

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: قانون الأعمال

الطبيعة القانونية للاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وآثارها

من طرف

عبدو محمد

أمام اللجنة المشكلة من

رئيسا	أستاذ محاضر، جامعة البليدة	- خالد رامول
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر، جامعة البليدة	- رشيد بن شويخ
عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي، بجامعة تيزي وزو	- محمد سعيد جعفرور
عضوا مناقشا	أستاذ مكلف بالدروس، جامعة البليدة	- بوبكر مصطفى

البليدة، فيفري 2007

ملخص

إن العقد في حياتنا العامة هو حقيقة دون إنكار الركيزة الأساسية التي تبنى عليها جميع المعاملات والتصرفات المختلفة خاصة المالية منها وعلى كل المستويات محلية منها أو دولية، فهو الذي ينشئ أغلب الحقوق والالتزامات، لذا أصبح العقد يحتل الاهتمام الكبير في مختلف الأنظمة القانونية وذلك بتنظيم أحكامه بدقة وجعله المصدر الأول للالتزام، وقد أعطى الفقه لكل مراحل إبرام العقد وحتى مرحلة تنفيذه العناية الكافية وخاصة المرحلة التي تسبق مرحلة التعاقد وهي ما تعرف بمرحلة التفاوض على العقد نظرا لأهميتها البالغة في بناء العقد وتكوينه وحتى مرحلة تنفيذه.

وفيما مضى كان العقد يتم إبرامه بكل بساطة، بساطة الحياة اليومية وقبل إبرام العقد لم يكن الأمر يتعدى مجرد المساومة على الثمن خاصة في عقود الاستهلاك اليومي، غير أنها أصبحت أكثر تعقيدا مع العقود المركبة التي أنتجت أساليب حديثة في التعامل، نظرا للتطور الهائل في شتى الميادين والتي أثرت على العقد وبنائه من تعقيد وتركيب موازاة مع المشاريع العملاقة التي تقوم بها شركات كبيرة وحتى متعددة الجنسيات، وهذا بمعالجة أمور غاية في الصعوبة والتعقيد فنيا وقانونيا، وبالتالي تتضمن مخاطر اقتصادية شديدة بالنسبة لأطرافها، لذا أصبح من غير المعقول إبرام هذه العقود بسرعة ومن أول اتصال أي بمجرد تبادل الإيجاب والقبول، بل أصبح من الضروري أن يسبق إبرامها مرحلة من المفاوضات والتي قد تكون شاقة، والتي تستغرق أحيانا زمنا طويلا قد يصل لعدة سنوات، وهذا بمصاريف ونفقات باهضة لكل جوانب التفاوض الفنية والاقتصادية والمالية والائتمانية والقانونية، وهذا لمناقشة وتبين شروط العقد والبحث عن مصادر التمويل والتأمين وطرق التنفيذ... الخ.

وهكذا فإن هناك مرحلة سابقة تسبق مرحلة إبرام العقد وتمهد له في كل الحالات وأغلبها، ألا وهي مرحلة التفاوض على العقد وجل أسباب نجاح العقد أو فشله تعود في الأصل إلى هذه المرحلة وكلما كان الإعداد جيدا خلالها من طرفي التفاوض، جاء العقد محققا للمصالح بما يضمن تنفيذه بنجاح دون أي نزاعات أو تعطيلات ممكنة، والعكس صحيح طبعاً دون خلاف، فالواقع أن مرحلة التفاوض على العقد تلعب دورا وقائيا بالنسبة لأطرافه سواء أبرم العقد النهائي بعد التفاوض أو لم يبرم، فمفاوضات جيدة تكون ضمانا جيدا لقيام وتنفيذ عقد جيد دون منازعات أو خلافات أثناء تنفيذه، فالتفاوض على العقد يقي من إبرام عقد غامض يجلب المشاكل والخسائر المادية والمعنوية لأطرافه في

المستقبل، لهذا فإن مفاوضات فاشلة خير وأنفع من عقد فاشل ومن خلال ذلك يتضح لنا مدى الأهمية العملية للتفاوض على العقد، والتي تزداد مع مرور الأيام خاصة في واقعا المعاصر والحاجة الكبيرة لمواكبة التطورات في شتى الميادين خاصة بانفتاح الأسواق وجلب الاستثمارات المختلفة، هذا ما يجعل لعملية التفاوض على العقد المكانة اللائقة بها في هذا المجال عن جدارة واستحقاق .

لهذا تظهر أهمية هذا الموضوع في دراستنا هذه من خلال طرح المشكلات العملية والقانونية الهامة والمطروحة أثناء عملية التفاوض، ولعل أهمية ذلك تكمن في معرفة ماهية والطبيعة القانونية للاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وقبل ذلك معرفة أنواع هذه الاتفاقات وتحديد القوة الملزمة لها وجزاء نقضها ومخالفتها مما يستدعي بإلحاح تحديد طبيعة المسؤولية عند الإخلال بها، لأن في آخر الأمر هذه الاتفاقات هي حصيلة مرحلة أو عدة مراحل من التفاوض وقد تكون الممهدة أو جزءا لا يتجزأ من العقد النهائي.

لهذا كان من الضروري تنظيم علاقات الأطراف أثناء التفاوض على العقد وهذا يظهر عند لجوئهم إلى إبرام اتفاقات مختلفة يتم صياغتها في وثائق تحمل عدة مسميات، حرصا على تحقيق المصالح وتمهيدا لإبرام العقد النهائي وعموما هناك اتفاقات منشئة للتفاوض وهناك أخرى منظمة له، ويثير اللجوء المتزايد لها إلى مشكلات قانونية وعملية عديدة، بدءا بتحديد طبيعتها وقيمتها القانونية وحجيتها في الإثبات والرجوع إليها لتفسير العقد النهائي ومدى أعمال مبدأ الحرية في التعاقد والتعامل وحرية الأطراف في العدول أو قطع المفاوضات مهما كان سبب ذلك، مع مراعاة في خضم كل هذا مبدأ استقرار المعاملات ومبدأ الثقة والتعاون بين الأطراف وما يقتضيه مبدأ حسن النية والالتزامات المنبثقة عنه، لذا كان من الضروري أن يتدخل القانون في مرحلة التفاوض لتنظيم العلاقة بين الأطراف بشكل منسجم وهو ما أصبح من المسلم به لدى القانونيين وحتى لدى الاقتصاديين.

ليبقى التساؤل المطروح والأساسي هو معرفة ماهية الطبيعة القانونية للاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض والقوة الملزمة لها من خلال الالتزامات المختلفة الناشئة عنها، ثم معرفة جزاء الإخلال بها وهذا ما تهدف إليه دراستنا هذه في الأساس، مما جعلنا نبدأ بحثنا هذا بفصل تمهيدي حول عملية التفاوض ككل بداية من مفهومه وتاريخه ثم أهدافه ونطاقه من خلال التحضير للمفاوضات والدخول فيها والانتهاؤها منها، موضحين في سياق كل ذلك، بعض المفاهيم التي قد تختلط مع فكرة التفاوض، كالدعوة للتعاقد والإيجاب بالعقد وفكرة التشاور وفكرة المحادثة والمساومة... الخ، هذا كله من أجل أن تظهر فكرة التفاوض ذات طبيعة خاصة ومستقلة وذات أهمية بالغة بالدراسة والاهتمام، ومن خلال ما سبق ذكره تظهر أهمية موضوع بحثنا هذا الذي ارتأينا تأسيسه على المحورين الأساسيين التاليين:

الأول - هو ماهية الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض والطبيعة القانونية لها والآثار المترتبة عنها والطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة، وهذا في الباب الأول من هذا البحث وذلك من خلال فصلين، الأول هو ماهية الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض ومن خلاله يتم تحديد الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقات وآثارها، ثم تطرقنا للطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة من خلال الفصل الثاني.

الثاني - هو القوة الملزمة لهذه الاتفاقات والجزاء في هذه المرحلة، هذا كذلك من خلال فصلين أساسيين الأول هو القوة الملزمة لهذه الاتفاقات ثم في الفصل الثاني هو الجزاء المترتب عن الإخلال بها في مرحلة التفاوض، ذلك من خلال تفاصيل أكثر تم إدراجها في مطالب وفروع لكل فصل على حدى.

وللاجابة عن كل ما سبق ذكره ارتأينا إتباع منهج تحليلى نقدي أحيانا، مدعما ببعض الأحكام التطبيقية، وذلك لتوضيح بعض المسائل الهامة في هذا الموضوع.

ثم انتهينا في الخاتمة، بحوصلة كاملة لهذا البحث المتواضع مع تقديم ما أمكن وما رأيناه إسهاما بسيطا من اقتراحات خاصة من أجل جلب اهتمام المختصين للاهتمام بهذا الموضوع، إن على مستوى التشريع بإدراج مرحلة التفاوض على العقد والاتفاقات المبرمة خلالها ومدار حول ذلك من مواضيع هامة في فصل خاص في القانون المدني، قبل التطرق إلى موضوع العقد وعلى مستوى المعاهد الجامعية بالدراسة والتحليل وتقديم الحلول المناسبة خاصة لبعض المفاهيم والمبادئ والأحكام والمواضيع التي لا بد وأن تحظى بالاهتمام اللازم، وخاصة ونحن في ظل تطورات اقتصادية واجتماعية وثقافية كبيرة وما يجب أن يصاحبها من تطورات قانونية، التي لا بد وأن يتصدى لها الفقه والتشريع بكل عناية وحزم ودراسة وتأصيل، هذا لاحتواء هذه التطورات الجديدة، ولتفادي التعقيدات والنزاعات القانونية وضياع الفرص والوقت مستقبلا.

شكر

لي عظيم الشرف وأنا بصدد إنهاء هذا البحث المتواضع، أن أتوجه بالتقدير الخالص والشكر والعرفان للأستاذ الدكتور المشرف على بحثي هذا السيد: رشيد بن شويخ على ما أسداه من نصح وتوجيه حكيم.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى كل أساتذتي الكرام بكلية الحقوق بجامعة سعد دحلب بالبليدة، الذين لم يبخلوا علينا بالنصح والإخلاص والعون المطلوب.

كما أشكر كذلك أساتذتي الكرام أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة، وإلى كل من ساعدنا ماديا ومعنويا على إنجاز هذا البحث المتواضع.

الفهرس

ملخص

شكر

الفهرس

08	مقدمة
13	1. المفاوضات العقدية
13	1.1. ماهية وأهمية المفاوضات العقدية
14	1.1.1. نبذة تاريخية عن التفاوض عن العقد
14	2.1.1. طرق التفاوض في العصور القديمة
16	3.1.1. طرق التفاوض في العصور الوسطى
18	4.1.1. آثار التطورات الحديثة على بنیان العقد
23	1.2.1. الجوانب العلمية والفنية للتفاوض
25	2.2.1. ماهية وأهمية التفاوض على العقد
26	3.2.1. تعريف التفاوض على العقد وأهميته
28	4.2.1. خصائص التفاوض على العقد
29	1.3.1. التمييز بين التفاوض على العقد والأفكار القريبة منه
33	2.3.1. أهداف المفاوضات العقدية
33	3.3.1. وضع العقد في الصياغة القانونية معينة
34	4.3.1. تحديد حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة
36	1.2. نطاق المفاوضات العقدية
36	1.2.2. التحضير للمفاوضات العقدية
36	2.2.2. الاستعداد للتفاوض على العقد
38	3.2.2. البحث عن المتعاقد الآخر
39	4.2.2. وجود ما يقيد حرية الشخص في اختيار من يتفاوض معه
41	3.2. بدء المفاوضات العقدية
41	1.3.2. الدعوة إلى التفاوض
51	2.3.2. استخدام الوسائل الحديثة في التفاوض
52	3.3.2. موضوع المفاوضات العقدية
52	4.3.2. الإيجاب الجازم والبات
53	1.3. الإيجاب المحدد
54	1.1.3. انتهاء المفاوضات العقدية
	2.1.3. الباب الأول: ماهية الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض والطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة
59	3.1.3. الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض
60	4.1.3. الاتفاقات التمهيدية المنشئة للالتزام بالتفاوض

61.....	5.1.3. عقد التفاوض وتطبيقاته.
61.....	6.1.3. تعريف عقد التفاوض وتطبيقاته.
64.....	7.1.3. الطبيعة القانونية لعقد التفاوض.
67.....	8.1.3. الالتزام العقدي بالتفاوض.
67.....	9.1.3. الطبيعة القانونية للالتزام العقدي بالتفاوض.
69.....	2.4. القيمة القانونية للالتزام العقدي بالتفاوض.
74.....	1.2.4. جزاء الإخلال بالالتزام العقدي بالتفاوض.
77.....	2.2.4. الاتفاقات التمهيدية المنظمة للتفاوض.
77.....	3.2.4. الاتفاق الجزئي.
78.....	4.2.4. الاتفاق الجزئي وتطبيقاته.
82.....	5.2.4. الطبيعة القانونية للاتفاق الجزئي وآثاره.
86.....	6.2.4. الاتفاقات الوقتية.
86.....	7.2.4. مضمون الاتفاق الوقتي.
89.....	8.2.4. الطبيعة القانونية للاتفاقات الوقتية وآثارها.
90.....	9.2.4. انقضاء الاتفاق الوقتي.
90.....	3.5. الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة التفاوض.
91.....	1.3.5. نظرية المسؤولية العقدية ونظرية مسؤولية التبعية العقدية.
91.....	2.3.5. نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض.
91.....	3.3.5. مضمون نظرية المسؤولية العقدية.
93.....	4.3.5. تقدير هذه النظرية.
95.....	5.3.5. نظرية التبعية العقدية في مرحلة التفاوض.
96.....	6.3.5. مضمون هذه النظرية.
96.....	7.3.5. تقدير هذه النظرية.
96.....	8.3.5. نظرية المسؤولية الموضوعية ونظرية المسؤولية التقصيرية والنظرية المختارة للمسؤولية في مرحلة التفاوض.
97.....	9.3.5. نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة التفاوض.
98.....	4.6. مضمون هذه النظرية.
101.....	1.4.6. تقدير هذه النظرية.
103.....	2.4.6. نظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض.
103.....	3.4.6. مضمون هذه النظرية.
106.....	4.4.6. تقدير هذه النظرية.
108.....	5.4.6. النظرية المختارة عن المسؤولية في مرحلة التفاوض.
108.....	6.4.6. المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض.
112.....	7.4.6. النظرية المختارة للمسؤولية في مرحلة التفاوض.
115.....	8.4.6. الباب الثاني: القوة الملزمة للاتفاقات في مرحلة التفاوض والجزاء المترتب عن الإخلال بها.
116.....	9.4.6. القوة الملزمة لهذه الاتفاقات.
116.....	5.7. الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض.
116.....	1.5.7. الالتزامات في مرحلة التفاوض.
117.....	2.5.7. الالتزام بحسن النية والاستقامة والجدية والاعتدال.
119.....	3.5.7. الالتزام بالإعلام والاستعلام والتعاون.
123.....	4.5.7. الالتزام بالسرية واحترام العادات والتقاليد.
125.....	5.5.7. التفاوض في المرحلة التي تبدأ بالإيجاب.

125.....	6.5.7. أحكام التفاوض في المرحلة التي تبدأ بالإيجاب
126.....	7.5.7. مسؤولية العدول عن الإيجاب في مرحلة التفاوض
128.....	8.5.7. المسؤولية عن رفض الإيجاب في هذه المرحلة
129.....	9.5.7. قطع المفاوضات العقدية
129.....	6.8. المسؤولية عن قطع المفاوضات العقدية
130.....	1.6.8. قطع التفاوض على العقد
132.....	2.6.8. القطع التعسفي للمفاوضات العقدية
133.....	3.6.8. القانون الواجب التطبيق عن قطع المفاوضات العقدية
137.....	4.6.8. الإخلال ببعض الالتزامات الذي يؤدي إلى قطع المفاوضات
137.....	5.6.8. الإخلال بالالتزام بالإعلام
138.....	6.6.8. الإخلال بالالتزام بالسرية
139.....	7.6.8. الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات والاتفاقات
139.....	8.6.8. التنفيذ العيني الجبري
140.....	9.6.8. التنفيذ العيني
140.....	7.9. التنفيذ الجبري في مرحلة التفاوض
141.....	1.7.9. التنفيذ العيني ومبدأ الحرية في التفاوض
142.....	2.7.9. مدى إمكانية إجبار المدين على التنفيذ العيني
142.....	3.7.9. اللجوء للقضاء للتنفيذ العيني
143.....	4.7.9. استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض
144.....	5.7.9. التنفيذ بطريق التعويض
145.....	6.7.9. التعويض عن نفقات التفاوض والوقت الضائع
145.....	7.7.9. التعويض عن نفقات التفاوض
147.....	8.7.9. التعويض عن الوقت الضائع
148.....	9.7.9. التعويض عن فوات الفرص والسمعة والمساس بالثقة التجارية
148.....	8.9. التعويض عن فوات الفرص
154.....	1.8.9. التعويض عن المساس بالسمعة والثقة التجارية
155.....	خاتمة:
164.....	قائمة المراجع:

مقدمة

لعل أحدا لا ينكر أهمية العقد في حياتنا اليومية، فهو بحق دون منازع المرتكز الأساسي الذي تقوم عليه المعاملات عموما والمالية منها خصوصا في المجتمع سواء على المستوى المحلي أو على المستوى الدولي، كطريقة تنظم وتنشأ الغالبية العظمى من الحقوق والالتزامات، لهذا أصبح العقد يحتل المكانة الهامة في النظم القانونية المختلفة، فقد اهتمت مختلف التشريعات بتنظيم أحكامه بعناية كافية وجعله المصدر الأول للالتزام، وهو ما جعل الفقه يعطي لنظرية العقد أهمية خاصة لم تحظ بها أي نظرية أخرى من نظريات القانون المدني، لهذا كان من الطبيعي والضروري أن ينصرف الاهتمام إلى العقد في جميع مراحلها، خاصة المرحلة السابقة على إبرامه، وذلك لأنها المرحلة الأكثر أهمية التي يتم فيها بناء العقد وتكوينه.

وقديما كان العقد يتم إبرامه بشكل بسيط وبسرعة كبيرة وذلك بتبادل إيجاب وقبول وينعقد العقد وينتهي الأمر، وقبل إبرام العقد لم يكن الأمر يتعدى مجرد المساومة حول الثمن، وهذا ما كان يتناسب مع طبيعة المعاملات وبساطة الحياة، حيث كان النشاط الزراعي هو السائد في ذلك الوقت.

وهذا الأسلوب البسيط في إبرام العقود والذي يتناسب مع الحياة اليومية البسيطة آنذاك، والتي تعتمد وتقتضي السرعة في إبرامها مثل عقود الاستهلاك اليومي (19) ص 206، (57) ص 06، غير أنها لم تعد تتوافق بشكل كبير مع العقود المركبة والمعقدة، والتي أنتجت الأساليب الحديثة في التعامل.

فقد شهد العصر الحديث، خاصة بعد قيام الثورة الصناعية الأولى العديد من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة، والتي أثرت بشكل كبير على العقد وبنائه. فأصبحت أعداد كبيرة من العقود تتسم بالتركيب والتعقيد، وكونها ترد على مشروعات كبيرة تقوم بها شركات عملاقة، بل وحتى متعددة الجنسيات كذلك، وهذا بالخوض في عمليات غاية في التعقيد من الناحية الفنية والقانونية بحيث تقدر قيمتها بأموال طائلة، وبالتالي تتضمن مخاطر اقتصادية شديدة بالنسبة لأطرافها، لهذا أصبح من غير الممكن إبرام هذه العقود من أول وهلة وبأسلوب بسيط، أي بمجرد تبادل إيجاب وقبول فوريين وإنما أصبح من الضروري أن تسبق إبرامها مرحلة من المفاوضات الشاقة، وقد تستغرق في أغلب الأحيان وقتا قد يمتد لعدة سنوات، ويتطلب لإجرائها والاستمرار فيها نفقات كبيرة، يقوم بها في أغلب

الأحيان فريق يضم أعضاء من مختلف التخصصات المتصلة بالجوانب الاقتصادية والفنية والقانونية للعقد (27) ص 06، وذلك لمناقشة وتحديد شروط العقد، ودراسة جدواه الاقتصادية وتحديد متطلباته الفنية، وتدبير مصادر كافية لتمويله.

والحاصل عمليا أنه إذا ما نشأت فكرة عقد كهذا لدى أحد الأشخاص وعزم على إبرامه، فإنه يقوم أولا بالبحث عن شخص آخر للتعاقد معه، فإذا قبلها من حيث المبدأ، يحددان موعدا للتفاوض حول شروط العقد وتفصيله وشيئا فشيئا يبدأ تكوين العقد، وتتحدد عناصره في مشروع عقد يجسد الإرادة المشتركة للطرفين، ثم يتم تبادل التعبير البات عن القبول به، بإيجاب وقبول نهائيين، ثم يجري التوقيع عليه فيصير عقدا نهائيا، ثم يدخل حيز التنفيذ العملي والمتابعة الميدانية لتجسيد عناصره المتفق عليها.

وهكذا فإن هناك مرحلة أولى تسبق إبرام العقد تمهد له في أغلب الحالات، ألا وهي مرحلة التفاوض على العقد.

وليس بخاف أن جل أسباب نجاح العقد أو فشله ترجع في الأصل إلى مرحلة التفاوض، إذ أن هذا النجاح أو ذاك الفشل يتوقف أساسا على المستوى الذي يتم به الإعداد للعقد في تلك المرحلة، فكلما كان الإعداد جيدا في مرحلة التفاوض جاء العقد متوازنا ومحققا لمصالح الطرفين، بما يحقق تنفيذه بكل نجاح دون منازعات أو خلافات، فكلما كان الإعداد سيئا وتم بطريقة سريعة ومقتضبة، كلما جاء العقد مليئا بالثغرات وغير متوازن ومشوبا بالغموض، وهو ما يفتح باب النزاع والصراع بين الطرفين في المستقبل، بما قد يؤدي في النهاية إلى إخفاق العقد في تحقيق أهدافه المرجوة.

فالواقع أن مرحلة التفاوض على العقد تلعب دورا وقائيا بالنسبة للطرفين، سواء أسفرت عن إبرام العقد أو عن عدم إبرامه، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمانة لقيام عقد جيد لا يعتريه النقص أو الغموض ولا تثور بشأنه أية منازعات، كما أن فشل المفاوضات بعد أن يتضح لكل طرف حقيقة الصعوبات، يقي من إبرام عقد رديء يجلب المشاكل والخسائر للطرفين مستقبلا، وهذا من مصلحتهما بدون أدنى شك إذ أن مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل (53) ص 2 و 3.

ومن هنا يتضح لنا مدى أهمية عملية التفاوض على العقد، والتي تزداد مع مرور الأيام، خاصة في عصرنا الحالي، والحاجة الكبيرة إلى مواكبة التطورات وانفتاح الأسواق، وجلب الاستثمارات المختلفة محلية أو أجنبية، هذا ما يستدعي الدخول في مفاوضات عديدة لإبرام العقود اللازمة.

وهذا ما دفعنا لدراسة هذا الموضوع في إطار عام، وهو التفاوض على العقد للوقوف على أهم جوانبه القانونية والتطبيقية، مركزين على الخصوص على طبيعة العلاقة بين الطرفين المتفاوضين،

وماهية وطبيعة الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض وما ينشأ على عاتقهما من التزامات ونوع وطبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض.

وترجع أهمية دراستنا لهذا الموضوع إلى طرح المشكلات العملية والقانونية الهامة التي تطرح خلال مرحلة التفاوض ولعل أهمها هو تحديد الطبيعة القانونية للاتفاقات المبرمة خلالها، وتحديد مختلف أنواعها، وتحديد القوة الملزمة لهذه الاتفاقات، مما يستدعي بإلحاح تحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض ككل والجزاء المترتب عن الإخلال بهذه الاتفاقات والالتزامات في هذه المرحلة.

وأهم مشكلة تحدث عمليا أثناء التفاوض، هي مشكلة قطع التفاوض والآثار المترتبة عن ذلك والمسؤولية المترتبة عنه.

وقد أظهرت هذه المفاوضات، بما يكتنفها من صعوبات وما يتبعها من نفقات، الحاجة الماسة إلى تنظيم علاقات الأطراف والتوفيق بين مصالحهم خلال مرحلة التفاوض، وهذا ما يتجلى من خلال كثرة لجوئهم إلى توقيع اتفاقات مختلفة تمهيدا لإبرام العقد النهائي، ويجري إفراغ هذه الاتفاقات في وثائق تحمل مسميات عديدة، تعكس حرص الأطراف وقلقهم على تحقيق مصالحهم (28) ص 5.

ونذكر منها مثلا موثيق الشرف والاتفاق المبدئي، وخطاب النوايا، والاتفاق المرحلي، عموما هناك اتفاقات منشئة للتفاوض، وهناك اتفاقات منظمة له كالاتفاق الجزئي والاتفاق الوقتي.

ويثر الالتجاء، المتزايد إلى استخدام هذه الوثائق إلى مشكلات قانونية وعملية عديدة، بدء بتحدد طبيعتها وقيمتها القانونية ومدى حجيتها في الإثبات، ومدى الرجوع إليها عند الحاجة لتفسير العقد النهائي (29) ص 5 و 6.

ومن حين لآخر نكتفي بعرض الأحكام القضائية وقرارات التحكيم الصادرة، وهذا في مختلف مراحل البحث، لنبين ما يعرض من منازعات بسبب ذلك، ومما يكشف الأهمية العملية لهذا الموضوع وأنه جدير بالدراسة والاهتمام خاصة وأن الجزائر قادمة على نظام اقتصاد السوق بكل ما يحمل من معنى، وما يجب أن يصاحبه من تنظيم وترتيبات اقتصادية وقانونية ضرورية.

والواقع أن منشأ المشكلات في تحديد المسؤولية في مرحلة التفاوض يصطدم في هذه الحالة بمبدأ آخر لا يقل عنه أهمية، وهو مبدأ حرية التعاقد، فإذا كان مبدأ المسؤولية يهتم المجتمع من حيث أنه يحقق العدالة فيه، فإن مبدأ حرية التعاقد يهتم كذلك من حيث أنه يحفظ للمعاملات أمنها وازدهارها، لكن في المقابل فإن أعمال مبدأ حرية التعاقد على إطلاقه يستتبع رفض أي تدخل قانوني في العلاقة بين الطرفين أثناء التفاوض، بحيث يكون لكل منهما مطلق الحرية في العدول عن التفاوض، دون أن يتعرض لأي

مسؤولية، أيًا كان مسلكه في هذا العدول، وأيًا كان الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من هذا العدول، وهذا ما يتنافى مع دواعي أمن واستقرار المعاملات خاصة منها المفاوضات، وما يقتضيه مبدأ حسن النية والالتزامات المنبثقة عنه من أمانة وتعاون وثقة بين الطرفين المتفاوضين لذا كان من الضروري أن يتدخل القانون في مرحلة التفاوض لتنظيم العلاقة بين الطرفين بشكل منسجم، وهو ما أصبح من المسلم به لدى القانونيين والاقتصاديين.

ليبقى التساؤل المطروح هو ما هو الأساس الذي يبني عليه هذا التدخل؟ وما نوع المسؤولية الناشئة في هذه المرحلة؟ من خلال معرفة أولا وقبل كل شيء ماهية وطبيعة الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض والقوة الملزمة لها من خلال الالتزامات الناشئة عنها، ثم معرفة الجزاء المترتب عند الإخلال بها، وهذا ما سنعرفه بشكل عام خلال دراستنا هذه (43) ص 6.

وتستهدف هذه الدراسة في الأساس البحث عن الماهية والطبيعة القانونية للاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض مهما كان نوعها، لأنها في النهاية هي حصيلة نتائج العملية التفاوضية سواء على العناصر الجوهرية أو العناصر التفصيلية للعقد، التي تنتهي في الأخير باتفاق مشترك نهائي يتم على أساسه إبرام العقد، وسنرى أن هذه المرحلة تنتهي بصورة إيجاب بالعقد، حيث يعتبر هذا الإيجاب البات والنهائي هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة إبرام العقد، لأن التفاوض يهدف إلى الوصول إلى هذا الإيجاب البات والنهائي.

وهذا ما جعلنا نضطر في بداية دراستنا هذه إلى إدراج فصل تمهيدي حول التفاوض على العقد ككل، بداية من مفهومه ثم تاريخه ثم أهدافه ثم كيفية التحضير للتفاوض والبدء فيه ثم الانتهاء منه، موضحين في سياق ذلك بعض المفاهيم الهامة والتمييز فيما بينها وبين مفهوم التفاوض، مثل التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والأفكار القريبة منه مثل الدعوة إلى التعاقد والإيجاب بالعقد وفكرة التشاور، وفكرة المحادثة وفكرة المساومة إلى جانب أفكار أخرى تبدو في ظاهرها قريبة من فكرة التفاوض، وهذا كله من أجل أن تظهر فكرة التفاوض ذات طبيعة خاصة وأهمية بالغة جديرة بالدراسة والاهتمام بها خاصة في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة التي تشهدها الساحة اليوم، وما يجب أن يواكب ذلك من تحولات قانونية مساندة لهذا الانفتاح.

هذا كله جعلنا ندعم موضوعنا هذا ببعض التطبيقات القضائية والتحكيمية خاصة لغرفة التجارة الدولية والمحاكم المصرية والفرنسية، والتي عرفت عندهم فكرة التفاوض شكلا مزدهرا في التعاملات، ونظرا لقرب الفقه الفرنسي والمصري بالفقه والقضاء الجزائريين في مختلف نظرياته.

وانطلاقاً مما سبق ذكره تظهر أهمية عناصر هذا الموضوع الهام والذي ارتأينا تأسيسه على الإشكاليات التالية:

أولاً: ما هي الطبيعة القانونية للاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض؟ وما هي الآثار المترتبة عنها؟ وما هي الطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة؟

ثانياً: ما هي القوة الملزمة لهذه الاتفاقات؟ وما هو الجزاء في مرحلة التفاوض بشكل عام، إذا تم الإخلال بهذه الاتفاقات والالتزامات؟

وقد ارتأينا أن نجيب عن هذه الإشكاليات، بإتباع منهج تحليلي نقدي في بعض الحالات ومقارن في بعض منها، وذلك بعرض بعض الحلول الهامة في هذا الموضوع.

وعلى ضوء ما تقدم نقسم دراستنا لهذا الموضوع بدايةً بفصل تمهيدي نعرض فيه بإيجاز المسائل الهامة والخاصة بعملية التفاوض ككل، مع ذكر نبذة تاريخية حول التفاوض على العقد وأثار التطورات الحديثة على بنیان العقد، والجوانب العلمية والفنية للتفاوض على العقد، ثم نتطرق بالدراسة لموضوع نطاق المفاوضة حتى نعلم كيف تبدأ المفاوضات انطلاقاً من التحضير لها، وانتهاءً بانتهائها وهذا هو الجانب التطبيقي لعملية التفاوض.

ثم قمنا بتقسيم موضوع الدراسة إلى بابين رئيسيين نخصص الأول إلى ماهية الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض، والطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة، وذلك من خلال فصلين في هذا الباب، ثم خصصنا الباب الثاني لمعرفة القوة الملزمة للاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض والجزاء المترتب في هذه المرحلة، وذلك من خلال فصلين أساسيين في هذا الباب.

وأخيراً نختم دراستنا هذه بحوصلة عامة مع ذكر أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة، وبشكل عام في مجال التفاوض على العقد.

الفصل 1 المفاوضات العقدية

تلعب المفاوضات قبل مرحلة التعاقد دورا هاما، ومكانا ملحوظا على صعيد التجارة الدولية التي تعتمد على قواعد نشأت عفويا بين التجار وفي الوسط المهني الدولي، وترتكز هذه القواعد على مبدأ الحرية التعاقدية وما تقتضيه أن كل أمر قابل للتفاوض وقد أسفرت هذه القواعد آليات قانونية وإثراء في الصيغ العقدية، على عكس العلاقات الداخلية التي بقيت أسيرة لقيود النظام العام الداخلي.

التقنيات المختلفة خاصة منها الأوربية باستثناء بعضا منها لا تتضمن نصوصا تقنن للتفاوض قبل التعاقد، حيث تسيطر النظرة إلى العقد على أنه يتم بإيجاب يقابله قبول أمام بيوع بأسعار محددة، تناسب العقود اليومية وتلبي مقتضيات سرعة تصريف السلع النمطية (53) ص 22 و 23.

غير أن هذا لا يستجيب لضروريات وسائل الإنتاج الصناعي وطرق التسويق الحديثة، التي تنطوي على عقود عادة على جانب كبير من المخاطر، كل هذا جعل من الضروري إجراء مفاوضات مكثفة إلى جانب التدقيق فيها على مسائل قانونية كثيرة مثل المواعيد والأسعار وطرق التنفيذ والضمانات الضرورية... الخ والتي تسبقها عدة مسائل هامة.

لهذا ارتأينا أن نبدأ دراستنا هذه بفصل تمهيدي، ندرس فيه التفاوض على العقد بشيء من الاختصار، وقمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، درسنا في المبحث الأول ماهية وأهمية المفاوضات العقدية، أما في المبحث الثاني خصصناه لدراسات نطاق المفاوضات العقدية.

1.1. ماهية وأهمية المفاوضات العقدية: (15) ص 86 و 87

تعد المفاوضات من أعقد العمليات، فيها المحاور والمراوغة والإصرار والمثابرة من قبل المتفاوض بهدف تحسس المصلحة للوصول إلى الغاية المقصودة مع محاولة جعل الطرف الآخر يلتزم بأكبر قدر من الالتزامات، هذا ما يسعى إليه كل طرف خاصة في عقد الصفقات الكبيرة ومع مرور الوقت لم تعد المسألة مجرد مساومة تحكمها اجتهادات شخصية وإنما علم له قواعد وأصول أفردت لشرحها كتابات متخصصة (29) ص 01 و 02.

لهذا قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، خصصنا الأول لنبذة تاريخية عن التفاوض عن العقد، أما الثاني تطرقنا فيه إلى ماهية وأهمية التفاوض على العقد، أما المطلب الثالث سنتطرق فيه إلى أهداف المفاوضات العقدية.

1.1.1. نبذة تاريخية عن التفاوض عن العقد

نستهل دراستنا لهذا المطلب ببعض المسائل الأولية حول التفاوض على العقد، بدراسة نبذة تاريخية عن التفاوض في العصور الماضية، حيث ندرس في الفرع الأول طرق التفاوض في العصور القديمة، ثم في الثاني ندرس طرق التفاوض في العصور الوسطى أما الفرع الثالث خصصناه لدراسة آثار التطورات الحديثة على بنیان العقد، ثم نتناول في الفرع الرابع الجوانب العلمية والفنية للتفاوض مع إطلالة سريعة على التقنيات الحديثة لنرى ما تحتويه من نصوص بشأن التفاوض على العقد.

2.1.1. طرق التفاوض في العصور القديمة

التفاوض ظاهرة إنسانية عامة فهو أمر ضروري لصيق بحياة الإنسان على مدار التاريخ، فهل يعني أن المجتمعات القديمة عرفت ذلك، ورتبت عليه آثار قانونية معينة، كما هو الحال في المجتمعات الحديثة؟.

إنه لم يعن الفقه ببيان هذه المسألة، ولما كان التفاوض على العقد يرتبط بحرية التعاقد بعروة وثقى، سنقوم باستقراء تاريخ العقد قديماً، بهدف الوقوف على طرق التعاقد ومدى ما كان يتمتع به الطرفان من حرية في مناقشة شروط العقد.

لقد كان الإنسان الأول يعيش في كنف جماعات متفرقة كقبائل رحل، كل قبيلة تشكل بذاتها مجتمعا مغلقا يقوم على الاكتفاء الذاتي، فقد كانت حاجات الإنسان البدائي وموارده محدودة، ولم تكن القبيلة تلجأ إلى التبادل التجاري من باقي القبائل إلا نادراً، وإن حدث تبادل يتم في صورة جماعية بزعامة شيخ القبيلة (43) ص 11.

وبهذا اهتدى الإنسان إلى الزراعة البدائية، بدأت تظهر لدى القبائل الحاجة إلى التبادل ورغم ذلك لم تعرف فكرة العقد بمعناه الفني، هذه القبائل لم تعرف في تعاملها سوى التبادل المباشر لأموال مقابل أموال وخدمات مقابل خدمات وقد اتخذ هذا التبادل صورتين وهي:

أ- المقايضة

وكانت وقتها تأخذ صورة المقايضة الصامتة ولم تكن تتم في الأسواق حتى يتصور حدوث اتصال أو نقاش بين المتقايضين، وإنما كانت تتم في صورة تبادل مادي للبضائع وذلك بوضع هذه

الأخيرة على الحدود بين القبيلتين، ثم العودة مرة أخرى لأخذ البضائع المقابلة التي توضع في نفس المكان من قبل القبيلة الأخرى ولم يكن الطرفان يرى بعضهما أو على الأقل لم يكن يتحدثان، لذا لا يتصور حدوث تفاوض في هذا النوع من التبادل الصامت، (55) ص 37 و38.

ب- الهبة

لم تكن الهبة في المجتمعات البدائية تشبه عقد الهبة في القوانين المدنية الحديثة والذي يتم على سبيل التبرع دون مقابل غالبا وإنما كانت تتخذ كوسيلة للتبادل المباشر بين القبائل فيتبادلون بواسطتها السلع والخدمات وكانت تتم في الأعياد والمناسبات كالزواج والميلاد والختان... الخ، وذلك وفق طقوس وألفاظ معينة، ولم تقتصر على تبادل الأموال فقط، بل أيضا الولايم والخدمات العسكرية... الخ، وليس بهدف تحقيق الربح، بل تتم بهدف التفاخر بين القبائل.

- التفاوض في القانون الروماني

وفي روما القديمة كان المجتمع الروماني زراعيا محدود المعاملات، قليل الاتصال بالعالم الخارجي، يقوم على مبدأ الاكتفاء الذاتي، باعتماده على المقايضة، ثم ظهرت النقود كوسيلة تعامل، وعرف هذا المجتمع قدرا من التحضر وخفت فيه حدة العصبية القبلية، حتى أصبح للفرد كيان مستقل بإمكانه التصرف بمفرده ولحسابه الخاص (17) ص 21.

غير أن القانون الروماني في عصوره الأولى لم يعرف سوى الشكلية التامة في التعاقد ولم يظهر فيه مبدأ سلطان الإرادة إلا استثناء وفي عهود حديثة نسبيا وبعد تطور طويل (16) ص 24.

والإرادة في هذا القانون لم تكن قادرة على إنشاء العقد وتحديد آثاره بمجرد الاتفاق عليه، بل كان لا بد من إفراغ هذا الاتفاق في أحد القوالب الشكلية الواردة في القانون على سبيل الحصر وهي: القرض الرسمي المسمى نكسوم (Nexum) والعقد الكتابي والاشتراط الشفهي، والقرض العيني، وهي كلها عقود شكلية لا تتم إلا بعد التلفظ بعبارات معينة وإجراء طقوس محددة أو تسليم الشيء محل الالتزام كما في العقد الأخير، ولا يعتد بسوء أو حسن نية الطرفين، ومنه فأى خطأ فيها يؤدي إلى بطلان العقد، حتى ولو كانت الإرادة سليمة من كل عيب والعكس كذلك ولو كانت الإرادة معيبة، بل حتى ولو انعدمت كلية.

ومن خلال هذه الشكلية الجامدة في المجتمع الروماني، فإننا نستبعد ظهور أي تفاوض على العقد بمفهومه الحديث وإن حدث لا يرتب أي أثر قانوني، لا عند فشل إبرام العقد أو عند نجاحه، والقانون الروماني لم يكن يعترف للإرادة بذلك بل كانت العقود الرومانية نموذجية محددة الشروط والآثار مسبقا وليس للأطراف إلا الانضمام إلى أحد هذه النماذج وبالتالي لم يكن ثمة حاجة للتفاوض لإبرام العقد (43) ص 15.

غير أن هذه العقود الشكلية ما لبثت أن أصبحت غير كافية لمواجهة ما طرأ على المجتمع الروماني من تطور بفضل التوسع الأفقي لهذه الدولة وتحول المجتمع إلى مجتمع تجاري، داخليا وخارجيا وساد الاقتصاد الحر في البلاد، لذا كان ضروريا إحداث تغيير في نظام التعاقد لمسيرة هذا التطور، لهذا ظهرت عقود غير شكلية إلى جانب العقود الشكلية على سبيل الاستثناء (17) ص 458، عرفت بالعقود الرضائية وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة والتراضي فيها يكفي لانعقادها دون أي شكليات واعتبرت من عقود حسن النية، فالقاضي يعتد في تفسيرها إلى إرادة المتعاقدين ويكملها وفقا للمألوف بين الناس الشرفاء.

وبالرغم من ذلك لم يسلم القانون الروماني بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه، بل ظل يعتبر الشكلية هي الأصل العام ولا يعترف للإرادة بسلطان إلا على سبيل الاستثناء.

وإن كنا نستبعد وقوع تفاوض حول هذه العقود الجديدة خاصة الرضائية منها غير أن مرحلة التفاوض لم تحظ بأهمية تذكر في القانون الروماني، حتى في آخر مراحل تطوره ولعل ذلك يرجع إلى السببين التاليين:

السبب الأول: اتسام المعاملات بالبساطة وبالتالي عدم حاجة الأطراف إلى تفاوض للإعداد والتحضير لإبرام العقد.

السبب الثاني: إن الاتفاق على التفاوض لم يعترف به القانون الروماني في أي من العقود، ولم يرتب أي مسؤولية عن الإخلال به مهما أصاب المتفاوض من أضرار عند قطع التفاوض.

والقانون الروماني في آخر مراحل تطوره، أعطى الحق للمشتري الحصول على تعويض عما لحقه من ضرر جراء بطلان البيع لاستحالة محله لعدم مشروعيته.

3.1.1. طرق التفاوض في العصور الوسطى

عقب الغزو البربري الجرمانى وسقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية عام 476م بدأ العقد الجرمانى يأخذ مكانه بجوار العقد الروماني وما لبث أن حل محله، تلاشى العقد الروماني دون أن يترك وراءه أدنى أثر.

وقد كانت العقود الجرمانية إما عقود شكلية أو عينية، فقد كان البيع لا يصير ملزما إلا إذا أدى أحد الأطراف أداء معيناً للطرف الآخر، كما أن العقود الأخرى لا تنشأ إلا بالعربون أو بوضع اليد في اليد ومنه فالاتفاق الذي لا يوافق أحد هذه الأشكال يكون بلا قيمة (43) ص 17 و 18.

وفي ظل هذه الأوضاع لم تكن الكنيسة قادرة على الدفاع على مبادئها السامية، والتي ازدهرت في الإمبراطورية الرومانية، مثل القانون الطبيعي وحسن النية والعدالة والاعتداد بالإرادة وتغليبها على الشكلية أحيانا (17) ص 337، والكنيسة نفسها تأثرت بأفكار البربر وأخلاقهم، في ظل مجتمع غارق في العنف والقتل والسرقة، فهؤلاء القوم لم يكونوا يفقهون أن المتعاقد ينبغي أن يكون حسن النية، وأن التدليس أو الإكراه يمكن أن يعيب الإرادة، وفي ظل كل هذا لم يجد التفاوض على العقد مكانه في ظل هذا التجاهل.

- دور القانون الكنسي

لم يكن لمبدأ حسن النية واحترام العهد أن يسود إلا في ظل تعاليم دينية مقدسة، ولقد لعب القانون الكنسي دورا هاما في الحياة القانونية وفي القرن (16) هاجم فقهاء الشكلية (55) ص 59، ونادوا أن العقد المجرد من أي شكل ملزما بذاته، وأساس أخلاقي فحسب دون إقرار لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بشكل مطلق، لأن نظام الإقطاع والملكية لا يقبلان الحرية الفردية اجتماعيا وكانت الحرية آنذاك حكرا على النبلاء ورجال الدين فقط وهذا القانون لم يهتم بالتفاوض على العقد لبساطة المعاملات، ولم تكن لها حاجة لإبرام العقد (43) ص 20.

وحدث في القانون الكنسي أن أصبح يعول على إرادة الطرفين، فنشأت فكرة الغبن في التعاقد، فكل من حصل على منفعة مبالغ فيها يلتزم بتعويض الطرف المغبون أو يكون العقد قابلا للإبطال، لكن سرعان ما تلاشى المبدأ الجديد الذي ينص على أن كل اتفاق قد يكون ملزما بذاته، هذا في القرن (18) على يد فقهاء القانون الطبيعي بقولهم، " إن احترام الاتفاقات هو أحد مبادئ القانون الطبيعي".

والهدف هو إقصاء الكنيسة وحتى الدولة باعتبارها ليست مصدرا للسلطة بل تكمن في الإنسان ذاته بوصفه كائنا مطلقا، وبذا تم تهميشها وتبني المجتمع شعار - دعه يفعل دعه يمر- وترسخت القاعدة الشهيرة - العقد شريعة المتعاقدين - (17) ص 458، وهذا ما كان يناسب المجتمع آنذاك اقتصاديا وحرية التعاقد كانت أحسن وسيلة للتبادل، لذا لم تكن الدول لتتدخل في الحياة الاقتصادية وقد تبني قانون نابليون - القانون المدني الفرنسي الحالي- هذا التصور الجديد للعقد وبذلك أصبح العقد قابلا للتفاوض.

- دور الشريعة الإسلامية

لقد حرصت على إرساء مبدأ احترام العقود، ومبدأ الرضائية بقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" وقال كذلك " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " وقال النبي صلى الله عليه وسلم: " المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو

أحل حراما " (41) ص 251، فالعقد في الإسلام هو عقد رضائي أصلا، قابل لتفاوض في الحدود الشرعية.

وقد حث الإسلام على الأمانة والصدق في التعامل، ونهى عن الغش والخديعة وهذا ينطبق بالطبع على التفاوض على العقد الذي يقوم في الأصل على حسن النية والأمانة، بل إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نهى عن السوم على السوم، لمنع تدخل الغير في المفاوضات الجارية والتي أشرفت على الانتهاء من أجل إفسادها.

4.1.1. آثار التطورات الحديثة على بنیان العقد

منذ نهاية القرن (18) والعالم يشهد تطورات مستمرة، بأول ثورة صناعية واجتماعية وسياسية، ففي المجال الاقتصادي قامت صناعات جديدة تعتمد على الإنتاج بالجملة للسلع، وهذا بظهور الآلة التي تعمل بقوة الدفع الذاتية.

وفي مطلع القرن (20) أرسيت دعائم الثورة الصناعية باختراع السيارة واكتشاف مصادر جديدة للطاقة وظهر صناعات جديدة، وتم استخدام الطاقة الذرية في عدة مجالات، واليوم بانتهاء القرن (20) وقعت ثورة تكنولوجية جديدة وفي كل المجالات خاصة في مجال الاتصالات والمعلوماتية واستخدمت الأقمار الصناعية في الاتصال.

هذا ما أدى إلى تولد مشروعات صناعية وتجارية عملاقة، وتحول المنافسة فيها من داخلية إلى خارجية، وتكونت ما يسمى بالشركات المتعددة الجنسيات وتحولت الصفقات إلى صفقات مركبة ومعقدة والحقيقة أنه كلما زادت المعاملات وتطورت كلما تكاثرت العقود وتنوعت وتعقدت ، فقد أثمرت هذه التطورات نوعين من العقود:

النوع الأول: عقود الإذعان والعقود النموذجية

وفيها يحدد الموجب بشكل مسبق و عام ومجرد شروطا للتعاقد ولا يقبل أي نقاش فيها، وليس أمام الراغب في التعاقد سوى قبول هذه الشروط جملة أو تركها، ثم ظهرت العقود النموذجية، وهي عبارة عن نماذج مطبوعة لشروط التعاقد، يقتصر دور الطرفين على ملئ البيانات التي تحدد هويتها، وقد أصبحت هذه النماذج مصدرا حديثا لعقود الإذعان، حيث يستعين بها الموجب لوضع شروط موحدة على الراغبين في التعاقد و صفتها الجوهرية أنها لا تقبل التفاوض مطلقا (43) ص 24 و 25.

النوع الثاني: العقود المركبة

ظهرت عقود تدعى العقود المركبة، يقصد به ذلك العقد الذي يتألف من عدة عقود تترايط فيما بينها لتحقيق عملية واحدة، وهي نتيجة حتمية لما يكتنف المعاملات المحلية والدولية في العصر الحديث من تعقيد في المجال الاقتصادي والفني والقانوني في الصفقة الواحدة، وما يكتنفها من مخاطر وأجال تنفيذ طويلة، وقيمة مالية هائلة ومنه سنعرض أهم هذه العقود ثم نبين صور التفاوض عليها.

- صور العقود المركبة

يفاجئنا العمل يوماً بعد يوم بصورة جديدة من هذه العقود ومن ثم فإنها لا تقع تحت حصر، وسنحاول ذكر أهم صور هذه العقود كما يلي:

- عقود التبعية الاقتصادية

أدى تركيز رؤوس الأموال ووسائل الإنتاج إلى حدوث تباين كبير للغاية في القدرة الاقتصادية، ليس فقط بين الشركات والأفراد بل وحتى بين الشركات فيما بينها وهو ما ولد ما يعرف بعقود التبعية الاقتصادية، بهدف تحقيق التعاون بين مختلف المشروعات والحد من المنافسة المحتدمة، فعن طريق هذه العقود تتمكن إحدى الشركات الكبرى أن تكفل لنفسها حق القصر لكل أو جزء من نشاط شركة أخرى لمدة معينة (54) ص 60، وهي العقود التي تظهر خصوصاً في المجالين التاليين:

أولاً: في مجال الإنتاج

هذه العقود تعتبر وسيلة لتمويل الأنشطة الزراعية ومن أمثلتها، عقود تسمين أو تربية المواشي وعقود الزراعة وتسمح للمزارع أو المربي من الحصول على مساعدة مالية من الصناعيين أو التجار مقابل التزامات معينة، فقد تكون هذه المساعدات إما مالية أو توريدات مباشرة لحيوانات صغيرة بهدف تسمينها، غير أن هذه المساعدات لا تتم بالمجان، بل مقابل التزامات مثل الالتزام بإنتاج الكمية المطلوبة وعدم البيع للغير والخضوع لتوجيهات الطرف الآخر في الإنتاج.

1 - عقود المقاوله من الباطن

وبموجبه يقوم مقاول بإسناد مهمة تنفيذ كل أو جزء من أعمال الإنتاج أو الخدمات المنوطة به إلى مقاول آخر، ويظل هو المسئول عن التنفيذ أمام رب العمل (43) ص 29، فبدلاً أن يتعامل رب العمل مع أصحاب المهن مباشرة، فإنه يقوم بإبرام عقد مقاوله مع مقاول عام، ويقوم هذا الأخير بإبرام عقود مقاوله من الباطن مع مقاولين متخصصين في أعمال السباكة والكهرباء... الخ، ونفس الشيء في مجال الصناعة.

ثانياً: في مجال التوزيع

1- عقود الامتياز التجاري

بمقتضاه يلتزم صاحب علامة تجارية مانح الامتياز بالألا يبيع منتجاته في إقليم معين إلا للمتعاقد الآخر صاحب الامتياز، على أن يلتزم هذا الأخير في المقابل بتوزيع المنتجات المرسله إليه من الطرف المانح للامتياز الأول دون غيره وهي مصنوعات كاملة الصنع، وصاحب الامتياز ليس وكيلا لمانحه، فهو يعمل لحسابه وتحت مسؤوليته الشخصية.

2- عقد السماح

وهو العقد الذي يسمح فيه أحد المنتجين أو التجار ويدعى - Franchiseur - إلى تاجر آخر يسمى - Frandrisé - حق استخدام طرق البيع ووسائل الخدمات المقدمة بواسطة مانح الإذن أو المجيز (14) ص 208، وهذه الطريقة في التوزيع منتشرة في مجال الخدمات.

3- عقود المساعدة والتوريد

تنتشر في مجال تجارة الوقود والمشروبات، وظهرت في بداية القرن العشرين في شمال وشرق فرنسا بخصوص توريد البيرة إلى المقاهي، ولكي يضمن المنتج توزيع منتجاته فإنه يقوم بتمويل أو تجديد أو إنشاء محل تجاري مثل مقهى أو محطة وقود يمتلكها المستفيد، في مقابل التزام هذا الأخير بالتزود من عند المورد دون غيره، وبما أنها عقود مساعدة وتوريد طويلة الأجل فإنه يتم عادة تنظيم التفاوض عليها بإبرام اتفاق تفاوض.

4- عقود التشييد

وهي خاصة بتشبيد وتجهيز الأبنية المعدة للاستعمالات المختلفة وأعمال الهندسة المدنية الخاصة بإقامة البيئة الأساسية التحتية، مثل تعبيد الطرق وإقامة الجسور وشبكة المياه، والصرف الصحي... الخ، والغالب أن تكون هذه العمليات معقدة ومركبة بمشروعات عملاقة وبوسائل مختلفة وهائلة، وتتنوع صور التركيب في عقود التشييد كما يلي:

1- تركيب يعود إلى تدخل أكثر من طرف في التنفيذ

ومنه الكثير، مثل عقد المقاوله من الباطن، وكذلك عقد كونسوسيوم الإنشاءات، الذي نفرده له

الفقرة التالية:

- عقد كونسوسيوم الإنشاءات أو عقد اتحاد الشركات: (43) ص 31.

وهو عقد يتم بموجبه تنفيذ عملية تشييد معينة بالتزامن بين عدة مقاولين كل حسب تخصصه اتجاه رب العمل، ويتخذ هذا العقد عادة شكل اتحاد مؤقت بين المقاولين، دون قيام شركة لها شخصية معنوية، بل يظل كل مقاول مستقل قانونا عن الآخرين، وهو مسؤول قبل الآخرين عن عمله في مجال تخصصه.

2- تركيب يرجع إلى تعدد المهام

وهو نوعان فئمة عقود يكون تشييد فيها مرحلة في عملية مركبة مثل: عقود، البي، أو، تي (B.O.T) والتي انتشرت كثيرا في الآونة الأخيرة، وذلك بهدف إقامة البنية الأساسية للدولة خاصة في الدول النامية، التي تعجز عن توفير الوسائل المختلفة لإنجاز الأعمال الكبيرة، فعن طريق نظام البي، أو، تي، تتمكن الدولة صاحبة المشروع من تمويل وتنفيذ هذا المشروع دون حاجة للافتراض ويتم تنفيذها على ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى

وهي البناء يقوم به كيان البي، أو، تي، الحاصل على امتياز تنفيذ المشروع من الدولة، والذي يتكون من شركة أو عدة شركات أجنبية مع شركات أو عدة شركات محلية، ويتكفل هذا الكيان بالتشييد في كافة جوانبه، من تمويل وتأمين وتنفيذ الأعمال الإنشائية.

المرحلة الثانية

وهي التشغيل واستغلاله لمدة معينة يتم الاتفاق عليها.

المرحلة الثالثة

وهي النقل يكسب كيان البي، أو، تي، ملكية الإنشاءات التي قام بتنفيذها، ويتعهد بنقل هذه الملكية بعد فترة الاستغلال إلى الدولة صاحبة المشروع أو أحد مؤسساتها. وهناك عقود أخرى يكون فيها التشييد ذاته عملية مركبة مثل:

- عقد تسليم المفتاح في اليد

تتم فيه كل الأعمال من تصميم وتنفيذ وتجهيز المصنع بالآلات ونقل التكنولوجيا وتكوين العمال، وبذلك يتم تسليم المصنع إلى رب العمل جاهزا على التشغيل في الحال، ويتضمن هذا العقد، عقد مقولة وعقد بيع في نفس الوقت (35) ص 41.

- عقود نقل التكنولوجيا

انتشرت بفضل التطور الهائل للتكنولوجيا وفيها يلتزم موردها بتقديم المساعدة الفنية والمشورة عند الضرورة، عند التفاوض على الحائز أن يكشف بعض أسرارها للطرف الآخر بهدف ترغيبه في التعاقد، وهنا يكمن الخطر عندما يقوم هذا الأخير بإفشاء هذه الأسرار عند فشل التفاوض على العقد (37) ص75.

- عقد التأجير التمويلي

وهو صورة من العقود الحديثة المركبة، ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام 1952، وظهر في فرنسا سنة 1962، وهو أن يرغب شخص في شراء شيء معين عقارا أو منقولا، لكنه لا يملك المال اللازم لذلك فيلجأ إلى مؤسسة ممولة بحيث تبرم هذه الأخيرة معه عقد إيجار لهذا الشيء لمدة معينة مقابل أجر معينة تتضمن هامش ربح للمؤسسة المؤجرة، على أن يتضمن عقد الإيجار وعدا من جانب واحد يتعهد فيه المؤجر ببيع هذا الشيء المستأجر عند نهاية عقد الإيجار، وبهذا يكون للمستأجر عند نهاية عقد الإيجار ثلاث خيارات هي: إما أن يرد الشيء المؤجر إلى المؤسسة الممولة أو يجدد معها عقد الإيجار، وإما وهذا هو الهدف من التأجير التمويلي أن يشتري هذا الشيء، وعندئذ تحسب مبالغ الإيجار الدورية المدفوعة للمؤجر من ثمن المبيع.

وهكذا فإن عقد التأجير التمويلي يجتمع فيه ثلاث عقود، عقد شراء الشيء بواسطة المستأجر، وعقد إيجار ووعده من جانب واحد بيع هذا الشيء للمستأجر في المستقبل، بالإضافة إلى التوكيل بالشراء المخول للمستأجر في بداية هذه العملية.

إلى جانب عقود مركبة أخرى كثيرة واسعة الانتشار، مثل عقود التنقيب عن البترول واستخراجه من باطن الأرض أو البحر وعقود الصرف وعقود الاستثمار المشترك لتكنولوجيا جديدة وعقود المعلوماتية... الخ من العقود (36) ص 08 و09.

- ضرورة التفاوض لإبرام العقود المركبة

الحقيقة أن هذه العقود وعقود أخرى الغير واضحة المعالم التي كانت نتاج التطورات الحديثة، لم تعد تلاؤمها طريقة التعاقد التقليدية السريعة والبسيطة، وغير قادرة على مواجهة مقتضيات التجارة الدولية، ووسائل التسويق الحديثة التي تستلزم إبرام عقود اقتصادية هامة ذات مبالغ مالية ضخمة، فإنه يكون من الصعب إبرام هذه العقود من أول وهلة، وإنما لا بد من الدخول بشأنها في مفاوضات مكثفة (09) ص 02.

1.2.1 - الجوانب العلمية والفنية للتفاوض

التفاوض عملية هامة ومعقدة يقوم على أسس علمية وفنية كثيرة، لذا كان من الواجب دراسة ذلك قبل الخوض في الجانب القانوني للتفاوض، وذلك على الوجه التالي:

أولاً: التفاوض علم وفن

إن للتفاوض أصول وليس مجرد نقاش ارتجالي وهو في الوقت نفسه علم اجتماعي ومتشابه مع غيره من العلوم الإنسانية يأخذ منها ويتأثر بها (34) ص 20، غير أن البعض يشكك بأن التفاوض علم بالمعنى الدقيق بدعوة أن قواعده لا تقضي إلى نفس النتائج دائماً، على عكس العلوم الأخرى مثل علم الجبر ويرد على ذلك أن لا يشترط في العلم أن تقضي قواعده إلى نفس النتائج المتوقعة دائماً مثل الطب كعلم، فإن لم يفرضي الطب إلى النتيجة المتوقعة دائماً رغم إتباع مناهجه وأصوله فإن ذلك لا ينفي كونه علماً، بل يعتمد على الحرية في الرفض أو القبول أو التعديل أو دراسة الشروط المطروحة أمامه، ويعتمد كذلك على تعادل الأطراف في المراكز، والهدف من التفاوض هو الوصول إلى حلول ترضي الطرفين من خلال التعاون والتكامل وليس على أساس الغدر والحيلة، لأن الطرف الآخر هو شريك صفقة مستقبلية، يجب التعاون معه للوصول إلى النتيجة المرجوة.

والتفاوض عموماً يحتاج إلى قدرات ومهارات مكتسبة وعلى فن الإقناع بأسلوب منطقي يعتمد على الحجة والدليل، وسرعة البديهة والصبر ورباطة الجأش والكياسة والفتنة بحيث لا تنطلي عليه حيل الطرف الآخر.

ثانياً: تقنيات التفاوض

كل طرف يحدد سياسته بوضوح وذلك بأن يلجأ كل طرف عند تفاوضه إلى استخدام بعض التقنيات للضغط على الطرف الآخر، لا حصر لها لذا سنكتفي بعرض أهمها والمستخدم بكثرة.

1 - تقنية الرجل الطيب والرجل الشرس

بحيث يظهر رئيس الوفد المفاوض بمظهر الرجل الطيب المتساهل وبينما يقوم أحد أعضاء الوفد وهو في الغالب المستشار القانوني بدور الرجل المتشدد الشرس، ومن خلال هذه التقنية يمكن حمل الوفد الآخر من تقديم تنازلات معينة.

2- تقنية فرق تسد

وهذا بالاهتداء إلى مواطن الخلاف بين أعضاء الفريق الآخر ومن ثم زرع الفرقة بينهم، ومنه يسهل تحقيق أكثر المكاسب.

3- تقنية التهديد بالانسحاب من التفاوض

قد يلجأ لذلك كلما وصلت المفاوضات إلى خلاف في الرأي، وغالبا ما يضعف المتفاوض الآخر أمام هذه الحيلة فيتسارع إلى تقديم تنازلات لإرضاء المتفاوض الغاضب ومنعه من الانسحاب لأسباب مختلفة.

4- تقنية جس النبض

لمعرفة أهداف المتفاوض الآخر، واستعداداته وقدراته المالية والشخصية للتغلب عليه.

5- تقنية استغلال نقاط الضعف

وهذا باكتشافها لدى المتفاوض الآخر، والضغط عليه حتى ينهار ويسلم بالشروط المعروضة عليه، ومن أهم عوامل الضعف عامل الوقت كأن تكون الصفقة عاجلة للغاية، (43) ص 40 و 41. أو أن يكون قد حدد مهلة معينة للمتفاوض يجب أن يعود بعدها ظافرا بالصفقة، وكذا عامل الحاجة الماسة للصفقة.

6- تقنية المساومة

وهي من أقدم التقنيات في التفاوض، حتى لدى العامة، ويتم اللجوء لها عند تحديد الثمن (43) ص 31 و 32.

- تقنيات التفاوض

هناك الكثير منها (43) ص 31 و 32، والقائمة أساسا على الكذب والحيلة واستغلال الأخطاء، وهذا ما لا يتفق مع المفهوم الصحيح للتفاوض، بحيث يجب أن يتم في جو مفعم بحسن النية والصدق والأمانة من كلا الطرفين، فضلا على أنها تخالف مبادئ الشريعة الغراء، وهكذا فإن هذه التقنيات المراد منها خداع المتفاوض الآخر فإنها تعد غير مشروعة، وتعتبر من الحيل التدليسية تعيب الإرادة، وكان للطرف المغبون أو المدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد، والتعويض عما لحقه من ضرر جراء ذلك.

ثالثا: مكان التفاوض

يتم في مكان معين وبالتالي يتأثر بعوامله البيئية، كما أنه يتم بين حاضرين وقد يتم بين غائبين، لكن يمكن التفاوض أولا على مكان التفاوض لما له من آثار سلبية أو إيجابية على التفاوض ونتائجه، وكثيرا ما تتحكم العوامل الاقتصادية أو السياسية في اختيار مكان التفاوض، وقد جرت العادة على أن يختاروا مكانا محايدا، وقد يتم التفاوض بمختلف الوسائل الحديثة.

رابعاً: وقت التفاوض

وهو أساسي في التفاوض فقد يكون طويلاً حسب حجم الصفقة ومدى تعقدها، والأصل أن لا يحدد وقتاً معيناً للتفاوض، والمفاوض الجيد هو الذي يعرف كيف يستغل عامل الوقت لصالحه دون إصراف في تضييع الوقت حتى تضيع عملية التفاوض كلها بتغيير الظروف المحيطة بالتفاوض من قانونية وسياسية... الخ.

- خلو التقنيات الحديثة من نصوص خاصة بالتفاوض

رغم أهمية التفاوض في هذا العصر، فإن أغلبية التقنيات المدنية لم تنظمه بنصوص خاصة بل تركت ذلك للفقهاء والقضاء ولعل ذلك يرجع لسيطرة التصور التقليدي لإبرام العقود الفورية البسيطة. لكن التطور السريع للتعاملات من خلال ذلك وضعت نصوص قانونية تحدد طبيعة العلاقة بين الطرفين وتبين ماهية الالتزامات التي تقع على عاتقهما في هذه المرحلة.

- تقنيات مدنية حديثة تتضمن نصوصاً خاصة بالتفاوض

واستثناء مما سبق ذكره فإن ثمة نصوص قانونية تتعلق بالتفاوض توجد في عدد قليل من التقنيات المدنية الحديثة مثل:

1- التقنين المدني الإيطالي، 2- التقنين المدني اليوناني، 3- قانون العقد اليوغسلافي، 4- قانون العقود الإسرائيلي.

بيد أن هذا لا يعتبر كافياً لوضع تنظيم شامل وكامل لمرحلة التفاوض على العقد بحيث أنها لم تحدد طبيعة وماهية الالتزامات... الخ. وإن كان ممكناً أن تستشف بناء المسؤولية على أساس المسؤولية التصويرية.

وفي ظل هذا الفراغ القانوني، كان طبيعياً حدوث خلاف كبير في الحلول المتبعة بشأن التفاوض على العقد لدى الفقهاء والقضاء.

2.2.1. ماهية وأهمية التفاوض على العقد

أصبح من البديهي اليوم إدراك دور وأهمية المفاوضات على العقد من مختلف جوانبها لذا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، أولها هو تعريف التفاوض على العقد وأهميته، والثاني نتطرق فيه لخصائص التفاوض على العقد، أما الثالث فخصصناه لموضوع التمييز بين التفاوض على العقد والأفكار القريبة منه.

3.2.1. تعريف التفاوض على العقد وأهميته

وهو تبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات المختلفة والاستشارات المتعددة بين أطراف التفاوض، ليكون كل منهما على بينة من أمره من حيث تحقيق المصلحة المشتركة بين الأطراف ومعرفة الحقوق والالتزامات بعد الاتفاق.

وكلما كانت المفاوضات ملمة لكل العناصر والشروط العقدية كلما كان الاحتمال كبيرا لإبرام العقد دون تنازع بين أطرافه، فعدم التعاقد خير من إبرام عقد فاشل، فالتفاوض يلعب دورا وقائيا وما يميز التفاوض عموما هو احتمال الاتفاق أو عدم الاتفاق على قدم المساواة بين طرفي التفاوض (43) ص 54 و55.

فالعقود التي تسبقها مفاوضات تقوم على مشيئة الطرفين وليس على مشيئة طرف واحد بتصور مشترك لكل عناصر العقد، فنحصل في نهاية التفاوض على إيجاب مشترك وقبول مشترك على أساس من الحرية دون إلزام مادام أن التفاوض لم ينتهي بعد، ولكل طرف حق قطع التفاوض إذا كان حسن النية، دون إضرار بالطرف الآخر (40) ص 63 و64.

فالمبادرة لبدأ التفاوض تكون من الطرف الوطني الذي يحدد شروط العقد وعناصره ليختار من بين الشركات الأجنبية التي قدمت عروضاً، وفي ظل التفاوض يمكن تعديل هذه الشروط... الخ، ودراسة جوانب أخرى لها أهميتها مثل الضمانات المختلفة والتأمينات الضرورية وتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع، والجهة المختصة للفصل فيه، وتحديد حالات توقيف العقد أو فسخه (35) ص 48.

أما النقاء الأطراف فقد يكون عن طريق الممارسة (Gré à Gré)، أو بطريقة المناقصة (Appel d'Offre) بمبادرة من الطرف المكتسب أو الطالب سواء كان جهة حكومية أو خاصة، باللجوء إلى مناقصة ثم الاختيار بين العطاءات وأحيانا يتم اللجوء إلى التعاقد بالممارسة، في حال يكون الطرف المنفذ في وضع احتكاري، وقد تكون الدعوى للمناقصة محدودة أو عامة أو وطنية أو دولية، وقد تكون محدودة لدولة ما أو شركات معينة أجنبية للأسباب قد تكون سياسية كوجود اتفاقية تعاون مثلا، أو لأسباب مالية مثلا أو فنية... الخ وقد تكون المؤسسات أو هيئات دولية مثل البنك العالمي (37) ص 119 و120.

والعطاء يعتبر تعهدا من صاحبه بالتفاوض، بموافقه العامة على شروط المناقصة خاصة في المشاريع الكبرى، هذا ما يؤدي إلى مفاوضات قد تطول، كلما كانت شروط المناقصة غامضة كان الرد عليها دقيقا للظفر بها، لأن لصاحب المناقصة مجال اختيار واسع.

- أهمية المفاوضات العقدية

فهي هامة جدا من عدة نواحي، فنظرا لقيمة الصفقة الكبيرة، وما يترتب عنها من مخاطر جمة، كان للتفاوض أهميته الخاصة.

- الأهمية القانونية والعملية للتفاوض على العقد

لقد قام العلامة Saleille عام 1907 بالتنويه بخطورة ما تطرحه عملية التفاوض من مشكلات في عصر تعددت فيه الصفقات الضخمة مما يستدعي استعدادات كبيرة (56) ص 06، إذا كان هذا صحيحا في عام 1907 فماذا نقول اليوم؟ بزيادة الصفقات المعقدة (28) ص 03، لذا وجب الدخول في مفاوضات، يقوم بها فريق متخصص في عدة مجالات (27) ص 06، وغالبا ما يلجأ إلى بيوت الخبرة، وهذا ما يكلف نفقات كبيرة (40) ص 64، وتزداد الأمور تعقيدا مع انفتاح الأسواق العالمية، وما صاحب ذلك من عقبات لغوية والمقصود بها اللغة القانونية، وهذا ما يستدعي الحرص على اختيار لغة التفاوض مع مراعاة مبادئ هامة، عند التفاوض كمبدأ حسن النية، وما ينبثق عنه من التزامات هامة.

لذا يجب أن يتجسد مبدأ حسن النية بين الطرفين في أول لقاء بينهما، لأن كل منهما يجهل الآخر وكل منهما يحطاط لآخر، فلا الحائز على التكنولوجيا يرغب في كشف سرها خشية فشل المفاوضات وفقدان القيمة المادية لها، وطالب التكنولوجيا لا يرغب في التورط في عقد لا يعرف حقيقته، وقد يكون الطالب سيئ النية، يفاوض بغرض الحصول على السر ثم يقطع المفاوضات بافتعال الأسباب، لهذا الطرف الضعيف يلجأ إلى الخبراء لفحص الأجهزة أو السلع، ويلجأ الحائز إلى طلب تعهد للمحافظة على السر وقد يضطر الطالب إلى رفض ذلك ويلجأ إلى أن يقيم نفسه ضامنا للخبير.

كما أن السكوت عن بعض المسائل في التفاوض لا يعني الإعفاء منها، فمثلا اتفاقية فيينا تنص في مادتها (41) على الالتزام بتسليم بضاعة خالية من العيوب، فإذا سكت عن ضمان العيوب في التفاوض لا يعني الإعفاء منها (33) ص 25، وأشارت هذه الاتفاقية إلى دور المفاوضات في تفسير العقد عند وجود غموض فيه، لذا كانت المفاوضات في هذا المجال هامة جدا لإزالة أي غموض وتحديد إرادة الطرفين لأحداث الأثر القانوني.

- أهمية الشروط الواجب توفرها في العضو المفاوض

إن قانون التجارة الدولية لا يشترط شروطا خاصة بالعضو المفاوض، فهو لا يصنف إلا شروط القواعد العامة في القانون كالأهلية اللازمة لإجراء التصرفات المنتجة لأثارها القانونية، وكيفية التصرف كأصيل أو بموجب سلطة ممنوحة له، هذا ما يجعل الوفود تتبادل الوثائق لمعرفة مراكزها ومركز كل

عضو فيها والإطلاع على التحويل القانوني الممنوح، كما يجب التأكد من الشركات الغير معروفة أو الغير مشهورة، والتأكد من وجودها الحقيقي والقانوني.

كما يجب أن يتصف كل عضو بصفات خلقية هامة، خاصة عند اتصاف العضو بالمفاوض بالرشوة لأنها كثيرة الانتشار، ولقد نصت المادة (50) من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات على أنه " إذا كان تعبير الدولة عن ارتضاؤها الالتزام بمعاهدة قد صدر نتيجة لإفساد مباشر أو غير مباشر لممثلها بواسطة دولة مفاوضة أخرى، يجوز لها الاستناد على هذا الإفساد لإبطال التزامها"، وتحدث الرشوة خاصة في الصفقات التجارية الدولية ذات المبالغ الضخمة، وعادة ما تختلط بالعملات.

كما أن أحكام التحكيم الدولي أثارت مشكلة الرشوة في عقود التجارة الدولية وعند اكتشافها والتي تحدث في مرحلة التفاوض تؤدي إلى إبطال العقد كله، تطبيقاً للقاعدة العامة أن الغش يبطل التصرفات، خاصة إذا اتفق الطرفان على القانون الواجب التطبيق الذي يبطل ذلك، وكل التشريعات المدنية تبطل العقد إذا صدر تدليس من أحد طرفيه أو من الغير (53) ص 84 و 85.

فحسن النية والأمانة تقتضي عدم رشوة العضو بالمفاوض، فاللوم لا يقع على عاتق المرتشي وحده، بل يقع على صاحب المصلحة في الرشوة بشكل أكبر.

4.2.1. خصائص التفاوض على العقد

هذه الخصائص من شأنها أن تجعل التفاوض فكرة قانونية قائمة بذاتها، وتتخذ مكانها إلى جانب الأفكار القانونية الأخرى دون أن تختلط بها، وهذه تظهر من خلال تعريفنا للتفاوض على العقد، وفيما يلي سنعرض هذه الخصائص كما يلي:

أولاً: التفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل

فهو لا يتم من جانب واحد حتى يحقق التفاوض أهدافه لذا لا يمكن تصور تفاوض شخص مع نفسه (43) ص 65 و 66.

وهذا إذا كان ممكناً تصور تعاقد الشخص مع نفسه بتبادل إيجاب وقبول مع نفسه نيابة عن الطرفين، أو نيابة عن أحد الطرفين وأصالة عن نفسه.

ثانياً: التفاوض على العقد تصرف إرادي

إنه يحدث برضا الطرفين دون إكراه، أي الدخول في التفاوض بإرادة حقيقة بنية التفاوض حتى لا تكون أمام تفاوض صوري كذلك لا يجوز مع شخص هازل أو عديم التمييز، وإرادة الطرفين تظل حرة طيلة مرحلة التفاوض.

ثالثا: التفاوض على العقد يتم باتفاق الطرفين

سواء كان صريحا أو ضمنيا، مكتوبا أو شفويا فوريا أو مستقبليا، لأن التفاوض عمل لا يتم بالصدفة بل لا بد من اتفاق عليه حتى يحدث أثره القانوني، بإبرام عقد معين أو الاتفاق على التفاوض.

رابعا: التفاوض على العقد يقوم على التبادل والأخذ والعطاء

بتعاون الطرفين، والتقريب بين وجهات النظر المختلفة، بتبادل العروض والمقترحات، وتقديم التنازلات، وتعديل الشروط، لتحقيق التوازن المطلوب بين المصالح، في إطار من الحرية.

خامسا: التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية

هذه النتيجة دائما احتمالية لأن التفاوض يكون حرا دون قيود إلى آخر لحظة منه، فقد تنجح المفاوضات وقد تفشل وقد تنقطع دون التخلي عن التزامات التفاوض رغم أن نتيجة التفاوض دائما احتمالية (43) ص 67.

سادسا: التفاوض مرحلة تمهد لإبرام العقد النهائي

هذا هو هدف التفاوض في النهاية، لدراسة العناصر والشروط بدقة، فكلما تم الاتفاق على بعضها جسد ذلك في اتفاق مرحلي، ثم يتواصل التفاوض على بقية العناصر، حتى يقتربان من إبرام العقد النهائي خطوة خطوة، ومنه ينقل الأطراف إلى المرحلة النهائية وهي إبرام العقد النهائي وذلك بتبادل إيجاب وقبول متطابقين نهائيين ويوقعان على العقد النهائي.

1.3.1. التمييز بين التفاوض على العقد والأفكار القريبة منه

خلال مرحلة التفاوض يكون العقد في طور التكوين، فقد تكون مرحلة التفاوض منعقدة تماما في العقود البسيطة التي تتم سريعا، وكذا في عقود الإذعان، أما إذا كان من العقود المتفاوض عليها فإن العملية كلها تمر بمرحلتين، المرحلة الأولى هي مرحلة التفاوض على العقد، أما المرحلة الثانية هي مرحلة إبرام العقد، ومن خلال ذلك يمكن التمييز بين التفاوض على العقد وبعض الأفكار القريبة منه.

- التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد

إن الدعوة إلى التفاوض لا تلزم صاحبها، وإنما فقط التفاوض بحس نية، والالتزام ببعض الالتزامات، أما إذا كنا بصدد إيجاب بالعقد فهذا يدل على الخروج من مرحلة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد، بحيث إذا تم القبول دون قيد أو شرط انعقد العقد في الحال ولا يستطيع الموجب التحلل من إيجابه، وفيما يلي نميز باختصار بينهما:

أ- الإيجاب بالعقد

هو تعبير بات عن إرادة شخص يعرض على شخص آخر أو على أفراد الجمهور، إبرام عقد معين وفقا لشروط محددة، بحيث إذا أقرن به قبول مقابل انعقد العقد (56) ص 260.

ومن جانب آخر عرفته اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع (20) ص 57، في المادة (14) بقولها " يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها لشخص أو لعدة أشخاص معينين وكان محددا بشكل كاف، وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محدد بشكل كافي، إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثلث، أو ببيانات يمكن بموجبها تحديدهما، ولا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب، وما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك".

كما أنه يجب أن تتوفر في العروض شروط معينة حتى تكون إيجابا بالعقد، وإلا كان مجرد دعوى إلى التفاوض، أو دعوة إلى التعاقد بحسب الأحوال، وتلك الشروط باختصار هي:

1- يجب أن يعبر الإيجاب عن إرادة باتة ونهائية في التعاقد، إذا صادف قبولا مطابقا دون قيد أو شرط انعقد العقد.

2- كما يجب أن يكون الإيجاب محدد بشكل كافي من حيث طبيعة العقد وشروطه الجوهرية بحيث لا يبقى لانعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق.

3- يجب أن يكون الإيجاب خاليا من الغموض، بشروط واضحة بدون تناقض أو تعارض وإلا فإنه لا يعتبر إيجابا صحيحا.

4- يجب أن يوجه الإيجاب إلى شخص ما أو إلى عامة الجمهور مع بيان الثلث.

5- لا يشترط في الإيجاب شكلية معينة أو لغة معينة، إلا أن بعض القوانين في بعض الدول تشترط استعمال لغتها في تعاملاتها الإدارية المختلفة مثلا مصر وفرنسا والجزائر... الخ (33) ص 91.

وإذا لم تتوفر في العرض شروط الإيجاب السالفة الذكر، فإنه لا يرتقي إلى مرتبة الإيجاب بالعقد، وإنما يكون فقط مجرد دعوة إلى التفاوض أو دعوة إلى التعاقد كما سنرى.

ب- الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض

هو عرض من طرف إلى آخر سواء كان شخصا أو جمهورا يعبر به عن رغبته بالتفاوض على عقد معين تمهيدا لإبرامه مستقبلا، إذا استجاب الآخر لهذه الدعوة، فإن مرحلة التفاوض تبدأ بين

الطرفين، ويفضل فريق من الفقه أن يطلق على هذه المبادرة - الدعوة إلى التفاوض- ويرى جانب آخر من الفقه (43) ص87، أن يطلق عليها اسم - الإيجاب بالتفاوض- ولعل أهم ما يميز الإيجاب بالتفاوض أنه لا يتضمن إرادة نهائيا عازمة على التعاقد مع أول شخص يستجيب له بل من أجل التفاوض بهدف التمهيد لإبرام العقد مستقبلا، والإيجاب بالتفاوض لا يتضمن كل الشروط الجوهرية بل يترك أغلبها للمناقشة والتفاوض حولها للوصول إلى اتفاق بشأنها، لهذا فإن الإيجاب بالتفاوض لا يرقى لأن يكون في مرتبة الإيجاب بالعقد وإنما يؤدي إلى قيام اتفاق على التفاوض بين الطرفين (13) ص 173، ولا يلزم الطرفين لإبرام العقد النهائي، وإنما يلزمها على التفاوض على العقد بحسن نية.

ج- الدعوة إلى التعاقد

لعله من الواجب الفصل بين الدعوة إلى التعاقد، والدعوة إلى التفاوض، والأصل أنه لا يجب الخلط بينهما، ويقصد بالدعوة إلى التعاقد، هي تلك التي يوجهها شخص إلى آخر أو إلى عامة الجمهور، لحثهم إلى التعاقد معه في الحال وفقا لشروط محددة سلفا لا يمكن مناقشتها، ووجه الشبه بين الدعوتين أن كل منهما يعتبر عرضا أوليا لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالعقد غير أنهما تختلفان بعد ذلك في الهدف الحقيقي من الدعوة.

وقد يرفق الإيجاب في الدعوة إلى التعاقد بتحفظ إما أن يكون صريحا أو ضمنيا، بالقبول أو الرفض للطلبات المقدمة إليه من العملاء، أي مع الاحتفاظ بالموافقة أو بشرط المصادقة وقد تكون تحفظات ضمنية تستخلص إما من طبيعة العقد المراد إبرامه تارة أو من العادة الجارية تارة أخرى (43) ص 89، فيحق لصاحب الدعوة إلى التعاقد رفض أو قبول التعاقد، ومع ذلك فإن هذه الحرية ترد عليها قيود تقتضيها المصلحة العامة والنظام العام.

وكما كان العرض المصحوب بتحفظ هو مجرد دعوة إلى التعاقد، فالأصل أن لصاحب العرض الحق في أن يرفض التعاقد مع من يستجيب لهذا أياما كان الباعث وراء هذا الرفض.

غير أنه ثمة قيود ترد على هذا الرفض، بحيث لا يجوز الرفض لأسباب غير مشروعة حفاظا على النظام العام والآداب العامة، وإلا كان تعسفا في استعمال الحق، يسأل بشأنه وفق المسؤولية التقصيرية، وللقاضي الحكم بالتعويض أو بانهقاد العقد أو بهما معا (19) ص 272، فمثلا في ميدان عقد العمل لا يحق لرب العمل أن يرفض توظيف شخص لديه بسبب جنسه أو أصله أو لغته أو دينية... الخ.

د - التمييز بين التفاوض على العقد والمساومة

المفاوضة تختلف كثيراً عن المساومة لأن فكرة التفاوض على العقد أوسع من فكرة المساومة، بل قد توجد المساومة في غياب المفاوضة في تقنية يلجأ إليها أثناء التفاوض إلا أن ذلك لا يبرر الخلط بين الفكرتين.

هـ- التمييز بين التفاوض على العقد والتشاور

على الرغم من أن التفاوض على العقد يتضمن أحياناً نوعاً من التشاور بين الطرفين، ذلك لا يعني أن التفاوض هو التشاور، والتشاور هو تبادل الرأي بين شخصين حول مسألة ما لاتخاذ القرار المناسب بشأنها، ويتم اللجوء إليه من قبل العامة لطلب الرأي من الأشخاص المتخصصين، ويجد التشاور مجاله خاصة في القانون العام حيث تلجأ الحكومة أو الإدارة إلى مشاوره جهة متخصصة قبل اتخاذ قرار ما، وفي الجزائر نجد المجالس العليا تقوم بهذا الدور الاستشاري ورأيها غير ملزم عموماً، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

لذا نلاحظ اختلاف التشاور عن التفاوض على العقد، رغم تشابههما في التفاوض والنقاش فالتشاور يقتصر دوره في إبداء الرأي فقط، وأخذ القرار يبقى لصاحبه فقط، كما أن التشاور لا يلزم طالب المشورة عن التنازل عن رأيه الخاص، وله الحق في اتخاذ القرار من عدمه في المسألة المستثارة، وهذا الذي لا يكون في مرحلة التفاوض على العقد، وقد يلتزم الطرفان بما اتفقا عليه أثناء التفاوض عكس التشاور تماماً، فضلاً على أن التشاور قد يكون خارج دائرة التفاوض والعكس غير صحيح، هذا كله يجعل التفاوض يختلف عن التشاور من عدة وجوه (43) ص 134.

و- التمييز بين التفاوض على العقد والمحادثة

فهما يختلفان رغم احتواء التفاوض على العقد على المحادثة، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود فوارق كثيرة بينهما.

والتفاوض على العقد ينشئ التزامات معينة على عاتق الأطراف، فالمحادثة لا تنشئ أي التزام، اللهم إلا الواجب العام بالحيطه والحذر بعدم الإضرار بالغير، فلا يلتزم بأي التزام وله قطع المحادثات فوراً، فالأخلاق والآداب في الحديث هي التي تحكم العلاقة بين طرفي المحادثة، كأن يلجأ إلى السب والقذف بين المتحدثين، أو ينتهي الحديث بينهما إلى شجار هنا تطبق القواعد العامة في المسؤولية مدنية أو جنائية حسب الأحوال عكس التفاوض تماماً.

ي- التمييز بين التفاوض على العقد والإعلام

رغم أن التفاوض يفرض واجدب الإعلام المتفاوضين لبعضهما، فثمة فارق كبير بين الفكرتين ويقصد بالإعلام هو قيام شخص بإحاطة الغير علما بصفات شيء معين بغية تنوير إرادته، وقد احتل الإعلام مكانة هامة في عصرنا هذا نظرا لتطوره الكبير، والإعلام له دور هام في المجال القانوني، سواء كان اختياريا أو إلزاميا، وهو ما يعرف بالالتزام بالإعلام خاصة أثناء التفاوض على العقد ولإبرامه وتنفيذه، ويصبح الالتزام بالإعلام شريعة عامة خاصة في عقود الإذعان وخاصة في ميدان الاستهلاك.

2.3.1. أهداف المفاوضات العقدية

من خلال كل ما سبق كان من الواجب التطرق إلى الغاية المرجوة، من هذه المفاوضات خاصة في مجال العقود الدولية، لذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:
الفرع الأول خاص بوضع العقد في صياغة قانونية معينة، والثاني خاص بتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة.

3.3.1. وضع العقد في صياغة قانونية معينة

لبدأ المفاوضات يجب على الأطراف أن يبذلوا قصارى جهدهم لبلوغ ثلاث أهداف أساسية:
الأول هو وضع العقد في صياغة قانونية معينة، أما الثاني هو تحقيق نوع من الموازنة بين الحقوق والالتزامات المتبادلة، أما الثالث فيتمثل في تحديد طرق تسوية المنازعات.
إن الصياغة القانونية لعقد ما عملية صعبة أحيانا، لأنها تقوم على تقريب المشاكل المطروحة التي يعنى بها الأخصائيون، كما أن وضع شروط مفصلة لأي عقد يتطلب تعيين الجهات التي ستساهم في تنفيذه مع وضع العلاقات القانونية اللازمة، وهذا كله لا يتم إلا من خلال المفاوضات، خاصة في مجال العقود المركبة المهمة.

لهذا كان من الضروري تحديد من سيقوم بتنفيذ العقد جهة واحدة أو عدة جهات متخصصة على الصعيد الدولي كل في مجاله، وقد يجد نفسه في التجمع مرغما لتعاقد من الباطن لجزء أو أكثر من أجزاء العقد، وهذا يجب تحديده بدقة خلال مرحلة التفاوض (26) ص 09 و 10، وللطرف المتعاقد أن يطلب من الشركة الأم ضمان حسن التنفيذ من قبل أحد فروعها خاصة إذا كان بالخارج وخاصة من الناحية المالية، هذا دائما يحدث خلال مرحلة التفاوض على العقد.

إن إبرام العقد وتنفيذه قد لا يتم أحيانا من شركة قائمة وقت انعقاد العقد وقد يتفق الأطراف على إنشائها مع ضمان الشركة الأم لها، وهذا ما يحدث في العديد من الدول منها المملكة العربية السعودية ونيجيريا.

إضافة إلى اعتبارات سياسية ومالية واقتصادية، تدفع الزبون إلى التعاقد مع أكثر من جهة متضامنة فيما بينها حتى يحق له الرجوع على أي منها، لكن من الأحسن له التعاقد مع واحدة عن بقية المؤسسات المساهمة في التنفيذ، وأحيانا يتم الجمع بين إنشاء شركة متخصصة لهذه الغاية (AD-HOC)، وبين عدة جهات مساهمة تتمثل بكيان قانوني، وهذا لاعتبارات مالية وفنية وبشرية وخدمائية الواردة في العقد، وهذا ما يؤخذ بالاعتبار عند تحديد ثمن العقد (26) ص 14، إن إنشاء هذا الكيان القانوني يخضع لتشريعات البلد المنشأ فيه، وهذا النمط شاع في دول أمريكا اللاتينية، غير أنه بدأ يتراجع عمليا لأنه أصبح البعض يتحمل أخطاء البعض، وأثناء التفاوض للمتعاقد الاختيار بحرية بين مختلف هذه الأنماط السالفة الذكر.

4.3.1. تحديد حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة

ويتم تحديد ذلك بوضوح خاصة خلال مرحلة التنفيذ (18) ص 97، وخاصة في العقود الطويلة لذا يجب التحسب للطوارئ والمخاطر والظروف التي تعرقل أو توقف تنفيذ العقد وتوازنه المالي، بأن ينص العقد في بنوده على مثل هذه الحلول وهذا ما يحدث عموما في مرحلة التفاوض، وفي هذا الإطار قد يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق الذي يحدد حقوقهم والتزاماتهم بشكل واضح وإلزامي لأطراف التعاقد.

إن الرجوع إلى الأعراف الدولية يتم في حالة عدم كفاية قواعد قانون العقد، وهذه الأعراف الدولية غالبا ما ترد في عقود نموذجية لبعض الاتحادات المهنية، وفي القرارات التحكيمية تطبق على الأطراف مهما كانت جنسياتهم، وقد انتقد ذلك من باب تحميل طرفي العقد صعوبات أو قيودا لا يرغبون الخضوع لها (26) ص 18 و19.

وإذا أغفل الأطراف ذلك يعين القانون الذي يحكم العقد، فمعالجة ذلك من قبل محكمة العقد والتي تعتمد في ذلك على عدة معايير، مثل اختيار محكمة المنازعات، أو مكان محكمة التحكيم، أو مكان تنفيذ العقد، وهذا هو المفضل لدى الفقه الفرنسي والألماني والسويسري والعكس هو مكان إبرام العقد وهذا مفضل في إيطاليا، والأكثر استثناء هو معيار اللغة المستخدمة من قبل الأطراف، والأفضل هو اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق حتى لا يرغب أحد الأطراف على تطبيق قانون لا يرغب في نتائجه.

كما أنه يمكن للأطراف الأخذ بحلول المادة (07) من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، بأن يعهد للمحكّمين البحث عن القانون الواجب التطبيق، مع الأخذ باعتبار البنود العقدية ومبادئ الأعراف الدولية (26) ص 29 و30.

بحيث أن المشروعات الكبرى المقرر تنفيذها في بلد الزبون، إذا كان هذا الأخير شخصا عاما سيحاول دوما تطبيق قانون بلده على العقد لأسباب مختلفة، لذا لطرفي العقد تقدير مخاطر ذلك بالعناية المطلوبة.

وبهذا الصدد يمكن الإشارة إلى نظامين قانونيين يعتبران محورين لعدد كبير من التشريعات في بلدان مختلفة، الأول يسود البلدان الأوربية يدعى – الفرنكوألماني- وتعود جذوره للقانون الروماني، أما الثاني فيدعى- الأنجلوسكسوني- رغم اختلافهما فإنهما يكونان مبادئ متجانسة تحمل حلولا منصفة، لذا فمعظم بلدان الشرق الأوسط مثل: العراق، لبنان، سوريا، مصر، إيران، والبلدان الإفريقية الناطقة بالفرنسية وبلدان أمريكا الشمالية، والمستعمرات البريطانية القديمة تخضع للنظام الأنجلوسكسوني، وهنا يتجلى دور الأخصائيين القانونيين في فحص تفاصيل القانون الذي يرغب الزبون تطبيقه.

كما أن العقود تخضع لنصوص المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل البلدان، خاصة التي تحكم القانون الواجب التطبيق مثل: اتفاقية لاهاي، واتفاقية 15 حزيران 1955 الخاصة بالبيوع ذات الصفة الدولية المتعلقة بالمنقولات، واتفاقية فيينا في 10 نيسان 1980 حول بيوع التجارية الدولية والتي حلت محل اتفاقية لاهاي لعام 1964، واللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة في جنيف، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المؤسسة في 1966 للتوفيق بين الأحكام التحكيمية الأجنبية، واتفاقية نيويورك سنة 1958 والاتفاقية الأوروبية حول التحكيم الدولي لسنة 1961، هذه بعض الاتفاقيات التي يمكن تطبيقها على عقد معين.

الأصل أن للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق الملائم، والحق في استبعاد النصوص الغير ملائمة فيه، لكن ليس في الحالة التي لا تتعارض مع القانون الدولي العام، وما يجدر الإشارة إليه هو صياغة الحقوق والالتزامات لكلا الطرفين بواسطة شروط العقد وليس خارجه وفي هذا السياق يمكن الإشارة إلى العناصر التالية:

- 1- لغة الاتفاق، 2- الديباجة، 3- المصطلحات، 4- التحديد الدقيق لعناصر العقد، 5- الثمن، 6- مدة العقد، 7- الصعوبات التي تظهر عند تنفيذ العقد، 8- الصعوبات التي تجعل العقد مستحيل التنفيذ بشكل مؤقت أو نهائي، 9- طرق تسوية المنازعات (26) ص41.

1.2. نطاق المفاوضات العقدية

إن التفاوض على العقد هو أخذ وعطاء بين أطراف العقد المحتملين، لبحث إمكانية إيجاد توافق لإيرادات الأطراف اتجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد المبرم مستقبلاً، لذا كان من الواجب دراسة نطاق المفاوضات العقدية في هذا المبحث بشيء من الاختصار، وهذا من خلال ثلاث مطالب، ندرس في الأول كيفية التحضير للمفاوضات، ثم في المطلب الثاني ندرس كيفية بدأ المفاوضات العقدية، أما في المطلب الثالث نتطرق إلى موضوع ومحل المفاوضات العقدية، وفي الأخير إلى كيفية انتهاء المفاوضات العقدية.

1.2.2. التحضير للمفاوضات العقدية

يجب إيجاد حالة من الرضا بين المتفاوضين من أجل تحقيق للأهداف التفاوض، والمبادئ التي تحكم المفاوضات تختلف من عقد لآخر لذا كان من الضروري التحضير للمفاوضات لتحقيق هذه الأهداف.

لذلك سنتطرق بالدراسة لموضوع التحضير للمفاوضات في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، الأول ندرس فيه كيفية التحضير للتفاوض على العقد، أما الثاني نتطرق فيه إلى كيفية البحث عن المتعاقد الآخر، أما الثالث نتطرق فيه إلى موضوع ما يقيد حرية الشخص في اختيار من يتفاوض معه.

2.2.2. الاستعداد للتفاوض على العقد

لا شك أن التفاوض على العقود، خاصة الدولية منها كعقود التشييد وعقود الامتياز التجاري، وعقود نقل التكنولوجيا، يعد عملية معقدة وملينة بالمخاطر وذلك نظراً لأهمية الصفقة التي يرد عليها العقد وتعاطم قيمتها الاقتصادية لذا يجب على الأطراف الاستعداد والتحضير المناسب.

لهذا فإنه إذا ما تولدت فكرة عقد من هذا القبيل لدى شخص ما وعزم على إبرامه فإنه يقوم أولاً بدراسة هذه الفكرة دراسة مستفيضة، ثم يقوم بالبحث عن المتعاقد الآخر الذي سيتفاوض معه حول هذا العقد، بعد أن يتحقق جيداً من شخصيته، على أن الاختيار قد يكون مقيداً بشخص أو جهة أخرى.

- الدراسة التمهيديّة

وتتم قبل أن يتخذ صاحب المشروع القرار بالتفاوض حول عقد ما، وهذا بإجراء دراسات تمهيدية والحصول على المعلومات الضرورية والكافية وأخذ المشورة الفنية حتى يكون على بينة من أمره عند أخذ قرار التفاوض أو التخلي عنه نهائياً وتسمى هذه الدراسة عملياً بدراسة الجدوى.

- مضمون الدراسة التمهيدية: وهي تتضمن عدة جوانب هامة أهمها

1- الجوانب الاقتصادية

من خلال تبين الجدوى الاقتصادية للمشروع، وذلك بالتحديد المبدئي لتكاليفه والأرباح المتوقعة منه، ودراسة السوق الذي يستفيد المشروع في إطاره وحجم المنافسة فيها، ومدى تناسب المنتج مع المستهلك.

2- الجوانب الفنية

حيث تحدد الدراسة المواصفات الفنية اللازمة لتنفيذ المشروع واختيار الحل الأمثل لتنفيذه من الناحية الفنية، والذي يتلاءم مع أهداف صاحب المشروع وإمكاناته المتوفرة مثل:

أ- الموقع

ففي عقود الإنشاءات الكبرى تجرى عادة دراسة أولية لحالة الموقع المقترح لمعرفة مدى صلاحيته جيولوجيا، وذلك بدراسة طبيعة المكان وعمق طبقات الأرض، وكذا بحث آثار المشروع على البيئة المحيطة به وتأثره بها، مدى توافر المرافق الضرورية كالطرق والكهرباء والماء، ووسائل النقل والاتصال... الخ.

ب- الأيدي العاملة

ينبغي التأكد منها خاصة المتخصصة، ومدى تكلفتها، والحاجة إلى الاستعانة بخبراء أجانب... الخ (43) ص 448 و449.

ج- مصادر التمويل

لا يفكر صاحب المشروع في التفاوض على عقد ما لم يكن متأكدا من توافر التمويل اللازم لتنفيذه، لذا تحرس الدراسة التمهيدية لوضع ميزانية أولية للمشروع في ضوء الموارد المالية المتوفرة، وتقتراح الوسيلة الأفضل للحصول على التمويل اللازم.

د- جوانب التأمين

من خلال دراسة المخاطر المتوقعة لتحديد المخاطر الواجب تأمينها ومدى التكلفة الواجبة لذلك، وفي المشروعات الدولية يتم تصنيف المخاطر إلى نوعين: الأول يكفي تغطيته بوثائق تأمين تقليدية مثل الحريق... الخ، أما الثاني فيتعلق بمخاطر التجارة الخارجية مثل مخاطر التصدير، وهذه يتم تأمينها بواسطة هيئات تأمين متخصصة يتم إنشاؤها خصيصا لهذا الغرض في الدول الكبرى.

هـ - الجوانب القانونية

يجب أن تتناول الدراسات التمهيدية الجوانب القانونية للمشروع، وتحدد الإجراءات القانونية والتراخيص الإدارية التي يجب الحصول عليها، والعوائق القانونية التي قد تحول دون تنفيذ المشروع.

- طرق إجراء الدراسة التمهيدية

فقد تجرى بالوسائل الخاصة لصاحب المشروع خاصة لدى الشركات الكبرى لاملاكها الإمكانيات اللازمة، ونفس الحال لشركات القطاع العام، ويمكن لهذه الشركات استعمال دراسات سابقة مماثلة للمشروع المراد تنفيذه مع بعض الإضافات البسيطة.

كما يمكن لصاحب المشروع الاستعانة بالشركة صاحبة التنفيذ لإجراء هذه الدراسة وغالبا ما تتبنى الدول النامية هذا الحل، خاصة في مجال نقل التكنولوجيا، كما يمكن لصاحب المشروع الاستعانة بمكاتب متخصصة في هذه الدراسات بالتعاقد معها لإجراء هذه الدراسات ويسمى هذا العقد - بعقد المشورة- ونظرا لأهميته سنفرد له الفقرة التالية:

- عقد المشورة

كثر اللجوء لهذا العقد في الآونة الأخيرة، الذي جعل اللجوء لأهل الخبرة ضروري جدا، للحصول على الرأي والمشورة في هذه الأمور المعقدة، ويقصد بعقد المشورة، هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه شخص محترف يدعى الاستشاري، بتقديم المشورة إلى شخص آخر في أمر معين، وفق أصول فنية وعلمية لتوجيه المستشير إلى اتخاذ القرار المناسب، بأن يحدد له هذا الاستشاري احتمالات نجاح المشروع وتكاليفه المبدئية وأرباحه المتوقعة، حتى تتضح الأمور بشكل جيد لصاحب المشروع.

ومن المسلم به أن الالتزام بتقديم المشورة هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة (38) ص 07، وكل ما يلتزم به الاستشاري هو تقديم استشارة صحيحة وفق الأصول العلمية و الفنية المطلوبة في مهنته.

3.2.2. البحث عن المتعاقد الآخر

من المسائل الهامة والأولى هي البحث عن المتعاقد الآخر، والتحقق من شخصيته، بحرص شديد خاصة إذا كان العقد هاما، أو من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، بالبحث عن الشخص الذي تتوافر فيه صفات معينة تضمن للعقد الحد الأدنى من النجاح مستقبلا، والأهم هو أن يكون هذا الشخص في مركز مالي ومهني يسمح بتنفيذ العقد فعلا.

1- البحث عن المتعاقد الآخر

يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن الطرف الآخر للدخول معه في تفاوض لإبرام هذا العقد، ويمكنه البحث عنه بوسائله الخاصة، كما يحدث في الشركات الكبرى، فهي تخصص فريق متخصص لذلك يدعى بمهندسي الأعمال، يقوم هذا الفريق بالبحث عن المتعاقد الآخر عندما تعترض عمل مشروع معين، أو بالطرق الأخرى المعروفة.

وتشترط بعض الدول مثل المملكة العربية السعودية والإمارات العربية وجود كفيل للمتعاقد الآخر لصحة التعاقد معه، في حين بعض الدول مثل مصر والجزائر لا تشترط ذلك.

2- التحقيق من شخصية المتعاقد الآخر

لابد من التحقق من شخصيته وذلك بالتحري والاستعلام عنه، قبل الجلوس معه إلى التفاوض، وهذا يعتبر حق لكلا الطرفين شريطة أن لا يكون من شأنه الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة والواقع أن شخصية المتعاقد تلعب دورا هاما في التعاقد من عدمه خاصة إذا كانت محل اعتبار عند التعاقد، وهذا ما يولد الثقة المطلوبة بين الطرفين خاصة أثناء التفاوض على العقد، وهذا ما بدأ يهتم به القانون اليوم.

أو القيام بذلك من خلال مكاتب الاستعلام التجارية، يلجأ إليها للحصول على معلومات معينة عن التاجر أو الشركة المرشحة ليتم التعاقد معها، وتلتزم هذه المكاتب بالدقة والموضوعية في الإداء بالمعلومات، وإلا انعقدت مسؤوليتها.

كما أنه يتم اللجوء إلى مكاتب الاستخبارات الخاصة، وقد ظهرت حديثا في اليابان ثم انتشرت في أوروبا، وهي تقوم بدور المخبر الخاص للتحري عن الشخص المحتمل للتعاقد معه ولاشك أن هذه الوسيلة مشروعة، شريطة أن لا يحتوي الأمر الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة.

4.2.2. وجود ما يقيد حرية الشخص في اختيار من يتفاوض معه

قد يقيد حريته بمحض إرادته، بأن يخول شخص معين بحق الأولوية أو الأفضلية في التفاوض، فيعده بأن يفضل على غيره إذا ما أراد يوما ما أن يتفاوض لإبرام عقد معين ويسمى هذا الوعد باسم- الوعد بالتفضيل قد يكون ملزما لجانب واحد أو ملزما لجانبين.

والواقع أن هذا الوعد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما، إذا ما قرر التفاوض لإبرام عقد معين في المستقبل أن يفضل الطرف الآخر على غيره من سائر الراغبين في التعاقد (11) ص 06.

والشائع كذلك أن يتعلق الوعد بالتفضيل بعقد البيع، وهو ما يفسر تواتر الفقهاء على ذكره (19) ص 89، (21) ص 51، (13) ص 149، وهم بصدد الحديث عن عقد البيع، ولكن ليس ثمة ما يمنع تعلق هذا الوعد بأي عقد من العقود (11) ص 15، ويستخدم في عدة مجالات، فإما أن يكون اتفاقاً مستقلاً يدعى الوعد بالتفضيل، وإما أن يكون في صورة شرط مدرج في عقد آخر، يطلق عليه - شرط التفضيل- في عقود عديدة مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الشركة أو عقد النشر، وهناك ثلاث صور لهذا الوعد شاع العمل بها في العقود التجارية، خاصة عقود التجارة الدولية وهي (43) ص 369.

1- شرط العرض المنافس

وهو شرط يدرج عادة في العقود التجارية طويلة المدة خاصة عقود التوريد، وبمقتضاه يلتزم المورد إليه، إذا تلقى عرضاً منافساً من الغير أثناء مدة العقد، أن يعرضه أولاً على المورد، فإذا قبل هذا الأخير التعامل معه وفق شروط هذا العرض، فإن العقد سيستمر بعد تعديله على أساس هذه الشروط، وإلا جاز للمورد إليه أن يتعاقد مع الغير ويكون العقد حينئذ مفسوخاً من تلقاء نفسه.

2- شرط العميل الأولى بالرعاية

فهو الشرط الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين وهو المورد عادة، بأن يمنح الطرف الآخر نفس الشروط المتميزة في المستقبل التي يعتزم منحها للغير في عقد مماثل، فالمورد إليه يستفيد من هذه الشروط الجديدة والمضافة للغير من يوم تطبيقها على الغير، ويدرج هذا الشرط عادة في عقود التوريد الطويلة الأمد وعقود الامتياز التجاري، وعقود نقل التكنولوجيا.

3- شرط الرفض الأول

وهو الشرط الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أولاً ببرم عقداً معيناً مع الغير في المستقبل إلا بعد أن يعرض إبرامه على الطرف الآخر، ويرفض هذا الأخير هذا العرض، ويبرج هذا الشرط عادة في عقود الامتياز التجاري المصحوبة بشرط القصر.

- أحكام الوعد بالتفضيل

يتم في شكل عقد يتوافر كل أركانه وشروطه كباقي العقود مرتباً لآثاره بالنسبة للواعد من التزامات سواء الإيجابية منها أو السلبية، فالأول هو الالتزام بعرض العقد المستقبلي على الطرف الآخر، أما السلبي هو الامتناع عن إبرام عقد في المستقبل مع الغير، ولا شيء يمنع التزام المستفيد بشيء ما مقابل التزام الواعد بوعده كمقابل مالي مثلاً نظير تفضيله على الغير، وفي هذه الحالة يصير الوعد بالتفضيل ملزماً لجانبيين.

أما جزاء الإخلال بهذا الوعد، هو المسؤولية العقدية إذا نكل الواعد بوعده وذلك بالتعويض عن الضرر الذي أنجر من خلال حرمانه من حقه في التفضيل، وحق المستفيد هو حق شخصي وليس حقا عينيا، لأنه لا يستطيع أن يطلب أن يحل محل الغير، لأنه ليس له حقا عينيا على الشيء محل التفضيل، ولا يمكنه طلب بطلان العقد الذي أبرم مع الغير، لأن الوعد بالتفضيل لا يسري في مواجهة الغير، طبقا لنسبية أثر العقد، واستثناء من ذلك يمكن طلب إبطاله إذا كان الغير قد تواطأ مع الواعد لحرمان المستفيد من حقه في الأفضلية، طبقا لقاعدة - الغش يفسد كل شيء- ويشترط في ذلك أن يكون الغير عالما بوجود هذا الوعد، وأن المستفيد ينوي استعمال حقه في التفضيل وفضلا عن ذلك يجوز للمستفيد، طبقا للقواعد العامة أن يطعن في عقد الواعد مع الغير بالدعوة البولصية، إذا توافرت شروطها، فيتوصل بذلك إلى عدم نفاذه في مواجهته (43) 372 و 373.

- انقضاء الوعد بالتفضيل

فهو ينقضي طبقا للقواعد العامة بالوفاء به، والتفاوض بشأن محل عقد التفضيل، أو ينقضي بانتهاء مدته المتفق عليها، أو المدة التي يحددها القانون، أو المدة المعقولة، وإذا كان الوعد بالتفضيل شرطا مدرجا في عقد أصلي فإنه ينقضي بالتبعية بانقضاء هذا العقد (11) ص 89، والأصل أن الوعد بالتفضيل يكون قابلا للانتقال بصفة عامة.

3.2. بدأ المفاوضات العقدية

يبدأ صاحب فكرة العقد في اتخاذ المبادرة الأولى، بأن يقوم بتوجيه دعوة إلى شخص معين، أو إلى الجمهور عامة، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن هذا العقد تمهيدا لإبرامه، دون أن يضمن في الغالب هذه الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بل يبدي رغبته في الدخول في مفاوضات جادة للوصول إلى الإبرام النهائي للعقد، لذا يطلق على هذه الدعوة اسم - الدعوة إلى التفاوض- وذلك للتمييز بينها وبين الإيجاب بالعقد.

1.3.2. الدعوة إلى التفاوض

إن جانبا كبيرا من الفقه يفضل أن يطلق على هذه الدعوة اسم - الإيجاب بالتفاوض- ولاشك أن هذه التسمية صحيحة لا غبار عليها، لأن الداعي إلى التفاوض إنما يعرض في الحقيقة على من وجهت إليه الدعوة أن يدخل معه في التفاوض حول عقد معين، ويلتزم بموجب هذا العرض وبمحض إرادته، بأن يتفاوض مع هذا الأخير بالفعل بشأن ذلك العقد، إذا قبل عرضه لذا فإن هذا العرض يعتبر بمثابة إيجاب بالتفاوض، بحيث إذا ما تم قبوله ممن وجه إليه انعقد بين الطرفين اتفاق على التفاوض، وفي

الحياة العملية فإن الإيجاب بالتفاوض يأخذ إحدى صورتين، فهو إما أن يكون إيجابا صريحا أو أن يكون ضمنيا، وهذا ما سنتعرض له بشيء من التفصيل في ما يلي:

- الإيجاب الصريح بالتفاوض

يتطلب التفاوض على العقود الهامة، أن يتم التعبير عن الدخول فيه بشكل صريح، حتى يتبين أن المقصود من العرض المقدم هو مجرد دعوة إلى التفاوض فحسب وليس إيجابا بالعقد ذاته، حتى لا يثور أي نزاع أو شك حول مدلول هذا العرض، وبذلك يكون الإيجاب بالتفاوض في هذه الحالة صريحا، وفي الواقع أن هناك طريقتان تواتر العمل بهما عند إبرام هذه العقود الهامة وهي:

- التعاقد المباشر

يتم التعاقد بين الأفراد والشركات الخاصة عادة عن طريق التعاقد المباشر، أي من خلال التوجه إلى شخص معين للتفاوض معه دون سواه لإبرام العقد (63) ص 57، حيث يفضل رجال الأعمال والمتعاملون في كثير من الأحيان التعاقد مع شخص معين بدأ بالتفاوض وذلك لتحقيق أهداف معينة ولأسباب كثيرة.

وجرت العادة في مجال التجارة الدواية على إرسال هذه الدعوة عن طريق ما يسمى - خطاب النوايا- وذلك لدلالة على جدية هذه الدعوة، وإعطائها طابعا رسميا.

وعلى كل فإن الإيجاب بالتفاوض يجب أن يظهر قدرا ما ملموسا من الجدية والوضوح حتى يلفت انتباه من وجه إليه ويرغبه في التفاوض، كما يجب أن تكون الشروط الواردة فيه شروطا مرنة قابلة لتفاوض حولها، حتى تحفز الطرف الآخر على التفاوض حولها.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن خطاب النوايا محل النزاع ينطوي على إيجاب نهائي بتحديد عقد امتياز تجاري، وقد كان هذا الخطاب محررا كما يلي:

« يسعدنا أن نعرض عليكم عقد امتياز جديد لعام 1975، والذي ستحدد أحكامه المختلفة بعد نهاية العام الجاري » وعبثا حاول مرسل الخطاب أن يؤكد للمحكمة أنه لم يكن يقصد تجديد العقد السابق، وإنما كان يقصد مجرد الدعوة إلى التفاوض لإبرام عقد امتياز آخر بشروط جديدة، وقد ردت المحكمة على ذلك بأن المرسل إليه كان من حقه أن يعول على التعهدات الواردة في الخطاب، ويرجع في الواقع ذلك إلى أن صياغة الخطاب كانت غامضة، مما ولد في ذهن المرسل إليه ثقة مشروعة في إمكانية تجديد العقد (43) ص 385.

- التعاقد بطريق المناقصة

يفضل الشخص الراغب في التعاقد أحيانا، أن يطرح مناقصة علنية على الجمهور يدعوهم فيها أن يتقدموا إليه بعطاءات منافسة لإبرام العقد معه، بدلا من اللجوء إلى شخص معين خاصة عند إبرام عقد من العقود الهامة اقتصاديا، كعقود التشييد وعقود التوريد... الخ إذ الواقع أن الطرف الذي يرغب في إبرام عقد ما تتنازعه مسألتان هامتان:

فهو من ناحية يسعى ويحرص على أن تتم الصفقة بأقل تكلفة ممكنة، ومن ناحية أخرى يحرص على إبرام العقد مع أفضل المتعاقدين ماليا وفنيا وسمعة حسنة، بحيث يكون الأكثر صلاحية لتنفيذ العقد أو المشروع، وبالتالي تدفع المناقصة الجمهور إلى التنافس بينهم لتقديم أفضل الشروط إليه، ليختار من بينهم صاحب المشروع العرض الأفضل الذي يحقق به أهدافه في شتى المجالات والأعمال الفنية.

- صور الإيجاب بالتفاوض في التعاقد بطريق المناقصة

فهو يتخذ عدة صور، بحيث أن الدعوة للمناقصة هي الدعوة العلنية التي يوجهها الشخص إلى أفراد الجمهور عن طريق وسائل الإعلام المختلفة، يدعوهم فيها إلى التقدم إليه بعروض تنافسية بشأن عقد معين يريد إبرامه، حتى تختار من بينها أفضل عرض، لذا يطلق على هذه الدعوة لاسيما في المناقصات الخاصة اسم - الدعوة إلى تقديم عروض -.

- الأوضاع المختلفة للدعوة إلى المناقصة

هذه الدعوة تختلف من حالة إلى أخرى بحسب نطاقها، فقد تكون دعوة عامة، أو دعوة مقيدة، أو دعوة جامعة بين الصفتين (63) ص 90.

- مضمون الدعوة إلى المناقصة

قبل القيام بالإعلان عن المناقصة يقوم صاحب المشروع بإعداد ملف كامل عن هذا المشروع يسمى عمليا بكراسة الشروط، وعندما يعلن عن المناقصة يبين في الدعوة إليها ضرورة الرجوع إلى هذه الكراسة لمعرفة كافة التفاصيل الخاصة بهذه المناقصة، وعلى كل راغب الحصول على نسخة من هذه الكراسة مقابل مبلغ مالي معين من النقود.

ويقصد بكراسة الشروط، مجموعة الوثائق التي يعدها الداعي إلى المناقصة ويضمنها الشروط العامة والخاصة التي يرغب في التعاقد على أساسها، وتتضمن هذه الكراسة عادة على ثلاثة أنواع من الوثائق هي:

أ- وثائق الشروط العامة: هي التي تبين الشروط العامة لتنفيذ المشروع محل المناقصة، خاصة القانونية والإدارية منها.

ب- وثائق الشروط الخاصة: تبين الوصف الدقيق للمشروع المراد تنفيذه وتحديد المواصفات المالية والفنية المطلوبة.

ج- الملاحق: وهي وثائق ترفق أحيانا بكراسة الشروط، تتضمن التفاصيل الخاصة بعملية التعاقد، مثل جدول النفقات، وتقدير الأسعار والتصاميم والمقاسات والسلع المطلوب توريدها للمشروع... الخ.

ويمكن لصاحب المشروع الاستعانة بالشروط النموذجية التي أعدتها الهيئات الدولية المتخصصة، مثل الشروط التي أعدها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وهي شروط تواتر العمل بها دوليا.

- الطبيعة القانونية للدعوة للمناقصة

لاشك أنها لا تعتبر إيجابا بالعقد لعدم اشتغالها على جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه، إذ ينقصها على الأقل عنصر الثمن، والداعي للمناقصة غرضه الحصول على أكبر عدد من العروض المنافسة، ليختار من بينها العرض المناسب، فعارض المناقصة لا يريد الحصول على قبول نهائي لينعقد به العقد، وإنما يريد الحصول على عرض أفضل يتم التفاوض عليه.

وعليه فإن الدعوة للمناقصة هي مجرد دعوة للتفاوض، والاستجابة لها يعد إيجابا بالتفاوض شريطة أن يكون هذا العطاء خاليا من أي تحفظ (63) ص 91، وقد قضت محكمة النقض المصرية صراحة بذلك بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طرح مناقصات التوريد، وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور كالنشرات والإعلانات لا تعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة للتفاوض، والاستجابة لها هي التي تعتبر إيجابا ".

- الإيجاب الضمني بالتفاوض

قد يكون ذلك ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا، والغالب في التعبير الضمني بالتفاوض أن يكون قبولا لإيجاب معروض وقد يكون الإيجاب بالتفاوض ضمنيا سيستخلص من الظروف المحيطة بالعرض.

وبالتالي يعتبر إيجابا بالتفاوض، إذا لم يرقى إلى مرتبة الإيجاب الضمني بالعقد والواقع أن وضع خط فاصل بين الإيجاب بالعقد والإيجاب الضمني بالتفاوض ليس أمرا سهلا، تستخلصها المحكمة من ظروف كل حالة على حدى.

- صور الإيجاب الضمني بالتفاوض

عادة له إحدى صورتين، إما إيجابا تاما أو إيجابا مقترنا بتحفظ.

1- العرض الغير متضمن العناصر الجوهرية للعقد

تحدث كثيرا وعمليا أن يقوم شخص بتوجيه عرض بإبرام عقد معين إلى شخص آخر أو إلى عامة الجمهور دون أن يتضمن هذا العرض العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهذا لا يعتبر إيجابا بالعقد، بل مجرد دعوة للتفاوض وليست صريحة بل إيجابا ضمنيا بالتفاوض.

ومن هذا القبيل أن يضع شخص لافتة على منزله مكتوب عليها - للبيع - فهي لا تعتبر إيجابا نهائيا بالبيع، لأنها لم تحدد المبيع والتمن، لأنهما عنصران جوهريان في عقد البيع، في حين أن إرادة صاحب المنزل لا تتجه إلى إبرام العقد مع أي شخص يستجيب لهذا العرض أو الإعلان، بل ينوي التفاوض معه لتحديد الثمن، وكيفية الوفاء به وتحديد العقار المبيع و ملحقاته... الخ، لذا فهذه اللافتة تعتبر مجرد دعوة للتفاوض، رغم عدم تصريح المالك بذلك، والأمثلة على ذلك كثيرة، وهناك أمثلة كثيرة لذلك.

وقد تعرض القضاء الفرنسي حديثا لحالة من هذا النوع في قضية فصلت فيها محكمة استئناف تولوز في 21 فبراير 1984 (43) ص 394، وتتلخص وقائعها في قيام سيدة أرملة بالإعلان في الصحف عن رغبتها في تأجير فيلتها، وذكرت أن الفيلا ستخلو عما قريب، وأنها بدون جراج (Garage).

فاستجاب لذلك زوجان، واتصلا مع المالكة بالمراسلة، وأرسلا لها شيكا بمقدم الأتعاب، وتسلمتا منها إيصالا بالمبلغ، وفي يوم انتقالهما إلى الفيلا، تلقيا برقية من المالكة عاجلة تقول فيها " أنه من المستحيل تأجير الفيلا لنشوء خلافات عائلية في هذا الأمر، أرسلا إلي الإيصال وأرد لكما الشيك".

ورغم ذلك انتقلا الزوجان إلى الفيلا وشغلاها بالقوة، وأرغما المالكة على الإيواء هي وأولادها في الجراج، الذي لم تذكره في الإعلان وهذا لمدة عام كامل.

وعندما عرض الأمر على محكمة استئناف تولوز، قضت بعدم أحقية الزوجان في شغل الفيلا، لأن عقد الإيجار لم يبرم بالفعل، إذ أن الإعلان الذي نشرته المالكة، يعتبر صورة من صور الإيجاب الضمني بالتفاوض.

2- الإيجاب المقترن بتحفظ

قد يكون الإيجاب بالعقد مقترنا بتحفظ يخول للموجب إمكانية الموافقة من عدمها على إبرام العقد مع شخص معين، والإيجاب الذي يقترن بتحفظ يفقد صفته كإيجاب بالعقد، ويصبح مجرد دعوة إلى التعاقد.

وبهذا فإنه إذا قام شخص بتوجيه إيجاب بالعقد قابل للتفاوض إلى شخص معين أو إلى الجمهور، وكان هذا الإيجاب مقترنا بتحفظ صريح أو ضمني بالموافقة على شخص المتعاقد الآخر، فإن هذا الإيجاب يعتبر مجرد إيجاب ضمني بالتفاوض.

ومن التطبيقات القضائية على ذلك، أن شخصا قام بالإعلان في الصحف عن حاجته إلى استئجار شقة، فتلقى خطابا من أحد الملاك يعلن فيه عن استعداده لتأجير شقة وصفها في الخطاب بدقة، وحدد الأجرة المطلوبة فقام هذا الشخص بمطالبة المالك بتنفيذ عقد الإيجار، اعتقادا منه بأن هذا العقد قد أبرم بمجرد قبوله للإيجاب، الذي تضمنه خطاب المالك، ولكن رفض التنفيذ متمسكا بتحفظه الضمني بالموافقة على شخص المستأجر وفيها رفع هذا الأمر للقضاء، رفضت محكمة ليون دعوة المستأجر، باعتبار أن خطاب المالك لا يعدو إلا دعوة إلى التفاوض حتى ولو تضمن جميع المسائل الجوهرية في العقد، وذلك نظرا لاشتماله على تحفظ ضمني بالموافقة على المستأجر، لأن عقد الإيجار من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، ومن ذلك من حق المالك التعرف جيدا على الشخص ثم يقرر بعد ذلك.

ومن خلال هذا النوع من الإيجاب، أن يعلن شخص في الصحف عن حاجته إلى شريك يساهم معه في مشروع ما بمبلغ معين، فهذا الإعلان هو كذلك مجردا إيجاب ضمني بالتفاوض، إذ أن هناك اعتبارات كثيرة يجب أن تراعى قبل التعاقد (43) ص 395 و396.

- الأثر القانوني للإيجاب بالتفاوض

إذا كان هذا الإيجاب صريحا أو ضمنيا يهدف إلى إبرام عقد حقيقي، هو عقد التفاوض أو الاتفاق عليه، فإنه يعتبر تعبيرا تعاقديا عن الإرادة وتنطبق عليه إذا القواعد العامة في التعبير عن الإرادة فيما يتعلق بأثره القانوني.

والإيجاب بالتفاوض من خلال ذلك لا ينتج أثره إلا حينما يصل إلى علم من وجه إليه، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك، إلا أنه لم يحط علما به لغيابه أو لمرض حال بينه وبين ذلك.

ويمكن للموجب بالتفاوض أن يرجع عن إيجابه حتى بعد أن ينتج الإيجاب أثره، شريطة أن يتم هذا الرجوع قبل وصول القبول إليه، ولكن إذا عين ميعاد للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

لكن إذا لم يحدد الموجب بالتعاون في إيجابه ميعادا للقبول، فإن هذا الميعاد يمكن أن يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

- قبول التفاوض

إنه لا بد لانعقاد التفاوض أن يقوم الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بالتفاوض، أي الدعوة إلى التفاوض، بقبول هذا الإيجاب بمحض إرادته دون أي إجبار أو إكراه، وبمقتضى الاتفاق على التفاوض تبدأ العملية التفاوضية فيما بينهما، ولا صعوبة إذا تم قبول الإيجاب صراحة، لكن الصعوبة تنشأ حينما يكون هذا القبول ضمنياً.

- القبول الصريح للتفاوض

يتم ذلك عندما يعلن الشخص الذي تلقى إيجاباً بالتفاوض عن موافقته على الدخول في التفاوض بألفاظ صريحة لا تحتمل التأويل، على أن تشكل الكتابة في قبول التفاوض، يختلف باختلاف التفاوض، فإذا كان التفاوض بين حاضرين، فإن قبوله كتابة يتم عادة من خلال تحرير الطرفين اتفاق مستقل على التفاوض مستقبلاً بشأن هذا العقد، أو بشأن عقد سابق وقائم بينهما يفيد اتفاقهما على التفاوض مستقبلاً بشأن هذا العقد، أو بشأن عقد آخر.

أما إذا كان التفاوض بين غائبين، فإن قبوله كتابة يتم عادة بإرسال خطاب بهذا القبول إلى الداعي إلى التفاوض، ويدعى هذا الخطاب في مجال التجارة الدولية بخطاب النوايا مثل ذلك أن يرسل شخص خطاباً إلى شخص آخر يقول فيه " يشرفنا أن ندعوكم إلى التفاوض معنا من أجل إبرام عقد امتياز معكم لتوزيع سيارتنا في بلدكم، فإذا وافقتم نرجو أن تفضلوا بالتوقيع على نسختين من هذا الخطاب الموقعين من جانبنا، وأن ترسلوا إلينا إحدى النسختين في مدة أقصاها ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الخطاب والإرسال هذا يكون إما بالبريد أو بالفاكس أو بالرسول... الخ".

- القبول الضمني بالتفاوض

طبقاً للقواعد العامة قد يكون التصريح ضمناً للقبول بالتفاوض وذلك بأن يقوم الشخص الذي وجه إليه إيجاباً بالتفاوض باتخاذ موقف يبنى بطريقة غير مباشرة عن قبوله للتفاوض، على أنه ثمة صعوبة في هذه الحالة، إذ يصعب حينئذ إقامة الدليل على وجود اتفاق على التفاوض خاصة إذا ما جده أحد الطرفين (56) ص 204.

ذلك أنه لا يزال محل شك من جانب من الفقه، غير أن هذا الاتفاق يبقى صحيحاً شأنه شأن الاتفاق الصريح، خاصة وأن القانون لا يمانع من أن يكون الاتفاق على أو التعبير عن الإرادة ضمناً.

- صور القبول الضمني للتفاوض

فهو يتخذ عدة صور في الحياة العملية أشهرها ما يلي:

1- البدء في التنفيذ، 2- السكوت الملابس.

وهو أن يقوم الشخص الذي تلقى إيجابا بالتفاوض صريحا كان أو ضمنيا بالبدء في التفاوض مباشرة مع الداعي إليه، دون أن يصرح بقبوله، فذلك يعتبر قبولا ضمنيا يتم به الاتفاق على التفاوض.

إن القاعدة في هذا الصدد أن السكوت المجرد لا يعتبر قبولا، وذلك طبقا للقاعدة الفقهية المعروفة التي تقول - لا ينسب لساكت قول- (42) ص 293، ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء تتضمنه القاعدة الفقهية والتي تقول - إن السكوت في معرض الحاجة بيان - ومعنى ذلك أن السكوت إذا صاحبه ظروف تخلع عليه دلالة الرضا يعتبر حينئذ قبول وهذا ما يعرف - بالسكوت الملابس -، ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

وبهذا فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب بالتفاوض يعتبر قبولا ضمنيا إذا صاحبت هذا السكوت ظروف تنهض باعتباره قبولا، ذلك كما لو كان هناك تعامل سابق بين الطرفين، فإن سكوته يعتبر قبولا (43) ص 402.

- التقدم بعطاء في مناقصة

يمكننا القول أن التقدم بالعطاء في مناقصة وإن كان يعتبر إيجابا بالعقد، إلا أنه يعتبر غالبا قبولا ضمنيا بالتفاوض، خاصة عندما يكون العطاء مصحوبا بتحفظات، ولبيان ذلك سنتطرق لمضمون العطاء وأثاره فيما يلي:

أ- مضمون العطاء

إذا رغب شخص أو شركة بالتقدم بعطاء في المناقصة المعلن عنها فإنه يقوم بادئ ذي بدء بدراسة كراسة الشروط بشكل جيد للوقوف على مضمون شروطها ومدى الالتزامات التي ستحملها إذا رست عليه المناقصة، والربح المتوقع كحقيقة من وراء تنفيذ المشروع، ومن خلال ذلك يقوم بإعداد عطائه استعدادا للتقدم به في المناقصة، وفي الأخير يحرص مقدم العطاء على تقديم تأمين مالي مؤقت مع عطائه، وذلك لضمان جدية العطاء والواقع أن العطاء لا يكون موافقا دوما لكراسة الشروط، خاصة في الصفقات الدولية، بل أنه كثيرا ما يتضمن تحفظات على هذه الشروط.

ب - آثار العطاء

يذهب الفقه (56) ص 24، ويؤيده القضاء إلى القول بأن العطاء هو إيجاب بالعقد، ومن ثم فإن مقدمه يلتزم بالإبقاء والتقيد به إذا ما قبله صاحب المناقصة في مدة صلاحيته، والواقع أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه لأنه لا يأخذ بالاعتبار التحفظات التي ترد في العطاء، صحيح أن العطاء يعتبر إيجاباً بالعقد عندما يتضمن شروطاً محددة ونهائية، بحيث تكون إرادة مقدمه في التعاقد باتة، لكن لا يمكن اعتباره كذلك إذا كان متضمناً لتحفظات وهي الصفة الغالبة للعطاءات في الواقع العملي، لأن إرادته لا تكون نهائية بل يجب مناقشة تحفظاته أولاً والتوصل بشأنها إلى اتفاق، وهو ما سيلزم بداهة حدوث تفاوض بين الطرفين، ومن ثم فإن العطاء المصحوب بتحفظات يعتبر مجرد قبول ضمني بالتفاوض يلزم مقدمه بالتفاوض مع صاحب المناقصة بحسن نية.

وللوصول إلى أفضل عطاء يقوم صاحب المناقصة بالدخول في مفاوضات متوازية مع أصحاب العطاءات المقبولة شكلاً، كل على حدى (63) ص 93، وتهدف هذه المفاوضات إلى تحقيق غاية مزدوجة.

فهي من ناحية تمكن صاحب المناقصة من تحديد المضمون الحقيقي لكل عطاء وذلك ليتمكن من إجراء مفاضلة موضوعية بين كل عطاء وقد يتبين من خلالها أن العطاء الأعلى قليلاً في السعر هو الأفضل بفضل ما يقدم من مواصفات فنية عالية وضمانات أكثر.

والغالب أن هذه المفاوضات تكون شاقة للغاية، خاصة بالنسبة لصاحب العطاء وكثيراً ما يرضخ هذا الأخير لإرادة صاحب المناقصة مهما كان الثمن دون الإخلال بمصالحه.

- موقف القانون الإداري من تقديم العطاء

تتقيد الإدارة عند التعاقد بطريق المناقصة بمبدأ آلية إرساء المناقصة، على صاحب العطاء الأقل سعراً وهذا بهدف الحفاظ على أموال الدولة وترشيد الإنفاق، مراعية في ذلك الشروط التي يقدمها، ومدى مطابقتها للشروط والمواصفات المعلن عنها في كراسة الشروط، بعد المقارنة بين العطاءات المالية والفنية، بحيث يوضع العطاء في ظرفين الأول للعرض المالي والثاني للعرض الفني، تقوم بفتحها لجناتن الأولى تقوم بفتح الأظرفة والثانية بالبت فيها، من الناحية الفنية أولاً ثم تقوم باستبعاد العروض الغير مقبولة، ثم تقوم بفتح العروض المالية الخاصة بالعروض المقبولة فنياً وتبحث عن العطاء الأقل سعراً وترسي عليه المناقصة غير أن هذا العطاء الأفضل فنياً والأقل سعراً قد يكون مقترناً بتحفظات، ويمكن للجنة البت التفاوض مع صاحب هذا العطاء حول هذه التحفظات، وهذا كله لتمكين الإدارة من

الحصول على المنفعة المرجوة للمرفق العام، وإذا رفض صاحب هذا العطاء المفاوضة والتنازل جاز التفاوض مع من يليه.

القانون الجزائري للصفقات العمومية لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح العروض أثناء تقديمها لاختيار الشريك المتعاقد، وهذا لتفادي أي تواطؤ ما، لكن لا يوجد نص يمنع التفاوض بعد اختيار المتعاقد أو صاحب العطاء الأفضل.

ومن خلال ما سبق نرى أن العطاء يعتبر إيجابا عندما يسلم بشروط المناقصة المعلن عنها دون قيد أو شرط، أما إذا كان العطاء مقترنا بتحفظ أو أكثر فإنه لا يعتبر إيجابا بالعقد لأن إرادة مقدمه ليست نهائية، لأنه يحتاج أولا إلى مناقشة تحفظاته والتوصل بشأنها إلى اتفاق ولعل الصواب أن هذا العطاء هو مجرد قبول الدعوة إلى التفاوض.

- الأثر القانوني لقبول التفاوض

قد يصل القبول بالتفاوض إلى علم الموجب به أي الداعي إليه، فإنه يكون صالحا لينتج أثره القانوني، ويتمثل في انعقاد اتفاق التفاوض، ويشترط في القبول، كي ينعقد به اتفاق التفاوض ما يلي:

1- أن يكون الإيجاب بالتفاوض لا يزال قائما، شريطة أن لا يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل أن يجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول.

2- أن يأتي القبول مطابقا للإيجاب، فإذا كان الداعي للتفاوض ينوي التفاوض على عقد إيجار، وكان القابل ينوي التفاوض على عقد بيع، اعتبر قبوله إيجابا جديدا بالتفاوض على عقد البيع.

3- أن يكون القابل أهلا للتفاوض، وهذا ما سنتطرق له بشيء من التوضيح.

- أهلية التفاوض

إن التفاوض على العقد هو تصرف قانوني وليس مجرد عمل مادي لذا وجب أن تتوفر في المتفاوض أهلية الأداء حتى يكون تفاوضه صحيحا، لأن إرادته تتجه إلى إحداث أثر قانوني، بنية الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما ينطوي عنها من التزامات، لذا يجب أن يكون هذا الشخص صالحا للقيام بذلك، فضلا على أن التفاوض يهدف إلى إبرام عقد معين، فإذا كان العقد سيقع باطلا لانعدام أهلية المتفاوض، أو قابلا للإبطال لنقص أهليته، فلا معنى للتفاوض بعد ذلك.

وبهذا يمكن للمتفاوض الانسحاب من المفاوضات إذا تبين له أن المتفاوض الآخر عديم الأهلية أو ناقصها، إذ لا معنى للاستمرار في المفاوضات وسيف البطلان مسلط عليها (43) ص 411.

غير أن التفاوض قد يقع باطلا للأسباب التي ذكرناها، وقد يقع الاتفاق على التفاوض كذلك إذا كان الشيء المتفاوض عليه خارج دائرة التعامل بطبيعته بأن يكون مستحيلا بذاته، أو يحكم القانون بأن يكون محظور التعامل فيه، أو كان مخالفا للنظام العام والآداب.

2.3.2. استخدام الوسائل الحديثة في التفاوض

مكننت الثورة التكنولوجية للمعلومات من ازدهار كبير في النقل والاتصال ويعتبر الحاسوب المحرك الأساسي لذلك، وهذا كذلك في كل نواحي الحياة، وما هو آتي في هذا المجال من أجيال جديدة لهذه الحواسيب التي ستعطي دفعا جديدا في ميدان الذكاء الاصطناعي، هذا ما أدى إلى تبادل المعلومات عن بعد دون استعمال الأوراق وكذلك بشأن العلم الذي يسمى - Monétique - والذي يدرس عملية نقل الأموال والبيانات من حاسب لآخر دون دعائم مالية موقعة، وهذا ما يعرف اليوم - بالعالم الغير ورقي - وليس التجارة الغير ورقية فحسب، رغم كل ذلك لا زالت الكتابة على الهرم الذي يضم طرق الإثبات جميعا، كأفضل وسيلة لذلك.

والمقصود بهذه الوسائل كذلك الاتصالات عن بعد منها التلكس والفاكس، وهذا ما يطرح في مسألة التفاوض وإبرام العقود خاصة فيما يتعلق منها بالعقود العينية والرسمية التي تتطلب شكليات لا تستجيب لها وسائل الاتصال الحديثة وحتى كذلك لا نغمت مسألة الخطأ والغلط والتدليس حقها من الاهتمام.

إذا المشكلة في التفاوض على العقد وحتى إبرام هذه العقود، هي مشكلة إثبات في المقام الأول، أما مشكلة التحديد تلاقي الإرادتين وتحديد لحظة إبرام العقد، فهنا يجب إحالتها إلى الحلول المطروحة عند التعاقد بين غائبين أو عن طريق التليفون... الخ.

وخلاصة القول أنه لا يوجد ما يلزمنا تبني مفاهيم تقليدية في هذا الشأن للمحرر والكتابة والتوقيع، فلا بد من تغيير المفاهيم، وتبين تفسير جديد لهذه المصطلحات الثلاثة، خاصة أن بعض الاتفاقات الدولية قد نصت على ذلك منها مثلا: اتفاقية روما عام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت المادة (11) الفقرة الثانية، على أن شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو اتفاق أو عقد موقع عليه، أو في تبادل خطابات أو برقيات، ثم اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية عام 1972، وتشير هذه الاتفاقية إلى أن مصطلح الكتابة ينصرف كذلك للمراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس المادة (09) منه، ثم اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا بشأن النقل الدولي للبضائع عام 1980 فالمادة (13) منها نصت على أن مصطلح الكتابة ينصرف كذلك إلى المراسلات

الموجهة في شكل برقية أو تلكس، ومنه نخلص أنه لا يشترط أن تكون الكتابة على الورق بالمفهوم التقليدي المعروف.

كما أن فكرة التوقيع لا يشترط فيها إلا أن تكون دالة على صاحبها، وتعريف التوقيع ليس متفق عليه، ففي فرنسا مثلا وبالرجوع إلى أحكام القضاء يقبل القضاء فيها التوقيع باسم مستعار، أو بلقب ديني، أو بالاسم الأول دون اللقب العائلي أو بالحروف الأولى للاسم، أو بما يدل على صلة القرابة أو بمجرد التأشير أو بعلامة مقروءة، مادمت تقطع نسبها لشخص معين، ويعتبر المشرع الفرنسي الخاتم المعروف بـ *-Griffe-* توقيعاً، أما فيما يخضع الخاتم *- Sceau -* المشرع المصري والياباني يعتبر أنه توقيعاً، وقد حرمه المرسوم الفرنسي الصادر سنة 1967 ثم تبعه القضاء لاعتبارهم أنه لا يسمح بالتعيين الدقيق للشخص الموقع.

المهم أن تثبت حجيتها، خاصة في وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري والفرنسي، وأن لا يكون هناك احتيال على القانون لأن الغش يفسد كل شيء وهي قاعدة عامة في القانون.

3.3.2. موضوع المفاوضات العقدية

يتحدد موضوع المفاوضات في صياغة التشاور المشترك لمشروع العقد الذي يسعى لأطراف التفاوض إلى إبرامه، وإذا كان العقد لا يتم إلا بتطابق القبول بالإيجاب، إلا أن المفاوضات تنتهي عادة بإعداد هذا الإيجاب لأنه الأمر الأكثر صعوبة في المفاوضات لا يبقى في الأخير سوى قبوله بعد مفاوضات بين الأطراف قد تكون أحيانا شاقة في مدة زمنية طويلة خاصة في الصفقات الدولية الهامة، ولا يبقى في آخر الأمر سوى التوقيع على مشروع العقد الذي عكفوا على إعداده واشتركوا في صياغته طوال مرحلة التفاوض، لهذا سندرس في الفرع الأول من هذا المطلب معالم هذا الإيجاب البات والجازم، أما في الفرع الثاني سندرس الإيجاب المحدد والكامل.

4.3.2. الإيجاب الجازم والبات

يقصد بذلك أن يصدر الإيجاب عن نية قاطعة وحاسمة، ويعكس عزما نهائياً على التعاقد، بحيث ينشأ العقد على مجرد قبوله دون توقف على أمر آخر.

والإيجاب الذي يتوافر فيه هذا المعنى يشكل الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام العقد (01) ص 100، لهذا يجب أن يصدر الإيجاب منجزاً أي مجرداً من كل تحفظ بحيث يكفي لقيام العقد مجرد موافقة الطرف الآخر (56) ص 23، وعلى غير ذلك يفقد الإيجاب صفته ويصبح مجرد

دعوة للتفاوض أو الإيجاب كأن يقترن الإيجاب بتحفظ ما قد يكون صريحا أو ضمنيا كما سبق ذكر ذلك، إذا كان الإيجاب باتا ومحددا إلى شخص معين دون أي تحفظ فإنه بمجرد قبوله له يتم العقد.

1.3. الإيجاب المحدد

ومعناه هو التحديد الواضح لنوع العقد المزمع إبرامه بمختلف عناصره، بحيث يكفي لقيامه مجرد قبول هذا الإيجاب، وخلاف ذلك يبقى الطرفان في حالة تفاوض حول هذان العنصران، بداية يجب تحديد نوع العقد دون اختلاف حول ذلك، وإلا كان ذلك مانعا من قيام العقد (09) ص 50، وتحديد عناصره الجوهرية أو التكميلية.

كما ينبغي تحديد عناصر العقد في الإيجاب، لكن ما هي هذه العناصر، هل يجب تحديدها جميعا، سواء تلك التي تقرضها طبيعة العقد، أو تلك المتصلة بكيفية تنفيذه؟.

لقد استقر الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا والجزائر على التفرقة في هذا المجال بين نوعين من عناصر العقد، هناك العناصر الجوهرية للعقد من جهة، وهناك العناصر الثانوية من جهة ثانية (02) ص 74.

والعناصر الجوهرية للعقد هي التي تقتضيها طبيعة العقد ذاته باعتبارها محور الالتزامات المتقابلة لطرفيه، وبدونها يتعذر معرفة نوع العقد المراد إبرامه، إذا لا قيام للعقد إذا لم يتضمن الإيجاب بهذه العناصر ببيان كاف مهما كانت أهميتها في نظر أحد طرفي العقد أو كلاهما، وهذا لا يثير صعوبة في العقود المسماة لأنه اعتنى المشرع والقضاء بتنظيمها وتعريفها، مثلا في عقد الإيجار يجب تحديد الشيء المؤجر ومقدار الأجرة والمدة، وكذلك بالنسبة لعقد البيع (15) ص 10، وهو أمر لا يجد القضاء صعوبة في تحديده.

أما إذا تعلق الأمر بعقد غير مسمى لم يحظى بذات الاهتمام، فإن تحديد عناصره الجوهرية يثير بعض الصعوبات، ويميل الفقه الفرنسي إلى تحديد هذه العناصر بالنظر للعرض الاقتصادي لكل عملية على حدى، بحيث لا يعتبر من العناصر الجوهرية سوى الالتزامات الضرورية لتحقيق هذا العرض، وبهذا يجب للإيجاب أن يجد محلا لكل منها، ويجب للإيجاب أن يتضمن بيانا واضحا للآداءات المتبادلة بين الأطراف، وإلا زالت عنه صفته هذه بما يحول دون قيام العقد (62) ص 320.

والقاعدة العامة أن القاضي لا ينحرف عن ما ذهب إليه إرادة الطرفين في تحديد هذه العناصر ولا يدخل إرادته في تحديد عنصر جوهري أغفل الأطراف على تحديده.

أما العناصر الثانوية في العقد، وتعرف كذلك بالعناصر التفصيلية، فهي التي لا تقتضيها طبيعة العقد ولا في تكوينه، بحيث لا يتوقف انعقاده عليها، فهي لا تؤثر في التوازن المالي للعقد، مثل طرق تنفيذ العقد وجزاء الإخلال به، وضمانات الوفاء وزمانه ومكانه، والمحكمة المختصة... الخ (56) ص 35.

إذ لم تذكر هذه العناصر في العقد، يتم إكمالها بالقواعد المكملة والأخذ بها في هذا الشأن (58) ص 107 و108.

وبذلك فإنه قد يرتقي عنصرا ثانويا إلى قيمة العنصر الجوهرى أو أكثر نظرا لأن طرفي العقد يحبطونه بأهمية خاصة، في هذه الحالة لا يتم العقد دون الاتفاق عليه.

ومن خلال ما سبق نلاحظ أن العناصر الجوهرية نوعان، أولها العناصر التي تفرضها طبيعة العقد، لذا تسمى بالعناصر الموضوعية، بحيث يتم تحديدها وفقا للمعيار الموضوعي المستند على طبيعة العقد ومضمونه الاقتصادي بصرف النظر عن أطرافه أما النوع الثاني فيشمل عناصر تعتبر وفقا لطبيعة العقد ثانوية في الأصل ولكنها تحولت لعناصر جوهرية نظرا لما اكتسبته من أهمية ذاتية في نظر الأطراف، لذا هي تعرف بالعناصر الشخصية أو الذاتية، إذ يترك تحديدها لتقدير الأطراف أنفسهم.

1.1.3. انتهاء المفاوضات العقدية

بعد أن يستنفذ الطرفان كل المساعي التفاوضية من أجل الوصول إلى اتفاق نهائي، وبعد مناقشة وتمحيص كل ما لديها من اقتراحات واشتراطات، وتقليب الأمر على كل وجوهه، وبهذا يكون كل طرف قد وقف على حقيقة الصفقة المتفاوض عليها، وأدرك ما بها من مزايا وعيوب، بحيث يكون بإمكانه أن يتخذ قراره النهائي بإبرام العقد من عدمه، وهو على بينة من أمره، وعندئذ يكون المتفاوض قد وصل إلى نهاية مصحوبة إما بفشل ناجم عن عدم تفاهم الطرفين، وإما مكلفة بنجاح يتمثل في إبرام العقد النهائي، وهذا ما سندرسه في هذا الفرع.

- فشل التفاوض على العقد

يعد فشل التفاوض إحدى النهايات المتوقعة نظرا لما يتمتع به الطرفان من حرية في التفاوض، لذا يتعين على كل طرف مفاوض أن يتوقع منذ البداية احتمال الفشل.

لكن إذا ما حدث وفشل التفاوض، فهذه النهاية يجب أن لا توصف دائما بأنها نهاية غير سعيدة، لأن فشل التفاوض في كثير من الأحيان نتيجة إيجابية بالنسبة للطرفين، لأن تفاوض فاشل خير من عقد فاشل (09) ص 75، فقد يسفر التفاوض على عقد ملئ بالشغرات والعيوب، مما يفتح باب النزاع بين

الطرفين في المستقبل فبدلاً من جني ثمار العقد، فإنهما يغرقان في منازعات باهظة التكلفة، وتتعلل مصالحهما، و تهتز سمعتهما على صعيد الأعمال وسنحاول في مايلي تبين أسباب فشل التفاوض وآثاره.

- أسباب فشل التفاوض

إما بجمود المفاوضات أو وصول المفاوضات لطريق مسدود أو قطعها من جانب واحد.

1- العدول عن الإيجاب بالتفاوض

إذا عدل الموجب بعدول مجرد أي دون تقديم إيجاب جديد ودون أن يكثرث لما يقدمه الطرف الآخر من قبول، فإنه بذلك يكون قد قطع المفاوضات وبذلك يسقط الإيجاب وتسقط آثاره، وقد تستمر المفاوضات إذا ما تقدم أحد الطرفين بعرض جديد، غير أن هذا العدول عن الإيجاب طالما أنه كان غير ملزم يمكن العدول عنه سواء وصل إلى علم من وجه إليه أو لم يصل، أي لم يقترن الإيجاب بميعاد صريح أو ضمني يتم خلاله القبول، وهو ما يتحقق إلا في التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد وإن عدل عنه فإنه لا يرتب أثره، أي لا يؤدي إلى سقوط الإيجاب، بل يظل الإيجاب قائماً رغم ذلك، بحيث إذا صادفه قبول خلال مدة الإلتزام انعقد العقد (09) ص 95.

2- رفض الإيجاب بالتفاوض

وذلك برفض الإيجاب بشكل مجرد من أي قيد أو شرط يمثل قطعاً للتفاوض وفي هذه الحالة يسقط الإيجاب سواء كان ملزماً أو غير ملزماً، ويعود الطرفان إلى التفاوض مرة أخرى، كما أن الموجب يمكنه رفض الاستمرار في مدة أخرى، لو كان له القصد في الاستمرار فيها لقدم شروطاً ومقترحات جديدة، لكنه لم يفعل فيعتبر منسحباً من المفاوضات، لكنه لا يشترط أن يكون رفض الإيجاب صريحاً وإنما يمكن استخلاصه ضمناً، مثل ترك الميعاد المحدد في الإيجاب، أو مجرد السكوت حتى ينفذ مجلس العقد، وإذا اقترن القبول بشروط معينة فإنه لا يعتبر رفضاً للإيجاب بل يعتبر إيجاباً جديداً، ولا يخرج الأمر هنا من إحدى حالتين:

الأولى: أن يتم قبول هذا الإيجاب ممن وجه إليه قبولاً مطابقاً، عندئذ ينعقد العقد.

الثاني: أن يقوم القابل بفتح باب النقاش حول الشروط الجديدة ويفتح باب التفاوض من جديد، ويعتبر العرض الجديد كعرض تفاوضي تستمر على أساسه المفاوضات حتى يتم التوصل إلى إيجاب نهائي يتم قبوله دون قيد أو شرط، عندئذ ينعقد العقد.

- آثار فشل التفاوض

يترتب عن فشل المفاوضات بعض الآثار وهي: انحلال عقد التفاوض، وبقاء بعض الاتفاقات المؤقتة، فضلا على أن التفاوض قد يستمر صوريا رغم الفشل.

1- انحلال اتفاق التفاوض

إذا فشل التفاوض فإن الاتفاق عليه ينحل وهذه نتيجة طبيعية، فيتم انحلال اتفاق التفاوض إما بإنهائه أو بفسخه.

2- إنهاء اتفاق التفاوض

ويقصد به وضع حد لاتفاق التفاوض بالنسبة للمستقبل، أي الإنهاء لا يكون له أثر رجعي، بل له أثر منهي لما تبقى من الاتفاق فقط ويقع هذا الإنهاء إما بإرادة الطرفين أو بإرادة أحدهما، وفي حالة وصول التفاوض إلى طريق مسدود، وقد يستفاد هذا الاتفاق بشكل ضمني، وقد ينفرد أحد الأطراف بوضع حد للتفاوض بإنهائه، لأن الاتفاق على التفاوض، هو في الغالب اتفاق غير محدد المدة ومنه يجوز لكل طرف في العقود الغير محدد المدة أن يضع حدا لهذا الاتفاق وفيما يشاء شريطة أن يخطر الطرف الآخر قبل استعمال هذا الحق وإلا اعتبر ذلك قطعاً خاطئاً للتفاوض يقيم المسؤولية.

3- فسخ اتفاق التفاوض

هنا طبقاً للقواعد العامة، يجوز لأي من المتفاوضين أن يطلب فسخ اتفاق التفاوض إذا ما أخل الطرف الآخر بالتزاماته.

ولاشك أن اتفاق التفاوض عقد ملزم لجانبيين، بإنشائه التزامات متقابلة على عاتق الطرفين، ومن ثم يجوز طلب فسخه قضائياً، إذا توفرت شروط المطالبة بالفسخ.

إذا للمطالبة بهذا الفسخ يجب أن يكون أحد الطرفين قد أخل بالتزامه بالتفاوض وعدم تنفيذ هذا التفاوض سواء كان جزئياً أو كلياً أو كان تنفيذاً معيباً، وإنما يجب أن لا يكون عدم التنفيذ راجعاً لسبب أجنبي، إذ لا يمكن مطالبة المدين بالفسخ إلى حين تقوم المسؤولية، لأن الفسخ هو جزاء القوة الملزمة للعقد، يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية (19) ص 151، (13) ص 123، بالإضافة إلى إعدار المدين أولاً وإثباته قبل طلب الفسخ، إذ لا يعتبر المدين متخلفاً عن أداء التزاماته إلا بعد إعداره، ويجب أن يكون طالبه قد نفذ التزامه أو على الأقل مستعد لذلك، وإلا لا يكون من العدل طلب هذا الفسخ إذا توفرت هذه الشروط أمكن للقاضي إقرار هذا الفسخ، مع الحكم بالتعويض إن أمكن ذلك، ويبقى للقاضي في ذلك السلطة التقديرية، لكنه لا يجوز له الحلول مكان الطرفين لإكمال الشروط التي لم يتفق عليها خاصة إذا

كانت شروطاً جوهرية بالنسبة للطرفين، وقد يتفق الطرفان على فسخ العقد بالتفاوض من تلقاء نفسه، دون الحاجة لأعدار سابقة أو لحكم قضائي كشرط في الاتفاق، إذا توفرت شروط الفسخ، وقد يعتبر الاتفاق مفسوخاً بحكم القانون، إذا استحال على أحد الطرفين أن ينفذ التزامه بالتفاوض لسبب أجنبي لا يد له فيه، يحدث ذلك خاصة إذا هلك الشيء محل العقد المتفاوض عليه لسبب أجنبي، أو إذا صدر قانون يحرم التعامل فيه، وبهذا لا يحق للطرف الآخر المطالبة بالتعويض.

ويثير فسخ اتفاق التفاوض مشكلة خاصة، تتعلق بالحالة التي يكون فيها هذا الاتفاق بنداً في عقد الأصلي، إذ يثور التساؤل في هذه الحالة عن مصير هذا العقد، فهل يشمل الفسخ العقد الأصلي أم يقتصر على اتفاق التفاوض فقط؟.

لقد طرحت هذه المشكلة في قضية نظرتها محكمة استئناف باريس، تتلخص وقائعها في إبرام عقد بيع أجهزة وبرامج معلوماتية مع تعهد البائع بالتفاوض مع المشتري حول إبرام عقد صيانة لهذه الأجهزة عندما تنتهي فترة الضمان، إلا أن البائع لم ينفذ التزامه بالتفاوض لذا طلب المشتري فسخ عقد البيع، فقضت المحكمة أول درجة برفض طلبه، ويعرض الأمر على محكمة الاستئناف المذكورة سابقاً سلمت المحكمة بوجود اتفاق تفاوض مدرج في عقد البيع، واعتبرت البائع مسؤولاً ومسؤولية عقدية لعدم تنفيذ التزامه بالتفاوض، إلا أنها أيدت حكم أول درجة لعدم فسخ العقد الأصلي أي عقد البيع، وبررت ذلك بأن الإخلال بالالتزام بالتفاوض حول عقد الصيانة لا يشكل في ظروف الدعوة خطأً يستوجب فسخ عقد البيع حيث ثبت أن إصلاح الأجهزة محل العقد لم يكن مستحيلاً (43) ص 554 و 555.

ويستخلص من هذا الحكم أنه عندما يكون اتفاق التفاوض بنداً في عقد أصلي ويتم فسخه لا يؤدي بالضرورة إلى فسخ العقد الأصلي بل يبقى قائماً ويفسخ عقد التفاوض وحده، خاصة إذا كان هذا التفاوض يتعلق بمسألة قانونية في العقد الأصلي، أما إذا تعلق بمسألة جوهرية يتوقف عليها مصير العقد الأصلي مستقبلاً، كما هو الحال في شرط إعادة التفاوض لمواجهة صعوبات تنفيذ العقد، فإن فسخ اتفاق التفاوض يؤدي حتماً إلى فسخ العقد الأصلي كذلك، لأن الاتفاق على التفاوض في هذه الحالة يهدف إلى إنقاذ العقد لهذا فإن مصير هذا الأخير يبقى متوقفاً على نجاح التفاوض بشأنه، بل قد يتفق الطرفان على هذا الحل صراحة، مثال ذلك عندما يبرم الطرفان عقد توريد لمدة خمس سنوات، ويتضمن هذا العقد بنداً يقول " يتعهد الطرفان بالتفاوض في بداية كل عام لتعديل الثمن بما يتوافق مع المتغيرات الاقتصادية الجديدة، فإن لم يتوصلا إلى اتفاق في هذا الشأن في ظرف ثلاثين يوماً اعتبر هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه " .

- بقاء بعض الاتفاقات

ثمة اتفاقات مؤقتة تبقى سارية المفعول رغم فشل التفاوض على العقد، وهذا لمواجهة الآثار السلبية المترتبة عن هذا الفشل، ولعل أهم هذه الاتفاقات هو الاتفاق المحافظة على السرية وعدم استغلال الأسرار التي يكشف عنها التفاوض، إذ يظل هذا الالتزام قائماً رغم فشل التفاوض بل وقد يبرم هذا الاتفاق خصيصاً لهذا الغرض، وهناك اتفاقات يبدأ سريانها عند فشل التفاوض، فقط، مثل اتفاق تسوية نفقات التفاوض، واتفاق الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية.

- التفاوض السوري

يقصد به تلك المحادثات المجردة التي تهدف إلى عدم إحداث أي أثر قانوني، ولا تمهد لإبرام عقد معين، وإنما تهدف إلى تبادل وجهات النظر حول مسألة معينة.

والتفاوض السوري بهذا المعنى يختلف كثيراً عن التفاوض الحقيقي محل الدراسة الذي يهدف إلى إبرام عقد محدد بعينه، وإلى إحداث أثر قانوني يتمثل في التزام كل منهما بالتفاوض مع الآخر بحسن نية وإلا قامت مسؤولية كل منهما.

إن الاتفاق السوري بالتفاوض لا يهدف إلى شيء من ذلك، ومن ثم فإن الاتفاق على إجراءه بشكل صريح أو ضمني لا يعتبر اتفاقاً حقيقياً، ولا يترتب على عاتق الطرفين أي التزام كان، فهم بعيدين عن تناول القانون أثناء التفاوض السوري هذا (43) ص 556.

2.1.3. الباب 1

ماهية الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض والطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة

رأينا في أن الأصل، ووفقاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، هو حرية التفاوض سواء في بدئها أو العدول عنها أو قطعها في أي وقت كان، وحتى ولو كانت في مرحلة متقدمة، متى اتضح أن الشروط المطروحة للتفاوض غير مناسبة، ولا طائل من الاستمرار فيها.

وأحيانا تكون المفاوضات طويلة ومعقدة ومكلفة من عدة نواحي كما عرفنا ذلك سابقاً، لهذا يلجأ الأطراف إلى تأمين مفاوضاتهم للاطمئنان قدر الإمكان على نجاحها وبلوغ غايتهم بإبرام العقد، ويتحقق ذلك باتفاق الأطراف على إطار تعاقدية تصاغ فيه الالتزامات المتنوعة أثناء مختلف مراحل التفاوض، وتتعلق إما بسير المفاوضات أو بالنتائج المتواصل إليها بالنسبة لمضمون العقد النهائي.

وقد تجسد هذه الالتزامات في شكل اتفاقات مختلفة لهذا سندرس في هذا الباب هذه الاتفاقات من خلال فصلين، الأول هو الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض، أما في الفصل الثاني سندرس الطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة.

3.1.3. الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض

إن الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض بين أطرافها تهدف إلى إنشاء التزامات على عاتق كل طرف في التفاوض على العقد المراد إبرامه، والعقود الجزئية - Contrats Partiels - التي تلزم الأطراف في إطار المفاوضات تدار على نحو متعاقب، أي مرحلة تليها أخرى كما أنها تختلف عن الوعد بالتعاقد، ويرى جوستان (Ghestin) أن العقود التمهيديّة تشمل الاتفاقات المبدئية والاتفاقات الجزئية وهي تتميز عن الوعد بالعقد، وقد اختلف الفقهاء في هذه الرؤية ومن خلال ذلك ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين الأول خصصناه للاتفاقات التمهيديّة المنشأة للالتزام بالتفاوض أما المبحث الثاني خصصناه لدراسة الاتفاقات التمهيديّة المنظمة لعملية التفاوض.

4.1.3. الاتفاقات التمهيديّة المنشأة للالتزام بالتفاوض

إن الأصل هو حرية التفاوض كما ذكرنا سابقا، غير أن هذه الحرية على إطلاقها يمكن وبسهولة أن تفتح الباب لمفاوضات غير جادة تكون سببا لإضاعة الوقت والجهد والمال دون نية حقيقية في التفاوض بحسن نية لإبرام عقد في نهاية عملية التفاوض.

وقد تفتح المجال لمفاوضات مغرضة، لا تتبغى سوى الدعاية أو استطلاع السوق أو تفويت الفرص أو التعرف على حجم نشاط الطرف الآخر، وكشف أسرارها، بما يسبب ضررا تزيد جسامته كلما كانت المفاوضات تتطلب وقتا طويلا، وجهدا شاقا ونفقات باهظة وهذا هو سمة الكثير من المفاوضات في العقود الحديثة.

لهذا فإن الاتفاق على التفاوض منذ البداية بمقتضى عقد تمهيدي أمر ضروري لتأمين المفاوضات وتفادي مخاطرها، كما يوفر قدرا كبيرا من الثقة واستقرار المعاملات بين الأطراف.

لهذا سندرس في هذا المبحث الاتفاقات المنشأة للالتزام بالتفاوض من خلال مطلبين، المطلب الأول خاص بعقد التفاوض وتطبيقاته والمطلب الثاني خاص بالالتزام العقدي بالتفاوض وجزاء الإخلال به (43) ص 477.

5.1.3. عقد التفاوض وتطبيقاته

إن عقد التفاوض يشكل أول خطوات التنظيم الاتفاقي للمفاوضات وأكثرها أهمية، لذا سنتناوله بالدراسة في هذا المطلب من خلال فرعين، الأول نتناول فيه تعريف عقد التفاوض وتطبيقاته، أما الفرع الثاني فسندرس فيه الطبيعة القانونية لعقد التفاوض.

6.1.3. تعريف عقد التفاوض وتطبيقاته

يمكن تعريف عقد التفاوض بأنه اتفاق (56) ص 201 و202، يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه شخص آخر بالبدا والاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه، وهذا الاتفاق لا ينشأ إذا التزما بإبرام العقد النهائي وإنما يرتب التزاما بالتفاوض فقط بشأن هذا العقد.

بحيث لا يخول لكل طرف سوى الحق في مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بالتفاوض بحسن نية، بهدف إبرام عقد تتحدد عناصره، أو توافر بعضها لكن بما لا يكفي لانعقاده.

وعمليا يتحقق عقد التفاوض في إطار ما يسمى بالاتفاق المبدئي - l'Accord de Principe - فهذه هي التسمية الشائعة له في العمل وهي كذلك التسمية السائدة في الفقه والقضاء، لبيان أن هذا الاتفاق ينظم من حيث المبدأ انعقادا محتملا لعقد مرتقب.

ويرى البعض أن الاتفاق المبدئي قد يتخذ عمليا مضمونا أكثر اتساعا مما تقدم، بحيث لا يقتصر على مجرد اعتباره اتفاقا منشأ للالتزام بالتفاوض بل قد يشكل أحيانا اتفاق مرحليا يتخلل المفاوضات ويهدف إلى رصد وصياغة المسائل التي اتفق الطرفان بشأنها.

والواقع أن مفهوم الاتفاق المبدئي يختلف إلى حد كبير عن فكرة الاتفاق المرحلي والغالب أن البعض يرى أن الاتفاق المرحلي يتضمن في ذات الوقت اتفاقا مبدئيا، يفرض التزاما عقديا على عاتق الأطراف بمواصلة التفاوض قدما.

ويتميز عقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي، بالمفهوم السابق عن الوعد بالعقد فهذا الأخير يتضمن قبولا للعقد النهائي، سواء من جانب واحد أو من جانبيين.

أما الاتفاق المبدئي فهو ينشئ التزاما بالتفاوض فقط دون أن يتضمن التزاما قبول العقد النهائي (56) ص 202.

كما يستقل الاتفاق المبدئي عن الوعد بالتفضيل، فإذا كان كلاهما ينشئ التزاما بتوجيه اقتراح بإبرام عقد مستقل غير أن الاتفاق المبدئي يرتب التزاما نهائيا بالتفاوض، أما الوعد بالتفضيل فلا يلزم

الواعد بالإيجاب العقد للمستفيد إلا إذا عقد العزم على التعاقد (11) ص 20. ومتى عزم على ذلك صار ملزماً بعدم التعاقد مع الغير وإلا أخل بوعده (58) ص 102.

- صور وتطبيقات عقد التفاوض

تجد فكرة عقد التفاوض أو الاتفاق المبدئي تطبيقات كثيرة في عدة مجالات، فهو عقد تمهيدي منشأاً للالتزام بالتفاوض، يمكن أن يسبق مناقشة أي عقد كان، وقد يوجد هذا الاتفاق مستقلاً بذاته، وقد يرد في صورة شرط يتضمنه عقد آخر (28) ص 97.

وفي مجال علاقات العمل، يحدث كثير أن يتقدم شخص لشغل وظيفة ما، ثم يحصل على وعد بأن يأخذ طلبه في الاعتبار في وقت لاحق، ويرى القضاء الفرنسي أن هذا الوعد، وإن كان غير كافي لقيام عقد العمل لا يرتب التزاماً نهائياً على عاتق رب العمل بإبرام هذا العقد، غير أنه يشكل اتفاقاً مبدئياً يلزمه بالتفاوض مع هذا الشخص (56) ص 202.

وقد تقرر هذا الاتجاه لأول مرة بمقتضى حكم أصدرته الدائرة العمالية لمحكمة النقض الفرنسية في 1958/03/24، بشأن أحد العاملين بشركة رينو لصناعة السيارات كان قد ترك وظيفته أثناء الاحتلال الألماني ثم عاد عقب الاستقلال يلتمس العودة إلى عمله، فأفادته الشركة بأنها سوف تدرس ثانية وبمجرد استئناف نشاطها إمكانية تشغيله، غير أنها لم تفعل ذلك وعلى إثر لجوء العامل للقضاء، قضت محكمة السين بأن قرار أو خطاب الشركة يتضمن على هذا النحو التزاماً نهائياً في جانبها بإعادة المدعى إلى عمله، غير أن محكمة النقض قضت بإلغاء هذا الحكم مقررته أنه متى أوضحت إدارة الشركة رغبة منها في الاستجابة لطلب المدعي، أنها سوف تدرس إمكانية تشغيله وفقاً لنمو وتطور المركز الاقتصادي للمشروع، فإن هذا لا يشكل إلا اتفاقاً مبدئياً (28) ص 98 و 99.

وفي إطار علاقات العمل كذلك، اعتنقت محكمة النقض الفرنسية ذات الاتجاه في حكم حديث نسبياً، بمناسبة اتفاق توصلت إليه إحدى نقابات العمال مع إحدى الشركات الصناعية يقضي بخفض ساعات العمل للعاملين بهذه الشركة، بصفة تدريجية إلا أن تصل بحلول عام 1985 إلى 35 ساعة أسبوعياً، مع بقاء الأجور المقررة دون زيادة، على أن يتم عقد لقاء جديد بين الأطراف لدراسة هذه القواعد، وفي عام 1985 رفضت الشركة هذا الخفض دون خفض مقابل الأجور، مما اضطر النقابة للجوء للقضاء، حيث قضت محكمة استئناف فرساي بأن الاتفاق المذكور يلزم الأطراف نهائياً، ويتضمن التزاماً بتحقيق نتيجة، وأنه يتعين عليهم التفاوض بشأن قواعده، وأثار تطبيق هذا الاتفاق، غير أن الدائرة العمالية لمحكمة النقض قضت في 1989/12/19، بإلغاء هذا الحكم مؤكدة على أن الاتفاق مثار النزاع،

ونظرا لأنه لم يبين وفقا لأي شروط سيتم خفض ساعات العمل الأسبوعية، أنشأ الأطراف بمقتضاه وتمهيدا لإتمام اتفاقهم، التزاما بالتفاوض بشأن مدة العمل الأسبوعية.

وفضلا عن علاقات العمل فقد تأيد هذا الاتجاه من جانب الدوائر الأخرى لمحكمة النقض الفرنسية بالعديد من الأحكام في مجالات متنوعة.

وقد بلغ هذا الاتجاه حدا دعى الفقه الفرنسي إلى التأكيد على وجود مبدأ راسخ في القضاء من حكم 1958/03/24، يقضي باعتبار الاتفاق المبدئي بين الأطراف مقيدا لهم وينشئ التزاما بالتفاوض والاستمرار فيه إلى حين الوصول للعقد النهائي، دون أن يقوم مقام هذا العقد أو يرتب التزاما نهائيا بإبرامه (56) ص 203.

على أن الغالب أن يرد اتفاق التفاوض في صورة تحفظ أو شرط يتضمنه عقد آخر، وتلك هي الصورة المعتادة لهذا الاتفاق في المجال الصناعي أو التجاري، فالعقود المحددة المدة التي تبرم بين شركات صناعية أو تجارية تتضمن عادة تحفظا أو شرطا يلزم الأطراف، قبيل انقضاء مدة العقد، بالتفاوض بشأن تجديده لمدة أخرى بشروط مماثلة أو مغايرة لتلك التي يتضمنها العقد الأصلي (59) ص 481.

ومن جهة أخرى تتضمن العقود الصناعية والتجارية غالبا تحفظا ضد تغيير الظروف الاقتصادية التي تم التعاقد على أساسها، يسمح بتعديل العقد على إثر هذا التغيير، وجعله ملائما للظروف الجديدة، وهذه التحفظات قد تستهدف عناصر عديدة في العقد، وقد تتضمن مراجعة شاملة له عند حدوث ظروف غير متوقعة، وقد يكون أكثر تحديدا بحيث لا يستهدف إلى عنصر واحد فقط، عندئذ يقتصر التعديل على مسألة في العقد يعتبرها الأطراف هي الأكثر أهمية، قد تكون الثمن أو ما يقابله وقد يرد التعديل على مدة تنفيذ الالتزام... الخ.

وهو ما يعرف عادة بشرط الظروف الطارئة، كارتفاع مفاجئ للأسعار العالمية للمواد الخام، بما يؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بشكل كبير، الأمر الذي يسبب خسارة فادحة لأحد الطرفين، هذا ما يرتب على عاتق الطرفين التزاما عقديا بالتفاوض في هذا الشأن.

عندئذ فإن التحفظ المقدم ضد الظروف الطارئة يلقي على عاتق الطرفين التزاما بالتفاوض بشأن تعديل العقد ومراجعة الالتزامات كل منهما لإعادة التوازن الاقتصادي للعلاقة بينهما فيصبح العقد ملائم للظروف الاقتصادية الجديدة (56) ص 203 و 204

وتتسع التطبيقات العملية لهذا الشرط لمواجهة أثر التقدم التكنولوجي على العقد، فقد يحدث أثناء تنفيذ العقد أن يؤدي للتطوير التكنولوجي المتفق عليه، وبمقتضى هذا الشرط يلتزم الأطراف بالتفاوض للاتفاق على قائمة جديدة بأوصاف هذه السلعة.

وإذا كانت القاعدة أن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام فقد يتضمن العقد شرطا يلزم الأطراف باستئناف التفاوض بشأنه إذا تعذر تنفيذه كأن يتفقا على وقف العقد طوال فترة القوة القاهرة وإذا استمر هذا التوقف مدة معينة، التزم الأطراف بالتفاوض بشأن مدة إمكانية تعديل العقد بما يتلاءم مع الظروف الجديدة، بحيث يتسنى مواصلة تنفيذه.

وفضلا عما تقدم، فإن الشروط الخاصة لتسوية المنازعات المتعلقة بتفسير العقد أو تنفيذه، تلزم الأطراف عادة البحث عن حل ودي للنزاع بطريق التفاوض قبل إثارته أمام القضاء أو التحكيم.

7.1.3. الطبيعة القانونية لعقد التفاوض

لا يتطلب عقد التفاوض لوجوده وصحته سوى توافر الشروط المقررة لإبرام العقود بوجه عام، وهي الرضا والمحل والسبب، فلا يثير هذا العقد صعوبة خاصة من هذه الزاوية، بينما يطرح الأمر فيما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية، ومدى ما يتمتع به من ذاتية واستقلال في ظل ارتباطه بإنشاء عقد آخر، ووقوعه في مرحلة التفاوض السابقة على مرحلة إبرام العقد، وفي هذا ينبغي حصر النقاش في التفرقة بين ما إذا كان اتفاق التفاوض قد تم في إطار اتفاق مبدئي مستقل لا يحتويه عقد آخر، أم أنه ولد في صورة شرط أو تحفظ يتضمنه عقد آخر قائم، (56) ص 203 و 204.

وتبدو أهمية هذه التفرقة في مجال الإثبات، إذ سهل إثبات الاتفاق على التفاوض عندما يكون موضوعا لشرط يتضمنه عقد آخر ثابت بالكتابة وقد يتحقق الإثبات الكتابي للالتزام بالتفاوض من الرسائل المتبادلة بين الأطراف خلال فترة المفاوضات.

ففي حالة وروده في صورة شرط يتضمنه عقد آخر قائم، لا تثير المسألة صعوبة تذكر، بحيث يعتبر اتفاق التفاوض جزء لا ينفصل عن العقد الذي ورد به، ولا يتمتع بأي وجود ذاتي مستقل عنه، باعتباره شرطا فيه، ولأنه يشكل في هذه الحالة اتفاقا على التفاوض، بشأن تنفيذ هذا العقد وليس إبرامه وبالتالي يضاف الالتزام بالتفاوض إلى سائر الالتزامات المترتبة على هذا العقد، وينصب الحديث إذا حول القيمة القانونية لهذا الالتزام.

بينما تنشأ الصعوبة إذا تم الاتفاق على التفاوض استقلالا، أي يقصد إبرام عقد مستقل، ليس بتنفيذ عقد قائم، وهو ما يشير إليه الفقه والقضاء في فرنسا باستخدام مصطلح الاتفاق المبدئي، وقد ذكرنا أن محكمة النقض الفرنسية، وفقا لما جرى عليه قضاؤها منذ حكم 1958/03/24 ترى في هذا الاتفاق

رابطة عقدية، كما يتقيد به الأطراف حيث أنشأوا بمقتضاه وتمهيدا لإبرام العقد النهائي، التزاما بالاستمرار في التفاوض.

ومن خلال هذه الأحكام وتحليل الفقه يمكن استخلاص بعض الخصائص الأساسية لفكرة الاتفاق المبدئي، بما يعين على معرفة طبيعة هذا الاتفاق وحدوده على نحو يميزه عن سواه.

1- الاتفاق المبدئي ليس عقدا نهائيا

وهذا أهم ما يميزه، بل هو خطوة ممهدة له، قد تفلح وقد تخفق في التوصل إليه، تبعا لنجاح أو فشل المفاوضات، لهذا فهو يتميز عن العقد المعلق على شرط أو أجل كما يستقل عن العقد الغير لازم، وهذا الذي يتضمن تحفظا يجوز العدول عنه حتى لو كان هذا العدول دون مقابل (28) ص 106، ذلك أن العقد في هذه الصورة يعتبر نهائيا وكاملا لأنه اجتاز مرحلة التكوين والانعقاد، أما في حالة الاتفاق المبدئي فلا يمكن الجزم بأن العقد النهائي سوف يتم أم لا، لذا يرى البعض في هذا الاتفاق عقدا احتماليا.

كذلك يختلف الاتفاق المبدئي عن الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد أو ما يسمى أحيانا بالبروتوكول الاتفاقي الذي يتضمن رضاء حقيقيا لا رجعة عنه ولا ينقصه حتى يعتبر عقدا نهائيا سوى الاتفاق على المسائل التفصيلية المتعلقة بتنفيذه، فالبروتوكول الاتفاقي يمثل عقدا تمهيدا ملزما لطرفيه، وأهميته تفوق كثيرا مجرد الاتفاق المبدئي.

والواقع أن الاتفاق المبدئي هو اتفاق وقتي بطبيعته يتم بين شخصين أو أكثر على إثر التفاوض أو توجيه إيجاب، وهذا الاتفاق له سببه ومحل كقرض أو بيع مثلا، فهو ليس تعبيراً عديم الأثر قانوناً، أو مجرد واقعة فقط أو تصرف منفرد، أو فعل غامض بمنأى عن دائرة التعامل.

فالغالب في عقود التجارة الدولية أن يتم التوصل أثناء المفاوضات إلى مشروع كامل لعقد موضوع التفاوض، دون أن يتبادل الأطراف سوى اتفاق مبدئي انتظارا للموافقة النهائية على هذا المشروع من جانب الأجهزة المختصة بالشركات المتعاقدة التي يمثلها المفاوضون.

2- الاتفاق المبدئي لا ينشأ التزاما بإبرام العقد النهائي

اعتنت أحكام القضاء الفرنسي بالتأكيد على أن الاتفاق المبدئي لا ينشأ التزاما باتا بإبرام العقد النهائي، فهو يفترض بدهاء تكملة له، وهذا هو المعنى الذي يثيره في الذهن مباشرة.

لهذا فإنه يرتب بالنظر للعقد النهائي التزاما لم يتأكد بعد، فهو عرضة للتغيير، كما يجوز لأي من الطرفين العدول عنه، أما إذا ظل هذا الاتفاق مبدئيا فقط دون تكملة له فلا يكون كافيا لقيام عقد نهائي ويخضع تقدير ذلك للسلطة الكاملة لقاضي الموضوع.

القاعدة إذن أن هذا الاتفاق لا يلزم طرفيه بإبرام العقد النهائي، ونزول الاتفاق المبدئي إذا لم يتبعه عمل يؤيده ويؤكدده، فهذا الاتفاق باعتباره وقتياً بطبيعته، يلقي نفس مصير الإيجاب الذي لم يصادف قبولاً، أو الوعد الذي لم يتبعه إعلان الرغبة في الميعاد.

والمركز القانوني الناشئ عن الاتفاق المبدئي، لا يخول أياً من الأطراف حقاً نهائياً له طبيعة مالية، ولا ينشأ حقاً في طلب التعويض عن الضرر عند توقف المفاوضات قبل تحقق الاتفاق النهائي.

بل إن انعدام الأثر القانوني لهذا الاتفاق بشأن إبرام العقد النهائي يبرر الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية للرجوع بالتعويض.

ومن جهة أخرى فإن الاتفاق المبدئي لا ينشأ حقاً عينياً يقيد من سلطات المالك عن الشيء محل الاتفاق ولا يرتب ميزة الأولوية أو الأفضلية تحد من حرية التفاوض بهذا الشأن، كما أنه لا يصلح لتوقيع الحجز سواء كان حجراً تحفظياً أو تنفيذياً (28) ص 110 و111.

وحقاً هناك عقوداً يفرضها القانون وتسمى بالعقود الجبرية، غير أن الأطراف هنا غير ملزمين قانوناً بالتفاوض، لأن القانون حرص على تنظيمها بعناية، بما لا يدع مجالاً للتفاوض بشأنها.

3- الاتفاق المبدئي ينشأ التزاماً فورياً بالتفاوض

إذا كانت القاعدة وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة لا يوجد التزام قانوني بالتفاوض لإبرام عقد ما، فقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن الاتفاق المبدئي ينشئ على عاتق الأطراف التزاماً اتفاقياً بالتفاوض بحسن نية والاستمرار فيها بهدف الوصول إلى اتفاق على جميع المسائل المطروحة (54) ص 317، ويرتب هذا الالتزام بمقتضى هذا الاتفاق كأثر فوري ومباشر له، وهذا هو الأثر الرئيسي الذي يترتب عليه الاتفاق المبدئي وآثار فورية أخرى تبعا لمضمونه.

وحسب الفقيه كاربونييه، الذي لاقى قبولاً لدى عامة الفقه الفرنسي، ويتمثل في أن مؤدى الاتفاق المبدئي أن - من يرتضي المبدأ، عليه أن يقبل توابعه وإلا كان متصلاً من المبدأ- ولا ريب أن التسليم بأثر الاتفاق المبدئي في إنشاء التزام اتفاقياً بالتفاوض على النحو الذي يجعل الاتفاق داخل في نطاق القانون، فقد يشكل تصرفاً قانونياً يتضمن إرادة حقيقية واتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، وقد يترتب على إبرام عقد جزئي أو وقتي أثناء التفاوض (09) ص 54.

ومن هذه الزاوية يتميز الاتفاق المبدئي عن ما يسمى بالاتفاق الأدبي أو اتفاق الشرف، الذي يتم خارج دائرة القانون والالتزام، ومن ثمة لا يؤدي إلى وجود عقد، ما لم يتضمن تحايلاً على القانون أو يستتر التزاماً حقيقياً، يتقيد القاضي عندئذ بالوصف الذي أطلقه الأطراف عليه (28) ص 112.

والاتفاق المبدئي يرتب التزاما متبادلا بالتفاوض يقع على عاتق كل من الطرفين، فهو إذن تصرف قانوني ينتج عن تلاقي إرادتين (56) ص 206.

كما يفترق عن خطاب النوايا الذي يمثل مرحلة قانونية في إطار تكوين الإرادة النهائية للتعاقد، وقد يرتب كذلك التزاما بمواصلة التفاوض.

غير أنه يشكل غالبا عملا من جانب واحد، أما الاتفاق المبدئي هو عقد يفترض تقابل إرادتين، وليس تصرفا بإرادة منفردة.

هذا ما يبرر النظر إلى هذا الاتفاق باعتباره عقدا تمهيديا يلتزم الأطراف بمقتضاه بالتفاوض بشأن عقد آخر مستقل، تحددت طبيعته وموضوعه الرئيسي، دون اقتضاء أن يقضي ذلك حتما إلى إبرام هذا العقد (54) ص 316.

8.1.3. الالتزام العقدي بالتفاوض

إن الاتفاق المبدئي ينشئ التزاما فوريا بالتفاوض، وهذا هو الأثر الجوهرى لعقد التفاوض، وي طرح هذا الالتزام عدة تساؤلات هامة فمن جهة ما هي طبيعة هذا الالتزام وموضوعه أي هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ وما مضمون الأداء الذي يفرضه هذا الالتزام المتبادل على عاتق كل طرف في مواجهة الآخر؟ ومن جهة أخرى ماهي القيمة القانونية لهذا الالتزام العقدي الخاص إلى جانب الالتزام القانوني العام بمراعاة حسن النية في مرحلة التفاوض؟ فهل الالتزام الأول يشكل ترديدا محضا للثاني، أم التزامين متوازنين لكل منهما طبيعة خاصة ومضمون مستقل؟ وأخيرا ما هو الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام؟ وسندرس كل ذلك في ثلاث فروع، الفرع الأول هو الطبيعة القانونية للالتزام العقدي بالتفاوض، أما الفرع الثاني هو القيمة القانونية للالتزام العقدي بالتفاوض، أما الفرع الثالث فسننتظر فيه إلى جزاء الإخلال بالالتزام العقدي بالتفاوض.

9.1.3. الطبيعة القانونية للالتزام العقدي بالتفاوض

عرفنا أن الالتزام بالتفاوض، باعتباره أثرا ملازما للاتفاق المبدئي لا يفرض ضرورة إبرام العقد النهائي، بل يقتصر مضمونه على مجرد إلزام الأطراف بمواصلة التفاوض بحسن نية، بشأن إبرام هذا العقد الذي تحددت أسسه في إطار اتفاق مبدئي، الأمر الذي يوجب عليهم التعاون من أجل ترجمة هذا المبدأ في صورة أعمال، وقد تفلح مفاوضاتهم في هذا الشأن وقد تخفق (62) ص 268.

الالتزام العقدي بالتفاوض يشكل من حيث طبيعته التزاما يبذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، غير أن مراعاة الدقة تقتضي القول أن هذا الالتزام يتألف من شقين، كل منهما يتضمن أداء متميزا تحدد طبيعته على نحو أدق.

الشق الأول

هو بدء التفاوض أي المبادرة إليه، ويقع هذا الأداء على عاتق طرف واحد فقط، يتضمن الاتفاق المبدئي تعينا له كالتزام رب العمل بالمبادرة إلى الاتصال بالعامل الذي تلقى وعدا مبدئيا بتشغيله (56) ص 206، ويقابل هذا الأداء التزام الطرف الآخر بالاستجابة إلى التفاوض بالتوجه مثلا إلى قاعة التفاوض أو الرد كتابة بشأنه ويشكل القيام بهذا الأداء بوجهيه التزاما بتحقيق نتيجة، بحيث إذا امتنع أي من الطرفين عن تنفيذ التزامه، كان مرتكبا لخطأ يثير مسؤوليته العقدية (54) ص 317 و318.

الشق الثاني

يتمثل في الاستمرار في المفاوضات بحرص معقول على إبرام العقد النهائي أي مواصلة التفاوض بحسن نية وخلافا للشق الأول، يقع هذا الالتزام بالضرورة على عاتق كل من الطرفين على نحو متبادل (56) ص 206، كما يعتبر التزاما يبذل عناية، حيث يتضمن أداء واحدا يقتضي من كليهما إيجاد موقف إيجابي نشط في إدارة التفاوض بهدف إبرام العقد النهائي، ويجب تنفيذ هذا الالتزام في إطار القواعد العامة التي تحكم تنفيذ سائر الالتزامات العقدية فينبغي إذا تنفيذه بحسن نية، وبالتالي على كل طرف تقديم مقترحات جادة تكون أدعى للقبول أو استمرار التفاوض وليس مؤكدة للرفض.

وإذا كان الالتزام بالاستمرار في التفاوض يعتبر كقاعدة عامة التزاما يبذل عناية، غير أنه قد يصبح أحيانا التزاما بتحقيق نتيجة وذلك تبعا لطبيعة العمل الذي يكون المفاوضات ملزما بالقيام به أو الامتناع عنه بمقتضى الاتفاق أو العادات التجارية.

ومن قبيل ذلك التزام المفاوضات بعدم إفشاء المعلومات المالية والتقنية التي يدلي بها المفاوضات الآخر أثناء المفاوضات، والالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن ذات العقد إضرارا بصاحبه، والتزام بتحمل جزء من تكاليف المفاوضات وفقا للاتفاق، وكذا التزامه بتحديد موقفه اتجاه مسألة ما في المفاوضات قبل فوات الأجل المعين، ففي هذه الأحوال نكون أمام التزام بتحقيق نتيجة، بحيث ينشأ الإخلال به بمجرد عدم تحقيق النتيجة المرجوة من ورائه.

ومهما كان الأمر، فإن الالتزام العقدي بالتفاوض بحسن نية يثير تساؤلا هاما حول مضمونه الحقيقي وقيمه القانونية في ضوء الالتزام العام بالتفاوض بحسن نية يفرضه القانون مباشرة.

2.4. القيمة القانونية للالتزام العقدي بالتفاوض

رأينا أن الالتزام الاتفاقي بالتفاوض يشكل أساسا التزاما يبذل عناية كما يجب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية. ومقتضي ذلك أن يوضح كل طرف للآخر شروطه لإبرام العقد النهائي، وأن يدلي في هذا الشأن بمعلومات صحيحة لا يشوبها كذب أو تظليل، أو استغلال عدم دراية الطرف الآخر (28) ص 118 و 119، ويقابل ذلك التزام الأخير بالسعي المناسب للعلم بظروف وملابسات العقد، وهذا ما يعرف بالالتزام بالإعلام والاستعلام (29) ص 18، ومما يرتبط بهذا الالتزام أن يلتزم كل طرف باحترام ما قد يقدمه الطرف الآخر من مبتكرات صناعية وتكنولوجية، وعدم إفشاء ما قد يفضي به أثناء المفاوضات من معلومات مالية وتقنية أو مهنية هامة تكشف مركز الطرف المقابل وعدم استخدام كل هذه الأمور في أغراض لا تتصل بتقدير إبرام العقد النهائي، وهذا ما يعرف بالالتزام بضمان السرية:

وبوجه عام فإن شرط التفاوض بحسن نية يلقي على عاتق الطرفين واجبا متعدد الجوانب بمراعاة النزاهة والأمانة وإتباع السلوك القويم أثناء التفاوض.

ومن صور هذا الواجب هو الامتناع عن إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات وعدم التفاوض لمجرد التسلية أو الدعاية أو استطلاع السوق دون نية حقيقة في التعاقد (28) ص 119.

وكذا عدم قطع المفاوضات أو الانسحاب منها على نحو مفاجئ وفي وقت غير ملائم، وبصورة تعسفية، إخلالا بالثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف الآخر في قرب إبرام العقد (62) ص 220. ومن تطبيقات ذلك أن يمتنع كل طرف عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير بشأن الصفقة ذاتها دون علم الطرف الآخر وعلى نحو يضر به.

هذا ما يوجبه مبدأ حسن النية في التفاوض، إذ أن الاتفاق على التفاوض لا يشكل في ذاته قيودا اتفاقيا يحد من حرية اختيار شخص المتعاقد الآخر ما لم يتضمن في ذات الوقت اتفاقا على قصر التفاوض على الطرف الآخر (56) ص 258.

على أنه حتى ولو وجد اتفاق سابق بين الأطراف، فإن القانون نفسه يلزم كل مفاوض بالاستمرار في المفاوضات (27) ص 121.

ويأتي هذا الالتزام كذلك إعمالاً بفكرة حسن النية ذاتها، بما يعني أن هذه هي الفكرة الرئيسية والجوهرية في تحديد نطاق ومضمون هذا الالتزام سواء كان التزاماً عقدياً أو تقصيرياً، وهو ما يقتضي دراسة هذه الفكرة ودورها في تحديد مضمون هذا الالتزام.

- فكرة حسن النية في التفاوض

تأتي هذه الفكرة في سياق العلاقة بين القانون والأخلاق فهي تشكل نقطة اتصال بينهما، والعمل بها يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق، لهذا يحرص كل نظام قانوني على تقنين هذه الفكرة وتجسيدها في إطار تطبيقات عديدة ومتنوعة لها.

ومع ذلك يتعذر إيجاد تعريف عام وموحد لفكرة حسن النية فهذه الفكرة لا تتضمن مدلولاً واحداً، بل تدخل حيز القانون بمعنيين مختلفين، أحدهما شخصي والآخر موضوعي، تدور حولهما سائر التطبيقات القانونية لهذه الفكرة.

1- المفهوم الشخصي لفكرة حسن النية

ففي بعض الأحيان يعتد القانون بفكرة حسن النية باعتبارها حالة نفسية أو ذهنية تتمثل بالجهل بواقعة أو ظرف ما، أو هي الاعتقاد الخاطئ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما، فمفهوم فكرة حسن النية تبدو فكرة شخصية أو ذاتية تتسم بطابع سلبي محض يجري تعريفها على هذا النحو باعتبارها نوعاً من الجهل أو عدم العلم، وهذا المفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في إطار قواعد الحيازة والالتصاق والدفع الغير مستحق (28) ص 121 و122.

2- المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية

ووفقاً لهذا المفهوم ترتدي فكرة حسن النية ثوباً أخلاقياً خالصاً، حيث تشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم، وبهذا المعنى تصبح هذه الفكرة موضوعية لا شخصية، فهي ضابط موضوعي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي وفقاً للسلوك الذي تقتضيه الحياة في المجتمع.

وتوضيحا لمفهوم حسن النية الموضوعي، تقول المحكمة الفيدرالية السويسرية أن " الأمر يتعلق بمبدأ له مضمون عام، يرشد تطبيق القانون، وقيده على استعمال الحق، وقاعدة أساسية تابعة من اعتبارات تضاف إلى القواعد المتعلقة بشتى الروابط القانونية، الخاصة لكي تكملها وتعينها على تطبيقها" ومبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي المتقدم، أي اعتباره قاعدة للسلوك، هو الذي يفرضه القانون، كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو تنفيذ التزامات ناشئة عنها، والمعتاد في هذا المجال أن يتقرر هذا المبدأ بمقتضى قانوني صريح.

أما المرحلة السابقة على التعاقد، فلا يوجد نص غالباً يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في هذه المرحلة، وقد يتضمن القانون نصاً عاماً، يقرر مبدأ حسن النية في المعاملات كمبدأ قانوني عام، بحيث يمكن إسناد إليه تطبيق هذا المبدأ على العلاقات قبل التعاقدية، كما هو الشأن في عدة تقنيات مدنية.

ومع ذلك يسلم الفقه والقضاء في فرنسا بأن حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك، يعتبر أحد المبادئ العامة للسلوك والقانون الوضعي حتى في مرحلة التفاوض قبل انعقاد العقد.

ولما كان لهذا المبدأ طابع أخلاقي مفرط، كما تبدو حدوده غامضة للغاية عند ترتيب آثار مباشرة عليه في دائرة القانون الوضعي، لذا فإن ضروريات الصياغة القانونية تقتضي إعطائه مضمونا أكثر تحديداً، فلا يمكن لفكرة حسن النية أن توتي أثرها الأخلاقي في مجال الروابط قبل التعاقدية إلا من خلال قواعد ومفاهيم واضحة ومحددة.

وهنا عني الفقه والقضاء الفرنسيين بصياغة مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض في صورة واجبات والتزامات قانونية محددة يمكن معاقبة من يخالفها وهذه الالتزامات تشمل طائفتين:

فمن جهة يهدف مبدأ حسن النية قبل التعاقد إلى ضمان سلامة الرضا من غش وخداع أو استغلال الضعف، وهذا ما يعرف بالواجبات السلبية، أما الإيجابية منها هو التزام كل طرف تقديم المعلومات الضرورية للتعبير عن رضاء واضح مستنير.

ومن جهة أخرى فإن مبدأ حسن النية يهدف كذلك - وهذا ما يهمنا - إلى تأمين عملية التفاوض من الخداع والتضليل الذي قد يؤدي إلى فشل التفاوض وإلحاق ضرر ما بأحد الأطراف، لهذا استقر الفقه والقضاء على أنه يقع على عاتق كل من الأطراف التزاما بالتفاوض بحسن نية، في إدارة المفاوضات بأمانة ونزاهة، وهذا يفرض عدم الإتيان بسلوك يبعث بثقة زائفة لدى الطرف الآخر، فالأمانة تقتضي عدم دخول مفاوضات أو مواصلتها دون نية جادة في التعاقد، وعدم إشاعة آمال كاذبة في نجاح التفاوض.

ويكون السلوك خاطئاً إذا كان منافياً لسلوك الشخص العادي الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية التي تتم فيها المفاوضات، وتعدد صور الإخلال بهذا الواجب كما لو أجرى أحد الطرفين مفاوضات موازية لإضراراً بالطرف الآخر ودون علمه، أو الشروع في التفاوض دون أن يكون صاحباً للحق موضوع العقد (28) ص 126.

وقد يقترن الإخلال بهذا الواجب بنية خبيثة، كالتفاوض بقصد الحصول من الطرف الآخر على معلومات بشأن نشاطه، أو أسرار بشأن صناعته أو معلومات تكنولوجية دون مقابل، أو لمجرد صرفه عن التفاوض مع الغير وإضاعة فرصة للتعاقد.

وفضلا عن مسؤولية كل طرف عن أفعاله الضارة أثناء التفاوض (65) ص 131، فإن الإخلال بواجب التفاوض بحسن نية يثير المسؤولية عن الانسحاب من التفاوض متى تم الإخلال بالثقة المشروعة في إبرام العقد التي تولدت لدى الطرف الآخر ودعت إليها أفعال صادرة من الطرف المنسحب (27) ص 93، فإذا كان هذا الانسحاب ليس خطأ في ذاته، بل يعد حقا مشروعاً لكل طرف، باعتبار أن الالتزام بمواصلة التفاوض هو التزام ببذل عناية الرجل العادي، غير أن حسن النية يقتضي أن يتم الانسحاب دون تعسف ولمبرر جاد ومعقول (09) ص 53.

أما القطع التعسفي للتفاوض، على نحو يتضمن في ضوء الأفعال المقترنة به إهدارا للثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات، فإنه يشكل خطأ متميزا يستدعي قيام المسؤولية التقصيرية، ولا يلزم نية الإضرار بالطرف الآخر لقيام هذه المسؤولية بل يكفي كذلك مجرد سوء النية، التي تتمثل في قطع المفاوضات بعد إشاعة الأمل والثقة في إبرام العقد.

فالشرط الجوهرى إذا لتحقق مسؤولية الطرف المنسحب أن يكون قد أتى سلوكا أثناء التفاوض يبعث الثقة عادة لدى الطرف الآخر في قرب إبرام العقد (54) ص 295 و 296.

ونثبت منافاة قطع التفاوض لمقتضيات حسن النية من خلال تحليل الظروف والملابسات التي أحاطت به، بما يكشف عن سوء القصد منه، كما لو تم هذا القطع على سبيل الكيد دون مبالاة بالعواقب، أو تم فجأة أي أنه في وقت غير ملائم وبلا مبرر معقول، أو كان مصحوبا بأفعال معينة كالدعاية حول قطع التفاوض، فيصبح الانسحاب في هذه الحالة وفي هذه الملابسات مستويا بسوء النية بما يجعله عملا غير مشروع يستدعي إثارة المسؤولية التقصيرية، وتزيد هذه الثقة تدريجيا كلما تقدمت المفاوضات، لذا كلما تأخر قطع التفاوض كلما اقترب من دائرة الخطأ والمسؤولية، خاصة عندما تتمخض المفاوضات في مرحلة منها عن إيجاب يستحق الدراسة، حيث تنقيد حرية الموجب عندئذ بحسن النية الذي يفرض على الموجب واجب البقاء على إيجابه فترة تكفي لكي يتخذ الموجب له قرارا بشأنه بعد شيء من الدراسة والتفكير بحيث أن صدور الإيجاب يزيد من ثقة الطرف الآخر الذي يحق له الاعتقاد في أن الموجب لن يعدل عن إيجابه قبل مضي هذه الفترة وخاصة وأن الإيجاب يرتب حقا للموجب له في إنشاء العقد بقبوله له وعلى ذلك إذا عين الموجب ميعادا للقبول التزم بالبقاء على إيجابه إلى أن يقضي هذا الميعاد، ويعتبر

ذلك التزاما بتحقيق نتيجة، حيث يتمتع على الموجب العدول عن الإيجاب قبل انقضاء الفترة المقترنة به (58) ص 96.

أما إذا لم يتضمن الإيجاب ميعادا محددا للقبول، التزم الموجب بالبقاء عليه لمدة معقولة، يستقل قاضي الموضوع عند الاقتضاء بتقديرها وفقا لطبيعة العقد وظروف التعامل (54) ص 96. فواضح مما تقدم أن الالتزام القانوني بالتفاوض بحسن نية يعتبر التزاما بالامتناع عن عمل، يقتضي من الأطراف تدخلا سلبيا فقط، لا يتطلب منهم سوى الامتناع عن إثبات أي عمل يتنافى مع حسن النية كقاعدة للسلوك.

ويختلف الأمر إذا كان هناك اتفاق سابق على التفاوض، فالالتزام العقدي بالتفاوض يتضمن فضلا عما تقدم، واجبا إيجابيا يقتضي من الأطراف إتباع سلوك فعال يحقق تدخلا إيجابيا في التفاوض، وذلك بتقديم مقترحات جادة من شأنها دفع المفاوضات قدما، وعدم الركون إلى المواقف السلبية، أو إبداء عروض محققة الرفض (65) ص 162.

على أن هذا الواجب الإيجابي لا يغير من طبيعة الالتزام باعتباره التزاما ببذل عناية، لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي، لذا يرى البعض أن إضفاء وصف الخطأ على قطع المفاوضات سوف يصبح أيسر، ويكون القاضي أكثر ميلا إلى تقريره، عند وجود التزام عقدي بالتفاوض منه في حالة عدم وجود هذا الالتزام (62) ص 294.

إذا ومفاد ما تقدم أن الالتزام العقدي بالتفاوض يفرض فضلا عن الواجب السلبي، تدخلا إيجابيا يشكل ضمانا هامة لتأمين المفاوضات، لا يوفرها الالتزام التصيري بحسن نية في التفاوض (65) ص 162.

وتطبيقا لذلك فإن رفض الدخول في التفاوض أو المشاركة فيه ليس خطأ تقصيريا ولكنه يشكل إخلالا بالالتزام العقدي بالتفاوض.

كما أن الرفض المستمر لشتى الاقتراحات المطروحة للتعاقد دون التقدم باقتراحات مضادة لا يعتبر خطأ تقصيريا، وإن أمكن اعتباره بسهولة خطأ عقديا (54) ص 207، والإصرار على تقديم مقترحات غير جادة أو مؤكدة الرفض قد يعتبر رفضا للتعاقد، ولكنه يشكل إخلالا بالاتفاق على التفاوض.

ويكون الاقتراح جادا إذا كان متناسبا مع موضوع العقد وأهميته الاقتصادية وفقا للظروف المحيطة والعادات والأعراف السائدة في كل مهنة (56) 206 و 207.

فإذا كان السعر المناسب للسلعة، في ضوء هذه الاعتبارات حوالي مائة دينار مثلا وعرض البائع أثناء التفاوض بيعها بألف دينار، أو اقترح المشتري شرائها بعشرة دنانير، إن مثل هذا الاقتراح أو ذلك لا يعتبر جادا، و يعتبر إخلالا بالالتزام بالتفاوض ويشكل خطأ عقديا يثير المسؤولية (54) 317.

ولتحديد ما إن كانت الشروط التي يطرحها المفاوض معقولة من عدمها يلجأ القاضي أو المحكم إلى إجراء المقارنة التقليدية بين مسلك المفاوض ومسلك الشخص العادي، غير أن هذا يتطلب بصيرة ثابتة لدى قضاة أو محكمين يحيطون جيدا بالجوانب العملية في كل مهنة وما يسودها من عادات وأعراف.

لذا يرى البعض أنه يحسن الوقوف عند السلوك الخاطئ على نحو ظاهر حفاظا على أسرار التجارة من جهة، وتفاديا لإقحام القاضي المحكم في شأن قد لا يكون محيطا به من جهة ثانية، والتثبت من توافر عنصر الخطأ لإثارة المسؤولية من جهة ثالثة.

وفي اتجاه آخر يرى البعض أن الالتزام العقدي بالتفاوض لن يكون فعالا إلا بالقدر وفي الحدود التي يتفق فيها الأطراف بصورة دقيقة على طريقة وتفاصيل تنفيذه، بحيث ينبغي تعيين صاحب الحق في طلب افتتاح المفاوضات وشكل هذا الطلب، كما يستحسن الاتفاق على جدول زمني يتضمن مواعيد محددة لسائر مراحل المفاوضات.

لذا فإن الالتزام بالتفاوض سوف يتضمن قدرا أكبر من الإرغام والإجبار للأطراف لأن احترام طريقة تنفيذه سوف يشكل بالنسبة لهم التزاما بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية (28) ص 132 و133.

ويرى البعض أن عنصر الإجبار الذي يتضمنه الالتزام العقدي بالتفاوض يزداد وضوحا كلما تقدمت المفاوضات واقتربت من بلوغ غايتها، ولهذا فإن القضاء لا يتردد في تقرير المسؤولية عن قطع المفاوضات التي اقتضت نفقات كثيرة وكادت أن تفضي إلى إبرام العقد.

1.2.4. جزاء الإخلال بالالتزام العقدي بالتفاوض

يفترض تطبيق الجزاء العقدي بداية إخلال المدين بتنفيذ التزامه بالتفاوض ويتحدد الإخلال بهذا الالتزام بمقارنة السلوك الفعلي للمفاوض بذلك الذي يفرضه عليه مضمون التزامه وفقا للمعيار الشخص العادي (56) ص 207.

وقد رأينا أن الاتفاق التمهيدي على التفاوض لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي، وإنما يلزمهما بالتفاوض بحسن نية بهدف إبرام هذا العقد.

ويتضمن هذا الالتزام كما ذكرنا سابقا شقين أولهما بدء التفاوض وهو التزام بتحقيق نتيجة، وينشأ الإخلال به بمجرد الامتناع عن الدخول في المفاوضات أو رفض بيان الشروط المطلوبة لإبرام العقد.

أما الشق الثاني، فهو الاستمرار في المفاوضات بحسن نية، وإدارتها بصورة إيجابية، وهذا يعتبر في الأصل التزاما ببذل عناية يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية المتفاوض، أي أن عقد التفاوض يوفر أساسا عقديا للمسؤولية عن قطع المفاوضات (09) ص 55.

وتبدو فائدته بالنسبة للقاضي الذي يسهل عليه استخلاص الخطأ وتقديره في مواجهة المفاوض، الذي التزم عقديا بالتفاوض بخلاف ذلك الذي لم يلتزم بذلك (28) ص 135، إذ يتسم الالتزام كما رأينا بمضمون مزدوج يفرض على الأطراف واجبات إيجابية، وأخرى سلبية لتأمين التفاوض على نحو يفوق كثيرا مضمون الالتزام التقصيري بالتفاوض الذي لا يستطيع إثبات سوى واجبات سلبية فقط.

ومن جهة أخرى، فإنه يمكن بسهولة لأطراف العقد التفاوض لإنشاء التزامات محددة بتحقيق نتيجة، وهذا هو الغالب بشأن الالتزام بالسرية في التفاوض. فالالتزام العقدي بالتفاوض لا يبدو وفي الواقع التزاما ببذل عناية إلا بالنسبة لإبرام العقد النهائي، والغالب فيما عدا ذلك، أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة.

ومتى تقرر المسؤولية العقدية لأحد الطرفين عن قطع التفاوض، فلا يجوز للطرف الآخر أن يطلب إجباره على إبرام العقد النهائي، لأن هذا يتنافى مع مبدأ حرية التعاقد، كما إن إبرام هذا العقد لم يكن أبدا أمرا مؤكدا.

ولا يجوز ذلك حتى في حالة صدور إيجاب، ولو كان مقترنا بمدة وعدل الموجب عنه قاطعا المفاوضات، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط بين أثر الإيجاب وأثر الوعد بالعقد من جانب واحد (28) ص 135.

ويستثنى من ذلك حالة قطع المفاوضات بعد اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية للعقد النهائي، حيث يعتبر العقد هنا قد تم، ويتولى القاضي تكملته بشأن المسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها، وذلك شريطة ألا يكون الأطراف قد علقوا انعقاد العقد النهائي على اتفاقهم على هذه المسائل.

ومع ذلك يقرر الفقه أن هذا الحل يبدو نظريا لا عمليا، وإن كان متصورا ومن اليسير إعماله بالنسبة للعقود البسيطة كالبيع بالإيجار، فهو ليس كذلك بالنسبة للعقود التي تقتضي مفاوضات طويلة لما تتسم به من تعقيد بالغ كعقود نقل التكنولوجيا، وعقود إنشاء المصانع... الخ.

كذلك لا يجوز إجبار الطرف المسؤول على مواصلة التفاوض وتنفيذ التزامه عينا، إذ أن التنفيذ العيني الجبري على هذا النحو ينال من حرية المدين لأنه يقتضي لإتمامه تدخلا شخصيا منه، لا يقبل إجباره عليه منعا للمساس بحريته الشخصية (56) ص 207.

ولا يبقى من صور الجزاء سوى إجبار المفاوض المسؤول على تنفيذ التزامه بطريق التعويض، أي إلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر بسبب قطع المفاوضات بسوء نية، ويشمل التعويض وفقا للقواعد العامة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، متى كان هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به.

غير أن هذا التعويض يقتصر على الضرر المتوقع فقط دون الضرر الغير متوقع إعمالا بأحكام المسؤولية العقدية.

وعلى ذلك يلتزم الطرف المسؤول بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من خسارة كإضاعة الوقت والنفقات التي تكبها للإقامة والانتقال بسبب المفاوضات وكذا تكاليف شتى الدراسات التي أعتها بشأن ذلك، وأجور بيوت الخبرة التي استعان بها لهذا الغرض (56) ص 207 و 208، كما يشمل التعويض ما فات المضرور من كسب كضياع فرصة حقيقية للتعاقد مع الغير.

أما الفائدة المرجوة من إبرام العقد النهائي فلا يشملها التعويض لأنه ليس مؤكدا، وغير مفترض ولا يجوز التعويض عنه.

فلا يوجد ما يمنع من قيام عوامل أخرى، بخلاف السلوك الخاطئ للمسؤول تحول دون إبرام العقد المستقبل، كما أن التعويض عن الكسب الفائت بهذا المعنى يشكل في الواقع جزاء على عدم إبرام هذا العقد، وهو ما يجاوز مضمون التزام المدين ابتداء، ومع ذلك يقرر البعض أن القضاء الفرنسي يشهد تطورا في هذا المجال استنادا إلى ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 1990/06/06 بتأييد محكمة الموضوع فيما قررته من تعويض كامل لشركة عن فقدتها فرصة لبيع أسهمها بسعر أكثر ارتفاعا، بحيث يرى هؤلاء بأن محكمة النقض بقضائها على هذا النحو، قد أجازت التعويض عن عدم إبرام العقد باعتباره تفويتا لفرصة، وأن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة يجب التعويض عنه بالكامل، لذا ينبغي فيما يبدو وتقرير تعويض كامل عن الضرر الناتج عن عدم إبرام العقد.

غير أنه هناك رأي آخر يأبى التسليم بهذه النظرية، إذ يصعب أن تستخلص من هذا الحكم قاعدة عامة بأن كل سبب يؤثر في تحقق فرصة فائتة لن يؤخذ في الاعتبار، كما أنه ما قرره الحكم المذكور يتعلق بحالة فردية ولا يعبر عن اتجاه استقر عليه القضاء الفرنسي.

كما لا يصح الاستناد في هذا الخصوص، إلى ما قرره محكمة الاستئناف بباريس بحكمها في 1990/01/10 وحكمها في 1991/05/25، لأن التعويض المقضي به فيهما لم يكن بسبب قطع المفاوضات، وإنما كجزاء للإخلال بوعده التفضيل يلزم الواعد نهائياً بإبرام العقد الموعود به، طالما أبدى الموعود له رغبته في الميعاد (28) ص 138.

2.2.4. الاتفاقات التمهيدية المنظمة للتفاوض

رأينا سابقاً أن الاتفاق على التفاوض من شأنه أن يؤدي إلى تأمين المفاوضات وزيادة فرص نجاحها، بما يرتبه من التزام عقدي يضمن على الأقل بدء التفاوض بشكل إيجابي وبحسن نية، على نحو يحد من الحرية التي تسود المفاوضات في الأصل.

والأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فقد يلجأ الأطراف لمزيد من الأمان والاستقرار لعلاقاتهم، إلى تنظيم مراحل المفاوضات، وذلك بصياغة و تحديد المسائل التي اتفقوا عليها في كل مرحلة من مراحل التفاوض، وإفراغها فيما يسمى عادة بالعقد الجزئي (56) ص 245، (54) ص 318، وتتعدد صور هذه العقود الجزئية التي يمكن إبرامها في شتى مراحل التفاوض، تبعاً لتنوع مضمونها إذ أنه كلما اجتازت المفاوضات مرحلة معينة، أمكن للأطراف تجسيدها وصياغة النتائج التي حققتها هذه المرحلة من خلال إبرام عقد جزئي.

و قد ينصب العقد الجزئي على مسألة وقتية تهم الأطراف وترتبط زمنياً بفترة المفاوضات، وهو ما يعرف بالعقد الوقتي.

لهذا سنتعرض فيما يلي لدراسة هذه العقود بنوعها من خلال مطلبين نورد المطلب الأول للمقصود بالعقد الجزئي وبيان آثاره، ثم في المطلب الثاني نتكلم عن العقود الوقتية.

3.2.4. الاتفاق الجزئي

إن الاتفاق الجزئي يأخذ عدة صور وفقاً لشتى مراحل التفاوض ووفقاً لتنوع مضمون كل مرحلة واختلاف المسألة المتفاوض حولها، فعند مرور كل مرحلة معينة، أمكن للأطراف تجسيدها وتقييدها في شكل عقد أو اتفاق تجمع فيه النتائج المتوصل إليها من خلال التفاوض في إطار عقد جزئي، ثم التقدم في مرحلة آتية وإبرام عقد جزئي لنتائجها وهكذا، ومن خلال ذلك سندرس موضوع العقد الجزئي في هذا المطلب من خلال فرعين الأول هو تعريف العقد الجزئي وتطبيقاته، أما الثاني هو الطبيعة القانونية للاتفاق الجزئي وآثاره.

4.2.4. الاتفاق الجزئي وتطبيقاته

جرى الفقه على تعريف العقد الجزئي بأنه اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات، يحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الاتفاق بشأنها (56) ص 245.

وبهذا المعنى يتخذ العقد الجزئي إحدى صورتين، أولهما أن يكون هذا العقد جزءاً من عقد واحد يسعى الأطراف إلى إبرامه، وعندئذ يرد العقد الجزئي بالضرورة على بعض نقاط من عناصر هذا العقد. والثانية أن يشكل جزءاً من مجموع عقدي، يتألف من عدة عقود تنظم عملية واحدة يسعى الأطراف إلى تحقيقها، سواء كانت هذه العقود من طبيعة واحدة كما في عمليات النقل المتتابع، أو كانت من طبيعة مختلفة كما في عمليات التأجير التمويلي (28) ص 141.

وفي هذه الحالة، قد يمثل العقد الجزئي في إبرام أحد العقود التي يتألف منها المجموع العقدي، وبعبارة أخرى فإن كل عقد من العقود التي يضمها المجموع العقدي يمكن اعتباره عقداً جزئياً بالنظر إلى المجموع ذاته.

وقد تتداخل العقود المكونة للمجموع وترتبط فيما بينها بتبعية كاملة وبحيث يكون كل منها غير كاف بمفرده لتحقيق الهدف ولكنه في ذات الوقت ضروري له، كما هو الحال بالنسبة لعمليات النقل المتتابع بوسائل مختلفة.

وقد تكون العلاقة بين هذه العقود وهي علاقة الأصل بالفرع وعندئذ يكون المجموع خاضعاً لعقد رئيسي ويتطلب الأمر إبرام عقود أخرى ثانوية (27) ص 111، وفي هذه الأحوال قد يرد العقد الجزئي على بعض عناصر تتعلق بواحد أو أكثر من العقود التي يضمها المجموع، كالاتفاق على قدر حصة المواد الخام التي تلتزم كل شركة بتوريدها للأخرى في عمليات الترخيص المتبادل بإنتاج سلع معينة، ويرد العقد الجزئي على سائر العناصر الجوهرية لأحد العقود الداخلة في المجموع، كعقد بيع الأراضي اللازمة للقيام بعملية بناء منشأة صناعية.

- نظرية الاتفاق المرحلي

تستند فكرة العقد الجزئي إلى نظرية الاتفاق المرحلي التي نشأت في الفقه الألماني، ثم شاع اعتناقها في دول عديدة مجاورة، ومع ذلك رفض التقنين الألماني المدني الأخذ بها ورفض الاعتراف بأية قيمة عقدية لما أسماه الفقه بالاتفاق المرحلي.

بينما أخذ به التقنين النمساوي في المادة (885) والسويسري في المادة (02) أما التقنين الفرنسي المدني فقد جاء خاليا من نص في هذا الشأن (65) ص 159، ونفس الأمر بالنسبة للتقنين المدني الجزائري.

ويرى أنصار هذه النظرية أن المفهوم التقليدي لأسلوب إبرام العقد من إيجاب يعقبه قبول مطابق، لم يعد ملائما للعديد من العقود الحديثة لاسيما الدولية منها، التي تقتضي مفاوضات طويلة يتدخل فيها عدة أشخاص.

وتشكل هذه المفاوضات عملية متدرجة تستتبع اتفاقات متتالية وتثير في كل مستوى منها مدى السلطات المخولة للمفاوضين، وفي هذه العملية يصبح من العسير تحديد اللحظة التي تحقق فيها إيجاب ما، وتلك التي تم فيها قبوله.

لهذا يرى هؤلاء أن تكوين العقد يتضمن مراحل متتابعة، كل مرحلة تعقبها مرحلة أخرى، تقتضي موافقة مستقلة، ويمكن أن تكون محلا للاتفاق، فإذا انتهى الأطراف من مناقشة مسألة معينة وارتضوا حلا بشأنها انتقلوا إلى المرحلة التي تليها، ويمكنهم عندئذ إفراغ ما اتفقوا عليه من مسائل في وثيقة مكتوبة تتضمن اتفاقا مرحليا ملزما لهم.

ويراد باصطلاح الاتفاق المرحلي أحد معنيين، فقد يقصد به تكوين العقد من مراحل متتابعة، على أن الغالب أن يقصد بهذا الاصطلاح كل وثيقة مكتوبة بمعرفة الأطراف لبيان المسائل المتفق بشأنها أثناء المفاوضات بين الأطراف (28) ص 143.

ويتبين مما تقدم أن العقد الجزئي ليس هو العقد النهائي ذاته، والعبرة في هذا الشأن بالإرادة المشتركة للأطراف كما تم التعبير عنها أو تمكن القاضي من التعرف عليها، فطالما أنه يقصد الأطراف عند صياغة الاتفاق، سوى بيان نقاط معينة تم الاتفاق عليها، فإن هذا يعتبر اتفاقا مرحليا فقط لا يعادل إبرام العقد النهائي، ومع ذلك لا يمكن القول أن كل ما يحرره الأطراف أثناء التفاوض يعتبر اتفاقا مرحليا، ولا يتم العقد النهائي إلا بعد الاتفاق على كل العناصر الجوهرية وفقا لطبيعة العقد، والعبرة دائما بإرادة الأطراف المشتركة حول أي اتفاق أو عقد (54) ص 319.

ويستقل العقد الجزئي عن العقود التمهيدية الأخرى، فهو يختلف عن الوعد بالعقد سواء كان متبادلا أو من جانب واحد، فالعقد الجزئي لا يرد إلا على بعض عناصر العقد النهائي فقط، بينما يرد الوعد بالعقد على سائر العناصر الجوهرية للعقد الموعود به، غير أن هذا الفارق يتضاءل عندما يكون العقد الجزئي عقدا مستقلا، يشكل جزء من مجموع عقدي (28) ص 154.

فإذا التزم أطراف العقد الجزئي في صورته هذه بإبرام العقود الأخرى المكونة للمجموع، فإن هذا العقد الجزئي قد يعتبر وعدا متبادلا بإبرام هذه العقود (56) ص 246.

فمثلا في حالة المجموع العقدي الذي يضم عقود تنظيم عملية التأجير التمويلي، فإن إبرام عقد الوكالة بين الممول والمستفيد لشراء جهاز ما يتضمن التزاما بإبرام العقود الأخرى اللازمة لتحقيق العملية كالإيجار والوعد بالبيع (27) ص 111.

بينما يتميز العقد الجزئي عن الوعد بالتفضيل والاتفاق المبدئي، فكلاهما لا يتضمن تحديدا لمضمون العقد المزمع إبرامه، بينما يرد العقد الجزئي على بعض عناصر هذا العقد (56) ص 246.

ومع ذلك يرى البعض أن العقد الجزئي أو الاتفاق المرحلي يتضمن دائما اتفاقا مبدئيا، فهو لا يقتصر على إلزام الأطراف باحترام ما تم الاتفاق عليه من مسائل خلال المفاوضات، وإنما يلقي على عاتقهم كذلك التزاما عقديا بالاستمرار في المفاوضات، بينما يرى البعض خلاف ذلك تماما فهو اتفاق مرحلي على بعض النقاط المتفق عليها في التفاوض دون أي التزام سواء بالاستمرار في التفاوض أو التزاما بإبرام العقد النهائي.

والواقع أن لجوء أطراف التفاوض إلى تحرير اتفاق مرحلي يتضمن تحديدا لما تم الاتفاق عليه من المسائل المتعلقة بالعقد محل التفاوض، هو أمر يبعث ثقة مشروعة لدى الأطراف في جدية المفاوضات، وأهمية استمرارها لذا يبدو مناسبا القول بنشأة التزام عقدي بالتفاوض يستند إلى الاتفاق المرحلي، الذي يصلح في ذاته أن يكون مصدرا لهذا الالتزام.

إلا أن الأمر يتوقف على مضمون الاتفاق المرحلي، إذ يصعب القول بأن هذا القول يتضمن بالضرورة وكمبدأ عام التزاما اتفاقيا بمواصلة التفاوض، فقاضي الموضوع يستغل في تقريره من عدمه من الإرادة المشتركة للأطراف (65) ص 162 و 163.

ومع ذلك يجوز استخلاص هذه الإرادة ولو بصفة ضمنية متى توافرت قرائن تشير إلى وجودها، كأن يتضمن الاتفاق المرحلي جدولا زمنيا للقيام ببعض الأعمال القانونية مستقبلا، الأمر الذي يجزم باتجاه إرادة الأطراف إلى الالتزام عقديا بمواصلة التفاوض (28) ص 148.

كذلك الأمر عندما يلتزم أحد الأطراف بتحمل جانب معين من نفقات التفاوض كنفقات دراسات معينة، هذا ما يجعلنا نفسر إرادة الأطراف، إلى إنشاء التزام عقدي بمواصلة التفاوض، وفي حالة التزام كل طرف يقتصر التفاوض على الطرف الآخر وعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير، فإن هذا يعني

بالطبع التزامهما عقديا بالاستمرار في التفاوض، وعندما يرخص الاتفاق المرحلي بالبدء في تنفيذ أعمال معينة، فلا يتصور أن الأطراف قد قصدوا عدم الالتزام بمواصلة التفاوض (09) ص55.

هذا وقد جرى العمل على إفراغ ما يتم إبرامه من عقود جزئية في وثائق تحمل مسميات عديدة، لعل أهمها وأكثرها استعمالا هو ما يعرف عادة بخطابات النوايا، وإذا كان لفظ النوايا يثير لأول وهلة، شكوكا حول القيمة العقدية لهذه الخطابات، ومدى قوتها الملزمة، غير أن العبرة دائما بالمضمون الذي تحتويه وليس بالأوصاف أو المسميات التي يطلقها الأطراف ويستقل القاضي أو المحكم بتقدير ما إذا كان خطاب النوايا يتضمن اتفاقا أم لا.

فهذه الخطابات يقتصر دورها وفقا للمضمون العام للأهداف التفاوض، وقد يحمل إيجابا لا غموض فيه فقد تحتوي مجرد سرد، بحيث إذا تم قبوله نشأ العقد ويكون الخطاب ملزما للأطراف (65) 148 و149.

ويتضمن الخطاب بيانا بنتائج المفاوضات من الجوانب الاقتصادية للعقد دون تحديد مضمونه القانوني، فيعتبر بالتالي اتفاقا مرحليا، قد يشير الخطاب إلى تفاصيل معينة لم يتم الاتفاق عليها، وقد يثبت اتفاقا بشأن العناصر الجوهرية للعقد.

وقد يتضمن كذلك اتفاقا كاملا بين الأطراف بشأن العقد محل التفاوض، وعندئذ يعتبر العقد قد تم رغم الوصف المذكور للخطاب، وهذا الاتفاق الكامل قد يكون معلقا على شرط واقف أو مقترنا بتحفظ بشأن نفاذه، كأن يقتضي الأمر الحصول على موافقة هيئة عامة أو ترخيص منها.

ويغلب أن يتناول خطاب النوايا مسائل متعلقة بالعقد النهائي كما في الأمثلة السابقة، على أنه قد يتناول أمرا متصلا بتنظيم عملية التفاوض ذاتها، كما قد يقتصر على عدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير، وقد يتضمن اتفاقا بشأن سرية المعلومات المتداولة أثناء التفاوض، وقد ينظم أسلوب توزيع نفقات التفاوض بين الأطراف.

ويتضح مما تقدم أنه يصعب الإدلاء بتعريف عام لخطابات النوايا نظرا لتنوع واختلاف مضمونها، ومع ذلك هناك سمات عامة لهذه الخطابات تشكل قاسما مشتركا بينها يمكن في ضوءها القول أن خطاب النوايا هو - خطاب يوضح فيه أحد الطرفين للآخر مسألة حالية أو مستقبلية في المفاوضات تبدو في تقديره هامة، بما يقتضي ضرورة الاحتياط لها بمحرر مكتوب - ، وقد جرى العمل على أن محرر الخطاب يوقعه ويرسله إلى الطرف الآخر لتوقيع على صورة منه طبق الأصل، ثم إعادتها إلى الطرف الأول، وإن كان الخطاب يتضمن إيجابا واضحا ويتسلمه الطرف الآخر دون أن يجيب بشأنه،

يرى البعض أن هذا السكوت لا يعد في ضوء التعامل الجاري بين الطرفين مجردا من كل قيمة بل يصبح سكوتا ملابسا مما يعد قبولا (28) ص 151.

5.2.4. الطبيعة القانونية للاتفاق الجزئي وأثاره

لا يتطلب الاتفاق أو العقد الجزئي من حيث صحته ووجوده سوى توافر الشروط والأركان اللازمة لإبرام وصحة العقود بوجه عام، ولا يثير هذا العقد صعوبة خاصة من هذه الزاوية. فهو يأخذ صفة العقد بوجه عام، غير أن الأمر يختلف بآثار هذا العقد، إذ ينبغي معرفة ما إذا كان العقد الجزئي يكفي بذاته لوجود العقد النهائي، فإن كان كافيا اختلطت أثاره بآثار هذا العقد النهائي وإذا لم يكن كذلك، فهل يرتب آثارا خاصة؟.

ولا شك أن هذه المسألة تبدو يسيرة إذا كان أطراف العقد الجزئي قد اهتموا لتحديد آثاره وتنظيم علاقته بالعقد النهائي، بينما يصبح عسيرا في حالة سكوت الأطراف في هذا الشأن.

ويختلف حكم هذه المسألة تبعا لما إذا كان العقد النهائي الذي يرتبط به العقد الجزئي يشكل عقدا واحدا، أو مجموعا عقديا.

أ- ارتباط العقد الجزئي بعقد واحد

إذا كان العقد المراد إبرامه يشكل عقدا واحدا ذو طبيعة واحدة، وتوصل الأطراف أثناء المفاوضات الخاصة به بشأن بعض عناصر هذا العقد، فقد يبدو لهم من الضروري تنظيم علاقة هذا الاتفاق بالعقد المستقبلي وتحديد إن كان كافيا لقيام العقد النهائي أم غير كافيا (28) ص 152.

فقد يعمد الأطراف إلى اعتماد الاتفاق الجزئي على أنه غير كافي لتكوين العقد النهائي وذلك بالحد من أثره، مما يجعل هذا الاتفاق بالنسبة لكونه جزءا من العقد النهائي، معلقا على تحقق اتفاق بشأن باقي العناصر التي لا تزال محلا للتفاوض، ويتم ذلك بأساليب عديدة كأن يتضمن الاتفاق الجزئي ذاته تحفظا يقرر أنه ليس عقديا أو أنه لا ينشأ التزاما، يحمل عبارة تقطع بأنه ليس بوثيقة عقدية، ولا يوجد ما لا يمنع من إدراج هذه الأوصاف والتحفظات، بحيث تقع صحيحة ومنتجة لأثرها إعمالا لإرادة الأطراف، كما تكون ملزمة للقاضي، وقد لا يشكل الاتفاق المرحلي جزءا من الاتفاق النهائي، ومن خلال هذا كله تتجلى الطبيعة القانونية لهذا العقد أو الاتفاق، بحيث أن إرادة الأطراف هي التي تحدها.

وحقا أن القاضي لا يتقيد كقاعدة عامة بالأوصاف التي يطلقها الأطراف ويملك إنزال الوصف الذي يراه صحيحا، وأكثر تعبيرا عن الحقيقة من الناحية القانونية، غير أن هذه السلطة لا تستخدم إلا حينما تكون عبارات العقد غامضة أو تتضمن أوصافا خاطئة.

ومع ذلك يرى البعض أن هذه الأوصاف والتحفظات تعبر عن نية الأطراف في عدم تحمل أي التزام قانوني، وبالتالي إبعاد روابطهم عن دائرة القانون (28) ص 154.

غير أن هذا الرأي مردود لما يعتريه من شطط ذلك أن التحفظات المذكورة لا تستتبع تجريد العقد الجزئي من كل قيمة قانونية ملزمة، بل تقتصر على تجسيد رغبة الأطراف، في عدم اعتبار هذا العقد عقدا نهائيا، وهذا مرهون بإتمام الاتفاق بشأن عناصر أخرى، ومتى تم ذلك فإن هذا العقد يعتبر جزءا من العقد النهائي دون أثر رجعي، وفي هذا الخصوص يستند إلى تاريخ إبرامه.

وفي الواقع أن امتناع ترتيب الآثار القانوني للعقد الجزئي نتيجة للتحفظ محدود بعلاقته بالعقد النهائي، ولا يشمل آثاره الذاتية بوصفه عقدا جزئيا، فهذا العقد يرتب آثارا خاصة بمجرد تكوينه، تتميز عن تلك التي يرتبها في علاقته بالعقد النهائي.

فالعقد الجزئي يلزم الأطراف باحترام ما تم الاتفاق عليه من مسائل بحيث لا يجوز إثارتها مرة أخرى أثناء المفاوضات، وهو ما تؤدي مخالفته إلى قيام المسؤولية العقدية.

كما أنه يجوز للأطراف تجزئة العقد النهائي بشأن العناصر الأخرى لا يؤثر في العقد النهائي الذي يمثله العقد الجزئي، بل يتعين تكملة هذا العقد بالنسبة لهذه العناصر لمعرفة العقد، سواء كان محكما تم تعيينه بواسطة الأطراف وهو الغالب، أو كان هو القاضي المختص بنظر النزاع، والذي يقضي في هذا الشأن طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

أما إذا لم يتضمن العقد الجزئي ما يوضح علاقته بالعقد النهائي وأغفل الأطراف تنظيم هذه المسألة، فإن إبرام هذا العقد قد يؤدي قانونا إلى قيام العقد النهائي، بشرط أن يشمل العقد الجزئي سائر العناصر الجوهرية للعقد النهائي سواء كانت عناصر موضوعية أو شخصية.

ولا يمكن القول دائما أن الاتفاق الجزئي يؤدي إلى انعقاد العقد النهائي حتى ولو يشمل على العناصر الموضوعية كلها، بل يجب دائما الرجوع إلى الإرادة المشتركة للأطراف فيما تعلق بمدى أهمية المسائل التي لا تزال محلا للتفاوض.

وعليه يقتضي أن المسائل التي لم يتفق عليها، كانت تشكل للطرفين أو لأحدهما، أهمية جوهرية وهي داخلة في دائرة العقد بأن كانت معلومة للطرفين، وإذا لم يثبت ذلك فإن العقد النهائي يعتبر قائما إذا تضمن العقد الجزئي كل عناصره الموضوعية (56) ص 250 و 251، (54) ص 288 و 289.

ب- ارتباط العقد الجزئي بمجموع عقدي

قد لا تهدف المفاوضات إلى إبرام عقد واحد يتسم بطبيعة قانونية محددة، بل قد يسعى الأطراف إلى تحقيق عملية اقتصادية متعددة الجوانب، وتقتضي لإتمامها إنشاء مجموع عقدي يتألف من عقود متعددة، يشكل كل منها على حدى عقدا جزئيا بالنظر إلى المجموع ذاته، فهل يؤدي إبرام أحد هذه العقود بوصفه عقدا جزئيا إلى قيام عقود أخرى مما يشملها المجموع؟.

لاشك أن يعتبر كل عقد منها جزئيا، يصير معلقا على إبرام عقود أخرى يشملها المجموع ذاته، كأن يتفق على أن يكون عقد القرض معلقا على إبرام كفالة لضمان تنفيذ المقترض للالتزاماته.

أما إذا قرر الأطراف ترتيب أثر العقد الجزئي، ولم يعلقوا إنتاج أثره على إبرام بقية العقود، فيجوز لهم ذلك إذا كان المجموع يضم عقودا مرتبطة فيما بينها بعلاقة تبعية كاملة، بحيث يكون لها أهمية متساوية لتحقيق العملية التي يهدف إليها المجموع، مثال ذلك عمليات النقل المتتابع التي تقتضي، تبعا لتعدد وسائل النقل، عقودا عديدة للقيام بها لكنها ذات أهمية متساوية لإتمام النقل، فيمكن عندئذ إبرام أحد هذه العقود وترتيب أثره في الحال دون توقف على إبرام بقية العقود.

أما إذا كان المجموع يضم عقودا ليست متساوية في أهميتها، بل تخضع العملية لعقد رئيسي يقتضي إبرام عقود ثانوية أخرى، فيجوز للأطراف ترتيب العقد الجزئي في الحال، دون توقف على إبرام بقية العقود إذا كان هو العقد الرئيسي، كعقد القرض بالنسبة للكفالة، بينما لا يجوز ذلك إذا كان العقد الجزئي ثانويا.

إذ أن ترتيب أثر العقد الثانوي يفترض وجود العقد الرئيسي فالكفالة مثلا لا ترتب أثرا قبل وجود الدين المكفول، لذا ينبغي إبرام عقد القرض أولا باعتباره العقد الرئيسي.

وإذا كان العقد الجزئي رئيسيا وقرر الأطراف ترتيب أثره، دون توقف على إبرام العقود الثانوية، فلا يملك القاضي، خلافا لما تقدم أن يحل محل الأطراف لتكملة المجموع بإبرام هذه العقود الثانوية التي يشملها المجموع (56) ص 252.

أما إذا سكت الأطراف عن تنظيم علاقة العقد الجزئي بالعقود الأخرى التي يتكون منها المجموع العقدي، فإن إبرام أحد هذه العقود يوصف عقدا جزئيا، لا يمكن بحال أن يؤدي قانونا إلى إبرام عقود أخرى مما يتضمنه المجموع، ولكن هل يمكن أن يرتب هذا العقد الجزئي آثاره الذاتية في الحال؟ أم أن ترتيب هذه الآثار يكون معلقا على إبرام العقود الأخرى في المجموع.

ففي نزاع عرض على القضاء الفرنسي، أرسلت إحدى الشركات الألمانية إلى شركة فرنسية، بناء على طلب هذه الأخيرة، فاتورة شكلية – **Facture Proforma** – متعلقة بشراء آلة رافعة (ونش)، وعززت الشركة الفرنسية طلبها موضحة أن تمويل هذه العملية بأسلوب الإيجار التمويلي، وأنها قامت بطلبه بالفعل لدى إحدى المؤسسات المعنية بذلك، ثم أفادت الشركة الألمانية باستلامها لهذا التعزيز- **Confirmation**- وعلى إثر رفض مؤسسة الإيجار التمويلي القيام بتمويل هذه العملية لجأت الشركة الألمانية إلى القضاء للمطالبة من الشركة الفرنسية بتنفيذ عقد البيع، وقد أثار ذلك تساؤلا جوهريا، حول معرفة ما إذا كان عقد البيع قد أصبح قائما وناظا بالاتفاق الذي تم بشأن الشيء والتمن، أم أنه كان معلقا على إبرام عقد الإيجار التمويلي (28) ص 158 و159.

وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف روان (Rouen)، باعتبار أن البيع قد انعقد نهائيا بإتمام الاتفاق على الشيء والتمن، استنادا إلى التسليم بوجود الشرط الواقف يقتضي التعبير عنه صراحة، وهو ما لم يكن في تقديرها متوفرا في هذا النزاع، وإن كان هذا الحل منتقدا، باعتبار أن الالتجاء إلى أسلوب الإيجار التمويلي كان معلوما للطرفين، وتمت الإشارة إليه صراحة منذ البداية، غير أن هذا الحكم يقرر مبدأ هاما مؤداه أن العقد الذي يشكل جزءا من مجموع عقدي يتم بصفة أساسية، بالاتفاق على عناصره الجوهرية، ولا يصير معلقا على إبرام عقود أخرى، ما لم يقرر الأطراف صراحة خلافا لذلك (56) ص 254.

غير أن الحكم يختلف إذا كان المجموع العقدي يضم عقدا رئيسيا وعقودا أخرى ذات طابع ثانوي بالنسبة له، ففي هذه الحالة، إذا كان العقد الجزئي ثانويا فلا قيمة له بعيدا عن العقد الرئيسي، ذلك أن إبرام العقد الرئيسي يشكل دائما شرطا لا غنى عنه لترتيب آثار العقد الثانوي فمثلا لا قيمة لإبرام عقد الكفالة إذا لم يتم عقد القرض (13) ص 41.

كذلك الأمر في حالة مجموع العقدي الذي يضم عقودا مترابطة تتمتع فيما بينها بأهمية متساوية، فالقاعدة أن كل عقد منها يعتبر من الناحية القانونية مستقلا عن العقود الأخرى، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وفي القانون الفرنسي، يتدخل المشرع أحيانا لتنظيم العلاقة بين العقود المكونة لمجموع واحد، ومثال ذلك المجموع العقدي الناشئ عن اجتماع بعض عقود البيع لأجل وعقود القرض التي تبرم لتمويلها إذا كان المشتري المقترض شخصا يسعى لإشباع حاجة شخصية لا مهنية.

وقد يتعرض لخطر إبرام والالتزام بعقد القرض دون أن يتمكن من إبرام عقد البيع أو العكس، وهذا ما يقتضي حمايته ودرأ هذا الخطر عنه.

فإذا لم يتم البيع خلال مدة يحددها الأطراف، بحيث لا تقل عن أربعة شهور زال عقد القرض، أي أن عدم إبرام عقد البيع شرطاً فاسخاً لعقد القرض، وزوال عقد القرض يكون بأثر رجعي، يستند إلى تاريخ إبرامه وبالتالي يلتزم المقترض برد ما تلقاه على سبيل القرض مع الفوائد، وليس للمقرض مطالبته فوق ذلك، إلا بنفقات إدارية حددها القانون.

ومن جهة أخرى، يتم إبرام عقد بيع العقار معلقاً على شرط واقف يتمثل في الحصول على قرض لتمويل الوفاء بالثمن، فإذا لم يتم إبرام عقد القرض خلال المدة المتفق عليها، التزم البائع بأن يرد للمشتري كافة المبالغ التي يكون تلقاها على سبيل الثمن، وليس له الحق في استبقاء شيء منها على سبيل التعويض (50) ص 26.

6.2.4. الاتفاقات الوقتية

قد تستغرق المفاوضات فترة طويلة وتكتنفها صعوبات خاصة، بما يقتضي إبرام اتفاقات جزئية تنظم علاقات الأطراف خلال هذه المرحلة فقط من المفاوضات، وتعرف بالاتفاقات أو العقود الوقتية نظراً لأنها محدودة زمنية بفترة التفاوض، بحيث تنتهي بانتهاء هذه الفترة، وهذه العقود لا تتناول موضوعاً بذاته، إذ كل ما يتصل بإدارة المفاوضات يمكن تنظيمه بعقد وقتي يظل نافذاً طول فترة التفاوض، لهذا سنقوم بدراستها في هذا المطلب من خلال ثلاث فروع، الأول هو مضمون الاتفاق الوقتي ثم في الفرع الثاني ندرس الطبيعة القانونية للاتفاق الوقتي وآثاره، أما في الفرع الثالث ندرس موضوع انقضاء الاتفاق الوقتي.

7.2.4. مضمون الاتفاق الوقتي

قد يتناول الاتفاق الوقتي ذات الموضوع الذي سيسعى الأطراف إلى تنظيمه بواسطة العقد النهائي، غير أنه غالباً ما ينصب هذا الاتفاق أو العقد على مسألة تختلف عن موضوع العقد النهائي (28) ص 162.

فقد يرد الاتفاق الوقتي على نفس موضوع العقد النهائي، والمثال الذي يسوقه بعض الفقه التقليدي لهذه الحالة هو ما يعرف بالعقد تحت التجربة أو الاختبار، فهو ما يسمح للأطراف باختبار العقد النهائي، وذلك بتنفيذه خلال مدة معينة لذا فإن موضوع هذا العقد الوقتي هو بالضرورة موضوع العقد النهائي ذاته، لأنه يهدف إلى تمكين الأطراف من تقدير مزايا ومساوئ العقد النهائي قبل إبرامه، وكذا اختبار مدى قدرة أحد الطرفين على تنفيذ التزاماته المرتقبة بمقتضى العقد النهائي.

ويضيف هذا الرأي أنه لا يتصور إبرام العقد تحت التجربة إلا إذا كان عقدا زمنيا أو مستمرا أي من عقود المدة، بينما لا يتصور ذلك في العقود الفورية، لأن العقد الفوري الذي يتم تحت التجربة يعتبر عقدا معلقا على شرط واقفا، كما هو شأن عقد البيع تحت التجربة (21) ص 30.

وتقدير هؤلاء يعتبر عقد العمل من أهم العقود الزمنية التي يكثر إبرامها تحت الاختبار، يشكل على هذا النحو عقدا وقتيا (07) ص 48.

يهدف إلى تمكين رب العمل من الوقوف على مدى صلاحية وكفاءة العامل، وتمكين العامل من التحقق من ظروف العمل ومزاياه، وذلك تمهيدا لإبرام عقد نهائي يحل محل هذا العقد إذا نجحت التجربة، أما إذا أخفقت التجربة انقضى هذا العقد الوقتي ويقف عن ترتيب أثره دون أن يعقبه عقد آخر (56) ص 257.

غير أنه يصعب التسليم بهذه النظرة، وذلك أن إبرام العقد تحت التجربة لا يعني أننا بصدد عقدين، أحدهما مؤقت والآخر نهائي يبرم عند نجاح التجربة (23) ص 158، وفي الواقع أن العقد تحت التجربة ليس إلا عقدا واحدا هو الذي قصد الأطراف، إبرامه منذ البداية، كل ما هناك أن هذا العقد يبرم معلقا على شرط.

فالتجربة ما هي إلا شرط قصد به إما التربص بتنفيذ العقد إلى ما بعد تحققه إذا كان العقد فوريا (10) ص 353، أو تقدير مدى ملائمة الاستمرار في العقد من عدمه إذا كان العقد زمنيا (23) ص 156، وفي الحالتين، فإن العقد تحت التجربة يتضمن عقدا واحدا ولا يعقبه آخر.

وإذا كان أنصار الرأي السابق يقررون أن العقد الفوري إذا تم تحت التجربة لا يشكل عقدا وقتيا مستقلا، بل يعتبر عقدا معلقا على شرط واقف، فالأمر لا يختلف كثيرا بالنسبة للعقد الزمني الذي يبرم تحت التجربة حيث يعتبر كذلك عقدا مقترنا بشرط، غاية الأمر أن هذا الشرط يكون فاسخا لا واقفا (32) ص 245.

ذلك أن منطق التجربة المقصودة من هذا العقد يقتضي البدء في تنفيذه وأداء الالتزامات الناشئة عنه، وهو ما يتنافى مع فكرة الشرط الواقف الذي تحول دون تنفيذ العقد بما تجله معلقا على تحقق الشرط الأمر الذي يتفق مع العقود الفورية لا الزمنية (09) ص 354.

وإعمال هذا التحليل في مجال علاقات العمل يستتبع القول بأن عقد العمل تحت الاختبار يعتبر عقدا واحدا معلقا على شرط فاسخ، وهو ما استقر عليه جمهور الفقهاء (30) ص 245، وتتفق هذه النظرة مع التفسير السليم لإرادة المتعاقد باعتبار أنهما لا يقصدان إبرام عقدين متتاليين أو إبرام عقد جديد

في حالة نجاح التجربة، وإنما يقصدان عقد واحد يلتزمان به منذ البداية، دون أن يكون لنجاح التجربة من أثر سوى استمرار العقد الأصلي بشكل بات ونهائي (10) ص 218.

ومقتضى ذلك إذا تخلف الشرط الفاسخ بنجاح التجربة تأكد عقد العمل وصار باتا من تاريخ انعقاده، بحيث تتحدد حقوق والتزامات صرفية من تاريخ إبرام العقد لا تاريخ تخلف لشرط.

أما إذا تحقق الشرط بفشل التجربة، فإن العقد يفسخ دون أن يكون لهذا الفسخ أثر رجعي، لأن عقد العمل تحت الاختبار من عقود المدة، وهذه لا يكون للفسخ فيها أثر رجعي (23) ص 159.

وبالتالي فإن الشرط الفاسخ يضمن حقوق العامل في الفترة من إبرام العقد وحتى زواله بتحقق الشرط (09) ص 355.

وفي تقديرنا، أن العقد الوقتي الذي قد يتماثل موضوعه مع موضوع العقد النهائي يمكن ملاحظته في مجال التأمين، حيث تتجسد صورته على نحو أحق فيما يعرف بمذكرة التغطية المؤقتة باعتبارها اتفاقا مؤقتا قائما بذاته، يهدف به المؤمن إلى دراسة طلب التأمين، حتى يمكنه تقدير مدى ملائمة قبول أو رفض إبرام العقد النهائي (28) ص 166، ويلتزم المؤمن بمقتضى هذه المذكرة بضمان الخطر مؤقتا ولمدة محددة في مقابل قسط معين (19) ص 459.

وإذا عبر المؤمن عن قبول طلب التأمين بتحرير وثيقة التأمين، اعتبر العقد النهائي قد تم من وقت تسليم هذه الوثيقة للمؤمن له، والتي تحل محل مذكرة التغطية المؤقتة، دون أي أثر رجعي يستند إلى وقت تسليم هذه المذكرة.

أما إذا رفض المؤمن طلب التأمين فالراجح فقها أن مذكرة التغطية المؤقتة تظل سارية إلى حين انتهاء المدة الموضحة فيها، لأنها تجسد في هذه الحالة اتفاقا وقتيا قائما بذاته (03) ص 06 و 07.

على أن الغالب أن ينظم العقد الوقتي مسألة تختلف عن موضوع العقد النهائي وأمثلة هذا العقد نجدها محققة بوضوح في عقود نقل التكنولوجيا، ذلك أن التفاوض بشأن إبرام هذه العقود يقتضي بالضرورة إنشاء جزء من المعلومات التقنية للطرف الآخر الذي يريد التزود بها لحثه على التعاقد، ولحماية هذه المعلومات السرية يستلزم إبرام عقد ينظم بصفة مؤقتة السلوك الذي ينبغي على الأطراف مراعاته تجاه هذه المعلومات.

ويهدف هذا العقد إلى فرض التزامات على عاتق الأطراف بمراعاة الأمانة والنزاهة فيما يتعلق بالتزود بالمعلومات من قبل حائزها، واستغلال هذه المعلومات من جانب الطرف الآخر (27)

كذلك فإن عقود بيع المعدات الفنية تكون عادة مسبقة بعقود وقتية تسمى بعقود الدراسة والمشورة، وتهدف إلى القيام بدراسة مسبقة بشأن مدى ملائمة، وجدوى إبرام العقد النهائي والوسائل المثلى لإتمامه (56) ص 257.

وقد يتناول العقد الوقتي فضلا عما تقدم، مسائل أخرى عديدة مثل قصر المفاوضات على الطرف الآخر، وتنظيم نفقات التفاوض وعبء الوفاء بها وتحديد جدول زمني لمراحل التفاوض... الخ (65) ص 165 و166.

8.2.4. الطبيعة القانونية للاتفاقات الوقتية وأثارها

إن الاتفاقات الوقتية تعتبر عقودا كاملة مثل بقية العقود كل ما في الأمر أنها محدودة الزمان في أثارها.

وهي تنشأ التزامات مختلفة باختلاف مضمونها غير أن أهم هذه الالتزامات وأكثرها ارتباطا بهذه العقود، هو الالتزام بمراعاة الأمانة والنزاهة أي حسن النية في إدارة المفاوضات، وقد رأينا أن الإخلال بهذا الالتزام قد يتضمن خطأ يثير المسؤولية التقصيرية للمفاوض، وقد يشكل سببا لبطلان العقد المستقبلي أو صيرورته للبطلان، حتى ولو لم يوجد اتفاق تمهيدي خاص بفرض هذا الالتزام صراحة (38) ص 260، غير أن وجود هذا الاتفاق من شأنه أن يدعم الالتزام بالأمانة والنزاهة ويكسبه مزيدا من التحديد والوضوح بما يسهل معه إثبات الخطأ في إدارة التفاوض.

فالعقد الوقتي يمكن أن يرتب التزامات محددة، كمراعاة النزاهة وكالالتزام بعدم إجراء مفاوضات منافسة مع الغير، وعند الإخلال بها تقوم المسؤولية العقدية للطرف الذي أخل بها، وإذا لم يوجد هذا العقد فإن قواعد حسن النية لا تمنع من قيام مفاوضات موازية مع الغير إذا كان الطرف الآخر عالما بذلك، وتقوم المسؤولية هنا على أساس المسؤولية التقصيرية.

وكذلك الأمر، فإن مبدأ حسن النية يفرض على كل طرف واجبا عاما بعدم إثبات سلوك يعلم أنه ضار بالطرف الآخر، غير أن العقد الوقتي يمكن أن يحدد هذا الواجب، كأن يقرر مثلا التزاما بالسرية أثناء التفاوض سواء في كل أو جزء منها من حيث وجودها وفحواها، وقد تقتصر هذه السرية على المعلومات الفنية التي تقدم خلال التفاوض (56) ص 259.

9.2.4. انقضاء الاتفاق الوقتي

تهدف الاتفاقات الوقتية كما ذكرنا إلى تنظيم المفاوضات ذاتها، لذا فالقاعدة أنها تنقضي بانقضاء هذه المفاوضات سواء بالنجاح أو بالفشل، غير أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لآثار هذه العقود، فهذه الآثار تمتد لزمان قد يكون مساويا لفترة المفاوضات، وقد يقل أو يزيد عنها.

فقد يستغرق الالتزام الوقتي وقتا يقل عن مدة المفاوضات، ويتحقق ذلك عندما يحدد الأطراف أجلا لانقضاء هذا الالتزام، كما في حالة الالتزام بالقصر على الطرف الآخر هذا الالتزام قد يضاف لأجل فاسخ، وعندئذ قد تستمر المفاوضات بعد حلول هذا الأجل، وقد تكون مدة الالتزام الوقتي هي مدة المفاوضات، لا ينقضي إلا بانقضائها.

وقد يؤدي نجاح المفاوضات إلى انقضاء بعض هذه الالتزامات الوقتية كالالتزام بعدم استغلال المعلومات التكنولوجية أو إفشائها أثناء التفاوض فهذا الالتزام ينقضي حتما بإبرام عقد نقل التكنولوجيا الذي يجعل هذا الاستغلال حقا للطرف الآخر.

وهناك التزامات وقتية تمتد إلى ما بعد إبرام العقد النهائي، لصيرورتها التزامات ناشئة عن هذا العقد، كالالتزام بعدم الإفشاء للغير بالمعلومات التكنولوجية محل العقد النهائي (28) ص 170.

وقد تفشل المفاوضات، ومع ذلك تستمر بعض الالتزامات الناشئة عن العقد الوقتي، كالالتزام بعدم إفشاء أو استغلال المعلومات، وعندئذ ينبغي أن يضع الأطراف أجالا لذلك، وإلا تولى القاضي تحديده.

وأخيرا، فإن عدم إبرام العقد النهائي قد يقتضي البدء في تنفيذ بعض الالتزامات التي يفرضها العقد الوقتي، كالالتزام بالوفاء بالالتزامات ونفقات التفاوض (56) 250

3.5. الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة التفاوض

اختلف الفقهاء بداية في بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، فمنهم من قال أنها مسؤولية عقدية، ومنهم من قال بأنها مسؤولية تقصيرية، ومنهم من ذهب إلى جعلها مسؤولية موضوعية، وفيما يلي سنتعرض لهذه المسؤوليات المختلفة بهدف التعرف على الفكر القانوني السائد، والذي خاض في هذا الصدد من خلال أفراد المبحث الأول لدراسة نظرية المسؤولية العقدية، ونظرية المسؤولية التبعية العقدية في مرحلة التفاوض ونفرد المبحث الثاني لدراسة المسؤولية الموضوعية والمسؤولية التقصيرية، والنظرية المختارة لهذه المسؤولية في مرحلة التفاوض، كما سنتكلم في هذا الصدد عن مسؤولية الغير عن إفساد المفاوضات.

1.3.5. نظرية المسؤولية العقدية ونظرية مسؤولية التبعية العقدية

لقد قلنا أن الفقه اختلف في تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، ففي هذا المبحث نجد هاتان النظريتان التي أتى بها الفقهاء الألمان كما سنرى، من خلال مطلبين مستقلين، الأول لنظرية المسؤولية العقدية خلال مرحلة التفاوض، والمطلب الثاني نفرده لنظرية مسؤولية التبعية العقدية، وهذا من خلال دراستهما من عدة جوانب كما سيأتي ذلك.

2.3.5. نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض

إن هذه النظرية يرجع الفضل فيها لأحد الفقهاء الألمان وهي ذات أهمية ملموسة، في أنظمة قانونية عديدة، ولدراستها نرى أن نقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين، الأول هو مضمون نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض، والثاني هو تقدير هذه النظرية وأثارها.

3.3.5. مضمون نظرية المسؤولية العقدية

يرجع الفضل في صياغة هذه النظرية إلى الفقيه الألماني Rudolf von. Jhering، حيث أطلق عليها نظرية التقصير أو الخطأ في التعاقد، ويشار إليها بالأحرف الثلاثة الأولى من تسميتها الألمانية C.I.C (51) ص 286، وهي نظرية تحتل مكانة مرموقة تتزايد تدريجياً في النظم القانونية المختلفة.

كما أن هذه النظرية تركز على انعقاد المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، استناداً إلى توافر خطأ يعقد مسؤولية من ينسب إليه عن التعويض لعدم تنفيذ عقد صحيح أو لعدم إبرام عقد أو إبطاله ويجب إدراك جوهر هذه النظرية، وبيان الخلفية التي انطلق منها - Jhering - في هذا التأصيل والأساس الذي استند إليه وما ترتب عن ذلك من نتائج.

أ- خلفية النظرية:

لم يكن هذا الفقيه ليصل إلى نظريته الشهيرة إلا لما لاحظته من قصور في القانون الألماني الذي كان سائداً في عصره، المستمد من القانون الروماني، فقد لاحظ هذا الفقيه أن القانون لا يهتم اهتماماً كافياً بحاجات التجارة، فكان هذا القانون يعطي تأثيراً قانونياً حاسماً لكل زلة قلم، أو نقل خاطئ للإيجاب أو للقبول، أو الوقوع بإرادة منفردة في الخطأ أياً كانت درجته بشأن شخصية الآخر، أو محل التعاقد فلا يكون ثمة لمن وقع ضحية ذلك المطالبة بالتعويض.

وكنتيجة لذلك لن يلتزم من يطلب بشراء مائة قلم وكان في مقصوده أن يطلب عشرة فقط، إلا بأن سيسدد ثمن هذه العشرة أقلام، و لن يتحمل مصروفات نقل البضاعة المرفوضة ذهاباً وإياباً (51) ص 386.

ولم يرضى – Jhering - بالرأي السائد في ذلك الوقت القائل باستحالة ركون الموجب إلى إتمام العقد، ولو كان قد صدر قبله، استنادا إلى إمكانية وفاة من وجه إليه أو عدوله عنه قبل تلاقي الإرادتين.

كذلك تأثر – Jhering - بنصوص القانون الروماني، كان يقيد التعويض بشروط معينة، فلم يكن هذا القانون يقبل أن يعد العقد الباطل بوصفه واقعة مادية، خطأ يوجب التعويض، ووجد في نصوص القانون الروماني ما يخول المشتري رغم عدم توافر شرط المحل، كأن يكون المبيع تركة لا وجود لها بسبب حياة المورث مثلا، أو ما تخرج عن دائرة التعامل، كبيع رجل حي أو أشياء دينية أو معدوما الحق في دعوى عقدية رغم بطلان عقد البيع، لاسترداد الثمن والتعويض عن الضرر الذي لحقه لاعتقاده في صحة عقد البيع، فقد كانت هذه الدعوى تستهدف ما لحقه وما فاته من كسب من جراء عدم التنفيذ، بغية إعادة الحال إلى ما كان عليه.

وكان منظور الرومان لذلك، هو أن البطلان لا يعني سوى تخلف الأثر الجوهري للعقد الباطل وهو التنفيذ، أما الالتزام الآخر بتعويض الضرر إذا أصبح تنفيذه مستحيلا لمانع قانوني حال دون قيامه فلا يزول، حيث تقتضي العدالة أن يتحمل البائع دون المشتري تبعه ما يدر منه خطأ تمثل في جهله بأن التركة لا وجود لها، أو بأن العين خارجة عن التعامل ولو لم يكن في مقدوره مطلقا العلم بذلك خطرا لأنه كان يجب عليه العلم مثله في ذلك مثل البائع في ضمان العيوب الخفية، وإذا ثبت أن المشتري كان لا يعلم بها ولو كان البائع معذور في عمله (29) ص 36.

ب- أساس النظرية

الالتزام باليقظة عند التعاقد يحمل هذا الفقيه – Jhering - البائع بالتزام اليقظة عند التعاقد منعا من اضطراب المعاملات القانونية، وذلك بضمان صحة إعلان إرادته وبراعتها من أسباب البطلان ولو كان السبب أجنبيا.

إذا أخل بهذا الالتزام، فعلى الطرف الملزم أن يعرض الطرف البريء عما لحقه من ضرر لركونه إلى صحة العقد ومفاجأته بما وقع، و يغطي هذا التعويض المصلحة السلبية المتمثلة في عدم إبرام العقد، أما المصلحة الإيجابية المتمثلة في تنفيذ العقد، أو التعويض المعادل لهذا التنفيذ ويشمل ما فات من كسب وما لحق من خسارة، فلا مجال المطالبة بها استنادا إلى عقد باطل، كل ذلك ما لم يكن العاقد ضحية البطلان أو القابلية للإبطال علم أو قصر في العلم بسبب البطلان (29) ص 38.

إن أساس هذه النظرية يمكن في المقام الأول في انعدام الحرص من جانب من اتخذ مظهرًا كاذبًا أو حتى للآخر بوجود عقد ملزم خلافًا للحقيقة، وهو مسلك يعقد مسؤوليته قبل صحته مادام هذا الأخير لم يعلم أو يقصر في العلم بسبب البطلان، فتستدعي المصلحة العقدية السلبية تعويض الضرر الذي وقع كنتيجة اعتقاد المتعاقد في صحة العقد، أو في عدم إبطال العقد بعد أن يظهر في الحياة القانونية أن مصلحته تكمن في عدم إبرام العقد على هذا النحو وقد يشمل التعويض عن المصلحة العقدية السلبية الكسب المتمثل في رفض فرصة سانحة، أو التواني في السعي الجاد إلى صفقة أخرى في وقت مناسب ومفاد ذلك أن المصلحة العقدية السلبية قد تتساوى أحيانًا بالمصلحة العقدية الإيجابية وإن كانت لا تختلط بها، ومثال ذلك الفندق الذي تلقى برقية لحجز غرفة لعميل قادم ثم لا يحضر، في هذا المثال يلتزم العميل بسداد قيمة الغرفة المحجوزة له، دون أن يستطيع التمسك بوقوع غلط في البرقية، ويكمن الفارق هنا بين المصلحة السلبية والإيجابية، في أن الثانية لا مجال لشمولها الكسب الغائب، إلا إذا أقام الفندق الدليل على وقوع ضرورية فعلا، تمثل في تقدم آخر لشغل الغرفة ورفض الفندق، ذلك ركوبا منه على البرقية التي وردت إليه، ومفاد ذلك أن عدم توافر الدليل على وقوع الضرر يستبعد استفادة الفندق من التعويض عن المصلحة الإيجابية و ننوه بأن - Jhering - يستبعد مدفوعا باعتبارات العدالة مسؤولية العاقد عن البطلان لاستحالة المحل، إذا كان جهله بالاستحالة راجعا إلى تقصيره حيث يوسع العاقد الآخر التحري لبيان بسبب البطلان الراجع إلى استحالة المحل.

وخلاصة القول أن المتسبب في عدم التنفيذ يلتزم بالتنفيذ بمقابل إذا امتنع عن تنفيذ عقد صحيح، حيث يحدد قيمة الشيء وما كان سيحققه المشتري من قيمة مضاعفة حال انعقاد العقد - المصلحة الإيجابية- على العكس فإن السبب في عدم الإبرام أو الإبطال يعقد (29) ص 39.

مسؤولية البائع عن التعويض وإن كان المشتري لا يحصل على قيمة الشيء، بل يسترد النفقات التي تكبدها اعتقادا منه في سلامة العقد، من نفقات التنقل الغير مجدية، والعقود الأفضل التي رفضها ركونا منه إلى صحة سلامة العقد، وبذلك يتم رد الحال إلى ما كان عليه إذا ما كان هذا العقد لم يكن مطروحا إبرامه أبدا أي المصلحة السلبية (29) ص 39 و40.

4.3.5. تقدير هذه النظرية

نورد هذا التقدير من خلال ما استقر الفقه على اعتباره من مزايا هذه النظرية، والمآخذ التي أخذت عليها من خلال.

أ- مزايا هذه النظرية: إذا يمكن استخلاص عدة مزايا لهذه النظرية نوجزها في:

1- تبني فكرة الخطأ

يقيم - Jhering - نظريته على نعت مسلك من تسبب في عدم انعقاد العقد ب - الخطأ - ويذهب إلى حد افتراض مجرد إقدام البائع على التعاقد دون أن يكون واثقا من وجود ما قد يبطل البيع من عيب وهو بذلك لا يقيم المسؤولية على عقد ظني، فيتفادى بذلك انتفاء المسؤولية إذا كان الظن مشتركا بين الأطراف بما يدل على حسن نيتهم، وهو بذلك يفترض توافر قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على توافر الخطأ، من مجرد القدرة على التعاقد مع توافر العيب، ولو كان هذا العيب خفيا عليه شخصا.

2- ابتداء فكرة الخطأ عند التعاقد

إسنادها إلى أساسا عقدي وتقصيري وبذلك يكون - Jhering - قد وضع نوعا ثانيا من الخطأ يقف بينهما أي بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، وبمجرد ثبوت رجوع سبب البطلان إلى طرف معين التزامه بالتعويض، وهذا ما يعطي لهذه النظرة صلاحية الولوج في الأنظمة القانونية المختلفة.

3- توسعة المفاهيم السائدة المستمدة من القانون الروماني

بما يستجيب لحاجات التعامل، بل بات يكفي لعقد المسؤولية التسبب في إيجاد مظهر تعاقدية ولو بحسن نية ووثق فيه المتعاقد الآخر، كذلك وسع من فكرة العقد، حيث لم يكن معقولا اعتبار كل إيجاب وقبولا عقدا واتباع فكرة عدم جواز تجريد العقد الباطل من آثاره، فقصر بذلك أثر البطلان على الركن أو الشرط الباطل وحده دون سواه، وهو ما مكنه من إقامة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد الباطل نفسه، كما ابتكر فكرة التعويض عن المصلحة العقدية السلبية، بما لا يجاوز المصلحة العقدية الإيجابية بشرط إثبات وقوع الضرر وعدم علم من أصابه الضرر وأوجب علمه سبب البطلان أو القابلية للإبطال.

ب- عيوب هذه النظرية

يمكن أن توجز المآخذ التي نالها الفقه من هذه النظرية فيما يلي:

1- نظرية تقوم على وهم

فهي تقوم على افتراض أحد أمرين، افتراض الخطأ في جانب المتعاقد رغم أنه قد يجهل سبب البطلان، أو ينتفي التقصير في جانبه لعدم علمه بهذا السبب، وهو ما يجعل فكرة الخطأ أقرب إلى فكرة تحمل التبعة، منها إلى فكرة الخطأ التقصيري، وافتراض عقد ضمني بكفالة التعاقد وفي هذا المقام ينفذ العلامة السنهوري مسلك - Jhering - حيث يقول بحق، أن في ذلك ما يجعلنا نتناول هذا العقد ونفرضه على المتعاقد قصرا، ولا يتمشى في ذلك مع نيته الحقيقية، ويضرب سيادته لذلك مثلا بالقاصر، حيث كيف نتصور أن يكون وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذي تقرر إبطاله لنقص أهليته

ملزما بالعقد الضمني الذي يكفل به صحة التعاقد؟ وأين نقص الأهلية؟ ألا يؤثر في العقد الضمني كما يؤثر في العقد الصريح؟ وقل مثل ذلك في حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة فمن كان هازلا في العقد الصريح، ألا يكون أكثر هزلا في العقد الضمني؟ (19) ص 374.

2- عدم كفاية فكرة الخطأ

تغلب هذه النظرية عبء الإثبات حيث لا محل للمتمسك بوجود خطأ، إذا ما أقام الطرف المنسوب إليه هذا الخطأ الدليل على عدم صحة ذلك، إذا ما وقع خطأ عند نقل مضمون برقية وتعامل من وجهت إليه البرقية معتقدا في صحة ما ورد فيها، فمن يتحمل تبعة الخطأ؟ فهل يتحمل ذلك موجه البرقية باعتباره قد أخطأ في اختياره وسيلة البرق لنقل إرادته؟ إذا كان ذلك صحيحا، أليس مفاد ذلك توافر مسؤولية دون خطأ، وهو ما يتعارض مع العادات التجارية المستقرة.

3- تجاهل الأثر المطلق للبطلان

فمفاد ذلك زوال كل أثر للتصرف الذي يلحق البطلان، وهو ما يتعرض جذريا مع اقتصار أثر البطلان على الركن أو الشرط الذي أصابه البطلان وحده (21) ص 505.

4- الأخذ بتفرقة تحكيمية بين التعويض عن المصلحة العقدية

سواء كانت إيجابية أو المصلحة العقدية السلبية، وهي مصلحة يصعب تبريرها في بعض الحالات (19) ص 678.

كل ما تقدم أدى بالتقنين المدني القديم والحالي في مصر والتقنين المدني الفرنسي وحتى المدني الألماني نفسه إلى عدم الأخذ بنظرية المسؤولية التعاقدية عن مرحلة التفاوض، ولو بالتصريح بها في الأعمال التحضيرية وأكد العلامة السنهوري (19) ص 677، أنها من نظريات الضرورة التي قال بها - Jhering - اضطرارا لما ضاق به القانون الروماني، عن أن يتسع لحاجات التعامل، ولم يعد للمتمسك بها ما يبرره بعد أن شاعت فكرة الخطأ وفكرة العقد، وأصبحنا في سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الروماني، مع ذلك مازال المجال مفتوحا أمام المشرع ليتبناها كلما وجد ذلك ملائما للحاجات العملية (61) ص 494.

5.3.5. نظرية التبعية العقدية في مرحلة التفاوض

وسندرس ذلك من خلال فرعين، الأول هو مضمون هذه النظرية والثاني هو تقدير هذه النظرية.

6.3.5. مضمون هذه النظرية

يرجع الفضل في وضع هذه النظرية للفقير الألماني – Windscheid - وهو صاحب النظرية والتي سماها بنظرية التبعية العقدية *Risque Contractuel* (30) ص 132.

ويتمثل مضمون هذه النظرية في عقد مسؤولية كل مقدم على التعاقد عن تبعة النشاط العقدي، فيكفي وقوع الضرر وثبوته للحكم بالتعويض، مفاد ذلك أن صاحب هذه النظرية يحمل كل مقدم على التعاقد تبعة الأضرار التي قد تنجم عن إقدامه، بغض النظر عن حتمية وقوع هذه الأضرار أو الأسباب التي حالت دون قيام العقد، وتنعقد مسؤولية البادئ بالنشاط العقدي ولو كانت هذه الأسباب مجهولة غير معروفة.

وممكن الخلاف بين هذه النظرية ونظرية الفقير - Jhering - هو في عيب الإثبات وحده حيث يتطلب - Jhering - أن يثبت المضرور إخلال المسؤول بالتزامه باليقظة عند التعاقد، في حين يكفي - windscheid - بإثبات ما لحقه من ضرر لعقد المسؤولية عن التعويض.

وتنوه بأن هذه المسؤولية تنتهي إذا أقام الطرف الآخر الدليل على علمه أو إهماله أو عدم حيطة في العلم بما حال دون انعقاد العقد أو أدى به إلى البطلان .

وقد أخذ التقنين المدني الألماني بهذه النظرية، لتفادي إلزام من تلقى إيجاباً لم يتحرى جديته بالتعويض، إذا ما أقام الطرف الآخر الدليل على الآخر أو تقصيره في العلم بسبب البطلان أو عدم انعقاد العقد.

7.3.5. تقدير هذه النظرية

لبيان ذلك سنتطرق إلى مزايا وعيوب هذه النظرية كما يلي:

أ- مزايا هذه النظرية: وهي ميزتان أساسيتان هما:

1- سهولة الإثبات: إقامة المسؤولية على أساسا التبعية العقدية بمجرد ثبوت الضرر، دون الحاجة إلى إثبات الإخلال بالالتزام باليقظة في التعاقد.

2- الاستجابة للحياة العملية: تؤدي هذه النظرية إلى تحلل المقدم على التعاقد من المسؤولية إذا ثبت أن الضرر الذي لحق الطرف الآخر من جراء ذلك، ناشئ عن خطأ الأخير (29) ص 45.

ب- عيوب هذه النظرية: يمكن إجمالها في أربعة عيوب هامة منها:

1- النظرة الخاطئة للمشكلة إن هذه النظرية تنطلق من فكرة مفادها انعقاد مسؤولية الموجب باعتباره البادئ في النشاط العقدي على الرغم من إمكانه تبادل الأدوار بين الأطراف خلال مرحلة التفاوض فيصدر الإيجاب ممن تلقى الإيجاب، ومثال ذلك عقد المقاوله فمتلقي الإيجاب يصبح موجبا عند ما يتقدم بعطائه.

2- القصور في معالجة المشكلة: يفترض صاحب النظرية أن الضرر يلحق دائما بمتلقي الإيجاب، في حين أن الموجب نفسه قد يكون هو الضحية عندما يقطع متلقي الإيجاب المفاوضات.

3- عدم بيان مضمون الالتزامات الأطراف في مرحلة التفاوض: إن صاحب هذه النظرية لم يفصح عن مضمون الالتزامات التي تثقل كاهل الأطراف في مرحلة التفاوض.

4- عدم الإفصاح عن طبيعة المسؤولية التي تنعقد هل هي عقدية أم تقصيرية (30) ص 132

كل هذه الأسباب أدت بالفقه إلى التطلع إلى نظرية أخرى وهي نظرية المستشار الإيطالي - Faggela- التي سندرسها في المبحث القادم.

8.3.5. نظرية المسؤولية الموضوعية ونظرية المسؤولية التقصيرية

والنظرية المختارة لهذه المسؤولية في مرحلة التفاوض

بعدما رأينا سابقا نظرية المسؤولية العقدية ونظرية التبعية العقدية سنرى في هذا المبحث نظريتان أخرتان، وهذا من خلال مطلبين أساسيين، الأول خاص بنظرية المسؤولية الموضوعية، أما المطلب الثاني سندرس فيه نظرية المسؤولية التقصيرية، ثم خصصنا المطلب الثالث للنظرية المختارة للمسؤولية في مرحلة التفاوض من طرف الفقه عموما.

9.3.5. نظرية المسؤولية الموضوعية في مرحلة التفاوض

إن هذه النظرية يرجع الفضل إلى المستشار الإيطالي الذي يسمى - Faggela Gabrielle- وهي نظرية استمدتها من نظرية الفقيه الألماني - Jhering - وحاول تقادي ما أخذ على نظرية هذا الفقيه من مأخذ، فابتكر فكرة وجود اتفاق على نظرة هذا الفقيه في المفاوضات ما قبل التعاقدية، قوامه التعامل طبقا لمبدأ حسن النية، وقواعد العدالة العامة، لذلك سندرس هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين: الأول هو مضمون هذه النظرية والثاني هو تقدير هذه النظرية.

4.6. مضمون هذه النظرية

إن - Faggela - يستند في نظريته على أفكار ثلاثة أساسية تؤدي في نهاية الأمر إلى القول بوجود اتفاق صريح أو ضمني على التفاوض يعقد مسؤولية من يخالفه (29) ص 47 و48.

وتتمثل أفكاره الثلاثة، في تقسيم ثلاثي لمراحل التعاقد ومبدأ الحق الكامل في الانسحاب والعدول حتى بعد تصدير الإيجاب، والمزج بين الحق في العدول والمسؤولية بحيث تنعقد المسؤولية لدرجات متفاوتة، عند العدول في كل مرحلة من هذه المراحل استناداً إلى مجرد الدخول في المرحلة قبل التعاقدية، وهو ما يفرز اتفاق بالضمان مقتضاه هو التعامل بحسن نية وفقاً لقواعد العدالة، وهذا كله يحتاج إلى نوع من التفصيل على النحو التالي:

- مراحل التعاقد:

وهي كما يراها - Faggela - ويستند إلى حقيقة مفادها عدم اعتبار تلاقي الإرادات مجرد مشروع في الهواء بل وسيلة عبور الأطراف إلى المجال القانوني، ويرتب المسؤولية المدنية خلال مراحل ثلاثة للمتعقد، دون المساس بحقيقتين وهما حرية الأطراف في العدول مع التزامهم بالتعويض عند توافر الضرر عند الانسحاب من المفاوضات أو العدول عن الإيجاب أو قطع المفاوضات، فينبغي انعقاد المسؤولية التراضي المتبادل الصريح أو الضمني بالدخول في المرحلة قبل التعاقدية كما يلي:

أ- المرحلة الأولية

وهي مرحلة المساومة، وكذلك تسمى مرحلة المفاوضات المبدئية، يهدف الأطراف في هذه المرحلة الطويلة تبادل الإيجاب والقبول بهدف الوصول إلى تفاهم مشترك، حول النقاط الأساسية، وقد يبرموا لذلك اتفاقات متعاقبة بهدف الحسم التدريجي لكل مرحلة يجتازونها، على أن يخضع هذا كله لصياغة نهائية تصبغ عليه صفة الإلزام، بعبارة أخرى أن كل ما يتم من تفاهمات متبادلة أو اتفاقات متعاقبة لا يرقى إلى مرتبة العقد ولا يلزم الأطراف المتفاوضة إلا بعد عرض هذا كله في صورة مشروع نهائي، يخضع للقبول أو الرفض وبذلك تكون هذه المرحلة لدى - Faggela - شبيهة بما يخضع له التشريع عند سنه، بحيث تتم الموافقة على كل مادة من مواد المشروع على حدة، ثم يوافق على المشروع كله في النهاية، وإن كان يؤكد أن الفارق بين عملية سن التشريع وعملية صياغة العقد تكمن في إمكانية العدول المخولة للأطراف، فليس لأعضاء البرلمان مراجعة ما وافقوا عليه في حين أن المتفاوضين يملكون دائماً مراجعة ما انتهوا إليه، فينقضون في الصباح ما أبرموه في المساء.

ب- المرحلة الوسطية

فهي مرحلة صياغة الإيجاب النهائي ويتولى الأطراف في خلال هذه المرحلة صياغة المقترح في شكل نهائي وقاطع وتقديمه إلى الطرف الآخر.

ج - المرحلة النهائية

وهي مرحلة تصدير الإيجاب، يتم في هذه المرحلة اتخاذ القرار الحاسم المدروس، بتصدير الإيجاب وبذلك ينعقد التزام الموجب قبل من وجه إليه الإيجاب، وليس في القول بالمسؤولية في هذه المرحلة حيث يتعلق الأمر بالعدول عن الإيجاب.

وانطلاقاً من أن هذه الاتفاقات جميعاً ليست مجرد مشروعات في الهواء، بل تتمتع بقيمة قانونية، حيث ترتب آثاراً قانونية متفاوتة وتحتل كل تفاهم بين الأطراف مركز الصدارة من حيث الإلزام القانوني ما دام سعيهم في التفاوض يهدف إلى إبرام العقد.

- قواعد المسؤولية

تختلف درجات المسؤولية حسب المرحلة العقدية التي يتواجد فيها الأطراف، ويعالج – Faggela- نقاط ثلاثة، ضمن موضوع المسؤولية، وهي الشروط والأساس والنطاق وذلك على النحو التالي:

1- الشروط

يشترط - Faggela- لعقد المسؤولية عدم وجود تعارض بين المصالح الاقتصادية للأطراف احتراماً لقواعد حسن النية والعدالة، وبعبارة أخرى يتطلب سيادته ألا يكون العدول أو الرجوع مجرد نزوة، ويمثل للأحوال التي لا تقوم فيها المسؤولية بوجود مقترحات أكثر تمييزاً من حيث ضمانات التنفيذ، أو حجم العملاء من تلك التي طرحها صاحب الإيجاب الأول فلا مجال لعقد مسؤولية من فضل إبرام العقد مع آخر ما دام قراره مبرراً بمصلحة اقتصادية متوافرة في عقده، ومنتفية في الإيجاب المقدم إليه.

2- الأساس

توافر التزام قانوني ضمني يقتضي التراضي الصريح أو الضمني على إبرام عقد ما، ويستند مجرد هذه الالتزام الضمني إلى العدالة ويترتب على واقعة إرادية وهي إبرام العقد، فيتحمل كل متفاوض بمخاطر عدم الإبرام التي تراضي الطرفان على ضمانها.

3- النطاق

تمتد المسؤولية لتشمل التعويض عما تكبده الطرف الذي وقع ضحية العدول في سبيل الدخول في عملية إبرام العقد، فيتعين توافر علاقة سببية مباشرة بين ما تكبده وما لحقه من ضرر وبيان ذلك يتمثل في التزام من تسبب بفعله في عدم إبرام العقد بتعويض المتفاوض معه عن النفقات التي تكبدها لإجراء البحوث و الدراسات اللازمة للتقدم بإيجابه، أما ما سبق مرحلة التقدم بالإيجاب أو لحقها فلا يعوضه الطرف الآخر (29) ص 51.

كذلك الحال بشأن ما تكبده من نفقات ليتقدم بإيجابه، دون أن تتوافر رابطة سببية مباشرة بين ما تكبده من جانب وما قدمه من إيجاب من جانب آخر، علاوة على مافات من كسب، وهي بذلك أكثر سعة من نظرية - Jhering - التي تكتفي الرد أو التعويض الكافي لرد الحال إلى ما كانت عليه.

ويقسم هذا الفقيه المسؤولية في كل مرحلة من مراحل التعاقد لجبر ما ضيع من قيمة مالية على النحو التالي:

فلا يعقد المسؤولية عن المرحلة الأولية إلا عن العدول التحكيمي، الذي يجبر بتعويض محدود لا يتضمن العنصر السلبي، فيقتصر التعويض على الأضرار المتصلة اتصالا مباشرا بقبول التفاوض، حيث يشمل النفقات التي تم تكبدها والمصروفات التي سددت دون الفرص الضائعة، نظرا لأن هذه الفرص لا ترتبط بقبول التفاوض إلا بعلاقة بعيدة غير مباشرة.

وفي المرحلة الثانية، تنعقد المسؤولية عن العدول الذي يجبر بتعويض أوسع يتضمن العنصر السلبي أيضا، حيث أن الرضاء بالتفاوض أصبح رضاء بصيغة الإيجاب، فإذا ما قطعت المفاوضات فالقيمة المالية التي تحطمت أوسع نطاقا فيشمل التعويض النفقات والمصروفات والفرص الضائعة.

وينطبق على المرحلة الثالثة، ما ينطبق على المرحلة الثانية، وإن كان نطاق الضمان أوسع، فيشمل التعويض علاوة على زيادة عناصر التعويض لتشمل الانسحاب التحكيمي، إلى جانب كل قطع للتفاوض مهما كان الباعث عليه.

وعلى هذا الأساس تنعقد المسؤولية في جميع المراحل بدرجات متفاوتة احتراما لما يضعه الطرف الآخر في التعبير عن الإرادة من نفقة واطمئنان.

وخلاصة القول أن المسؤولية تنعقد عند - Faggela -، عند وجود التراضي المتبادل سواء كان صريحا أو ضمنيا على التفاوض، والمسؤولية لا تعني إلا سداد المصروفات والنفقات في المرحلة الأولى للتعاقد، ثم تمتد لتشمل الفرص الضائعة في المرحلة الثانية عن الانسحاب التعسفي، أما في

المرحلة الثالثة فيشمل التعويض المصروفات والنفقات والفرص الضائعة كما هو الحال تماما في المرحلة الثانية، وإن كانت المسؤولية تنعقد في الرحلة الثالثة أيا كان الباعث على قطع المفاوضات، سواء كان الانسحاب أو الإنهاء تعسفيا أو غير تعسفيا (29) ص 52 و 53.

1.4.6. تقدير هذه النظرية

وفرت هذه النظرية عدة مزايا لم تكن لنظرية - Jhering - وإن كانت سهام النقد قد أصابت أكثر من موقع. وهذا ما سنعرفه فيما يلي:

أ- مزايا هذه النظرية

وهي سبعة مزايا يرجع الفضل لهذه النظرية في طرح فكرة المسؤولية الموضوعية في المرحلة قبل العقدية وهو ماجعل لها أكثر من مزية كما سنرى فيما يلي:

1- نبذ فكرة الخطر العقدي الذي يجعل كل قطع مصدر للمسؤولية فلا يرتضي - Faggela - إلا جعل الحرية التعاقدية هي الأساس وعقد المسؤولية هو الاستثناء (71) ص 106.

2- تحديد مضمون الحرص عند التعاقد لأول مرة، حيث نكل - Jhering - عن ذلك، لكن - Faggela - تبنى أسلوبا دقيقا في هذا الصدد، يتمثل في قطع المفاوضات لأسباب أخرى غير الأسباب الاقتصادية المحضة (71) ص 106.

3- التدرج في التعويض بحسب المرحلة التي يوجد عندها الأطراف من بين المراحل الثلاثة السالفة الذكر، فلم يربط التعويض بالمصلحة السلبية وحدها كما فعل - Jhering - (66) ص 735.

4- إبراز فكرة المسؤولية الموضوعية على قبول التعويض، وهذا كله مبرر بقواعد العدالة وحسن النية. التي تقتضي احترام توقعات الأطراف وما يضعونه من ثقة في التعامل (66) ص 107.

5- الربط بين فكرة المسؤولية والعدول الحكمي، وهذا الربط محمود حيث يراعي ما قد يكون للأطراف من مصالح اقتصادية. مشروعة مبررة للعدول، فلا تنعقد المسؤولية إلا عند انتفاء مبرر العدول.

6- التخلي عن فكرة - Jhering - بتحمل المخاطر، فقد سبق القول أن - Jhering - يجعل أساس المسؤولية مرسل البرقية عن النقل البرقي المعيب، وما سيتبعه من بطلان هو تحمل المخاطر المتمثلة في هذا الصدد في اختيار أسلوب النقل البرقي (61) ص 198.

7- إبراز علاقة السببية بين قطع التفاوض والضرر والواقع، فيجعل المسؤولية متدرجة ومتغيرة بحسب درجة الثقة بين الأطراف في لحظة قطع المفاوضات، - Faggela - هنا

بتسليطه الضوء على علاقة السببية يأخذ باعتباره قواعد حسن النية والعدالة مع مبدأ حرية التعاقد.

وهذه كلها كما يقول الأستاذ – Salleille - أفكار ممتازة لم يسبقه إليه - Jhering – (66)

ص 107.

لكل هذه الأسباب اعتبر الفقه نظرية – Faggela - أيا كانت درجة تعقيدها، النظرية الأكثر اتفاقا مع ضروريات الحياة الاقتصادية الحديثة (71) ص 106.

ب- عيوب هذه النظرية

وهي عموما ستة عيوب، بحيث أخذ الفقه على هذه النظرية عدة مآخذ نوجزها فيما يلي:

1- تبقى تفرقة غير مبررة حول مراحل التعاقد الثلاثة (71) ص 100. ففي حين لا يعقد المسؤولية في مرحلة المساومة ومرحلة صياغة الإيجاب النهائي إلا عند الانسحاب الحكمي، نجده يرتضي في مرحلة تصدير الإيجاب حق كل طرف في الانسحاب مع التزامه بالتعويض عما وقع من نتائج ضارة، وذلك على الرغم من أن تصدير الإيجاب يخلف ثقة أكبر في فرص انعقاد العقد، وإن كان يظل مجرد عمل من أعمال التفاوض يتخذ شكل مشروع نهائي ولا تختلف في كثير أو قليل عن الوضع في المرحلتين الأولى والثانية، وبعبارة أخرى أكثر تركيزا، أن هذه التفرقة إلى ثلاث مراحل هي تفرقة تحكيمية تتعارض مع الواقع، وتثير مشكلات عملية عدة، وعلى كل الأحوال ينطوي قبول انعقاد المسؤولية عن هذه المراحل السابقة على التعاقد على تنفير راغبي التعاقد في عملية التعاقد نفسها، حيث سيشعرون بتقبيد حقهم المشروع في وضع نهاية لعملية التفاوض ككل (66) ص 735 و 736.

2- الأخذ بمعيار منضبط للتفرقة بين العدول التحكيمي، والعدول غير التحكيمي، فيرى الفقه في هذا المعيار فتحة لباب التحكم أمام القضاء لاستظهار النية الحقيقية، حيث يدقق تحديد مدلول المصلحة الاقتصادية الخاصة التي دفعت أحد الأطراف إلى عدم إبرام العقد (66) ص 736 و (71) ص 107، ويضرب الفقه مثلا على غموض هذا المعيار بعقد البيع الذي يتفق فيه الأطراف بدعوى أن سبب الانقطاع هو اعتبارات اقتصادية محضة، بغير أن نخوض في تحري نية من قطع هذه المفاوضات وهو أمر دقيق وشائك فضلا على سهولة إخفاء الانسحاب لاعتبارات شخصية محضة وراء اعتبارات اقتصادية محضة، كذلك سيؤدي عملا إلى رفض اعتبار الانسحاب تحكيميا، وبالتالي رفض عقد المسؤولية (71) ص 103 و 104.

3- التناقض بين الأفكار الأساسية للنظرية، وتمسكا بمبدأ العدول التحكيمي خطأ يتمثل في انتهاء الثقة في التعامل، وتمسكا بمبدأ حرية كل طرف في وضع نهاية لعملية التفاوض، لكان معنى ذلك أن نأخذ

بالبسار ما منحناه باليمين، وفي هذا انتهاك للتقاليد التجارية والأمان و العدالة في مجال التجارة (66) ص 742 و743.

4- افتراض عدم جواز العدول عن الإيجاب في كل الأحوال كما لو كان العدول يتعارض مع طبيعة الإيجاب نفسها، فإذا كانت هناك مصلحة اجتماعية مطلقة تكمن في عدم جواز العدول عن الإيجاب احتراماً للعلاقات الاجتماعية الاقتصادية وما يجب أن يسودها من أمن وثقة، فإن هناك منفعة اجتماعية في تقييد مطلق لهذه القاعدة احتراماً لما يجب أن يسود العلاقات الاجتماعية الاقتصادية، ومفاد ذلك أن التنفيذ العيني ليس الحل الدائم لجميع حالات العدول.

حيث لا يمكن القول له إلا عند اتفاق الأطراف على ذلك، كأن يحددوا ميعاداً للقبول، فإذا لم يكن هناك، مثل هذا الاتفاق، فليس للاتفاق أي طابع ملزم (66) ص 746 و751.

5- الاستناد إلى فكرة وهمية مماثلة لفكرة - Jhering - وهي فكرة اتفاق الضمان بعدم النكول عن المفاوضات، فهذا الاتفاق يصعب تخريجه استناداً للمفهوم التقليدي للخطأ.

حيث يستدعي النص القانوني الصريح عليه (66) ص 726 و727، فإذا فرضت هذه الفكرة بالقانون فلا يمكن لمن فرضت عليه أن يتخلص منها بإرادته على الرغم من أن مصدرها واقعة إرادية فهي الرضا بإبرام العقد، وهو ما يجعل منها فكرة تنطوي على مخاطر حقيقية.

6- استناد النظرية في حقيقة الأمر إلى فكرة الخطأ التي يرفضها -Faggela-، حيث يتمثل الخطأ في الإخلال بما تقتضيه العدالة وحسن النية في مجال التجارة، فجوهر نظريته يقوم على توافر هذا الخطأ، وهذا ما يجعل من لجوئه إلى اتفاق الضمان محض (71) ص 105.

2.4.6. نظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض

لجأ الفقه والقضاء الفرنسي منذ البداية إلى فكرة المسؤولية التقصيرية باعتبارها أول ما تخطر على الذهن وأسهل الوسائل وأيسرها، وسنعكف فيما يلي على بيان هذه النظرية من خلال فرعين أساسيين نبيين في الأول مضمونها ثم ننتقل في الفرع الثاني إلى تقدير هذه النظرية بما لها وما عليها.

3.4.6. مضمون هذه النظرية

تتعدد المسؤولية التقصيرية في كل مرة يثبت فيها اقتران العدول عن التعاقد أو مصلحة بطلان العقد لخطأ ارتكبه أحد الأطراف المتفاوضة وألحق ضرراً بالآخر، ويقتضي إثبات هذا الخطأ إقامة الدليل على تعسف في استعمال الحق (54) ص 295، يتمثل في نية إضرار أو سوء نية، فإذا انتفى

الخطأ في الأسلوب الذي تمت به المفاوضة انتفتت المسؤولية، مهما كانت المرحلة التي وصلت عندها المفاوضات.

فلم يتردد القضاء الفرنسي في عقد المسؤولية التصهيرية للمتفاوض عند الإنهاء المفاجئ في مرحلة متقدمة للتفاوض أو المصحوب بخطأ متميز أو واضح لا مرء فيه، أو حتى بخطأ عادي، أو مجرد المخالفة لقواعد حسن النية (29) ص 59.

ومثال ذلك عدم توافر الجدية للتعاقد أو الإخلال بالثقة المشروعة التي تولدت لدى الطرف الآخر بشأن إبرام العقد (54) ص 296.

وأيد الفقه بوجع عام، هذا الاتجاه القضائي بهدف تأثيم كل صور الإخلال في المرحلة التفاوضية ومنها الدخول الغير أمين في المفاوضات أو عدم توافر نية جادة في التعاقد، أو الاستمرار غير الأمين مع توافر نية قطع المفاوضات أو اتخاذ قرار بقطعها فعلا أو طرح مقترحات غير جادة، أو مصاحبة القطع بتصريحات مضررة أو بعث بريق الأمل لدى الطرف الآخر في إبرام العقد، يعطى مظهرا مخادعا من شأنه أن يخلق لديه ثقة مشروعة في إتمام هذا العقد.

كما أنه لم يتردد الفقه البلجيكي في تأييد هذا الاتجاه السائد في فرنسا فأكدت الأستاذة - Wanwijak. Alexandre - (54) ص 23، على الخطأ التصهيري يتمثل إما في الإخلال بالثقة في الطرف الآخر من جانب أو في القطع المفاجئ استنادا لحجج واهية، أو لمجرد نزوة أو بغرض الانتقام أو بغرض المضايقة للمتفاوض الآخر أو في غير ذلك من صور التعسف في استعمال الحق من جانب آخر.

و في مصر لم يختلف الحال عما استقر عليه الأمر في فرنسا وبلجيكا. فأكدت محكمة النقض المصرية في كثير من حكم على أن الأعمال التحضيرية للعقد، أو مشروع العقد مجرد مفاوضة، لا تعقد وأن تكون عملا ماديا ليس له أثر قانوني، اللهم إلا إذا ثبت وجود خطأ تتحقق معه المسؤولية التصهيرية و ينتج عنه ضرر يلحق بالطرف الآخر.

فوجدت محكمة النقض المصرية هذا الخطأ في تصرفات صدرت من سكرتير عام الجهة المتفاوضة، كان من شأنها إيقاع وكيل الطرف الآخر في فهم خاطئ بأن العقد قد تم وعليه أن يبدأ في تنفيذه، وأكدت أن في هذه التصرفات ما يمثل انحرافا، عن السلوك المألوف في الظروف التي صدرت فيها هذه التصرفات، وبالتالي خطأ تصهيري.

ونوهت المحكمة بتوافر الخطأ التقصيري في ثلاث صور أخرى وهي إساءة التفاوض في استعمال حقه المشروع في قطع المفاوضات، أو عدم جديته في التفاوض أو عدوله في وقت غير مناسب قد يلحق ضررا بالطرف الآخر.

ولعل أهم حكم على الإطلاق أصدرته محكمة النقض المصرية، وهو حكم صدر في 27 من يناير 1966، ولأهميته يمكن ذكر شيء منه.

وتتلخص وقائعه في أن الطرف (أ) عرض على الطرف (ب) أن يفكر له في مشروع يستثمر فيه أمواله و يكون شريكا له فيه، فقبل (ب) هذا العرض وأخذ يفكر في مشروع فريد من نوعه حتى اهتدى إلى إنشاء مصنع لعمل و طبع أسطوانات الأغاني والموسيقى بمصر يكون هو الأول من نوعه في الشرق الأوسط، وعرض الفكرة على (أ)، فرحب بها بعد أن درسها واقتنع بها، وأجريا مفاوضات بشأن إنشاء شركة لتنفيذ هذا المشروع انتهت إلى اتفاق بين الطرفين على إنشاء شركة فيما بينهما تقتصر فيها مشاركة (ب) على عمله وخبرته الفنية، وإشرافه الفني والتجاري على المصنع، على أن يكون له الربع في موجودات الشركة و صافي الأرباح، وقضى (ب) عدة شهور في الخارج، أثناء سفر (أ) بحثا عن أحسن المنتجات من الآلات، وبمجرد عودة (أ) من سفره أطلعه (ب) على ما أسفرت عنه عملية البحث، ثم قام (ب) باختبارات ما رآه صالحا من هذه الآلات وحضر (أ) إليه عقب ذلك وأقر الاختيارات ودفع ثمن الآلات وعقب وصولهما إلى مصر تنكر له (أ) ورفض تحرير عقد الشركة.

وبطرح الموضوع على محكمة الاستئناف، فقالت بوجود الشركة بين الأطراف، ورتبت على ذلك أحقية (ب) في التعويض، ولكن محكمة النقض نقضت الحكم وتصدت للموضوع (29) ص 61 و 62.

واعتبرت أن الموضوع صالح للحكم فيه وقالت أن التكييف الصحيح للوقائع، هو اعتبار ما تم بين الطرفين لم يجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بينهما وأن الطاعن لم يكن جادا في هذه المفاوضات، ولم يكن يقصد أبدا أن تبلغ غايتها من عقد الشركة، بل أنه أو هم الأخير برغبته في تكوين هذه الشركة لمجرد الحصول منه على فكرة المشروع واستخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدرايته بذلك، وعلى أن تقوم بتنفيذ المشروع شركة يكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأسمال الشركة بنصيب كبير وهو ما تم له فعلا بتكوين الشركة مع الأستاذ (س) الذي يساهم بحق النصف في رأسمال الشركة، وذلك بخلاف الطاعن الذي كان يريد أن يشارك بعمله فحسب.

وكان لمحكمة النقض الفضل بعد أن أصبغت على الوقائع هذا التكييف القانوني السليم، أن تستخلص نتيجة مهمة، وهي أحقية (ب) في التعويض المادي والأدبي، ونوهت أن أساس التعويض هو

مسلك الطاعن، اتجاه المفاوضات التي أجراها مع المطعون ضده وعدم إخطاره للأخير بقطع المفاوضات في الوقت المناسب.

هذا ما اعتبرته المحكمة خطأ من الطاعن (أ)، ألحق بالطرف الآخر وهو (ب) ضرران أحدهما ضررا ماديا وآخر ضررا معنويا على النحو التالي:

- الضرر المادي

وهو ما تكبده (ب) من خسارة بسبب اضطرارا لإهمال محله التجاري بشكل مباشر، في المدة التي قضاها في الخارج لاختياره الآلات اللازمة للمصنع، اعتمادا على جدية الطاعن في أن تصل المفاوضات إلى غايتها، وكذلك الخسارة التي لاحقت بالمطعون ضده من جراء حصول الطاعن منه على فكرة المشروع والسبق في تنفيذه.

- الضرر الأدبي

وهو ما أصاب (ب) من جراء إظهاره بمظهر من يسهل خداعه ومن لا يوثق به وينال من سمعته واعتباره في السوق التجاري (29) ص 63 و64، وقد رأت محكمة النقض التعويض الجابر لجميع عناصر الضرر بمبلغ إجمالي يغطي الضرران الأدبي والمادي معا.

ومن ذلك يتضح الاتجاه الحمائي والوقائي الذي انتهجته محكمة النقض في هذا الصدد، وهو اتجاه يؤيده القضاء المصري (19) ص 263، وفي مجموعه يتفق على ما جرى عليه العمل في فرنسا و بلجيكا على التفصيل المتقدم.

4.4.6. تقدير هذه النظرية

نشير فيما يلي ما لهذه النظرية من مزايا وما أخذ عليها من عيوب.

أ- مزايا هذه النظرية

ليس في الإمكان أن نجد أو أن نشك في أن هذه النظرية تتسم بالسهولة واليسر والمرونة والسعة من حيث التطبيق، فهي تغطي المرحلة قبل العقدية، وتضمن للمتفاوض الذي يسقط ضحية لعملية التفاوض تعويضا جابرا لما لحقه من ضرر وما فاته من كسب، بمجرد إقامة الدليل على توافر الخصام التقصيري.

ويكفي هذه النظرية أنها وحدها التي كتب لها القبول بوجه عام من الفقه والقضاء في مصر وفرنسا وبلجيكا، كما سبق ذكر ذلك.

ب- عيوب هذه النظرية

أخذ الفقه على نظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض عدة مآخذ تشير إلى أهمها كما يلي:

1- عدم عدالة اشتراط الخطأ

تتطلب المسؤولية التقصيرية لتتعد توافر الخطأ أو الإهمال في جانب المتفاوض بما يعقد من مسؤولية عن عمل غير مشروع، فإذا لم يتوافر الخطأ أو الإهمال فلا مجال للتمسك بإعمال قواعد المسئولة التقصيرية، وهو ما يعد إخلالا بقواعد العدالة.

والمثال على صحة ذلك هو من يمتلك بحسن نية شيء خارج دائرة التعامل وبيعه إلى آخر، حيث يصعب رفض دعوى المشتري بالتعويض، على الرغم أن البائع حسن النية لم يرتكب خطأ تقصيريا.

2- صعوبة إقامة الدليل على توافر الخطأ

يعد إثبات خطأ المتفاوض عبئا ثقيلا يثقل كاهل المدعى ما لم يعتبر القطع في ذاته خطأ يعقد المسؤولية التقصيرية، وهو أمر يصعب الأخذ به حيث يشكل تساهلا في تقدير الخطأ التقصيري، وتهديدا للحريات الفردية وعبئا بالثقة في المعاملات المالية وانتهاكا لمبدأ أساسي وهو حرية التعاقد وعدم جواز التوسع في عقد المسؤولية أثناء مرحلة التفاوض (30) ص 139، ويصدق هذا النقد كذلك على الاكتفاء بعقد المسؤولية التقصيرية عن الخطأ العادي في مرحلة التفاوض.

3- نطاق التعويض

يصعب التحديد الدقيق للكيفية التي يتم بها جبر الضرر عن الخطأ التقصيري، فلا يشمل التعويض المزايا التي كانت ستترتب على إبرام العقد، باعتبارها من قبيل الضرر الغير مباشر، بعبارة أخرى أن التعويض الذي تحكم به إذن ليس تعويضا، وإنما تعويضا عن المصلحة السلبية التي تتمثل فيما تكبده المتفاوض من نفقات نظير تنقلاته أو إعداد دراسات وأبحاث، وضياع الوقت في عملية التفاوض، وفقدان فرص جديرة كانت متاحة، والنيل من الثقة في شخصه.

إلى جوار المصلحة الإيجابية المتمثلة في التعويض عن ضياع فرصة للتعاقد ومفادها ذلك كله أن هذا التعويض لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد (61) ص 195.

5.4.6. النظرية المختارة عن المسؤولية في مرحلة التفاوض

ليس من شك في اختيار نظرية كأساس للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، لا يجب أن يتم إلا في ضوء المشكلة بداية في إطارها الصحيح، فتمثل المشكلة في تحديد طبيعة العلاقة بين الأطراف المتفاوضة، هل هي عقدية أو تقصيرية أم مختلطة، أي تجمع بين الطبعتين. ولتحديد ذلك سنقوم بداية في الفرع الأول بتحديد المسؤولية العقدية وتحديد المسؤولية التقصيرية، ثم نتطرق في الفرع الثاني للنظرية المختارة للمسؤولية في مرحلة التفاوض.

6.4.6. المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض

في واقع الأمر أننا لم نجد بين من أخذ بنظرية المسؤولية التقصيرية ومن أنكر إمكان انعقاد المسؤولية العقدية أيضاً، كلما قام دليل على توافر علاقة عقدية بين الأطراف، وتتوافر هذه العلاقة إذا ما وجد عقد ينظم عملية التفاوض أو تلاقي للإيجاب والقبول يستشف من ورقة وقعت أو اتفاق تم في المرحلة قبل العقدية.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نتصور قيام المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض و يحتاج ذلك إلى بعض التفصيل من خلال دراسة المسؤوليتين في هذا الصدد على النحو التالي:

1- المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض: (29) ص 76 و 77.

تتعدد المسؤولية للمتفاوض كلما أمكن إثبات وجود عقد محصلة تطابق الإيجاب مع القبول، وإذا أصدر قبول غير مطابق يستمر التفاوض باعتبار هذا القبول الغير مطابق أو هذا الرفض، إيجاباً جديداً (09) ص 13، هذا العقد وجد إما لتنظيم عملية التفاوض نفسها وإما لرصد النقاط التي حسمها بالفعل التفاوض، فإذا كان هناك اتفاقاً ينظم عملية التفاوض، انعقدت مسؤولية المتفاوض دون جدال على أساس هذا الاتفاق وكانت المسؤولية عقدية، أما إذا لم يكن هناك اتفاقاً على التفاوض، بل مفاوضات حررت لأجلها أوراقاً أو عقدت أثناء سيرها اتفاقات قام الدليل عليها أنها كذلك، فإن القاضي يلتزم بالرجوع إليها كلما وجد ضرورة لذلك، ما دام الأطراف لم يتفقوا صراحة على استبعاد أية قيمة عقدية أو تفسيرية لهذه الأوراق أو الاتفاقات.

وهنا يثور التساؤل على إمكانية تدخل القاضي بهدف تكميل العقد يفترض التكميل بداية وجود عقد غير كامل التنظيم، وفقاً للقانون والعرف والعدالة، حسب طبيعة الالتزام (29) ص 68 و 69.

فإذا ما وجد عقد، هو وحده الحاكم للعلاقة بين الأطراف، وهو مجرد إطار يلتزم بموجبه المتعاقد بما ورد فيه وفي مستلزماته طبقاً للقانون والعرف والعدالة، وهذا ما يعطي للقاضي سلطة خطيرة لأنه بموجبها يمكنه أن يزيد من التزامات المتعاقدين.

وهذا طبعاً يعتبر إخلالاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فتكميل العقد يفترض نقصاً في تكميل تنظيم العقد، وهذا ما أخذ به المشرع المصري، رغم اعتراض بعض الشيوخ في ذلك، ومن المفروض أن التكملة ليست هي التفسير، ولكن من البديهي أن عملية التكميل والتفسير قد تختلطان لدى القاضي، فهو يمثل لإرادة المشرع عند التكميل لسد النقص في هذا العقد، ويخضع لإرادة الطرفين عند التفسير ببحثه عن النية المشتركة التي قد تكون غامضة للمتعاقدين.

فإذا كنا بصدد التكملة كما هو الحال في التساؤل المطروح، وقد يعتبر العقد تاماً إذا اتفق الطرفان على عدم إدراج المسائل الثانوية في العقد، ولكن بإدراج فقط المسائل الجوهرية.

وإذا وقع خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

وبعدم وجود هذا الاشتراط من الأطراف يكون للقاضي حق تكملة العقد والتفسير لجلاء غموض النية المشتركة للأطراف (09) ص 23 و 24.

فإذا كان كذلك، وكان هناك ما أطلقنا عليه أوراق أو اتفاقات في المرحلة قبل العقدية، بوسع القاضي إذا ما تأكد من اتفاق الأطراف على النقاط الجوهرية وعدم اشتراطهم عدم تمام العقد عند عدم الاتفاق على المسائل الجوهرية أو التفصيلية، وله أن يستشف من هذه الأوراق أو الاتفاقات عقود ويلتزم المدين بأداء عين ما التزم به بموجبها كما له أن سيتجلى بالرجوع إلى إرادة المتفاوضين، عند وقوع نزاع عقب إبرام العقد، ويسند الرجوع في الحالتين هو في إفصاح هذه الأوراق أو الاتفاقات عن النية المشتركة للأطراف (72) ص 74 و 75.

فيكون للقاضي إذن أن يخلع التكييف القانوني السليم على هذه الأوراق أو الاتفاقات، أي كان التكييف الذي يطلقه الأطراف عليها أو موقفهم منها.

هذه المهمة ليست باليسيرة بطبيعة الحال، فقد يجد فيها تراضياً على النقاط الجوهرية، فتطبق القواعد القانونية المكتملة، ليكملها إذا أثبت أن المسائل المعلقة لم ترد بخلد أي من المتفاوضين، فإذا أثبت أنهم أحاطوها وقرروا إرجاء البت فيها إلى توقيت لاحق، فيقتضي احترام الإرادة المشتركة للأطراف، وعدم تطبيق القواعد القانونية المكتملة حيث لو كانوا قد رضوا بها ما كانوا قد تحفظوا عليها بداية.

ولهذا يلتزم القاضي بالبحث عن الحل المناسب وفقا لطبيعته المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

وقد يجد فيها إيجابا أو قبولا أو عقدا معلقا على شرط واقف أو عقد منجز أو وعدا أو مجرد اتفاق على البدء في التفاوض أو الاستمرار فيه، أو مستندا من نوع خاص لا يندرج تحت شكل من الأشكال المتعارف عليها طبقا للقانون.

وتطبيقا لذلك لم يتردد القضاء الفرنسي في تحمل مسؤولياته في هذا الصدد وعقد المسؤولية العقدية، كلما ثبت في يقينه توافر عقد من عقود أو حتى مجرد وعد به، وذلك تأسيسا على ما تنشئه هذه الاتفاقات من التزام بالتفاوض على عاتق الأطراف يتعين تطبيقه بحسن نية.

في نفس هذا المعنى صدر حكم قضائي الأهم من حيث قيمته في التعويض المحكوم به في الولايات المتحدة الأمريكية في 14 من نوفمبر من سنة 1985، حيث أصدر القاضي - Solo Man. CasseB - بعد ثلاثة سنوات انتظار حكما بالتعويض على شركة من أكبر شركات البترول الأمريكية وهي شركة - Texaco - وهذا نظرا لتدخل هذه الشركة في إفساد صفقة شراء شركة - Pennzoil - لشركة - Getty -، بعد أن كان قد حرر بشأنها مذكرة اتفاق حدد فيها كل التفاصيل بما فيها سعر شراء السهم الواحد، وكان معلقا على موافقة مجلس إدارة الشركة - Getty -، مع علمها بتوقيع مذكرة الاتفاق (29) ص 74.

فقد رأت المحكمة في هذا الاتفاق، اتفاقا ملزما لأطرافه، وألزمت شركة - Texaco - بدفع تعويض بلغت قيمته 11,1 مليار دولار أمريكي.

وتكمن قيمة هذا الحكم على دلالاته بصورة أكيدة قاطعة على أهمية هذه الاتفاقات وخطورتها. كذلك الحال بالنسبة للقضاء المصري، فقد استقر الرأي لديه على التزام قاضي الموضوع بدراسة المستندات المطروحة عليه لتحديد ما إذا كانت تشكل عقدا أم لا تعدو أن تكون جزءا من مرحلة التمهيد لإبرام العقد، فإذا تأكد للقاضي توافر جميع المسائل الجوهرية وأن المسائل التفصيلية التي أرجئ الاتفاق عليها لم يشترط الأطراف ألا يتم العقد عند عدم الاتفاق عليها، كان عليه أن يحكم أن الاتفاق قد تم وكان للطرفين اللجوء إلى المحكمة للفصل في خلافهما حول المسائل التفصيلية.

وننوه في نهاية الأمر بمشروعية الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية والشرط الجزائي مادامنا في نطاق المسؤولية العقدية على التفصيل المتقدم، في الحدود الواردة في القانون (09) ص 12.

كما أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما نشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم لذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه (25) ص 189 و 190.

كما يجوز للقاضي أن يتمسك بالقيمة الواردة في الشرط الجزائي، إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

2- المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض

الأصل أن حرية العدول على إبرام العقد هي المبدأ الأساسي الحاكم للعلاقات بين المتفاوضين، فيجوز لأي منهم وقتما شاء أن يعدل من إتمام صفقة أو إبرام عقد، لما يرى أنها في غير صالحه لسبب أو لآخر.

ولا يوجد ما يلزم أي من المتفاوضين بالإفصاح عن المبرر الذي جعله يعدل عن إتمام العقد أو الصفقة، حيث أن هذا القرار بالعدول ملك يمينه.

وفي المقابل نجد أن اعتبارات العدالة ومقتضيات المنطق تستدعي انطلاقا من مبدأ حسن النية في التعامل، وضع ضمانات للطرف الآخر الذي قد يفاجئ بالعدول، بعد أن يكون قد تهيأ وأعد ما يلزم ولو نفسيا على الأقل لإبرام العقد النهائي بعد المفاوضات التي جرت بينهما والأشواط التي قطعت فيها.

وقد وجدنا هذه الضمانات في الالتزامات قبل العقدية التي أوردناها سابقا، التي تترتب عن مخالفتها عقد مسؤولية المتفاوض الذي يخل بالثقة التي أولاه إياه المتعاقد الآخر، أو يتعسف في استعمال حقه في إنهاء التفاوض كله (29) ص 76، قاصدا الإضرار بالمتعاقد الآخر أو كان يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة أو منفعة تافهة ليست ذات قيمة بالنظر إلى جسامه الضرر.

ومن البديهي أن هذه المعايير تهيئ للقاضي عناصر هامة للاسترشاد كلما طرحت عليه منازعة بشأن الإخلال بقاعدة حسن النية التي تتفرع عنها الالتزامات التفاوضية، فإذا أثبت أن استعمال الحق في العدول كان استعمالا مشروعاً، فلا تترتب المسؤولية عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وهذا نظراً لانتفاء الإخلال بالوظيفة الاجتماعية للحق.

على أية حال سواء رجع إجهاض المفاوضات إلى خطأ اقترن بالعدول أو إلى تعسف في استعمال الحق المشروع، فإن المسؤولية التقصيرية تنعقد خلال مرحلة التفاوض كلما تثبت توافر الخطأ في مسلك التفاوض مما أدى إلى إجهاض العملية التفاوضية برمتها.

وقد سبق أن تعرضنا لنظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض وبيننا بعض صور الخطأ في هذا الصدد، ويستوفي أن يكون في ذلك الخطأ قد اقترن بالعدول نفسه أو سابقا أو لاحقا عليه (09) ص 11.

كل ذلك دون المساس بالحق في العدول، في أي مرحلة كان عليها التفاوض إذا ما كان منطقيا ومبررا سواء كان لأسباب اقتصادية أو مالية، أو فرصة للتعاقد بشروط أفضل لا يقدمها الطرف الآخر، أو لا يوافق على منحها.

فإذا ما كنا في نطاق المسؤولية التقصيرية، بطل أي شرط أو أي بند إعفاء أو تخفيف من المسؤولية المترتبة عن العمل الغير مشروع شأنه في ذلك شأن الشرط أو البند الجزائي، وذلك أيا كانت درجة الخطأ (09) ص 12، ويعد هذا البطلان مطلقا ومن النظام العام.

7.4.6. النظرية المختارة للمسؤولية في مرحلة التفاوض

تجد المسؤولية العقدية شأنها في ذلك شأن المسؤولية التقصيرية أساسها في الخطأ، وقد يشكل هذا الخطأ بوصفه واقعة ضارة خطأ عقديا وخطأ تقصيريا في آن واحد، وهنا يثور التساؤل عن مدى أحقية الدائن في الاختيار بين إقامة دعواه استنادا إلى توافر خطأ عقدي أو بالاستناد إلى توافر خطأ تقصيري.

وقد أثارَت مشكلة الاختيار خلافا واضحا وكبيراً في الفقه والقضاء معا (30) ص 472، وهنا يكفي أن نشير إلى أن محكمة النقض في مصر وفي فرنسا انتهت إلى عدم جواز الخبرة، إلا إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي يكون جريمة أو خطأ جسيما.

وعلى هذا الأساس ليس أمام ضحية الخطأ العقدي إلا دعوى المسؤولية العقدية من حيث المبدأ، فإذا كان الخطأ العقدي يشكل جريمة أو خطأ جسيما كان له الخيرة بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية.

وقد عبرت محكمة النقض المصرية، وأكدت هذا المذهب بعبارات قاطعة مفادها أنه إذا قامت علاقة تعاقدية وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذ العقد صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه (29) ص 79.

ونوهت محكمة النقض المصرية، بأنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولة التقصيرية، التي لا يرتبط فيها المضرور بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بالمسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية،

من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند عدم تنفيذه وهو ما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت أن الفعل الذي ارتكبه أدى إلى الإضرار بالطرف الآخر، يكون جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيماً، مما يتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً.

ومع ذلك، يجدر التنويه بحكم محكمة النقض المصرية قضت فيه، بأنه إذا ثبت الغش والخيانة من المدين أو تابعيه في إثبات الإخلال بتنفيذ العقد، تزول المسؤولية العقدية تماماً فيما بين الطرفين، وتصبح المسؤولية التقصيرية هي وحدها الواجبة التطبيق في هذه الحالة (30) ص 548، وهذا الحكم في 30 نوفمبر 1965، بحيث ينقد البعض هذا الحكم بحق لانطوائه على عدم إدراك تحقيق العلاقة بين فرعي المسؤولية المدنية، بحيث لا يترتب عن مثل ذلك سوى قيام المسؤولية التقصيرية إلى جوار المسؤولية العقدية، فلا تختفي هذه المسؤولية الأخيرة لتستقل المسؤولية التقصيرية.

لكن هذا الحكم والمذهب الذي ذهب إليه، يؤيده الفقه عموماً وفي مصر وفرنسا، وإن تحفظ على ما تقدم من استثناءات من قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسؤولين، ويرفض الخبرة رفضه الجمع بين دعوتين للمسؤولية أحدهما تقوم على أساس خطأ تقصيري والأخرى تقوم على أساسا الخطأ العقدي.

وتطبيقاً لذلك ليس أمام المتفاوض ضحية الإخلال بالالتزامات التفاوضية إلا دعوة المسؤولية العقدية، أو دعوى المسؤولية التقصيرية حسب الأحوال، وإن كان له الاختيار بين المسئوليتين إذا شكل الخطأ جريمة أو غشا أو خطأ جسيماً، فيكون للدائن في أي من هذه الحالات الثلاثة، أي يرفع دعواه استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أو قواعد المسؤولية العقدية حسب الأحوال.

لقد يرى مصلحته على سبيل المثال في المسؤولية التقصيرية، إذا كان صالحه في تضامن المدينين، أو في التزامهم بالتعويض عن الضرر المتوقع والضرر الغير متوقع، أو في إبطال ما أدرجه من بنود وشروط للإعفاء من المسؤولية كما سبق تفصيله فيما تقدم.

ومما تقدم يمكن أن ننتهي إلى تأييد جواز العدول عن المفاوضات هذا من حيث المبدأ، وقناعتنا بانعقاد مسؤولية المتفاوض إذا أخل بالتزام تفاوضي عقدي أو تقصيري على سبيل الاستثناء، لاسيما وأن في التعويض الذي مكن الحصول عليه ممن يخل بالثقة الواجبة التي أولاه إياها الطرف الآخر المتفاوض، ممن يتعسف في استعمال حقه في العدول عن المفاوضات، ما يكفي لجبر ما يقع من أضرار في هذا الصدد.

ولا نرى فيما وجه من نقد لنظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض إلا نقدا لنظام المسؤولية التقصيرية في حد ذاته (29) ص 81 و82.

وليس في مرحلة التفاوض المراد الأساسي في دراستها، وهو ما يجعل المنطق لا يجانب من ينادي بالدراسة المتأنية واللازمة للرأي القائل، بضرورة ابتداء نوع ثالث للمسؤولية تحدد شروطه وقواعده بشكل واضح.

8.4.6. الباب 2

القوة الملزمة للاتفاقات في مرحلة التفاوض والجزاء المترتب عن الإخلال بها

إن هذه الاتفاقات التي درسناها سابقاً، تسفر عن عدد من الالتزامات الواجبة لهذه الاتفاقات تتمثل بداية في مرحلة التفاوض، والقوة الملزمة لهذه الاتفاقات تتمثل في الالتزامات المترتبة على عاتق أطراف التفاوض أثناء هذه المرحلة، التي تعتبر هامة قبل إبرام العقد، بحيث أن الفقه والقضاء يعتبران أن هذه الالتزامات أساساً لعملية التفاوض ذاتها.

ومنه فإن دراسة هذه الالتزامات تعد أمراً ضرورياً لا غنى عنه لأنها تنشأ في مرحلة التفاوض، ومن مشكلة واحدة وهو مبدأ حسن النية، فلا مجال للحياد عنه إذا أراد الأطراف التفاوض في ظل مبدأ من الشرعية وحماية للقانون.

ثم نتطرق بعد ذلك إلى الجزاء في مرحلة التفاوض عن مختلف التصرفات الغير قانونية، وعن الإخلال بمختلف الالتزامات والاتفاقات المبرمة والمتفق عليها خلال مرحلة التفاوض.

ومن خلال كل هذا قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين رئيسيين الأول هو القوة الملزمة لهذا الاتفاقات، أما الفصل الثاني نتطرق فيه إلى مسألة الجزاء المترتب عن الإخلال بهذه الالتزامات ومختلف التصرفات الغير شرعية التي تصدر خلال مرحلة التفاوض.

9.4.6. القوة الملزمة لهذه الاتفاقات

إن الاتفاقات المبرمة خلال المراحل المختلفة بين أطراف التفاوض تنشأ من بدايتها التزامات هامة وضرورية، لا بد لكل طرف التقيد بها بحيث هذه الاتفاقات تستمد قوتها من خلال هذه الالتزامات الهامة، والتي تكون مشمولة بإطار عام هو مبدأ حسن النية.

وليس خفياً على رجال القانون أن قاعدة - الغش يبطل كل شيء - وهي قاعدة رومانية عتيقة تأخذ بها النظم القانونية المتحضرة، وتدرجها ضمن قواعد قوانينها خاصة التجارية منها (06) ص 35. وكذلك يمكن لأحد الأطراف القيام ببعض السلوكيات التي قد تضر بالطرف الآخر من عدة نواحي، خاصة عند قطع المفاوضات سواء كان بشكل عادي أو تعسفي.

لهذا قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول هو الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض، والثاني هو قطع المفاوضات العقدية.

5.7. الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض

لقد قلنا أن الفقه والقضاء اعتبر هذه الالتزامات أساساً هامة لعملية التفاوض ذاتها، مهما كانت طبيعة المسؤولية المترتبة عن مخالفة هذه الالتزامات.

كل هذه الالتزامات بتنوعها تدرج ضمن إطار عام ومبدأ هام هو مبدأ حسن النية وعدم الغش والخداع، وهذا لاعتبارات قانونية واجتماعية وخلقية في محاربة هذه الظواهر، هذا حفاظاً على مصالح الأطراف المتفاوضة سواء كانوا أفراداً أو جماعات.

وعموماً ومن خلال ذلك سنقوم بدراسة هذه الالتزامات من خلال مطلبين، بحيث خصصنا الأول لدراسة الالتزامات في مرحلة التفاوض، ثم ندرس في المطلب الثاني مسألة التفاوض في المرحلة التي تبدأ بالإيجاب.

1.5.7. الالتزامات في مرحلة التفاوض

ينعقد الرأي في الفقه والقضاء الفرنسيين، على أن قاعدة الغش تفسد كل شيء، فهي قاعدة أصولية لها مكانتها ليس في تنفيذ العقد بل كذلك في عملية تكوينه، وكذلك في عملية التفاوض عليه (30) ص 162.

وبهذا المعنى يتفرع عن قاعدة حسن النية عدة التزامات أخرى، وهي الالتزامات التي سندرسها في هذا المطلب من خلال ثلاث فروع، الأول سندرس الالتزام بحسن النية والاستقامة والجدية

والاعتدال، أما الثاني خصصناه للالتزام بالإعلام والاستعلام والتعاون، أما الثالث سندرس فيه الالتزام بالسرية واحترام العادات والتقاليد.

2.5.7. الالتزام بحسن النية والاستقامة والجدية والاعتدال

إنه يتفرع عن الالتزام الأساسي والهام وهو حسن النية التزامات عديدة أخرى كالالتزام مثلا بالاستقامة والاعتدال، بحيث أن أي التزام يجب أن يجد أساسه في هذه القاعدة وهي حسن النية.

ويستدعي كل هذا تحديد ما هو ضروري لتفادي المشكلات والإظهار العملي لمبدأ حسن النية، بحيث يتعين تحديد مكان الاجتماعات للتفاوض بما يسمح بدفع عجلة التفاوض، وقواعد سيرها طبقا لبرنامج زمني تفصيلي، وإفراغ المناقشات أولا بأول في محاضر يوقعها الأطراف، كما يجب إبراز صفة المتفاوضين سواء كانوا رؤساء أو مرؤوسين أو خبراء مستقلين أو غير ذلك، كما يجب تعيين لجان متخصصة للفصل والحسم في المسائل ذات الطبيعة الخاصة التي تستدعي تدخل الخبراء، مثل المسائل الضريبية والمحاسبة والمسائل العلمية وغير ذلك من الميادين الدقيقة، وهذا طبعا لتفادي تعثر المفاوضات.

وبديهى أن يكون ما سبق ذكره تحت سمع وبصر رجل القانون المتخصص، والذي تسند له عملية الصيانة النهائية بما يكفل تحقيق التناغم والتناسق بين كل عناصر العقد.

وتداخل هذه الالتزامات هو أمر وارد نظرا لأنها جميعها تطبيقات لمبدأ حسن النية المهم، ومع تقدم المفاوضات تضيق دائرتها شيئا فشيئا وكلما تقدمت المفاوضات اتسع نطاق المسؤولية (67) ص 20.

كل ذلك يتم في إطار من التشاور والتحاور بين الأطراف المتفاوضة بحيث التفاوض لا يعني التشاور كما سبق ذكر ذلك، هذا من أجل تحقيق هدف معين يرتضوه ويسعون إليه سعيا جادا مخلصا.

وغني عن البيان أن مسؤولية المهني المحترف في مجال تخصصه أشد وأخطر من مسؤولية الغير محترف، فيما يتعلق باحترام هذه الالتزامات فإن كان المحترف لا يستطيع التمسك دائما بأن له الحق في إبرام كل ما يتفاوض على إبرامه من عقود باعتبار أن النفقات التي يتكبدها تدخل ضمن مخاطر العمل، فإن غير المحترف يستطيع دائما أن يتمسك بذلك لأن هذا كله لا يدخل في نطاق عمله.

أ- الالتزام بالاستقامة

إن مضمون هذا الالتزام هو عدم تقديم أي من الطرفين إلى الآخر أية بيانات أو معلومات مغلوبة أو مفرطة في التفاؤل أو حتى مغرقة في التشاؤم أو معلومات مالية هي كذلك.

حيث أنه وفي كل الأحوال، قد تفضي هذه البيانات أو المعلومات والتي تشترك كلها في صفة واحدة وهي أنها غير حقيقية إلى التعاقد، ويقتضي هذا كله نوعاً من الشفافية في التعامل، ويجدر التنويه في هذا المقام باختلاف مدلول الشفافية عن مفهوم العلانية.

فقد تسلك الجهة مصدر البيان أو المعلومة مسلكاً علنياً فتفصح عن كل شيء أمام الجميع ولكنها في الأصل تبطن شيئاً آخر.

أما الشفافية في العلانية بالمعنى الموضوعي وليس الشكلي فحسب، فتعطي الشفافية الانطباع بصدق، ما أفصحت عنه الإرادة واتفاق إرادتها الظاهرة مع إرادتها الباطنية، فإذا ما تم ذلك كان للمتفاوض أن يتخذ قراره عن بصر وبصيرة، بكل جوانب العملية المتفاوض بشأنها.

وتقتضي هذه الاستقامة أو الشفافية على سبيل المثال ما يلي:

1- عدم إجراء مفاوضات موازية بشأن العملية محل التفاوض مع شخص آخر ما لم تحط من يتم التفاوض معه علماً بهذه المفاوضات الموازية مع جهة أخرى.

2- عدم السير في المفاوضات وبت آمال كاذبة لدى الطرف الآخر في أن التعاقد وشيك، رغم أن قرار قطع المفاوضات قد اتخذ بالفعل.

3- عدم إطالة أمد المفاوضات لمجرد التسلية أو تكليف الطرف الآخر بنفقات كبيرة أو صغيرة، لاسيما إذا كانت المفاوضات تستدعي التنقل وتحمل مصروفات سفر ومبيت وإعاشة لمتفاوض واحد أو أكثر، أو إضاعة فرصة سانحة أمام الطرف الآخر، حتى لا يقتنصها وبذلك يطمئن المتفاوض الغير النزيه إلى خروج غريمه من المنافسة على صفقة معينة يسعى هو إلى إبرامها.

4- عدم استنزاف كل أو جل ما لدى المتفاوض الآخر من معلومات دون مقابل يذكر.

5- العدول عن التفاوض في وقت غير ملائم، وليس هناك مجالاً بما درج عليه العمل من إدراج بندفي كثير من العقود، يحل أحد العاقدين من المسؤولية عن المبالغة اليسيرة.

هذا في مرحلة التفاوض بشأن المنتج أو الخدمة محل العقد (68) ص 204، إلا إذا كان هناك عقد ينظم عملية التفاوض بين الأطراف.

ب- الالتزام باعتدال والجديّة

ويقصد بذلك التزام كل طرف متفاوض بالاعتدال والجديّة في مقترحاته وآراءه فلا يطرح ما هو مؤكّد الرّفص أو ما هو مستحيل حالاً أو مآلاً.

بحيث لا يكون ذلك إلا سببا في تأخير إتمام عملية التفاوض والابتعاد أكثر عن عملية التعاقد، أو تماطل آخر يؤدي إلى صرف النظر عن العملية كلها.

إذا لا مجال إلا لطرح البناء من الآراء، وترك للطرف الآخر مهلة كافية للتفكير والدراسة فإن كانت المقترحات غير مفيدة أو غير معتدلة فلا مجال لقبولها ويعد من تقدم بها منتهاكا للالتزام بالاعتدال في التفاوض.

ويقتضي الاعتدال في التفاوض كذلك الجدية من الطرفين في التفاوض فلا يكفي أن يعرض أحدهما المعتدل الجاد من المقترحات بل يتعين ألا يرفض الطرف الآخر ما عرض عليه مادام عرضا معتدلا وجادا أو منطقيا (29) ص 29.

وتطبيقا لذلك حكم بأن اقتراح شركة السيارات في مرحلة التفاوض لعقد توزيع لسيارتها على شركة أخرى آلت إليها الشركة الموزعة الأصلية وتضمنين العقد المقترح بنودا مختلفة تماما عن البنود التي كانت في عقد الشركة الأولى، هذا يعد إخلالا بعقد مسؤولية لشركة السيارات قبل الشركة المتفاوض معها بهدف الاستمرار في توزيع المنتجات نفسها ونوه أن المحكمة كانت قد استشفت من ظروف الدعوى عدم الاعتدال فيما طرح من مقترحات .

3.5.7. الالتزام بالإعلام و الاستعلام والتعاون

أ- الالتزام بالإعلام

يلتزم بمقتضاه أن يقدم للمتفاوض معه معلومات حقيقية عن مدة ملائمة العملية المطروحة فنيا وماليا، فلا يستغل عدم تخصص المتفاوض الآخر في مسائل فنية أو مالية معينة ليزج به في عقد قد لا يناسبه ويزاد هذا الالتزام وطأة وسعة إذا تعلق الأمر بمتخصص أو متمرس في مجاله حيث ينعقد الرأي على حتمية إطلاعه للطرف الآخر (67) ص 18.

الغير متخصص أو العالم بالقليل عن الطبيعة المالية والتقنية للصفقة التي يقدم عليها، فيصح له المفاهيم، ويصوب ما لديه من قناعات ويلفت انتباهه إلى ما للصفقة من آثار مبصرا إياه بماله وما عليه، كل ذلك مع احترام الحد الأدنى لما يجب أن يكون عليه كل متعاقد من اهتمام بشؤونه وحرص على مصالحه الخاصة بطبيعة الحال.

ويجدر التنويه هنا بحكم لإحدى هيئات التحكيم، عقد التفرقة بين الالتزام بالإعلام بكل شيء، والالتزام بالإعلام بما يصاحب العقد محل التفاوض من ظروف وملابسات واقعية وقانونية فقط وقد ألغت لجنة - AD-HOC - في 1965/05/03 بمركز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار حكما

صدر عن المركز في 1983/10/21 بشأن نزاع بين - Klockner - وحكومة الكامبيرون استنادا إلى أن القانون المدني الفرنسي هو الواجب التطبيق.

على نزاع لا يبرر إلزام الطرف المتفاوض، ونظرا لما يتوافر من ثقة بين الأطراف بإتباع أسلوب صريح ومستقيم وبريء، وأشارت اللجنة إلى أن فرض مثل هذا الالتزام يقتضى وضع شروط وحدود للأخذ به وتطبيقه.

وحكم التحكيم قد انتهى إلى ثبوت الخطأ من جانب - Klockner - حيث أخفى على المتعاقد معه معلومات ذات أهمية حيوية في لحظات حرجة مر بها المشروع، وثبت امتناعه على الإفصاح عن عدد من الوقائع، لو كانت حكومة الكامبيرون قد علمت بها لأنتهت في حينها المشروع.

وقد حرص الفقه من جانبه على تأييد هذا الحكم التحكيمي (67) ص 12، حيث اعتبر أن الالتزام بالإعلام بكل شيء من قبيل التزييد ومفتقرا إلى حد كبير إلى الواقعية وأكد على أن هذا الحكم يعبر عن اتجاه عام لدى المحكمين في أن يجعلوا الالتزام بالاستعلام الأولوية على الالتزام بالإعلام، وذلك على النحو الذي سنبينه لاحقا.

وتطبيقا لما تقدم حكمت غرفة التجارة الدولية بباريس، بإلزام المتفاوض بأن يطلع الطرف الآخر على ما قد يوجد لديه من أحكام خاصة في قانون الموطن الواجب التطبيق ورتبت على نكوله عن الوفاء بهذا الالتزام سقوط حقه في التمسك بما أخفاء أو كتمه حيث أن سعيه مردود عليه، فلا يلومن إلا نفسه، ونشير في هذا الصدد إلى تطبيقين لغرفة التجارة الدولية في هذا الصدد وهما كما يلي:

الأول: صدر عام 1981، وقضت فيه هيئة التحكيم بعدم إمكان تمسك المتعاقد وهو دولة إفريقية، بعدم جواز التحكيم بشأن عقد معين بحجة أن هذا الشرط لم يصدر به مرسوم حكومي، ما دام أن المتعاقد قد نكل عن إعلام الطرف الآخر بهذا الشرط.

الثاني: صدر عام 1986، والذي قضت فيه هيئة التحكيم بنفاذ شروط التحكيم في مواجهة الحكومة الإيرانية رغم تمسك الأخيرة بأن السلطات المختصة لديها لم ترخص للمنشأة الحكومية بذلك، وأسست الهيئة حكمها على مخالفة المنشأة الإيرانية للالتزام الملقى على عاتقها، بالإفصاح عن هذا الحكم الخاص الملزم بها.

إذ يتضح مما تقدم أهمية الالتزام بالإعلام وضرورية وحتمية تشديد المسؤولية المترتبة على مخالفته كلما كان المخالف قد استغل ما أولاه الطرف الآخر من ثقة في شأن موضوع العقد (44) ص 166.

فإذا وقع ذلك كان لضحية التفاوض الذي أدى إلى إبرام العقد محل النزاع أن يختار بين دعوى الإبطال، أو وقوعه في عيب الرضا ودعوى المسؤولية وفقا لمصلحته متى توافرت شروط كل منهما (72) ص 484.

وذلك استنادا إلى قصور العقد عن تحقيق توقعات الأطراف نظرا لتوافر جذور الخطأ في مرحلة التفاوض.

ومحكمة النقض المصرية، تجيز للقضاء أن يحكم ببطلان العقد لتوافر الغلط الدافع للتعاقد إلى جانب التعويض، إذا ترتب عليه إضراراً بأحد المتعاقدين، ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية.

في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال، ونعتقد في هذا أن نطاق هذا الالتزام لم يتسع ليشمل كل شيء نزولا عند مبدأ حسن النية واحتراما لقواعد العدالة وارتضاء اللجوء للحماية، فمثلا لحماية حقوق المستهلك ولو كان مهنيا محترفا مادام موضوع التعاقد لا يدخل في اختصاص المهني، بحيث أن كل شيء قد ينطوي على شيء من شأنه أن يؤثر في القرار الذي سيتخذه المتفاوض بشأن العقد.

ويجب التأكيد على ضرورة الإعلام الدقيق الكامل كلما كان هناك طرفاً ضعيفا في التفاوض وفي مرحلة التعاقد.

وبديهى أن مثل هذا الالتزام لا يتقل كاهل الأطراف أو طرف دون الآخر، بل شأنه في ذلك شأن عملية التفاوض ذاتها عملية تبادلية بالإعلام تراعى فيها العادات الجارية وطبيعة المعاملة وظروفها (60) ص 95، فيلتزم كل طرف بأن يفصح عن كل ما يعلمه، أو يكون بوسعه أن يعلمه من أمور من شأنها أن تؤثر على قرار الطرف الآخر بشأن عملية التفاوض ككل (29) ص 23.

ب- الالتزام بالاستعلام

يلتزم المتفاوض بأن يسعى بالذات أو بالوساطة إلى العلم بكل ما هو ضروري ومؤثر في القرار، فعلى كل متفاوض أن يبذل الجهد الضروري والكافي ليستعلم عن الطرف الآخر وملازمات كل العملية موضوع التفاوض.

وسبق أو نوهنا بأن هيئات التحكيم تتجه بوجه عام إلى منح الأولوية للالتزام بالاستعلام بالنظر للالتزام بالإعلام.

ونشير في هذا الصدد إلى احتراف البعض مهنة جمع وتوفير المفيد من المعلومات لاسيما الطابع المالي والفني منها عن الصفقات باختلافها قبل إتمامها (67) ص 10.

وقد صدرت وتواترت أحكام صادرة من هيئات التحكيم في هذا الصدد ونخص بالذكر منها ثلاث صدرت من غرفة التجارة الدولية، وهي كما يلي:

الأول: صدر عام 1972، في شأن دعوى متعلقة بعقد إذعان حيث حكمت الهيئة بأن إقرار المتعاقد في العقد بعلمه بالمزايا التقنية للمنتجات ووسيلة استخدامها ونظام تركيبها وتغليفها وتسليمها يحول دونه ودون التمسك بوقوعه في غلط جوهرى ليعدل من إقراره بحجة بطلانه.

وأسست الهيئة حكمها على عدم انعقاد مسؤولية المتعاقد الآخر عن ذلك لاسيما وأن المقر لم يتم قبل التوقيع بأي دراسة معمقة للسوق التي سيطرح فيها المنتجات وهي السوق الاسبانية هنا، وهو ما اعتبرته إهمالا غير مغتفر.

الثاني: صدر عام 1979، في خصوص عقد توريد بترول مكرر وخام فقد نوهت الهيئة بخطأ المتعاقد الذي يعلم أو كان حريا به أن يعلم بما ألحقته الظروف الاقتصادية الدولية من نتائج باقتصاد بلاده، أودت بالمصرف المركزي بها أن يفرض قيودا على حجم الواردات الأساسية وزيادة ملموسة في قيمة المدفوعات الخارجية، وهو ما استتبع انخفاضا في احتياطات النقد الأجنبي، رغم إتباع نظام الصرف الحر، وفرض تدابير إدارية لدعم مراقبة المصرف المركزي، وانتهت من ذلك إلى أن المدعى عليه كان عليه الحصول على ضمانات من المصرف المركزي تضمن له الوفاء بالمستحق عليه بالنقد الأجنبي في المواعيد المتفق عليها، وأهدرت بذلك حججه التي أبداها للتدليل على استعجاله الوفاء بالتزامه في المواعيد المتفق عليها بالدولار، وهذا استنادا إلى أن التمسك بهذه الحجج يتعارض مع قواعد حسن النية.

الثالث: صدر عام 1987، بصدد عقد مقاوله من الباطن للقيام بأعمال هندسة مدنية لبناء مصنع لحساب مقاول آخر في إحدى البلدان الإفريقية، وثابت في الرسوم التي قدمها هذا الأخير ضرورة عمل - Silos - دون تحديد ما إذا كانت - Silos afond plat - أو - Silos afond comique - ، حيث تقدم المقاول من الباطن بعطائه واضعا في اعتباره سعر الوسيلة الأقل سعرا وهي Silos afond plat

وعندما شجر خلاف بينهما ألزمته هيئة التحكيم، القيمة الكاملة لما تم تنفيذ من - Silos afond comique - واستندت في ذلك أن المعلومات المنقوصة التي قدمها المقاول الأصلي لا يمكن أن يجعلها مقاول متمرس لاسيما وأن المواصفات التقنية ورد فيها ما يدل على أن عمل - Silos afond comique - لم يكن مستبعدا.

وأكدت هيئة التحكيم أن المقاول من الباطن كان عليه أن يتخذ أحد المسلكين، إما أن يتحفظ عند التوقيع فيشير إلى أن إيجابه قائم على أساس - Silos afond comique - وليس غير ذلك، وإما أن يقدم إيجاباً مزدوجاً تخيرياً بين الوسيّلتين ويضع لكل منهما سعراً، فإن لم يفعل فلا يقع الخطأ إلا عليه، ولا يلومن إلا نفسه (29) ص 65 و66.

من أجل ذلك أكد الفقه على انعقاد مسؤولية المتفاوض إذا تعهد أو وعد بتنفيذ عقد بتسجيل تنفيذه أو عقد غير صحيح، أو لم يفصح عن أن الصلاحيات المخولة له لا تمنحه الحق في التعاقد بشأن العملية موضوع التفاوض... الخ، في كل هذه الحالات تتعقد مسؤولية المتفاوض إن كان يعلم أو بوسعه أن يعلم بحقيقة الأمر.

ج- الالتزام بالتعاون

يتمثل هذا الالتزام في التعاون الوطيد المستمر بين الأطراف المتفاوضة بما يكفل الوصل بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، إما بانعقاد العقد محل التفاوض وإما بغض النظر عنه كلية.

ولا تدخل صور التعاون المأمول تحت الحصر، وقد أكد الفقه على مبدأ التعاون في مرحلة تكوين العقد (09) ص 10، وإبراز حقيقة مفادها أن العقد لا يقوم على التناحر، وإنما على التعاون والثقة المتبادلة.

ويمكن أن نذكر منها عدم التراضي في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض (72) ص 70، وعدم التأخير بغير عذر مقبول عن حضور جلساتها، وعدم الرفض الغير مبرر لتعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة فنية مختلف عليها، وتحديد أماكن مختلفة للتفاوض تستدعي سفراً وترحالاً بغير مبرر مقبول لذلك... الخ، والعبرة في هذا كله بمعيار الرجل المعتدل العادل على النحو الذي نراه لدى دراستنا للالتزام.

4.5.7. الالتزام بالسرية واحترام العادات والتقاليد

أ-الالتزام بضمان السرية

تقتضي المفاوضات أن يفصح كل طرف للآخر (72) ص 70، عن بيانات أو معلومات ذات أهمية عظيمة، ومثال ذلك ما يحدث في مفاوضات بشأن عقد تصنيع لمنتجات بموجب ترخيص، وهي ما تعرف بعقود الامتياز التجاري، في إطار عقد السماح، بحيث يكشف مانح الامتياز إلى متلقيه بحسب المأل عن بيانات أو معلومات عن المانح لاسيما بشأن مركزه المالي وما يعانيه من صعوبات في هذا الصدد، وتستدعي هذه المكاشفة أو المصارحة إلزام كل طرف بالألا يستغل ما حصل عليه من قبل الآخر، فإذا ما نشأت المفاوضات يلتزم من تفاوض لتلقي الامتياز بالألا يستخدم بنفسه أو بواسطة غيره هذه

البيانات أو المعلومات، كما يلتزم المانح الذي عدل عن التعاقد في المقابل بأن لا يفضي بما علمه بشأن المركز المالي لمن تفاوض معه إلى الغير، وخالصة القول أن الالتزام بضمان السرية، يعني التزام المتفاوض باعتبار ما كان قد علمه كأن لم يكن، وهو بهذا المعنى يعد من أهم الالتزامات التبادلية في مرحلة التفاوض، المحمية بدعوى المنافسة الغير مشروعة.

وتنوه إلى ما جرى عليه العمل كذلك في إطار هذا الالتزام من حظر إذاعة ما قد اطلع عليه المتفاوض إلى العامة، حتى لا تتأثر أسعار الأسهم والسندات الخاصة بالشركة المعنية في بورصة الأوراق المالية، وهي مشكلة معروفة باسم Insider Tarding (67) ص 219.

ولعل أفضل الوسائل السائدة في دنيا الأعمال لضمان هذه السرية هو نظام غرفة البيانات، بحيث يبلغ الحذر بالشركات الحريصة على استثماراتها بأن ترسل عندما تقرر بيع أصول أحد شركاتها التابعة إلى من تراهم مهتمين بالشراء بخطابات اسمية تعلم كل منهم على حدى بموجبها بهذه الرغبة، فإذا قبل من تلقى الخطاب التزاما بسرية العلاقة حصل على كتيب إعلامي ينطوي على تفاصيل دقيقة عن الصفقة، وتلتزم الشركة في المقابل بالسرية على كل البيانات الضرورية عن الشركة.

وهذا مثل الحسابات السنوية والعقود التي أبرمتها، وما تحت يديها من معطيات تقنية الطابع الخ، ويتم هذا في غرفة مغلقة يطلق عليها غرفة البيانات - Data Room -.

وجدير بالذكر أن هذا النظام لا يحول دون حصول الراغب في التعاقد على بعض صور من السندات المودعة في الغرفة، وهي مستندات تنتقيها الشركة بعناية، فإذا ما تم ذلك كان على الراغب في الشراء أن يحدد موقفه إيجابا أو سلبا من الصفقة بصورة قاطعة.

ب- الالتزام باحترام العادات والتقاليد

يلتزم كل متفاوض بأن يحترم ما درجت عليه العادات وأخذ به العرف المهني المحلي أو الوطني، بحيث توجد قواعد قياسية وطنية تحكم عملية التفاوض في بعض الدول، كما في البرازيل، بشأن الصفقة موضوع التفاوض (67) ص 29.

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض المصرية، بأن إنهاء المفاوضات بإصدار خطاب من الشركة المتفاوضة إلى الشركة الأخرى مفاده موافقتها على التعاقد، وموقع من سكرتير عام الجهة مصدر الخطاب تحت كلمة أوافق.

وتسليم صورة إلى مندوب الشركة، لا يؤدي إلى انعقاد العقد وإنما يعقد مسؤولية الجهة المصدرة باعتبار أن ما صدر منها من تصرفات كان من شأنه في الظروف الملائمة أن يوقع ممثل الطرف الآخر في فهم خاطئ بأن التعاقد قد تم وأن عليه أن يبدأ في تنفيذه.

ولاشك أن احترام هذه العادات والأعراف التي تسود في مجال كل مهنة أو حرفة أو تجارة هو أمر لا غنى عنه لفرض الانضباط في مرحلة التفاوض وبديهي أن الأخذ بهذا الالتزام، يستدعي في حد ذاته الأخذ بباقي الالتزامات الأخرى التي أوردناها سابقا حيث جرت بها العادات والأعراف وهذا بصرف النظر عن النظام القانوني الحاكم لعملية التفاوض.

ومن كل ما سبق ذكره نلاحظ الحرص الأكيد على محاربة الأنانية المفرطة، التي قد تدفع بالبعض إلى جعل مصلحته هي العليا على حساب مصالح الآخرين، دون الالتزام على ما استقر عليه العمل من التزامات مشروعة تثقل كاهل كل متفاوض في مواجهة الآخر.

5.5.7. التفاوض في المرحلة التي تبدأ بالإيجاب

من المعروف كما درسناه سابقا، أن من أهداف المفاوضات العقدية عموما هو الوصول إلى تحديد إيجاب محدود ويات بشأن عناصر العقد ككل بعد التفاوض عليها الذي قد يأخذ مدة زمنية طويلة وتكاليف معينة، وهذا بعد أن يقابل هذا الإيجاب قبولا مطابقا تماما وبالتالي قيام العقد النهائي.

لكن هذا ليس أصلا عاما، فقد تبدأ المفاوضات من جديد عندما يكون القبول غير مطابق لعنصر أو عدة عناصر من العقد، خاصة إذا كان قبولا رافضا أو معدلا بالزيادة أو بالنقصان لعنصر أو أكثر من العناصر الأساسية التي حددها الإيجاب، و بالتالي يصبح هذا القبول عبارة عن إيجاب جديد قد يفتح المفاوضات من جديد أو قد يقطعها إذا لم يقبلها الموجب، لهذا فإن لهذا القبول أو الإيجاب بأنواعه المذكورة يكون عبارة عن قوة ملزمة لصاحبها بالالتزام بما صدر منه.

لهذا كله قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع رئيسية الأول هو أحكام التفاوض في المرحلة التي تبدأ بالإيجاب، والثاني هو مسؤولية العدول عن الإيجاب في هذه المرحلة أما الثالث هو مسؤولية رفض الإيجاب في هذه المرحلة، (43) ص 379.

6.5.7. أحكام التفاوض في المرحلة التي تبدأ بالإيجاب

الإيجاب هو ثمرة المفاوضات، لكنه عموما قد لا ينهي المرحلة ما قبل العقدية، لأنه يؤدي بمفرده لانعقاد العقد فالمرحلة ما قبل العقدية تستمر إلى حين صدور قبول مطابق تماما للإيجاب، ومنه نلمس ونشعر بالقوة الملزمة للإيجاب والقبول معا في تحديد معالم التفاوض من عدمها، لكن إذا أصدر قبول

غير مطابق فإن التفاوض يبقى مستمرا، لأنه يكون قبولا، إما رفضا أو معدلا للإيجاب وبذلك يعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا فالإيجاب الأول لا يعلق باب التفاوض بل قد يفتح باب التفاوض من جديد بصدور القبول الغير المطابق.

وهذا المفهوم أخذت به اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي، بالمعنى الذي سبق ذكره في الفقرة السابقة.

ولكن الاتفاقية تفرق بعد ذلك بين الرد الذي ينصرف إلى القبول ويتضمن تغييرا أساسيا أو ثانويا في الإيجاب، فإنه يعتبر قبولا ما لم يتعرض الموجب دون تأخير على التعديل، ويعتبر العقد قد تم بحسب التعديلات أما إذا كان التعديل يمس المسائل الأساسية وهي الثمن والوفاء والنوعية والكمية أو مكان أو موعد التسليم، أو مدى المسؤولية، أو تسوية المنازعات فإن التعديل يعتبر رفضا للإيجاب.

وعموما فإن الفقه يتفق مع نية المتعاقدين، لأن الأمور التي ترد في الإيجاب تعتبر جوهرية وهامة وإلا لما أدرجها الموجب في إيجابه، ومن خلال ذلك تنثور عدة مسائل منها مدة جواز سحب الإيجاب أو الرجوع فيه، أو جعله معلقا على شرط معين، وكذا المسؤولية عن رفض الإيجاب.

7.5.7. مسؤولية العدول عن الإيجاب في مرحلة التفاوض

وإذا كنا بصدد إيجاب لم يلحقه قبول نكون بصدد أو في إطار المرحلة قبل التعاقدية، وحتى وإن كان الإيجاب معلق على شرط، وفي الحالة الأولى لا تنثور المسؤولية إلا إذا كان الإيجاب قد اقترن بأجل، والفصل في هذا الأمر يكون ويرتبط بالقوة الملزمة للإيجاب (53) ص 73.

والأصل أن في فقه النظرية التقليدية التي يرجع إلى عهد (بوتيه) لم يكن للإيجاب أية قوة ملزمة، لذا كان للموجب الرجوع عن إيجابه طالما لم يقترن به القبول، ولم تحدد بأجل، غير أن النتائج العملية التي ترتبت عن الأخذ بهذا المبدأ ما لبثت أن حملت الشراح على مهاجمته، إذا تبين أن في إطلاق هذا المبدأ يؤدي إلى حرمان المعاملات الخاصة التجارية منها من مبدأ عام وهو عامل الاستقرار التي لا غنى لها عنه (02) ص 71.

فإذا لم نلزم الموجب بالبقاء على إيجابه مدة ما، أصبنا الموجب له بضرر فادح وأشعنا الفوضى في المعاملات.

لذا اتجه الفقه والقضاء إلى أنه إذا اقترن الإيجاب بمدة معينة امتنع على الموجب الرجوع فيها قبل انقضائها (02) ص 71.

ومما يفهم بمفهوم المخالفة، أنه إذا لم يعين ميعادا للقبول فلا يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه، وللموجب أن يعدل عن إيجابه سواء قبل أن يتصل بالإيجاب بعلم الموجب له، أو بعد أن يتصل بعلمه، طالما أن القبول لم يصدر.

وقد تؤكد مبدأ حرية العدول فقها وقضاء إذا أصدر إيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعادا للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وقد نستخلص ميعاد الإيجاب أو القبول من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة.

والفقه عموماً يفرق بين الإيجاب الملزم والوعد بالتعاقد، بأن الأول إرادة منفردة والثاني اتفاق إرادتين، وتحديد الميعاد الضمني للإيجاب يحدده القاضي بالرجوع إلى نية الموجب ووفقاً لظروف كل حالة على حدى (53) ص 74 و75.

وفي حالة صدور إيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول فقاضي الموضوع يستخلص ذلك من ظروف الحال وطبيعة المعاملة ونية وقصد الموجب، وعلى القاضي أن يتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه من مستندات وأفعال الموجب، وحتى وإن كان الإيجاب صدر من شركاء متعددين لصفقة واحدة.

ومن هذا كله يجب ملائمة ومواجهة متطلبات التجارة الدولية ومعاملاتها، لأنه يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه المدة التي تتفق مع طبيعة المعاملة، وهذا هو الأصل في التعاقد بين غائبين خاصة في معاملات التجارة الدولية لوصول الإيجاب، وتكوين الرأي بالتفاوض بعد ذلك.

وكذا مراعاة الوقت اللازم لوصول الرد، وبراغي عند تقرير هذه الأمور وسيلة المراسلة وطبيعة المعاملة وصفة الموجب له شخص عادي أو رجل أعمال أم هيئة عمومية إدارية أو صناعية أم تجارية.... الخ.

ومن مقتضيات حسن النية كذلك هو بقاء الموجب على إيجابه المدة المعقولة لتلقي الرد، وهذا يدخل في إطار التفاوض بحسن نية، فالإيجاب يظل من خطوات التفاوض طالما أنه لم يلحقه قبول مطابق (53) ص 74 و75، وإذا كان الموجب ملزماً بالبقاء على إيجابه مدة معينة، وعدل عنه قبل انقضاء المدة، فما جزاء ذلك؟

ويذهب الفقه إلى اعتبار العدول وكأن لم يكن ويظل الإيجاب قائماً من الناحية القانونية، لأن القانون قد ألزم الموجب بالبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة، فإذا صدر قبول خلال الميعاد انعقد العقد ويجوز للموجب له الذي قبل في ميعاد اللجوء إلى القضاء ليحكم له بصحة ونفاذ العقد.

أما القبول المتأخر فيتحدد إما بصدور القبول بعد فوات المدة وإما بصدور القبول وتصديره خلال المدة، والمفروض أن القبول المتأخر بصورته لا يؤدي إلى انعقاد العقد لأن الإيجاب يسقط بانقضاء المدة، ولكن يمكن اعتبار القبول المتأخر إيجاباً جديداً إلى الموجب الأصلي، هذا ما يفتح من جديد باب التفاوض بين الطرفين.

ومن المفروض يجب مراعاة تأخر القبول في الوصول إلى الموجب بسبب تأخر وسائل الاتصال المختلفة، وخاصة في مجال التعامل التجاري.

ومراعاة لقواعد التجارة الدولية فقد نصت المادة (21) من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع على أن القبول المتأخر يحدث أثره إذا ما قام الموجب دون تأخير بإبلاغ المخاطب شفويًا بذلك أو أرسل له إخطاراً بهذا المعنى.

إنه يحق للموجب أن يعتبر العقد قد انعقد بمجرد وصول القبول المتأخر، ويستهدف ذلك عدم السماح لمن صدر منه القبول بالتنصل من بحجة أنه وصل بعد سقوط الإيجاب، وإذا تبين من الرسالة أو الوثيقة المتضمنة قبولاً متأخراً أنها أرسلت في ظروف ظهر معها أنه لو كان إيصالها قد جرى بشكل اعتيادي لوصلت الموجب في وقت مناسب فإن هذا القبول المتأخر يحدث أثره أي انعقاد العقد، إلا إذا قام الموجب دون تأخير بإخبار المخاطب شفويًا بأن الإيجاب قد اعتبر ملغياً (53) 78، وأرسل إليه إخطاراً بهذا المعنى.

8.5.7. المسؤولية عن رفض الإيجاب في هذه المرحلة

الأصل دائماً هو أن مبدأ الحرية العقدية يتيح للموجب له حرية قبول الإيجاب أو رفضه دون أدنى مسؤولية.

وقد أثير بحث هذه المسؤولية بمناسبة ما إذا كان الإيجاب قد صدر بناء على دعوة للتفاوض صادرة من الموجب له.

والقانون المدني المصري واللبناني خص على أنه يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ما لم يكن قد دعي إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إذا استند إلى أسباباً مشروعة، وإلا اعتبر هذا الرفض تعسفياً في استعمال الرخصة، وجزاء الرفض يتمثل أساساً في التعويض المالي.

وتبدو أهمية المسؤولية عن رفض الإيجاب في مجال التجارة الدولية إذ أن المفاوضات تستغرق وقتاً طويلاً ونفقات باهظة، ولا يصدر الإيجاب إلا بعد استقاء كافة احتياجات وطلبات ومواصفات الموجب له فالإيجاب يبدو وكأنه عملية البدء في تنفيذ ما اتفق عليه، فإذا ما رفض الموجب له هذا

الإيجاب فإنه يحط بصورة كبيرة بالثقة المشروعة التي وضعها فيه الموجب، ولهذا كان من حقه أن يتوقع قبولاً.

ولهذا فإن تطبيق القاعدة في العدول عن التفاوض، وذلك لمسؤولية من يرفض الإيجاب إذا اقترن ذلك بأفعال خاطئة، ويجب التأكيد أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا كانت هناك أفعال قد اقترنت بالرفض من شأنها أن تعتبر خطأً، فلا مسؤولية لمجرد أن الموجب قد تحمل بعض النفقات وما يتصل بها كالانتقال، فإنها تدخل في مخاطر المشروع ونفقاته العامة اللازمة لمواجهة المنافسة التجارية والصناعة خاصة الدولية منها (53) ص 78 و79.

9.5.7. قطع المفاوضات العقدية

حظيت المسؤولية قبل التعاقدية، والتي تعتبر المفاوضات أهم تطبيقاتها، اهتماماً بالغاً منذ السبعينات في عدد من دول غرب أوروبا وفي الولايات المتحدة الأمريكية ولم يفقد هذا الموضوع حيويته، والدليل على ذلك أعمال الندوة التي نظمتها منذ أمد ليس بالبعيد غرفة التجارة الدولية، حول موضوع إبرام العقد والمسؤولية قبل التعاقدية، وقد ساهم في هذه الندوة أخصائيو من فرنسا وبلجيكا وسويسرا وألمانيا وإيطاليا ومصر وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، وأهم عنصر في هذا كله هو مسؤولية المتفاوض عن قطع المفاوضات خاصة إذا كان سبب ذلك غير مبرر أو غير مشروع، لهذا كله سندرس قطع المفاوضات العقدية في هذا المبحث من خلال مطلبين رئيسيين الأول هو المسؤولية عن قطع المفاوضات العقدية خاصة إذا كان السبب غير مشروع، أما المطلب الثاني سنبحث فيه موضوع الإخلال ببعض الالتزامات التفاوضية الذي يؤدي إلى قطع التفاوض.

6.8. المسؤولية عن قطع المفاوضات العقدية

قد تنتهي المفاوضات بالفشل، لأن الأطراف لم تتمكن من التوصل للاتفاق على كل مسائل العقد التي تعتبرها ذات أهمية، وقد يقطعها أحد الأطراف عندما يتبين له أن المشروع يخفي مخاطر جسيمة، أو أنه قد لا يسفر عن أي ربح منتظر، أو أنه يولد خسائر فادحة له.

وقد تفشل المفاوضات لأن التراخيص الإدارية لم تمنح بعد، وقد يقطعها أحد الأطراف عندما يتبين له مشروع آخر بشروط أفضل من المشروع الأول المتفاوض عليه، لذا رأينا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول هو المسؤولية عن قطع المفاوضات، والثاني هو القانون الواجب التطبيق عن قطع المفاوضات العقدية، وذلك كما يلي:

1.6.8. قطع التفاوض على العقد

نخلص في عرض سريع إلى وجود اختلاف في معالجة المسؤولية قبل التعاقدية عن التفاوض بين التقنيات الأوروبية من ناحية ومجموعة دول القانون الأنجلو أمريكي من ناحية أخرى، فالقوانين الأوروبية وإن كانت تؤكد حرية الأطراف في التعاقد أثناء المفاوضات.

فهذه القوانين تفرض حرصا على توفير الثقة والأمانة في المعاملات على أطراف التفاوض، والتي لم تبرم اتفاقات ترتب التزامات عقدية بشأن التفاوض، واجب مراعاة مبدأ حسن النية، وترتب على الإخلال به المسؤولية التي تعتبر في القانون الفرنسي مسؤولية تقصيرية، على عكس القانون الألماني وجانب من الفقه والقضاء السويسري، حيث يرجحان الصفة العقدية لهذه المسؤولية، أو على الأقل وضعها طبقا لرأي حديث في مكان بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، أما مجموعة القانون الأنجلو أمريكية فإنها من ناحية تشدد أكثر من القوانين الأوروبية على حرية الأطراف في المفاوضات وتؤكد على الصفة الاحتمالية للمفاوضات التي تفرض على كل طرف فيها تحمل مخاطرها.

ومن ناحية أخرى تحجم المحاكم في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية عن الاعتراف بواجب عام يفرض على الأطراف مراعاة حسن النية والتعامل بإنصاف في أثناء المفاوضات، كما ترفض بشكل عام الاعتراف بالصفة الإلزامية لتلك الاتفاقات التي محلها الالتزام بإجراء المفاوضات.

وقد يتم قطع المفاوضات لعدة أسباب كما ورد ذكر ذلك سابقا، رغم أن الأصل فيها ما يستند لأسباب مبررة ومقبولة، ومنها ما يستند لحجج واهية غير مقبولة قانونا، وقد يكون قطع المفاوضات تعسفيا.

والآن نتطرق للمسؤولية عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية في ضوء أحكام التحكيم التجاري الدولي، ونقتصر في معالجة هذه المسألة على عرض موجز لها نظرا لقلّة الأحكام المنشورة نسبيا، والتي فصلت في حالات ثارت بشأنها مشكلات عن المفاوضات قبل التعاقدية.

ويلاحظ أن كثيرا من أحكام التحكيم التجاري الدولي بشأن المفاوضات قبل التعاقدية، قد فضل تطبيق القواعد السائدة بين التجار في مجال التجارة الدولية، وذلك عندما لا توجد عقبة تقف في وجه هذا المسلك ويلجأ المحكمون لهذا المسلك عندما يحجم الأطراف عن تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع تاركين هذه المهمة للمحكمين، أو عندما تحيد الأطراف في العقد على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو القانون الدولي العام أو عادات التجارة الدولية (53) ص 45.

ويُدعم مسلك المحكمين المذكور المادة (03/13) من قواعد لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدولية، ونصوص من قانون مرافعات لبعض الدول مثل المادة (1496) من قانون المرافعات المدنية والتجارة الفرنسي الجديد والمادة (944) من قانون كبيك للمرافعات المدنية الجديد، وأحكام بعض المحاكم الوطنية، ونشير في هذا الصدد كذلك إلى حيثيات سيرجون دونا ليدسون في حكم محكمة الاستئناف في إنجلترا، والصادر في قضية دويت شه شاخت بار أوند تيفبور جيز لشفافت ضد رأس الخيمة أو بل كابي في 20 مارس 1987.

وكان الاتجاه المتزايد للمحكمين في مجال التجارة الدولية إلى الاهتمام بالسلوك قبل التعاقد وإضفاء الصفة القانونية عليه بإخضاعه للالتزامات معينة تختلف في درجة وطأتها وفي حجم مضمونها، ويستشف من أحكام التحكيم أن هذه الالتزامات تتشكل حول مبدأ حسن النية.

ولقد صادف قضاء التحكيم نفس الصعوبات التي واجهها القضاء المحلي، ويميل قضاء التحكيم على منوال غالبية النظم القانونية إلى تكييف كل عمل قانوني يتحمل الأطراف بمقتضاه التزاما تعاقديا بالتفاوض على أنه اتفاق بالتفاوض.

وقد عرض على قضاء التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية حكما رقم 2291 حيث جاء فيه، أن الأطراف لم يولوا عناية في صياغة عقد من الناحية الشكلية، وأنه يمكن تفسير إرادتها انطلاقا من المحررات التي صدرت في ضوء القواعد العامة للقانون والعدالة، التي يجب أن تحكم المعاملات التجارية الدولية.

وإنه من الجدير بالذكر أن الصفة الغير الوطنية للقواعد السائدة بين التجار هيأت للمحكمين حرية كاملة في تكييف المحررات، التي تعتبر مؤشرا للمراحل قبل التعاقدية.

ورغم أن هذه الاتفاقيات، قد يطلق عليها أطرافها اتفاقات شرف فقد يعتبرها المحكمون ارتباطات حقيقية ملزمة لعدم وجود غموض حول نية الأطراف، طالما أن هناك اتفاقا حول العناصر الأساسية للتفاوض.

ولا يترتب على هذه الاتفاقيات التزاما بإبرام العقود وإنما بالتفاوض بحسن نية صوب العقد المراد إبرامه، وهو ما يمكن استخلاصه من حكم التحكيم في قضية نور سولور رقم 3131 في 1989/10/26 الذي صدر في إطار غرفة التجارة الدولية، والذي أثار موجة من الدعوي أمام المحاكم الوطنية في فرنسا والنمسا، ولم ينكر حكم التحكيم المذكور على اتفاق المبادئ الذي كان موضوع النزاع كل أثر قانوني، حيث أنه يترتب وفقا لرأي محكمة التحكيم التزاما عقديا بالتفاوض يلزم تنفيذه بحسن نية.

وهذه الاتفاقات يمكن التعرف على مزاياها من خلال حيثيات الحكم الذي صدر في قضية أمينبول الشهير الذي رفض حجة شركة أمينبول بأن الخطاب الذي وقعته هي ووزير المالية الكويتي لا يرتب أي التزام واعتبر هذا الخطاب على العكس اتفاقاً قائماً بذاته.

ويمكن التطرق إلى التعويض المستحق عن الضرر المترتب عن قطع المفاوضات، وبحث المسؤولية الناتجة عنها، وقد أكد الأستاذ فلالي عثمان في بحثه السابق ذكره أن قضاة التحكيم يعتبرها على منوال غالبية القوانين الوطنية، أنها مسؤولية تقصيرية.

كما يتضح ذلك في الحكم الذي صدر في قضية نور سولور السابق الإشارة إليه والذي أكد أن المسؤولية عن قطع المفاوضات لا تعتبر إلا في حالة وجود اتفاق على التفاوض يفرض على الأطراف التزاماً عقدياً بمواصلة التفاوض، لأجل إبرام العقد النهائي (53) ص 46 و 47.

2.6.8. القطع التعسفي للمفاوضات العقدية

يؤكد الرأي السائد في الفقه الفرنسي أهمية الحرية التعاقدية الأساسية وكذلك دور سلطان الإدارة، ولا يجب بأي حال إكراه إرادة الشخص بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إذ لا بد وأن تتوفر له القدرة على رفض التعاقد وفقاً لرغبته (37) ص 138.

ولكن إذا كان صحيحاً أن لكل الطرفين الحق في فرض مواصلة المحادثات وبالتالي قطع المفاوضات، إلا أنه ليس له التعسف في استعمال هذا الحق حتى لا يقع تحت طائلة المسؤولية التقصيرية. ويعتبر قطع المفاوضات تحكيماً في كل الأحوال، طالما أنه لم يكن نتيجة ظروف اقتصادية بحتة، مثل عدم الحصول على شروط أفضل من الطرف الآخر، ولكن لأسباب شخصية، وهكذا إذ قطع أحد الأطراف المفاوضات نظراً لتلقي عروضاً من جانب آخر يمكن مساءلته، خاصة إذا تقدم الطرف المفاوض بنفس الشروط الواردة بالعروض اللاحقة، وإذا انعقدت المسؤولية هنا فإنها لا تقوم بسبب قطع المفاوضات، ولكنه بقطعها يكون الطرف المسؤول قد ارتكب خطأ، وليس من المفروض ارتكابه طبقاً للقواعد والعادات التجارية، وتستند المحاكم الفرنسية بشأن هذا الموضوع إلى سلوك الشخص العادي وتقر المسؤولية التقصيرية.

وبالرجوع للقضاء الفرنسي، يلاحظ أن القضاء يؤثمون الطرف الذي أوهم الطرف الآخر دون حق برغبته في التعاقد معه، ويدفعه إلى إنفاق مبالغ مالية كبيرة، في الوقت الذي لم يكن له النية الجادة للتعاقد أو كان قد أتم تعاقد مع الغير وفي هذه الحالة لا تغطي المسؤولية إلا ما تم من نفقات، كما لا تتدخل إلا في حالة قطع المفاوضات بشكل تعسفي، ولا يمكن أن يمتد التعويض عن الخطأ إلى ما فات من كسب، لأننا لسنا بصدد عقد قد تم إبرامه (37) ص 139.

أما فيما يخص الجزاء عن هذا القطع التعسفي، فيمكن أن تتنوع الجوانب العملية للجزاء وفقا لمدى جسامة الخطأ ووقت وقوعه، فإذا كان التنفيذ الجبري لا يمكن تصوره في هذه الحالة، إلا أنه من الجائز صدور التعويض، كما هو الحال فيما يتعلق بإفشاء المعلومات السرية ولكن حتى في هذه الحالة، ليس من اليسير تحديد مبلغ الخسارة وعلى أي أساس، تقدر الخسائر الواقعة على من كان ضحية قطع المفاوضات؟ أو على الأضرار المباشرة والغير مباشرة، وهل يمكن الأخذ بالاعتبار ما فات من كسب، كان من الممكن أن يعود على المضرور في حالة إبرام العقد؟ فإذا كان الرد بالإيجاب، فعلى أي أساس يستند عليه؟ (64) 109 و 119.

إن آفاق التفكير النظري عريضة، ولكن الأحكام القضائية قليلة وغير كافية بدرجة تسمح باستخلاص مبادئ جديرة بالثقة.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإنه من الصعب أن نتصور من الناحية العملية أن تتم إجراءات هدفها الحصول على تعويض نتيجة خطأ سابق على العقد، وحرصا على المصالح التجارية وحفاظا على مستقبل التعامل قد يكون من غير المرغوب فيه للأطراف أن يعلن عن الدعوة المقامة، لذا فإنه من المتصور أن يتفق المتفاوضون على مبدأ الشرط الجزائي يحدده مقداره في خطاب صريح يحدد الأطراف (37) ص 140.

3.6.8. القانون الواجب التطبيق عن قطع المفاوضات العقدية

على عكس اهتمام الفقه المتزايد بهذه المسألة في ألمانيا وسويسرا نلاحظ قلة الأبحاث التي عالجتها في الدول الأوروبية الأخرى.

بالإضافة لذلك لعب تنظيم المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الألماني، دورا في الإبقاء على الاهتمام بالمسؤولية قبل التعاقدية، فالقانون الألماني لا يعرف نصا شديدا بالمادة (1382) مدني فرنسي، والتي تضمنت قاعدة عامة تقرر مسؤولية الشخص عن تعويض الضرر الناتج عن أفعاله التي ارتكبها بخطأ، وهذا ما انتهجه المشرع الجزائري في القانون المدني.

ومن بين الدراسات القليلة خارج ألمانيا التي عالجت القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل التعاقدية، تقرير الأستاذ - ريجو - Rigaux المقدم في الندوة التي نظمتها غرفة التجارة الدولية في باريس، ومنه لاحظ الأستاذ - ريجو - أن تعيين القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض، يعتمد على بحث ثلاث مسائل هامة، أولها المقصود بالعلاقة قبل التعاقدية وهذا ما درسناه سابقا، وثانيها تعيين القانون الواجب التطبيق، وثالثها نوع المحكمة التي تقوم بتعيين هذا القانون وتطبيقه.

حيث يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق وأهميته مصادرة على المحكمة التي عهد إليها بهذه المهمة، محاكم الدولة، أو قضاة دوليين أو محكمين في نزاع يتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية، وسنحاول معالجة ذلك من خلال ما يلي:

- تكييف المسؤولية عن قطع المفاوضات قبل التعاقدية

إن عرض نزاع بشأن قطع المفاوضات قبل التعاقدية يتضمن طرفاً أجنبياً يتعين على القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق البحث عن قاعدة الإسناد التي يندرج تحتها النزاع المعروض ويتوقف بتعين قاعدة الإسناد على الجهة المختصة على تكييف العلاقة المتنازع عليها، ويتم تكييف العلاقة موضوع النزاع طبقاً لقانون القاضي، ولما كانت كافة النظم القانونية المعاصرة تفرق بين العقد والفعل الضار، يصبح من الأهمية تحديد ما إذا كان الشخص المتضرر من قطع المفاوضات في وقت غير مناسب، يؤسس دعواه على الإخلال بالالتزام يترتب على عقد أبرمه الأطراف بشأن هذه المفاوضات، وفي هذه الحالة تكون مهمة القاضي في التكييف يسيرة إذا تحقق من أن النزاع يدور حول المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزام العقدي المذكور.

وعلى العكس تكون مهمة القاضي في تكييف العلاقة عسيرة إذا لم يؤسس الطرف المتضرر دعواه على الإخلال بالالتزام العقدي، وذلك لأن القانون الألماني وجانب من الفقه والقضاء في سويسرا لا يعتبران المسؤولية قبل التعاقدية مسؤولية تقصيرية، وإنما ذات طبيعة عقدية أو يضعانها في مكان يقع بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية.

ومنه فإنه قد رتب من هذا المنظور القضاء الألماني في غالبية أحكامه والرأي السائد حتى وقت قريب في فقه القانون الدولي الخاص الألماني إخضاع الخطأ في تكوين العقد، للقانون الذي يحكم العقد (53) ص 35 و 36.

ورأي ريجو لا يناسب النظرة هذه في القانون الألماني، والقوانين التي اهتمت به، ويميل الفقه الحديث في ألمانيا إلى هجر النظرية الغالبة هناك منادياً باتباع تكييف وظيفي وإسناد متعدد ومتنوع حسب الحالة المعنية كبديل للتكيف الموحد العقدي.

ومنه فقد اتجهت النظرية السائدة حتى وقت قريب في ألمانيا وشاركتها في ذلك غالبية أحكام القضاء، إلى تطبيق القانون الذي كان يحكم العقد لو كان قد أبرم على المسؤولية قبل التعاقدية، بينما ذهب قلة من الفقه والقضاء مهتدية بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية إلى تطبيق قانون الدولة التي وقع فيها الفعل أو العمل، وعلى خلاف هذين الاتجاهين تميل الآراء الحديثة في الفقه كما سبق ذكره، إلى التمييز والتنويع في التكييف وبالتالي في الإسناد بدلا من الإسناد الموحد، فيتراوح

الإسناد الذي تنادي به الآراء الحديثة حسب الطائفة المعنية من بين طوائف المسؤولية قبل التعاقدية، بين تطبيق القانون الذي يحكم العقد، وإتباع إسناد مميز بشأن المفاوضات، والإسناد للقانون الذي تخضع له المسؤولية التقصيرية.

ومن بين الآراء الحديثة التي عالجت مسألة القانون الواجب التطبيق على المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد، دراسة أعدها - جير فريد فيشر - تبنى فيها ضرورة الإسناد حسب المصلحة الأجدر بالحماية من بين المصالح المختلفة التي تكتنف العلاقة القانونية المعنية.

ويشير فيشر إلى أن نقطة البداية لتعيين المصلحة الأجدر بالرعاية التي تحسم القانون الواجب التطبيق، هي المسؤولية عن الخطأ في تكوين العقد، مؤسسة على رابطة خاصة تتمثل في علاقة التزام بين الطرف المتضرر والطرف المسؤول، نشأت عن التمهيد إلى إبرام العقد.

لهذا ينبغي أن تكون مصلحة الأطراف التي تكتنفها العلاقة المذكورة أساسا في المعيار الحاسم، ولما كان أساس المسؤولية هو الإخلال بالالتزامات، كان لكل طرف مصلحة أن تحتذي في سلوكه فقط حذر الواجبات التي يفرضها عليه القانون المحيط به والمألوف لديه، الأمر الذي قد يبرر إخضاع الخطأ في تكوين العقد لقانون دولة محل الإقامة العادية أو مركز أعمال الطرف المسؤول (53) ص 38.

لكن من الملاحظ أن كل طرف ينظم ويرتب حماية مصالحه الخاصة طبقا للقانون المألوف، كما أن لهذا الطرف مصلحة في أن يخضع لهذا القانون الواجبات التي يتعين على الطرف الآخر مراعاتها في سلوكه، وكذا المسؤولية التي تتولد عن الإخلال بها، على أنه في مجال العقود الدولية طالما أن كل طرف قد تعامل من إقليم دولته فإن مصلحة الطرف المضروب الذي عول بثقته أقل جدارة في الحماية من مصلحة الشخص أو الطرف الذي قد تترتب على عاتقه المسؤولية (53) ص 37 و38.

ورغم أن كل طرف يعلم أنه يتعامل مع وسط خاضع لقانون أجنبي، فإن للطرف المضروب، إذا تنازل عن توفير وسائل خاصة لحماية مصالحه أكثر من سبب يدفعه إلى أن يستقضي عما إذا كان قانون دولة الطرف المسؤول يلزم هذا الأخير بدء الضرر والتعويض عنه فلا يجوز لرجل الأعمال الألماني أن يعول في مجال العلاقات الخاصة الدولية على مجرد آليات الحماية في القانون المألوف له أي القانون الألماني، وإنما على تفضيل مصلحة الطرف المسؤول على مصلحة المضروب، وبالتالي تطبيق قانون دولة الطرف المسؤول.

ويتساءل فيشر عما إذا كان لا يتعين تراجع مصلحة كل طرف في تطبيق القانون المألوف له على مسؤوليته أمام المصلحة في تطبيق قانون واحد على العلاقات القانونية على مجموعها، وهو أمر وجد تحبيذا بصدد العلاقات العقدية وحظي بالقبول، تبنته النصوص القانونية الحديثة بصدد القانون

الواجب على العقد وآثاره، حيث يترتب عند وجود مكان الوفاء في دول مختلفة انقسام واختلاف في الإسناد، وبالتالي تعدد هذا الأخير، أما تكوين العقد فقد أخضعت بعض القوانين إلى القانون الذي كان العقد سيخضع له لو كان أبرم (53) ص 39.

ويشير فيشر إلى اختلاف الوضع بالنسبة لحالات الخطأ في تكوين العقد عن الوضع بشأن آثار العقد ومسائل انعقاد العقد حيث تتوافر في الأخيرين مبررات تدعو إلى ضرورة تطبيق قانون واحد، على العلاقات القانونية وهو القانون الذي يخضع له العقد، وذلك لأن إخضاع آثار العقد إلى قانون دولة مكان الوفاء بها، من شأنه أن يمزق الاعتماد المتبادل للالتزامات المتولدة عن العقد، كما أن إخضاع شروط انعقاد العقد طبقاً لقانونه ولقانون أجنبي آخر، الأمر الذي يزعزع الطمأنينة في انعقاد العقد صحيحاً.

لهذا فإن تطبيق قانون واحد يخضع له العقد ليس ضرورياً بنفس الدرجة التي تتطلب آثار العقد أو يقتضيها انعقاده، وهو ما يدعو إلى الحذر بصدد حالات أخرى مثل قطع المفاوضات، وتطبيق قانون واحد على آثار العقد وشروطه.

قد يكون الإسناد بناء على المصلحة الأجدر بالحماية لتحديد القانون الذي يحكم سلوك الأطراف أثناء المفاوضات، لهذا ليس من الضروري أن يتطابق في جميع الأحوال مركز ثقل العقد المراد إبرامه مع مركز ثقل المفاوضات قبل التعاقدية ويفرق فيشر بصدد القانون الواجب التطبيق بين حالات قطع المفاوضات العقدية بين حاضرين وتلك التي بين الغائبين.

أ - القانون الذي يحكم المفاوضات العقدية بين حاضرين

إذا علم الطرف المتضرر أنه من الضروري أولاً إبرام العقد، فإن تحويله وبثقة ينصان على التعويض على النفقات التي تكلف بها بناء على التأكيدات التي صدرت له، ويكون من المشروع للطرف المضرور في ظل هذه الظروف أن ينطلق في ثقته من منظور القانون المألوف له، ولو اختلفت أحكامه عن القانون الذي كان سيحكم العقد المراد إبرامه.

وينبه فيشر أنه قد يحدد اتفاق الأطراف، مكان التفاوض والقانون الواجب التطبيق على الفعل الضار هو قانون مكان المفاوضات، وتركيزه في ظل قانون مشترك للأطراف لانتمائهما لنفس البيئة والمحيط.

ب- القانون الذي يحكم التفاوض على العقد بين غائبين

قد تجري بالكتابة أو عن طريق وسائل الإبلاغ الحديثة ويثير هذا النوع من التفاوض السؤالين

التاليين:

1- هل يمكن نسبتها إلى دائرة تعامل معينة ؟

2- هل في حال نسبتها إلى دائرة التعامل معينة، تنسب إلى قانون دولة ما؟ وهل يؤخذ بواجبات سلوك التعامل وفق هذا القانون؟ (53) ص 40 و41.

إن مركز المفاوضات هو الذي يحدد عامة القانون الواجب التطبيق، خاصة في مجال البيوع الدولية، الذي يطبق فيه مبدأ تغليب مصلحة الطرف الذي قد يسأل عن مصلحة الطرف المضرور، هذا يعني أنه لا يمكن مسائلة كل طرف إلا وفقاً للقانون السائد في الدولة التي يوجد فيها مركز أعماله، هذا حسب رأي فيشر (28) ص 43 و44.

وبالتالي بدأ تبني التعدد في الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية قبل العقدية، والأخذ في الاعتبار تنوع طوائفها والمصلحة الأجدر بالحماية.

4.6.8. الإخلال ببعض الالتزامات الذي يؤدي إلى قطع المفاوضات

إن الإخلال بالالتزامات العقدية يؤدي غالباً إلى قطع التفاوض وفشله، وهذا يعتبر خطأ عقدي أثناء التفاوض، والذي له عدة صور، منها رفض الدخول في التفاوض أو قطع التفاوض دون سبب مشروع أو قطعه قبل صدور الإيجاب أو بعد صدوره أو العدول عنه مما يؤدي إلى فشل التفاوض على العقد، أو حتى رفض الإيجاب الذي يؤدي إلى نفس النتيجة، أو استفزاز المتفاوض الآخر ودفعه إلى ترك التفاوض أو قطعه ككل، هذا وإلى جانب أخطاء أخرى تؤدي إلى قطع التفاوض ونحن في مطلبنا هذا نركز على أهميتها في الفرع الأول نتطرق إلى الإخلال بالالتزام بالإعلام، الذي يؤدي إلى فشل التفاوض، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى الإخلال بالالتزام بعدم إفشاء الأسرار واستغلالها بدون ترخيص، وفي النهاية يجب إثبات هذا الإخلال أو الخطأ خلال التفاوض بإثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما لإقرار مسؤولية الطرف الذي ارتكب الخطأ.

5.6.8. الإخلال بالالتزام بالإعلام

يستتبع التفاوض بحسن نية كما رأينا، ضرورة أن يقوم المتفاوض بإعلام المتفاوض الآخر بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، في الوقت المناسب، بأية واقعة تطرأ أثناء التفاوض والتي قد تؤثر على اتخاذ القرار، فإذا تم الإخلال بهذا الالتزام وأدى ذلك إلى فشل المفاوضات، فإنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ يعرضه للمسؤولية، وقد أكدت ذلك محكمة لنقض الفرنسية في حكم حديث أصدرته في نوفمبر 1993 (43) ص 608.

بشأن قضية تتلخص وقائعها في قيام زوجين بحجز شقة في مبنى تحت التشييد، بموجب اتفاق حجز مبدئي، وقد جاء في هذا الاتفاق أن الشقة ستكون مكونة من حجرتين ذات نافذتين لتسمح بالإضاءة الكافية، إلا أن البائع بعد ذلك قام بتعديل تصميم البناء إثر خطأ فني من المهندس واستبدل النافذتين بهوايتين، دون أن يقوم بإعلام الزوجين بهذا التعديل في حينه، وعندما علم الزوجين بهذا التعديل فيما بعد رفضا إبرام العقد النهائي وقاما باسترداد ما دفعاه من تأمين، ثم طالبا البائع بتعويض ما أصابهما من ضرر لأنه لو كان قد أعلمهما بهذا التعديل في وقت مبكر وفي حينه، لكانا قد تمكنا من إبرام عقد بديل في مشروع إسكاني آخر وأمام رفض البائع قاما برفع الأمر إلى القضاء، فقد أيدت محكمة النقض ما قضت به محكمة الاستئناف من اعتبار البائع مخطئا لإخلاله بالالتزام بالإعلام، حيث كان يتعين عليه بمقتضى التزامه بتنفيذ الاتفاق المبدئي بحسن نية، أن يخطر الزوجين فورا بالتعديل الذي أدخله على البناء وأدى إلى إلغاء النافذتين ولكنه تقاعس عن القيام بذلك، الأمر الذي أدى إلى فشل المفاوضات بإلغاء الزوجين للحجز الأولي الذي كانا يعولان عليه، فضاعت عليهما بذلك فرصة إبرام عقد بديل.

6.6.8. الإخلال بالالتزام بالسرية

إذا قام المتفاوض أثناء التفاوض أو حتى بعد فشل المفاوضات العقدية بإفشاء الأسرار التي أطلع عليها أثناء التفاوض أو قام باستغلالها لحسابه الخاص بدون ترخيص من المتفاوض الآخر صاحب هذه الأسرار فإنه بذلك يكون مخطئا لإخلاله بالتزامه بالمحافظة على الأسرار الناشئة عن اتفاق التفاوض أو الناشئة باتفاق مستقل بين الأطراف في العقود الهامة التي تستدعي ذلك ومن ثم تقوم المسؤولية العقدية وحتى وإن كان فشل التفاوض لا يعود إليه.

ويقع عبء إثبات هذا الخطأ المتعلق بالإخلال بأحد الالتزامات المختلفة والمتنوعة في مرحلة التفاوض والذي يؤدي غالبا إلى قطع التفاوض أو فشل المفاوضات، إذ يقع عبء هذا الإخلال أو الخطأ سواء في المسؤولية التقصيرية أو في المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض على عاتق المدعي في دعوى المسؤولية العقدية وهو المضرور وذلك وفقا للقاعدة العامة القاضية بأن - البينة على من ادعى - .

ولما كان الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض هو الإخلال بأحد هذه الالتزامات فإنه على المدعي أن يثبت أولا وجود هذا الالتزام بوجود اتفاق أو عقد عليه ثم إثبات الخطأ من خلال ذلك ويتم إثبات الالتزام بإثبات مصدره كما قلنا وهو الاتفاق أو العقد المبرم حوله. وعند عدم وجودها يكون الإثبات صعبا طبعا، في هذه الحالة يكفي إثبات واقعة الدخول في المفاوضات لأنها مادية ويبقى للقاضي استخلاص ما تبقى.

أما لإثبات عدم تنفيذ الالتزام تختلف سهولة أو صعوبة بحسب نوع الالتزام المدعى بعدم تنفيذه، سواء كان التزاماً بتحقيق نتيجة، أو التزام ببذل عناية فهذا الأخير أكثر صعوبة من الأول في الإثبات. ويعتبر تقدير حصول الخطأ العقدي المستوجب لمسؤولية المتفاوض من مسائل الواقع التي يفصل فيها القاضي الموضوع.

أما الضرر يعتبر العنصر الأساسي الذي لا تنعقد بدونه المسؤولية العقدية للمتفاوض، ففوق الخطأ العقدي من هذا الأخير لا يكفي وحده لقيام مسؤولية وإنما يجب أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر، وقد يكون الضرر في مرحلة التفاوض إما مادياً أو أدبياً وبكل ما يتوفر في الضرر من شروط. وغنى عن البيان أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المتفاوض المضرور لأنه هو الذي يدعى الضرر ويتم إثبات الضرر بكافة طرق الإثبات لأنه واقعة مادية (43) ص 620.

وأخيراً يجب لقيام مسؤولية المتفاوض العقدية أن تتوافر العلاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه والضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر بمعنى أن يكون خطأ المتفاوض هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا فلا تقوم المسؤولية.

ويقع على عاتق المتفاوض المدين عبء نفي علاقة السببية إذا ادعى عدم قيامها ويجوز له الإثبات أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، وذلك بأن يثبت أن الضرر قد وقع بسبب القوة القاهرة أو بفعل الغير، أو خطأ المضرور نفسه.

7.6.8. الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات والاتفاقات

متى قامت مسؤولية المتفاوض، ومتى قام معها الالتزام في هذه المرحلة والذي يكون مصدره اتفاقاً ما فليس له إلا أثر واحد وهو وجوب تنفيذه ولو كان ذلك عن طريق الجبر عن المدين (19) ص 941، فيلتزم المدين بتنفيذ عين ما التزم به أي تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق، وإلا التزم بالتنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض المالي.

وفيما يلي نبحت في مدى إمكانية إجبار المتفاوض على التنفيذ العيني في المبحث الأول، ثم نعرض في المبحث الثاني للتنفيذ بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل.

8.6.8. التنفيذ العيني الجبري

إذا قام الالتزام، خاصة إذا كان عقدياً فليس له إلا أثر واحد وهو وجوب تنفيذه ولو جبراً عن المدين، فيلتزم المدين بأن ينفذ عين ما التزم به، وكان للدائن أن يجبره على هذا التنفيذ جبراً أو قهراً إزاء

رفض الوفاء اختياريًا فإن الدائن يلجأ إلى جبر المدين بتنفيذه جبراً، إذا أمكن ذلك (19) ص 944، أو اللجوء إلى ذلك عن طريق التعويض.

لهذا سنبحث في هذا المبحث التنفيذ العيني الجبري من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني نخصه لموضوع مدى إمكانية إجبار المدين على التنفيذ العيني.

9.6.8. التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ العيني، أن يقوم المدين بأداء عين ما التزم به إلى الدائن، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينياً فإذا ما نكل المدين عن التنفيذ العيني طواعية، جاز للدائن أن يجبره عن ذلك عن طريق القضاء شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للمدين وقد نصت المادة (164) من القانون المدني الجزائري، على إجبار المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

لذلك سندرس هذا الموضوع من خلال الفرعين التاليين الأول هو التنفيذ الجبري في مرحلة التفاوض، أما الفرع الثاني نبحث فيه موضوع التنفيذ العيني ومبدأ الحرية في التفاوض.

7.9. التنفيذ الجبري في مرحلة التفاوض

إذا الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، إذا كان ممكناً فإذا لم يتم التفاوض بتنفيذ التزامه بالتفاوض اختياريًا، بأن رفض الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه بالرغم من إعداره، فهل يجوز للدائن إجباره على ذلك؟ الجواب أنه يكون له ذلك متى كان هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق وهذا الشرط ينفرد بتقديره قاضي الموضوع بحسب ظروف كل حالة على حدة، مراعيًا في ذلك الطريقة التي يقضي بها العرف ويستوجبها حسن المعاملة ومحترماً لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الذي ينطبق على كل الالتزامات سواء كانت عقدية أم غير عقدية (07) ص 24.

وللدائن الحق في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين حسب طبيعة الالتزام هذا طبعاً في غير الحالة التي يجبر فيها تدخل المدين شخصياً، حيث يجبر في هذه الحالة على التنفيذ بالغرامة التهديدية، دون إخلال بحق الدائن في الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض النقدي لجبر ما لحقه من ضرر في هذا الشأن وفي هذا الشأن هل يجوز للمتفاوض الآخر طبقاً للقواعد العامة السابقة، أن يلجأ إلى القضاء طالبا الحكم بإجباره على الدخول معه في التفاوض أو الاستمرارية فيه؟ أي هل يجوز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذاً عينياً؟

1.7.9. التنفيذ العيني ومبدأ الحرية في التفاوض

لم يتردد الفقه في مجموعه، في استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض فقد ذهب إلى عدم جواز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينيا، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا وذلك للأسباب التالية:

1- إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا، يقتضي تدخل المتفاوض المدين شخصا والفرض أنه يرفض تماما الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه فإذا أُجبر على ذلك كان في هذا الإجبار مساسا بحريته الشخصية وهذا لا يجوز طبقا للقاعدة الأصولية القاضية، بأن لا يكره المرء على فعل ما لا يريد ولهذا لا يجوز إجبار المتفاوض على بدء أو مواصلة التفاوض إلا إذا كان في ذلك مصادرة لحريته.

2- إن محل الالتزام الذي لم ينفذ هو التفاوض وليس التعاقد لذلك فليس من المقبول القول بانعقاده وإذا قلنا أن التفاوض هو ما سيجبر عليه المدين، فليس من المعقول أن تعين مثلا المحكمة من يمثل المدين في عملية التفاوض، حتى ولو كانت المرحلة التي توقفت عندها عملية التفاوض مقبولة ويمكن معها إبرام العقد، وقد أكدت محكمة بروكسل التجارية على استحالة التنفيذ العيني لإعلان مبادئ التفاوض، وأكدت أن ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه.

3- إن التنفيذ العيني يقتضي فرض التفاوض فرضا على غير الراغب في ذلك، فالإلزامه بتنفيذه بروح التعاون وحسن النية وكل الالتزامات التي سبق لنا ذكرها ودراستها، وهنا يحق لنا أن نتساءل عن أي تعاون يمكن أن نتصوره في هذا الصدد بين المتفاوضين؟

ولا نجد من خلال ذلك في اعتبارات الملائمة ما يوحي بأن هذا الحل أو بالأحرى هذا الواقع المفروض على المتفاوض هو الحل المقبول (56) ص 207.

4- كما أن التنفيذ العيني يفرض اتفاقا على النقاط الجوهرية مع ترك المجال للقواعد المكملة لتلعب دورها في تكملة العقد، لعدم وجود اتفاق على ما يخالفها وهذا الافتراض غير متصور في العقود المركبة، الطابع التي تتعدد فيها النقاط الجوهرية تعديا يستحيل معه على غير الأطراف أنفسهم تكملة طوعا أو اختيارا، وبديهي أن الحل الواجب الأخذ به يتعين أن يكون عاما ينطبق على كل العقود، دون نظر إلى فروض محتملة لا تقع إلا في النادر من الحالات.

5- إن دور القضاء ليس أن يحل محل الأطراف في إبرام العقود، ما دام لا يوجد لمثل هذا التدخل سندا في إدارة أو إنفاق أو شرط أو بند صريح من اتفاق بشكل صريح أو ضمني للأطراف يبرر هذا التدخل وقد حكمت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بأن مشروع عقد البيع لا يكون ملزما لأي طرف

ويمكن لكل من الطرفين الامتناع عن إبرام العقد ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء (29) ص 85 و 86.

2.7.9. مدى إمكانية إجبار المدين على التنفيذ العيني

بما أننا في مرحلة التفاوض فالأصل أن لكل طرف الحرية في العدول أو قطع التفاوض إذا كان لذلك مبرر مشروع دون إحداث أي ضرر للطرف الآخر وهذا ما سنعرفه في هذا المطلب من خلال فرعين، الأول هو مدى إمكانية اللجوء للقضاء للتنفيذ العيني والثاني هو استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض.

3.7.9. اللجوء للقضاء للتنفيذ العيني

وإذا كان لا يجوز إجبار المتفاوض بطريق مباشر على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، إلا أنه تجوز في سبيل حثه على تنفيذ التزامه أن يستعمل ضده وسيلة الغرامة التهديدية، فيحكم القاضي بإلزامه بدفع مبلغ معين من النقود عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، غير أنه إذا لم تجد هذه الوسيلة فلا مناص من الاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض النقدي (43) ص 618.

ورغم ندرة التطبيقات القضائية في شأن الإجبار على التفاوض إلا أن ثمة حكماً صادراً من محكمة استئناف باريس المؤرخ في 28 سبتمبر 1976، قضى بالإجبار على التفاوض، وقد استند إليه البعض في الفقه للقول بإمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذاً عينياً إذا ما قدر القاضي ذلك (31) ص 101 و 102.

وتتعلق وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة - E.D.F - وشركة - CHEL - الفرنسيين، وقد كان العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بإعادة التفاوض حول الثمن في حالة ارتفاع أو انخفاض الأسعار وعقب حرب أكتوبر حيث ارتفعت أسعار البترول، كان لابد من أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن وهذا ما حدث فعلاً، ولكن التفاوض باء بالفشل، ويرجع الأمر إلى محكمة استئناف باريس والتي قضت المحكمة قبل أن تفصل في الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة لتوصل إلى اتفاق على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات، والحلول المقترحة إما بإبطال العقد أو بتعديله بمعرفتها.

والواقع أنه لا يمكن التعويل على هذا الحكم وحده للقول على العموم يجوز الإجبار على التفاوض، بل أنه يتعين استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض احتراماً لحرية المتفاوض الشخصية.

واختصار للوقت لأن التنفيذ الجبري عموماً لا طائل من ورائه إذ أنه لا يكفل بالنجاح عادة، لأنه لا يمكن تصور مواصلة التفاوض بحسن نية بالإضافة إلى باقي الالتزامات السالفة الذكر.

غير أنه هناك التزاماً في مرحلة التفاوض يقبل بطبيعته التنفيذ العيني جبراً على المدين وهو الالتزام بالمحافظة على الأسرار فإذا كان المتفاوض في سبيله إلى استغلال المعلومات الفنية أو المالية الخاصة بالمتفاوض الآخر أي الدائن، عليه أن يتخذ الإجراءات القضائية اللازمة لمنع هذا المتفاوض من تحقيق ذلك (43) ص 618، وإذا تمكن هذا الأخير من البدء في استغلال هذه المعلومات بالفعل استطاع الدائن أن يجبره على عدم الاستمرار.

في هذا الاستغلال كأن يستصدر حكماً بإغلاق المنشأة التي يتم فيها هذا الاستغلال المخالف دون الإخلال بحق الدائن في المطالبة بالتعويض، (43) ص 619.

4.7.9. استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض

إذا كان القاضي لا يجوز له من باب أولى أن يجبر المتفاوض على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، فلا يجوز بعد ذلك على التعاقد أي لا يجوز له أن يحل إرادته محل إرادة المتفاوض الراض الاستمرار في التفاوض ويقضي باعتبار العقد قائماً على سبيل التعويض العيني، وهذا ما يسلم به جمهور الفقهاء (56) ص 208، ولم يجده القضاء ويرجع ذلك للأسباب التالية:

1- إن الخطأ الذي يسأل عنه المتفاوض يتمثل فحسب في رفضه الاستمرار في التفاوض بدون مبرر مشروع، وليس في رفض إبرام العقد النهائي، إذ الواقع أن اتفاق التفاوض يلزم الطرفين، بمجرد التفاوض على العقد بحسن النية، ولا يلزمهما على إبرام هذا العقد بالفعل، ومن ثم إذا أقام القاضي العقد رغم إرادة المتفاوض، فإنه بذلك يكون قد ألزم المتفاوض بأكثر مما يلزم.

2 - إن الضرر من عدم إبرام العقد لا يمكن التعويض عنه تعويضاً عينياً ولا نقدياً، وذلك لكونه ضرراً محتملاً كما رأينا، إذ أن لكل متفاوض مطلق الحرية في العدول عن المفاوضة، والامتناع عن إبرام العقد حتى آخر لحظة، شريطة أن يكون لذلك ما يبرره، فإذا عدل المتفاوض دون سبب مشروع فإن كل ما يصنع على المتفاوض الآخر حينئذ هو مجرد ضياع فرصة للتعاقد، وليس العقد نفسه.

وهذه الفرصة هي وحدها التي يمكن المطالبة بالتعويض عن ضياعها، فإذا حكم القاضي بقيام العقد على سبيل التعويض العيني، فإنه بذلك يكون قد حكم بأكثر مما طلب منه، (56) ص 274، (29) ص 84.

إن القاضي لا يملك أن يتدخل لتكملة العقد بنفسه والحكم بانعقاده إلا عندما يتوصل الطرفان إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، دون أن يعلقا تمام العقد على الاتفاق على المسائل الأخرى الثانوية أما إذا لم يتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية في العقد، أو اتفقا عليها واحتفظا بالمسائل الثانوية للاتفاق عليها فيما بعد واشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها فإن العقد لا ينعقد، (56) ص 274.

وإذا قام أحد الطرفين بالانسحاب من المفاوضات قبل الاتفاق على المسائل الباقية وهذا هو الفرض هنا، فإن القاضي لا يستطيع أن يتدخل لتكملة هذه المسائل بمعرفته ويقضي بانعقاد العقد رغما عن إرادة هذا الطرف المنسحب، وذلك لأن الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية في العقد أو على كل هذه المسائل مع تعليق تمام العقد على الاتفاق على المسائل الثانوية المرجأة، يعتبر مجرد مشروع عقد غير ملزم للطرفين ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يحوله إلى عقد نهائي ويفرضه على أحد الطرفين فرضاً.

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية، إن مشروع عقد البيع لا يكون ملزماً لأي من الطرفين ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام العقد ولا يجوز للطرف الآخر إجباره عن ذلك عن طريق القضاء.

وفضلاً عن ذلك فإن من يفرض عليه انعقاد العقد بالشكل السابق ذكره رغماً عن إرادة أحد المتفاوضين، لا يرجى منه أي تعاون أثناء تنفيذه، الأمر الذي سيفتح مستقبلاً باب النزاع والشقاق بين الطرفين أو مع الغير، لافتعال أسباب إيقاف التنفيذ.

وهكذا إذا قامت مسؤولية المتفاوض العقدي عن إخلاله بالتزامه بالتفاوض فإن القاضي لا يستطيع أن يجبره على التفاوض، كما لا يملك أن يجبره على التعاقد وإنما يكتفي بالحكم عليه بالتعويض النقدي فحسب (43) ص 621.

وخلاصة القول أن التنفيذ العيني مستبعد في كل الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة التفاوض بالمعنى الضيق، ما لم يجب القاضي في ذلك كله علاقة عقدية تحتاج إلى تكملة بطبيعة الحال.

ومن خلال ذلك يثور التساؤل عن إمكانية اللجوء إلى أسلوب التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض لجبر ما لحق الدائن من أضرار وهذا ما سنبحثه لاحقاً.

5.7.9. التنفيذ بطريق التعويض

إذا انغلق طريق التنفيذ العيني إما لتخلف شرط أو أكثر من شروطه، وإما لاتفاق الدائن والمدين بشكل صريح أو بشكل ضمني على العدول عن التنفيذ العيني الجبري، لم يكن أمام الدائن الحريص على

اقتضاء حقه إلا ولوج طريق التنفيذ بمقابل وحصل على مقابل للتنفيذ العيني، يتمثل في تعويض يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب.

بحيث يمكن ملاحظة التفرقة بين التنفيذ العيني والذي هو إزالة الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام بحيث يعود الدائن إلى ذات الوضع الذي يكون فيه لولا الإخلال به والتعويض العيني الذي يرفع الإخلال، فيبقى الإخلال بالالتزام قائماً، ويقدم للدائن بديلاً عنه كافياً ومناسباً وهو التعويض عنه (02) ص 66.

ومن خلال كل هذا سندرس هذا الموضوع من خلال مطلبين أساسيين في هذا المبحث، الأول نتطرق فيه إلى التعويض عن نفقات التفاوض والوقت الضائع، أما المطلب الثاني نبحث فيه عن فوات الفرض والمساس بالثقة التجارية.

6.7.9. التعويض عن نفقات التفاوض والوقت الضائع

عموماً يلاحظ في التعويض أنه يشمل الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، بمعنى أنه لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول وفي هذا الصدد نفرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، بحيث لا يعرض من حيث المبدأ في إطار المسؤولية العقدية إلا عن الضرر المباشر المتوقع بمعنى موضوعي وليس ذاتياً وحده، (13) ص 170، ما لم يثبت ارتكاب المدين غشاً أو خطأً جسيماً حيث يلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر المباشر المتوقع والغير متوقع على حد سواء، أما في المسؤولية التقصيرية فيشمل التعويض دائماً الضرر المباشر المتوقع والغير متوقع، وفي كل الأحوال يشترط للتعويض عن الكسب الغائب أن يكون للأصل في هذا الكسب أسباباً مقبولة، وبذلك يغطي التعويض الضرر كله مهما قل شأنه في الحال أو في المستقبل ما دامت إمكانية وقوع الضرر في المستقبل قوية إذا قيست باحتمالات عدم تحققه والمحمّل لا يعرض عنه إلا إذا حدث فعلاً، كما يجب الأخذ بعين الاعتبار الملابسات التي وقع فيها الضرر وهذا ما يفتح الباب عملياً لأخذ جسامته الخطأ في الاعتبار.

لهذا قمنا بحصر هذا المطلب في فرعين هاميين الأول هو التعويض عن نفقات التفاوض أما الفرع الثاني نبحث فيه عن التعويض عن الوقت الضائع.

7.7.9. التعويض عن نفقات التفاوض

فالواقع أن الأضرار التي يمكن المطالبة بالتعويض عنها في مرحلة التفاوض لا تدخل تحت حصر وسنقتصر فيما يلي على بيان أهم هذه الأضرار، من بينها نفقات التفاوض وهي النفقات التي تكبدها المتفاوض المضروب في سبيل التفاوض والإعداد لعقد مثل نفقات الدراسة التمهيديّة والرسومات

والخرايط والتصميمات وتقارير ودراسات لخبراء وأتباع الأشخاص الذين استعان بهم في التفاوض، وكذلك نفقات السفر والإقامة والاتصالات وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض فهذه النفقات تعد بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور، ومن ثم يجب أن يتحملها المسؤول عن فشل التفاوض.

غير أنه يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات وبين عملية التفاوض الفاشل، أي أن تكون تلك النفقات قد تمت بمناسبة التفاوض وبسببه ومن ثم فلا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء المفاوضات ولا ما أنفقه بعد علمه بانسحاب المتفاوض الآخر.

كما يجب أن لا تكون هذه النفقات قد تمت نتيجة لخطأ المتفاوض المضرور، إذ لو ثبت أن هذا الأخير قد تكبد هذه النفقات بسبب خفته أو سذاجته أو عدم احترازه، فلن يكون من حقه أن يستردها من المتفاوض المسؤول (56) ص 53، (29) ص 92.

ويجب أن لا تكون هذه النفقات باهظة ومبالغ فيها إلى الحد الذي يتجاوز المألوف، إذ لا يكون المتفاوض المدين مسؤولاً عن النفقات التي تمت في الحدود المعقولة فحسب، لأن هذا القدر هو الذي يمكن توقعه عادة.

وفضلاً عن ذلك فإن النفقات العادية التي يبذلها المهني في سبيل جذب العملاء والتفاوض معهم لا تكون محلاً للتعويض، حيث يذهب الفقه (56) ص 106، والقضاء إلى أن المهني هو وحده الذي يتحمل مثل هذه النفقات وذلك لكونها تضاف عادة إلى المصروفات العامة لمنشأته ولكن إذا أثبت ما أنفقه المهني بسبب التفاوض مع عملية يتجاوز حدود النفقات العادية، كان له ذلك كما لو كان قد فرغ بعض عماله خصيصاً من أجل التفاوض مقابل أجر خاص أو استعان بخبراء من الغير لإعداد العطاء أو الرسومات... الخ المستخدمة بوجه خاص في ذلك التفاوض الذي تسبب العميل في إفساده بدون مبرر، فإن العدالة تقضي حينئذ بضرورة أن يعرض المهني عن هذه النفقات الخاصة.

كما ننوه بأنه على الرغم من التزام قضاة الموضوع، نادراً ما يفصلون عناصر الضرر في أحكامهم، ويتضمن التعويض بمقابل نوعين من التعويضات أحدهما سلبي والآخر إيجابي، على النحو الذي سبق بيانه لدى دراسة نظرية - Jhering-

ومن جهة أخرى فهناك في الفقه من ينادي بالألا يتردد القاضي في أن يأخذ في اعتباره عند تقدير التعويض عن إجهاض مشروع العقد بخطأ من أحد المتفاوضين، في الأحوال التي تكون فيها المفاوضات قد وصلت إلى درجة متقدمة لآفاق الكسب. (64) ص 113، (09) ص 12.

8.7.9. التعويض عن الوقت الضائع

يعد ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات لذا يجب التعويض عنه متى قام الدليل عليه (56) ص 106، (64) ص 112.

ويتمثل هذا الوقت الضائع في الساعات أو الأيام أو الشهور، بل وحتى السنين في كثير من الأحيان، التي تكون قد استغرقتها المناقشات والتنقلات من مكان إلى مكان آخر أو من بلد إلى آخر، ويعد ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة، يستحق الجبر أيا كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات كلما قام الدليل عليه، وليس في الإثبات ما يرهق الدائن حيث يكفي أن يثبت أنه لولا هذه المفاوضات ما كان فقد ما فقد من وقت لإبرام عقد آخر.

فإذا ما قام الدليل على ضياع الوقت في المفاوضات وما استدعاه ذلك من مناقشات وتنقلات ومصاريف فيتم تقدير التعويض وفقا لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر ما لحق الدائن من ضرر من يوم تحققه وحتى لحظة صدور الحكم.

ونظرا لندرة العناصر المادية التي تساهم في تحديد مقدار الضرر المتمثل في ضياع الوقت فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض عنه جزافا وفقا لقواعد العدالة (43) ص 625.

ويبدو التنويه بحكم فرنسي شهير في هذا المقام أبرز موضوع التعويض عن ضياع الوقت فقد أعلن زوجان رغبتهما في إيجاب تمثّل في طرح عقد للبيع ثم طلبا تمديد مدة القبول حتى يتسنى لها تدبير التمويل اللازم للشراء وبعد ثلاثة أشهر أخرى أفصحا عن إرادة قاطعة في عدم الشراء وتمسك موجه الإيجاب بأن الرفض متأخر وطالب بالتعويض عن ضياع الوقت ورفض السداد فرفض قضاء الموضوع مطالبه لعدم وقوع ضرر يبرر إلزام الزوجين.

ولكن محكمة النقض أبت إلا أن تؤكد على أن مناط الحكم بالتعويض هو في البحث عما إذا كان البائع كان قد اعتقد في التزامه بالإيجاب الموجه إليه بالفعل ولم يتصرف في العقار طوال هذه المدة من عدمه.

وقد تعرضت محكمة النقض المصرية لمسألة التعويض عن ضياع الوقت في حكم لها حديثا نسبيا تطرقنا له سابقا، تتلخص وقائعه في أن (أ) عرض على (ب) أن يفكر له في مشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكا له فيه فقبل (ب) هذا العرض وأخذ يفكر له في مشروع هام، حتى اهتدى إلى إنشاء مصنع لعمل وطبع أسطوانات الأغاني والموسيقى بمصر وعرض الفكرة على (أ) فرحب بها وجرت بينهما مفاوضات في شأن إنشاء شركة لتنفيذ هذا المشروع وانتهت المفاوضات إلى اتفاق بين الطرفين على تكوين شركة بينهما يساهم فيها (أ) برأس المال و(ب) بعمله وخبرته الفنية وعلى أثر هذا الاتفاق

طلب (أ) من (ب) السفر إلى أوروبا لاختيار الآلات والأدوات اللازمة للمصنع لدرايته بذلك، وسافر (ب) فعلا تاركا أعماله العديدة في مصر وقضى بأوروبا عدة شهور في البحث في مصانعها عن أحسن ما أنتجته من آلات وتم شراء الآلات بالفعل لكن ما إن وصلت هذه الآلات إلى مصر وتسلمها (أ)، حتى تنكر لـ (ب) فرفض تحرير عقد الشركة معه، بل وأنكر حصول أي اتفاق بينهما بشأن تكوين هذه الشركة واستأثر بهذه الآلات لنفسه وعقد شركة مع آخرين لتنفيذ ذات المشروع الذي كان من تفكير الطرف (ب).

قضت محكمة النقض بأن قيام (أ) بقطع المفاوضات دون إخطار (ب) في الوقت المناسب يعتبر خطأ ترتبت عليه عدة أضرار لـ(ب) من بينها ما تكبده (ب) من خسارة بسبب اضطراره لإهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي قضاها في الخارج لاختيار الآلات اللازمة للمصنع، اعتمادا على أن (أ) جاد في أن تصل المفاوضات إلى غايتها وقد ألزمت المحكمة (أ) بتعويض (ب) عن هذا الضرر كما سبق ذكر ذلك.

9.7.9. التعويض عن فوات الفرص والسمعة والمساس بالثقة التجارية

لقد قلنا أن التعويض عن الأضرار الناتجة عن فشل أو انقطاع المفاوضات لأسباب غير مشروعة أو بشكل تعسفي فإنها لا تقع تحت الحصر ونحن ارتأينا أن نبحت هذان الموضوعان في هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين، الأول عن التعويض عن فوات الفرص، أما الفرع الثاني نبحت في موضوع التعويض عن المساس بالسمعة والثقة التجارية.

8.9. التعويض عن فوات الفرص

يجوز للدائن الحصول على تعويض عن الفرص التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى محل العقد الذي لم يحصل عليه وذلك إذا ما أثبت ضياع هذه الفرص وعدم تسببه كليا أو جزئيا في ضياعها بخطأ منه (70) ص 31، فإذا عجز عن إقامة الدليل على ذلك لم يكن أمامه إلا الاكتفاء بالتعويض عما فقد من وقت في عملية التفاوض لم تسفر عن النتيجة التي كان يرجوها (70) ص 25.

ويقصد بتفويت الفرصة الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي (04) ص 291، وإذا كان معروفا أن الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه كما قلنا، لكونه ضررا غير محقق الوقوع في الحال أو المستقبل، فإن تفويت الفرصة على العكس من ذلك يعد ضررا محققا يجب التعويض عنه في الحال، وذلك لأنه يجعل تحقيق الكسب أمرا مستحيلا بعد أن كان محتملا وممكنًا.

ويسلم القضاء في مجموعه لمبدأ وجوب التعويض عن تفويت الفرصة فقد قضى بأن الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر حال محقق ولو كانت الإفادة منها أمرا محتملا وقضى كذلك بأن القانون لا يمنع من أن يدخل في الحساب الكسب الفائت، الذي هو أحد عناصر التعويض، ما كان يأمل المضرور من كسب، ما دام أن هذا الأصل يستند إلى أسباب معقولة، ذلك أنه إذا كانت الإفادة من الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه.

ويعتبر تفويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة التفاوض حيث يؤدي فشل المفاوضات عادة إلى حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب احتمالي ويتمثل هذا الكسب الاحتمالي في إبرام العقد المتفاوض عليه أو في إبرام عقد بديل مع الغير وهذا ما نعرضه كما يلي:

أ- تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه

يعد فشل التفاوض مؤشرا يدل على عقد الأمل في التوصل إلى إبرام العقد المتفاوض عليه وإذا عود الفشل إلى المسلك الخاطئ لأحد أو كلا المتفاوضين، إلا أن هناك تساؤلا هاما ومشروع لا بد من إثارته وهو مدى اعتبار فوات فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه ضرر يتعين التعويض عنه وبعبارة أخرى، هل يعرض المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات أو من فشلها عن مجرد ضياع فرصة إبرام العقد النهائي معه؟

واجهت هذه المسألة في أول الأمر موقفا متشددا من جانب القضاء، فقد كان هذا الأخير لا يقبل تعويض الطرف المتضرر من قطع المفاوضات أو فشلها عن مجرد عدم إبرام العقد المتفاوض عليه وقد أكدت ذلك صراحة محكمة - رون الفرنسية- حيث قضت (43) ص 629، بأنه يجب أن لا يدخل في حساب مقدار التعويض المزايا التي حرم منها المتفاوض المضرور بسبب عدم إبرام العقد معه، لأن العمل بغير ذلك يؤدي بطريق غير مباشر، إلى ترتيب آثار العقد بالرغم من عدم انعقاده.

ومن جانبها قضت محكمة بروكسل البلجيكية بأنه ليس للمتفاوض المضرور أن يطالب بالتعويض عن المزايا التي كان سيحصل عليها من عقد لم يكن له أن يعتمد عليه، بل أن القضاء الإنجليزي يرفض تماما مبدأ التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه وذلك باعتبار أن الأرباح المتوقعة من هذا العقد تعد عنصرا بعيدا وغير مؤكد (64) ص 44، (53) ص 78.

ويؤيد جانب من الفقه هذا الاتجاه، فيرى بأنه من غير المقبول أن ينشأ للمتفاوض المضرور حق في التعويض عن مجرد عدم إبرام العقد معه وذلك لأن العقد يكون دائما أمرا افتراضيا، مما لا يتصور معه قيام فرصة جادة في تحقق الكسب ومن ثم يجب أن يقتصر التعويض في حالة قطع المفاوضات على

نفقات التفاوض فقط، دون أن يمتد إلى الأرباح المحتملة تحققها من وراء تنفيذ العقد المتفاوض عليه وإلا لانتهى بنا الأمر إلى نفس النتيجة التي كانت ستترتب على هذا العقد ولو كان قد أبرم بالفعل، فضلا عن أن القول بغير ذلك من شأنه أن يثني المتفاوض عن ممارسة حريته في العدول عن التعاقد مخافة أن يعرضه ذلك للحكم عليه بتعويض كبير.

والواقع أن هذا الاتجاه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأنه وإن كان صحيحا، أنه لا يجوز عند فشل التفاوض التعويض عن الأرباح التي كانت ستتحقق من العقد المتفاوض عليه لو تم إبرامه لكون هذا الإبرام وبالتالي تحقق تلك الأرباح، أمرا محتملا وغير محقق الوقوع، إلا أن الحرمان من فرصة إبرام هذا العقد والحصول على أرباحه هو ضرر محقق وحال ومن ثم يجب التعويض عنه.

ووجه ذلك أن الدخول في المفاوضات يعطي لكلا الطرفين فرصة لإبرام العقد المتفاوض عليه وجني ثماره وكلما تقدمت المفاوضات كلما أصبحت هذه الفرصة حقيقية وجادة فإذا قام أحد الطرفين بقطع المفاوضات بدون أي مبرر مشروع فإنه بذلك يكون قد فوت على الطرف الآخر فرصة حقيقية لإبرام العقد والحصول على أرباحه، لذا يجب عليه أن يقوم بتعويضه عن فوات هذه الفرصة، دون أن يمتد التعويض إلى الأرباح أو المزايا المتوقعة من العقد.

ذلك لأنه وإن كانت الإفادة من فرصة إبرام العقد المتفاوض بإبرام العقد بالفعل وتحقيق الكسب منه، هي أمر احتمالي وغير مؤكد فإن تفويتها بالكلية، بقطع التفاوض بدون سبب مشروع هو ضرر محقق ويجب التعويض عنه، إذ أنه يجعل تحقق الكسب أمر مستحيلا بعد أن كان محتملا وممكنا.

وقد استقر القضاء اليوم ويؤيده في ذلك جمهور الفقهاء (64) ص 43، (56) ص 120، (31) ص 104، على وجوب تعويض المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات عن حرمانه من فرصة حقيقية وجادة، ذلك أن مناط التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة هو أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأصل في الإفادة منها له ما يبرره.

لهذا يجب أن يكون أمل المتفاوض في إبرام العقد مستندا إلى أسباب معقولة ولاشك أن هذا الأمل يكون كذلك إذا كانت المفاوضات قد وصلت إلى مرحلة متقدمة من إبرام العقد النهائي إذ أن ذلك يبعث الراحة والطمأنينة والأمل في قلب المتفاوض ويبعد عن ذهنه فكرة العدول فإذا ما عدل المتفاوض الآخر بغتة دون أي سبب مشروع فإنه بذلك يكون قد حرمه من فرصة جدية في إبرام العقد وتحقيق الكسب ومن ثم يلتزم بتعويضه عن فوات هذه الفرصة الجدية الهامة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 10 يناير 1990 بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض وتتلخص وقائع هذا الحكم في قيام عدة خبراء محاسبين ومأموري حسابات بالاندماج في شركة أطلق عليها - Holding - وعقب ذلك أعلن أحد الشركاء عن رغبته في أن يبيع لهذه الشركة مجموعة أسهم يملكها في شركة أخرى، قبلت الشركة التفاوض معه في هذا الخصوص وبعد أن وصلت المفاوضات إلى مرحلة متقدمة عدل الشريك عن التعاقد معها وقام ببيع الأسهم إلى الغير وبعرض الأمر على محكمة استئناف باريس قضت المحكمة بمسؤولية الشريك عن قطعه للمفاوضات المتقدمة بدون أي سبب موضوعي وألزمته بتعويض شركة - Holding - عن ضياع فرصة شراء الأسهم محل التفاوض والذي عاد عليها بالضرر وهي في بداية نشاطها المهني.

وعلى هذا المنوال وعدولا منها عن موقفها السابق، صدر حكم من محكمة بروكسل في 3 فبراير 1988، يقضي بالتعويض عن تفويت الفرصة قبل إبرام العقد المتفاوض عليه وقد كان النزاع بمناسبة فشل مفاوضات جرت بين إحدى الشركات البلجيكية من جانب وبين شركتين إحداهما فرنسية - Oréal - والأخرى أمريكية - Cosmaït - من جانب آخر وذلك بشأن إبرام (43) ص 633، عقد امتياز بيع مستحضرات التجميل في بلجيكا ولكسمبورج وقد قضت المحكمة بالتعويض عن فوات فرصة إبرام هذا العقد حيث أنه قد تم قطع المفاوضات في وقت كانت فيه شبه ناجحة وكانت الظروف الاقتصادية المحيطة تتم عن توافر الفرصة الجادة في إبرام العقد وجني ثماره.

ب- تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير

يحق للمتفاوض المتضرر من فشل المفاوضات أو من قطعها بسبب غير مبرر أو غير مشروع، أن يطالب أيضا بتعويضه عن تفويت الفرصة عليه في إبرام عقد آخر مع الغير بدلا من العقد المتفاوض عليه الذي فشل في إبرامه بسبب خطأ المتفاوض الآخر وذلك إذا ما أثبت أنه تخلى عن هذه الفرصة بحسن نية اعتمادا منه على الأمل الكاذب الذي خلقه المتفاوض الآخر في نفسه وجعله يعتقد أن العقد محل التفاوض مضمون المنال.

فقد يتخلى المتفاوض عن العرض المقدم إليه من الغير ويكتفي بالتفاوض مع الطرف الآخر اعتقادا منه بأن هذا الأخير جاد في تفاوضه وأن العقد المتفاوض عليه سوف يبرم، ثم يفاجأ بعد ذلك بأن الطرف الآخر قد قطع المفاوضات دون أي سبب أو مبرر مقنع ومشروع أو أنه سبب بخطئه في فشلها أو انقطاعها وبذلك يكون قد أضرع عليه اغتنام الفرصة البديلة بإبرام عقد آخر مع الغير.

في هذه الحالة يجب على المتفاوض المسؤول أن يعرض المتفاوض المضروب عن الفرصة التي ضاعت منه لإبرام عقد بديل مع الغير.

ولكن يشترط لاستحقاق التعويض أن تكون الفرصة البديلة قائمة وقت التفاوض، فلو ثبت أن فرصة إبرام عقد بديل مع الغير كانت منعدمة طيلة مرحلة التفاوض، فلن يستحق المتفاوض المضرور أي تعويض عنها.

ويشترط كذلك في هذا المقام أن لا يكون المتفاوض المضرور قد تسبب بإهماله وسذاجته في تضييع هذه الفرصة، فإذا كان من الواضح أمامه أن احتمال نجاح التفاوض ضئيل للغاية ومع ذلك تخلى عن الصفقة البديلة المتاحة فإنه يفقد بذلك حقه في التعويض كلياً أو جزئياً بحسب الدور الذي لعبه خطأه في تفويت الفرصة بالمقارنة بخطأ المتفاوض الآخر.

ومن التطبيقات الشهيرة في هذا الصدد، تلك القضية التي نظرتها محكمة النقض الفرنسية في 17 نوفمبر 1993 وتخلص وقائعها في زوجين قام بحجز شقة في مبنى تحت التشييد وكان من المتفق عليه أن الشقة سيكون بها نافذتين عاديتين لتوفير الإضاءة الجيدة ولكن البائع قام بعد ذلك بوضع هوائيتين محل النافذتين دون أن يعلم الزوجين بذلك، وبعد مرور وقت طويل على الزوجان بطريقة ما بهذا التعديل فرفضاً إتمام العقد، وطالبا البائع بالتعويض عن تفويت الفرصة عليهما في إبرام عقد بديل مع الغير، لأنه لو كان قد أبلغهما بهذا التعديل في وقت مبكر لكان قد تمكنا من التعاقد مع مشروع إسكاني آخر.

وقد أبدت محكمة النقض قضاة الموضوع في حكمهم على البائع بالتعويض للزوجين عن تفويت الفرصة، لكونه قد ضيع عليهما فرصة جدية لإبرام عقد بديل في مشروع آخر، في وقت كانت فيه الظروف المالية والضرائبية تحقق لهما مزايا أفضل من الوقت الذي علما فيه بالتعديلات التي أدخلت على المبنى (56) ص 120.

وعلى كل حال وسواء كانت الفرصة الضائعة هي إبرام العقد المتفاوض عليه أو إبرام عقد بديل مع الغير فإن القاضي هو الذي يقدر التعويض عن فواتها والغالب أن يكون هذا التعويض في صورة مبلغ جزافي، ولكن يشترط أن لا يصل هذا المبلغ إلى حد قيمة الأرباح المتوقعة من العقد لو تم إبرامه وإنما يجب أن يقتصر التعويض على مبلغ ضئيل يمثل ترضية للمتفاوض المضرور عن ضياع فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه أو العقد البديل وذلك لأن الضرر يتمثل هنا في مجرد تفويت الفرصة وليس في عدم الإفادة منها .

ج- عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير استناداً إلى مشروع العقد المتفاوض عليه

قد يقوم المتفاوض أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير بهدف الاستعداد لتنفيذ العقد المرتقب الذي يجري التفاوض عليه كأن يبرم عقد قرض لتمويل المشروع المتفاوض عليه أو عقد تأمين

عليه أو عقد إيجار للأجهزة والمعدات اللازمة لتنفيذه أو أن يبرم عقد نقل للبضائع التي يتفاوض على شرائها... الخ.

فإذا فشل التفاوض على العقد الأصلي فإن ذلك يؤدي لا محالة إلى عدم تنفيذ هذه العقود التكميلية أو المساعدة، إذ يعود الفشل إلى المسلك الخاطئ للمتفاوض المسؤول، فهل يستطيع المتفاوض المضروب أن يرجع على هذا الأخير بما يستحق عليه من تعويضات لصالح الغير لعدم تنفيذه لما أبرمه معهم من عقود والراجح في هذا الموضوع أنه يجب التفرقة هنا بين فرضين: (29) ص 97 و 98، (31) ص 112.

الفرض الأول

أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات عالماً بهذه العقود ولم يعترض عليها أو أنه هو الذي حث المتفاوض المضروب على إبرامها، مطمئناً إياه بأن العقد المتفاوض عليه على وشك الانعقاد ففي هذه الحالة تقضي العدالة بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول ملتزماً بدفع التعويضات المستحقة على المتفاوض المضروب اتجاه الغير.

الفرض الثاني

أن يكون المتفاوض الآخر المسؤول عن فشل المفاوضات غير عالماً بهذه العقود، أو أنه كان عالماً بها ولكنه سجل اعتراضه على إبرامها ففي هذه الحالة وطبقاً لقواعد العدالة كذلك فإن هذا المتفاوض لا يكون مسؤولاً عن التعويضات التي تستحق على المتفاوض المضروب اتجاه الغير بسبب عدم تنفيذ هذه العقود.

وعلة ذلك أن المتفاوض المضروب هو الذي تسرع برعونته وعدم احترازه في إبرام هذه العقود قبل حلول أوانها وكان الأجدر به وحريراً أن ينتظر ريثما يتم إبرام العقد المتفاوض عليه بالفعل، خاصة وأنه يعلم أو كان ينبغي عليه أن يعلم أن إبرام هذا العقد هو أمر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق.

فالمفاوض الحريص يتعين عليه ألا يبرم أي عقد مع الغير للمساهمة في تنفيذ العقد النهائي المتفاوض عليه، إلا بعد أن ينعقد هذا العقد النهائي فعلاً ويدخل طور التنفيذ، فإذا ما أبرم عقداً مع الغير قبل ذلك بدون علم المتفاوض الآخر أو بالرغم من اعتراضه فقد أخطأ وعندئذ يجب أن لا يقع خطأه إلا على أم رأسه، أما المتفاوض الآخر فلا معنى لتحمله نتيجة هذا الخطأ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن إبرام مثل هذه العقود بدون علم المتفاوض الآخر يعد أمراً غير متوقع عند الاتفاق على التفاوض، ومن ثم فإن المتفاوض الآخر لا يكون مسؤولاً عن نتيجته الضارة وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية، التي تشترط في الضرر أن يكون مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

وعلى كل حال فإن المتفاوض الذي يحرص ويصر على إبرام مثل هذه العقود مع الغير، لكي يبرهن على جديته في التفاوض وحرصه على التنفيذ السريع للعقد حينما يتم إبرامه، يستطيع أن يحتاط لنفسه ويضمن هذه العقود بندا يجعل نفاذها معلقا على شرط واقف هو إبرام العقد الأصلي المتفاوض عليه، (43) ص 635 و636.

1.8.9. التعويض على المساس بالسمعة والثقة التجارية

حقيقة هذا الموضوع هام، وتظهر أهميته في التعاملات التجارية المختلفة، فمن أجل استقرار المعاملات ومن أجل أن يسود نوع من الثقة والأمان في العلاقات التجارية بين مختلف الجهات لا بد من الحفاظ على مختلف العادات والأعراف التجارية سواء كانت محلية أو أعرافا دولية في شتى مجالات التعاملات التجارية ويتمثل هذا التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي يلحق بالثقة والمصادقية في هذا الصدد.

ولاشك أن قطع المفاوضات مع المتفاوض الآخر دون مبرر مشروع من شأنه أن ينال من سمعته التجارية بين أقرانه في الوسط المهني التابع له، إذ غالبا ما يثير حوله الشكوك ويعرضه للأقويل فقد يشيع بين الناس (64) ص 43، (56) ص 106، أن قطع التفاوض مع هذا الطرف في مثل هذه الظروف الغامضة لا بد و أن يكون وراءه أسباب خفية تتعلق بسوء مركزه المالي أو القانوني أو قلة خبرته في إدارة المفاوضات مما جعله فريسة سهلة في يد المتفاوض الآخر.

وكل ذلك يؤثر دون شك على سمعة التاجر في السوق في الحاضر والمستقبل ويظهر الساذج الذي يسهل خداعه والتلاعب به.

ويعد المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض نتيجة لقطع التفاوض أو فشله دون سبب مشروع، من قبيل الضرر الأدبي التي يجب جبره ومن ثم يتعين على القاضي أن يدخله في اعتباره عند تقدير التعويض.

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض المصرية بجبر ما لحق ضحية التفاوض من ضرر أدبي تمثل في إظهاره بمظهر من يسهل خداعه ومن لا يوثق به فقد اعتبرت المحكمة بحق أن في ذلك ما ينال من سمعته واعتباره في السوق التجاري، (29) ص 99 كما ذكر ذلك في القضية التي سبق ذكرها بين الطرف (أ) والطرف (ب) فيما يخص إنشاء مصنع لإنتاج وطبع اسطوانات الأغاني والموسيقى بمصر.

خاتمة

بعد هذا نكون قد انتهينا من دراسة موضوع الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض على العقد لمناقشة وتحديد شروط العقد وإفراجها في هذه الاتفاقات سواء كانت لإنشاء التفاوض أو لتنظيمه، وقد تناولنا في الفصل التمهيدي من هذا البحث بعض المسائل الأولية المتعلقة بالتفاوض، من خلال التطرق لماهية وأهمية المفاوضات على العقد، فتعرضنا لنبذة تاريخية عن التفاوض عن العقد وبيننا آثار التطورات الحديثة على بنیان العقد وتعرضنا لأهم الجوانب الفنية والعلمية للتفاوض، وظاهرة خلو التقنيات الحديثة من نصوص خاصة بالتفاوض ثم عرجنا إلى ماهية وأهمية المفاوضات العقدية من خلال تعريفها وخصائصها والتميز بينها وبين بعض الأفكار القريبة منها ثم بحثنا عن عناصرها في كل ذلك، وهو أهداف المفاوضات العقدية.

ثم ارتأينا أن نخرج على الجانب التطبيقي العملي لعملية المفاوضات على العقد من خلال تخصيص المبحث الثاني من هذا الفصل لنطاق المفاوضات العقدية انطلاقاً من كيفية التحضير لها ثم البحث عن المتعاقد الآخر، ثم كيفية بدء المفاوضات وكيفية استخدام الوسائل الحديثة في التفاوض، ثم عرجنا إلى موضوع عملية التفاوض ككل ثم في الأخير بحثنا كيفية انتهاء المفاوضات سواء كان ذلك بنجاحها أو بفشلها أو بقطعها.

وبعد ذلك انتقلنا إلى الباب الأول الذي بحثنا فيه ماهية الاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض، مع ذكر الطبيعة القانونية لكل اتفاق مهما كان نوعه في مرحلة التفاوض وهذا من خلال الفصل الأول من هذا الباب، ثم تطرقنا في الفصل الثاني منه لدراسة الطبيعة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة، بذكر النظريات الفقهية المختلفة في هذا الصدد وذلك بذكر مزاياها وعيوبها ثم في الأخير تطرقنا إلى النظرية المختارة لهذه المسؤولية في مرحلة التفاوض، ثم درسنا في الباب الثاني القوة الملزمة لهذه الاتفاقات والجزاء في هذه المرحلة، من خلال فصلين، الأول بحثنا فيه موضوع القوة الملزمة للاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض، من خلال ذكر أهم الالتزامات الناشئة عن هذه الاتفاقات، وما تفرضه على الطرفين من قيود هامة خاصة منها عدم قطع المفاوضات دون سبب مشروع أو قطعها تعسفاً، مع

ذكر أهم الحلول المطبقة على ذلك من خلال، تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا القطع، ثم تطرقنا في الفصل الثاني لموضوع الجزاء في مرحلة التفاوض من خلال بحث موضوع التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض.

ورغم أن التفاوض على العقد أمر ضروري ولصيق بحياة الفرد منذ زمن بعيد، والتطور التكنولوجي والاقتصادي الكبير الذي شهده عصرنا هذا، الذي كان له عظيم التأثير على بنیان العقد فقد أضحت عقود كثيرة تتسم بالتعقيد والتركيب، بحيث بات من الضروري التفاوض عليها لهذا ظهرت الأهمية البالغة لعملية التفاوض على العقد، وازداد الاهتمام أكثر بالاتفاقات المبرمة خلال مرحلة التفاوض من حيث أهميتها وطبيعتها والالتزامات الناشئة عنها وجزاء الإخلال بها.

إذا رغم هذه الأهمية للتفاوض على العقد ككل التي أصبح يحظى بها في العصر الحديث، إلا أن التقنيات الحديثة لم تتناوله بنصوص خاصة تنظمه وتحدد آثارها، فيما عدا بعض منها التي أفردت له نصوصا خاصة، وإن جاءت غير كافية لحسم مشكلات التفاوض ولتقاضي هذا الفراغ التشريعي الذي أدى إلى حدوث خلاف كبير في الحلول التي أخذ بها الفقه والقضاء في القانون المقارن.

وقد عرفنا أن التفاوض على العقد بأنه حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر، بمقتضى اتفاق مبدئي منشئ للتفاوض بينهما يتم خلاله بذل المجهودات والمقترحات المشتركة وتحديد المواصفات الفنية والمالية وتحديد الحقوق والواجبات من خلال اتفاقات مرحلية، تجسد الاتفاق عن كل مرحلة من التفاوض أو على جانب من جوانبها مما يسمح بالانتقال بعد ذلك إلى مرحلة أو جانب آخر، وهكذا حتى نصل إلى مجموعة من الاتفاقات الجزئية التي تشكل في النهاية مشروع العقد النهائي، الذي لا يحتاج إلا إبرامه بموجب العقد النهائي، كما يتخلل هذا العمل اتفاقات وقتية ينتهي أثرها بانتهاء العملية التفاوضية وهي اتفاقات منظمة وخاصة بعملية التفاوض في حد ذاتها.

ومن خلال ذلك تبين لنا أن العملية التفاوضية على العقد تتميز بخصائص معينة فالتفاوض لا يمكن أن يكون إلا ثنائي الجانب على الأقل، وهو تصرف إرادي يتم دائما باتفاق أطرافه بشكل صريح أو بشكل ضمني ويقوم على التعاون بين الطرفين، دائما ذو نتيجة احتمالية، وفي الأخير مجرد مرحلة أولية تمهد لإبرام العقد النهائي.

وقد تبين لنا من هذه الدراسة أن الإيجاب بالعقد البات والنهائي هو الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض ومرحلة إبرام العقد، لأن التفاوض يهدف في المقام الأول للوصول لهذا الإيجاب وألا يعود الطرفان إلى عملية التفاوض حتى يتوصلا إلى إيجاب آخر يتم قبوله دون قيد أو شرط فينقصد العقد.

وقد انتهينا أن الدعوة إلى التفاوض تختلف عن الدعوة إلى التعاقد، كما بينا أن التفاوض يختلف عن المساومة والمحادثة وأفكار أخرى قريبة من فكرة التفاوض.

كما عرفنا أن هناك عقود لا تقبل التفاوض، يتم قبولها جملة كما هي أو رفضها وهي ما تعرف بعقود الإذعان، وهي العقود التي يعرض فيها الموجب شروطا تم إعدادها مسبقا، ولا يقبل التفاوض فيها مع المتعاقد الآخر وهو عقد حقيقي يتم بقبول وإيجاب صحيحين، إذ أن الطرف المذعن يقبل الشروط بمحض إرادته دون إرغام أو رضوخ.

ولعل أهم ما توصلنا إليه في هذا البحث هو أن التفاوض على العقد ليس مجرد عمل مادي غير ملزم، وإنما هو تصرف ذو طبيعة عقدية، فقد تبين لنا أن هناك دوما اتفاقا على التفاوض سواء كان صريحا أو ضمنيا، وهذا الاتفاق هو الذي ينشئ الالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين أثناء عملية التفاوض، لأن التفاوض لا يتم في الواقع بمحض الصدفة، بل يتم على اتفاق سابق وبذلك فإن المسؤولية في مرحلة التفاوض تقوم على أساس المسؤولية العقدية، غير أن المعمول به في الحياة العملية في مختلف القوانين هو ضرورة التفرقة بين ما إذا كان التفاوض مصحوب أو غير مصحوب باتفاق صريح على التفاوض، فإن كان غير مصحوب باتفاق صريح على التفاوض كانت المسؤولية تقصيرية، وذلك باستثناء القانونين الألماني والسويسري، اللذان يعتبران المسؤولية في تلك الحالة مسؤولية شبه عقدية تنطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية.

وقد رأى بعض الفقه أنه يجب التخلي عن الفكرة السابقة والأخذ بحل واحد، حتى تتوحد الحلول القانونية في مرحلة التفاوض دون تمييز بين حالة وأخرى، و أن الأقرب إلى الصواب هو أن نسلم دائما بوجود اتفاق على التفاوض حتى ولو كان ضمنيا، بحيث تكون المسؤولية في هذه المرحلة هي مسؤولية عقدية في كل الأحوال، وبذلك نسوى بين المراكز القانونية للأطراف المتفاوضة ونيسر لهم سبل إثبات هذه المسؤولية، ونوفر لهم الحماية القانونية المطلوبة، هذا ما يشجع الناس على الإقدام على التفاوض وإبرام العقود، وتحقيق النمو والاستقرار للمعاملات في المجتمع، في وقت نحن في حاجة ماسة إلى ذلك.

وقد بدأ اللجوء إلى الاتفاق الصريح على التفاوض في الحياة العملية وهذا ما أصبح المتفاوضون يحرصون عليه، خاصة عند التفاوض على العقود الهامة، وذلك لتأمين التفاوض وزيادة فرص نجاح العقود، كذلك لتفادي الوقوع تحت رحمة قواعد المسؤولية التقصيرية، التي تصبح دون فائدة إذا ما عجز المتفاوض المضرور عن إثبات الخطأ في جانب المتفاوض الآخر.

وقد عرفنا أنه كلما انعقد اتفاق التفاوض صحيحاً فإنه ينشئ التزامات معينة تبادلية على عاتق الطرفين، يأتي على رأسها الالتزام بالتفاوض كالتزام رئيسي وهو التزام ذو شقين، الأول هو الالتزام بالدخول في التفاوض وهو التزام ببذل عناية، أما الثاني والجوهري هو الالتزام بالتفاوض بحسن نية وهو التزام بتحقيق نتيجة، إذ يجب أن يكون المتفاوض حسن النية بالفعل حتى يفي بالتزامه أثناء التفاوض، ولا يجوز له أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه من جهد لكي يكون حسن النية فلم يستطيع، لأن حسن النية لا يتجزأ فإما أن يكون الشخص حسن النية أو يكون سيء النية، ولا شيء غير ذلك وحسن النية يدخل في تقدير الطرفين عند اتفاقهما على التفاوض، لأنه لو علم أحدهما أن الآخر لن يكون حسن النية لامتنع دون شك في الدخول معه في التفاوض.

وقد رأينا أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية تنفرغ عنه عدة التزامات أخرى تقع على عاتق الطرفين حتى ولو لم ينص عليها بشكل صريح في اتفاق التفاوض، لأن هذه الالتزامات يستلزمها ويفرضها مبدأ حسن النية في التفاوض، كالالتزام بالإعلام والاستعلام والالتزام بالتعاون والجدية لإنجاح التفاوض إلى غير ذلك من الالتزامات الأخرى، وهذه الالتزامات بداهة هي التزامات ببذل العناية الكافية للاستمرار في التفاوض، وكذلك الالتزام بالمحافظة على الأسرار التي تنكشف أثناء المفاوضات، وهو التزام يتحقق نتيجة سواء أثناء أو بعد فشل أو انقطاع أو انتهاء المفاوضات على العقد، ولا يتم كشفها أو استغلالها إلا بترخيص من صاحبها.

هذا وإلى جانب اتفاقات تمهيدية منظمة للتفاوض، كعقد الإطار الذي يحدد الشروط الأساسية التي يلتزم الطرفان بإتباعها عند التفاوض.

ومن هذه الاتفاقات كذلك نذكر الاتفاق المؤقت، وهو الاتفاق الذي ينشأ على عاتق أحد الأطراف أو كلاهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء عملية التفاوض، مثل اتفاق قصر التفاوض، والاتفاق على مبدأ السرية والاتفاق على مدة التفاوض، واتفاق تسوية نفقات التفاوض أو اتفاق الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية.... الخ

وقد رأينا أن التفاوض على العقد قد ينتهي بالفشل لأسباب معينة مثل جمود المفاوضات أو وصولها إلى طريق مسدود، أو قطعها من جانب واحد ورأينا أن هذا الفشل يؤدي إلى انحلال اتفاق التفاوض وذلك إما بإنهائه وإما بفسخه، مع بقاء بعض الالتزامات نافذة لحسم المشكلات المترتبة على الفشل.

هذا وقد يستمر الطرفان في التفاوض صورياً رغم الفشل، وهذا للوقوف على أسباب الفشل والحيلولة دون وقوعه في المستقبل إذا ما قررا التفاوض على نفس العقد في المستقبل.

وقد رأينا أن أهم صور الخطأ العقدي في مرحلة التفاوض هي رفض الدخول في التفاوض بعد الاتفاق عليه، أو قطع المفاوضات دون سبب مشروع أو استقزاز المتفاوض الآخر ودفعه إلى ترك التفاوض، أو الإخلال بأحد الالتزامات الذي يؤدي إلى فشل المفاوضات، أو إفشاء الأسرار أو استغلالها دون ترخيص من صاحبها.

وقد انتهينا إلى أن التنفيذ العيني الجبري مستبعد تماما في مجال التفاوض فلا يجوز إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذا عينيا، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا، ولا مرهقا، نظرا لما لهذا الإجبار من مساس بحريته الشخصية، ولعدم جدوى التفاوض حينئذ، وإنما تقتصر مسؤولية هذا المتفاوض على تعويض المتفاوض المضرور تعويضا نقديا.

وقد رأينا أن الأضرار التي يمكن التعويض عنها في مرحلة التفاوض هي نفقات التفاوض، وضياع الوقت، و المساس بالسمعة التجارية، وتقويت الفرص، وتنفيذ عقود أبرمت مع الغير استنادا إلى مشروع العقد المتفاوض عليه... الخ

وإذا كانت المسؤولية العقدية هي الأصل في مرحلة التفاوض، إذا كان إخلال المتفاوض بالتزامه العقدي يشكل خطأ عقديا وخطأ تقصيريا في نفس الوقت ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية.

ومن أهم صور الخطأ التقصيري للمتفاوض هو الدخول في التفاوض لمجرد التجسس على الطرف الآخر، أو لمجرد إعاقة هذا الأخير عن إبرام صفقة أخرى، ورشوة المتفاوض الآخر أو إفساده في التعاقد أو الإساءة إلى سمعة المتفاوض الآخر والتشهير به.

وقد رأينا أن الغير يكون مسؤولا إذا تدخل في المفاوضات الجارية وتسبب في إفسادها، مسؤولا مسؤولية تقصيرية، وعرضنا في هذا الخصوص القضية الشهيرة - قضية تكساكو- بنزويل الأمريكية والتي بلغ مقدار التعويض فيها إلى أكثر من أحد عشر مليار دولار.

وقد لاحظنا أن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض يثير إشكالا كبيرا، خاصة في الحالة التي تكون فيها المفاوضات غير مصحوبة باتفاق صريح على التفاوض، إذ أن هذا النوع من المفاوضات ليس له حكم واحد في جميع الدول.

وفي النهاية يمكننا من خلال هذه الدراسة أن نتقدم بعدة اقتراحات المتواضعة خاصة في مجال التشريع، إلى جانب عدة نصائح عملية نرجو مراعاتها أثناء عملية التفاوض على العقد.

وفي النهاية نقدم اقتراحاتنا في ميدان التشريع خاصة التشريع الجزائري، وهذا بضرورة الاعتناء والتقنين المفصل لكل الجوانب القانونية للعملية التفاوضية على العقد.

ففي ميدان التشريع، لا بد وبالضرورة الاعتناء بالتقنين المحكم لكل الجوانب القانونية والعملية لعملية التفاوض على العقد، خاصة في القانون المدني الجزائري وهذا بإدماج فصل خاص بالتفاوض على العقد، قبل الخوض في موضوع العقد وذلك بتشريع مواد قانونية تغطي كل مراحل التفاوض بدءا بالتركيز على الدخول في التفاوض على أساس اتفاق مبدئي صريح ومكتوب بالتفاوض.

كما يجب الاعتناء بذلك وبالخصوص في القانون الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وهذا بتخصيص قسم خاص بالعملية التفاوضية على العقد وهذا بتنظيم دقيق لكل مراحل التفاوض قبل إبرام الصفقات بعقود نهائية، وهذا حتى نصل إلى تحقيق المقاصد والمصالح المتبادلة وتفادي النزاعات والمشاكل المحتملة سواء قبل أو بعد إبرام العقود وخاصة عند تنفيذها.

كما يجب الاهتمام بذلك بالتقنين في كل القوانين الخاصة بالمعاملات الاقتصادية سواء كانت صناعية أو تجارية مثل قانون الاستثمار وهذا لتفادي الغموض، وحفاظا على استقرار المعاملات، والشفافية في التعامل والتحديد الواضح للمسؤولية، بعد تحديد الحقوق والالتزامات بشكل واضح ومحدد، خلال مرحلة التفاوض على العقد قبل إبرامه.

كما لا ننسى أن نشير إلى وجوب إحاطة المشرع بموضوع ومبدأ حسن النية في التعامل كمبدأ عام في جميع المعاملات بينود خاصة به تحدد مفهومه وإطاره وتحدد الالتزامات الناشئة عنه والمسؤولية المترتبة عن الإخلال به، حتى لا يبقى مفهوما عاما يذكر في القوانين والفقهاء والقضاء، دون مفهوم محدد ونطاق واضح، تختلف بشأنه التفسير والأحكام، لأنه في الحقيقة مبدأ هام جدا وعم وهو أساس كل المعاملات مهما كانت، فحري بالمشرع أن يولييه الاهتمام أولا بالبحث والدراسة على مستوى المعاهد والمراكز المتخصصة ثم بالتقنين على مستوى التشريع.

أما فيما يخص عملية التفاوض في حد ذاتها فإننا ننصح الشخص الذي يرغب في التفاوض على عقد ما، أن يكون مستعدا بشكل جيد قبل الشروع في التفاوض وذلك بالقدرة على ذلك بنفسه، بأن يكون لديه الخبرة الكافية في هذا الميدان وإلا استعان بشخص آخر ليقوم بهذا الدور نيابة عنه، كما عليه قبل كل ذلك القيام بدراسة المشروع الذي يرغب التفاوض بشأنه، وذلك بدراسة دقيقة سواء من الجانب الفني أو المالي أو القانوني والتأكد التام من الجدوى الاقتصادية للمشروع والحرص بعد ذلك من التأكد من شخصية وهوية الطرف الآخر الذي يريد التفاوض معه، ثم التأكد من أنه جاد في التفاوض ومعرفة متطلبات عملية التفاوض والاتفاقات المبرمة خلالها والالتزامات الناشئة عنها.

كما يجب على الطرفين الحرص منذ البداية على إبرام اتفاق صريح على التفاوض خاصة في العقود الهامة، بشكل مكتوب دون غموض والتأكيد على أن هذا الاتفاق هو الذي يحكم علاقتهما أثناء التفاوض وعند فشله.

ويجب أن يأتي هذا الاتفاق الصريح على التفاوض مفصلاً، بحيث يتضمن مختلف الاتفاقات التي قد تبرم أثناء التفاوض وذكر مختلف الالتزامات الناشئة عنها وذلك لتجسيد المبدأ العام في التفاوض وهو مبدأ حسن النية في التفاوض وصياغتها في بنود محددة وواضحة بحيث يعرف كل طرف ماله وما عليه.

ويجب أن يبين اتفاق التفاوض طريقة وتفاصيل تنفيذه وأن يشمل على جدول زمني يتضمن مواعيد محددة لسائر مراحل التفاوض، كما عليه أن ينظم نفقات التفاوض وأسلوب توزيعها عندما يفشل هذا التفاوض.

وحفاظاً على زيادة فرص نجاح المفاوضات فإنه يجب أن يتضمن اتفاق التفاوض التزاماً يقصر التفاوض، أي عدم الدخول في مفاوضات مع الغير في نفس الوقت، كما أن يتضمن الاتفاق هذا شرطاً جزائياً عن الإخلال به، لأن هذا الشرط من شأنه أن يدفع الطرفين على الجدية في التفاوض والحرص على تنفيذ ما تعهدا به والامتناع عن قطع المفاوضات دون مبرر مشروع.

وإذا كان التفاوض على عقود ذات طابع دولي، يجب أن يحدد اتفاق التفاوض القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تثور بشأنه.

وفضلاً عما تقدم، فإن تأمين المفاوضات وضمناً جديتها هو ما يقتضي من الأطراف صياغة المسائل التي توصلوا إلى اتفاق بشأنها أثناء التفاوض، وإفراجها في اتفاقات جزئية أو مرحلية، قبل مواصلة التفاوض بشأن مسائل أخرى.

فالالاتفاق الجزئي يعني انتهاء المفاوضات بالنسبة للمسائل التي تم إفراجها فيه، مما يحول دون معاودة التفاوض بشأنها مرة أخرى، وهذا يؤدي إلى تأمين المفاوضات ودفعها إلى الأمام، كما يدعم قوة الالتزام بالتفاوض والجدية فيها والفاعلية في التفاوض، وفي هذا الإطار ينبغي أن يتضمن الاتفاق المرحلي أو الجزئي عدة نقاط هامة نوجزها فيما يلي:

1- ينبغي أن يتضمن تحديداً واضحاً لأثره في علاقته بالعقد النهائي، أي اعتباره جزءاً من العقد النهائي أم لا.

2- إذا كان هذا الاتفاق يتضمن سائر العناصر الموضوعية للعقد النهائي، فينبغي أن يتضمن تحديد مدى سلطة القاضي أو المحكم في تكميل هذا الاتفاق حتى يتفادى الأطراف انعقاد العقد قبل أن يرتضوه.

3- كما يجب الاعتناء في هذا الاتفاق الجزئي أو المرحلي بالخصوص على استعمال عبارات واضحة ومصطلحات متفق عليها، ذات دلالة قاطعة على المعنى المقصود لا تثير أي لبس أو غموض، و يستحسن الاستعانة بالمختصين القانونيين في هذا المجال.

4- كما ينبغي مراعاة الحيطة لدى إطلاق أوصاف على مسميات عامة على المحررات التي يجري التوقيع عليها أو الاتفاقات الجزئية التي يتم إبرامها أثناء المفاوضات، ذلك أن هذه المسميات أو الأوصاف قد تحمل معاني مختلفة وقد لا تتفق مع مضمون الاتفاق، لذا يجب أن يحرر الاتفاق الجزئي من أكثر من نسخة، وأن يتجرد من أي وصف غامض قد يناقض مضمونه كما يستحسن أن يتضمن تعريفا للمصطلحات المستخدمة فيه.

وإذا توصل الطرفان إلى إبرام العقد النهائي بالفعل، كان عليهما أن يضمننا هذا العقد بندا يحدد القيمة القانونية للاتفاقات والمحررات التي تم تبادلها بين الأطراف أثناء التفاوض قبل إبرامه، كأن يقرر استبعاد كل قيمة قانونية لها، أو يجيزا إمكان الرجوع إليها في تفسير العقد فقط، ولاشك أن هذا التحديد من شأنه أن يقلل من المنازعات بين الأطراف في المستقبل سواء أثناء تنفيذ العقد النهائي أو أثناء تفسيره وتحديد مضمونه بدقة، وعلاقته بالاتفاقات التي تمت قبل إبرامه والتي مهدت لذلك.

كما يجب على كل متفاوض أن يكون مستعدا دائما لاحتمال قطع التفاوض من جانب الطرف الآخر، إذ أنه من المسلم به أن لكلا الطرفين مطلق الحرية في العدول عن التفاوض ولو في آخر المطاف، مادام لهذا العدول ما يبرره.

لهذا يتعين على كل متفاوض فطن أن لا يتخذ أية إجراءات أو يبرم أية عقود مع الغير أثناء التفاوض استعدادا لتنفيذ العقد النهائي، وإنما يجب عليه أن يتريث حتى يتم إبرام العقد النهائي بالفعل.

ويستحسن دوما أن يكون رجال القانون مرافقين للعملية التفاوضية في كل مراحلها إلى غاية إبرام العقد النهائي، وفي مختلف محطات إبرام الاتفاقات المختلفة، وهذا نظرا لدرابتهم بالصياغة السليمة وعلمهم بأحكام القانون في ذلك، وهو ما يضمن أن تأتي الصياغة على الوجه الأكمل الذي يضمن مصالح الطرفين.

وأخيرا نهيب بالمشرع والفقهاء بشكل عام أن يولي موضوع التفاوض على العقد الأهمية التي تليق به، وإن تخصص له المكانة المناسبة سواء عند دراسة العقد، أو عند وضعه للقوانين، كما يجب التخلي عن الاعتقاد التقليدي الذي يقضي بأن التفاوض هو مجرد عمل مادي غير ملزم، فذلك يوحي بأن هذا التفاوض يظل بمنأى عن دائرة القانون أو الإلزام، وهو ما من شأنه أن ينفر الناس من التفاوض، خوفا

من ضياع المال والوقت والجهد في تفاوض لا فائدة منه، الأمر الذي يؤثر بالسلب خاصة على الاستثمارات في بلادنا والتي نحن في أمس الحاجة إليها.

كما نتمنى أن يحظى موضوع التفاوض ككل بالأهمية البالغة من طرف الفقهاء سواء على مستوى المعاهد الجامعية أو على مستوى مراكز التكوين المتخصصة لإعداد وتدريب إطارات من المفاوضين المتخصصين في مختلف المجالات، خاصة ونحن على مشارف قرن جديد مليء بالتحديات والتنافس الصعب، والتي لا نقدر على مواجهتها إلا عن طريق التفاوض الجيد على مختلف العقود، في إطار واضح ومحدد ومقتن بشكل شفاف ومنتظم يضمن الاستقرار والشفافية في المعاملات بشكل عام.

قائمة المراجع

1. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1981.
2. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998.
3. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، الطبعة الثالثة، طبعة نادي القضاة، القاهرة 1991.
4. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت 1995.
5. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981.
6. بهاء علي الدين هلال الدسوقي: قانون التجارة الدولي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.
7. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1995.
8. جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة 1982.
9. حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، دار الكتاب العربي، بيروت 1980.
10. حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1995.
11. حسن كيرة، أصول قانون العمل، الجزء الأول، منشأة المعارف الإسكندرية 1969.
12. سعيد جبر، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1997.
13. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة 1984.
14. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
15. سليمان مرقس، الوافي، الجزء الثاني، في الالتزامات، أحكام الالتزام، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1992.
16. سميحة القليوبى، شرح العقود التجارية، طبعة ثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1992.

15. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، عقد البيع، منشأ المعارف، الإسكندرية 1973.
16. شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة 1963.
17. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.
18. صالح - ص - خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2001.
19. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1981.
- . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1982.
20. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة 1984.
21. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزام، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.
22. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1992.
23. عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1964.
24. عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، باتنة، الجزائر 2004.
25. عبد الرشيد مأمون شديد، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، القاهرة 1986.
26. محمد علي جواد، العقود الدولية مفاوضاتها إبرامها تنفيذها، مكتبة الثقافة والنشر والتوزيع، عمان 1997.
27. محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، دار الوطن للنشر، الرياض 1995.
28. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي في المفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة 1989.
29. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة 1995.

30. محمود جمال الدين زكي، قانون العمل، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة 1983.
- . محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة 1978.
31. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، دار النهضة العربية، القاهرة 1995
32. محمد حلمي مراد، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة 1961.
33. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.
34. محسن أحمد الخضري، التفاوض على تحقيق المستحيل انطلاقاً من الممكن، مكتبة الأنجلو مصر، القاهرة 1988.
35. معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.
36. محمد هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الطبعة الثالثة، القاهرة 1988.
37. نصيرة بوجمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1992.
38. نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة 1982.
39. لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1984.
40. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1997.
41. الشيخ الإمام المجتهد قاضى القضاة محمد ابن على بن محمد الشوكانى، نيل الأوطار لشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء الخامس، مكتبة الكليات الأزهرية، الأزهر، القاهرة 1982.
42. الإمام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعى، كتاب الأم، الجزء السابع، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 1990.
43. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
44. وفاء حلمي أبو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة العربية، القاهرة 1993.

45. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005.
46. القانون رقم 98/89 لسنة 1998 المتعلق بتنظيم المناقصات المصري الجديد.
47. القانون المعدل رقم 66/380 الصادر في 16 يوليو 1966 المتعلق بقانون التجارة الفرنسي.
48. الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
49. المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، الساري المفعول.
50. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.
51. حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، السنة الثالثة، جامعة القاهرة، ص 379، 438.
52. محمد حسام محمود لطفي، بحث بعنوان، أحقية ملتقى الامتياز التجاري في التعويض عن عدم تجديد عقده، مجلة المحاماة، العدد السابع والثامن، سبتمبر أكتوبر، القاهرة 1991، ص 100، 120.
53. معهد قانون الأعمال الدولي، الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، مجموعة بحوث، دار جاليسكي للطباعة والنشر، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1994، مأخوذ منه تقرير الدكتور حسام الدين كمال الأهواني، بعنوان المفاوضات في الفترة التعاقدية، ومراحل إعداد العقد الدولي، مقدم في ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني، ومقتضيات التجارة الدولية، القاهرة 02، 03 يناير 1993، فقرة 03، ص 02، 03.

54. Ghestin Jacques, traité de droit civil, la formation du contrat, 3éd L.G.D.J, Paris, 1993

55. Nooma Goma, theorie des sources de l'obligation, L.G.D.J, Paris, 1968.

56. Schmidt Joanna, négociation et conclusion de contrat, Dalloz, Paris, 1982.

57. Philippe Fouchard, l'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1965.
58. (J) Flour et Aubert (J.C), droit civil. les obligations. vol.1 l'acte juridique coll. U, 5^e éd. Colin.1991.
59. Mousseron Jean, la gestion des risques par le contrat. R.T.D.C Paris. 1988.
- . Mousseron Jean, technique contractuelle, éd juridique, le febre, Paris 1988.
60. (J) Carbonnier, droit civil, T 4, les obligations, 20^e éd collection Thémis, P.U.F. Paris, 1996.
61. (E) Gaudemet, théorie générale des obligations. publiée par. H.des Bois et. Gaudemet, Paris, 1965.
62. (Ch) Larroumet, droit civil, T 3, les obligations, le contrat, 3^eéd, economica, 1996.
63. (M) Dubisson, négociations des marchés internationaux, Feduci, Paris, 1982.
64. (M) Fontaine, droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction des clauses, Feduci, F.E.C, Paris, 1991.
65. (F) LaBarthe, la notion des documents contractuel, L.G.D.J, Paris, 1994.
66. (R) Saleilles, de la déclaration de volonté. contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil, Allemand, L.G.D.J, Paris, 1901, nouveau tirage 1929.
67. Derain et Autres, le contrat en formation Bruxelles, 1987, 2^e Tirage 1993.
68. (Ph) Malaurie et (L) Aynes: droit civil, Les obligations, éd Cujas, 1992.
69. Bonelle, la nouvelle convention de nation unies sur les contrats de vente international de marchandises, D.P.C. I, Paris, 1981.

70. Nanwisek Alexandre, la réparation du dommage dans La négociation et la formation des contrats, Ann, Fac, Dr, Liège, 1980.

71. Coherier, des obligations naissant pour parler préalables à la formation des contrats, thèse de doctorat, imprimerie presse modernes, Paris, 1939.

72. Philipe le Tourneau, la responsabilité civil, éd Dalloz, 3^é Éd, Paris, 1982.

73. (F) Osman, les principes généraux de la lex-mercatoria contribution à l'étude d'un ordre juridique international, L.G.D.J, Paris, 1992.