

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق قانون خاص

إشراف الأستاذ:

- داود حمودين

إعداد الطالبتين:

- إيمان دلما

- صفاء بن ساحة

لجنة المناقشة:

اللقب و الإسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
الشيخ صالح بشير	محاضر ب	غرداية	رئيسا
حمودين داود	أستاذ مساعد أ	غرداية	مشرفا ومقررا
بودينار بلقاسم	محاضر ب	غرداية	مناقشا

السنة الجامعية:

2022-1443هـ / 2021/2022م

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد

مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق قانون خاص

إشراف الأستاذ:

- داود حمودين

إعداد الطالبتين:

- إيمان دلما

- صفاء بن ساحة

لجنة المناقشة:

اللقب و الإسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
الشيخ صالح بشير	محاضر ب	غرداية	رئيسا
حمودين داود	أستاذ مساعد أ	غرداية	مشرفا ومقررا
بودينار بلقاسم	محاضر ب	غرداية	مناقشا

السنة الجامعية:

2022-1443هـ / 2022/2021م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ]

سورة البقرة، الآية: 286.

شكر وعرفان:

الحمد لله حمدا يليق بمقامه، والصلاة والسلام على نبي الحق امامه محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه، أما بعد:

نحمد الله عز وجل الذي وفقنا في إتمام هذا البحث العلمي والذي ألهمنا الصحة والعافية والعزيمة فالحمد لله حمدا كثيرا.

يقول النبي صلى الله عليه وسلم: «من لا يشكر الناس لا يشكر الله»، وبذلك نتقدم بالفضل الجميل، والشكر الجزيل إلى:

الأستاذ المشرف حمودين داود على كل جهوده وعلى تفضله بإشراف على هذه الرسالة.

إلى الأستاذ الغلام عزوز.

إلى كل أساتذة كلية الحقوق على ما أحاطونا به من إهتمام وعلم نافع طوال الخمس سنوات.

إلى كل هؤلاء نقدم عرفانا ودعائنا لهم بالمجازاة الطيبة من الغفور الرحيم.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا :

إلى سندي والدي الحبيب صاحب الوجه الطيب و الأفعال الحسنة أطال الله في
عمره.

إلى أعز و أغلى إنسانة في حياتي التي أنارت دربي بنصائحها وضحت من أجلي
ولم تدخر جهدا في سبيل إسعادي أُمي الحبيبة أطال الله في عمرها.

إلى جدتي أطال الله في عمرها.

إلى أخي "عبد العزيز" وابنه "إسلام".

إلى أختي "مروة" ، "سمية" وزوجها و أولادها "جواد، وسيم".

إلى زميلتي العزيزة "إيمان دلما".

إلى صديقتي العزيزة "مروة بهاز".

إلى كل الأشخاص الذين أحمل لهم كافة المحبة و التقدير "ياسين"، "عاطف".

صفاء

إهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا :

إلى من أفضلها على نفسي ولم لا فقد ضحت من أجلي ولم تدخر جهدا في سبيل
إسعادي أُمي الحبيبة.

إلى صاحب الوجه الطيب والأفعال الحسنة فلم يبخل علي طيلته حياته والدي
العزیز.

بالتأكيد لا أحد يستطيع تعويض التضحيات التي قدموها لتعليمي ولدعمهم المادي
والمعنوي حتى أتمكن من إنهاء دراستي.

إلى جداتي وأجدادي.

إلى إخوتي: صلاح الدين، أسماء، فاطمة الزهراء، خديجة، حفصة.

إلى جميع عائلة دلمة و بورحلة.

إلى زميلة الدرب والسند بن ساحة صفاء.

إلى كل الأصدقاء من قريب ومن بعيد وإلى كل من هو غالي علي.

إيمان

قائمة المختصرات

المختصرات باللغة العربية:

الاختصار	العبرة
ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية
ص	الصفحة
ج	الجزء
ط	طبعة
ب ط	بدون طبعة
م	المادة
ق ق	القانون المدني
ق م ج	القانون المدني الجزائري
ص ص	من الصفحة إلى الصفحة

المختصرات باللغة الأجنبية

الاختصار	العبرة
Ed	édition.
P	page.
N	numéro.

مقدمة

مقدمة

المعاملات في طبيعتها تتسم بأنها متواضعة ومحدودة من حيث قيمتها ونطاقها فالعقد بسيط من حيث شكلياته وحتى القواعد التي تنظمه تلائم متطلبات المجتمع، ويعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام في التصرفات القانونية التي يلجأ إليها الأشخاص لتنظيم العلاقات فيما بينهم، فهو يلعب دوراً أساسياً لأنه وسيلة للمبادلات الاقتصادية ونظراً لما يشهده العالم من تطور وازدهار لقد أولى إليه مختلف التشريعات الاهتمام حيث خصت له نصوص قانونية لتنظيمه هذا لما يحتل من مكانة مرموقة سواء كان على الصعيد الداخلي أو الدولي.

فالعقد هو تلاقي إرادتين لإحداث أثر قانوني، إلا أن القواعد التقليدية أصبحت غير قادرة على استجابة بعض الضروريات خصوصاً في وقت أصبحت المعاملات تتم عن طرق التسوق الحديثة والرؤوس الأموال الهائلة، فقد ظهرت العديد من العقود المتشابكة والمليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية وتنطوي على مخاطر كبيرة للعاقدين لهذا إنه من غير الممكن إبرام مثل هذه العقود عن طريق تبادل الإيجاب والقبول بهذه الحالة جعل من المرحلة التمهيدية وسيلة مهمة وضرورية للتقريب بين الطرفين ولتبادل التعبير عن الإرادة وهي مرحلة لا بد منها لأن الشخص دائماً ما يسعى لتحقيق مصالحه وبالأقل خسارة لذلك جاءت مرحلة التفاوض لفض المشاكل والنزاعات التي تخص العقد.

تعد المرحلة السابقة على التعاقد من أهم المراحل التي تسبق إبرام العقود الحديثة لأن إفرازات هذه المرحلة هي التي يبنى عليها العقد باعتبارها مرحلة تحضيرية وبالرغم من قيمة ومجهودات المفاوضات إلا أن أحيانا قد لا تصل إلى الهدف المنشود والذي هو إبرام العقد النهائي، فكلما كان الإعداد للعقد جيد وكانت صياغته دقيقة وبكل حرية وعقلانية كلما جاء العقد متوازن و ينجح الأطراف في إتمامه.

تتجلى أهمية هذا الموضوع إلى تزايد المشكلات الناشئة في المرحلة السابقة للتعاقد ومن أهم هذه المشاكل هو قطع المفاوضات والمسؤولية المترتبة عن هذا القطع و في كون القانون المدني الجزائري لم ينظم هذه المرحلة بنصوص قانونية خاصة وواضحة رغم تعديلاته الحديثة، وكذا القانون المقارن لم يوليها الاهتمام المرجو فجاءت معظم التقنيات خالية من النصوص التشريعية المنظمة لها، على الرغم من أهمية مرحلة ما قبل التعاقد باعتبارها حساسة وجوهرية بسبب الالتزامات والمسؤولية المدنية التي يمكن أن تنشأ خلالها، غياب تنظيم التفاوض على العقد أدى إلى وجود تفاوت في المراكز القانونية بين أطراف العقد، وهذا ما زاد من أهمية التطرق إلى المفاوضات لدراسة العقد ومعرفته قبل إبرامه لنجاح العقد وتمامه.

ولقد دفعتنا عدة أسباب لإختيار هذا الموضوع منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي، الأسباب الذاتية فتتمثل في الرغبة النفسية في الموضوع والميول الشخصي إلى القانون المدني وكذلك ملمين بالفكرة العامة للموضوع وهو في مجال تخصصنا العلمي، وأما الأسباب الموضوعية فتتجلى في أهميته من الناحية العلمية والعملية إذ أن وجود العقد مرتبط بنشاط الانسان اليومي لذلك وجب علينا دراسة الوسائل القانونية لضمان استقرار العقود وإزالة الغموض وكذلك لمعرفة المسؤولية المدنية المترتبة في حالة الاخلال بالالتزامات، وبسبب عدم وجود نصوص قانونية تنظم صراحة مرحلة ما قبل التعاقد، كل هذه الأسباب دفعت بنا البحث في القواعد القانونية العامة التي تعالج مضمون مرحلة ما قبل التعاقد و المسؤولية الناشئة خلالها في التشريع الجزائري وفي التشريعات المقارنة وكذا الفقه والقضاء.

وتهدف هذه الدراسة إلى تحديد مفهوم مرحلة المفاوضات، و الإتفاقات والعقود التي تتخلل هذه المرحلة، دراسة الالتزامات التي ترتبها مرحلة المفاوضات على عاتق أطراف المفاوضات، بيان الجوانب التطبيقية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض على العقد، تحديد نوع المسؤولية الملقاة على عاتق الطرفين المتفاوضين نتيجة الاخلال بهذه الالتزامات، تعيين الاثار المترتبة خلال مرحلة ما قبل التعاقد.

قد كان هذا الموضوع محلا لمجموعة من الدراسات السابقة نذكر أهمها مذكرة الماستر للطالبين براهيم ليديا وبن منصور نصر الدين الذي جاءت بعنوان المسؤولية المدنية الناشئة خلال المرحلة السابقة على التعاقد، وكذلك مذكرة الماستر للطالبتين دحاح سهيلة ورزقي ليلي التي جاءت بعنوان الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، إلا أن ما يميز دراستنا عن سابقتها أنها تناولت الموضوع من زاوية مختلفة فقد تضمنت إشكالية مختلفة وتقسيمًا مغايرًا ومعلومات جديدة بخصوص الموضوع.

في سبيل إنجاز هذا الموضوع قد واجهتنا عدة صعوبات تمثلت أهمها في نقص المراجع المتخصصة في الموضوع وكذلك الحالة الصحية والدراسة بالدفعات بسبب جائحة كورونا أدى إلى نقص الإقبال على الجامعة وبالتالي عدم التواصل مع المشرف لإنجاز البحث.

ارتأينا أن تكون الإشكالية الأساسية كالتالي: ما هي الآثار القانونية الناتجة عن مرحلة المفاوضات السابقة للتعاقد؟ وما هي المسؤولية المترتبة عن إخلال أحد الأطراف عن التزامه؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية الأساسية مجموعة من التساؤلات الفرعية نذكر أهمها: ما مضمون المفاوضات؟ وعلى أي أساس تقوم المسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد؟ و ما هو الجزاء المترتب على الإخلال بهذه المسؤولية؟

للإجابة على الإشكالية الأساسية والتساؤلات الفرعية وبغية التوصل إلى نتائج قانونية اتبعنا المنهج التحليلي الوصفي من خلال وصف مرحلة المفاوضات كمرحلة سابقة على التعاقد وتحليل المسؤولية المدنية الناشئة خلال هذه المرحلة وكذا الأحكام القضائية وآراء الفقهاء المتعلقة بها.

قد قسمنا الدراسة إلى فصلين خصصنا الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي لمرحلة ما قبل التعاقد وقسمناه إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم المفاوضات أما المبحث الثاني فخصصناه للمبادئ السائدة في مرحلة ما قبل التعاقد، أما الفصل الثاني فعرجنا فيه

على الجوانب التطبيقية للمسؤولية المدنية في مرحلة ما قبل التعاقد وقسمناه بدوره إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى شروط قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد أما المبحث الثاني فتناولنا فيه الآثار الناجمة عن المسؤولية المدنية خلال مرحلة ما قبل التعاقد.

الفصل الأول :
الإطار المفاهيمي لمرحلة ما
قبل التعاقد

مرحلة ما قبل التعاقد و تعرف كذلك بمرحلة المفاوضات من أهم المراحل التحضيرية للعقد وأخطرها، وتعتبر مرحلة إستكشافية تضم العديد من العمليات والأعمال التحضيرية وهذا ما يقتضي توفير الحماية للمتعاقدين أو بالأحرى للمتعاقد الأضعف، ومن خلال هذه المرحلة يلتمس كلا الطرفين سبيله إلى التعاقد بحذر فهي ليست مجرد مرحلة اجتهادات شخصية و إنما يتولى تنظيمها علم ذو قواعد و أصول، لذلك حاولنا التركيز على دراسة الإطار القانوني لمرحلة ما قبل التعاقد وقسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:(المبحث الأول) مفهوم المفاوضات،(المبحث الثاني) المبادئ السائدة في مرحلة ما قبل التعاقد.

المبحث الأول: مفهوم المفاوضات

مرحلة ما قبل التعاقد حديثة ظهرت نظرا للتطور الذي يشهده العالم باستمرار، تتميز هذه المرحلة بدور فعال و بارز في مجال العقود و هذا ما يساعد على بناء علاقات بين الدول والأفراد و تأتي هذه المرحلة التمهيديّة نتيجة الدعوة إلى التفاوض توجه من طرف إلى الآخر وقد تكون اختيارية للأطراف الهدف منها التقليل من المنازعات التي تثور بعد إبرام العقد وتعتبر هذه المرحلة خطيرة لما تحتويه من التزامات لطرفي العقد لكن المشرع أقر الحماية القانونية لمرحلة ما قبل التعاقد أو ما تسمى بمرحلة المفاوضات بحيث تعد وسيلة علاجية في حالة الإخلال بالالتزامات الناجمة عنها فأخضاع العقد للمفاوضات قبل إبرامه يمكن الأطراف من سير و نجاح العقد، نظرا لأهمية مرحلة المفاوضات لا بد من فهم المقصود بالمفاوضات، وعليه سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى المقصود بالمفاوضات (المطلب الأول)، ثم نتطرق في (المطلب الثاني) أشكال المفاوضات.

المطلب الأول: المقصود بالمفاوضات

تعتبر المفاوضات مرحلة سابقة على التعاقد يلجأ إليها الأطراف للحوار ومناقشة شروط العقد والبحث في كل جوانبه ، لهذا تعددت التعريفات الفقهية والقانونية بشأن مرحلة المفاوضات

التي لاتزال تثير الكثير من الإشكالات سوف نتناول في (الفرع الأول) تعريف المفاوضات، (الفرع الثاني) تمييز بين الدعوة الى التعاقد و الإيجاب.

الفرع الأول: تعريف المفاوضات

إختلف الفقهاء لإرساء تعريف محدد ومعين لمرحلة المفاوضات، ولعل ذلك يعود إلى الزاوية التي ينظر منها كل طرف إلى المفاوضات،¹ سنتطرق أولاً إلى التعريف اللغوي، ثانياً التعريف الفقهي، ثالثاً التعريف القانوني.

أولاً: التعريف اللغوي

المفاوضة: "تبادل الرأي من ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلى تسوية و اتفاق".²

أما باللغة الفرنسية Négociation.³

ثانياً: التعريف الفقهي

قد اهتم الفقهاء بمرحلة المفاوضات وقد كانت محاولات عديدة لوضع تعريف شامل، ومن بين أهم التعريفات الفقهية نذكر منها:

"التفاوض هو عملية يتفاعل من خلالها طرفان أو أكثر لديهم اعتقاد بوجود مصالح واهتمامات مشتركة و متداخلة وأن تحقيق أهدافهم و حصولهم على نتائج مرغوبة تتطلب الإتصال فيما بينهم كوسيلة أكثر ملائمة لتضييق مساحة الإختلاف وتوسيع منطقة الاشتراك بينهم من خلال المناقشة و التوضيح و الحجة و الاقناع والاعتراض للتوصل الى اتفاق مقبول للأطراف بشأن موضوعات أو قضايا التفاوض".⁴

¹ فطيمة الزهراء عبد العزيز، أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد، العدد 01، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، الجزائر، 20/04/2021، ص 26.

² صلاح محمد عبد الحميد، فن التفاوض والدبلوماسية، ط1، مؤسسة طيبة للنشر و التوزيع، القاهرة 2012، ص 41.

³ Reverso dictionnaire, <https://dictionnaire.reverso.net/francais-arabe/n%C3%A9gociation>, 03/02/2022, 23:00.

⁴ ابراهيم أحمد ،محمد أحمد عبد القادر، إدارة المفاوضات والنزاعات الدولية، ب ط، دار التعليم الجامعي، 2016، الإسكندرية، ص 7.

وعرفت أيضا بأنها: "المرحلة التي تتضمن عددا من العمليات التمهيدية والمباحثات، المشاورات، والمسااعي وتبادل الآراء، للتوصل إلى اتفاق".¹

وعرف العميد كاربوني المفاوضات بأنها تلك "المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة".²

كذلك عرفت أنها: "المفاوضات هي الصورة المعبرة عن مسار الأمور ما بين طرفين على الأقل لهم قيم و معتقدات و حاجات ووجهات نظر مختلفة، إلا أنهم يسعون جاهدين للوصول إلى إتفاق حول مواضيع و أمور ذات مصالح و إهتمامات مشتركة".³

ثالثا: التعريف القانوني للمفاوضات على العقد

إن المشرع الجزائري ومختلف التشريعات المدنية الوضعية لم تتعرض صراحة إن كانت تعرضت بصورة ضمنية إلى مرحلة المفاوضات كمرحلة سابقة على التعاقد، تركت الأمر للفقهاء والقضاء.

اكتفى المشرع الجزائري بالنص على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب و القبول وارتباطهما ببعضهما (م59 ق م)،⁴ و أنه لا بد من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي تفاوضا عليها للقول بانعقاد العقد (م65 و 71 من ق

¹ أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدى إطاره القانوني وأثره في الإلتزام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية و العربية للبنات، العدد 4، الجزء 1، دمنهور مصر، 2019، ص1186.

² علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، ب ط، الجزائر 2012، ص51.

³ صالح ص- خالص، في الإعلام التجاري و المفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص86.

⁴ المادة 59 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني سنة 1428 الموافق 13 ماي سنة 2007، يعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 31.

م)، كما نصت المادة 107 ق م على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية.¹

نصت المادة 89 من القانون المصري رقم 131 لسنة 1948 على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقدره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".²

من خلال هذه التعريفات نستخلص أن المفاوضات هي عملية قانونية تتأسس بين طرفين أو أكثر، يقوم الأطراف فيها بمناقشة الشروط و تبادل الآراء على محتوى العقد المراد إبرامه، بهدف الوصول إلى اتفاق يرضي الأطراف ، ولها أهمية كبيرة قد ينجم عنها العديد من المشكلات القانونية لذلك يستحسن على المشرع الجزائري أن ينص على تنظيم هذه المرحلة و تحديد التزامات الأطراف لضمان حمايتهم.

الفرع الثاني: تمييز بين الدعوة الدعوة إلى التعاقد والإيجاب

إن الإيجاب (l'offre) كما أشرنا هو الحد الفاصل بين التفاوض على العقد (négociation) وإبرام العقد (conclusion)،³ و لهذا يستلزم علينا أن نميز بدقة واضحة بينهما لأن هاذ التمييز يكتسي أهمية كبيرة من الناحية القانونية.

قبل التطرق الى معيار التفرقة بين الدعوة الى التعاقد و الايجاب نتناول تعريف الإيجاب: "الإيجاب هو تعبير الشخص عن رضاء بالتعاقد على أمر معين يعرضه على غيره، فهو الإرادة الأولى في التعاقد".¹

¹ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011، ص45.

² هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيثاوي، المفاوضات و أثرها على التوازن العقدي دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة و القانون، المجلد 34، العدد 34، طنطا، 2019، ص 109 ص110.

³ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، ب ط، الجزائر، ص29.

كذلك عرف بأنه: " العرض الذي يصدر من شخص معين إلى شخص آخر أو عدة أشخاص ،حيث يتضمن هذا العرض طبيعة العقد المراد إبرامه و جميع العناصر الجوهرية للعقد والتي لا بد من توافرها لإبرام العقد".²

يصعب تمييز بين الإيجاب و الدعوة الى التعاقد ،طبقا لما جاءت به المادة 59 من القانون المدني الجزائري " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، فالدعوة للتفاوض والإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة فالأولى تدل على أن الأطراف لا يزالوا في مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد ،وينتهي التفاوض في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب فعندما تنتهي المفاوضات ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد يقوم احدهما بتوجيه إيجاب للطرف الأخر، فإذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد.³

المفاوضة أو الدعوة إلى التعاقد لا ترتب أثرا قانونيا ،فكل طرف حر في قطع المفاوضة في أي وقت يريد و كل دعوة إلى التعاقد يجوز العدول عنها ،ولا يترتب على ذلك أية مسؤولية .

غير أنه اذا اقترن بقطع المفاوضة أو العدول عن التعاقد خطأ تقصيري فإن من ارتكب هذا الخطأ يكون مسؤولا عن ذلك ،و تكون هنا المسؤولية هذا لارتكاب الخطأ لا لمجرد قطع المفاوضة أو الرجوع عن الدعوة ، طالما ترتب على هذا الخطأ ضرر أصاب المتعاقد الأخر.⁴

¹ بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للتزام ،ط 2012، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ،الجزائر، ص49.

² أحمد السيد البهي الشويري، مرجع سابق ،ص23.

³ عبد الحميد بادي، الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود و المسؤولية ،كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1،السنة الجامعية 2011/2012،ص25.

⁴ التكروري عثمان، الفصل الأول- إنعقاد العقد ،تاريخ الإطلاع2022/02/06،الساعة 20:15

http://www.othman.ps/%d8%a7%d9%84%d9%81%d8%b5%d9%84-%d8%a7%d9%86%d8%b9%d9%82%d8%a7%d8%af-%d8%a7%d9%84%d8%b9%d9%82%d8%af/4/?fbclid=IwAR1vLCnWB9RR8G_TzmcR4JcHRs12EH5GilODxGv1FmuucNCAM7G684YAsjl

الذي يميز الإيجاب عن الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد، هو وجود أو عدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالعرض، و الكشف عن هذه النية، هو أمر يتصل بالواقع و يختلف باختلاف الظروف والملابسات، ويستقل بتقديره قضاة الموضوع.¹

الفقه والقضاء لم يوفقوا في وضع معيار معين و دقيق لهذا التمييز لأنه مسألة واقع و ترك تقديره لقضاة الموضوع.

المطلب الثاني: أشكال المفاوضات

قد يسبق مرحلة التعاقد مرحلة تمهيدية يلجأ إليها الأطراف لتسهيل مهمة إبرام العقد النهائي و تحديد معالمه الأساسية، قد تطول وتقتصر المدة حسب نوع العقد، يترتب على الأطراف إبرام اتفاقات تمهيدية قبل التوصل إلى إبرام العقد النهائي خصوصا إذا كان العقد المراد إبرامه يتضمن شروط متعددة و مستقلة عن بعضها البعض نتطرق إليها في (الفرع الأول) و (الفرع الثاني) نعالج العقود التمهيدية أو عقود ما قبل العقد النهائي .

الفرع الأول: الاتفاقات التمهيدية

الأصل أن تتم المفاوضات بحرية بين الأطراف دون وجود اتفاق على تنظيمها أو إطار يفرض التزامات على أطرافها، ولكن قد يلجأ المتعاقدان إلى الارتباط باتفاقات تحدد التزامات الأطراف،² تهدف لإيجاد حلول للمشكلات التي قد تنشأ على مرحلة المفاوضات يطلق الفقهاء على هذا النوع من الاتفاقات مصطلحات عديدة ومختلفة من بين هذه الاتفاقات نتناول أولا (عقد التفاوض)، ثانيا (عقد الإطار)، ثالثا (الاتفاق الجزئي).

¹ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص21.

² براهمي فايزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2014، ص50.

أولاً: عقد التفاوض *contrat de négociation*

يعتبر عقد التفاوض من العقود غير المسماة¹، يعد كسائر العقود الأخرى يجب لقيامه أن تتوفر فيه أركان العقد "الصحة و الرضا و الأهلية" و شروط الصحة اللازمة لكل عقد بصفة عامة ، يطلق على عقد التفاوض تسميات عديدة أهمها :الاتفاق المبدئي *l'accord de principe*، إتفاق التفاوض *Accord de négociation*.

قد أغفل المشرع على تعريف عقد التفاوض و تنظيمه هذا الأمر الذي دفع الفقهاء للإهتمام بتعريف عقد التفاوض و تحديد أحكامه العامة وعرفه بأنه: "عقد يتفق فيه الطرفان على إبرام عقد في المستقبل ولا ينعقد الأخير إلا إذا توافرت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها، ويرتب هذا الاتفاق إلتزامات على عاتق الطرفين لأجل الوصول إلى إبرام عقد معين".²

كذلك عرف على أنه "عقد يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الآخر بالتفاوض حول إبرام عقد لاحق لم تحدد بعد شروطه الأساسية أو الثانوية ،و بعبارة أخرى عقد التفاوض هو عقد يستهدف إلزام طرفيه بالبدء في التفاوض و الاستمرار فيه بغرض التوصل إلى إبرام عقد يرغبه كلا منهما".³

لقد جاء في حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 26/10/1976 بأن عقد التفاوض هو "عقد بمقتضاه يتعهد طرفيه بالتفاوض، أو بمتابعة التفاوض

¹ ايت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة، السنة الجامعية 2017/2018، ص7.

² الشمري عبدالله عبد الأمير طه، فكرة عقد المفاوضة، مجلة جامعة كربلاء العلمية، جامعة كربلاء، المجلد السادس، العدد الثالث، 2008، ص223.

³ براهمي فايذة، مرجع سابق، ص51.

بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد موضوعه، إلا بطريقة جزئية، لا تكفي في جميع الأحوال لإنعقاده".¹

من خلال التعاريف السابقة يتضح لنا أن عقد التفاوض هو عقد صحيح وحقوقي تتوافر فيه جميع شروط الجوهرية اللازمة لقيام عقد.

عقد التفاوض لا يرتب أي التزام بالتعاقد ولكن يلزم أطرافه بالتفاوض بحسن نية، وإن تم الإخلال بهذا العقد فيمكن للمضروب طلب التعويض بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية.²

إن العقود التي تتعلق بالصفقات المالية الضخمة مثل عقود نقل التكنولوجيا وعقود التوريد التي تستغرق مدة طويلة و عقود مصانع تسليم المفتاح و غيرها من العقود ذات الأهمية الحيوية خصوصا في مجال التجارة الدولية ، يحرص الأطراف الراغبين إبرام مثل هذه العقود بإفراغ إراداتهم في مستندات تمثل مضمون ما اتفق عليه من وصف محل العقد و اجال سداد المقابل، مواعيد التسليم و التنفيذ و غيرها ، لأن المستندات أو الوثائق المعاصرة لمرحلة المفاوضات تكون ضرورية في مثل هذه العقود الضخمة للتعرف على أهم العناصر التي يقوم عليها العقد وتعتبر وسيلة للإثبات والحصول على الائتمان.³

قد تختلف تسميات هذه المستندات نظرا لكثرتها إذ لا يمكن حصرها، وعليه سنعالج البعض منها ونخص بالذكر :خطابات النوايا lettre d'intention ، تعهدات الشرف l'engagement d'honneur .

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 362.

² FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc et Eric Savaux , Les obligation, L'acte juridique , 17^{ém} éd , sirey université, Paris, 1996, p 99.

³ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص100.

1. خطابات النوايا lettres d'intention

يطلق على خطاب النوايا عدة تسميات مختلفة مثل البروتوكول أو المذكرة أو خطاب التفاهم، ولكن مصطلح خطاب النوايا هو الأكثر شيوعاً، يلعب دور كبير في مجال مفاوضات عقود التجارة الدولية، فهو يمثل المرحلة قبل النهائية للمفاوضات أو بعبارة أخرى يمثل خطوة نحو العقد النهائي.¹

لقد اختلف الفقه في تعريف خطابات النوايا وعرفها بأنها "وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي".²

بينما البعض الآخر عرفها بأنها "مستند يتم تحريره في المرحلة قبل التعاقدية، ويحتوي على الاتفاقات الأولية، والأمور المشتركة، بين أطراف عقد سوف يبرم في المستقبل".³

من خلال التعريفات السابقة نرى أن خطابات النوايا وثيقة هامة جداً تشكل دليلاً على كل ما تم تحديده أثناء المفاوضات وتؤكد نية الأطراف في التعاقد، هدفها الرئيسي هو هيكلة إطار المفاوضات.

يتضح من ذلك أن خطابات النوايا ليست قيمة تعاقدية ولا تلزم صاحبها بل مجرد نية و تتجرد من كل قيمة قانونية،⁴ لكن كاستثناء لهذه القاعدة يمكن أن تستمد هذه المستندات قيمتها

¹ حمدي محمود بارود ، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد " الطبيعة العقدية وآثارها" ،مجلة جامعة الأزهر، جامعة الأزهر، المجلد12، العدد1، 2010، ص134.

² محجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الجامعية 2011/2012، ص 13.

³ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 325.

⁴ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة ، ب ط ، الإسكندرية، 2006، ص44.

القانونية من طريقة صياغتها كأن تتضمن إتفاق صريح على إبرام العقد النهائي وفقا لما انتهى إليه الطرفان في مفاوضاتهم السابقة¹ ، لذلك يستوجب النظر إلى عبارات و ألفاظ الخطاب و القصد المشترك لأطرافه من خلال مضمونه و كذا الظروف التي تم فيها إصدار الخطاب ذاته، و ضرورة صياغتها بشكل واضح و محدد.²

2. تعهدات الشرف l'engagement d'honneur

تعرف تعهدات الشرف أو اتفاق الشرف بأنه ذلك " الإتفاق الذي يهدف من خلاله الأطراف إلى إقصائه من دائرة تطبيق القانون، والجبر وتعليق تنفيذه على أمانة ونزاهة وشرف الأطراف المتعاهدة، وذلك للحيلولة دون طرح منازعاتهم أمام القضاء أو التحكيم".³ وعرفه بعض الفقه بأنه بمثابة" تصريح إرادي يتوقف تنفيذ مفعوله على إرادة الملتمزم المصرح بشرفه دون أن يكون ذلك مشمولا بأي متابعة قضائية أو شبه قضائية كالتحكيم".⁴

وعليه يتضح لنا أن التعهد الشرفي أو الأدبي هو أن يبدي الشخص عن إرادته في الإلتزام أخلاقيا أو أدبيا ،تتجه نية الأطراف المتفاوضة إلى إبعاد الإتفاق عن دائرة القانون لذلك يتميز بقيمة معنوية ولا يكتسب أية قوة قانونية ملزمة لأطرافه كقاعدة عامة،⁵ لكن القضاء الفرنسي يميل في بعض الأحيان إلى إضفاء الطبيعة التعاقدية على الاتفاقات الشرفية، ويرتب عليها آثارا قانونية لكون القضاء الفرنسي يميل في بعض الأحيان إلى التوسع في تفسير إرادة

¹ إدرنموش مونية ، مرحلة ما قبل التعاقد ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمّر تيزي وزو، السنة الجامعية 2014/2015، ص 26.

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص 200.

³ بوطالبة معمّر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2016/2017، ص 41.

⁴ عبد القادر العرعاري، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ، 2018/03/24 ،الرباط ، ص 67.

⁵ علي أحمد صالح ، مرجع سابق، ص 296.

الأطراف في ضوء الظروف و الملازمات التي تحيط بالاتفاق، دون أن يتقيد في ذلك بالوصف الذي أطلقه الطرفان على ذلك الاتفاق.¹

أي أنه يمكن أن يكون للاتفاقات الشرفية قوة ملزمة و يتوقف ذلك على إرادة الأطراف في ترتيب التزامات معينة، و قد يستخلص القاضي وجود الالتزام في تعهد الشرف رغم إتجاه إرادة الأطراف عكس ذلك.

ثانيا: عقد الإطار contrat-cadre

يمكن تعريف عقد الإطار بأنه مجموعة عقدية تتألف من تفاق يتضمن قواعد عامة تحدد مقدماً كيفية إبرام وتنفيذ عقود أخرى لاحقة وبمقتضاه يلتزم الطرفان بمراعاة هذه القواعد.²

كذلك يعرف على أنه "ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة و هي العقود التي تعرف بعقود التطبيق أو عقود التنفيذ".³

لقد عرّفته المادة 1111 من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل 2016 على النحو الآتي: "عقد الإطار هو توافق بمقتضاه تتفق الأطراف على الخصائص العامة لعلاقاتهم العقدية المستقبلية. وتحدّد عقود التطبيق كيفية التنفيذ".⁴

قد يبدو عقد الإطار على أنه اتفاق على عقد من العقود الدورية المألوفة كعقود التوريد مثلا،⁵ يهدف لتيسير إبرام وتنفيذ العقود المطبقة أو المنفذة له عند الحاجة إلى

¹ بوطالبة معمر، مرجع سابق، ص43.

² جعفر محمد جواد الفضلي، عقد الإطار، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل كلية الحقوق، المجلد 8، العدد 28، 2006، ص 1.

³ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 506.

⁴ بناسي شوقي، القيمة القانونية المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، المجلد06، العدد04، 2021، ص87.

⁵ براهمي فايزة، مرجع سابق، ص 114.

إبرامها،¹ فهو لا يتضمن بالضرورة تحديدا لكافة العناصر الأساسية و الجوهرية للعقد التطبيقي الوارد مباشرة على السلطة أو الخدمة، نظرا لصعوبة و استحالة هذا التحديد عند إبرامه.²

ويعتبر عقد الإطار عقدا حقيقيا، وليس مجرد إيجاب بإبرام عقود التطبيق، ولذلك يستوجب إنعقاده أن تتوفر فيه جميع الشروط و الأركان اللازمة لإنعقاد العقد، التي نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري و ما يليها، أما ما يتعلق بموضوع العقد فإنه يصعب الإحاطة الشاملة بالموضوع في عقد الإطار بسبب تعدد الوظائف و الأهداف التي تؤديها هذه الإتفاقية، و إذا كان موضوع الإلتزام يجب أن يكون محددًا أو قابلا للتحديد بمقتضى المادة 92 ق م ج.³

من خلال ما سبق يتضح لنا أن إبرام العقود الاقتصادية والصناعية والتجارية يتطلب تعاونا حقيقيا فلم يعد العقد يمكن إتمامه وتنفيذه في لحظة كما هو الحال في العقود الجارية في حياتنا اليومية لهذا قد يلجأ الطرفان إلى عقد الإطار بشأن تنظيم معاملتهما المستقبلية يقتصر دوره على تبسيطها وتسييرها من أجل تقادي عدم إمكان العقد بين الطرفين في المستقبل.

ثالثا: الإتفاق الجزئي accord partiel

العقد الجزئي هو " اتفاق تم إبرامه أثناء المفاوضات يحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الاتفاق بشأنها ".⁴

¹ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية ، مرجع سابق ، ص 210.

² سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص83.

³ بلحاج العربي، جوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية ،مرجع سابق ، ص 213.

⁴ JOANNA SCHMIDT-SZALEWSKI, *La période précontractuelle en droit français*, Etudes de droit contemporain, Vol 42, N 2 , Avril-juin 1990 ,p 561.

يتضح بأن العقد الجزئي يجسد مرحلة من مراحل التفاوض،¹ بموجبه يقوم الأطراف بتجزئة العقد إلى خطوات و مراحل متتالية و تدوين ما تم الاتفاق عليه في كل مرحلة منها على حدا. ومن ثم يراد بالاتفاق الجزئي الحاصل بعد السير في مرحلة المفاوضات تدوين ما تم حسمه و الاتفاق عليه من عناصر و شروط متصلة بالعقد المتفاوض بشأنه في وثيقة موقعة بقصد التسهيل لعملية إبرام العقد النهائي، بمعنى أن ما تم الاتفاق عليه في إطار ما يسمى بالاتفاق الجزئي ليس له ذاتية مستقلة.²

غير أن الآثار التي يترتبها هذا العقد من حيث كونه ملزما لأطرافه وإن كان يعتبر جزءا من العقد النهائي في حال إبرامه فلم يفصل المشرع الجزائري في هذا بل نص فقط على المبدأ العام لمثل هذه العقود،³ وهذا في نص المادة 56 من التقنين المدني الجزائري، ومن خلال العودة إلى المبادئ العامة للعقد نصت المادة 106 من ق م ج على "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".⁴

بناء على ذلك يقرروا الأطراف إن كان يمكن لهذه العقود أن ترتب آثارا أو لا، فإذا كان العقد الجزئي يمكن أن يكون عقدا مستقلا في حد ذاته والأطراف تحفظوا على الالتزام بالعقد النهائي وحده، فإن هذا التحفظ يجرّد العقد الجزئي من أثره، أما إذا كان هذا الاتفاق لا يصلح لأن يكون عقدا مستقلا بحد ذاته، فإنه لا يلزم أطرافه سواء اتفقوا أو لم يتفقوا على إلزاميته لأنه يفتقر لمحل العقد.⁵

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 551.

² جميل نزيه سماوي، حمدي محمد حميصات، الإتفاق الجزئي ودوره في البناء المتدرج للعقد النهائي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية و القانونية، مجلد 26، العدد 02، 2018، ص 152.

³ إدريموش مونية، مرجع سابق، ص 29.

⁴ مادة 106، قانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

⁵ إدريموش مونية، مرجع سابق، ص 30.

من خلال ذلك نرى أن الإتفاق الجزئي هو اتفاق بين طرفين يعمل على تنظيم مرحلة المفاوضات، وفي إطار غياب قواعد خاصة تنظم هذه العقود فإنه يستلزم تطبيق القواعد العامة للعقد ، واللجوء إلى هذا الإتفاق هو أمر يبعث الثقة و الطمأنينة لدى الأطراف المتفاوضة لضمان استمرار و جدية المفاوضات لتحقيق نتيجة إيجابية لإبرام العقد النهائي.

الفرع الثاني: العقود التمهيديّة les contrats préparatoires

العقود التمهيديّة أو عقود ما قبل العقد النهائي (les avant –contrats) هي العقود التحضيرية التي يبرمها الأطراف قبل العقد النهائي ،فهي عقود مؤقتة سابقة على التعاقد،¹ وفي واقعنا العملي هناك عدة عقود تمهيديّة متشابهة من حيث العناصر اللازمة لإنشائها إلا أنها تهدف لتحقيق نتيجة مشتركة و هي ضمان إبرام العقد النهائي نظرا لأهمية هذه العقود نسلط الضوء على البعض منها وننطق أولا للوعد بالتعاقد ،ثانيا الوعد بالتفضيل و أخيرا العقد الإبتدائي.

أولا: الوعد بالتعاقد la promesse du contrat

لا شك في أن الغرض من الدعوة إلى التعاقد أيا كان شكلها أو مضمونها أو أهميتها ، وسواء كانت موجهة لشخص أو أشخاص معينين أو للجمهور هو إبرام عقد يرتب حقوقا وواجبات جديدة على المتعاقدين .ولكن قد تحول بعض العوامل المادية أو غيرها ،دون تمكين المعنيين من إبرام العقد ،كأن يرغب شخص في شراء البيت الذي يستأجره ،إلا أنه لا يملك ثمنه في الوقت الحالي و قد يكون المؤجر غير راغب في بيع المحل في الوقت الحالي، تقاديا لهذه الصعوبات المؤقتة قد يتفق الطرفان على التعاقد مستقبلا، فيلتزم أحدهما أو كلاهما بذلك.²

¹ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق ، ص 140.

² علي فياللي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موقم للنشر ،ط 3، الجزائر ،2013،ص152.

هذا ما جاءت به المادة 1/71 من ق م ج "الإتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ،و المدة التي يجب إبرامه فيها " .¹

وعليه يعرف الوعد بالتعاقد بأنه "عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد اخر في المستقبل ،مع شخص اخر يسمى الموعد له، إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة " .²

الوعد بالتعاقد عقد كامل لا مجرد إيجاب ،ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي،³ يختلف عن عقود المفاوضات بذاتها ، وكذا عن العقود الجزئية أو المرحلية في كونها تتضمن ما يتفق الأطراف الإلتزام به في عقدهم المرتقب حيث تحدد ما يتراضون عليه من العناصر الأساسية أو الجوهرية التي هي من ركائز الوعد بالتعاقد.⁴

يشترط لإنعقاد الوعد بالتعاقد سواء كان الوعد ملزماً للجانبين أو ملزم لجانب واحد توافر الشروط الآتية:

أ- الشروط العامة للتعاقد (الرضا ،المحل ،السبب).

ب- بالإضافة إلى الشروط العامة للعقد، توافر شروط أخرى خاصة، تتمثل في كل من شرط تعيين كافة المسائل الجوهرية للعقد الموعد بإبرامه، بالإضافة إلى إفراغ الوعد بالتعاقد في الشكل الذي يتطلبه القانون،⁵ فإنه إذا كان العقد المراد إبرامه في المستقبل عقدا شكليا

¹ مادة 71، قانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الإلتزام العقد و الإرادة ،دار الهدى ،طبعة جديدة مزينة و منقحة، الجزائر، 2009،ص 126 .

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ،ص 251.

⁴ بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد ، مجلة الكلية القانونية الكويتية العالمية، جامعة الملك عبد العزيز ، العدد3، جدة 2021، ص194 .

⁵ كهينة قونان، الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد ،حوليات جامعة الجزائر 1 ،المجلد 34 ، العدد 04 ،2022، ص 77 ص 78 .

(كعقد بيع عقار ،وعقد الهبة العقارية...) فيجب أن يتم الوعد بالتعاقد في الشكل الذي يقتضي به القانون لقيام العقد الموعد به حيث أن مراعاة الشكلية في المراحل السابقة على إبرام العقد النهائي م 71 / 2 و م 324 مكرر 1 من ق م ج) يقصد منها عدم إفلات الأفراد من قيود الشكل التي يوجبها القانون، باعتبار أن الوعد بالعقد يؤدي إلى إتمام العقد المراد إبرامه نهائيا فيما إذا حكم القضاء بذلك (م 72 ق م ج).

فإذا توافرت هذه الشروط القانونية أنتج الوعد بالتعاقد أثره القانوني ،من حيث إلتزام الواعد بإبرام العقد الموعد به ،إذا أظهر الموعد له رغبته في إبرام العقد خلال المهلة المحددة.¹

ثانيا: الوعد بالترفضيل promesse de préférence

يعتبر الوعد بالترفضيل من العقود التمهيدية التي تمهد للعقد النهائي كما يستخدم في مجالات متعددة فقد يظهر أحيانا في صورة اتفاق مستقل بالمصطلح عقد التفضيل وأحيانا على صورة شرط مدرج في عقد اخر يطلق عليه مصطلح شرط التفضيل.² وتطرق بعض الفقهاء الى الوعد بالترفضيل كتصرف تنطبق عليه أحكام الوعد بالبيع إلى حد كثير، و البعض الاخر كصورة من صور للوعد بالبيع كونه يتضمن التزم من جانب واحد وهو التزم الواعد،³ وعرف على أنه: "اتفاق تمهيدي حيث يلتزم بمقتضاه الواعد إذا ما قرر مستقبلا إبرام عقد معين أن يختار الموعد له دون سواه في الحالة التي يقرر فيها فعليا التعاقد".⁴

كما عرف بأنه: " اتفاق يعد بموجبه الشخص شخصا اخر بأن يفضله في التعاقد إذا ما قرر فعلا في إبرام العقد وقبل بنفس الشروط التي ارتضى بها الغير".⁵

¹ بلحاج العربي ،مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق ،ص 147.

² علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 527.

³ نسيم يخلف، أحكام البيع و الشراء في التشريع الجزائري، جسور للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ،2019، ص58.

⁴ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق ، ص152.

⁵ شهيدي محمد سليم ، لغواطي عباس، الوعد بالترفضيل في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 07 ، العدد 02، 2021 ، ص 405.

من خلال التعريفات السابقة يتضح لنا ان عقد الوعد بالتفضيل هو عقد يلتزم بمقتضاه الواعد بتفضيل الموعد له على غيره إذا قرر التفاوض لإبرام عقد ما.

لم ينظم التشريع الجزائري الوعد بالتفضيل بأي نص تشريعي منذ عام 1975 رغم التعديلات التشريعية التي مسته في السنوات الأخيرة خاصة الصادرة سنة 2005 عكس التشريع الفرنسي الذي تطرق إليها في المادة 1123 من ق م الفرنسي عام 2016.¹

بما أن الوعد بالتفضيل يعتبر اتفاقاً فهو يخضع للقواعد العامة للعقود وهذا لعدم اهتمام المشرع به كما اشرنا انفا رغم أهميته البالغة،² وعليه يخضع اتفاق الأفضلية في انشائه للشروط العامة (الرضا ، المحل ، السبب) المقررة لصحة الاتفاقات والعقود المنصوص عليها في قانون المدني (المواد 54.59.65.71) وهذه الشروط مستقلة عن تلك متعلقة بصحة العقد النهائي المحتمل.³

بناء على ذلك متى نشأ الوعد بالتفضيل صحيحاً ترتبت عنه حقوق والتزامات على عاتق أطرافه، و من ثم فينتج عنه التزام بالتفضيل على عاتق الواعد يقابله حق شخصي بالأفضلية للمستفيد وتظهر اثار هذه الالتزامات في مرحلتين: عند ابرام عقد الوعد بالتفضيل وعند تنفيذه، وفي الجزاء المترتب عن مخالفة العقد.⁴

ثالثاً: العقد الإبتدائي *contrat préliminaire*

العقد الإبتدائي كما تدل تسميته هو مشروع عقد، غالباً ما يكون في صورة وعد متبادل بالعقد، يكون مسبقاً بمفاوضات عقدية تنتهي بمشروع عقد محدد يلزم أطرافه بإبرام العقد النهائي المنشود في الموعد المتفق عليه، ما دام قد استكمل جميع عناصر العقد الأساسية وشروط اللازمة لصحته، حيث إن نية أطراف العقد قد تتجه إلى إثبات حقيقة إرادتهما في وثيقة

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد ، مرجع سابق ، ص 288.

² براهيمى فايزة، مرجع سابق ، ص 103.

³ بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب ط الجزائر، 2015، ص 174.

⁴ براهيمى فايزة، مرجع سابق ، ص 107 ص 108.

عرفية أولية مؤقتة، على أن يعاد تحريره فيما بعد بالطريقة التي رسمها القانون عند التسجيل لدى المصالح المختصة، ويتسجيل العقد الابتدائي يسمى عندئذ بالعقد النهائي.¹

إن يعد العقد الابتدائي مرحلة وسطى بين المفاوضات التمهيديّة والعقد النهائي، سمي هذا العقد ابتدائياً، لأنه بكل بساطة أول خطوة إيجابية لتأكيد العلاقة التعاقدية.

يختلف الوعد بالتعاقد عن العقد الابتدائي، في أن هذا الأخير هو المقصود الأصلي، فهو ليس مجرد تمهيد لعقد نهائي بل هو العقد بذاته، إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد وعناصره الأساسية من الشيء المبيع و الثمن، أما الوعد بالتعاقد كما تطرقنا إليه سابقاً ليس هو المقصود الأصلي، بل هو وسيلة الوصول إلى العقد النهائي و إن تضمن اتفاقاً على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، لا يعد عقد نهائي.²

في حالة إخلال أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزاماته، يحكم القاضي في مواجهته بصحة و نفاذ ذلك العقد و يقوم هذا الحكم مقام العقد النهائي، بالإضافة إلى الحق في طلب فسخ العقد و طلب التعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور.

الجدير بالإشارة هو أن موضوع العقد الذي يثبت فيه الطرفان التفاهم الحاصل بينهما لا يرقى إلى اعتباره عقد ملزم من الناحية القانونية.³

¹ بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد، مرجع سابق، ص 235 ص 236.

² بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 158.

³ سهيلة دحداح، رزقي ليلي، الإطار القانوني لمرحلة ما قبل التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق و العلوم السياسية، فسم حقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، السنة الجامعية 2012/2013، ص 30.

المبحث الثاني: المبادئ السائدة في مرحلة ما قبل التعاقد.

الأصل في المرحلة السابقة على التعاقد أن كلا الطرفين لديهم الحرية في التفاوض والاستمرار فيه طالما كان للأطراف نية قاطعة في التعاقد دون أن ينتج عنه التزامات ومسؤوليات باعتبار المفاوضات مرحلة تمهيدية للعقد النهائي، خصصنا هذا المبحث لدراسة المبادئ الهامة التي تنظم مرحلة ما قبل التعاقد إذ وجد مبدأ حرية التعاقد كمبدأ أساسي في هذه المرحلة نتطرق إليه في (المطلب الأول)، (المطلب الثاني) مبدأ حسن النية الذي يسود في جميع مراحل العقد.

المطلب الأول: مبدأ حرية التعاقد.

تعتبر مرحلة المفاوضات أساسية لإبرام العقود حيث أن الأصل فيها حرية التعاقد الذي يحظى بأهمية كبيرة فإن فكرة حرية التعاقد مرتبطة بمفهوم سلطان الإرادة لأن الفرد هو الذي يلتزم لأنه أراد أن يلتزم وفي الحدود التي أرادها وعلى هذا الأساس يجد الفرد نفسه ملزماً باحترام الالتزامات التي وقعت على عاتقه، وللتعرف أكثر على هذا المبدأ نتناول في (الفرع الأول) مفهوم مبدأ حرية التعاقد وفي (الفرع الثاني) العدول عن المفاوضات، (الفرع الثالث) عدم التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات العقدية.

الفرع الأول : مفهوم مبدأ حري التعاقد

إن حرية التعاقد في معناها تفيد في أن الفرد حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد لذلك لا يمكن إجبار أي شخص على التعاقد سواء سبق ذلك إجراء مفاوضات أو دونها وإن إجراء المفاوضات العقدية لا يعني إبرام العقد المستقبلي فحرية المفاوضات الصادرة عن مبدأ حرية التعاقد تتيح للأطراف المتفاوضة الخروج من التفاوض وعليه يبقى العقد المراد إبرامه إحتمالي.¹

¹ سارة بيلامي، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 03 ، العدد 05 ، 2018، ص 70.

ذلك لأن العقد يتم بمجرد تطابق إرادتي العاقدين،¹ هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 59 من ق م ج.

الأساس الذي تفرع منه مبدأ حرية التعاقد هو مبدأ سلطان الإرادة إذ يعتبر المبدأ الأساسي تفرعت منه مبادئ عديدة و مهمة ،يقضي بأن للإرادة وحدها القدرة على إنشاء الإلتزام دون إشتراط إجراء أو شكل خاص ،² يقوم مبدأ سلطان الإرادة على فكرة بسيطة مفادها أن للإرادة السلطان الأكبر في بناء أي كيان تعاقدية.³

في بدايات نشوء مبدأ سلطان الإرادة القانون الروماني لم يكن يعترف به قد كانت العقود فيه شكلية تسودها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ، أما مجرد توافق ارادتين فلا يعتبر عقدا ولا ينشأ التزاما،⁴ ووجود هذا المبدأ وسيادته للمنظومة العقدية ما هو الا نتيجة لتأثر القانون بالأفكار الاقتصادية والفلسفية التحررية التي برزت في أوروبا نهاية القرن 17 وجاء القانون الفرنسي سنة 1804 مستجيبا بشكل واضح لمبدأ حرية التعاقد المنبثق عن مبدأ سلطان الارادة.

ساد مبدأ حرية التعاقد على مرحلة ما قبل التعاقد بمختلف صورها، ورتب العديد من النتائج لكن مع التطور الذي مس مختلف العقود و كثرة الانتقادات التي وجهت إليه انحصرت سيطرته على هذه المرحلة ،⁵ وذلك من أجل تأكيد الحرية التعاقدية وتحقيق توازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة و حماية الطرف الضعيف باعتبار كل ذلك هو المحرك الرئيسي للحياة الاقتصادية.⁶

¹ بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004، ص 45 .

² فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2009، ص 41.

³ نبيل إسماعيل الشبلاق ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، جامعة دمشق ،المجلد 29 ، العدد الثاني ، 2013 ، ص 317 .

⁴ عبد الرزاق السنهوري ،مرجع سابق ،ص 142.

⁵ سارة بيلامي ، مرجع سابق ،ص 68 ص 69.

⁶ خالد بن النوي ، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد و اشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خنشلة ،المجلد 04 ، العدد 08 ، 2017، ص 875.

الفرع الثاني: العدول عن المفاوضات العقدية

إن التفاوض يخضع لمبدأ حرية العدول أي أن لأي أحد من الطرفين الحق في أن ينهي المفاوضات، ذلك بقطعها وعدم الاستمرار فيها ولكن حرية العدول عن المفاوضات يجب أن تكون نتيجة لعدم الاستقرار والثقة المتبادلة في العلاقات بين الطرفين إلا إذا وجدت ظروف تبرره.¹

مر مفهوم العدول عن المفاوضات العقدية بمرحلتين: المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث.

القاعدة العامة وفقاً للمفهوم التقليدي تعتبر المفاوضات مجرد عمل مادي يقوم به الطرفين لا يرقى إلى تصرف قانوني وبذلك لا يترتب عليه أثر قانوني أي أن لكلا الطرفين أن يحتفظا بالحرية الكاملة في العدول عن المفاوضات في أي وقت ولا مسؤولية عليهما.²

أما في المفهوم الحديث بعد التطور الذي طرأ على مبدأ حسن النية في العقود وتقييد مبدأ حرية التعاقد تطور مفهوم العدول عن المفاوضات العقدية لم تعد المفاوضات مجرد تبادل وجهات النظر والآراء فقط ، دون أن يترتب العدول عنها أثر قانوني، فقد أصبح لها نظامها القانوني الذي يستلزم من كل طرف التصرف بالأمانة والجدية، ولا يجوز لأي طرف قطع المفاوضات بدون توفر أسباب جدية ومقنعة، وإلا قد يخل بالثقة التي تتكون نتيجة المفاوضات يعني ذلك ارتكاب المفاوض خطأ، ومن هنا يكيف العدول عن المفاوضات بذاته بأنه خطأ يوجب المسؤولية.³

من خلال ذلك نرى أن مبدأ حرية العدول عن المفاوضات العقدية يلعب دور أساسي في هذه المرحلة ولا يترتب أية مسؤولية على من عدل إذا رأى أنه ليس من مصلحته الاستمرار فيها كما وضحنا سابقاً بشرط ألا يقترن هذا العدول بخطأ يوجب المسؤولية.

¹ حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد...، مرجع سابق، ص 546.

² أم كلثوم صبيح، المفاوضات الممهدة للتعاقد (ماهيتها و أحكامها)، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي، <https://www.iasj.net/iasj/download/7eb962534cf715d6>، 02/03/2022، 12:00.

³ كاظم كريم علي الشمري، المسؤولية في فترة ما قبل التعاقد، مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة، العدد 27، 2006، ص 2.

الفرع الثالث: عدم التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات العقدية

نص المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من ق م على الاستعمال التعسفي للحق

بقوله: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.¹

كما أشرنا سابقا أن العدول عن المفاوضات حق يتمتع به كل متفاوض استنادا لمبدأ الحرية التعاقدية و لكن هذا المبدأ يعتبر كقاعدة عامة، و ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق كاستثناء فلا يجب على الأطراف العدول عن مفاوضاتهم بتعسف.

يلتزم الأطراف خلال مرحلة ما قبل التعاقد بالتفاوض بجدية و نزاهة و عدم وجود سوء النية، فمن أخل بهذه الواجبات يعد متعسفا في قطع المفاوضات و يتحمل المسؤولية نتيجة ذلك.²

يتمثل سوء النية في قصد الإضرار بالغير في مرحلة المفاوضات عن طريق عدم جديته، و يكون بذلك قد إستغل إضاعة وقت المتفاوض الآخر أو الحيلولة بينه و بين عقد صفقة أخرى، أو يلجأ إلى هذه المفاوضات للحصول على الأسرار الخاصة بالطرف الآخر التي يصرح بها عند التفاوض كشيء ضروري للتفاهم ثم يعدل عن المفاوضات بحجة عدم التوصل إلى تفاهم حول المحل المتفاوض عليه، ثم يقوم بعد ذلك باستغلال الأسرار التي علمها.³

¹ مادة 124، القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

² يوسف شندي، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام، ملحق خاص، العدد 02، ج الثاني، 2017، ص 453.

³ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، ب ط، الإسكندرية، 2015، ص 63.

قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 26 / 11 / 2003 على أن: "حرية التعاقد تتضمن الحق في قطع المفاوضات، ولا يقيد هذه الحرية سوى التعسف في استعمال الحق في قطع المفاوضات من خلال خطأ متمثل بانتهاك ثقة الطرف الآخر ... من طبيعة تظهر أن سلوكهم تعارض مع حسن النية".¹

لذلك بالرغم من اتفاق الفقهاء على حرية الأطراف في العدول دون أن يقع على عاتقهم أية مسؤولية عن هذا العدول في ذاته، لكن قد يترتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه، ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول، بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ، والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذي أصابه الضرر.²

المطلب الثاني: مبدأ حسن النية

مرحلة التفاوض هي مرحلة أولية لها أهمية بالغة في مجال العقود، ولكي تحقق هذه المرحلة أهدافها لا بد من تزويدها بضمانات كافية تزرع عنصر الثقة بين المتعاقدين و يكون هذا إلا من خلال تكريس مبدأ حسن النية لأنه يعتبر من النظام القانوني للمفاوضات يقع الالتزام بتنفيذه على عاتق أطراف العلاقة التعاقدية، لهذا سوف نحرص للتعرف أكثر على مفهوم مبدأ حسن النية (الفرع الأول) أما (الفرع الثاني) نتطرق الى الالتزامات المتفرعة عنه.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.

من أهم المبادئ التي تحكم المرحلة التعاقدية هو مبدأ حسن النية لذلك علينا معرفة نشأة هذا المبدأ ومفهومه.

¹ يوسف الشندي، مرجع سابق، ص 451.

² رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 64.

قد حثت الشريعة الإسلامية التي تعتبر من مصادر التشريع الأساسية على التعامل بحسن النية فنجد القرآن الكريم بدا واضحا في العديد من الآيات القرآنية.¹

بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (الاية 27سورة الانفال)²

وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ﴾ (الاية 119سورة التوبة)³

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (الاية 90سورة النحل)⁴

أما في السنة النبوية الشريفة وردت بعض الأحاديث النبوية تدل على اهتمام السنة النبوية بحسن النية في المعاملات.

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَىٰ، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَهَجْرَتُهُ إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهَجْرَتُهُ إِلَىٰ مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ".⁵

وكذا الحديث الشريف الذي جاء يحثنا على النهي عن الغش عن أبي هريرة رضي الله عنه ان الرسول الله- صلى الله عليه وسلم- قال: "... مَنْ غَشَّنَا، فَلَيْسَ مِنَّا".⁶

¹ عهود أحمد حسين خليفات، مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل أثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية دراسة تحليلية، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، المجلد 05، العدد 01، 2020، ص574.

² سورة الأنفال، الاية 27.

³ سورة التوبة، الاية 119.

⁴ سورة النحل، الاية 90.

⁵ أخرجه البخاري باب بدء الوحي.

⁶ رواه مسلم.

من هنا نستطيع القول بأن الشريعة الإسلامية في مجملها تحت على التمسك بمبدأ حسن النية في جميع التصرفات التي يقوم بها الفرد وتحرم التعامل بسوء النية مهما كان.

ظهر مبدأ حسن النية مع نشأة القانون الروماني فيما يعرف بمبدأ *bonne foi* ، حيث اعتبر كقاعدة أخلاقية ثم تحول مع مرور الوقت الى قاعدة قانونية و أصبح مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة، بموجبه كان القاضي الروماني يتدخل لفرض التزامات تعاقدية على أطراف العقد من أجل التوازن العقدي.¹

تعددت الآراء الفقهية بشأن تحديد مفهوم حسن النية ولم تصل الى تعريف عام وموحد لهذه الفكرة لأنها لا تتضمن معنى واحد بل تكون في حيز معنيين مختلفين أحدهما شخصي والآخر موضوعي. بحيث يأخذ بالمفهوم الشخصي لهذه الفكرة عندما يعتد بحسن النية باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما أو اعتقاد الخطأ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما وبهذا المفهوم فإن فكرة حسن النية فكرة شخصية تتسم بطابع سلبي محض.²

أما من الجانب الموضوعي لفكرة حسن النية هو المفهوم المعتمد في مجال العلاقات العقدية ، فهي تعتبر فكرة أخلاقية خالصة تتطلب مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم بهذا يقدر الضابط الأخلاقي في الجانب الموضوعي وفقا للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع.³

¹ عبد المجيد قادري ، مراد عمرانني ،التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة باجي مختار ، المجلد 04 ، العدد 2019، 02، ص 789 .

² فاطمة الزهراء زيتوني، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلد 02، العدد الرابع، جوان 2016، ص 433.

³ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة- ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، 2017/2018، ص

بالرجوع لأحكام القانون المدني نجد نصوص عديدة نصت على مبدأ حسن النية بشكل غير مباشر كتلك المتعلقة بالحيازة وعدم التعسف في استعمال الحق... إلخ ، و في مجال العقود نجد أن المشرع الجزائري أشار إلى هذا المبدأ في نص المادة 107 ق م ج¹ ، هي الوحيدة التي نصت صراحة على مبدأ حسن النية في مجال العقود.

ونلاحظ أن المشرع الفرنسي بعد تعديله لبعض القواعد القانونية في ق م ف، تم التطرق صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات من خلال نص المادة 1104 حيث تم استحداث هذه المادة بموجب الأمر رقم 2016-131 الصادر في 10 فيفري 2016 و التي تنص على ما يلي : " يجب أن يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن النية."²

ومنه نرى أن المشرع الفرنسي نص صراحة على مرحلة المفاوضات و أضافها كمرحلة جديدة من مراحل العقد وكذلك على الالتزام بحسن النية.

قد عرف مبدأ حسن النية بوجه عام بأنه: "الاعتقاد بمراعاة جميع الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة."³

إذا أمعنا النظر في مضمون هذا الالتزام نجد بأنه التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ، بحيث يقتضي على كل طرف أن يلتزم بمقتضاه بحسن النية الواجب الالتزام بها في التفاوض ، و ذلك بالابتعاد على عن الغش و الخداع ، و ما يعرف بالمناورات التفاوضية و مفاوضات التجسس تتنافى مع ما يقضي به هذا المبدأ⁴.

¹ المادة 107 ق م ج " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية".

² محمد حميداني، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قلمة للعلوم الإجتماعية و الإنسانية، العدد 26، جوان 2019، ص 305.

³ عبد المجيد قادري ، مراد عمراني، مرجع سابق، ص789.

⁴ نقلا عن : حمدي محمود بارود ، نحو ارساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد ...، مرجع سابق ، ص

الفرع الثاني: الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية

وكما أسلفنا مبدأ حسن النية يعتبر مبدأ جوهرى في مرحلة المفاوضات لابد أن يلتزم المتفاوض به وأن يتمتع عن اتباع أسلوب الحيلة و الغش و هذا لنجاح المفاوضات ، و يقتضى تنفيذ هذا الالتزام الأساسى وجوب احترام الطرفين التزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه أو مكملة له بحيث لا يمكن حصرها و لهذا سنكتفى بالتطرق إلى البعض منها (أولا) الالتزام بالإعلام، (ثانيا) الالتزام بضمان السرية.

أولا: الالتزام بالإعلام

تتعدد وتتووع التسميات التي تطلق على هذا الالتزام و هذا دلالة على أهميته و عرف على أنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد ، و ذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد، أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة ، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالتزام بالإدلاء بالبيانات".¹

مثال على ذلك إذا تعلق الأمر بمنتجات صناعية و جب تقديم وصف كامل عن مكوناتها و أوصافها و ملحقاتها و بياناتها المتعلقة بالوزن و المقاس و بلد و سنة الصنع و طريقة الاستعمال و أساليب الحفظ و الصيانة. و تقديم بيانات كافية وصحيحة للمتفاوض و لفت انتباهه إلى خصائص الشيء محل التعاقد.²

نصت المادة 86 ق م ج: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف

¹ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ ، مرجع سابق ، ص 67 ص 68.

² محمد حسين منصور ، العقود الدولية، مرجع سابق ، ص 58.

الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.¹

لهذا يوجب على الطرفين الالتزام بالإعلام على كل البيانات و المعلومات التي تتعلق بالعقد موضوع التفاوض لتوقي إمكانية إبطال العقد بسبب الوقوع في التدليس.

ثانيا: الالتزام بضمان السرية

من بين الالتزامات المهمة المتفرعة عن مبدأ حسن النية نجد الالتزام بضمان السرية، تبرز أهمية هذا الالتزام في العقود الدولية التي تتصف بالتعقيد الفني والتكنولوجيا كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا ، حيث يلتزم فيه المتفاوض بالحفاظ على سرية المعلومات التي يطلع عليها خلال مرحلة ما قبل التعاقد والامتناع عن إفشاءها و استعمالها قبل إبرام العقد النهائي.²

قد نصت المادة الثانية البند 16 من مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية ،التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994 بقولها : " أن يلتزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الاخر و سواء أبرم العقد أو لم يبرم ، بعدم إفشاءها أو استخدامها بغير حق ، لأغراض شخصية . و يرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا ،يشمل في هذه الحالة المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الاخر ."³

وعليه المقصود بضمان السرية هو الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، فإنه يتكون من شقين و هما:

¹ المادة 86، القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

² بن أحمد صليحة ، تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ،المجلد 04 ، العدد 02 ،2019، ص 817.

³ علي أحمد صالح ، مرجع سابق ،ص 482 ص 483.

- أن يمتنع المتفاوض عن إفشاء هذه السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها.

- أن يمتنع أيضا عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها.¹

الالتزام بضمان السرية هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يكفي أن يبذل المتفاوض قصار جهده ليمنع من إفشاء الأسرار أو استغلالها ، إنما يجب عليه أن يمتنع عن ذلك فعلا و إلا قامت مسؤوليته. على أنه هناك جانبا كبيرا من الفقه يرى ضرورة أن يقيد هذا الالتزام زمنيا، لاسيما وأن التطور التكنولوجي متسارع جدا، مما يستدعي تحديد عمر هذا الالتزام بفترة ضمان سرية المعلومات.²

¹ بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق ، ص ص75-77.

² بن أحمد صليحة ، مرجع سابق ، ص 817.

خلاصة الفصل:

من ثم يمكننا القول أن مرحلة ما قبل التعاقد ذات أهمية كبيرة لأن فيها يتعاون الأطراف لتوضيح وجهات النظر المختلفة وتقريبها و ذلك من خلال تبادل العروض والإقتراحات من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، يستتبع هذه المرحلة اتفاقات تمهيدية و كذلك عقود تمهيدية وتكون ضرورية في هذه المرحلة خصوصا إذا كانت بشأن عقود ضخمة مليئة بالتعقيد، وتقوم على مبادئ أساسية تتمثل في مبدأ الحرية التعاقدية و مبدأ حسن النية.

الفصل الثاني :

الجوانب التطبيقية للمسؤولية المدنية

الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد

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

المبحث الأول: شروط قيام المسؤولية في مرحلة مقبل التعاقد

كما أشرنا سابقا أن المفاوضات ترتب على عاتق أطرافها التزامات متبادلة، يتعين احترامها ويقع المخالف لها تحت طائلة تحمل تبعة المسؤولية المدنية وأيا ما كان نوع هذه المسؤولية فإن قيامها لا يتحقق إلا إذا اكتملت عناصرها الأساسية المتمثلة في الخطأ (المطلب الأول)، (المطلب الثاني) الضرر، (المطلب الثالث) العلاقة السببية.

المطلب الأول: الخطأ

الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بوجه عام هو الخطأ بمجرد الاخلال بأحد الالتزامات التي يفرضها القانون أو التقصير فيها يعتبر خطأ تقوم المسؤولية نتيجة ذلك سواء كان خطأ تقصيري (الفرع الأول) أو خطأ عقدي (الفرع الثاني) و تلزم مرتكب الخطأ بتعويض الآخرين على ما لاحقهم من أضرار كنتيجة لهذا الخطأ.

الفرع الأول: الخطأ التقصيري

بالتمتع في أحكام القانون المدني الجزائري نجد المادة 124 من ق م بعد التعديل نصت على: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".¹

جاءت المادة صريحة تشترط قيام خطأ الفاعل، ولا شك أن المشرع بقي متأثرا بالقانون الفرنسي الذي نص على الخطأ في المادة 1382.²

¹ نصت المادة 124 قبل تعديلها بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 على ما يلي: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

² Samuel Goldstein , **la responsabilité civile de l'article 1382(nouveau124) du code civil** ,23:00,2022/03/24, <https://www.legalplace.fr/guides/article-1382-code-civil-1240/> .

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

أولاً: مفهوم الخطأ التقصيري

لم يحدد المشرع الجزائري تعريف الخطأ لما يتضمنه من صعوبة، ولكن الرأي الراجح في الفقه والقضاء أن الخطأ هو الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد مع إدراك الشخص لذلك"، وبعبارة أخرى هو الإخلال بالالتزام القانوني الذي يفرض على كل شخص عدم الإضرار بالغير، وهذا الالتزام هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وبالتالي إذا انحرف عن هذا السلوك أعتبر مخطئاً واستلزم ذلك قيام مسؤوليته.¹

يقصد بالخطأ بشكل عام الإخلال بواجب قانوني صادر عن شخص مميز ، يتكون من ركنين أحدهما مادي يتمثل في انحراف في السلوك أي ينحرف الشخص عن السلوك الواجب اتباعه والآخر معنوي يتمثل في الإدراك،² على هذا الأساس يقاس الخطأ التقصيري للمتفاوض بمعيار موضوعي فيتم مقارنة سلوك المتفاوض العادي من بين أوسط الناس ، ليس بالمتفاوض شديد الحرص ولا بالمتفاوض المهمل و إنما يأخذ بالمتفاوض الوسط بين هذا وذاك.

ثانياً : صور الخطأ التقصيري في مرحلة ما قبل التعاقد

من بين صور الخطأ التقصيري الذي يمكن أن يرتكبه المتفاوض في مرحلة ما قبل التعاقد ، الدخول في المفاوضات دون وجود نية قاطعة في إبرام العقد و إنما الهدف من الدخول إليها التجسس و إفشاء الأسرار ، الدخول في المفاوضات من أجل إعاقه و تعطيل الطرف الآخر عن إتمام صفقة أخرى ، كذلك قطع المفاوضات أو الانسحاب منها بشكل مفاجئ و بدون توفر أسباب جدية.³

في الحالات المذكورة أعلاه تكون المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق في حالة ألحق هذا الخطأ بإحداث ضرر للغير.

¹ محمد المهدي بكرابي ، مليكة جامعي ، الاتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أدرار ، يوم 23/ ماي /2013، ص 27.

² عمرو أحمد عبد المنعم ديش ، أركان المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، جامعة زيان عاشور ، المجلد 04 ، العدد الثاني ، 2019، ص 24.

³ علي أحمد صالح ، مرجع سابق ، ص 690 ص 692.

هذا ما أقره القضاء الفرنسي في قرار لمحكمة النقض الفرنسية حيث جاء فيه : "أنه لا تشترط نية الاضرار حتى تقام مسؤولية الفاعل، لأن المادتين 1382 و 1383 من ق م ف لا يشترطان نية الاضرار بالطرف الاخر " حسب رأي الفقيه GHESTIN فإن قطع المفاوضات العقدية هو سبب كافي لقيام المسؤولية و هذا وفق قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني.¹

الفرع الثاني: الخطأ العقدي

خلال مرحلة المفاوضات تنشئ التزامات على عاتق المتعاقدين حيث يلتزم كل منهما بمناقشة شروط العقد المراد إبرامه بهدف التوصل الى اتفاق نهائي، كذلك يلتزم الأطراف بالجدية و التعاون أثناء التفاوض أما إذا لم يلتزم أحدهم بتنفيذ التزامه المحدد تترتب عليه مسؤولية عقدية ، و عليه سنتطرق لدراسة مفهوم الخطأ العقدي (أولاً) و (ثانياً) صور الخطأ العقدي في مرحلة ما قبل التعاقد.

أولاً: مفهوم الخطأ العقدي

في القواعد العامة يعرف الخطأ العقدي بأنه عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ من العقد،² و الواقع أن عدم التنفيذ تختلف صورته بحسب نوع الالتزام فهناك نوعان من الالتزام : الالتزام بتحقيق نتيجة ، و التزام ببذل عناية.³

من خلال هذا التعريف يتضح أن الخطأ العقدي في مرحلة ما قبل التعاقد يتمثل في عدم تنفيذ التزاماته الناشئة خلال هذه المرحلة.

¹ مصطفى خضير النمشي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد ،رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ،جامعة الشرق الأوسط ،2014/2013، ص 77.

² عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ،ص 656.

³ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 366.

ثانياً: صور الخطأ العقدي في مرحلة ما قبل التعاقد

من أهم صور الخطأ العقدي و أكثرها انتشارا هي رفض الدخول في المفاوضات، و قطع المفاوضات دون سبب جدي أو موضوعي، كذلك عدم الحفاظ على سرية المفاوضات.

1. رفض الدخول في المفاوضات

في هذه الصورة نجد بأن الالتزام بالتفاوض من أهم الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض فالمفاوضات ملزمة و هذا من خلال الارتباط التعاقدية الذي بين الطرفين لا يستطيع أحدهم التخلص منه أو تعديله الا بموافقة الطرف الاخر وذلك تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.¹ ولهذا إذا رفض أحد الطرفين في الدخول إلى المفاوضات ، أعتبر مخلاً بالتزامه التعاقدية بالتفاوض ، و من ثم تنشأ مسؤوليته التعاقدية و بمجرد الامتناع عن البدء في المفاوضات يعتبر خطأ عقدياً يستوجب المسؤولية العقدية ، لأن الالتزام بالدخول في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس التزاماً ببذل عناية.²

من أبرز التطبيقات القضائية للإخلال بالالتزام بالبدء في المفاوضات الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية رونو الشهيرة، حيث استخلصت محكمة النقض الفرنسية من خلال رسالة الشركة الموجهة للعامل عن وجود اتفاق بالتفاوض بين الطرفين وتأسيساً عليه خلصت المحكمة إلى أن الشركة قد أخطأت بامتناعها عن الدخول في مفاوضات مع العامل، بالرغم من تحسن وضعيتها الاقتصادية.³

2. قطع المفاوضات دون سبب مشروع

كما أشرنا سابقاً قد تنتهي مرحلة المفاوضات إما بإبرام العقد النهائي أو بفسلها وقد تنتهي بقطعها، فقد يقطعها أحد الأطراف عندما يتبين له أن الصفقة يتخللها مخاطر جسيمة، أو أنه ليس من المتوقع أن تسفر عن ربح ما، أو أنه قد ينتج عنها خسائر هائلة له، وقد يقطعها

¹ أنظر المادة 106 من القانون المدني.

² علي أحمد صالح ، مرجع سابق ، ص 734.

³ بوطالبة معمر ، مرجع سابق ، ص 208.

عندما يتبين له أن المفاوضات الموازية الأخرى التي كان يجريها منذ البداية مع طرف آخر تعدّه بشروط أفضل.¹

لكن في بعض الحالات يتم قطع المفاوضات دون سبب مشروع و إن هذا القطع يعتبر خطأ لكونه ينطوي على سوء نية من المتفاوض، و لكونه يتنافى مع قواعد حسن النية.² من أبرز التطبيقات القضائية في مجال قطع المفاوضات دون سبب مشروع، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 22 / 02 / 1994 في نزاع تتلخص وقائعه في أن مشتري محل تجاري باشر عملية التفاوض مع مالك العقار المقام فيه المحل، من أجل إبرام عقد إيجار جديد للعقار.

وبعد أن أبدى المالك الرغبة في إبرام عقد الإيجار، قام بقطع المفاوضات فجأة مع الراغب في الاستئجار، مما أدى إلى إخفاق المستأجر في إعادة بيع المحل إلى الغير، وإلى العجز عن تسديد ديونه، فتمت تصفية المحل التجاري قضائياً و بيعه بثمن بخس.

بعد عرض النزاع على القضاء، أيدت محكمة النقض الفرنسية ما قضت به محكمة الموضوع، التي انتهت إلى أن مالك العقار يعد متعسفا في قطعه للمفاوضات، لأنه لم يستند في ذلك إلى سبب مشروع.³

3. عدم الحفاظ على سرية المفاوضات

إن الالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية التي حصل عليها المتفاوض أثناء مرحلة المفاوضات هو من الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق الطرفين،⁴ كما أوضحنا سابقا لهذا يعد الإخلال بالالتزام سرية المفاوضات خطأ عقدي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية.

¹ حمدي محمود بارود ، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإقتصادية و الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر غزة ، المجلد 20 ، العدد الثاني ، 2012 ، ص 551.

² علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 736.

³ بوطالبة معمر، مرجع سابق، ص 209.

⁴ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 81.

المطلب الثاني : الضرر

يعتبر الضرر أساس المسؤولية المدنية لأنه محل الالتزام بالتعويض الذي نجم عن وجود خطأ إذ لا يتصور وجود التزام بالتعويض إذا لم يكن هناك ضرر وتكون المطالبة بالتعويض عن طريق القضاء من خلال رفع دعوى من المضرور على الشخص الذي سبب له الضرر ويهدف التعويض لجبر الضرر اللاحق بالمضرور، من خلال هذا المطلب نلخص مفهوم الضرر (الفرع الأول) و صور الضرر في مرحلة ما قبل التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم الضرر

لا يكفي وجود الخطأ لقيام مسؤولية المتفاوض في مرحلة ما قبل التعاقد وإنما يتعين أن يترتب على هذا الخطأ ضرراً يصيب الطرف الآخر، (أولاً) تعريف الضرر (ثانياً) أنواع الضرر.

أولاً: تعريف الضرر

لم يتطرق المشرع الجزائري الى تعريف الضرر ترك الأمر إلى الفقه لهذا تعددت تعريفات الفقهاء نذكر منها: "الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة سواء كانت مادية او معنوية".¹

وعرفه البعض بأنه: "هو الأذى الذي يصيب المضرور في حق أو مصلحة مشروعة سواء انصب على حياته أو جسمه أو ماله أو عواطفه وشعوره".²

ثانياً: أنواع الضرر

كما عرفنا الضرر سالفاً نجد بأن الضرر يتكون من نوعين هما: الضرر المادي والضرر المعنوي.

¹ سامي الجري ، شروط المسؤولية المدنية ، مطبعة التنسيق الفني، الطبعة الأولى ، صفاقس ، 2011 ، ص 434.

² علي أحمد صالح ، مرجع سابق ، ص 701.

1. الضرر المادي: عرف الضرر المادي على أنه: "الاخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية ويجب أن يكون هذا الاخلال محققا و لا يكفي أن يكون محتمل يقع أو لا يقع".¹
 2. الضرر المعنوي (الأدبي): حسب ما نص عليه المشرع في نص مادة 182 مكرر بأن الضرر المعنوي يشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة.²
- كذلك عرف الضرر المعنوي بأنه: "الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو حتى في معتقداته الذهنية أو في عاطفته".³

ثالثا: شروط الضرر

يشترط الضرر أن يكون محققا في المرحلة ما قبل التعاقدية فالمسؤولية لا تقوم على الضرر الإحتمالي ، و إنما تقوم على الضرر المستقبلي و فوات الفرص المحققين ، علاوة على ذلك يشترط أن يكون مباشرا بحيث يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزامات أو التأخير في الوفاء بها.⁴

حيث لا يرتب كل إخلال بالتزام عقدي التعويض مباشرة دون البحث إذا كان هذا الإخلال سبب ضررا أم لا، لأن لوجوب التعويض يشترط أن يكون هناك ضرر، أي بمعنى اخر يجب أن يرتب الاخلال بالالتزام التعاقدى ضررا مباشرا ليجب التعويض لأن الضرر هو الأساس الجوهرى للتعويض.⁵

¹ عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 855.

² تنص المادة 182 مكرر من ق م ج المعدل والمتمم على ما يلي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

³ أمير فرج يوسف ، المسؤولية المدنية و التعويض عنها ، دار المطبوعات الجامعية ، ب ط ، الإسكندرية، 2006 ، ص 148.

⁴ فطيمة زهرة عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 34.

⁵ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 162.

أما في إطار التعويض عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة حيث التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة بينما في المسؤولية العقدية لا يشمل سوى التعويض عن الأضرار المتوقعة فقط إلا في حالة ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم فيتعاضو التعويض في هذه الحالة الأضرار المتوقعة وغير متوقعة حسب ما نص عليه المشرع في المادة 2/172 من ق م ج.¹

الفرع الثاني: صور الضرر في مرحلة ما قبل التعاقد

تقوم المسؤولية العقدية في مرحلة ما قبل التعاقد إذا كان الأطراف قد أبرموا اتفاقات أو عقود تمهيدية خلال تلك المرحلة، فإن أخل أحدهم بهذه العقود أو الإتفاقات أو خالف التزاما من الإلتزامات الناشئة عليهم كحسن النية و ألحق ضرر للطرف الاخر يترتب عليه مسؤولية عقدية تلزمه بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطرف الاخر.

في حين أن عدم وضع المفاوضات في قالب اتفاقي يظهر رغبة الأطراف فهنا يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالالتزامات العامة التي يفرضها القانون، و يختلف الأمر هنا فيما يتعلق بالإثبات ونطاق التعويض، حيث يشمل هذا الأخير كما سبق بيانه، الضرر المباشر سواء أكان متوقعا أم غير متوقع.²

يتجلى الضرر في فترة ما قبل التعاقد في تلف البضائع التي تمثل موضوع العقد المستقبلي أو في تخفيض من قيمتها وهذا من خلال الإطالة في مدة المفاوضات الغير مبررة من قبل أحد الأطراف ، كذلك عدم إستخدام سلعة لمدة زمنية طويلة مما يؤدي إلى فقدان فرصة في التفاوض مع طرف آخر.³

¹ نصت المادة 2/172 من ق م ج : "و على كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه ، أو خطئه الجسيم ."

² بوطالبة معمر، مرجع سابق ، ص 217.

³ Stancu Radu , **l'évolution de la responsabilité civile dans la doctorale Droit** , science politique et histoire, centre de droit privé fondamental, université de Starsbourg,01 septembre 2015, p151.

كذلك يتمثل الضرر المادي إذا تعلق الأمر مثلاً بنفقات التفاوض التي تكبدها المضرور في سبيل التفاوض على العقد الذي باء بالفشل، وأيضاً الوقت الضائع، أما الضرر المعنوي يكون في المساس بسمعة المتفاوض أو كرامته مثال إن كان المتفاوض تاجراً فقطع المفاوضات معه بدون سبب، قد يؤدي إلى إهتزاز سمعته التجارية و إثارة الشكوك حول قدرته المهنية فيظهر بين الناس بمظهر من يسهل خداعه والتلاعب به.¹

وعليه يمكننا القول أن في مرحلة المفاوضات إن لم يكن هناك ضرر لا توجد مسؤولية إذ أن الخطأ وحده لا يكفي لقيامها فلا تقوم المسؤولية إلا إذا كان هناك خطأ وسبب هذا الخطأ ضرراً للطرف الآخر.

المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

تقوم المسؤولية سواء العقدية أو التصيرية بتوافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر كونه الرابط الذي يربط بين الخطأ والضرر وعليه تكتمل شروط قيام المسؤولية باعتبارها الشرط الثالث من شروط المسؤولية المدنية فإن كان الخطأ هو السبب في الضرر تقوم المسؤولية في (الفرع الأول) نحدد مفهوم العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، (الفرع الثاني) نتطرق إلى إمكانية نفي العلاقة السببية .

الفرع الأول: مفهوم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

إن العلاقة السببية مبدأ من مبادئ المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تصيرية ، يقصد بها وجود رابطة مباشرة بين خطأ مرتكب الفعل وبين الضرر الناجم عنه، بمعنى آخر تعني العلاقة السببية أنه لولا خطأ المسؤول ما كان الضرر قد ترتب في حق المضرور²، ومنه

¹ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق ص 193.

² هشام طه محمود سليم ، الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري و القانون المدني البحريني ، ب ط ، 2015 ، ص 274.

يتعين لقيام مسؤولية المتفاوض أن تتوافر علاقة سببية بين الخطأ و الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أي أن يكون خطأ المتفاوض هو السبب المباشر في حدوث الضرر.¹

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

1. في حالة تعدد الأسباب: يحدث في غالب الأحيان أن يكون الضرر ناتجا عن عدة وقائع أو أسباب تشترك في حدوثه وهنا يثور الإشكال أي سبب من هذه الأسباب يمكن إسناد الضرر إليه أم يكون لجميعها.²

من خلال الأبحاث عن هذا الإشكال ظهرت عدة نظريات أهمها:

- نظرية تكافؤ الفرص: تقوم هذه النظرية على أساس الأخذ بجميع الأسباب التي أدت إلى إحداث الضرر بمعنى أن كل سبب يتم الأخذ به حتى لو كان بعيدا بحيث لولا وجوده ما وقع الضرر ويعتبر سببا متكافئ مع غيره في حدوث الضرر.
- نظرية السبب المنتج: يقوم أصحاب هذا الاتجاه على الأخذ بالسبب الفعال الذي لعب دورا أساسيا في إحداث الضرر وإهمال الأسباب الباقية.
- نظرية الأثر الذي يترتب على تعدد الأسباب التي أحدثت الضرر: وتذهب هذه النظرية إلى القول بأنه متى ما ساهمت عدة أسباب في إنتاج الضرر وقامت الرابطة السببية بين الضرر الذي وقع وبين تلك الأسباب فإنه يجب الإعتماد على كل سبب منها والأخذ بها جميعا.

2. في حالة تعدد الأضرار: تسلسل الأضرار أو تعاقبها تنتج عندما يؤدي الفعل الخاطيء ضرر لشخص ما ثم يؤدي هذا الضرر إلى ضرر ثان فيصيب به شخص ثاني ويقضي هذا الضرر الثاني إلى إصابة شخص ثالث أي حدوث عدة أضرار نتيجة خطأ واحد.³

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 704.

² محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 95.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 101، بتصرف.

الفرع الثاني: عبء إثبات العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

يتعين عبء إثبات العلاقة السببية على عاتق المدعى¹ بالتعويض الذي عليه أن يثبت أن الفعل الخاطئ الذي قام به المتفاوض هو الذي أحدث له ضرر، وعلى محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر هذه الرابطة فإنه إذا كانت الوقائع تدخل تحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع فإن استخلاص توافر العلاقة السببية أو عدم توافرها تكون من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا.²

يمكن المدعي عليه أن يدفع هذه المسؤولية عنه بنفي العلاقة السببية أصلاً بين الخطأ والضرر وإذا لم يكن له ارتباط لا بالفعل ولا بالنتيجة الضارين فله أن يثبت براءته بتقديم الدليل على أن الضرر كان بفعل أجنبي لا يد فيه.³

في بعض الأحيان تختلط الأمور وخاصة عندما تتعدد الأسباب أو الأضرار ويبقى للشخص المدعى عليه أن يدافع على نفسه.

هذا ما أكدته المشرع الجزائري في المادة 127 من ق م " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".⁴

يقصد بهذه المادة أنه في حالة إذا أثبت المدعى عليه بأن الضرر قد نجم عن سبب أجنبي (قوة قاهرة، حادث مفاجئ....) فإنه قد يعفى من التعويض.

¹ المدعى في دعوى المسؤولية هو المضرور وهو الذي يطالب بالتعويض فغير المضرور ليس له حق في التعويض والمضرور أو نائبه أو خلفه هذا حسب ما تقضي به القواعد العامة في الإثبات . عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 773.

² بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق ، ص 198.

³ مروان عضيد عزت حمد، العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني العراقي، مجلة المشكاة في الاقتصاد والتنمية و القانون، الجامعة العراقية كلية الحقوق و العلوم السياسية ،المجلد 05، العدد 12، السنة 2020، ص 203.

⁴ مادة 127، قانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

المبحث الثاني: الآثار الناجمة عن المسؤولية المدنية خلال مرحلة ما قبل التعاقد

تقوم المسؤولية المدنية عند إخلال أحد الأطراف المتفاوضة بالتزاماته سواء كان التزام عام فرضه القانون أو التزام عقدي فرضه عليه التزام التفاوض ، ووفقا لنظام المسؤولية المدنية تقضي على إجبار المدين أي المتفاوض على تنفيذ التزامه عينا إذا كان ذلك ممكنا و غير مرهق (المطلب الأول) ، و إلا ما على الطرف المضرور إلا اللجوء إلى إلزام المدين بالتنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الاول: التنفيذ العيني

تنص المادة 164 ق م ج على أن: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".¹

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع بين أنه إذا لم يوفي أحد الأطراف بالتزامه جاز للطرف الآخر بعد إعداره أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا أمكن ذلك ، و هذا حسب القواعد العامة وبناء على ما سبق سنتطرق في الفرع الأول (تعريف التنفيذ العيني) ، (الفرع الثاني) استبعاد التنفيذ العيني خلال مرحلة ما قبل التعاقد.

الفرع الأول : تعريف التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ العيني تمكين الدائن من الحصول على ذات الأداء الذي التزم به المدين أي هو إجبار المدين على تنفيذ عين ما التزم به وفقا لعلاقة المديونية التي تربطه بالدائن وموضوعها إذا كان ذلك ممكنا شرط أن يسبق هذا الإجبار إعداره،² وهو النمط المثالي لإصلاح الضرر، إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما وإعادة

¹ المادة 164، قانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

² بلاش ليندة، أحكام الالتزام: تنفيذ الالتزام و الأوصاف المعدلة لآثاره ، السنة الثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2018/2019، ص6.

الحالة إلى ما كانت عليه والغرض منه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار المتمثل في قطع المفاوضات.¹

الفرع الثاني: استبعاد التنفيذ العيني خلال مرحلة ما قبل التعاقد

أخذ الفقه في مجموعه إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، و ذلك لأن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولاً إلى تحقيق العقد النهائي بالقوة، خلافاً لأحد الأطراف على الأقل و هو ما يتنافى مع مبدأ الحرية التعاقدية.²

كذلك إيجاب المتفاوض على بدء المفاوضات أو الاستمرار فيها، فهو غير موجود في مجال المفاوضات لأن التفاوض بطبيعته يحتاج إلى التعاون بين الطرفين ، بالإضافة إلى ضعف فرص نجاح المفاوضات لا سيما في حالة وجود تنافر إذ يصعب تصور إجراء المفاوضات.³

ففي هذه الحالة لا يكون للتنفيذ العيني من معنى سوى إقامة العلاقة محل التفاوض رغماً عن إرادة طرفيها خروجاً على كل من مبدأ الرضاية و مبدأ الحرية التعاقدية.⁴

بالرغم من ندرة التطبيقات القضائية في شأن الإيجاب على التفاوض، إلا أنه يوجد حكم صادر عن محكمة استئناف باريس في 28 ديسمبر 1976 قضى بالإيجاب على التفاوض، وقد استند إليه بعض من الفقه للقول بإمكانية إيجاب المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا إذا ما قدر القاضي ذلك وكان (Shell) و (EDF) وتتعلق وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركتي العقد يتضمن بندا يلزم الطرفين بالتفاوض حول تعديل الثمن في حال ارتفاع أو انخفاض الأسعار، وعقب ارتفاع أسعار البترول كان لا بد أن يتفاوض الطرفان حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث فعلاً، لكن التفاوض باء بالفشل ورفع الأمر إلى محكمة استئناف

¹ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 117 ص 118.

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق ، ص 410 ص 411.

³ علي أحمد صالح ، مرجع سابق ، ص 760.

⁴ براهيم فيزة ، مرجع سابق ، ص 202.

باريس، حيث قضت هذه الأخيرة قبل أن تفصل في الموضوع بإلزام الطرفين بالتفاوض كمحاولة للتوصل إلى اتفاق على أن يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، إما بإبطال العقد أو تعديله بمعرفتها.¹

في الواقع لا يمكن الأخذ بهذا الحكم لأنه يمس بحرية المتفاوض في التعاقد أي لا يمكن إجباره، وعادة لا يحقق إجبار المتفاوض إلا تحقيق نتيجة لهذا يستوجب استبعاد التنفيذ العيني من المرحلة ما قبل التعاقدية.

لكن بخصوص العقود التمهيدية الناشئة خلال مرحلة ما قبل التعاقد المستندة إلى شروط العقد ذاته كما هو الحال عندما يكون الطرفان احتفظا عند التعاقد ببعض العناصر التبعية لاتفاق لاحق يتم التفاوض عليه بين الطرفين، كذلك نفس الأمر عند الاتفاق على التفاوض لتجديد العقد متى انتهت مدته، في هذه الحالات لا يكون هناك ما يمنع من التنفيذ العيني من خلال الالتجاء إلى القاضي للفصل في النزاع، و يستعين القاضي في هذه الحالات بالحكم بطبيعة المعاملة و العرف و العدالة.²

هذا ما جاءت به المادة 2/111 من ق م ج: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".³

¹ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 119.

² براهيمى فايزة، مرجع سابق، ص 204.

³ المادة 111، القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

المطلب الثاني: التعويض او التنفيذ بالمقابل

بما أن الفقه استبعد التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات كما رأينا سابقا فإن التنفيذ بالمقابل هو الحل الذي يلجأ إليه القضاء من أجل جبر الضرر جراء إخلال أحد المتفاوضين بالتزامه حيث جاز للطرف الآخر حق الرجوع على الأول بالمطالبة بالتعويض على ما أصابه، و يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على حكم بالتعويض النقدي الجابر للضرر طبقا للقواعد العامة ويأتي هذا التنفيذ في حالة استحالة التنفيذ العيني على المدين، وبناء على ما سبق ذكره سنتناول تقدير التعويض في (الفرع الأول) أما (الفرع الثاني) الأضرار التي يعرض عنها في مرحلة المفاوضات.

الفرع الأول: تقدير التعويض

وفقا للقواعد العامة في التعويض فإن القاضي هو الذي يتولى مهمة تقدير التعويض، بالشرط ألا يكون التعويض مقدرا في عقد التفاوض وهو ما نصت عليه المادة 183 من التقنين المدني الجزائري بقولها: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق...".¹

لذلك وجب على القاضي عند تقديره للتعويض أن يرجع أولا إلى اتفاق الطرفين فإذا كان الطرفان قد حددا مسبقا في عقد التفاوض أو في اتفاق لاحق قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو تأخر في التنفيذ فيطلق عليه في هذه الحالة (التعويض الاتفاقي)، ويتعين على القاضي أن يحكم بالمبلغ المتفق عليه بدون زيادة ولا نقصان.²

¹ المادة 183، القانون 05/07 المؤرخ في 13ماي 2007.

² علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 766.

وفي حالة لم يتفقا على مقدار التعويض فالقاضي هو الذي يقدره وفقا لما لحق المضرور (الدائن) من خسارة وما فاته من كسب حسب ما نصت عليه المادة 182ق م ج وأضاف المشرع المادة 182 مكرر: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".¹ حيث يمكن للقاضي أن يقدر التعويض من خلال الكشف عن عناصر الضرر.²

وحسب المادة 2 / 184: "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر".³

الفرع الثاني: الأضرار التي يعوض عنها في مرحلة المفاوضات

إن الأضرار الناجمة عن الإخلال بالإلتزام بالتفاوض عديدة ولا يمكن حصرها وذلك نظرا لإختلاف طبيعة المفاوضات من عقد إلى آخر ولكن تم تحديدها وتقسيمها إلى أضرار مادية واخرى معنوية، وعليه سنحاول التطرق إلى أهم الأضرار التي يتعرض لها الطرف المضرور.

أولا: التعويض عن الأضرار المادية في مرحلة المفاوضات

الأضرار المادية هي التي تصيب المتفاوض بسبب عدم إكمال المفاوضات أو قطعها تعسفيا جراء ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

1. نفقات التعويض:

لا شك أن التعويض يشمل النفقات و المصاريف التي تكبدها المتفاوض الذي مسه الضرر للإعداد لإبرام العقد مثل إعداد الدراسات أو الرسومات أو تقرير الخبراء أو نفقات السفر والتنقل والإقامة لإجراء هذه المفاوضات وغيرها من النفقات التي

¹ المادة 182 و المادة 182 مكرر، القانون 05/07 المؤرخ في 13ماي 2007.

² براهيمى فايزة، مرجع سابق، ص 205.

³ مادة 2/184، القانون 05/07 المؤرخ في 13ماي 2007.

تقتضها عليه المفاوضات بحيث تعد هذه النفقات بمثابة خسارة حقيقية وفعالية للمتفاوض المضرور¹، وكل هذه النفقات التي لحقت بالطرف المضرور يكون مسؤولاً عنها الطرف المسؤول عن فشل المفاوضات ويشترط عند تعويض عن نفقات التفاوض أن تكون هناك علاقة سببية بين النفقات وعملية المفاوضات الفاشلة ولذلك لا يمكن استرداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء عملية المفاوضات أو بعد انسحاب المتفاوض الآخر من المفاوضات، ولا يشترط كذلك أن تكون هذه النفقات نتيجة خطأ المضرور نفسه وإلا تكون النفقات باهظة ومبالغ فيها إلى الحد الذي يتجاوز المؤلف².

وكذلك ما أنفقه المهني لا تعوض نفقاته العادية التي تكبدها لجذب العملاء بحيث يرى الفقه أن مثل هذه النفقات يتحملها المهني وحده أما غيرها فيجوز إستردادها إذا اثبت ذلك³، لأنه يعلم بتقنيات التفاوض و بإمكانية قطع مفاوضات العقد ويقبل بالمخاطر التي تشوب هذه المرحلة بالرغم من ذلك فلا يستطيع المطالبة بالتعويض وقتها لأن المصاريف تدخل ضمن المصاريف العامة للشركة⁴.

2. الوقت الضائع:

يعتبر التعويض عن ضياع الوقت من الاضرار المتوقعة التي تستحق الجبر أياً كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات ويتمثل هذا الوقت الضائع في الأيام والشهور والسنين التي تكون قد استغرقتها المناقشات و التنقلات من مكان إلى مكان ومن بلد إلى آخر⁵.

¹ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 99.

² علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 768 ص 769.

³ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 99.

⁴ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 206.

⁵ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 770.

فقد حكمت المحكمة النقض المصرية تعويض المتفاوض عن الوقت الذي أضاعه في أوروبا للبحث عن الآلات اللازمة للمصنع الذي كان متفقا على إنشائه مع الطرف الآخر في المفاوضات والمتمثل في إهماله مباشرة محله التجاري في مصر خلال المدة التي قضاها في الخارج.¹

يقدر القاضي قيمة التعويض عن ضياع الوقت تقديرا جزافيا وفقا لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر ما لحق المتفاوض من ضرر من يوم تحققه وحتى لحظة صدور الحكم، وفي القضاء الفرنسي نجد القضاء في هذا الإتجاه رفض التعويض عن ضياع الوقت في قضية بيع تم بين مالك العقار أصدر إيجابا إلى زوجين يريدان شراء هذا العقار فأعلنا رغبتهما في القبول وطلبا تمديد مهلة حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء بيد أن هذين الزوجين قد أفصحا عن إرادة قاطعة في عدم الشراء بعد ثلاثة أشهر من الإعلان السابق وكان سبب الرفض هو عدم وقوع ضرر يبرر إلزام الزوجين بجبره ولقد عابت محكمة النقض على قضاة الموضوع وأكدت على أن مناط الحكم بالتعويض هو في البحث عما إذا كان البائع قد اعتقد في إلزامه بالإيجاب الموجه إليه بالفعل ولم يتصرف في العقار طوال هذه المدة من عدمه.²

هذا فإن بعض الفقه الفرنسي الذي تخصص في مشاكل المفاوضات التعاقدية يرى بأن نطاق التعويض يصعب تحديد مداه بكل دقة لصعوبة إشكالات الخطأ التصيري، ومفاد ذلك أن هذا التعويض لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد النهائي ومن ثم لا يشمل أيضا المزايا التي كانت ستترتب على إبرام العقد المنشود، باعتبارها من قبيل الضرر غير مباشر و بالإضافة إلى هذا فهي أمور إحتماوية يصعب تقدير التعويض فيها.³

¹ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية ، مرجع سابق ، ص 417.

² رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 100-102.

³ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق، ص 205 ص 206.

3. تفويت الفرصة:

يعرف ضرر تفويت الفرصة على أنه الفعل الضار الذي قد يؤدي إلى أن يفقد المضرور فرصة تحقيق كسب مرجح أو تحاشي خسارة، فضرر تفويت الفرصة يفترض أن المضرور كان يأمل في منفعة يحققها أو في تحاشي خسارة تهدده، وكان يعول على أن هذه الفرصة تتيح له إمكانية تحقيق ما كان يأمله لو سارت الأمور في مجراها الطبيعي، فجاء محدث الضرر وتسبب بفعله الضار في حرمانه من هذه الفرصة، وتبديد أمله نهائيا في تحقيق ما كان يصبو إليه.¹

أن التعويض لا ينصب على الفرصة ذاتها لأنها أمر إحتمالي وإنما يكون عن تفويت فرصة إبرام العقد المنشود محل التفاوض بإعتباره ضررا محققا أو مؤكدا يجب التعويض عنه وهو من قبيل خيبة الأمل أو سوء الحظ الذي تسبب فيه المتفاوض المسؤول من جراء تصرفاته الخاطئة غير المحسوبة.²

ذهب جانب من الفقه المصري أن الفرصة حتى ولو كانت أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق وعلى هذا الأساس يجب التعويض عنه،³ ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقق الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا قائما على أسباب مقبولة من شأنها طبقا للمجرى الطبيعي للأمر ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع.⁴

وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على وجوب التعويض المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات عن حرمانه من فرصة إبرام العقد محل التفاوض

¹ أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت فرصة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قسم القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015، ص 16.

² بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، مرجع سابق، ص 207.

³ أحمد ياسر مسك، مرجع سابق، ص 19.

⁴ رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، مرجع سابق، ص 103.

شريطة أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجادة وإن الأمل المدعي به في إبرام العقد له أسباب معقولة ومقبولة وليس مجرد احتمال بأن يقتصر القاضي على تعويض الضرر المحقق دون الضرر الإحتمالي الذي يعتبر مجرد إفتراض وبهذا المعنى تقضي الفقرة 3 من المادة 7 (البند 3) من مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عام 1994 من أن تقويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها وهنا يجب ترك الأمر لقضاة الموضوع بحيث إذا ظهر من الظروف والملابسات أن المفاوضات دخلت مرحلة الحسم أي شارفت نهاية وكان الأطراف على وشك الوصول إلى إتفاق حول العقد النهائي وإنهم وصلوا إلى نقطة اللاعودة فإن قطع المفاوضات بتعسف أو بدون تبرير منطقي في ظل وجود فرصة مؤكدة لإبرام العقد يعد ضررا أكيدا يستوجب التعويض.¹

وتطبيقا لذلك أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم الإستئناف الذي عوض الضرر المادي والمعنوي الذي أصاب طالب بكلية الطب توفى على إثر حادث تعرض له وإعتمدت محكمة النقض في ذلك على المستقبل الباهر والمركز المرموق الذي كان سيتبوأه الطالب المتوفى حيث كان طالبا مجتهدا وفي السنة النهائية للتخرج ومتخصصا في طب الجراحة مما يتوقع له مستقبلا مشرقا وفي حكم مماثل عوضت محكمة النقض الفرنسية المصابة التي حال الحادث الذي تعرضت له دون تعيينها مضيعة جوية إستنادا إلى أنه قد توافرت فيها كافة الصفات والشروط اللازمة للتعيين في هذا المجال الأمر الذي حقق لها فرصة كبيرة لتعيينها، ويعتبر ضررا يستوجب التعويض كذلك فوات فرصة على شخص في كسب دعواه بسبب خطأ محاميه في عدم رفع الاستئناف في موعده المحدد ونجد بأن القضاء الفرنسي اعترف بأن إشتراك

¹ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص 420 ص 421.

الحصان في سباق الخيل ومن ثم إحتمال فوزه بجائزة السباق يمثل كسبا إحتماليا يعد الحرمان منه ضررا محتملا يستوجب التعويض عن فوات فرصة الكسب.¹

ولم يتردد الفقه الجزائري وكذا المحكمة العليا في إجتهااداتها الحديثة في إعتداد مبدأ التعويض عن تفويت فرصة على شكل مبدأ عام لأن الفرصة وإن كانت أمرا محتملا فإن تفويتها يشكل نوعا من أنواع الضرر المحقق الذي قد يصيب الطرف الآخر و الذي يستوجب أن يأخذه القاضي في الحسبان عند الحكم بالتعويض وفقا لظروف ملاسبات كل قضية على حدى رغم صعوبة تقدير الفرصة كقيمة مالية.²

إضافة إلى ذلك، قد يؤدي قطع التفاوض إلى تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير، فيمكن للمتفاوض المضرور أن يطلب التعويض عن تفويت الفرصة بالتعويض عن تفويت الفرصة عليه في إبرام عقد آخر مع الغير محل العقد الذي لم يحصل عليه ويشترط لاستحقاق هذا التعويض، أن تكون هذه الفرصة الضائعة جادة وحقيقية، وأن لا يكون ضياع فرصة إبرام عقد بديل مع الغير سببه سذاجة المتفاوض المضرور، فيجب أن لا يتسبب هذا الأخير كليا أو جزئيا في ضياعها بخطأ منه.³

والجدير بالإشارة بأنه لا يجوز أن يبلغ التعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد إلى حد قيمة الأرباح المتوقعة من العقد (لو تم إبرامه) ونفس الحكم ينطبق على التعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير ولا يخضع القاضي في تقديره للتعويض عن تفويت الفرصة لرقابة المحكمة العليا باعتبار ذلك من مسائل الواقع.⁴

¹ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص776ص777.

² بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص421.

³ بن أحمد صليحة، مرجع سابق، ص 123.

⁴ بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، مرجع سابق، ص209ص210.

ثانياً: التعويض عن الأضرار المعنوية في مرحلة المفاوضات

كما سبق لنا و عرفنا الضرر المعنوي: " بأنه كل مساس بمصلحة غير مالية يصيب الكيان الإنساني بوجه عام فيصيب الجسم أو الشرف أو الإعتبار أو الكرامة أو الإحساس".¹

ومن الأضرار المعنوية المعوض عنها في مرحلة المفاوضات هي السمعة التجارية، بما أن المعاملات التجارية تقوم على أساس الثقة التي تتولد في نفسية المتعامل، الذي يقبل على التعاقد من خلال البحث على المتعاقدين الذين يتمتعون بسمعة تجارية طيبة في الأوساط التجارية، سواء تعلق الأمر بالمركز المالي أو التجاري، أو الكفاءة العالية في إدارة العملية التعاقدية.²

لذلك يعد التعويض عن السمعة التجارية من قبيل الضرر الأدبي الذي يتعين جبره، ومن ثم وجب على القاضي أن يأخذه بعين الاعتبار في تقديره للتعويض ذلك أن قطع المفاوضات مع التاجر دون مبرر موضوعي من شأنه أن ينال من سمعته التجارية في الوسط التجاري فقطع المفاوضات مع التاجر تثير حوله الشكوك فقد يشاع بين التجار بأن قطع المفاوضات مع هذا التاجر في مثل الظروف الغامضة لا بد وأن يكون وراءها أسباب خفية تتعلق خاصة بسوء مركزه المالي أو قلة خبرته في إدارة المفاوضات.³

ومن أهم التطبيقات القضائية في مجال التعويض عن الضرر الأدبي بسبب قطع المفاوضات، ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1966/01/27 حيث انتهت من خلاله إلى تعويض التاجر الذي قطع المفاوضات معه فجأة، و دون أي مبرر

¹ زهيرة عبوب، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي كلية الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 02، العدد 03، 2016، ص 164.

² معمر بوطالبة، مرجع سابق، ص 226.

³ علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 772.

عن الضرر المادي والأدبي الذي أصابه، من جراء إظهاره بمظهر من يسهل خداعه ومن لا يوثق فيه، مما نال من سمعته في السوق التجارية.¹

وهذا ما أكدته المشرع الجزائري بنصه على التعويض عن الضرر المعنوي في المادة 182 ق م ج،² فيما أن قطع المفاوضات تعسفا من قبل المتفاوض المسؤول عن الضرر مس سعة وشرف المتفاوض المضروب فإنه يعتبر ضرر معنوي يجب جبره.

¹ معمر بوطالبة، مرجع سابق، ص 227.

² المادة 182، القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

خلاصة الفصل:

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

الخاتمة

الخاتمة

يظهر لنا جليا في نهاية البحث أن الموضوع يطرح جانب قانوني حديث قبل إنعقاد العقد النهائي وهو مرحلة التفاوض كونها مرحلة مهمة من مراحل تكوين العقد والتي يهدف الطرفين من خلالها إلى التحضير والمناقشة من أجل التوصل إلى مرحلة إبرام العقد النهائي إذ أصبح لها نظام قانوني قائم بحد ذاته بحيث لاحظنا بأن المفاوضات قد تنتفع منها اتفاقات تمهيدية وعقود تمهيدية، وتقوم مرحلة ما قبل التعاقد على مبدئين أساسيين مبدأ حرية التعاقد أو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة بحيث المتفاوضين لا يكونوا ملزمين بإبرام العقد النهائي كما يجوز العدول عن المفاوضات بوجود سبب جدي ولكن دون التعسف في استعمال هذا العدول وأما مبدأ حسن النية هو الالتزام الرئيسي في المفاوضات بحيث وجب على الطرفين الابتعاد عن الغش والخداع ويهدف إلى حماية الثقة في المعاملات ويترتب على الأطراف التي أخلت بالالتزام مسؤولية مدنية بحيث تقوم على توفر عناصرها الأساسية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية) وقد ينتج على هذه المسؤولية آثار تتمثل في التنفيذ بالمقابل أو التعويض عن الأضرار الناتجة من خلالها.

رغم الدور الفعال الذي تلعبه مرحلة ما قبل التعاقد ومن خلال بحثنا توصلنا إلى أن المشرع الجزائري بالرغم من التعديلات التي أحدثتها سنة 2005 إلا أنه لم يتطرق لمرحلة ما قبل التعاقد بصراحة وأغفل عن تنظيمها في تشريعاته على غرار المشرع الفرنسي الذي تطرق إليها صراحة بعد التعديل سنة 2016 ومنه نطرح النتائج التالية:

- مرحلة ما قبل التعاقد هي الجوهر الأساسي حيث يدور فيها إشكالات وموضوع العقد المزمع إبرامه.
- إن مرحلة المفاوضات تتسم بالحرية في التعاقد بحيث لا يكون طرفان ملزمون بإبرام العقد النهائي.

- مبدأ حسن النية هو التزام أساسي في تكوين العقد بحيث تتفرع عليه إلتزامات لا بد على الأطراف احترامها للوصول إلى هدفهم.
 - في حالة توافر شروط المسؤولية المدنية يمكن تطبيق المسؤولية التقصيرية كما يمكن تطبيق المسؤولية العقدية على المفاوضات وذلك حسب العلاقة القائمة اذا كان عقد ينظم عملية التفاوض أي وجود اتفاق أو عقد تمهيدي يطبق مسؤولية عقدية أما اذا كان الاخلال بالالتزامات يطبق أحكام المسؤولية التقصيرية.
 - مرحلة ما قبل التعاقد تعد ضمانا للطرف الضعيف اتجاه الطرف الذي يملك هيمنة اقتصادية وقانونية على العقد.
- وبعد التطرق إلى أهم النتائج المتوصل إليها يمكن أن نقتراح التوصيات التالية:
- يجب افراد تنظيم قانوني خاص ينظم العلاقة بين المتفاوضين تستقل به مرحلة ما قبل التعاقد كمرحلة تمهيدية للعقد.
 - ضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات بحيث تحكمها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صور التفاوض.
 - يجب أن تولي مختلف التشريعات العامة والتشريع الجزائري خاصة اهتمامها بهذه المرحلة بتنظيم نصوص قانونية خاصة تنص على مرحلة ما قبل التعاقد.
 - يجب إنشاء مراكز وإقامة دورات للتعليم بالفن و مهارات التفاوض وذلك لإعداد جيل متمرس تقاديا للمنازعات المستقبلية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

أ) القرآن الكريم

ب) السنة النبوية

ج) النصوص القانونية

1. القانون رقم 05-07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني سنة 1428 الموافق 13 ماي سنة 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 31.

ثانياً: قائمة المراجع

أ) الكتب المتخصصة:

1. ابراهيم أحمد، محمد أحمد عبد القادر، إدارة المفاوضات والنزاعات الدولية، ب ط، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2016.
2. براهيم فيزة، التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2014.
3. بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، ب ط، الجزائر.
4. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
5. سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
6. صالح ص- خالص، في الإعلام التجاري و المفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
7. صلاح محمد عبد الحميد، فن التفاوض والدبلوماسية، ط1، مؤسسة طيبة للنشر و التوزيع، القاهرة، 2012.
8. علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، ب ط، الجزائر، 2012.

(ب) الكتب العامة:

1. أمير فرج يوسف ، المسؤولية المدنية و التعويض عنها ، دار المطبوعات الجامعية ، ب ط ، الإسكندرية، 2006.
2. بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004.
3. بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب ط ، الجزائر، 2015.
4. بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام ، ط 2012، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر.
5. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، أثر سوء النية على عقود المعاوضات في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة ، ب ط ، الإسكندرية ، 2015.
6. سامي الجربي ، شروط المسؤولية المدنية ، مطبعة التنسيق الفني، الطبعة الأولى ، صفاقس ، 2011.
7. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان.
8. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
9. علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، موقم للنشر ، ط 3، الجزائر ، 2013.
10. فاضلي إدريس ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2009.
11. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، ب ط، الإسكندرية، 2006.
12. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد و الإرادة ، دار الهدى ، طبعة جديدة مزيدة و منقحة، الجزائر ، 2009.

13. هشام طه محمود سليم ، الوجيز في مصادر الالتزام في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري و القانون المدني البحريني ، ب ط ، 2015.

14. يخلف نسيم، أحكام البيع و الشراء في التشريع الجزائري، جسر للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2019.

ج) الأطروحات والرسائل والمذكرات

1) أطروحات دكتوراه:

1. بوطالبة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون عام، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2016/2017.

2. زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود - دراسة مقارنة- ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد، 2017/2018.

2) رسائل الماجستير:

1. أحمد ياسر مسك ،التعويض عن ضرر تفويت فرصة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قسم القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2015.

2. عبد الحميد بادي، الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود و المسؤولية ،كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2011/2012.

3. محجاجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم حقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ،السنة الجامعية 2011/2012.

4. مصطفى خضير النمشي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد ،رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ،جامعة الشرق الأوسط، 2013/2014.

(3) مذكرات ماستر:

1. إدريموش مونية ، مرحلة ما قبل التعاقد ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون الخاص الداخلي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2014/2015.
2. ايت سليمان جعفر، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون الشركات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم حقوق، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، السنة الجامعية 2017/2018.
3. سهيلة دحاح ،رزقي ليلي ، الإطار القانوني لمرحلة ما قبل التعاقد ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم حقوق ،جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ،السنة الجامعية 2012/2013.

(د)المقالات العلمية:

1. أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقدى إطاره القانوني وأثره في الإلتزام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية و العربية للبنات ،العدد 4، الجزء 1، دمنهور مصر، 2019.
2. بلحاج العربي، الإطار القانوني للوعد بالتعاقد ، مجلة الكلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الملك عبد العزيز ، العدد3، جدة 2021.
3. بن أحمد صليحة ، تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ،المجلد 04 ، العدد 02 ، 2019.
4. بن النوي خالد ، التعديل القضائي للعقد كأحد القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد و اشتراط الشروط المقترنة بالعقد، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خنشلة ،المجلد 04 ،العدد 08 ، 2017.
5. بناسي شوقي، القيمة القانونية المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 06 ، العدد 04، 2021.
6. بيلامي سارة، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 03 ، العدد 05 ، 2018.

7. جعفر محمد جواد الفضلي ، عقد الإطار، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل كلية الحقوق، المجلد 8 ، العدد 28 ، 2006.
8. جميل نزيه سماوي، حمدي محمد حميصات، الإتفاق الجزئي ودوره في البناء المتدرج للعقد النهائي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية و القانونية ، مجلد 26، العدد 02، 2018.
9. حمدي محمود بارود ، الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإقتصادية و الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر غزة ، المجلد 20 ، العدد الثاني، 2012.
10. حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد" الطبيعة العقدية وأثارها"، مجلة جامعة الأزهر، جامعة الأزهر، المجلد 12، العدد 1، 2010.
11. حميداني محمد، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 131-2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قلمة للعلوم الإجتماعية و الإنسانية، العدد 26، جوان 2019.
12. دبش عمرو أحمد عبد المنعم ، أركان المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، جامعة زيان عاشور ، المجلد 04 ، العدد الثاني ، 2019.
13. زيتوني فاطمة الزهراء ، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلد 02، العدد الرابع، جوان 2016.
14. شمري عبدالله عبد الأمير طه ، فكرة عقد المفاوضة، مجلة جامعة كربلاء العلمية، جامعة كربلاء، المجلد السادس، العدد الثالث، 2008.
15. شندي يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود المرحلة السابقة على التعاقد والالتزام بالإعلام ، ملحق خاص، العدد 02 ، الجزء الثاني، 2017.
16. شهيدي محمد سليم ، لغواطي عباس، الوعد بالتفضيل في القانون المدني الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 07 ، العدد 02، 2021.
17. عبد العزيز فطيمة الزهراء ، أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد، العدد 01، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، الجزائر، 20/04/2021.

18. عبد المجيد قادري ، مراد عمراني ،التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة باجي مختار ، المجلد04 ، العدد 02،2019.

19. عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي كلية الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 02، العدد 03،2016.

20. عضيد مروان عزت حمد، العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني العراقي، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنموية و القانون، الجامعة العراقية كلية الحقوق و العلوم السياسية ،المجلد 05، العدد 12، السنة2020.

21. عهود أحمد حسين خليفات ، مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل أثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية دراسة تحليلية، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، المجلد 05 ، العدد 01 ، 2020.

22. قونان كهينة ،الوعد بالتعاقد تكريس لحق التفكير في المرحلة السابقة على التعاقد ،حوليات جامعة الجزائر 1 ،المجلد 34 ، العدد 04 ،2022.

23. كاظم كريم علي الشمري، المسؤولية في فترة ما قبل التعاقد ،مجلة الفتح ،كلية اليرموك الجامعة ،العدد 27 ،2006.

24. نبيل إسماعيل الشبلاق ،الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، جامعة دمشق ،المجلد 29 ، العدد الثاني ،2013.

25. هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيثاوي ، المفاوضات و أثرها على التوازن العقدي دراسة مقارنة، مجلة كلية الشريعة و القانون، المجلد 34،العدد 34،طنطا،2019.

هـ) المؤتمرات:

1. بكرابي محمد المهدي ، مليكة جامعي ، الاتجاهات الحديثة في نظرية المسؤولية المدنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أدرار ، يوم 23/ ماي 2013.

2. العرعاري عبد القادر، الطبيعة القانونية للاتفاقات التمهيديّة التي تسبق إبرام العقود النهائيّة، المؤتمر الخامس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة ، 2018/03/24 ، الرباط.

(و) المحاضرات:

1. بلاش ليندة، أحكام الالتزام: تنفيذ الالتزام و الأوصاف المعدلة لآثاره ، السنة الثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2019/2018.

(ز) الانترنت:

1. أم كلثوم صبيح ،المفاوضات الممهدة للتعاقد(ماهيّتها وأحكامها)،

<https://www.iasj.net/iasj/download/7eb962534cf715d6>

2. Reverso dictionnaire, <https://dictionnaire.reverso.net/francais-arabe/n%C3%A9gociation>

3. التكروري عثمان، الفصل الأول- إنعقاد العقد ،

<http://www.othman.ps/%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B5%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%88%D9%84-%D8%A7%D9%86%D8%B9%D9%82%D8%A7%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D8%AF>

4. Samuel Goldstein , la responsabilité civile de l'article 1382(nouveau124) du code civile, <https://www.legalplace.fr/guides/article-1382-code-civil-1240/>

(س) المراجع الأجنبية:

1. FLOUR Jacques et AUBERT Jean-Luc et Eric savaux , Les obligations, T.1, L'acte juridique, 7ém éd, Armand Colin, Paris, 1996.
2. JOANNA SCHMIDT-SZALEWSKI, **La période précontractuelle en droit français**, Etudes de droit contemporain, Vol 42, N°2 , Avril-juin 1990.
3. Stancu Radu , **l'évolution de la responsabilité civile dans la doctorale Droit** , science politique et histoire, centre de droit privé fondamental, université de Starsbourg,01 septembre 2015.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

شكر وعرفان

إهداء

1 مقدمة

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي ما قبل التعاقد

6 المبحث الأول: مفهوم المفاوضات

6 المطلب الأول: المقصود بالمفاوضات

7 الفرع الأول: تعريف المفاوضات

9 الفرع الثاني: تمييز بين الدعوة الدعوة إلى التعاقد والإيجاب

11..... المطلب الثاني: أشكال المفاوضات

11..... الفرع الأول: الاتفاقات التمهيدية

19..... الفرع الثاني: العقود التمهيدية les contrats préparatoires

24..... المبحث الثاني: المبادئ السائدة في مرحلة ما قبل التعاقد.

24..... المطلب الأول: مبدأ حرية التعاقد.

24..... الفرع الأول : مفهوم مبدأ حري التعاقد

26..... الفرع الثاني: العدول عن المفاوضات العقدية.

27..... الفرع الثالث: عدم التعسف في استعمال حق العدول عن المفاوضات العقدية

28..... المطلب الثاني: مبدأ حسن النية.

28..... الفرع الأول: مفهوم مبدأ حسن النية.

32..... الفرع الثاني: الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية

35..... خلاصة الفصل:

الفصل الثاني : الجوانب التطبيقية للمسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد

38..... المبحث الأول: شروط قيام المسؤولية في مرحلة مقبل التعاقد

38..... المطلب الأول: الخطأ

38..... الفرع الأول: الخطأ التقصيري

40.....	الفرع الثاني: الخطأ العقدي
43.....	المطلب الثاني : الضرر
43.....	الفرع الأول : مفهوم الضرر
45.....	الفرع الثاني: صور الضرر في مرحلة ما قبل التعاقد
46.....	المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر
46.....	الفرع الاول: مفهوم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
48.....	الفرع الثاني: عبء إثبات العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر
49.....	المبحث الثاني: الآثار الناجمة عن المسؤولية المدنية خلال مرحلة ما قبل التعاقد
49.....	المطلب الاول: التنفيذ العيني
49.....	الفرع الأول : تعريف التنفيذ العيني
50.....	الفرع الثاني: إستبعاد التنفيذ العيني خلال مرحلة ما قبل التعاقد
52.....	المطلب الثاني: التعويض او التنفيذ بالمقابل
52.....	الفرع الأول: تقدير التعويض
53.....	الفرع الثاني: الأضرار التي يعرض عنها في مرحلة المفاوضات
61.....	خلاصة الفصل:
63.....	الخاتمة
66.....	قائمة المصادر والمراجع
74.....	فهرس الموضوعات
	ملخص

ملخص:

الأطراف الراغبين في إنشاء علاقات في معظم الأحيان و بالأخص في العقود ذات أهمية كبرى يسبق الاتفاق النهائي مرحلة مهمة وتسمى بمرحلة ما قبل التعاقد وقد تستغرق فترة زمنية طويلة حسب موضوع العقد وطبيعة الالتزامات الناشئة وكذلك ما تحتويه من أمور فنية وقانونية وتضم هذه المرحلة أعمال تحضيرية ودراسات وفحوصات وإعداد خطط مشروع محل التعاقد من خلالها يلتزم فيها أطراف التعاقد الحذر بغية جعل العقد يحقق أهدافه دون أن يترتب عليه مشكلات تنتج عن سوء تفاهم أو سوء النية ، وهي لا تعتبر مجرد مرحلة ناشئة عن اجتهادات شخصية وإنما تسير وفق تنظيم قانوني تطرق له مختلف المؤلفين باعتباره علم ذو قواعد ولكن رغم ذلك أغلب التشريعات لم تهتم بهذه المرحلة رغم أهميتها في الحياة العملية ولذلك لا بد من التعرض إلى مفهوم هذه المرحلة وتبيان صورها وكذلك التعرض إلى الالتزامات التي تقع على عاتق أطراف العقد والمسؤولية الناشئة في مرحلة ما قبل التعاقد والآثار الناجمة عنها.

الكلمات المفتاحية:

مرحلة ما قبل التعاقد، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية ، المفاوضات.

Abstract:

People who are interested to create special relationships in significant or value contracts, the final agreement may be preceded by an important step called pre-contracting. It takes long time depends on contract's matter as well what technical and legal issues contains. This step includes preparatory work, studies and preparation of project plans through it the agreement spot touches the people who are In charge with this agreement achieve. its objectives without resulting in problems resulting from misunderstanding or bad faith.It doesn't considered only as a emerging step under personal efforts also it go according legal system in which Various authors addressed it as a science with rules, but despite that, most of the legislation did not care about this stage despite its importance in practical life.The parties at this stage may have real obligations, such as a commitment in good faith, and other obligations may be derived from it, and breaching these obligations may require the establishment of civil liability.

Key words: pre-contracting ,contractual liability,tort liability,negotiations.