

مقدمة:

لقد أصبح للمفاوضات العقدية في الوقت الحاضر دور بالغ الأهمية خاصة في ظل التطور الهائل لوسائل النقل والاتصالات، حيث أضحت الأفكار التقليدية للتعاقد غير كافية لإنهاء تلك الصفقات، فغالبية العقود خاصة التجارية منها غالبا ما تنطوي على جوانب كبيرة من المخاطر ويترتب عليها انتقال للسلع والخدمات تقدر بمبالغ ضخمة، وهو ما يوجب إفساح الوقت أمام الأطراف للدخول في لقاءات ومناقشات مكثفة حول تفاصيل العقد المزمع إبرامه.

وأهمية مرحلة ما قبل التعاقد لا تظهر فقط في العقود التقليدية، بل لها أهميتها أيضا حتى في نطاق العقود الالكترونية بالنظر لخصوصياتها التي تتمثل في طابعها الافتراضي والبعد المكاني بين الأطراف المتعاقدة والتي تحول دون تحقق كل واحد منهم من شخصية الآخر، كما أنها تنطوي على مخاطر سواء بالنسبة للمشتري أو متلقي الخدمة ومن شأن المفاوضات أن تقلل من تلك المخاطر وتساعد كل طرف على التأكد من جدية ومشروعية العرض مما يتيح إبرام العقد على الرغم من المسافات الفاصلة بين المتعاقدين.

وبالرغم من الأهمية القصوى للمفاوضات العقدية إلا أن القانون المدني الجزائري لا يزال ينظر الى العقد على أنه نتيجة ايجاب و قبول، وهي نظرة تقليدية لا تتماشى مع مقتضيات العقود الداخلية و الدولية، التقليدية و الالكترونية، والتي أصبحت تولد بعد مفاوضات قد تستمر شهورا أو حتى سنوات، لذلك من المستحيل اعتبار الأطراف من الغير الذين لا تقع على عاتقهم طوال هذه المرحلة أية التزامات.

وبناء على ما سبق لنا أن نتساءل عن مدى كفاية القواعد التقليدية المتعلقة بالنظرية العامة للالتزام الواردة في القانون المدني للتطبيق على المفاوضات العقدية وذلك في ظل خلو هذا الأخير من أحكام خاصة تتولى تنظيم تلك المرحلة.

وللإجابة عن هذا التساؤل يعد لزاما الوقوف على ماهية المفاوضات العقدية وأهميتها، وكذا الالتزامات الناشئة عنها وهذا فيما يلي:

المطلب الأول: ماهية المفاوضات وأهميتها في العلاقات العقدية

المعاصرة:

ان التفاوض على العقد تصرف حر مصدره الارادة بحيث لا تحدث عملية التفاوض الا باتجاه ارادة الاطراف المتفاوضة الى الدخول في مفاوضات هدفها ابرام عقد معين، ومن جهة أخرى فان ارادة تلك الاطراف تبقى حرة تماما طيلة مرحلة التفاوض بحيث يجوز لكل طرف أن ينسحب مادام العقد لم يبرم و لم يحدث أي تطابق بين الايجاب و القبول⁽¹⁾.

وسيتم التطرق لتعريف المفاوضات ثم لأهميتها و الالتزامات المترتبة على عاتق الأطراف المتفاوضة وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف المفاوضات العقدية.

تفترض عملية التفاوض بدهاة مناقشة جدية مشتركة بين طرفين متقابلين بهدف إبرام عقد مستقبل، لذلك ذهب البعض إلى تعريف المفاوضات بأنها عملية تطرح فيها مقترحات أو مشروعات صريحة لغرض التوصل لاتفاق بالتبادل أو المقايضة أو على أساس تحقيق مصلحة مشتركة عندما توجد المصالح المتفاوضة، أو هي «كل ما يصدر عن أحد الطرفين متصل بعلم الطرف الآخر ويكون متعلقا بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان إلى إبرامه»⁽²⁾.

وقد جاء في الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية أن المفاوضات هي شكل من أشكال التفاعل تحاول فيه الحكومات أو الأفراد أو المنظمات إدارة بعض مصالحهم المتصارعة، أو هي عملية صريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات مضادة⁽³⁾.

وعليه يتضح أن مفهوم المفاوضات يتسع ليشمل المقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد وكذا المقترحات المضادة التي قد يتقدم بها الطرف الآخر والمناقشات التي تدور بينهما، سواء كانت كتابية أم شفوية، وسواء تمت مباشرة أو بصفة غير مباشرة عن طريق وسطاء، وعلى العكس من ذلك، لا تمثل المفاوضات العقدية، بالمعنى الذي سبقت الإشارة إليه، مجموعة

الأعمال التي يقوم بها أحد الطرفين دون أن تتصل بعلم الطرف الآخر، حتى ولو تعلقت بالعقد المراد إبرامه، كالدراسات والمشاورات التي يقوم بها أحد الطرفين من خلال تابعيه، ويعود السبب في ذلك إلى أن العقد هو وليد الإرادة المشتركة للطرفين، فينبغي أن تهدف مفاوضات إلى رسم تصور مشترك لعناصره، حتى يأتي معبراً عن إرادتهما معاً، وليس إرادة أحدهما فقط.

غير أن ما ينبغي الإشارة إليه هو أنه وإذا كان للمفاوضات قصد أو هدف، هو تحقيق المصلحة المشتركة لطرفيها، فإنه لا ينبغي الوصول إليه بأي ثمن، فقد يفشل الطرفان في الوصول إلى اتفاق، إذ ليس بلازم أن تؤول نهاية المفاوضات دائماً إلى النجاح، فهناك العديد من الظروف والعوامل التي تتحكم في سيرورة عملية التفاوض، فكفاءة المفاوض وخبرته، والقوة الاقتصادية لكل طرف، ونوع الاستراتيجية المتبعة في المفاوضات، وطبيعة العملية أو المشكلة المطروحة للتفاوض، كلها عوامل من شأنها التأثير على النتيجة النهائية للمفاوضات⁽⁴⁾.

وسيتم إيضاح ذلك بشكل أكبر عند عرض أهمية وضرورة المفاوضات في العقود الحديثة.

الفرع الثاني: أهمية وضرورة المفاوضات العقدية:

لا تعتبر المفاوضات شرطاً لازماً لتكوين العقد أو لصحته، فالعقد يقوم بين طرفيه بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول، أي بإيجاب يحدد العناصر الأساسية للعقد، ويوافق الطرف الآخر على ذلك.

غير أن مرحلة ما قبل التعاقد هي مرحلة ذات أهمية بالغة خاصة من الناحية القانونية، فهي تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد، كما أن حسن إدارة عملية المفاوضات أمر يحد مما قد يثور من منازعات في المستقبل⁽⁵⁾.

ففي هذه المرحلة يمكن للأطراف الالتفات إلى ما يمكن أن يلحق أركان العقد من خلل، كأن يكون المحل منعدما، أو السبب غير مشروع مثلا، فيجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا.

ومن ثم فإن حسن إدارة المفاوضات يقتضي من الطرفين مراعاة جميع القواعد الخاصة بوجود العقد وكذا الانصياع لاعتبارات النظام العام والآداب.

و بإمكان الأطراف أيضا بفضل مرحلة المفاوضات تجنب عيوب الرضا التي قد تطل إرادتهم وهو ما يمنع أحد المتعاقدين من طلب إبطال العقد لعيب في إرادته، إذ أن تبادل الآراء ووجهات النظر يجنب الوقوع في مثل هذه العيوب.

وإضافة إلى هذا، تلعب المفاوضات دورا هاما في عملية تفسير العقد، فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة، فيمكن للقاضي في هذه الحالة الاسترشاد بها، إذ يستطيع من خلالها الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولكن دون تجاوز عملية تفسير العقد إلى تعديله، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة⁽⁶⁾.

ومن أهم الأهداف التي تحققها المفاوضات هو أنها تمنع من الادعاء بالإذعان، ففي بعض الأحوال، قد يكون لمن يتمتع بقوة اقتصادية واحتكارية لبعض السلع والخدمات، سلطة فرض شروط العقد، فيكون للقاضي في هذه الحالة الحق في التدخل لتحقيق التوازن بين الطرفين، غير أنه لا محل للادعاء بهذه الحماية والتي يوفرها القانون للطرف المدعى إذا تعلق الأمر بعقود تم إبرامها بعد مفاوضات سابقة⁽⁷⁾.

وستسمح المفاوضات إلى جانب كل هذا للمشتغلين بالتجارة الدولية إلى تحديد العناصر الجوهرية للعقد، ومنها الاتفاق على نوع العقد، إذ يجب أن ينطوي الإيجاب المشترك في هذه المرحلة على بيان نوع العقد، فإذا كانت هذه المسألة محل خلاف بين الطرفين، أو ظلت غامضة طوال مرحلة التفاوض، فلا ينعقد العقد بعد ذلك، بل يظل الأطراف في مرحلة المفاوضات، ومثاله، أن يتفاوض أحد الطرفين، معتبرا العقد المتفاوض بشأنه هو عقد بيع لبراءة اختراع، بينما يعتبره الطرف الآخر تأجيرا لها ولمدة زمنية محدودة، وفي هذا الصدد يذهب الفقه الفرنسي إلى أن هذا الاختلاف يبقى الطرفين في مرحلة المفاوضات، إذ العبرة بوجود التراضي من أجل إبرام العقد بغض النظر عن آثاره، فالمسألة لا تتعلق هنا باتفاق، وإنما بسوء تفاهم.

وتطبيقا لما يعرف باسم «التكوين المتتابع للعقد»، فإنه يجوز للأطراف مناقشة العناصر الجوهرية على أن يتم تحديد العناصر الثانوية لاحقا، والفرق بين النوعين، هو أن العقد لا يقوم دون تحديد العناصر الجوهرية، بينما لا يمنع الاتفاق على العناصر الثانوية من قيام العقد⁽⁸⁾.

وإذا كان الأصل في التفاوض هو حرية الأطراف في الدخول إليه من عدمه، وكذا الحرية التامة في استكمال مشوار التفاوض أو إنهائه دون الوصول إلى اتفاق، فإن مجرد الدخول في مفاوضات يوجد وضعاً خاصاً بين الأطراف، يستحيل معه اعتبار أحدهما من الغير بالنسبة للطرف الآخر، إذ أن مجرد بدء المفاوضات يلقي عليهما بالتزامات خاصة.

الفرع الثالث: الالتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات:

إن القاعدة العامة تقضي بعدم نشوء أي التزام في ذمة الشخص إلا بإرادته أو بناء على نص في القانون تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يترتبها العقد، وما يترتب على هذه الالتزامات من آثار قانونية، وما دام الالتزام العقدي هو التزام نابع عن العقد فإنه يكون دائماً تالياً لقيام العقد، وليس سابقاً له.

ولكن العصر الحديث أصبح يعرف التزامات تنشأ قبل إبرام العقد ذلك أن الدخول في مفاوضات يؤدي إلى وجود نوع من الثقة المتبادلة بين الأطراف، أي أن كل طرف يضع الثقة في الطرف الآخر، وفي أنه لن يفشي أسراراً، وأن يلتزم بأصول المفاوضات وبالاستمرار فيها.

إن التزامات أطراف المفاوضات السابقة على التعاقد هي نوعين: النوع الأول يتعلق بالالتزامات الأساسية، وهي الالتزامات التي تفرض على جميع الأطراف المتفاوضة بغض النظر عن وجود أو عدم وجود اتفاق ينص على الالتزام بها، وبغض النظر كذلك عن طبيعة العقد المتفاوض بشأنه. أما النوع الثاني فيتعلق بالالتزامات الفرعية، وهي الالتزامات التي يتم تحديدها إما بموجب اتفاق الأطراف على الالتزام بها، وإما بموجب طبيعة العقد المتفاوض بشأنه. هذه الالتزامات المشار إليها أعلاه، لذلك سنقسم موضوعنا النحو التالي:

- أولاً: الالتزامات الأساسية.

- ثانياً: الالتزامات الفرعية.

أولاً: الإلتزامات الأساسية

الالتزامات الأساسية هي تلك الإلتزامات التي تفرض نفسها بنفسها، أي بدون اتفاق الأطراف على الإلتزام بها. يبرز من بين هاته الإلتزامات الإلتزام بالتفاوض، والإلتزام بالتفاوض بحسن نية.

1- الإلتزام بالتفاوض

إذا إتفق الطرفان بمقتضى عقد مبدئي عل الدخول في التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد نهائي فإنه لا بد من الانتقال إلى الخطوة الأولى في تنفيذ ذلك العقد ألا وهي الإلتزام ببدء المفاوضات في الموعد المتفق عليه، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، منها توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر ومن ثم إفتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل المقترحات وتقديم الدراسات وتحديد وقت إجراء المفاوضات¹.

إن الالتزام بالتفاوض ينقسم إلى شقين أساسيين، الشق الأول هو الالتزام بالبدء في التفاوض، والشق الثاني هو الاستمرار في التفاوض .

أ. الالتزام بالبدء في التفاوض

الغالب أن يتفق الطرفان على موعد لبدأ التفاوض فإذا لم يكن ثمة إتفاق إلترم كل من الطرفين بالبدء في المفاوضات في مدة معقولة وهذا الشق بالالتزام بالتفاوض قد يقع على عاتق الطرفين معا بحيث يكون كل منهما ملتزما ببدء المفاوضات ق ومن ثم لا يحق لأي طرف أن يمتنع عن البدء في التفاوض في الموعد المحدد.

إن الالتزام بالبدء في المفاوضات، هو التزام من حيث الأصل، يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين معا، حيث يكون كل طرف ملتزم في الموعد المحدد، لبدء وافتتاح المفاوضات، غير أن الالتزام بالبدء في المفاوضات قد يقع على عاتق أحد الطرفين دون الآخر، فيلتزم هذا الطرف بتوجيه الدعوة إلى الطرف الآخر، وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعملية التعاقدية محل التفاوض².

من أجل تجنب النزاعات التي قد تثور بفعل عدم تحديد زمن البدء في المفاوضات، ويتعين على الأطراف تحديد وقت الإتفاق على مبدأ التفاوض نفسه، وقد يتم تحديد زمن البدء في المفاوضات وزمن الانتهاء منها في اتفاق مستقل. ومن أبرز الأحكام القضائية التي تناولت مسألة البدء في المفاوضات وافتتاحها، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 1992³.

وإذا كان في الغالب أن يحدد عقد التفاوض صراحة، من يقع عليه الالتزام بالبدء في التفاوض، أي المدة التي يباشر فيها المفاوضات، غير أنه في حالة عدم وجود اتفاق على ذلك، فإن كل طرف يلتزم بالبدء في التفاوض في المدة المعقولة⁴. ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال، ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية رونو الشهيرة، والتي خلصت فيها المحكمة إلى أن تلك المدة قد انقضت بسبب تقاعس رب العمل عن تقديم أي عرض إلى طالب العمل خلال مدة عدة سنوات، وقررت أنه يوجد اتفاق مبدئي، يلزم الشركة بأن تبحث مع العامل إمكانية إعادته إلى منصب عمله، في ضوء الظروف الإقتصادية للشركة. يبدو واضحا من حيثيات هذا الحكم، أن محكمة النقض الفرنسية قد أقرت بوجود عقد تفاوض بين العامل و الشركة، وهو عقد ضمني

استخلصته المحكمة من محتوى الرسالة التي أرسلها العامل، والذي يفرض على الطرفين الالتزام بالبدا في المفاوضات، في مدة معقولة⁵.

إن الالتزام بالبدا في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة، وليست التزاما ببذل عناية، وتفسير ذلك أن الطرف المدين بهذا الالتزام ملزم بتحقيق هذه النتيجة، والمتمثلة في مجرد البدا في التفاوض، ومن ثم فإن امتناع المدين بهذا الالتزام، بالبدا في التفاوض في المدة الزمنية المعقولة، يعد إخلالا بهذا الالتزام، ويؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، ولا يستطيع المدين بهذا الالتزام، أن يتملص من مسؤوليته بحجة أنه بذل كل جهوده، أو أنه لم يكن مقصرا أو سيئ النية⁶.

ب- الالتزام بالاستمرار في التفاوض

إذا كان الالتزام بالبدا في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي البدا فعال في التفاوض ومباشرة، فإن الالتزام والاستمرار في التفاوض ومواصلته، هو التزام ببذل عناية، حيث يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، بذل كل الجهود والمسامحة وبصورة إيجابية فعالة، من أجل التوصل إلى إبرام العقد، غير أن هذا لا يعني أبدا وبأي حال من الأحوال، التزامهما بإبرام العقد النهائي⁷.

إن الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، يقتضي ألا يقوم المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات في أي وقت يشاء، ودون الاستناد في ذلك إلى أي مبرر جدي أو موضوعي، أو أن يقف المتفاوض موقفا سلبيا تجاه كل ما من شأنه أن يعيق سير المفاوضات، بل يجب عليه بذل كل ما في وسعه من جهد للاستمرار في التفاوض، بطريقة جدية وهادفة. في الواقع العملي فإن الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، تزداد أهميته كلما قطعت المفاوضات شوطا كبيرا، وأوشكت على تحقيق الهدف المراد منها، مما يدفع الأطراف المتفاوضة إلى بذل مزيدا من الحرص على مواصلة مسيرة المفاوضات والانتهاؤها إلى المبتغى المرجو منها⁸.

إن قطع المفاوضات قطعاً تعسفياً دون الاستناد إلى سبب جدي أو موضوعي يبرر هذا الانسحاب، يعد إخلالاً بالالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، ويؤدي إلى ترتيب المسؤولية. إن الالتزام بالتفاوض والاستمرار فيه، يستلزم من الطرفين المتفاوضين أن يعملوا على إزالة وتذليل كل الصعوبات والعقبات، التي قد تعترض طريق المفاوضات⁹، ومن ثم فإنه من الضروري لتحقيق ذلك، عدم تضيق الخناق على الطرف الآخر إلى الحد الذي

يجعله يانسا، فيقوم بما ال يمكن توقعه، كما ال يجب كذلك انتهاج أسلوب الإجبار دون المبادرة بأدنى محاولة للتنازل، وإرضاء الطرف الآخر، ألن ذلك يؤدي حتما إلى حالة من اللاتفاوض¹⁰.

إن الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، يقتضي أنه في حالة توصل الطرفان إلى اتفاق حول بعض المسائل محل التفاوض، أن يلتزم كل منهما بمواصلة التفاوض حول المسائل المتبقية لحسمها، ولا يجوز لأي منهما التراجع أو المنازعة حول المسائل التي سبق الاتفاق عليها، وإذا كانت المسائل الخلافية على درجة عالية من الصعوبة والتعقيد، فإنه يتعين على الأطراف المتفاوضة إبداء قدرا من المرونة للحيلولة دون نسف العملية التفاوضية برمتها¹¹.

2- الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

يعد الالتزام بالتفاوض بحسن النية التزاماً جوهرياً في المفاوضات ، و يمثل ركيزة أساسية لنجاحها ، لذا لابد أن تتسم المفاوضات بالصدق والأمانة عند التعامل بالبيانات والمعلومات المتبادلة بين الأطراف ، وهو مبدأ تأخذ به أغلبية القوانين، لأنها تحرص على أن تكون العلاقات التعاقدية قائمة على أسس من التعاون والتفاهم المتبادل لحفظ كيان المجتمع وضمان تطوير ظروفه لما فيه الصالح العام.

لذلك وجب على كل متعاقد أن يكون حسن النية تجاه المتعاقد الآخر، حيث يتعهد بالأل ينوي به شرا، وأن يتصرف بقدر ضروري من التبصر، والاهتمام بشؤونه، حتى يتفادى إيقاع الضرر به سواء عن سوء نية أو عن إهمال . من هنا يبدو أن الاهتمام بمبدأ حسن النية جاء بهدف تحقيق حد أدنى من العدالة في العلاقات التعاقدية الأمر الذي يستلزم الاهتمام بالمقاصد والنيات الباعثة على التصرفات، هذا من جهة، وتحقيق أكبر قدر ممكن من الاستقرار في المعاملات الذي يستلزم بدوره ضرورة افعتماد على الظاهر في التصرفات، من جهة أخرى. لذلك فحسن النية هو التزام عام يسري على جميع التصرفات حتى ولو لم ينص عليه الأطراف صراحة.

أ. مفهوم مبدأ حسن النية

نشأ مبدأ حسن النية مع نشأة القانون الروماني فيما يعرف بمبدأ *foi bonne*، حيث اعتبر مصدراً من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة، وبموجبه كان يستطيع القاضي الروماني التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، للوصول إلى حالة من التوازن العقدي فيما بينهما متى اختل هذا التوازن نتيجة عدم تعادل المركز القانوني لطرفي العقد¹².

يمكن تعريفه بأنه: "إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على هذا العملية على أساس من الثقة والإستقامة في التعامل والإبتعاد عن أساليب الخداع والتحيال والتي من شأنها بث أو إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف"¹³.

كما عرف مبدأ حسن النية بوجه عام بأنه: "الاعتقاد بمراعاة جميع الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة"¹⁴.

إن مبدأ حسن النية يهدف إلى تأمين عملية التفاوض وذلك بمنع الخداع والتضليل الذي قد يؤدي إلى فشل المفاوضات أو يلحق ضراراً بأحد أطرافها في الفترة قبل إبرام العقد بحيث يرى الفقهاء أن كل الإلتزامات المترتبة على الطرفين في مرحلة التفاوض تجد أساسها في قاعدة "حسن النية" بإعتبارها قاعدة أصلية لها مكانتها ليس فقط أثناء تنفيذ العقد بل أيضاً والتفاوض عليها¹⁵. ولهذا المبدأ معيارين؛ أحدهما ذاتي والآخر موضوعي¹⁶، وفق ما يلي:-

- المعيار الذاتي لحسن النية يقصد بالمعيار الذاتي وضعية الشخص الذي لا ينوي الإضرار بالغير أي انتفاء سوء النية عن المتفاوض، ولكي تتحقق حسن نية المتفاوض، بحيث لا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حساب الغير، أي يتجنب الخطأ العمد، والخطأ الجسيم، ويتجنب الغش والتدليس، ويتجنب كذلك التعسف في استعمال حق بسوء نية.

- المعيار الموضوعي لحسن النية : يقصد بالمعيار الموضوعي أو المادي لحسن النية في التصرفات، إتيان التصرف متفقا مع أحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته، ذلك أن القانون لا ينظر إلى صحة التصرفات أو عدم صحتها بناء على ما يعتقد المرء فيه، وإنما أوجب لاعتبارها صحيحة أن تكون مقبولة في نظر القانون وقيم المجتمع، فليست العبرة بما يعتقد المرء في تصرفاته، إذ قد يعتقد أنها صالحة في الوقت الذي تكون فيه غير ذلك بمنظار الحقيقة الموضوعية المنبثقة من رأي القانون وضمير الجماعة . فهذا المعيار، كما في المعيار الذاتي، يجد أساسه في العدالة وقواعد الأخلاق، ذلك أن الأخلاق توصي الفرد بأن تكون تصرفاته متفقة ومنسجمة مع أحكام القانون وقيم المجتمع، باعتبار قواعد القانون غالبا ما تكون مشبعة بالعنصر الأخلاقي، لأن القانون متقدما ومتصلا بقواعد الأخلاق، وأن هذا المعيار يستلزم من المتصرف أن يكون يقضا حريصا في تصرفاته حتى لا يضر بالآخرين، ذلك أن العدالة وقواعد الأخلاق كما لا تقرر بنية الإضرار بالغير (المعيار الذاتي) لا تقرأ أيضا بالإهمال والتقصير (المعيار الموضوعي)¹⁷.

ب- مكانة الالتزام بالتفاوض بحسن نية

يقتصر الالتزام بحسن النية في التشريع الجزائري على مرحلة تنفيذ العقد، ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد، فلا وجود لنص خاص يفرض صراحة الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

غير أن جانبا من الفقه الجزائري يذهب إلى القول، بأن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، أشار ضمنيا إلى وجود الالتزام بحسن نية في جميع مراحل العملية التعاقدية، سواء تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد أو مرحلة التفاوض على العقد¹⁸.

و تماشيا مع هذا الاتجاه، أشارت المحكمة العليا في قرار مشهور¹⁹ لها بتاريخ 1999/10/24، بأنه من المقرر قانونا أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعا

للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خالف ذلك.

موقف القانون الفرنسي : يذهب القانون الفرنسي إلى أن تطبيق مبدأ حسن النية، يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد ولا يمتد إلى مرحلة التفاوض على العقد، حيث نص القانون المدني الفرنسي في المادة 3/1134 الاتفاقات بالفعل يجب أن تكون منفذة بحسن نية، أما بالنسبة لمرحلة التفاوض على العقد، فلم يرد بشأنها نص في القانون المدني الفرنسي يفرض على الأطراف التفاوض بحسن نية. غير أن الفقه في فرنسا و تسانده في ذلك بعض أحكام القضاء، اتجه إلى أن مبدأ حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك، يعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي، وأن المادة 1134 ، والتي تشترط تنفيذ العقود بحسن نية، ليست سوى تطبيق لمبدأ قانوني عام، لا يقتصر نطاقه على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه ومراعاته منذ بدء مرحلة التفاوض على العقد وعليه يذهب الرأي الفقهي السائد في فرنسا، إلى الاعتراف صراحة بأن مبدأ حسن النية عند إبرام العقد، يفرض على المتعاقدين منذ لحظة بدء المفاوضات التمهيدية، الالتزام إيجابيا بالصدق والأمانة والتعاون، وإحاطة كل طرف الطرف الآخر بظروف وملابسات العقد المراد إبرامه²⁰.

المشرع الفرنسي حسم هذا الأمر بشكل قطعي في تعديله للقانون المدني سنة 2016، حيث نصت المادة 1104 منه على أنه:

Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public

موقف القانون الإنجليزي: إن القانون الإنجليزي ال يعترف كقاعدة عامة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، ومرد ذلك إلى أن المفاوضات في القانون الإنجليزي، تقوم على فكرة المخاطرة، والتي تقتضي أن يتحمل كل طرف مخاطر تفاوضه، مما يتطلب توخي الحيطة والحذر، والاهتمام بالمصالح الخاصة، ويعتبر القانون الإنجليزي الاتفاقات التي تتم قبل إبرام العقد النهائي، اتفاقات غير ملزمة ال ترتب أي التزام عقدي، بما في ذلك الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وتبرير ذلك أن مثل هذه الإتفاقات الأولية،

تصل إلى درجة كبيرة من عدم التحديد، والذي يعني عدم تحديد التعويض الذي يمكن أن يمنح للطرف المضرور، والمترب عن الضرر الذي يصيبه، إذ لا يمكن التأكد فيما إذا كانت المفاوضات ستفضي إلى إبرام العقد النهائي أم لا²¹.

كما أقر مجلس اللوردات صراحة عام 1992، في القضية الشهيرة Wolfond Miles، بأنه ال التزام بالتفاوض بحسن نية، في نظرية العقد في النظام القانوني²².

ورغبة من المشرع الإنجليزي في التقيد الدقيق بالتوجيه الأوروبي، قام بتعديل القانون رقم 1994/3159 بالقانون رقم 1999/2083، حيث نصت المادتان 1/3 من التوجيه الأوروبي، والمادة 1/5 من القانون الإنجليزي، على مبدأ حسن النية صراحة، حينما اعتبرت أن الشرط التعاقدي يشكل تعسفا، متى خالف مقتضيات مبدأ حسن النية، كما أقر التوجيه الأوروبي صراحة، بشمولية مبدأ حسن النية الوارد في نص المادة 1/3 منه مرحلة التفاوض على شروط العقد، وقد كان لهذه التحولات التشريعية تأثير كبير على القضاء الإنجليزي، حيث أقر مجلس اللوردات في سنة 2002 بوجود تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد في القضية الشهيرة²³ Row Yeomans.

خلاصة القول، فإن القانون والقضاء الإنجليزي على الرغم من عدم الاعتراف بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وذلك استنادا ودعما للحرية التعاقدية التي يجب أن تسود العلاقات والمعاملات، إلا أن التطورات التشريعية الحاصلة على المستوى الأوروبي، دفعت بالمشرع الإنجليزي إلى تكييف التشريع وفقا للمعطيات الجديدة، من أجل استقرار وتطور العلاقات التجارية، والتي تقتضي الحرص على توفير التوازن في العلاقات التعاقدية، ولا يتأتى ذلك إلا بفرض الالتزام بحسن النية وشرف التعامل.

تعتبر المدرسة الألمانية الرائدة والنموذج الأول في فرض الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، و الذي يقتضي حسب القانون الألماني، أن يقع على عاتق كل متعاقد مراعاة مصالح الطرف المقابل في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه، كاللزام عام تطبيقا لهذا المبدأ، وهذا ما ذهبت إليه المادة 2/241 من القانون المدني الألماني BGEB، التي ألزمت كل متعاقد بمراعاة حقوق ومصالح المتعاقد الآخر، كما وسعته المادة 2/311، وجعلته مطبقا على مرحلة التفاوض على العقد²⁴.

كما نصت المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي، على أنه "يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد بالتفاصيل بما يتفق وحسن نية". كما نصت المادة الأولى من القانون المدني الياباني "بأن إستعمال الحقوق وتنفيذ الإلتزامات ينبغي أن يتم بأمانة وحسن نية". كما عرف القانون التجاري الموحد الأمريكي (u.c.c) مبدأ حسن النية، بأنه الأمانة في الواقع واحترام المعايير التجارية المعقولة في التعامل العادل (م1-19/201)²⁵.

- اتفاقية فيينا 1980 للبيع الدولي للبضائع : نصت هذه الاتفاقية على مبدأ حسن النية في مجال العقود المبرمة، المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، حيث نصت في المادة 1/7) يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية، و الملاحظ هنا أن ما ورد في الاتفاقية بشأن احترام مبدأ حسن النية، أثار جدال واسعاً بين واضعي الاتفاقية، وجوهر هذا الاختلاف يكمن في الدور الذي يلعبه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، وهذا أمر طبيعي يعكس في حقيقة الأمر المواقف المتباينة للدول، بشأن مسألة تطبيق مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض²⁶.

- لقد جاءت مبادئ **Unidroit** التي وضعها معهد توحيد قواعد القانون الخاص بروما سنة 1994، بحلول توفيقية بين دول الشريعة العامة ودول النظام اللاتيني، وذلك بالتعامل مع المشاكل القانونية المطروحة، نتيجة لاختلاف القوانين والصعوبات التي تعترض المعاملات التجارية الدولية، ويرجع ذلك بالأساس إلى عدم وجود قواعد قانونية دولية موحدة، فضلاً عن سد الفراغات القائمة في الاتفاقيات الدولية، وقد تبنت هاته المبادئ مبدأ حسن النية، حيث أن المادة 7/1 من مبادئ اليونيدروا لعقود التجارة الدولية الصادر عام 2004 عن المعهد الدولي في روما لتوحيد القانون الخاص²⁷ على أنه: "يجب أن يتصرف كل طرف وفقاً لما يقضيه حسن النية والتعامل العادل في التجارة الدولية".

كما نصت المادة 15-1-2 فقرة 2 و3 من نفس المبادئ على أنه: "مع ذلك، يسأل الطرف الذي يتفاوض أو يقطع المفاوضات، بسوء نية، عما لحق الطرف الآخر من أضرار. و يعد من قبيل سوء النية، بوجه خاص، دخول طرف في التفاوض أو الإستمرار فيه بالرغم من نيته عدم التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر".

ثانياً: الالتزامات الفرعية

كما سلف الذكر يتفرع عن مبدأ حسن النية بعض الالتزامات، التي تعد في مجملها تطبيقاً من تطبيقاته، وهذه الالتزامات ستكون على الشكل التالي:

1- الالتزام بالإعلام

إن الطرف الضعيف الذي لا تتوافر له القدرة ولا الوقت الكافي للإحاطة بكل ما يتصل بالعقد من أمور، سيكون مضطراً إلى إبرام عقد قد لا يحقق مصالحه ، لذا يفرض التزام على عاتق المفاوض الآخر أن يبدي قبل إبرام العقد بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد والتي من شأنها إن تساهم في إيجاد رضا كامل وسليم ومتنور بكافة تفصيلات العقد محل التفاوض، وهذا ما يطلق عليه الالتزام بالإدلاء أو الإعلام²⁸.

و رغبةً في الحد من حالات اختلال التوازن في المعرفة بين أطراف التفاوض ، فالجانب المعرفي يعد أهم عامل من عوامل تكوين هذه الإرادة ، وعليه فإن الالتزام بإعلام المفاوض الآخر الراغب بالتعاقد معه عن محل العقد والبيانات المتعلقة به هو إلتزام منفصل أو مستقل عن العقد ينشأ في المرحلة السابقة على إبرامه كي يتيح للمفاوض رضاً حراً يستطيع من خلاله أن يحدد موقفه ، فيما يمضي في إبرام العقد ، أو يلغي الصفقة برمتها ، من خلال إلتزام المفاوض الراغب في التعاقد بالإدلاء إليه بكافة المعلومات والبيانات ليكون على دراية بكافة تفصيلات العقد المزمع إبرامه.

يرى البعض أن وجود التزام المتفاوض بإحاطة المتفاوض الآخر علماً بكل ظروف العقد، فهذا نوع من إلتزام الشخص بالدفاع عن مصالح غيره على حساب نفسه، في حين أنه يجب على كل شخص أن يتحرى بنفسه عن ظروف العقد، أما الإعلام والنصيحة

والمشورة من الطرف الآخر، فكلها واجبات أخلاقية لا ترقى إلى مرتبة الالتزام القانوني . لكن الفقه والقضاء في العصر الحديث، يريان خلاف ذلك، فهناك التزام حقيقي يقع على عاتق المتفاوض بأن يحيط الطرف الآخر علما بكل ما يعرفه من ظروف العقد وإلا كان مسؤولا .وقد تنوعت الآراء حول أساس هذا الالتزام، وهل هي قواعد الأخلاق أو اعتبار حماية الإرادة، أو مبدأ النظرة الاجتماعية إلى العقد²⁹.

فالرأي الأول ذهب إلى أنه يجب على كل متعاقد أن يسعى للدفاع عن مصالح نفسه، وهذا ما يؤدي إلى الصراع بين إرادتين تسعى كل منهما للحصول على أكبر قدر ممكن من المزايا، مع التضحية بالأقل القليل، وهذا الصراع أمر مفيد إذ يبرر النشاط والحركة في المجتمع، ولكن من ناحية أخرى يجب أن يكون هذا الصراع في حدود قواعد الأخلاق، بالأى يكتف المتعاقد عن الأخر ما يعلمه من أمور تهمه، ثم يفسر هذا الرأي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى بأنه واحد من مظاهر حماية قواعد الأخلاق في نطاق العقود، قبل أن يكون حماية للإرادة ذاتها من التدليس أو الوهم.

أما الرأي الثاني، فيرى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدى يجد أساسه في قصور نظرية عيوب الرضى عن تحقيق هدفها، فهذه النظرية لا تتدخل إلا إذا كان المتعاقد يشكو من غلط أو إكراه تسبب فيه الطرف الأخر أو علم به أو كان بإمكانه أن يعلمه، بينما مجرد السكوت أو الكتمان الذي لا يؤثر إلا في النواحي الاقتصادية للعقد دون قرار التعاقد ذاته، لا يسمح للمتعاقد بطلب إبطال العقد أو التعويض عن هذا الكتمان .

أ- مفهوم الالتزام بالإعلام:

يعرف البعض هذا الالتزام بأنه " إلتزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الأخر عند تكوين العقد ، البيانات اللازمة لايجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد ، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما إن يلم ببيانات معينة ،أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الأخر ، الذي يلتزم بناءً على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات "20

وعرف أيضاً بأنه "الالتزام الذي بواسطته ينبه احد أطراف العقد الطرف الأخر على مخاطر التعاقد ومنافعه ، فيجعله على بينه من ظروف التعاقد ليكون خياره بالتعاقد قائماً على معرفه تامة بسبب التزامه"³⁰.

وهناك من عرفه بأنه " إخطار أو إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الأخر ، بإخطار الطرف الأخر في العقد بكافة البيانات عند إبرامه للعقد ، والتي تساهم في تكوين الرضاء الحر المستنير، وتمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند إبرامه أو التحلل منه إذا شاء ، ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل ، وحماية الثقة المشروعة في العقد"³¹.

يبدو واضحاً من خلال التعريفات السابقة، أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، يرتب على المتفاوض الذي يحوز المعلومات أو البيانات المتعلقة بالعملية التعاقدية، والتي يصعب أو يستحيل على المتعاقد الأخر الحصول عليها، نظراً لوضعه الخاص أو لطبيعة العقد المراد إبرامه، أن يدلي بتلك المعلومات والبيانات لما لها من أثر في اتخاذ القرار المناسب، بالإقدام على التعاقد أو بالإحجام عنه، حتى تكون العملية التعاقدية في وضوح تام، وبالرغم من اتفاق معظم الفقهاء حول مضمون هذا الالتزام ، إلا أنهم اختلفوا في الأساس الذي يرد إليه وجود هذا الالتزام، حيث انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات رئيسية: ذهب الاتجاه الأول، إلى القول بأن الالتزام بالإعلام إنما يجد أساسه في الالتزام بالتسليم، الذي يقع على عاتق البائع في عقد البيع، وعليه، فإن البيانات والمعلومات التي يلتزم البائع بالإدلاء بها للمشتري، ترتبط بتسليم الشيء المبيع، و تتوحد معه وتصبح من ملحقاته، و من ثم فإن الالتزام بالإعلام هو التزام ملحق، و تابع للالتزام بالتسليم لا ينفصل عنه³².

أنتقد هذا الاتجاه بشدة، على أساس أنه إذا كان الالتزام بالتسليم ينشأ عن عقد البيع ذاته و يتعلق بتنفيذه، فإن الالتزام بالإعلام ينشأ في مرحلة التفاوض على العقد كتمهيد لإبرام العقد النهائي، و من ثم فإن القول بأن الالتزام بالإعلام هو تابع للالتزام بالتسليم، و من ملحقاته، يجانب المنطق، ذلك أن الالتزام بالإعلام من الناحية الزمنية، سابق لوجوده عن الالتزام بالتسليم.

في حين ذهب الاتجاه الثاني، إلى القول بأن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا، وخاصة التدليس بطريق الكتمان، والذي يترتب عنه البطلان في حالة ما إذا أخفى أو كتم أحد المتعاقدين عند إبرام العقد، بعض المعلومات أو البيانات اللازمة لتكوين رضا حر وسليم لدى المتعاقد الآخر، و من ثم فإن كتمان المتعاقد لما كان يجب عليه أن يدلي به إلى الطرف الآخر، يعد في حد ذاته نوعاً من التدليس متى كان إعلان الحقيقة من شأنه أن يؤثر في قرار الطرف الآخر، في التعاقد من عدمه³³.

أما الاتجاه الثالث، فيؤسس الالتزام بالإعلام على مبدأ حسن النية، باعتبار أن هذا الأخير هو التزام عام يشمل العلاقة التعاقدية، سواء في مرحلة التكوين أو في مرحلة التنفيذ. إذ يقتضي حسن النية إن يجري التفاوض بشرف وأمانه، وان مما يتنافى مع الأمانة، ومن ثم يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية، كتمان بيانات يعلم من يكتمها عن المفاوضات الآخر لو علم بها سيغير موقفه في المفاوضات وقراره النهائي بالتعاقد ورضاه بالشروط التي تم العقد بها³⁴، وقد أوضح ذلك بعض أحكام القضاء الفرنسي منها ما قضت به محكمة استئناف باريس بأنه إلى جانب النصوص القانونية يفرض حسن النية في التعاقد واجباً تكميلياً بالصدق ويتمثل بتزويد كل طرف في العقد الطرف الآخر بكل المسائل التي هي محل اهتمامه³⁵.

ب- مكانة الالتزام بالإعلام:

تختلف مواقف التشريعات المختلفة حول مسألة فرض الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على العقد:

بالنسبة للتشريع الجزائري، فلم يرد نص صريح في القانون المدني، يفرض الالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض على العقد، غير أن وجود هذا الالتزام حسبهم يستند إلى نظرية عيوب الرضا، وقد اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليساً، تجيز للمدلس عليه إبطال العقد. وفي ذلك، تقضي المادة 2/86 من القانون المدني: "ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة". وهو ما سارت عليه المحكمة العليا الجزائرية، من أن المبدأ في القانون الجزائري هو إعتبار السكوت العمدي في واقعة مؤثرة في التعاقد

تدليسا، اللهم إذا كان المتعامل حرفيا (أو مهنيا) فإنه لا يمكن له الإدعاء بالغش والتدليس³⁶.

كما أن المادة 17 من القانون رقم 3/09 المؤرخ في 2009/02/25، والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، نصت على أن كل متعامل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج، الذي يطرحه.

كما أكد المشرع الجزائري على هذه الحماية بمقتضى المادة 4 من القانون رقم 2/04 المؤرخ بـ 2004/6/23، والذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي قضت بأن يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات وبشروط البيع.

وهو نفس الإتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري حماية للمستهلك في القانون المتعلق وسم المنتجات³⁷، و القانون المتعلق بالتأمينات³⁸.

أما في القانون المدني الفرنسي فإنه لم يعالج الإلتزام بالإعلام بنص خاص وهو ما قاد بعض الفقه الفرنسي إلى العمل على إبراز هذا الإلتزام وترسيخه³⁹، إذ اقر بوجود إلتزام عام بالمصارحة والشفافية في المفاوضات المعقودة لإبرام العقد، بحيث يتعين على كل مفاوض أن يعلم المفاوض الآخر الراغب بالتعاقد معه، بما لديه من معلومات مؤثرة في رضائه بالتعاقد منذ مرحلة التفاوض على العقد، وأعتبروا هذا الإلتزام يقع على عاتق المتعاقد المهني لصالح المتعاقد الآخر الغير المهني وكذلك لصالح المهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه.، ويستشهد الفقه برأيه هذا بأن هنالك العديد من النصوص في القانون المدني الفرنسي يمكن أن يستنتج منها هذا الإلتزام ومنها المادة 110 مدني المتعلقة بالغلط والمادة 1645 مدني المتعلقة بضمان العيوب الخفية⁴⁰.

على صعيد القوانين الخاصة الفرنسية، نجد أن الإلتزام بالإعلام، يفرض في مجال حماية المستهلك، حيث نص القانون رقم 449/93 المؤرخ في 1993/07/26، والقانون المؤرخ في 1995/02/01، و المرسوم المؤرخ في 1997/03/27، و القانون المؤرخ في 2001/05/15، وغيرها من التعديلات الحديثة، وهي في حقيقتها مستوحاة من التوجيه الأوروبي المشهور المؤرخ في 1995/04/05، حيث تناولت هذه القوانين بصورة أساسية،

حق المستهلك في الإعالـم، بصورته التعاقدية وقبل التعاقدية، وتوسيع نطاق هذا الالتزام إلى واجب النصـح والمشورة، والتحذير والتعاون، والمشاركة في عقود الإعلام الآلي، وعقود البناء⁴¹.

أما بالنسبة للقانون العام الانكليزي وان كان لا يفرض التزاماً عاماً بالإفشاء قبل التعاقدى إلا أن القضاء الانكليزي عالج هذا القصور بتطوير واستحداث عدد من المفاهيم والآليات القانونية تهدف جميعها إلى جبر الضرر الناجم عن التصرف على نحو يخالف مقتضيات العدالة وقواعد المسؤولية التقصيرية ، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في انجلترا بأن " القانون لا يفرض دائماً على الأطراف التزاماً بالافصاح عن المعلومات التي لها قيمة تجارية ، إلا أن تعمد الأطراف إخفاء المعلومات الهامة عن الطرف الآخر يعد خطأ ويوجب المسؤولية التقصيرية "، ومن ناحية أخرى فإن الأحكام القضائية في معظمها تميل إلى فرض هذا الالتزام ليس فقط في العقود التي توجب على المفاوض أن يكشف عن بعض الوقائع لمن يتفاوض معه حول إبرام العقد وتعرف باسم عقود حسن النية ، بل كذلك في الأحوال التي يتمتع فيها أحد الأطراف بالمعرفة الفنية أو القدرة المالية التي قد لا تتوافر لدى الطرف الآخر⁴².

2- الإلتزام بالسرية

إن مضمون الإلتزام بالمحافظة على سرية البيانات أو المعلومات، هو أن يمتنع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه المعلومات السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها ، وأن يمتنع أيضاً عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها أي بدون رضا صاحب المعلومات السرية ، وبالتالي الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يعني الإلتزام المتفاوض باعتبار ما كان قد علمه كأن لم يكن⁴³.

أ- مفهوم الالتزام بالسرية

إن الإلتزام بضمان السرية يلقي على عاتق الأطراف أو أحدهما (المشتري عادة) ، بالمحافظة على المعلومات أو البيانات التكنولوجية السرية ، والأسرار الصناعية، وكذا أسرار الأعمال ، والمهارات التقنية والخبرات الفنية المكتسبة ، والأسرار المالية وحجم الأعمال وأسماء العملاء، وغيرها من المعلومات الصناعية والتجارية) ، التي يترتب على إذاعتها أو نقلها خسائر فادحة للطرف الآخر (البائع)⁴⁴.

يعرف جانب من الفقه الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات بأنه ذلك الإلتزام الذي يفرض على المتفاوض الإلتزام بالصمت، بخصوص كل ما يصل إلى علمه، أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات، أو من خلال ما يتبادله مع المتفاوض الآخر من مستندات، أو من خلال ما يدور بينهما من مناقشات، أو من خلال الصدفة، أو من خلال الأبحاث والدراسات التي يستلزمها إبرام العقد⁴⁵.

يذهب بعض الفقه إلى اعتبار الإلتزام بالسرية بأنه معلومات أو صيغ أو نماذج أو برامج أو أسلوب أو تقنية أو وسيلة بحيث يكون لكل ذلك قيمة اقتصادية مستقلة فعلية أو محتملة ، وان يحاط بوسائل معقولة طبقاً للظروف للحفاظ على سرته وان يكون غير متوفر للعامة ، وعرفت المحكمة الفرنسية العليا سرية المعلومات بأنها "أي وسيلة تصنيع أو صيغة أو آلة أو معلومات ، ذات قيمة اقتصادية أو عملية تستخدم في الأعمال التجارية والتي تعطي صاحبها ميزة تنافسية على هؤلاء الذين لا يعرفوها"⁴⁶.

إذن فالإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد، له وجهان: ويتعلق الوجه الأول بسرية المفاوضات والمناقشات بحد ذاتها، من حيث سيرها وشروط العقد، ومراحل تقدم المفاوضات والمسائل التي تم الاتفاق عليها، والمسائل الأخرى التي مازال النقاش مستمرا بشأنها، أما الوجه الثاني فيتعلق بسرية المعلومات المقدمة من قبل أحد الأطراف المتفاوضة، والتي تخص موضوع العقد، كالمعلومات التي يقدمها مورد التكنولوجيا للمستورد، من أجل إحاطته علما بقيمتها وجدواها بالنسبة للغرض الذي يريد المستورد تحقيقه، وهو أمر على درجة كبيرة من الخطورة، إذ أن التكنولوجيا التي يجري التفاوض بشأنها، قد تكون في شكل معرفة فنية، ويقصد بها مجموع المعارف

النظرية والعلمية، التي تستخدم في المجالات الصناعية والتجارية والإدارية غير المحمية قانونا عن طريق براءة الاختراع، وتكون قابلة للانتقال إلى الغير، وقد تكون في المنتج ذاته أو الآلة، أو الجهاز أو في طريقة التصنيع، أو في طريقة التركيب⁴⁷.

إن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، يتكون من شقين أساسيين هما الامتناع عن إفشاء الأسرار، بأن يمتنع كلية عن إفشائها للغير، وأن يعتبر كل ما سمعه أو رآه أو اطلع عليه، كأن لم يكن أصالا، والامتناع عن استخدامها، بأن يلتزم المتفاوض الذي اطلع على المعلومات السرية، أن يمتنع تماما عن استعمالها و استغلالها لحسابه الخاص، دون إذن مسبق من مانحها.

ب- مكانة الالتزام بالسرية

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن القانون المدني الجزائري لم يتضمن نصا صريحا، يفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات خلال مرحلة التفاوض على العقد، غير أن وجوب الالتزام بحسن النية في مجال تنفيذ العقد، والذي يمتد حسب ما يذهب إليه جانب من الفقه إلى مرحلة التفاوض على العقد، يمكن من خلاله استخلاص وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري لأنه من مقتضيات حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، يفرض على الطرف الذي تلقى المعلومات السرية بالمحافظة عليها، وذلك بعدم إفشائها للغير، أو استخدامها بدون إذن مسبق من صاحبها⁴⁸.

و بالإضافة إلى ما ورد في القانون المدني من قواعد عامة يستخلص منها وجود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، فقد نظم المشرع كذلك بمقتضى نصوص خاصة، مجالات قانونية متعددة، منها حماية الملكية الفكرية والفنية والصناعية، والتي تضمنت حماية المعلومات الفنية والتقنية السرية، ومن أبرزها قانون حماية المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري، الصادر بمقتضى الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19/07/2003، و القانون المتعلق بالعلامات التجارية والصناعية، الصادر بمقتضى الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19/07/2003 وقانون حماية التصاميم الشكلية الأمر رقم 08/03 الصادر بتاريخ 19/07/2003.⁴⁹

بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن نصاً عاماً يشير إلى الالتزام بالسرية أثناء المفاوضات، الأمر الذي دعا بعضاً من الفقه والقضاء الفرنسي إلى الإقرار صراحةً بوجود الإلتزام بالسرية وحماية المفاوض الراغب بالتعاقد الذي يدلي بمعلومات سرية للمفاوض الآخر، ذلك لأن هذا الأخير قد يستولي على هذه المعلومات ويستفيد منها بصفة شخصية أو يقوم بإفشائها للغير وذلك استناداً لدعوى المنافسة الغير مشروعة، وهذا الشأن قضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية أحد المشروعات عن استغلاله للمعرفة الفنية لمشروع آخر منافس، بعد ما تبين للمحكمة من أن المشروع الحائز للمعرفة الفنية كان قد كشف النقاب عنها للمشروع الأخر في إطار المفاوضات التي جرت بينهما تمهيداً لإبرام عقد من عقود نقل التكنولوجيا، والتي انتهت دون التوصل إلى إبرام هذا العقد، حيث اعتبرت المحكمة إن قيام المشروع بأستغلال المعرفة الفنية دون إذن من المشروع الحائز لها يعد عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة⁵⁰.

أما بالنسبة للقانون العام الانكليزي فقد أعطى حماية واسعة ومؤثرة للأسرار التجارية من خلال حلول متاحة ومتنوعة، ولكن لا تقتصر الحماية التي يقرها القانون الانكليزي على الأسرار التجارية والصناعية فقط، بل تشمل كافة الأسرار السياسية والعائلية أو الشخصية وغير ذلك من الأسرار على اختلاف أنواعها، إذ لا يوجد تفرقة في القانون الانكليزي بين أنواع المعلومات السرية المختلفة فيما يتعلق بتمتعها بالحماية⁵¹.

بالنسبة لمبادئ اليونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية 2004، تنص المادة 2-16 على أنه: "يلتزم من يحصل على معلومة معينة خلال المفاوضات بأن لا يشفي هذه المعلومة أو يستخدمها بطريقة غير سليمة في الأغراض الشخصية، يستوي في ذلك أن يكون العقد قد انعقد أو لم ينعقد.

و يترتب على الإخلال منح تعويض يشمل كلما كان مناسباً، ما عاد على الطرف الآخر من نفع"⁵².

3- الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

إن الدخول في التفاوض يترتب إلتزاماً سلبياً على عاتق المتفاوضين، أو أحدهما بالإمتناع عن التفاوض مع الآخرين المنافسين خلال مدة زمنية معينة، وهي المدة اللازمة للتوصل إلى إتفاق على جميع بنود وشروط العقد المراد إبرامه، أو هي المدة المحددة التي

يمكن بعدها قطع المفاوضات أو العدول عنها، وهو ما يطلق عليه الالتزام بعدم أو حظر إجراء مفاوضات موازية.

أ- مفهوم الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

ويسمى هذا الإلتزام في القانونين الفرنسي والإنجليزي بـ "Exclusivité" أو (-lock out)، أخذاً من الأحكام العامة في القانون الفرنسي وفقاً لطبيعة المعاملة وما جرى عليه العرف من تحديد المدة المعقولة لسريان هذا الإلتزام أما في القانون الإنجليزي (والأنظمة الأنجلو سكسونية)، فلا يعد هذا الإلتزام نافذاً (أو ملزماً) ما لم تحدد مدة الإلتزام بعدم التفاوض مع الغير في الإتفاق المبدئي، على أساس أن العقد لا ينعقد ما لم يتم الإتفاق على عناصره الأساسية، وطبيعة الإلتزامات قبل التعاقدية، ومفهوم حسن النية الواجب الإلتزام به⁵³.

وفقاً للقواعد العامة، إن إجراء مفاوضات موازية، هو أمر مشروع، عملاً بمبدأ الحرية التعاقدية، ومن ثم لا يمكن القول بوجود التزام يمنع إجراء المفاوضات الموازية، إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة، وتبعاً لذلك فإنه لا يصح الاستناد إلى المبدأ العام الذي يحكم المفاوضات، وهو مبدأ حسن النية، للإقرار بأن أعمال مبدأ حسن النية يقتضي منع إجراء مفاوضات موازية من جانب الطرفين، أحدهما أو كلاهما. غير أن الذي يجري عليه العمل في المفاوضات، أنه لا يمكن حظر مثل هكذا مفاوضات، إلا بموجب نص خاص في عقد المفاوضات، وهو ما يحتاط إليه الأطراف دائماً. ويسمى هذا الشرط بشرط القصر أو الاستبعاد، وهو شرط شائع⁵⁴.

يرى البعض بأن من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود الامتناع عن إجراء مفاوضات موازية بشأن العملية محل التفاوض. مع الغير المنافس طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات. وهناك رأي ثاني أحرى يذهب إلى القول بأن الأصل هو أن حسن النية لا يقتضي عدم إجراء مفاوضات موازية فهي جائزة ومشروعة كقاعدة عامة، لأن التزاماً بقصر التفاوض على الطرف الآخر في المفاوضات، معناه في الحقيقة مصادرة حرية التعاقد وحرية المناقشة من أساسها. وبالتالي لا يمكن حظر إجراء مفاوضات موازية إلا بموجب شرط خاص تتفق عليه الأطراف صراحة، يسمى شرط القصر أو الاستبعاد، وهناك رأي

ثالث ذهب إليه الدكتور شيرزاد عزيز سليمان، يرى بأن الذي يقتضيه حسن النية في هذه الحالة ليس متمثل بعدم إجراء مفاوضات موازية، بل بعدم إخفائها، فالطرف المقابل يجب أن يلتزم الشفافية في تفاوضه، ويفصح عن وجود مثل هذا التفاوض الموازي، حتى يكون الطرف المتفاوض معه على بينة من هذا الأمر، ويحتاط لنفسه، ولا يعول كلياً على هذه المفاوضات، بل يكون في حسبانته أن هناك مفاوضات تجري بموازاة ما يجري معه من مفاوضات. أي أن حسن النية. حسب هذا الرأي. يقتضي عدم إخفاء وجود المفاوضات الموازية، أي عدم إجراء مفاوضات موازية دون علم المتفاوض المقابل، وبالتالي لا يعتبر الشخص مخالفاً للالتزام حسن النية إذا أعلم من يتم التفاوض معه بهذه المفاوضات الموازية⁵⁵.

ب- أساس الالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية

لقد تباينت آراء الفقه و الأحكام القضائية بشأن هذا الالتزام، فذهب جانب من الفقه وتأييده بعض أحكام القضاء إلى تأسيس هذا الالتزام على الاتفاق الذي يقع بين الطرفين بحظر المفاوضات الموازية، في حين تتجه أحكام أخرى إلى أنه يمكن استخلاص وجود اتفاق بين الطرفين من خلال ظروف وملابسات عملية التعاقد، وذلك بالاستناد إلى مبدأ حسن النية وشرف التعامل⁵⁶.

تستند بعض أحكام القضاء في فرض وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية إلى ذلك الاتفاق الصريح الذي تتجه أطراف التفاوض إلى إحداثه بهدف حظر التفاوض مع الغير خالل مدة زمنية معينة، سواء كان هذا الحظر يشمل الطرفين أم يقتصر فقط نطاقه على أحد الطرفين، ويترتب عن الإخلال بهذا الالتزام خضوع الطرف المخل لأحكام المسؤولية العقدية، ويكفي للطرف المضرور أن يثبت قيام الطرف الآخر بالتفاوض المحظور الذي يمنعه الاتفاق⁵⁷.

هذا ما قضت به محكمة استئناف Versailles فرنسية في سنة ١٩٩٢ فيما يعرف بقضية Company Belgie Alvat v Gallay حينما رفضت مطالب المدعى بالتعويض على أساس إجراء الطرف المقابل لمفاوضات مع جهة أخرى أثناء التفاوض على شروط العقد، معللة ذلك بعدم اشتراط هذا المدعي حصرية المفاوضات بين الطرفين، كما أن العرض

الذي قدمه المدعي عليه كان موجهاً للجميع تحت عنوان دعوى للشراكة ومن الطبيعي أن تتقدم أكثر من جهة للمعلن للتفاوض⁵⁸.

تتجه بعض أحكام القضاء ويؤيدها في ذلك جانب من الفقه إلى الاستناد في وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية إلى مبدأ حسن النية بالرغم من غياب اتفاق صريح في عقد التفاوض أو في اتفاق مستقل يقضي بحظر المفاوضات الموازية مع الغير فيما يتعلق بالصفقة المراد إبرامها حيث يستطيع القاضي أعمال سلطته التقديرية من أجل استخلاص وجود الالتزام بحظر المفاوضات الموازية اعتماداً على ملائسات وظروف العملية التفاوضية. ، ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال والتي تستند في وجود الالتزام إلى مبدأ حسن النية وشرف التعامل ما قضت به محكمة استئناف باريس في حكم لها الصادر بتاريخ 1995/09/21، في قضية شركة Poleval ضد شركة Sandoz⁵⁹.

لا يختلف الحال في النظام القانوني الإنجليزي عما هو مشار إليه أعلاه باستثناء اشتراط هذا النظام أن يكون شرط حصرية التفاوض محدداً بمدة زمنية معينة كي يتم اعتباره قانوناً. هذا ما أقره مجلس اللوردات في العام ١٩٩٢ في القضية الشهيرة Walford v Miles حينما رفض الاعتداد بشرط حصرية التفاوض على أساس أن هذا الشرط غير مقترن بفترة زمنية محددة، وبالتالي لا يجوز غل يد الطرف المتفاوض (ن التفاوض مع الغير إلى أجل غير معلوم⁶⁰.