الذي اتخذته المؤسسة، ومن بين الحجج العديدة التي اتخذتها المحكمة كما أشار أحد أعضائها الدكتور " مارتينيز بريتو " إلى أن ذلك القرار يتعارض مع مبدأ حسن النية، كون المؤسسة حددت سعراً واحداً ورفضت بعد ذلك هذا المبلغ الثابت، وأيضاً لا يعد من حق المؤسسة أن تلغي ذلك بقرار من رئيس جديد لها متجاهلة القرار السابق، وهذا بحد ذاته ما يتعارض مع المبدأ المنصوص عليه في المادة (1-8) من مبادئ اليونيدروا، مع الاستشهاد أيضاً بمواد أخرى من المبادئ.
أفادت المحكمة كذلك مستشهدة بقرارها أن مبادئ اليونيدروا غير ملزمة للأطراف ولكنها تشكل مبادئ معترف بها على نطاق واسع في القانون التجاري الدولي، وتقترح حلولاً موحدة، ويمكن اللجوء إليها لتفسير أو استكمال القانون المحلي على النحو المعترف به في ديباجة المبادئ، علاوة على ذلك، ينص الرأي على أن مبادئ اليونيدروا هي مصدر لتفسير العقود، لأن القانون المدني في باراغواي يقر بأنه يمكن للقضاة أخذ المبادئ العامة للقانون في الاعتبار لحل النزاعات.
قرار صادر عن محكمة الاستئناف المدنية والتجارية في أسونسيون رقم 95، بتاريخ 24.10.2014، باراغوي، منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1866

355 نصت المادة (2-1-4) من مبادئ اليونيدروا على " 1.يجوز إلغاء الإيجاب قبل انعقاد العقد إذا وصل العدول إلى من وجه إليه الإيجاب قبل أن يرسل قبوله. 2. مع ذلك لا يجوز العدول عن الإيجاب: أ. إذا أشير، سواء أكان ذلك عن طريق تحديد مدة محددة للقبول أم بأي طريق آخر، إلى أنه غير قابل للعدول عنه، ب. إذا كان من المعقول أن يعتقد الموجه إليه الإيجاب أن هذا الإيجاب غير قابل للعدول عنه، وأنه تصرف معتمداً على هذا الإيجاب ".

356 أ. د. علوان، أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص61.

357 أنظر: د. الأهواني، حسام الدين كامل، مرجع سابق، ص68.

358 نصت المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي الحديث على أنه " 1. لا يكون المرء مسئولاً فقط عن الضرر الذي يسببه بفعله، ولكن أيضاً عن الضرر الناجم عن فعل الأشخاص الذي يكون الشخص مسئولاً عنهم، أو عن الأشياء التي يحتفظ بها المرء، 2. ومع ذلك فإن الشخص الذي يمتلك على أساس قانوني كل أو جزء من الممتلكات غير المنقولة أو المنقولة التي نشأ فيها حريق لن يكون مسئولاً تجاه الأطراف الثلاثة عن الضرر الناجم عن هذا الحريق ما لم يثبت أنه يجب أن ينسب إلى خطأه أو خطأ الأشخاص المسئولين عنه، 3. لا ينطبق هذا الحكم على العلاقات بين المالكين والمستأجرين والتي تظل تحكمهما المادتان 1733 و 1734 من القانون المدني، 4. بقدر ما يمارسان السلطة الأبوية، يكون الأب والأم مسئولين بالتضامن والتكافل عن الضرر الناجم عن أطفالهم القصر الذين يعيشون معهم، السادة وأرباب العمل، عن الأذى الذي يسببه خدمهم وموظفوهم ضمن الوظائف التي وظفوهم فيها، المدرسون والحرفيون، عن الأذى الذي يلحقه تلاميذهم ومتدربيهم خلال فترة إشرافهم. 5. تنشأ المسئولية المذكورة أعلاه ما لم يتمكن الأب والأم والحرفيون من إثبات عدم قدرتهم على منع الإجراء الذي أدى إلى هذه المسئولية، 6. فيما يتعلق بالمدرسين، يجب إثبات الخطأ أو الافتقار إلى الرعاية أو عدم التصرف ضد أولئك الذين تسببوا في الفعل الضار من قبل المدعي في المقام الأول وفقاً للقاعدة العامة.

بفقراتها الستة من القانون المدني الفرنسي الحديث يمكن الأخذ بها حتى في غياب نية الإضرار بالطرف الأخر.

وهناك الكثير من صور الخطأ التقصيري أيضاً كالدخول في المفاوضات بهدف إعاقتها وحرمان المتفاوض وتعطيله عن إبرام صفقة أخرى كان على وشك إتمامها مع الغير، وكذلك التفاوض مع الغير بهدف التجسس واستغلال مرحلة المفاوضات للحصول على معلومات دون توافر نية حقيقية جادة لإبرام عقد نهائي[359].

ومما سبق يتضح لنا أن الصور المتعددة للخطأ تؤدي إلى مخالفة الالتزام بحسن النية بين الطرفين، ومن هنا يمكن الموازنة ما بين مبدأ حرية التعاقد وبين توفير الحد الأدنى من الاستقرار والثقة في العلاقة، فالعدول في حد ذاته لا يعد خطأ، وإنما قد يتكلف أحد الأطراف الكثير من الخسائر خلال مرحلة التفاوض مما يجعله تحت تأثير الضرر في حال عدول الطرف الآخر عن المفاوضات، وقد يقترن العدول بخطأ مستقل تماماً عنه يؤدي إلى انعقاد المسئولية التقصيرية[360].

ولابد أن يكون الخطأ واضحاً في المفاوضات كأن يتم قطع المفاوضات دون مبرر مقبول أو جدي بعد وصولها إلى مرحلة متقدمة في سبيل إبرام العقد المنشود[361]، ففي حال امتناع أحد الأطراف عن البدء بالتفاوض رغم وجود اتفاق بين الطرفين على ذلك، اعتبر ذلك بعض الفقه خطأ عقدياً في حد ذاته، غير أن القضاء الفرنسي يرى أن الخطأ الناتج عن قطع المفاوضات خطأ تقصيري يتسع نطاقه ليستوعب التعسف في استعمال الحرية في عدم التعاقد واعتبره من أوجه الخطأ التقصيري[362].

وعليه فإن هناك عدة مبادئ لضمانات التفاوض بما فيها حسن النية، الثقة، الأمانة، وحرية قطع التفاوض، وبالتالي فأي إخلال بأي اتفاق مبدئي يرتب مسؤولية عقدية في مواجهة الطرف الآخر لاعتباره عدولاً عن المفاوضات، ويشمل خطأ العدول في المفاوضات كل تقصير أو تشهير أو تعسف في استعمال حرية التعاقد، أو عدم الجدية، أو القطع المفاجئ.

أما فيما يتعلق بالمفاوضات الموازية، فهي لا تعد بذاتها انتهاكاً لمبدأ حسن النية كون أن مبدأ حرية التعاقد منح الحق لكل طرف باختيار المتعاقد الآخر، وهذا بدوره يعطي الحق لكل طرف بالتفاوض

---

359 عبيد، فاطمة، أساس ومعيار تحديد نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المغربي والفرنسي، رسالة لنيل دبلوم الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيد، 2011/2010، ص51.

360 الشهاوي، إبراهيم، الدعوى القضائية وأسس التفاوض في حل المنازعات، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012، 647.

361 العربي، بالحاج، مرجع سابق، ص191.

362 المرجع سابق، ص192.

بالتوازي مع أكثر من شخص في نفس الوقت للحصول على شروط تعاقد فضلى، وهذه الحرية مقيدة باحترام مبدأ حسن النية[363].

المطلب الثاني

ركن الضرر في المسؤولية الناشئة عن المفاوضات

لا يكفي لتقوم المسؤولية في المفاوضات صدور خطأ فقط من قبل المفاوض بل يجب أن يلحق بالمتفاوض الآخر ضرراً ناتج عن هذا الخطأ، وبهذا يكون الأذى الغير مشروع الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شعوره هو الضرر الناتج عن ذلك الخطأ[364].

ويعد الضرر من الأركان الأساسية للمسؤولية الناشئة عن المفاوضات سواء كان ذلك الضرر ناتجاً عن مسؤولية عقدية أو تقصيرية، وسنقوم ببحث ركن الضرر من حيث شروطه وأنواعه على النحو التالي:

أولاً: شروط الضرر في إطار المسئولية الناشئة عن المفاوضات

يجب أن تتوفر جملة من الشروط في الضرر الناشئ عن قطع المفاوضات حتى يتمكن المتضرر بالمطالبة بالتعويض[365]، واختلف الفقه المدني في حصر هذه الشروط، فمنهم من اشترط أن يكون الضرر محققاً ومباشراً[366]، ومنهم من اشترط أن يكون محققاً فحسب[367]، ومنهم من أضاف شرطاً آخر وهو أن يمس الضرر مصلحة مشروعة للمتضرر[368].

1. أن يكون الضرر مباشراً

ويقصد بالضرر المباشر هو الذي ينجم مباشرة عن الخطأ أو الفعل الضار، أو أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر عن الوفاء به[369].

---

363 د. الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص9.

364 السنهوري، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص169.

365 د. العامري، سعدون، تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1981، ص13.

366 البدراوى، عبدالمنعم، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، 1992، ص463.

367 د. عبدالجواد، مصطفى أحمد، المسئولية المدنية للصحفي عند انتهاك حرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 2004، ص284.

368 أ.د الحكيم، عبدالمجيد، والبشير، محمد طه، والبكري، عبدالباقي، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، بغداد، 1977، ص213.

369 د. مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص303.

نصت مبادئ اليونيدروا في الفقرة الأولى من المادة (7-4-3) على أنه " 1. لا يستحق التعويض إلا عن الضرر، بما في ذلك الضرر المستقبلي، الذي يثبت تحققه بدرجة معقولة من اليقين "[370].

نرى أن هذه الفقرة تؤكد على تطلب تحقق الضرر، فليس بالإمكان مطالبة المدين بتعويض ضرر لم يقع أو قد لا يقع أصلاً، وسمحت كذلك بالتعويض عن الضرر المستقبلي شريطة أن يكون وقوعه محققاً، وأوجدت الصلة الواضحة بين تحقق الضرر والصفة المباشرة له، على الرغم أن المبادئ لم تتحدث صراحة عن الصفة المباشرة للضرر، إلا أنها أوردت ضمناً في المادة (4-4-2) والتي تشير إلى الضرر الناشئ " كنتيجة لعدم التنفيذ " وذلك بقولها " 1. للدائن الحق في تعويض كامل عن الضرر الذي لحقه كنتيجة لعدم التنفيذ ... " حيث تفترض توافر علاقة سببية كافية فيما بين عدم التنفيذ والضرر، وكذلك يعد الضرر الغير مباشر غير محقق وغير متوقع.

أما المشرع المصري فقد عد الضرر هو نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام اذا لم يكن في استطاعة الدائن تفاديه ببذل جهد معقول، ولا يتوفر الضرر بأية حال إلا إذا كان متوقعاً وفقاً لمجريات الأمور الاعتيادية، وهذا منطق نظرية السببية الكافية التي يطلقها القانون المصري، وقد نصت المادة (1/221) من القانون المدني المصري على أنه " 1- ... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ".

أما الضرر غير المباشر فلا يلتزم المتفاوض بالتعويض عنه وذلك لانتفاء علاقة السببية[371]، وعلى ذلك قضت محكمة النقض المصرية[372] في حكم لها بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة وكذلك السلطة المطلقة أو التامة لمحكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة والمستندات المقدمة إليها والموازنة بينها والأخذ بما يقنع نظرتها وما يكون أقرب للعدالة، ومن هنا تحدد الخطأ الواجب للمسؤولية والضرر والعلاقة السببية بينهما ولا رقابة عليها في ذلك حيث تكون قد أخذت المحكمة بأسباب اقتنعت بها للوصول لهذه الاستنتاجات.

---

370 أبرم صانع أمريكي ومؤسسة تنمية صناعية جزائرية اتفاقية لتوريد المعدات الصناعية ونقل المعرفة الفنية، وفي العقد المرفق به، وافق المصنع على تزويد المرخص له بأي معلومات تتعلق بالتغييرات والتحسينات في المعدات، احتوى العقد على بند اختيار القانون لصالح قانون محلي معين وهو " القانون الجزائري "، وأذن لهيئة التحكيم بالنظر في المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة، ورأت هيئة التحكيم أن فشل المدعي في تزويد المدعى عليه بالمعلومات المتعلقة بالمعدات تسبب في فقدان الأخير فرصة لتطوير وتكييف انتاجه الصناعي مع متطلبات السوق، من وجهة نظر محكمة أبيترال، فإن مبادئ اليونيدروا تكرس القواعد المعترف بها على نطاق واسع في جميع أنحاء العالم وممارسة العقود الدولية، ودعماً لقرارها أشارت إلى المادة (7-4-2/3) من مبادئ اليونيدروا، والتي بموجبها قد يكون التعويض مستحقاً عن فقدان فرصة بما يتناسب مع احتمال حدوثها.
قرار منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/658

371 د.زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، مرجع سابق، ص68.

372 الطعن رقم 12862 لسنة 82 قضائية، الدوائر المدنية، جلسة 2019/6/15 المنشورة على الموقع:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111392698&ja=59861

2. أن يكون الضرر محققاً

وهو يعني الضرر المحقق الثابت على وجه اليقين والتأكيد وبأنه قد وقع فعلاً، ويشترط القضاء المصري في أحكام محكمة النقض[373] التعويض عن الضرر المدني بالإخلال بمصلحة مالية للمضرور أن يكون الضرر محققاً واقعاً بالفعل أو حتمي الوقوع مستقبلاً[374]، والمقصود بالضرر المستقبلي هنا ذلك الضرر الذي قامت أسبابه واتضحت معالمه لكن نتائجه لم تظهر بعد وامتدت إلى المستقبل، ولو أن مثل هذا النوع نادراً ما يحصل في إطار المسئولية الناشئة عن المفاوضات لأن هذا النوع من الضرر كثيراً ما ينشأ عن الإصابات الجسمانية، ويتعذر على القاضي أن يحدده بصورة نهائية[375].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط الحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه بالمستقبل حتماً، والعبرة في تحقيق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة آخر هي ثبوت أن المجني عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر دائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة، وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة يفقد عائلته، ويقضى بالتعويض على هذا الأساس، أما مجرد وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض "[376].

والضرر المحتمل غير محقق الوقوع فقد يقع أو لا يقع، ولا يصح أساساً لطلب التعويض إلا إذا وقع فعلاً، وأما عن تفويت الفرصة فغالبية الفقهاء[377] أجمعوا على أن تفويت الفرصة يعد ضرراً محققاً، حتى وإن كانت الفرصة نفسها تعد ضرراً احتمالياً، فوجودها لا ريب فيه ولكن تكمن الصعوبة في تقدير قيمتها، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية في أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه " إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمراً محققاً، ويجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض ما كان يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق هذه الفرصة، على أن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى الطبيعي للأمور ترجيح كسب ... "[378].

---

373 طعن رقم 377 لسنة 2016 مدني، صادر بتاريخ 2016/09/26: المنشورعلى الموقع: https://elaws.moj.gov.ae/UAE-MOJ_CC-Ar/00_2016/

374 الحسين، عباس علي محمد، مسئولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية، المكتبة القانونية، 1999، ص144.

375 سعيد، أكرم فاضل، أضرار المسئولية المدنية بين الإصابات الجسمانية وتحديد التعويض الناشئ بسببها، بحث منشور على الموقع الالكتروني المختص بمجلة التشريع والقضاء العراقي www.tamag.net

376 الفقرة 7 من الطعن رقم 524 لسنة 56ق، مكتب فني، بتاريخ 22.3.1990، مشار إليه لدى المستشار الدناصوري، عزالدين، والشواربي عبدالحميد، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر، الطبعة الثامنة، مجلد 4، 2013، ص201.

377 د. مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص142-149.

378 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 4300، لسنة 63ق، بتاريخ 10.11.1994. ص1362.

3. أن تكون المصلحة التي أصابها الضرر مشروعة أو أن يصيبها لاحقاً

لا بد للضرر الذي يمكن تعويضه أن يسبب حقاً للمضرور، وكذلك أن يصيب ذلك الضرر مصلحة مالية مشروعة للمضرور دون أن ترقى إلى مرحلة الحق، أما إذا لم ينصب الضرر على حق أو مصلحة مالية مشروعة فلا يجوز تعويضه[379].

ثانياً: أنواع الضرر

قد يكون الضرر الذي يلحق المضرور إما مادياً أو أدبياً، ويمكن التعرض لهما من خلال التالي:

1. الضرر المادي في إطار المسؤولية الناشئة عن المفاوضات

في نص الفقرة الأولى من المادة (7-4-2) من مبادئ الينيدروا والتي جاءت بأنه " للدائن الحق في تعويض كامل عن الضرر الذي لحقه كنتيجة لعدم التنفيذ، ويتمثل هذا الضرر فيما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، مع الأخذ في الاعتبار أي كسب حققه الدائن نتيجة نفقات تحمل بها أو أضرار تجنبها "، ذهبت الينيدروا إلى تكريس مبدأ أحقية الدائن في التعويض الكامل نتيجة الضرر الذي لحق به جراء عدم تنفيذ العقد.

وفي التعليق الرسمي على هذا النص " لم تجد المبادئ من المفيد تبني الحل المأخوذ به في بعض الأنظمة القانونية والذي يسمح للمحكمة أن تخفض مقدار التعويض ليتناسب مع الظروف، فقد تبين أن هذا الحل والذي انتقل إلى الصعيد الدولي، يهدد بحالة من التردد، فضلاً عن أنه قد يختلف تطبيقه من محكمة إلى أخرى على نحو يثير الفوضى "[380]، وهذا ما سيتم شرحه بالتفصيل في الفرع اللاحق من الدراسة والذي يتحدث عن آثار المسئولية بما فيها التعويض بشكل موسع.

وعليه فإن الضرر المادي في أي خسارة مادية قد تتسبب في فقدان الدائن أو خسارته كل أو جزء من حقه المشروع نتيجة إخلال أو تقصير المدين بالتزامه، ففي هذه الحالة تقيم الذمة المالية للدائن سلباً نتيجة هذا الفعل، الأمر الذي يمكن من خلاله تقييم حجم الضرر مالياً[381].

إذا كان بالإمكان تقدير التعويض عن الضرر المستقبلي في الحال، فإن للقاضي أن يؤجل الحكم بالتعويض به، أما إذا لم يكن هذا التقدير ممكناً في الحال فإن للقاضي أن يؤجل الحكم بالتعويض إلى أن

---

379 د. السنهوري، عبدالرزاق، مرجع سابق، فقرة 573، ص973.

380 أ. د. علوان أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص273.

381 د. حمدي، عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2010، ص520.

تكتمل العناصر اللازمة لتقديره، وفي حالة كان الضرر محتمل الوقوع في المستقبل ولم يكن محققاً فليس للدائن أن يطلب تعويضاً قبل تحققه[382]، فالأصل في المسئولية العقدية أن يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وحده ولا يمتد إلى الضرر الغير متوقع، إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً إلى غش المدين المتفاوض أو خطأه الجسيم، وهذا ما أكدته المادة 221 من القانون المدني المصري التي جاء بها " 1. إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعه الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. 2. ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ". كما أن توقع الضرر لا يقتصر على سببه فقط بل يشمل كذلك مدة الضرر ومقداره[383]، والعبرة في توقع الضرر تكون وقت إبرام العقد، وهذا ما نصت المادة سالفة الذكر.

ويقاس توقع الضرر بالمعيار الموضوعي وليس الشخصي، فالضرر المتوقع هو الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي يوجد بها المدين المتفاوض، ويجب أن يوضع الشخص المعتاد في الوسط الاجتماعي والاقتصادي نفسه الذي ينتمي إليه المتفاوض، ويؤخذ بالاعتبار كذلك درجة التخصص الحرفي للمدين بالالتزام[384].

وتقدير مدى توقع الضرر يعد مسألة قانون يخضع لرقابة محكمة النقض بوصفه من الوسائل التي تحدد مضمون العقد، أما عن تقدير القيمة النقدية للضرر فتعد مسالة موضوع تخضع لتقدير قاضي الموضوع[385].

وأخيراً لا يفترض تحقق الضرر ووجوده بمجرد إخلال المتفاوض المدين بالتزامه التعاقدي، فقد لا يصيب الدائن المتفاوض ضرراً من جراء ذلك، والذي يقع عليه عبء إثبات الضرر كونه هو الذي يدعيه، وبذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " الضرر ركن من أركان المسئولية وثبوته شرط لازم لقيامها وللقضاء بالتعويض تبعاً لذلك "[386].

---

382 نقض مدني مصري في 13.5.1965، مجموعة أحكام النقض، السنة 16، ص570.

383 د. السنهوري، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص453.

384 د. الأهواني، حسام الدين، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط1، المجلد1، دار النهضة العربية، 1995، ص634.

385 الطعن رقم 7898، لسنة 74ق، جلسة 1.6.2014.

386 نقض مدني بتاريخ 7.1.1960، مجموعة أحكام النقض 11، رقم 2، ص25.

وبناء على ما تقدم نرى بأن الضرر المادي الناشئ عن خطأ المدين المتفاوض هو الذي يصيب المتفاوض الآخر المضرور بخسارة فعلية أو يفوت عليه الكسب الذي كان يتوقعه.

2. الضرر الأدبي في إطار المسؤولية الناشئة عن المفاوضات

وهو الضرر الذي لا يمس المصالح الاقتصادية أو المالية للمضرور[387] وإنما يمسه في شعوره وعواطفه وسمعته[388]، ولذلك لا يعد قيمة اقتصادية في ذاته ولا يمس أية من عناصر الذمة المالية لمن يدعيه[389].

أوردت الينيدروا في نص الفقرة الثانية من المادة (7-4-2) فيما يتعلق بحق المضرور بالتعويض الكامل فقالت " 2. يجوز أن يكون الضرر غير نقدي وينتج بوجه خاص من جراء وقوع ضرر نفسي أو أدبي "[390].

وفيما يتعلق بجواز التعويض عن الضرر الأدبي فنذكر أنه في البداية لم تلق فكرة التعويض عنه قبولاً لدى القضاء[391] في مصر، وبعد ذلك لاقت الفكرة قبولاً بالتعويض عنه ولكن بمقابل مبلغ رمزي، وما تزال المحاكم بصورة عامة لا تبالغ في تقدير هذا النوع من الضرر[392].

وهذا ما حكمت به محكمة النقض المصرية بتعويض التاجر مادياً ومعنوياً عن الضرر الذي لحق به جراء قطع المفاوض الآخر معه المفاوضات فجأة ودون مبرر مشروع[393].

---

387 في نزاع يتعلق بانتهاك الحرية النقابية لموظف في بنك اسباني وما يترتب على ذلك من تعويض، أشارت محكمة سوبريمو إلى أن السوابق القضائية الإسبانية ليس لها موقف موحد بشأن التعويض عن انتهاك حق أساسي، وتبنت حلاً أكثر انفتاحاً فيما يتعلق بالتعويضات غير المالية، ودعماً لحججها أشارت المحكمة صراحة في أحد قراراتها إلى مبادئ الينيدروا ومبادئ قانون الضرر الأوروبي " PETL "، وفيما يتعلق بالأسس الموضوعية، أيدت المحكمة العليا قرار الاستئناف الذي قضى بتعويض عن الضرر غير المادي الناجم عن انتهاك حرية تكوين الجمعيات أو النقابات. قرار صادر عن محكمة سوبريمو يحمل الرقم 2013/279 والصادر في 15 يونيو 2010 في اسبانيا.
منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1936

388 د.الحكيم، عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المكتبة القانونية، بغداد، 1977، ص521.

389 د. سلطان ، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص347.

390 وفي التعليق الرسمي على هذه الفقرة تحديداً جاء فيه:
نصت الفقرة 2 من المادة صراحة على أن يغطي التعويض الضرر غير المالي، وقد يتمثل هذا الضرر في الألم والمعاناة وفقدان بعض متع الحياة والضرر الجمالي، وغير ذلك، فضلاً عن الضرر المترتب على الاعتداء على الشرف والسمعة.
وقد تنطبق هذه القاعدة في مجال التجارة الدولية، فيما يتعلق بالعقود المبرمة مع الفنانين أو الرياضيين المتميزين والمستشارين المستخدمين بواسطة منشأة أو منظمة.
وفي هذه الحالات أيضاً يتعين توافر شرط تحقق الضرر: أنظر المادة (7-4-3) إلى جوار الشروط الأخرى، لثبوت الحق في التعويض.

391 قضت محكمة النقض المصرية بأن التعويض عن الضرر الأدبي يكفي أن يكون مواسياً للمضرور ويكفل له اعتباره، وهو ما يتوافر بما يراه القاضي مناسباً في هذا الصدد تبعاً لواقع الحال والظروف الملابسة، وذلك دون علة وإشراف، ولو كان هذا التقدير ضئيلاً ما دام يرمز إلى الغاية منه ويحقق النتيجة المستهدفة منه، الطعن رقم 1268، لسنة 5ق، جلسة 1.1.1985، مشار إليه لدى المستشار الدناصورى، عز الدين، و د.الشواربي، عبدالحميد، مرجع سابق، ص81.

392 لمزيد من التفاصيل حول الخلافات الفقهية والقضائية أنظر: د. المنذر، فيصل، الضرر المعنوي في المسئولية المدنية، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، م6، ع1، بغداد،1987، ص258 وما بعدها.

393 حكم نقض صادر عن محكمة النقض المصرية بشأن التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب التاجر نتيجة قطع المفاوضات بدون سبب مشروع، يحمل الرقم 64 بتاريخ 27.1.1966 مشار إليه لدى: السقا، مها محسن علي، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016، ص150.

وفي تحديد نطاق هذا النوع من التعويض[394]، ثار خلاف فقهي وتشريعي حول ما إذا كان نطاق هذا التعويض يشمل المسئوليتين العقدية والتقصيرية معاً أم يقع في دائرة المسئولية التقصيرية فقط؟

نص المشرع المصري في المادة 222 من القانون المدني المصري على أنه " 1. يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. 2. ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ".

وفقاً للنص يتضح لنا أن المشرع المصري أجاز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسئولية العقدية والتقصيرية في مجال المفاوضات، حيث أشارت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري النافذ للتعويض عن الضرر الأدبي وبذلك استقر الرأي في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن هذا النوع من الضرر بوجه عام بعد أن خامر الأذهان من عوامل التردد في هذا الصدد.

وبورود كلمة " بوجه عام " يدل على أن المشرع المصري يأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي في إطار المسئوليتين العقدية والتقصيرية معاً، وقد أيده في ذلك القضاء المصري، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في حكم لها على أن " يشمل التعويض عن الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى الضرر اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء، وما ورد في المذكرة الإيضاحية من أنه استقر في العصر الحاضر على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام بعد أن زال من الأذهان من عوامل التردد في هذا الصدد، وعلى ما جر به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع استهدف بهذا النص وجوب التعويض عن الأضرار الأدبية التي تشمل كل ما يؤذي الإنسان في ما يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره، أما ما عدا ذلك من مساس بمصلحة مشروعة للمضرور في شخصه أو في ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له، فإنه يتوافر بمجرد الضرر المادي "[395].

---

394 طالب شخص إسباني بصفته مشتري "المدعي" ، شركة عقارية بصفتها البائعة "المدعى عليه" بإنهاء عقد البيع بينهما ومطالبته بتعويضات عن أضرار معنوية لحقت به نتيجة عدم أداء الأخير التزاماته العقدية تجاهه، حيث قام المدعى عليه ببيع العقار خال من الامتيازات ولم يقم بتسليمه للمشتري، وأعلن حكم محكمة الاستئناف وبالرجوع إلى نص المادة (7-4-2) من مبادئ اليونيدروا، الإنهاء الصحيح للبيع والحكم للمدعي بالتعويض ليس فقط عن جميع المبالغ المدفوعة، وإنما أيضاً عن الأضرار المعنوية التي لحقت به نتيجة سلوك البائع المتعمد، واضطراب القلق الذي تسببه للمشتري، وهذا ما أكد على حكم محكمة الدرجة الأولى، قرار رقم 2014/196، صدر عن محكمة Audiencia Provincial Granada بتاريخ 2.1.2015، والمنشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/2224

395 الطعن رقم 5106، لسنة 64ق، بجلسة 28.5.2001، مجموعة من أحكام المحاكم متوافر على الموقع الالكتروني http/www/f.law.aet

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر في إطار المسؤولية الناشئة عن المفاوضات

إن توافر ركني الخطأ والضرر غير كاف لنهوض المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات، بل لابد من رابط يجعل الضرر الذي أحدثه المتفاوض المدين هو بسبب الخطأ الذي ارتكبه، ومن هنا لابد من علاقة سببية تجعل خطأ المدين هو العلة في الضرر الذي لحق بالمضرور، بحيث أنه من غير هذا الخطأ لما وقع الضرر أو ما لحق الضرر بالمضرور.

وسنقوم بتوضيح مفهوم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر كركن مستقل من أركان المسؤولية في إطار المسؤولية المدنية الناشئة عن المفاوضات وكيفية إثباتها ونفيها، ليتضح مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية في مجال المسؤولية محل البحث وذلك على النحو التالي:

أولاً: تحديد مفهوم علاقة السببية في إطار المسئولية المدنية الناشئة عن المفاوضات

يتضح مفهوم رابط السببية في العلاقة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المدين المتفاوض مع الضرر الذي أصاب المضرور، فالواجب لقيام المسؤولية أن يكون الخطأ هو السبب في وقوع الضرر، فلا عبرة لقيام المسؤولية المدنية في وجود خطأ دون ضرر[396]، أو وقوع ضرر غير ناتج عن خطأ صدر من أحد المتفاوضين، فلا يسأل المتفاوض المدين إلا عن تعويض ضرر ناتج عن خطأه لا من سبب آخر، وحتى إن وقع خطأ وضرراً كذلك وانتفت الرابطة السببية بينهما فلا تقوم المسئولية[397].

عند وضوح العلة بين الخطأ والضرر يسهل تحديد علاقة السببية بينهما، وبخلاف ذلك يصعب الأمر كما لو ترتب عدة نتائج ضارة على سبب واحد، فهل تتوافر السببية لكل ضرر منها؟

انقسم الفقه في هذا الصدد إلى قسمين، فمنهم من رأى أن كل سبب له علاقة في إحداث الضرر مهما كان بعيداً يعد من الأسباب التي أحدثته، فجميع تلك الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر هي متكافئة وكل واحد منها يعد سبباً في إحداثه، فلولا هذا السبب ما وقع الضرر[398].

---

396 ففي مسؤولية المتبوع عن فعل التابع يتضح دائماً بأن مسؤولية المتبوع قائمة على أساس خطأ مفترض في جانب التابع قابل لاثبات العكس، بمعنى أن المتبوع يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته إذا استطاع أن يقطع العلاقة السببية بين خطأ التابع والضرر الذي أصاب الغير، أي انتفاء مسؤولية التابع، فإذا انتفت مسؤولية التابع تنتفي تبعا لها مسؤولية المتبوع، وذلك لأن مسؤولية المتبوع هي مسؤولية تبعية لمسؤولية التابع تدور معها وجودا وعدماً، وبالتالي فإن الخطأ المفترض لا يمكن إثباته إذا لم تثبت علاقة السببية بين خطأ التابع والضرر الذي أصاب الغير، ولذا فإن المتبوع يستطيع دفع المسؤولية عنه وعن تابعه في آن واحد. أنظر: د. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، مرجع سابق، ص 1045.

397 د. السعيد، هشام إبراهيم، المسئولية المدنية لمعاوني القضاء، دار قباء، القاهرة، 1988، ص155.

398 د. السنهوري، مرجع سابق، ص905.

أما الجانب الفقهي الآخر فذهب إلى أن أحد العوامل لا يعد سبباً في حدوث الضرر، وإنما يعد سبباً فعالاً ذلك الذي يؤدي إلى حدوث الضرر في نظر المألوف، بمعنى أنه يكون سبباً منتجاً في ما حدث من ضرر وليس عارضاً[399].

أما فيما يتعلق بالأضرار المتلاحقة أو المتسلسلة التي يحدثها الخطأ الواحد، فإنها ترتبط بموضوع الضرر المباشر والغير مباشر، فخطأ واحد قد يقع وينتج عنه أضرار متعددة متلاحقة، فهنا لا تتحقق مسئولية المتفاوض المدين مرتكب الخطأ إلا عن الضرر المباشر الذي يرتبط مع خطأه برابطة السببية، أما عن الضرر غير المباشر فهو لا يعد مسئولاً عنه[400].

وبالتالي يمكننا تحديد مفهوم العلاقة السببية في المسئولية الناشئة عن المفاوضات من خلال تقرير المسئولية عن الخطأ الذي يكون هو السبب في إحداث الضرر المباشر لهذا الخطأ.

ثانياً: إثبات قيام علاقة السببية وتقييمها في إطار المسئولية المدنية الناشئة عن المفاوضات

تعد رابطة السببية وكما ذكرنا بأنها ركن مستقل من أركان المسئولية المدنية الناشئة عن المفاوضات بنوعيها العقدية والتقصيرية، وحتى في المسئولية الموضوعية التي تقوم على عنصر الضرر وتترك ركن الخطأ جانباً يشترط وجود العلاقة السببية بين الفعل والضرر، إلا أن تقدير هذه الرابطة غالباً ما يكون صعباً نتيجة الظروف وتداخلها، ففي حالة حدوث أضرار متعاقبة فيما بينها تنتج عن خطأ واحد فإن رابطة السببية لا تكون موجودة إلا بالنسبة للنتائج المباشرة، وهذا ما اتجه له المشرع المصري[401] بأن التعويض يشتمل الضرر المباشر فقط، وهذا الأخير هو ما كان نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[402].

وفيما يخص إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر في إطار المسئولية المدنية للمدين المتفاوض، ففي حال قيامها فإنه لا يكفي للدائن المتفاوض أن يقوم بإثبات هذه العلاقة، وإنما على المدين المتفاوض الآخر أيضاً يقع عبء نفيها إذا ادعى أنها غير قائمة، ويستند في ذلك القول إلى نص المادة 215 من القانون المدني المصري التي جاء بها " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم

---

399 المرجع السابق، ص905. انظر في عرض هذه النظريات د. السنهوري، مرجع سابق، ص903

400 د. مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص468. انظر في عرض هذه النظريات د. السنهوري، مرجع سابق، ص304

401 أنظر: المادة 221 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

402 د. سلطان، أنور، الموجز في النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام "، ط1، المجلد1، دار المطبوعات الجامعية، 2012، ص355.

كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه "، ومن خلال النص نرى أن المدين ملزم بإثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ.

إلى أن جانب آخر يرى وعلى العكس أن هذا النص لا شأن له على الإطلاق بعلاقة السببية التي يجب أن يبقى إثباتها خاضعاً للقواعد العامة، وطبقاً لذلك الرأي فإن الدائن هو المكلف بعبء إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر وليس المدين[403].

وبناء على ما تقدم نرى أن على الدائن المضرور إثبات أمرين، أولاهما الخطأ المنسوب للمدين المتفاوض، وثانيهما علاقة السببية بين ذلك الخطأ والضرر الذي أصابه، وإثبات خطأ المدين يتوقف على طبيعة الالتزام الذي أخل به، فإن كان التزاماً بتحقيق غاية فعلى الدائن أن يثبت بأن المدين لن يصل إلى الغاية المرجوة من التعاقد، وعندئذ يثبت خطأه وتنعقد المسئولية، أما إذا كان التزامه ببذل عناية فعلى المضرور أن يثبت بأن المدين لم يبذل العناية المطلوبة منه في تنفيذ التزامه، وبالتالي يتحقق خطأه وتنعقد المسئولية، فإذا لم يستطيع الدائن المضرور إثبات ما يقع عليه من إثباته، يتسنى للمدين هنا نفي ذلك الخطأ المنسوب إليه بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة لتنفيذ التزامه، وإذا لم يستطيع ذلك الأمر فعليه أن يتخلص من المسئولية بإثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذ التزامه[404].

كما أكدت مبادئ اليونيدروا على ضرورة توافر العلاقة السببية بين الفعل الضار " عدم التنفيذ " والضرر الواقع في المادة (7-4-2) المذكورة سابقاً.

ثالثاً: انتفاء علاقة السببية في إطار المسئولية الناشئة عن المفاوضات

تبنت مبادئ اليونيدروا حالة القوة القاهرة[405] في نص الفقرة الأولى من المادة (7-1-7) والتي جاءت أنه " 1. يعفى المدين من المسئولية إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا سيطرة له عليه،

---

403 د. زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص200.

404 د. إسماعيل، زين نوري، التزام المستثمر بالأمان في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2017، ص 200.

405 بعد أن خلص الفريق (w) إلى أن الأدلة المقدمة في كثير من المطالبات لم تكن كافية لإثبات أن مبلغ الخسارة بدرجة معقولة من اليقين، قرر، بما يتفق مع المبادئ العامة للقانون أن يمارس سلطته التقديرية في تقييم مبلغ التعويض الذي ينبغي منحه، ودعماً لقرارها المشار إليه، من بين أمور أخرى، اقتبست الهيئة المواد (7-1-7) و (7-3-5) و (7-3-6) و (7-4-9) من مبادئ اليونيدروا، وأشارت إليها على أنها " مبادئ قانون العقود التجارية الدولية " لإثبات أن إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة لا يعفي الطرف المتضرر من التزامه بإعادة الإيداع النقدي الذي قدمه الطرف الآخر، وأخيراً، في معرض إعادة تأكيد قرار مجلس إدارة الأمم المتحدة للتعويضات، الذي يقضي بأن على أصحاب المطالبات واجب التخفيف من الأضرار، ولا ينبغي للأفرقة أن تعوض عن الخسائر التي كان من المعقول تجنبها، وفيما يتعلق بمسألة إذا كانت النفقات التي تكبدها المدعي في تخفيف الأضرار قابلة للتعويض، قرر الفريق بالإيجاب مشيراً إلى المادة (7-4-2/8) من مبادئ اليونيدروا، أن لجنة الأمم المتحدة للتعويضات التي أنشأها مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة في العام 1991، هي المسئولة عن حل مطالبات التعويض المقدمة من الأفراد والشركات والدول والمنظمات الدولية عن الخسائر التي تكبدوها بسبب الجيش العراقي، بسبب غزو واحتلال الكويت في العام 1990، وقدمت مطالبات من دول ومنظمات دولية في الفئة " w" وبت فيها أفرقة مؤلفة من ثلاث مفوضين. قرار صدر عن لجنة الأمم المتحدة للتعويضات يحمل الرقم " التوصية S-AC-26 في 23.9.1997.

أو كان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه ".

وفي التعليق الرسمي على هذه الفقرة تحديداً جاء فيه " تغطي هذه المادة المجال الذي تحكمه أنظمة " الكومن لو " والمعروف بفقه "Frustration" واستحالة التنفيذ، وتعرفه نظم القانون المدني بفقه القوة القاهرة "Force majeure " ... الخ، مع ذلك فهي لا تتطابق تماماً مع أي منها، وقد أختير مصطلح القوة القاهرة لما يتمتع به من انتشار في تعاملات التجارة الدولية، ويؤكد ذلك إدراجه في العديد من العقود الدولية تحت مسمى " القوة القاهرة "[406].

كما نص المشرع المصري في المادة 165 من القانون المدني المصري على " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر[407]، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك ".

منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/639

406 أ.د علوان، أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص243.

407 بين منتصف الستينيات ومنتصف السبعينيات، أبرمت شركتا نفط بالولايات المتحدة وهما شركة شيفرون وشركة تكساكو بتروليوم والمدعى عليه، "حكومة الإكوادور" سلسلة من الاتفاقات، حيث منحت الأخيرة الإذن السابق للتنقيب والاستغلال لاحتياطيات النفط في منطقة الأمازون في الإكوادور من خلال شركة فرعية محلية، والتزم أصحاب المطالبات بتوفير نسبة مئوية من إنتاجهم من النفط الخام للمجيبين للمساعدة في تلبية احتياجات الاستهلاك المحلي الإكوادوري، كما نصت الاتفاقات على أنه يحق للمدعى عليه تحديد السعر المحلي الذي سيشتري به المساهمات المطلوبة من المطالبين، ولكن بمجرد وفاء المطالبين بالتزامهم بالمساهمة بالنفط للاستهلاك المحلي، أصبحوا أحرارًا في تصدير ما تبقى من نفطهم بسعر كبير، وبحسب ارتفاع سعر السوق الدولية، وإذا تم استخدام النفط لأغراض أخرى غير تلبية احتياجات الاستهلاك المحلي الإكوادوري، يحق للمطالبين الحصول على تعويض بسعر السوق الدولي، أثناء تنفيذ الاتفاقات، جادل الأطراف حول عدد من الانتهاكات المزعومة لالتزاماتهم، مما دفع المدعين في نهاية المطاف في أوائل التسعينيات إلى رفع سبع دعاوى قانونية ضد المدعى عليه في المحاكم الإكوادورية يطالبون بما مجموعه أكثر من 500 مليون دولار كتعويضات، منذ حوالي 15 عامًا، كانت ست من هذه القضايا لا تزال معلقة في الدرجة الأولى بينما تم رفض القضية السابعة، في العام 2006 بدأ المدعون إجراءات التحكيم وفقًا لمعاهدة الاستثمار الثنائية " BIT " والتي تم الدخول فيها من قبل الولايات المتحدة والإكوادور، وفيما يتعلق بالقواعد الإجرائية المعمول بها، لاحظت هيئة التحكيم أن معاهدة الاستثمار الثنائية أشارت إلى قواعد الأونسيترال للتحكيم وقررت أنه بما أن لاهاي هي مكان التحكيم، فإن أي أحكام إلزامية في قانون التحكيم الهولندي ستكون قابلة للتطبيق أيضاً، وفيما يتعلق بالقانون الذي يحكم جوهر النزاع، قررت المحكمة تطبيق الأحكام الموضوعية لمعاهدة الاستثمار الثنائي وأية أحكام ذات صلة من مصادر أخرى للقانون الدولي.

أما فيما يتعلق بالأسس الموضوعية للقضية، وجدت المحكمة أن المدعى عليه قد أخل بالتزاماته بموجب المادة الثانية (7) من معاهدة الاستثمار الثنائية من خلال التأخير غير المبرر للمحاكم الإكوادورية في الفصل في قضايا المدعين، وبالتالي كانت مسئولة عن دفع تعويضات للمدعين عن الخسارة الناتجة عنها. وكذلك فيما يتعلق بمبلغ التعويضات، قررت المحكمة أساساً لصالح المدعين، وجادل أصحاب المطالبات بأنه يحق لهم الحصول على تعويضات تعادل المبلغ الإجمالي للتعويضات المطلوبة في قضاياهم أمام المحاكم الإكوادورية بالإضافة إلى الأضرار التي تكبدوها نتيجة للتأخير، اعترض المدعى عليه على أن المحكمة يجب أن تمنح تعويضات، إن وجدت، فقط للمبلغ المقابل لاحتمال نجاح المدعين فيما يتعلق بمزايا قضاياهم أمام المحاكم الإكوادورية، أي 15 ٪ من إجمالي المبلغ المطالب به من قبل المطالبين، ودعماً لحجته استند المدعى عليه إلى مبدأ "ضياع الفرصة" الذي، كما أوضح، لا يؤيده عدد من النظم القانونية فحسب، بل إنه منصوص عليه في المصادر عبر الوطنية مثل المادة 7.4.3 (2) من المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، ومبادئ العقود التجارية، غالبًا ما تطبقه محاكم المحكمة الجنائية الدولية وفي رفض حجة المدعى عليه، ذكرت هيئة التحكيم أن مبدأ "ضياع الفرصة" غير مقبول على نطاق واسع عبر الأنظمة القانونية بحيث يمكن اعتباره "مبدأ عام للقانون تعترف به الدول المتحضرة " في رأيها على الأكثر، يمكن القول إن المبدأ يُطبق في حالات استثنائية حيث يوجد " ضرر لا يمكن الطعن في وجوده ولكن يصعب تحديده " كما هو مذكور في التعليقات على المادة (7-4-2/3) من مبادئ اليونيدروا، ومع ذلك، في القضية قيد النظر، لم تكن هناك صعوبات من هذا القبيل في تحديد مقدار خسارة المدعين بسبب التأخير غير المبرر للمحاكم الإكوادورية في البت في قضاياهم.

تتعلق إحدى قضايا المطالبين المعلقة أمام محكمة إكوادورية بآثار الزلزال، الذي تسبب في انخفاض مؤقت في إنتاج المطالبين من النفط، على التزام المطالبين بموجب الاتفاقية بالمساهمة في الاستهلاك المحلي للمدعى عليه، ووفقاً لأصحاب المطالبات، كان التزامهم متناسبًا مع إنتاجهم من النفط ويتوقف عليه، ونتيجة لذلك، عندما لم يتمكنوا مؤقتاً من إنتاج الكمية المعتادة من النفط بسبب الزلزال، تم أيضاً تقليل التزامهم بالمساهمة في الاستهلاك المحلي بشكل متزامن بما يتناسب مع إنتاجهم، على العكس من ذلك، وفقاً للمدعى عليه، بمجرد استئناف المطالبين للإنتاج الكامل، كان عليهم تقديم مساهمة إضافية كتعويض عن مساهمتهم المخفضة خلال فترة القوة القاهرة، ودعماً لحجته، أشار المدعى عليه إلى المادة 1590 (حاليًا 1563) من القانون المدني الإكوادوري، مشيرًا إلى أن مبدأ القوة القاهرة بموجب القانون الإكوادوري يعفي المدين

وطبقاً للنص نرى أن العوامل المذكورة فيه إذا توافر إحداها أو أكثر فإن ذلك يؤدي إلى الإعفاء من المسئولية وهو ما لا يعود إلى خطأ المدين المتفاوض، والسبب الأجنبي قد يتمثل في قوة قاهرة أو حادث فجائي، لذا فإن التمييز بينهما لا يقوم على أي أساس أو اعتبار، فهما مترادفان يصفان المعنى ذاته[408]. وبالتالي عدم تنفيذ المدين لالتزامه يعود إلى واقعة أجنبية لا يسأل عنها[409]، سواء تمثلت بقوة قاهرة أو حادث فجائي.

ويشترط في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي استحالة دفعهما[410]، فلا يكون بمقدار أي شخص درء نتائجهما، وكذلك عدم إمكان توقع[411] حدوثهما ليس فقط من جانب المدين وإنما من جانب أشد الناس حيطة وحذر[412].

وقد تطرقت محكمة النقض المصرية إلى هذين الشرطين بقولها " ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة "[413].

من المسؤولية بسبب التأخير في أداء الالتزام التعاقدي، ولكنه لا يلغي الالتزام نفسه، عند اتخاذ قرار لصالح المطالبين، لم تذكر المحكمة فقط بنداً في الاتفاق ينص على أن مساهمة المطالبين يجب أن تُحسب كنسبة من إجمالي إنتاجها الفصلي وبالتالي استبعاد أي التزام آخر بالمساهمة بما يتجاوز الحد الأقصى للإنتاج في ربع معين، لكنه أشار بشكل عام إلى " مبدأ القوة القاهرة " وإلى المفاهيم الأخرى ذات الصلة. قرار صدر عن التحكيم الخاص في لاهاي يحمل الرقم IIC421/2010، بتاريخ 30.3.2010، منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1534

408 د. السنهوري، عبدالرزاق، مرجع سابق، ص586.

409 د. سعد، نبيل إبراهيم، مرجع سابق، ص455-456.

410 أبرمت السلطة المحلية الروسية "المدعي" مع شركة روسية "المدعى عليها" عقداً لبناء سد، تأخرت المدعى عليها في أداء التزاماتها، فطالبها المدعي بالامتثال لشروط العقد، تذرعت المدعى عليها كعذر لها بسبب فيضان النهر، والذي بلغ في نظرها حالة القوة القاهرة، لذلك قام المدعي برفع دعوى ضدها، وفي قرار المحكمة رفضت حجة المدعى عليها مستندة في ذلك إلى نص المادة (7-1-7) من مبادئ الينيدروا والقانون المحلي الروسي، ووجدت المحكمة أن المدعى عليها عندما شاركت في المزاد العلني ودخلت بالعقد الإداري، فهي قبلت بشروط المزاد الذي كان ينبغي الالتزام به والامتثال له، وفيما يتعلق بالحجة التي أدت بالفيضان إلى منعها من أداء التزامها في الوقت المناسب، أشارت المحكمة إلى أن المدعى عليها كان بإمكانها توقع الأحوال الجوية، وبالتالي فإن الحدث لا يرقى إلى حالة القوة القاهرة.
قرار صدر عن محكمة Arbitrazh في منطقة سخالين، يحمل الرقم A59-342/2014، في العام 2017.
منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1915

411 أبرم المدعي والمدعى عليه وهما شركتان روسيتان، اتفاقية خدمة، يكون بموجبها المدعي هو العميل، والمدعى عليه هو المشغل الذي يوفر الوصول إلى شبكة قنوات الاتصال، وأثناء الأداء حدث انقطاع في الخدمة، مما تسبب في خسائر كبيرة للمدعي الذي قام برفع دعوى تعويض، اعترض المدعى عليه وأفاد بأن الانقطاع كان بسبب انقطاع البطارية الشمسية، وهو أمر لا يستطيع توقعه بشكل معقول أو تجنبه أو التغلب على عواقبه، وبناء على ذلك، رأت المحكمة أن الأمر يتعلق بحالة قوة قاهرة تستبعد أي مسئولية على المدعى عليه عن عدم أدائه، ودعماً لقرارها لم تعتمد المحكمة على القانون الروسي فحسب بل استندت على نص المادة (7-1-7) من مبادئ الينيدروا.
قرار رقم A33-804/2009، الصادر عن محكمة Arbitrazh في منطقة كراسنويارسك بتاريخ 21.5.2009.
منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1914

412 د. السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص1226-1228.

413 الطعن رقم 2494، لسنة 78ق بجلسة 27.3.2016.

على العكس من ذلك فقد أنكر الفقه الفرنسي وصف القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ على العاصفة المائية التي أدت إلى انقلاب العربة في الطريق وإصابة المسافر، طالما أن الناقل قد قبل السفر فلا بد أن بدأت الرياح أن تهب بشدة منذرة بها "[414].

كما أن خطأ الدائن المضرور يعد نافياً للمسئولية الناشئة عن المفاوضات إذا تحقق فيه شرطان، السبب الأجنبي مع عدم توقعه واستحالة دفعه، ورجوع الإصابة إلى فعل الدائن وحده، "[415].

وقد جاء في إحدى أحكام محكمة استئناف باريس ما يلي " خطأ المضرور يكون أحد أسباب إعفاء الناقل إذا كان هذا لم يستطيع توقعه أو صنعه، وتبعاً لهذا تعفى شركة السكك الحديدية من المسئولية إذا نجحت في إقامة الدليل، ليس فقط على عدم ارتكابها خطأ مهما كان سبباً، بل وهناك أن المضرور كان قد ارتكب إهمالاً أو عدم احتياط، وكان السبب الوحيد في الضرر، ولم يكن في مقدورها أن تدفعه "[416].

كما جاء في حكم آخر لها بأن " مسئولية الناقل إزاء المسافر الذي اعترته حالة النوم أثناء السفر، فسقط من على مقعده عند مرور السيارة بإحدى المنحنيات، وكان من الثابت أن أياً من المسافرين لم يصب بثمة أذى، مما يعني أن خطأ المسافر هو السبب الوحيد فيما لحقه من ضرر "[417].

كما أسلفنا بأن خطأ المضرور يعد سبباً من أسباب إعفاء المدين المتفاوض من المسئولية عن الضرر الواقع، ولكن إذا ثبت أن للضرر سببان، فتسمى هذه الحالة بالفعل الضار المشترك[418]، وتوزع المسئولية بين المدين والدائن حسب جسامة الفعل الضار الصادر من كل منهما، فإذا استغرق خطأ

---

414 د. زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، مرجع سابق، ص561. د. الحكيم، عبدالمجيد، مرجع سابق، ص539.

415 د. السيري، عمر، العقد الإداري والقوة القاهرة، مجلة دراسات قانونية، م13، س4، قازيونس، بنغازي، 1994، ص15.

416 مشار إليه لدى: د. زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، مرجع سابق، ص286 وما بعدها.

417 Cass. Civ. 28.11.1953-D 1963-39- note savatier

418 أبرمت شركة تركية وشركة تأسست في أنغيلا " جزر الهند الغربية " ولها مكتب في الفلبين، اتفاقية تتعلق بمعدات متطورة للغاية، احتوى العقد على حكمين بشأن اختيار القانون ويبدو أنهما تعارضا مع بعضهما البعض بشأن ذلك، لأن أحدهما يؤيد تطبيق القانون الانجليزي والآخر يؤيد تطبيق القانون السويسري، نشأ نزاع واتفق الطرفان على تقديمه إلى تحكيم خاص تحكمه قواعد الأونسيترال للتحكيم، في ضوء الشكوك المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق اقترحت هيئة التحكيم على اختيار مبادئ الينيدروا كقانون واجب التطبيق، واتفق الأطراف على أن تطبيق المبادئ لم ينظر إليه على أنه يحول دون تطبيق القانون الإنجليزي إذا كان قابلاً للتطبيق على النحو الذي يحتفظ به أحد الطرفين، والقانون السويسري إذا كان قابلاً للتطبيق كما اقترحه الطرف الآخر.

بعد أن أصدرت هيئة التحكيم في 17.5.2000 قرارها التحكيم الجزئي بأن أحد الطرفين لم يؤد التزاماته الناشئة عن العقد بشكل صحيح، أصدرت هيئة التحكيم قراراً نهائياً يحدد مبلغ التعويضات المستحقة على الطرف غير المنفذ، وبذلك أشارت إلى المواد (7-4-2) و (7-4-7) من مبادئ الينيدروا من أجل تبرير تقليل الضرر القابل للتعويض في ضوء حقيقة أن جزءاً من الضرر كان ناتجاً عن سلوك الطرف المتضرر، وكذلك أشارت إلى المواد (7-4-9) و (7-4-10) من المبادئ من أجل منح فوائد على المبلغ المستحق.

قرار صدر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة والصناعة في لوزان بتاريخ 31.1.2003 منشور على الموقع:

.http://www.unilex.info/case.cfm?id=861

وكذلك على الموقع:

https://law.uo kerbala.edu.iq/wp/blog/2015/02/19messege9/#page بدون رقم صفحة

المضرور خطأ المدين في هذه الحالة ترفع المسئولية عن الأخير، أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين خطأ الآخر، عد كل منهما سبباً بالضرر، وهنا تعد هذه الحالة هي حالة تعدد المسئولين عن الفعل الضار[419].

وأخيراً إذا كان السبب الأجنبي يعود إلى فعل الغير فتنتفي عن المدين المسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالتفاوض، ويشترط في هذه الحالة أن يكون هذا الفعل غير متوقع ولا يمكن تداركه، فضلاً عن أن يكون هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، ويتشدد القضاء الفرنسي في الإعفاء في هذه الحالة حفاظاً على مصلحة المضرور وحقه في التعويض[420].

أما إذا ساهم المدين مع فعل الغير بتحقق الضرر فإن المسئولية تنقسم بينهما بقدر إسهام كل منهما بوقوعه، وعلى ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يشترط في خطأ الغير الذي يعفي المدين من المسئولية إعفاء كاملاً ألا يكون في مقدوره توقعه أو تفاديه، وأن يكون هذا الخطأ وحده الذي سبب الضرر للمضرور"[421]، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري لم يعتد بفكرة فعل أو خطأ الغير كسبب من أسباب الإعفاء من المسئولية.

---

[419] د.عامر، حسين، د. عامر، عبدالرحيم، المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية، دار المعارف، الطبعة الأولى، 1998، ص354.

[420] وتطبيقاً لذلك قضى بعدم إعفاء مصلحة السكك الحديدية عن الأضرار الناتجة عن انفجار قنبلة على شريط السكك الحديدية في وقت ساد فيه إضراب عمال الهيئة، ففي مثل هذه الظروف يعد فعل الغير متوقعاً مما يمكن دفعه .Cass.Civ.19.2.1951- D 1951-247

[421] مدني مصري بتاريخ 27.1.1966، مجموعة أحكام النقض، ص17-19، مشار إليه لدى د. عبدالرحمن، حمدي، مرجع سابق، ص567.

المبحث الثالث

التعويض المترتب على قطع المفاوضات السابقة على التعاقد

إن إخلال أي من أطراف العقد بالالتزام بالتفاوض بحسن نية يترتب عليه قيام المسئولية المدنية، ووفقاً للقواعد العامة التي تحكم تلك المسئولية فإنها تقضي بإجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً، غير أن هناك اتفاق فقهي[422] باستبعاد هذا النوع من التنفيذ في مرحلة المفاوضات، كون أن الالتزام بالتفاوض لا يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي، وإنما يلزمهم بالتفاوض حول هذا العقد تمهيداً لإبرامه بحسن نية في سير المفاوضات، لذلك يجب عدم الخلط بين الالتزام بإبرام العقد محل التفاوض والالتزام بالتفاوض، وتبعاً لذلك فإن الدائن ليس له إلا طريق واحد وهو اللجوء إلى إلزام المدين بالتنفيذ بمقابل، أي عن طريق التعويض.

يعتبر التعويض الأثر الأهم لثبوت مسئولية أي شخص، حيث يجبر به ما أصاب الآخرين من ضرر، والقاعدة العامة هي أن المسئولية التقصيرية هي عن الفعل الضار هي المسئولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد، ولا تطبق المسئولية العقدية إلا في حالات استثنائية، أينما وجد إخلال بالتزام عقدي ورد في اتفاق في عقد التفاوض أو الاتفاقات المبدئية حتى قبل إبرام العقد النهائي، بل حتى ولو لم تسفر المفاوضات عن إبرام العقد النهائي[423].

وسنقوم في هذا المبحث بشرح طرق التعويض وأشكاله في مطالب ثلاث: يوضح المطلب الأول الطريق عن التعويض عن الضرر الواقع فعلياً أي الضرر اللاحق، وفي المطلب الثاني التعويض عن الكسب الفائت، أما أخيراً وفي المطلب الثالث سنتحدث عن التعويض عن ضياع الفرصة.

المطلب الأول

التعويض عن الضرر اللاحق

نصت مبادئ الينيدروا في المادة (7-4-1) على الحق في التعويض بقولها " يترتب على عدم التنفيذ منح الدائن الحق في التعويض إما كحق وحيد وإما بالإضافة إلى وسائل أخرى إلا في أحوال الإعفاء من المسئولية طبقاً للمبادئ".

---

422 د. زكي، محمود جمال الدين، ، مرجع سابق، ص291. لطفي، محمد حسام محمود، ، مرجع سابق، ص66

423 د. لطفي، محمد حسام محمود، المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص68.

- **وفي التعليق الرسمي على المادة السالفة جاء فيه:**

أ. الحق في التعويض بوجه عام

تضع هذه المادة مبدأ مفاده توافر حق في التعويض عن حالة عدم التنفيذ ما لم يكن عدم التنفيذ محلاً للإعفاء طبقاً للمبادئ، كما هو الأمر حال توافر القوة القاهرة، المادة (7-1-7)، أو بند الإعفاء، المادة (7-1-6)، ولا تؤدي الظروف الشديدة، المواد (6-2-1) وما بعدها، من حيث المبدأ إلى نشأة الحق في التعويض.

نصت هذه المادة على أن الحق في التعويض، شأنه في ذلك شأن باقي وسائل المعالجة، ينشأ عن مجرد عدم التنفيذ، ويكفي الطرف الدائن أن يقيم الدليل على عدم التنفيذ، أي أنه لم يتلق ما وعد به، وليس هناك حاجة بوجه خاص إلى إقامة دليل إضافي على أن عدم التنفيذ كان راجعاً إلى خطأ الطرف المدين، ويعتمد تحديد درجة الصعوبة في إثبات عدم التنفيذ على مضمون الالتزام، وبوجه خاص على ما إذا كان الالتزام هو التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة[424].

ويتوافر الحق في التعويض كلما وجد انتهاك، أياً كان، لأحد الالتزامات الناشئة عن العقد، لذا فليس من الضروري عقد تفرقة بين الالتزامات الأصلية والالتزامات المكملة.

وعن المشرع الفلسطيني فقد نص في المادة 237 من مشروع قانونه المدني على " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ". ويقابلها نص المادة 215 من القانون المدني المصري.

هذا وقد تطرقت مجلة الأحكام العدلية إلى التعويض عن الضرر في المادة 891 والتي نصت على: " كما أنه يلزم أن يكون الغاصب ضامناً إذا أستهلك المال المغصوب، كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يكون ضامناً أيضاً، فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه، وإن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله ".

---

424 أنظر المادة (5-1-4) من مبادئ اليونيدروا.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه " إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً سواء بسبب أجنبي أو بفعل المدين، لم تعد هناك جدوى من المطالبة به، ويرجع الدائن على مدينه بالتعويض إذا كانت الاستحالة بخطأ المدين "[425].

ومن النص السابق يتضح لنا أن المشرع الفلسطيني أورد الالتزام التعاقدي في حكم النص، فيجب على الدائن أن يثبت وجود الالتزام من خلال وجود عقد والذي يعد مصدراً من مصادر الالتزام، فإذا أثبت ذلك كان على المدين أن يثبت أنه أدى التزاماته بموجب العقد، وإلا وجب عليه أن ينفذها عيناً بناء على طلب الدائن ما بقي الوفاء عيناً ممكناً، وإذا تعذر تنفيذ الوفاء عيناً أو كان مرهق وغير مجد، نسب ذلك إلى خطأ يفترض وقوعه من المدين، وألزم بتعويض الدائن ما لم يثبت المدين أن استحالة التنفيذ تعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه[426].

والنص يشوبه عيب، فهو يتحدث عن تنفيذ الالتزام عيناً جبراً على المدين ابتداء بأنه غير ممكن أو مستحيلاً، ففي هذه الحالة لا بد من التعويض، وأرى أنه في حالة التنفيذ المعيب أو الجزئي أو التأخير في التنفيذ لا يكون الأمر متعلق بالاستحالة، ففي هذه الحالات لا بد من التعويض.

وفي نفس الوقت يبدي المشرع أنه إذا كان التنفيذ عيناً جبراً على المدين مستحيل، للدائن الحق في أن يطلب الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة عدم التنفيذ، فلا يستقيم هذا القول، فالعبارة الأولى تتعلق بالتنفيذ العيني الجبري على المدين، والثانية تتعلق بطلب التعويض للدائن نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

ولكن لا أرى كباحثة بأن ذلك النص يطبق في حالة التعويض عن الإخلال بالالتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات، ففي هذه المرحلة لا يجبر أو يلزم الأطراف بإبرام تلك العقود التمهيدية على الإطلاق، فلا يتصور بأي شكل من الأشكال بأن يكون التعويض تنفيذاً عينياً في تلك المرحلة.

كذلك ورد في نص المادة 239 من المشروع أنه " 1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، قدرته المحكمة، ويشمل التعويض ما لحق بالدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً، أو تنفيذه على وجه معيب، أو للتأخر في الوفاء به، ويعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. 2- إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن

---

425 نقض مدني مصري، بتاريخ 23.1.2014، (م.م.ف) ق2، س65، ص8.

426 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

توقعه عادة وقت التعاقد. 3- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، وفي هذه الحالة لا يجوز أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو بحكم قضائي نهائي ".

فالمتعاقدان وفقاً للنص إذا لم يتفقا على تقدير قيمة التعويض (الشرط الجزائي) قدرته المحكمة على أساس مبدأ التعويض الكامل (ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب)، وبموجب هذا يجب أن يكون التعويض تعويضاً عن الضرر المباشر الذي نجم عن عدم الوفاء، لأن الضرر المباشر هو النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء، حيث لا تتحقق رابطة العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر غير المباشر[427]، ويعد بذلك الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه، بشرط أن لا يستطيع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

وحتى يتم التعويض عن الضرر المباشر في المسئولية العقدية يجب أن يكون متوقعاً، إلا في حالة صدور غش أو خطأ جسيم من المدين، فيكون التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، وتطبق هنا أحكام المسئولية التقصيرية التي يشتمل فيها التعويض على الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة[428].

كما أجاز المشرع الفلسطيني في مشروع قانونه المدني في نص المادة 240 التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي، وهو أن يتفق المتعاقدين فيما بينهم على تحديد قيمة الشرط الجزائي في العقد أو في اتفاق لاحق في حالة لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، أو نفذه جزئياً أو معيباً أو تأخر في تنفيذه، ويجب أن يتم هذا الاتفاق قبل إخلال المدين بالتزامه، أما إذا تم الاتفاق عليه بعد ذلك فلا يعتبر شرطاً جزائياً وإنما يكون صلحاً بين الدائن والمدين، ويجب أن تتم مراعاة أحكام القانون حينما يتفقان على تحديد قيمة التعويض الإتفاقي[429]، حيث جاء في النص " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً مقدار التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق، مع مراعاة أحكام القانون ".

كما نصت المادة 241 من المشروع في فقرتها الأولى على " 1- لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ".

نرى وفقاً للنص أن عبء إثبات عدم وجود ضرر يقع على عاتق المدين إذا أراد أن يتخلص من تطبيق الشرط الجزائي، وهذا يدل على فائدة الشرط الجزائي المتمثلة في نقل عبء الإثبات على عاتق المدين، فإذا لم يثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر فيفترض أن الضرر قد لحق بالدائن ويطبق الشرط الجزائي.

---

427 الحفني، عبدالحميد عثمان، النظرية العامة للالتزامات في التقنين المدني المصري، أحكام الالتزام، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، بدون سنة نشر، ص98. والمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

428 المرجع السابق، ص102.

429 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

وفي الفقرة الثانية من ذات النص جاء بها " 2- يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزءاً منه ".

إذن عندما تتوافر شروط استحقاق الشرط الجزائي من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وإعذار المدين وعدم استطاعته إثبات أن الدائن لم يلحقه ضرر، يحكم القاضي بقيمة التعويض، ويجوز له تخفيض مقداره إذا أثبت المدين أن قام بتنفيذ الالتزام جزئياً، حيث أن التعويض وضع لمواجهة حالة عدم التنفيذ الكامل للالتزام، وكذلك يستطيع تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة، واستطاع المدين أن يثبت ذلك، لأنه أصبح شرطاً تهديدياً فيأخذ حكم الغرامة التهديدية، فدور القاضي ليس المساواة بين قيمة التعويض والضرر، وإنما إزالة المبالغة فيه، فإذا كان التعويض أو الشرط الجزائي يزيد عن قيمة الضرر لكنها زيادة غير فاحشة أو مبالغ بها، فلا يستطيع القاضي هنا التدخل في تخفيض قيمته، ويحكم به حتى لو كان يزيد عن الضرر لأن المدين قبل سلفاً أن تزيد مسئوليته عند الإخلال بالتزامه عما تقضي به القواعد العامة في التعويض[430].

وفي الفقرة الثانية من نص المادة المذكورة أورد المشرع بها حالة أن تكون قيمة التعويض أقل مما لحق الدائن من ضرر، فلا يستطيع حينها الدائن مطالبة المدين بأكثر مما تم الاتفاق عليه من تعويض، وهذا يعد من قبيل التخفيف من المسئولية، وهذا الاتفاق جائز قانوناً وعلى القاضي أن يحترمه ويحكم به، ويرد استثناء وحيد على هذه الحالة وهو أن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب خطأ جسيم أو غش في عدم التزامه، حيث جاء في النص " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً ".

مما سبق نلاحظ أن المشرع الفلسطيني في المشروع وافق ما توصل إليه التقنين المصري في معالجة فكرة الشرط الجزائي " التعويض الإتفاقي "، ولم يدرك التطور الذي لحق بهذه الفكرة في فرنسا، حيث أجاز المشرع الفرنسي للقاضي تعديل قيمة الشرط الجزائي بالنقص أو الزيادة إذا رأى أن قيمته مبالغ فيها، أو أنها تافهة حتى ولو لم يرتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً[431].

ب. إمكان الجمع بين التعويضات والوسائل الأخرى

نصت المادة (7-4-1) من مبادئ الينيدروا كذلك على جواز طلب الدائن التعويض، إما كحق وحيد " على سبيل المثال، تعويض عن التأخير في حالة التنفيذ المتأخر أو التنفيذ المعيب المقبول من الدائن، أو التعويض عن استحالة التنفيذ الذي يسأل عنه المدين "، أو بالإضافة إلى وسائل معالجة أخرى،

---

430 المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

431 نص المادة 2/1152 من القانون المدني الفرنسي بإصداره القديم.

لذا، ففي حالة فسخ العقد يجوز طلب التعويض لجبر ما وقع من خسائر ناشئة عن هذا الإنهاء، أو مرة أخرى في حالة التنفيذ العيني، بهدف تعويض التأخير في التنفيذ أو رد نفقات للدائن يكون قد تكبدها، وكذلك قد يصحب التعويض أيضاً وسائل معالجة أخرى " تنشر في الصحف، أو الإقرار بوقوع خطأ، وغير ذلك".

في قانون المخالفات المدنية نجد أنه يعالج موضوع إمكانية الجمع بين التعويضات والوسائل الأخرى في نص المادة 65 منه والتي نصت على "عند تقدير التعويض الواجب دفعه عن أية مخالفات مدنية، لا يحسب أي مبلغ دفع أو يستحق دفعه بمقتضى عقد تأمين أو ضمان فيما يتعلق بتلك المخالفة".

وكذلك الأمر عندما نسترشد بنص المادة 1/55/ب من ذات القانون نجد أنها جاءت بأنه " يحكم بالتعويض المطالب به في هذه الدعوى مقابل الضرر المادي، الفعلي أو المتوقع، الذي لحق بالأشخاص الذين أقيمت الدعوى بالنيابة عنهم، بسبب وفاة الشخص المتوفي (بما في ذلك نفقات جنازته، إذا كانت تلك النفقات قد دفعها الأشخاص الذين أقيمت الدعوى بالنيابة عنهم). وتتولى المحكمة، في أثناء المحاكمة تقسيم التعويض الذي تحكم به فيما بينهم بعد خصم المصاريف التي لم تضمنها للمدعى عليه.

ويشترط في ذلك عند تقدير التعويض أن لا يحسب:

أولاً: أي مبلغ دفع أو أستحق دفعه لدى وفاة المتوفى بموجب عقد ضمان أو تأمين.

ثانياً: وأي مبلغ دفع أو أستحق دفعه لتسديد نفقات الحداد على الميت ".

كما أن هناك نص ورد في القرار بقانون بشأن التأجير التمويلي[432] في المادة 27 منه، والتي جاءت تحت عنوان " التعويض عن الأضرار"، ينص على " إذا لم يتم معالجة الإخلال، يكون للفريق المتضرر الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار، إما بشكل حصري، أو بالإضافة إلى تعويضات أخرى ينص عليها هذا القانون أو عقد التأجير التمويلي، لوضع الفريق المتضرر في الوضعية التي يجب أن يكون فيها كما لو تم تنفيذ كافة أحكام عقد التأجير التمويلي بصورة صحيحة ".

يتضح لنا مما سبق بأنه يجوز الجمع بين التعويضات والوسائل الأخرى في التشريع الفلسطيني وفقاً للقوانين السارية المفعول.

[432] قرار بقانون بشأن التأجير التمويلي رقم 6 لسنة 2014، الوقائع الفلسطينية، العدد 107، بتاريخ 2014/5/28، ص9.

ج. التعويض والمسئولية قبل التعاقدية

قد لا ينشأ الحق في التعويض عن عدم تنفيذ العقد فحسب، بل أيضاً خلال الفترة السابقة على التعاقد، أنظر على سبيل المثال، المادة (2-1-15) في حالة التفاوض بسوء نية، والمادة (2-1-16) في حالة الإخلال بالالتزام بالسرية، أو المادة (3-2-16) المتعلقة بالتعويض المستحق للضحية في حالة الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن الفاحش، وقد تنطبق القواعد المطبقة على التعويض عن عدم التنفيذ، حسبما هي مبينة في هذه المادة، على سبيل القياس على هذه الحالات "[433].

كما يحق للطرف المتضرر في عقد التفاوض الرجوع على الطرف الآخر المتسبب بالضرر جراء عدم تنفيذ الأخير لالتزامه الناشئ عن المفاوضات في المطالبة بتعويض نقدي عما لحق به من أضرار.

كما نصت المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي الجديد على أنه " في حال ارتكاب خطأ في المفاوضات، فإن تعويض الضرر الناجم عن ذلك لا يجوز أن يتضمن تعويضاً عن فقدان المكاسب التي كان يمكن تحقيقها من العقد الذي لم يبرم".

وتبعاً لذلك فإن هذا النص قد تبنى مفهوماً ضيقاً للضرر الواجب التعويض عنه خلال مرحلة المفاوضات، بحيث يقتصر على تعويض الضرر الواقع فعلياً ولا يشمل الكسب الفائت، وبذلك تتمثل قيمة التعويض بحجم المنافع السلبية في الأضرار الفعلية التي لحقت بالمتضرر نتيجة قطع التفاوض التعسفي، وعلى سبيل المثال يعد من قبيل تلك الأضرار نفقات التفاوض والدراسات السابقة ونفقات ضياع الوقت، وكذلك نفقات السفر والإقامة، ونفقات الخبراء والمستشارين، وجميع النفقات التي تحملها المضرور، بحيث يجب تعويضه مالياً ليعيده ذلك إلى الوضع الذي كان عليه قبل المفاوضات[434].

وفي جميع الأحوال، يقتصر التعويض في التشريع الفرنسي بالتعويض عن الضرر المالي فقط، وليس الإبرام الجبري للعقد الذي جرى التفاوض بشأنه[435].

وعلى قاضي الموضوع في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد قيمة التعويض في عقد التفاوض إن وجد تحديد قيمته، ويقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة وهو ما جاء في نص المادة 214 من القانون المدني المصري التي جاءت ب " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي

---

433 أ.د علوان، أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص271-272.

434 د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص12.

435 المرجع السابق، ص15.

مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين ".

وكما ذكرنا بأنه يشترط بألا تكون قيمة التعويض متفق عليها بعقد التفاوض بين طرفي العقد، وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 221 من القانون المدني المصري بقولها " 1. إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ".

وفي حال تم الاتفاق على تقدير قيمة التعويض من الأطراف مسبقاً في عقد التفاوض أو في اتفاق لاحق، تعين على القاضي الالتزام بهذا الاتفاق أولاً والحكم بما جاء فيه دون زيادة أو نقصان، إلا في الحالة التي تكون بها قيمة التعويض مبالغاً فيها، أو أثبت المدين أنه قام بتنفيذ جزء من الالتزامات المترتبة عليه، جاز حينها للقاضي تخفيض قيمة التعويض الإتفاقي، وهذا ما أكد عليه المشرع الفلسطيني صراحة في قانون التأجير التمويلي لا سيما في نص المادة 28 منه التي جاءت بعنوان (التعويض الإتفاقي عن الأضرار) والتي نصت على " 1. إذا نص عقد التأجير التمويلي على التزام الفريق الذي أخل بالعقد بدفع مبلغ محدد أو مبلغ يتم احتسابه بطريقة معينة مقابل ذلك الإخلال، فيستحق الفريق المتضرر ذلك المبلغ. 2. يجوز للمحكمة تخفيض المبلغ المذكور إلى الحدود التي تراها مناسبة، إذا تبين أنه يتجاوز بدرجة كبيرة الضرر الناجم عن الإخلال".

كذلك الأمر جاء ايضاً في نص المادة 224 من القانون المدني المصري بقولها " 1. لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. 2. ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. 3. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف الفقرتين السابقتين ".

أما إذا لم يكن الأطراف قد اتفقا على تحديد قيمة التعويض في حالة الإخلال بالالتزامات المترتبة على عقد التفاوض، فيكون تقدير قيمة التعويض من صلاحية القاضي وفقاً لأحكام المادة 221 من القانون المدني المصري والتي سبق شرحها بالتفصيل، ويعد التعويض من المسائل القانونية التي تعود لسلطة القاضي التقديرية شريطة أن يبين في الحكم عناصر الضرر الذي خص بالتعويض كون الأضرار التي يمكن المطالبة بها في مرحلة التفاوض لا يمكن حصرها ونذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

أولاً: تعويض نفقات التفاوض

وتشمل جميع ما تكبده المتفاوض المضرور من نفقات في مرحلة المفاوضات من نفقات دراسة جدوى واستشارات قانونية وفنية وإحصائيات ورسومات وغيرها من الأمور التي تتطلبها عملية التفاوض، فتعد هذه النفقات بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور من قطع المفاوضات، وبالتالي يجب أن يتحملها المتفاوض المتسبب في فشل المفاوضات[436].

ويشترط وجود علاقة سببية بين تلك النفقات وبين فشل المفاوضات عند الوصول إلى العقد النهائي محل التفاوض، بمعنى آخر أن تكون تلك النفقات قد تمت بمناسبة التفاوض وبسببه، وبالتالي لا يمكن استرداد ما أنفقه المفاوض قبل بدء المفاوضات وأثنائها، ولا بعد علمه بانسحاب المفاوض الآخر، كما يجب أن يكون المتسبب الوحيد في فشل تلك المفاوضات هو المفاوض المسئول عن فشلها، ولا يجوز أن تكون هذه النفقات باهظة ومبالغ بها إلى الحد الذي يتجاوز الحد المألوف، إذ لا يكون المتفاوض مسئولاً إلا عن النفقات التي تمت ضمن الحدود المعقولة[437].

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تمت هذه النفقات نتيجة لخطأ من المتفاوض المضرور فلا مجال لاستردادها إذا ثبت أنه تكبدها نتيجة لعدم حيطته واحترازه، فيفقد حقه حينها باستردادها من المتفاوض الآخر[438].

ثانياً: التعويض عن ضياع الوقت

وهو من الأضرار الفعلية التي قد تنجم عن فشل المفاوضات، والوقت الضائع يتم التعويض عنه خاصة إذا كان الطرف المخل قد دخل في المفاوضات دون وجود نية حقيقية لديه للتعاقد، أو جعل المفاوضات تمتد لوقت طويل بعد أن تيقن بأنه لن يتم إبرام العقد[439]، ويقوم القاضي بتقديره وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، وتبعاً لذلك يكون التعويض جزافياً[440].

---

436 عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق ، ص624.

437 أنظر النقض التجاري الفرنسي المؤرخ في 20.3.1972، والمشار إليه نور الهدى، تواتي أحمد، مرجع سابق، ص62.

438 د.لطفي، محمد حسام محمود، المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص92.

439 من التطبيقات القضائية على التعويض عن ضياع الوقت: ما حكمت به محكمة النقض المصرية بتعويض المتفاوض عن الوقت الذي أضاعه في أوروبا للبحث عن آلات لازمة لمصنع كان قد اتفق على إنشائه مع طرف آخر، وهذا الأخير أهمل محل المتفاوض الآخر محله الواقع في مصر خلال المدة التي قضاها في الخارج.
نقض مدني مصري بتاريخ 27.1.1966، (م.م.ف) س17، ص182، رقم24.
مشار إليه لدى: د. نزال، مجد عمر أحمد، مرجع سابق، ص304.

440 عبداللاه، رجب كريم، مرجع سابق، ص94.

ذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى أن نطاق التعويض يصعب تحديده بشكل كامل، وأن التعويض عن ضياع الوقت لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد النهائي، وبالتالي لا يشتمل على مزايا كانت ستترتب لو أبرم العقد النهائي، فتبقى هي أمور احتمالية يصعب تقدير التعويض بخصوصها[441]، ويعد التعويض عن ضياع الوقت من الأضرار الغير مباشرة[442].

المطلب الثاني

الكسب الفائت

نصت مبادئ الينيدروا في الفقرة الأولى من المادة (2.4.7) منها بقولها " للدائن الحق في تعويض كامل عن الضرر فيما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ... ".

لقد أوضحت المادة السابقة من المبادئ تحديد الضرر الذي يستحق عنه المتضرر التعويض، واعتبرت ان للدائن الحق في التعويض عما فاته من كسب نتيجة إخلال الطرف الآخر بالالتزامات المترتبة على عاتقه بموجب العقد كما الضرر اللاحق فعلياً.

كما أنها منحت فكرة الخسارة المتكبدة مفهوماً واسعاً، فبالإمكان أن تشمل النقص في الجانب الإيجابي من ذمة الدائن أو الزيادة في الجانب السلبي منها، والتي تنشأ عندما يتعين على الدائن اقتراض المال لتنفيذ التزاماته، ويعني الكسب الفائت الفائدة التي يحصل عليها الدائن لو كان المدين قد أدى التزاماته بشكل سليم، وغالباً ما تكون هذه الفائدة غير مؤكدة في مرحلة المفاوضات.

هذا وقد أكد المشرع الفلسطيني على جواز التعويض عن الكسب الفائت طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للمخالفة المدنية، وهو ما نصت عليه المادة 60 من قانون المخالفات المدنية بقولها " يجوز الحكم بالتعويض إما منفرداً أو مضافاً إلى أمر تحذيري أو بديلاً منه ويشترط في ذلك ما يلي: أ- إذا كان قد لحق بالمدعي ضرر، فلا يحكم بالعقوبة إلا عن الضرر الذي قد ينشأ بصورة طبيعية في سياق الأمور الاعتيادية والذي ينجم مباشرة عن المخالفة المدنية التي ارتكبها المدعى عليه. ب- وإذا كان قد لحق بالمدعي ضرر مادي، فلا يحكم بالتعويض عن ذلك الضرر إلا إذا كان المدعي قد بين تفاصيل ذلك الضرر في لائحة ادعائه أو أرفقها بها ".

---

[441] CF.B.Lassalle: Les Pourparlers, Op.Cit., p. 851.

مشار إليه لدى: د. لطفي، محمد حسام، المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص88.

[442] CF.J.Schmidt: Laperiode precontracttuelle, op. Civ., 2000, p.25 et s; J.Cedras. Lobligation de negocier, Op. Cit., N18.

مشار إليه لدى: المرجع السابق، ص91.

وكذلك الأمر فقد أخذ قانون التأمين الفلسطيني[443] بذلك في المادة 155 منه والتي نصت على " عند احتساب التعويض عن فقدان الكسب وفقدان المقدرة على الكسب، لا يؤخذ في الاعتبار الدخل الذي يزيد على مثلي معدل الأجور في الحقل الاقتصادي الذي ينتمي إليه المصاب وفقاً لآخر نشرة يصدرها الجهاز المركزي للإحصاء الفلسطيني ".

وقد تطرقت المادة 3/160 من ذات القانون إلى الدفعات المستعجلة فيما يتعلق بالمسؤولية عن التعويض، فجاءت بأنه " على المسئول عن التعويض بموجب أحكام هذا القانون أن يدفع للمصاب دفعة مستعجلة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بذلك من المستدعي المبالغ الآتية: 1- النفقات الضرورية التي أنفقها المصاب للعلاج بسبب الحادث بما فيها نفقات مكوثه في المشفى والنفقات التي يتحتم إنفاقها على علاجه وتمريضه بسبب الحادث. 2- دفعات شهرية تكفي لسد متطلبات معيشته ومعيشة أفراد أسرته المعالين منه ومتطلبات العلاج والتمريض الضرورية التي يستوجب إنفاقها عليه بسبب الحادث. 3- يراعى عند تحديد الدفعة الشهرية، دخل المصاب خلال الثلاثة أشهر التي سبقت تاريخ الحادث، ولا يؤخذ في الاعتبار الدخل الذي يزيد على مثلي معدل الأجور المذكور في المادة 155 ".

وعن موقف المشرع الفرنسي، فإنه لم يمنح المتضرر نتيجة فشل المفاوضات دون مبرر مشروع الحق في التعويض عن الكسب الفائت، وذلك وفقاً لنص المادة 1112 من القانون المدني الفرنسي الجديد السالفة الذكر، ويتمثل الكسب الفائت في المنافع الإيجابية التي كان من الممكن جنيها أو الحصول عليها لو تم إبرام العقد.

المطلب الثالث

تفويت الفرصة

نصت مبادئ الينيدروا في الفقرة الثانية من المادة (7-4-3) منها على التعويض عن فوات الفرصة بقولها " قد يستحق التعويض عن فوات الفرصة بما يتناسب مع احتمال تحقيقها ".

وفي التعليق الرسمي على نص هذه الفقرة السالفة الذكر جاء فيه " لا يرتبط تحقق الضرر بوجوده فحسب بل بمقداره أيضاً، فقد يتوافر ضرر ليس في الوسع المنازعة في وجوده، ولكن من العسير تقديره، هذا هو الحال فيما يتعلق بفوات الفرصة، فليس هناك فرص لاحتمالات الفوز كما هو الحال بالنسبة

[443] قانون التأمين رقم 20 لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، العدد 62، مارس 2006، ص77.

للحصان، مثال ذلك: طالب يستعد لدخول مسابقة، أو التعويض عن ضرر غير مادي، الإضرار بسمعة شخص ما والألم والمعاناة، الخ "[444].

وكما أسلفنا، قد يشكل التعويض في هذه الحالة تعويضاً عن ضرراً أدبياً عدا الضرر المادي الذي فوت على المتفاوض المضرور فرصة تحقيق كسب أو تجنب خسارة[445]، وفوات الفرصة يفقد المتفاوض المضرور ويحرمه من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب مادي أصبح مستحيلاً نتيجة سلوك المتفاوض الآخر بعد أن كان ممكناً ومحتملاً، وحيث أن ذلك الكسب متوقع[446] ولم يكن قد ثبت بعد، فإن الفرصة تكون احتمالية وليست مؤكدة، ولكن فواتها نهائياً هو ضرر مؤكد ومحقق[447]، وتبعاً لذلك يتضح أن فوات الفرصة كضرر يمكن التعويض عنه[448]، حيث يجب على القاضي التأكد أولاً من أن الربح أو الكسب الفائت الذي كان ينتظره المضرور كان من الممكن أن يتحقق لو أن الفعل الضار لم يقع أصلاً[449].

كما قد يلجأ المتفاوض المضرور أثناء المفاوضات إلى إبرام عقود أو اتفاقيات أخرى مع الغير تعتمد على العقد الأصلي المتفاوض عليه والمزمع إبرامه، وتبعاً لذلك يؤدي قطع التفاوض وعدم استكمال التعاقد ضرراً يتمثل في عدم مقدرته على الاستمرار في تنفيذ التزاماته تجاه الغير، ففي هذه الحالة اتجه الرأي الفقهي الراجح إلى التمييز بين حالتين وهما: إذا كان يعلم المتفاوض المسئول عن فشل المفاوضات بتلك العقود والاتفاقيات التي التزم بها المتفاوض المضرور أمام الغير ووافق عليها بل وشجع على إبرامها أصلاً، ففي هذه الحالة يلتزم بالتعويض عن الضرر الواقع نتيجة تصرفه بإفشال المفاوضات وإبرام العقد

---

444 أ.د علوان، أمية، وآخرون، مرجع سابق، ص276.

445 في القرار الصادر عن التحكيم المخصص " سان خوسيه، كوستاريكا " بتاريخ 3.4.2001، حيث وافقت شركة فرنسية وشركة كوستاريكية على المشاركة في إجراء مناقصة عامة للبناء والتشغيل على أساس حصري لمدة عشر سنوات لمركز المراجعة الفنية للمركبات في كوستاريكا، تم منح العقد أخيراً لطرف ثالث، والذي لم يرق ذلك وفقاً للشركة الكوستاريكية، فكان الحكم بالنسبة لها غير لائق، لكن الشركة الفرنسية رفضت الانضمام إلى شريكتها في الطعن في الحكم أمام السلطة المختصة، وبالتالي منع ذلك الشركة الكوستاريكية من إنهاء الإجراءات، فشرعت في إجراءات تحكيم ضد الشركة الفرنسية بدعوى خرق اتفاق المشروع المشترك والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها بما في ذلك الكسب الفائت الذي كان يمكن أن تتوقعه على مدى فترة العشر سنوات، حيث كان الطرفان قد اتفقا في عقدهما على أنه " ينبغي حل أي صراع على أساس حسن النية وأمانة التعامل وفيما يتعلق بأفضل الممارسات التجارية والشروط الودية "، فقررت هيئة التحكيم تطبيق مبادئ اليونيدروا التي اعتبرتها العنصر المركزي للقواعد والمبادئ العامة التي تنظم الالتزامات التعاقدية الدولية وتتمتع بتوافق دولي واسع، وفيما يتعلق بالأسس الموضوعية، خلصت هيئة التحكيم إلى أن رفض الشركة الفرنسية الانضمام إلى الشركة الكوستاريكية في استئنافها ضد قرار سلطة التحكيم قد انتهك بالفعل التزاماتها الناشئة عن اتفاق المشروع المشترك، ولهذا الغرض أشارت إلى المواد (1-7) و (1-8) و (1-4) من مبادئ اليونيدروا، وإلى المواد (5-1-3) و (5-1-4) من طبعة 2004، كما استندت إلى المبدأ العام لحظر الأحكام ذات الصلة من مبادئ اليونيدروا، الذي تم تضمينها فقط في طبعة 2004 التي لم تنشر بعد في ذلك الوقت " فيما يتعلق بمطالبة المدعي بتعويضات عن الكسب الفائت ".
أنظر: V.Perez Vargas- D. Perez Umana, The UNIDROIT Principles of International commercial contracts in Costa Rican Arbitral Practice,Uniform Law Review, 2006,pp.181-183
منشور على الموقع: http://unilex.info/principles/case/1100

446 حكم محكمة بروكسل التجارية بتاريخ 3.2.1988، أنظر التفاصيل لدى: د. سلامة، أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ص121-122.

447 المرجع السابق، ص123.

448 كان القضاء الفرنسي الأقدم ظهوراً في التعويض عن ضياع الفرصة والمتمثل في الحكم الصادر عن دائرة العرائض في العام 1889، رقم 309.1.1889، حيث تم التعويض لشخص فقد حقوقه لإهمال موكله القانوني.

449 صالح، علي أحمد، مرجع سابق، ص792-793.

الأصلي، أما إذا كان لا يعلم بها أو كان عالماً ورافضاً لها فتقتضي قيم العدالة عدم مسئوليته على التعويضات المستحقة على المتفاوض اتجاه الغير بسبب عدم تنفيذها[450].

لم يتبنى المشرع الفرنسي فكرة التعويض عن الضرر الواقع على الضحية نتيجة فشل المفاوضات وعدم إبرام العقد دون مبرر شرعي عن تفويت الفرصة، وهذا ما ظهر بوضوح في قرار الدائرة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28.6.2006، حيث جاء فيه أن " الخطأ الواقع نتيجة ممارسة حق القطع الفردي للمفاوضات ليس سبباً للضرر الواقع المتمثل في فقدان فرصة تحقيق الأرباح التي كان يؤمل الحصول عليها من إبرام العقد "[451].

ويأتي هذا القرار تأكيداً لقرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قضية Manoukian بتاريخ 26.11.2003، والتي رفضت فيه التعويض عن فقدان الفرصة في إبرام العقد[452].

وسبب عدم التعويض عن ضياع الفرصة من وجهة نظر المشرع الفرنسي في القانون المدني الجديد هو عدم وجود علاقة سببية بين القطع التعسفي والضرر الناجم عن ذلك، وأيضاً كون مرحلة المفاوضات سابقة على التعاقد يحكمها مبدأ حرية التعاقد، وكذلك إن التعويض عن تفويت الفرصة بوجه خاص يرتب أثراً خاص على عقد لم يبرم بعد[453].

أخذ بعض الفقهاء[454] بالاتجاه الذي يحكم بالتعويض عن فوات الفرصة وليس عن الكسب الفائت، ومبرر ذلك أن تفويت فرصة إبرام العقد يعد ضرراً فعلياً من الممكن التعويض عنه تعويضاً جزئياً حسب درجة فرصة رجحان إبرام العقد من عدمه، أما الكسب الفائت فهو متوقعاً في حال إبرام العقد، فيعتبر بذلك ضرر غير محقق.

وفي ذات الاتجاه يسير معظم الفقه الفرنسي حالياً [455]، حيث يروا وجوب التعويض عن تفويت الفرصة عن الضرر خلال مرحلة المفاوضات، مستندين برأيهم إلى نص الفقرة الثانية من المادة 1112

---

[450] نور الهدى، تواتي أحمد، مرجع سابق، ص63-64.

[451] Cass. 3e civ., 28 juin 2006, no 04-20040, Bull.civ. 2006, III,n 164, p.136, D2006, 2963, note D. Mazeaud, JCP, II, 10130, note O. Deshayes; ' La faute commise dans lexercice du droit de rupture unilaterale des pourparlers nest pas la cause du prejudice consistant dans la contract ". Dans le meme sens: Cass 3 civ, 7 janv. 2009: D 2009, 297; RTD civ. 2009, 113, obs. B. Fages.

مشار إليه لدى: د. شندي، يوسف، مرجع سابق، ص13.

[452] Cass. Com. 26 nov. 2003, precitee; Cass. 3e civ., 7 janv. 2009, n 07- 20783, Bull. Civ., 2009, III. n 5.

أشار إليه: المرجع السابق، ص13.

[453] Chenede F., precite, p.33 نقلاً عن المرجع السابق، ص14.

[454] العوجي، مصطفى، القانون المدني (الجزء الثاني) المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 2007، ص383.

[455] Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019/2020 - 2e ed.: Consolidations - Innovations - (Perspectives (Dalloz Référence) (French Edition, P34 .

من القانون المدني الجديد بأن " فقدان المكاسب المنتظرة من العقد ليس تفويت فرصة الحصول على المنافع المنتظرة منه ... ويكون فقط ممنوعاً وضع الضحية في الوضع الاقتصادي الذي كان يمكن أن يكون عليه لو تم تنفيذ العقد تنفيذاً كاملاً ... ".

وبذلك يتضح لنا أن الفقه الفرنسي يأخذ بالتعويض عن فوات الفرصة وليس الكسب الفائت وفق المرسوم الجديد، وحتى قبل صدوره، ويستدل على ذلك من السوابق القضائية الفرنسية في ذلك الاتجاه.

الخاتمة

توصلنا في هذه الرسالة التي تناولناها تحت عنوان " مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد في مبادئ اليونيدروا "، مقارنة مع التشريعات الوطنية المختلفة، إلى عدد من النتائج والتوصيات نوردها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. أولت مبادئ اليونيدروا اهتماماً كبيراً في طرحها لمبدأ حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، ليس فقط من خلال النص عليه صراحة وواجب الالتزام به، وإنما بالنظر إلى كافة موادها التي نجدها تشير إليه في كل نص من نصوصها، فقد اعتبرته مبدأ عام يطبق عند تفسير كافة نصوصها، لذا يعد مبدأ حسن النية من الركائز الأساسية التي تقوم عليها المبادئ، بل وأبعد من ذلك عملت على توفير الحماية اللازمة لأطراف العقد التجاري الدولي في كافة مراحل العقد من خلال تنظيمها للمرحلة السابقة على التعاقد كما الإبرام والتنفيذ.
2. يعد عقد التفاوض طريقاً ممهداً لإبرام العقد النهائي الذي يسعى الطرفان إلى إتمامه، فالمفاوضات التمهيدية ذات طبيعة احتمالية، وبالتالي قد يتم التوصل إلى العقد النهائي أو لا يتم التوصل إلى إبرامه، لذا يرتب عقد التفاوض التزاماً بالتفاوض بخصوص العقد النهائي، ولا يرتب التزاماً بإبرامه بصورة نهائية.
3. اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني للالتزام بالإعلام في مفاوضات العقود، فذهب البعض إلى اعتبار أساسه ذو وجهين مشتقين من الخداع والتدليس، فإذا أخل المفاوض بهذا الالتزام يعد بأنه ارتكب مناورة تدليسية، وتبعاً لذلك تكون نشأته من العقد اللاحق عليه فيكون ذو طبيعة عقدية.
   بينما ذهب آخرون إلى اعتبار أساسه يتعلق بالتعويض عن الضرر الذي ينشا نتيجة إخلال المفاوض بالتزامه بالإعلام، ويعد هنا التزاماً مستقلاً له ذاتيته الخاصة التي تساهم في تكملة النصوص التشريعية في الرابطة العقدية، ولا يعد التزاماً تابعاً للعقد.
   وعن الاتجاه الثالث فقد رأى بأن أساسه يعود إلى مبدأ حسن النية، فإلى جانب النصوص القانونية يفرض حسن النية في الإعلام واجباً تكميلياً في الصدق يتمثل في تزويد كل طرف للآخر بالمعلومات التي تعتبر ذات أهمية له وتكون مؤثرة في قراره بشأن إبرام العقد النهائي.
4. يعد مبدأ حسن النية في المفاوضات مصدراً كافياً لتحديد الأساس القانوني للالتزام بالسرية بما يفرضه من حماية للمتفاوض في هذه المرحلة، وأما القول الذي يعتبر بأن الأساس القانوني للالتزام بالسرية لا يكون ذو قيمة قانونية إذا لم ينظمه اتفاق تمهيدي وبصياغة قانونية واضحة لا تثير

الشك حول مضمون هذا الالتزام هو قول غير صحيح، فمبدأ حسن النية كأساس قانوني لهذا الالتزام كفيل بتحقيق العدالة بين الأطراف وفق معايير النزاهة والشفافية.

5. اختلفت الآراء الفقهية في تناولها لطبيعة المسئولية الناشئة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، فمنهم من رأى اعتبارها مسئولية عقدية تنشأ عن تصرف قانوني ينشأ بين المتفاوضين ويعد مصدراً للالتزامات الناشئة في هذه المرحلة.

ومنهم من اتجه إلى اعتبارها مسئولية تقصيرية، حيث رأوا بأن المفاوضات مجرد وقائع مادية، وأن لكل طرف حق العدول عنها استناداً إلى مبدأ الحرية التعاقدية، ولا يجوز تقييد إرادة الأطراف بترك المفاوضات أو قطعها، وهذا العدول بحد ذاته لا يصلح أن يكون سبباً للمسئولية.

أما في حالة تعذر تحديد طبيعة المسئولية بين عقدية وتقصيرية، ارتأى جانب من الفقه إلى اعتبارها مسئولية من نوع خاص تتلاءم وطبيعة خصوصية تلك المرحلة.

6. يعد التعويض لأي شخص هو الأثر الأهم والأول لثبوت المسئولية المدنية الناتجة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد، فالتنفيذ العيني مستبعداً تماماً في هذه المرحلة ولا يمكن اللجوء إليه.

وقد تبنب مبادئ الينيدروا في تحديد مشتملات التعويض على أساس مبدأ التعويض الكامل، بما فيها الضرر الواقع فعلاً والتعويض عن تفويت الفرصة والكسب الفائت، كما يشتمل على التعويض عن الأضرار الأدبية كذلك، وذلك على عكس ما اتجه به القانون الفرنسي في عدم التعويض عن تفويت الفرصة والكسب الفائت.

ثانياً: التوصيات

- بعد أن استعرضنا أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا، خرجنا بتوصية واحدة آملين أن تحقق فائدة عملية، وهي:

" نوصي المشرع الفلسطيني أن ينفرد بنصوص تنظم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، والعناصر الواجب أخذها بعين الاعتبار عند إقرار مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأن يقرر نصوصاً خاصة يتناول بموجبها أهمية التفاوض بحسن نية، ويعمل على النص على الالتزام بواجب الإعلام، وضرورة الحفاظ على سرية المعلومات التي يحصل عليها المتفاوض أثناء هذه المرحلة، وكذلك أن يتناول معالجة العقود التمهيدية ويحدد فيها الطبيعة القانونية للمسئولية الناشئة عن الإخلال بأي من الالتزامات التي يجب على الأطراف المتفاوضة الالتزام بها ".

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

مبادئ اليونيدروا الناظمة لعقود التجارة الدولية، منشورة على الموقع: http://www.unidroit.org/mm/statute-e

مجلة الأحكام العدلية (بدون رقم) المنشورة في مجموعة عارف رمضان، الحكم العثماني، بدون عدد وبدون تاريخ.

قانون المخالفات المدنية رقم 36 لسنة 1944، منشور في الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني) بتاريخ 28.12.1944، عدد 1380.

قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21، لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، العدد 63، صدر بتاريخ 1.11.2005

قانون التجارة الفلسطيني رقم 2 لسنة 2014، الساري المفعول في قطاع غزة، المنشور في العدد 91 من الوقائع، غزة، فلسطين.

القانون المدني الفرنسي بإصداره القديم (قانون نابليون بونابرت) لسنة 1804، منشور على الموقع: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080225#/

قانون العقود الفرنسي الجديد (المرسوم الفرنسي الحديث) رقم 131، بشأن تعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات الصادر بتاريخ 1.10.2016 ، منشور على الموقع: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf

تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم 344 الصادر بتاريخ 26.7.1993، والمنشور في الجريدة الرسمية في 8 مارس 2014.

القانون المدني المصري، رقم 131، الوقائع المصرية، العدد 108، مكرر أ، الصادر بتاريخ 29.7.1948.

قانون التجارة المصري، رقم 17 لسنة 1999، المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع المصرية) العدد 19 مكرر، بتاريخ 17.5.1999

قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري، رقم 82، لسنة 2002، المنشور على الموقع: http://www.du.edu.eg/upFilesCenter/qaap/1388160304.pdf

قانون حماية المستهلك المصري رقم 181، لسنة 2018، منشور على الموقع:
http://www.laweg.net/Default.aspx?action=ViewActivePages&ItemID=112497&Type=6
مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012، المنشور على الموقع:
http://site.iugaza.edu.ps/akalloub
المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2000، منشورة على صفحة ديوان الفتوى والتشريع على الموقع: https://www.lab.pna.ps/madani
اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018، منشورة على الموقع:
http://www.laweg.net/Default.aspx?action=ViewActivePages&ItemID=112497&Type=6
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري: مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2.
قرار بقانون بشأن التأجير التمويلي رقم 6 لسنة 2014، الوقائع الفلسطينية، العدد 107، بتاريخ 2014/5/28.
قانون التأمين رقم 20 لسنة 2005، الوقائع الفلسطينية، العدد 62، مارس 2006.
قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد من 1100 إلى 7/1231 من القانون المدني الفرنسي، ترجمة الدكتور قاسم، محمد حسن، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.
قرار بقانون رقم 31 لسنة 2018 بشان الحماية والسلامة الطبية والصحية، الوقائع الفلسطينية، العدد 147، بتاريخ 201/9/12.

المراجع:

أولاً: المراجع العامة:

التكروري، عثمان، والسويطي، أحمد، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، في ضوء أحكام مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية بالمقارنة مع مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، المكتبة الأكاديمية، الطبعة الأولى، فلسطين، 2016.
القاضي، مختار، أصول الالتزامات في القانون المدني، دار البيان العربي، 1973.
د. مجاهد، أسامة أبو الحسن، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، دار الكتب القانونية، مصر، 1999.

د. الجمال، مصطفى محمد، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2002.

د. محمدين، جلال وفاء، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، دراسة مقارنة في القانون الأمريكي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1995.

سلطان، أنور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1998، بدون مكان نشر.

عبدالحميد، ثروت، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكتاب الثاني، النظرية العامة للحق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006.

د. الجمال، مصطفى، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 1998.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

د. مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، القاهرة، 1987.

د. قاسم، محمد حسن، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، الجزء الأول، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.

د. زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1978.

السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري، شرح القانون المدني/ مصادر الحقوق الشخصية " الالتزامات "، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

العوجي، مصطفى، القانون المدني (الجزء الثاني) المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 2007.

الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.

منصور، أمجد محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2001.

حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، المجلد الأول، البيوع الجارة الكفالة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2003.

غستان، جاك، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة القاضي، منصور، وكثلوم، فيصل، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، بيروت، 2000.

د. شرف الدين، أحمد، أصول الصياغة القانونية للعقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

د. الشرقاوي، جميل، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

د. زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، الجزء الأول، 1978.

الزعبي، عوض أحمد، المدخل إلى علم القانون، دار إثراء للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2009.

الذنون، حسن علي، المبسوط في المسئولية المدنية، الضرر، ج1، الناكس للطباعة والنشر، بغداد، بدون سنة نشر.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ص260-263.

د. لطفي، محمد حسام محمود، النظرية العامة للالتزام، (الأحكام، الإثبات)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

د. عبدالله، فتحي عبدالرحيم، شرح النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط3، دون مكان نشر، 2001.

د. عبد الواحد، فيصل زكي، المسئولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، 1992.

محمد علي، يونس صلاح الدين، العقود التمهيدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

سعد، نبيل ابراهيم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 2005.

خاطر نوري، والسرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الخامس، عمان، الأردن، 2011.

البدراوى، عبدالمنعم، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، 1992.

أ.د الحكيم، عبدالمجيد، والبشير، محمد طه، والبكرى، عبدالباقي، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، بغداد، 1977.

المستشار الدناصوري، عزالدين، والشواربي عبدالحميد، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر، الطبعة الثامنة، مجلد 4، 2013.

د. عبدالرحمن حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2010.

د. الأهواني، حسام الدين، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط1، المجلد1، دار النهضة العربية، 1995.

د.الحكيم، عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المكتبة القانونية، بغداد، 1977.

د. سلطان ، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

د. سلطان، أنور، الموجز في النظرية العامة للالتزام " مصادر الالتزام "، ط1، المجلد1، دار المطبوعات الجامعية، 2012.

د. سعد، نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2010.

الحفني، عبدالحميد عثمان، النظرية العامة للالتزامات في التقنين المدني المصري، أحكام الالتزام، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، بدون سنة نشر.

السعدي، محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام – الواقعة القانونية-، الجزء الثاني، ط2 ،دار الهدى، الجزائر، 2004.

عبدالباقي، عبد الفتاح، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، 1984، ص 46.

د. لطفي، محمد حسام محمود، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، نظرية الحق، 1995.

علي علي سليمان. دراسات في المسؤولية المدنية، د. م.ج، الجزائر، 1994.

د. عبدالباقي، عبدالفتاح، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، جامعة القاهرة، مصر، 1984.

د. القليوبي، سميحة،الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج2، الالتزامات والعقود التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، 2007.

أبو السعود، رمضان، العقود المسماة، عقد الإيجار في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1992.

د. قلادة، وليم سليمان، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري، دراسة مقارنة، ط١،المطبعة التجارية، القاهرة، 1955.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

د. سليمان، شيرزاد عزيز، حسن النية في ابرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، دار دجلة للنشر، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009.

هلال، محمد صبحي، مبدأ حسن النية في العقود، الهلال للاستشارات القانونية ، القاهرة، مصر، 2015.

مجموعة من الأساتذة العرب، شرح مبادئ الينيدروا لعقود التجارة الدولية 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، الطبعة الأولى،2017.

أ.د علوان أمية، وآخرون، المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الترجمة العربية لصيغة الينيدروا باللغتين الانجليزية والفرنسية، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.

د. الشرقاوي، محمود سمير، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة بعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، دون رقم طبعة، مصر، 1996.

د. العربي، بالحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

د. عبد اللاه، رجب كريم، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2000.

د. شرف الدين، أحمد، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2001.

د. عمار، ماجد عبد الحميد، عقد نقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

د. قاسم، محمد حسن، مراحل التفاوض في عقد المكينة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

د. أبو زيد، محمد محمد، المفاوضات في الإطار التعاقدي " صورها- أحكامها "، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

د. صالح، علي أحمد، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر، 2012.

برهم، نضال سليم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009.

عبد العال، محمد حسين، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

د. سري الدين، هاني صلاح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية عدد4، 1996.

د. حمود، عبد العزيز المرسي، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي، دار النهضة العربية، 2005.

عطاالله، برهام محمد، دراسات ووثائق في التأمين، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1983.

د. حسن، خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، الطبعة الأولى، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

إبراهيم، عبد المنعم موسى، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

القوني، عبداللطيف عبداللطيف، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

عبد السلام، سعيد، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

د. المهدي، نزيه محمد صادق، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

د. أبو عمرو، مصطفى أحمد، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

د. الشهاوي، إبراهيم، ثقافة التفاوض والحوار، الشركة القومية للطبع والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2010.

د. لطفي، محمد حسام محمود، المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض،" دراسة في القانونين المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

د. العشري، وليد عودة، عقود نقل التكنولوجيا، (الالتزامات المتبادلة والشروط التقليدية)، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

أ.د جابر، أشرف، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صنيعة قضائية وصياغة تشريعية، لمحات في بعض المستحدثات، أبحاث المؤتمر السنوي الرابع، "القانون أداة للإصلاح والتطوير"، ملحق خاص، العدد الثاني، الجزء الثاني.

فلحوط، وفاء مزيد، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

د. عبداللطيف، عبدالحليم، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1997.

د. حجازي، عبدالفتاح بيومي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، 2008.

إبراهيم، خالد ممدوح، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

د. إسماعيل، وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت وما يماثلها، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2009.

د. محمود، عبدالغني، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

د. المغبغب، نعيم، الفرنشايز، دراسة في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، 2009.

د. عاشور، مرتضى جمعة، عقد الاستثمار التكنولوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010.

د. شفيق، محسن، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1974.

د. عيسى، حسام محمد، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1991.

الخشروم، عبدالله حسين، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر، عمان، 2008.

د. خليل، جلال أحمد، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، ط1، جامعة الكويت، 1983.

د. المولى، نداء كاظم محمد، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003.

د. محمدين، جلال وفاء، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، المجلة العربية، العدد1، 2001. الموقع: www.arabcin.net

د. المهدي، معتز نزيه محمد صادق، الالتزام بالسرية والمسئولية المدنية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

د. محمدين، جلال وفاء، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

د. موسى، طالب حسن، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

د. الكيلاني، محمود، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

د. مصطفى، أحمد بركات، العقود التجارية وعمليات البنوك، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006.

د. منصور، محمد حسين، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

د. الحلبوسي، سعد حسين، التفاوض في العقود على شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام، الضرورات العملية، الطبعة الأولى، بغداد، 2004.

د. بارود، حمدي محمود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وآثارها، كلية الحقوق، مجلة جامعة الأزهر، العدد1، مجلد2، غزة، 2010.

عبدالعال، محمد حسين، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

د. النكاس، جمال فاخر، قانون العمل الكويتي المقارن، د.م 1993.

د. جمعة، عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، الجزء الأول، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، 1977.

أ.د دواس، أمين، مجلة الأحكام العدلية وقانون المخالفات المدنية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، فلسطين، 2012.

الشيخ، رمزي رشاد عبدالرحمن، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني مع التطبيق على عقد البيع التقليدي والالكتروني في مرحلتي المفاوضة والإبرام، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2006.

عكوش، حسن، المسئولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد وفقاً لأحدث التشريعات المعدلة وأحكام الفقه والقضاء، دار الفكر الحديث للنشر والتوزيع، ط2، بدون مكان نشر، 1970.

أ.د علوان، أمية ، ملاحظات حول المسئولية قبل العقدية عن قطع المفاوضات في عقود التجارة الدولية، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة للسفارة الفرنسية ونقابة محامي باريس، 2-3 يناير، 1993.

الشهاوي، إبراهيم، الدعوى القضائية وأسس التفاوض في حل المنازعات، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.

د. العامري، سعدون، تعويض الضرر في المسئولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1981.

د. عبدالجواد، مصطفى أحمد، المسئولية المدنية للصحفي عند انتهاك حرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 2004.

الحسين، عباس علي محمد، مسئولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية، المكتبة القانونية، 1999.

د. السعيد، هشام إبراهيم، المسئولية المدنية لمعاوني القضاء، دار قباء، القاهرة، 1988.

د.عامر، حسين، د. عامر، عبدالرحيم، المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية، دار المعارف، الطبعة الأولى، 1998.

صالح، علي أحمد، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة، الطبعة الأولى، الجزائر، 2012.

د.الأهواني، حسام الدين كامل، المفاوضات قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية

الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس، 1993.

د. ناجي عبد المؤمن، عقود التجارة الدولية طويلة المدة وحدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، 1994.

د. عمران، محمد علي، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.

د. علي، وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية " دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010.

د. إسماعيل، وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت وما يماثلها، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2018.

د. عبد، موفق حماد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011.

د. دسوقي، محمد ابراهيم، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وابرام العقود، الطبعة الأولى، مهعد الإدارة العامة، الرياض، السعودية، 1415 هجري.

د.الأهواني، حسام الدين كامل، المفاوضات قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس المعهد،من 2-3 يناير، 1993.

الرسائل الجامعية:

د. نزال، مجد عمر أحمد، المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2017.

د. بني طه، يحيى أحمد، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والأردني والقانون الانجليزي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007.

د. عبد النور، صفاء تقى، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراة، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة الموصل، 2005.

د. بدوي، بلال عبد المطلب، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001.

د. الأكيابي، يوسف عبدالهادي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1989.

د. مشعل، سلام منعم، الحماية القانونية للمعرفة التقنية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة النهرين، 2003.

عبد الزهوة، سلام، نطاق العقد، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.

د. إسماعيل، زين نوري، التزام المستثمر بالأمان في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2017.

د. سعدي، نصيرة بوجمعة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1987.

عرعاره، عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.

بعيرات، شرف علي خالد، آثار الإخلال بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير منشورة، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، 2017-2018.

السويطي، روزان طالب، مبدأ حسن النية في ابرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس، فلسطين، 2018.

بلال، عزيزي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، 2017.

العبيدي، سهام، أحكام المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، العراق، 2013.

فلاح، يحيى يوسف، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.

حمايدية، مليكة، النظام القانوني لعقد ترخيص براءة الاختراع في مجال نقل التكنولوجيا، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001.

بكر، أحمد طارق، عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، نابلس، 2011.

المعموري، عروبة شافي عرط، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008.

دايح، سليمان براك، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 1998.

د. مهنا، جابر، الالتزام بالمحافظة على سرية المهنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1984.
عباس، علي حمزة، غطاء العقد وغطاء التفاوض، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة المستنصرية، 2010.
حسين، أكرم محمد، التنظيم القانوني للمهني، رسالة ماجستير، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2008.
نور الهدى، تواتى أحمد، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2013.
السقا، مها محسن علي، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، الناشر: المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016.
عبيد، فاطمة، أساس ومعيار تحديد نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المغربي والفرنسي، رسالة لنيل دبلوم الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيد، 2011/2010.
بتقة حفيظة، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة، البويرة،2013.
الربيعي، رشيد مجيد محمد، مبدأ حسن النية في تنفيذ الاتزامات الدولية، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1973.

الأبحاث العلمية:

د. شندي، يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، بحث منشور في ملحق خاص، العدد2، الجزء الثاني، كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية، فلسطين، نوفمبر 2017.
د. بني طه، يحيى أحمد، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، بحث قانوني منشور، أنظر الموقع: 78821/http://www.mohamah.net.answer
الذيابي، سعد بن سعيد، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، جامعة افريقيا العالمية، العدد 23، 2014.
د. فياض، محمود، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة الشارقة، الإمارات العربية، 2013.

د. حمزة، إستبرق محمد، و حسين، ذكرى محمد، التزامات الأطراف بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السادسة، 2014.

عمار، صابر محمد، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في منتدى المحامين بتاريخ 4.2.2002.

جنديه، رائد هاني سلامة، بحث منشور على موقع المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية ، والسياسية، 27 يوليو 2020.

جبار، سماح، حسن النية في التفاوض على العقود، بحوث ومقالات ، مجلة دراسات جامعة عمار ثليجي الأغواط، مجلة دولية محكمة، الجزائر، العدد 48، نوفمبر2016، متوفر على الموقع:

د. بارود، حمدي محمود، دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 74، جامعة القاهرة، 2004.

د. عجيل، طارق كاظم، المعلومات الغير مفصح عنها (ماهيتها والحماية القانونية لها)، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، كلية الحقوق، المجلد الحادي عشر، العدد 21، 2008.

سلامة، أحمد عبد الكريم، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، السنة الثانية، البحرين، 2004.

د. خاطر، صبري حمد، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد 11، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1996.

د. خاطر، صبري حمد، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، م1، ع3، 1997.

د. الدهان، عقيل فاضل حمد، والحلي، منذر إبراهيم حسين، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، بحث منشور في مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد الثامن، العراق، بدون تاريخ.

د. مساعدة، أيمن، د. الخضارمة، علاء، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيع المسافة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الجزائر، 2011.

د. الزقرد، أحمد السعيد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الخامسة، 2001.

د. النمر، أبو العلا، الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد 14، 2006.

د. النكاس، جمال فاخر، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، العدد الأول، 1996.

د. عمار، صابر محمد، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في منتدى المحامين، متوفر على الموقع : www.mohamoon.com/montada/messgdetails.asp

د. إبراهيم، أحمد إبراهيم، حماية الأسرار التجارية والمعرفة الفنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة 42، العدد 2، 1986.

سالم، عمر، الطبيعة القانونية للمسئولية السابقة على التعاقد، بحث منشور متوفر على الموقع: www.boti.oil.gov.ia/book/arabic

د. بدوي، حلمي بهجت، (آثار التصرفات الباطلة)، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد3، س3.

عبدالسلام، سعيد، الإجبار القانوني على التعاقد، بحث منشور في مجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس، مصر، 1998.

سعيد، أكرم فاضل، أضرار المسئولية المدنية بين الإصابات الجسمانية وتحديد التعويض الناشئ بسببها، بحث منشور على الموقع الالكتروني المختص بمجلة التشريع والقضاء العراقي www.tamag.net

د. المنذر، فيصل، الضرر المعنوي في المسئولية المدنية، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة، م6، ع1، بغداد،1987.

د. السيري، عمر، العقد الإداري والقوة القاهرة، مجلة دراسات قانونية، م13، س4، قازيونس، بنغازي، 1994.

د. العامري، هائل حزام مهيوب، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني اليمني وبعض القوانين الأخرى، "دراسة تحليلية مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة تعز، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الثامن عشر، 2018، على موقع المنهل، تاريخ الزيارة: 2021/9/20، الساعة 11 صباحاً.

أ. د. دواس، أمين، المسئولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد الخامس، العدد الأول، 2008.

د. بارود، حمدي، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في مجال عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإنسانية، مجلد13، عدد2، غزة، 2005.

حسين، محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد22، العدد2، جامعة الكويت، 1998.

المقالات:

حميداني، محمد، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقاً لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي، مقال منشور، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2019.

رويني، نجوى ، " مقارنة في أسس تكوين العقد، مقال منشور في المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 3، 2019.

المراجع الأجنبية:

Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp, (editors, COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES COMMERCIAL CONTRACTS, ibid, 300.

Michael Joachim Bonell, the unidroit principles in practice, op. cit.

Gilles Pillet, "The Reform of French Contract Law and of the General Rules on Obligations: the Civel Code faces the challenges of the market", 2016, International Business Law Journal.

Jacques FLOUR , Jean -Luc AUBERT et Éric SAVAUX, Les obligations, I, L'acte juridique (10 éd., Armand Colin, Paris, 2002).

jean Hemard,francois terre- pierre mabilat- societes commerciales, paris1974- p.843-844 (106).

cforbin- "conmment gererlesin formation comfid on tillessen coursed poupales- 1998 -p 488.

JOANNA SCHMIDT-SZALEWSKI : La période précontractuelle en droit français. Rev. Internationale de droit comparé.N.02. 1990. P 558.

المواقع الإلكترونية:

موقع دار المنظومة: http://search.mandumah.com

موقع منظومة القضاء والتشريع في فلسطين (المقتفي): muqtafi.birzeit.edu

موقع أحكام محكمة النقض المصرية: https://egyption-law.com/category

https://www.translex.org/400120/highlight_UNIDROIT_PRINCIPLES/unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-2016/#head_89

http://www.unidroit.org/mm/statute-e pdf

http://unilex.info/principles/case/1550

culpa in contrahendo

http://www.execpc.com

http://tsi.brooklaw.edu/cases/tianrui-group-company-ltd-v-international-trade-commission

http://www.findlaw.com

http://www.aun.edu.eg/faculty_education/arabic/rules/law2002.pdf

http://www.execpc.com

http/www/f.law.aet

14.www.ahilbaitionline.com/karbala/New/htmi/tesearch/research.php?ID=139

www.legifranccce.gouv.fr

https://law.uo

kerbala.edu.iq/wp/blog/2015/02/19messege9/#page

Other problems that the study dealt with based in answering them using the descriptive and analytical method to derive judgments and concepts in the method of comparison between the principles of the UNIDROIT and National Laws.

The study was divided into two chapters: in the first chapter, it deals with clarifying the concept of principle of good faith negotiation and defining its scope and the obligations that branch off from it in the principles of the UNIDROIT in comparison with the National Laws, while in the second chapter it touched on the discussion intention in terms of Explanation of its nature, its elements, and the compensation resulting from the breach of the principle in the negotiations.

Abstract

This study deals with the principle of good faith in the stage of negotiations prior to the contracting process, as it is considered one of the most important legal principles either in public law or private law levels, as it stems from the spirit of the laws and divine religions before the laws to be bound by it, as well as in the negotiation stage, which is one of the most important stages of contract's life, as its success leads to the success of the contract in its later stages of conclusion and execution.

The principle of good faith is a dominant principle in the negotiation stage from the beginning until its conclusion. It works to impose obligations on the negotiating parties to ensure insight and enlightenment of their will in a way the enables them to assess their ability and benefit to continue to reach the desired goal of negotiations by concluding the contract or not.

Violating the principle of good faith and breaching it and the requirements imposed by it is a mistake that necessitates civil liability, the jurisprudential opinions differed in determining its nature, some of them consider it a contractual liability, some consider it a default, as for the third side see it as a responsibility of a special kind, according to the stage of negotiations that precede the contract.

The study addressed a number of problems by trying to define a clear concept of the " good faith" principle in the stage of negotiations prior to the contracting process, to clarify the nature of the negotiation stage itself, and to clarify what the principles of the UNIDROIT and National Laws brought about in legal texts related to the principle of good faith in the stage of negotiations and how to distinguish between it and bad faith, and it is subject to the judge's oversight in its application.