

## المحاضرة الثانية :

### ثانيا: الطبيعة القانونية للتفاوض

تتميز مرحلة التفاوض بدقة أحكامها القانونية، خصوصا فيما يتعلق بإطارها الزماني والمسؤولية القانونية الناشئة فيها، ولذا وجب ضبط طبيعتها القانونية تفاديا لأي خلط أو لبس عند التقدم في دراستها.

**الأصل أن التفاوض عمل مادي، وبالتالي فهو لا يرتب التزامات على أي متفاوض ولا ينشئ أي أثر قانوني.**

وعليه، لا يُتصور قيام المسؤولية القانونية في هذه الحالة لأي متفاوض إلا إذا سبب ضررا للغير طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية (طبقا لأحكام المادة 124 من القانون المدني).

ورغم ما تقدم، تشهد الممارسة في عقود الأعمال -ولاسيما الدولية منها- أن التفاوض قد يفرغ في شكل تصرفات قانونية (عقود)، وفي هذه الحالة يصبح التفاوض تصرفا قانونيا، وتعتبر المسؤولية الناشئة حينئذ مسؤولية عقدية (طبقا لنصوص المادة 106 وما بعدها من القانون المدني)، ومن العقود الشائعة التي تبرم في مرحلة التفاوض نذكر : عقد التفاوض (يسميه البعض خطاب النوايا) وعقد الإطار وعقد التفضيل ... .

وسواء وجد عقد ينظم مرحلة التفاوض أم لا، تخضع هذه المرحلة لمبدأ عام يطلق عليه "التفاوض بحسن نية"، وقد اختلفت التشريعات المقارنة في إقرار المبدأ، في مرحلة ما قبل إبرام العقد، كما في مرحلة تنفيذ العقد. فنجد أن بعض التشريعات تقره صراحة كالقانون الألماني، والإيطالي، والهولندي، ومقاطعة كيويك<sup>1</sup>. ومؤخرا التشريع الفرنسي في المادة 1104 ق م ف السالفة الذكر بعد أن ركز الكثير من

---

<sup>1</sup>- نص مشروع القانون المدني لمقاطعة كيويك، صراحة في القانون المدني الجديد الصادر سنة 1994 في المادة 1375، أن على الأطراف التصرف بحسن نية مع بعضهم أثناء تكوين العقد، أو تنفيذه أو انقضاءه.

الفقه الفرنسي على ضرورة فرض المبدأ في مرحلة ما قبل إبرام العقد. و من بينهم J.MESTERE<sup>2</sup> حيث ذهب إلى أنه يتعين تطبيق المبدأ، حتى وإن لم يكن هناك أي نص يشير إلى ذلك صراحة. مضيافاً أن مشروع القانون المدني الفرنسي كان يحدد بدقة أن الاتفاقات يجب أن تعقد وتنفذ بحسن نية، ولكن واضعي النص قد قدروا أن بعض النصوص المحددة في هذا القانون يمكنها أن تجعل تطلب حسن النية غير مجد، لاسيما في مرحلة تكوين العقد. وأن النص النهائي للمادة 1134 انحصر في شأن التنفيذ لأسباب شكلية فحسب.

والواقع أن توسع هذا الفقيه في تفسير نص المادة 1134 ق م ف على هذا النحو، يبرره أن العقد ينظر إليه باعتباره وحدة واحدة، بما يعني استلزام حسن النية في مرحلتي الإبرام والتنفيذ على حد سواء. من ثم وحتى وإن نص التشريع وأشار إلى أن العقود، يجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية. فإن النص وإن كان يندرج تحت عنوان تنفيذ العقود، إلا أنه لا يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد، لأن من المنطقي أن العقود تفهم عند إنشائها وتكوينها.

وفي هذا الصدد يذهب جاك غستان<sup>3</sup> إلى القول أن: " ما من فائدة في فرض المبدأ خلال فترة تنفيذ العقد، إذا لم نفرضه في مرحلة تكوين العقد؟ إن العقد يشكل جسماً واحداً ومن الحيوي أن يرويه حسن النية ككل".

وبناءً على الانتقادات الموجهة من قبل الفقه الفرنسي، لإغفال المشرع الفرنسي مرحلة التفاوض على العقود، مع أن هذه المرحلة أصبحت ذات أهمية في نظرية العقد عدل المشرع الفرنسي أحكام القانون المدني الفرنسي، فأشار من خلال المادة 1104 إلى أن العقود تخضع للتفاوض، وتبرم وتنفذ بحسن نية واعتبرها قاعدة من قواعد النظام العام، وأضاف في المادة 1112/1 ق م ف<sup>4</sup> أن الأفراد

---

<sup>2</sup> -J.MESTER, L'exigence bonne foi dans la conclusion du contrat; R.T.D.C; 1989 ;p739.

<sup>3</sup>- جاك غستان، المرجع السابق، ص 920.

<sup>4</sup>-ART 1112/ 1 C.civ. F: «L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi»

يتمتعون بحرية التفاوض، في المرحلة السابقة لإبرام العقد وهي مجانية، غير أنه يجب أن تفي بمتطلبات حسن النية.

وما موقف المشرع الفرنسي إلا استجابة لرأي الفقه الغالب في هذا الصدد. هذا وقد أضاف في المادة 1114 ق م ف<sup>5</sup> أن العرض المقدم إذا تضمن جميع العناصر الجوهرية، فإنه يعرب عن إرادة صاحب العرض في حالة القبول، وإلا فإنه لا يعد سوى دعوة للدخول في المفاوضات.

ويعد التشريع الجزائري والمصري، من النظم القانونية التي قصرت سريان مبدأ حسن النية على فترة تنفيذ العقد، دون المرحلة السابقة على إبرام العقد. حيث أغفل التشريع الجزائري تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد. كما وأن القضاء ما زال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم.<sup>6</sup>

على الرغم من ذلك نجد غالبية الفقه المصري<sup>7</sup>، يسلم بأن نص المادة 148 ق م م المقابلة للمادة 107 ق م ج، ليست سوى تطبيق لمبدأ قانوني عام، لا يقتصر إعماله على مرحلة تنفيذ العقد، بل يتعين تطبيقه ومراعاته منذ مرحلة التفاوض، أي قبل انعقاد العقد. ففي مرحلة المفاوضات يجب على كل طرف أن يفهم الموجبات الملقاة على عاتقه بحسن نية، لأن هذه المرحلة الأولى والأساسية تتركز عليها المرحلة الثانية، أي مرحلة تنفيذ العقد. وبقدر ما تفهم العقود بحسن نية أثناء تكوينها، بقدر ما يأتي تنفيذها وتفسيرها في المرحلة اللاحقة وفقا للمبدأ.<sup>8</sup>

بينما يذهب عبد الحلیم القوي<sup>9</sup> لتبرير فرض المبدأ في مرحلة ما قبل إبرام العقد، إلى أن الغرض المقصود لا يتحقق كما ينبغي، إلا إذا كان العقد مبنيًا على حسن النية من بدايته. إذ كيف يتم تنفيذ

<sup>5</sup> ART 1114 C.civ.F: «L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

<sup>6</sup>- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/05/24 ملف رقم 223852، مجلة قضائية 2001، 1ع، ص 138.

<sup>7</sup>- رأي عبد الحی حمزى، وإسماعیل غانم وسعد حسین عبد ملحم، عمر محمد عبد الباقي، ويؤيدهم في ذلك هلاير أسعد أحمد. هلاير أسعد أحمد، تقديم سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 32.

<sup>8</sup>- المرجع نفسه ص 154.

<sup>9</sup>- عبد الحلیم القوي، المرجع السابق، ص 373.

العقد بحسن نية، والمتعاقدان قد ساءت نيتهما في المراحل السابقة على تنفيذ العقد، فالعقد إذا نشأ مريضاً لا يمكن أن يستقيم بعد ذلك.

ويذهب رأي آخر من الفقه<sup>10</sup> إلى القول أن فرض المبدأ يعد من البديهيات التي لا تحتاج إلى برهان، واستند في ذلك إلى مفهوم "من باب أولى"، وهذا النوع من الاستنتاج يدخل ضمن البديهيات، التي يعد إنكارها مكابرة في علم الجدل والمناظرة.

وغني عن البيان أن عملية التفاوض لا تستقيم، من دون توافر النية الحسنة فيما بين الأطراف المتفاوضة سواء بسواء. يعد التفاوض بذلك حسن النية إذا كان سلوكه يتفق مع المألوف في التعامل، فيستدل عليه وفق معيار الشخص المعتاد. يترجم على شكل التزامات، يتطلب الركون إلى الظروف والملايسات التي تحيط بالتصرف، أو السلوك الصادر أثناء التفاوض. والتي قد تثبت منافاته لمقتضيات حسن النية، كما لو دلت الظروف من أن قطع التفاوض فجأة دون مبرر، ما كان إلا على سبيل الكيد والانتقام. والالتزام بالتفاوض بحسن نية يفرض على المتفاوض ألا يلجأ إلى الخديعة، بأن يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض بكل صدق وأمانة.<sup>11</sup>

على أنه يتعين عدم الخلط بين الالتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد. لأن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يعني أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي، فالمتفاوض يظل متمتعاً بكامل حريته في التعاقد من عدمه، وقد يضع حداً للمفاوضات، فيمتنع عن إبرام العقد. لكن يشترط أن يكون ذلك استناداً لأسباب مشروعة، دون الإخلال بمبدأ حسن النية الذي يتطلب نزاهة وشرفاً وموضوعية وصدقاً.<sup>12</sup>

<sup>10</sup>- رأي: محمد شريف أحمد - مشار إليه في: هلاير أسعد أحمد، تقديم محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 32.

<sup>11</sup>- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 71.

<sup>12</sup>- المرجع نفسه، ص 69.

فرفض التعاقد يشكل من حيث المبدأ حقاً لكل من تلقى عرضاً، يتمشى مع مبدأ سلطان الإرادة، وحرية الارتباط العقدي من عدمه. فمن وجه العرض يكون في الأساس حرّاً في الرفض، ولا يتحمل تبعه ما بامتناعه عن التعاقد إلا إذا كان متعسفاً في استعماله، أو خرج عن حدود حسن النية. وقد أشار المشرع الفرنسي إلى ذلك في المادة 1102<sup>13</sup> ق م ف بالقول أن حرية التعاقد لا تمس بالقواعد المتعلقة بالنظام العام. وقد أشرنا أن التفاوض على العقود بحسن نية قاعدة من قواعد النظام العام بموجب المادة 1104 ق م ف.

---

<sup>13</sup> -ART 1102 C.civ.F : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »