



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي الشيخ المقاوم آمود بن مختار - إيليزي -

معهد الحقوق



مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص: قانون خاص معمق

بعنوان:

مرحلة ما قبل التعاقد

تحت إشراف

ذ/ محمد رضا حمادي

إعداد الطالب:

سمير مجاري

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
نجاة حملاوي	المركز الجامعي إيليزي	أستاذ محاضر "ب"	رئيسا
محمد رضا حمادي	المركز الجامعي إيليزي	أستاذ محاضر "ب"	مشرفا ومقررا
عماد الدين حميدة	المركز الجامعي إيليزي	أستاذ محاضر "ب"	مناقشا

إهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى:

سندي والدي الحبيب صاحب الوجه الطيب شفاه الله وأطال

بعمره.

إلى أعز وأغلى إنسانة في الحياة التي أنارت دربي وضحت من
أجلي ولم تدخر جهدا في سبيل إسعادي أمي الحبيبة حفظها الله

أطال بعمرها.

إلى كل الإخوة والأخوات كل باسمه. وإلى أخي محمد رحمه الله

وأسكنه الفردوس الأعلى

شكر و عرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والسلام على رساله الكريم
ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، بادئ أشكر رب العباد العلي القدير
شكرا جزيل طيبا مباركاً فيه الذي أثارنا بالعلم وزيننا بالعلم وأكرمنا
بالتقوى وأنعم علينا بالعافية و أثار طريقنا ويسر ووفق وأعان في إتمام
هذه الدراسة وتقديما على الشكر الذي هي عليه اليوم، فله الحمد
والشكر وهو الرحمن المستعان.

واعتزافا بالفضل وتقديرا للجميل أتوجه بجزيل شكري وامتناني إلى
أستاذي ومشرفي محمد رضا حمادي.

على قبوله تواضعا منه الإشراف على هذه المذكرة وبما منحه لي من
وقت وجهد وتوجيه وتشجيع لإنجاز هذا العمل.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى أعضاء اللجنة الذين تكرموا وتفضلوا
بقراءة هذه المذكرة وتحملوا عناء مناقشتها وتقييمها وإثرائها للخروج إلى
النور.

كما أوجه الشكر إلى كل الطاقم التربوي والإداري بالمركز الجامعي
بإليزي، وإلى كل الزملاء والأصدقاء حمزة و طارق وإلى كل من ساندني
من قريب أو من بعيد ولو بكلمة طيبة.

وأخيرا دعواي أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

1- المختصرات باللغة العربية

الاختصار	العبارة
م	المادة
ص	الصفحة
س	السنة
ص ص	من الصفحة إلى الصفحة
ق م ج	القانون المدني الجزائري
ق.م.ف	قانون المدني الفرنسي
ج	الجزء
ط	الطبعة

مفارقة

مقدمة

أدى التطور الاقتصادي إلى تطور الحياة الاقتصادية والعلاقات المالية بين أفراد المجتمع، وكذا التبادل التجاري، ومن أجل تنظيم المعاملات المالية والعلاقات بين الأشخاص، يلجأ أفراد المجتمع إلى تكوين العقد، فالعقد يعتبر الأداة القانونية التي يعتمد عليها الأفراد لتلبية مختلف حاجاتهم اليومية حيث أصبح يشكل أساس ومقومات الدورة الاقتصادية في الحياة الاقتصادية وكذا العلاقات المالية بين الناس، لا يمكن إنكار دور العقد في حياتنا اليومية، فهو الحق الفعال والأساسي الذي تقوم عليه المعاملات المالية في المجتمع، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، فعن طريقه يتم تنظيم العلاقات المختلفة بين الأشخاص.

يعد العقد من أكثر التصرفات القانونية التي يقوم بها الشخص في حياته اليومية نتيجة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية الهائلة وعلى هذا الأساس أصبحت فكرة العقد من المواضيع الأكثر دراسة في الوقت الراهن، لاحتلاله مكانة مرموقة واحتوائه على دور فعال في القوانين الوضعية باعتباره الأداة التي يستند إليها لتسهيل التبادل والتعامل في التصرفات القانونية التي يلجأ إليها الأفراد على الصعيدين الداخلي أو الخارجي.

وعلى غرار القوانين الوضعية نجد أن المشرع الجزائري بدوره أعطى اهتماما بالغاً للعقد بحيث خص له عدة مواد لتنظيمه، إذ عُرِفَ العقد في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."

يتم العقد بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني، وهاته الإرادتان تتمثل في إيجاب والقبول، ويقع ذلك من الناحية العملية بأن يعرض أحد طرفي التعاقد وفقاً لأسس معينة فيوافقه الطرف الآخر، ومتى كان هذا القبول مطابقاً للإيجاب فقد قام العقد ما دامت أركانه الأخرى من محل وسبب قد توافرت، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة الذي تخضع له العقود بصفة عامة. هذا ومن أجل تحقيق مصلحة مرجوة من وراء ذلك، وقبل التوصل إلى الاتفاق النهائي لإبرام العقد المنشود لابد من دراسة العقد في جميع مراحله خصوصاً في المرحلة التي تسبق إبرامه وذلك لكونها المرحلة التي يتم فيها تكوين العقد، فإذا كان فيما مضى ينعقد العقد بمجرد الاقتراض الفوري بين الإيجاب والقبول ذلك لبساطة المعاملات الاقتصادية، إلا أنها لم تعد تتناسب مع العقود ذات التعقيد الفني والمالي والقانوني التي أفرزها العصر الحديث بسبب التطورات الاقتصادية والتكنولوجية التي أثرت بشكل كبير على بيان العقد.

مقدمة

ولكي يتم إبرام هذا النوع من العقود يجب أن تسبقها مرحلة قبلية استكشافية تدعى المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة التفاوض، حيث تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل التي تسبق إبرام العقود الحديثة ومن أخطرها نظراً لحساسيتها، وما يجري خلالها من تضارب في الآراء وما يبداه الأطراف من مناقشات وتصورات متعكسة سعيًا منهم لبلوغ مرحلة الإيجاب المشترك. والتي تتصف بالتعقيدات الفنية والقانونية نظراً لما تحتويه من تحديد للالتزامات وحقوق طرفي العقد، وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة، سواء ما يتعلق بالإخلال بالالتزامات الناشئة في هذه المرحلة، أو ما يتعلق بنطاق ونوع المسؤولية التي قد تنشأ عند إخلال أحد الأطراف بالتزامه نحو الطرف الآخر والذي يكون سبباً في عدم انعقاد وقيام العقد، وتحديد الأدوات القانونية التي يمكن أن يتسلح بها المتفاوض في هذه المرحلة لحماية نفسه من ما قد بنجر عنها. لعل وعسى أن تساهم هذه الدراسة نوعاً ما في سد جزء من الفراغ من خلال تسليط الضوء على هذه المرحلة سواء من الجانب القانوني أو من الجانب الفقهي.

فضلاً عن ذلك فإن هذه المرحلة قد تنطوي على عقد العديد من العهود والاتفاقات السابقة على التعاقد في صورة اتفاقات مبدئية أو مرحلية، يتفق الطرفان على بعض المسائل قد تكون جوهرية، فيعكس اتفاقهما تقدماً في مسار التعاقد ويكون كل طرف أكثر التزاماً بالموصلة في التعاقد.

أولاً: أهمية الموضوع

تتحلى أهمية دراسة عملية التفاوض على العقد بازدياد المشكلات الناشئة عن الدخول في التفاوض ولعل أهم هذه المشكلات قد تتجسد عملياً في استمرار التفاوض لمدة معينة، ثم يعتمد أحد الطرفين فجأة ودون سابق إنذار بقطع المفاوضات الجارية أو يعتمد على قطعها بسوء نية، وليس للطرف الآخر سند يمكنه من الرجوع لتعويض الخسائر التي يتكبدها جراء هذا التفاوض، كما يمكن لمفاوضه استغلال دون ترخيص، الأسرار التي كان مضطراً للكشف عنها أثناء عمليات التفاوض.

ثانياً: أهداف الموضوع

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم مرحلة ما قبل التعاقد، والاتفاقات والعقود التي تتخلل هذه المرحلة، وكذا دراسة الالتزامات التي ترتبها مرحلة المفاوضات على عاتق أطراف المتفاوضة، وتحديد نوع المسؤولية الملقاة على عاتق الطرفين المتفاوضين نتيجة الإخلال بهذه الالتزامات، تعيين الآثار المترتبة خلال مرحلة ما قبل التعاقد.

رابعاً: أسباب اختيار الموضوع

لقد دفعتنا لاختيار هذا الموضوع عدة أسباب منها: أسباب موضوعية وتتمثل في أهميته من الناحية العلمية والعملية إذ أن وجود العقد مرتبط بنشاط الانسان اليومي لذلك وجب علينا دراسة الوسائل القانونية لضمان استقرار العقود وازالة الغموض، وكذا معرفة المسؤولية المدنية المترتبة في حالة الاخلال بالتزامات، وبسبب عدم وجود نصوص قانونية تنظم صراحة مرحلة ما قبل التعاقد، كل هذه الأسباب دفعت بنا البحث في القواعد القانونية العامة التي تعالج مضمون مرحلة ما قبل التعاقد و المسؤولية الناشئة خلالها في التشريع الجزائري وفي التشريعات المقارنة وكذا الفقه والقضاء.

ومنها أسباب ذاتية تتمثل في الرغبة النفسية في الموضوع والميول الشخصي إلى القانون المدني وكذلك للإلمام أكثر بمجال العقد.

خامساً: إشكالية البحث

مما سبق يتبين أن لهذه المرحلة دور كبير وفعال في العقود ، وبالرغم من ذلك إلا أن معظم التشريعات لم تتطرق الى تنظيمها ، منها التشريع الجزائري ، إذ أنه لم ينص صراحة على هذه المرحلة ، وإنما تطرق مباشرة لمرحلة تكوين العقد ، عكس المشرع الفرنسي الذي استحدث مرحلة المفاوضات بشكل صريح و مباشر في تعديل لنصوص القانون المدني بموجب الأمر 16-131 المؤرخ في 10 فيفري ، 2016 إذ دخل حيز التنفيذ في أكتوبر ، 2016 بعد أن كان التقنين الفرنسي ينص فقط على مرحلة تكوين العقد و مرحلة تنفيذه ، كما هو الحال في القانون الجزائري، فالمتتبع للقانون المدني الجزائري ، يتبين له وبالرغم من عدم تطرقه لمرحلة ما قبل التعاقد بنصوص واضحة إلا أنه أشار إليها في بعض الإشارات اعترافاً له بهذه المرحلة.

ستنصب دراستنا على موضوع مرحلة ما قبل التعاقد في إبرام العقود في ظل غياب تنظيم صريح لهذه المرحلة من قبل المشرع

الجزائري بنوع من التفصيل ولهذا ارتأيت لطرح الإشكالية الآتية:

كيف عالج المشرع الجزائري مرحلة ما قبل التعاقد في ظل غياب نصوص قانونية تنظم هذه المرحلة؟

سادسا: مناهج البحث

تقتضي طبيعة موضوع الدراسة الاعتماد على:

1. المنهج التحليلي القائم على الدراسة المقارنة في بعض الأحيان لأنها لم تقتصر على بيان موقف القانون الجزائري بل امتد نطاق البحث فيها إلى بيان موقف القانون الفرنسي والمصري وغيره من التشريعات.
2. المنهج الاستقرائي للوصول إلى ما استقر عليه الفقه والقضاء من قواعد وأحكام لحكم هذه المرحلة، كما اعتمدت هذه الدراسة على الطريقة التأصيلية والتحليلية والجمع بين النظرية والتطبيق.

سابعا: خطة البحث

قسمت موضوع البحث إلى فصلين فعمدت إلى الأحكام القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد (فصل أول). ثم بعد هذا نبحت عن إمكانية تحديد المسؤولية الناشئة خلال هذه المرحلة (فصل ثان). ولكل فصل مبحثين.

الفصل الأول



الفصل الأول

الأحكام القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد

أدى التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي عرفه الإنسان إلى ظهور العقود المركبة والمعقدة التي لا تتماشى مع طريقة التعاقد التقليدية، هذا ما أوجب تطويرها تماشياً مع التطور الحاصل في الوقت الراهن، ولهذا ومن أجل إبرام العقد يكون على الأطراف العبور من مرحلة معينة قبل الوصول إلى العقد النهائي وهذه المرحلة تسمى بمرحلة ما قبل التعاقد.

فمرحلة ما قبل التعاقد أو كما تسمى أيضاً بمرحلة المفاوضات تعد مرحلة تمهيدية تحضيرية في تكوين العقد بين الأطراف المتعاقدة حول إبرام عقد ما، كما تعتبر من أخطر مراحل تكوين العقد.

وتعتبر مرحلة استكشافية تضم العديد من العمليات والأعمال التحضيرية وهذا ما يقتضي توفير الحماية للمتعاقدين لاسيما المتعاقد الأضعف، ومن خلال هذه المرحلة يلتبس كلا الطرفين سبيله إلى التعاقد بحذر فهي ليست مجرد مرحلة اجتهدات شخصية وإنما يتولى تنظيمها علم ذو قواعد وأصول، لذلك حاولنا التركيز على دراسة الأحكام القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول سنتطرق إلى ماهية مرحلة ما قبل التعاقد، أما المبحث الثاني سنعالج فيه الالتزامات الناشئة خلال مرحلة ما قبل التعاقد.

المبحث الأول

ماهية مرحلة ما قبل التعاقد

مرحلة ما قبل التعاقد حديثة النشأة ظهرت نظراً للتطور الذي يشهده العالم باستمرار، تتميز هذه المرحلة بدور فعال و بارز في مجال العقود و هذا ما يساعد على بناء علاقات بين الدول والأفراد و تأتي هذه المرحلة التمهيدية نتيجة الدعوة إلى التفاوض توجه من طرف إلى الآخر وقد تكون اختيارية لأطراف المهدف منها التقليل من المنازعات التي تنور بعد إبرام العقد وتعتبر هذه المرحلة خطوة لما تحتويه من التزامات لطرفي العقد لكن المشرع أقر الحماية القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد أو ما تسمى بمرحلة المفاوضات بحيث تعد وسيلة علاجية في حالة الإخلال بالالتزامات الناجمة عنها فإخضاع العقد للمفاوضات قبل إبرامه يمكن الأطراف من سير و نجاح العقد، نظراً لأهمية مرحلة المفاوضات لا بد من فهم المقصود بالمفاوضات وما تتميز بها عن ما تشابهها¹، وعليه سوف نتطرق من خلال هذا المبحث

¹ إيمان دلة، صفاء بن ساحة، المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة لاستكمال نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق، قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، س 2021/2022، ص 6.

إلى مفهوم التفاوض وتمييزه عما يشابهه (المطلب الأول)، ثم نتطرق في المطلب الثاني (الحدود القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد)، كما سنعرّج عن حماية الأطراف المتعاقدة خلال مرحلة ما قبل التعاقد.

المطلب الأول

مفهوم التفاوض وتمييزه عما يشابهه.

تعتبر المفاوضات مرحلة سابقة على التعاقد يلجأ إليها الأطراف للحوار ومناقشة شروط العقد والبحث في كل جوانبه، لهذا تعددت التعريفات الفقهية والقانونية بشأن مرحلة المفاوضات، سنتناول مجموعة من التعريفات من خلال الاستهلال بتعريف التفاوض وأهميته (فرع أول) خصائصه (فرع ثان) تمييزه عن غيره من المصطلحات المشابهة له (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف التفاوض وأهميته.

اختلف الفقهاء لإرساء تعريف محدد ومعين لمرحلة المفاوضات، ولعل ذلك يعود إلى الزاوية التي ينظر منها كل طرف إلى المفاوضات، سنتطرق (أولاً) إلى التعريف التفاوض من الناحية (اللغوية، الفقهية، القانونية، الاصطلاحية). ثم نتطرق إلى أهميته (ثانياً)

أولاً: تعريف التفاوض

نتناول في هذا العنصر تعريف التفاوض من الناحية اللغوية ثم الفقهية ثم القانونية ثم الاصطلاحية.

1. التعريف اللغوي للتفاوض

يقال فوض تفويضاً إليه الأمر وجعله الحاكم فيه، فاض في الأمر مفاوض بأدلة الرأي فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق تفاوض القوم في كذا أي فاض فيه بعضهم بعضاً تفاوضوا في الحديث (أخذوا فيه).¹ مفاوضة العلماء (محادثتهم ومذاكرتهم في العلم، يأخذ كل ما عند غيره، ويعطي ما عنده)² المفاوضة: "تبادل الرأي من ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق"

¹ أمال راجحي، التزامات المفاوض وأثرها على القيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة كقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سنة 2020/2019، ص 9

² لبي حمزة، ماجدة بلحواس، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود، مذكرة كقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أعمال، جامعة 8 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2021/2020، ص 6

أما أصل كلمة التفاوض في اللغة اللاتينية Négociation ويرادفها في اللغة الفرنسية كلمة Négociation حيث تتضمن جملة من المحادثات وتبادل وجهات النظر بين الطرفين بغية الوصول إلى اتفاق محدد.

2. التعريف الفقهي للتفاوض

نظرا لاهتمام الفقهاء بمرحلة المفاوضات، لهذا حاولوا جاهدين لوضع تعريف شامل لهذه المرحلة من بينها: فعرّف التفاوض بأنه: "هو عملية يتفاعل من خلالها طرفان أو أكثر لديهم اعتقاد بوجود مصالح واهتمامات مشتركة ومتداخلة وأن تحقيق أهدافهم وحصولهم على نتائج مرغوبة تتطلب الاتصال فيما بينهم كوسيلة أكثر ملائمة لتضييق مساحة الاختلاف وتوسيع منطقة الإشراف بينهم من خلال المناقشة والتوضيح والحجة والإقناع والاعتراض للتوصل إلى اتفاق مقبول للأطراف بشأن موضوعات أو قضايا التفاوض".

كما عرفت أيضا بأنها: "المرحلة التي تتضمن عددا من العمليات التمهيدية والمباحثات، المشاورات، والمسااعي وتبادل الآراء، للتوصل إلى اتفاق".

فيما عرفها العميد كاريوني بأنها تلك "المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة".¹

كذلك عرفت بأنها: "الصورة المعبرة عن مسار الأمور ما بين طرفين على الأقل لهم قيم ومعتقدات وحاجات ووجهات نظر مختلفة، إلا أنهم يسرعون جاهدين للوصول إلى اتفاق حول مواضيع وأمور ذات مصالح واهتمامات مشتركة".

فيما عرفت أيضا بأنها: "المفاوضات هي الصورة المعبرة عن مسار الأمور ما بين طرفين على الأقل لهم قيم ومعتقدات وحاجات ووجهات نظر مختلفة، إلا أنهم يسرعون جاهدين للوصول إلى اتفاق حول مواضيع وأمور ذات مصالح واهتمامات مشتركة".

3. التعريف القانوني للتفاوض

إن المشرع الجزائري لم تتناول صراحة مرحلة المفاوضات كمرحلة سابقة على التعاقد، إلا أنه تركت الأمر للفقه والقضاء. حيث اكتفى المشرع الجزائري بالنص على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب و القبول وارتباطهما ببعضهما (م59 ق م)، و أنه لا بد من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها للقول بانعقاد العقد (م65 و 71 من ق م).

فيما نصت المادة 107 ق م على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية .

¹ - إيمان دلمة، صفاء بن ساحة، المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 8

ونصت المادة 89 من القانون المصري رقم 131 لسنة 1948 على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقدره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد."

على ضوء التعريفات السالفة الذكر نستخلص أن المفاوضات هي عملية قانونية تتأسس بين طرفين أو أكثر، يقوم الأطراف فيها بمناقشة الشروط وتبادل الآراء على محتوى العقد المراد إبرامه، بهدف الوصول إلى اتفاق يرضي الأطراف.¹

4. التعريف الاصطلاحي للتفاوض

اختلف الفقهاء في وضع تعريف جامع مانع للتفاوض، وهذا لأنه أصبح علما قائما بحد ذاته له قواعد ومناهج خاصة به، بحيث يجب على المتفاوض أن يكون على دراية كافية بهذا العلم ليكون متحكما بتقنياته، وليتمكن من تحديد أهدافه ومقاصده من وراء إجراء عملية التفاوض فأصبح التفاوض يشمل جميع مجالات الحياة. وعلى إثر اختلاف الفقهاء حول تعريف التفاوض. وقد عرفها الدكتور حسن الحسن بأنها: «الحوار والمناقشة بين طرفين حول موضوع محدد للوصول إلى اتفاق». وكذا عرفها الفقيه سدراس cedras بأنها:

"Négociateur : c'est mener des conversations en vue de se mettre d'accord"

فيما عرفت الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية بأنها: "شكل من أشكال التفاعل تحاول فيه الحكومات والأفراد والمنظمات إدارة بعض مصالحهم العامة المتصارعة، أو هي عملية صريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات ومقترحات مضادة.² هناك من عرفه على أنه "محادثات تجري بين طرفين أو أكثر حول موضوع أو مشكلة بقصد الوصول إلى اتفاق شامل يحقق المصالح المتبادلة لتلك الأطراف".

أما الدكتوران "محمود علي" و "محمد عوض الهزائم" فعرفا التفاوض بأنه: عملية تفاهمية ترمي إلى تحقيق أهداف أطرافها، حول الموضوع الذي كان موجبا لوجودها.

فيعد التفاوض عملية معقدة لما يتخللها من محاور ومساومة ومراوغة، يتبادلها المتفاوضون، حيث أن كل طرف فيها يسعى إلى استعراض مهاراته التفاوضية من أجل الوصول إلى تحقيق مصلحته أي تحقيق منفعته، وجس نبض الطرف الآخر³

¹ يمان دلة، صفاء بن ساحة، مرجع نفسه، ص 8

² مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص معمق، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، قسم الحقوق، س 2016/2017، ص 7

³ مونية إدريغوش، مرحلة ما قبل التعاقد، مذكر ماستر قانون خاص داخلي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2014/2015، ص 13.

ثانيا: أهمية المفاوضات

تعتبر المفاوضات في العصر الحالي من أكثر المواضيع الفاتكة الأهمية، وذلك لما لها من دور فعال خصوصا في ظل التطور الذي عرفته الحياة اليومية، إذ أن التفاوض ألزم في جميع الأنشطة اليومية التي يقوم بها الفرد في حياتهم اليومية، فمرحلة المفاوضات تعمل على التضييق الخناق على الصعوبات التي تقف عائق أمام الأطراف المتعاقدة لتضع حدا للمشاكل الجسمية التي تعترض إتمام العقد أو إبرامه، كما لها دور في تحديد موضوعات العقد من أجل التوصل إلى إبرامه، فهي مرحلة الإعداد للعقد فكلما الإعداد جيدا كلما كان العقد محققا وملبيا لمصالح الأطراف المتعاقدة.

فلها دور فعال في الحد من أسباب النزاع بين أطراف العقد مستقبلا، وذلك من خلال تقليل وتضييق مساحة الخلاف أثناء فترة التفاهم على إبرام العقد.

كما لها دور وقائي في إبرام العقد أو عدم إبرامه، إذ أن نجاحها يكون ضمانا لقيام عقد لا تثار منازعات بصدد تنفيذه وفشلها بعد تبيان كل طرف حقيقة الوضع يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع.

كما لها دور في عملية تفسير العقد، فيمكن للقاضي أن يستأنس بها لمعرفة المقاصد الحقيقية للأطراف في حالة غموض أو وجود نقص في بنود العقد¹.

كما تعمل هذه المرحلة على توضيح التزام وحق كل طرف في العلاقة التعاقدية.

فيما أنها تزيل اللبس والغموض والعوائق التي قد تواجه الأطراف المتفاوضة في مرحلة التنفيذ، حيث تكتسي مرحلة المفاوضات أو المرحلة السابقة على التعاقد أهمية بالغة من الناحية القانونية إذ تلعب دورا وقائيا لمرحلة ما قبل التعاقد، في كونها الوسيلة الفعالة لإعادة التوازن العقدي خاصة إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة تؤدي إلى الاختلال في الالتزامات والحقوق الملقاة على عائق الأطراف.

كما تلعب دورا هاما وحساسا في عملية تفسير العقد، فإن كان هناك نوع من الغموض في عبارات العقد، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يستشهد بها إذ يستطيع من خلالها الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.²

¹ مونية ادريغوش، مرحلة ما قبل التعاقد، المرجع نفسه، ص 17

² ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 9

الفرع الثاني

خصائص التفاوض

تعد مرحلة التفاوض مرحلة ممهدة لإبرام عقد إذ تكاد تقل فيها النزاعات أو تنعدم، حيث تساهم في إبعاد أي شك أو لبس بين المتفاوضين على العقد، كما يمكن أن لا تسفر هذه المرحلة عند إبرامه أي يفشل التفاوض ولا يتوصل الأطراف إلى اتفاق بشأن العقد المتفاوض عليه، فتمتاز هذه المرحلة بعدة خصائص وهي أنها مرحلة إرادية، ثنائية الجانب، تقوم على التبادل والأخذ والعطاء، تمهد لإبرام عقد ولكن تبقى نتيجتها احتمالية، وكذلك تعد مرحلة ممهدة لإبرام العقد¹.

أولاً: المفاوضات ذات تصرف إرادي

يكون التفاوض على العقد في مرحلة المفاوضات دائماً تصرف بمحض إرادة الأطراف دون إكراه أو إجبار أي أنه يقوم على رضا الأطراف المتعاقدة، فلكل طرف من الأطراف المتفاوضة حرية الدخول في المفاوضات ومباشرتها أو الاستمرار فيها أو التخلي عنها لأنها تخضع لمبدأ حرية التعاقد.

ثانياً: المفاوضات تقوم على الحاجة

يكون التفاوض على العقد لسبب أو لهدف ما أي أن كل الطرفين تحركهما الحاجة إلى إبرام ذلك العقد، وعليه فإن أي نوع من المفاوضات يجب أن تكون حول حاجة ملحة وضرورية للأطراف المتفاوضة.

ثالثاً: المفاوضات على العقد لها نتائج احتمالية

يلتزم الأطراف المتفاوضة بالتفاوض بحسن نية ودون الالتزام بإبرام العقد مما يعطي ليا طابع احتمالي، وعليه فإن النتيجة التي يتم التوصل إليها في مرحلة المفاوضات تكون دائماً احتمالية حيث يمكن أن يتوصلوا إلى اتفاق حول شروط العقد كما يمكن أن تأبى هذه المفاوضات بالفشل وتصل إلى طريق مسدود.

رابعاً: المفاوضات ذات علاقة اختيارية وثنائية الأطراف

تخضع المفاوضات دائماً لمبدأ التراضي بين الطرفين المتفاوضين ودون أي ضغط أو إكراه أو تهديد أو إجبار إذ أنها تعتبر إرادة حرة وتتميز بأنها ثنائية الأطراف لا تكون إلا بوجود طرفين أو أكثر لديهم حاجة وهدف من وراء إبرام هذه المفاوضات.

¹ مونية ادريغوش، مرحلة ما قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 18

خامسا: المفاوضات مرحلة تمهيدية لإبرام العقد

تعتبر المفاوضات مرحلة تمهيدية لإبرام العقد فهي تهدف إلى الإعداد والتحضير وتبادل الآراء وإجراء حوار ودراسة النتائج التي من الممكن التوصل إليها، وكلما تم الاتفاق على مرحلة معينة يتم الانتقال إلى دراسة مرحلة أخرى، فإذا تم التوصل إلى تفاهم حول جميع العناصر الجوهرية يبرم العقد بين الأطراف¹.

الفرع الثالث

تمييز التفاوض عما يشابهه من المصطلحات.

عادة ما نسمع في حياتنا اليومية مصطلحات وخاصة في مجال إبرام العقود حيث يتبادر في ذهننا أنها مرادفة لمصطلح التفاوض كالمساومة والتشاور والمحادثة، إذ أن هذه الأخيرة في الحقيقة الأمر تختلف كثيرا عن التفاوض، وهذا ما يقتضي التمييز بين هذه المصطلحات والتفاوض.

أولا: التفاوض والمساومة

التفاوض عملية تقوم على الاحترام المتبادل بين طرفي العقد، حيث على كل طرف احترام حاجات وغايات ومصالح الطرف الآخر ولا يخرج منها طرف إلا وقد حقق مكاسب وغنائم على حساب الطرف الآخر.²

المساومة في اللغة العربية تعني مناقشة بين البائع والمشتري على الشيء المباع والفصل في ثمنه.

أما في اللغة الفرنسية فتعني الحصول على الشيء بأفضل ثمن حيث يقوم المشتري بالفصل في الثمن مع البائع.

فالمساومة عادة ما تكون من جانب واحد، إذ يقوم بها أحد الأطراف أثناء التفاوض على العقد بهدف الضغط على الطرف الآخر للحصول منه على تخفيض أو زيادة في الثمن.

كما أن الدكتور علي أحمد صالح فعرف المساومة بأنها: تبادل المقترحات بشأن شروط الاتفاق حول مسائل معينة.

مما سبق يتضح أن المساومة تقع على الثمن أو شروط التسليم، أي أن المساومة تتم بين البائع والمشتري من أجل التخفيض في الثمن حيث يقوم المشتري في إعطاء ثمن أقل من الثمن الذي أعطاه البائع وما على البائع الموافقة على التخفيض في ثمن السلعة على أن يكون التخفيض في الحد المعقول.

¹ ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 10

² لبنى حمزة، ماجدة بلحواس، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود، مرجع سابق، ص 11

تختلف المساومة وتتمايز عن المفاوضة إذ أن المفاوضة هي مرحلة السعي للتعاقد تتم بين طرفين يتم فيها تحديد الشروط النهائية للعقد والاتفاق عليها بصفة نهائية. أما ما يميزها عن المساومة فتعتبر مرحلة ما قبل التعاقد التي تتم من طرف جانب واحد أي من جانب المشتري، حيث يقوم بتخفيض الثمن، فهي سلسلة متواصلة من التعبير عن الإرادة من قبل أطرافها، فلها دور فعال للتفاوض العقدي، فلا يمكن تكوين عقد إلا وتتخلله مساومات من قبل الأطراف، ومن الممكن أن تكون من جانبين، إذ أنها تقع على بند واحد من بنود العقد وهو بند الثمن التفاوض فيتفق مع المساومة في أن كليهما يحدثان في الفترة قبل العقدية، ولكن يختلفان في كون التفاوض لا يمكن تصوره إلا بين طرفين أو أكثر، وهو يكون على جميع عناصر العقد.

ثانياً: التفاوض والتشاور

التشاور هو تبادل الرأي بين شخصين حول مسألة معينة، ويلجأ إليه الناس من أجل طلب الرأي والمشورة من أشخاص متخصصين كالمحامين والمهندسين والأطباء وغيرهم، فالمستشار يقتصر دوره على مجرد إبداء الرأي في المسألة المعروضة عليه دون أن يكون له شأن فيها، والي يجبر على التنازل عن رأيه الخاص، وال يقيد طالب المشورة بما يسفر عنه ذلك التشاور أي رأي المستشار. أما التفاوض فصحيح أنه يمكن أن يحدث فيه تشاور، ولكن يبقى كل طرف من أطرافه هو صاحب الشأن فيما تفاوض عليه، ويستلزم من طرفيه أن يقدم كل منهما تنازلات من جانبه حتى يتمكن من الوصول إلى اتفاق يرضي الأطراف، وفي الأخير يتقيد الأطراف بالاتفاق الذي يتم التوصل إليه.

ثالثاً: التفاوض والمحادثة

المحادثة هي تجاذب أطراف الحديث بين شخصين أو أكثر، قصد تبادل الآراء ووجهات النظر حول مسألة معينة، سواء كانت محددة أو غير محددة، فهي عبارة عن مناقشات قد لا تعني الوصول إلى اتفاق، بل قد تؤدي إلى صراع حاد، فهي بذلك لا تهدف دوماً إلى إبرام عقد أو اتفاق وإنما فقط الحديث عن موضوع ما للتعرف على آراء الآخرين أو لمجرد التسلية، وهي تجري غالباً بمحض الصدفة وأحياناً بناء على اتفاق سابق، وهي تكون دائماً شفاهة. أما التفاوض فيتفق مع المحادثة في أن كليهما يعني تبادل وجهات النظر حول مسألة أو نقطة ما، ولكن التفاوض يحمل نية جادة وعازمة للوصول إلى اتفاق بشأنه وفي حالة نجاحه يؤدي إلى قيام علاقة قانونية بين أطرافه، وهو يكون إما شفاهية أو كتابية بتبادل الرسائل.¹

¹ - ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 14

المطلب الثاني

نطاق التفاوض في مرحلة ما قبل التعاقد وحدوده القانونية

للمفاوضات أهمية بالغة لإبرام العقود سواء الحديثة أو التقليدية إذ أنه لنجاح التفاوض تستلزم المرور بثلاثة مراحل أساسية، وذلك بغية التوصل إلى الغاية المنشودة من التفاوض يجب حماية التعاقد من الطرق الاحتياطية التي قد يوجهها المتفاوض أثناء التفاوض على إبرام عقد ما كـالفرع الأول كما تستخدم الأطراف المتفاوضة مستندات أو وثائق تهدف إلى تبادل الآراء والثقة وإبرام عقود تمهيدية تحضيراً لإبرام العقد النهائي كـالفرع الثاني، كما سنتناول في الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري من مرحلة المفاوضات.

الفرع الأول

مراحل التفاوض في مرحلة ما قبل التعاقد

إن المتفاوض قد يواجه خلال مرحلة المفاوضات مجموعة من المشاكل والعراقيل التي قد تعيق إبرامه للعقد سواء قبل أو أثناء التفاوض على إبرام العقد والتي سنخرج عن مراحل المفاوضات، والتي تمر بثلاثة مراحل، مرحلة الدعوى إلى التعاقد ثم مرحلة التدبير والتفاهم، فمرحلة صياغة الإيجاب والتي سنتطرق إليها كالتالي:

أولاً: مرحلة الدعوى إلى التعاقد:

وفيها يتم هي توجيه الدعوة من شخص إلى شخص آخر أو إلى عدة أشخاص وذلك بغية حثهم على إبرام العقد، دون أن يقوم صاحب الرغبة في إبرام العقد بتحديد عناصر وشروط ذلك العقد كأن يقوم بوضع إعلان للجمهور يعرض فيه ، الشيء الذي سيؤدي إلى فتح باب المناقشات التي تمهد للأطراف تبيان عناصر العقد التي تمثل النواة الأساسية لعقد المراد إبرامه.¹

ثانياً: مرحلة التدبير والتفاهم

تعد المرحلة مرحلة هامة ودقيقة، إذ أنها تهدف إلى التفاهم على عناصر الاتفاق من أجل إبرام العقد ومناقشة الشروط والبنود بطريقة موضوعية، مع استخدام الأساليب المعتمدة في التفاوض كالإقناع والاعتدال والصبر والابتعاد عن المشاحنة والتعقيد وذلك بهدف البحث عن امتيازات عالية القيمة وقليلة التكلفة.

¹ ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع نفسه، ص 15

ثالثاً: مرحلة صياغة الإيجاب

ويقصد به اقتران القبول بالإيجاب وينعقد العقد نهائياً بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين حيث نصت المادة 59 من ق م ج على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، كما تحذر الإشارة إلى أنه لا يوجد عرض بالتعاقد ، إلا عندما يتضمن اقتراح العارض على المسائل الجوهرية في العقد، حيث يكفي القبول بهذا العرض حتى يبرم العقد، وذلك حسب نص المادة 65 من ق م ج فإنه لا يوجد عرض بالتعاقد إلا عندما يتضمن اقتراح العارض كل المسائل الجوهرية في العقد¹.

الفرع الثاني: المستندات المعاصرة واللاحقة لمرحلة المفاوضات

"إن مستندات التعاقد في الفترة السابقة على إبرام العقد متزايدة أو متعددة، سواء في الفترة المعاصرة للمفاوضات ذاتها، أو في الفترة اللاحقة وقبل إبرام العقد النهائي." ونظراً لما تكتسبه هذه المستندات من أهمية، سنتطرق إلى دراستها بنوع من التفصيل، حيث سنتناول في النقطة الأولى المستندات المعاصرة لمرحلة المفاوضات، وفي النقطة الثانية المستندات اللاحقة لمرحلة المفاوضات وذلك كما يلي:

أولاً: المستندات المعاصرة لمرحلة المفاوضات

تعد المستندات أو الوثائق المعاصرة خلال المرحلة السابقة على التعاقد ضرورة وجد مهمة في هذه المرحلة خصوصاً على الأطراف المتعاقدة وهذا راجع إلى الصفقات التي تتضمن رؤوس أموال كبيرة² وعليه سنتطرق إلى دراسة بعض المستندات المعاصرة لمرحلة المفاوضات وذلك كالتالي:

■ **خطاب النوايا:** يطلق على خطاب النوايا عدة تسميات مختلفة كخطاب التفاهم أو البرتوكول أو مذكرة التفاهم أو رسائل

النية. لكن أكثرها شيوعاً واستعمالاً هو اسم خطابات النوايا.

فهناك من عرفها على أنها: " اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي يتعلق بتنظيم عملية التفاوض".

وهناك من عرفها على أنها: " هي كل وثيقة مكتوبة، قبل العقد النهائي، تعكس الاتفاقات، أو الفهم المبدئي لطرف، أو أكثر من

أطراف التعاقد التجاري، بغية الدخول في عقد مستقبلي"¹.

¹ ليلي رزقي، سهيلة دحداح، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، بجاية، س2012/2013، ص 9

² ليدية براهامي، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 17

فيما عرفها البعض على أنها: " هو مستند يرغب الأطراف من خلاله الحصول على امتياز تجاري، أو ائتمان دولي، أو التزام العميل بضمانات فنية أو تقنية أو عدم التفاوض مع أي مورد آخر وغيرها². " ولخطابات النوايا العديد من الأهداف حيث أنها وسيلة لتحديد الشروط العامة والأساسية للعقود المزمع إبرامها في المستقبل، كما تهدف الخطابات إلى إظهار النية الحقيقية ومدى جدية كل طرف في إبرام العقد وأنها وسيمة في إعلان الرغبة المبدئية في الدخول في العملية التفاوضية، كذلك تعتبر خطابات النوايا من وسائل الاستعلام والاستفسار، وعن وضع خطابات النوايا في القانون الجزائري نلاحظ أن المشرع لم يقم بتنظيمها في نصوص القانون المدني غير أن الاتجاه السائد في الفقه الجزائري هو أن خطاب النية يعد عقدا خاضعا للقواعد العامة في حال ما إذا وقع من كلا الطرفين.³

■ تعهدات الشرف

يقصد بالتعهد الشرفي قيام الشخص بإعلان إرادته في الالتزام أخلاقيا أو أدبيا، حيث تتجه نية الأطراف المتفاوضة فيه إلى إبعاد الاتفاق عن دائرة القانون، وعليه فإن تعهدات الشرف لا تكتسب أي قوة ملزمة لأطرافه حيث لا يضيف تعهد الشرف طابعا رسميا ملزما لصاحبه وإنما يهدف إلى عدم ترتيب أي أثر قانوني ملزم للأطراف، وأما فيما يتعلق بالقيمة القانونية للتعهدات الشرف فإن الفقه والقضاء يعتبرانه غير ملزم إذا لم يرتب أثر قانوني، حيث يعتبر من أعمال المجاملات فهي مجردة وغير ملزمة، وعليه فإن أي التزام لا يرتب أثر قانوني فهو التزام أخلاقي أو أدبي يخرج عن نطاق قانون الالتزامات والعقود كالأعمال المجانية وتقديم المساعدات وأعمال المجاملات.⁴

■ البروتوكول الاتفاقي

يرى بعض الفقهاء بأن البروتوكول الاتفاقي هو عبارة عن اتفاق على التفاوض بشأن عقد من العقود المراد إبرامها بين الأطراف فيما عرفه البعض الآخر بأنه عبارة عن عقد بين الأطراف المتفاوضة يحتوي على الشروط والالتزامات التي تم الاتفاق عليها من الجانبين، غير أنه يعتبر من العقود الجزئية تحدد الشروط الأساسية للعقد التي يلتزم الطرفان بإبرامها لاحقا.⁵

¹. مصطفى أمين لغواطي، يونس بليماني، مرجع سابق، ص 28

². مصطفى أمين لغواطي، يونس بليماني، مرجع نفسه، ص 29

³. العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، المرجع السابق، ص 100

⁴. مصطفى أمين لغواطي، يونس بليماني، مرجع سابق، ص 32.

⁵. ليدية براهامي، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 19

ثانياً: المستندات اللاحقة لمرحلة المفاوضات

تسمى أيضاً بالعقود ما قبل العقد النهائي أو العقود التمهيديّة هي تعرف بالعقود التحضيرية المبرمة من طرف المتفاوض قبل العقد النهائي المنشود، فهي عقود مرحلية سابقة على التعاقد يتطلع بها الأطراف إلى تحقيق العقد النهائي وتتمثل هذه المستندات فيما يلي:

○ الوعد بالتعاقد

الوعد بالتعاقد هو "عقد بموجبه يلتزم أحد الطرفين (ملزم لجانب واحد) أو كلاهما (ملزم لجانبين)، بإبرام عقد معين في المستقبل إذا أبد الموعود له رغبته في التعاقد، خلال فترة معينة¹. هذا استناداً لنص المادة 56 ق.م.ج .

وأشارت إليه المادة 71 من ق.م.ج: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها" فنستخلص من خلال نص المادة السالفة الذكر أن الوعد بالتعاقد هو عبارة عن عقد يتعهد مثله مثل العقد النهائي حيث ينشأ التزامات متبادلة على المتعاقدين وعن جزاء الإحلال بالوعد بالتعاقد نصت المادة 72 ق م ج على: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد"². بأنه عقد كامل يتم بالإيجاب والقبول، وإن كان يمهد لعقد آخر يراد إبرامه فيما بعد.³

" يعتبر الوعد بالتعاقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الواعد مع شخص آخر يسمى الموعود له بإبرام عقد معين في المستقبل إذا ما أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها"⁴

○ الوعد بالتفضيل

يعتبر الوعد بالتفضيل من الصور الخاصة لموعد بالتعاقد حيث أنه التزام يقع على عاتق الواعد فهو عقد يلتزم بمقتضاه الواعد في حالة التصرف في الشيء محل التفاوض بأن يفضل الموعود له على غيره في إبرام العقد، ومن خلال ما سبق نستخلص أن الوعد بالتفضيل هو عبارة عن اتفاق على الأفضلية في التفاوض حول العقد المراد إبرامه حيث يخضع للشروط العامة المقررة لصحة العقود المدنية، وفق لما هو

¹. مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، مرجع سابق، ص 39.

². أمر رقم 75-58 المرجع السابق.

³. ليلي رزقي، سهيلة دحداح، المرجع السابق، ص 24.

⁴. مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، مرجع سابق، ص 39.

منصوص من خلال نص المادة 59 ق م ج والتي تنص على: "أنه" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية، وعن جزاء الإخلال بالوعد بالترتيب يمكن للموعد أن يرفع دعوى شخصية في مواجهة الواعد وحده إذا كان الغير حسن النية ودعوى شخصية على كلاهما أي الواعد والغير إذا كان هذا الأخير سيء النية.¹

○ العقد الابتدائي

العقد الابتدائي هو مشروع عقد كما تدل تسميته² حيث أنه عقد يرتب جميع آثاره القانونية بمجرد إبرامه دون أن يكون لأحد طرفيه الحق في العدول عنه بإرادته المنفردة³، ويعرف أيضا بأنه عقد ما دام قد استكمل عناصر العقد وكل ما يتطلبه القانون من أجل قيام العقد وعن جزاء الإخلال بالتزامات العقد الابتدائي من أحد طرفي العقد يحكم القاضي بصحة ونفاذ العقد الابتدائي.⁴

ويقوم أطراف العلاقة التعاقدية بإثبات حقيقة إرادتهما في وثيقة أولية تسمى بالعقد الابتدائي، على أن يتم تحريره بالطريقة القانونية ثانية عند التسجيل، وتسجل العقد الابتدائي يسمى بالعقد النهائي.⁵

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مرحلة المفاوضات

المشرع الجزائري لم يعالج صراحة من خلال نصوص القانون المدني المرحلة السابقة على التعاقد وإنما ترك الأمر لاجتهاد الفقهاء والقضاء حيث اكتفى المشرع بالنص في أحكام المادة 59 من ق م ج على أن العقد لا يعتبر منعقدا إلا عند التعبير عن الإيجاب والقبول وتوافقهما، وأنه لا بد من الاتفاق على المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها للقول بانعقاد العقد حسب نص المادة 65 و 71 من ق م ج كما نصت المادة 107 ق م ج على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية⁶، المشرع الجزائري شأنه شأن أغلب القوانين العربية التي لم يعنى بوضع نصوص تفصيلية في القانون المدني تنظم صراحة أحكام مرحلة المفاوضات، ولم تنظم المرحلة السابقة على التعاقد، مكتفيا بالمبادئ العامة التي تحكم تصرفات الأطراف خلالها كالتفاوض بحسن نية.

هذا عكس ما أخذت به القوانين الأجنبية المختلفة كالقانون الألماني والسويسري الذين أولوا أهمية قصوى لهذه المرحلة، ونظرا للأهمية البالغة التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات في الإعداد الجيد لإبرام العقد كان من المستحسن على المشرع الجزائري القيام بتنظيم

¹. ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 20.

². ليلي رزقي، سهيلة دحداح، المرجع السابق، ص 28.

³. ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 20.

⁴. العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، المرجع السابق، ص 130.

⁵. مصطفى أمين لغواطي، يونس بليماي، مرجع سابق، ص 45.

⁶. ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 21.

مرحلة المفاوضات، وذلك بإقرار نصوص جديدة ضمن تعديلات نصوص القانون المدني سنة 2005 تجعل من هذه المرحلة أي المرحلة السابقة على التعاقد ذات أهمية قصوى في إبرام العقود سواء التقليدية أو الحديثة.

المطلب الثالث

حماية الأطراف المتعاقدة خلال مرحلة ما قبل التعاقد.

سنّ المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري عدة مبادئ على غرار مبدأ حرية التعاقد في التفاوض، إذ يجوز لكل متفاوض أن يضع حدا للمفاوضات دون التقيد بأي ارتباط عقدي، فمن شأنه حماية التعاقد من الطرق الاحتيالية كالتدليس والتغريب والخداع، إد نبينها في (الفرع الأول)؛ دون أن ننسى التعاقد عن طريق المزايدة أو المناقصة (الفرع الثاني) والذي يمثل انتقاص من حرية التعاقد في التفاوض. كما سنوضح هذه الحماية في عقود الإذعان (كفرع ثالث).

الفرع الأول

حماية المتفاوض من الطرق الاحتيالية

يحمي القانون الجزائري التعاقد من الطرق الاحتيالية المنتشرة من تدليس وتغريب وخداع للتضليل والتمويه في المرحلة السابقة على التعاقد؛ هذا ما يفرض على المتفاوضين حسن النية، سنطرق لها من خلال ما يلي:

أولاً: السكوت العمدي يعد تدليسا

السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة يعد تدليسا هذا ما نصت عليه المادة 86/2 من ق م ج، هذا وإذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة، فاذا وقع التدليس يجوز إبطال العقد إذا أثبت المتعاقد الآخر أنه لم يكن يعلم بالتدليس، حسب ما نصت عليه المادة 1/86.

ثانياً: الكذب كسبب لقيام التدليس في مرحلة التفاوض

يتحقق التدليس بمجرد الكذب حين يكون التعاقد مكلفا بإعطاء معلومات أو بيانات مهمة يعلق عليها الطرف الآخر أهمية بالغة في التعاقد، كأن يدلي شخص بمعلومات مخالفة للواقع أو غير موجودة بغية تضليلها.

ثالثا: الالتزام المهني بالإخبار وعدم الإخفاء

إن مقتضى الالتزام قبل التعاقد هو توفر الثقة والأمانة والمصارحة والإدلاء بما ورد من المعلومات والبيانات اللازمة التي تهم العملية التعاقدية، حيث تعتبر نوع من الثقة الخاصة التي يفرضها القانون بالذات، خاصة على أصحاب المهن والحرف في بعض العقود.

الفرع الثاني

التعاقد عن طريق المزايدة أو المناقصة.

تنص المادة 69 من ق م ج بأنه: " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزايد، ويسقط المزايد بمزاد أعلى ولو كان باطلا فالعقد الذي تبرم عن طريق المزايدة أو المناقصة لا تعد إيجاب لعدم توفرها لكافة العناصر الجوهرية للعقد؛ إنما تعد دعوة للتعاقد.¹ فإذا كانت المزايدة أو المناقصة تتم بالطريق العلني، فإن الإيجاب يتمثل في التقدم بالعطاء مقترنا بالمدة الكافية، ورسو المزايد أو المناقصة يمثل القبول. من ثم يعتبر العقد منعقدا لحظة علم مقدم العطاء برسو المزايد أو المناقصة عليه. فالمرجع الجزائري أقر الحماية القانونية الجنائية لحرية المزايدات في نص المادة 175 من ق م ج، إذ تنص على أنه: " يرتكب جريمة التعرض لحرية المزايدات و يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و بغرامة من 20.000 د ج إلى 400.000 د ج، كل من عرقل حرية المزايدات أو المناقصات أو تعرض لها أو أخل بها بطريق التعدي أو العنف أو التهديد... سواء قبل المزايدة أو المناقصة أو أثنائهما ". ومن المستقر عليه فإن الشريعة الإسلامية استقرت على الرأي القائل بأن النجش محرم شرعا؛ حيث يعتبر النجش ذلك الشخص المتدخل في المفاوضات بقصد الخداع والتغريب بصورة تدليسيه، إذ إنه لو استطاع الشخص المخدوع إثبات أثر تدخل الناجش وتأثيره في دفعه للتعاقد كان العقد قابلا للإبطال وفقا لمصلحته.

الفرع الثالث

عقود الإذعان

عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه، ولا يكون للطرف الآخر الضعيف مساومتها، إذ لا يكون له سوى أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها كلها. كعقود الاشتراك في الكهرباء والغاز والمياه، عقود النقل والتأمين ... الخ. لم يعرف المشرع الجزائري عقد الإذعان وإنما تعرف لكيفية حصول القبول فيه، ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 70 ق م ج التي تنص على أنه: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها. " ¹ نستخلص من المادة أن:

¹ سهيلة دحداح، ليلي رزقي، المرجع السابق، ص 14

المشرع الجزائري اعتبر أن عقود الإذعان عقوداً حقيقية رغم مخارطها، غير أنها تنقص من حرية التعاقد في التفاوض والمناقشة. بالتالي لإنصافه أجاز شرح تفسير العبارات المبهمة والغامضة في لعقد لصالح الطرف الضعيف سواء كان مدين أو دائن أي لا يجوز التأويل في عبارات عقود الإذعان كما نصت المادة (2/112 من ق م ج) .

إذ أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي القيام بعملية الرقابة، وذلك من خلال السماح له بتعديل الشروط التعسفية بما يتفق مع العدالة والقانون وهو ما نصت عليه المادة 110 من ق م ج. ومنها تظهر الحماية التشريعية الفعالة والمكرسة للطرف المدعى من تعسف الطرف القوي في العلاقة².

المبحث الثاني

الالتزامات الناشئة خلال مرحلة ما قبل التعاقد.

تستقل الالتزامات في المرحلة ما قبل التعاقد عن التزامات العقد بحد ذاته، ذلك لما يقوم به الطرفان من التزامات خلال هذه المرحلة التي تنتج عن طريق الثقة التي يضعها الطرفان لإبرام العقد، هذه الالتزامات عادة ما تكون عامة أي بدون اتفاق على الطرفان الالتزام بها، أبرزها بمبدأ حسن النية.³

تعد مرحلة ما قبل التعاقد مرحلة بالغة الأهمية والخطورة وذلك نظراً لما تحتويه من صعوبة في تحديد أهم الالتزامات والحقوق، إذ تحرص التشريعات على تنظيم هذه المرحلة، غير أنه ورغم التعديلات التي مست القانون المدني الجزائري سنة 2005 إلا أنه لا يزال بعيد كل البعد عن تنظيم المسؤوليات المترتبة عن الخطأ في الفترة ما قبل التعاقد، إذ اكتفى النص ضمناً على مبدأ حسن النية⁴

ونظراً لانعدام النصوص القانونية التي تنظم مرحلة ما قبل التعاقد التي تعتبر العمود الفقري في إبرام العقد خاصة الحديثة والتي تتسم بنوع من التعقيد، ترك المجال لاجتهاد الفقه والقضاء على وجود التفاوض بحسن نية، الذي ستكون محور دراستنا في هذا المبحث⁵

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى التزام بمبدأ حسن النية (مطلب أول) فيما سنخصص الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية (مطلب ثان).

¹. علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، دار النشر والتوزيع، الجزائر، ج1، ط1، 2005، ص82.

². سهيلة دحداح، ليلي رزقي، المرجع السابق، ص 15

³. أمال راجحي، مرجع سابق، ص 37

⁴ ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 22

⁵. لخضر حليس، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة المدية، ص 168

المطلب الأول

الالتزام بمبدأ حسن النية

إن مبدأ حسن النية لم ينص عليه صراحة من قبل أغلب التشريعات الوضعية إلا ضمن مرحلة تنفيذ العقد، غير أن تطور العقود فرض ضرورة لجوء أطراف العقد إلى إجراء مفاوضات سابقة على التعاقد، فكل العقود أصبحت تتطلب إجراء مفاوضات قد تطول و قد تقتصر حسب أهمية العقد المراد إبرامه، و المعلوم في هذا الإطار أنه عند التفاوض يفرض، على الأطراف بعض الالتزامات من أهمها الالتزام بمبدأ بحسن نية، ونظرا لأهمية هذا المبدأ سنتناول مفهوم مبدأ حسن النية في الفرع الأول، و في الفرع الثاني خصائص مبدأ حسن النية و في الفرع الثالث سنعرّج لأهم الالتزامات لهذا المبدأ حسن النية¹.

الفرع الأول

تعريف مبدأ حسن النية

مر مبدأ حسن النية بعدة تطورات في القوانين المقارنة، إذ كان من المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الامم، فهذا المبدأ نشأ مع نشأة القانون الروماني فيما عرف بمبدأ *bonne*، حيث اعتبر كقاعدة أخلاقية ثم تحول مع مرور الوقت الى قاعدة قانونية وأصبح مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة، بموجبه كان للقاضي الروماني إمكانية التدخل في أطراف العلاقة العقدية ويفرض عليهم بعض الالتزامات لخلق نوع من التوازن العقدي عند اختلال هذا التوازن العقدي²، وكان يعتبر من مصادر القاعدة القانونية³.

تبنى القانون الجزائري في ثنايا نصوص التقنين المدني مبدأ حسن النية الذي استمد المشرع الجزائري من القانون الفرنسي ويؤكد ذلك الدكتور " علي علي سليمان" إذ يقول بأن (حسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين يقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي *le bon père de famille* كما أن للقانون المصري الفضل في الصياغة القانونية ولذلك يعتبر كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي مصدرا تاريخيا بالنسبة للكثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص القانون المدني الجزائري⁴.

¹ أمال راجحي، مرجع سابق، ص 38

² إيمان دلة، صفاء بن ساحة، المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، ص 30

³ - مونية ادريغوش، مرحلة ما قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 17

⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 2007، ص 97.

اختلفت آراء فقهاء القانون وتمايزت من أجل تحديد تعريف لمبدأ حسن النية، فالبعض عرفه بأنه: "هو الوسيلة التي يستطيع من خلالها القاضي التدخل لضمان توازن العلاقة العقدية بين الأطراف المتعاقدة وتوقع على الطرف المتعاقد معاملة الطرف المقابل له بصدق وأمانة بالشكل الذي يرغب هذا الأخير من الغير التعامل معه به "

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

فما يجب الإشارة إليه أنه يصعب تحديد مفهوم عام وموحد لفكرة حسن النية، لأن هذه الفكرة تدخل حيز القانون بمعنيين مختلفين أحدهما شخصي والآخر موضوعي.

فالمعيار الشخصي يعتمد على الشخص ذاته فهو يتمثل في الحالة النفسية والذهنية له، ولا يمكن معرفة ما يجري بداخله إلا من خلال التصرفات التي يقوم بها أي عن طريق المعاملة المتكررة مع هذا الشخص، فلا يقال عن شخص حسن النية إلا إذا انتفى عنه سوء النية، ومن مظاهر سوء النية الخطأ العمدي والغش والتعسف في استعمال الحق بسوء نية والخطأ الجسيم باعتباره ملحقاً بالخطأ العمد .

أما المعيار الموضوعي لمعنى مبدأ حسن النية فهو المعنى المعتمد في مجال الإرادة التعاقدية والذي يشكل قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع، فكل شخص يمكن أن يكون حسن النية أو سيء النية بخصوص أمر ما فهذا أمر نفسي ولا يمكن للقانون التدخل في ذلك، ولكن في الوقت الذي تنعكس تلك النية السيئة على التصرفات الخارجية فتتأثر مصالح الآخرين فيتدخل القانون ليفرض حماية للطرف المضرور.

إن إصباح مبدأ حسن النية على مرحلة المفاوضات جاء لخلق نوع من التوازن بين المبدأ الأساسي السائد في هذه الفترة وهو مبدأ حرية التعاقد الذي يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وبين مبدأ حسن النية الذي يقرر الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية في هذه المرحلة ، وهذا ما كرسته مبادئ UNIDROIT للعقود الدولية في المادة 54 في فقرتيها الأولى والثانية بنصها على ما يلي: "الأطراف أحرار في التفاوض ولا تترتب عليهم أي مسؤولية إذا لم يتوصلوا إلى اتفاق، غير أن الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للطرف الآخر " ¹.

¹ - مونية ادونغوش، مرحلة ما قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 42

ومما سبق تبين أن مبدأ حسن النية هو مبدأ مكرس في مرحلة المفاوضات وهذا اعترافا بالطبيعة العقدية للمفاوضات فهي تتم في إطار منظم عن طريق عقود للتفاوض، ولكن في القانون الداخلي لا يوجد نص خاص يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد. إلا أن المشرع الجزائري فنص في المادة 1/107 من التقنين المدني الجزائري على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، ومنه يتبين أنه يجب أن تنفذ العقود بكل مشتملاتها وبحسن نية ، ولهذا يجب أن لا يخل المتفاوضان بمبدأ حسن النية في التفاوض، وفي حال حصل وأن أخل أحدهم به قامت مسؤوليته وألزم بتعويض الضرر الناشئ عن ذلك طبقا لأحكام المسؤولية العقدية¹.

الفرع الثاني

خصائص مبدأ حسن النية

يمتاز مبدأ حسن النية بعدة خصائص نستخلصها فيما يلي:

أولاً: مبدأ حسن النية ذو طبيعة ذاتية :

يتجلى ذلك من خلال النصوص القانونية في القانون المدني حيث نصت المادة 105 من ق م ج على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد."

كما تنص المادة 141 من ق م ج، لكي يتحقق الإثراء بلا سبب وينشأ عنه الحق في الدعوى لصالح المفتقر الذي يقع الإثراء على حسابه للمطالبة بالتعويض، أي أن تحصل زيادة في الذمة المالية لشخص معين مقابل افتقار أو انتفاض في الذمة المالية لشخص آخر وقع الإثراء على حسابه إلى جانب أن يتعدم السبب القانوني لهذا الإثراء والذي يجعله مبرراً كالعقد أو حكم من أحكام القانون فيصبح بذلك الشخص الأول مدينا (مدعى عليه) والثاني دائناً وبناء عليه فإن الإثراء بلا سبب يقوم على ثلاثة أركان هي:

1. إثراء المدين حسن النية المدعى عليه

2. افتقار الدائن بناء على هذا الإثراء (المدعى)

3. انعدام السبب القانوني للإثراء .

¹ - مونية ادريغوش، مرجع نفسه، ص 43

4. الإثراء قائما وقت رفع الدعوى حيث أن المشرع الجزائري سكت عن اعتباره كركن رابع للإثراء على خلاف ما ذهب

إليه المشرعين الفرنسي والمصري على اعتبار دعوى الإثراء دعوى أصلية وليست دعوى احتياطية على غرار المشرع المصري في

المادة 179 من ق م ج التي نصت على أنه «كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر

ملتزم ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد ".

ثانيا: مبدأ حسن النية التزام مفروض على كل من المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد: فيصبح كلا المتعاقدين دائن ومدين في نفس

الوقت، إلا أن ما يقتضيه هذا المبدأ من التزامات فتختلف من طرف لآخر حسب حالته وموقعه والملابسات التي تحيط به .

ثالثا: مبدأ حسن النية هو مفهوم واسع: إذ أن محتواه يتغير حسب المكان والزمان وبالتالي يؤدي إلى نتائج مختلفة التطبيق

والأخذ به يؤدي إلى مرونة القانون ليصبح مواكبا للمستجدات التي تحدث في الحياة بسبب التطورات الاقتصادية والاجتماعية

رابعا: مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي: ويتبين ذلك من خلال الالتزامات التي تعني الأمانة والثقة والنزاهة والتعاون، وهي قواعد

أخلاقية فأصبحت جزء من حياة المجتمعات الإنسانية وطابع مميز لهم وبما القواعد الأخلاقية أصبحت في الوقت الحالي تتحكم

إلى حد بعيد في النصوص القانونية أي أن للقاعدة القانونية بعدا أخلاقيا يلامسه الباحث في كل زاوية من زوايا القانون.¹

الفرع الثالث

دور مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد وجزاء الإخلال به

أولا: دور مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد

يتجلى الهدف من الالتزام بحسن النية في:

1. الحفاظ على توازن العلاقة التعاقدية: يهدف إلى حماية الثقة والائتمان وحماية الأوضاع الظاهرة فيؤدي إلى المحافظة على استقرار

التعامل، وتحقيق العدالة بين أطراف العقد فيحافظ على التوازن بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد .وعلى بنود العقد

المتفاوض عليه، وذلك حفاظا وصيانة لمصالح الأطراف المتعاقدة في إدارة المفاوضات واستمراريتها

2. حسن النية يؤدي إلى ضمان سلامة رضا الأطراف ويشجع على التعاون والثقة المتبادلة وتحري الصدق والصراحة في المعاملات،

ويشعر المتعاقدان بالطمأنينة أكثر عند تعاملهم مع بعضهم البعض فيؤدي هذا إلى نمو وزيادة المعاملات بين الناس وبحقق وضعها

اقتصاديا واجتماعيا متطورا.

¹ كنزة بوكولة، فضة بوطريخ، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق، جامعة محمد بن الصديق، قسم

الحقوق، سنة 2017/2018، ص ص 23، 25

3. يعمل على تسهيل عمل القضاء لأن المرونة التي يحققها تعد من ضرورات العمل القضائي المتمثل في محاولة إيجاد الحلول الواقعية

للقوائم المعروضة أمام القاضي بتفاصيل وخصوصية قد لا يتلاءم معها حكم القواعد الجامدة للقانون. وبما أن مبدأ حسن النية يؤدي إلى تسهيل عمل مؤسسة القضاء، فهذا يعني أن حسن النية يحقق وظيفة مؤسسية¹.

4. تركز على الأخلاقيات والآداب والالتزام بالصدق والصراحة والأمانة وحسن التصرف التي تولد الثقة والارتياح لسير المفاوضات

إذ ينشأ كذلك قاعدة عامة أساسية في حالة الالتزام المشكوك، كما أن إخلال أحد الأطراف بالالتزام بالتفاوض بحسن النية يكون مسؤول عمى ما يسببه من ضرر للطرف الآخر.²

ثانياً: جزاء الإخلال بالالتزام بمبدأ حسن النية

يقتضي الالتزام بالتفاوض بحسن النية الالتزام بالأمانة والامتناع عن الممارسات التدلسية والغش بكل أنواعه سواء في بداية المفاوضات أو خلالها، وعليه فإن إخلال أحد الأطراف المتفاوضة بالالتزام بمبدأ بحسن النية في مرحلة المفاوضات ينتج عن ذلك قيام المسؤولية المدنية ووفقاً للقواعد العامة حيث تقضي أحكام هذه المسؤولية إجبار الشخص الذي أخل بواجب التفاوض بحسن النية على تنفيذ التزامه عيناً إذا كان ذلك ممكن وغير مرهق، وإلا فعلى الطرف المتضرر اللجوء إلى إجبار الشخص الذي أخل بالتزامه التنفيذ عن طريق التعويض أي التنفيذ بمقابل.³

¹ راجي أمال، مرجع سابق، ص 53

² .ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 25

³ .ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع نفسه، ص 26

المطلب الثاني

الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية.

يعد مبدأ حسن النية هو أصل الالتزامات، فهو مبدأ عام، إلا أنه تتخلله مجموعة التزامات ثانوية و مكملة له، يستوجب على الطرفين احترامها¹، وهذه الالتزامات لا يمكن حصرها، ولهذا سنتطرق إليها كالتالي: الالتزام بالإعلام والتعاون (فرع أول) الالتزام بتقديم النصح والإرشاد (فرع ثاني) الالتزام بالاستمرارية وضمان السرية (فرع ثالث)

الفرع الأول

الالتزام بالإعلام والتعاون

أولاً: الالتزام بالإعلام

عرفه بعض الفقهاء بأنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معين، أو يحتتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالتزام بالإدلاء بالبيانات."²

أي الالتزام بالإعلام يقع على كل طرف اتجاه الآخر بإعلامه بمشتملات العقد المتفاوض عليه، وهذا إحلالاً للتكافؤ والتساوي بين الأطراف، وهو يمنع من الوقوع في غلط أو الادعاء بذلك، ومع كل هذا لا يجب إنكار التزام المتفاوض الآخر بالاستعلام فهو التزام يقع على كل طرف وهذا بسعيه وبذله جهد ليستعلم عن ظروف وملابسات كل عملية تفاوضية ، وفي حالة إحلال أحد الأطراف المتفاوضة بالتزامه بإعلام الطرف الآخر كأن يخفي إحدى البيانات المؤثرة في العقد أو حجب المعلومات اللازمة والضرورية لإنشائه أو تنفيذه فإن ذلك يعد إحلالاً بمبدأ حسن النية ، وعليه إذا شاب رضا أحد المتعاقدين عيوب كالغلط والتدليس يعد ذلك العقد باطلاً. فيقع على عاتق كل طرف تجاه الطرف الآخر الالتزام بالاستعلام، فيجب على كل منهم القيام بالإعلام والاستعلام.³ قانونية.

¹ - مونية ادونغوش، مرحلة ما قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 43

² - إيمان دلمة، صفاء بن ساحة، مرجع سابق، ص 32

³ - مونية ادونغوش، مرجع سابق، ص 45

ثانياً: الالتزام بالتعاون

هذه المرحلة قائمة على الأخذ والعطاء المتبادل حيث يتم فيها الأطراف بالتعاون فيما بينهم على تقريب وجهات النظر للوصول بنتيجة إيجابية، هذه العملية التبادلية القائمة على الحوار المتبادل يتم فيها الأطراف بتبادل العروض والمقترحات إذ يجب عليهم تقديم تنازلات من جانب كل واحد منهم وذلك بتعديل الشروط والمطالب التي جاء بها الطرف الآخر بغية تحقيق كل طرف لمصلحته الشخصية. ويظهر التعاون بين الأطراف في مرحلة المفاوضات من خلال الجدية واحترام مواعيد الجلسات والاجتماعات المبرمجة فيما بينهم، حيث يعد هذا الالتزام التزاماً أساسياً وجوهرياً يتوجب على كل متفاوض تسهيل مهمة الطرف الآخر بما يضمن الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية وحتمية إما بانعقاد العقد المتفاوض عليه أو غرض الأطراف عنه كلياً.¹

الفرع الثاني

الالتزام بتقديم النصح والإرشاد

يقصد بالنصيحة الرأي المصرح به لقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كما عرف بالرأي المعطى للشخص حول ما يقوم به. فهو التزام يقوم به أحد أطراف العلاقة العقدية بتقديم النصح للطرف الآخر بما يجب أن يقوم به هذا الأخير من أجل التوصل إلى الغاية والمهدف المنشود من هذه العلاقة. كما تفرض تلك الحالة على أن يكون أحد طرفي العقد الذي قد تفوق على الطرف الآخر في مجال العقد المراد إبرامه مسؤولية الإدلاء بالنصيحة، كما أن النصيحة لا تقتصر على الإعلام الموضوعي إنما تمتد الجانب الأكثر ملائمة للدائن وذلك من خلال توضيح مزايا وعيوب محل الالتزام.

وتتحلى أهمية هذا الالتزام في تبيان النتائج ومدى الملائمة في إبرام العقد من عدمه وتوجيه إرادة وقرار المتعاقد وإرشاده.² والالتزام بالنصح والإرشاد يقوم في حالة المفاوضات التي تقوم بين شخص عادي والطرف الآخر يكون مهني أو خبير، وعلى أساس هذا الفرق بين الطرفين فينتج على عاتق الشخص المهني التزام بنصح وإرشاد الطرف الآخر باعتباري (أي المهني) لديه خبرة بحكم عمله، في حين الطرف المقابل لا يمكنه التفطن لبعض النقاط وهذا لجهله ببعض الأمور المعينة، ويظهر هذا الالتزام خصوصاً في العقود الإلكترونية. يقوم الشخص المهني بإرشاد المتفاوض معه ونصحه خصوصاً إن كان محل التفاوض شيء مادي كآلة أو أدوات أو غيرها من الأشياء التي إن لم يرشد الطرف الآخر عن كيفية استعمالها قد يتسبب بضرر لذلك الشخص أو أن يلحق أيضاً ضرر للغير.³

¹. مونية ادرغوش، مرجع نفسه، ص 46

². سهيلة دحداح، ليلي رزقي، مرجع سابق، ص 42

³. مونية ادرغوش، مرجع سابق، ص 48

الفرع الثالث

الالتزام بالاستمرارية وضمنان السرية

أولاً: الالتزام بالاستمرارية

الاتفاق في مرحلة ما قبل التعاقد سواء كان صريحاً أو ضمناً لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي بالفعل، بل يظل كل متفاوض متمتعاً بكامل الحرية في التعاقد من عدمه، هذه تكون الحرية مطلقة. ولذا فإنه ينشأ التزام قانوني على عاتق طرفي المفاوضة بالاستمرار في التفاوض وهو التزام يفرض على كلا الطرفين بذل كل جهدهم لمواصلة التفاوض، فالالتزام بالاستمرار في التفاوض وضع لإيجاد توازن بين اعتبارين مختلفين، فالاعتبار الأول يتمثل في حماية الطرف الآخر من أن يجبر على عقد لا يريده، تحت تهديد الالتزام بالتعويض. كما أن هذا الالتزام مجرد التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، حيث يلتزم المتفاوض ببذل العناية اللازمة للاستمرار في التفاوض بهدف إنجاحه دون أن يلتزم بإبرام العقد النهائي فعبلاً، فهو ملزم بأن يواصل التفاوض مع الطرف الآخر بحسن نية فلا يقوم بقطع المفاوضات فجأة وبدون مبرر مشروع، فرفض الاستمرار في التفاوض في هذه الحالة يعني قطع المفاوضات و هذا ما يترتب عنه قيام المسؤولية عن قطع التفاوض بأسلوب يتعارض مع مقتضيات التعامل بحسن النية ولكن دون أن يكون للقاضي سلطة التدخل و إبرام العقد، و على ذلك فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض في هذه الحالة يكون التزاماً بوسيلة و ليس التزاماً بنتيجة.¹

ثانياً: الالتزام بضمنان السرية.

على غرار الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية نجد الالتزام بضمنان السرية، تبرز أهمية هذا الالتزام في العقود الدولية التي تتصرف بالتعقيد الفني والتكنولوجيا كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا. يعرفها بعض الفقهاء إلى اعتبار الالتزام بالسرية بأنه "عبارة عن معلومة ذات صفة شخصية أو موضوعية تقتضي مصلحة الشخص المعترف بها قانوناً أن يظل نطاق العلم بها محدوداً"، فيما عرفها البعض الآخر بأنها "معلومات، صيغ نماذج، برامج أسلوب، تقنية أو وسيلة بحيث يكون لكل ذلك قيمة اقتصادية مستقلة فعلية أو محتملة و أن يحاط بوسائل معقولة طبقاً للظروف للحفاظ على سرية و أن يكون غير متوفر للعامة"² حيث يلتزم فيه المتفاوض بالحفاظ على سرية المعلومات التي يطلع عليها خلال مرحلة ما قبل التعاقد والامتناع عن إفشاءها و استعمالها قبل إبرام العقد النهائي. قد نصت المادة الثانية البند 16 من مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية، التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994 بقولها: "أن يلتزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف

¹. أمال راجي، مرجع سابق، ص 58، 57.

². - أمال راجي، مرجع نفسه، ص 66.

الآخر وسواء أبرم العقد أو لم يبرم، بعدم إفشائها أو استخدامها بغير حق، لأغراض شخصية. ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضاً، يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر". وعليه المقصود بضمان السرية هو الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، فإنه يتكون من شقين وهما:

- امتناع المتفاوض عن إفشاء هذه السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء أو بعد فشل التفاوض.

- الامتناع عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها.

ومنه نستخلص أن الالتزام بضمان السرية هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يكفي أن يبذل المتفاوض قصار جهده ليمتنع من إفشاء الأسرار أو استغلالها، إنما يجب عليه أن يمتنع عن ذلك والا قامت مسؤوليته.¹

خاتمة الفصل:

نستخلص من هذا الفصل أن مرحلة ما قبل التعاقد أو كما تدعى بمرحلة المفاوضات لها أهمية كبيرة ودور فعال وبناء في تكوين العقد المراد إبرامه، لأن فيها يتعاون الأطراف لتوضيح وجهات النظر المختلفة وتقريبها و ذلك من خلال تبادل العروض والاقتراحات من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، يستتبع هذه المرحلة اتفاقات تمهيدية وكذلك عقود تمهيدية تكون ضرورية في هذه المرحلة خصوصاً إذا كانت بشأن عقود ضخمة مليئة بالتعقيد، وتقوم على مبادئ أساسية تمثل في مبدأ الحرية التعاقدية و مبدأ حسن النية، كما تعد من أخطر مراحل العقد، فكلما تمكن الأطراف من التفاوض بشأن العقد، يترتب على ذلك توازنه، إذن فهي علاقة تأثير وتأثر، لذلك فهي تلقي التزامات على عاتق الأطراف.

¹. إيمان دلة، صفاء بن ساحة، مرجع سابق، ص 34

الفصل الثاني

الفصل الثاني

آثار المسؤولية الناشئة خلال مرحلة ما قبل التعاقد

تلعب مرحلة ما قبل التعاقد أهمية بالغة لما لها من تأثير كبير على مستقبل العقد، إذ أصبحت محل اهتمام الفقهاء، حيث حاول الفقه و القضاء تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة خلال مرحلة المفاوضات بحيث لا يفلت الأطراف المتفاوضة من المسؤولية في حالة النزاع فنجد أن الفقهاء فرق بين صورتين من المفاوضات منها مفاوضات لا يحكمها أي اتفاق أو عقد بشأنها وأخرى مصحوبة باتفاقات وعقود تمهيدية وعليه الاتجاهات الفقهية اختلفت في تحديد طبيعة هذه المسؤولية حيث اعتبر اتجاه بأن هذه المسؤولية هي عقدية لارتباط الأطراف بعلاقة تعاقدية ينظمها اتفاق أو عقد تفاوض والاتجاه الآخر يعتبرها مسؤولية تقصيرية كونها ال تتعدى الفعل الضار لعدم وجود رابطة عقدية في خلال هذه المرحلة، ويرجع هذا الاختلاف لغياب قواعد قانونية خاصة تنظم مرحلة ما قبل التعاقد لذلك وجب علينا إسقاط القواعد العامة للمسؤولية المدنية والعمل بما يتوافق مع خصوصيات هذه المرحلة، ولمعرفة المسؤولية الناشئة عن مرحلة ما قبل التعاقد يجب أن نتناول شروط قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد (المبحث الأول) والآثار القانونية الناجمة عن المسؤولية المدنية خلال هذه المرحلة (المبحث الثاني)

المبحث الأول

المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد

المسؤولية لغة: التبعة، ومنه تحمل التبعة، وهو اصطلاح قانوني حديث يقابله عند فقهاء الاسلام "الضمان" ويعني أن الشخص الضامن هو المتحمل لغرم الهلاك أو النقصان أو التعيب إذا طرأ على الشيء..
وبقصد بالمسؤولية اصطلاحاً: تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادر عنه أو عمن يتولى رقبته والإشراف عليه، كما تعني المؤاخذة عن الأخطاء التي تضر بالغير، وذلك بإلزام المخطئ بأداء التعويض للطرف المضرور وفقاً للطريقة والحجم اللذين يحددهما القانون¹.
فالمسؤولية المدنية تعرف بأنها: "الالتزام بتعويض الضرر الذي يسببه إخلال المدين بالتزامه" ومضمونها هو التزام التزم المسؤول بتعويض الاضرار التي تلحق بالغير، فهي مسؤولية قانونية لأنها ترتب أثراً محدداً هو الالتزام بالتعويض، الذي يكفل تنفيذه بالجزاء القانوني، إذ تهدف المسؤولية المدنية إلى رفع الضرر الذي يلحق بالغير، وذلك عن طريق إزالته أو إصلاحه أو منح مبلغاً من النقود تعويضاً عنه.¹

¹ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط3، كلية الحقوق، أكادال، الرباط، دار الأمان، سنة 2011، ص 9

والمسؤولية المدنية تتضمن صورتين جزئيتين وهما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. هذا ما سنتطرق اليه في دراسة هذا المبحث، إذ سنتناول المسؤولية العقدية في (المطلب الأول)، فيما سنتناول المسؤولية التقصيرية في (المطلب الثاني).²

المطلب الأول

المسؤولية العقدية في مرحلة ما قبل التعاقد

إن القوة الملزمة للعقد تقتضي قيام أطرافه بتنفيذ ما يقع على عاتقهم من التزامات، فإن عدل أي منهما عن الوفاء بالتزاماته أو تأخر في هذا الوفاء، كان مسؤولاً عن ذلك مسؤولية عقدية. فإذا تخلف أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته وانسحب من المفاوضات دون سبب، مما أحدث ضرراً للطرف الآخر فإنه في هذه الحالة يعتبر مخلاً بالتزامات المترتبة عليه ويجب مساءلته على أساس قواعد المسؤولية العقدية. وللإلمام أكثر بأحكام المسؤولية العقدية سنحاول التعرف على مفهومها في (الفرع الأول) والشروط التي تقوم عليها المسؤولية العقدية (الفرع الثاني) ثم الأركان التي تقوم عليها (الفرع الثالث).³

الفرع الأول:

مفهوم المسؤولية العقدية

يقصد بالمسؤولية العقدية ذلك الجزاء المترتب عن الإخلال بالتزام تعاقدي، فلما كان العقد شريعة المتعاقدين يفرض قوته الملزمة بين أطرافه، فإنه كان لازماً احترام مضمون هذه العلاقة، وأي إخلال إلا ويستوجب تحميل المسؤولية للطرف الذي تسبب في حصول هذا الإخلال.⁴

فالقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تفرض بقاء المتعاقدين في دائرة القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالالتزام الناشئ عنه ممكناً يكون لأحدهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية، فلا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض تعويضاً عنه، كما لا يجوز للدائن أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكناً، إلى اقتضاء التعويض. أما إذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني للالتزام، وكان هذا التنفيذ غير ممكن، أو كان ممكناً ولكن الدائن طلب التعويض ولم يتمسك المدين بالتنفيذ العيني،

¹ عبد القادر قرموش، المسؤولية المدنية، لطلبة السداسي الثالث، مسلك القانون، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، السنة 2020/ 2021، ص 11.

² إيمان دلمة، صفاء بن ساحة، مرجع سابق، ص 38.

³ عبد القادر قرموش، المسؤولية المدنية، ص 28.

⁴ عبد القادر قرموش، المسؤولية المدنية، ص 17.

فإنه في هذه الحالة تقوم المسؤولية العقدية، فيكون المدين، مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم وفائه بالتزامات الناشئة عن العقد، ويلتزم بتعويضها.¹

كما يقصد بها بأنها جزء الإخلال بالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو تأخر فيها، و هذه المسؤولية لا تقوم إلا عند استحالة التنفيذ العيني، و لم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد فيما يكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عن العقد كما يتعين بقاء المتعاقدين في إطار القوة الملزمة للعقد ما بقي التنفيذ العيني بالتزام الناشئ عنه ممكناً، بحيث لا يكون لأيهما المطالبة بالجزاء الذي فرضه القانون لهذه القوة الملزمة بأعمال المسؤولية العقدية إلا إذا استحال تنفيذ هذا الالتزام نهائياً و بصفة مطلقة، كون أن العقد شريعة المتعاقدين حسب المادة 106 ق م ج التي تنص على أنه لا يجوز للدائن أن يعدل عن التنفيذ العيني متى كان ممكناً إلى اقتضاء التعويض كما لا يجوز للمدين أن يمتنع عن التنفيذ العيني ليعرض التعويض عنه، كون أن المسؤولية العقدية في حقيقتها هي جزء إخلال أحد المتعاقدين بالتزام ناشئ عن العقد الذي أبرمه ولا صلة لها بالتنفيذ العيني للالتزام.

الفرع الثاني:

شروط قيام المسؤولية العقدية

تتطلب لقيام المسؤولية العقدية عدة الشروط فهناك من الفقهاء من أدرج نطاق المسؤولية في ثلاث شروط ألا وهي وجود عقد صحيح (أولاً) والإخلال بالتزام عقدي (ثانياً)، قيام المسؤولية العقدية في إطار عقدي (ثالثاً).

أولاً: وجود عقد صحيح

لا مجال لإنشاء المسؤولية العقدية إلا بوجود عقد بين الأطراف وأن يكون هذا العقد صحيحاً، أما إذا لم ينشأ العقد بعد كأن يتضرر أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات فلا مجال لقيام المسؤولية العقدية ولا تطبق هذه المسؤولية إذا كان العقد منعماً أصال بين المسؤول والمضروب، كأن يقدم أحدهما خدمة للثاني من باب الإحسان أو المجاملة مثل ما هو الأمر في النقل المجاني. ويرى د/ حسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو أنه لا يمكن وضع قاعدة جامدة في كل حالات هذا النقل إنما نستطيع تقديم معيار هو " البحث عن نية الطرفين " فإذا اتضح من الظروف والملابسات أن نية الطرفين انصرفت إلى خلق التزامات بينهما فلا شك أننا نكون هنا أمام عقد نقل وأن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذا الالتزام هي مسؤولية عقدية والا كانت المسؤولية تقصيرية.

¹. عبد القادر قرموش، المسؤولية المدنية، ص 28

ثانيا: إخلال بالتزام عقدي

يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتجا مباشرة عن إخلال المسؤول بالتزاماته العقدية، ونذكر في هذا الشأن أن هذه الالتزامات هي وضع وتحديد المتعاقدين غير أنه بمقتضى الفقرة 2 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري " ... لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام". فعلى المضرور إذن بأن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بالالتزامات التي تضمنها العقد صراحة وكذلك التي تدخل في دائرة التعاقد لكونها من مستلزمات العقد في ضوء الأحكام القانونية والعرفية وكذا العدالة وطبيعة المعاملة، مثلا مسؤولية رب العمل عن ضمان سلامة العامل مسؤولية عقدية كون قوانين العمل تنص على هذا الضمان، كذلك عقد التعليم فإلى جانب سلامته خاصة إذا كان التلميذ داخلي ومسؤوليتها في ذلك هي مسؤولية عقدية.

ثالثا: قيام المسؤولية في إطار عقدي

لقيام المسؤولية يجب أن تكون في إطار العلاقة العقدية معناه أن يكون المتعاقد المدين أو الغير إذا كان تابعا له هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام هو الذي أحل بالالتزامات التي تحملها بموجب العقد من جهة، و أن يكون المتضرر هو المتعاقد معه أي الدائن من جهة ثانية و يستند هذا الشرط إلى مبدأ نسبية آثار العقد، و مفادها أن آثار العقد تقتصر على طرفيه فلا تكتسب الغير حقا و لا تحمله واجبا و يجوز للمستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير سواء أكان صريحا أو ضمنيا أن يطالب المتعهد بمسؤولية عقدية إذا امتنع أو تأخر عن تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها، كما يستطيع المستفيد من الدعوى المباشرة أن يدفع هو كذلك بالمسؤولية العقدية، مثلا عقد نقل الأشخاص اشترطوا ضمنيا لفائدة بعض أقارب المسافرين مما يمكنهم من المطالبة بالمسؤولية العقدية.

فإذا تخلف أحد الشروط الثلاث فلا مجال لتطبيق المسؤولية العقدية بل تكون العبرة بالمسؤولية التقصيرية، إذ تعد هذه الأخيرة بمثابة الشريعة العامة التي يعتد بها.

الفرع الثالث

أركان المسؤولية العقدية

لقيام المسؤولية العقدية، لابد من توافر عناصرها الأساسية المتمثلة في كل من الخطأ العقدي الذي يصدر عن المدين المسؤول (أولاً)، ثم الضرر العقدي الذي يلحق بالدائن المضرور (ثانياً)، وأخيراً علاقة سببية تربط بين كل من الضرر والخطأ العقدي (ثالثاً).

أولاً: الخطأ العقدي

تنشئ التزامات على عاتق المتعاقدين خلال مرحلة المفاوضات إذ يلتزم كل منهما بمناقشة شروط العقد المراد إبرامه للتوصل إلى اتفاق نهائي، كما يلتزم بالجدية والتعاون أثناء التفاوض، أما إذا لم يلتزم أحدهم بتنفيذ التزامه المحدد تترتب عليه مسؤولية عقدية، وعليه سنتطرق لدراسة مفهوم الخطأ العقدي (كعنصر أول) وأنواع وصور الخطأ العقدي في مرحلة ما قبل التعاقد. (كعنصر ثاني)، وكذا إبراز على من يقع عبء إثبات الخطأ العقدي (كعنصر ثاني).

1. مفهوم الخطأ العقدي:

عرف الفقهاء الخطأ العقدي بأنه "عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى أو التأخير في تنفيذه، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه عن عمد أو إهمال من المدين".¹

واستناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي تفرض بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبمحسن النية، فإنه إذا امتنع المدين من الوفاء بالتزاماته أو تأخر في هذا الوفاء يعتبر مخطئاً، يجب عليه تعويض الدائن المضرور عن كل ما لحقه من أضرار بسبب هذا الإحلال بتنفيذ التزامات العقد، وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين. إن الخطأ العقدي يمكن أن يتحقق في حالة عدم وفاء المدين بالتزاماته، سواء أكان عدم الوفاء منصب على كامل محل الالتزام أو على بعضه، أو التأخر في هذا الوفاء، سواء أكان هذا التأخر يشمل كامل محل الالتزام أو بعضه، وسواء أكان هذا الالتزام مما يتضمنه العقد، أو مما تفتضيه طبيعته، أو كان يوجبه القانون. وذلك ولو لم يكن هنالك أي سوء نية من جانب المدين، ومنه يتبين أن القاعدة العامة في المسؤولية العقدية هي أنها تتأسس على الخطأ، وهو الشرط الأول في استحقاق التعويض.²

¹ مونية ادرمونش، المرجع السابق، ص 55

² عبد القادر قرموش، المسؤولية المدنية، ص 31

2. صور الخطأ العقدي في مرحلة ما قبل التعاقد: تتمثل صور الخطأ العقدي في رفض الدخول في التفاوض لأبرام العقد النهائي، قطع المفاوضات بسبب غير مشروع وعدم الحفاظ على سرية المفاوضات.

أ) رفض الدخول في التفاوض لإبرام العقد النهائي:

الالتزام بالتفاوض هو التزام ناتج عن تفاوض طرفي العقد خلال مرحلة المفاوضات، فهو ارتباط لا يستطيع أحدهما إنقاذه منه أو تعديل الرابطة العقدية إلا بموافقة الطرف الآخر استناداً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نصت عليها المادة 106 من ق م ج¹، إذ يتفقا الطرفان صراحة أو ضمناً على أن يتفاوضا على عملية أو صفقة في المستقبل، فينشأ عن اتفاقهما التزام منهما أو أحدهما بالدخول فعلاً في التفاوض في الموعد المحدد أو في أجل معقول، فإن أحل أحد الطرفين الدخول في التفاوض، أو تأخر في هذا الدخول اعتبر مخالفاً بالتزامه العقدي بالتفاوض و من تنشأ مسؤوليته العقدية. و يرى بعض الفقهاء أن مجرد الامتناع عن البدء في التفاوض يعد خطأ عقدياً، وذلك لأن الالتزام بالدخول في التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية.²

ب) قطع المفاوضات بسبب غير مشروع

يعتبر قطع المفاوضات دون سبب مشروع من أكثر الأسباب التي تؤدي إلى فشل المفاوضات ويعد الخطأ فيها أكثر شيوعاً ووقوعاً في الحياة العملية، وتعد هذه الصورة إخلالاً واضحاً بالتزام التفاوض بحسن النية ومنه فقطع المفاوضات هو قيام أحد الأطراف المتفاوضة على العقد بوضع حد للمفاوضات الجارية سواء تم ذلك بعلم من الطرف الآخر أو بدون علمه، كأن يكون القطع فجأة بمعنى أن قطع المفاوضات يتم بقرار أحادي الجانب يقرر فيه أحد طرفي المفاوضة إنهاء عملية التفاوض.³

ت) عدم الحفاظ على سرية المفاوضات

إن الالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية التي حصل عليها المتفاوض أثناء مرحلة المفاوضة هو من الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق الطرفين، كما تم توضيحه سابقاً، ولهذا يعد الإخلال بالتزام سرية المفاوضات خطأ عقدي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.⁴

3. عبء إثبات الخطأ العقدي

¹ أنظر المادة 106 من القانون المدني.

² لبنى حمزة، ماجدة بلحواس، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود، ص 64

³ ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 42

⁴ إيمان دلة، صفاء بن ساحة، مرجع سابق، ص 42

القواعد العامة فالأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين، والمدين هو المكلف بإثبات الخطأ والتخلص منه،¹ وبناء على ذلك فيتعين على الدائن إثبات الالتزام العقدي وتحديد مضمونه فإذا أثبت عدم التنفيذ أو التأخير فيه، يكون قد أثبت الخطأ العقدي، وبناء على ما سبق يقع إثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات على الطرف المضرور ألا وهو المدعي، وذلك وفقاً للقاعدة العامة التي تقول البينة على من ادعى لذلك يستوجب على الطرف المضرور أو المدعي في دعوى المسؤولية العقدية أن يثبت أولاً وجود الالتزام ثم يثبت عدم تنفيذ الالتزام.²

ثانياً: الضرر العقدي

الضرر هو الركن الثاني لقيام المسؤولية العقدية، بل المسؤولية المدنية عموماً، المادة 176 ق.م، فالضرر هو "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم يكن." فالخطأ لا يؤخذ بعين الاعتبار، إلا بالنظر لما ينجم عنه من ضرر، والضرر في مرحلة المفاوضات، إما أن يكون مادياً، أو أن يكون معنوياً (أديبياً)، فالضرر من الناحية المادية فيتمثل في كل ما قد ستكبدته من نفقات انتقال أو إعداد للتفاوض من دراسات واستشارات قانونية، ويدخل فيها ما يتكبدته لإعداد مكان التفاوض كما قد يتمثل الضرر في مقابل الوقت الذي أضاعه في المفاوضات بدون جدوى، فحين نجد أن الضرر الأدبي (المعنوي) يتمثل في كل ما يمس المتفاوض المضرور في سمعته أو اعتباره، كأن يؤدي إلى الإساءة إلى السمعة التجارية لهذا المتفاوض، والنيل من مصداقيته وإثارة الشكوك حول قدرته المهنية.³

وعليه فوفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، يشترط في الضرر سواءً أكان ضرراً مادياً أو معنوياً، أن يكون شخصياً، ومباشراً، ومحققاً ومتوقفاً حتى يتم التعويض عليه، وتمثل هذه الشروط في:

■ **الضرر شخصياً:** أي أن يصيب شخص الدائن في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، بمعنى أنه لا يحق لغير المتعاقد أي الأجنبي عن العقد أن يطالب باستحقاق التعويض عن الضرر الذي لم يصبه شخصياً وإنما أصاب الشخص المتعاقد، إلا إذا كان لهذه المطالبة سبباً قانونياً آخر، كما في حالة الخلف العام حيث يحق للورثة المطالبة بالتعويض الذي لحق مورثهم ولو لم يكونوا طرفاً في العقد، أو كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يحق مثلاً للمتنتفع بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت المشتراط إذا تضمن بند الاشتراط حق المتنتفع باستحقاق هذا التعويض مباشرة من المتعهد. بمعنى أن شرط شخصية الضرر لا يطابق شخصية استحقاق

¹ - جعفر آيت سليمان، مرجع سابق، ص 34

² - إيمان دلمة، صفاء بن ساحة، مرجع نفسه، ص 42

³ - مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص 71

التعويض، فشرط شخصية الضرر يتقيد بصفة الدائن، أما شخصية التعويض فهي مبدئياً الدائن المضرور، وقد يكون غيره إذا ثبت لنقل هذا التعويض إليه سببه القانوني.

■ **الضرر المباشر:** يقصد بالضرر المباشر ذلك الضرر الذي ينجم مباشرة عن الخطأ العقدي، أي عدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية للخطأ العقدي إذا لم يكن باستطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول، وهذا الجهد المعقول يقصد به الجهد الذي يبذله الشخص العادي في تنفيذ التزاماته. ولذلك، فالضرر المباشر هو النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه، وكما يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة المتفاوض أن يتوقاه ببذل جهد معقول المادة 1/182 ق.م¹.

■ **الضرر المحقق:** ويكون الضرر محققاً إذا وقع حالاً أي وقع فعلاً، مثل النفقات التي تحملها المتفاوض المضرور فعلاً، أو أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي يقع في المستقبل كالتأثير في سمعة المتفاوض في المستقبل. أما إذا كان الضرر محتملاً، أي لم يقع بعد ولم يكن محقق الوقوع في المستقبل، فلا يمكن تعويضه، لأنه مشكوك فيه، وعلى هذا الأساس، فإن المتفاوض المضرور من قطع المفاوضات، لا يمكنه الحصول على تعويض عما فاتته من الربح الذي كان سيحنيه من تنفيذ العقد.

■ **الضرر المتوقع:** هو الضرر الذي يتوقع حصوله وقت البدء في المفاوضات، وهذا الشرط لا يكون إلا في المسؤولية العقدية وحدها. فالتعويض في المسؤولية التقصيرية، يكون للضرر المباشر، سواء كان متوقع أو غير متوقع، أما التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع فقط، ومن أمثلة الضرر غير المتوقع في مرحلة التفاوض، أن يكون المتفاوض المضرور قد قام بإجراء دراسات تمهيدية باهظة التكلفة، بصورة لا تتماشى مع حجم المشروع المتفاوض عليه، ففي هذه الحالة، لا يلتزم المتفاوض المسؤول، إلا بالنفقات المعقولة التي تخصص عادة لدراسة مثل هذا النوع من المشروعات، وما زاد على ذلك فهو ضرر غير متوقع، فلا يلتزم تعويضه.

ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق المتفاوض المضرور، لأنه هو الذي يدعي الضرر، ويتم إثباته بكافة وسائل الإثبات لأنه واقعة مادية.²

¹. عبد القادر قرموش، مرجع سابق، ص 43

² - مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص 71

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية العقدية

يعتبر توافر علاقة السببية بين الخطأ الذي يرتكبه المدين والضرر الذي يلحق الدائن ركناً جوهرياً لقيام مسؤولية المدين العقدية، فلا يكفي أن يقع الخطأ من المدين، وأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب الطبيعي في حدوث هذا الضرر، وأن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية للخطأ العقدي، وهذا هو معنى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به... الخ، والجدير بالذكر فإن الضرر الموجب للتعويض هو كل ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب متى كان ناتجاً مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام، لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه شيء عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو مَطْل الدائن. وفيما يتعلق بإثبات هذه العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر، فمن المستقر عليه فقهاً وتشريعاً، وقضاءً أن الدائن ملزم بإثبات العلاقة السببية بين خطأ المدين والضرر الذي لحق به، وهذا أمر ليس بالعسير، خصوصاً أن الدليل على وجود هذه العلاقة من أمور الواقع التي يمكن إثبات بكل وسائل الإثبات، ذلك أن إثبات الخطأ والضرر يكفي لافتراض العلاقة السببية بينهما وذلك طبقاً للقواعد العامة في عبء الإثبات ومحل الإثبات.¹

إن تحديد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو أمر بالغ التعقيد، ذلك لاعتبارات عدة وهي: إذا ما أدت عدة أسباب إلى حدوث ضرر، إذا أدى سبب واحد إلى عدة أضرار.

- **في حالة تعدد الأسباب:** يحدث في غالب الأحيان أن يكون الضرر ناتجاً عن عدة وقائع أو أسباب تشترك في حدوثه وهنا يثور الإشكال أي سبب من هذه الأسباب يمكن إسناد الضرر إليه أم يكون لجميعها. من خلال الأبحاث عن هذا الإشكال ظهرت عدة نظريات أهمها:

- ✓ **نظرية تكافؤ الفرص:** تقوم هذه النظرية على أساس الأخذ بجميع الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر بمعنى أن كل سبب يتم الأخذ به حتى لو كان بعيداً بحيث لولا وجوده ما وقع الضرر ويعتبر سبباً متكافئاً مع غيره في حدوث الضرر.
- ✓ **نظرية السبب المنتج:** يقوم أصحاب هذا الاتجاه على الأخذ بالسبب الفعال الذي لعب دوراً أساسياً في إحداث الضرر وإهمال الأسباب الباقية.

¹ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، المرجع السابق، ص 47

✓ نظرية الأثر الذي يترتب على تعدد الأسباب التي أحدثت الضرر: وتذهب هذه النظرية إلى القول بأنه متى ما ساهمت عدة أسباب في إنتاج الضرر وقامت الرابطة السببية بين الضرر الذي وقع وبين تلك الأسباب فإنه يجب الاعتماد على كل سبب منها والأخذ بها جميعاً.

- **في حالة تعدد الأضرار:** تسلسل الأضرار أو تعاقبها تنتج عندما يؤدي الفعل الخاطئ ضرر لشخص ما ثم يؤدي هذا الضرر إلى ضرر ثان فيصيب به شخص ثاني ويقضي هذا الضرر الثاني إلى إصابة شخص ثالث أي حدوث عدة أضرار نتيجة نفس خطأ.
- **عبء إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:** يتعين على عاتق المدعى بالتعويض الذي عليه أن يثبت أن الفعل الخاطئ الذي قام به المتفاوض هو الذي أحدث له ضرر، وعلى محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر هذه الرابطة فإنه إذا كانت الوقائع تدخل تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع فإن استخلاص توافر العلاقة السببية أو عدم توافرها تكون من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا، يمكن للمدعي عليه أن يدفع هذه المسؤولية عنه بنفي العلاقة السببية أصلاً بين الخطأ و الضرر وإذا لم يكن له ارتباط لا بالفعل ولا بالنتيجة الضارين فله أن يثبت براءته بتقديم الدليل على أن الضرر كان بفعل أجني لا يد فيه.

وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 127 من ق م" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". ومقصود هذه المادة أنه في حالة إذا أثبت المدعى عليه بأن الضرر قد نجم عن سبب أجني (قوة قاهرة، حادث مفاجئ...). فإنه قد يعفى من التعويض.¹

¹. إيمان دلة، صفاء بن ساحة، المرجع السابق، ص 48

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل التعاقد

الأصل في تصرفات الإنسان أنها تنبني على الحرية في التصرف، لكن هذه الأخيرة تصطدم بحاجز منيع وهو عدم الإضرار بالغير، وبالتالي فتتقيد بحدود قد ترجع إلى مبادئ الأخلاق، وقد يفرضها القانون، وبمجرد تجاوز هذه الحدود سواء أكانت أخلاقية أم قانونية، فإن الشخص يتحمل تبعه ذلك، ويكون مسؤولاً عن نتائج تجاوزه، إذ أن القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، يقع على عاتق المضرور إثباته، وللإلمام أكثر بأحكام المسؤولية التقصيرية سنعالج مفهومها في (الفرع الأول) والشروط التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية (الفرع الثاني) ثم الأركان التي تقوم عليها (الفرع الثالث)¹

الفرع الأول

مفهوم المسؤولية التقصيرية

المسؤولية التقصيرية فهي تنشأ عن الإخلال بالتزامات قانونية سواء أكان منصوص عليها في فصول قانونية أو مستلقات من مبادئ التعايش الاجتماعي كمبدأ حسن النية، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق. إذ نص المشرع الجزائري على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". إذ يكون مصدر المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزامات قانونية، فلا يشترط في المسؤولية التقصيرية أن يكون كامل الأهلية بل يكفي أن يكون متمتعاً بأهلية التمييز. هذا ما نصت عليه المادة 125 فقرة 1 من ق م ج: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزاً".²

الفرع الثاني

شروط قيام المسؤولية التقصيرية

المسؤولية التقصيرية هي الضابط لمرحلة ما قبل التعاقد، فإذا ثبت قيام أحد الأطراف بفعل لا يتسق مع ما يفرضه حسن النية من التزامات، من قبيل العدول المفاجئ وغير المبرر من المفاوضات أو تقديم مقترحات غير جدية لا ينفع منها ولا طائل، أو إفشاء الأسرار تتعلق بالحل المتفاوض عليه مثلاً، فإن ذلك كله يشكل خطأ (خطأً تقصيري)، فإذا تسبب هذا الخطأ بضرر ما للطرف الآخر، ولم يتمكن

¹ عبد القادر قرموش، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 28

² عبد القادر قرموش، المسؤولية المدنية، مرجع نفسه، ص 18

الطرف المسؤول عن الخطأ من نفي العلاقة السببية بين خطئه وبين الضرر، على اعتبار أن العلاقة السببية مفترضة بين الخطأ والضرر، فإن المسؤولية التقصيرية تتحقق على عاتق الطرف المسؤول عن الخطأ ويكون ملزماً بالتعويض على الضرر الذي ألحقه بالمتفاوض الآخر. وعلى هذا الأساس و وفقاً للقواعد العامة فإن شروط قيام المسؤولية التقصيرية هي كل من الخطأ (الخطأ التقصيري) و الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر¹، المفاوضات ترتب على عاتق أطرافها التزامات متبادلة، يتعين احترامها ويقع المخالف لها تحت طائلة تحمل تبعه المسؤولية المدنية وأياً ما كان نوع هذه المسؤولية فإن قيامها لا يتحقق إلا إذا اكتملت عناصرها الأساسية المتمثلة في الخطأ التقصيري (أولاً) ، (ثانياً) الضرر، (ثالثاً) العلاقة السببية.

أولاً: الخطأ التقصيري.

بعد تعديل القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 بالمادة 124 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض." فمن نص المادة يتبين أن لقيام المسؤولية يجب توفر ركن الخطأ، سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الخطأ التقصيري وكذا إبراز أهم صورتين للخطأ التقصيري والتي تتمثل في مفاوضات التحسس ومفاوضات الإعاقة والعرقلة، وكذا إبراز على من يقع عبء إثبات الخطأ التقصيري وذلك كالتالي:

1. تعريف الخطأ التقصيري

على غرار التشريعات المقارنة فالمرجع الجزائري لم يحدد تعريف الخطأ وذلك لما يتضمنه من صعوبة، وإنما ترك المجال مفتوحاً لاجتهاد الفقه والقضاء، وعليه فالرأي الراجح لتعريف الخطأ: "هو انحراف الشخص في سلوكه عن سلوك الشخص العادي الموجود في نفس الظروف الخارجية مع إدراكه بهذا الانحراف"².

ويقصد بالخطأ بشكل عام الإخلال بواجب قانوني صادر عن شخص مميز، أو بعبارة أخرى هو الإخلال بالالتزام القانوني الذي يفرض على كل شخص عدم الإضرار بالغير، وهذا الالتزام هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وبالتالي إذا انحرف عن هذا السلوك اعتبر مخطئاً واستلزم ذلك قيام مسؤوليته. ويتكون من ركنين أحدهما مادي يتمثل في انحراف في السلوك أي ينحرف الشخص عن السلوك الواجب اتباعه والآخر معنوي يتمثل في الإدراك، على هذا الأساس يقاس الخطأ التقصيري للمتفاوض بمعياري موضوعي فيتم مقارنة سلوك المتفاوض العادي من بين أوسط الناس، ليس بالمتفاوض شديد الحرص ولا بالمتفاوض المهمل وإنما يأخذ بالمتفاوض الوسط بين هذا وذلك،

¹. مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، مرجع سابق، ص 74

². مونية إدغموش، المرجع نفسه، ص 53

يتمثل الخطأ التقصيري في انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف كما أن يستخدم طرف الغش والاحتيال أو أن يتعمد الإضرار بالطرف الآخر أي أن يتصرف بسوء النية، يعرف كذلك بأنه عيب في الإرادة للفاعل فيفترض أن هناك إهمالا متعمدا لليقظة الواجب توفرها لدى الإنسان الحريص.

2. صور الخطأ التقصيري.

للخطأ التقصيري صور عديدة، خاصة تلك التي يمكن أن يقرّفها المتفاوض في مرحلة التفاوض على العقد، وعلى هذا الأساس سنذكر الصور الأكثر تداولاً في الحياة العملية، وهي:

- **مفاوضات التجسس:** ويقصد بها المفاوضات التي يذوّها المتفاوض، دون أن تكون له نية حقيقية في إبرام العقد، إنما يهدف من ورائها إلى معرفة بعض المعلومات والتجسس عن الشخص الذي يتفاوض معه، ولا شك أن هذا يعتبر من قبيل الغش الذي يقيم المسؤولية التقصيرية.

- **مفاوضات الإعاقة:** ويقصد بها الدخول في المفاوضات بهدف شغل الطرف الآخر، وعرقلة واعاقته وتعطيله، عن إتمام صفقة أخرى، كان على وشك إتمامها مع الغير، وذلك لتحقيق مصلحة شخصية سواء له أو لغيره. ومن بين الأهداف الذي يسعى إليها المتفاوض الذي يعرقل أو يقوم بإعاقة هذه الصفقة على المتفاوض الآخر، هي أن تكون لديه رغبة بأن يظفر بها هو، خاصة إذا كان الطرف الآخر منافساً قوياً له ويرغب في حرمانه من هذه الصفقة المربحة حتى تسوء حالته المالية ويهتز مركزه في السوق، أو قد يكون هذا المتفاوض محرض من طرف شخص آخر يعتبر منافساً للمتفاوض الآخر ويكون هدفه هو تحطيمه اقتصادياً، وعليه أياً كان هدف من هذه المفاوضات، فإن خطأ يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية.

- **رشوة المتفاوض الآخر وإفساده:** يقصد بها أن يقوم المتفاوض الراشي بتقديم الرشوة إلى المتفاوض المرتشي الذي ينوب عن المتعاقد الآخر في التفاوض، بهدف إفساده أو الحصول من ورائه على منافع لا يستحقها، وهذا يعتبر غش يقيم المسؤولية التقصيرية اتجاه الطرف الآخر الأصلي في العقد.

- **التفاوض على ملك الغير:** إذا كان مقرر قانوناً أن التصرف في ملك الغير لا يجوز، فيؤذي ذلك بالضرورة إلى عدم التفاوض على ملك الغير بهدف التصرف فيه، وعليه فإذا قام شخص بالدخول في مفاوضات، من أجل التصرف في مال معين، بالبيع أو بالإيجار أو بالدخول فيه كحصة في شركة... فإنه بذلك يكون قد ارتكب خطأ يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية، حتى وإن كان مقدر لهذا التفاوض بالنجاح وإبرام العقد النهائي، فإن المتفاوض على ملك الغير يلتزم بالتعويض حتى ولو كان حسن النية وذلك بأن كان يعتقد أنه

هو المالك، أي كان يجهل أن المال المتفاوض عليه غير مملوك له ونفس شيء بالنسبة للطرف الآخر أي كان يجهل بأن المتفاوض معه ليس مالك للمال طبقاً للمادة 399 ق.م. "إذ أ بطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية.

أي أن التصرف في الشيء، دون أن يكون مالكا له يعتبر خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية، حتى وإن كان حسن النية. إذ أن القضاء الفرنسي يعتبر تعامل ملك الغير في مرحلة المفاوضات، خطأ تقصيري، حتى ولو انتفى قصد الأضرار، لكون المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 1382 و 1383 من ق.م.ف يمكن الأخذ بها حتى في غياب نية الإضرار بالمتفاوض الآخر.

● **السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد:** إن الالتزام بإدلاء البيانات والتبصير، يفرض على المتفاوض عدم الإخفاء، وكذا عدم السكوت عن كل واقعة مؤثرة، تلعب دورا حاسما في قبول الطرف الآخر للتعاقد، وعليه إذا تما السكوت يعتبر من قبيل الغش والتدليس المنصوص عليه في المادة 86 من ق.م.ج وتقابلهما المادة 2/125 من ق.م.و وعليه فإن هذا الكتمان يعد بلا شك خطأ تقصيريا يترتب عنه الالتزام بالتعويض.

● **التشهير بالمتفاوض الآخر:** قد يخول لأحد المتفاوضين بعد فشل المفاوضات التشهير بالمتفاوض الآخر والإساءة إلى سمعته وذلك حتى ينال منه، كأن يشيع بين الناس أنه رفض التعاقد معه، لأنه قد اكتشف في مرحلة التفاوض أمور خطيرة تتعلق بشرفه أو بمركزه القانوني أو المالي أو حتى الاجتماعي. ولا شك أن هذا التشهير يعتبر خطأ تقصيري يلزم المتفاوض الذي قام بالتشهير بتعويض المتفاوض الآخر عن الأضرار الأدبية التي لحقت به من جراء ذلك¹.

3. عبء إثبات الخطأ التقصيري

عبء إثبات الخطأ التقصيري يكون على عاتق المضرور إذ يجب على هذا الأخير أن يثبت أن المسؤول عن اقتراح ذلك الخطأ قد انحرف في سلوكه عن سلوك الشخص العادي، حيث تسبب له بضرر نتيجة هذا الانحراف فهو أخل بواجب قانوني وهو عدم الإضرار بالغير، وهذا الواجب الذي أخل به المتفاوض ليس قطعه للمفاوضات لأنه يدخل ضمن حقوقه وإنما لأنه تسبب بضرر للطرف الآخر.²

¹ مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، مرجع سابق، ص 76، 77

² ليدية براهامي، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 44

ثانيا: الضرر التقصيري

"يقال عادة لا مسؤولية بدون ضرر فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية فهناك من يرى أن مجرد إخلال المدين بالتزامه يترتب التعويض"¹ ولذلك يعتبر الضرر من بين العناصر الأساسية لقيام المسؤولية وعليه سنتناول هذا العنصر الأساسي بنوع من التفصيل مفهوم الضرر التقصيري، أنواعه، الشروط الواجب توافرها للضرر ثم عبء إثبات الضرر.

1. مفهوم الضرر التقصيري:

على غرار التشريعات المقارنة فالمرجع الجزائري لم يتطرق لتعريف الضرر، وإنما فسح المجال لاجتهاد الفقهاء، إذ يمكن تعريفه بأنه: "كل مساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له، ولا تقتصر هذه الحقوق على تلك التي تتناول الجانب المالي من كيان الإنسان وإنما تشمل كل حق يخوله صاحبه سلطة ومزايا أو منافع يتمتع بها في حدود القانون"². والضرر بهذا المعنى هو كل ما ينجم عن الاعتداء على حق من حقوق الشخص، أو عن الإخلال بمصلحة مشروعة له. وحتى يكون هناك إضرار بمصلحة مشروعة يجب أن يثبت المضرور بأنه فقد شيئاً بسبب الفعل الذي ينسب له للفاعل. وفي مثل هذه الحالة يتم المقارنة بين الوضع الحالي للمضرور والوضع الذي كان من الممكن أن يكون موجوداً لو لم يقع الفعل الضار.³

2. أنواع الضرر التقصيري

مما سبق ذكره فإن للضرر يتكون من شقين أحدهما مادي والآخر معنوي.

أ) **الضرر المادي:** عرف الضرر المادي على أنه "الإخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً ولا يكفي أن يكون محتمل يقع أو لا يقع"⁴.

فيما عرف أيضاً بأنه الضرر المادي هو الذي يصيب المتفاوض في ذمته المالية كأن تلحق به خسارة مالية أو أن يضيع كسب مالي محقق وذلك بسبب الخطأ العقدي الذي قد يرتكبه المتفاوض الآخر، مثل النفقات التي يكون قد تكبدها في سبيل التفاوض الذي باء بالفشل والفرص التي فاتته أو ضياع حقه المالي بسبب إفشاء أفكاره السرية.⁵

¹. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 162

². مونية اندرمونش، المرجع السابق، ص 62

³. عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص 92

⁴. إيمان دلة، صفاء بن ساحة، مرجع سابق، ص 44

⁵. ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 45

ب) **الضرر المعنوي (الأدبي):** حسب ما نص عليه المشرع في نص مادة 182 مكرر بأن الضرر المعنوي يشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة¹. ومن خلال نص المادة يمكن تعريف الضرر المعنوي بأنه ذلك الأذى الذي يمس الإحساس والشعور والشرف والسمعة ويسبب للشخص حزنا وألماً، فرغم اختلاف الفقه في شأن تعويضه إلا أنه حالياً أقر بذلك، ولهذا فكل شخص يتسبب بخطئه في إحداث ضرر للطرف الآخر أن يلتزم بالتعويض أي يجبر هذا الضرر.²

3- شروط الضرر التقصيري

1. **أن يكون الضرر مباشراً:** وهو الذي يتولد بصورة مباشرة عن الفعل الضار، أي الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض ومنه إذا لم تكن له أية علاقة مباشرة بالخطأ فإنه لا يستوجب التعويض.

2. **أن يكون الضرر محققاً وحالاً:** ومقتضى هذا الشرط أن الضرر يجب أن يقع فعلاً وهو ما يسمى بالضرر الحال.

3. **أن يكون الضرر شخصياً:** ومقتضى هذا الشرط أن المطالبة بالتعويض حق للمضرور المباشر وحده لارتباط ذلك بمصلحته، فالمصلحة هي مناط الدعوى ولا يشترط في المضرور أن يكون شخصاً طبيعياً فهو يمكن أن يكون اعتبارياً كالشركات والجمعيات والمؤسسات العمومية. كما أن القاعدة العامة تقتصر التعويض على الشخص المضرور مباشرة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من تمديد نطاق التعويض ليشمل أشخاصاً آخرين يرتبطون بالمصاب المباشر بمقتضى علاقات قانونية كالقربة والمصاهرة أو الالتزام بالنفقة على شخص معين³.

4. عبء إثبات الضرر

يقع عبء إثبات الضرر على عاتق المضرور لأن البينة على من ادعى، فيقوم المضرور بإثبات الضرر الذي أصابه بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن الضرر واقعة مادية، ولقضاة الموضوع سلطة تقديرية في تحديد ذلك⁴.

¹ إيمان دلمة، صفاء بن ساحة، مرجع سابق، ص 44

² مونية إندرمونش، مرجع سابق، ص 63

³ عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 109

⁴ مونية ادرغوش، مرجع سابق، ص 65

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر التقصيري

تعد العلاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر الركن الثالث للمسؤولية التقصيرية. وهذا الركن يتمتع باستقلالية عن الركنين الأولين، وبالتالي حتى تقوم المسؤولية لا بد من يتوفر هذا الركن الثالث ألا وهو ركن العلاقة السببية، وللتفصيل أكثر يتوجب علينا تبيان مفهوم العلاقة السببية (العنصر الأول)، ثم شروط قيام العلاقة السببية (العنصر الثاني)، انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر (العنصر الثالث).

1- مفهوم العلاقة السببية

العلاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية التقصيرية، إذ يقصد بها وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي يرتكبه الشخص المسؤول وبين الضرر الذي صدر منه. فالمشرع الجزائري قدر عبر عن العلاقة السببية في نص المادة 124 من ق م ج. وعلى هذا الأساس، فالقضاء اشترط أن يكون الضرر الحاصل الذي يدعيه المدعي على صلة مباشرة بالخطأ الذي ارتكبه المتفاوض العادل بسبب قطع مفاوضات العقد أو من جراء الإخلال بأي التزام تعاقدي. وبالتالي إذا كان الفعل الضار ناتجاً عن فعل المتفاوض نفسه، فإنه إما أن تنتفي المسؤولية كلياً عن العادل أو توزع بين طرفي الخصومة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على المدعي بالتعويض، وإقامة الدليل على قيام رابطة السببية ما بين الخطأ والضرر. لذلك يتعين على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر هذه الرابطة وإلا كان حكمها يستوجب النقض¹.

2- شروط قيام العلاقة السببية

أ- أن تكون علاقة السببية محققة: أما إذا كانت علاقة السببية احتمالية واستحال إثباتها، فلا تقوم المسؤولية التقصيرية بسبب انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. فعلى سبيل مثال فالسيارة المسروقة، تعد علاقة السببية بين خطأ المالك الذي أهمل ونسي المفاتيح فيها، وبين وقوع الضرر احتمالية، وبالتالي لا تقوم مسؤوليته.

ب- يجب أن تكون علاقة السببية مباشرة: قد يؤدي الفعل الضار إلى عدة أضرار متعاقبة. فالقاعدة والمنطق يقتضي في العلاقة السببية، أن يسأل الفاعل عن الأضرار المباشرة المترتبة عن فعله، أما الأضرار غير المباشرة فلا يسأل عنها، لانتفاء علاقة السببية بينها وبين الفعل الضار. ويعد الضرر مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية للخطأ، ويكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ إذا لم يكن باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول².

¹. سهيلة دحداح، ليلي رزقي، مرجع سابق، ص 54

². عبد القادر قرموش، مرجع سابق، ص 96

3- انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا محل للمسؤولية المدنية في حالة الدفاع الشرعي، أو إذا كان الضرر قد نتج عن حادث فجائي أو قوة قاهرة لم يسبقها أو يصطحبها فعل يؤاخذ به المدعى عليه". ويترب على ذلك أنه يمكن نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر بإثبات السبب الأجنبي، مما يؤدي إلى انتفاء المسؤولية. ومن صور السبب الأجنبي نذكر منها القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، وخطأ المضرور وخطأ الغير.

أ- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: سبق الإشارة إلى القوة القاهرة كسبب أجنبي إذ تؤدي إلى نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر في آثار المسؤولية العقدية، وما قيل هناك يطبق على المسؤولية التقصيرية أيضاً.

ب- خطأ المضرور: حتى يعد الفعل الذي يأتيه المضرور خطأ يشترط أن يكون من شأنه التأثير في مسؤولية المدين، أما إذا كان فعل المضرور لا يعد خطأ، فلا يؤثر ذلك على مسؤولية المدين. ولا يشترط في مثل هذه الحالة من أجل نسبة الخطأ إلى المضرور أن يكون مميزاً. فإذا كان خطأ المضرور هو السبب الوحيد في وقوع الضرر فيعفى المدين من المسؤولية، أما إذا اشترك خطأ المضرور مع خطأ المدين في إحداث الخطر، فهنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر: إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، لا يكون للخطأ المستغرق أي أثر. فإذا كان خطأ المدين قد استغرق خطأ المضرور، فتعد مسؤولية المدين كاملة عن الضرر، ولا تأثير لخطأ المضرور في مثل هذه الحالة على مسؤوليته. أما إذا كان خطأ المضرور قد استغرق خطأ المدين، فتنتفي مسؤولية هذا الأخير، ولا يحق للمضرور أن يطالب بالتعويض.

الحالة الثانية: استقلال الخطأين: إذا لم تتوافر إحدى حالتَي استغراق خطأ للخطأ الآخر، عندئذ يكون خطأ المضرور مستقلاً عن خطأ المدين، ويكون قد اشترك خطأه مع خطأ المدين في إحداث الضرر، فنكون بصدد خطأ مشترك. كأن يقوم الراجل بعبور طريق دون التأكد من خلوها، فندهسه سيارة مسرعة ويتسبب السائق بإصابته، فهنا تكون مسؤولية مشتركة. ويترب عن ذلك تحمل كل من المضرور والمدين نتيجة الخطأ معاً، فتكون المسؤولية على حسب درجة جسامه الخطأ.

ت- خطأ الغير: ويقصد بالغير هنا أي شخص غير المضرور وغير المسؤول عن الضرر. كما يجب ألا يكون من الأشخاص الذين يسأل عنهم المسؤول، كالتابع أو الخاضع للرقابة. فإذا كان فعل الغير هو السبب الوحيد في وقوع الضرر، وكان يعد خطأ، يسأل هذا الغير لوحده عن تعويض ذلك الضرر. أما إذا لم يكن خطأ وتوافرت فيه شروط القوة القاهرة المتمثلة

بعدم إمكانية التوقع، وعدم إمكانية الدفع، فيعد من قبيل القوة القاهرة، وبالتالي تنتفي مسؤولية المدين وذلك لانتفاء علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر¹

المبحث الثاني

آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزامات الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد

تنشأ المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد نتيجة إحداث أو إخلال أحد أطراف التفاوض بالتزاماته، سواء كان إخلال بالتزام عام فرضه القانون وهو عدم الإضرار بالغير فتقوم المسؤولية التقصيرية بتوافر جميع أركانها وشروطها، أو يخل بالتزام عقدي فرضه عليه التزام التفاوض وحسن النية، فإن حدث وقام بخطأ خلال هذه المرحلة - سواء خطأ تقصيري أو عقدي - ونتج عنه ضرر أصاب الطرف الآخر جاز لهذا الأخير (المضرور) رفع دعوى مدنية لجبر الضرر أي تعويض المضرور عما أصابه، ومن ثم يكون المتفاوض مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه وملزماً بتنفيذ التزامه طبقاً للمادة 160 مديني جزائري والتي تنص على أن المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به، فلا يبقى لهذا الأخير في مواجهة التزامه من أثر سوى وجوب تنفيذه ولو جبراً، فيستوجب أصلاً من المدين تنفيذ هذا الالتزام عينا إذا كان ممكناً وطلبه الدائن، فإن لم يكن ذلك ممكناً فيستوجب تنفيذه بمقابل عن طريق التعويض، وتنفيذ الالتزام عينا يقتضي أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما ألزم به سواء بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أما التنفيذ بمقابل فيقتضي دفع تعويضاً عن ما ألزم به عينا، وهذا ما يحتاج إلى التفصيل من خلال المطلبين التاليين: المطلب الأول تناول التنفيذ العيني في مرحلة ما قبل التعاقد و في المطلب الثاني تناول التنفيذ بمقابل.

المطلب الأول

التنفيذ العيني

يعتبر التنفيذ العيني الوسيلة الأصلية في الوفاء بما ألزم به المدين في مواجهة الدائن إذ نصت المادة 164 من القانون مديني جزائري على أنه: "يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً لنص المادتين 180 و 181 على تنفيذ التزام عينا، متى كان ذلك ممكناً" وفي المقابل نصت المادة 1221 من القانون مديني فرنسي على أنه "يحق للدائن بالتزام معين بعد إعدار المدين المطالبة بالتنفيذ العيني، إلا إذا كان هذا التنفيذ مستحيلاً أو كان هناك عدم تناسب واضح بين كلفته بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن".

¹. عبد القادر قرموش، مرجع سابق، ص 100

فالملاحظ من نص المادة 164 من ق م ج ونص المادة 1221 من ق م ف أنه كلاهما يستوجبا للتنفيذ العيني اعدار المدين أولا، ثم يليه اجبار المدين متى كان ذلك ممكنا ، لكن القانون المدني الفرنسي ينص صراحة على المطالبة بالتنفيذ العيني مما يعني ان اجراءات التنفيذ الجبري تبدأ بالمطالبة القضائية، فيتعين على طالب التنفيذ الجبري عينا اللجوء الى القضاء للترخيص بإجراءات التنفيذ الجبرية تحت مراقبة القضاء وهذا لا يعني أن المشرع الجزائري ترك مهمة التنفيذ الجبري عينا في يد الدائن، بل يقتضي اعدار المدين لتنفيذ التزامه العيني اختياريا، وإذا ما نكل المدين عن التنفيذ الاختياري وكان هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق، وهذان الشرطان ينفرد بتقديرهما قاضي الموضوع بحسب ظروف الحال وتبعاً لمقتضيات حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية وغير العقدية¹. وعليه سوف نتطرق إلى مفهوم التنفيذ العيني في الفرع الأول ثم أسباب استبعاد التنفيذ العيني في مجال المفاوضات في الفرع الثاني مع التطرق إلى الاستثناءات الواردة على هذا التنفيذ في الفرع الثالث.

الفرع الأول

مفهوم التنفيذ العيني

طبقاً للقواعد العامة فإن التنفيذ العيني هو إجبار المدين بالتنفيذ على سبيل التعويض حيث يتحقق ذلك غالباً عندما يتخذ الخطأ الذي ارتكبه المدين صورة القيام بعمل مخالف يمكن إزالته، فالتنفيذ العيني هو ذلك النمط المثالي لإصلاح الضرر واعادته إلى ما كان عليه والغرض منه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع التفاوض فيمكن للطرف المضرور المطالبة به واجبار المسؤول على تنفيذه وللمضرور أيضاً خيار أن يطلب تنفيذ الالتزام على عاتق المسؤول عن الضرر، فالتنفيذ العيني إذاً هو قيام المدين بأداء عينا ما التزم به إلى الدائن فإذا ما نكل المدين عن التنفيذ طواعية جاز للمدين أن يجبره عن طريق القضاء شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكنا وغير مرهق للمدين².

وعلى أساس أن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينا فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعداً للتنفيذ العيني، أو لم يكن التنفيذ العيني مرهقا له ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني وبغض النظر عن طلب الدائن ولا يعتبر ذلك منه حكما بغير ما طالب به الخصوم أو بأكثر مما طلب³.

¹. عبد القادر بلاوي، الإطار القانوني للمسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 288

². ليدية براهامي، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 49

³. علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن الفعل الغير، عن فعل الأشياء، التعويض) الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989م، ص 203

الفرع الثاني

أسباب استبعاد التنفيذ العيني في مجال المفاوضات

لقد اجتمع الفقهاء على استبعاد التنفيذ العيني الجبري من مجال التفاوض وقد ذهبوا إلى أكثر من ذلك وأجازوا عدم إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا وذلك لعدة أسباب نذكر منها:

أولاً: إن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذ عيني يقتضي تدخل المتفاوض المدين شخصيا فإذا رفض هذا الأخير الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه، فليس للمتفاوض الدائن أن يجبره على ذلك، فلو فعل وأجبره على ذلك فإن هذا الإجبار يعتبر مساسا بالحرية الشخصية للمدين، وهذا لا يجوز أصلا طبقا لما تقتضي به القاعدة العامة التي تنص على "عدم إكراه المرء على فعل ما لا يريد".

ثانياً: استنادا إلى أصل المفاوضات نجد أن الأصل فيها قائم على التراضي بين الطرفين، فلا يمكن إجبار المتفاوض الذي قطع التفاوض بدون مبرر أو بسوء نيته، لاسيما تلك المفاوضات القائمة على الاعتبار الشخصي، فمن غير معقول قبول إجبار المتفاوض على الجلوس في مواجهة الطرف الآخر في جو نفسي يسوده التوتر والنزاع ويطلب منه مواصلة التفاوض للوصول لإبرام عقد يقال عنه فيما بعد تصرف إرادي.¹

ثالثاً: إن الإجبار على التفاوض يكون غير مجدي في مجال التفاوض وذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ولا يتصور أي تعاون من شخص أكره على التفاوض بل إن الإجبار على التفاوض يقضي على فرض إبرام العقد.²

الفرع الثالث

الاستثناءات الواردة عن التنفيذ العيني

قد ينتج عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض كجزاء لعدم تنفيذ هذا الالتزام إلا أن التنفيذ العيني قد يكون غير ممكن، سواء كان ذلك بسبب طبيعة العقد كالعقود الدولية أو بسبب استحالة تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً: الاستثناءات بسبب طبيعة العقد

¹ - عبد القادر بلاوي، مرجع سابق، ص 292

² - أمال راجحي، مرجع سابق، ص 134

نظرا طبيعة العقود فقد تعترض لهذه الأخير جملة من الاستثناءات على قاعدة التنفيذ العيني لإعادة التفاوض، كجزء لعدم تنفيذ الالتزام بإعادة التفاوض كالعقود الدولية وسواء كانت هذه العقود لأسباب قانونية أو اقتصادية، و لذلك قد تحول طبيعة أحد أطراف العقد الدولي دون إجبار المتعاقدين على التنفيذ العيني، حيث أكدت قرارات التنظيم الدولي على مراعاة الطبيعة السيادية للدولة إذا كانت طرفا في العقد الدولي، إذ لا يمكن إلزامها بالتنفيذ العيني كجزء لعدم تنفيذها لالتزامها و هو ما قضت به هيئة التحكيم في القضية لأن ذلك يعد مساس بسيادتها.

1. استثناءات بسبب استحالة التنفيذ العيني بالالتزام بإعادة التفاوض

إن فكرة استبعاد التنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض يمكن استبعادها نظرا لاستحالة تنفيذها سواء كانت استحالة قانونية أم فعلية هذا ما سنتناوله في الآتي:

أ) الاستحالة القانونية للتنفيذ العيني للالتزام بإعادة التفاوض

من الممكن أن يكون التنفيذ العيني من قبل أطراف العقد الدولي كجزء ترتب عن الإخلال بالالتزام بإعادة التفاوض مستحيلا استحالة قانونية، إذ أن استحالة التنفيذ يجب أن تكون بسبب أجنبي ليس لإرادة أطراف العقد يد فيها. وقد تكون الاستحالة القانونية نتيجة للقوة القاهرة، إذ يترتب على حدوثها استحالة مطلقة لتنفيذ الالتزامات العقدية، كما يمكن أن تكون استحالة مؤقتة بحيث تسمح للمتعاقدین الاتفاق على وقف التنفيذ أثناء هذه الفترة مع إعادة التفاوض بشأن العقد، إذ أن التغيير الجوهرى في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد قد يؤثر على تنفيذ هذا العقد، من خلال جعل تنفيذه مستحيل سواء كانت هذه الاستحالة مؤقتة أو نهائية إذ يترتب على ذلك وقف العقد في الحالة الأولى، أما في حالة الاستحالة المطلقة فهي تؤدي إلى انفساخ العقد. كما قد تكون أيضا الاستحالة القانونية بسبب انعدام الاعتبار الشخصي للعقد¹.

ب) الاستحالة الفعلية للتنفيذ العيني

الاستحالة الفعلية هي التي تكون نتيجة فشل عملية التفاوض بسبب عدم الوصول إلى اتفاق رغم ما قام به أطراف التفاوض من تعاون وبذل جيد لإنجاحه وفقا لمبدأ حسن النية، إذ لا يمكن مع ذلك إلزام المتعاقدين بإتمام التفاوض كما قد تكون الاستحالة الفعلية للتنفيذ العيني على أساس اقتصادي، بحيث لا يتحمل الجانب الاقتصادي للعقد المزيد من الوقت لتنفيذ المتعاقدين التزامهم بإتمام المفاوضات.

¹ - أمال رابحي، مرجع سابق، ص 136

فالغاية الاقتصادية لل عقود الدولية تقتضي عدم ماطلة الأطراف المتعاقدة للتنفيذ العيني، ويترتب على استحالة التنفيذ العيني انقضاء الالتزام، فلا يمكن لأي طرف المطالبة بالتنفيذ العيني بالاستمرار في التفاوض.¹

ومما سبق يمكن القول أن التنفيذ العيني مستبعد تماما في كل الأحوال التي يكون فيها الأطراف في مرحلة التفاوض ولكن يطرح التساؤل التالي حول إمكانية اللجوء إلى أسلوب آخر لجبر ما لحق المتفاوض الدائن من أضرار، و نجد الإجابة عن هذا التساؤل في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض

أشارت المادة 176 من القانون المدني الجزائري بأنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر المترتب عن عدم تنفيذ التزامه" ومعنى ذلك أنه إذا تعذر على المتفاوض المدين تنفيذ التزامه عينا المتمثل في الاستمرار في التفاوض لبلوغ ابرام العقد النهائي، فانه للدائن الحق في الحصول على تعويض نقدي عادل وشامل لكل ما أصابه من ضرر جراء الامتناع عن التنفيذ العيني، فإذا لم يقدر الطرفان في اتفاقهما التفاوضي أو في اتفاق لاحق مبلغ التعويض (التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائري) الذي يستحقه المتفاوض في حالة عدم التنفيذ، فإن القاضي هو الذي يقدره وفقا لما لحق الدائن (المضرور) من خسارة وما فاتته من كسب². وبناء على ما سبق سنتناول التنفيذ بطرق التعويض بنوع من التفصيل حيث سنقدم في الفرع الأول تعريفه، وفي الفرع الثاني سنتطرق إلى الأضرار التي يعرض عنها خلال مرحلة المفاوضات وذلك كالتالي:

الفرع الأول

تعريف التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض

أن يدخل المسؤول عن الضرر قيمة مالية في ذمة المضرور، حيث تكون هذه القيمة معادلة لتلك التي أصيب بضرر فيها، فالتنفيذ بمقابل لا يكون راميا إلى محو الضرر وإنما يقوم بجبره، وللدائن الحق في الحصول على تعويض نقدي عادل وشامل لكل ما أصابه من ضرر جراء الامتناع عن التنفيذ العيني كما أشارت المادة 2/132 ق م ج بأنه: "ويقدر التعويض بالنقد..."³ فالتنفيذ بمقابل يكون في الأصل عبارة

¹. أمال راجحي، المرجع نفسه، ص 138

². عبد القادر بلاوي، مرجع سابق، ص 297

³. عبد القادر بلاوي، مرجع نفسه، ص 297

عن نقود يقدمها الطرف الذي أحدث الضرر للطرف المضرور حيث يكون هذا المبلغ كتعويض لجبر الضرر على أن يكون عادلا وشاملا لكل ما لحق بالمضرور.¹

فوفقا للقواعد العامة فإن للقاضي تولى مهمة إجبار الطرف المخل بالتزامه بتقديم تعويض عن الضرر الناجم، كما يقوم أيضا بتقدير التعويض، فإذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو القانون فالقاضي من يقدره ويشمل التعويض نفقات التفاوض، وضياح الوقت، وتقويت الفرص. طبقا للمادة 182 من ق.م، كما ويشتمل التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي من كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة. كما أشارت المادة 182 مكرر.

الفرع الثاني

الأضرار التي يعوض عنها خلال مرحلة المفاوضات

تختلف الأضرار الناجمة عن الإخلال بالالتزام بالتفاوض باختلاف طبيعة المفاوضات من عقد إلى آخر إذ لا يمكن حصرها ولكن تم تحديدها وتقسيمها إلى أضرار مادية وأخرى معنوية، وعليه سنحاول التطرق إلى أهم الأضرار التي يتعرض لها الطرف المضرور.

أولا: التعويض عن الأضرار المادية خلال مرحلة المفاوضات

تتمثل الأضرار المادية التي قد تصيب المتفاوض بسبب عدم إكمال المفاوضات أو قطعيا تعسفيا كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وتتمثل هذه الأضرار في نفقات التفاوض، الوقت الضائع، وتقويت الفرص، والتعويض عن عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت استنادا إلى مشروع العقد محل التفاوض، وكذا المساس بالسمعة التجارية للطرف المضرور وستتناولها بنوع من التفصيل تباعا:

1. تعويض نفقات التفاوض

ويقصد بنفقات التفاوض مجموعة من النفقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض، والإعداد للعقد وتشتمل الدراسات الفنية وتقارير الخبراء، وسفر والإقامة والاتصالات وأنعاب الأشخاص الذين استعان بهم في التفاوض وغيرها². إذ تعد هذه النفقات بمثابة أموال طائلة تما إضاعته وخسارتها بالنسبة للمتفاوض المضرور، وعليه يجب على المتفاوض الذي قام بإفشال

¹. مونية إدريغوش، مرجع سابق، ص 75

². بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل، عمان، 2010، ص 257.

المفاوضات تحمل كل هذه النفقات، ويشترط عند تعويض نفقات التفاوض أن تكون هذه الأخيرة قدمت بمناسبة المفاوضات حيث يخرج من دائرة نفقات التفاوض ما لم ينفق في سبيله بمعنى أنه لا يمكن استرجاع ما تم إنفاقه من طرف التفاوض قبل بدء عملية المفاوضات¹، وفي حالة ما إذا كان المتفاوض المضرور مهني في هذه الحالة يرى الفقه أنه هو المسؤول و يتحمل تلك النفقات لأنها تدخل ضمن المصروفات العادية التي ينفقها المضرور، ولكن للمهني أن يثبت أنه لم يستثمر عماله وموظفيه في الأوقات العادية لعملهم، وإنما اضطر إلى استخدام آخرين بأجور إضافية فالعدالة ستقضي أن يسترد تلك النفقات.²

فيما ويشترط أيضا للتعويض على نفقات التفاوض، أن تكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات وبين عملية التفاوض الفاشلة، ولا يدخل ضمن مجال النفقات المستردة النفقات التي تتم خارج مجال التفاوض سواء سبقت بدء عملية التفاوض أو تمت بعد الانسحاب من التفاوض. كما يجب أن لا تكون هذه النفقات قد تمت نتيجة لخطأ المتفاوض المضرور سواء تم دفع هذه النفقات جهلا منه أو بسبب خفته أو سذاجته وعدم احترازه، ففي جميع هذه الاحوال لا يمكن للمتفاوض المضرور أن يستردها.³

2. تعويض الوقت الضائع

يعتبر الوقت الضائع ضررا متوقعا، إذ يستحق هذا الأخير أن يجبر هذا الضرر، في أي مرحلة وصلت إليها المفاوضات، فكلما قام الدليل على ذلك من خلال الاستجابة للاستدعاءات والمدة التي استغرقتها في المناقشات والتنقلات من مكان إلى آخر، فإنه يتم تقدير التعويض جزافا وفقا لما تقضي به قواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر الضرر من يوم تحققه إلى لحظة صدور الحكم⁴، فإذا قام أحد الأطراف بالعدول عن التفاوض فإن الطرف الآخر سيتضرر من هذا العدول باعتباره قد خسر وقتا وهو يجري التفاوض وبالتالي فكل متسبب في قطع المفاوضات يلتزم بتعويض الوقت الضائع مهما كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات وعلى المضرور إثبات أن هذا التفاوض أخذ وقتا وكان هذا الأخير سببا في إضاعة إجراءاته، فليس للمضرور ما يرهقه في مسألة الإثبات، وعلى أساسه يكون الحكم لصالح المضرور، ويلتزم المسؤول بتعويضه عن الوقت الذي أضاعه من أجل التفاوض.⁵

¹. مونية ادرمونش، مرجع سابق، ص 77.

². ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 53.

³ عبد القادر بلاوي، مرجع سابق، ص 29.

⁴. عبد القادر بلاوي، مرجع سابق، ص 306.

⁵. العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 192.

ويرجع أساس التعويض عن الوقت الضائع عند صدور حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 جانفي 1977 حيث تتعلق وقائع القضية المعروضة أمامها في أن أحد الأشخاص عرض عقاره للبيع، وبعد ذلك تقدم إليه زوجين وأبديا رغبتهما في شراء ذلك العقار، ولكن اشتراطا على صاحب العقار أن يمهلهما مدة زمنية من أجل تدبير التمويل اللازم للشراء وفي هذا تمديد لمدة القبول، فقام صاحب العقار بذلك وانتظر الرد القاطع من قبلهما، ولكن بعد مرور مدة من الزمن حوالي ثلاثة أشهر أظهر الزوجان رغبتهما القاطعة والمتمثلة في عدم الشراء، فقام صاحب العقار برفع دعوى يطالب فيه بتعويضه عن الوقت الضائع فأصدر قضاة الموضوع حكم بعدم قبول طلبه بالتعويض لكونه لم يتضرر من جراء الوقت الذي أضاعوه عليه، ولكن محكمة النقض قامت بنقض هذا الحكم وأقرت أنه هناك مجال للحكم بالتعويض حيث أن صاحب العقار (الموجب) قد اعتقد أنه ملزم بالبقاء على إيجابه وهذا ما دفعه إلى عدم التصرف في العقار خلال تلك الفترة.

وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في النقض المدني الصادر في 28 جانفي 1966 حيث قضت بتعويض المضرور عما تكبده من خسارة بسبب اضطرابه إلى إهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي قضاها في الخارج لاختيار الآلات اللازمة للمصنع اعتمادا منه على أن المسؤول كان جادا في التفاوض .

وعليه يتبين أن ضياع الوقت من الأضرار المعوض عنها في مرحلة المفاوضات، ويجد هذا أساسه فيما ذهب إليه الفقه وما سار عليه القضاء¹

3. التعويض عن تفويت فرصة

يقصد بالفرصة هو احتمال وإمكان الكسب، أما المقصود بتفويت الفرصة في مجال التعويض بأنه الحرمان من فرصة جادة و حقيقية لتحقيق كسب احتمالي أو إخفاء نتيجة كان المدعي يرغب في تحقيقها قبل أن تتحقق بالفعل أو قبل أن يكشف الواقع عن استحالة ذلك² ويعد ضرر تفويت الفرصة على أنه الفعل الضار الذي قد يؤدي إلى أن يفقد المضرور فرصة تحقيق كسب مرجح أو تحاشي خسارة، فضرر تفويت الفرصة يفترض أن المضرور كان يأمل في منفعة يحققها أو في تحاشي خسارة تهدده، وكان يعول على أن هذه الفرصة تتيح له إمكانية تحقيق ما كان يأمله لو سارت الأمور في مجراها الطبيعي، فجاء محدث الضرر وتسبب بفعله الضار في حرمانه من هذه الفرصة، وتبديد أمله نهائيا في تحقيق ما كان يصبو إليه، أن التعويض لا ينصب على الفرصة ذاتها لأنها أمر احتمالي وإنما يكون عن

¹. مونية ادغوش، مرجع سابق، ص 78

². جعفر آيت سليمان، مرجع سابق، ص 49

تفويت فرصة إبرام العقد المنشود محل التفاوض باعتباره ضرراً محققاً أو مؤكداً يجب التعويض عنه وهو من قبيل خيبة الأمل أو سوء الحظ الذي تسبب فيه المتفاوض المسؤول من جراء تصرفاته الخاطئة غير المحسوبة¹. ففي هذا الصدد وللحديث عن تفويت الفرصة في المرحلة السابقة على التعاقد يجب تحديدها والتي تتشكل من حالتين سنتطرق إليها كالتالي:

أ- تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه

فشل التفاوض يعد بمثابة ناقوس يعلن فيه فقدان الأمل في إبرام العقد المتفاوض عليه ويرجع سبب ذلك الفشل إلى تقصير أحد الأطراف في الالتزام بالتزامه من أجل إنجاح العملية التفاوضية، حيث واجهت مسألة التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه موقف سلبي ورفض له من قبل القضاء كالقضاء الإنجليزي، ولكن بعد مدة من الزمن استقر القضاء اليوم على ضرورة تعويض المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات عن حرمانه من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه بشرط أن تكون فرصة حقيقية وجادة وتعود السلطة التقديرية في استحقاق المتفاوض المضور للتعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه إلى قاضي الموضوع مستدلاً في ذلك بدرجة احتمال إتمام هذا العقد، فإذا كان إبرام الصفقة أمراً افتراضياً أو مشكوك فيه جاز له رفض التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض.²

ب) تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير:

تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير هي حالة تقوم عندما يطلب المضور التعويض عن الفرص التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى مع الغير محل العقد الذي فشلت المفاوضات فيه بسبب قطعها من طرف المتفاوض الآخر.³

ويشترط لاستحقاق هذا التعويض مجموعة من الشروط تتلخص في إثبات الضرر نفسه وإثبات العلاقة السببية بين الضرر الناتج عن تفويت الفرصة والفعل المنسوب إلى المتسبب في الضرر. فلو ثبت أن فرصة إبرام عقد بديل مع الغير كانت منعقدة طيلة مرحلة التفاوض، فلن يستحق المتفاوض المضور أي تعويض عنها، ويشترط أيضاً ألا يكون المتفاوض المضور قد تسبب بإهماله وسداجته 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.

ومهما كانت الفرصة الضائعة، هي إبرام العقد المتفاوض عليه، أو إبرام عقد بديل مع الغير، فإن قاضي الموضوع هو الذي يقرر ويقدر التعويض عن فواتها، ويتم تقدير التعويض عن تفويت الفرصة عن طريق حساب الاحتمالات التي تحدث، أثر حرمان المضور من الفرصة

¹. إيمان دلمة، صفاء بن ساحة، مرجع سابق، ص 56

². ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، مرجع سابق، ص 55

³. مونية ادريغوش، مرجع سابق، ص 81

على الضرر النهائي، الذي أصابه، وبهذا المعنى فإن التعويض عن تفويت الفرصة، سيكون أقل من مقدار التعويض المقدر لجبر الضرر النهائي¹.

ثانيا: التعويض عن الأضرار الأدبية والمعنوية خلال مرحلة المفاوضات

وعُرفَ سابقا الضرر المعنوي²: بأنه كل مساس بمصلحة غير مالية يصيب الكيان الإنساني بوجه عام فيصيب الجسم أو الشرف أو الاعتبار أو الكرامة أو الإحساس³.

لا ينال من عملية التفاوض من قطع المفاوضات بسوء نية أو بدون مبرر مشروع فحسب، بل له آثار سلبية على السمعة التجارية للمتفاوض المضروب، فغالبا ما يثور في الوسط المهني للمتفاوض المضروب شكوك وأقاويل تنال من سمعته المهنية والتجارية فقد يشيع بسبب قطع التفاوض العديد من الأقاويل في المحيط التجاري للمتفاوض المضروب فالبعض يرمي بسهام قلة خبرة هذا التاجر، والبعض الآخر يرمي بسهام الاخفاق المالي بل ويهمس البعض بالقول أن قطع التفاوض، قد تم لأسباب خفية تقلل من مركزه المالي أو القانوني، ويقلل البعض الآخر من خبرته في إدارة المفاوضات مما جعله وضعه أن يكون فريسة سهلة في يد المتفاوض الآخر فكل هذه الافتراءات قد تؤثر على سمعة التاجر في السوق حاضرا ومستقبلا، ويظهر هذا التاجر بمظهر الشخص الساذج الذي يسهل خداعه والتلاعب به.

ويعتبر المساس بالسمعة التجارية للتاجر المتفاوض، نتيجة قطع المفاوضات معه دون سبب جدي ودون مرور مشروع من قبيل الضرر الادبي الذي يجب جبره، ومن ثم يتعين على القاضي أن يدخل عنصر المساس بالسمعة التجارية في اعتباره عند تقدير التعويض ولقد نص المشرع الجزائري على التعويض عن الضرر المعنوي في المادة 182 من التقنين المدني الجزائري، فبما أن قطع المفاوضات تعسفا من قبل المتفاوض المسؤول عن الضرر مس سمعة وشرف المتفاوض المضروب فإن هذا يعتبر ضرر معنوي يجب جبره³.

¹ مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، مرجع سابق، ص 87

² زهيرة عبوب، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسينية بن بوعلي كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 03، 2016، ص.

³ عبد القادر بلاوي، مرجع سابق، ص 307

خاتمة الفصل

من خلال دراستنا لهذا الفصل تبين أن المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد تقوم عند توافر عناصرها الأساسية، وهي مسؤولية تختص بمعالجة الأخطاء المتمثلة في خرق الثقة المشروعة الناشئة عن تلك المرحلة وتعالج الأضرار الناتجة عن إبرام العقد ، وقد تكون المسؤولية التقصيرية هي الضابط في حالة ما إذا تم الإخلال بالالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية أو العدول عن المفاوضات ، وأما في حالة ما وجد اتفاقات أو عقود تمهيدية أبرمت خلال هذه المرحلة فقد تكون المسؤولية العقدية هي القائمة ، وقد ينجم عليها آثار تتمثل في التعويض العيني و التنفيذ بالمقابل عن الأضرار المحققة.

الخاتمة

الخاتمة

في ختام دراستنا للموضوع يتبين أنه وفي ظل التطور الذي يشهده العالم أذى إلى ظهور العقود المعقدة والمركبة، ومن أجل إبرام هذه العقود يكون على الأطراف المرور من مرحلة معينة وصولاً إلى إبرام العقد نهائياً ألا وهي المرحلة السابقة للتعاقد أو ما تسمى بمرحلة المفاوضات، إذ تعتبر هذه المرحلة من المراحل الهامة خاصة بالنسبة للعقود المعاصرة التي أصبحت تمتاز بالتركيب والتعقيد، فالتحضير الجيد لهذه المرحلة يساعد على إنشاء عقد ناجح بعيداً عن المشاكل التي يمكن أن تقع بعد إبرامه أو عند تنفيذه، لأن طول مدة هذه المرحلة يساعد الأطراف على اختيار ما يتناسب مع رغباتهم، لأنهم يدخلون في مفاوضات ومناقشات حيث يتم تحديد المتعاقد الآخر، الذي سيتم معه العقد

أو محل العقد، وكذا الاتفاق على الشروط الجوهرية، وكل هذا يؤدي لا محالة إلى تجنب المنازعات التي قد تظهر نتيجة عيوب الإرادة كالتدليس والغلط أو الإكراه، لأن أطراف العقد يكونوا قد أخذوا قدراً من الحرية لإبرام عقد صحيح.

وتقوم مرحلة ما قبل التعاقد على مبدئين أساسيين مبدأ حرية التعاقد أو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة بحيث المتفاوضين لا يكونوا ملزمين بإبرام العقد النهائي كما يجوز العدول عن المفاوضات بوجود سبب جدي ولكن دون التعسف في استعمال هذا العدول وأما مبدأ حسن النية هو الالتزام الرئيسي في المفاوضات بحيث وجب على الطرفين الابتعاد عن الغي والخداع ويهدف إلى حماية الثقة في المعاملات ويترتب على الأطراف التي أحلت بالالتزام مسؤولية مدنية بحيث تقوم على توفر عناصرها الأساسية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية)، وقد ينتج على هذه المسؤولية آثار تتمثل في التنفيذ بالمقابل أو التعويض عن الأضرار الناتجة من خلالها.

فبالرغم من الدور الفعال الذي تلعبه مرحلة ما قبل التعاقد ومن خلال بحثنا توصلنا إلى أن المشرع الجزائري بالرغم من التعديلات التي أحدثها سنة 2005 إلا أنه لم يتطرق لمرحلة ما قبل التعاقد بصراحة وأغفل عن تنظيمها في تشريعاته على غرار المشرع الفرنسي الذي تطرق إليها صراحة بعد التعديل سنة 2016، ومن خلال دراستنا للبحث أسفرت مجموعة من النتائج وهي:

- مرحلة ما قبل التعاقد هي الجوهر الأساسي حيث يدور فيها إشكالات وموضوع العقد المزمع إبرامه.
- إن مرحلة المفاوضات تتسم بالحرية في التعاقد بحيث لا يكون طرفان ملزمون بإبرام العقد النهائي
- مبدأ حسن النية هو التزام أساسي في تكوين العقد بحيث تنفرع عليه إلتزامات لا بد على الأطراف احترامها للوصول إلى هدفهم.

- في حالة توافر شروط المسؤولية المدنية يمكن تطبيق المسؤولية التقصيرية كما يمكن تطبيق المسؤولية العقدية على المفاوضات وذلك حسب العلاقة القائمة إذا كان عقد ينظم عملية التفاوض أي وجود اتفاق أو عقد تمهيدي يطبق مسؤولية عقدية أما إذا كان الإخلال بالالتزامات يطبق أحكام المسؤولية التقصيرية
- مرحلة ما قبل التعاقد تعد ضماناً للطرف الضعيف اتجاه الطرف الذي يملك هيمنة اقتصادية وقانونية على العقد. وبعد التطرق إلى أهم النتائج المتوصل إليها يمكن أن نقترح جملة من المقترحات نذكر منها:
- يجب افراد تنظيم قانوني خاص ينظم العلاقة بين المتفاوضين تستقل به مرحلة ما قبل التعاقد كمرحلة تمهيدية للعقد.
- ضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات بحيث تحكمها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صور التفاوض.
- يجب أن يُولي المشرع الجزائري اهتماماً بهذه المرحلة بتنظيم نصوص قانونية خاصة تنص على مرحلة ما قبل التعاقد.
- يجب إقامة دورات للتعليم بالفن ومهارات التفاوض وذلك لإعداد جيل متمرس تفادياً للمنازعات المستقبلية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- الكتب:

1. عبد القادر العرعري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط3، كلية الحقوق، أكادال، الرباط، دار الأمان، سنة 2011.
2. العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، دار وائل، عمان، 2010.
3. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار النشر والتوزيع، الجزائر، ج1، ط1، 2005.
4. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 2007.
5. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن الفعل الغير، عن فعل الأشياء، التعويض) ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

ب- الأطرحات والمذكرات الجامعية:

■ الأطرحات

1. عبد القادر بلاوي، الإطار القانوني للمسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ل م د في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، جامعة أحمد دراية أدرار كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، س 2021/2022.
2. عبد القادر قرموش، المسؤولية المدنية، لطلبة السداسي الثالث، مسلك القانون، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، س 2020 / 2021.

3. عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، كلية

الحقوق، س 2014/2015.

■ المذكرات الجامعية

1. أمال راجحي، التزامات المفاوض وأثرها على قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلاي بونعامة خميس مليانة، س 2019/2020.

2. إيمان دلمة، صفاء بن ساحة، المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة لاستكمال نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق، قانون

خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، س 2021/2022.

3. جعفر ايت سليمان، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، السنة الجامعية. 2018/2019

4. سهيلة دحداح، ليلي رزقي، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر، القانون الخاص الشامل، جامعة عبد

الرحمان ميرة، كلية الحقوق، بجاية، سنة 2012/2013.

5. كنزة بوكولة، فضة بوطرنخ، مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق، جامعة محمد

بن الصديق، قسم الحقوق، سنة 2017/2018.

6. لبنى حمزة، وماجدة بلحواس، التنظيم القاموني لمرحلة المفاوضات في العقود، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في

القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سنة 2020/2021.

7. ليدية براهيم، نصر الدين بن منصور، المسؤولية المدنية الناشئة خلال المرحلة السابقة على التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، س

2019/2020.

قائمة المصادر و المراجع

8. مصطفى أمين لغواطي، يونس بليمان، الإطار القانوني للمرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة مكملية لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص معمق، قسم الحقوق، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، س2016. 2017.
9. مونية إدريشوش، مرحلة ما قبل التعاقد، مذكر ماستر قانون خاص داخلي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، س2014/2015، ص 13.

ت-المقالات:

1. زهيرة عبوب، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسية بن بوعلي كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد، س2016.
2. فطيمة زهرة عبد العزيز، أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الانسانية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، س2021، العدد1، س2021.
3. كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد"، مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، العراق، ع27، 2006.
4. لخضر حليس، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة المدية، س2017.

ث-النصوص القانونية

أمر رقم 58.75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

رقم الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
06	الفصل الأول: الأحكام القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد
06	المبحث الأول: ماهية مرحلة ما قبل التعاقد
07	المطلب الأول: مفهوم التفاوض وتمييزه عما يشابهه.
07	الفرع الأول: تعريف التفاوض وأهميته.
07	أولاً: تعريف التفاوض
10	ثانياً: أهمية المفاوضات
11	الفرع الثاني: خصائص التفاوض
11	أولاً: المفاوضات ذات تصرف إرادي
11	ثانياً: المفاوضات تقوم على الحاجة
11	ثالثاً: المفاوضات على العقد لها نتائج احتمالية
11	رابعاً: المفاوضات ذات علاقة اختيارية وثنائية الأطراف
12	خامساً: المفاوضات مرحلة تمهيدية لإبرام العقد
12	الفرع الثالث: تمييز التفاوض عما يشابهه من المصطلحات .
12	أولاً: التفاوض والمساومة
13	ثانياً: التفاوض والتشاور
13	ثالثاً: التفاوض والمحادثة
14	المطلب الثاني: الحدود القانونية لمرحلة المفاوضات
14	الفرع الأول: مراحل ومستندات مرحلة المفاوضات
14	أولاً: مراحل المفاوضات

15	ثانيا: المستندات المعاصرة واللاحقة لمرحلة المفاوضات
18	ثالثا: موقف المشرع الجزائري
19	المطلب الثالث: حماية الأطراف المتعاقدة خلال مرحلة ما قبل التعاقد.
19	الفرع الأول: حماية المتفاوض من الطرق الاحتيالية
20	الفرع الثاني: التعاقد عن طريق المزايدة أو المناقصة.
20	الفرع الثالث: عقود الإذعان
21	المبحث الثاني: الالتزامات الناشئة خلال مرحلة ما قبل التعاقد.
22	المطلب الأول: الالتزام بمبدأ حسن النية
22	الفرع الأول: تعريف مبدأ حسن النية
24	الفرع الثاني: خصائص مبدأ حسن النية
25	الفرع الثالث: دور مبدأ حسن النية في مرحلة ما قبل التعاقد وجزاء الإخلال به
27	المطلب الثاني: الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية.
27	الفرع الأول: الالتزام بالإعلام والتعاون
28	الفرع الثاني: الالتزام بتقديم النصح والإرشاد
29	الفرع الثالث: الالتزام بالاستمرارية وضمن السرية
32	الفصل الثاني: آثار المسؤولية الناشئة خلال مرحلة ما قبل التعاقد
32	المبحث الأول: المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد
33	المطلب الأول: المسؤولية العقدية في مرحلة ما قبل التعاقد
33	الفرع الأول: مفهوم المسؤولية العقدية
34	الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية

34	أولاً: وجود عقد صحيح
35	ثانياً: إخلال بالتزام عقدي
35	ثالثاً: قيام المسؤولية في إطار عقدي
36	الفرع الثالث: أركان المسؤولية العقدية
36	أولاً: الخطأ العقدي
36	1. مفهوم الخطأ العقدي:
37	2. صور الخطأ العقدي في مرحلة ما قبل التعاقد
38	3. عبء إثبات الخطأ العقدي
38	ثانياً: الضرر العقدي
39	ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية العقدية
42	المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية في مرحلة ما قبل التعاقد
42	الفرع الأول: مفهوم المسؤولية التقصيرية
42	الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية التقصيرية
43	أولاً: الخطأ التقصيري.
43	1. تعريف الخطأ التقصيري
44	2. صور الخطأ التقصيري.
45	3. عبء إثبات الخطأ التقصيري
46	ثانياً: الضرر التقصيري
46	1. مفهوم الضرر التقصيري
46	2. أنواع الضرر التقصيري
47	3-شروط الضرر التقصيري

	4. عبء إثبات الضرر
48	ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ التقصيري والضرر التقصيري
48	1- مفهوم العلاقة السببية
48	2- شروط قيام العلاقة السببية
49	3- انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر
50	المبحث الثاني: آثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزامات الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد
50	المطلب الأول: التنفيذ العيني
51	الفرع الأول: مفهوم التنفيذ العيني
52	الفرع الثاني: أسباب استبعاد التنفيذ العيني في مجال المفاوضات
52	الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة عن التنفيذ العيني
54	المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض
54	الفرع الأول: تعريف التنفيذ بمقابل أو التنفيذ عن طريق التعويض
55	الفرع الثاني: الأضرار التي يعوض عنها خلال مرحلة المفاوضات
62	الخاتمة
65	المراجع والمصادر
71	الفهرس

ملخص:

إن المرحلة السابقة على التعاقد أو مرحلة المفاوضات التعاقدية هي فترة استكشافية ومهمة في نفس الوقت لدى الأطراف الراغبين في إنشاء علاقات بينهم، وما تثيره من المناقشات بين الطرفين، وعادة ما تستغرق هذه المرحلة وقتا طويلا وشاقا نظرا لموضوع العقد وطبيعة الالتزامات المتبادلة وخاصة في العقود ذات القيمة الاقتصادية والمالية الكبيرة وما تتضمنه من أمور فنية ومالية وقانونية لإبرام العقد النهائي، ولتهيئة العقد النهائي تصرف أموال باهضة تشمل الدروس الفنية والمالية والاستشارات القانونية والانتقال إلى الموقع والمراسلات والاتصالات الهاتفية، لذلك لا بد من أن تجري المفاوضات ضمن إطار من الجدية وحسن النية محافظة على مصلحة الطرف الضعيف وتفاديا لإضاعة المال، وعليه فإن سلامة التعامل بين الأفراد والحرص على تعاونهم من خلال العقد المزمع إبرامه، يفرضان على المتفاوضين موجب الاعلام والاستعلام، ومن ثم تثير الفترة السابقة على إبرام العقد صعوبات قانونية منها صعوبات تتعلق بتمييزها وتحديدتها، و أخرى مرتبطة بالإحاطة الشاملة بالنظام القانوني لمرحلة المفاوضات وأحكامها.

الكلمات المفتاحية : مرحلة ما قبل التعاقد، المسؤولية المدنية، المفاوضات

Summary :

The pre-contracting stage or the contractual negotiation stage is an exploratory and important period at the same time for the parties wishing to establish relations between them, and the discussions it raises between the two parties. This stage usually takes a long and arduous time due to the subject of the contract and the nature of mutual obligations, especially in contracts of great economic and financial value and the technical, financial and legal matters involved in concluding the final contract, and to prepare the final contract, exorbitant funds are spent, including technical and financial lessons, legal advice, moving to the site, correspondence and telephone calls, therefore negotiations must take place within a framework of seriousness and good faith, preserving the interest of the weak party and avoiding wasting money.

Therefore, integrity of dealings between individuals and the concern for their cooperation through the contract to be concluded, impose on the negotiators the

obligation to inform and inquire, and then raise the period prior to conclusion of the contract. Legal difficulties, including difficulties related to distinguishing and defining them, others related to a comprehensive briefing on the legal system of the negotiation stage and its provisions.

Key Words : Pre-contract , civil responsibility ,negotiation