المحاضرة العاشرة:

2-ب- شروط المسؤولية العقدية الناشئة أثناء المفاوضات السابقة على التعاقد.

يعتبر قيام المسؤولية العقدية في فترة المفاوضات قبل التعاقدية استثناء من القاعدة العامة و هي قيام المسؤولية التقصيرية عند وجود أي خطأ يلحق ضررا بالغير خارج الإطار العقدي، غير أنه يمكن قيام المسؤولية العقدية عن الأخطاء التي تصدر من المتفاوض قبل التعاقد و التي تلحق ضررا بالطرف الآخر في حالة ما إذا كان قد تم تنظيم هذه الفترة عن طريق تأطيرها في شكل عقد أولي، تم الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناتجة عنه .

2-ب-1- التأطير العقدي للمفاوضات.

حتى تقوم المسؤولية العقدية للمتفاوض لابد أن يتم تأطير هذه المرحلة بواسطة عقد أولي (تحضيري)، حيث أن ما يميز هذا الأخير هو عنصر الزمن، و أن هذا النوع من العقود يسبق إبرام العقد النهائي، بل و يتم أيضا إبرامها تحضيرا للعقد النهائي، فهو عقد مرحلي أو مؤقت سابق على التعاقد يتطلع بها الأطراف نحو تحقيق عقد نهائي، و تقع هذه العقود في المرحلة اللاحقة على التفاوض و السابقة على إبرام العقد النهائي[1]، و بالتالي فالعقد الأولي يجد مجاله الزمني في فترة التحضير للعقد النهائي أي قبل فترة التعاقد، و يعتبر وسيلة تعاقدية ظهرت بمناسبة هذه الفترة تتعلق بالإرادة قصد ضمان و تأمين المستقبل(Assurer le future)[2].

إن الإشكال الذي يثيره العقد الأولي أي التحضيري يتعلق بإثباته خاصة عندما تتطابق الإرادتين في هذه المرحلة و لكن ضمنا أي دون أن يكون العقد مكتوبا، حيث في هذه الحالة يثبت العقد الأولي بكافة الطرق، و في حالة وجود اتفاق على التزام معين، فإن هذا الاتفاق يكيف على أنه عقدي حيث يعتبر الرضا ضروري و كافي لوجود العقد.

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 277.

[2] - Claire Poitevin, l'avant –contrat en droit des contrats d'auteurs, thèse de doctorat, université d'Avignon des pays de Vaucluse, faculté de droit, 2011, p 20.

و يمكن أن يرد الالتزام العقدي على أي محل شريطة أن لا يخالف النظام العام و الآداب العامة، فالعقد الأولي يمكن أن يكون في حد ذاته محلا للتفاوض أو لا محلا لإبرام عقد آخر، و عندها أي وثيقة أخرى يمكن أن تكون وسيلة إثبات وجوده بمجرد إبداء الرغبة بوضوح بالتقيد بالتزام معين[3].

2-ب-2- الإخلال بتنفيذ العقد الأولي.

إن الإخلال بتنفيذ العقد الأولي يكيف على أنه خطأ عقدي وفقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، يتطلب إثباته مجرد المقارنة بين الالتزامات الناشئة عنه و بين تصرفات الأطراف[4]، أي بين سلوك المدين و مضمون التزامه[5].

و يقدر القاضي الوضعية التي كانت ستنتج في حالة التنفيذ الصحيح للالتزامات، و قد يأخذ الخطأ العقدي الأولي العديد من المظاهر من بينها رفض الدخول في التفاوض المتفق عليه، أوقطع المفاوضات بدون مبرر جدي، عدم تقديم المعلومة، و كذا إفشاء الأسرار المحمية قانونا، و غيرها من الأخطاء التي تحول دون إبرام العقد النهائي و التي يترتب عنها قيام المسؤولية العقدية، و عندها لا يمكن للقاضي إجبار الطرف المخل على التفاوض، كما لا يستطيع أيضا إجباره على التعاقد بل يبقى أمامه فقط خيار منح التعويض للطرف المضرور[6].

3- آثار المسؤولية المدنية الناشئة أثناء المفاوضات السابقة على التعاقد.

كقاعدة يلتزم المدين بتنفيذ التزاماته طوعا و ذلك بغض النظر عن مصدرها، فيكون التنفيذ اختياريا بوفاء المتفاوض بما التزم به طبقا لما هو منصوص عليه قانونا أو اتفاقا، فإذا لم يوف بالالتزامات المنوطة به فإنه يخضع إلى التنفيذ الجبري و إن استحال ذلك التزم بالتعويض، غير أن خصوصية مرحلة مفاوضات ما قبل التعاقد تجعل من التنفيذ العيني غير ممكنا بمعنى يجب استبعاده، بينما يبقى فقط للمدين حل تقديم التعويض للدائن.

---

[3] -Nawel Zouari, op, cit, p 112.

[4] -Ibid, p 112.

[5] -Joanna Schmidt, la période précontractuelle, op, cit, P 559.

[6] -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 382 و ما بعدها.

3–أ– استبعاد التنفيذ العيني.

إن التنفيذ العيني كأثر يترتب على قيام المسؤولية المدنية عن الالتزام الذي تم الإخلال به في فترة التفاوض أي قبل إبرام العقد النهائي و التي ألحقت بالدائن ضررا مسألة صعبة، وذلك لأنه لا يمكن تصور جبر المدين على التفاوض وفقا للقواعد المنظمة لهذه المرحلة و المنصوص عليها قانونا كالتفاوض بحرية و بحسن نية و واجب الحفاظ على سرية المعلومات، و إن كان يمكن تصوره نوعا ما في حالة عدم تقديم المعلومة، و من ثم فإنه يصعب التنفيذ العيني عموما لأن في ذلك مساس بالحرية الشخصية للمدين المتفاوض، و كذا إقامة محل التفاوض رغما عن إرادة الأطراف و في ذلك خروج عن قاعدة " حرية التفاوض"[7]، فضلا عن أن استبعاد التنفيذ العيني تبرره عدم ضرورة أن يؤدي التفاوض إلى إبرام العقد النهائي[8]، و كذا عدم تصور حلول القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقد إذا أخل المدين بتنفيذه[9].

3–ب– الاستقرار على قبول التعويض.

إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن للأسباب المذكورة سابقا، فإن التنفيذ بمقابل جبرا للضرر الحاصل يعتبر ممكنا ويكون في شكل التعويض المعروف في القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية[10]، على أن يشمل التعويض كامل الضرر اللاحق بالمدعي المضرور، الذي يتعين عليه إثباته و الذي يجب أن تتوافر فيه شروط الضرر القابل للتعويض[11].

إن التعويض يخضع في تقديره إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، بمعنى أن هذه المسألة لا تخضع لرقابة محكمة النقض[12]، و إذا كان التعويض وفقا للقواعد العامة يشمل الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت، فإن الشق الأول المتمثل في مسألة تقدير الخسارة اللاحقة تعتبر بسيطة، ما دامت

---

[7]–برهامي فايزة، المرجع السابق، ص 202.

[8] -Joanna Schmidt, op,cit, p554 .

[9]–محمد خيضر نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2013–2014، ص 84.

[10] -Joanna Schmidt, op,cit, p 554.

[11]–إن مبدأ التعويض الكامل عن الضرر الناتج يعد من النظام العام، فلا يجوز الإتفاق على تحديده أو الإعفاء منه، و كل إتفاق يقضي بغير ذلك يعد باطلا.

[12]–محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، العدد 2، السنة 22 مارس 1998، جامعة الكويت، ص 777.

تقوم على عناصر إثبات ضرر قد تحقق[13]، و من ثم فإن التعويض عنها سيشمل النفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض، والإعداد للعقد المزمع إبرامه، والدراسات الفنية و تقارير الخبراء و السفر و الإقامة والاتصالات...إلخ[14]، فهي تشمل الأضرار المادية و المعنوية على حد السواء[15].

أما بالنسبة للتعويض عن الكسب الفائت فإنه من الصعب تقبل تقديره نوع ما، لأن ذلك يعني ترتيب أثر على عقد لم يبرم بعد، أي أن التعويض عن الكسب الفائت غير ممكن في حالة المسؤولية التقصيرية، في حين يظل ذلك ممكنا في حالة المسؤولية العقدية الناشئة في فترة المفاوضات السابقة على التعاقد التي تقوم عندما تنظم هذه المرحلة بواسطة اتفاق تمهيدي سابق على العقد –كما رأينا سابقا – و كذا في الحالات التي يتم فيها إبرام العقد ثم يتبين أنه تم الإخلال في مواجهة المتفاوض بالالتزامات المنوطة بالمدين، و هنا لا مانع من تعويض المضرور طبقا للقواعد العامة عما فاته من كسب و كذا ما لحقه من خسارة[16].

[13] -Nawel Zouari, op,cit, p 104.

[14]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 416.

[15]- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 777.

[16]- نفس المرجع، ص 776.