

جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

"نطاق المسؤولية القانونية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات خلال المرحلة

التمهيدية للتعاقد"

غفران سليمان نعمان شحاده

القدس-فلسطين

1443 هـ / 2021م

"نطاق المسؤولية القانونية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات خلال المرحلة

التمهيدية للتعاقد"

إعداد:

غفران سليمان نعمان شحاده

بكالوريوس: فقه وقانون/ جامعة الخليل/ فلسطين

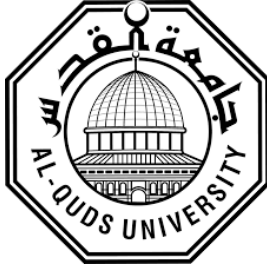
المشرف: الدكتور علي أبو مارية

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون الخاص من عمادة الدراسات العليا كلية الحقوق

جامعة القدس

1443هـ / 2021م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

إجازة الرسالة

"نطاق المسؤولية القانونية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات خلال المرحلة التمهيدية
للتعاقد"

إعداد الطالبة: غفران سليمان نعمان شحاده

الرقم الجامعي: 21610039

المشرف: د. علي أبو مارية

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2021/9/4 من لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتوقيعهم:

التوقيع.....

1. رئيس اللجنة: د. علي أبو مارية

التوقيع.....

2. ممتحنًا داخليًا: د. ياسر زبيدات

التوقيع.....

3. ممتحنًا خارجيًا: د. أشرف ملحم

القدس-فلسطين

1443 هـ / 2021م

الإهداء

قال الله تعالى في محكم تنزيله

﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ

الْمَصِيرُ ﴾ صدق الله العظيم

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى مدرستي الأولى، مثال التفاني والإخلاص

من قدّما عمرهما وبذلا الغالي والنفيس من أجلنا

والدي ووالدتي حفظهما الله

إلى السند ورفيق الدرب

زوجي الغالي

إلى الشموع التي تنير طريقي، مصدر سعادتي

إخواني وأخواتي

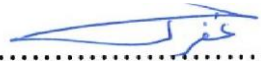
إلى شريكة النجاح، صديقة العمر

ميرفت أبو قويدر

إقرار

أقر أنا معدة الرسالة أنها قُدمت إلى جامعة القدس، لنيل درجة الماجستير، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة، باستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة أو أي جزء منها لم يُقدّم لنيل أي درجةٍ عليا لاي جامعة أو معهد.

الاسم: غفران سليمان نعمان شحاده

التوقيع: 

التاريخ: 2021/09/04

الشكر والتقدير

الحمد لله من قبل ومن بعد، الحمد لله الذي أعانني ووفقني لإتمام هذه الدراسة المتواضعة

وفي هذا المقام لا يسعني إلا ان أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل

الدكتور علي أبو مارية

الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة، والذي كان لرحابة صدره وتحمله ومتابعته

ونصحه وتوجيهه الأثر الكبير في إتمام هذه الدراسة.

كما وأتقدم بالشكر الخالص إلى من كان لديه فضل

من قريب أو بعيد في إتمام مسيرتي العلمية عامة، وإنجاح هذا العمل بشكل خاص.

فهرس المحتويات

| رقم الصفحة | الموضوع |
|------------|--|
| أ | الشكر والتقدير |
| ب | فهرس المحتويات |
| و | الملخص باللغة العربية |
| ح | الملخص باللغة الانجليزية |
| 1 | المقدمة |
| 2 | أهمية الدراسة |
| 3 | إشكالية الدراسة |
| 3 | أهداف الدراسة |
| 4 | تساؤلات الدراسة |
| 4 | منهجية الدراسة |
| 5 | الدراسات السابقة |
| 6 | خطة الدراسة |
| 7 | المبحث التمهيدي: ماهية المرحلة التمهيديّة للتعاقد |
| 8 | المطلب الأول: تعريف المرحلة التمهيديّة للتعاقد |
| 10 | المطلب الثاني: أهمية المرحلة التمهيديّة للتعاقد |
| 13 | الفصل الأول: نطاق المرحلة التمهيديّة للتعاقد |
| 13 | المبحث الأول: المفاوضات التمهيديّة للتعاقد |
| 13 | المطلب الأول: مفهوم المفاوضات التمهيديّة للتعاقد |
| 15 | الفرع الأول: تعريف المفاوضات |

| | |
|----|---|
| 20 | الفرع الثاني: خصائص المفاوضات التمهيدية للتعاقد |
| 24 | المطلب الثاني: المراحل العامة لسير المفاوضات |
| 26 | الفرع الأول: الفرق بين الدعوة للتفاوض والايجاب بالعقد |
| 32 | الفرع الثاني: صور المفاوضات التمهيدية للتعاقد |
| 35 | المطلب الثاني: المستندات الناشئة خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد |
| 36 | الفرع الأول: عقد التفاوض |
| 39 | الفرع الثاني: خطاب النوايا |
| 40 | المبحث الثاني: العقود التمهيدية |
| 40 | المطلب الأول: مفهوم العقود التمهيدية |
| 41 | الفرع الأول: تعريف العقود التمهيدية |
| 43 | الفرع الثاني: خصائص العقود التمهيدية |
| 45 | المطلب الثاني: الوعد بالتعاقد |
| 45 | الفرع الأول: تعريف الوعد بالتعاقد |
| 50 | الفرع الثاني: شروط الوعد بالتعاقد |
| 53 | الفرع الثالث: آثار الوعد بالتعاقد |
| 55 | المطلب الثالث: التعاقد بالعربون |
| 55 | الفرع الأول: تعريف العربون |
| 60 | الفرع الثاني: تكييف التعاقد بالعربون |
| 62 | الفصل الثاني: طبيعة المسؤولية القانونية خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد |
| 62 | المبحث الأول: الالتزامات الناشئة خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد |
| 62 | المطلب الأول: المبادئ التي تحكم المرحلة التمهيدية للتعاقد |
| 63 | الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة |
| 66 | الفرع الثاني: مبدأ حسن النية |

| | |
|-----|---|
| 70 | المطلب الثاني: الالتزامات الناشئة خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد |
| 71 | الفرع الأول: الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية |
| 73 | الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام |
| 77 | الفرع الثالث: الالتزام بضمان سرية المعلومات |
| 79 | المبحث الثاني: المسؤولية القانونية في المرحلة التمهيدية للتعاقد |
| 79 | المطلب الأول: النظريات الفقهية حول طبيعة المسؤولية القانونية في المرحلة التمهيدية للتعاقد |
| 80 | الفرع الأول: نظرية المسؤولية العقدية |
| 83 | الفرع الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية |
| 85 | الفرع الثالث: النظرية المختارة في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد |
| 88 | المطلب الثاني: الجزاء في المرحلة التمهيدية للتعاقد |
| 89 | الفرع الأول: التنفيذ العيني |
| 92 | الفرع الثاني: التعويض |
| 98 | الخاتمة |
| 102 | المصادر والمراجع |

المخلص

تناولت الباحثة في هذه الدراسة نطاق المسؤولية القانونية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات خلال المرحلة التمهيديّة للتعاقد، وقد تم التركيز على هذه المرحلة من مراحل العقد دون غيرها نظرًا لأهميتها ودورها البارز في التأسيس والإعداد للعقد النهائي، فالتوازن العقدي يتحقق كلما كانت تلك المرحلة تسير بشكل جيد.

وتأتي المرحلة التمهيديّة للتعاقد على مرحلتين، الأولى مرحلة المفاوضات، والثانية مرحلة العقود التمهيديّة، وقد وردت العقود التمهيديّة في القوانين المدنيّة محل الدراسة بالتفصيل، بينت فيها صورها ومفهومها والآثار القانونيّة المترتبة عليها، كالوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون.

وفي المقابل لم ينظم المشرع مرحلة المفاوضات ولم يعتبرها من قبيل المرحلة التمهيديّة للتعاقد، معتبرًا إياها مجرد عمل مادي غير ملزم لأطرافه، متجاهلاً التطورات والتغيرات التي طرأت على العقود والمعاملات والتي أدت بدورها إلى تطور مفهوم المفاوضات، فتعدت كونها مجرد حوار بسيط يجري بين أطرافه لتصبح عملية مركبة يتم من خلالها العديد من الإجراءات والتصرفات القانونيّة التي يترتب عليها عددًا من الالتزامات، وإغفال المشرع لتلك المرحلة يعني الرجوع إلى القواعد التقليديّة العامّة في نظريّة الالتزام لتطبيقها على المفاوضات.

وقد جاءت الدراسة للإجابة على تساؤلها الرئيسي وهو مدى إمكانية تطبيق القواعد التقليديّة في نظريّة الالتزام على المفاوضات التمهيديّة للتعاقد، وهل هناك حاجة لاستبدالها بقواعد أخرى أكثر خصوصية؟

وقد خرجت الدراسة بالعديد من النتائج والتوصيات، أهمها ضرورة تدارك الفراغ التشريعي فيما يتعلق بالمفاوضات التمهيدية للتعاقد والعمل على حماية أطراف العملية التفاوضية من خلال تنظيم المسؤولية القانونية المترتبة على الإخلال بالالتزامات الناشئة في تلك المرحلة.

The extent of legal responsibility resulting from failing to fulfil Pre-Contract obligations.

Prepared by: Ghufan S N Shehadeh

Supervisor: Dr. Ali Abu Marya

Abstract

In this thesis, the researcher investigates the extent of legal responsibility resulting from failing to fulfil Pre-Contract obligations with a particular focus on the Pre-Contract obligations compared with other stages of the contractual negotiations. This is due to its significance and prominence in the contract formation and the preparation for the final contract: the balance of legal obligations is determined by the smooth allocation of Pre-Contract obligations between the contracting parties.

The Pre-Contract obligations are divided into two: The negotiation and the Preliminary Contractual stages. The Preliminary Contractual stage has undergone extended research in the civil laws including the formalities, the interpretation and the consequential legal responsibility such as the promise to contract, and the contract which is based on earnest payment.

On the other hand, the legislator did not consider negotiations as part of the Pre-Contract stage merely considering as not legally enforceable stage.

Taking this stance means ignoring the material development and alterations to contracts and transactions fundamental to interpretation of negotiations - which surpassed being merely simplistic dialogue between the parties – to complex set of operation leading to several procedures and legal processes resulting in several obligations.

The neglect of the legislator means a regress which limits the Pre- contract negotiations stage and its interpretation to the traditional general principles of the theory of obligations.

The research aims to find an answer as to what extent could the traditional general principles of the theory of obligations be implemented on the Pre- contract negotiations, and whether there is necessity to replace it with other principles/rules.

The research led to many results and recommendations first and foremost is the importance to rectify the legislative vacuum with regard to the Pre-Contract negotiation and to find viable mechanism to protect the negotiating parties by defining the legal responsibility which result from failure to fulfil the obligations resulted from that stage.

المقدمة

يحظى العقد بمكانة كبيرة في الفقه والقانون، فالمتصفح للقوانين والتشريعات يرى مدى اهتمامها بالعقد وبيان كافة الأحكام القانونية المترتبة عليه، من لحظة إبرامه وكيفية انعقاده، وبيان أركانه وشروط صحته، مروراً بتنفيذه وآثاره، إلى توضيح أسباب انحلاله وانتهائه، وكذلك الأمر بالنسبة للفقه القانوني الذي اهتم بشرح نظرية العقد بالتفصيل، ولم يأت هذا الاهتمام التشريعي من فراغ؛ فالعقد يُعد أكثر مصادر الالتزام شيوعاً واستخداماً بين أفراد المجتمع.

وقد جاءت القوانين متناسبة إلى حد كبير مع طبيعة المعاملات السائدة حينها، فبساطة المعاملات في تلك الفترة لم تكن تفرض على الأفراد الدخول في دوامة ما قبل إبرام العقد، وكان كافياً أن يوضح القانون آلية انعقاد العقد، فبين من خلال نصوصه أنه يتم بمجرد التعبير عن إرادة طرفيه، أي بتلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما، وذلك في العقود التي لا يشترط القانون فيها شكلية معينة لانعقادها.

أما حديثاً وبالتزامن مع التطور التكنولوجي الهائل، والانفتاح على الدول والتوسع في العلاقات، نشأت العقود الالكترونية والعقود الدولية والعقود الاقتصادية المركبة ذات القيمة المالية الكبيرة، والتي لم تكن متداولة في السابق، ولا يتصور في تلك العقود أن تتم بمجرد تعبير أطرافها عن إرادتهما، فالحاجة أصبحت ماسة لأن يسبق ذلك فترة زمنية قد تطول في بعض الأحيان، يحاول من خلالها الأطراف الكشف عن طبيعة العقد المستقبلي، وتبادل الآراء ووجهات النظر، وعقد الاجتماعات واللقاءات، وتحرير المذكرات والمستندات، وفي بعض الأحيان إعداد الخطط والموازنات للعقد المزمع إبرامه، وذلك كله للتقريب بين مصالحهم المتعارضة والتوصل إلى صيغة فضلى لإبرام العقد النهائي متجنبين النزاعات المستقبلية التي قد تنشأ خلال تنفيذ العقد.

وبالتالي فإن الحاصل في تلك العقود أنها أصبحت تمر بمرحلتين أساسيتين، مرحلة تسبق إبرام العقد، تمهد له الطريق تسمى بالمرحلة التمهيدية للتعاقد، والمرحلة الثانية مرحلة إبرام العقد وتنفيذه.

ولم يصاحب التطور في المعاملات والعقود أي تعديل على المواد القانونية لدى أغلب التشريعات، فعلى الرغم من أهمية المرحلة التمهيدية للتعاقد وضرورتها للتوصل إلى عقد لا يشوبه غموض أو نقص، وما ينشأ خلالها من التزامات تقع على عاتق كل من الطرفين، إلا أن المشرع لا يزال معتمداً على الفقه والقضاء لبيان مفهوم تلك المرحلة وما ينتج عنها، وقد أدى هذا الفراغ التشريعي إلى ترسيخ فكرة لدى الأفراد باعتبار مرحلة ما قبل العقد مجرد أعمال تحضيرية غير ملزمة لأطرافها ولا يترتب عليها مسؤولية قانونية.

وسأتناول في هذه الدراسة المرحلة التمهيدية للتعاقد، باعتبارها المرحلة الأكثر أهمية في العقد، والتي تمر ابتداءً بما يسمى بالمفاوضات التمهيدية للتعاقد، بغرض التحضير والإعداد لإبرام العقد، وقد يتجاوز طرفي المفاوضات إبرام العقد إلى إبرام أحد العقود التمهيدية، كالوعد بالتعاقد والذي يرتب التزاماً في ذمة المتعاقدين أو أحدهما بإبرام العقد في المستقبل، أو الاتفاق بأن يدفع أحدهما للآخر مبلغاً مالياً، على أن يحتفظ كل منهما بحق العدول عن العقد مقابل خسارته للمبلغ المدفوع، وهو ما يسمى بالتعاقد بالعربون. وقد تتكلل تلك المرحلة بالنجاح وتحقيق الغاية المنشودة وهي التوصل إلى اتفاق فيما بين الأطراف وإبرام العقد النهائي، أو بطبيعة الحال فشلها وإنهائها دون التوصل لشيء يذكر.

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الدراسة من ناحية معالجتها لمرحلة تعد من أهم المراحل التي يمر بها العقد، وهي المرحلة التمهيدية للتعاقد، والوقوف على جوانب النقص والقصور الذي يعتري التشريع خاصة فيما يتعلق بمرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، وذلك من حيث بيان التزامات الأطراف وحقوقهم في تلك المرحلة،

ونوع المسؤولية القانونية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات، محاولةً بذلك تلافي هذا النقص في مشروع القانون المدني الفلسطيني وتعديله بما يحقق الاستقرار والتوازن العقدي.

إشكالية الدراسة:

تثور إشكالية الدراسة في أن أغلب القوانين المدنية - لا سيما القانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني - عالجت العقد من حيث بيان مرحلته الأخيرة وقواعده وأحكامه، وما يترتب على إبرام العقد من آثار قانونية، في حين أن ذكر المرحلة التمهيدية للتعاقد لم يأتِ على القدر الكافي من التوضيح والتفصيل، حيث اكتفى المشرع بذكر صورتين من العقود التمهيدية في تلك المرحلة وهما الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون، وأغفل ذكر مرحلة المفاوضات ولم يعتبرها من قبيل المرحلة التمهيدية للتعاقد على الرغم من اتساع نطاقها، وكثرة المفاهيم والإشكاليات القانونية الناشئة عنها خاصة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة في تلك المرحلة، ومدى مسؤولية المتفاوض المٌخل بالتزاماته وطبيعة تلك المسؤولية.

وبذلك فإن الإشكالية الرئيسية تتمحور حول الإجابة عن التساؤل الآتي: هل تُعد القواعد القانونية التقليدية في نظرية الالتزام كافية للتطبيق على المفاوضات التمهيدية للتعاقد؟ وهل نحن بحاجة إلى استبدالها بقواعد أكثر خصوصية لتنظيمها بما يتناسب مع طبيعتها القانونية؟

أهداف الدراسة.

1. إبراز الأهمية الكبيرة للمرحلة التمهيدية للتعاقد والدور الأساسي الذي تقوم به.
2. بيان الجوانب القانونية لمرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، من خلال بيان مفهومها وخصائصها والمراحل العامة التي تمر بها وما ينشأ عنها من مستندات.

3. التعرف على أبرز صور العقود التمهيدية المنصوص عليها في القانون المدني، وبيان مفهومها وأحكامها وآثارها القانونية.

4. تحديد نوع المسؤولية القانونية في المرحلة التمهيدية للتعاقد، من خلال شرح أهم المبادئ القانونية التي تحكم تلك المرحلة وماهية الالتزامات الناشئة خلالها.

5. إبراز أوجه القصور في القوانين المدنية فيما يتعلق بمرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، واقتراح التعديلات على مشروع القانون المدني الفلسطيني.

تساؤلات الدراسة.

تطرح هذه الدراسة التساؤلات التالية:

1. ما هو مفهوم المرحلة التمهيدية للتعاقد وما هو نطاقها؟
2. ما مفهوم المفاوضات التمهيدية للتعاقد وما هي أحكامها، وما هو موقف المشرع منها؟
3. ما هي صور العقود التمهيدية؟
4. ما هي الالتزامات الناشئة عن المرحلة التمهيدية للتعاقد؟
5. ما مسؤولية الأطراف في المرحلة التمهيدية للتعاقد، وما هي طبيعتها؟
6. ما هو الجزاء المترتب على عدم تنفيذ الالتزامات خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد؟

منهجية الدراسة.

سأتبع في تلك الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال عرض النصوص القانونية والآراء الفقهية ذات العلاقة، وتحليلها لاستخلاص النتائج منها والتوصل إلى حل لإشكالية الدراسة.

بالإضافة إلى المنهج المقارن، والذي سأحاول من خلاله بيان موقف القوانين المقارنة فيما يتعلق بنطاق المسؤولية القانونية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد، خاصةً

مجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني الأردني لسنة (1976)، إضافة لمشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة (2012)، ومقارنتهم بما ورد في تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم 131-2016 بتاريخ 10-2-2016، وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذه القوانين.

الدراسات السابقة.

- الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل إبرام العقد، (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا).

رسالة دكتوراة للباحث نبيل إسماعيل الشبلاق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، المنشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013.

توصل الباحث من خلال تلك الدراسة إلى عدة نتائج، أبرزها: أن هناك غياب تشريعي واضح فيما يخص مرحلة ما قبل العقد، الأمر الذي أدى إلى حالة من عدم الوضوح تجاه بعض المصطلحات والمفاهيم، سواء لدى التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية، وفي ظل ذلك برز دور الفقه والقضاء في تعريف تلك المرحلة وبيان أبعادها، وتحديد مسؤولية أطرافها.

وفي ضوء ذلك خلصت الدراسة بعدة توصيات، أهمها ضرورة تعديل القوانين الوطنية بإضافة نصوص تتناول مرحلة ما قبل العقد بالتنظيم.

- النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد.

رسالة ماجستير للباحث مصطفى خضير نشمي، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

توصل الباحث من خلال تلك الدراسة إلى عدة نتائج، أبرزها: أن الغاية من تحقيق الالتزامات المترتبة على المفاوضات التمهيدية للتعاقد هي حماية مبدأ حسن النية أولاً، بالإضافة إلى حماية الرضا من عيوب الإرادة وذلك من منظور جديدي متمثل في المرحلة التمهيدية للتعاقد.

وقد خرجت الدراسة بعدة توصيات متعلقة بضرورة تعديل القوانين المدنية محل الدراسة وتنظيم مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد بنصوص قانونية مستقلة.

خطة الدراسة.

للبحث في موضوع المسؤولية القانونية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد، ولتحقيق أهداف الدراسة والإجابة على تساؤلها الرئيسي، فقد قسمت الدراسة إلى مبحث تمهيدي وفصلين اثنين، المبحث التمهيدي بعنوان ماهية المرحلة التمهيدية للتعاقد، تناولت فيه التعريف بالمرحلة التمهيدية للتعاقد وبيان أهميتها وخصائصها.

والفصل الأول بعنوان نطاق المرحلة التمهيدية للتعاقد، وهو يقع على مبحثين اثنين، تناولت في المبحث الأول منه المفاوضات التمهيدية للتعاقد، والمبحث الثاني العقود التمهيدية.

أما الفصل الثاني فهو بعنوان طبيعة المسؤولية القانونية في المرحلة التمهيدية للتعاقد، تناولته على مبحثين اثنين، بحثت في المبحث الأول موضوع الالتزامات الناشئة في المرحلة التمهيدية للتعاقد، والمبحث الثاني المسؤولية القانونية في المرحلة التمهيدية للتعاقد، ثم عرض أهم النتائج والتوصيات التي توصلت لها الباحثة من خلال تلك الدراسة.

مبحث تمهيدي ماهية المرحلة التمهيدية للتعاقد

أولت القوانين والنظم التشريعية اهتمامًا كبيرًا بالعقد وبيان أحكامه كافة، باعتباره المصدر الأول من مصادر الالتزام والأكثر شيوعًا في المجتمع، واهتمت بإعطائه تعريفًا واضحًا محددًا، فقد عرفت مجلة الأحكام العدلية بنص المادة (103) بأنه "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرًا وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول"¹. أما القانون المدني الأردني لسنة (1976) فنص في المادة (87) بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على نحو يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"². بينما اكتفى المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني رقم (4) لسنة (2012) لتعريف العقد على بيان كيفية انعقاده، وذلك بموجب المادة (74) حيث نصت على أنه "ينعقد بمجرد تبادل التعبير عن إرادتي الأطراف وتطابقهما، باستثناء الحالات التي يقرر القانون أوضاعًا معينة لانعقادها"³.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عدل بموجب المرسوم رقم 2016/131 من تعريف العقد، فنص على أنه "توافق إرادتين بين شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء الالتزامات"⁴. بناء على ما سبق فإن العقد ينعقد بتبادل الأطراف التعبير عن إرادتيهما وتطابقهما، أي بمجرد ارتباط الإيجاب الصادر من الطرف الأول بقبول الطرف الثاني، وذلك في العقود التي لا يشترط القانون فيها شكلية معينة لانعقادها كالتسجيل مثلًا في العقود المتعلقة بالعقارات.

¹ مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293هـ.

² القانون المدني الأردني لسنة 1976، المنشور في الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية، 1/ أب/ 1976، العدد 2645

³ القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة (2012).

⁴ [القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 | الموسوعة القانونية \(lawthebestt.blogspot.com\)](http://lawthebestt.blogspot.com)

⁴ بن خدة، حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني

الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، 2018، ص 425

ويتصور ذلك الإجراء في العقود البسيطة والمألوفة التي تتم يوميًا، بينما هناك بعض العقود والتي نشأت لمواكبة التطور والتوسع في العلاقات والمعاملات، كالعقود الالكترونية والعقود الدولية والعقود المركبة وذات القيمة المالية الكبيرة، فلا يتصور في تلك العقود أن تتم بمجرد تلاقي الأطراف وتعبيرهم عن إرادتهم، فلا بد من أن يسبق مرحلة الإبرام مرحلة أولية، تعرف بالمرحلة التمهيديّة للتعاقد، يتم فيها التواصل بين طرفي العقد المستقبلي وعقد الاجتماعات واللقاءات للتوصل إلى اتفاق يتعلق بالعقد النهائي، ولا تقل تلك المرحلة أهميةً عن مرحلة إبرام العقد، بل إنها تستمد أهميتها من العقد ذاته ولما ينشأ عنها من حقوق والتزامات.

المطلب الأول: تعريف المرحلة التمهيديّة للتعاقد.

نتيجة إغفال القانون للمرحلة التمهيديّة للتعاقد فقد تصدى الفقه لمحاولة وضع تعريف لها، فعرفها الفقه الفرنسي بأنها المرحلة التي تحتوي على مجموعة من العمليات التمهيديّة، التي تتمثل في مساعي الأطراف والمباحثات والمشاورات القائمة بينهم وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق¹، وفي تعريف آخر له هي المرحلة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد المستقبلي، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل إن هناك عروض وعروض مضادة².

كما وعرفت بأنها المرحلة السابقة على العقد والتي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمستندات والنقارير، وأحيانًا الاستشارات القانونية والدراسات الفنية، ليكون كل من طرفي تلك المرحلة على بينة من أفضل

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، مجلة جامعة دمشق

للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، ص 308

² لخضر، حليس، مرحلة المفاوضات التعاقدية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، جوان 2017، ص 164

الطرق القانونية التي تحقق مصالحهم، والتعرف على ما ينتج عن الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الأطراف¹.

يتبين لنا من خلال التعريفات السابق ذكرها بأن المرحلة التمهيدية للتعاقد مرحلة متنوعة بالغة الثراء، تضم في طياتها العديد من العمليات التي تهيئ أفضل الظروف لانعقاد العقد، فهي المرحلة التي يتم فيها دراسة شروط العقد المستقبلي وتفصيله، ويكثر فيها التدقيق والتحقيق، والبحث والتنقيب، والنقاش والسؤال، بهدف تكوين تصور أولي متكامل عن العقد المزمع إبرامه مستقبلاً.

ونستنتج من ذلك أن المرحلة التمهيدية للتعاقد متعددة الحلقات، فهي تحتوي على أكثر من مرحلة، من شأن إحداها أن تؤدي للأخرى، فهي تبدأ عادةً بالدعوة للتفاوض حول موضوع العقد، وتتدرج إلى عقد الاجتماعات للمناقشة وتبادل الآراء والأفكار حول العقد وشروط كل طرف من أطرافه، بحيث يحاول كل منهما عرض وجهة نظره لتحقيق مصلحته والوصول إلى صيغة ترضيه للعقد المستقبلي، وقد يحرص الأطراف تقدمًا بحيث يتم الاتفاق على إبرام عقودًا مبدئية سابقة على العقد النهائي.

بناءً عليه، يمكن للباحثة تعريف المرحلة التمهيدية للتعاقد بأنها المرحلة التي تسبق إبرام العقد، والتي يتبادل فيها أطراف العقد المستقبلي أو من يمثلهم وجهات النظر والآراء والأفكار المتعلقة بالعقد، وإبرام عقود تمهيدية من شأنها تمهيد الطريق لإبرام العقد النهائي.

كما وتتصف المرحلة التمهيدية للتعاقد بعدة خصائص تميزها عن مرحلة إبرام العقد، وتوضح الحدود القانونية الخاصة بها، أبرزها أنها مرحلة تمهد الطريق للعقد النهائي، وأنها مرحلة احتمالية.

¹ الأهواني، حسام كامل، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، القاهرة، 1993، ص2

1. المرحلة التمهيديّة للتعاقد مرحلة تمهد الطريق للعقد النهائي.

المرحلة التمهيديّة للتعاقد بما تحتويه من مراحل، مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد ومرحلة العقود التمهيديّة؛ تعمل على التأسيس والتمهيد لإبرام العقد النهائي، فمن شأن النقاشات والحوارات الدائرة بين طرفي المفاوضات التمهيديّة للتعاقد أن تبين مدى حاجتهم لمثل هذا العقد وأهميته بالنسبة لهم، والتقدم في المفاوضات من شأنه تحقيق التوصل إلى إبرام العقد النهائي، من خلال ما يصدر عن الأطراف في تلك المرحلة من اتفاقات مبدئية تنظم سيرها.

والزام الأطراف أنفسهم بإبرام العقد النهائي من خلال إبرام أحد العقود التمهيديّة من شأنه وضع حجر الأساس للعقد المستقبلي وتحديد كينونته من خلال الاتفاق على المسائل الجوهرية له.

2. المرحلة التمهيديّة للتعاقد مرحلة احتمالية.

قد يصل الأطراف من خلال المرحلة التمهيديّة للتعاقد إلى الهدف المنشود، أي إبرام العقد النهائي، وقد تنتهي تلك المرحلة دون تحقيق نتيجة تذكر.

فالأطراف ليسوا ملزمين بإبرام العقد النهائي، وذلك استنادًا لمبدأ سلطان الإرادة، وما ينتج عنه من حرية التعاقد، فيكون للمتفاوضين مطلق الحرية في إتمام التعاقد من عدمه، أو السير قدمًا في المفاوضات أو الانسحاب منها، إلا أن هذا الانسحاب أو القطع المفاجئ للمفاوضات ينبغي ألا يترتب عليه ضرر يلحق بالطرف الآخر، وإلا فإنه سيتحمل مسؤولية ذلك.

المطلب الثاني: أهمية المرحلة التمهيديّة للتعاقد.

مع التقدم والتطور التكنولوجي والذي انعكس بطبيعة الحال على العلاقات والمعاملات، لم يعد الهدف من تلك المرحلة تحقيق أفضل منفعة من العقد المراد إبرامه فقط، بل تعدى ذلك لأسباب اقتصادية ونفسية

وقانونية تعكسها ظروف كل مجتمع على حدة¹، فتطور المعاملات والعقود وتعقدتها، نتج عنها عقوداً حديثة لا تكفي فيها القواعد القانونية المكملة التي تنطبق عليها عند عدم وجود اتفاق يخالفها.

وتعد المرحلة التمهيدية للتعاقد مرحلة أساسية في العقد، خاصة إذا امتدت فترتها الزمنية وقطع الطرفان فيها شوطاً كبيراً، وتزداد أهميتها بزيادة قيمة العقد وطبيعته، فالحاجة لها أكبر في العقود الدولية والعقود الالكترونية والعقود المركبة والضخمة ذات القيمة المالية الكبيرة، على غرار العقود اليومية والبسيطة التي وإن سبق إبرامها حوار وتفاوض بين طرفيه إلا أنها ليست بذات أهمية العقود السابق ذكرها، وذلك لما تتضمنه في تلك العقود من إجراءات تحمل أطرافها التزامات وواجبات يجب عليهم احترامها وإلا تحملوا مسؤولية الإخلال بها.

كما أن نجاح العقد النهائي وتنفيذه دون أي نزاع بين طرفيه مرهون بحسن التحضير والتمهيد في المرحلة السابقة على إبرامه، فكلما كان الإعداد في المرحلة التمهيدية للتعاقد جيداً، كلما كان العقد موزوناً لا تشوبه شائبة، فتعبير الأطراف عما يدور في خلدكم من أفكار ونقاشهم حول العقد المراد إبرامه بكل حرية، والتقريب بين وجهات النظر وتنظيم تلك المرحلة باتفاقهم حولها، كل ذلك يكفل إبرام العقد النهائي وتنفيذه دون خلافات أو نزاعات مستقبلية، مما يبعث على الاطمئنان والراحة لدى أطرافه.

وتكمن أهمية المرحلة التمهيدية للتعاقد في أنها تساهم في تفسير ما يكتنف العقد من غموض، وذلك بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين المشتركة من خلال المرحلة التي سبقت إبرام العقد، والنظر فيما تم فيها من نقاش وتبادل للآراء والأفكار وما تم الاتفاق عليه، للكشف عن النقص والخلل في صيغة العقد النهائي².

¹ لطفى، محمد حسام محمود، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995، ص3

² دسوقي، محمد إبراهيم، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، 1995، ص17

بالإضافة إلى ما تحققه المرحلة التمهيديّة للتعاقد من توازن عقدي، فإنها تحقق التوازن من الناحية الاقتصادية أيضًا، وذلك في حال اتفاق الطرفين على بند إعادة التفاوض عند حدوث ظروف استثنائية تجعل من تنفيذ العقد مرهقًا على أحد الأطراف، فوجود مثل هذا البند والاتفاق عليه قبل إبرام العقد يشكل طوق النجاة للمدين المتضرر، فيمكن للأطراف التفاوض مرة أخرى وتعديل الالتزامات المرهقة¹.

¹ حمود، عبدالعزيز المرسى، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى، دراسة مقارنة، 2005، ص3

الفصل الأول

نطاق المرحلة التمهيدية للتعاقد

غالبًا ما يمر العقد بفترة أولية سابقة على انعقاده باتًا ونهائيًا، يمهد فيها الأطراف لإبرامه، وتُفتح عادةً بالدعوة للتفاوض والذي قد يؤدي إلى إبرام العقد النهائي أو تجاوز ذلك بإبرام أحد العقود التمهيدية، أو بطبيعة الحال فشل التفاوض وقطعه وعدم التوصل لأي شيء.

ولمعرفة نطاق المرحلة التمهيدية للتعاقد، يتوجب علينا بيان المراحل التي تمر بها، وتحديد مفهوم كل مرحلة على حدة، وبيان صورها وأحكامها والإشكاليات القانونية التي تتخللها.

المبحث الأول

المفاوضات التمهيدية للتعاقد

يقع هذا المبحث على ثلاثة مطالب، المطلب الأول بعنوان مفهوم المفاوضات التمهيدية للتعاقد، والثاني بعنوان المراحل العامة التي تمر بها المفاوضات، والمطلب الثالث المستندات الناشئة في مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول: مفهوم المفاوضات التمهيدية للتعاقد

سرعان ما يتبادر إلى الأذهان عند سماع مصطلح المفاوضات البُعد السياسي له، لكثرة استخدامه في ذلك المجال، إلا أن هذا لا يعني حصره في ذلك دون المجالات الأخرى، فيسري التفاوض على العلاقات الاقتصادية وهو ليس بالظاهرة الحديثة فيها، فهو موجود منذ وجود البشرية، مع اختلاف مظاهره وصوره باختلاف الزمان.

فالإنسان كائن اجتماعي فُطر على السعي لتكوين العلاقات الاجتماعية مع من حوله، وهو ما أدى لنشوء العلاقات المالية فيما بينهم، والمتمثلة في مقايضة ما ينتجه الفرد مع ما يملكه الآخرين، وقد

كانت عملية المقايضة تتم عبر حوار بسيط يُفضي إلى إتمامها، وهذا الحوار ليس سوى عملية تفاوضية بسيطة¹، واستمر التعامل بهذا الشكل بين الأفراد لفترة طويلة، ومع تقنين القوانين جاءت النصوص القانونية متلائمة مع ما هو سائد في المجتمعات، فالتركيز على الأثر الناتج عن عملية التفاوض -الايجاب والقبول- أولى من الاهتمام بالتفاوض ذاته.

إلا أن التطور الحاصل في العلاقات والمعاملات، أدى إلى تغير ملامح العملية التفاوضية، لتتحول من مجرد حوار بسيط إلى عملية مركبة تأخذ وقتًا وحيزًا من العملية التعاقدية، وتحتوي على الكثير من المسائل القانونية التي تُثار خلالها، وتتسأ فيها الالتزامات الواجب على الأطراف احترامها وإلا كانوا موضع مساءلة قانونية.

وعلى الرغم من هذا التطور إلا أن أغلب التشريعات تجنبنا تنظيمها، كالمشرع الفلسطيني على الرغم من حداثة مشروع القانون المدني الفلسطيني مقارنةً بغيره من التشريعات العربية، مكتفين بما أورده الفقه والقضاء في هذا الخصوص، على غرار التشريعات الغربية التي بدأت بالإشارة إلى المفاوضات في منتصف القرن العشرين، وأبرزها المشرع الفرنسي الذي توج المرسوم الصادر بتعديل قانون العقود الفرنسي بتنظيمه للمفاوضات معتمدًا في ذلك على الأحكام القضائية المتعلقة بها، بالإضافة لبعض الدول الأخرى التي نظمت التفاوض في تشريعاتها كالإيونان وإيطاليا ويوغسلافيا².

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص309

² لطفی، محمد حسام محمود، المرجع السابق، هامش صفحة 16

الفرع الأول: تعريف المفاوضات.

قبل بيان المعنى الاصطلاحي للمفاوضات يجب التطرق لبيان المعنى اللغوي لها، فالمفاوضة لغةً تعني المساومة والمشاركة¹، والمجاراة في الأمر²، وفاوضه في الأمر مفاوضة أي بادلته الرأي فيه بغية التوصل إلى تسوية، والمفاوضة تبادل الرأي بين ذوي الاختصاص بغية التوصل لتسوية واتفق³.

أما اصطلاحًا فقد تصدى الفقه لبيان مفهوم المفاوضات وتعددت التعريفات التي وردت بخصوصها، فيرى الدكتور محمد إبراهيم الدسوقي أن المفاوضات هي العملية التي تسفر عن وضع ملامح محددة للعقد الذي يهدف المتفاوضان إلى إبرامه⁴، بينما عرّفها الدكتور علي محمد جود على أنها حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية توافق إرادتهما حول محل العقد المتفاوض بشأنه⁵.

أما في الفقه الفرنسي فقد عرّفها العميد كاربونييه بأنها المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة العقد ومناقشة شروطه، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد انعقد، إذ ليس هناك إيجابًا بالعقد قد تم قبوله، وإنما عروض ويقابلها عروض مضادة فحسب⁶، كما ويقصد بها المرحلة التي يتبادل فيها أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية وجهات النظر ويناقشون المقترحات، بقصد تحديد موضوع العقد بهدف إبرامه مستقبلاً⁷.

¹ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج5، بيروت، دار صادر، ص170-171

² الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم، القاموس المحيط، ط1، 2009، شركة القدس للنشر والتوزيع، ص652

³ المعجم الوسيط

⁴ دسوقي، محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص30

⁵ علي، أبحار حامد حبش، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة الإسراء الخاصة، الأردن، 2015، ص9

⁶ صليحة، بن أحمد، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006، ص10

⁷ السرحان، عدنان إبراهيم/ خاطر، نوري حمد، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، دراسة مقارنة، دار الثقافة

للنشر والتوزيع، 2012 ص92

ودولياً فقد نصّ الحكم التمهيدي الصادر عن غرفة التجارة الدولية على اعتبار المفاوضات مرحلة يتعهد خلالها الأطراف التفاوض أو متابعة التفاوض بهدف الوصول في النهاية لإبرام العقد، والذي لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي لانعقاده في أي حال من الأحوال¹.

ونستنتج من خلال التعريفات السابقة أنها اتفقت على أن المفاوضات التمهيدية للتعاقد تهدف لأن يتوصل أطرافها إلى اتفاق متعلق بالعقد النهائي، وما يستدعي ذلك من نقاش وحوار وتبادل للآراء والمذكرات والوثائق، فالمفاوضات يجب أن تحتوي على عناصر ثلاثة حتى يُعتد بها مستقبلاً وتصح لأن ترتب التزامات على طرفيها.

أولاً: عناصر المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

1. التفاعل والمناقشة والمشاركة بين طرفي العملية التفاوضية.

فمن خلال المفاوضات التمهيدية للتعاقد يتواصل الأطراف ويتبادلون وجهات النظر حول العقد المراد إبرامه مستقبلاً، فلا تقوم المفاوضات دون نقاشٍ بين طرفيها، سواء تم هذا النقاش بحضور الأطراف وجاهياً من خلال عقد اللقاءات والاجتماعات، أو عن طريق تبادل الرسائل والمذكرات، كالمراسلات الالكترونية خاصةً في المعاملات التجارية الدولية².

ولا يشترط حضور أطراف العقد أنفسهم، بل يجوز أن تتم المفاوضات عبر وسيط أو ممثل عن كلا الطرفين، ينقل إرادة من يمثله للطرف الآخر.

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 309

² علي، أبحار حامد حبش، المرجع السابق، ص 11

وهذا النقاش والتفاعل ما بين الأطراف هو الذي يبرر ترتيب بعض الالتزامات على عاتق الطرفين في المرحلة التمهيديّة للتعاقد¹، فوصول المتفاوضين إلى نقطة متقدمة في المفاوضات يحملهم مسؤولية عما يبدر عنهم من تصرفات تضر بمصلحة الطرف الآخر.

2. التوفيق بين المصالح المتعارضة لطرفي العملية التفاوضية.

فالهدف من النقاش والتفاعل بين المتفاوضين هو التقريب والتوفيق بين مصالحهم المتعارضة، فيحاول المتفاوضين من خلال ذلك تقريب وجهات النظر والاتفاق على نقاط مشتركة حول العقد وشروطه، ووضع أسس يرتضونها للوصول إلى إبرام العقد النهائي.

وبما أن المصالح المتعارضة هي محور العملية التفاوضية فلا يتصور أن تتم بين الشخص ونفسه أو من يمثله، بل يشترط فيها أن تتم بين طرفين متقابلين، فالمفاوضات الدائرة بين مدير الشركة ومستشاريه حول العقد المستقبلي لا تعد من قبيل المفاوضات التمهيديّة للتعاقد لأنها لا تعبر عن إرادة الطرفين، ولا يترتب عليها أي التزام سابق على التعاقد، وبالتالي لا يمكن الرجوع إليها مستقبلاً لتفسير ألفاظ العقد النهائي².

3. هدف الأطراف للسعي نحو إبرام العقد بجديّة وإخلاص.

وهذا العنصر يعني أن كل من طرفي العملية التفاوضية يسعى جدياً لإبرام العقد ويوحي للطرف الآخر أن ذلك بات قريب الاحتمال³، أو أنه على وشك التوقيع على العقد النهائي، وهذا ما يبرر الالتزام

¹ دسوقي، محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص22

² دسوقي، محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص22

³ علي، أبحار حامد حبش، المرجع السابق، ص 11

الخاص الواقع على عاتق الأطراف بعدم الانسحاب من المفاوضات بوقت غير مناسب أو دون مبرر وسبب مشروع¹.

كما أن توافر هذا العنصر يمكن الأطراف أو القاضي بعد انعقاد العقد النهائي من الرجوع إلى ما تم في تلك المرحلة من تداول أو تبادل للأفكار أو المذكرات، واعتبارها مفسرة للعقد وألفاظه ومكملاً له.

ومع ذلك قد لا يتوصل الأطراف إلى اتفاق بإبرام العقد النهائي، ولا يترتب على ذلك أي مسؤولية، فيكفي أنهم قد بذلوا ما بوسعهم للتوصل إلى اتفاق وتصور مشترك.

فهناك العديد من العوامل والمؤثرات التي تحكم سير العملية التفاوضية، فخبرة الأطراف الفنية والقانونية وحسن إدارتهم للتفاوض، وقدرتهم على الإقناع وتحليلهم بالمرونة والدبلوماسية كل ذلك من شأنه أن يجعل من إبرام العقد أمراً قريب الاحتمال من عدمه.

وبناءً عليه يمكن للباحثة تعريف المفاوضات على أنها المرحلة التمهيدية للتعاقد والتي يلجأ لها أطراف العقد المستقبلي لتبادل الآراء ووجهات النظر وأي عملية من شأنها الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي.

ثانياً: أهمية المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

تلعب المفاوضات التمهيدية للتعاقد دوراً هاماً في العقود المقترنة بها، خاصة العقود الدولية والالكترونية والعقود المركبة والضخمة، والتي لا يتصور إبرامها دون مرورها بالمفاوضات.

فالمفاوضات التمهيدية للتعاقد تقوم بدور وقائي في الحدّ من النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل بين الأطراف²، ففي تلك المرحلة يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والأمور التي يمكن

¹ دسوقي، محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص23

² صليحة، بن أحمد، المرجع السابق، ص15

أن تشكل نقطة خلاف بين الأطراف مستقبلاً، والخروج بتصوّر مشترك حول العقد، وتحديد أهم التزامات الأطراف وحقوقهم، وهذا من شأنه أن يجعل الاختلاف بين الطرفين مستقبلاً أمراً بعيد الحدوث.

من ناحية أخرى، تبرز الأهمية القانونية لتلك المرحلة في كونها الأساس الذي يفصل بين عقود الإذعان وعقود المساومة، وذلك لأن المرحلة التمهيديّة للتعاقد قائمة على أساس التفاعل والنقاش وتبادل الأفكار بين طرفي العقد المستقبلي، وهذا ما يتحقق في عقود المساومة، بينما عقود الإذعان تقوم على فكرة أن يفرض أحد المتعاقدين على الآخر شروطه دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها¹.

ولعل أهم ما يميز تلك المرحلة أنها تجعل الإيجاب من صنع الطرفين معاً²، فالإيجاب هنا وليد الإرادة المشتركة لطرفي العقد³، فقد يصدر عن أحدهم إيجاباً حول عقد معين، ويرفضه الطرف الموجه إليه، ويتم التفاوض بشأنه إلى أن يتوصل الطرفين معاً إلى الإيجاب البات الذي ينعقد به العقد.

كما أنها تبين مدى اتجاه نية الطرف الآخر للدخول في تعاقد حقيقي، ومدى جدّيتهم واستعدادهم للمضي قدماً في مرحلة التفاوض وذلك يتبين من خلال مدى استعداد الأطراف لقبول الشروط المتبادلة⁴، خاصّة أن تلك المرحلة قد تستغرق فترة طويلة من الزمن، وتستوجب عقد عدة اجتماعات للتفاوض، والكشف عن بعض الأسرار التي قد لا يرغب الأطراف في الكشف عنها في تلك المرحلة، فجديّة الأطراف في التفاوض من شأنها أن تجعلهم أكثر راحة وطمأنينة وسعي للتوصل إلى اتفاق مستقبلاً.

¹ دسوقي، محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص15/ صليحة، بن أحمد، المرجع السابق، ص13

² دسوقي، محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص18

³ علي، أبحار حامد حبش، المرجع السابق، ص14

⁴ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص312

الفرع الثاني: خصائص المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

تتصف مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد التي يمر بها العقد قبل انعقاده بعدة خصائص تميزها عن غيرها، كمرحلة إبرام العقود التمهيدية أو مرحلة إبرام العقد النهائي، لا بد لنا من توضيحها لمعرفة حدود تلك المرحلة وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات وإشكاليات قانونية.

أولاً: المفاوضات التمهيدية للتعاقد رضائية.

فلا يمكن أن تبدأ المفاوضات بالصدفة، إذ لا بد من تراضي الطرفين واتفاقهما على البدء بالتفاوض حول عقد ما، سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً، مكتوباً أم شفهيّاً، فالمفاوضات التمهيدية للتعاقد تختلف عن الأعمال المادية التي تحدث فجأة دون إرادة فاعله كحوادث الطرق على سبيل المثال¹.
وكون هذه المرحلة قائمة على المشاركة والتعاون وتبادل وجهات النظر فلا يتصور الإكراه أو الإجبار فيها، فلا يمكن إجبار شخص للدخول في مفاوضات لعقد لا يريد أن يكون طرفاً فيه، وذلك بعكس مرحلة إبرام العقد التي قد يتخللها الإكراه.

ثانياً: المفاوضات التمهيدية للتعاقد هي مرحلة تمهد لإبرام العقد.

فالمفاوضات التمهيدية للتعاقد وما ينشأ عنها من تصرفات قانونية؛ كعقود التفاوض المبرمة بين طرفيها أو العقود التمهيدية الناشئة عنها، تعد حجر الأساس لقيام العقد.

فالمناقشات والمباحثات واللقاءات المنعقدة بين الطرفين من شأنها أن تؤدي إلى قدرة أطراف العملية التفاوضية على تقدير مدى أهمية العقد المتفاوض بشأنه، ففي حال رأى الأطراف أو احدهما عدم جدوى

¹صلحية، بن أحمد، المرجع السابق، ص12

العقد النهائي بالنسبة له، يمكن له الانسحاب من المفاوضات وعدم إكمالها، بشرط أن لا يؤدي هذا الانسحاب إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر.

وفي حال كان العقد النهائي من الأهمية بمكان بالنسبة لهما فإن المناقشة الدائرة بين الأطراف تهدف إلى التوصل إلى أفضل شروط العقد التي تحقق أقصى منفعة لهما.

ثالثاً: المفاوضات التمهيدية للتعاقد ذات نتيجة احتمالية.

فالشائع خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية خضوعها لمبدأ حرية التعاقد، فالأطراف في تلك المرحلة ليسوا ملزمين على إبرام العقد النهائي، وهم حين قرروا البدء في المفاوضات لا يكونوا على علم بالنتيجة التي ستؤول إليها، فيمكن لتلك المرحلة أن تتكامل بالنجاح وإبرام العقد النهائي المتفاوض عليه، أو تنتهي بالفشل وعدم التوصل لشيء يذكر بغض النظر عن أسباب فشلها.

والقاعدة في تلك المرحلة أن ليس كل من تفاوض على العقد ملزماً بإبرامه، بما أن القانون الذي يحكمها هو ان كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد¹.

رابعاً: المفاوضات التمهيدية للتعاقد مرحلة ثنائية على الأقل.

فالمفاوضات لا تتم إلا بقاء شخصين أو أكثر، يحمل كل منهم وجهة نظر خاصة به، بحيث يحاول كل طرف في تلك المرحلة أن يفرض رأيه ويحقق مصلحته للوصول إلى العقد النهائي بالصورة التي يرتضيها لنفسه.

وبما أن المفاوضات قائمة على التفاعل والحوار والنقاش المشترك للتقريب بين المصالح المتضاربة، فلا يمكن أن تتم إلا بتواصل طرفين متقابلين²، بناء عليه فإن التفاوض الدائر بين الشخص ومستشاريه لا

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 317

² صليحة، بن أحمد، المرجع السابق، ص 12

يعد من قبيل المفاوضات التمهيدية للتعاقد، على الرغم من تعدد الأشخاص إلا أن المصلحة واحدة بالنسبة لهم.

خامساً: الظروف المحيطة بالمفاوضات التمهيدية للتعاقد.

تختلف الظروف المحيطة بالتفاوض باختلاف طبيعة العقد وأهميته، فقد ترتفع تكلفة المفاوضات التمهيدية للتعاقد بالنظر إلى إجراءات التفاوض، فقد يتوجب على الأطراف المتفاوضين فيما يتعلق بالعقود الكبيرة ذات القيمة المالية المرتفعة، والعقود الدولية عقد اجتماعات متكررة، للوصول إلى اتفاق مشترك بينهم، وقد تتم تلك اللقاءات في أماكن مختلفة، قد يتطلب في بعض الأحيان سفر المتفاوضين أو أحدهم.

وقد تتم المفاوضات عبر وسيط ينقل رأي من يمثله للطرف الآخر، مما قد يتطلب في بعض الأحيان رجوع الوسيط للمتفاوض لأخذ موافقته أو رأيه فيما يتعلق ببعض شروط التفاوض، وهذا ما يترتب عليه أحياناً زيادة أجر الوسيط، أو إطالة فترة التفاوض.

أما عن موقف المشرع الفلسطيني والأردني فإنها لم ينظما المفاوضات التمهيدية للتعاقد صراحةً، تاركين الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، والذي استند إلى بعض النصوص القانونية غير المباشرة والتي أشارت ضمناً إلى تلك المرحلة.

فقد نصت المادة (100) من القانون المدني الأردني على " 1. يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها اما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة.

2. وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد وإذا

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

ويقابلها نص المادة (85) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي جاء فيها "1. إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا ان العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها، عد العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

2. الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية لا يكفي لإلزام الطرفين ولو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة".

ويستفاد من هذه النصوص أن المشرعين الفلسطينيين والأردني؛ وإن لم ينصا صراحةً على المفاوضات التمهيدية للتعاقد إلا أنهما اعترفا بها بصورة غير مباشرة كمرحلة تُقضي إلى إبرام العقد النهائي، إذ لا يكفي الاتفاق على بعض المسائل لانعقاد العقد، بل يجب أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي تناوَض عليها الأطراف للقول بانعقاد العقد، ولا يشترط الاتفاق على المسائل التفصيلية أو الثانوية للقول بالانعقاد، إلا في حال اتفق الطرفان على عدم انعقاد العقد وإرجاء ذلك إلى أن يتم الاتفاق على تلك المسائل.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد كان أكثر وضوحاً، فقد رسخ فكرة المفاوضات التمهيدية للتعاقد في نصوص قانونية مستقلة، وذلك بموجب المرسوم الجديد، في المواد من 1112-2/1112، معتمداً في ذلك على السوابق القضائية الفرنسية في هذا الخصوص على مدى العقود، حيث تبنى قرارات قضائية مشهورة من خلال ثلاثة عناصر، هي حرية المفاوضات مع تقييدها بمبدأ حسن النية، والالتزام بالإعلام،

و ضمان الحفاظ على سرية المعلومات خلال مرحلة المفاوضات¹، فنصّ في المادة (1104) على أن "العقود يجب التفاوض بشأنها، وإبرامها وتنفيذها بحسن نية"².

وحسناً صنع المشرع الفرنسي حين قام بتنظيم مرحلة المفاوضات التمهيدية في نصوص مستقلة، وعدم الركون فقط لما ورد في اجتهادات القضاء والفقهاء، ونرى أن المشرع الفلسطيني يجب أن يحذو حذوه ويتدارك الفراغ التشريعي فيما يخص تلك المرحلة، فالعملية التفاوضية لم تعد كما كانت سابقاً عملية بدائية بسيطة، بل أصبحت نظاماً معقداً يحتوي على العديد من العمليات التحضيرية التي تمهد لإبرام العقد، ومن خلالها يطلع الأطراف على أسرار ومساءل حساسة تمس بسمعة الشركات، والمضي قُدماً فيها وقطع شوط كبير من شأنه إنفاق مبالغ مالية طائلة، سواء على إعداد الخطط والمشاريع، أو تكاليف السفر وعقد الاجتماعات، أو نفقات للوسيط إذا كانت المفاوضات تتم عبره.

المطلب الثاني: المراحل العامة لسير المفاوضات

تتكون المفاوضات التمهيدية من نقطة بداية تُفتتح بها المفاوضات، ونقطة نهاية تنتهي عندها، ويتخلل ذلك العديد من الإجراءات والخطوات التي من شأنها التمهيد لإبرام العقد النهائي.

ولمعرفة المراحل التي تمر بها المفاوضات التمهيدية للتعاقد، لا بد من توضيح حدودها؛ أي بدايتها ونهايتها، وذلك للفصل بينها وبين المراحل الأخرى المتشابهة بها، كمرحلة إبرام العقود التمهيدية، ومرحلة إبرام العقد النهائي.

¹ بن خدة، حمزة، المرجع السابق، ص 430/ شندي، يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود:

المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، ملحق خاص-العدد 2- الجزء الثاني، نوفمبر 2017، ص 499

² شندي، يوسف، المرجع السابق، هامش صفحة 499

وعند البحث في الموضوع اتضح أن الفقه قد اتفق حول النقطة التي تبدأ عندها مرحلة المفاوضات، إذ أنها تفتتح بالدعوة إلى التفاوض، بينما اختلف حول النقطة التي تنتهي عندها تلك المرحلة وانقسم إلى رأيين.

فالرأي الأول يرى أن المفاوضات التمهيدية للتعاقد تضم كل مرحلة ما قبل التعاقد، أي أنها تشمل مرحلة التفاوض وتبادل الآراء والأفكار، ومرحلة صدور الإيجاب من الطرف الأول ومطابقة قبول الطرف الثاني له، وبناءً على هذا الرأي فإن المفاوضات التمهيدية للتعاقد تنتهي عند إبرام العقد بشكل نهائي¹.

بينما يرى أصحاب الرأي الثاني أن المفاوضات تنتهي عند صدور الإيجاب البات من أحد المتفاوضين، إذ أنه وبذلك يكون التفاوض قد حقق الغاية منه وهي التوصل إلى إبرام العقد النهائي بالاتفاق على مسائله الجوهرية².

وهذا ما تؤيده الباحثة، فلا يمكن القول بأن تصدير الإيجاب ومطابقة القبول له يعد من قبيل المفاوضات التمهيدية للتعاقد، إذ أن أهم ما يميز مرحلة التفاوض عن مرحلة صدور الإيجاب هو تحديد المسائل الجوهرية للعقد والاتفاق عليها، إذ أنه وبمجرد وصول الأطراف إلى اتفاق على المسائل الجوهرية للعقد تكون المفاوضات قد حققت الغاية منها، وهو وضع تصور مشترك للعقد المراد إبرامه، فالإيجاب يعد عرضاً كاملاً للعقد، يشترط فيه أن يكون محددًا بقدر كافي، وطالما أن الأطراف قد اتفقا على ذلك يعني انتهاء المفاوضات والدخول في مرحلة إبرام العقد، إلا في حال إذا ما عدّل الطرف الآخر من الإيجاب، فبذلك يسقط ويدخل الطرفان في دائرة المفاوضات مرة أخرى، إلى حين الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد.

¹ حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص 9

² حمود، عبد العزيز المرسي، المرجع السابق، ص 10

الفرع الأول: الفرق بين الدعوة للتفاوض والايجاب بالعقد.

إن الايجاب كما تبين سابقاً هو الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد ومرحلة إبرام العقد، ولذلك يتوجب علينا بيان الفرق بين كل منهما لأهمية ذلك من الناحية القانونية.

أولاً: الدعوة للتفاوض.

تعرف الدعوة للتفاوض بأنها عبارة عن عرض يوجهه أحد الأشخاص لشخص محدد أو لأفراد المجتمع بشكل عام، يعبر فيه عن رغبته في التفاوض على عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل دون بيان كل أركان العقد الجوهرية¹.

فالدعوة للتفاوض هي مجرد إعلان أو عرض لرغبة أحد الأشخاص في التفاوض حول العقد وليس إعلاناً لإبرام العقد النهائي، لذلك لا يشترط في تلك الدعوة أن يحدد المعلن أو الداعي كافة الشروط والمسائل الجوهرية للعقد المراد التفاوض بشأنه، بل يكفي لذلك ذكر بعض المسائل التي توضح للجمهور بشكل عام ماهية العقد المراد التفاوض بشأنه وطبيعته.

ومن قبيل ذلك أن يعرض البائع سلعةً ما للبيع دون بيان ثمنها، أو أن يعلن عن تأجير منزله دون بيان الأجرة، وفي ذلك نصت المادة (94) من القانون المدني الأردني على " 1. يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجاباً.

2. أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات

موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك ايجاباً وإنما يكون دعوة للتفاوض".

¹ نشمي، مصطفى خضير، النظام القانوني للمفاوضات التمهيديّة للتعاقد، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص25

ونصت المادة (79) من مشروع القانون الفلسطيني على أنه "يعد عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجاباً، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعرض، او بطلبات موجهة للجمهور أو لأفراد معينين فلا يعد ايجاباً، ما لم يظهر العكس من ظروف الحال".

إذن فالمرحلة الأولى التي تمر بها المفاوضات هي الدعوة للتفاوض، ويطلق عليها الفقه الايجاب بالتفاوض¹، وأهم ما يميز الايجاب بالتفاوض عن الايجاب بالعقد هو عدم احتوائه على تفاصيل العقد الجوهرية وعدم اشتراط شكل معين له.

لذلك فإن الأصل في الدعوة للتفاوض أنها لا ترتب أي التزام على عاتق الطرفين²، المعلن والمعلن له، فهي بهذا المعنى مجرد عمل مادي غير ملزم، واستناداً لمبدأ سلطان الإرادة فكل طرف يتمتع بالحرية الكاملة في التعاقد من عدمه، فيستطيع المعلن التراجع عن دعوته، ولا يلزم المعلن له بقبول الدعوة.

وفي ذلك حكمت المحكمة العليا بغزة بصفتها محكمة نقض في قضية مفادها أن المطعون ضدها أقامت دعوى صلحية تطالب من خلالها الطاعنين دفع مبلغ 15 ألف دينار أردني مقابل تنازلها عن حصتها من الأرض المتنازع عليها بموجب حجة مخارجة أقرت فيها صورياً بقبض المبلغ المذكور، إلا أن الطاعنين نازعوا في الثمن باعتبار أنه مبالغاً فيه وأن المطعون ضدها قد تنازلت فيما بعد بطلبها مبلغ 10 آلاف دينار أردني، وقد قضت محكمة النقض على أن طلب المطعون ضدها مبلغ عشرة آلاف دينار لم يكن سوى عرضاً بالتفاوض من قبلها لإخوتها لم يصادف قبول، ولا يعتبر تنازلاً عما ادعت به، ولا يمكن تصنيفه كإقرار منها أو تعديل لقيمة مطالبتها وادعائها³.

¹ صليحة، بن أحمد، المرجع السابق، ص26

² السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ص 207

³ حكم المحكمة العليا بغزة بصفتها محكمة نقض في الطعن رقم 48/2004 / والمنشور في المقتني [قرار \(birzeit.edu\)](http://birzeit.edu)

ويعني ذلك أن قطع المفاوضات لا يترتب عليه أي مسؤولية إلا إذا ألحقت الضرر بالطرف الآخر، عندها يلتزم من قام بقطع التفاوض بتعويض الطرف المتضرر، إلا أن الفقه اختلف في أساس المسؤولية حينها فهي عقدية أم تقصيرية، وهذا ما سنبحثه بالتفصيل في الفصل الثاني من الدراسة.

1. صور الايجاب بالتفاوض.

ويأتي الايجاب بالتفاوض على صورتين، فقد يكون صريحًا أو ضمنيًا.

فالايجاب الصريح بالتفاوض أو ما يطلق عليه بالدعوة المقترنة بأسس التفاوض، يكون عندما يعبر المعين عن رغبته بالتفاوض بشكل صريح مع تحديد القواعد التي سيجري عليها، بحيث لا يختلط الأمر على من وجهت له الدعوة بالتفاوض على أن ذلك يعد من قبيل الايجاب بالتفاوض وليس ايجابًا بالعقد¹.

أما الايجاب الضمني بالتفاوض فيتحقق في حال ما إذا كان الطرف المعين لم يصرح عن نيته الفاطعة بالتفاوض على العقد ولكنها تستخلص من ظروف الحال، ففي هذه الحالة تكون الدعوة مجردة للتفاوض²، وتتحق تلك الصورة عندما يدعو أحد الأطراف الآخر للدخول في مفاوضات متعلقة بعقد ما دون تحديد مسأله وشروطه الجوهرية، كأن يضع شخص ما لافتة على منزله كتب عليها للبيع أو للايجار.

إضافة إلى حال كون العرض متضمنًا لجميع عناصر العقد الجوهرية غير أن شخصية المتعاقد محل اعتبار، ففي هذه الحالة لا يشكل العرض ايجابًا وإنما دعوة للتفاوض، وهو الايجاب المقترن بتحفظ³.

¹ حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص21

² دسوقي، محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص26

³ صليحة، بن أحمد، المرجع السابق، ص25

2. قبول التفاوض.

للقول بأن التفاوض قد بدأ وانعقد، لا بد من أن يرتبط بالدعوة للتفاوض قبولاً ممن وجهت له الدعوة، واستناداً لحرية التعاقد فإن من وجهت له الدعوة بالتفاوض له مطلق الحرية في قبولها من عدمه، فلا يترتب على رفضها أي أثر قانوني، وإذا قبلها يدخل الطرفان في دائرة المفاوضات التمهيدية للتعاقد ويبدأ الحوار المشترك بينهما للخروج بتصوير مشترك عن العقد المتفاوض بشأنه.

وقد يكون قبول التفاوض صريحاً، أي يعبر القابل عن إرادته بشكل صريح للدخول في مفاوضات تمهيدية متعلقة بالعقد المستقبلي، وقد تكون موافقته ضمنية، وذلك بقيامه بأي فعل أو تصرف يعبر عن قبوله للتفاوض، كذهاب الشخص لمالك المنزل الذي أعلن عن عرضه للبيع ومناقشته إياه حول الثمن على سبيل المثال.

ثانياً: الإيجاب

يقصد بالإيجاب التعبير الذي يصدر عن أحد المتعاقدين، يعلن فيه عن عزمه على التعاقد مع آخر في حال صدور قبول منه¹، أو هو تعبير بات عن إرادة شخص يعرض على آخر أو للجمهور إبرام عقد ما طبقاً لشروط معينة، بحيث إذا اقترن به قبول انعقد العقد².

وقد عرّفه جاك غستان بأنه إبداء إرادة أحادية الجانب واضحة وحازمة ومجردة من أي لبس يعترضها، حيث إذا اقترنت بقبول من وجهت إليه كان ذلك كافياً لانعقاد العقد³.

¹ منصور، امجد محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الاحكام

العقدية والفقهاء الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 2015، ص80

² حمود، عبدالعزيز المرسى، المرجع السابق، ص12

³ صليحة، بن أحمد، المرجع السابق، ص23

وفي ذلك نصت المادة (101) من مجلة الأحكام العدلية على أن "الايجاب أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف"، وجاء في المادة (1/91) من القانون المدني الأردني والمادة (75) من مشروع القانون الفلسطيني أن "الايجاب والقبول كل تعبيرين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي تعبير صدر أولاً فهو ايجاب والثاني قبول"، وهما بذلك عرفاً الايجاب بناء على مفهومه، أما بالنسبة للقانون الفرنسي الجديد فقد نصت المادة (1114) الشروط الواجب توافرها في الايجاب حتى لا يعتبر دعوة للتفاوض، فجاء فيها "يشمل الايجاب الموجه إلى شخص معين او غير معين العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ويعبر عن اتجاه من صدر عنه إلى الالتزام لو صادف الايجاب قبولاً. وفي غياب ذلك، لا يوجد سوى دعوة للتفاوض"¹.

ويتبين مما سبق أن الايجاب عبارة عن إرادة باتة للتعاقد تلزم من صدرت عنه بالعقد بمجرد ارتباطها بقبول من وجهت إليه، سواء كانت موجهة لشخص محدد او للجمهور، وفي حال كان الايجاب موجهاً للجمهور فإنه يكون ملزماً للموجب كما لو وجهه لشخص بعينه، فقد قضت في ذلك محكمة النقض الفرنسية² بقولها أن الايجاب الموجه للجمهور يرتبط به الموجب اتجاه أول شخص قبله بنفس الشروط في حالة ما إذا كان الايجاب موجهاً لشخص محدد.

بناء على ما سبق يمكن للباحثة تعريف الايجاب بأنه عبارة عن عرض يصدر من شخص معين تجاه آخر أو للجمهور، يعلن فيه عن إرادته الجازمة للتعاقد، مبيناً طبيعة العقد المراد إبرامه ومسائله الجوهرية. وحتى نكون بصدد ايجاب ملزم لصاحبه يساهم في تكوين العقد، لا بد من توافر مجموعة من الشروط فيه، وإلا اعتبر مجرد دعوة للتفاوض، وهذه الشروط هي:

¹ بالكناني، فوزي بن أحمد، نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني القطري، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون،

المجلد التاسع، العدد المنتظم الثاني، دار نشر جامعة قطر، 2020، ص31

² صليحة، بن أحمد، المرجع السابق، ص23

1. يجب أن يكون التعبير بآتاً في الدلالة على إرادة الموجب للتعاقد.

ويقصد بهذا الشرط ان يكون الايجاب جازماً صادراً عن نية قاطعة تقصد التعاقد، بحيث ينشأ العقد بمجرد قبوله ممن وجه إليه¹.

2. يجب ان يكون التعبير شاملاً لجميع عناصر العقد الجوهرية.

فيشترط في الايجاب أن يكون محدداً بالقدر الكافي متضمناً العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كبيان المبيع والثمن في عقد البيع، والأجرة والعمل في عقد العمل.

إذن فالدعوة للتفاوض تعد خطوة نحو الايجاب؛ إذا ارتبطت بقبول من وجهت إليه دخلا في دائرة المفاوضات للخروج بايجاب مشترك، بينما يعد الايجاب خطوة نحو العقد، إذا ارتبط بقبول من وجه إليه انعقد العقد.

بناء على ما سبق فإن أهم ما يميز الدعوة للتفاوض عن الايجاب يمكن تلخيصها بالنقاط التالية:

1. لا تعد الدعوة للتفاوض ايجاباً، وإذا ارتبط بها قبول لا ينعقد العقد وإنما تبدأ به مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

2. لا يشترط في الدعوة للتفاوض أن تبين العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، على عكس الايجاب الذي لا يكون صحيحاً إلا باحتوائه ذلك.

3. الدعوة للتفاوض غير ملزمة لمن صدرت عنه ويمكنه التراجع عنها متى شاء دون أن يترتب ذلك أثراً قانونياً، بينما يختلف الايجاب عنه فيكون ملزماً في حالة ما اذا ارتبط به قبول من وجه إليه، او في حال حدد الموجب ميعاداً لسقوطه، فيلزم بالبقاء على ايجابه لحين انتهاء الموعد،

¹ حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص12

وفيما عدا ذلك فالإيجاب غير ملزم للموجب طالما لم يرتبط بقبول الطرف الآخر، سواء علم به أو لم يعلمه.

الفرع الثاني: صور المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

تتعدد الأشكال التي تتم عبرها المفاوضات التمهيدية للتعاقد، وقبل بيانها يجب علينا ذكر المراحل العامة التي تمر بها المفاوضات، فهي بشكل عام تمر عبر ثلاثة مراحل أساسية، الدعوة للتعاقد والتدبير ثم صياغة الإيجاب.

أولاً: المراحل العامة لسير المفاوضات.

1. الدعوة للتعاقد.

وهذه المرحلة عبارة عن العرض الذي يقدمه شخص ما دون تحديد عناصره وشروطه¹، كأن يعلن شخص عن بيع منزل ما من دون تحديد مواصفاته وموقعه وثمانه.

وتتسم تلك المرحلة بشكل عام بسعي كل طرفٍ فيها لإقناع الآخر بما يريده من هذا العقد، ومحاولة فرض شروطه التي يرتضيها، مما يؤدي إلى فتح باب النقاش والبحث والمساومة، حتى يتوصل الأطراف لاتفاق وتحديد عناصر العقد المستقبلي الجوهرية².

ويجب أن يتمتع الأطراف في تلك المرحلة بالذكاء والقدرة على الإقناع والمحاورة وإدارة النقاش، والدبلوماسية حتى تبدأ المفاوضات بداية جيدة ويمكن من خلالها الخروج بتصوير مشترك متعلق بالعقد النهائي.

¹ العربي، بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر،

2010، ص38

² دحداح، سهيلة/ رزقي، ليلي، المرجع السابق، ص8

2. التدبير.

تعد مرحلة التدبير التي تمر بها المفاوضات التمهيدية للتعاقد مرحلة هامة ودقيقة للتفاهم على شروط الاتفاق لقيام العقد النهائي¹، حيث يسعى الأطراف من خلال هذه المرحلة لتوضيح العناصر الجوهرية للعقد المتفاوض بشأنه.

وفي حال تم توضيح مسائل العقد الجوهرية في مرحلة التدبير إلا انها لا تكون ملزمة لأطراف التفاوض، لأنهم لا يزالوا في مرحلة البحث والنقاش والتفاهم، وأنه لم يجري الاتفاق على ايجاب مشترك فيما بينهم متضمنًا لعناصر العقد الجوهرية.

وفي هذه المرحلة تتضح حدود العقد بشكل عام للطرفين، وينطوي عليها قرار المتفاوضين بقطع التفاوض وإنهائه أو التقدم وصياغة الايجاب المشترك وإبرام العقد.

3. صياغة الايجاب.

تبدأ مرحلة صياغة الايجاب من النقطة التي انتهت بها في المرحلة السابقة، وذلك بالاتفاق على عناصر العقد الجوهرية بشكل لا لبس فيه، فإذا اقترن الايجاب الصادر بقبول الطرف الآخر ينعقد العقد نهائيًا. وفي حال رفض الطرف الآخر الايجاب وردّ عليه معدلاً منه، فإن الايجاب الأول يسقط ويدخل الطرفان في دائرة المفاوضات مجددًا لحين الاتفاق على المسائل الجوهرية مرة أخرى.

ثانيًا: صور المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

تأتي المفاوضات التمهيدية للتعاقد على عدة أشكال، فقد تتم بحضور طرفي المفاوضات، أو من خلال الهاتف والتراسل، أو من خلال شبكة الانترنت.

¹ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص39

1. التفاوض بين حاضرين.

وتتحقق تلك الصورة عندما يجتمع المتفاوضان أو من ينوب عنهما في مجلس واحد، بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور الكلام وعلم الطرف الآخر به، وهذا الشكل يكون إما باجتماع الطرفين في مكان واحد، أي تتم المفاوضات وجهاً لوجه، فتجتمع بذلك الوحدة المكانية والزمانية لمجلس التفاوض. أو قد تتم عن طريق الاتصال المباشر بينهما باستخدام وسيلة تساعد على ذلك، كالاتصال الهاتفي أو عبر تقنية الفيديو كونفرنس، فتتحقق بذلك الوحدة الزمانية بينما تغيب الوحدة المكانية للتفاوض.

2. التفاوض بين غائبين.

تتم هذه الصورة من التفاوض بأن يكون كل من أطراف التفاوض في مكان مختلف، بحيث تفصل فترة زمنية بين صدور الكلام وعلم الآخر به، وليست العبرة في تلك الحالة باجتماع الطرفين في مكان واحد، بل العبرة بالفترة الزمنية الفاصلة بين صدور الكلام وعلم الطرف الآخر به¹. ويأتي هذا الشكل عندما يتم التفاوض عن طريق وسيط -وليس نائب- أو بواسطة تبادل الرسائل بين الطرفين.

3. التفاوض عبر شبكة الانترنت.

إذا كانت جميع التعريفات قد وضعت لبيان مفهوم المفاوضات بشكلها التقليدي، إلا أنه يمكن القياس عليها بالنسبة للتفاوض الالكتروني مع الأخذ بعين الاعتبار الفوارق المادية في الحالتين.

¹ السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص 237

فالتفاوض الالكتروني عبارة عن تبادل المقترحات والمساومات بين المتفاوضين بوسيلة الكترونية، بهدف التعرف على العقد المراد إبرامه وعناصره وما يترتب عليه من حقوق والتزامات في إطار حسن النية والتوازن في المصلحة¹.

فالتفاوض الالكتروني بناء على ذلك هو تبادل الأفكار والمقترحات بين المتفاوضين عبر وسيلة الكترونية، بهدف الوصول إلى إبرام العقد النهائي.

والتفاوض الالكتروني كالتفاوض التقليدي يحتوي على عناصر أساسية، لا بد من توافرها، وهي:

3. أن يتم النقاش والتفاعل وتبادل وجهات النظر عبر وسيلة الكترونية.

4. أن تتم بين طرفين متقابلين للتوفيق بين مصالحهم المتعارضة.

5. أن تهدف للسعي إلى إبرام العقد النهائي.

المطلب الثالث: المستندات الناشئة في مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد

قد يستعمل الأطراف خاصة في العقود الكبيرة وذات القيمة الكبيرة الوثائق لتبادل المقترحات والأفكار والخطط، وقد يتضح لهم في مرحلة متقدمة ضرورة إفراغ ما توصلوا إليه من اتفاقات وأمور في مستندات مستقلة، وتتعدد العقود والاتفاقات التي يبرمها أطراف مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد، منها ما يتعلق بالمفاوضات وسيرها، ومنها ما يتعلق بالعقد النهائي وهذا ما سنبينه في المبحث الثاني، وفي هذا المطلب سيقنصر البحث على اتفاقات مرحلة المفاوضات التمهيديّة.

¹ بوكماش، محمد/ تكواشت، كمال، لأثار القانونية للتفاوض الالكتروني، جامعة خنشلة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 7، 2018، ص159

فالاتفاقيات خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية متنوعة منها ما يهيئ الطريق للدخول في المفاوضات، ومنها ما يهدف لتنظيم سير العملية التفاوضية، والهدف من ذلك هو تحري جديّة المتفاوضين وضمان عدم إضاعة الوقت والجهد والمال على مفاوضات غير جادة.

الفرع الأول: عقد التفاوض.

يعتبر عقد التفاوض من أهم الوسائل التي توصل الأطراف للاتفاق حول العقد المتفاوض بشأنه، وأداة هامة في سبيل ترتيب الالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

وتعددت التسميات التي أطلقها عليه الفقه، فمنهم من يسميه بالاتفاق المبدئي وهو الاتفاق الذي ينظم انعقاد العقد المستقبلي من حيث المبدأ¹، أو الاتفاق المرحلي وهو اتفاق ينشأ خلال التفاوض يهدف لصياغة المسائل التي توصل لها الأطراف للاتفاق عليها².

ويعرف الفقه عقد التفاوض بأنه اتفاق يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الآخر بالبدء في التفاوض أو الاستمرار فيه فيما يخص العقد المراد إبرامه³.

كما وعرف بأنه العقد الذي يتعهد طرفاه ببدء التفاوض ومواصلته، بهدف التوصل إلى إبرام العقد النهائي، وذلك من خلال منهجية موضوعية وإجرائية يتفق عليها الأطراف⁴.

نستنتج مما سبق أن عقد التفاوض يعد عقدًا حقيقيًا، يجب أن تتوفر لقيامه أركانه الأساسية من رضا ومحل وسبب، فالتراضي هو تلاقي ارادتي الأطراف واتجاهها نحو التفاوض حول العقد المستقبلي، بينما

¹ حسني، إبراهيم حسين، أسس فرض الجزاءات في مرحلة التفاوض والأسباب المؤدية لها، الملتقى العربي الثاني لخبراء صياغة العقود، القاهرة 2018، ص7

² حسني، إبراهيم حسين، المرجع السابق، ص7

³ حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص31

⁴ علي، أبحار حامد حبش، المرجع السابق، ص40

محل عقد التفاوض هو التزام الاطراف بالبدء بالتفاوض ومتابعته والتزامهم بما يفرضه العقد من التزامات خاصة، أما السبب فهو الدافع على التعاقد وهو إبرام العقد النهائي.

ويرتب عقد التفاوض على طرفيه مجموعة من الالتزامات أهمها الالتزام بالبدء بالتفاوض والاستمرار فيها¹، وهو التزام ببذل عناية لا يشترط التراضي على عناصر العقد الجوهرية وإنما فقط بذل العناية المطلوبة من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي.

وقد يتضمن عقد التفاوض التزامات خاصة تقع على عاتق طرفيه، كالاتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير، أو الاتزام بضمان سرية المعلومات²، وغيرها من الاتزامات التي يرى الأطراف الاتفاق عليها لتنظيم سيرهم في المفاوضات.

ويمتاز عقد التفاوض بعدة خصائص، منها:

1. عقد تمهيدي

فبموجب عقد التفاوض تبدأ المفاوضات التمهيدية للتعاقد، والتي بدورها تمهد لإبرام العقد النهائي من حيث تنظيم العملية التفاوضية للتوصل إلى الهدف المنشود وهو إبرام العقد النهائي، فهو بهذا المفهوم لا يرتب التزاماً على عاتق المتفاوضين يقضي بإبرام العقد النهائي، وإنما يلزمهم بالتفاوض للوصول إليه. والصفة التمهيدية لعقد التفاوض لا تخول أي من طرفيه حقاً ذو طبيعة مالية تعاقدية متعلقة بالعقد النهائي، فلا يرتب حقاً عينياً يحد من سلطات المالك على الشيء محل التفاوض بل فقط يلزم الأطراف بالتفاوض ومتابعته³.

¹ حسني، إبراهيم حسين، المرجع السابق، ص8

² الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص314

³ حسني، إبراهيم حسين، المرجع السابق، ص8

2. عقد مؤقت

فالعقد التفاوض موجود لمدة محددة، وهي الفترة الزمنية التي تستغرقها المفاوضات التمهيديّة للعقد، فهو يبدأ مع بدء المفاوضات وينتهي بانتهائها.

فلا تعد المفاوضات محور العملية التفاوضية التي تجري بناء على عقد التفاوض، وإنما الهدف هو العقد النهائي وهي مجرد وسيلة تساهم في الوصول إليه، وبمجرد إتمامه فإنه يحل محل عقد التفاوض¹.

3. عقد احتمالي

وتستخلص هذه الصفة من عملية المفاوضات ذاتها، فإذا كان التفاوض على عقد ما احتمالي، فإن عقد التفاوض بالضرورة احتمالي أيضًا، فهو لا يلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي، ولا يعلم الأطراف أثناء تفاوضهم إلى ما ستؤول إليه الأمور.

4. عقد رضائي

فينعقد عقد التفاوض بمجرد أن يتبادل أطرافه التعبير عن إرادتهم، أي بتلاقي الإيجاب والقبول فيما يتعلق بموضوع التفاوض وتنظيمه، ولا يحتاج عقد التفاوض إلى إفراغه في شكلية معينة²، حتى لو كان العقد النهائي المراد إبرامه متعلقًا بعقار ويلزم تسجيله في الدائرة الرسمية لانعقاده.

¹ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص116
² حسني، إبراهيم حسين، المرجع السابق، ص8

الفرع الثاني: خطاب النوايا.

يصعب وضع تعريف موحد لخطاب النوايا لكثرة استعماله على وثائق متعددة، فله عدة مسميات، منها خطاب الثقة او خطاب الطمأنينة وخطاب المسؤولية¹، ومنها البروتوكول أو المذكرة أو خطاب التفاهم²، وغالبًا ما تحرر من قبل المتفاوضين الفنيين، كالخبراء والمديرين والمهندسين.

وقد عرفه الدكتور عبدالكريم سلامة بأنه مستند مكتوب يوجه من شخص إلى شخص آخر يعلن فيه عن رغبته في التعاقد على أمر معين، ويوضح فيه الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المراد إبرامه ويدعوه فيه إلى الدخول في مباحثات بشأنه³.

وتغلب على خطاب النوايا صفة العمومية، فلا يكون الخطاب في العادة واضحًا ودقيقًا أو محتويًا على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فلا يمكن أن تستشف منه إرادة مرسله لإبرام العقد النهائي.

وفي تكييف خطاب النوايا فهو عبارة عن تصرف قانوني يعبر فيه مرسله عن رغبته في إبرام العقد النهائي في ضوء المباحثات المنعقدة بين طرفي التفاوض، وهو بذلك لا يعد إيجابًا ولا وعدًا بالتعاقد⁴، إذ أن العبرة بالاتفاق على عناصر العقد الجوهرية وإبرام العقد النهائي حسب ما توجهت إليه إرادة الطرفين. وهذا ما يؤيده غالبية الفقه الفرنسي باعتبار خطابا النوايا تعهدًا أخلاقيًا غير ملزمًا لمرسله، فهو لا يمثل سوى رغبته في التعاقد مستقبلًا⁵.

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص315

² بارود، حمدي محمود، القيمة القانونية للاتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، مجلد 14 عدد2، غزة، 2005، ص134

³ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص315

⁴ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص316

⁵ دحداح، سهيلة، رزقي، ليلي، المرجع السابق ص18

وبالنظر إلى العبارات والصيغ المستخدمة في الخطاب والظروف المحيطة بإرسالها من حيث الوقت والغاية، يمكن استخلاص مدى اتجاه إرادة مرسلها إلى الالتزام بالعقد المراد إبرامه، فالإلزامها يكون في حال ما إذا تضمنت تعهدًا جازمًا من مرسلها بالتوصل لإبرام العقد النهائي.

المبحث الثاني

العقود التمهيدية

يقع المبحث الثاني على ثلاثة مطالب، المطلب الأول بعنوان مفهوم العقود التمهيدية، والثاني الوعد بالتعاقد، أما المبحث الثالث التعاقد بالعربون.

المطلب الأول: مفهوم العقود التمهيدية

قد تُقضي مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد من خلال ما تمّ فيها من تشاور وتفاعل ونقاش حول العقد إلى اتفاق طرفيها وإبرامه، وقد يسبق ذلك إبرام عقود مبدئية تمهد للإبرام مستقبلاً.

ولا تعد العقود التمهيدية ظاهرة حديثة في المجتمعات، إذ أنها لم تكن مجهولة قديماً، فعلى سبيل المثال عُرف الوعد بالتعاقد لدى النظرية التقليدية للعقود، إضافةً إلى العربون الذي عرفته التشريعات القديمة كالنشرجات البابلية والمصرية القديمة والرومانية¹، مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف تنظيمه وفقاً عن التنظيم المتعارف عليه يومنا.

ويعد العقد التمهيدي حجر الأساس الذي يقوم عليه العقد النهائي، ونظراً لأهميته تلك فإنه جديرٌ باهتمام المشرع به، وهذا ما يتضح في التشريعات العربية والغربية التي نظمت العقود التمهيدية في نصوص

¹ دراركة، فؤاد صالح، العربون دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت-مجلس النشر العلمي، المجلد 28 العدد4،

خاصة بها، مع اختلاف صورها باختلاف التشريع، فمنهم من نصّ على نوعين ومنهم من نصّ على أكثر؛ وهذا ما سيوضحه المطالب التالي.

الفرع الأول: تعريف العقود التمهيديّة.

لم ينصّ المشرع على تعريف خاص بالعقود التمهيديّة، فهي تقوم على فكرة الإعداد والتحضير وتهيئة الطريق لإبرام العقد النهائي، وعرفها الفقه بأنها العقود التحضيرية التي يبرمها الأطراف قبل العقد بشكل مؤقت بهدف تحقيق العقد النهائي¹، أو أنها عقد يسبق إبرام العقد النهائي المنشود والذي يمهد الطريق له ويترتب على مخالفته المسؤولية العقدية حتى لو لم يتم إبرام العقد النهائي².

بناءً عليه يمكن القول بأن العقد التمهيدي هو اتفاق بين شخصين على إحداث أثر قانوني وهو إبرام العقد مستقبلاً.

وقد نصّ المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني على صورتين من صور العقود التمهيديّة، هما الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون، متفقاً بذلك مع المشرع الأردني، بينما أضاف المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني نوعين إضافيين للعقود التي تمهد للعقد النهائي، هما عقد الإطار والوعد بالتفضيل، وسنكتفي في هذه الدراسة بالإشارة إلى الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون.

وتختلف العقود التمهيديّة عن عقد التفاوض من عدة زوايا، أهمها يتمثل في نية الأطراف عند إبرامها، ففي العقود التمهيديّة تتجه نية الأطراف نحو إبرام العقد النهائي في المستقبل، بينما مستندات التفاوض تهدف لتنظيم عملة التفاوض للتوصل إلى العقد النهائي؛ فلا تكون نية الأطراف متجهة نحو التعاقد في الحال.

¹ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص130

² دحداح، سخيلة/ رزقي، ليلي، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية- 2013، ص48

وبما أن العقد التمهيدي يعد اتفاقاً بين طرفيه على إبرام العقد النهائي مستقبلاً، فهو لا يكون صحيحاً إلا بتوافر أركانه كسائر العقود، وهي كالتالي:

أولاً: التراضي.

التراضي هو توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المرجى من العقد¹، فلا يقوم العقد التمهيدي إلا بتراضي طرفيه، فالإرادة هي جوهر العقد ويلزم توافرها لنشوء العقد التمهيدي، ويجب أن يكون المتعاقد مدرّكاً لحقيقة التصرف الذي يقوم به، لا يؤثر على إرادته مؤثر خارجي قد يعييبها. فيشترط قيام ركن التراضي، أي تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما على النحو الوارد في القانون، بالإضافة توافر شروط صحته من توافر أهلية المتعاقدين وخلو إرادتهما من عيوب الرضا.

ثانياً: المحل

محل العقد هو الالتزامات الأساسية التي تنشأ عن العقد²، ويعتبر محل العقد هو محل الالتزام، أي ما يلتزم به المدين، سواء كان ملتزماً بتسليم شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

فقد يتعدد محل العقد بتعدد الالتزامات الناشئة عنه، ففي عقد البيع ينشأ التزام على عاتق البائع بتسليم المبيع، والتزاماً على عاتق المشتري بدفع الثمن، وبذلك يكون المبيع والثمن هما محلا عقد البيع. وكما

يقال يكون المحل جواب من يسأل: بماذا التزم المدين؟

وبالنسبة للعقد التمهيدي فإن محل التزامه الإلتزام بإبرام العقد النهائي مستقبلاً، وبالتالي فإن العقد النهائي هو محل العقد التمهيدي.

¹ الكزبري، مأمون، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، الطبعة الثانية، بيروت، 1972، ص4

² منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص129

ثالثاً: السبب

ويقصد بالسبب العقد الغرض المباشر والغاية التي يقصد إليها الملتزم من وراء التزامه¹، أو يعبر عنه بالدافع إلى التعاقد وهو الغرض غير المباشر من العقد²، ويكون جواب من يسأل: لماذا التزم المدين؟. ويشترط للسبب باعتباره ركناً في التعاقد أن يكون موجوداً وقت التعاقد، بالإضافة إلى كونه صحيحاً، ومشروعيته بعدم مخالفة النظام العام والقانون³.

الفرع الثاني: خصائص العقود التمهيديّة.

يمتاز العقد التمهيدي بعدة خصائص تميزه عن عقود التفاوض والعقود النهائية، وهي:

أولاً: عقد مسمى.

فقد نص المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني على نوعين من العقود التمهيديّة، ونظم أحكامهما بموجب نصوص قانونية خاصة، هما الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون، أما المشرع الفرنسي فقد أضاف نوعين من العقود التمهيديّة هما عقد الإطار والوعد بالترفضيل.

وعقد الإطار عبارة عن مجموعة عقدية تتكون من اتفاق يتضمن قواعد عامة تحدد مقدماً كيفية انعقاد العقد وتنفيذه⁴، ويعد عقد الإطار من المسائل المستحدثة في القانون الفرنسي، فنص عليه في المادة (1111) بأنه عقد يتضمن القواعد الأساسية التي تطبق على عقود سيتم إبرامها مستقبلاً⁵.

¹ أهتوت، نجيم، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، مطبعة القيس، العروي، الناظور، 2019، ص 89

² منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص 142

³ المواد (138/135) من مشروع القانون الفلسطيني، المواد (166/165) من القانون الأردني

⁴ الفضلي، جعفر محمد جواد، عقد الإطار، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 8 العدد 28، 2006، ص 1

⁵ بن خدة، حمزة، المرجع السابق، ص 429

أما الوعد بالتفضيل فقد نص عليه القانون الفرنسي المعدل في المادة (1123) حيث جاء فيها أن الوعد بالتفضيل من العقود التمهيديّة، وبمقتضاه يلتزم شخص بتفضيل شخص آخر في التعاقد على سائر المتعاقدين إذا قرر التعاقد مستقبلاً¹.

ثانيًا: عقد تمهيدي.

فالعقود التمهيديّة تعمل على الإعداد والتحضير وتمهيد الطريق لإبرام العقد النهائي، فالمتعاقدين حين إبرام العقد التمهيدي كانا يتطلعان إلى العقد النهائي. ويفرض العقد التمهيدي التزامًا على أطرافه بإبرام العقد في المستقبل.

وإذا كانت المفاوضات التمهيديّة للتعاقد تأتي في المرحلة قبل صدور الايجاب، فإن العقود التمهيديّة تأتي في الوسط، بعد صدور الايجاب وقبل إبرام العقد النهائي.

فالمتعاقد بأحد العقود التمهيديّة يلتزم بإبرام العقد النهائي في حال أبدى الطرف الآخر رغبته بذلك، وهو بتلك الحالة ايجاب كامل مقترن بقبول، ولكنه منصب على العقد التمهيدي لا النهائي، وبهذه الصورة يعد العقد التمهيدي خطوة نحو تحقيق العقد النهائي.

ثالثًا: عقد مؤقت.

فالعقد التمهيدي ليس هو المقصد، وإنما يعد مجرد أداة للوصول إلى العقد النهائي، وأنه بمجرد الوصول إلى الهدف المنشود أي بإبرام العقد النهائي فإن العقد التمهيدي يسقط ليحل محله العقد النهائي.

¹ بن خدة، حمزة، المرجع السابق، ص433

المطلب الثاني: الوعد بالتعاقد

من المتعارف عليه أن يتم إبرام العقد بشكل مباشر بين طرفيه، ولكن في بعض الأحيان قد يرغب الطرفان أو أحدهما في إبرام العقد مستقبلاً، فيتفقا على الوعد بذلك، ويرجع ذلك لأسباب عديدة تعود لظروف المتعاقدين، فقد يرغب المتعاقد في دراسة العقد بتروٍ وتأنٍ، أو يرغب بالتعاقد ولكنه يرجئ ذلك للمستقبل لعدم حوزته ثمن المبيع على سبيل المثال.

والوعد بالتعاقد يلعب دوراً أساسياً وهاماً في الحياة العملية، نظراً لما يقدمه من مزايا للمتعاقدين، وبشكل خاص الموعد له، والذي ينعقد العقد بمجرد إبداء رغبته بالتعاقد.

الفرع الأول: تعريف الوعد بالتعاقد.

لم يعرف الفقه الإسلامي الوعد بالتعاقد بشكل خاص بينما عرّف الوعد المطلق، وقد تعددت تعريفات الوعد بتعدد المذاهب الفقهية، فعند الحنفية الوعد هو الإخبار بإيصال الخبر في المستقبل، أما المالكية يروا أن الوعد هو اختبار عن إنشاء المخبر معروفاً في المستقبل، بينما عرّفه الحنابلة بأنه إطماع بإحسان في المستقبل¹، وقد عرّفه الفقهاء المحدثين بأنه ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة للمستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال².

ويعرف الوعد بالتعاقد في الفقه القانوني بأنه الاتفاق الذي يعد بموجبه كل من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، فهو عقد يمهد الطريق لإبرام العقد النهائي ويستلزم لذلك توافق إرادتين³،

¹ عبد الحكم، محمود، الوعد بالتعاقد: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 32، 2002، ص401، ص401.

² عبد الحكم، محمود، المرجع السابق، ص402

³ عبدالرحمن، أحمد شوقي، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص73

أو أنه عقد تمهيدي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بإبرام العقد الموعود به في المستقبل متى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال الفترة المتفق عليها¹.

وفي تعريف آخر هو اتفاق يلتزم بمقتضاه الواعد بقبول إبرام العقد الموعود به مع الموعود له متى أظهر الأخير رغبته في التعاقد مع الواعد خلال الفترة المتفق عليها².

نستنتج مما سبق أن الوعد بالتعاقد عقد كامل وحقيقي يتم بتلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما، ويمهد لإبرام عقد آخر مستقبلاً، وينشأ بذلك حقوق والتزامات على كلا طرفيه.

وقد نصت المادة (105) من القانون المدني الأردني على أنه " 1. الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

2. إذا اشترط القانون لانعقاد العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد"، وتقابلها المادة (90) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (1124) من القانون المعدل على أن الوعد بالتعاقد هو " العقد الذي يعد فيه أحد الطرفين الطرف الآخر بإبرام العقد في المستقبل، مع تعيين عناصره الأساسية، حيث يتوقف قيامه فقط على موافقة الموعود له حينها"³

بناء عليه فإن الوعد بالتعاقد يأتي على إحدى صورتين، هما:

أولاً: وعد ملزم لجانبين.

¹ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص132

² دحداح، سهيلة/ رزقي، ليلي، المرجع السابق، ص24

³ بن خدة، حمزة، المرجع السابق، ص433

يكون الوعد ملزمًا لجانبه في حال إذا ما كان كلا الطرفين واعدًا وموعودًا له في نفس الوقت، بحيث نكون أمام وعدين متقابلين ومتوازيين بحيث يكفي لإبرام العقد إعلان أحدهما عن رغبته¹، وهو بهذه الصورة اتفاق تبادلي يلتزم فيه كلا الطرفين بإبرام العقد النهائي مستقبلاً.

ومثال ذلك أن يعد مالك الأرض ببيعها للمشتري إنى أبدى رغبته خلال مدة محددة، وفي نفس الوقت يعد المشتري البائع شراء الأرض المذكورة إنى أبدى الأخير رغبته بذلك خلال المدة المتفق عليها. وفي هذا المفهوم يتم الخلط بين الوعد بالتعاقد المرلزم لجانبين والعقد الابتدائي، فالعقد الابتدائي هو عقد تترتب عليه كافة آثاره القانونية من وقت إبرام العقد إلا أن انتقال الملكية تكون بعد إتمام التسجيل²، أي أن العقد الإبتدائي هو اتفاق الطرفين على إبرام عقد بات مقترن ببعض الموانع التي تحول دون ذلك.

وفي التمييز بين العقدين انقسم الفقه إلى رأيين، وهما:

1. الاتجاه الأول يدعو إلى عدم التمييز بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين والعقد الابتدائي.

ويرى أنصار هذا الإتجاه أن التمييز بينهما غير مجدٍ، لأنهما يشكلان في الحقيقة أمرًا واحدًا، حيث أنه إذا رتب كل منهما آثاره في الحال يكون عقد نهائي، أما إذا تطلب الأمر شكلية معينة فإن ذلك لا يؤثر على انعقاده لأنه إجراء يتطلبه القانون³.

2. يدعو الاتجاه الثاني إلى التمييز بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين والعقد الابتدائي.

فأنصار هذا الاتجاه مثل الدكتور خميس خضر⁴ نادوا بعدم الخلط بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين والعقد الابتدائي لعدة أسباب ترجع لاختلاف الآثار القانونية المترتبة على كل واحد منهما على حدة،

¹ كرومي بلعيد، الوعد بالتعاقد، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضي عياض، عدد31، 1999، ص68

² العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص134

³ كرومي، بلعيد، المرجع السابق، ص72

⁴ شليح، محمد، مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المدني المغربي للالتزامات والعقود، المغرب، 1988، ص94.

فمعيار التمييز بينهما لا يكون بافتراض انعقاده بالحال وما يترتب على ذلك من آثار، بينما العبرة فيما ينشأ من آثار قانونية لحظة إبرام الوعد الملزم لجانبين والعقد الابتدائي.

فلا يعد الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين هو المقصد من الإبرام، وإنما عقد يمهد للعقد النهائي المنشود، أما العقد الابتدائي فهو قصد المتعاقدين الوحيد ولسبب ما تمت صياغته بصورة أولية ليتم فيما بعد إعادة صياغته بصورته النهائية¹.

فالوعد بالتعاقد الملزم لجانبين لا يترتب آثار العقد النهائي في الحال، وإنما يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي في حال أبدى أحدهما رغبته خلال المدة المتفق عليها.

بينما يعد العقد الابتدائي عقداً نهائياً وباتاً منذ تلاقي إرادتي أطرافه وتطابقهما في حال ما إذا ورد على منقول، أما إذا تعلق بعقار يحتاج إلى شكلية معينة فإنه يجب استكمال تلك الشكلية التي تتطلبها القانون لترتيب آثاره².

ثانياً: الوعد الملزم لجانب واحد.

يحدث في الغالب أن يكون الوعد بالتعاقد أحادي الجانب، وهو بهذا المعنى يقضي بأن يلتزم الواعد بإبرام العقد النهائي مع الموعد له، في حال أبدى الأخير رغبته بالتعاقد خلال المدة المتفق عليها³، وهذه الصورة الشائعة في الحياة العملية، وهي التي أيدها الفقه الإسلامي⁴ والقانون الفرنسي المعدل بموجب نص المادة (1124)⁵.

¹ عبدالحكم، محمود، الوعد بالتعاقد : دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 32، جامعة المنصورة، 2002، ص416

² كرومي، بلعيد، المرجع السابق، ص74

³ قونان، كهيبة، الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، عدد 4، 2020، ص75

⁴ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص134

⁵ بن خدة، حمزة، المرجع السابق، ص433

وغالبًا ما يتم الخلط بين الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد والايجاب الملزم، نظرًا للتشابه العام بينهما، فالوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو عبارة عن اتفاق يلتزم بموجبه شخص بإبرام عقد في المستقبل في حال أبدى الموعود له رغبته بذلك، أما الايجاب الملزم لجانب واحد فهو عبارة عن مبادرة تهدف إلى الإشعار بالعزم على التعاقد من جهة والمضمون العقدي المحدد على وجه تام من جهة أخرى، ويحدد فيه الموجب ميعادًا للقبول¹.

ونستنتج مما سبق أن كل من الوعد الملزم لجانب واحد والايجاب الملزم يشتركان في ترتيب نفس الأثر وهو الالتزام الذي يفيد في كل منهما، ففي كلاهما ينشأ التزام على عاتق الواعد أو الموجب بضرورة البقاء على ما صدر عنه خلال المدة المحددة².

غير أنه ولو تشابهت المفاهيم بالشكل العام إلا أن مضمون كل منهما والقواعد القانونية التي تحكمهما مختلفة إلى حد كبير، فالعقد النهائي لا بد أن يمر بمرحلة الايجاب سواء كان ملزمًا للموجب أو غير ملزم له، فالايجاب ركن في العقد لا يقوم إلا به، فلا يمكن قبول شيء غير موجود، بينما الوعد بالتعاقد سواء كان ملزمًا لجانب واحد أو لجانبين فإنه مرحلة استثنائية، تمهد للعقد النهائي إذا اتفق الأطراف عليها.

ومن ناحية أخرى يصدر الايجاب الملزم من إرادة منفردة، بخلاف الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد فهو يعد عقدًا يقوم بتلاقي إرادتين وتطابقهما نحو إبرام العقد بالمستقبل³.

كما أن للموت أو فقد الأهلية أثر مختلف على الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد والايجاب الملزم، فموت الموجب أو فقدته لأهليته يستلزم سقوطه ويحول بذلك دون قيام العقد⁴، أما موت الواعد أو فقدته لأهليته

¹ شليح، محمد، المرجع السابق، ص83

² كرومي، بلعيد، المرجع السابق ص69

³ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص135

⁴ طه، غنى حسون، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع، مطبعة دار المعارف، بغداد، 1970، ص105

فإنه لا يؤثر على العقد النهائي، فيما أن الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد يشكل في ذاته عقدًا حقيقيًا يلزم الواعد بإبرام العقد مستقبلًا، فإن موته ينقل التزامه إلى ورثته، وموت الموعد له ينقل حقه إلى ورثته.

الفرع الثاني: شروط الوعد بالتعاقد.

يستفاد من نص المادة (105) من القانون الأردني والمادة (90) من مشروع القانون الفلسطيني أنه يشترط لقيام الوعد بالتعاقد صحيحًا عدة شروط، فيجب أن يتفق الطرفان على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب أن يتم العقد النهائي خلالها، وإذا كان العقد النهائي يشترط فيه شكلية معينة، فإن الوعد بالتعاقد يجب أن يتم بالشكل الذي ينص عليه القانون، بالإضافة إلى شروط العقد العامة.

أولاً: الشروط العامة للوعد بالتعاقد.

يشترط في الوعد بالتعاقد باعتباره عقدًا حقيقيًا الشروط العامة للعقد النهائي، من تراضي ومحل وسبب.

1. التراضي.

فلا بد من تلاقي إرادة الواعد والموعد له وتطابقهما نحو إبرام العقد مستقبلًا وخلوها من أي عيب من عيوب الإرادة التي تؤثر عليها، بالإضافة إلى تمتع كلاهما بالأهلية التي يجب توافرها عند التعاقد.

وأما بالنسبة للأهلية في الوعد بالتعاقد فإن أحكامها تختلف على النحو الآتي:

- الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين:

بما أن الوعد الملزم لجانبين يعد من قبيل عقود المعاوضة، فإنه يشترط ان يتمتع كلاً من الواعد والموعود له بالأهلية المطلوبة، بأن يكملوا السن القانونية أو أن يكونا من المأذون لهم، وبالنسبة للوقت الذي يعتد به بتوافر الأهلية من عدمه فهو وقت إبرام الوعد الملزم لجانبين¹.

- الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد:

يجب أن تتوافر أهلية الأداء المطلوبة بالنسبة للواعد، ويعتد بها من وقت إبرام الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، أما الموعود له فتقدر أهليته عند إبرام العقد النهائي، فيصح ان يكون قاصراً عند الوعد².
بالإضافة إلى اشتراط سلامة الإرادة وخلوها من أي عيب قد يؤثر عليها، ويعتد بذلك من عند الوعد بالتعاقد وعند إبرام العقد النهائي³.

2. المحل والسبب.

يشترط في محل وسبب الوعد بالتعاقد كافة الشروط التي اشترطها القانون للعقد النهائي، وتقدر عند إبرام العقد النهائي لا عند الوعد بالتعاقد⁴، وفي ذلك إذا كان محل الوعد بالتعاقد مشروعاً في القانون عند الوعد، وعند إبرام العقد النهائي منع القانون التعامل بها فإن العقد هنا يعد باطلاً حتى لو كان المحل وقت الوعد جائز التعامل به.

ثانياً: الشروط الخاصة بالوعد بالتعاقد.

1. تعيين المسائل الجوهرية للعقد الموعود له.

¹ قونان، كهيئة، المرجع السابق، ص77
² سليمان، علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص46
³ قونان، كهيئة، المرجع السابق، ص77
⁴ عبدالحكم، محمود، المرجع السابق

يشترط في الوعد بالتعاقد أن يتفق طرفاه على جميع المسائل الجوهرية الخاصة به، ويرجع هذا الشرط إلى كون انعقاد العقد النهائي يتم بمجرد إعلان الموعد له عن رغبته في التعاقد، فيحل العقد النهائي محل الوعد بالتعاقد ولا حاجة لإبرام عقد جديد.

وعلى سبيل المثال في الوعد بالبيع يشترط أن يتفق الطرفان على المبيع والتمن، دون الحاجة للاتفاق على المسائل الثانوية كمكان تسليم المبيع، فيمكن تأجيل الاتفاق على تلك المسائل إلى بعد قيام العقد النهائي.

وفي حال انعقد العقد النهائي واختلف الطرفان على المسائل الثانوية فإن القاضي يفصل فيها بناء على طبيعة العقد وأحكام القانون والعرف والعدالة¹.

2. تحديد مدة الوعد.

يشترط القانون في الوعد بالتعاقد الاتفاق على المدة التي يتم فيها إبرام العقد النهائي، فالوعد بالتعاقد عقد مؤقت يمهد للعقد النهائي، والحكمة من ذلك هي السرعة في استقرار العلاقات التعاقدية.

3. الشكلية.

وإذا كان العقد النهائي عقدًا شكليًا لا ينعقد إلا بالصورة التي يتطلبها القانون، كالتسجيل في الدائرة الرسمية في العقود الواردة على عقار، فإن الوعد بالتعاقد يجب أن يتم في هذا الشكل.

والحكمة من تقرير مثل هذا الشرط مراعاة الاستقرار في المعاملات وعدم إفلات الأشخاص من القيود التي يفرضها القانون من اشتراط الشكلية في بعض العقود، وبما أن الوعد بالتعاقد يؤدي إلى إبرام العقد

¹ المادة (85) من مشروع القانون الفلسطيني، (100) من القانون الأردني

النهائي بمجرد إبداء الموعد له عن رغبته بالتعاقد دون الحاجة لإبرام عقد جديد، فإنه يجب أن يراعي الشكل الذي يتطلبه القانون.

وفي ذلك قضت محكمة استئناف رام الله بأنه لا يوجد في القوانين المتعلقة بالأراضي ما يمنع من إجراء عقد تمهيدي يتعهد فيه البائع بتقرير البيع أمام دائرة تسجيل الأراضي، فهذا التعهد جائزاً لأنه مطابق لأحكام القانون الذي يوجب إجراء البيع لدى دائرة تسجيل الأراضي، وتخلف المتعهد عن القيام بالتزامه يجعله مسؤولاً تجاه الطرف الآخر بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء نكوله هذا¹.

الفرع الثالث: آثار الوعد بالتعاقد.

نصت المادة (106) من القانون الأردني على " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعد له طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لانعقاده، خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد"

وتقابلها مادة (91) من مشروع القانون الفلسطيني التي نصت على " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعد له طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لانعقاده، خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى أصبح نهائياً مقام العقد"

نستنتج مما سبق أن الوعد بالتعاقد باعتباره تصرفاً قانونياً ينتج عدة آثار ملزمة لطرفي الوعد، إلا أن آثاره تختلف باختلاف المرحلة التي يمر بها الوعد بالتعاقد.

أولاً: الآثار قبل إبداء الرغبة بالتعاقد.

¹ استئناف مدني رقم 168/2000 صادر عن محكمة استئناف رام الله، قرار (birzeit.edu)

وهي الفترة الواقعة بين الوعد بالتعاقد وحلول المدة المتفق عليها لإبرام العقد النهائي، وفي تلك المرحلة لا يترتب أي أثر على الموعد له، فلا يلتزم بشيء.

أما بالنسبة للواعد فإن آثار الوعد بالتعاقد تترتب في ذمته، فيكون ملزمًا بالبقاء على وعده طوال المدة المتفق عليها، وهذا الالتزام المترتب على ذمة الواعد لا ينفي ملكيته للشيء الموعود به¹، ويستطيع التصرف به كما شاء، كون الوعد بالتعاقد يترتب حقًا شخصيًا للموعود له لا حقًا عينيًا²، وفي حال أبدى الموعد له رغبته في التعاقد ولم يستطع الواعد الوفاء يجب عليه تعويض الموعد له³، أما القانون الفرنسي فقد رتب البطلان على العقد في حال علم الغير به⁴.

وملكية الواعد للموعود به تعني أنه في حال هلاك الموعد به فإنه هو من يتحمل تبعته، وإذا كان الهلاك كليًا راجعًا لقوة قاهرة يسقط الوعد بالتعاقد لاستحالة الوفاء بالتزام الواعد، وفي حالة الهلاك الجزئي لا ينقضي التزام الواعد ويحق للموعود له إبداء رغبته في التعاقد⁵.

ثانيًا: الآثار بعد إبداء الرغبة بالتعاقد.

ينعقد العقد بمجرد إبداء الموعد له رغبته في التعاقد، سواء كانت ضمنية أو صريحة، ولا يسري الانعقاد بآثر رجعي فينعقد العقد من تاريخ إبداء الرغبة لا من تاريخ الوعد بالتعاقد لأن الوعد ليس عقدًا معلقًا على شرط واقف⁶.

وفي حال نكول الواعد كان للموعود له أن يقاضيه طالبًا تنفيذ العقد، وإذا صدر الحكم بالعقد فإنه يقوم مكان العقد متى حاز قوة الشيء المقضي به.

¹ قونان، كهينة، المرجع السابق، ص 79

² عبدالحكم، محمود، المرجع السابق، ص 471

³ العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2011، ص 69

⁴ جابر، أشرف، المرجع السابق، ص 303

⁵ المادة (460) من مشروع القانون الفلسطيني

⁶ عبدالحكم، محمود، المرجع السابق، ص 506

وقد رتب القانون الفرنسي المعدل عدم الاعتداد بنكول الواعد، وهو بذلك قد خرج عما استقر به القضاء الفرنسي من حرمان الموعد له من إبرام العقد الموعد به، بحيث لا يكون له سوى الرجوع بالتعويض على الواعد نتيجة إخلاله بالوعد¹.

المطلب الثالث: التعاقد بالعربون

لا يعد العربون ظاهرة حديثة في التعامل بين الأفراد، فهو وسيلة قانونية نشأت منذ العصور القديمة، حيث كانت الحضارات القديمة تتعامل به باعتباره وسيلة للضمان، ثم تطورت دلالاته ليصبح وسيلة لإثبات العقد عند التنازع عليه ووسيلة ضمان، وتغيرت دلالاته بتطور المعاملات ليصبح وسيلة تعطي المتعاقدين حقاً في العدول عن العقد².

الفرع الأول: تعريف العربون.

اختلف الفقه في تعريف العربون، فمنهم من قال العربون هو مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند التعاقد³ إما لضمان تنفيذ العقد، وإما لتمكين كل منهما من العدول عن العقد⁴. وفي الفقه العربي العربون هو مقدار من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر -وغالبًا ما يكون المشتري أو من في مركزه- عند إبرام العقد، للدلالة على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه، أو باعتباره ثمنًا للعدول عن الصفقة ونقض العقد⁵.

¹ جابر، أشرف، المرجع السابق، ص303

² الصادق، ضريفي/ شيهاني، سمير، اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثره على العلاقة التعاقدية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، عدد6، ص 454

³ التكروري، عثمان، الوجيز في مبادئ القانون والقانون التجاري، خاص لطلبة كليات التجارة وإدارة الأعمال، الطبعة الثانية، 2017، ص160

⁴ منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص97

⁵ عمر، فلاق، التعاقد بالعربون بين الشريعة والقانون، مجلة الدراسات الإسلامية، عدد 6، جامعة الأغواط، 2016، ص316

أما الفقه الفرنسي فيرى بأنه مبلغ من النقود أو أي منقول آخر يؤديه أحد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد، للدلالة على حق كل منهما في العدول عن العقد أو إبرامه بصفة نهائية¹.

من خلال ما سبق نستنتج أن التعريفات تتشابه إلى حد كبير، إذ تتفق جميعها على أن العربون عبارة عن مبلغ مالي يدفعه أحد الأطراف للآخر للتأكيد على إبرام العقد أو للعدول عنه.

وقد نص المشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة (107) من القانون المدني على أن " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك" ويقابلها الفقرة الأولى من المادة (92) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي نصت على أنه " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

ونص المشرع الفرنسي في المادة (1590) على أنه " إذا جاء الوعد بالبيع مصحوباً بعربون يحق لكل من المتعاقدين العدول عن العقد فإذا عدل من دفع العربون فقدّه وإذا عدل من قبضه رده مضاعفاً"². ويتبين من خلال النصوص السابقة أن للعربون دالتان، فقد يأتي للتأكيد على بدء في تنفيذ العقد، أو لتمكين المتعاقدين العدول عن العقد، والمرجع في تحديد طبيعته هو نية المتعاقدين المشتركة.

أولاً: دلالة التأكيد.

دلالة التأكيد في العربون تعني التأكيد على انعقاد العقد بصفة نهائية والبدء بتنفيذه³، وهو ما أقره الفقه الإسلامي، بعلی سبيل المثال إذا باع شخص شيئاً ودفع من ثمنه جزءاً كعربون دلّ هذا على تمام تنفيذ

¹ دراركة، فؤاد صالح، العربون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 28، عدد4، 2004، ص429

² دراركة، فؤاد صالح، المرجع السابق، ص441

³ الصادق، ضريفي/ شيهاني، سمير، المرجع السابق، ص464

العقد، واحتسب العربون جزءًا من الثمن¹، وقد أخذت بعض التشريعات كالقانون الألماني بتلك الدلالة، وقد سار على نهجها كل من القانون العراقي والتونسي واليمني².

ويعود عربون التأكيد بالإيجابية على من دفعه، بحيث يبعث على الاستقرار والاطمئنان بأن الطرف الآخر سيقوم بتنفيذ العقد في مواجهته، وإن حصل على عرض أفضل.

وعربون التأكيد يقترن بعقد صحيح بات، ويعد في تلك الحالة تنفيذ جزئي لالتزام من دفعه³، ولا يجوز العدول عنه وإلا اعتبر مخاللاً بتنفيذ التزامه.

وبما أن عربون التأكيد يعني بدء تنفيذ العقد، فإنه لا يجوز للمتعاقد التخلص من التزامه بترك المبلغ الذي دفعه للمتعاقد الآخر، بل يجب عليه التنفيذ طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني⁴، وفي حال التنفيذ يعتبر العربون جزءًا من الثمن.

أما في حالة عدم التنفيذ وعدول المدين عنه، فإنه يعد مخاللاً بتنفيذ التزامه، ويحق للطرف المقابل في تلك الحالة التمسك إما بالتنفيذ العيني، أو الفسخ مع التعويض، أو الدفع بعدم التنفيذ⁵.

والتعويض في هذه الحالة يكون عن الضرر الذي سببه المدين المخل بالتزامه، ولا علاقة له بالعربون⁶، فقد يكون ذو قيمة أكبر منه، أو أقل، أو مساوياً له، وهذا يرجع لسلطة القاضي التقديرية.

ونستنتج مما سبق أن التعاقد عن طريق عربون التأكيد لا يعد مرحلة تمهيدية في التعاقد، فالعقد هنا قد انعقد باتاً ونهائياً، بتلاقي الأيجاب والقبول وتطابقهما على العناصر الجوهرية للعقد، والعربون يؤدي وظيفة التأكيد على تمام العقد والبدء في تنفيذه فقط.

¹ عمر، فلاق، المرجع السابق، ص326

² دراركة، فواد صالح، المرجع السابق، ص485

³ عبد الرحمن، احمد شوقي، المرجع السابق، ص72

⁴ دراركة، فواد صالح، المرجع السابق، ص489

⁵ عبدالرحمن، أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام، 2008، ص36

⁶ الصادق، ضريفي/ شيهاني، سمير، المرجع السابق، ص464

ثانيًا: دلالة العدول.

يعد عربون العدول وسيلة قانونية تعطي المتعاقدين الحق في العدول عن العقد¹، وقد تعارضت بشأن هذه الدلالة المذاهب الفقهية، وانقسم الفقه إلى رأيين في مسألة عدم إتمام البيع بسبب عدول المشتري وتملك البائع للعربون، فالجمهور يرى عدم جواز التعامل بالعربون بصورته تلك، باعتباره أكل لأموال الناس بالباطل، فأخذ البائع للعربون في حال عدول المشتري عن البيع لا يجوز لأنه أخذه بدون مقابل، واستدلوا بذلك على قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل²﴾، وبيع العربون مفسوخ في حال وقع على هذا الوجه قبل القبض وبعده، وترد السلعة في حال كانت قائمة، وإلا رُدَّت قيمتها يوم قبضها³.

أما الحنابلة فيروا جوازه، واستدلوا بذلك على ما ورد عن ابن رشد أن عبد الرزاق في مصنفه عن زيد بن أسلم انه سأل الرسول ﷺ عن العريان في البيع فأحلّه، وما رواه البخاري في صحيحه في باب ما يجوز من الاشتراط⁴.

وهذا ما تؤيده الباحثة، فخسارة العربون هو جزاء على العدول وحرمان الطرف الآخر من فرصة إتمام العقد، وهو شرط جائز في ذاته وقد اتفق عليه الطرفان في العقد دون إجبار أو إكراه، والوفاء به هو تنفيذ للعقد الذي تراضى عليه المتعاقدين.

وقد أخذ بعربون العدول كل من المشرع الفرنسي والأردني والفلسطيني، فنصت المادة (2/107) من القانون المدني الأردني والمادة (2/92) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه " فإذا عدل من دفع العربون، فقدّه، وإذا عدل من قبضه رده ومثله".

¹ السهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص263

² سورة النساء، الآية 29

³ عمر، فلاق، المرجع السابق، ص326-327

⁴ عمر، فلاق، المرجع السابق، ص327

يستفاد من النصوص السابقة أن لأي من المتعاقدين استعمال حقه في الرجوع عن إتمام العقد، دون اشتراط الحصول على موافقة الطرف الآخر، ولا يعد من عدل عن العقد مخالفاً بالتزام العقدي، على أنه من يستعمل حقه في العدول ملزم بدفع قيمة العربون حتى لو لم يترتب بذلك أي ضرر على الطرف المقابل، فإذا عدل من دفع العربون يفقد قيمته، وإذا عدل من قبضه يدفع ضعفي قيمته.

وحق العدول ينتهي إما بتنفيذ العقد، او باستعماله وبالتالي التراجع عن إبرام العقد¹، ويؤخذ على القانون أنه لم يحدد المدة التي يجب أن يُستعمل فيها حق العدول، وبناء عليه فإن القاضي هو الذي يحددها بناء على سلطته التقديرية والعرف السائد في المجتمع.

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تحديد المدة التي يجب استعمال حق العدول فيها إلى خمسة سنوات²، إلا أنها تعتبر فترة طويلة وبقاء إبرام العقد طوال هذه الفترة احتمالياً يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات. والتعاقد بالعربون بصفته عربون عدول يعد عقداً تمهيدياً بحثاً، بعكس عربون التأكيد، فالتعاقد بالعربون لا يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي، وإنما ينصب على الالتزام بدفع قيمة العربون حين العدول، ويعطي للمتعاقدين الحق في إعادة النظر وتقدير قيمة العقد ومدى أهميته بالنسبة لهم، وبالتالي تقرير إبرامه أو العدول عنه.

ويبين المتعاقدين في العقد إذا كان العربون للعدول عن العقد أو لتأكيدده، فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح على دلالاته يُرجع بالأمر إلى العرف والعادة، وللقاضي السلطة التقديرية في استخلاصها من ظروف الحال.

¹ دراركة، فؤاد صالح، المرجع السابق، ص3443

² دراركة، فؤاد صالح، المرجع السابق، ص444

الفرع الثاني: تكييف التعاقد بالعربون

تتنازع الطبيعة القانونية للتعاقد بالعربون العديد من الآراء والاتجاهات الفقهية والقضائية، وتختلف باختلاف دلالة العربون، فيما إذا كانت دلالة تأكيد او دلالة عدول.

وتتناول الدراسة الطبيعة القانونية للتعاقد بعربون عدول، باعتباره المرحلة التمهيديّة للتعاقد، وفي ذلك فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار عربون العدول عقدًا معلقًا على شرط، وذهب آخر لاعتباره التزام بدلي، بينما يرى الاتجاه الثالث أن التعاقد بعربون العدول عقد يتضمن اتفاقين متميزين.

1. عقد معلق على شرط.

يرى جانب من الفقه أن التعاقد بعربون العدول هو عقد معلق على شرط، يلحق بالالتزام فيؤثر في نفس المتعاقدين دون ان يدخل في تكوين العقد، إلا أنهم اختلفوا حول طبيعة هذا الشرط هل هو شرط فاسخ أم شرط واقف¹.

- التعليق على شرط واقف.

حقيقة هذا الشرط عدم استعمال الحق في العدول أثناء المدة المتفق عليها، لأن خيار العدول يعني أن رضا المتعاقدين ليس نهائيًا، فنتوقف بذلك جميع آثار العقد خلال المدة المتفق عليها.

ويرى القانون الفرنسي أن آثار العقد تتحقق بأثر رجعي على عكس المشرع الفلسطيني والأردني لمخالفة ذلك لمبادئ الفقه الإسلامي.

- التعليق على شرط فاسخ.

¹ دراركة، فؤاد صالح، المرجع السابق، ص461

يعني عدول أحد المتعاقدين خلال المدة المتفق عليها يترتب عليه زوال آثار العقد، أما إذا انقضت المدة دون استعمال خيار العدول يعني هذا زوال الشرط الفسخ وبقاء العقد مرتباً آثاره.

2. عربون العدول بدل في الالتزام البدلي.

الالتزام البدلي هو التزام له محل واحد، غير أن المدين به يمكنه أن يؤدي شيئاً آخر عوضاً عن تأدية عين ما التزم به¹، وقد تزعم هذا الاتجاه الدكتور السنهوري فهو يرى أن الذي يعدل عن العقد يدفع قيمة العربون، ولا يعد هذا الالتزام تعويضاً عن الضرر، فالالتزام قائم حتى لو لم يلحق العدول أي ضرر بالطرف الآخر، فهو في تلك الحالة مقابل عن الرجوع².

وقد وجهت لهذا الرأي عدة انتقادات باعتبار أن الالتزام البدلي التزام واحد ذو محلين متعادلين، أحدهما أصلي والثاني بدلي، أما العربون فهو ينشئ التزامات متعددة في ذمة المتعاقد، وفي حال عدوله تبرء ذمته منها جميعاً، ويحل محلها التزام آخر هو دفع قيمة العربون³.

3. العربون يتضمن اتفاقين متميزين.

أما الرأي الثالث فيرى أن التعاقد بعربون العدول يعني أن هناك اتفاقين كل منهما عكس الآخر⁴، الأول هو الاتفاق على البيع بشرط فاسخ أو واقف حسب اتفاق المتعاقدين، والثاني الاتفاق على تحديد ثمن ما يساوي قيمة العربون يدفعه في من استعمل حق العدول، ويكون الشرط الثاني إما فاسخاً أو واقفاً بعكس الأول⁵، فإذا كان الاتفاق الأول معلق على شرط واقف جاء الاتفاق الثاني معلق على شرط فاسخ، وهكذا.

¹ الصادق، ضريفي/ شيهاني، سمير، المرجع السابق، ص457

² دراركة، فؤاد صالح، المرجع السابق، ص466

³ الصادق، ضريفي/ شيهاني، سمير، المرجع السابق، ص459

⁴ الصادق، ضريفي/ شيهاني، سمير، المرجع السابق، ص460

⁵ دراركة، فؤاد صالح، المرجع السابق، ص469

الفصل الثاني

طبيعة المسؤولية القانونية خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد

قد تنتهي المرحلة التمهيدية للتعاقد بتحقيق الهدف المنشود وهو إبرام العقد النهائي، أو فشلها وعدم التوصل لأي اتفاق بين أطرافها، أو قد يقوم احد أطرافها بالانسحاب فجأة وقطعها لأي سبب كان. ولا شك أن الفرد مسؤول عن تصرفاته التي يقوم بها، فإذا لم يلتزم بما تقتضيه المرحلة التمهيدية من التزامات، أو أدى قطعه للمفاوضات إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر فإنه مسؤول عن ذلك، ولمعرفة طبيعة المسؤولية القانونية خلال تلك المرحلة، لا بد من البحث في ماهية الالتزامات التي تقع على أطراف المرحلة التمهيدية للتعاقد، والمبادئ القانونية التي تحكم تلك المرحلة.

المبحث الأول

الالتزامات الناشئة خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد

يقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول بعنوان المبادئ التي تحكم المرحلة التمهيدية للتعاقد، والثاني الالتزامات الناشئة خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد.

المطلب الأول: المبادئ التي تحكم المرحلة التمهيدية للتعاقد

إن عدم تنظيم المرحلة التمهيدية للتعاقد بشكل عام ومرحلة المفاوضات التمهيدية بشكل خاص بنصوص قانونية يعني خضوع تلك المرحلة لمبدأ سلطان الإرادة وما ينبثق عنها من حرية التعاقد.

وكما هو معروف فإن أهم ما يميز المرحلة التمهيدية للتعاقد عن غيرها من المراحل التي يمر بها العقد أنها مرحلة احتمالية، لا يعلم أطرافها المصير الذي ستؤول إليه، فهم غير ملزمين خلال تفاوضهم بإبرام العقد النهائي، فلهم مطلق الحرية في متابعة التفاوض أو قطعه، وتنفيذ العقد التمهيدي بإبرام العقد النهائي من عدمه، وهذا ما يستلزمه مبدأ سلطان الإرادة.

إلا أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه قد يخل بمراكز المتعاقدين ويضر بهم، فاطمئنان المتفاوض لقرب إبرام العقد النهائي خاصة بعد وصول المفاوضات إلى نقطة متقدمة وانسحاب المتفاوض الآخر فجأة دون أي مبرر قد يلحق الضرر بالأول، لذلك يشترط في تلك المرحلة أن يلتزم الأطراف بمراعاة حسن النية في تصرفاتهم، وهذا ما يشكل قيدًا على مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة.

يقوم مبدأ سلطان الإرادة على حقيقة مفادها أن للإرادة السلطة والنصيب الأكبر في إنشاء العقد، والتحكم فيه من بدايته واستمراره إلى انتهائه، وفي كل أثر قانوني يترتب عليه.

وفي هذا الخصوص وردت عدّة تعريفات لمبدأ سلطان الإرادة، منها قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود حسبما يريدان عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعية للعقد¹. أو أنها عبارة عن توافق إرادتين لإنشاء التزام، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يربتها العقد².

بناء عليه يمكننا القول بأن مبدأ سلطان الإرادة هو حرية الأفراد في إنشاء ما يشاؤون من تصرفات وعقود، وتحديد آثارها وإضافة ما يرغبون من شروط وقبود، بما لا يخالف النظام العام.

ويترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج، هي:

1. حرية التعاقد.

¹ دغيش، حملاوي، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خضير بسكرة، العدد 44، 2016، 258
² بورزق، أحمد/ بورزق، خديجة، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، مجلد 4، عدد2، 2019، ص135

وهو أهم مبدأ منبثق عن سلطان الإرادة، وهو أصل التعاقد، حيث أن كل ما هو عقدي يحقق بالضرورة العدالة، وأن أساس القوة الملزمة للعقد هو ما للإرادة من سلطة ذاتية¹، فالإرادة وحدها تكفي لقيام العقد، وللشخص كامل الحرية من الإقبال على إبرام العقود مع غيره أو تركها.

والرضا هو الركن الأساسي الذي تقوم عليه العقود، ولذلك فإنه يجب على المشرع أن يعطي لهذه الإرادة المجال في إنشاء ما ترتضيها من عقود وتحديد مضمونها والآثار المترتبة عليها دون أي قيد يؤثر عليها.

2. وجوب احترام مشيئة المتعاقدين.

وهذا يقتضي عدم جواز تعديل العقد أو نقضه إلا باتفاق المتعاقدين، فيجب على القاضي عند تفسير العقد البحث عن حقيقة هذه الإرادة، دون أن يملك هو أو المشرع إمكانية تعديلها من تلقاء نفسه.

وبناء على ما سبق فإن أهم ما يترتب على مبدأ سلطان الإرادة هو عدم جواز إجبار شخص على التعاقد، فالفرد له مطلق الحرية في إبرام العقود التي يرتضيها على نفسه من عدمه، وحين الإقبال على العقد يتمتع بحرية اختيار من يتعاقد معه، وبعد إبرام العقد يجب أن تفسر ألفاظه بناء على نية المتعاقدين المشتركة وما اتجهت إليه إرادتهما، فكما ورد فص المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية فإن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، والعقد شريعة المتعاقدين وفي ذلك نصت المادة (147) من مشروع القانون الفلسطيني، والمادة (1102) من القانون الفرنسي الجديد نصت على أن "لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد"².

¹ بورزق، أحمد/ بورزق، خديجة، المرجع السابق، ص136
² جابر، أشرف، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنبة قضائية وصياغة تشريعية-لمحات في بعض المستجدات، ملحق خاص، العدد 2، الجزء الثاني، 2017، ص291

أما عن مبدأ سلطان الإرادة وأثره في المرحلة التمهيديّة للتعاقد فإن ميدانه واسع، فمبدأ حرية التعاقد ينسحب على المرحلة التمهيديّة للتعاقد، سواء اقتصر على مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد، أو تبلورت في صورة أحد العقود التمهيديّة.

وعلى سبيل المثال عند الوعد بالتعاقد يبقى الموعد له متمعًا بمطلق حريته في أن يتعاقد مع الواعد أو لا يتعاقد وذلك في حدود الفترة الزمنية المتفق عليها، ومبدأ حرية التعاقد يستلزم أن للفرد كامل الحرية للقيام بإجراء مفاوضات تمهيديّة للتعاقد، والانسحاب منها متى شاء دون أن يترتب عليه ذلك المسؤولية القانونية.

وقد رتبت هيمنة مبدأ حرية التعاقد على المرحلة التمهيديّة للتعاقد العديد من النتائج، منها:

1. مبدأ حرية التفاوض.

فمبدأ سلطان الإرادة يستتبع أن للفرد مطلق الحرية في أن يقوم بإجراء مفاوضات تمهيديّة للتعاقد، وإنهائها لعدم رغبته في أن يفرض على نفسه التزامًا قانونيًا بإبرام العقد، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بقولها أن المفاوضات عمل مادي لا يترتب عليها أي أثر¹.

وهذا ما يستلزمه مبدأ حرية التعاقد في تلك المرحلة، فلا يجوز إجبار أي شخص على الدخول في مفاوضات لا يرتضيها، وبناء عليه لا يجوز إجباره بعد إتمام التفاوض على إبرام العقد النهائي، فحرية التفاوض المنبثقة عن حرية التعاقد تعني أن للفرد الحرية في إكمال المفاوضات أو إنهائها، فالعقد النهائي في مرحلة المفاوضات احتمالي قائم على عدم اليقين.

2. حرية اختيار المتفاوضين وتعدد المتفاوض معهم.

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص318

يعني ذلك أن للشخص حرية اختيار من يتفاوض معهم، وله الحرية في أن يتفاوض مع أكثر من جهة، فتعدد المتفاوض معهم أمر مشروع في القانون كأصل عام¹، والحكمة من إباحة ذلك هو إعطاء الحق للمتفاوض بالمقارنة بين العروض المقدمة إليه واختيار الأنسب له.

والواقع أن هذا المبدأ في تلك المرحلة يبعث إلى عدم الاستقرار والخوف مما ستقول إليه المفاوضات، وبالتالي عدم إجراءها بالشكل المطلوب خوفاً من التقدم فيها وإنفاق التكاليف على عقد الاجتماعات وإعداد الخطط وتكبد خسائرها دون التوصل لأي نتيجة تذكر بسبب الانسحاب المفاجئ غير المبرر.

فالمفاوضات يلزمها عاملان مهمان للمفاوض، هما عامل حرية التفاوض وعامل أمن المفاوضات²، فعامل حرية التفاوض كما بيناه سابقاً يلزم حق المتفاوض في العدول عن تفاوضه متى شاء، أما عامل أمن المفاوضات فيعني أن يشعر المتفاوض خلال عملية التفاوض بالأمن والاطمئنان وعدم الخوف والخشية من التعرض لأي ضرر بسبب أفعال المتفاوض الآخر.

ولتحقيق ذلك كان لا بد من تقييد هذا المبدأ وعدم الأخذ به على إطلاقه في المرحلة التمهيدية للتعاقد، فاستقر الفقه على تقييد تلك المرحلة بمبدأ حسن النية وما ينشأ عنه من التزامات تقييد حرية الأطراف خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد.

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية.

يعتبر مبدأ حسن النية من أهم المبادئ القانونية والتي من خلالها يستطيع المشرع فرض حالة من التوازن العقدي؛ الذي قد ينشأ نتيجة اختلاف مراكز المتعاقدين القانونية، خاصة في العقود الكبيرة المصحوبة

¹ بيلامي، سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور القانون، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، 2018، ص70

² حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص5

بالمفاوضات، كالعقود الدولية وعقود نقل التكنولوجيا، فيأتي هذا المبدأ حماية للطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.

وقد عرّف الفقه مبدأ حسن النية بأنه إقدام المتعاقدين أو الراغبين في التعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة والاستقامة والبعد عن وسائل الغش والخداع التي تؤدي إلى التضليل وإشاعة جو من عدم الاطمئنان لدى الأفراد¹.

أو هو ما يعرفه البعض بأنه التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الهدف المباشر من إبرام العقد منسجماً بذلك مع المصالح المشروعة للطرف الآخر².

ويعد المشرع الأمريكي الوحيد الذي عرف مبدأ حسن النية في تشريعه، فنص على أنه الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الأطراف عند التعاقد³.

وترجع صعوبة وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية إلى المعايير أو الأبعاد التي يقوم عليها، فمبدأ حسن النية له معياران، هما:

1. المعيار الشخصي:

فالمعيار أو البعد الشخصي يعتمد على الشخص نفسه، وما هيّة الاعتقاد الداخلي له والحالة النفسية التي يكون عليها عند التعاقد، على نحو قد يحمله على عدم مراعاة حسن النية ومصالح الطرف المقابل، ولا يمكن إدراك ذلك إلا بالتعامل المتكرر مع الشخص نظرًا لتعلقها بشخصه وما يفكر به⁴.

2. المعيار الموضوعي:

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص319

² نشمي، مصطفى خضير، المرجع السابق، ص55

³ فياض، محمود، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، السنة 27، العدد 54، 2013، ص229

⁴ فياض، محمود، المرجع السابق، ص236/ نشمي، مصطفى خضير، المرجع السابق، ص56

أما البعد الموضوعي فهو يتعلق بمؤثرات خارجية يمكن البناء عليها عند التعاقد، وهو قصد المتعاقد الالتزام بما يفرضه القانون في مجال العقد، من خلال البحث عن التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية خلال مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه وحين تنفيذه بعد إبرامه¹.

وقد اختلفت التشريعات حول الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في تكوين وتنفيذ العقد، أي المرحلة التمهيدية للتعاقد ومرحلة إبرام العقد، وهي كالتالي:

1. مرحلة تنفيذ العقد.

نصت جميع التشريعات على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، النهائية والتمهيدية على حد سواء، فقد نصت المادة (1/202) من القانون المدني الأردني والمادة (1/148) من مشروع القانون الفلسطيني على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

2. مرحلة تكوين العقد.

انقسمت التشريعات في هذا المرحلة إلى ثلاثة أقسام كالتالي:

1. تشريعات التي نصت صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، كالمشروع الفرنسي الذي نص بموجب المادة (1104) من القانون المعدل على "يجب أن يتم بحسن نية كل من التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها"².

2. تشريعات نصت ضمناً على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، كأغلب التشريعات العربية والتي تأثرت بالمشروع الفرنسي قبل تعديله للقانون المدني، وفي ذلك جاءت الفقرة الثانية من المادة (148) من مشروع القانون الفلسطيني فنصت على "لا يقتصر العقد

¹ علي، أبحار حامد حبش، المرجع السابق، ص50

² جابر، أشرف، المرجع السابق، ص295

على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف" ويقابلها المادة (2/202) من القانون الأردني.

3. هناك تشريعات لم تلزم نفسها صراحة بتطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد، كالمدرسة الإنجليزية باعتباره التزام تعاقدي، حيث أن مرحلة التفاوض لا تشكل عقداً فإنه لا ينطبق عليها هذا المبدأ، إلا أن ذلك قد تغير بحدود عام 2002، حيث اعترف مجلس اللوردات ببعض تطبيقات هذا المبدأ خلال مرحلة التفاوض¹.

وإذا كان حسن النية في التعاقد يعني تنفيذ العقد بما تقتضيه قواعد الأمانة، فإن ذلك لا ينطبق على مرحلة التفاوض على العقد، فلا يقصد بمبدأ حسن النية في تلك المرحلة معناه العادي، وإنما يفرض عليه التزاماً ايجابياً بالترام قواعد الصدق والأمانة والاستقامة عند تعامله مع الطرف الآخر²، وهو بذلك يصلح لأن يكون أساساً لترتيب المسؤولية التقصيرية على من يخالفه.

ومن تطبيقات مبدأ حسن النية خلال المرحلة التمهيديّة للتعاقد والتي تشكل في مجموعها التزامات على أطراف تلك المرحلة يجب عليهم مراعاتها وإلا كانوا موضع المساءلة القانونية، التفاوض بحسن نية، الالتزام بالإعلام، الالتزام بضمان سرية المعلومات، وغيرها.

ومن أمثلة مخالفة مبدأ حسن النية خلال مرحلة المفاوضات التمهيديّة، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، التفاوض بنية عدم التعاقد، أو وقف التفاوض فجأة لسبب غير مشروع، أو استغلال المعلومات التي حصل عليها المتفاوض خلال تلك المرحلة بغرض الإضرار بالطرف الآخر.

¹ فياض، محمود، المرجع السابق، ص236

² بارود، حمدي، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها "مبدأ حسن النية ومقتضياته - دراسة تأصيلية تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد 16، العدد الأول، غزة، 2008، ص 851

المطلب الثاني: الالتزامات الناشئة خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد

تختلف الأسس التي تقوم عليها التزامات المرحلة التمهيدية للتعاقد عن مرحلة ما بعد إبرام العقد، فإرادة الشخص المتجهة نحو إبرام العقد هي التي تفرض عليه التزامات يتضمنها العقد الذي ارتضاه لنفسه. بينما في المرحلة التمهيدية للتعاقد خاصةً مرحلة المفاوضات يكون مصدر التزام الأطراف بشكل أساسي مبدأ حسن النية الذي يحكم تلك المرحلة ويقيد حرية الأطراف فيها، فيكون واجباً عليهم احترامه، فالدخول في مفاوضات تمهيدية للتعاقد والتعمق فيها يفرض حالة من الثقة المتبادلة بين طرفيها، فكلٌ يثق بالآخر بأن لا مجال لأن يضر به سواء من خلال ترك المفاوضات فجأة، أو كتمان معلومات أساسية من شأنها تغيير مسار التفاوض، أو إفشاء ما علم من أسرار حين مفاوضاته له.

كما أن عقد التفاوض والعقود التمهيدية تشكلان مصدرًا للالتزامات حال إبرامها، فهما اللذان يبرران تحمل الأطراف لهذه الالتزامات والتي لا تعد في تلك الحالة واجبات عامة، بل تشكل التزامات عقدية ترتب المسؤولية العقدية على مخالفتها.

من ناحية أخرى فإن أطراف المرحلة التمهيدية للتعاقد ملزمين باحترام ما درجت عليه العادات والأعراف المتبعة بشأن العقد المتفاوض عليه، والتي لا غنى عنها لما تؤديه من انضباط في مرحلة التفاوض¹. ومن أهم الالتزامات المفروضة على الأطراف خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية، وما يتفرع عنه من التزامات أخرى مكملة له، والتي فرضت ابتداءً لحمايته في مرحلة تكوين العقد.

¹ لطفي، محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص32

الفرع الأول: الالتزام بمراعاة مبدأ حسن نية.

يلتزم الأطراف في المرحلة التمهيدية للتعاقد بمراعاة مبدأ حسن النية، وذلك في جميع مراحلها، سواء مرحلة المفاوضات التمهيدية أو مرحلة العقود التمهيدية، مع الاختلاف في مصدر الالتزام ومضمونه باختلاف المرحلة.

فمراعاة مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات يقتضي التزام الأطراف بالتفاوض بحسن نية، أي مراعاة قواعد الصدق والإخلاص، وإعمال مبادئ الأمانة والاستقامة، والابتعاد عن أساليب الغش والاحتيال والتضليل وكل ما يؤثر على سير العملية التفاوضية.

بينما نجده في مرحلة العقود التمهيدية يضمن تنفيذ العقد التمهيدي بحسن نية وطبقاً للقواعد الواردة في القانون.

ومن أمثلة التفاوض بسوء نية إيهام الطرف الآخر بعكس الواقع لجره بالبدء في مفاوضات غير مجدية، والتفاوض صورياً بغرض إضاعة وقت المتفاوض الآخر، أو نشر المعلومات التي حصل عليها بمناسبة التفاوض والتي تؤثر سلباً على سمعة الطرف الآخر، أو السير في المفاوضات والتقدم فيها وقطعها فجأة دون سابق إنذار ودون مبرر أو مسوغ.

ويعد الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاماً جوهرياً، لا يستقيم التفاوض من دونه، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفته أو الحد من آثاره، فلا يُعفى طرف من هذا الالتزام على حساب الآخر¹، وتزداد أهميته كلما تقدم الطرفان في المفاوضات واقتربا من الاتفاق على العقد النهائي، فتقدم النقاش الدائر بين الطرفين

¹ علي، أبحار حامد حبش، المرجع السابق، ص54

حول شروط العقد الجوهرية يلزمهم قانونيًا وأخلاقيًا بمتابعة التفاوض وبذل العناية المطلوبة للاتفاق على باقي مسائل العقد¹.

وبشكل عام فإن أساس هذا الالتزام نجده في اتفاق التفاوض²، وهو بذلك التزامًا تعاقديًا يرتب المسؤولية العقدية على مخالفته.

وتثور الإشكالية هنا حول مدى التزام الأطراف بالتفاوض بحسن نية في حال غياب عقد التفاوض؟ وللإجابة عن هذا التساؤل ترى الباحثة أن عدم وجود عقد التفاوض لا يعني عدم التزام المتفاوضين بحسن النية خلال تفاوضهم، لما في ذلك من إهدار لحقوق المتفاوضين، خاصة الطرف الأضعف في تلك العملية، وذلك عندما يتبع المتفاوض وسائل احتيالية من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر معلنًا ذلك بحرية التفاوض التي يتمتع بها بناءً على مبدأ سلطان الإرادة، لذلك فإن الالتزام بمبدأ حسن النية في تلك الحالة يكون مقيّدًا لحرية التفاوض، ويفرضه القانون وذلك بالنص عليه صراحة أو ضمناً. أما بالنسبة للتشريعات التي لم تتبنى مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات ولم تنص عليه صراحة أو ضمناً، فإن ذلك لا يعني إعفاء الأطراف من التقيد به، لأن أساس هذا الالتزام في تلك الحالة نجده في قواعد الأخلاق والعرف المهني.

وبالنظر إلى طبيعة الالتزام بالتفاوض بحسن نية، فإن مضمونه التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية³، بحيث يلتزم كل طرف باتباع المسلك المألوف والمعتاد، والابتعاد عن وسائل الغش والخداع وكل ما

¹ دحداح، سهيلة/ رزقي، ليلي، المرجع السابق، ص36

² المرسي، حمود عبدالعزيز، المرجع السابق ص73

³ بارود، حمدي محمود، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد العشرون، العدد الثاني، 2012، ص 549

يتنافى مع ما يقتضيه المبدأ من وجوب الالتزام به، فلا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية من خلال إثبات أنه كان حسن النية وبذل كل ما يستطيع في سبيل تحقيق ذلك ولكنه لم يقدر.

ومع أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية يعتبر قيدًا على مبدأ حرية التعاقد، إلا أنه لا يفرض على المتفاوضين إطلاقًا الالتزام بإبرام العقد النهائي، فالمتفاوض يبقى طوال العملية التفاوضية متمتعًا بحريته التعاقدية، ويستطيع إنهاء المفاوضات متى شاء، بشرط عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر.

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام.

يفرض مبدأ حسن النية على الأطراف في المرحلة التمهيدية للتعاقد الالتزام بالإعلام والإرشاد وتقديم النصيحة حول العقد المتفاوض بشأنه.

ويعرف الالتزام بالإعلام بأنه التزام سابق على التعاقد، يفرض على أحد المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد بأن يقدم للآخر المعلومات اللازمة لايجاد رضا سليم على معرفة بكافة تفاصيل العقد، وذلك بناء على ظروف معينة تخص طبيعة العقد أو محله أو شخصية المتعاقد وأي شيء آخر يجعل من المستحيل على الطرف الآخر أن يلم بمعلومات معينة، أو تفرض عليه بمنح الثقة للمتعاقد الآخر¹.

وفي تعريف آخر هو إخطار أو تحذير أحد المتعاقدين الطرف الآخر والذي يكون في المركز الأضعف بكافة المعلومات عند إبرام العقد، والتي تساهم في تكوين الرضا الحر، وتمكن المتعاقد الأضعف من تقرير الإقبال على إبرام العقد من عدمه².

¹ بومدين، أحمد، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، عدد 1، 2010، جامعة سعدة، ص167

² بوطالبة، معمر، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 46، المجلد ب.ص.ص.-

406، جامعة قسنطينة، ص395

ويعد الالتزام بالإعلام التزاماً قضائياً المنشأ، إذ يجد أساسه في السوابق القضائية، وإن تنظيمه في نصوص قانونية مستقلة ليس سوى تأكيداً على الأحكام القضائية الشهيرة، كما فعل المشرع الفرنسي حيث نظم الالتزام بالإعلام في المرحلة التمهيدية للتعاقد بموجب تعديل القانون المدني في المادة (1-1112) بفقراتها الستة، مستنداً في ذلك على أحكام محكمة النقض الفرنسية¹، وهو بذلك لم يغير شيئاً على أرض الواقع سوى ترسيخ فكرة السوابق القضائية التي أسست نظاماً متكاملًا لهذا الالتزام بالاعتماد على نظريات عدة، منها نظرية عيوب الرضا، كالغلط والتغريب، ونظرية ضمان العيوب الخفية، ومبدأ حسن النية².

وعند الرجوع إلى القانون المدني الأردني ومشروع القانون الفلسطيني نرى أنه يخلو من النص على الالتزام بالإعلام في المرحلة التمهيدية للتعاقد، بينما أورده المشرع الفلسطيني في قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، في الفصل الخامس منه، فعلى سبيل المثال نرى أن المادة (15) نصت على ضرورة أن يراعي من يقوم بالترويج والإعلان للمنتجات توافق ما يعلن عنه مع واقع مواصفات المنتجات المعلن عنها، وألا ينطوي إعلانه على خداع أو تضليل المستهلك³.

ويشترط للالتزام بالإعلام في المرحلة التمهيدية للتعاقد عدة شروط، نصت عليها المادة (1-1112) من القانون الفرنسي بشكل صريح، وهي كالتالي:

أولاً: معرفة المعلومات من قبل المدين بالإعلام.

¹ بن خدة، حمزة، المرجع السابق، ص 131

² شندي، يوسف، المرجع السابق، ص 462

³ قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005، الصادر في رام الله بتاريخ 2005/11/1، المنشور في العدد 63 من الوقائع الفلسطينية

بتاريخ 2006/4/27، ص 29

يشترط لقيام الالتزام بالإعلام أن يكون المدين به عالمًا بالمعلومات والبيانات المتعلقة بموضوع العقد والتي من شأنها التأثير على رضا الطرف الآخر ونيته على إبرام العقد.

وبناء على نص القانون الفرنسي فإن المدين بالإعلام لا يلتزم إلا بإعلام الطرف الآخر عن المعلومات الهامة التي يعلمها فقط، أما المعلومات التي يجهلها فلا يلزم بتقديمها حتى لو كانت مهمة ومؤثرة بالنسبة للطرف الآخر¹.

وفي ذلك فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة توافر شرط العلم لدى البائع لقيام الالتزام بالإعلام، وأشارت إلى أن الالتزام بالإعلام الواجب على معاملة الأدوية في كل ما يتعلق بموانع الاستعمال والآثار الجانبية لا يمكن أن يوجد إلا فيما هو معروف لديها من معلومات لحظة دخول الأدوية للأسواق².
ثانيًا: الجهل بالمعلومات من قبل الدائن بالإعلام.

وضعت المادة (1-1112) وصفًا للدائن بالإعلام باعتباره من يجهل بشكل مشروع المعلومات والبيانات التي كان من الواجب الحصول عليها، أو الدائن بالإعلام الذي يضع ثقته بالطرف الآخر³. أي أن يكون الدائن بالإعلام يجهل المعلومات الجوهرية المؤثرة على العقد المراد إبرامه كون تلك المعلومات يصعب الحصول عليها، أو بالنظر لطبيعة التعامل بين الطرفين والتي تفرض ثقة كل طرف بالآخر.

فيشترط لقيام الالتزام بالإعلام ان يكون الدائن جاهلاً بالمعلومات الجوهرية، فإذا كان يعلمها او كان بإمكانه معرفتها بكل بساطة إلا أنه قصر في ذلك، لا يقوم على عاتق الطرف الآخر إعلامه بها، وهذا يعني أن الدائن بالإعلام يقع على عاتقه التحري بنفسه عن المعلومات والمسائل الهامة التي من الممكن أن تؤثر على رضاه، وليس انتظار إعلامه بها من قبل الطرف الآخر.

¹ شندي، يوسف، المرجع السابق، ص464

² بوطالبة، معمر، المرجع السابق، ص399

³ شندي، يوسف، المرجع السابق، ص466

وهو ما يسمى بالالتزام بالاستعلام، وهو أن يسعى المتفاوض للعلم بكافة ما يؤثر على القرار بإبرام العقد، فيبذل في ذلك جهده ليستعلم عن ظروف وملابسات العقد المراد إبرامه¹.

ثالثاً: أن تكون المعلومات ذات قيمة وتأثير على رضا الطرف الآخر.

إذا كان المتفاوض يلتزم بإعلام المتفاوض معه بحقيقة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، إلا أن هذا الالتزام يقتصر على المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، وهي المعلومات الهامة التي تؤثر على رضا الطرف الآخر²، ولا يلزم المدين بالإعلام بالكشف عن المعلومات الثانوية وغير المؤثرة على رضا الطرف الآخر.

والمعلومات الجوهرية التي يلزم المدين بالإعلام بالإفصاح عنها هي المعلومات التي تمثل الدافع بالنسبة لأحد الأطراف للتوجه نحو إبرام العقد³.

ويدخل من قبيل المعلومات الجوهرية المؤثرة على رضا الطرف الآخر المعلومات المتعلقة بمضمون العقد كالثمن ومحل العقد المراد إبرامه، أو المعلومات المتعلقة بصفة الأطراف كالكفاءة وسنوات الخبرة وما إلى ذلك⁴.

ويتبين مما سبق أن الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة⁵، وذلك لأن المدين بالإعلام يلتزم فقط بالإفصاح عن المعلومات الجوهرية المؤثرة على رضا الدائن بالإعلام، فبمجرد الإفصاح عنها يكون قد قام بالتزامه على أكمل وجه، ولا يُسأل عن النتيجة النهائية، لأن ذلك مرهون بمدى إدراك الطرف الآخر وكيفية تصرفه بالمعلومات التي حصل عليها.

¹ لطفي، محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص23

² حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص77

³ بوطالبة، معمر، المرجع السابق، ص400

⁴ شندي، يوسف، المرجع السابق، ص466

⁵ بوطالبة، معمر، المرجع السابق، ص398

وقد نص المشرع الفرنسي بموجب المادة (1-1112) على عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو الحد من الالتزام بالإعلام، وإن الإخلال به يترتب جواز إبطال العقد¹.

وبناء على نص القانون الفرنسي فإن المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزام بالإعلام تكون مسؤولية تقصيرية، بالنظر إلى كونه التزامًا قبل التعاقد مصدره القانون.

الفرع الثالث: الالتزام بضمان سرية المعلومات.

يعد الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات من أهم ما يقتضيه تعامل الأطراف بحسن نية، إذ أن المرحلة التمهيدية للتعاقد تقتضي أن تُكشف معلومات وبيانات متعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه، وهي تمثل موضوعًا ذا أهمية بالنسبة لصاحبها، لذلك يجب على من حصل عليها المحاذرة عليها وعدم استغلالها للإضرار بالطرف الآخر.

ويقصد بالالتزام بضمان سرية المعلومات بالالتزام بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل العقد المراد إبرامه²، والتي علم بها المتفاوض بمناسبة دخوله في مفاوضات مع الطرف الآخر. ويعد هذا الالتزام تطبيقًا واضحًا لمبدأ حسن النية، وانعكاسًا للالتزام بالإعلام، فالمدين بالإعلام عندما يُفصح عن المعلومات الجوهرية والمهمة والتي ستؤثر على رضا الدائن؛ يُلزم الأخير بضمان المحافظة على سريتها³.

¹ جابر، أشرف، المرجع السابق، ص298

² العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص71

³ شندي، يوسف، المرجع السابق، ص474

وتزداد أهمية الالتزام بضمان السرية في عقود نقل التكنولوجيا والتي تتم مفاوضاتها عبر تداول معلومات ومساائل ذات طابع تكنولوجي فني ومعرفي تتسم معظمها بطابع السرية¹، كذلك الأمر بالنسبة لعقود الامتياز التجاري والعقود الصناعية².

وترجع تحديد طبيعة المعلومات التي يتمتع على الأطراف إفشاؤها أو استغلالها بسوء نية إلى اتفاق الأطراف، وإذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين فإن سلطة القاضي التقديرية هي التي تحددها³.

وأما بالنسبة لمحل الالتزام بضمان سرية المعلومات فهو يتألف من شقين، الامتناع عن إفشاء الأسرار للغير، والامتناع عن استغلالها⁴، فمن جهة يلتزم المتفاوض بعدم إذاعة المعلومات والأسرار الهامة التي علمها بمناسبة تفاوضه وإفشاءها للغير، كما ويلتزم من جهة أخرى بالامتناع عن استغلال تلك المعلومات لحسابه الخاص سواء أثناء التفاوض أو بعد انتهائه.

ويسري هذا الالتزام على المتفاوض نفسه، وعلى من يتبعه ويعمل لحسابه كالمديرين والمستشارين والخبراء،

وفي ذلك الالتزام نصت الفقرة السادسة من المادة (1112-2) من القانون الفرنسي المعدل بأن " الطرف الذي يستعمل أو يكشف دون ترخيص معلومة سرية تم الحصول عليها بمناسبة المفاوضات يتحمل المسؤولية وفق الشروط الواردة في القواعد العامة"⁵.

¹ الخفاجي، جعفر/ حمادي، ميثاق طالب عبد، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني/ السنة السادسة، ص367

² العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص71

³ حمود، عبدالعزيز، المرسى، ص86

⁴ الخفاجي، جعفر حمادي، المرجع السابق، ص383

⁵ شندي، يوسف، المرجع السابق، ص474

ويعتبر الالتزام بضمان سرية المعلومات التزامًا بتحقيق نتيجة¹، فلا يكفي القول بأن المدين بهذا الالتزام قد بذل ما بوسعه للحفاظ على سرية المعلومات، وإنما يجب عليه الامتناع فعلاً عن إفشائها أو استغلالها بصورة تلحق الضرر بالطرف الآخر.

ولقيام المسؤولية عند الإخلال بهذا الالتزام يجب على المدعي (الدائن) أن يثبت للقاضي الإخلال بالالتزام بالسرية والضرر الناتج عنه، وفق القواعد العامة للمسؤولية القانونية.

المبحث الثاني

المسؤولية القانونية في المرحلة التمهيدية للتعاقد

يقع هذا المبحث على مطلبين اثنين، المطلب الأول بعنوان النظريات الفقهية حول طبيعة المسؤولية في المرحلة التمهيدية للتعاقد، والمطلب الثاني الجزء في المرحلة التمهيدية للتعاقد

المطلب الأول: النظريات الفقهية حول طبيعة المسؤولية في المرحلة التمهيدية للتعاقد.

إن تقرير المسؤولية القانونية في المرحلة التمهيدية للتعاقد يعزز الثقة لدى الأطراف خلال تلك المرحلة، ويوفر لهم الحماية القانونية والاقتصادية جزاء قيام أحد الأطراف بالإخلال بالالتزامات الواجب عليه احترامها، أو قيامه بالانسحاب فجأة من المفاوضات بعد تقدمهم فيها، مما سيؤدي إلى تحمل الطرف الآخر خسائر وتكاليف مرهقة ناتجة عن التفاوض.

ولا شك أن قيام الأطراف بإبرام أحد العقود التمهيدية يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية عند إخلال المدين في تنفيذ التزاماته الواجبة عليه بناء على العقد التمهيدي الذي ارتضاه على نفسه، ويعتبر الفقيه سالي أبرز أنصار هذا الاتجاه، فقد نادى بفكرة العقد التمهيدي السابق على إبرام العقد النهائي².

¹ حمود، عبدالعزيز المرسي، ص86
² دحداح، سهيلة/ رزقي، ليلي، المرجع السابق، ص48

والإشكالية التي تثار هنا تتمثل في طبيعة المسؤولية القانونية في مرحلة المفاوضات التمهيدية، هل هي مسؤولية عقدية، أم مسؤولية تقصيرية؟

فمع غياب النص التشريعي اختلف الفقه حول طبيعة المسؤولية في تلك المرحلة، فمنهم من يرى أنها مسؤولية عقدية، ومنهم من يراها مسؤولية تقصيرية.

الفرع الأول: نظرية المسؤولية العقدية.

تعد نظرية المسؤولية العقدية خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد من إنتاج الفقيه الألماني ايهرنج عام 1861¹، يطلق عليها نظرية التقصير أو الخطأ في التعاقد ، وتحتل تلك النظرية مكانة مرموقة لدى النظم القانونية تزداد تدريجياً².

ويرى ايهرنج أن خطأ المتفاوض خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد هو خطأ عقدي يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية بغض النظر فيما لو ترتب عليه عدم انعقاد العقد أو بطلانه³، فهو يرى أن الشخص الذي يتصرف أثناء المفاوضات التمهيدية للتعاقد تصرفاً من شأنه أن يؤدي إلى عدم إبرام العقد أو بطلانه بعد انعقاده يكون ملزماً بتعويض الطرف المتضرر لما أخلّ به من الثقة المفترضة بين الطرفين⁴.

وأساس المسؤولية عند ايهرنج أن الدخول في مفاوضات تمهيدية للتعاقد يفترض مسؤولية كل طرف تجاه الآخر، وذلك لثقة كل منهما بحسن نية الطرف الآخر، واستعداده التام لإجراء التفاوض للتوصل في

¹ نصير، يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول نظرية الخطأ أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن/ مجلة 7، العدد 3، 2001، ص213

² لظفي، محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص35

³ حسين، محمد عبدالظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، 2002، ص90

⁴ نصير، يزيد أنيس، المرجع السابق، ص213

النهاية إلى إبرام العقد¹، فانعدام حرص الطرف الذي ارتكب الخطأ أثناء التفاوض والذي أدى إلى بطلان العقد أو عدم انعقاده؛ هو فعل يعقد مسؤوليته تجاه الطرف الآخر، ما دام الأخير لا يعلم أو لم يقصر في العلم بسبب البطلان، مما يستدعي تعويضه عن الضرر الذي لحق به².

فالمفاوضات التمهيدية للتعاقد تلزم طرفيها باحترام مبدأ حسن النية خلالها، والتزام الجدية في المفاوضات، والطرف الذي يخل بهذا الالتزام ويرتكب عملاً مخالفاً له ملزم بتعويض الطرف الآخر عن خسارته، وينشأ هذا الالتزام بناء على نظرية ايهرنج بمجرد الدخول في المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

ويبين ايهرنج من خلال نظريته أن الحماية القانونية كما هي مقررة للعلاقات التعاقدية فإنها أيضاً يجب أن تتوفر لحماية العلاقات التعاقدية المتوقع إنشاؤها مستقبلاً³.

ويستند ايهرنج في نظريته على تكيف خطأ المتفاوض بأنه خطأ عقدي على الرغم من عدم إبرام العقد أو بطلانه إلى فكرة عقد ضمني⁴، فالدخول في المفاوضات التمهيدية ينشئ عقد ضمان بين طرفيه، يتعهد من خلاله كل طرف بالمحاولة بأن لا يرتكب أي فعل من شأنه أن يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلانه، مستنداً على الرضا الضمني المتبادل بين طرفيه⁵، وهذا التصرف القانوني المتمثل بعقد الضمان الضمني هو الذي يضي على المفاوضات التمهيدية للتعاقد الطبيعة العقدية⁶.

ولا يجب على كل طرف أن يحصل على تعهداً من الطرف الآخر بعدم الانسحاب من المفاوضات التمهيدية للتعاقد، بل إن ضمان عدم الانسحاب يجب أن يأتي من القانون نفسه، وهذا ما يتحقق ضمناً

¹ نصير، يزيد أنيس، المرجع السابق، ص214

² لطفي، محمد حسام محمود، المرجع الأسبق، ص38

³ نصير، يزيد أنيس، المرجع السابق، ص214

⁴ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص323

⁵ حسين، محمد عبدالظاهر، المرجع السابق، ص90

⁶ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص323

بمجرد الدخول في المفاوضات¹، وبالتالي فإن عدم إبرام العقد أو إبطاله بعد انعقاده يعد إخلالاً من جانب من تسبب في ذلك لعقد الضمان الضمني².

وفي كيفية نشوء عقد الضمان الضمني يقول ايهرنج أن الايجاب الصادر من أحد المتفاوضين يتحلل إلى ايجابين، الأول متعلق بالعقد المراد إبرامه، والثاني متعلق بعدم القيام بفعل من شأنه إعاقة إبرام هذا العقد، وبما أن الايجاب الثاني جاء لمصلحة من وجه إليه فإن سكوته يعد قبولاً وينعقد به العقد الضمني³.

ويتبين من خلال ما سبق أنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية خلال مرحلة المفاوضات التمهيديّة بناء على نظرية ايهرنج إما أن ينعقد العقد ويترتب عليه البطلان لاحقاً، أو أن تكون المفاوضات التمهيديّة للمتعاقد قد تقدمت وقطع أطرافها شوطاً كبيراً فيها بحيث يمكن لهم استنباط ما يشبه الاتفاق من خلال ما تمّ أثناء التفاوض، فإنهاء المفاوضات بحد ذاتها لا يعد سبباً لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن يقترن الإنهاء بخطأ الطرف الآخر المتمثل بالايهام بأن العقد على وشك الإبرام.

وقد واجهت تلك النظرية عدة انتقادات منها أنها لا تستند إلى أساس صحيح، فالمسؤولية قبل التعاقدية تقوم عندما تفشل المفاوضات، ولا يمكن أن تستند إلى عقد لم يتكون أو إلى عقد باطل⁴.

بالإضافة إلى القول بأنها تقوم على الوهم والافتراض على أمرين، الأول من حيث افتراض الخطأ في جانب المتعاقد رغم جهله أحياناً بسبب البطلان، والثاني افتراض وجود العقد الضمني حال الدخول في المفاوضات⁵.

¹ نصير، يزيد انيس، المرجع السابق، ص214

² حسين، محمد عبدالظاهر، المرجع السابق، ص91

³ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص324

⁴ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص155

⁵ لطفي، محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص41

وترى الباحثة بأن هذه النظرية لا يمكن تطبيقها على مرحلة المفاوضات التمهيدية التي لا تقتصر بعقد التفاوض، لأن أساس المسؤولية العقدية هو وجود عقد صحيح مبرم بين طرفيه، وبما أن العقد في هذه الحالة قد تم إبطاله فإنه لا يوجد أساس صحيح لانعقاد المسؤولية العقدية بناء على نظرية ايهرنج. بالإضافة إلى أن المتفاوض عندما يعلن عن إرادته فإنه يقصد بذلك المتفاوض بشأنه والذي يرمي إلى إبرامه مستقبلاً، ولا يمكن أن تُقاس هذه الإرادة وتتنصرف إلى عقد الضمان الذي لم يتم الاتفاق عليه بين الأطراف.

الفرع الثاني: نظرية المسؤولية التقصيرية.

على ضوء الانتقادات التي وجهت لنظرية الخطأ في التعاقد التي أسسها الفقيه ايهرنج، لجأ الفقهاء إلى تأسيس نظرية المسؤولية التقصيرية في المرحلة التمهيدية للتعاقد باعتبارها أسهل الوسائل وأيسرها في تلك المرحلة.

وقد أسس أصحاب هذه النظرية في انعقادها على فكرة التعسف في استعمال الحق¹، فتتعدد المسؤولية التقصيرية في كل مرة يثبت بها قيام أحد المتفاوضين بخطأ يرتكبه أثناء التفاوض يلحق ضرراً بالطرف الآخر.

ويقتضي إثبات خطأ المتفاوض بإقامة الدليل على التعسف في استعمال الحق، والذي يتمثل في نية الإضرار أو سوء نية المتفاوض، فإذا انتفى هذا الخطأ خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية لا يمكن القول بقيام المسؤولية التقصيرية².

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 326

² لطفي، محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص 59

بناء عليه تتعدّد المسؤولية التقصيرية في حال قيام أحد المتفاوضين بالانسحاب المفاجئ من المفاوضات، خصوصاً إذا بلغت مرحلة متقدمة قريبة من إبرام العقد النهائي، أو خطأ المتفاوض المتمثل في مخالفة مبدأ حسن النية خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، ومخالفة الثقة المتبادلة التي نشأت لدى الطرف الآخر بمناسبة التفاوض.

وقد اعتمد أنصار تلك النظرية على حقيقة مفادها أن المتفاوضين لا يزالون في ساحة قانونية لا يحكمها عقد، وبالتالي لا قول بقيام المسؤولية العقدية، والمسؤولية هنا تقصيرية في حال ما إذا ارتكب أحد المتفاوضين خطأ أدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، ومعيار الخطأ هو سلوك الرجل المعتاد¹.

الفرع الثالث: النظرية المختارة في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

ترى الباحثة أن تحديد طبيعة المسؤولية القانونية في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد تختلف باختلاف ظروف الحال والأساس الذي تتم عليه المفاوضات، فقد تكون مسؤولية عقدية من جهة، ومسؤولية تقصيرية في حالة أخرى.

وإنه في حال غياب النص التشريعي في القانون المدني الأردني وكذلك الأمر بالنسبة لمشروع القانون المدني الفلسطيني حول تنظيم مرحلة المفاوضات التمهيدية والتي تعالج المسؤولية التي تقع على عاتق الأطراف في تلك المرحلة، بما في ذلك قطع المفاوضات دون مبرر أو الإخلال بالالتزامات الناشئة في تلك المرحلة، فإن أحكام المسؤولية التقصيرية هي الأصل في ذلك.

والقاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية كما ورد في نص المادة (19) من مجلة الأحكام العدلية "لا ضرر ولا ضرار" وهذه القاعدة تعد أساساً لمنع الفعل الضار، بالإضافة إلى المادة (256) من القانون المدني الأردني والتي تنص على "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، إذافة

¹ الشبلاق، نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص326

إلى ما ورد في مشروع القانون المدني الفلسطيني خاصة نص المادة (179) والتي جاء فيها " كل من ارتكب فعلاً سبب ضرراً للغير يلزم تعويضه" والتي تعد في مجملها قواعد عامة تساهم إلى حد ما في علاج تلك الإشكالية.

إلا أن المفاوضات التمهيدية للتعاقد التي يصاحبها عقد تفاوض لا يمكن القول بأن أحكام المسؤولية التقصيرية هي التي تسري عليها، لأن إرادة الأطراف حين اتجهت إلى إبرام عقد التفاوض كانت تقصد الالتزام بما تضمنه، فالإرادة هنا هي التي أثقت نفسها بنفسها فهي مصدر الالتزام، وأي إخلال بالالتزام الناشئة عن عقد التفاوض يؤدي بطبيعة الحال إلى قيام المسؤولية العقدية.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي قبل التعديل، لم يكن ينص على مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، وقد توصل اجتهاد القضاء الفرنسي إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في تلك المرحلة، مع اعترافه بقيام المسؤولية العقدية في حالات أخرى كارتباط المفاوضات بعقد¹، واستقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على اعتبار أن المسؤولية التقصيرية لا تنطبق على العدول في حد ذاته، بل على ما ينجم عنه من ضرر يلحق بالطرف الآخر².

أما بعد تعديله وبتضمينه مادتي (1104) و (1112) اللتان تفرضان على المتفاوضين الالتزام بحسن النية حين تفاوضهم، فإنها بذلك جعلت المسؤولية في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد مسؤولية تقصيرية، حتى لو لم تنص على ذلك صراحة، كون هناك نص قانوني يقضي بالالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض تشكل مخالفته مسؤولية تقصيرية.

وباختلاف أساس المسؤولية في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد أصبحنا بحاجة إلى تنظيم تلك المرحلة في نصوص قانونية خاصة، لتوضيح المبادئ التي تقوم عليها تلك المسؤولية، والخروج عما

¹ شندي، يوسف، المرجع السابق، ص452

² العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص164

استقر عليه التعامل من اعتبار المفاوضات التمهيديّة للتعاقد عملاً مادياً لا يرتب أثراً قانونياً، خاصّة في المفاوضات التي تصاحب العقود الكبيرة والتي تنشأ عنها عدّة تصرفات قانونية بموجب تقدّم أطرافها في المفاوضات واقتربهم من إبرام العقد.

أولاً: قيام المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد.

تعد المسؤولية العقدية جزءاً لا يتجزء من المسؤولية المدنية التي تهدف إلى تعويض المتضرر عما لحق به من ضرر نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه، فهي جزء العقد¹.

وقيام المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات التمهيديّة للتعاقد يستلزم وجود عقد أو اتفاق على التفاوض بين أطرافه، ومخالفة أحد الأطراف لالتزاماته المفروضة عليه بناءً على هذا العقد، ومتى توافرت أركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية قامت المسؤولية العقدية على مرتكب الخطأ.

ويعد من قبيل الخطأ العقدي الذي يرتكبه المتفاوض عدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن اتفاق التفاوض، سواء كانت التزام بتحقيق نتيجة أو التزام بذل عناية، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة فإن عدم تحقيقها يرتب المسؤولية العقدية²، ومثال ذلك الالتزام بعدم التفاوض مع الغير، فمتى أثبت الدائن بأن المدين قام بإجراء مفاوضات موازية ألحقت الضرر به قامت المسؤولية العقدية.

أما الالتزام ببذل العناية فالإخلال به يتحقق عند إثبات عدم بذل المدين العناية المطلوبة لتحقيق هذا الالتزام³، ومثاله الالتزام بالإعلام، فيجب على المدين بالإعلام إثبات أنه بذل ما في وسعه في سبيل تحقيق ذلك.

¹ العرعري، عبدالقادر، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، 2011، ص30

² السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص659

³ السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ص659

ويجب أن يقترن الخطأ العقدي بالضرر الذي يلحق الطرف الآخر، فإذا ما أثبت الخطأ العقدي وانتفى الضرر لا تقوم المسؤولية العقدية.

وأخيراً يجب أن تربط بين الخطأ العقدي والضرر علاقة سببية، أي يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المتضرر قد نتج عن ذلك الخطأ، فإذا لم يتحقق ذلك وانتفت السببية بينهما لا تقوم المسؤولية العقدية¹، ومثال ذلك أن يثبت المتفاوض أن انسحابه من المفاوضات كان لسبب قاهر لا يد له فيه.

ثانياً: قيام المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

تعد المسؤولية التقصيرية جزاء على عدم تنفيذ القانون، فهي تقوم على التزام قانوني مصدره نص القانون يقع على عاتق المسؤول تعويض المتضرر عما أصابه من ضرر².

وتقوم المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد في حال اجتمع طرفي التفاوض وقاما بالبحث والتشاور حول العقد المراد إبرامه، دون ان ينظموا عملية التفاوض بعقد أو اتفاق.

فقيام أحد المتفاوضين بارتكاب خطأ أثناء تفاوضه ألحق الضرر بالطرف الآخر، فإن ذلك يحمله مسؤولية ما قام به.

ومن شأن أي فعل يشكل في ذاته إخلالاً بمبدأ حسن النية في المرحلة التمهيدية للتعاقد، أو خرقاً للالتزامات التي نص عليها القانون في تلك المرحلة؛ أن تشكل خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية على مرتكبه إذا ألحق الضرر بالطرف الآخر، وقامت بينهما العلاقة السببية.

¹ منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص184

² الزقرد، أحمد السعيد، المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، دراسة في المصادر غير الإرادية للالتزام، 2006، ص13

ومن أمثلة ذلك الانسحاب المفاجئ من المفاوضات التمهيدية للتعاقد، أو الدخول في مفاوضات غير جدية بما يتنافى مع حسن النية، أو إنشاء الأسرار التي علمها المتفاوض بمناسبة تفاوضه مع الطرف الآخر بصورة تلحق الضرر به.

المطلب الثاني: الجزاء في المرحلة التمهيدية للتعاقد

الأصل أن يقوم المدين بتنفيذ التزاماته طوعاً، بغض النظر عن مصدرها، سواء كان القانون أو العقد، وفي المرحلة التمهيدية للتعاقد إذا أخل المدين بتنفيذ التزاماته قبل التعاقدية وترتب على ذلك ضرراً لحق بالطرف الآخر فإنه سيتحمل مسؤولية ذلك ويتوجب عليه جبر هذا الضرر.

ومن أهم المبادئ العامة التي تحكم الضرر ما ورد في مجلة الأحكام العدلية في المادة (20) "الضرر يزال"، وبشكل عام فإن إزالة الضرر وجبره تكون بطريقتين، إما بدفعه وإزالته عيناً¹، أو بترميم آثاره بعد وقوعه، أي بالضمان وهو ما يطلق عليه التعويض².

ففي العقود التمهيدية إذا لم يقم المدين بتنفيذ ما التزم به فإنه يجبر على التنفيذ، ويتم التنفيذ الجبري من خلال التنفيذ العيني، أي بعين ما التزم به المدين، وفي حال استحالة التنفيذ العيني فإنه ملزم بطريق التعويض.

والسؤال الذي يطرح هنا هو مدى إمكانية إجبار المتفاوض على تنفيذ التزاماته الناشئة خلال التفاوض؟

الفرع الأول: التنفيذ العيني

التنفيذ هو الوفاء بالالتزام بحيث تبرأ منه ذمة المدين، والتنفيذ بشكل عام قد يكون اختيارياً أو جبرياً، فالتنفيذ الاختياري هو الذي يقوم به المدين بمحض إرادته دون تدخل من القضاء لإجباره على ذلك³،

¹ بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1999، ص136

² بوساق، محمد بن المدني، المرجع السابق، ص 138

³ مليجي، أحمد، الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض، الجزء الأول، ص13

وفي حال لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه اختياريًا يمكن للدائن اللجوء للقضاء لإجبار المدين على تنفيذ التزاماته وهو ما يسمى بالتنفيذ الجبري.

والتنفيذ الجبري هو التنفيذ الذي تجريه السلطة العامة تحت إشراف القضاء ورقابته، بناء على طلب الدائن بعد التأكد من استيفاء كافة الشروط لاستيفاء دينه من المدين جبراً¹.

وقد نصت المادة (355) من القانون المدني الأردني على "1. يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

2. على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك ممكناً"

والمادة (225) من مشروع القانون الفلسطيني نصت على "1. يجبر المدين بعد إعداره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً.

2. إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين، جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً"

يعد التنفيذ العيني الأصل في تنفيذ الالتزام، ويقصد به بناء على نصوص المواد السابق ذكرها تنفيذ المدين لالتزامه بعين ما التزم به، وهو النمط المثالي لجبر الضرر الواقع على الدائن، إذ يؤدي إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه وإصلاح الضرر بشكل عام².

¹ الشيرمي، عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن سعد، شرح نظام التنفيذ، الطبعة الأولى، مدار الوطن للنشر، الرياض، 2014، ص20
² صليحة، أيمن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، دفاثر السياسة والقانون، العدد 10، الجزائر، 2014، ص117

ويشترط للجوء إلى التنفيذ العيني إخطار المدين المخل بالتزاماته بضرورة تنفيذها، فإذا رفض ذلك دون مسوغ قانوني - أي أن تنفيذ الالتزام ممكناً - يلجأ الدائن للقضاء ويطالب بالتنفيذ العيني.

ويمكن للمدين أن يدفع بعدم إمكانية التنفيذ العيني كونه مرهقاً له، وبناء على طلبه يمكن للدائن أن يحصل على التعويض النقدي، بشرط أن لا يلحق ذلك الضرر به.

ويتصور أن يتم التنفيذ العيني في العقود التمهيدية، خاصة الوعد بالتعاقد، الملمزم لجانب واحد والملمزم لجانبين، ففي حال أبدى الموعود له عن رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها ونكل الواعد عن وعده، جاز للموعود له اللجوء للقضاء، ويعد الحكم الصادر بمثابة العقد.

فإجبار الواعد هنا على تنفيذ الالتزام ينصب على العقد النهائي، ويجوز في تلك الحالة أن تحل إرادة القاضي محل إرادة الواعد في تنفيذ الوعد بالتعاقد.

ولكن الإشكالية هنا تتمثل في إمكانية إجبار المتفاوض على التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

اختلفت الاتجاهات الفقهية حول إمكانية إلى التنفيذ العيني خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية، فالأول يرى إمكانية اللجوء إليه في حال استحالة إيجاد طريقة أخرى لتنفيذ التزام المتفاوض وجبر الضرر¹.

وفي ذلك قضت محكمة الاستئناف الفرنسية² بقضية مفادها عقد يتضمن بنداً ينص على إعادة التفاوض بين طرفيه في حال ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وعند تحقق ذلك كان لا بد من إعادة تفاوضهم حول الثمن، إلا أن ذلك باء بالفشل، فلجأ أحد الطرفين للمحكمة للفصل في الموضوع، ورأى القاضي حينها

¹ الدلوع، أيمن أحمد محمد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 23، عدد 39، مصر، 2014، ص1112

² صليحة، أيمن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، ص118

بالإزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل لاتفاق بينهما، على ان تكون للقاضي عند فشل التفاوض أن يقضي إما بإبطال العقد أو تعديله.

أما الاتجاه الثاني فيشترط للجوء إلى التنفيذ العيني الجبري في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد أن يرى القاضي أن الحوار بين الطرفين لا زال ممكناً، فيمكن له حينها بناء على سلطته التقديرية أن يجبر المتفاوض على مواصلة تفاوضه¹.

أما الاتجاه الثالث فيرى عدم إمكانية اللجوء للتنفيذ العيني خلال التفاوض مهما كانت الظروف، أي أنه وفي حال كان تنفيذ المتفاوض لالتزامه ممكناً إلا أنه لا يمكن إجباره على ذلك²، ويستند القائلون بهذا الرأي إلى أن محل الالتزام الذي لم ينفذ هو التفاوض وليس التعاقد، ومسائل العقد الجوهرية لم تتحدد بعد في تلك المرحلة فكيف سيرد التنفيذ العيني على عقد لم تتضح ملامحه بعد³.

وهذا ما تؤيده الباحثة، فلا يمكن إجبار المتفاوض بعد انسحابه وقطعه للمفاوضات على مواصلة تفاوضه سواء كان هناك عقد تفاوض بين الطرفين أو لم يكن، فالمفاوضات التمهيدية للتعاقد قائمة على التشاور والتفاعل والتعاون الدائر بين طرفيها، ولا يمكن جني الفائدة المرجوة من تلك المرحلة وتحقيق الغاية المنشودة بالتوصل لإبرام العقد النهائي وأحدهما مجبرٌ على مواصلة تفاوضه، زفي تلك الحالة لا يكون بمقدور المتضرر من إخلال المتفاوض الآخر بالتزامه إلا اللجوء للتعويض، سواء كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية.

¹ الدلوع، أيمن أحمد محمد، المرجع السابق، ص1112
² صليحة، أيمن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، ص118
³ الدلوع، أيمن أحمد محمد، المرجع السابق، ص1113.

الفرع الثاني: التعويض

في حال انغلاق الطريق أمام الدائن للتعويض العيني يمكنه اللجوء إلى التنفيذ بمقابل، ويعد التنفيذ بمقابل في تلك الحالة تعويضاً عما لحق به من ضرر وفاته من كسب.

ويطلق على التنفيذ بمقابل التعويض، ويقصد به أن يُدخل من أخل بالتزامه في ذمة المتضرر قيمة معادلة لتلك التي حرم منها¹، والتنفيذ بتلك الصورة على عكس التنفيذ العيني فهو لا يؤدي إلى إزالة الضرر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، بل يؤدي إلى جبره.

وقد نصت المادة (360) من القانون المدني الأردني على " إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين "

أما المادة (237) من مشروع القانون الفلسطيني فنصت على أنه " اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه أو نفذه تنفيذاً جزئياً أو معيباً" ويستفاد من نصوص المواد السابقة أن الدائن يلجأ إلى التنفيذ عن طريق التعويض في حال ما إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكناً، وذلك بتخلف شرط من شروطه التي أوردها القانون.

وعند لجوء الدائن المتضرر إلى التعويض فإنه يجب التمييز فيما إذا كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، فالمسؤولية العقدية لا يعوض من خلالها إلا عن الضرر المباشر المتوقع، باستثناء حالة الغش أو الخطأ

¹ صليحة، أيمن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، ص120

الجسيم من قِبَل المدين، فيلتزم هنا بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع¹، أما في حال انعقدت المسؤولية التقصيرية فإن التعويض يكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع².

وبشكل عام سواء كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية فإن أهم الأضرار التي يشملها التعويض في المرحلة التمهيدية للتعاقد؛ خاصة مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد وما يترتب عن قطعها بسوء نية من ضرر بالطرف الآخر هي كالتالي:

أولاً: نفقات التفاوض.

يقصد بنفقات التفاوض النفقات التي يتحملها المتفاوض المتضرر بمناسبة تفاوضه والتحضير والتمهيد للعقد المراد إبرامه³، ومثال ذلك نفقات إعداد المشاريع والموازنات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، ونفقات عقد اجتماعات التفاوض واللقاءات والسفر، ونفقات الوسطاء التي تتم المفاوضات من خلالها.

وبطبيعة الحال فإنه يشترط للتعويض عن النفقات التي تحملها المتضرر خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد أن يكون قد أنفقها بمناسبة تلك المرحلة، لا أن تُنفق في سبيل شيء آخر، فلا يتم التعويض بناء على ذلك عن النفقات التي تحملها المتضرر قبل بدء المرحلة التمهيدية للتعاقد أو بعد انتهائها.

كما أنه وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية القانونية، فإن التعويض عن نفقات التفاوض في المسؤولية العقدية تكون عن النفقات المتوقعة، أي النفقات المعقولة التي يتوقعها المتفاوض عند بدء تفاوضه، أما في المسؤولية التقصيرية فإنها تشمل النفقات المتوقعة وغير المتوقعة.

¹ المادة (239) من مشروع القانون الفلسطيني
² المادة (186) من مشروع القانون الفلسطيني
³ حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص96

ويدخل التعويض عن نفقات التفاوض في حال ما إذا كان المتضرر غير مهني أي غير متخصص في مجال العقد المراد إبرامه¹، ويثور التساؤل هنا حول مدى إمكانية تعويض المتفاوض المهني عن نفقات التفاوض؟

وفي ذلك فإن الفقه قد استقر على عدم إمكانية تعويض المتفاوض المهني عن النفقات التي يتحملها بمناسبة تفاوضه على عقد ما، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مهني يقضي بغير ذلك، باعتبار تلك النفقات تدخل في تصنيف المصروفات العامة في مجال تخصص المتفاوض².

وقد تمسك القضاء الألماني بالتعويض عن نفقات التفاوض باعتبارها تدخل في دائرة التعويض عن المصلحة السلبية³.

ثانيًا: ضياع الوقت.

يعد ضياع الوقت ضررًا متوقعًا يستحق التعويض إذا قام الدليل عليها أيًا كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات⁴، ولا صعوبة في إثبات ضياع الوقت على المتفاوض المتضرر، فيكفي أن يثبت أنه لولا تلك المفاوضات ما كان قد ضاع عليه من الوقت ما ضاع.

وبالنظر إلى ندرة العناصر المادية التي تساعد في تحديد مقدار الضرر الذي أصاب المتفاوض، فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض وفقًا لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر الضرر من يوم تحققه إلى يوم صدور الحكم⁵.

¹ حمود، عبدالعزيز المرسي، ص 96

² لطفي، محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص 90-91

³ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص 191

⁴ لطفي، محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص 93

⁵ حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص 97

وفي ذلك اعترضت محكمة النقض الفرنسية على حكم صادر عن محكمة الموضوع تتلخص وقائعه في أن زوجين قبلا ايجاب البائع المتمثل في بيع العقار، ثم طلبا تمديد مدة القبول حتى تسنح لهما فرصة تدبير المال اللازم للشراء، وبعد ثلاثة شهور أفصحا عن عدم رغبتهما في الشراء، وعلى إثره تمسك الموجب بطلب التعويض عن ضياع الوقت لأنه تمسك بايجابه طوال الفترة تلك، واعتراض محكمة النقض جاء على عدم أخذ محكمة الموضوع ضياع وقت الموجب في عين الاعتبار وأن تمسك الموجب بايجابه دفعه لعدم التصرف في العقار¹.

ثالثاً: فوات الفرصة.

يقصد بفوات الفرصة حرمان المتفاوض من فرصة حقيقية وجادة لكسب احتمالي²، فيجوز للمتضرر اللجوء إلى المحكمة لطلب التعويض عن فرصة إبرام عقد آخر كان يمكن إبرامه لولا تفاوضه ذلك.

ويعد فوات الفرصة ضرراً محققاً ومتوقعاً كذلك، يوجب التعويض في حال ما أثبت المتضرر أن الفرصة الضائعة عليه كانت جادة وحقيقية وقت التفاوض، أي لم تكن احتمالية أو صعبة المنال.

ولا يدخل في التعويض عن فوات الفرصة التعويض عن الكسب الذي كان سيكسبه المتضرر من العقد الآخر الذي ضاعت عليه فرصة إبرامه³ كونه أمر احتمالي لا يدخل في نطاق التعويض.

والسؤال الذي يُطرح هنا هو هل يدخل في نطاق التعويض عن فوات الفرصة التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض؟

¹ صليحة، بن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، ص121

² حمود، عبدالعزيز المرسي، المرجع السابق، ص99

³ لطفي، محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص94

في هذا الموضوع فقد ذهب جانب من الفقه كالفقيه الإيطالي فاجيلا¹ إلى استبعاد التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض كون إبرامه أمر احتمالي²، وقد أُيد هذا الاتجاه قديماً من قِبَل القضاء الذي كان لا يقبل التعويض عن تلك الفرصة الضائعة، معتبراً أن التعويض عنها يؤدي إلى حصول المتفاوض على ما يفوق ما حُرِم منه³.

إلا أن اتجاهاً ثانياً مؤيداً بعدة أحكام قضائية يقضي بأن البدء في المفاوضات يعطي لكلا الطرفين فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، وكلما وصلت المفاوضات لمرحلة متقدمة زادت فرصة إبرام العقد النهائي وأصبحت حقيقية وجادة، وبانسحاب أحد الأطراف دون مبرر يكون بذلك قد حرم الطرف الآخر وضع عليه فرصة حقيقية في إبرام العقد النهائي وهو ما يستوجب التعويض⁴.

وفي ذلك الاتجاه ذهب الفقيه ايهرنج، وأيده الفقه المعاصر باعتبار أن فرصة إبرام العقد احتمالية إلا أن تقييدها بقطع التفاوض دون مبرر هو ضرر محقق ويجب التعويض عنه⁵.

وترى الباحثة أن التعويض عن فوات فرصة إبرام العقد المتفاوض بشأنه أمر مستبعد، كون ذلك يتعارض مع أمرين، الأمر الأول تعارضه مع طبيعة المرحلة التمهيدية للتعاقد، فهي مرحلة احتمالية قائمة على عدم اليقين، واحتمال إبرام العقد النهائي يتساوى مع احتمال عدم إبرامه.

وثانياً والأهم تعارضه مع مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد في تلك المرحلة، وبوسع المتضرر اللجوء لطلب التعويض عن ضياع الفرصة الحقيقية في إبرام عقد آخر مع الغير، والتعويض عن ضياع الوقت ونفقات التفاوض.

¹ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص196

² صليحة، بن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، ص121

³ حمود، عبدالعزيز المرسى، المرجع السابق، ص100

⁴ صليحة، بن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، ص122

⁵ العربي، بلحاج، المرجع السابق، ص196

الخاتمة

في الختام خلصت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات، وهي كالآتي:

النتائج:

1. تعد المرحلة التمهيديّة للتعاقد مرحلة أساسية في العقد، لما يبنني عليها من التوصل إلى عقد متوازن من جميع نواحيه، وهي المرحلة التي تسبق إبرام العقد، والتي يتبادل فيها أطراف العقد المستقبلي أو من يمثلهم وجهات النظر والآراء والأفكار المتعلقة بالعقد، وإبرام عقود تمهيدية من

شأنها تمهيد الطريق لإبرام العقد النهائي، وتتألف من شقين أساسيين، يؤدي أحدهما للآخر، هما مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، ومرحلة العقود التمهيدية.

2. قصر المشرعين الفلسطيني والأردني المرحلة التمهيدية للتعاقد على مرحلة العقود التمهيدية التي تُبرم قبل العقد النهائي، وتناولها بالتفصيل والتوضيح، ونصّ في مشروع قانونه المدني على نوعين من العقود التمهيدية، الوعد بالتعاقد والتعاقد بالعربون، ورتب على مخالفتها المسؤولية العقدية.

3. على الرغم من حداثة مشروع القانون الفلسطيني إلا أنه تغاضى عن تنظيم مرحلة المفاوضات، ولم يعتبرها مرحلة تمهيدية في التعاقد توصل إلى إبرام العقد النهائي، معتبراً إياها مجرد عمل ماديّ غير ملزم لأطرافه، متغافلاً جميع الإجراءات والتصرفات القانونية الناشئة خلالها، فلم يرد في مشروع القانون الفلسطيني أي نص قانوني يبين مفهوم تلك المرحلة، والالتزامات الناشئة خلالها والتي يجب على أطرافها التقيد بها، وطبيعة المسؤولية القانونية المترتبة على الإخلال بتلك الالتزامات. ذلك على عكس المشرع الفرنسي الذي تدارك هذا النقص التشريعي وعدّل قانونه ونص على مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد مستنداً على السوابق القضائية المتعلقة بهذا الخصوص.

4. الوعد بالتعاقد هو عقد كامل وحقيقي يتم بتلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما، ويمهد لإبرام عقد آخر مستقبلاً، وينشأ بذلك حقوق والتزامات على كلا طرفيه، وفي حال أبقى الموعد له عن رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها ونكل الواعد في وعده، فإنه يحق للموعد له اللجوء إلى المحكمة وطلب تنفيذ العقد الموعد به، وفي حال أحق نكول الواعد ضرراً بالموعد له يحق له طلب التعويض عن هذا الضرر.

5. اعتبر المشرع الفلسطيني دلالة العربون المقترن بالعقد هي العدول، حيث يعطي لأحد طرفي التعاقد الحق في استعماله خلال مدة معينة للعدول عن العقد، وفي تلك الحالة فإن من استعمل هذا الخيار يفقد قيمة العربون، ويتعبر ذلك التزاماً على المتعاقد الذي عدل عن العقد، ولا يعد تعويضاً عن الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر جراء العدول.

6. يحكم المرحلة التمهيدية للتعاقد بشكل عام مبدئين أساسيين، هما مبدأ سلطان الإرادة وماينبثق عنه من حرية التعاقد، فلكل متفاوض كامل الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، ولا يمكن إجباره على البدء في المفاوضات أو إجباره على إبرام عقد لا يرتضيه على نفسه، والمبدأ الثاني هو مبدأ حسن النية، والذي يشكل قييداً على حرية المتفاوض في تلك المرحلة، فيجب على المتفاوض بناء على هذا المبدأ أن يلتزم بمبادئ الصدق والاستقامة والأمانة، وأن يبتعد عن كل فعل يحرفه عن السلوك المعتاد.

7. الالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد تتبع من الأساس من مبدأ حسن النية، وقد تكون أحياناً ناشئة عن عقد التفاوض الذي يبرمه الأطراف ويلزمون أنفسهم من خلاله بالتقيد بما ورد فيه من التزامات.

8. من أهم الالتزامات التي يرتبها مبدأ حسن النية خلال المرحلة التمهيدية للتعاقد، الالتزام بالتفاوض بحسن نية، والذي يشكل في مضمونه التزاماً بتحقيق نتيجة، والالتزام بالإفصاح عن المعلومات الجوهرية التي يجهلها المتفاوض الآخر والتي تؤثر على إرادته المتجهة نحو إكمال التفاوض وإبرام العقد النهائي، والذي يُعد في طبيعته التزاماً ببذل العناية المطلوبة، بالإضافة إلى الالتزام بضمان سرية المعلومات التي يحصل عليها المتفاوضون بمناسبة التفاوض، وهو يشكل التزاماً بتحقيق نتيجة.

9. مسؤولية المتفاوض عن قطع التفاوض بسوء نية أو الإخلال بالتزاماته قبل التعاقدية في مرحلة المفاوضات هي في الأصل مسؤولية تقصيرية، ولغياب النص التشريعي فإن أساس المسؤولية التقصيرية هنا ينبع من قاعدة المسؤولية عن الفعل الضار، إلا أنه وفي بعض الأحيان قد تكون مسؤولية المتفاوض عقدية، وذلك في حالة اتفق الأطراف على التفاوض من خلال عقد تفاوض، ويشترط لقيام مسؤولية الأطراف خلال مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد أن يقترن بخطأ المتفاوض ضرراً ألحق بالطرف الآخر، ففي حال لم يترتب على قطع المفاوضات أي ضرر للطرف الآخر فإنه لا يمكن قيام المسؤولية لغياب ركن من أركانها هو ركن الضرر.

التوصيات:

1. السير على نهج المشرع الفرنسي والعمل على تنظيم مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، والخروج عما استقر عليه التعامل باعتبارها مرحلة مادية غير ملزمة لأطرافها، والنص عليها باعتبارها مرحلة تمهيدية توصل إلى إبرام العقد النهائي.
2. النص صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد وعدم الاكتفاء بما ورد في نص المادة (2/148) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والتي نصت على " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف"، وعليه فإننا نوصي المشرع بتعديل المادة على النحو الآتي " يجب التفاوض على العقد وتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".
3. إدراج مادة في مشروع القانون المدني الفلسطيني تنص على الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد، وعدم الإكتفاء بما ورد في الفصل الخامس من قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم (21) لسنة 2005، لما يشكل هذا الالتزام من أهمية في تحقيق التوازن

العقدي والحد من عدم المساواة في المعرفة والدراية بين المتفاوضين، وعليه فإنه يجب النص على هذا الالتزام في مشروع القانون المدني باعتباره التزام قبل التعاقد.

4. العمل على حماية أطراف العملية التفاوضية من خلال تنظيم المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات الناشئة خلال تلك المرحلة المفاوضات، وما يترتب على قطع المفاوضات دون مبرر، وعدم الاكتفاء بالقواعد القانونية التقليدية في المسؤولية التقصيرية.

5. الاعتراف بالطبيعة العقدية للتفاوض في حال ما إذا اقترنت المفاوضات بعقد التفاوض، وما يترتب على ذلك من مسؤولية عقدية تقع على عاتق الطرف المخل بالتزاماته الناشئة عن عقد التفاوض.

المصادر والمراجع:

• التشريعات:

1. مجلة الأحكام العدلية لسنة 1293 هـ.

2. القانون المدني الأردني لسنة 1976.
3. القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم 131-2016 بتاريخ 10-2-2016.
4. مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.
5. قانون حماية المستهلك رقم (21) لسنة 2005.

• المراجع العامة:

1. الكزبري، مأمون، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، بيروت، 1972.
2. العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2011.
3. العرعاري، عبدالقادر، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، 2011.
4. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
5. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بشكل عام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
6. الزقرد، أحمد السعيد، المسؤولية المدنية والإثراء بلا سبب، دراسة في المصادر غير الإرادية للالتزام، 2006.
7. أهنتوت، نجيم، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الأولى، مطبعة القبس، العروي، الناظور، 2019.

8. الشبرمي، عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن سعد، شرح نظام التنفيذ، الطبعة الأولى، مدار الوطن للنشر، الرياض، 2014.
9. التكروري، عثمان، الوجيز في مبادئ القانون والقانون التجاري، خاص لطلبة كليات التجارة وإدارة الأعمال، الطبعة الثانية، 2017.
10. بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 1999.
11. منصور، أمجد محمد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.
12. سليمان، علي علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
13. طه، غنى حسون، الوجيز في العقود المسماة، الجزء الأول، عقد البيع، مطبعة دار المعارف، بغداد، 1970.
14. عبدالرحمن، أحمد شوقي، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام، 2008.
15. عبد الرحمن، أحمد شوقي، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، 2006.
16. مليجي، أحمد، الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض، الجزء الأول.
17. شيلح، محمد، مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المدني المغربي للالتزامات والعقود، المغرب، 1988.

• المراجع المتخصصة:

1. العربي، بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، 2010.
2. حسين، محمد عبدالظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، 2002
3. حمود، عبدالعزيز المرسى، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى، دراسة مقارنة، 2005.
4. دسوقي، محمد إبراهيم، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، 1995.
5. لطفي، محمد حسام، المسؤولية القانونية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995.

• الرسائل الجامعية:

1. الشبلاق، نبيل إسماعيل، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، جامعة دمشق، مجلة دامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 29، العدد 2، 2013.
2. دحداح، سهيلة/ رزقي ليلي، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، جامعة عبدالرحمان مسيرة، 2013.
3. صليحة، بن أحمد، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.
4. علي، أبحار حامد حبش، المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية، جامعة الإسراء الخاصة، 2015.

5. نشمي، مصطفى خضير، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، جامعة الشرق الأوسط،
2014.

• البحوث والمقالات:

1. الدلوع، أيمن أحمد محمد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، مجلة البحوث
القانونية والاقتصادية، مصر، مجلد 23، عدد 39، 2014.

2. الخفاجي، جعفر/ حمادي، ميثاق طالب عبد، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل
التكنولوجيا، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2.

3. بارود، حمدي محمود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في
مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية للبحوث الإنسانية، غزة، مجلد 13، عدد
2، 2005.

4. بارود، حمدي، المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام
بها "مبدأ حسن النية ومقتضياته - دراسة تأصيلية تحليلية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة
الدراسات الإنسانية) المجلد 16، العدد الأول، غزة، 2008.

5. بارود، حمدي محمود، الطبيعة القانونية للمسئولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد، مجلة
الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد 20، العدد 2، 2012.

6. بالكناني، فوزي بن أحمد، نظرية العقد في القانون المدني الفرنسي المعدل والقانون المدني
القطري، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون، المجلد التاسع، العدد المنتظم الثاني، دار نشر
جامعة قطر، 2020.

7. بوكماش، محمد/ تكواشت، كمال، الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية
و السياسية، العدد 7، 2018.

8. صليحة، أيمن محمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن، دفا تر السياسة والقانون، الجزائر، عدد 10، 2014.
9. عبدالحكم، محمود، الوعد بالتعاقد : دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 32، جامعة المنصورة، 2002.
10. نصير، يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، دراسة مقارنة، الجزء الأول نظرية الخطأ أثناء التفاوض والقطع التعسفي للمفاوضات، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، مجلد 7، عدد3، 2001.
11. فياض، محمود، مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، السنة السابعة والعشرون، العدد الرابع والخمسون، 2013.
12. الأهواي، حسام كامل، المفاوضات في الفترة ما قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، القاهرة، 1993.
13. حسني، إبراهيم حسين، أسس فرض الجزاءات في مرحلة التفاوض والأسباب المؤدية لها، الملتقى العربي الثاني لخبراء صياغة العقود، القاهرة، 2018.
14. كرومي بلعيد، الوعد بالتعاقد، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، جامعة القاضي عياض ، عدد31، 1999.
15. قونان، كهينة، الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، عدد4.
16. الصادق، ضريفي/ شيهاني، سمير، اختلاف دلالة العربون وطبيعته القانونية وأثره على العلاقة التعاقدية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، عدد6

17. دراركة، فؤاد صالح، العربون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلد 28، عدد4، 2004.
18. عمر، فلاق، التعاقد بالعربون بين الشريعة والقانون، مجلة الدراسات الإسلامية، عدد 6، جامعة الأغواط، 2016.
19. بن خدة، حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، 2018.
20. دغيش، حملوي، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خضير بسكرة، العدد 44، 2016.
21. بورزق، أحمد/ بورزق، خديجة، مبدأ سلطان الإرادة في العقود، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، مجلد 4، عدد2، 2019.
22. جابر، أشرف، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية-لمحات في بعض المستجدات، ملحق خاص، العدد 2، الجزء الثاني، 2017.
23. بيلامي، سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور القانون، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، 2018.
24. بومدين، أحمد، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، عدد 1، 2010، جامعة سعدة.
25. بوطالبة، معمر، الالتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 46، المجلد ب.ص.ص-406، جامعة قسطنطينة.

26. شندي، يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال

العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، ملحق خاص - عدد2، الجزء الثاني،

2017