

# الالتزامات القانونية والأدبية الواقعة على أطراف التفاوض

الدكتور

شريف علاء الدين العطاڤي

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

[قَالُوا سُبْحٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَا اِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا اِنَّكَ اَنْتَ الْعَلِیْمُ الْحَكِیْمُ]

صدق الله

العظیم

سورة البقرة - الآیة (32)

الإهداء

إلى روح والدي

الذي لم يبخل على بالمشورة والنصيحة طوال حياتي

أدخله الله فسيح جناته

# شريف علاء الدين العطاڤي

## مقدمة

نظمت معظم التشريعات مرحلة التفاوض بطريقة غير مباشرة عن طريق تحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد وتعريف المدة السابقة لها على أنها فترة التفاوض. ومرحلة التفاوض هي مرحلة تحضيرية وتمهيدية الغاية منها إبرام العقد محل التفاوض، والذي نشير إليه هنا **بالعقد النهائي**، وكثيراً ما يستلزم موضوع العقد النهائي تمحيص فني وإجراء دراسات تجارية ومالية لتقدير مدى الربح أو العائد المنتظر من إبرام وتنفيذ ذلك العقد النهائي، لذا يتم الدخول في مفاوضات شتى تتكلف جهداً ومبالغ طائلة للتأكد من جدوى موضوعه من الناحيتين الفنية والاقتصادية فضلاً عن التكلفة القانونية.

وكل ذلك يستنزف وقتاً غير قليل،<sup>1</sup> وهي مرحلة لازمة في حقيقة الأمر لإبرام العقد النهائي وسابقة عليه، فهي التي قد تقضي إلى إبرامه من عدمه طبقاً لما ينتهي إليه الأطراف، وفي هذه المرحلة يكون كل طرف في حل من الالتزام بإبرام العقد النهائي، إلا أنه يكون ملزماً دائماً بمبدأ حسن النية<sup>2</sup> وشرف التعامل في التفاوض بشأن موضوع العقد المتفاوض عليه بكامله. وإن كان هناك إجماع على ضرورة اتباع مبدأ حسن النية عند التفاوض، إلا أنه ليس من الواضح وليس من المتفق عليه

<sup>1</sup> راجع محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٤.

<sup>2</sup> على سبيل المثال راجع محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ٥.

## شريف علاء الدين العطايف

ما هو مصدر هذا الالتزام. هل هو التزام مصدره القانون أم أنه التزام إرادي مصدره إرادة المتعاقدين؟

في الواقع إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي - بصفة أولية - معرفة إذا ما كانت مرحلة التفاوض هي مرحلة تعاقدية يحكمها عقد ملزم قانوني هو عقد التفاوض أم لا، لأنه في حالة ثبوت وجود تلك العلاقة التعاقدية، فإن طرفي التفاوض، أي المتعاقدين، ملزمان باتباع مبدأ حسن النية عند التفاوض على سند الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من التقنين المدني التي تنص على ضرورة تنفيذ الالتزامات التعاقدية "بطريقة" تتفق مع موجبات حسن النية، بمعنى أن التزام طرفي عقد التفاوض بمراعاة مبدأ حسن النية مصدره إرادة الطرفين التي أفضت إلى وجود عقد التفاوض.

وبالتالي تكون الإجابة على السؤال السابق بأن مصدر الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض هو العقد والمادة ١٤٨ من التقنين المدني التي تنصرف إلى تنفيذ العقود فقط دون غيرها من التصرفات القانونية أو التصرفات المادية، وعليه يخضع الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض لأحكام المسؤولية التعاقدية في حالة الإخلال به.

إلا أن الإجابة ليست بهذه البساطة أو هذا الوضوح وذلك لعدم تسليم جانب كبير من الفقه وأحكام القضاء في القانون المصري والقانون المقارن بالطبيعة التعاقدية لاتفاق التفاوض حيث أنهم يرون أن المفاوضات هي تصرف مادي بحت، وعليه ففي ضوء هذه النظرية، لا تنطبق المادة ١٤٨ من

## شريف علاء الدين العطايف

التقنين المدني حيث أنها تتعلق فقط بتنفيذ العقود دون التصرفات المادية، الأمر الذي يثير التساؤل مجدداً حول مصدر وسبب التزام اتباع حسن النية في التفاوض. فذلك السؤال هو محور البحث الذي نحن بصددته والإشكالية الأساسية خاصة وأن المدين بهذا الالتزام غير ملزم من الأساس بإبرام العقد النهائي الذي يجري التفاوض بشأنه.

وإزاء مرور غالبية التشريعات على مرحلة التفاوض مروراً سريعاً دون أن توليها التنظيم الكافي فقد اختلف الفقه والقضاء في تكييفها، فذهبت احكام القضاء في الدول التي لم يعن المشرع فيها بتنظيم المفاوضات بموجب نصوص صريحة إلى تكييف عملية التفاوض على أنها عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرفات القانونية الملزمة، غير أنها تعتد بالآثار القانونية المترتبة على المفاوضات في حال مخالفة الالتزامات الحاكمة لها والتي أهمها مستوجبات مبدأ حسن النية.

وكان مؤدى هذا الاختلاف أن ظل التساؤل حول مصدر وسبب الالتزام بحسن النية في التفاوض ومدى إلزاميته قائماً، الأمر الذي حدا بالفقه في الدول التي لا تحظى تشريعاتها بتنظيم صريح لعملية التفاوض، على عكس التشريعات الإيطالية والفرنسية التي نظمت تلك المسألة، أن تطرح رؤية حول مدى إمكانية تحولها من مجرد عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم لأطراف العقد المراد إبرامه، خاصة أن جانب كبير من الفقه قد ذهب إلى تكييف الإخلال بمبدأ التفاوض بحسن نية على أنه إخلال يترتب عليه المسؤولية التعاقدية.

## شريف علاء الدين العطايف

وعلى أساس ما تقدم، كان هذا السؤال هو إشكالية بحثنا الذي نعرض له بالبحث في خمسة فصول ثم خلاصة بينا فيها رأينا في الموضوع - فتناولنا في الفصل الأول ماهية المفاوضات، وفيه نبين مفهوم مرحلة المفاوضات والإطار القانوني المنظم لها في حالة وجود تشريعات صريحة أو الأحكام القضائية التي تعرضت لتلك المسألة، وفي الفصل الثاني نعرض الاتفاقات الغير ملزمة التي قد تبرم أثناء مرحلة المفاوضات، ثم نعرض في فصل مستقل اتفاق التفاوض أو الوعد بالتفاوض من حيث توضيح الشروط الأساسية لاتفاق التفاوض وعدم توافر أركان العقد الأساسية في تلك الشروط الأساسية، وفي الفصل الرابع نتناول باقي الاتفاقات الملزمة التي قد تبرم أثناء مرحلة التفاوض أو أثناء تنفيذ العقد، ونستعرض في الفصل الخامس والأخير المصدر القانوني والتشريعي للالتزام بمبدأ حسن النية مع بيان مضمون هذا الالتزام، وأخيراً إلى ما انتهينا إليه في خلاصة بحثنا ورأينا في الموضوع.

ونظراً لأن غالبية التشريعات تمر على مرحلة المفاوضات مروراً سريعاً دون أن توليها التنظيم الكافي فقد اختلف الفقه والقضاء في تكييفها، فقد ذهبت احكام القضاء في الدول التي لم يُعن المشرع بها بتنظيم المفاوضات بموجب نصوص صريحة إلى تكييف عملية التفاوض على أنها عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرفات القانونية الملزمة، غير أنها تعدد بالآثار القانونية المترتبة على



# شريف علاء الدين العطايف

المفاوضات في حال مخالفة الالتزامات الحاكمة والتي أهمها مستوجبات حسن النية،<sup>3</sup> وكما هو الحال في القانون الإيطالي والفرنسي.<sup>4</sup>

الأمر الذي دفع الفقه، في الدول التي لا تحظى بتنظيم صريح لعلمية المفاوضات، إلى لتساؤل حول مدى إمكانية تحول نظرة التشريعات المقارنة للمفاوضات من اعتبارها مجرد عمل مادي، إلى اعتبارها تصرفاً قانونياً ملزماً لأطراف العقد المراد إبرامه وله أثر المنتج في ذلك. خاصة وأن جانب كبير من الفقه قد ذهب إلى تكييف اتفاق التفاوض على أنه عقداً ملزماً تتوافر به أركان العقد، ويترتب على الإخلال به المسؤولية التعاقدية.<sup>5</sup>

## خطة الدراسة

تستوجب الإجابة على جميع التساؤلات- موضوع هذا البحث- بحث مسألة إذا ما كانت المفاوضات هي علاقة تعاقدية تحكمها أحكام نظرية العقد، وإذا ما كان اتفاق التفاوض يمكن تكييفه قانوناً بأنه عقد قانوني ملزم أم لا، وهو ما سنقوم بعرضه على النحو التالي:

## الفصل الأول: ماهية المفاوضات.

### المبحث الأول: مفهوم مرحلة المفاوضات.

<sup>3</sup> راجع محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٣ قضائية، جلسة ٩ فبراير ١٩٦٧

<sup>4</sup> أنظر أدناه الفقرة رقم ١٧ وما بعدها.

<sup>5</sup> محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨؛ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق.

المبحث الثاني: الإطار القانوني المنظم لمرحلة المفاوضات.

الفصل الثاني: الاتفاقات الأدبية غير الملزمة التي تبرم أثناء مرحلة المفاوضات.

المبحث الأول: الاتفاق الشرفي.

المبحث الثاني: البروتوكول الاتفاقي.

المبحث الثالث: خطابات النوايا.

الفصل الثالث: الاتفاق على التفاوض (الوعد بالتفاوض).

المبحث الأول: صور وأشكال اتفاق التفاوض.

المبحث الثاني: الرضا في الاتفاق على التفاوض

المبحث الثالث: عدم توافر ركن المحل في الاتفاق على التفاوض

المبحث الرابع: عدم توافر ركن السبب في اتفاق التفاوض

الفصل الرابع: الاتفاقات الملزمة التي تبرم أثناء مرحلة المفاوضات أو أثناء تنفيذ العقد النهائي

المبحث الأول: عقد الإطار

المبحث الثاني: الاتفاق على التعاقد (الوعد الملزم للجانبين بالتعاقد)

المبحث الثالث: العقد الجزئي

المبحث الرابع: العقد الوقتي

الفصل الخامس: الالتزام القانوني الأساسي بمراعاة مبدأ حسن النية في المفاوضات.

# شريف علاء الدين العطاڤي

## الفصل الأول

### ماهية المفاوضات

لا شك أن مرحلة المفاوضات تتصل بمرحلة إبرام العقد إذ هي في الحقيقة مرحلة تمهيدية له، ومن خلالها تتحدد الملامح الرئيسية لنطاق حقوق والتزامات الأطراف المتفاوضة، ويلزم أن تحدد الحدود الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه، وذلك للحيلولة دون وقوع التفاوض في منطقة الالتزام بالعقد النهائي وتحميله المسؤولية دون أن تتجه إرادته إلى ذلك فعلاً.

ولا أحد ينكر أهمية المفاوضات ودرورها البارز في إنجاح إبرام العقد ذاته، لذا تحرص بعض التشريعات المقارنة واحكام القضاء، في الكثير من النظم التي لا تُعنى بتنظيم مرحلة التفاوض، على تنظيم عملية التفاوض وإحاطتها بالضمانات القانونية اللازمة.

فمرحلة المفاوضات لها وظيفتين أساسيتين الأولى إجرائية تتعلق بتنظيم المسلك الإجرائي ومواعيد عملية التفاوض ذاته، والثانية موضوعية تتعلق بتنظيم شروط العقد النهائي المراد إبرامه. وقد تتخذ تلك المفاوضات شكل اتفاق بين أطراف التعاقد من أجل الجلوس للتوصل إلى الشروط والالتزامات الجوهرية والتفصيلية التي يتفق عليها الأطراف من أجل إنجاح التفاوض والتوصل إلى صياغة للعقد النهائي متفق عليها. إذاً فمرحلة المفاوضات هي مرحلة مهمة قد يتخللها اتفاق على

## شريف علاء الدين العطاڤي

التفاوض كما يتخللها أيضاً الاتفاقات قبل التعاقدية التي تختلف عن اتفاق التفاوض نظراً لأن موضوع تلك الاتفاقات يتعلق ببعض المسائل الجوهرية أو التفصيلية المتعلقة بالعقد النهائي. لذا سنتناول في هذا الفصل ما هو المقصود بمرحلة المفاوضات والإطار القانون المنظم لتلك المرحلة.

## المبحث الأول

### مفهوم مرحلة المفاوضات

على الرغم من أن معظم من التشريعات اللاتينية، والتي تعتبر بمثابة أساس ومصدر تأثير على الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني، قد نظمت مرحلة التفاوض بطريقة غير مباشرة عن طريق تحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد وتعريف المدة السابقة لها على أنها فترة التفاوض، غير أن هذا التعريف غير دقيق حيث أنه لا يشمل المفاوضات التي تتم أثناء تنفيذ العقد بغرض تعديل بعض بنوده أو تجديد مدته أو تسوية المنازعات الناشئة عنه، فتلك المفاوضات جميعها تبدأ أثناء تنفيذ العقد النهائي وتنتهي إما بالفشل أو إما بتعديل العقد النهائي أو إبرام عقد جديد.

لذا رأيت بعض التشريعات تنظيم مرحلة المفاوضات بطريقة مباشرة ونصت على الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة والتي من أهمها على الإطلاق الالتزام بمبدأ حسن النية، كما حددت تلك التشريعات نوع المسؤولية التي تترتب على الإخلال بهذا المبدأ.

فالمشرع الإيطالي على سبيل المثال نص في المادة ١٣٣٧ من التقنين المدني الإيطالي أن سلوك الأطراف أثناء مرحلة التفاوض وإبرام العقد يجب أن يكون وفقاً لمبدأ حسن النية. كما أن المشرع الفرنسي وفقاً لآخر تعديل للقانون المدني الفرنسي قد نظم مرحلة التفاوض في مادته ١١١٢.

## شريف علاء الدين العطايف

والسائد في معظم النظم القانونية أن المفاوضات هي مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مستوى التصرف القانوني الذي ينطوي على التزام قانوني،<sup>6</sup> فلا يترتب على الاتفاق على التفاوض أي أثر قانوني، الأمر الذي جعل من مرحلة التفاوض لا تحظى بالتعريف الدقيق مما دفع أنصار الطبيعة التعاقدية للمفاوضات إلى التصدي لذلك من خلال تعريف المفاوضات ووضع نظرية متكاملة لها اعتماداً على الحلول التي توفرها النظرية العامة للعقود.<sup>7</sup>

نورد في الفقرات التالية التعريفات اللغوية والاصطلاحية المختلفة التي وردت في الفقه من أجل الوصول إلى تعريف عام شامل ودقيق لمرحلة التفاوض.

المفاوضات في اللغة العربية هي جمع كلمة مفاوضة التي لها عدة معانٍ في اللغة العربية، فيقال فاضه في الأمر أي بادلته الرأي بغية الوصول إلى تسوية أو اتفاق، وفاضه في الحديث أي بادلته الرأي، وفاضه في المال أي شاركه في تميمه.<sup>8</sup> ويقال هم فوضى بينهم إذا لم يخالف أحدهم الآخر،

<sup>6</sup> راجع محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٣ قضائية، جلسة ٩ فبراير ١٩٦٧.

<sup>7</sup> بو طبالة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية" أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، سنة ٢٠١٦-٢٠١٧، الجزائر، ص ١٠؛ راجع محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

<sup>8</sup> أحمد حسن الزيات وزملاؤه، المعجم الوسيط في اللغة العربية، إسطنبول تركيا، بدون سنة، ص ٧٠٦.

## شريف علاء الدين العطايفي

فيقال تفاوض الشريك في المال، إذا اشترك فيه وفوضه في أمره إلى صاحبه، هذا رضى بما صنع، وذاك رضى بما صنع، هذا مما أجازته الشريعة الإسلامية.<sup>9</sup>

وفي اللغة الفرنسية تحمل كلمة مفاوضات "négociation" معنيين؛ الأول هو التجارة، أي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق المالية. والمعنى الثاني: هو التفاوض، أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذلك العديد من الشروط من الطرفين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة. ومراد كلمة المفاوضات في اللغة الفرنسية هي المحادثة "pourparlers".<sup>10</sup>

وقد أدى ارتباط المفاوضات الوثيق بالعملية التعاقدية محل التفاوض، وتعدد موضوعات التفاوض وتشعبها، إلى عدم استقرار الفقه القانوني على تعريف جامع مانع للمفاوضات، فيرى البعض أن المفاوضات هي "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء، والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة اقتصادية، قانونية، تجارية، سياسية، إلخ...".<sup>11</sup>

<sup>9</sup> أحمد الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠١، ص ٨٠١.

<sup>10</sup> علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، ٢٠١١، ص ١٠٠-١٠١  
Anne Pélessier, "Formation du contrat", RGDA nov. 2017, n° 114z7, p. 591;  
Rose-Noëlle Schütz, "Propos introductifs", Revue des contrats, Lextenso, No. 2, 2012 p. 617; Isabelle Beyneix, "La négociation des contrats", RTD Com. 2016.

<sup>11</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٦٢



ويعرف البعض الآخر المفاوضات بأنها " تلك المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذا المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل ليس هناك إيجاب بالعقد لكي يمكن قبوله، إنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة".<sup>12</sup>

ويذهب جانب كبير من الفقه إلى تأييد تعريف المفاوضات على العقد بأنه "حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر، بمقتضى اتفاق بينهم يتم من خلاله تبادل العروض والمقترحات، وبذل المساعي المشتركة بهد التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل".<sup>13</sup>

وقد عرفت الموسوعة الدولية للعلوم الاجتماعية المفاوضات بأنها شكل من أشكال التفاعل، تحاول فيه الحكومات والأفراد والمنظمات إدارة بعض مصالحهم العامة المتعارضة، أو هي عملية مريحة تتعلق بمشروعات أو مقترحات ومقترحات مضادة.<sup>14</sup>

والحقيقة أن طبيعة المفاوضات وارتباطها الوثيق بموضوع العقد المتفاوض عليه واختلاف بعض التشريعات أدى إلى هذا التباين الفقهي في تعريف المفاوضات بذاتها، فقد ذهب معظم التشريعات

<sup>12</sup> محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ٣٥؛ انظر المرجع الفرنسي

J. Carbonnier, "Droit Civil-Les obligations", PUE, 1996, p.62

<sup>13</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص ٦٢

<sup>14</sup> رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٦٤

## شريف علاء الدين العطاڤي

اللاتينية إلى تنظيم مرحلة المفاوضات بطريقة غير مباشرة عن طريق تحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد وتعريف المدة السابقة لها على أنها فترة التفاوض، وهو تعريف غير دقيق حيث إنه لا يشمل المفاوضات التي تتم أثناء تنفيذ العقد بغرض تعديل بعض بنوده أو تحديد مدته، أو تجديده أو تسوية المنازعات الناشئة عنه.

فيما سبق من تعريفات يتضح لنا أن المفاوضات هي عملية تفاعل حقيقي بين الأطراف الراغبة في التعاقد، تبدأ بدعوة توجه من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر للدخول في المفاوضات، بهدف إبرام عقد معين يتم خلالها تبادل الآراء والعروض والعروض المقابلة، وطرح البدائل من أجل بلورة إيجاب مرتقب تتضح من خلاله الملامح الرئيسية لنطاق حقوق التزامات الأطراف فيما يتعلق بالعقد المراد إبرامه مستقبلاً.

## المبحث الثاني

### الإطار القانوني المنظم لمرحلة المفاوضات

في السابق كانت معظم التشريعات تمر على مرحلة المفاوضات مروراً سريعاً دون أن توليها الأهمية اللازمة التي تستحقها، فلم تنص التشريعات على الواجبات والالتزامات التي تحكم مرحلة المفاوضات بل تركتها بلا تنظيم حيث تخضع للقواعد العامة مما لا يضيء على المفاوضات الثقة ويجعلها عرضة للعصف بها وما ورد فيها بين الأطراف، وذلك كله بالرغم من أنها الأداة التي يلجأ إليها أطراف التعاقد لإبرام العقد ويفرضون خلالها التزامات معينة لإضفاء الأمان على العقد والتوفيق بين مبدأ حرية التعاقد الذي يجعل كل طرف حر في مرحلة التفاوض في أن يكمل التفاوض حتى إبرام العقد أو قطع المفاوضات والانسحاب منها، وبين أن يكون كل طرف ملتزم بالسلوك الجاد والصدق والأمانة وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل وهو الذي يضيء على المفاوضات طابع الأمان.

بيد أن أغلب التشريعات قد أولت أهمية بالغة لبعض الآثار المترتبة على التدليس أو الكذب أو الاستغلال - وهي جميعها شواهد وقرائن على للإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض - ونظمتها بقواعد قانونية معينة تنص أغلبيتها على البطلان النسبي للعقد مع إمكانية المطالبة بالتعويض استناداً

## شريف علاء الدين العطايف

على المسؤولية التقصيرية إن وجد ضرر، أو الإبقاء على العقد مع إمكانية المطالبة بتعويض

استناداً على أحكام المسؤولية التقصيرية.<sup>15</sup>

وعلى الرغم من ذلك فالمشرع لم ينظم بطريقة جلية الآثار القانونية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض الذي لا ينقص من صحة العقد ولا يدخل ضمن حالات البطلان النسبي وهذه هي إحدى الحالات التي تعكس عدم الاهتمام التشريعي الكافي بمرحلة التفاوض وتنظيم كافة جوانبها والآثار القانونية لأفعال الأطراف المتفاوضة.

كما لم ينظم المشرع حالات المسؤولية القانونية التي تنشأ عن الإخلال بمبدأ حسن النية أثناء التفاوض الذي أدى إلى فوات فرصة إبرام العقد، وهي الإشكالية القانونية التي تصح لأن تكون موضوع بحث مستقل عن هذا البحث.

ونتيجة لهذا الفراغ التشريعي الملحوظ قام المشرع في بعض الدول بتنظيم مرحلة التفاوض وإرساء القواعد والالتزامات الواجب اتباعها أثناء تلك المرحلة والتي من أهمها واجب مراعاة حسن النية عند التفاوض. فمن أوائل القوانين الوضعية التي أقرت مبدأ حسن النية في التفاوض كان القانون المدني الإيطالي الصادر في منتصف القرن الماضي حيث نظم المشرع الإيطالي في المادة

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار الشروق، ٢٠١٠، ص ٢٨٣.

١٣٣٧ منه سلوك الأطراف أثناء مرحلة التفاوض و إبرام العقد فنص على أنه يجب أن يكون وفقاً

لمبدأ حسن النية.<sup>16</sup>

كما أن المشرع الفرنسي وفقاً لآخر تعديل للقانون الفرنسي، الذي دخل حيز النفاذ في عام ٢٠١٦، قد نظم مرحلة التفاوض حيث نص في مادته ١١١٢ على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية،<sup>17</sup> والذي أقر صراحة ما استقر عليه القضاء الفرنسي من اعتبار أن جميع العمليات السابقة على العقد هي تصرفات مادية لا تخضع لأحكام العقد، ويجوز لأي من الأطراف العدول عن إبرام العقد، وإن أوجب على الأطراف أن يكونوا ملزمين باحترام موجبات حسن النية عند التفاوض.<sup>18</sup>

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية قد سبقت تلك النظم التشريعية في إرساء مبادئ عامة تحكم مرحلة المفاوضات والتي من أهمها مبدأ حسن النية. فقد أمرت الشريعة الإسلامية بالتزام الصدق والنهي عن الكذب في المعاملات اليومية ورتبت على الإخلال بتلك الالتزامات آثار مادية

16

Italian Civil Code Art 1337, entitled 'negotiations and pre- contractual liability', states "the parties, in the conduct of negotiations and the formation of the contract, shall behave according to good faith."

نص المشرع الفرنسي في المادة ١١١٢ من التقنين المدني الفرنسي على

17

Article 1112:

L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.

انظر مادة ١١١٢ من التقنين المدني الفرنسي؛ راجع أدناه الفقرة ١٣٨ وما بعدها

18

## شريف علاء الدين العطايف

دنيوية بخلاف الأثار الدينية العقائدية التي يحاسب عليها المؤمنين في الآخرة.<sup>19</sup> فيقول الله تعالى "يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين"،<sup>20</sup> كما يقول ﷺ "فنجعل لعنت الله على الكاذبين".<sup>21</sup> وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلى البر والبر يهدي إلى الجنة، وما يزال الرجل يصدق ويتحرى الصدق حتى يكتب عند الله صديقاً. وإياكم والكذب فإن الكذب يهدي إلى الفجور والفجور يهدي إلى النار وما يزال العبد يكذب حتى يكتب عند الله كذاباً"،<sup>22</sup> وتأكيداً لأهمية الصدق في المعاملات روى مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي عن أبي ذر رضى الله عنه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال "ثلاثة لا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم. قال فقرأها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثلاث مرات قلت خابوا وخسروا من هم يا رسول الله؟ قال: المسبل والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب".<sup>23</sup>

ولم يقتصر الأمر على التزام الصدق والنهي عن الكذب، بل إنه يشمل الالتزام بالأمانة في التعامل مع الآخرين مسلمين كانوا أم غير مسلمين حيث يقول تعالى "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى

19 انظر في تفصيل ذلك، يوسف قاسم "التعامل التجاري في ميزان الشريعة"، دار النهضة العربية ١٩٩٣.

20 سورة التوبة، الآية رقم ١١٩.

21 سورة آل عمران، من الآية رقم ٦١.

22 ابن حجر: الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج ٢، ص ١٩٤

23 ابن حجر: الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج ١، ص ١٤٣

## شريف علاء الدين العطايف

أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل<sup>24</sup> ويقول سبحانه "يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله

والرسول وتخونوا أماناتكم"،<sup>25</sup> ويقول في كتابه العزيز "والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون".<sup>26</sup>

والأحاديث النبوية التي تؤكد على ضرورة اتباع الأمانة والصدق في المعاملات والتجارة تطول، فقد روي

عن النبي - صل الله عليه وسلم - "التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء"،<sup>27</sup>

وكما قال - صل الله عليه وسلم - "رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى".<sup>28</sup>

ومما لا شك فيه أن صفات الصدق والأمانة وحسن المعاملة والسماحة هي شواهد وقرائن مبدأ تدل على

احترام مبدأ حسن النية. والشريعة الإسلامية لم تستوجب فقط مبدأ حسن النية بل ذهبت إلى ما هو

أدق وأخص من ذلك حيث استوجبت صراحة مقتضيات مبدأ حسن النية والتي منها الصدق

والأمانة وحسن المعاملة والسماحة.

كما تعرضت الشريعة الإسلامية إلى بعض المقتضيات الأخرى الأكثر تحديداً حيث انهدت عن التجسس

في قوله تعالى "ولا تجسسوا"،<sup>29</sup> وعليه فمن دخل في مفاوضة مع الغير ليس بنيه التعاقد وإنما بنية

24 سورة النساء، الآية رقم ٥٨.

25 سورة الأنفال، الآية رقم ٢٧.

26 سورة المؤمنون، الآية رقم ٨.

27 ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٦، ص ٢٤٤.

28 صحيح البخاري، ج ٢، ص ٥.

29 سورة الحجرات، الآية رقم ١٢.

## شريف علاء الدين العطايف

التجسس ومعرفة أسرار الغير - وهو وبلا شك أحد قرائن سوء النية في التفاوض - فهو آثم. وكذلك هو الحال إذا ما أحد المتفاوضين كان يهدف من وراء التفاوض إضاعة صفقة مربحة على غيره بهدف القضاء عليه كمنافس له أو إضاعة بعض الوقت وإضعاف موقفه في السوق مع مرور الوقت مما يضعه في موقف أفضل يجعل من السهل إملاء بعض الشروط التعسفية التي لولا إضاعة الوقت وازدياد سوء وضعه ومركزه الاقتصادي ما كان ليوافق عليها الطرف الآخر، فيقول الله تعالى "والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتموا بهتاناً وإثماً مبيناً".<sup>30</sup>

من قرائن ومقتضيات حسن النية، التي أمرت بها الشريعة الإسلامية، هو التزام المرء بأن يطلع من يتفاوض معه على حقيقة المال محل التفاوض، فيذكر له مساوئه وعيوبه قبل أن يعرض عليه محاسنه ومزاياه - وهو ما يقابل "الالتزام بالإعلام" المعمول به في القوانين الوضعية -،<sup>31</sup> إلا أن الشريعة الإسلامية ذهبت إلى ما هو أبعد من ذلك، فهي لم تشترط إعلام الشخص الآخر بالعيوب والمساوئ التي قد يجهلها، وإنما ألزمت المتفاوض بتبيان يعلم المتفاوض الآخر بكل شيء وبعدم كتمان أي معلومة سواء كان الطرف الآخر يجهلها أم لا.

سورة الحجرات، الآية رقم ٥٨

30

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٤٧٤.

31



## شريف علاء الدين العطايف

وقد روى مسلم عن أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم مر على صبرة من طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: "ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله. قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غشنا فليس منا" <sup>32</sup> وفي حديث آخر قال - صلّى الله عليه وسلم - "المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم بيع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بيئه له" <sup>33</sup> كما قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما" <sup>34</sup>.

كما اقرت الشريعة الإسلامية بواجب النصيحة عند المعاملة - وهو أحد مقتضيات حسن النية في الشريعة الإسلامية -، <sup>35</sup> حيث اقتضت على كل متفاوض أن ينصح أخيه بما فيه مصلحته اتساقاً مع قول النبي - صلى الله عليه وسلم - "الدين النصيحة. قلنا لمن؟ قال: لله، ولكتابه، ولرسوله، ولأئمة المسلمين وعامتهم" <sup>36</sup>.

ومن مظاهر اتباع الشريعة الإسلامية لمبدأ حسن النية في المعاملات هو واجب التعاون الذي يلتزم به كل متفاوض مع أخيه لحسن سير المفاوضات. <sup>37</sup> فقد حث الإسلام على التعاون بين العباد. يقول الله

رياض الصالحين، رقم ٢٧٦. 32

ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٦، ص ٥٧٥. 33

ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٦، رقم ٢٠٧٩، ص ٥٧٦. 34

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٤٧٥. 35

صحيح مسلم ج١، ص ١٦٣. 36

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٤٧٥. 37

## شريف علاء الدين العطايف

تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى"،<sup>38</sup> وعن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي - صل الله عليه وسلم - قال: "من نفس عن مؤمن كربه من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه".<sup>39</sup>

فمن النصوص السابقة نستدل أن الشريعة الإسلامية قد نظمت مرحلة التفاوض بأن فرضت على كل متفاوض التزاماً بالتفاوض بحسن نية وما يقتضيه ذلك من إعلام، ونصيحة، وتعاون، ومحافظة على الأسرار وغير ذلك من قرائن وشواهد حسن النية.<sup>40</sup>

لذا نرى أن الشريعة الإسلامية كانت سابقة على جميع القوانين الوضعية فيما يتعلق باتباع مبدأ حسن النية في التفاوض.

وعلى الرغم من وجود اجماع فقهي على أن مبدأ حسن النية هو المبدأ الحاكم في المفاوضات إلا أن الفقه والقضاء في مصر وفي الكثير من البلدان العربية قد اختلف من حيث إذا ما كان هذا المبدأ والالتزام هو التزام تعاقدي مصدحه إرادة الطرفين المتعاقدين أم التزام قانوني مصدحه التشريع، وذلك

38 سورة المائدة، من الآية رقم ٢

39 صحيح مسلم، ج ١، ص ٤٦٠.

40 رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

## شريف علاء الدين العطايفي

على عكس بعض التشريعات الأجنبية التي نصت صراحة على ضرورة مراعاة حسن النية في التفاوض مما سمح للبعض باعتباره التزام قانوني وليس تعاقدي في تلك التشريعات.

والإجابة على هذا التساؤل الهام تقتضي البحث أولاً فيما إذا ما كانت مرحلة المفاوضات تتضمن التزامات قانونية تقع على عاتق المتفاوضين بموجب اتفاق تعاقدي يشير إليه جانب من الفقه على أنه اتفاق على التفاوض أم لا، لذا سنتناول في الفصول التالية من هذا البحث الاتفاقات غير الملزمة التي تبرم أثناء مرحلة المفاوضات (الفصل الثاني)، ونفرق بينها وبين الاتفاق على التفاوض الذي يبرم أيضاً أثناء مرحلة المفاوضات وهو أيضاً اتفاق أدبي غير ملزم (الفصل الثالث)، ثم نبين الاتفاقات الملزمة التي تبرم أثناء مرحلة المفاوضات أو أثناء تنفيذ العقد النهائي (الفصل الرابع)، وننتهي بحثنا باستعراض المصدر القانوني للالتزام بالتفاوض بحسن نية مع توضيح أنه التزام غير إرادي مصدره القانون وليس العقد (الفصل الخامس).

## الفصل الثاني

### الاتفاقات الأدبية غير الملزمة

#### التي تبرم أثناء مرحلة المفاوضات

#### (الاتفاقات التمهيدية)

يحدث خلال الفترة التي تجري فيها المفاوضات أن يتبادل طرفي العقد وثائق ومستندات ودراسات مستفيضة حول العقد المراد إبرامه فضلاً عن الأعمال والتصرفات الأخرى التي تتم خلال هذه الفترة وقد يحسم الطرفين أمرهما حول بعض شروط العقد النهائي، الأمر الذي يدفعهما إلى صياغة أياً من هذا كله في عقد يعينهما على انجاز الهدف من التفاوض، كما قد يتوصلا إلى تحديد الإطار الذي على أساسه تبرم العقود اللاحقة.

ومن المنطق عليه أن المفاوضات هي المرحلة السابقة على التعاقد النهائي، والتي قد يتخللها العديد من الاتفاقات، مثل "الاتفاق على التفاوض"، أو "الاتفاق على القيام بإبرام العقد" وهو ما يشار إليه بـ"الاتفاقات قبل التعاقدية" أو الـ"les avants contrats"<sup>41</sup>. ولكن ينبغي التفرقة بين "الاتفاق على التفاوض" أو "الوعد بالتفاوض" وغيره من الاتفاقات قبل التعاقدية التي تحدث في خلال

انظر المرجع الفرنسي

41

Rose-Noëlle Schütz, "Propos introductifs", Revue des contrats, Lextenso, No. 2, 2012 p. 617.

Isabelle Beyneix, "La négociation des contrats", RTD Com. 2016 p.1.

مرحلة التفاوض على العقد النهائي والتي يكون الغرض الأساسي منها هو الاتفاق على بعض

مسائل وبنود التعاقد النهائي.<sup>42</sup>

"فالاتفاقات قبل التعاقدية" هي عبارة عن عقود واتفاقات تختلف في مضامينها وأهدافها وقوتها الإلزامية بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف المتفاوضة، وهي كثيرة ومتنوعة فتختلف صورها وإن كان يمكن الوقوف على بعضها، تلك هي الأكثر شيوعاً في العمل، مثل الاتفاق الشرفي، البروتوكول، ورسائل النية، والوعد بالتعاقد، والعقد المؤقت. وتختلف تلك الاتفاقات من حيث قوتها القانونية والإلزامية باختلاف مضمونها، فعلى سبيل المثال ترتب بعض تلك الاتفاقات - كالوعد بالتعاقد - التزامات تعاقدية بينما لا ترتب اتفاقات أخرى أي التزامات قانونية مثل الاتفاق الشرفي، البروتوكول، ورسائل النية. لذا يكون من المعقول إضفاء الطابع أو الصفة التعاقدية على اتفاقات لإطار التعاقد أو الوعد بالتعاقد دون غيرها كما هو مبين بالتفصيل أدناه.

وعلى الرغم من اختلاف الاتفاقات قبل التعاقدية، السابق ذكرها أعلاه، من حيث طبيعتها الإلزامية، إلا أنها جميعاً تتفق في أنها تختلف غرضاً وموضوعاً عن "الاتفاق على التفاوض". فالاتفاقات قبل التعاقدية يكون الغرض منها الاتفاق المبدئي - سواء كان ملزم أو غير ملزم على حسب طبيعة ومضمون التعاقد - على المسائل الجوهرية التي سيتضمنها العقد النهائي. أما "الاتفاق على

## شريف علاء الدين العطايف

التفاوض"، يكون الغرض منه هو تنظيم المسلك الإجرائي لعملية التفاوض،<sup>43</sup> حيث إنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبداة أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه، فهذا الاتفاق لا ينشئ التزاماً بإبرام العقد النهائي<sup>44</sup> - كما هو الحال مثلاً في الوعد بالتعاقد الذي اشتمل على جميع مسائل العقد الجوهرية - وإنما يرتب فقط التزام على طرفيه بالبداة أو الاستمرار في التفاوض.

لذا ونظراً لاختلاف كل من الاتفاقات قبل التعاقدية غير الملزمة والاتفاق على التفاوض في المحل والمضمون والسبب الباعث، فإننا قد فضلنا تناول اتفاق على التفاوض أو الوعد بالتفاوض في فصل مستقل من هذا البحث.

تندرج جميع الاتفاقات المشار إليها أدناه تحت فئة العقود التحضيرية أو التمهيديّة لإبرام العقد النهائي، فهي لا تشكل مقصد نهائي لطرفيها كما أنها لا تعد اتفاق تفاوض، وإنما هي أدوات يلجأ إليها أطراف التفاوض من أجل غرض واحد هو إبرام عقد نهائي في المستقبل تكون له قوة إلزامية يحقق من خلاله الطرفان الباعث والغرض الذي من أجله دخلا في تلك العلاقة التعاقدية.<sup>45</sup>

انظر أدناه الفقرة ١٣٤ وما بعدها.

محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ٩٤.

محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ٥.

إضافة لذلك فكل من تلك الاتفاقات التمهيدية لها قاسم مشترك وهي أنها اتفاقات شرفية غير ملزمة لأنها لا تتضمن جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه أو أنها تتضمن جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد النهائي المراد إبرامه إلا أن الأطراف قد أرادوا تعليق إبرام العقد حتى يتم الانتهاء من الاتفاق على جميع المسائل التفصيلية الباقية.

فنصوص القانون المدني واضحة فيما يتعلق بالتكييف القانوني للاتفاقات السابقة على التعاقد النهائي، أي الاتفاقات التي قد يتم إبرامها أثناء مرحلة التفاوض، حيث نصت المادة ٨٩ من القانون المدني على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. كما أنه وفقاً للمادة ٩٥ من القانون المدني لا ينعقد أي عقد حتى لو اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد طالما قد اشترطوا أن العقد لن يتم إلا عند الاتفاق على المسائل التفصيلية، فإذا سكتوا عن اشتراط الاتفاق على المسائل التفصيلية انعقد العقد.<sup>46</sup>

وعليه، فإما أن تقوم الرابطة التعاقدية فور الاتفاق المتبادل على جميع المسائل الجوهرية في العقد أو لا تقوم أي رابطة عقدية من الأساس إذا ما اشترط الطرفان ألا يتم التعاقد إلا عند الاتفاق على المسائل التفصيلية.

46 تنص المادة ٩٥ مدني على " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطوا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة."

وعلى الرغم من هذا التشابه بين الاتفاقات قبل التعاقدية / التمهيدية واتفاق التفاوض، إلا أن الاتفاقات قبل التعاقدية تختلف في مضمونها عن بعضها البعض، كما أنها تختلف جميعاً مضموناً وموضوعاً عن اتفاق التفاوض. فأهم ما يميز اتفاق التفاوض عن غيره من هذه الفئة من الاتفاقات قبل التعاقدية الغير ملزمة هو مضمون ومحل اتفاق التفاوض الذي ينظم مرحلة المفاوضات إجرائياً حيث يحدد كيفية الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها دون أن يتضمن أية التزامات أو مسائل - جوهرية كانت أم تفصيلية - تتعلق بمضمون ومحل العقد النهائي المتفاوض عليه. فإنه من غير المعقول أن يتضمن محل اتفاق التفاوض البنود والالتزامات التي هي بالأساس محل العقد المراد ابرامه والتي يتم التفاوض عليها، والقول بغير ذلك يعني حتماً أن محل اتفاق التفاوض يتعدد ويختلف باختلاف موضوع العقد المراد ابرامه وهو أمر يرفضه المنطق القانوني.<sup>47</sup> لذا فإن محل اتفاق التفاوض هو عبارة عن الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف من اطراف التفاوض والتي تتعلق بالتنظيم الإجرائي مثل الالتزام بالدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، أما

47 فلو صح التسليم بأن محل اتفاق التفاوض هو نفسه محل العقد المراد ابرامه لكان محل اتفاق التفاوض على ابرام عقد بيع عبارة عن التزامات البائع والمشتري بتعيين المبيع وبدفع الثمن والتسليم ونقل الملكية وضمان العيوب الخفية، وكان محل اتفاق التفاوض على ابرام عقد تأمين عبارة عن التزامات المؤمن والمؤمن له بدفع أقساط التأمين ومبلغ التأمين، تعيين الخطر المؤمن ضده، وهو ما لا يقبله المنطق القانوني حيث أن محل العقد أو الاتفاق يجب أن يكون واحد لا يختلف باختلاف محل الالتزامات التي هي بدورها محل وركن من ركن العقد، فمحل عقد البيع واحد لا يختلف من إذا ما كان هو عقد البيع يتعلق بببيع شقة أو بببيع قطعة أرض، وكذلك التأمين لا يختلف إذا ما كان تأمين ضد الهلاك أو السرقة . لذا هدياً على ما سبق يجب أن يكون محل وأركان اتفاق التفاوض واحدة تتكون من التزامات واحدة لا تختلف باختلاف محل تلك الالتزامات وهي جميعها التزامات تتعلق بالسير الإجرائي لعملية التفاوض والتي لا تختلف من تفاوض آخر .



## شريف علاء الدين العطاڤي

وإن تم الاتفاق المبدئي إنشاء التفاوض على بعض الالتزامات الجوهرية أو غير الجوهرية التي هي بدورها تصلح لأن تكون محل للعقد النهائي المراد إبرامه - كأن تم الاتفاق بشكل مبدئي على المبيع والثمن- اعتبر هذا الاتفاق بمثابة اتفاق شرفي على البيع أو خطاب نية بالبيع أو مذكرة تقاهم للبيع.

مما لا شك فيه أن جميع تلك الاتفاقات قبل التعاقدية غير الملزمة هي عبارة عن التزامات أدبية، إلا هذا لا يعني أن ليس لها أي أهمية، فأهميتها تتجلى في مجال اثبات قصد ونية المتعاقدين عند تفسير بعض ألفاظ ومصطلحات العقد الغير واضحة إلا لو اتفق الأطراف صراحة في العقد على استبعاد أي من الاتفاقات التمهيدية السابقة على التعاقد النهائي!

وفيما يلي نعرض المفهوم الخاص بكل من تلك الاتفاقات ونبرز أوجه التشابه والاختلاف فيما بينهم.

## المبحث الأول

### الاتفاق الشرفي

يعرف اتفاق الشرف بأنه ذلك الاتفاق الذي يهدف من خلاله الأطراف إلى إقصائه من دائرة تطبيق القانون والجبر أو التنفيذ العيني،<sup>48</sup> حيث يعلق تنفيذه على أمانة ونزاهة وشرف الأطراف المتعاهدة، وذلك للحيلولة دون طرح منازعتهم أمام القضاء أو التحكيم، وبالتالي فإن ميثاق الشرف له قيمة معنوية أكثر منها قانونية.<sup>49</sup>

يستخدم الاتفاق الشرفي في مجال القانون الدولي العام، وتعود جذوره إلى عادات انجلوسكسونية وتعني اتفاق الأطراف حول السياسة المقرر اتباعها، والتي تشكل بالنسبة إليهم تعهداً شرفياً لا يتضمن التزامات قانونية من جانب الدول التي يمثلونها.

وإن أهم المجالات التي يلجأ الأطراف فيها إلى صياغة اتفاقات الشرف في مجال عقود التجارة الدولية هي مجال الاتفاقات والعقود المخالفة للنظام العام بحكم أن حرية المنافسة في الدول الرأسمالية تعتبر من النظام العام، وأن الاتفاقيات المقيدة لها تعتبر باطلة، مثل الاتفاق الذي يهدف إلى التحكم في الأسعار والأثمان وتحديد الإنتاج، فهذه الاتفاقات هي غير مشروعة ولكن يلجأ إليها الأطراف، في

48 محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها؛ بو طباله

معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص ٤١

49 بلحاج العربي، الجوانب القانوني للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

## شريف علاء الدين العطايف

شكل اتفاق شرفي، تفادياً للكشف عن عدم مشروعيتها وما يترتب على ذلك من آثار،<sup>50</sup> وهو ما يعكس أهمية تلك الاتفاقات في الواقع العملي على الرغم من كونها غير إلزامية.

يرى البعض أن مضمون اتفاق الشرف يختلف بحسب ما تتجه إليه إرادة الأطراف. فقد يتعلق الاتفاق الشرفي بمسألة تخص السير في إجراءات التفاوض كتنظيم وقت بدء المفاوضات أو الانتهاء منها، ونرى في هذه الحالة أنه لا يفرق كثيراً عن "اتفاق التفاوض"، فكما نوضح أدناه أن الالتزامات النابعة عن اتفاق التفاوض – ومنها الالتزام بالدخول في المفاوضات والاستمرار فيها – هي بطبيعتها التزامات أدبية وطبيعية غير ملزمة قانوناً.<sup>51</sup>

وقد يتعلق الاتفاق الشرفي بمحتوى العقد الأصلي كأن يتضمن الاتفاق على بعض الشروط أو العناصر الجوهرية التي على أساسها سيبرم العقد، وهو أيضاً التزام أدبي ليس له قيمة قانونية من الناحية الإلزامية طالما لم يقصد كل من الطرفين الالتزام به قانوناً.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> إن أول مجال يمكن أن يصادف فيه هذا النوع من الاتفاقات الأدبية أو الشرفية هو المجال الذي يغيب فيه التنظيم التشريعي، فغياب التنظيم التشريعي من شأنه يفتح المجال أمام هذا النوع من الاتفاقات وخير مثال على ذلك هو مجال اتفاقات العمل الجماعية في بريطانيا، فقبل سنة ١٩٧١ لم يكن التشريع في بريطانيا يقتضي تنظيم اتفاقات العمل الجماعية، وفي غياب التنظيم التشريعي لهذه الاتفاقات فإن الأطراف يلجؤون إلى أسلوب الاتفاقات الشرفية أو الأدبية لتنفيذ التزاماتهم بصدق بصرف النظر عن توافر أو عدم توافر الحماية القانونية للاتفاق، أنظر مصطفى محمد الجمال، "السعي إلى التعاقد في القانون المقارن"، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٧٢.

<sup>51</sup> انظر أدناه الفقرة ١٦٤ وما بعدها

<sup>52</sup> انظر أعلاه الفقرة ٥٤، أدناه الفقرة ٢٢٨ وما بعدها؛ راجع المادة ٩٥ من القانون المدني المصري

على أنه لا تتقيد المحكمة بالوصف الذي أطلقه الطرفان على الاتفاق الشرفي ونصهم صراحة بعدم إلزاميته وأنه اتفاق أدبي، إذا تبين للمحكمة أن الأطراف قد اتجهت نيتهن الحقيقية إلى إبرام عقد ملزم استوفى جميع شروطه الأساسية طبقاً للمادة ٩٥ من القانون المدني، أو أن نيتهن اتجهت إلى الوعد بالتعاقد الملزم للطرفين طبقاً لأحكام المادة ١٠١ من القانون المدني.<sup>53</sup>

تجدر الإشارة إلى أن الرأي في القانون الإنجليزي يتجه إلى أنه ليس للاتفاق الشرفي أو الأدبي بحسب الأصل أية قيمة تعاقدية، وبالتالي لسيت له أية قوة ملزمة، ومرد ذلك هو عدم وجود عامل المخاطرة الذي يحكم مصير العقد في القانون الإنجليزي وقد جرى العمل في القضاء الإنجليزي على عدم الاعتراف بالاتفاقات الشرفية، وكل ما يدور أثناء المفاوضات قبل التوصل إلى اتفاق حقيقي بين الطرفين، فلم يفرق بين القوة الإلزامية لاتفاق التفاوض والقوة الإلزامية للاتفاق الشرفي- قبل التوصل إلى اتفاق حقيقي بين الطرفين لعدم توافر السبب المقابل أو العائد الاقتصادي مقابل الدخول في العلاقة التعاقدية (consideration).

أنظر علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ٣٠١؛ محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ٤٠؛ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٨١ وما بعدها.

المادة ١٠١ من القانون المدني المصري " 1- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. 2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد."

## المبحث الثاني

### البروتوكول الاتفاقي

#### (الاتفاق المبدئي)

يعتبر البروتوكول الاتفاقي من الاتفاقات التمهيدية التي تحضر لإبرام العقد النهائي في المستقبل، وهو من قبيل الاتفاقات التي تتم بتوافق إرادتين حرتين على التدرج في الاتفاق على بنود العقد النهائي المزمع إبرامه في المستقبل، إذ أن إدارة الطرفين تمر بمرحلتين، الأولى هي مرحلة التفاوض على العقد والاتفاق على بعض البنود، والثانية هي الاتفاق على جميع البنود وإبرام العقد النهائي.<sup>54</sup> وهو في واقع الأمر لا يختلف كثيراً عن الاتفاق المبدئي (preliminary agreement) أو مذكرة التفاهم التي يتم الاتفاق فيها بشكل غير إلزامي على البنود الأساسية والجوهرية للعقد النهائي المزمع إبرامه في المستقبل، لذا قد يشار إلى البروتوكول الاتفاقي في بعض الحالات بالاتفاق المبدئي.<sup>55</sup>

54 بو طبالة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص

55 تجدر الإشارة أن العقد المبدئي (preliminary agreement) يختلف قانوناً - من حيث قوته الإلزامية - عن العقد الابتدائي (primary agreement) فالأخير هو عقد تام وملزم للطرفين يكون في الأصل عبارة عن وعد متبادل ملزم لكل من الطرفين، فيكون العقد قد تم بالفعل مثلاً هو الحال عقود البيع الابتدائية إلا أن طرفي العقد قد لجنا لعقد البيع الابتدائي بدلاً من النهائي لاعتبارات عملية محضة مثل توفير بعض الوقت للمشتري لكي يدبر الثمن أو بعض الوقت اللازم لتسجيل العقار، إلخ. في هذا السياق راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق.

## شريف علاء الدين العطايفي

ويعرف بعض الفقه البرتوكول الاتفاقي بأنه عقد حقيقي ملزم للجانبين يحمل في طياته الشروط الجوهرية للعقد النهائي، ويمثل هدفاً تم التوصل إليه وإن افتقر لبعض التفاصيل التي ترتبط بكيفية تنفيذه.<sup>56</sup> إلا أننا نتحفظ على ذلك التعريف حيث إن البرتوكول، كما سنرى، لا يتضمن أي قوة إلزامية بالمعنى الدقيق للكلمة. فهذا التعريف ينطبق على العقد النهائي الذي يستمد إلزاميته من المادة ٩٥ مدني والتي تنص على أنه "ذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم."

لذا فإننا نرى أن التعريف الأدق للبرتوكول الاتفاقي، وفقاً للرأي الراجح، هو "ذلك الاتفاق الذي ينصب على التفاوض عندما تكون الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه قد اتضحت، وأن الغرض الأساسي من إبرام البرتوكول الاتفاقي هو تثبيت الخطوط العريضة، لتكون مناسلاً لمواصلة التفاوض بقصد الوصول إلى تحديد التزامات وحقوق كافة الأطراف في العقد النهائي المزمع إبرامه."<sup>57</sup>

من أبرز صور البروتوكول الاتفاقي في الواقع العملي، البروتوكول الذي أبرم بين إحدى الدول وبين منشأة أجنبية لإنتاج السيارات بقصد إقامة مصنع للسيارات في هذه الدولة بالتعاون مع المنشأة

<sup>56</sup> بو طباله معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص

<sup>57</sup> أنظر مصطفى محمد الجمال، "السعي إلى التعاقد في القانون المقارن"، المرجع السابق، ص ٣١٨.

## شريف علاء الدين العطايفي

المذكورة،<sup>58</sup> ومن خلال المفاوضات توصل الطرفان إلى وضع إطار عام للعقد المراد إبرامه في

شكل بروتوكول اتفاقي،<sup>59</sup> وقد نص هذا البروتوكول على:

(١) أن موضوع العقد المراد إبرامه هو إنشاء وتسيير مجمع لصناعة السيارات يبدأ بتجميع قطع

مستوردة من بلد الصنع، يتم الاستغناء عنها تدريجياً بقطع مصنعة محلياً،

(٢) تكوين شركة مساهمة محلية بغرض اكتساب القطع اللازمة وتجميع السيارات وبيعها

(٣) كما حدد رأس المال اللازم ومساهمة الطرفين فيه

(٤) حدد الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه من حيث حجم الإنتاج

(٥) تضمن التزامات المنشأة الأجنبية

(٦) وجوب توقيع عقد نهائي يحدد الالتزامات خلال أربعة أشهر،

(٧) وأوجه الحماية التي سوف تكفلها الدولة للشركة المزمع إنشاؤها ومنها قصر إنتاج السيارات

عليها، نزع ملكية الأرض اللازمة، الإعفاءات الجمركية،

أنظر المرجع الفرنسي

58

M. FONTAINE, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux : DPCI, avr. 1977, p. 95

تجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي قد أشار إلى البروتوكول محل الدراسة إلى أن خطاب نوايا إلى أننا نتحفظ على تلك الإشارة أو التسمية حيث إنه في الحقيقة التصرف القانوني محل الدراسة هو بروتوكول وليس خطاب نوايا.

59

أي أنه في تلك الحالة الاتفاق كان في حقيقته عقد إطار ملزم لأنه تضمن جميع العناصر الجوهرية والأساسية لإبرام العقد، ألا أن إرادة الأطراف الصريحة قد اتجهت إلى عدم اعتبار العقد -عقد الإطار- قد تم "إلا عند عدم الاتفاق على كافة المسائل التفصيلية"، لذا اعتبر بروتوكول اتفاقي غير ملزم ولم يصنف على أنه عقد إطار ملزم

## شريف علاء الدين العطايف

(٨) ثم انتهى البرتوكول إلى وضع جدول زمني يشمل الدراسات وتوقيع العقد النهائي وإنشاء الشركة وتوقيع اتفاقات الترخيص الصناعي.

على فرض أن هذا الاتفاق المشار إليه أعلاه قد استوفى جميع المسائل الأساسية المتعلقة بالمشروع، ولم يتبق إلا الاتفاق على المسائل المتعلقة بالتنفيذ، لكان من الممكن اعتباره، في ظل أحكام القانون المصري، عقد ملزم - على سبيل المثال عقد إطار ملزم - إلا أن البندين رقما ٦ و ٨ اللذان يشترطان إبرام توقيع العقد النهائي إنما هما دليلان على أن نية وقصد الأطراف واضحة في اعتبار هذا الاتفاق مجرد بروتوكول.

ومن هنا يبدو الفرق جلياً بين البروتوكول واتفاق التفاوض، من حيث أن اتفاق التفاوض يقتصر مضمونه على مجرد الالتزام بالتفاوض ولا يتضمن عناصر العقد النهائي، فإن البروتوكول الاتفاقي يتضمن عادة أغلب عناصر العقد النهائي، بل قد يتضمن العناصر الأساسية كلها عدا بعض الأجزاء التي تتصل بشروط تنفيذه وهو ما يجعله أقرب إلى عقد الإطار إلا أن نية الأطراف لم تتجه إلى إكسابه قوة إلزامية على عكس عقد الإطار. فالمعيار في تحديد إذا ما كان هو عقد -إطار ملزم- هو نية وقصد الأطراف فيما يتعلق بالقوة الإلزامية على الرغم من أن المضمون قد يكون واحداً لا يتغير في حالة عقد الإطار أو البروتوكول الاتفاقي.



## شريف علاء الدين العطايف

وقد يتضمن البروتوكول الاتفاقي أحياناً نصاً صريحاً يقضي بعدم تمتع البروتوكول الاتفاقي بالصفة العقدية مثل القول بأن "هذه الوثيقة غير عقدية".<sup>60</sup> وهو ما نوصي به حتى لا يدع الأطراف مجالاً للشك والتفسير حول الطبيعة الإلزامية والدخول في نزاع حول إذا ما كان هذا الاتفاق هو في حقيقته عقد إطار ملزم أم أنه مجرد بروتوكول اتفاقي أدبي.

وبالتالي فإن البروتوكول أو الاتفاق المبدئي مثله مثل اتفاق التفاوض، فكلاهما اتفاق أدبي غير ملزم، وإن اختلف مضمون ومحل كلاً منهما. فالبروتوكول أو الاتفاق المبدئي غالباً ما يشمل بعض أو جميع المسائل الأساسية والجوهرية المتعلقة بالعقد النهائي على عكس اتفاق التفاوض الذي يهدف إلى تنظيم إجراءات المفاوضات من حيث بدئها والاستمرار فيها بقصد التوصل إلى إبرام عقد معين في المستقبل.

علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ٣١٨.

## المبحث الثالث

### خطابات النوايا

نشأت رسائل أو خطابات النوايا في الشرائع الأنجلو أمريكية تحت تأثير التجارة الدولية وما تستلزمه من ضرورة توفير الثقة، وحسن النية، والسرعة في المعاملات التجارية الدولية، وبعد ذلك انتشرت الفكرة في البلدان ذات الشرائع اللاتينية وعلى رأسها فرنسا لنفس الأسباب التي اقتضت ظهورها في البلدان ذات الشرائع الأنجلو أمريكية.<sup>61</sup>

يعرف جانب من الفقه رسائل النية بأنها " مستند مكتوب يوجه من الطرف الراغب في التعاقد على أمر معين، يعبر فيه عن رغبته تلك وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المراد إبرامه، ويدعو إلى التفاوض أو الدخول في محادثات حولها".<sup>62</sup> ونرى أن هذا التعريف هو مطابق لتعريف الدعوة إلى التعاقد المشار إليه أدناه عند تناولنا في البحث لطبيعة الإيجاب في اتفاق التفاوض.<sup>63</sup>

ويعرف جانب آخر من الفقه خطابات النوايا على أنها " كل وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو أكثر من أطراف التعاقد التجاري بغية الوصول إلى عقد

61 علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

62 أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص ٣٥.

63 انظر أدناه الفقرة رقم ١٠٤ وما بعدها

مستقبلي".<sup>64</sup> ويعرف جانب ثالث من الفقه بأنها مستند يتم تحريره في المرحلة قبل التعاقدية يحتوي

على الاتفاقات الأولية والأمور المشتركة بين أطراف عقود سوف تبرم في المستقبل.<sup>65</sup>

إلا أننا نرى أن التعريف الأول هو الأوضح والأقرب إلى مفهوم خطاب النوايا، حيث أن التعريفان الثاني والثالث يجمعان أيضاً البروتوكول الاتفاقي، والاتفاق المبدئي،. فنرى أن المستند المكتوب إذا تضمن أي اتفاق أولي متبادل أو فهم مبدئي متبادل بين الاطراف فهو منصّباً على ما اتفقا عليه مبدئياً وبالتالي هو ليس إلا اتفاق مبدئي قد يشار إليه على أنه مذكرة تفاهم أو بروتوكول اتفاقي، ولكنه في جميع الأحوال ليس خطاب نوايا الذي يقتصر على تقديم عرض من الطرف الراغب في التعاقد مع طرف آخر بعبّر بموجبه عن رغبته هذه من خلال الخطوط العريضة لموضوع العقد المراد إبرامه ودعوته إلى التفاوض حولها فهو شكل من أشكال الإيجاب الناقص؛ أي أنه دعوة للتفاوض أو التعاقد.

فخطاب النوايا إذاً هو عمل إرادي منفرد مكتوب،<sup>66</sup> يعبر عن إرادة محرره الجادة للدخول في المفاوضات والاستمرار فيها وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، ودون الالتزام بإبرام عقد نهائي،

64 صالح عبد الله بن عطايف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات، الرياض، ١٩٩٨، ص ٦٨.

65 بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٠٦.

66 ذلك أن الطرف الذي حرر خطاب النوايا يقترح الدخول في مفاوضات بكامل حريته دون جبر أو اكراه، باحثاً من خلال خطابه والتفاوض إن لاقى اقتراحه قبول، فرصة إبرام عقد نهائي.

## شريف علاء الدين العطايف

وهو وبحق دعوة إلى التعاقد التي تختلف شكلاً ومضموناً عن اتفاق التفاوض وعن البروتوكول الاتفاقي والاتفاق المبدئي، فتلك الدعوة إلى التعاقد، أو ما قد يصفه أنصار نظرية عقد التفاوض بالإيجاب على عقد التفاوض،<sup>67</sup> قد أوضحنا أنها لا تصلح لأن يكون إيجاباً لا للعقد النهائي ولا اتفاق التفاوض.

ولكن إذا تضمن خطاب النوايا إفصاح نية محرره عن، على سبيل المثال، إسناد مشروع معين محل التفاوض إلى المرسل إليه ثم يطلب أن يعين على جناح السرعة ممثلين عنه لمناقشة وانتهاء التفاصيل وتوقيع العقد حيث يظهر من خلال عبارات هذا الخطاب أن الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه قد تحقق بالفعل، ولكن في الوقت نفسه مازالت هناك بعض المسائل التفصيلية التي يتعين على الأطراف الاتفاق عليها، وقد طلب مرسل الخطاب من المرسل إليه تحديد من يتولى توقيع العقد، أي أن كل من الطرفين قد توصلا إلى اتفاق على إبرامه بالفعل بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية مع الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاتفاق لاحق،<sup>68</sup> فإنه في

67 هناك خطابات تتضمن الدعوة إلى البدء في المفاوضات حيث تتضمن دعوة محررة موجه للطرف الآخر للبدء في المفاوضات على العقد المزمع إبرامه مع التأكيد على مواصلة التفاوض والالتزام بحسن النية في كل مرحلة وما يستلزمه الالتزام بالأمانة وشرف التعامل، والامتناع عن الغش، واسلوب السلبي سواء في بداية المفاوضات أو خلالها كالدخول في المفاوضات بدون نية جادة أو طرح مقترحات ميؤوس من قبولها أو قطع المفاوضات برعونة ودون سبب موضوعي أو جدي على الرغم منها وصلت مرحلة متقدمة وتكونت من خلالها قناعة أكيدة لدى الطرفين أن العقد سيبرم بلا شك؛ راجع أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص ٤١-٤٢.

68 انظر في ذلك سمير عبد السميع الأذن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، اسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٧.

تلك الحالة لا يختلف هذا الخطاب عن عقد الإطار أو العقد النهائي اللهم إلا إذا تبين أن نية الأطراف قد اتجهت إلى عدم اعتبار العقد نهائي إلا من تاريخ التوقيع عليه.

وفي جميع الأحوال فخطاب النوايا، على الرغم من أنه يتفق مع اتفاق التفاوض في أنه غير ملزم طالما أنه لم يحمل في طياته ما يسمح للقاضي بتكييفه على أنه عقد إطار أو عقد نهائي، إلا أنه يختلف عن اتفاق التفاوض لاختلاف مضمونهما. ذلك أن اتفاق التفاوض يتضمن التزامات البدء في المفاوضات والاستمرار فيها، في حين أن خطاب النوايا هو فقط الدعوة إلى التعاقد عن طريق إرسال مقترح. إلا وأنه على الرغم من الاختلاف الجوهرى بينهما، فإن جانب من الفقه يسمي "اتفاق التفاوض" باتفاق المبدأ "L'accord de principe" وهي تسمية شائعة له.<sup>69</sup> وهو دليل على اللبس والخط.

<sup>69</sup> رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٨١  
وقد ظهرت فكرة الاتفاق المبدئي في إطار العلاقات الدولية بين الدول كمرحلة من مراحل الممهدة لإبرام المعاهدات الدولية في مجال القانون الدولي العام وهي التسمية السائدة أيضاً في الفقه والقضاء لبيان أن هذا العقد ينظم من حيث المبدأ إنعقاداً محتملاً بعقد مرتقب في المستقبل، راجع محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ٩٤.

## الفصل الثالث

### الاتفاق على التفاوض

#### (الوعد بالتفاوض)

مما لا شك فيه أن التفاوض هو نوع من أنواع التحوار والنقاش الثنائي المتبادل يقوم على التفاعل والمشاركة بين شخصين أو أكثر اتجهت إرادتهما إلى إجراء اتصال مباشر أو غير مباشر فيما بينهما من أجل التوصل إلى اتفاق مشترك بشأن عقد معين يريدان إبرامه. والحقيقة التي لا جدال فيها أن الطرفين لا يتفاوضا على العقد بالصدفة البحتة، وإنما تتم هذه المفاوضات بناء على اتفاق سابق بينهما على التفاوض.<sup>70</sup>

الاتفاق على التفاوض أو الوعد بالتفاوض يتم بطبيعته أثناء مرحلة التفاوض وقبل التوصل إلى الوعد بالتعاقد أو التعاقد النهائي، فهو عبارة عن تعهد متبادل بالدخول في مفاوضات قد تسفر عن التوصل إلى وعد بالتعاقد وهو تعهد بإبرام العقد، وهي أيضاً مرحلة سابقة بدورها على التعاقد نفسه الذي بموجبه يتعهد المتعاقد بتنفيذ الالتزام محل التعاقد.

وتوجد عدة صور مختلفة لاتفاق التفاوض إلا أنها جميعاً لا تتعدى كونها اتفاق على التفاوض يهدف إلى تنظيم إجراءات ومواعيد عملية التفاوض، وقد يأخذ الاتفاق على التفاوض شكل شرطاً منصوص عليه في عقد ينص على قيام أطراف التعاقد بالتفاوض على تجديده، أو شرطاً ينص على قيام

<sup>70</sup> رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٨٩، ٢٩٠

## شريف علاء الدين العطاڤي

أطراف التعاقد بالتفاوض على تعديل بعض التزاماتهم إذا طرأت ظروف اقتصادية جديدة من شأنها أن ترهق المدين حال تنفيذ العقد، وذلك لرفع هذه المشقة من عليه، أو لمواجهة الأعباء التي قد تطرأ على تنفيذ العقد، أو شرطاً ينص على قيام أطراف التعاقد بالتفاوض من أجل تسوية النزاعات والخلافات ودياً قبل عرضها على القضاء أو التحكيم للبت فيها.

## المبحث الأول

### صور وأشكال اتفاق التفاوض

ونعرض فيما يلي أهم وأكثر شروط التفاوض استخداماً في مجال عقود التجارة، التي تتضمن شرط التفاوض من أجل تجديد العقد، وشرط التفاوض من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وشرط التفاوض من أجل تسوية النزاع ودياً

## المطلب الأول

### شرط التفاوض من أجل تمديد العقد

إذا ما حقق العقد نجاحاً، غالباً ما يحفز ذلك أطرافه إلى تجديده لمدة زمنية أخرى، وقد يكون ذلك وفقاً لشروط جديدة، وهذا ما يحدث في العقود المحددة المدة على وجه الخصوص. ولذلك غالباً ما يُدرج نص يقضي بالتفاوض على تجديد العقد قبل انتهاء مدته الأصلية، كما هو الحال في عقود الإمتياز التجاري، وعقود التوريد وعقود نقل التكنولوجيا، وغالباً ما يتم صياغة هذا الشرط في العقد على النحو التالي "يلتزم الطرفان بالتفاوض قبل انقضاء مدة هذا العقد بشهرين على الأقل ببحث إمكانية تمديده أو تجديده".<sup>71</sup>

أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ٨١.



## شريف علاء الدين العطايف

ويلعب هذا الشرط دوراً في الحفاظ على مصير العقد وذلك من خلال ترتيب التزام يقع على عاتق طرفيه بالتفاوض، باختيار طريقة معينة من شأنها إبقاء العقد مستمراً، إلا أنه يلاحظ أن هذا الشرط دوره وأثره محدود إذا ما تم مقارنته بالشرط الذي ينص على تجديد العقد بشكل تلقائي ودون تدخل من أي الطرفين طالما لم يعبر أحد الطرفين عن رغبته في عدم تجديد العقد قبل مدة معينة من تاريخ انتهاء مدة العقد الأصلي مثل النص في العقد على "مدة عقد هي سنة واحدة تبدأ في السريان من تاريخ التوقيع وتجدد تلقائياً لمدد مماثلة ودون تدخل من أي الطرفين طالما لم يعبر أحد الطرفين عن رغبته في عدم تجديد العقد قبل نهاية مدته بثلاثة أشهر "

فتلك الصياغة الدقيقة والمعبرة عن إرادة المتعاقدين الواضحة تلعب وبلا شك دوراً أكبر وأساسياً في الحفاظ على مصير العقد واستمراره حيث إن إرادة الأطراف اتجهت إلى استمرار العلاقة التعاقدية طالما لم يعبر أحد طرفي العقد عن رغبته في إنهاؤها على عكس الشرط الأول الذي اتجهت إرادة الأطراف فيه إلى النقاش حول إمكانية التجديد حيث أن إرادتهم نحو استمرار العلاقة التعاقدية لم تكن مؤكدة أو واضحة.

## المطلب الثاني

### شرط التفاوض على تعديل أحكام العقد

شرط التفاوض لتعديل بنود العقد، يمثل أحد الحلول التي تمكن أطراف العقد من إنقاذ العقد والتخفيف من الضرر الذي يصيب أحد الطرفين بإرادتهما بدلاً من تدخل القاضي أو المحكم وفرض بنوداً جديدة معدلة على الطرفين أو إنهاء علاقتهم التعاقدية. فهو الشرط الذي يدرجه الطرفان في العقد، يلتزمان بمقتضاه بالتفاوض في حالة الرغبة في إجراء التعديل لبنود العقد إذا حدثت ظروف طارئة غير متوقعة تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد ويعرف هذا الشرط بـ«Hardship Clause».<sup>72</sup>

ويتم استخدام هذه التسمية للتعبير عن حالة من المشقة أو الأزمة التي يمر بها العقد بسبب تغيير الظروف التي أبرم على أساسها، ومن خلاله يتم التفاوض ومناقشة الالتزامات التي يرتبها العقد وتعديلها إلى الحد المناسب والعاقل لرفع الضرر الجسيم عن الطرف الذي يواجه مشقة في تنفيذ التزاماته.<sup>73</sup>

ومن الأمثلة التي ترد على هذا الشرط ما يرد في البنود العقدية التالية:

<sup>72</sup> بو طبالة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص ٣٥؛ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٣١٢  
W. Dross, « Le Clausier », LexisNexis, 3<sup>ed</sup>, 2016, pp. 345 et seq.

<sup>73</sup> محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٦١.

## شريف علاء الدين العطايف

- "إذا تغيرت الظروف الأولية التي أبرم على أساسها هذا العقد تغييراً كبيراً ألحق بأحد الطرفين مشقة في التنفيذ ليس من العدل أن يتحملها وحده، وجب على الطرفين أن يتفاوضا لتعديل شروط هذا العقد بشكل ملائم للظروف الجديدة وفقاً لقواعد العدالة."
- "يلتزم الطرفان بالتفاوض لتعديل هذا العقد عندما يختل توازنه الأولي بسبب تغير ظروف النظام الاقتصادي أو النقدي."
- "يلتزم الطرفان بالتفاوض لتعديل هذا العقد عندما يختل توازنه الأولي بسبب تغير ظروف النظام الاقتصادي أو النقدي خلال مدة أقصاها شهرين من تاريخ إبلاغ احد الطرفين الطرف الآخر برغبته في التفاوض على التعديل على أن يتم هذا الإبلاغ في فترة أقصاها شهر من تاريخ وقوع الحدث الذي تسبب في تغير ظروف النظام الاقتصادي أو النقدي، فإن لم يتم التوصل لاتفاق نهائي بشأن التعديل يفسخ العقد من تلقاء نفسه (يحق للطرف الذي قام بإداء رغبته في التعاقد أن يطلب بفسخ العقد)"<sup>74</sup>

وشرط التفاوض من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، نجده دائماً في العقود الزمنية المحددة المدة التي يتطلب تنفيذها المرور بمراحل زمنية متعاقبة، كعقود نقل التكنولوجيا وعقود البناء والتطوير،<sup>75</sup> إلا

<sup>74</sup> يلاحظ أن هذا الشرط الأخير يتضمن اتفاق على التفاوض غير ملزم وشرط فاسخ ملزم للطرفين.

<sup>75</sup> محمد حسن منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١٩٥.

أنه لا يتصور من الناحية العملية وجوده في العقود الغير محددة المدة حيث أن كل من الطرفين من حقه إنهاء العقد في أي وقت مع عدم الإخلال بمدة الإعذار إن تم الاتفاق على مدة إعذار.<sup>76</sup>

وشرط التفاوض من أجل إعادة التوازن الاقتصادي بتعديل بنوده هو شرط سائغ ومألوف في مجال العقود الدولية، وذلك لكثرة المخاطر التي تعترض طريق تنفيذ هذا النوع من العقود، ولذلك فقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى اعتبار هذا الشرط بمثابة قاعدة من قواعد التجارة الدولية،<sup>77</sup> وانتهى الأمر بهذا الاتجاه إلى حد القول بأن هذه القواعد تقضي بوجود هذا الشرط ضمناً في عقود التجارة الدولية، ومن ثم فإن مصدر هذا الالتزام لمواجهة هذه الظروف الطارئة لن يكون عند اتفاق الأطراف، وإنما يكون مصدره قواعد وأعراف التجارة الدولية *Lex Mercatoriai*. كما أن المواد ٢-٢-٦ و ٣-٢-٦ من مبادئ الUnidroit<sup>78</sup> تقيّد بأن في حالة تغيير الظروف يكون للطرف

<sup>76</sup> راجع سليمان مرقص، "الوفاي في شرح القانون المدني - في الالتزامات"، المجلد الأول - نظرية العقد، ١٩٨٧، ص. ٦٣٤-٦٣٥؛

. Dross, « Le Clausier », LexisNexis, 3<sup>ed</sup>, 2016, pp. 345 *et seq.*

<sup>77</sup> رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٣١٣؛

F. Osman, "les principes généraux de la lex mercatoria" contribution à l'étude d'un ordre juridique national, LGDJ, 1992, p. 162.

<sup>78</sup> Unidroit انظر مواد ال

### Article 6-2-2

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

الأول المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير ويجب أن يكون مسبباً.

وقد صار الأمر أكثر وضوحاً في التشريع الفرنسي في ضوء المادة 1195 المستحدثة وفقاً للتشريع الجديد والتي تنص على أنه في حالة وقوع ظروف طارئة غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، مما يجعل تنفيذه مرهقاً بالنسبة لأحد طرفيه، يجوز لهذا الطرف أن يطلب من الطرف الآخر التفاوض على تعديل بنود العقد، على أن يستمر الطرفان في تنفيذ العقد وفقاً لبنوده الأساسية طوال فترة التفاوض. وفي حالة فشل التفاوض، يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد، وفي حالة عدم التوصل لاتفاق خلال مدة معقولة، يجوز للقاضي، بناء على طلب أحد الطرفين، تعديل أو إنهاء العقد وفقاً للشروط التي يراها وفي التاريخ الذي يحدده.<sup>79</sup>

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

#### Article 6-2-3

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

المادة 1195 من التقنين المدني الفرنسي

79

Article 1195:

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

وعليه فإن الالتزام بالتفاوض من أجل إعادة التوازن للعقد أصبح واجب الاتباع في القانون الفرنسي حتى وإن لم ينص عليه الأطراف في العقد،<sup>80</sup> ولا يجوز لأي من الأطراف الاحتجاج بعدم تطبيق الشرط إستناداً إلى عدم وجود نص صريح في العقد يقضي بذلك، وهي الحجة التي من الممكن أن تثار في ظل القانون المصري وإن كنا نرى عدم رجحانها نظراً لأن المشرع قد نظم نظرية الظروف الطارئة صراحة في المادة ١٤٧ من التقنين المدني.

فالقانون المدني المصري قد أجاز للقاضي صراحة، أن يتدخل لتعديل العقد وإعادة التوازن له في حالة الحوادث الطارئة وذلك بتوزيع تبعه الحوادث على الطرفين حيث تنص المادة ١٤٧ في فقرتها الثانية على أن " ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على

---

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

قديماً لم يعتد القضاء الفرنسي بسلطة القاضي في تعديل بنود العقد ولو في حالة الظروف الطارئة إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين، وإن كان لم يتردد في الحكم بمسؤولية الطرف الذي رفض تعديل العقد أو التفاوض على بنوده بناءً على سوء نية ذلك الطرف في تنفيذ العقد، فصحيح أن ذلك الطرف قد نفذ العقد وفقاً للبنود المتفق عليها، إلا أن تنفيذه للعقد ورفضه لتعديل بنوده إنما ينم عن سوء نية **في تنفيذ العقد وليس في التفاوض** مما يترتب عليه المسؤولية التعاقدية لذلك الطرف.

انظر احكام النقض الفرنسية

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 novembre 1992, 90-18.547, Publié au bulletin; Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 novembre 1998, 96-18.357, Publié au bulletin

## شريف علاء الدين العطايف

حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. " فإذا كان تعديل العقد أمراً جائزاً بالنسبة للقاضي، فإنه من باب أولى أن يكون جائزاً للأطراف القيام به من نفسها دون اللجوء للقاضي الملاذ الأخير حيث إن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وعدم تعسف المتعاقد في حقه بالتمسك ببند العقد دون تعديل، يقتضي من المتعاقدين تعديل العقد بطريقة تتناسب مع القصد الأولي والباعث الأساسي لكل طرف من الدخول في تلك العلاقة التعاقدية.

### المطلب الثالث

#### شرط التفاوض من أجل تسوية النزاع ودياً

تتجه نية الأطراف المتعاقدة دائماً في مجال التعامل التجاري وإبرام العقود التجارية الدولية إلى تضمين العقد شرطاً يلزم الطرفين بالتفاوض لتسوية المنازعات قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم إذا ما ثار خلافاً أو نزاعاً بينهم.

يرى جانب من الفقه أنه لا جدال في أهمية اللجوء إلى التفاوض أولاً لتسوية المنازعات التي تثور بين المتعاقدين بخصوص العقد القائم بينهم خاصة في العقود الدولية، وذلك نظراً لما تتسم هذه العقود من طابع فني معقد قد يصعب على غير الطرفين فهمه، كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا وعقود البناء والتشييد.

## شريف علاء الدين العطايف

إلا أننا نرى وبحق أن تلك الشروط هي سلاح ذو حدين فهي ليست في جميع الأحوال عملية كما أنها تنثير الكثير من المشاكل في مراحل حل النزاع قضائياً أو تحكيمياً. فيجب أن يراعى الدقة والوضوح في صياغة تلك الشروط وإلا اتخذت وسيلة لإطالة أمد التقاضي أو إبطال حكم تحكيم.

علاوة على ذلك فهي لا تكون في أغلب الأحوال عملية، ففي مرحلة معينة يصل الخلاف إلى حد توقف النشاط تماماً وعليه لا يكون هناك فائدة من التفاوض والتسوية نظراً لأن كل طرف يرى أنه محق في موقفه، وعليه يكون الانتظار لمرور مدة معقولة قبل البدء في اتخاذ التدابير القانونية ورفع الدعوى القضائية أو التحكيمية ما هو إلا إضاعة وقت وزيادة في الخسائر والتكلفة، فنحن لا نرى مانع من أن تسير مفاوضات التسوية جنباً إلى جنب مع إجراءات التقاضي أو التحكيم، فلو كان للأطراف رغبة حقيقية في التسوية لما منعهم البدء في التحكيم أو التقاضي من التسوية الجدية، بل على العكس فإن السير في تلك الإجراءات يسمح لكل من الطرفين الوقوف على حقيقة الأشياء والتقدير السليم لموقفه الحقيقي في النزاع مما يدفعه إلى التسوية بشكل أكثر عملية.

ومن الأمثلة التي ترد على هذا الشرط ما يرد في البنود العقدية التالية:

- "إذا نشأ نزاع بين الطرفين بسبب تفسير هذا العقد أو تنفيذه، التزم الطرفان ببذل كل المساعي لحلّه ودياً عن طريق التفاوض قبل رفع الخصومة بشأنه إلى القضاء"
- وقد يتم الاتفاق عليه ضمناً مثل الاتفاق على "كل نزاع ينشأ عن هذا العقد، ولا يتوصل الطرفان إلى تسويته ودياً، يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم" أو "يتعهد الطرفان بحل كل نزاع



ينشأ عن هذا العقد عن طريق التحكيم، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حسمه عن طريق المفاوضات"

- وقد يتضمن الشرط قيماً زمنياً أو مدة معينة يتم خلالها التفاوض على تسوية النزاع ودياً بشرط عدم جواز اللجوء خلالها إلى التحكيم أو القضاء، كأن ينص في العقد على أن تُحال إلى المحكمة كل المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل خلال مدة لا تقل عن شهرين" وهي صياغة غير موفقة بالمرّة حيث أنها تطيل أمد التفاوض فقط. كما يمكن النص على أن "تحال إلى المحكمة كل المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد، إذا لم يتوصل الطرفان إلى حل خلال مدة لا تزيد عن شهرين"<sup>81</sup> وهي صياغة أفضل من سابقتها حيث أنها تحدد أمد التفاوض ولا تتركه ممتداً دون حد أقصى.

ولعل من أشهر الأمثلة على هذا الشرط هو بند الـ cooling off period clause أو ما يعرف بفترة التسوية السابقة على التحكيم والذي يتم النص عليه في أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية لحماية المستثمرين الأجانب والذي أثبت الواقع العملي عدم جدواها بل كشف عن مسالبها في كثير من الأحيان.

إلا أننا نرى أن جميع من تلك الشروط السابقة هي في حقيقتها دعوة إلى التفاوض أو مجرد التزام بالتفاوض وليس التزام قانوني بالقيام بعمل أو الامتناع يترتب على عدم تنفيذه انعقاد المسؤولية القانونية. فمن البديهي القول بأن ليس كل اتفاق أو كل تراضي أو توافق من الناحية المادية يمكن

أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، ١٩٩٣، ص ٢٤.

## شريف علاء الدين العطايف

تكييفه على أنه تصرف قانوني ملزم. فدين القمار ليس إلا عمل مادي، وبيع سلاح غير مرخص ليس إلا عمل مادي، كما أن هناك العديد من الاتفاقات التي تكون لها قيمة أدبية فقط، وهو الحال بالنسبة للشروط السابقة.

فنحن نرى أن محل الخلاف مع الرأي القائل بوجود عقد التفاوض يرجع إلى مدى إمكانية تكييف الالتزامات موضوع ذلك الاتفاق على أنها التزامات قانونية ملزمة ومدى إمكانية الكشف عن القصد والنية الحقيقية لأطراف التفاوض حتى يتسنى لنا القول إذا ما كان اتفاق التفاوض هو عمل مادي أم تصرف قانوني.

فيثور التساؤل هنا حول إذا ما كان من الجائز اعتبار الاتفاق على التفاوض بصوره وأشكاله المختلفة المشار إليها سلفاً على سبيل المثال وليس الحصر من قبيل التصرفات القانونية الملزمة؛ ونرى أنه لا يجوز اعتباره عقد قانوني ملزم لأنه مجرد اتفاق أدبي ليس له أي قوة إلزامية من الناحية القانونية شأنه شأن الاتفاقات غير الملزمة التي تيرم أثناء مرحلة التفاوض مثل الاتفاق الشرفي، البروتوكول، ورسائل النية ومذكرة التفاهم، وذلك لعدم توافر ركني السبب والمحل كما هو موضح أدناه في الفقرات التالية.

## المبحث الثاني

### الرضا في الاتفاق على التفاوض

التراضي على العقود هو تصرف إرادي يصدر دائماً عن طرفين باتفاقهما عليه،<sup>82</sup> وقد يكون الاتفاق مكتوباً، كما لو كان مراسلات متبادلة بين الأطراف يبعون رغبتهم في التفاوض، أو اتفاق صريح على التفاوض أو بند ملزم في عقد عما يتفق بموجبه الأطراف على التفاوض فيما يتعلق بمسألة تجديد العقد، أو تعديل بنوده أو تسوية النزاع بوسيلة ودية، كما يمكن أن يكون ضمنياً أو شفوي.

ولكي يتم التراضي صحيحاً يجب أن يتوافر ايجاب صحيح وقبول صحيح لهذا الايجاب لا يشوبه أي عيب من عيوب الرضا.<sup>83</sup> فيتم العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين بغرض إحداث

82 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٤٠ وما بعدها؛ راجع سليمان مرقص، "الوفاي في شرح القانون المدني - في الالتزامات" المجلد الأول - نظرية العقد، المرجع السابق، ص ١٣٢ وما بعدها

83 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها؛ سليمان مرقص، "الوفاي في شرح القانون المدني - في الالتزامات" المجلد الأول - نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٣١٠.

أثر قانوني، هو ترتيب التزامات معينة.<sup>84</sup> وطبقاً للقواعد العامة يتكون التراضي من تطابق

الإيجاب مع قبول.<sup>85</sup>

فالإيجاب هو التعبير عن إرادة الشخص الذي يوجه العرض الأول للتعاقد والذي يجب أن يكون (١) جازماً

وباتاً ونهائياً،<sup>86</sup> فإذا صادفه قبول من الطرف الآخر أو أقرن بإرادة قابله له من الطرف الآخر

انعقد العقد. الإيجاب عموماً، يعني اتجاه الإرادة أحادي الجانب "Pollicitation"،<sup>87</sup> يعلن فيه أحد

84 راجع تعريف العقد، سليمان مرقص، "الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات" المجلد الأول -

نظرية العقد، المرجع السابق، ص ٥٤، ٥٧.

85 تطابق الإيجاب مع القبول، سليمان مرقص، "الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات" المجلد

الأول - نظرية العقد، المرجع السابق، ص ١٧١، ١٧٦ و ١٧٧

86 سليمان مرقص، "الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات" المجلد الأول - نظرية العقد، المرجع

السابق، ص ١٥٤، ١٧٦؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه

عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٧١، ١٧٢.

87 انظر المرجع الفرنسي

Ph. DELEBQUE et al. "Droit des Obligations", Contrat et quasi-contrat, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, Paris, pp. 50-55 ;

Article 1113 du Code Civil Français prévoit « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur » ;

Article 1114 du Code Civil Français prévoit que « 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 »

## شريف علاء الدين العطايف

الأشخاص عن نيته الواضحة في التعاقد، ويتضمن الشروط الجوهرية للعقد وبقبول المرسل إليه

هذا الإيجاب ينعقد العقد.<sup>88</sup>

وقد عرفته محكمة النقض المصرية " أن الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على

وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما أقترن به قبول مطابق له انعقد العقد ولا

يعتبر التعاقد تاماً وملزماً إلا بتوافر الدليل على تلاقى إرادة المتعاقدين على قيام هذا الالتزام

ونفاذه.<sup>89</sup>

فالإيجاب هو دعوة إلى إبرام العقد حالاً دون تفاوض، فالغالب أن الإيجاب لا يصدر إلا بعد مفاوضات قد

تطول.<sup>90</sup> وعليه فإن المستجيب لهذا الإيجاب لا يملك سوى قبول التعاقد أو رفضه طبقاً للشروط

المطروحة سلفاً دون مناقشتها.

88 المادة ٨٩ التقنين المدني المصري " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد."؛ تطابق الإيجاب مع القبول انظر سليمان مرقص، "الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات" المجلد الأول - نظرية العقد، المرجع السابق، ص ١٧١، ١٧٦ و ١٧٧؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٨٢-١٨٥.

89 محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 2256 - لسنة 65 قضائية - تاريخ الجلسة 8-5-1996

90 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٧١.

هناك عقود قد تتم عادةً دون مفاوضات وبالتالي لا يسبق الإيجاب أي نوع من المفاوضات كما هو الحال في عقود الإذعان، فدعوة شركات الهاتف للجمهور عبر الهاتف، الإنترنت أو الإعلانات التجارية لإبرام اشتراكات معها طبقاً للشروط والأحكام المطروحة سلفاً،<sup>91</sup> هو إيجاب على الرغم من أنه موجه إلى العامة وليس لشخص بعينه.

ويشترط في الإيجاب أن يكون صادراً عن نية قاطعة حاسمة باتة ونهائية ومتى إقترن بقبول انعقد العقد، ولا يعني العزم النهائي على التعاقد عدم الرجوع فيه، فيجوز الرجوع فيه طالما أنه لم يتم قبوله ممن وجه إليه. كما يشترط أيضاً في الإيجاب أن يكون محدداً بشكل كاف، وذلك بأن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه التي تختلف باختلاف طبيعة العقد المراد إبرامه.

فالعناصر الجوهرية للعقد هي تلك التي تقتضيها طبيعة العقد ذاته، فإذا كان عقد بيع مثلاً فإن الإيجاب يجب أن يشمل تعيين الشيء المبيع تعييناً كاملاً وتحديد الثمن، ويستوفي الإيجاب شرط التحديد وحتى إن لم يتضمن كافة شروط العقد، كمكان وزمان تسليم المبيع، وهذه العناصر تعتبر ثانوية في العقد وهي لا تقتضيها طبيعة العقد، ولا تدخل في تكوينه بحيث لا يتوقف إنعقاد العقد عليها.

91 راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٧١

## شريف علاء الدين العطايف

ومن ثم فإن خلو الإيجاب منها يعني قبول الأطراف ضمناً الأخذ بالقواعد المكملّة، والتي أوردها الشارع بشأن هذا العقد، هذا ما لم يشترط الأطراف على أن العقد لن يتم عند عدم الاتفاق عليها، ففي تلك الحالة لا يعتبر اتفاق الأطراف عقداً.<sup>92</sup>

ففي ذات السياق، نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠ في مادتها ١٤ على الشروط الواجب توافرها في الإيجاب، على أنه

" (1) يُعتبر إيجاباً أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معيّنين، وكان محدداً بشكل كافٍ وتبيّن منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ويكون العرض محدداً بشكل كافٍ إذا عيّن البضائع وتضمّن صراحةً أو ضمناً تحديداً للكمية والتمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما. (2) ولا يُعتبر العرض الذي يُوجه إلى شخص أو أشخاص غير معيّنين إلا دعوة إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك."<sup>93</sup>

92 تتص المادة ٩٥ من القانون المدني على " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة."

93 المادة ١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع

وتشير هنا إلى أن الإيجاب الذي يتم بواسطة الإعلانات التجارية ووسائل الإعلام المختلفة الذي أثار جدلاً فقهيًا واسعاً في تحديد قوته الملزمة، فذهب جانب من الفقه إلى أن الإعلانات التجارية ليست لها قيمة قانونية ولا تدخل ضمن الرابطة التعاقدية على أساس أنها مجرد مبالغة وتقويم وامتداح للمنتجات والخدمات وإظهار مزاياها ولا تخرج عن كونها تدليس مباح يجوز للمعلن العدول عما ورد فيها.<sup>94</sup> وقد أيد القضاء المصري هذا الاتجاه في بعض أحكامه حيث اعتبر الإعلانات التجارية ليست لها قيمة قانونية واعتبرها مجرد دعوة للتعاقد.<sup>95</sup>

ألا أنه في حالة صدور إعلانات تجارية تتضمن الشروط الجوهرية لإبرام عقد إذعان، فإنه من الأرجح أن يعتبره القضاء المصري أيجاباً ملزماً يترتب على قبوله إبرام عقد إذعان حتى لو تضمن هذا الإعلان شرط ينص على أن إتمام التعاقد يتوقف على الموافقة النهائية للذاعن، فعلى سبيل المثال دعوة شركات الهاتف للجمهور لإبرام عقد معها طبقاً لشروطها المطروحة هي ايجاب ملزم يترتب على قبوله إبرام عقد إذعان، فهي ليست دعوة للتعاقد ولا يغير من طبيعة هذا الايجاب قيام شركة

94 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٧١ - ١٧٢.

95 فقد أوضحت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 8981 - لسنة 86 قضائية - تاريخ الجلسة 22-2017 " أن الإعلان عن الوظائف ليس إيجاباً من الشركة المعلنة ولا وعداً بالتعاقد بحيث يجب التعيين في الوظيفة الشاغرة إذا تبعه تقدم طالب الوظيفة لها أو نجاحه في الامتحان، إذ هو لا يعدو إلا أن يكون مجرد دعوة لشغل الوظيفة وهو ما يسمى بالدعوة إلى التعاقد؛ راجع أيضاً محكمة النقض المصرية الطعن رقم 749 - لسنة 46 قضائية - تاريخ الجلسة 2-1-1982.



الهاتف بوضع شرط يقضي بأن إتمام إجراءات التعاقد متوقف على موافقتها حيث أن هذا الشرط يعد من الشروط التعسفية التي يجوز للمحكمة أن تعفي الطرف المدعى منه.<sup>96</sup>

إضافة إلى ما تقدم، فإننا نؤيد الرأي القائل بأن الإعلانات التجارية عن المنتجات والخدمات بهدف اجتذاب الجمهور المستهلك وحثه على التعاقد، حتى وإن لم تكن لها طبيعة إذاعية وكانت موجهة إلى الجمهور بصفة عامة، هي في حقيقتها أقرب إلى الإيجاب منها إلى الدعوة للتعاقد وذلك بحكم التطور الحاصل على مستوى أساليب التعاقد التجاري بحيث أصبحت تلك الوسائل ذات تأثير كبير على إرادة المستهلك، ومن ثم فمن الواجب حمايته.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث أكدت أن الإعلانات التجارية الموجهة إلى الجمهور تتضمن إيجاباً ويترتب عنها المسؤولية العقدية لأنها تتضمن بيانات ومعلومات محددة وواضحة عن السلعة أو الخدمة متى اقترن بقبول متطابق وذلك في ماعدا العقود ذات الطابع الشخصي.<sup>97</sup>

ونشير إلى أن الاتجاه الذي ذهب إليه القضاء الفرنسي يتفق مع طبيعة الأمور والتطور الزمني الذي نعيشه الآن فليس من المتصور اعتبار السلع المعروضة على مواقع الأنترنت مثل Amazoun

<sup>96</sup> في هذا المعنى راجع محكمة النقض المصرية الطعن رقم 396 - لسنة 37 قضائية - تاريخ الجلسة 1974-3-12

<sup>97</sup> انظر احكام القضاء الفرنسي

Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 20 mars 1996, 94-10.759, Inédit; Cour de Cassation Chambre civile 3, du 28 novembre 1968, Bull. civ. III, n° 507; R. 1968-1969, p. 21; Gaz. Pal. 1969. 1. 95.

و Apple Store مجرد دعوة للتفاوض، حيث أن الشخص الموجه إليه الإعلان يقوم بشراء السلع بمجرد موافقته على العرض فيعتبر قبوله بمثابة موافقة على إيجاب تلك المواقع، ذلك إلا إذا ما اشترطت تلك المواقع في الاحكام والشروط العامة لها موافقتها على طلب الشراء، ففي تلك الحالة يمكن القول بأن تعبير المشتري عن رغبته في الشراء تعد إيجاباً.

أما الدعوة إلى التعاقد- وهو ما يشير إليه بعض الفقه على أنه دعوة إلى التفاوض- فهي ليست بإيجاب كما أوضحنا على الرغم من أن كان فريقاً من الفقه يرى أنها تتضمن إيجاباً يتعلق بإبداء رغبة موجهة من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر من أجل الدخول في المفاوضات بغية إبرام العقد النهائي، عن طريق المقترحات النهائية التي لا تصل إلى حد الإيجاب النبات والنهائي بالنسبة للعقد النهائي، وكلما تقدمت المفاوضات تكون المقترحات عرضة للتغيير والتبديل.<sup>98</sup>

إلا أننا نرى أنه لا يمكن اعتبارها إيجاباً، فالدعوة إلى التعاقد في الغالب لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهي بالتأكيد لا تتضمن نية الارتباط بالعقد النهائي، فهي مجرد نية للدخول في مناقشات حول شروط العقد وموضوعه وتقديم العروض المضادة أو البدائل تمهيداً لإبرام العقد في المستقبل. في حين أن الإيجاب يجب أن يتضمن بالضرورة هذه الشروط الجوهرية إضافة إلى النية القاطعة والحاسمة والنهائية في الارتباط بالعرض المطروح، وهو أيضاً ما يُفرق الإيجاب عن الوعد بالتعاقد الذي يستلزم وجود الشروط الجوهرية، ولكن شروط صلاحيته لا تتطلب وجود نية

أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٢٦

للارتباط بالعقد النهائي بعد حيث إن الوعد بالتعاقد يتضمن الشروط الجوهرية التي يجب توافرها في العقد النهائي أما فيما تبقى من شروط فقد تتجه نية المتعاقدين إلى الاتفاق عليها لاحقاً عند إبرام العقد النهائي. فنرى أن التفاوض أو الدعوة للتعاقد التي تتضمن وعد أو تعهد بالتفاوض، هي مرحلة أقل في قوتها الإلزامية من الوعد بالعقد، الذي يتضمن وعد أو تعهد بالتعاقد، وهي بدورها مرحلة أقل في قوتها الإلزامية من التعاقد ذاته الذي يتضمن وعد أو تعهد بتنفيذ التزام معين.

ومظهر آخر من مظاهر تفرقة الدعوة إلى التعاقد عن الإيجاب هو مدة كل منهما. فمرحلة المفاوضات النابعة عن الدعوة للتعاقد غالباً ما تستمر لمدة طويلة بحسب دراسة موضوع العقد، وشروطه وطبيعة الدراسات التي تجري في هذا الشأن وما قد تستلزمه من مدة قد تطول بحسب النواحي الفنية أو الاقتصادية أو السياسية مثلما هو الحال في عقود التجارة الدولية، والمثال على ذلك ما أجرته شركة McDonald's من تفاوض لمدة عشر سنوات تقريباً من أجل فتح مطاعمها في موسكو.<sup>99</sup> أما إبرام العقد - أي قبول الإيجاب - فلا يستغرق وقتاً طويلاً بحكم أنها تتم بصورة سريعة وفورية.

ويبدو الاختلاف جلياً بين مرحلة إبرام العقد ومرحلة التفاوض عليه، فمرحلة التفاوض لا تتضمن إيجاباً جازماً نهائياً وإنما تتضمن فقط عروضاً وعروضاً مضادة تكون قابلة للتعديل والتغيير خلال فترة المفاوضات، بينما في مرحلة إبرام العقد فإن إرادة الأطراف تتجه نحو الارتباط بالعقد عن طريق

أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ١٣.

تقديم عرض محدد وكاف يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه فإذا إقترن بقبول انعقد العقد فوراً.

ونظراً لأن معيار التفرة بين الدعوة إلى التعاقد والإيجاب هو مدى اشتمال العرض على المسائل الجوهرية للعقد والتي يتم تحديدها وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي، فإن التفرة بين الدعوة إلى التعاقد والإيجاب قد يكتنفها الكثير من الإبهام والغموض، وذلك بالنظر إلى اختلاف الظروف والملايسات، حيث يستقل قاضي الموضوع أو المحكم بتقدير ذلك عند تصديه لنظر النزاع. والمثال الدارج لذلك هو إرسال قائمة بأسعار. فقد يعتبر دعوة إلى التفاوض في ظروف معينة، ومن الممكن أن يعتبر أيجاباً في ظروف أخرى.<sup>100</sup>

ومهما يكن من أمر هذه التفرة، فإنه يمكن القول بأن التفرة بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب، هي في جوهرها تفرة وظيفية، فإذا كانت الدعوة إلى التعاقد هي مجرد إعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد، بغرض اكتشاف من تكون له رغبة مقابلة، وبغرض استدراج من توجه له الدعوة إلى تقديم عرض محدد للتعاقد، والاستجابة لمثل هذه الدعوة لا يؤدي إلى انعقاد العقد النهائي، وإن قد يؤدي إلى انعقاد الوعد بالتعاقد. أما وظيفة الإيجاب، فهي صياغة مشروع عقد يتضمن العناصر الجوهرية من أجل تحويله إلى اتفاق نهائي بمجرد اقترانه بالقبول من جانب من وجه له.

## شريف علاء الدين العطايف

ومن المتفق عليه أن الدعوة إلى التعاقد، أو كما يشير إليها جانب من الفقه بالدعوة إلى التفاوض، لا تعد

إيجاباً بالنسبة للعقد النهائي كما أوضحنا أعلاه، إلا أن أنصار نظرية عقد التفاوض يرون أنها

إيجاب ينعقد بقبوله اتفاق التفاوض!<sup>101</sup>

وبالتالي لمعرفة إذا ما كانت الدعوة للتعاقد يمكن تكييفها على أنها إيجاباً لعقد التفاوض يجب أن تتضمن

الدعوة إلى التعاقد جميع شروط الإيجاب الصحيح والملزم أي يجب أن تتضمن الدعوة إلى التعاقد

(١) الشروط الجوهرية والأساسية لعقد التفاوض، (٢) وأن تكون واضحة غير مبهمة، (٣) وأن تتم

عن نية قاطعة حاسمة باتة ونهائية لصاحب الدعوة بإبرام عقد التفاوض. إذاً يجب أن تتم الدعوة

للتعاقد بنية قاطعة حاسمة واضحة **بالالتزام** بالشروط الجوهرية لعقد التفاوض وهو ما سنتناوله

بالتفصيل عند بيان محل اتفاق التفاوض.

بيد أن طبيعة التفاوض ذاتها يكتنفها الكثير من الغموض وعدم الوضوح وذلك لعدم معرفة نية كل طرف

من الأطراف نية الطرف الآخر صراحة، كما أن الأطراف ذاتهم في ظل مرحلة التفاوض تتبلور

فكرة ومضمون التفاوض في أذهانهم، فإذا كانت الفكرة والمضمون واضحان لما احتاج الأطراف

للدخول في التفاوض من الأساس وإنما قاموا بالإيجاب والقبول. علاوة على ذلك فإن نية الأطراف

غير واضحة حتى بالنسبة للتفاوض لأنه، كما هو مبين أدناه، يجوز لكل طرف العدول عن

<sup>101</sup> أنظر رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق

## شريف علاء الدين العطايفي

التفاوض في أي لحظة إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد،<sup>102</sup> الأمر الذي يبين أن حتى نية المتعاقدين على التعاقد، ومن باب أولى نية المتعاقدين على التفاوض، غير واضحة وغير مؤكدة، الأمر الذي ينتفي معه القول بأن الدعوة إلى التعاقد هي إيجاب لاتفاق التفاوض وذلك لانتفاء شرطي النية الواضحة والنية الحاسمة الباتة.

ويرى فريق من أنصار نظرية "عقد التفاوض"، أن الإيجاب يصدر من أحد الطرفين بالدعوة إلى التفاوض على اقتراح مبدئي لبنود العقد النهائي، الذي يكون عرضة للتطوير والتقييد طيلة مدة التفاوض من طرفيه إلى أن يصل إلى الإيجاب النهائي للعقد المنشود، وبقبول الطرف الآخر لهذا الاقتراح المبدئي ينعقد عقد التفاوض. إلا أننا لا ننقق مع هذا القول لأن القبول هنا هو قبول لاتفاق مبدئي على مضمون العقد المراد إبرامه -the underlying contract subject to negotiations- والذي يكون عرضة للتغيير والتعديل، وليس قبول بأي شكل من الأشكال لاتفاق التفاوض وشروطه وأوضاعه الإجرائية، أضف إلى ما تقدم أن الاتفاق المبدئي، كما نبين أدناه، هو اتفاق أدبي ليس له أي قوة إلزامية.

102 فوقاً للرأي الراجح فقهاً وما استقرت عليه أحكام النقض المصري تعتبر المفاوضات عملاً مادياً بحثاً ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده دون أدنى تعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله طالما أنه لا يعدو خطأ في حد ذاته؛ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ١٧٢؛ وأحكام النقض المصري الطعن رقم ١٦٩٦ و ١٨٦٥ لسنة ٧٠ قضائية، تاريخ الجلسة ١٩ - ١ - ١٩٨٦؛ الطعن رقم ١٦٩٦ و ١٨٦٥ لسنة ٧٠ قضائية، تاريخ الجلسة ٢٣ - ١ - ٢٠٠٠؛ ولعل هذا الحكم ما هو إلا تطبيقاً إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد طالما لم يكن هذا العدول مصحوباً بسوء نية أو بتعسف في استخدام الحق كما سيتم إيضاحه أدناه.

كما أن ذلك " الاقتراح المبدئي " الذي يكيه أنصار نظرية " عقد التفاوض " على أنه إيجاب لعقد التفاوض، هو عرض "offer" مبهم وغير واضح نظراً لأن مرحلة التفاوض هي مبهمة وغامضة بطبيعتها، كما أنه لا يتضمن أية من العناصر الأساسية لعقد التفاوض، وإنما يتضمن بعض العناصر الغير مكتملة للعقد المراد إبرامه –the underlying contract subject to negotiations–، فلو كان الاقتراح المبدئي واضح وصريح لأعتبر إيجاباً للعقد المراد إبرامه وما كان هناك من داعٍ بالتفاوض من الأساس! كما أن هذا لاقتراح عرضة للتطوير والتقييد طيلة مدة التفاوض من طرفيه إلى أن يصل إلى الإيجاب النهائي للعقد المنشود فلا يتصور في التفاوض قبول الاقتراح بمجرد عرضه دون التطوير والتعديل والا اعتبر إيجاباً.

وعلى فرض أن الدعوة للتعاقد تتضمن جميع الشروط الجوهرية لاتفاق التفاوض – على الرغم من تسليمنا من صعوبة هذه الفرضية وإن لم تكن مستحيلة –، فإن هذه الدعوة لا تعبر عن النية الواضحة والقاطعة الحاسمة لصاحب هذه الدعوة بالالتزام بتلك الشروط حيث إنها في حقيقتها، كما سنرى في المبحث التالي، لا تتمتع بالقوة القانونية الإلزامية نظراً لعدم جواز فرضها على أية من أطراف التفاوض بما فيهم صاحب الدعوة. وبالتالي، تنتفي النية القاطعة والحاسمة لصاحب الدعوة للتعاقد على إبرام عقد تفاوض يكون ملزم به، وينتفي بالتبعية ركن الرضا لعدم وجود إيجاب ملزم حاسم وقاطع.

## المبحث الثالث

### عدم توافر ركن المحل في الاتفاق على التفاوض

يفرق الفقه والقضاء بين محل العقد ومحل الالتزام. فمحل العقد هو العملية التعاقدية التي يهدف إليها كل من المتعاقدين (كالبيع، الإيجار، الوكالة، إلخ...)، في حين أن محل الالتزام هو الفعل التعاقدية الذي يقوم به المتعاقدين فكل التزام قانوني له محل يتمثل في إما إعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل. ويكون "موضوع" محل الالتزام هو إما مال أو خدمة.<sup>103</sup>

تأكيداً لما سبق فإننا نرى أن محل العقد هو مجموعة الالتزامات الجوهرية والأساسية التي تقع على عاتق المتعاقدين وهي الالتزامات الخاصة بكل عقد على حدة والتي تميز ذلك العقد عن غيره من العقود (مثل الالتزامات الناشئة عقد البيع واختلافها عن الالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار)، بينما يكون محل الالتزام هو الالتزام بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل والذي يكون واحداً في جميع العقود ذات الطبيعة والنوع الواحد. ففي جميع عقود البيع يلتزم البائع بإعطاء شيء ألا وهو تسليم المبيع، وهذا الالتزام لا يختلف في أي عقد بيع، فهو متصور في جميع عقود البيع، وإن كان "موضوعه" أو "محلّه" يختلف باختلاف الشيء المبيع والذي يتخلف

<sup>103</sup> راجع في هذا المعنى عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار الشروق، ٢٠١٠، ص ١٦٠؛ المرجع الفرنسي Ph. DELEBQUE et al. "Droit des Obligations", Contrat et quasi-contrat, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, Paris, p. 143



## شريف علاء الدين العطاوي

بالطبع من عقد بيع لآخر. بمعنى آخر، في عقود بيع شقة سكنية أو بيع سيارة أو سهم، يقع على البائعين في جميع تلك العقود نفس الالتزام بإعطاء شيء ألا وهو تسليم المبيع، إلا أن الشيء المبيع ذاته وطريقة تسليمه تختلف بالتأكيد في جميع تلك العقود - على الرغم من كونها جميعاً بيعاً - وذلك لاختلاف محل الالتزام فالشقة تختلف عن السيارة وعن السهم.

ويرى جانب من الفقه أن عقد التفاوض تنشأ عنه التزامات خاصة به، بالإضافة إلى الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية والتي نعتبرها مجرد قرائن وشواهد وليست التزامات، وهي الالتزامات التي تتعلق بعملية التفاوض ذاتها من حيث تنظيم السير الإجرائي لها من لحظة الاتفاق على التفاوض والدخول الفعلي في المفاوضات، وتتبع سيرها وصولاً إلى لحظة انتهائها عندما يتوصل الطرفان إلى حسم جميع المسائل محل التفاوض.<sup>104</sup>

ومن هذه الالتزامات أيضاً ما يقع على عاتق الأطراف المتفاوضة والتي تهدف إلى ضمان الجدية في التفاوض، حتى لا تكون المفاوضات مجرد وسيلة يستخدمها المتفاوض من أجل تحقيق مصالح شخصية كاستطلاع حالة السوق أو الحصول على معلومات سرية متعلقة بالوضع المالي للمتفاوض معه، أو الحصول على معلومات سرية تتعلق بمنتج معين لإفشائها للغير أو استخدامها في غرض ما، أو أن يكون الغرض من المفاوضات إلهاء الطرف الآخر وتثنيته عن التعاقد مع

104 بو طباله معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص

الغير من أجل تفويت مكسب معين أو ربح مؤكد، أو تعطيل سير المنازعة أو الخصومة بحجة تسوية النزاع بصفة ودية. وفيما لي نورد الالتزامات التي يراها أنصار نظرية عقد التفاوض أساسية لتكوين العقد، هي الالتزام بالبدء في التفاوض، الالتزام بالاستمرار في التفاوض، والالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية عند تنفيذ تلك الالتزامات.

### المطلب الأول

#### الالتزامات الأساسية والجوهرية في اتفاق التفاوض

بادئ ذي بدء يجب الإشارة إلى أن أي بند أو شرط يتعلق بمضمون العقد النهائي لا يمكن أن يكون محل لاتفاق التفاوض فتلك الشروط أو البنود، في المرحلة قبل التعاقدية، يجوز أن تكون محلاً للاتفاقات التي تبرم قبل إبرام العقد مثل مذكرة التفاهم، أو الاتفاق الشرفي، أو الاتفاق المبدئي، أو الوعد بالتعاقد، وغيرها من الاتفاقات التي نتاولها بالتفصيل في هذا البحث مع بيان اختلافها عن اتفاق التفاوض في المضمون. فمحل اتفاق التفاوض يتضمن شرطين أساسيين وجوهريين يقعا على كل طرف من أطراف التفاوض هما الالتزام بالدخول والاستمرار في التفاوض على بنود العقد النهائي، فكلاهما التزامان بالقيام بعمل وهو التفاوض، ويكون "موضوع" العمل هو التفاوض.<sup>105</sup>

<sup>105</sup> فكما هو معروف في عقد البيع العقاري يكون موضوع التزام البائع بالقيام بعمل هو نقل الملكية عن طريق تسجيل عقد البيع، فالالتزام هو القيام بعمل موضوعه هو تسجيل عقد البيع، ففي اتفاق التفاوض يكون التزام المتفاوضين هو القيام بعمل موضوعه هو مناقشة شروط وبنود العقد النهائي.

## الفرع الأول البدء في التفاوض

يتضمن هذا الالتزام المبادرة باتخاذ الإجراءات والأعمال اللازمة لمباشرة التفاوض كالذهاب إلى مائدة المفاوضات في الموعد المتفق عليه، أو إرسال أول مقترح لبنود العقد أو التعبير سواء شفاهة أو كتابة عن أول مقترح للعقد، أو الاتفاق شفاهة من خلال مكالمة على النقاط الرئيسية التي سيتم التفاوض عليها، فجميع تلك المبادرات يمكن اعتبارها بمثابة اللحظة التي تبدأ فيها فعلياً عملية التفاوض، حيث تفتح المفاوضات، ويجري مناقشة شروط العقد المراد إبرامه من كافة جوانبه والسبل المؤدية إليه وتفاذي كافة العقبات التي تحول دون إبرامه.<sup>106</sup>

والالتزام ببدء التفاوض يقع على عاتق طرفي التفاوض معاً، بغض النظر عن الطرف الذي بادر باقتراح التفاوض. أما عن تحديد ميعاد بدء التفاوض فقد يتفق عليه الأطراف صراحة، أو يستدل عليه بالرجوع إلى نيتهم. ويرى الرأي القائل بأن الالتزام بالدخول في التفاوض هو التزام تعاقدي مصدره عقد التفاوض وفقاً لما حكمت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٥ مايو ١٩٩٢.<sup>107</sup> فقد تناول هذا الحكم مسألة عدم البدء في المفاوضات من الأساس حيث تتلخص وقائع النزاع، موضوع الحكم المشار إليه، في أن مندوب شركة التأمين، وبعد تقديم استقالته لشركة التأمين، قامت

١٠٦ أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٢٤

١٠٧ بوطالبة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص

## شريف علاء الدين العطاوي

الأخيرة بتعيين من يقوم مقامه دون انتظار الشركة فوات الفترة التي يحق فيها للمندوب المستقيل أن يقترح على الشركة من يخلفه في مكانه، ويرى البعض أن محكمة النقض قد أيدت حكم محكمة الموضوع والذي قضى بخطأ مسلك شركة التأمين بأن أضعاع على المندوب حقه في أن يفتح المفاوضات ويقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده وتعامله بشروط أفضل.<sup>108</sup>

إلا وأنه بقراءة هذا الحكم نجد أن القضاء الفرنسي قد اعتبر أن عدم التفاوض فيه حرمان من أحد المزايا التي يكفلها القانون وليس العقد، لمندوب الشركة المستقيل، وعليه عقدت المسؤولية التصريحية للشركة وليست المسؤولية العقدية!<sup>109</sup> فلو كان صحيح أن هذا الالتزام هو التزام تعاقدي، لكان الإخلال به يستدعي أن تصدر المحكمة حكمها وفقاً لأحكام المسؤولية التعاقدية، وهو ما لم تحكم به.

وعلى صعيد آخر، يرى مؤيدي نظرية عقد التفاوض أن محكمة النقض الفرنسية في قضية رينو الشهيرة قد اعتبرت شركة رينو مسؤولة تعاقدياً عن رفضها الدخول في التفاوض مع طالب العمل، الذي تعهدت تجاهه من قبل بأن تبحث معه إمكانية إعادته للعمل عندما يسمح بذلك نشاط مشروعها، حيث إن المحكمة استخلصت من هذا التعهد وجود اتفاق تفاوض بين الطرفين، وبناءً عليه رأت

<sup>108</sup> بو طبالة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص

<sup>109</sup> انظر حكم النقض الفرنسي

Cour de Cassation, Chambre civile, 15 mai 1992, Bull. Civ. N. 143, p. 71; Rev. Trim. De Droit Civ., 1993, p. 344, obs.

## شريف علاء الدين العطايفي

أن الشركة قد أخطأت بامتناعها عن الدخول في التفاوض مع طالب العمل رغم اكتمال تشغيل

المصانع، لذا تقوم مسؤوليتها العقدية.<sup>110</sup>

إلا إنه يتبين من الاطلاع على حيثيات حكم محكمة النقض في هذا النزاع والأحكام التالية عليه، أن

الطاعن السيد مارشال نعى على الحكم المطعون فيه والقاضي بأن شركة رينو لم تلتزم حقاً

بإعادته إلى العمل على الرغم من الخطابات المتبادلة المؤرخة ١٩ يناير و٢٤ مايو ١٩٤٥ التي

تتضمن «تفاهق مبدئي» بدراسة إمكانية اعادته للعمل عند عودة الشركة لممارسة نشاطها

الاقتصادي. وقد قامت الشركة بتعيين موظفين بها في الفترة ما بين ١٩٤٦ إلى ١٩٥١ من دون

دراسة أو فحص لطلبه بإعادته للعمل، إلا أن محكمة النقض الفرنسية أيدت الحكم المطعون فيه

حيث قضت بأن "طالما أن قاضي الموضوع قرر بأن الخطابات محل النزاع لا تتضمن أية التزام

يقع على عاتق الشركة يفيد بطريقة حاسمة وبإتة التزامها بإعادة السيد مارشال إلى الشركة في

حالة وجود أول وظيفة شاغرة أو في حالة تحقق بعض الظروف المحددة، وحيث أن الشركة لم

تعبير عن إرادتها بشكل مؤكد لا يشوبه أي غموض، وعدم قيام السيد مارشال بتقديم دليل على

التزامها تجاهه، فيكون الحكم المطعون فيه قد قام على أسباب ومبررات سائغة".<sup>111</sup> وقد أكدت

محكمة النقض أن حكمها متطابق مع حكمها السابق الصادر ٢٤ مارس ١٩٥٨.<sup>112</sup>

110 رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٥٩٤

111 انظر حكم النقض الفرنسي

Cour de cassation, sociale, 25 novembre 1960 Publié au bulletin, N° 1080.

"Attendu que Marchal reproche encore au jugement attaque d'avoir décidé que la régie Renault ne s'était pas véritablement engagée à le réintégrer, alors que

بناء على ما تقدم يتضح أن محكمة النقض الفرنسية لم تعتبر الالتزام بفحص ودراسة الطلب التزام تعاقدي ينشأ عن عقد التفاوض، بل إنها قضت بأن تبادل الخطابات بين كل من السيد مارشال وشركة رينو لا يعدو أن يكون مجرد "اتفاق مبدئي" ليس له أي قوة إلزامية، ولم تكيفه على أنه اتفاق تفاوض أصلاً، حيث أن الشركة لم يصدر منها أي تعبير عن إرادتها بالتزامها بإعادة الطاعن إلى العمل، وعليه لم تعقد أي مسؤولية للشركة لا عقدية ولا حتى تقصيرية على الرغم من عدم قيام الشركة من فحص ودراسة أمر إعادة العامل من الأساس!

---

*les lettres des 19 janvier et 24 mai 1945 contiennent un accord de principe d'examiner la possibilité de le réintégrer dès la reprise d'activité de l'entreprise et que la régie reconnaît avoir recruté son personnel de 1946 à 1951 sans avoir examiné son cas;*

*Mais attendu que les juges du fond ont estimé que les lettres litigieuses ne contenaient aucun engagement de la régie de procéder à la réintégration de Marchal de façon ferme, ni dans le premier poste vacant, ni des la réalisation de certaines circonstances précises ;*

*Qu'en en déduisant, sans les dénaturer, qu'à défaut de manifestation de volonté certaine et non équivoque de la régie, Marchal ne rapportait pas la preuve d'un engagement de sa part, le jugement attaque a légalement justifié sa décision ;*

*Par ces motifs : rejette le pourvoi formé contre le jugement rendu le 14 février 1959, par le tribunal civil de Versailles. No 59-40.513. Marchal c/ régie nationale des usines Renault. Président : m. Verdier. - rapporteur : m. Laroque. - avocat général : m. Fenie. - avocats : mm. Lemanissier et labbe. Dans le même sens : sur le no 2 : 24 mars 1958, Bull. 1958, iv, no 452, p. 329 et les arrêts cités*

انظر حكم النقض الفرنسي

112

Dans le même sens : sur le no 2 : 24 mars 1958, bull. 1958, iv, no 452, p. 329 et les arrêts cités

## شريف علاء الدين العطايفي

فعلى الرغم مما يذهب إليه الرأي القائل بأن الالتزام ببدا المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية،<sup>113</sup> حيث إن الطرف المدين بهذا الالتزام ملزم بتحقيق هذه النتيجة والمتمثلة في مجرد البدء في التفاوض، ومن ثم فإن امتناعه عن تنفيذ هذا الالتزام خلال مدة زمنية معقولة، يعد إخلالاً منه بهذا الالتزام مما يؤدي إلى مسؤوليته العقدية، إلا أن محكمة النقض الفرنسية في الحكم السابق، لم تعتبر عدم البدء في التفاوض إخلالاً ولم ترتب عليه أية مسؤولية. ولعل الأمر كان ليختلف إذا ما استطاع الطاعن تقديم الدليل على أن الشركة قد التزمت بإرادة قاطعة حاسمة باتة بإعادته إلى العمل، الأمر الذي يمكن تكييفه على أنه وعد بالتعاقد، أو على الأقل إذا ما استطاع الطاعن أن يثبت أن نكول الشركة عن التزامها الأدبي بالنظر في طلبه كان مشوباً بسوء نية وتعسف في استعمال الحق يستدعي مسائلتها تقصيراً.

علاوة على ما تقدم، فإن الحكم المذكور لم يشير مطلقاً إلى وجود ما يسمى بعقد التفاوض وإنما أشار إلى وجود "اتفاق مبدئي" وهو اتفاق مختلف شكلاً ومضموناً عن اتفاق التفاوض،<sup>114</sup> فهو صورة مبدئية لعقد لا تشمل جميع المسائل الرئيسية والجوهرية والتي بدونها لا يقوم العقد ولا يكون له قيمة قانونية الزامية! بل إن الإشارة للاتفاق المبدئي على أنه عقد تفاوض،<sup>115</sup> مرة أخرى، إنما ينم عن الخط واللبس الشديد بين محل الاتفاق المبدئي ومحل اتفاق التفاوض.

<sup>113</sup> بو طبالة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق،

ص ٦٨، رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٥٩٤

<sup>114</sup> أنظر أعلاه الفقرة ٦٥ وما بعدها

<sup>115</sup> رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٥٩٤

ويبين من الحكم السابق أن عدم الدخول من الأساس في المفاوضات لا يترتب أية مسؤولية وذلك دون البحث عن أسباب ومبررات عدم الدخول. ففي جميع الأحوال لا يترتب على عدم الدخول من الأساس في المفاوضات أية مسؤولية، سواء كان عدم الدخول راجع لأسباب سائغة أو غير سائغة طالما لم يشوبه سوء نية أو تعسف. فالمعيار إذا هو وجود سوء النية لدى الطرف المخل أو تعسفه، فالإخلال بالالتزام بالتفاوض في حد ذاته لا يغير من شيء، وهو عين ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها أعلاه.

### الفرع الثاني

#### الاستمرار في التفاوض

يرى جانب من الفقه أن الاستمرار في التفاوض هو أحد الالتزامات التعاقدية التي يكون مصدرها عقد التفاوض، حيث يلتزم أطراف التفاوض بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه، وهو التزام ببذل عناية يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين يفرضه عليهما عقد التفاوض وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية وشرف التعامل وبذل الجهود والمساعي بصورة إيجابية بغية التوصل إلى إبرام العقد، غير أن ذلك لا يعني التزامهما بإبرام العقد النهائي.<sup>116</sup>

<sup>116</sup> بو طبالة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص ٧١ علي احمد صالح، "المفاوضات في العقود الدولية"، المرجع السابق، ص ٣٨٧؛ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٥٩٥.



ووفقاً لهذا الرأي لا يُقبل انسحاب المفاوض في أي وقت يشاء من المفاوضات دون الاستناد إلى مبرر جدي أو موضوعي، كما لا يجوز له أن يقف موقفاً سلبياً إزاء كل ما من شأنه أن يعيق سير المفاوضات، بل يجب عليه بذل كل ما في وسعه لتذليل العقبات وذلك من أجل استمرار التفاوض بطريقة جدية وهادفة.<sup>117</sup> فوفقاً لهذا الرأي ليس كل قطع للمفاوضات تتعدّد بسببه المسؤولية التعاقدية، وإنما قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع يجوز أن يكون سبباً لانعقاد المسؤولية التعاقدية، إذ أن ذلك يعدّ إخلالاً واضحاً بالالتزام بالتفاوض بحسن نية".<sup>118</sup>

إلا أن هذا القول ينم عن خلط بين الالتزام بالاستمرار في التفاوض ومبدأ حسن النية، فمحل النقاش هنا هو الالتزام بالاستمرار في التفاوض. وعليه فإن المسألة القانونية محل النقاش يجب أن تقتصر على ما إذا كان قطع المفاوضات بدون مبرر هو خطأ عقدي أم لا. بعبارة أخرى، في حالة اعتبار الاستمرار في التفاوض هو حقاً التزام ببذل عناية يقع على عاتق المدين، يكون التساؤل المطروح لتحديد إذا ما كان المدين قد ارتكب خطأ تعاقدي هو "هل راعى المدين في سلوكه وقطعه للمفاوضات حيطة الرجل المعتاد أم لا؟" وذلك بغض النظر عن سوء نيته لأن الفرضية هنا هو أن المدين لم ينفذ التزامه وبالتالي لا محل للحديث عن نظرية "تنفيذ الالتزام بحسن نية"!

<sup>117</sup> بو طبالة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، المرجع السابق، ص ٧١

<sup>118</sup> رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٥٩٤-٥٩٥، ونرى أن الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية مصدره المادة ١٤٨ من التقنين المدني المصري.

وفي حقيقة الأمر قطع المفاوضات سواء بمبرر أو غير مبرر ليس فيه أي اخلال بالالتزام بالاستمرار في التفاوض والدليل على ذلك هو قول أنصار مذهب عقد التفاوض أنفسهم، مما يعني أن قطع المفاوضات بدون مبرر لا يخالف سلوم الرجل المعتاد في هذا الشأن.

فالأصل - كما يقره الجميع حتى أصحاب نظرية عقد التفاوض -<sup>119</sup> أن لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده دون أن يتعرض لأية مسؤولية، وهو مسلك يتفق مع سلوك الرجل المعتاد في هذا الشأن، وعليه فإن عدم التفاوض أو عدم الاستمرار فيه لا يعد اخلال بالتزامات التفاوض. فقول أصحاب نظرية عقد التفاوض أن قطع المفاوضات لا يكون خاطئاً إلا إذا انعدم فيه المبرر المشروع ... إذ يتعين على المتفاوض أن يمارس حريته في قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية وإلا كان مخالفاً بالتزامه الرئيس بالتفاوض بحسن نية" يؤكد أن الخطأ في قطع المفاوضات الذي قد تتعقد بسببه المسؤولية هو ببساطة عبارة عن تعسف في استخدام حق "حرية التعاقد" بطريقة تتنافى مع مبدأ حسن النية.

كما أنه من المسلم به أن قيام أحد المتعاقدين بقطع المفاوضات هو وبلا شك استعمال لحقه في حرية التعاقد، كما إنه ليس من المتصور أو المعقول قانوناً أن ينطوي استعمال الحق على خطأ، اللهم

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٥٩٥

119

## شريف علاء الدين العطايف

إذا انطوى هذا الاستعمال على تعسف، ففي تلك الحالة فقط تقوم المسؤولية التقصيرية وليست

العقدية!

ووجهة نظرنا إن معيار الخطأ التقصيري في حالة قطع المفاوضات يقتصر على تحقق صورة من صور التعسف في استخدام الحق الثلاثة المنصوص عليها في المادة ٥ من القانون المدني فقط. وبالتالي فإن لم يثبت الطرف المضرور من قطع المفاوضات (١) بأن الطرف الذي قام بقطع المفاوضات قد قصد الإضرار بالغير، مما ينم عن سوء نية؛ أو (٢) أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها الطرف الذي قام بقطع المفاوضات قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الطرف الآخر من ضرر بسببها؛ أو (٣) أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها الطرف الذي قام بقطع المفاوضات غير مشروعة، لا يعتبر الأخير مخطئاً ولا متعسفاً في استخدام حقه، حتى ولو كان السبب في قطع التفاوض راجعاً إلى أسباب أو أهواء شخصية فهو له حرية أصيلة في التعاقد من عدمه تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة.

فالتفرقة التي يتبعها أنصار عقد التفاوض بين ما إذا كان قطع المفاوضات له مبرر مشروع وبالتالي ينتفي الخطأ أم ليس له مبرر مشروع وبالتالي يوجد خطأ، إنما تدعم رأينا القائل بأن مبدأ حسن النية هو ليس التزام بالمعني الضيق للمصطلح، إنما هو واجب عام يحكم كيفية استعمال الحقوق أو تنفيذ أية التزام تعاقدية كان أو قانوني، منها الحالات الواردة بالمادة ٥ من القانون المدني على سبيل المثال التي تبين كيفية استعمال الحق دون تعسف.

## الفرع الثالث

### الالتزام بمبدأ حسن النية

### ليس التزام جوهري خاص باتفاق التفاوض

يرى جانب من الفقه أن الالتزام الرئيسي في عقد التفاوض هو الالتزام بالتفاوض بحسن نية دون وجود أدنى التزام على طرفي الاتفاق بإبرام العقد النهائي، فيكون لكل متفاوض مطلق الحرية في العدول عن المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية، طالما أن عدوله قد تم بحسن نية<sup>120</sup>، إذ أن العدول عن المفاوضات في آخر لحظة لا يعتبر خطأ تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة إلا لو صاحب هذا العدول سوء نية أو تعسف في استخدام حق حرية التعاقد.<sup>121</sup> كما يرى ذلك الاتجاه أن مضمون عقد التفاوض يختلف من حالة إلى أخرى بحسب أهمية العقد المتفاوض عليه. فقد يكتفي الطرفان بتقرير اتفاقهما على إجراء التفاوض، وقد يحرصا بالإضافة إلى ذلك على بيان الالتزامات التي تقع على عاتقهما أثناء التفاوض، مثل الالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون، والالتزام بالمحافظة على الأسرار.

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٩٧

120

خلافاً لهذا الرأي راجع رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

121

وعلى الرغم من أن قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع يجوز أن يكون سبباً لانعقاد المسؤولية، ولكن المسؤولية محل النظر هنا ليست بالضرورة المسؤولية العقدية. فقطع المفاوضات بدون مبرر مشروع هو إخلال بواجب مراعاة حسن النية في المعاملات عامة، والتي تشمل بالضرورة المفاوضات، فنحن نرى أنه ليس التزام يتولد عن اتفاق التفاوض، بل إنه التزام عام مصدره القانون ينطبق على المعاملات بكافة صورها.

لذا فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يعتبر واجب حسن النية، التزام جوهري خاص بعقد التفاوض، أم أنه مجرد واجب عام ينطبق على جميع المعاملات، وما هو مصدره؟ هل هو القانون أم إرادة المتعاقدين؟

نوضح في إيجاز أن مبدأ حسن النية هو من الواجبات العامة التي يلتزم بها الأفراد في جميع تعاملاتهم سواء التعاقدية أي أثناء تنفيذ العقد، وذلك حسبما تقتضي به المادة ١٤٨ من التقنين المدني، أو غير التعاقدية أي أثناء تعاملاتهم اليومية، وذلك حسبما تقتضي به نصوص المواد ٥ و ١٢١ و ١٥٠ من التقنين المدني.<sup>122</sup> فهو واجب قانوني عام يجب مراعاته عند تنفيذ الحقوق والالتزامات، فهو ينطبق على جميع التصرفات القانونية والمادية.

122 فالمادة ٥ توضح حالات التعسف في استخدام الحق والتي تنطبق في جميع حالات استخدام الحق في الانسحاب من المفاوضات أو الحق في عدم التعاقد، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، الذي قد يتم استخدامه بطريقة تعسفية وهو ما يعد مخالفة وإخلال لمبدأ حسن النية في التفاوض؛ كما تنص المادة ١٢١ من التقنين المدني على ضرورة مراعاة "ما ينبغي في التعامل من حسن النية." ورتبت على مخالفته إمكانية بطلان العقد، في حالة توافر شروط الغط وانعقاد المسؤولية التقصيرية إن توافرت شروطها؛ وهو أيضاً ما

## شريف علاء الدين العطايفي

كما أسلفنا فإن جانب من الفقه يرى أن مقتضيات مبدأ حسن النية هي الالتزامات الجوهرية والأساسية لعقد التفاوض. إلا أننا نختلف مع هذا الرأي لأن تلك المقتضيات هي ليس بالالتزامات وإنما هي قرائن وشواهد على وجود حسن النية أو انتقائها، علاوة على ذلك مبدأ حسن النية نفسه هو مبدأ عام لا يقتصر على المفاوضات فقط وإنما يشمل جميع المعاملات المدنية عند القيام، أي هو المبدأ الحاكم لأي عمل مادي أيًا كان، حيث إنه ينظم ويحكم الطريقة التي ينفذ بها العمل محل التزام، ولكنه ليست التزام في حد ذاته.

فإقدام رب عمل على التعاقد مع عامل يعمل لدى منافس له دون علم هذا المنافس، يعد عملاً ماديًا بالنسبة لرب العمل حيث إنه من الغير وبالتالي ليس ملزم ببند عقد العمل المبرم بين العامل وذلك المنافس، إلا أن فعله يتعارض مع مبدأ حسن النية وامتناعه عن إعلام المنافس بقيامه بالتفاوض مع عامله إنما هو قرينة على سوء النية. كما أن التقدم بطلب الحصول على رخصة معينة أو الحصول على الجنسية، وهو أيضاً عمل مادي، يجب أن يكون بحسن نية ولا يجوز لمقدم الطلب الكذب أو التضليل من أجل الحصول على طلبه، فواجب حسن النية ينطبق على هذا الطلب على الرغم من عدم كونه تصرفاً قانونياً؛ بمعنى آخر واجب حسن النية ينطبق في هذا النوع النوع من المعاملات على الرغم من انتفاء وجود أي علاقة تعاقدية.

ذهبت إليه المادة ١٥٠ حيث نصت على ضرورة توافر "أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"

P. Piotet, "La culpa in contrahendo aujourd'hui", Revue suisse de jurisprudence. - Zürich. - Vol. 77(1981), no 14, p. 225-233, spec. P. 229.

كذلك الأمر عند تنفيذ أي تصرف قانوني مثل الالتزامات التي تقع على عاتق المستأمن من واجب تعاون مع المؤمن له بإخطاره بوقوع الكارثة وإعلامه ببيانات ومواصفات الخطر، وواجب التعاون بين الشركاء في تنفيذ عقد الشركة،<sup>123</sup>، والتزام المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع في الوقت ملائم،<sup>124</sup> وإذا كشف عيباً في المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به خلال مدة معقولة،<sup>125</sup> ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة،<sup>126</sup> إلخ... كل هذه أفعال مادية مصدر إلزاميتها هو العقد وتخضع في نفس الوقت لمبدأ حسن النية بموجب المادة ١٤٨ من القانون المدني.

ويتضح لنا أن جميع التصرفات السابقة لها قاسم مشترك وهو مراعاة مبدأ حسن النية ومقتضياته، وهي لا تعتبر من الالتزامات الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها ولا تكون من الالتزامات الجوهرية التي يجب أن تتضمنها أي من تلك العقود السابقة على الرغم من توافرها في جميع هذه العقود.

123 راجع المواد ٥٣٠، ٥٣١ من القانون المدني المصري؛ أنظر أيضاً عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٥٤١ وما بعدها.

124 راجع المادة ٤٤٠ من القانون المدني المصري

125 راجع المادة ٤٤٩ من القانون المدني المصري

126 راجع المادة ٥٧٠ من القانون المدني المصري، وإن كنا نرى أن هذا الالتزام وإن لم يكن منصوص عليه في العقد، هو التزام يقع على عاتق المستأجر وفقاً لأحكام القانون المدني والقواعد الكاملة المنصوص عليها في احكام عقد الإيجار باعتباره أحد العقود المسماة التي اعتنى بتنظيمها المشرع.

## شريف علاء الدين العطايف

كما أن الحجة القائلة بأن مبدأ حسن النية هو التزام جوهرى لعقد التفاوض لأن التفاوض على العقد لا يستقيم بدونه هي حجة غير مقنعة، لأن القيام بأي عمل مادي أو تنفيذ أي تصرف قانوني لا يستقيم بدون مراعاة حسن النية! فهو ليس معياراً فاصلاً للقول بأنه التزام جوهرى لعقد التفاوض، فمبدأ حسن النية أساسى وجوهرى للاستجابة لطلب الحصول على رخصة، أو ترقية، وبدونه لا يستقيم الطلب.

وحتى مع التسليم بأن مبدأ حسن من الالتزامات الجوهرية، على الرغم من عدم كونه كذلك، فإن هذه الفرضية تقتضى أن يتم النص عليه صراحة في إيجاب عقد التفاوض وإلا صار الإيجاب دعوة للتعاقد وذلك لضرورة أن يشمل الإيجاب جميع مسائل العقد الجوهرية.<sup>127</sup> إلا أن أنصار نظرية عقد التفاوض يرون أنه يفرض على الطرفين بمجرد اتفاقهما على الدخول في التفاوض، حتى ولو لم ينصا عليه صراحة، مما يعنى أن الإيجاب قد يخلو منه، وهو أمر غير مقبول إذا ما سلمنا أنه من الالتزامات الجوهرية الواجب الاتفاق عليها وذكرها في الإيجاب. فالقول بأنه التزام " يفرض على الطرفين ... حتى ولو ينصا عليه صراحة " ليس له إلا دلالة واحدة تتفق مع رأينا وهي أنه مبدأ عام يحكم كيفية تنفيذ جميع التصرفات الأفعال المادية.

بناء على ما تقدم نرى أن محل اتفاق التفاوض يتضمن التزامين أساسيين لا ثالث لهما؛ ألا وهما الالتزام بالبدء في التفاوض والالتزام بالاستمرار في التفاوض، وبالتمعن في هذين الالتزامين الأساسيين



## شريف علاء الدين العطاڤي

الجوهريين يتضح لنا أن هذين الالتزامين ليسا أكثر من مجرد التزامين طبيعيين فلم تتجه نية أطراف التفاوض إلى ترتيب أي آثار على عدم القيام بها. وهما التزامان أحدهما يقتضي القيام بعمل، ألا وهو البدء في التفاوض، والآخر الامتناع عن عمل، ألا وهو الامتناع عن الانسحاب من المفاوضات.

### المطلب الثاني

#### الطبيعة الأدبية للالتزامات الجوهريّة محل اتفاق التفاوض

إن الالتزامات الجوهريّة لاتفاق التفاوض هي التزامات طبيعية أدبية لا قانونية إذ أنها تتعارض مع مبدأ حرية التعاقد، كما أنها لا تقبل التنفيذ العيني جبراً عن الدائن وأن النص على التفاوض في العقود ما هو في حقيقة الأمر إلا التزام طبيعي أدبي غير ملزم قانوناً.

### الفرع الأول

#### مخالفة الالتزامات الجوهريّة محل اتفاق التفاوض لأحكام الدستور والنظام العام

## شريف علاء الدين العطايف

في الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل يشترط أن يكون العمل محل أو موضوع الالتزام محدد ومعين أو قابل للتحديد والتعيين،<sup>128</sup> وهو ما لا يتوافر في الالتزامات الجوهرية محل اتفاق التفاوض. فأنا نرى أن الالتزامات الناتجة عن اتفاق التفاوض سواء بالبداية في التفاوض أو الاستمرار في المفاوضات، هي في حقيقتها التزامات غير محددة وغير واضحة إلى حد كبير حيث فيه يتناقش الطرفان ويتفاهمان ويتساومان حول بنود العقد النهائي دون وجود أي التزام حقيقي يقع على عاتقهما بالقيام بهذا العمل نظراً لحريةهما التعاقدية.

كما أنها التزامات محلها عمل غير محدد لأنه غير مؤكد وغير محدد الآثار، والدليل على ذلك هو صعوبة مهمة المحاكم في تقدير التعويض الناتج عن عدم الدخول في المفاوضات والتعسف في استخدام الحق في حرية التعاقد، فيصعب احتساب الربح الفائت أو حتى التعويض عن فوات فرصة تحقيق الربح الفائت لعدم تأكد إبرام العقد، فنتيجة المفاوضات دائماً نتيجة احتمالية، فلا يمكن التحقق مما إذا كانت هذه المفاوضات ستكلل بالنجاح أم لا حتى ولو احترمت هذا الاتفاق.

128 راجع المادة 133 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "I- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً؛" عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 375، 286

## شريف علاء الدين العطايفي

علاوة على ما سبق، يشترط في الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أن يكون ممكناً أي ليس مستحيل وتشمل الاستحالة هنا الاستحالة المطلقة سواء كانت مادية أو قانونية.<sup>129</sup> كما يجب أن يكون الفعل مشروع وجائز قانوناً،<sup>130</sup> فلا يجوز أن يكون محل الالتزام مخالف لقاعدة دستورية أو مقيد لحرية عامة.<sup>131</sup>

فعلى سبيل المثال الالتزام على التصويت لصالح شخص معين يعد باطلاً لما فيه من اعتداء على مبدأ حرية التصويت، كما أن الالتزام بعدم المنافسة في عقود العمل، إذا لم يكن محدد في مدته ومكانه، يعتبر باطلاً لما فيه تعارض مع مبدأ حرية العمل.<sup>132</sup>

في ذات السياق نرى أن الالتزام بالدخول في التفاوض أو الاستمرار في المفاوضات باطلاً لما فيه من تعارض مع مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سلطان الإرادة. فمبدأ حرية التعاقد يجد سنده في المادة ٥٤

<sup>129</sup> راجع المادة ١٣٢ من القانون المدني المصري التي تنص على *إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته*

*كان العقد باطلاً*؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٨٣-٣٨٦

<sup>130</sup> راجع المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه *إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام*

*العام أو الآداب كان العقد باطلاً*؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

<sup>131</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام،

الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٤٠٢-٤٠٦.

<sup>132</sup> انظر المواد ٦٨٦، ٦٨٧ من القانون المدني المصري.

Ph. DELEBQUE et al. "Droit des Obligations", Contrat et quasi-contrat, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, Paris, p. 158-159.

Alain BÉNABENT, "Droit des Obligations", LGDJ, 18<sup>ed.</sup>, 2019, pp. 148 -150

## شريف علاء الدين العطايف

من دستور ٢٠١٤ وفقاً لما أقرته المحكمة الدستورية العليا حيث اعتبرت تلك المادة هي أحد عناصر حرية التعاقد، التي تعد أحد روافد الحرية الشخصية، التي كفلها الدستور، واعتبرها حقاً طبيعياً، لا يجوز المساس به.<sup>133</sup> فحرية التعاقد تعد من النظام العام الذي لا يجوز لمحل العقد مخالفته.

كما أوضحت المحكمة الدستورية العليا في حكم آخر لها أن «حرية التعاقد قاعدة أساسية يقتضيها الدستور صونا للحرية الشخصية التي لا يقتصر ضمانها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، بل تمتد حمايتها إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي ينبغي أن يملكها كل شخص، فلا يكون بها كائننا يحمل على ما لا يرضاه».<sup>134</sup>

وفي هذا السياق، نود أن نشير إلى أن المشرع الفرنسي لم يقدّم بالغاء المحل في التعديل التشريعي الأخير للقانون المدني الفرنسي كما يزعم البعض، فقد أبقى على نفس شروط المحل حيث نص في مواده ١١٦٣ و ١١٦٢ على ضرورة أن يكون محل الالتزام محدداً وممكناً، كما نص على أن شروط بنود العقد يجب ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة. كل ما هنالك أنه قد مزج السبب والمحل في فكرة واحدة أشار إليها "بالمضمون"، فقد أبقى على شروط كل منهما في بنود مستقلة من مواد التشريع الجديد، فأصبح الإخلال بتلك البنود هو سبب البطلان دون البحث نظرياً عما

133 المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 148 - لسنة 32 قضائية - تاريخ الجلسة 6-4-2019

134 المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 226 - لسنة 30 قضائية - تاريخ الجلسة 4-11-2017

إذا كان البطلان راجع للمحل أو للسبب، فهجر تلك التفرقة النظرية وأصبح أكثر عملية

وإبراجماتية.<sup>135</sup>

وبالتالي، وإعمالاً لمبدأ حرية التعاقد المقرر في القانون المصري والتشريعات المقارنة، لا يعارض

أنصار عقد التفاوض أن لكل متفاوض مطلق الحرية في عدم الدخول في المفاوضات أو قطع

المفاوضات دون أدنى مسؤولية طالما أن الامتناع عن التفاوض له مبرره الموضوعي أو

الاقتصادي حتى ولو أضر بسبب ذلك الامتناع المتفاوض الآخر.<sup>136</sup>

الأمر الذي وإن دل على شيء فهو يدل وبلا قطع على أن هذا للالتزام هو التزام أدبي طبيعي. ففي جميع

العقود المسماة والغير مسماة لا يجوز للمدين بأي التزام تعاقدية الامتناع عن تنفيذ الالتزام، سواء

كان التزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، بحجة أنه له مبرر موضوعي أو اقتصادي وأنه حسن

النية. فإنه من غير المعقول قانوناً القول بأن البائع لا يكون مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزامه بتسليم

المبيع إذا كان الامتناع عن التسليم له مبرره الموضوعي أو الاقتصادي،<sup>137</sup> فهذا التزام بتحقيق

نتيجة يلتزم به البائع بغض النظر عن مبرراته الموضوعية أو الاقتصادية، فمجرد الامتناع عن

انظر المرجع الفرنسي

135

Alain BÉNABENT, "Droit des Obligations", LGDJ, 18<sup>éd.</sup>, 2019, p. 137 et seq.

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٥٩٥.

136

راجع المادة ٤٣١ من القانون المدني المصري.

137

## شريف علاء الدين العطايف

التسليم هو اخلال تعاقدى يجيز للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في حالة الضرر.

وبالتالي فإن الالتزام بالدخول في المفاوضات ليس هو التزام قانوني بتحقيق نتيجة، ولا الالتزام بالاستمرار في المفاوضات هو التزام قانوني ببذل عناية. فكلاهما التزامين طبيعيين يحكما فقط الواجب العام لحسن النية الذي يحكم جميع المعاملات سواء كانت أفعال مادية أو تصرفات قانونية.

ويقصد بالتنفيذ العيني، كما هو مستقر عليه قانوناً، قيام المدين بأداء عين ما التزم به تجاه الدائن. والأصل في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أن يكون التنفيذ عيناً،<sup>138</sup> فإذا ما نكل المدين عن التنفيذ العيني طواعيةً، جاز للدائن أن يجبره على ذلك عن طريق القضاء شريطة أن يكون هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للمدين.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول المرجع السابق، ص ٥٦٤؛ حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٨٣، ٨٤؛ راجع المادة ٢٠٣ من القانون المدني التي تنص على أنه "I - يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و 220 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً." والمادة ٢١٥ التي تنص على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه."

## شريف علاء الدين العطايف

إلا أن في اتفاق التفاوض إذا لم يتم المتفاوض بتنفيذ التزامه بالبدا في التفاوض أو الاستمرار فيه طواعية بالرغم من إعداره، فلا يكون من الجائز للمتفاوض الآخر أن يلجأ إلى القضاء طالباً الحكم بإجباره على الدخول في التفاوض معه أو الاستمرار فيه قولاً واحداً، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلاً أو مرهقاً وذلك لأسباب متعددة يتفق عليها الفقه جميعاً أهمها مبدأ حرية التعاقد.<sup>139</sup>

وهذا القول يؤكد وبما لا شك فيه أن التزامات اتفاق التفاوض هي التزامات أدبية غير ملزمة، فلا يتصور أن وجود التزام قانوني ملزم ممكن وغير مرهق ولا يجوز للدائن إجبار المدين على تنفيذه عيناً. ففي الحقيقة إن عدم قابلية هذا الالتزام للتنفيذ الجبري يدل على أن التزامات اتفاق التفاوض هي أدبية غير ملزمة.

ويرى جانب من أنصار نظرية عقد التفاوض أنه توجد بعض الالتزامات في مرحلة التفاوض التي تقبل التنفيذ العيني جبراً على المدين، مثل الالتزام بالمحافظة على الأسرار،<sup>140</sup> إلا أن هذا كما سبق وأن أوضحناه هو ليس التزام بعينه إنما هو قرينة على سوء النية (أي قرينة على عدم التزام حستن النية سواء في المعاملات أو في تنفيذ العقود)!

<sup>139</sup> حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المرجع السابق، ص ٨٤ - ٨٦؛ رجب كريم عبد

الله، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٦١٧ وما بعدها

<sup>140</sup> رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٦١٩.

## الفرع الثاني

### الحالة الخاصة بالالتزام بالتفاوض

#### المنصوص عليه في شكل بند أو شرط تعاقدى

نرى أن جميع الحالات التي تتضمن وجود بند بالعقد ينص على التفاوض على تعديل التعاقد، أو التفاوض على التجديد أو تسوية النزاع ودياً هي جميعها حالات يتم تكييفها، من قبل البعض، على أنها شرط واقف يعلق عليها سواء تعديل العقد، تجديد العقد أو تسوية النزاع وعدم اللجوء للقضاء أو التحكيم. إلا أنها لا تستوفي شروط صحة الشرط الواقف حيث أن تحققها يتوقف على الإرادة المحضة لأحد المتعاقدين، ألا وهي قبول تعديل العقد أو تجديده أو تسوية النزاع وفقاً لإرادة المتفاوض - الذي هو أحد طرفي التعاقد - الحرة، وبالتالي فإنها لا تعتبر شرطاً واقفاً.<sup>141</sup>

علاوة على ذلك، فإن الالتزام بالتفاوض والاستمرار في المفاوضات الوارد بهذا البند هو التزام أدبي وليس ملزم قانوناً كما سبق وأن أوضحنا. ففي هذا النوع من البنود تتجه غالباً إرادة المتعاقدين إلى إحداث أثرين قانونيين أحدهما التزام أدبي وآخر قانوني، وفي حالة التعارض بين هذين الالتزامين تتجلى إرادة المتعاقدين في إعمال وتنفيذ الالتزام القانوني.

<sup>141</sup> راجع المادة ٢٦٧ من القانون المدني التي تنص على أنه "لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم"



## شريف علاء الدين العطايفي

ففي شرط التفاوض على تعديل بنود العقد عند حدوث ظروف طارئة أو تغيير في التوازن الاقتصادي للعقد، تتجه نية وإرادة الأطراف الواضحة والصريحة إلى تنفيذ العقد وفقاً للبنود التي اتفقوا عليها مع إمكانية تغييرها إذا ما تم الاتفاق لاحقاً على تغييرها، فإذا لم يتفقوا، استمر العقد كما هو ولا يستطيع الطرف الراغب في التعديل عدم تنفيذ التزاماته أو الدفع بالحق في الحبس، بل إنه لا يستطيع المطالبة بفسخ العقد لأن الطرف الآخر لم يخل بأي من التزاماته حتى ولو رفض التعديل، كل ما يستطيع الطرف الراغب في التعديل المطالبة به هو إما قيام القاضي بتعديل العقد وفقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في المادة ١٤٧ أو المطالبة بالتعويض نظراً للمسؤولية التعاقدية للطرف الآخر إذا أثبت أنه كان سيء النية حين رفض التفاوض وتعسف في حقه بالتمسك بتنفيذ العقد كما هو دون تعديل، في تلك الحالة يجوز اثبات سوء النية والتعسف بكافة الطرق والقرائن.

وفي جميع الأحوال يستطيع الطرف الراغب في التعديل إكراه الطرف الآخر على تعديل العقد عن طريق القاضي أو المحكم إلا أن هذا التعديل يتم وفقاً لنظرية الظروف الطارئة وأحكام الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ وسلطة القاضي التقديرية التي تحدد إذا ما توافرت شروط تطبيق تلك المادة أم لا والتي من أهمها تحديد إذا ما كانت الظروف تعتبر طارئة أم لا، وإذا ما كان التنفيذ مرهق أم لا.

## شريف علاء الدين العطايف

فالتعديل يتم وفقاً لنص القانون والسلطة التقديرية للقاضي وليس وفقاً لاتفاق التفاوض أو إرادة المتعاقدين،

فخير دليل على ذلك هو سلطة القاضي التقديرية على تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة

حتى ولو لم يتم النص على التفاوض على تعديل العقد من الأساس.

أما في حالة الاتفاق على الفسخ في حالة عدم التوصل لاتفاق بشأن التعديل، يتحول هذا البند من كونه

شرط واقف باطل إلى شرط فاسخ صحيح وسليم يترتب عليه فسخ العقد، وهو الأثر الذي قد

يخشاه الأطراف مما قد يدفع الطرف غير الراغب في التعديل إلى التفاوض بجدية بغرض تجنب

فسخ العقد.

أما في حالة البند الذي ينص على تجديد العقد، فقد اتجهت إرادة الأطراف الواضحة والصريحة إلى تنفيذ

العقد وفقاً للمدة التي اتفقوا عليها مع إمكانية تجديد العقد إذا ما تم الاتفاق لاحقاً على التجديد،

فإذا لم يتفقوا، انتهى العقد في الموعد المحدد. إذاً عند التعارض بين الإرادتين، إرادة تنفيذ العقد

لمدة محددة وإرادة تمديد مدة العقد، يتم تغليب الإرادة الأولى. فإرادة المتعاقدين تجاه التجديد غير

واضحة وغير محددة على خلاف الشرط القائل بأن العقد يجدد تلقائياً إلا في حالة إذا أعلن أحد

الطرفين عن رغبته في عدم التجديد، ففي تلك الحالة اتجهت إرادة الأطراف الواضحة والصريحة

إلى التجديد والاتفاق عليه مسبقاً، إلا قام أحد الأطراف بإعلان رغبته في عدم التجديد خلال مدة

معينة والتي بفواتها يجدد العقد تلقائياً ويستطيع الطرف الآخر إكراه الطرف المتعاقد معه على تنفيذ

العقد المجدد.

## شريف علاء الدين العطايف

ولا يستطيع أحد الأطراف إكراه الطرف الآخر على التجديد، ولكن كل ما يستطيع فعله هو المطالبة به هو التعويض نظراً للمسؤولية التعاقدية للطرف الآخر إذا أثبت أنه كان سيء النية في تنفيذ العقد، أي أنه سيء النية في تنفيذ بنود العقد المتعلقة بالمدة والتجديد، كأن يكون قد تعسف في استخدام حقه في رفض التجديد والذي قد يستدل عليها من قيام الطرفين بالتفاوض والاتفاق على التجديد لعدة سنين ثم قيام أحد الطرفين برفض التفاوض على التجديد دون أي مبرر وقيامه بالدخول في علاقة جديدة مع منافس المتعاقد الآخر، مما يعتبر قرينة على سوء نية في تنفيذ بنود العقد، أي سوء نية في استعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته التعاقدية.

وأخيراً فيما يخص البند الذي ينص على التفاوض لتسوية المنازعات التي تثور بين المتعاقدين بخصوص العقد القائم بينهم قبل اللجوء للتحكيم أو القضاء، فإنه في تلك الفرضية تتجه إرادة المتعاقدين الواضحة والصريحة إلى حل نزاعهم عن طريق القضاء أو التحكيم، وهو حق شخصي أصلي وجوهري، مع إمكانية تسوية النزاع ودياً قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم. فأن تعارضت الإرادتين يتم بالطبع تغليب الإرادة الحقيقية والواضحة وهي اللجوء للتحكيم أو القضاء لحل النزاع، اللهم إذا تبين من صياغة الشرط وجود نية حقيقية للأطراف على عدم اللجوء للتحكيم إلا بعد استنفاد مدة معينة يحاول خلالها الأطراف تسوية النزاع عن طريق الوساطة أو التوفيق. إلا أنه حتى في تلك الحالة،

لا تكون هيئة التحكيم أو المحكمة ملزمة باحترام تلك المدة إذا تبين لها عدم جدواها أو أنه لا

طائل منها.<sup>142</sup>

ففي جميع الشروط السابق تناولها أعلاه يتبين لنا أن الالتزام بالتفاوض الوارد بتلك الشروط ليس التزام قانوني بالمعنى الضيق، حيث أن الإخلال به وعدم تنفيذه لا يبيح الطرف المضرور المطالبة بالفسخ ولا حتى بالتنفيذ العيني، بل ولا يكون المتعاقد الراض للتفاوض مغل أو مخطئ حيث أنه قد قام بالفعل بتنفيذ التزاماته الواردة بالعقد ولا يمكن إجباره على التفاوض نظراً لحريته في التعاقد التي يحميها القانون. وبالتالي لا يكون هناك مجال للمتعاقد الآخر سوى بالرجوع على المتعاقد الأول بموجب المسؤولية التعاقدية على سند الآن الأخير قد نفذ عقده، ولكن تنفيذه للعقد قد شابه سوء نية والدليل على ذلك هو تعسفه في استعمال حقه بإنهاء العقد في ميعاده أو تنفيذ العقد وفقاً لبنوده دون تعديل أو اللجوء للقضاء أو التحكيم، مما يترتب عليه يترتب عليه المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه بتنفيذ العقد، الوارد به شرط التفاوض، بطريقة تتفق مع موجبات حسن النية، كما أنه يمكن أن تتعدّد مسؤوليته التقصيرية على سند إخلاله بالتزامه القانوني بمراعاة حسن النية في المفاوضات والمعاملات نظراً لتعسف في استخدام حقه بحرية التعاقد . فنكون بصدد إخلالين مختلفين نابعين من ذات الفعل المادي، ألا وهو عدم تجديد العقد أو عدم تعديل العقد بشكل فيه تعسف، ولكن سند المسؤولية قد يختلف في الحالة الأولى عنه في الحالة الثانية.

انظر المرجع التالي

142

Gary B. Born , International Commercial Arbitration (Second Edition), 2nd edition• 2014, Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements, pp. 916 et seq.

تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يجوز الجمع بين كلتا المسؤوليتين لأنه لا يجوز التعويض مرتين عن نفس الخطأ وإن جاز الخيار بينهما، لا على سند اعتبارات الغش والخطأ الجسيم والتي من الممكن تصورها في تلك الحالة، بل على سند آخر وهو أن الفعل المادي، محل تلك الفرضية، يُمكن تكييفه على أنه تنفيذ تعسفي للعقد أو أنه ممارسة تعسفية لحق حرية التعاقد. ففي تلك الحالة يكون هناك أيضاً إخلالاً، أولاً إخلالاً بتنفيذ العقد بحسن نية، وبالتالي نكون بصدد مسؤولية تعاقدية. وثانياً إخلاله بالتزامه القانوني بعدم التعسف في استخدام حقه الذي هو مصدره القانون والدستور وليس العقد، وبالتالي نكون بصدد مسؤولية تقصيرية. ونرى أنه في تلك الحالة يجوز الخيرة حيث إن سند الدعوى في كل من الحالتين مختلف تماماً ولا تنطبق قاعدة القضاية التي تشترط وجود غش أو خطأ جسيم لجواز الخيرة، بل إنه لا تنطبق قاعدة حجية الأمر المقضي به لعدم وحدة السبب والموضوع وإن كنا نرى جواز حصر تطبيقها لمسألة ثبوت وتحقق الفعل المادي من عدمه (issue preclusion).

## المبحث الرابع

### عدم توافر ركن السبب في اتفاق التفاوض

يتفق الفقه والقضاء على أن سبب الالتزام، خاصةً في العقود الملزمة للجانبين، هو وجود مقابل لهذا الالتزام، والذي يُسمى بالسبب المقابل "Cause–contrepartie"، وإلا فانعدم الالتزام، غير أنهما يفرقان بين سبب الالتزام وسبب العقد.<sup>143</sup>

ينتقد جانب كبير من الفقه ركن السبب ولا يجد مبرر من وجوده حيث جانب من الفقه وعلى رأسهم Planiol أن ركن السبب هو عقيم لا مبرر له. فوفقاً لرأيه ركن المحل يجب ركن السبب ويعني عنه، فإنه يجوز اللجوء لركن المحل لبطلان العقد في حالة عدم وجود مقابل، فعدم وجود أي مقابل يعني أنه لا يوجد محل للعقد! وأن كان فريق آخر يرى أنه في حالة عدم وجود محل لالتزام معين، فذلك لا يمنع من وجود التزام آخر، وعليه يكون العقد له محل ولا يبطل إلا لعدم وجود سبب لأن الالتزام الموجود ليس له مقابل لعدم وجود التزام مقابل له. انظر المرجع الفرنسي

Ph. DELEBQUE et al. "Droit des Obligations", Contrat et quasi-contrat, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, Paris, pp. 173 et sec.

وإن كنا نرى رأي Planiol هو الأوقع إلا أنه ليس وحده كافياً، لذا نرى فكرة المقابل "Consideration" التي يتبناها القانون الإنجليزي والأمريكي هي الأفضل والأوقع فهي خليط أو مزيج من ركني المحل والسبب لارتباطهما الوثيق بحكم طبيعتهما وهو ما أدركه المشرع الفرنسي في تعديله الأخير حيث أنه استبدل ركني المحل والسبب واستخدم كلمة "مضمون" "contenu" ليعبر عنهما متضامنين، فنص المشرع الفرنسي في المادة 1128 من التقنين المدني الجديد على أن

Article 1128

"Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain"

إلا أن ذلك لا يعني أن المشرع الفرنسي قد استغنى عن فكرة السبب أو المقابل، بل دمجها في فكرة واحدة، حيث أن المشرع نص الفرنسي في مادته 1169 على

Article 1169

" Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire."

## شريف علاء الدين العطايفي

فكرة السبب المقابل المتمثلة في شرط "Consideration" التي يجب توافرها لاعتبار الالتزام موجوداً هي فكرة رئيسية متأصلة في الدول الأنجلو سكسونية - كما هو الحال في القانون الفرنسي والتشريعات المتأثرة به بحسب الرأي الراجح الذي نؤيده، - والتي لا تعتد بوجود عقد رضائي ملزم إلا لو توافر ركن "Consideration" أي المقابل المادي أو الاقتصادي الناتج عن من التعاقد، فإذا لم يكن هناك عائد اقتصادي، انتفى عن الاتفاق الصفة الإلزامية،<sup>144</sup> ففكرة المقابل هذه يجب توافرها حتى يصبح الالتزام موجوداً.

وقد استقرت أحكام محكمة النقض الفرنسية على بطلان العقود لعدم توافر ركن السبب في عقود المعاوضة الملزمة للجانبين إذا لم يقابل التزام أحد الطرفين التزام حقيقي، وليس وهمي، أي له قيمة

كما نص في مادته ١١٧٠ على

Article 1170

" Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite."

كما نص في مادته ١١٨٦ على

Article 1186

“Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement.”

144

Ph. DELEBQUE et al. “Droit des Obligations”, Contrat et quasi-contrat, 8e éd., LexisNexis, 2018, Paris, pp. 175 et sec

## شريف علاء الدين العطايفي

اقتصادية فعلية.<sup>145</sup> أما إذا كان الالتزام طبيعياً فلا يوجد فيه سبب مقابل،<sup>146</sup> ومن ثم فهو غير

ملزم، مما يعني أننا بصدد التزام طبيعي غير ملزم.

وأية كان لازماً توافر شرط السبب المقابل "Consideration" في عقود المعاوضة أو العقود الملزمة

للجانبيين، إلا أنه ليس كذلك في التصرفات التبرعية التي يأتيها الأطراف والتي لا يتوافر فيها

مقابل مادي - وإن كان يتوافر بها مقابل معنوي - أو العقود الملزمة لجانب واحد وفقاً لما هو

مستقر عليه في التشريعات اللاتينية، ولكن في جميع الأحوال فإن توافر شرط "السبب المقابل" أو

"Consideration" هو أمر لازم لصحة أي عقد من عقود المعاوضة أو العقود الملزمة

للجانبيين.<sup>147</sup>

145

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 8 février 2005, 03-10.749, Publié au bulletin;

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 25 mars 2010, 09-12.813, Inédit;

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 23 octobre 2012, 11-23.376, Publié au bulletin.

146

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 17 octobre 2012, 11-20.124, Publié au bulletin

انظر المرجع الفرنسي

147

Ph. DELEBQUE et al. "Droit des Obligations", Contrat et quasi-contrat, 8e éd., LexisNexis, 2018, Paris, pp. 175 et sec



إذا كان السبب المقابل في سبب الالتزام ذا طابع موضوعي، إلا أن السبب الدافع على التعاقد، أي الباعث الأساسي الخاص بكل طرف الذي دفعه على إبرام العقد،<sup>148</sup> هو سبب ذو طابع شخصي. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه في عقد البيع بينما سبب التزام المشتري يقبع في التزام البائع بنقل ملكة المبيع وتسليمه للمشتري، فإن سبب عقد البيع هو الباعث الأساسي على التعاقد بمعنى أنه لولا هذا السبب لما دخل المتعاقد في العقد.<sup>149</sup>

ويجب أن يكون السبب الباعث على التعاقد مشروعاً وألا يخالف النظام العام أو الآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً. وعلى الرغم من أنه يشترط أن يكون كل من المتعاقدين على علم بالباعث الغير مشروع، أو من المفترض علمهما به، لكي يبطل العقد لبطلان العقد - وهو ما يشار إليه بالسبب المشترك -<sup>150</sup> إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بفكرة السبب المشترك حيث حكمت ببطلان العقد للسبب غير مشروع على الرغم من عدم علم أحد المتعاقدين بالباعث الغير مشروع.<sup>151</sup>

148 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٤٥٦.

149 انظر حكم النقض الفرنسي  
Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 12 juillet 1989, 88-11.443, Publié au bulletin;

150 بمعنى أنه في حالة عدم علم أحد المتعاقدين بالسبب الغير مشروع، فإن العقد يكون صحيح.

151 انظر حكم النقض الفرنسي  
Cour de Cassation, Chambre civile 1, 7 octobre 1998, 96-14.359, Publié au bulletin: Bull. Civ. 1998 1, no 285.

تنص المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".<sup>152</sup> يتبين أن المادة ١٣٦ قد نظمت شروط سبب الالتزام ولم تقم بتنظيم سبب العقد، إلا أن تلك المادة قد نص عليها في الفصل الأول المتعلق بالعقد وأركانها ومنها السبب.

ويتبين من نص المادة ١٣٦ أن المشرع المصري قد أخذ بكل من "السبب المقابل"، وهو سبب الالتزام، و"السبب الباعث"، وهو سبب العقد، حيث نص على أن "إذا لم يكن للالتزام سبب ... كان العقد باطلاً" وحيث إن:

(1) السبب الباعث يُفترض وجوده حتماً ودائماً بمجرد التعبير عن الإرادة في الدخول في العلاقة التعاقدية، حيث إنه في جميع العقود، وحتى العقود التبرعية، يوجد سبب باعث على الدخول في العقد، إذا فحكم البطلان في حالة انعدام السبب لا تتصرف للسبب الباعث حيث أن يوجد بصفة ضرورية طالما وجد تعبير عن إرادة؛

(2) أما السبب المقابل فيمكن أن يكون منعدم ومع ذلك لا يبطل العقد، كما هو الأمر في العقود التبرعية وعليه لا ينصرف حكم البطلان على انعدام السبب المقابل في العقود التبرعية، وبالتالي لا يتبقى سوى السبب المقابل في العقود الملزمة للجانبين الذي ينصرف

تجدد الإشارة إلى أن تلك المادة تشبه إلى حد كبير المادة ١١٣١ من التقنين المدني الفرنسي القديم والتي تنص على أن

إليه حكم البطلان المنصوص عليه في المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري. فيكون

من الضروري وجود السبب المقابل وإلا أُبطل العقد الملزم للجانبين.

بناء على ما تقدم، يمكن القول بأن أحكام المادة ١٣٦ من القانون المدني تنصرف "للسبب المقابل" في

العقود الملزمة للجانبين حيث إنها تنظم مسألة وجود السبب والسبب المقابل وترتب على عدم

وجوده البطلان.<sup>153</sup>

يرى أنصار نظرية عقد التفاوض أن طرفي عقد التفاوض يهدفان من وراء إبرامهما لعقد التفاوض التأكيد

على أن تفاوضهما يتم بناء على اتفاق سابق بينهما، وأن هذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة

بينهما، بحيث إذا ما أخل أحدهما بالتزاماته الناشئة عن هذا الاتفاق فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية

عقدية، وبذلك يتمكن من إقصاء قواعد المسؤولية التقصيرية عن نطاق تفاوضهما، وذلك لكونها لا

تحقق لهما الأمان اللازم. كما يهدف الطرفان من وراء كتابة اتفاقهما على التفاوض إلى توفير

وسيلة إثبات مضمونة تمكنهما من إثبات التفاوض عند الإنكار، وتيسر لهما إقامة الدليل على

مسؤولية من حدا منهما عن جادة حسن النية أثناء التفاوض.<sup>154</sup> إذاً وفقاً لأنصار هذا الرأي يكون

السبب الباعث على عقد التفاوض هو إخضاع عملية التفاوض لأحكام المسؤولية العقدية.

١٥٣ راجع خلاف ذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام،

مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٤٨٢.

١٥٤ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٧٩.

## شريف علاء الدين العطايف

بخلاف هذا الباعث، وإن كنا نرى عدم صحته حيث إن احكام المسؤولية العقدية لا تحقق بالضرورة الأمان الكافي الذي يمكن أن تحققه احكام المسؤولية التقصيرية، فإننا نرى أنه لا يوجد سبب أو باعث حقيقي مستقل يدفع المتعاقدين إلى إبرام التفاوض في حد ذاته. فطرفي عقد التفاوض يقصدان من التفاوض - كما يقر أنصار نظرية عقد التفاوض - إبرام عقد نهائي معين the underlying contract subject to negotiations، والتفاوض بطبيعته هو وسيلة لإبرام العقد وليس غرض في حد ذاته، والعقد كذلك هو وسيلة لتحقيق غرض معين، وهو في الغالب منفعة مالية خاصة في عقود التجارة الدولية، وهو الباعث الذي من أجله أبرم الطرفان العقد أي "سبب العقد"، إذاً فالباعث على التفاوض هو ذاته الباعث على التعاقد وبالتالي لا يكون لعقد التفاوض باعث مستقل.

فعلى سبيل المثال في عقد البيع، قد يكون الباعث من إبرام البائع لعقد البيع هو الحصول على مقدار معين من المال لاستخدامه في غرض ما، لذا يدخل البائع في التفاوض على إبرام عقد البيع بباعث واحد هو الحصول على المال لاستخدامه في ذلك الغرض ويبرم عقد البيع محل التفاوض أيضاً لاستخدام المال في نفس ذلك الغرض، فيقول فقهاء الشريعة "لا يكون السوم البتة إلا للبيع، وإلا فليس سوماً"<sup>155</sup> والسوم (أي المساومة) من أهم مظاهر التفاوض. فلا باعث من المساومة والتفاوض إن لم يكن هناك باعث على البيع. وبالتالي لا يكون للتفاوض على عقد البيع باعث أو

155 ابن حزم، المحلي، ج ٨، ص ٤٤٨، طبعة ١٣٥٠ هجري. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٩١.

## شريف علاء الدين العطايف

سبب مختلف عن الباعث أو السبب الأساسي للعقد النهائي اللهم إلا إذا كان الباعث على التفاوض على البيع هو شيء آخر غير الحصول على المال، ففي تلك الحالة غالباً ما سيكون الباعث غير مشروع أو مخالف للنظام العام مما يعني بطلان عقد التفاوض بطلاناً مطلقاً، وهو ما يؤكد وجهة نظرنا بأن عقد التفاوض ليس له سبب باعث خاص به، فهو إما ذات السبب الباعث على إبرام العقد النهائي أو سبب غير جائز لعدم مشروعيته أو لمخالفته للنظام العام.

وحدة الباعث بين عقد التفاوض والعقد المراد إبرامه تؤدي في بعض الأحيان إلى الخلط بين مضمون اتفاق التفاوض والاتفاق المبدئي أو اتفاق الشرفي، فالبعض يرى أن الطرفين بقبولهما الدخول في التفاوض يكونا قد رضيا في الوقت نفسه بالتعاقد من حيث المبدأ ولم يبق أمامهما سوى الاتفاق على تفاصيل العقد، أي شروطه، حتى يتم إبرامه،<sup>156</sup> وهو أمر غير دقيق لأن بقبولهما الدخول في التفاوض يكونا قد رضيا ببدء التفاوض والاستمرار في المفاوضات، ولم يرضوا بأي شكل على التعاقد من حيث المبدأ حيث أن ذلك النوع من الرضا يكون في القعود المبدئية أو الشرفية أو برتوكول اتفاقي وليس اتفاق التفاوض نفسه، ولعل السبب في هذا الخلط هو وحدة الباعث والسبب وعدم تمتع اتفاق التفاوض ولا العقد المبدئي بباعث أو سبب مميز عن العقد النهائي لذا فلا يعد عقد ملزم كما سبق وأن أوضحنا.

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٩١

وحتى على فرض بأن اتفاق التفاوض له سبب باعث وأن عدم وجود باعث مستقل لا يؤثر في صحته ولا يؤدي إلى بطلانه، فإنه ومن المؤكد أن اتفاق التفاوض لا يتضمن سبب مقابل "consideration"، وبالتالي يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

من المستقر عليه أن المحل في واقع الأمر ركن في الالتزام لا في العقد، وأن العقود الملزمة للجانبين ينشأ عنها التزامات تقع على عاتق كل من المتعاقدين تكون لها محل،<sup>157</sup> إلا إنه وبمطالعة محل اتفاق التفاوض نجد أنه لا ينشأ عنه أي التزام قانوني بالمعنى السليم للمصطلح وبالتالي لا يوجد التزام ولا يوجد سبب مقابل.<sup>158</sup>

لذلك لا تعتبر التشريعات الإنجليزية والفرنسية اتفاق التفاوض عقد ملزم وذلك لانتفاء عنصر السبب المقابل "consideration" هو ركن من أركان إبرام العقود في تلك النظم القانونية، الذي يتشابه مع ركن السبب المقابل في القانون المصري وركن المضمون في القانوني الفرنسي الجديد بعد التعديل الأخير.<sup>159</sup>

157 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة،

الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ١٦٠.

158 تجدر الإشارة هنا إلى أن تلك الفرضية توضح مدى التداخل والتشابه بين المحل السبب الأمر الذي دفع

المشرع الفرنسي إلى دمجها في فكرة واحدة أسماها "بالمضمون".

159 المادة ١١٦٩ من التقنين المدني الفرنسي الجديد.

## شريف علاء الدين العطايف

فركن السبب المقابل "consideration" في القانون الإنجليزي أو القانون الأمريكي يشترط الحصول على مقابل مالي أو عائد اقتصادي مقابل الدخول في الاتفاق لكي يعتبر العقد ملزماً من الناحية القانونية.<sup>160</sup> وهو لا يختلف كثيراً عن ركن السبب المقابل في التشريعات اللاتينية وإن كان الأخير أوسع فلا يشمل فقط المقابل المادي بل يشمل المقابل المعنوي وهو ليس معترف به في الشرائع الإنجليزية، فكما سبق وأن أوضحنا أن ال consideration هو فكرة مادية اقتصادية تدل على اتفاق العقد مع الواقع، وذلك بتلقي المتعاقد مقابلاً ملموساً للالتزامه، لذا فإن العقود التبرعية لا يعتد بها في تلك النظم على أنها عقود ملزمة، على عكس الحال في النظم اللاتينية التي تعتبر تلك العقود هي من قبيل العقود الملزمة ولكنها ملزمة لجانب واحد.<sup>161</sup>

لذا لا تعترف التشريعات الإنجليزية بالطبيعة التعاقدية لمرحلة التفاوض نظراً لانعدام المقابل المادي للموس الذي سيحصل عليه الطرفان جراء التزامهم بالقيام بالتفاوض خاصة في حالة أن باءت المفاوضات بالفشل. وحتى ولو كللت المفاوضات بالنجاح وأبرام العقد النهائي، فإن المقابل المادي الذي سيحصل عليه الأطراف هو نتيجة لتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد النهائي وليس نتيجة لتنفيذ لالتزامات البدء في التفاوض والاستمرار فيه.

160 انظر الاحكام التالية

Congregation Kadimah Toras-Moshe v. De Leo, 540 N.E.2d 691 (1989);  
Hammer v. Sidway, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891),

161 في هذا السياق انظر رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٨٢، وما بعدها.

لا يختلف الأمر كثيرا في التشريعات اللاتينية، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود المعاوضة، وهي في مجملها عقود غير تبرعية ملزمة للطرفين، والتي يكون ركن "السبب المقابل" فيها شبيهة إلى حد ما كبير مع فكرة الـ "consideration". وكما أوضحنا سابقاً أن عدم وجود التزام مقابل في العقود الملزمة للطرفين يعني أنه لا يوجد سبب للالتزام، وبالتالي يكون العقد باطلاً. فعلى سبيل المثال، في عقد البيع، سبب التزام البائع بتسليم الشيء المبيع ونقل ملكيته هو المقابل المالي الذي حصل عليه نتيجة لالتزام المشتري بدفع الثمن، فإذا انعدم وجود التزام بدفع ثمن محدد، أبطل العقد.<sup>162</sup>

وبالتالي نظراً لأن محل عقد التفاوض عبارة عن مجموعة من الالتزامات، مثل الالتزام بالدخول في مفاوضات والاستمرار فيها، وهي التزامات أدبية ليس لها قوة قانونية الزامية، فإنه لا يوجد سبباً حقيقياً مقابل لالتزام كل طرف بالدخول في المفاوضات، وعليه لا يعتبر اتفاق التفاوض عقد ملزم قانوناً، فلا يمكن القول بأنه يترتب على قيام أحد المتفاوضين بالبدا في اجراءات التفاوض التزام المتفاوض الآخر بالدخول والبدا في التفاوض معه ذلك لأن محل عقد التفاوض يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد الذي كفله الدستور. فعدم مشروعية المحل أدت لانتفاء وعدم وجود سبب العقد. ونقصد هنا السبب المقابل.

انظر المادة ٤٢٤ مدني " إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوي اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما. "



## شريف علاء الدين العطايفي

وهذا المنطق القانوني يعكس حالة الارتباط الوثيقة - من الناحية الواقعية والعملية - بين ركني المحل والسبب وأن بطلان العقد لعدم مشروعية المحل يقتضي بالضرورة، في الكثير من الأحيان، بطلان العقد لتخلف ركن السبب، فمن الناحية العملية النتيجة واحدة وهي بطلان العقد بطلان مطلق بغض النظر عن التفرقة النظرية بين السبب والمحل، وهو ما دفع المشرع في فرنسا إلى دمج محل العقد مع سببه وليس إلغاء سبب العقد كما يظن البعض.

فسار المشرع الفرنسي على حذو التشريعات الأنجلوسكسونية وقام بدمج المحل والسبب في فكرة وهي مضمون العقد "le contenu".<sup>163</sup> إلا أن ذلك لا يعني أن المشرع الفرنسي قد استغنى عن فكرة السبب أو المقابل، بل دمجها في فكرة واحدة، حيث إن المشرع الفرنسي قد نص في مادته ١١٦٩ على أنه "في عقود المعاوضة، يعتبر العقد باطلاً إذا كان المقابل المتفق عليه لصالح المدين بالتزام معين، عند إبرام العقد، ضئيل أو وهمي".<sup>164</sup> وهو ما يعد تطبيق واقعي وحقيقي لنظرية السبب في إطارها القديم حيث أصبحت صياغة المشرع أكثر تحديداً، وهو ما يتماشى مع قراءة الفقه والقضاء لركن السبب في ضوء التشريع القديم بفرنسا والحالي بمصر عند قيامهم بتفسير وتطبيق تلك النظرية على عقود المعاوضة الملزمة للجانبين.

المادة ١١٢٨ من التقنين المدني الجديد على أن

" Article 1128 : " Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain"

نص الفرنسي في مادته ١١٦٩ على

Article 1169 : Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire."

كما أن الشارع الفرنسي قد حرص على إبقاء شرط مشروعية الباعث على التعاقد - السبب الباعث - حيث نص في مادته ١١٦٢ على ضرورة أن يكون ألا يخالف العقد، سواء في بنوده أو في غايته، النظام العام سواء كانت هذه الغاية معلومة لجميع أطراف العقد أم لا.<sup>165</sup>

بناءً على ما تقدم لا يعد اتفاق التفاوض في القانون الفرنسي المدني الجديد اتفاق له مضمون محدد نظراً لأن محل الالتزامات النابعة منه هي التزامات أدبية ليس لها قوة ملزمة مما يترتب عليه عدم وجود مقابل يحصل عليه الأطراف من أجل الدخول في العلاقة التعاقدية! وهو ما أكدته المادة ١١١٢ مدني فرنسي.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> نص المشرع الفرنسي في مادته ١١٦٢ على  
Article 1162 : Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

راجع في هذا المعنى  
Alain BÉNABENT, "Droit des Obligations", LGDJ, 18éd., 2019, p. 155 et seq.  
<sup>166</sup> أنظر المرجع الفرنسي  
Alain BÉNABENT, "Droit des Obligations", LGDJ, 18éd., 2019, p. 82-86

نص المشرع الفرنسي في المادة ١١١٢ من التقنين المدني الفرنسي على  
Article 1112  
L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.  
En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.

Article 1112-1  
"Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

Article 1112-2

“Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.”

## الفصل الرابع

### الاتفاقات الملزمة التي تبرم

### أثناء مرحلة المفاوضات أو أثناء تنفيذ العقد النهائي

هناك عقود يلجأ إليها المتفاوضون أثناء مرحلة التفاوض على العقد النهائي أو أثناء تنفيذه بقصد الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه أو الاتفاق على التفاصيل اللازمة لتنفيذ العقد النهائي. تشكل تلك الاتفاقات كياناً مستقلاً يضمن تحقيق أهدافاً معينة. أكثر تلك الاتفاقات شيوعاً هو عقد الإطار، والوعد بالتعاقد، والعقد المؤقت والعقد الجزئي.

## المبحث الأول

### عقد الإطار

في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة، يحرص الأطراف المتفاوضون على وضع إطار لتنظيم اتفاقهم في شكل اتفاقات وعقود تحضيرية أساسية لها طبيعة إرشادية تهدف إلى وضع الاتفاق الذي توصل إليه الطرفان حول الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق كل منهما قبل التوصل إلى اتفاق على المسائل التفصيلية اللازمة لتنفيذ الالتزامات الواردة بهذا العقد والذي يسمى بعقد الإطار.

فإذا كان المتفاوضون يبنون إبرام سلسلة من العقود اللازمة لتنفيذ اتفاقهم كما هو في عقود التوريد، أو عقود نقل التكنولوجيا أو عقود التطوير والبناء أو عقود الغاز والبتروول، يقوم الأطراف من خلال هذا النوع من عقود الإطار بتحديد الالتزامات الرئيسية والجوهرية التي يقتضيها عقد التطوير على سبيل المثال، والذي تقوم على أساسه باقي العقود اللاحقة التي تتضمن مسائل تفصيلية لازمة لتنفيذ عقد الإطار التي تعرف باسم عقود التطبيق أو عقود التنفيذ.

فقد التطوير في المثال السابق يستلزم تطبيقه ابرام عقود تطبيقية عديدة كعقود المقاوله، وعقود الصيانة، وعقود التمويل والتسهيل وعقود توريد وتوزيع المرافق الرئيسية، وعقود تنظم حقوق الارتفاق والملكية الفكرية.

ويعرف جانب من الفقه عقد الإطار بأنه "ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان باتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة، وهي العقود التي تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ".<sup>167</sup> ويعرف جانب آخر من الفقه عقد الإطار بأنه "ذلك العقد الذي يهدف إلى تحديد القواعد الأساسية، التي تخضع لها العقود التي تبرم في المستقبل".<sup>168</sup>

وقد استحدثت المشرع الفرنسي حكم جديد يتعلق بعقود الإطار، حيث نص في مادته ١١٦٤ على إنه في عقود الإطار، يجوز للأطراف الاتفاق على تحديد السعر لاحقاً وفقاً للإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بشرط أن يتحمل هذا المتعاقد عبء تفسير وشرح هذا السعر إذا اعترض الطرف الآخر عليه.

ويتضح من هذا التعريف أن عقد الاطار بالنسبة لعقود التطوير يجب أن ينص على جميع العناصر والمسائل الأساسية التي يستوجبها الاتفاق محل عقد التطوير دون التطرق إلى التفاصيل، فيجب

<sup>167</sup> سمير عبد السميع الأذنون، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٧٣.

<sup>168</sup> هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة دكتوراة، بيروت، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص ٢٧٠.

## شريف علاء الدين العطايفي

أن يتضمن على سبيل المثال الالتزامات المتعلقة بتوفير المرافق الرئيسية من مياه وكهرباء، دون التطرق إلى تحديد كمية الكهرباء الواجب توفيرها للمشروع، والجدول الزمني للطاقة التي يتم الاحتياج إليها وكيفية توفير تلك الطاقة وحجم القوة الكهربائية المطلوبة وكيفية توزيعها وثمان توزيعها واستخراج التصاريح والنفقات اللازمة ومواصفات شبكات الكهرباء وأنواعها وتحمل تكلفة بنائها وصيانتها وتحمل تبعة الهلاك وكيفية السداد، النتائج المترتبة على الإخلال بتلك الالتزامات، إلخ...، فكل تلك التفاصيل ترد في العقود التنفيذية وليس في عقد الإطار.

ويتميز عقد الإطار بأنه عقد مستقل عن عقد التطبيق أو التنفيذ، حيث يكون له كيانه الخاص، فكل بند أو التزام منصوص عليه صراحة في عقد الإطار يتضمن اتفاقاً ضمناً بين الأطراف على الالتزام بإبرام العقد التطبيقي اللازم لتنفيذ هذا البند أو الالتزام.<sup>169</sup> فالإطار أحد أطراف عقد التطوير بتوفير المرافق الأساسية من مياه وكهرباء يفرض عليه أن يبرم مع الطرف الآخر عقد توريد وبيع الكهرباء الذي على أساسه ستحدد كيفية تنفيذ الالتزام الأساسي بتوفير الكهرباء.<sup>170</sup>

فإذا رفض أحد الأطراف إبرام العقد التطبيقي - عقد توريد وبيع الكهرباء على سبيل المثال - فإنه يعد مخالفاً بالتزامه بتنفيذ عقد الإطار مما يستوجب مسؤوليته العقدية إلا لو أثبت أن سبب عدم إبرام

<sup>169</sup> وتلك الفرضية تختلف عن البند الذي ينص على التفاوض على تعديل بنود العقد عند وجود ظروف طارئة أو التفاوض على التسوية الودية للعقد.

<sup>170</sup> كأن يتفق صراحة في عقد الإطار على اللتزم المطور العام صاحب المشروع بتوفير المرافق الأساسية اللازمة لتشغيل المشروع"

## شريف علاء الدين العطايف

العقد يرجع للمتعاقد الآخر الذي أصر على وضع بنود تعسفية في العقد التطبيقي غير متعارف عليها في الصناعة أو التجارة محل التعاقد كأن يشترط مثلاً توفير كمية من الكهرباء تفوق بمراحل الكمية التي يحتاجها المشروع.

إذاً في حالة نجاح التفاوض والقيام بإبرام العقد التطبيقي ثم تبين بعد ذلك أن أحد المتعاقدين كان سيء النية اثناء التفاوض، يعتبر الطرف السيء النية محل بالتزامه التعاقدى بتنفيذ عقد الإطار بحسن نية لأنه قد نفذ التزامه بتعهده بتوريد كمية معينة من الكهرباء، ولكن هذا التنفيذ شابه سوء نية مما يبرر مسألته تعاقدياً استناداً على المادة ١٤٨ من القانون المدني المصري.

أما في حالة فشل المفاوضات لسوء نية أحد المتفاوضين، وكان الطرف الملزم بتوفير المرافق الأساسية هو المتسبب في فشل المفاوضات، بسبب عدم تقديمه العون الكافي والأمانة اللازمة على سبيل المثال، اعتبر فشله إخلالاً بتنفيذ التزامه الجوهري والأساسي بتوفير المرافق الأساسية فهو لم ينفذ التزامه بتحقيق نتيجة وهي تزويد المشروع بالكهرباء مما يستوجب مسؤوليته العقدية لعدم تنفيذ التزامه. إما إذا كان الدائن - أي الطرف المستفيد من توفير المرافق الأساسية - هو من تسبب في فشل إبرام العقد التطبيقي، كأن أصر على وضع بنود تعسفية في العقد التطبيقي كأن اشترط توفير كميات مبالغ فيها من الكهرباء، اعتبر سلوكه إخلالاً بتنفيذ التزامه بالبناء والتطوير فهو لم



## شريف علاء الدين العطايفي

ينفذ التزامه بتحقيق نتيجة وهي بناء مشروع كامل المرافق،<sup>171</sup> كما أنه أخلال بالتزامه الضمني بامتناعه عن القيام بأي عمل من شأنه أن يعيق أو يمنع المتقاعد الآخر من تنفيذ التزامه، وهو التزام يقع على عاتق كل من الطرفين لكونه أحد الالتزامات الواجبة في جميع العقود الملزمة للطرفين وذلك وفقاً لأحكام المادة ١٤٨ من القانون المدني التي نصت على أن العقد لا يقتصر فقط على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته بحسب طبيعة الالتزام. فمن مستلزمات العقد هنا هو امتناع أحد المتعاقدين عن القيام بأي تصرف يكون من شأنه إعاقة أو منع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه الأصلي وبالتالي يحول دون تنفيذ العقد بسبب سلوكه هذا.

جدير بالذكر إنه في الحالة السابقة، وعلى الرغم من وجود سوء نية، فإن الطرف المخل لا يكون مسؤولاً تعاقدياً عن سوء النية في تنفيذ العقد، لأن ببساطة سوء النية في التنفيذ يفترض أساساً بأن يكون هناك تنفيذاً للالتزام، ولكنه قد تم بسوء نية، أما في الحالة التي نحن بصددنا فالتنفيذ لم يتم من الأساس -في الفرضيتين سواء عدم تنفيذ الالتزام بتوفير المرافق الأساسية من كهرباء أو عدم تنفيذ الالتزام ببناء مشروع كامل المرافق والامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يعيق أو يمنع المتقاعد الآخر من تنفيذ التزامه. وبالتالي فالمسؤولية عن عدم التنفيذ تجب المسؤولية عن التنفيذ

<sup>171</sup> علماً بأن المسؤولية التعاقدية المشار إليها لا تتعدى إلا في حالة وجود التزام قانوني مثل "التزام المطور الرئيسي بتوفير المرافق الأساسية للمطور الفرعي لزاماً لتشغيل المشروع"، أما لو كان الالتزام هو التزام أدبي وليس قانوني مثل "يلتزم الطرفان بالاتفاق على من يتحمل توفير المرافق الأساسية" فإنه في تلك الحالة لا يوجد التزام تعاقدي من الأساس، وبالتالي لا تنطبق المادة ١٤٨ مدني، ولا تتوافر إلا فرضية الإخلال النابع عن سوء النية في التفاوض.

## شريف علاء الدين العطايف

بسوء نية وتصح أن تكون سند للمسؤولية التعاقدية للطرف المخل. بل إنه يجوز للطرف المتعاقد المتضرر المطالبة بالتنفيذ العيني أو التنفيذ على حساب الطرف المخل كلما أمكن ذلك وتحكم المحكمة، أو هيئة التحكيم، بالكميات الواجب توافرها من المرافق الأساسية من كهرباء حيث إنه لا خلاف على الالتزام بتوفيرها، ولكن الخلاف ينصب فقط على مقدار الكميات الواجب توفيرها وهي أحد المسائل الموضوعية التي يقرها القضاء، في حالة النزاع، بعد أخذ رأي أهل الخبرة.

ولكن نظراً لوجود سوء النية في الحالة السابقة، المتمثل قصد عدم التنفيذ إضراراً بالمتعاقد الآخر، مما يمكن اعتباره على أنه حالة من حالات الغش والخطأ الجسيم، في فإنه يجوز للدائن أن يختار رفع دعوى بناءً على مسؤولية الطرف المخل التقصيرية إذ أن عدم تنفيذ الأخير لالتزامه التعاقدى قد اقترن بخطأ عمدي وغش.

أما لو كان عقد الإطار قد نص صراحة على التزام الطرفين بالاتفاق لاحقاً على من يتحمل الالتزام بتوفير المرافق الأساسية، فإنه في تلك الحالة لا يوجد التزام تعاقدى من الأساس لأنه كما سنرى هذا ليس التزام قانوني، بل هو مجرد دعوة للتفاوض، وبالتالي لا يجوز اعتبار عقد الإطار عقد ملزم لأنه لا يتضمن جميع المسائل الجوهرية فهو ينقصه الاتفاق على المدين بالالتزام بتوفير المرافق الأساسية، وبالتالي يدخل في نطاق الاتفاقات قبل التعاقدية الغير الملزمة، ولا تنطبق المادة ١٤٨ مدني، وبالتالي فإن الإخلال بهذا البند أو فشل المفاوضات بشأن هذا البند لا تعدو وأن تكون

# شريف علاء الدين العطاڤي

عمل مادي تحكمه القواعد العامة وقواعد المسؤولية التقصيرية إذا ثبت وأن هناك تعسف في

استخدام الحق.

## المبحث الثاني

### الاتفاق على التعاقد (الوعد الملزم للجانبين بالتعاقد)

يعد الاتفاق على التعاقد أو الوعد الملزم للجانبين بالتعاقد هو اتفاق يتولد عنه التزامات لها قوة قانونية ملزمة. فنصوص القانون المدني واضحة فيما يتعلق بالتكييف القانوني للاتفاقات السابقة على التعاقد النهائي، أي الاتفاقات التي يتم إبرامها أثناء مرحلة التفاوض. فقد نصت المادة ٨٩ من القانون المدني على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، ولا ينعقد أي عقد حتى لو اتفقا على جميع المسائل الجوهرية في العقد طالما قد اشترطا أن العقد لن يتم إلا عند الاتفاق على المسائل التفصيلية، فإذا سكتوا عن اشتراط الاتفاق على المسائل التفصيلية انعقد العقد مباشرة.<sup>172</sup> وعليه فإما أن تقوم الرابطة التعاقدية فور الاتفاق المتبادل على جميع المسائل الجوهرية في العقد أو لا تقوم أي رابطة عقدية من الأساس إذا ما اشترط الطرفان ألا يتم التعاقد إلا عند الاتفاق على المسائل التفصيلية.

إذا لم يرتب التقنين المدني أي التزام قانوني على الأطراف في حالة عدم انعقاد العقد على الرغم من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، فيبقى هذا الاتفاق مصدراً فقط للالتزام الطبيعي،

انظر المادة ٩٥ من القانون المدني المصري

فإنه ومن باب أولى إلا يرتب القانون أي التزام على الأطراف في حالة عدم اتفاقهم على جميع المسائل الجوهرية في العقد من الأساس كما هو الحال في المفاوضات.

ويعرف جانب من الفقه الوعد بالتعاقد بأنه "عقد بموجبه يلتزم أحد الطرفين (ملزم لجانب واحد) أو كلاهما (ملزم للجانبين) بإبرام عقد معين في المستقبل إذا أبدى الموعود له رغبته في التعاقد خلال فترة معينة".<sup>173</sup> طبقاً لهذا التعريف فإن الوعد بالتعاقد قد يكون أحادي الجانب عندما يلزم الواعد وحده بإبرام البيع، وقد يكون ملزماً للجانبين وذلك عندما يتعهد الطرفان تبادلياً بإبرام البيع؛ أحدهما بائع والآخر مشتري.

ولا يكون الوعد صحيحاً إلا إذا توافرت فيه العناصر الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه، وهذا ما ذهبت إليه المادة ١٠١ مدني والتي تنص على " 1- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. 2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد".

علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص ٥٢٦

173

## شريف علاء الدين العطايف

فإذا كان العقد بيعاً، فيجب أن يتوافر في الوعد عناصر عقد البيع الموعود به، من تحديد الشيء المبيع والتمن، كما يشترط أن يتبع فيه ركن الشكل إن كان العقد الموعود بإبرامه من العقود الشكلية كعقد بيع عقار مثلاً.

والوعد بالتعاقد هو عقد كامل يبرم بإيجاب من الواعد وقبوله من الموعود له، وينصب الإيجاب والقبول على مجرد الوعد بالبيع بموضوع العقد الموعود به، كأن يكون وعداً بالبيع إذا كان العقد الموعود به عقد بيع، دون أن يلتزم الواعد بنقل ملكية الشيء المبيع أو ضمانه، بل يلتزم فقط بإجراء عقد البيع عندما يبدي الطرف الآخر رغبته في التعاقد، ولذلك فإن الوعد بالتعاقد هو أدنى مرتبة من الوعد الكامل أي العقد.

ويتميز الوعد بالتعاقد بأنه يتضمن "القبول" بالعقد النهائي، فينعقد العقد النهائي بمجرد أن يبدي الموعود له رغبته في التعاقد دون الحاجة إلى تراضٍ جديد، كما أن في عقد الوعد بالتعاقد إذا تقاعس أحد الطرفين عن إبرام العقد النهائي جاز للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء برفع دعوى صحة التعاقد، فإذا صدر الحكم بصحته، حل الحكم محل العقد النهائي وعليه ينشأ العقد ويتكون العقد من تاريخ صدور الحكم فيصير الوعد عقد نهائي، وهذا ما قضت به المادة ١٠٢ مدني مصري والتي نصت على أن "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ

## شريف علاء الدين العطايفي

الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى

حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد.<sup>174</sup>

وحتى وإن قرر الواعد التصرف في الشيء محل الوعد، كالقيام ببيعه على سبيل المثال، قبل ظهور رغبة الموعود له إعلانه عن رغبته في تنفيذ الوعد، فإن ذلك لا يعني عدم مسؤولية الواعد عن تصرفه. فالأخير مدين بالتزام شخصي تجاه الموعود له، وبالتالي يجوز للموعود له الرجوع على الواعد بالتعويض وإن كان تصرف الواعد نافذ في مواجهته.<sup>175</sup> وهنا تتجلى وتتضح الصفة الإلزامية للوعد بالتعاقد التي لا تتوافر في اتفاق التفاوض.

في هذا الاتجاه اتجهت أحكام القضاء الأمريكي ففي قضية *TEXACO, INC. v. PENNZOIL* والتي تتلخص واقعاتها في أن شركة PENNZOIL قد قامت بإبرام اتفاق مبدئي مع المساهمين الذين يملكون أغلب الأسهم بشركة Getty بشراء أسهمهم لغرض الاستحواذ على الشركة، وتم تسمية هذا الاتفاق المبدئي بـ «Memorandum of Agreement» والذي تضمن الشروط والمسائل الأساسية التي تم الاتفاق عليها بين كل من شركة PENNZOIL والمساهمين أصحاب الأغلبية في شركة Getty.

<sup>174</sup> راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٢١٢ - ٢١٩.

<sup>175</sup> راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٢١٢ - ٢١٩.

## شريف علاء الدين العطايفي

إلا أن أطراف هذا الاتفاق المبدئي قد اتفقوا على ألا يكون هذا الاتفاق ملزم إلا في حالة موافقة مجلس إدارة شركة Getty، واعتبروا أن الاتفاق المبدئي سينتهي - ويعتبر كأنه لم يكن - بمجرد رفضه من قبل مجلس إدارة شركة Getty.

فعلاً رفض مجلس إدارة شركة Getty الاتفاق المبدئي لقلّة القيمة المعروضة مقابل شراء السهم، وقام مجلس إدارة شركة Getty بإرسال إيجاب مقابل أن يتضمن قيمة أعلى لبيع السهم.

يُستنتج من حكم محكمة ولاية تكساس أنها قد اعتبرت الاتفاق المبدئي عبارة عن إيجاب وذلك بتكييفها عرض شركة Getty على أنه إيجاب مقابل (counter-offer)، الذي قد قبلته شركة PENNZOIL دون أي شرط أو قيد. كما قام الممثلين القانونيين لشركة Getty والمساهمين أصحاب الأغلبية بالإفصاح، في مؤتمر صحفي عن التوصل إلى اتفاق بين شركة Getty وشركة PENNZOIL بشأن صفقة الاستحواذ، حيث تم الإفصاح عن التوصل إلى اتفاق مبدئي على جميع بنود مذكرة الاتفاق «Memorandum of Agreement» مع فقط تعديل سعر بيع السهم.

غير أنه وأثناء قيام محامو شركة PENNZOIL بتحضير عقد الشراء النهائي «Transaction Agreement»، والذي كان من المفترض أن يتضمن مزيد من المسائل التفصيلية إضافة إلى الخطوط العريضة الأساسية المنصوص عليها في «Memorandum of Agreement» والمؤتمر الصحفي، قرر مجلس إدارة شركة Getty سحب إيجابها المقابل الموجه لشركة



## شريف علاء الدين العطاڤي

PENNZOIL وقرر بالإجماع قبول عرض شراء شركة Texaco مع إشتراط تعويض الأخيرة لشركة Getty عن أي مسألة قانونية قد تتعرض لها في حالة صدور حكم يقضي بإخلال Getty بما ورد بمذكرة التفاهم «Memorandum of Agreement».

ترتب على انسحاب شركة Getty من التوقيع على عقد الشراء الهائي «Transaction Agreement» قيام نزاع بين الشركتين نظراً لاعتبار لشركة PENNZOIL انسحاب شركة Getty من التوقيع على عقد الشراء النهائي بمثابة إخلال بينود مذكرة الاتفاق «Memorandum of Agreement» الخاضعة لأحكام قانون ولاية نيويورك.

ووفقاً لقانون ولاية نيويورك، القانون المطبق على النزاع، إذا اتجهت نية الأطراف إلى عدم اعتبار الاتفاق ملزم إلا بعد القيام بكتابته وتوقيعه، فلا يوجد عقد ملزم حتى تحقق هذا الشرط، أما إذا لم يوجد اتفاق على "ضرورة" كتابة وتوقيع الاتفاق قبل صيرورته ملزماً لكل منهما، واتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية والأساسية، فيعتبر هذا الاتفاق المبدئي هو عقد ملزم حتى لو الاتفاق

صراحة على إفراغ مضمون اتفاقهم في شكل محرر كتابي آخر،<sup>176</sup> وتلك في رأينا تعد مجرد حالة من حالات الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين التي نظمها المادة ١٠١ من القانون المدني.<sup>177</sup>

وبالتالي تعتبر نية الطرفين هي معيار تحديد مدي إلزامية الاتفاق المبدئي من عدمه، ولتحديد نية المتعاقدين، يجوز للقاضي النظر فيما كتبه وفعله الطرفان باعتبار أنها دليل على نيتهم وقصدتهم. استناداً على ما قدم من أدلة تفيد بأن الطرفان قد قصدا أن يكون العقد المبدئي ملزماً، أيدت محكمة الاستئناف حكم هيئة المحلفين، كما أيدت المحكمة الفيدرالية الحكم القاضي بمسؤولية شركة Texaco التقصيرية عن خطئها بحث شركة Getty على الإخلال بعقدتها مع شركة

178. PENNZOIL

يتضح لنا من الحكم السابق أن المحكمة اعتبرت الاتفاق المبدئي، أي مذكرة الاتفاق، عقد ملزم اتساقاً مع نية المتعاقدين الحقيقية ونظراً لما يتضمنه من جميع المسائل الجوهرية والأساسية المتعلقة بشراء الأسهم والاستحواذ. وبالتالي فمضمون ومحل الاتفاق المبدئي هنا هو نفس مضمون ومحل عقد

تجدر ملاحظة أن الاتفاق صراحة على إفراغ مضمون الاتفاق في شكل محرر كتابي آخر لا يعتبر في تلك الحالة شرط ملحق عليه الزامية العقد، فإنه مجرد التزام إضافي يلتزم الطرفين بتنفيذه على عكس الفرضية الأولى التي اتفق فيها الطرفين عدم اعتبار الاتفاق ملزم إلا بعد القيام بكتابته وتوقيعه

المادة ١٠١ من القانون المدني المصري " 1- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. 2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد."

أنظر حكم المحكمة الفيدرالية الأمريكية 178

TEXACO, INC. v. PENNZOIL, | 729 S.W.2d 768 (1987).

شراء الأسهم والاستحواذ على شركة Getty، وهو وبلا شك يختلف عن مضمون ومحل اتفاق التفاوض الذي سنتناوله بالشرح الكافي في الفصل التالي.

في سياق مماثل، أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم المطعون فيه فيما قضى بأن محضر الاجتماع، الذي وقع عليه الطرفان والمتضمن الاتفاق على إنشاء شركة وتم تحديد غرضها وأنواع الحصص ونصيب كل من الشركاء ونوع الشركة ومرتب مدير الشركة، بمثابة "وعد بإنشاء شركة" وليس مجرد دعوة للتعاقد (أو عقد مبدئي غير ملزم) حيث أن بنود محضر الاجتماع تظهر أن نية الأطراف المتفاوضة قد اتجهت إلى تكوين عقد شركة، وأن رفض أحد الأطراف إتمام الإجراءات من أجل إنشاء الشركة يعتبر إخلالاً "بالوعد بإنشاء الشركة"<sup>179</sup>، ولعل السبب الذي من أجله كيفت المحكمة محضر الاجتماع على أنه وعد بإنشاء الشركة وليس عقد شركة فعلي، هو أن عقد الشركة هو عقد شكلي تشترط فيه الكتابة.<sup>180</sup>

179 أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية

Cour de Cassation, Ch. Com., 10 octobre 2000, No. 98-10.242.

180 انظر القانون المدني الفرنسي

Article 1835: "Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement."

قارن مع المادة ٥٠٧ من القانون المدني المصري " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإن كان باطلاً وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد .

## شريف علاء الدين العطايف

ففي هذا الحكم أيضاً اعتبرت المحكمة الاتفاق المبدئي المتبادل في محضر الاجتماع بمثابة وعد بالتعاقد ملزم اتساقاً مع نية المتعاقدين الحقيقية ونظراً لما يتضمنه من جميع المسائل الجوهرية والأساسية المتعلقة بإنشاء الشركة. وكما نبين أدناه، فإن مضمون الوعد بالتعاقد يختلف تماماً عن الاتفاق المبدئي وكلاهما يختلفان محلاً ومضموناً عن اتفاق التفاوض.

لذا يذهب البعض للقول بأن عقد التفاوض أقل عمقاً من عقد الوعد بالتعاقد، كما أنه أقل بكثير منه في إتاحة الفرصة لإبرام العقد النهائي،<sup>181</sup> إلا أننا نرى أنه ليس فقط أقل عمقاً، بل أنه أقل إلزاماً فاتفاق التفاوض ليس له أي قوة إلزامية. بل إن الوعد بالتعاقد هو أعلى مرتبة من عقد التفاوض - وهو ما نفضل الإشارة إليه بالوعد بالتفاوض<sup>182</sup> - من حيث القوة الإلزامية حيث إن الوعد بالتعاقد يجوز أن يسمو ويصبح عقد نهائي ملزم على الرغم من رغبة أحد الطرفين إذا ما توافرت الشروط المنصوص عليها في القانون المدني، أما الوعد بالتفاوض، وهو أقل بطبيعة الحال مرتبة من الوعد بالتعاقد حيث إن نية الطرفين قد اتجهت إلى الوعد بالتفاوض وليس الوعد بإبرام العقد.

181 محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، المرجع السابق، ص ١٧-١٨.

182 ومن أحد أبرز صور الوعد بالتفاوض هو نص الطرفين صراحة على الاتفاق مستقبلاً على تجديد العقد أو تعديل بعض بنوده

## المبحث الثالث

### العقد الجزئي

يعرف بعض الفقه العقد الجزئي بأنه "اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات ويحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من حسمها والاتفاق عليها".<sup>183</sup> ويعرفه البعض الآخر بأنه "العقد الذي يتوصل إليه الطرفان في أثناء المفاوضات وبموجبه تحسم المسائل التي تم الاتفاق عليها أول بأول".<sup>184</sup>

يتبين من التعريفين السابقين أن العقد الجزئي لا يختلف كثيراً عن العقد المبدئي أو الاتفاق الشرفي، فهو تعبير عن إرادة الأطراف المتفاوضة فيما تم حسمه والاتفاق عليه في قالب اتفائي في مرحلة من مراحل التفاوض على العقد النهائي، والهدف من هذا العقد عدم العودة للمسائل التي تم حسمها.

إلا إننا نرى أن التعريف السابق للعقد الجزئي ينطبق أكثر على الاتفاقات المبدئية التي سبق وأن أشرنا إلى أنها لا تعد عقود ملزمة على الإطلاق لأنها لا تستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة ٩٥

183 محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفائي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ١٤٢.

184 علي فيلاي، الالتزامات افي القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠١٢، ص ٢٧٧.

## شريف علاء الدين العطايف

من القانون المدني المصري. لذا نرفض تلك التعريفات لكونها لا تفرق العقد الجزئي عن عقد المبدئي.

كما أننا نرى أنه لا يمكن تكييف العقد الجزئي على أنه عقد إطار نظراً لاختلاف طبيعة كل منهما، فعقد الإطار هو أوسع حيث يشمل جميع المسائل الجوهرية، كما أنه نهائي ملزم، أما في حالة العقد الجزئي فإن الطرفين يكونا قد اتفقا، ربما نهائياً، على بند من بنود عقد الإطار أو العقد التطبيقي أو العقد النهائي، ولكنهم لم يتفقا على المسائل الأساسية لأية من تلك العقود.

فمن وجهة نظرنا العقد الجزئي هو عقد يتناول اتفاق الأطراف على التفاصيل اللازمة لتنفيذ التزام عام وأساسي اتفاق عليه الأطراف مسبقاً في شكل عقد عام يحدد الحقوق والواجبات غالباً ما يأخذ شكل عقد الإطار. ففي أغلب الأحيان يكون العقد التطبيقي أو التنفيذي هو فعلاً عقد جزئي ينعقد أثناء مرحلة تنفيذ عقد الإطار، وليس أثناء مرحلة التفاوض، حيث يتضمن عنصر أو بعض عناصر عقد الإطار ويتناولها العقد الجزئي على التفصيل فيما يتعلق بالجانب الفني والتجاري والمالي كما هو الحال في عقد توزيع وبيع الكهرباء بالنسبة لعقد التطوير كما سبق وأن بينا فحواه أعلاه.

## المبحث الرابع العقد الوقي

يشير جانب كبير من الفقه إلى العقد الوقي على أنه "عقد مؤقت" ويعرفه على أنه "ذلك الاتفاق الذي ينشئ على عاتق أحد الطرفين أو كلاهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما أثناء فترة المفاوضات على العقد أو عند فشله".<sup>185</sup> فالعقد المؤقت الذي يبرم أثناء التفاوض إذا هو عقد مستقل عن باقي العقود يهدف إلى إضفاء بعض الالتزامات على أطراف التفاوض والذي يستمر حتى بعد فشل المفاوضات، مثله مثل العقود التي تستمر بعد إنهاء العقد الأساسي.

ويختلف العقد المؤقت بحسب مضمونه أو الغاية من إبرامه عن اتفاق التفاوض. وغالباً ما ينظم العقد المؤقت موضوعاً مختلف عن العقد الأساسي النهائي، فعلى سبيل المثال قد يكون العقد الأساسي بخصوص عقد وكالة تجارية أو توزيع ويتم الاتفاق على التزام الأطراف بالحفاظ على سرية المعلومات التي نمت إلى عملهم سواء أثناء التفاوض أو اثناء تنفيذ العقد، أو الاتفاق على التزام الوكيل أو الموزع باحترام حقوق الملكية الفكرية، والعلامة التجارية والتصميمات، أو الاتفاق على التزام الوكيل أو الموزع بعدم المنافسة بعد انتهاء عقد الوكالة أو التوزيع لفترة معينة، وغيرها من الاتفاقات.

محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، المرجع السابق، ص ١٤٧.

لذا فإنه يكون من المتصور أن يبرم عقد مؤقت أثناء التفاوض ويكون محله مميز عن عقد التفاوض، أو أن يبرم بالتوازي مع العقد الأساسي النهائي ويكون محله ومضمونه مميز عن العقد الأساسي النهائي، فالاتفاق على حفظ سرية البيانات التي يتم الإفصاح عنها أثناء سير المفاوضات أو أثناء تنفيذ عقد نقل تكنولوجيا أو عقد وكالة تجارية، هو اتفاق وقتي له مدة محددة تختلف عن مدة العقد الأساسي، فالالتزام بحفظ سرية البيانات يستمر على الرغم من فشل المفاوضات أو قد ينقضي بنجاح المفاوضات وإبرام العقد أو قد يستمر بعد إبرام العقد النهائي، كما قد يستمر بعد انتهاء أو فسخ العقد الأساسي!

فقد يتفق الطرفان على الالتزام بحفظ سرية البيانات أثناء التفاوض، وفي حالة فشل المفاوضات يلتزم الطرفان بالحفاظ على المعلومات التي تبادلوها أو اطلعوا عليها بمناسبة المفاوضات ولا ينقضي هذا الالتزام بانقضاء المفاوضات وفشلها. أما في حالة نجاح المفاوضات وقيام الطرفان بإبرام العقد النهائي فقد ينقضي الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات أو يستمر باستمرار العقد أو قد يستمر حتى بعد انقضاء العقد الأساسي وذلك بحسب طبيعة العقد النهائي. فلو كان العقد بيع يكون من غير المتصور إلزام المشتري بالحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بالشيء المبيع الذي اكتسب ملكيته، غير أنه في حالة عقد العمل اقتضت طبيعته الاطلاع على معلومات سرية تتعلق برب العمل أو عقد نقل التكنولوجيا أو عقود الشراكة، فيلتزم الطرفان بالحفاظ على سرية



## شريف علاء الدين العطايف

المعلومات التي اطلعوا عليها بمناسبة تنفيذ عقدهم طوال فترة التعاقد، بل وبعد انتهاء أو فسخ العقد.

يتضح مما سبق أن مضمون ومحل الاتفاقات الوقتية السابق الإشارة لها يكفلها ويتضمنها ويقتضيها يستوجبها مبدأ حسن النية سواء في التفاوض - أي تنفيذ المفاوضات والسير فيها- أو مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الأساسي النهائي، فيفترض مبدأ حسن النية العديد اتباع المتعاقدين سلوكيات معينة وفقاً للعرف وطبيعة المعاملات ومقتضيات الصدق والأمانة فيفترض ألا تتعارض سلوكياتهم مع مقتضيات الصدق والأمانة والثقة والإعلام والتعاون والشفافية، الحفاظ على السرية، وعدم التنافس، وعدم استغلال تصميمات المنتجات، إلخ... فإذا ثبت أن سلوكهم يناهض مع تلك المقتضيات اعتبر سلوكهم قرينة على سوء نيتهم طالما أن طبيعة المعاملات تقتضي وتفترض تلك السلوكيات، ولا تعتبر إخلال بالتزام قانوني معين، وبالتالي إذا لم يتم إثبات عكس تلك القرينة جاز للقاضي استخلاص وجود سوء نية وما يترتب على ذلك من آثار قانونية. وهنا نجد الإجابة التساؤل فلماذا يحرص الطرفان على الاتفاق عليها بعض تلك السلوكيات النص عليها صراحة سواء في صورة بند مستقل بالعقد الأساسي أو الاتفاق عليها في صورة عقد جزئي وقتي طالما أنها مفترضة كنتيجة منطقية لمبدأ حسن النية.

توجد عدة أسباب عملية من أجلها يفضل الأطراف الاتفاق على مضمون الاتفاقات الوقتية السابق الإشارة لها على الرغم من أن مبدأ حسن النية، في التفاوض أو في تنفيذ العقد، يكفلها ويتضمنها.

**أولاً** زيادة الشفافية وبتث الطمأنينة بين المتعاقدين وإزالة أي غموض أو شك حول مضمون هذه السلوكيات، فالاتفاق على مضمون ذلك الالتزام يعكس قصد ونية المتعاقدين دون لبس أو غموض.

**ثانياً** الارتقاء بتلك السلوكيات واعتبارها التزام قانوني واضح ومستقل يقع على عاتق المتعاقدين بدلاً من اعتبارها مجرد شواهد أو قرائن على سوء النية يمكن اثبات عكسها بكافة الطرق وتخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فبالنص عليها صراحة في العقد، تصبح تلك السلوكيات التزامات قانونية، مصدر للالتزام في حد ذاتها، وليست مجرد قرينة تستخدم في اثبات التزام آخر.

**ثالثاً**، لا يشمل بالضرورة مبدأ حسن النية في التفاوض وحسن النية في تنفيذ العقود تنظيم سلوك المتعاقدين بعد انتهاء التفاوض أو انتهاء العقد، لذا لا يمكن التسليم بأن ذلك المبدأ يضمن قيام الطرفين بمراعاة مقتضيات الثقة والأمانة بعد انقضاء العقد، لذا يكون من الأفضل الاتفاق على التزام الطرفين بمراعاة بعض السلوكيات المعينة لمدة معينة بعد انتهاء العقد، ويأخذ هذا الاتفاق شكل الاتفاق الوقتي.

**رابعاً**، السهولة في الإثبات من الناحية العملية. فإثبات الإخلال بالالتزام بالحفاظ على السرية أو بعدم التنافس هو أبسط وأسهل من اثبات أن سلوك معين - وليكن الإفصاح ببعض المعلومات السرية - هو قرينة على سوء النية لأن القاضي في الحالة الثانية له سلطة تقديرية واسعة في اعتبار إذا

## شريف علاء الدين العطايف

ما كان الإفصاح في تلك المعاملة وفي ضوء الظروف المحيطة بها يمكن اتخاذه كقرينة على سوء النية أم لا، وهي سلطة لا مجال لإعمالها عند التحقق إذا ما كان يوجد التزام يقع على المتعاقدين أم لا.

ففي حالة أن نص الأطراف صراحة على الالتزام بالتعاون، وهو التزام ببذل عناية، فإنه لا ينظر إليه على اعتبار أنه قرينة على وجود حسن النية من عدمها، وإنما ينظر إليه على اعتبار أنه التزام بالقيام بعمل معين وهو التعاون، وبالتالي تقل السلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن نظراً لإرادة المتعاقدين الصريحة. ففي حالة امتناع المدين عن معاونة الدائن على الرغم من التزامه صراحة بذلك، فإنه لا يجوز اعتبار عدم وجود نية للإضرار بالدائن قرينة على انتفاء سوء النية، فالامتناع وحده، إذا ما تم اثباته، يصح أن يعتبر خطأ تعاقدي قد ترتب عليه المسؤولية التعاقدية إذا توافرت باقي شروطها. بعبارة أخرى، في الحالة الاتفاق صراحة على التزام التعاون، يعتبر المدين مخالفاً إذا لم يقدم المدين مقدار التعاون الذي يقدمه الرجل المعتاد أثناء تنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه، حتى وإن كان إخلاله بالتعاون كان بحسن نية وذن وجود أي قصد للإضرار بالطرف الآخر، كأن يكون من قبيل الإهمال مثلاً.

وفي فرضية أخرى حيث اتفق الأطراف صراحة على الالتزام بعدم الإفصاح عن المعلومات السرية، - وهو التزام بتحقيق نتيجة- يكون الإفصاح عن المعلومات السرية إخلال تعاقدي في حد ذاته يترتب عليه توافر ركن الخطأ في المسؤولية التعاقدية، ولا يفرق في أن يكون هذا الإخلال قد تم

## شريف علاء الدين العطايف

بحسن نية أو بسوء فلا مجال لإعمال السلطة التقديرية للقاضي حيث أننا لسنا بصدد قرينة قضائية وإنما بصدد التزام تعاقدي لم ينفذ. فإذا صاحب هذا الإخلال حسن نية، لا يعتبر هذا عذراً أو مبرراً للإخلال، أما وإن صاحب هذا الإخلال سوء نية كتعمد الإفصاح للإضرار بالمتعاقد الآخر، فذلك لا يغير من طبيعته وكونه إخلال، وإنما قد يترب أثر قانوني إضافي وهو توافر عنصر الغش و/أو الخطأ الجسيم الذي يسمح للمضرور المطالبة بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بدلاً من التعاقدية!

## الفصل الخامس

### الالتزام القانوني الأساسي

#### بمراعاة مبدأ حسن النية في المفاوضات

في ضوء ما تقدم نستنتج أن مرحلة المفاوضات ليست لها طابع تعاقدية، لعدم توافر أركان العقد في اتفاق المفاوضات، مما ينتهي معه القول بأن مصدر الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية عند التفاوض هو العقد أو اتفاق الطرفين أو حتى المادة ١٤٨ من التقنين المدني المصري. وعليه لا يتصور غير القول بأن القانون هو مصدر الالتزام بمراعاة مبدأ حسن النية عند التفاوض وإلا انتفى وجود أي مصدر لهذا الالتزام وهو أمر غير مقبول حيث أنه هناك إجماع على ضرورة اتباع مبدأ حسن النية عند التفاوض. لذا سنتعرض في هذا الفصل دور التشريعات المقارنة والتشريع المصري في إرساء مبدأ حسن النية عند التفاوض سواء بالنص عليه صراحة أو الإشارة إليه بطريقة غير مباشرة في أحكام القانون.

كما سبق وأن أشرنا فإن المشرع الإيطالي<sup>186</sup> ونظيره الفرنسي<sup>187</sup> قد أكدوا على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية في المفاوضات، وهو أيضاً ما أرسته قواعد الشريعة الإسلامية منذ أمد بعيد.

186 نص المشرع الإيطالي في المادة ١٣٣٣٧

Italian Civil Code Art 1337, entitled 'negotiations and pre- contractual liability', states that 'the parties, in the conduct of negotiations and the formation of the contract, shall behave according to good faith

187 نص المشرع الفرنسي في المادة ١١١٢ من التقنين المدني الفرنسي على

Article 1112:

## شريف علاء الدين العطايفي

وترتيباً على ما تقدم، فإننا نرى أن مبدأ مراعاة حسن النية في التفاوض هو التزام مصدره غير إرادي ينص عليه القانون في جميع التشريعات العربية التي تتخذ من الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون في المعاملات المدنية والتجارية وذلك حتى وإن لم تنص صراحة تلك التشريعات على ضرورة مراعاة حسن النية في التفاوض مثلما نصت التشريعات الإيطالية والفرنسية التي نصت على هذا المبدأ صراحة، والقانون المدني المصري هو خير دليل على ذلك.

فطبقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري، التي تنص على أن "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" وما يعادلها من نصوص مماثلة في التشريعات العربية الأخرى، يعتبر مبدأ حسن النية في التفاوض المعمول به والمطبق في الشريعة الإسلامية جزء من النصوص التشريعية المطبقة في المعاملات المدنية والتجارية. وكون أن المشرع قد نص صراحة في تلك التشريعات على ضرورة مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود ولم يأت بنص صريح مماثل في المفاوضات، فإن ذلك لا يعني عدم اعتداد تلك

---

L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.

النظم التشريعية بضرورة مراعاة حسن النية في المفاوضات، فمبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الصدد واضحة كما أن مصدر إلزاميتها في تلك التشريعات واضحة هي الأخرى.

وتأكيداً وتطبيقاً لما تقدم، حرص المشرع في القانون المدني المصري على إلزام الأفراد بضرورة مراعاة موجبات حسن النية بل ورتب آثار قانونية في حالة مخالفته في جميع تعاملاتهم التعاقدية، أي أثناء تنفيذ العقد، وخير دليل على ذلك هو نص المادة ١٤٨ من التقنين المدني والمادة ١٥٠ التي تنص على ضرورة توافر أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف في المعاملات.<sup>188</sup>

كما أنه توجد تطبيقات متعددة لواجب حسن النية وما يقتضيه من صدق وأمانة في المعاملات غير التعاقدية التي يجريها الأفراد أثناء تعاملاتهم اليومية، فعلى سبيل المثال نجد في المادة ٥ من القانون المدني المصري، التي تنظم استعمال الحق الذي يكون مصدره القانون، وليس العقد، وتوضح كيفية ممارسته وتنفيذه دون تعسف،<sup>189</sup> كما نجد أن المادة ١٢١ القانون المدني المصري

نصت المادة ١٥٠ على ضرورة توافر "أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"

188

فالمادة ٥ توضح حالات التعسف في استخدام الحق والتي تنطبق في جميع حالات استخدام الحق في الانسحاب من المفاوضات أو الحق في عدم التعاقد، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، الذي قد يتم استخدامه بطريقة تعسفية وهو ما يعد مخالفة وإخلال لمبدأ حسن النية في التفاوض

189

قد أقرت "مبدأ حسن النية في التعامل" عند تعريفها للغلط الجوهري،<sup>190</sup> والذي يحدث حتماً أثناء مرحلة المفاوضات وقبل إبرام العقد.<sup>191</sup>

علاوة على ذلك، نجد المواد ١٢٥ و ١٢٦ من القانون المدني المصري تلزم المتعاقدين أثناء مرحلة التفاوض باتباع مبدأ حسن النية والامتناع عن الكذب أو الاتيان بحيل تدليسيه وإلا صار العقد باطلاً لعب التديليس. بل وذهب المشرع إلى ما هو أبعد من ذلك حيث اعتبر "علم أحد المتعاقدين" بالغلط أو بالتدليس قرينة قانونية على سوء نيته مما يبطل العقد لعب الرضا وجواز المطالبة بالتعويض استناداً على المسؤولية التقصيرية. فالمادة ١٢٠ من القانون المدني المصري قد أقرت بسوء نية المتعاقد الذي علم بالغلط ولم يحم بتنبيه المتعاقد الآخر إلى هذا الغلط ورتبت على هذا بطلان العقد للغلط.<sup>192</sup>

190 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

191 تنص المادة ١٢١ من التقنين المدني على ضرورة مراعاة "ما ينبغي في التعامل من حسن النية." " ورتبت على مخالفته إمكانية بطلان العقد، في حالة توافر شروط الغلط وانعقاد المسؤولية التقصيرية إن توافرت شروطها.

P. Piottet, "La culpa in contrahendo aujourd'hui", Revue suisse de jurisprudence. - Zürich. - Vol. 77(1981), no 14, p. 225-233, spec. P. 229.

192 المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري تنص على أنه "إنما وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه."؛ انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق ص ٢٦٧ - ٢٧٠.



## شريف علاء الدين العطايف

ليس هذا فحسب، وإنما اشترط المشرع ألا يكون التمسك بالبطلان على وجه يتعارض مع حسن النية، وهو أمر يخضع وبلا شك في نطاق المسؤولية التقصيرية حيث أن الحق في إبطال العقد هو حق مصدره القانون وليس العقد، وبالتالي لا يجوز للطرف صاحب الحق التعسف في استخدامه أو أن يكون سيئ النية عند استخدامه لهذا الحق، فلا يجوز للمشتري الذي وقع في غلط مشترك، كأن يعتقد أن الأرض محل البيع خالية من أي منازعات أو مطالبات قضائية أو أن تكون أرض محصورة في حين أنه كان يعتقد خطأً أن لها منفذ، المطالبة بالبطلان للغلط على الرغم من قيام البائع بالتعهد بتحمل كافة النفقات والمصاريف المتعلقة بتلك المنازعات القضائية وتقديم ضمان كافي لتحمل جيع الخسائر والأضرار في حالة أن تم الحكم بثبوت ملكية الأرض لغير البائع، أو قيامه بتحمل جميع النفقات التي يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام. فتعتبر المطالبة بالبطلان على الرغم من تلك التعهدات قرينة على سوء النية ويمكن اعتبارها أيضاً تطبيقاً من تطبيقات التعسف في استعمال الحق كما سبق وأن بينا.<sup>193</sup>

وفي ذات السياق أقرت المادة ١٢٦ قرينة قانونية على سوء النية والتدليس بمجرد اثبات أن أحد المتعاقدين كان " يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس"، وإن كان لم يأت هو بفعل التدليس ذاته، فالعلم في حد ذاته هو إخلال بمبدأ حسن النية في التعامل، رتبت على ذلك

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٢٧٢ - ٢٧٣.

## شريف علاء الدين العطايف

جواز المطالبة ببطلان العقد،<sup>194</sup> والتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية إن كان هنالك مقتضى لذلك. فيجيز القانون المدني المصري للطرف الذي عيبت إرادته المطالبة ببطلان العقد إذا ما ثبت أن الطرف المدلس سكت عمداً عن واقعة أو ملابسة لو علم بها المدلس عليه ما كان ليبرم العقد، كما يجوز له المطالبة بالتعويض وفقاً للمسؤولية التقصيرية إن وجد ضرر.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد هجر شرط أن يكون التدليس جوهري حيث لا يستلزم المشرع في التقنين الجديد أن يثبت الطرف المدلس عليه أن لولا التدليس ما كان ليبرم العقد، فأجاز البطلان لعيب التدليس وإن كان التدليس يتعلق بقيمة الخدمة المقدمة أو بباعث بسيط غير جوهري جعل المدلس عليه يقدم على التعاقد.<sup>195</sup>

غير أن المشرع المصري لم ينظم فرضية وجود أفعال تدليسية أو سكوت المدلس عمداً عن واقعة أو ملابسة لو علم بها المدلس عليه لكان أبرم العقد وفقاً للشروط التي تم التوصل إليها، أي أن العقد

194 المادة ١٢٦ من القانون المدني المصري تنص على أنه " إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس. "

195 ففي ظل التشريع القديم كان يشترط المشرع ضرورة أن يكون التدليس جوهري  
Article 1116 "Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté."

أما بعد التعديل التشريعي أصبح التدليس غير الجوهري سبباً كافياً لإبطال العقد  
Article 1139 "L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat."

## شريف علاء الدين العطايف

كان سيبرم في جميع الأحوال ولكن بشروط أكثر عدالة بمعنى أن المدلس عليه في تلك الفرضية لا يسعى إلى ابطال العقد وإنما يسعى للتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء الأفعال التدليسية، وهنا يثور سؤال حول مدى جواز سلطة القاضي في تعديل العقد كنوع من أنواع التنفيذ العيني لجبر الضرر،<sup>196</sup> أو الحكم بالتعويض، ولكن الإجابة على هذا السؤال تتعلق بموضوع آخر يصح أن يكون محل لبث مستقلاً، ألا وهو المسؤولية المترتبة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض وإن كان الفقه قد أقر بجواز المطالبة بالتعويض في هذا السياق استناداً على المسؤولية التقصيرية للمدلس دون المطالبة ببطلان العقد.<sup>197</sup>

. كما اعتبر المشرع المصري الغبن صورة من صور سوء النية في التفاوض وأجاز للطرف الذي عيبت إرادته المطالبة ببطلان العقد إذا ثبت أن المتعاقد استغل طيش أو هوى المتعاقد الآخر المغبون.

198

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث حكمت بقبول نقض حكم الاستئناف المطعون ضده الذي رفض طلب تعديل سعر العقد بتخفيضه لوجود تدليس، حيث حكمت محكمة النقض بجواز المطالبة بتعديل سعر العقد بسبب التدليس بدلاً من المطالبة بالبطلان وجواز الاستجابة لهذا الطلب

Cour de cassation chambre commerciale Audience publique du mardi 14 mars 1972 N° de pourvoi: 70-12659.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار المرجع السابق، ص ٢٨٣.

المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري التي تنص على " 1- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبزم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً تينياً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. "

## شريف علاء الدين العطايفي

وعليه فإنه يتضح لنا أن القانون المدني المصري اشترط مراعاة واجب حسن النية، عند تنفيذ وتفسير<sup>199</sup>

العقد، كما اشترطه خارج نطاق العلاقة التعاقدية وخاصة عند استعمال الأفراد لحقوقهم مثل الحق

في التقاضي وحرية التعاقد<sup>200</sup> وحرية التعبير،<sup>201</sup> والحق في إبطال العقد،<sup>202</sup> وعند إبرام العقد

بالوكالة.<sup>203</sup> إذاً يتبين مما سبق أن مبدأ حسن النية هو التزام مصدره القانون ينطبق ودون أدنى

شك في جميع المعاملات والتصرفات المدنية والتجارية وهو يعد من قبيل النظام العام.

بناء على ما تقدم، يعتبر مبدأ حسن النية واجب قانوني عام يجب مراعاته عند استعمال جميع الحقوق

وتنفيذ جميع الالتزامات الإرادية منها والغير إرادية، فهو مبدأ عام يحكم جميع التصرفات القانونية

والأفعال المادية. لذا فنحن نرى أن مبدأ حسن النية ليس المقصود به هو "الالتزام" بالمعنى

الاصطلاحي الضيق، أي أنه ليس التزام له دائن ومدين ومحل (القيام بعمل أو الامتناع عن

199 المادة ١٤٨ (٢) ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام؛ المادة ١٥٠: أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للفظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بالمتعاقدين وفقاً للعرف التجاري في المفاوضات.

200 راجع محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٣ قضائية، جلسة ٩ فبراير ١٩٦٧

201 المادة ٥ مدني التي تنص على " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة."

202 المادة ١٢٤ مدني التي تنص على " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية."

203 المادة ١٠٧ مدني التي تنص على " إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجعلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه."

## شريف علاء الدين العطايف

عمل) وسبب،<sup>204</sup> ولكنه واجب قانوني عام يبين الكيفية التي يجب أن تنفذ بها التصرفات القانونية والأفعال المادية، فالشخص عند استعماله لحق يكفله القانون، كحق التقاضي، لا يكون بصدد تنفيذ التزام، ولكنه بصدد استعمال حق فلا يقع عليه التزام بالمعنى الضيق، فهو ليس مدين لخصمه بل هو المدعي الدائن بحق ما، ولكن القانون قد وصف له الطريقة المناسبة لاستخدام حقه في التقاضي وذن الإخلال بقواعد عدم التعسف في استخدام الحق، كذلك الأمر في التفاوض والحق في حرية التعاقد وهو حق أصلي وأساسي من الحقوق الشخصية كما أقرته المحكمة الدستورية العليا.<sup>205</sup> فالتفاوض والحق في حرية التعاقد إذاً يجب استخدامهما وفقاً لموجبات حسن النية، وهو ما سنوضحه في إيجاز في السطور التالية.

ففيما يتعلق بالتصرفات القانونية، فالمادة ١٤٨ مدني تنص على ضرورة تنفيذ الالتزامات التعاقدية "بطريقة" تتفق مع موجبات حسن النية ولم يقم المشرع بوضع المعايير التي يتم بناءً عليها تحديد إذا ما كان التنفيذ قد تم بحسن نية أم لا بل تركها لتحديد وفقاً لطبيعة العقد محل النزاع ووفق السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فإن مضمون ذلك المبدأ يتحدد وفق القرائن القضائية التي تقرها المحاكم المصرية والتي أيضاً يساهم الفقه في إقرارها بطريقة غير مباشرة.

عكس هذا الرأي أنظر رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٤١٨.

المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 148 - لسنة 32 قضائية - تاريخ الجلسة 6-4-2019؛

المحكمة الدستورية العليا - الطعن رقم 226 - لسنة 30 قضائية - تاريخ الجلسة 4-11-2017

## شريف علاء الدين العطايف

غير أنه من الجائز، وفقاً للرأي الراجح في الفقه، الاستناد إلى المعايير المنصوص عليها في المادة ٥ من القانوني المدني، المتعلقة بالتعسف في استخدام الحق، لتقرير قرينة على توافر سوء النية من عدمه، وهي معايير على سبيل المثال لا الحصر، حيث يجوز اللجوء إليها للتأكد من أن العقد قد نفذ وفقاً لمبدأ حسن النية والأمانة والثقة، وإلا اعتبر استخدام الحق التعاقدية تعسفاً مما ينم عن سوء نية في التنفيذ،<sup>206</sup> علاوة على أنه يجعل استخدام الحق عملاً غير مشروع في ظل التصرفات المادية التي لا تحكمها أي علاقة تعاقدية. وإن كانت تلك المعايير الواردة بالمادة ٥ من القانوني المدني لا تعد حصرية، حيث يجوز اللجوء لمعايير أخرى لاتخاذ قرينة على سوء النية وهو ما ستقر عليه الفقه والقضاء واحكام التحكيم.

ولعل الحكمة من وراء النص صراحة على وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع حسن النية في المادة ١٤٨ مدني هو أن الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقود لا تحكمها المواد ٥،٤ من القانون المدني. فالحقوق الناتجة عن عقد معين وحالات الإخلال به تنظمها احكام نظرية العقد والمسؤولية التعاقدية، وبالتالي لا تطبق احكام المسؤولية التقصيرية، ومنها احكام التعسف في استخدام الحق،<sup>207</sup> ولكيلا تكون تلك الحقوق والالتزامات التعاقدية بمنأى عن المبدأ العام المنظم لاستعمال

206 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٥٤٣.

207 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. ٦٧٠.

الحقوق وتنفيذ الالتزامات - أي مبدأ حسن النية وعدم التعسف في استخدام الحقوق - فقد أثر  
المشروع النص عليها صراحة في المادة ١٤٨ مدني.

وهو ما أكدته التعديلات الجديدة في القانون المدني الفرنسي حيث حرص المشروع بالنص على حسن النية  
في التفاوض،<sup>208</sup> إضافة إلى حسن النية في تنفيذ العقد،<sup>209</sup> فلو أن النص على حسن النية في  
التفاوض وحالات التعسف في استخدام الحق كافية لكي تنطبق مباشرة على تنفيذ العقود، لما كان  
المشروع الفرنسي ليبقي على حكم المادة ١١٠٤ الذي ينص صراحة على مبدأ حسن النية في تنفيذ  
العقود.

نستنتج مما تقدم أن المشروع قد نص على بعض الحالات التي يجوز اتخاذها كقرينة على سوء النية،  
ومن هنا حالات علم أحد المتعاقدين بوقائع معينة على سبيل المثال العلم بالغلط أو التدليس الصادر  
من الغير أو العلم بوجود التصرف قبل انتقاله للخلف الخاص،<sup>210</sup> وكذلك حالات التعسف في  
استعمال الحق المنصوص عليها في المادة ٥ من القانون المدني المصري.

وقد تعرضنا في الواقع العملي لبعض الفرضيات والحالات التي اقتضت تناول حسن النية في تنفيذ العقود،  
وليس في المفاوضات، بغرض التوصل لما إذا كانت هناك قرينة على سوء النية أم لا.

المادة ١١١٢ من التقنين المدني الفرنسي 208

المادة ١١٠٤ من التقنين المدني الفرنسي 209

حسام الأهواني، شرح قانون الإثبات، دار نصر للطباعة الحديثة، ٢٠٢١، ص ٨٤ وما بعدها. 210

## شريف علاء الدين العطايفي

ففي عقود المقاولة يمكن للمقاول أن يتفق مع رب العمل على القيام بإنشاء مصنع أو مركز بحوث معين ويلتزم المقاول بموجب هذا العقد باستخراج جميع التصاريح اللازمة للمضي في تنفيذ العقد، ولكنه لا يتمكن من الحصول على التراخيص اللازمة اعتقاداً منه أن رب العمل لم يساعده في الحصول عليها أو أنه قد تسبب بفعله الإيجابي في عدم تحصله على التصاريح، كأن يصدر أوامر للجهات المختصة بعدم إصدار التصاريح للمقاول.

على فرض أن العقد لم ينص صراحة على التزام رب العمل بمساعدة المقاول في الحصول على التراخيص وأن الأول قد تسبب بفعله الإيجابي في عدم حصول الأخير على التراخيص اللازمة، فإن المقاول يكون مخالفاً بالتزامه بالحصول على التراخيص، ولكنه غير مسؤول تعاقدياً نظراً لأن الإخلال في تلك الفرضية يكون راجعاً لسلوك أو فعل المتعاقد الآخر. وفي نفس الوقت يكون رب العمل أيضاً مخالفاً بالتزامه بتنفيذ العقد ومستلزماته التي من ضمنها الالتزام الأصيل بالامتناع عن القيام بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تنفيذ العقد. وبالتالي يكون رب العمل مسؤولاً عن إخلاله في حالة أن اثبت المقاول أن رب العمل قد تسبب بفعله في عدم حصول الأول على التراخيص وهو أمر بالغ الصعوبة اثباته من الناحية العملية. وفي جميع الأحوال، لا مجال للحديث هنا عن حسن النية في التنفيذ لأنه لا يوجد تنفيذ من الأساس للالتزامات الواقعة على عاتق كل من الطرفين.



## شريف علاء الدين العطايفي

أما وإن ثبت العكس - أي أن رب العمل لم يأتي بفعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تنفيذ العقد - فإن رب العمل لا يكون مخلاً، وبالتالي يكون قد نفذ التزامه بالامتناع عن القيام بفعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تنفيذ العقد، كما أنه غير ملزم بمساعدة المقاول في تنفيذ التزاماته لعدم النص على ذلك في العقد، وبالتالي لا يكون تنفيذ رب العمل للعقد محل تساؤل، وإن كان يجوز للمقاول أن يثبت الوقائع المادية التي تدل على عدم قيام رب العمل بمساعدة المقاول في استخراج التصاريح اللازمة محاولة منه في إيجاد قرينة على سوء نية رب العمل في تنفيذ العقد، وإن كان عدم مساعدة المقاول في هذا السياق غير كافي لاتخاذ قرينة على سوء نية رب العمل اللهم إذا اثبت المقاول أن رب العمل له علاقة وطيدة بالجهات المختصة بإصدار تلك التصاريح ، أو أنها تابعة له، مما قد يسهل من مهمة المقاول في استخراج التصاريح.

وفي عقود البناء والتطوير على سبيل المثال إذا تعهد المقاول بتوصيل أسلاك الكهرباء لجميع مبان ووحدات المشروع يجب عليه عند تنفيذه للالتزام، وهو التزم بتحقيق نتيجة، أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن لأنه ملزم بتنفيذ التزامه بتوصيل أسلاك الكهرباء بحسن نية، فإن قام بتوصيل أسلاك الكهرباء من طريق أطول يكون المقاول محل بالتزامه، وتتعد مسؤوليته العقدية على الرغم من أن الالتزام بنتيجة قد نفذ حقاً، حيث أن أسلاك الكهرباء قد تم توصيلها، إلا أن الطريقة التي نفذ بها لا تتفق مع حسن النية، وتلك الفرضية تختلف تماماً عن عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب حيث نكون في تلك الفرضية بصدد إخلال بالتزام بالقيام بعمل معين ولا مجال للحديث عن حسن

## شريف علاء الدين العطايف

النية في التنفيذ وإن كان يمكن يوجد مجال للحديث عما إذا الإخلال قد تم بسوء نية أي أن الخطأ عمدي أم لا لما يترتب على الخطأ العمدي من آثار قانونية مختلفة.

كذلك الحال في حالة عقد القرض، إذا كان المدين ملزم برد مبلغ معين من المال في ميعاد استحقاق معين، ويعلم أن الدائن في أشد الحاجة إلى المبلغ إلا أن ميعاد الاستحقاق لم يحن وأصر المدين على الوفاء في ميعاد الاستحقاق مع علمه بموقف الدائن المالي وعدم وجود أي ضرر يقع عليه من الوفاء قبل ميعاد الاستحقاق، يكون المدين قد أخل بالتزامه بتنفيذ التزامه بحسن نية مما يترتب عليه مسؤوليته التعاقدية.

والسمسار الذي يتفق مع البائع على نسبة معينة من الثمن مقابل إيجاد مشتري خلال مدة معين، ويجد بالفعل المشتري، ولكن البائع لا يتعاقد مع المشتري خلال المدة المتفق عليها، وفور انتهاء مدة المشار إليها يقوم البائع بإبرام عقد البيع مع المشتري ولا يحصل السمسار على أي مقابل.

## الخاتمة

يذهب جانب من الفقه، أنصار نظرية عقد التفاوض، إلى القول بأن قبول الطرفين الدخول في التفاوض يعني أن الطرفين قد ارتضيا في الوقت نفسه التعاقد من حيث المبدأ ولم يبق أمامهما سوى الاتفاق على تفاصيل العقد وشروطه الجوهرية، لذا يطلقون على اتفاق التفاوض أحياناً اسم "اتفاق مبدئي" أو "اتفاق من حيث المبدأ"،<sup>211</sup> غير أننا أوضحنا أن هذا الرأي إنما ينم عن اللبس الشديد فيما بين محل اتفاق التفاوض ومحل الاتفاق المبدئي وعدم القدرة على التفرقة بين مضمون ومحل كل منهما. فعقد التفاوض، على فرض أنه موجود سليم وقائم، وهو عكس وما اثبتناه من حيث توصلنا إلى عدم وجود مثل هذا الاتفاق، لا ينبغي أن يتضمن أيّاً من الشروط والبنود العامة للعقد النهائي وإلا أصبح محله ومضمونه هو ذات محل ومضمون الاتفاق المبدئي إذا تضمن بعض الشروط الأساسية، أو أصبح هو ذاته العقد النهائي إذا تضمن كافة الشروط الجوهرية.<sup>212</sup>

كما أن القول بأنه يمكن الإشارة إلى اتفاق التفاوض أحياناً "بالاتفاق المبدئي" أو "اتفاق من حيث المبدأ" كافي في حد ذاته لتفنيد رأيهم القائل بوجود عقد تفاوض. فلو اعتبرنا عقد التفاوض هو ذاته الاتفاق المبدئي، فهذا يعني أنه عقد تمهيدي أدبي غير ملزم ذلك لأن جميع الاتفاقات المبدئية هي

رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، المرجع السابق، ص ٢٩١

211

المادة ٩٥ من القانون المدني المصري مدني

212

## شريف علاء الدين العطايف

اتفاقات أدبية بطبيعتها كما سبق وأن أوضحنا! بل إننا نرى أن اتفاق التفاوض هو يأتي في مرتبة أدنى من الاتفاق المبدئي.

فالاتفاق المبدئي يتحقق في حالتين، إما أنه عقد نهائي ينقصه بعض المسائل الجوهرية أو أنه عقد نهائي يتضمن الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية إلا أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى عدم اعتبار العقد نهائي حتى يتم الاتفاق على جميع المسائل التفصيلية أو الاتفاق على كتابة العقد لاحقاً في ورقة رسمية، خير مثال على ذلك عقد البيع الابتدائي غير الملزم.<sup>213</sup> وهو كما أوضحنا هو اتفاق أدبي غير ملزم فيتم تكييفه في جميع الأحوال على أنه عمل مادي وليس تصرف قانوني مثله مثل اتفاق التفاوض، فلا يتصور أنه وإن عدل أحد الطرفين عن ما تم الاتفاق عليه في الاتفاق المبدئي وأن يعتبر عدوله خطأ تعاقدية يستوجب مسؤوليته التعاقدية كما لا يتصور أيضاً إجباره على عدم العدول عما تم الاتفاق عليه بصفة مبدئية!<sup>214</sup>

فالحالة الوحيدة الذي يرتب فيها القانون آثار ملزمة لكل من الطرفين، أثناء مرحلة التفاوض وقبل انعقاد العقد، هي اتفاق الطرفين على التعاقد وهو الاتفاق الذي يأخذ شكل الوعد بالتعاقد. ولكن الأخير لا ينعقد صحيحاً ولا تكون له قيمة قانونية إلا إذا تضمن جميع المسائل الجوهرية الخاصة بالعقد

213 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص ٦٦.

214 محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 674 - لسنة 40 قضائية - تاريخ الجلسة 9-12-1975؛ محكمة النقض الفرنسية

Cour de cassation, sociale, 25 novembre 1960 Publié au bulletin, N° 1080

## شريف علاء الدين العطايف

النهائي،<sup>215</sup> فإذا تضمن تلك المسائل الجوهرية واتفق الطرفان عليها صراحة، فيجوز فيه التنفيذ

العييني.<sup>216</sup>

وعليه إذا كان الاتفاق المبدئي على بعض المسائل الجوهرية يعد مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب على العدول عنه أي مسؤولية تعاقدية، فإنه ومن باب أولى اعتبار الاتفاق على التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم. فالاتفاق على التفاوض لا يتضمن أي من المسائل الجوهرية للعقد ولا حتى البعض منها على خلاف الاتفاق المبدئي.

كما أن أي اتفاق على التفاوض يتعارض حتماً مع الوعد بالتعاقد، إلى حد أنه يمكن القول بأن كل وعد بالتعاقد باطل - لعدم تضمنه المسائل الجوهرية للعقد النهائي - هو في حقيقته مجرد اتفاق مبدئي يسمو على اتفاق التفاوض.

ولا يمكن تنفيذه لعدة أسباب أهمها هو أن الوعد بالتعاقد هو التزام بتحقيق نتيجة ألا وهي التعاقد، وفي حالة عدم الاتفاق على المسائل الجوهرية للعقد النهائي فلا يجوز للقاضي إلزام الطرف الذي نكل بوعده على التعاقد وفقاً لأحكام المادة ١٠٢ مدني، لأنه لا توجد أصلاً مسائل جوهرية تم الاتفاق عليها.

215 المادة ١٠١ من القانون المدني المصري

216 المادة ١٠٢ من القانون المدني المصري

## شريف علاء الدين العطاڤي

علاوة على ما سبق فإن انتهاء المفاوضات أو عدم الدخول فيها لا يعد خطأ في حد ذاته ولا يترتب على تلك الأفعال المادية المسؤولية القانونية إلا لو صاحبها سوء نية. الأمر الذي يتضح معه أن الالتزام الذي يقع على عاتق المتعاقدين فعلاً أثناء التفاوض هو مراعاة مبدأ حسن النية وهو التزام يجب مراعاته عند القيام بأي تصرف مادي، مثل تقديم طلب الحصول على الجنسية أو الترخيص ببناء، وفقاً لأحكام القانون المتمثلة في المادة ٥ مدني، وأحكام الشريعة الإسلامية، كما يجب مراعاته عند تنفيذ أي تصرف قانوني وفقاً للمادة ١٤٧ (٢) مدني.

## التوصيات

من الناحية القانونية فإننا نرى أنه لا يجوز إخضاع المفاوضات لقواعد واحكام العقد لانتفاء أركان العقد في اتفاق التفاوض، كما لا نرى فائدة عملية من وضع المفاوضات في إطار تعاقدي من الأساس، بل على العكس فإن إدراك المتفاوضين لإمكانية انعقاد مسؤوليتهم التقصيرية في حالة إخلالهم بمقتضيات حسن النية في المفاوضات، والتي تشمل التعويض عن الضرر المتوقع والغير متوقع والذي لا يجوز الاتفاق على العفاء بعكس المسؤولية التعاقدية، قد يدفعهم إلى أن يكونا أكثر حرصاً وحسن نية أثناء التفاوض لتفادي تلك الآثار الغير محمودة.

وعلى الرغم من تسليمنا بأن التفاوض هي عمل مادي بحت لا تحكمه نظرية العقد، فإننا نقر بوجود مبدأ حسن النية الذي يحكم مرحلة التفاوض، ويلتزم به وبمقتضياته جميع أطراف التفاوض، وهو التزام يجد مصدره الواضح والصريح في النصوص التشريعية كما سبق وأن أوضحنا.

ويعتبر "العلم أو عدم العلم بواقعة معينة" من أهم المظاهر التي يعتد بها المشرع في تقرير بعض القرائن القانونية المتعلقة بوجود سوء النية من عدمه، ففي كثير من الأحيان يعتبر المشرع العلم بواقعة معينة قرينة قانونية قاطعة على سوء النية وبالتالي يرتب عليه المشرع بعض الآثار القانونية كما هو الحال في بطلان العقد للغلط من جانب واحد الذي قابله سوء نية من الطرف الآخر لعلمه

## شريف علاء الدين العطايفي

بوجود الغلط وامتناعه عن إعلام الطرف الآخر بهذا الغلط،<sup>217</sup> أو للتدليس،<sup>218</sup> أو الغبن<sup>219</sup> أو ببطلان التصرف بعوض الصادر من المدين في مواجهة الدائن اذا كان المتصرف إليه عالمًا بأن التصرف قد تم بغش،<sup>220</sup> أو عدم الاعتراف بأسبقية من قام بتسجيل عقد بيع عقار إذا كان عالم بأن غيره قد سبقه بشراء ذلك العقار،<sup>221</sup> أو جواز تمسك الغير الحسن النية بصورية عقد ما،<sup>222</sup> ويفترض سوء النية إذا ثبت أن الغير كان عالمًا بصورية العقد ووافق عليه.<sup>223</sup>

كما أنه توجد العديد من القرائن القضائية وغيرها من القرائن التي يقرها الفقه لاستنتاج سوء النية من عدمه، ومنها على سبيل المثال عدم التزام الأمانة والصدق والثقة والإعلام والتعاون والمحافظة على الأسرار في المعاملات أو عند تنفيذ العقد، ولكن على أية حال ليس هنا هو موضع الحديث عن مظاهر سوء النية، حيث إنها تصلح لأن تكون محل لبث آخر مستقل موضوعه إثبات ركن

217 المادة ١٢٠ من القانون المدني المصري، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٢٦٧ إلى ٢٧٠.

218 المادة ١٢٥ من القانون المدني المصري

219 المادة ١٢٩ من القانون المدني المصري

220 المادة ٢٣٨ من القانون المدني المصري

221 المادة 17 من قانون رقم 114 لسنة 1946 بشأن تنظيم الشهر العقاري المعدلة بموجب المادة 3 من القانون رقم 25 لسنة 1976 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري.

222 المادة 244 (1) من القانون المدني المصري إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم.

223 محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 244 لسنة 31 قضائية، بتاريخ ٣٠ - ١٢ - ١٩٦٥.



# شريف علاء الدين العطاڤي

الخطأ في المسؤولية المدنية المترتبة على الإخلال بمبدأ حسن النية، تقصيرية كانت إذا كان سوء

النية أثناء التفاوض أو تعاقدية إذا كان سوء النية أثناء تنفيذ العقد.

## قائمة المراجع

### المراجع العربية

- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري.
- أبو العلا النمر - مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية بالقاهرة
- أحمد الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠١
- أحمد حسن الزيات وزملاؤه، المعجم الوسيط في اللغة العربية، إسطنبول تركيا.
- أحمد شرف الدين - دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية - ١٩٩٣
- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١
- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.
- بلحاج العربي، الجوانب القانوني للمرحلة قبل التعاقدية، دار هومة، الجزائر، ٢٠١٤،
- بو طبالة معمر "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية" أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، سنة ٢٠١٦-٢٠١٧، الجزائر.
- حسام الأهواني، شرح قانون الإثبات، دار نصر للطباعة الحديثة، ٢٠٢١
- حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥
- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠

## شريف علاء الدين العطايف

- سليمان مرقص، "الوافي في شرح القانون المدني - في الالتزامات" المجلد الأول - نظرية العقد، ١٩٨٧
- سمير عبد السميع الأذن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، اسكندرية، ٢٠٠٥
- صالح عبد الله بن عطف العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث والدراسات، الرياض، ١٩٩٨
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار الشروق، ٢٠١٠.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار الشروق، ٢٠١٠.
- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر، ٢٠١١.
- علي فيلاي، الالتزامات افي القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠١٢.
- محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥
- محمد حسن منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩
- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨
- مصطفى محمد الجمال، "السعي إلى التعاقد في القانون المقارن"، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢

- هدى عبد الله، النظام القانوني للفترة السابقة للتعاقد في القانون اللبناني والقانون المقارن –

رسالة دكتوراة، بيروت، ١٩٩٨-١٩٩٩

- يوسف قاسم "التعامل التجاري في ميزان الشريعة"، دار النهضة العربية، ١٩٩٣

## المراجع الاجنبية

- Alain BÉNABENT, « Droit des Obligations », LGDJ, 18<sup>éd.</sup>, 2019.
- Isabelle Beyneix, « La négociation des contrats », RTD Com. 2016.
- Gary B. Born, “International Commercial Arbitration (Second Edition), Chapter 5: Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”, 2nd edition, 2014.
- J. Carbonnier, « Droit Civil-Les obligations », PUE, 1996.
- Ph. DELEBQUE *et al.* « Droit des Obligations », Contrat et quasi-contrat, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Paris, 2018.
- W. Dross, « Le Clausier », LexisNexis, 3<sup>éd.</sup>, 2016
- M. FONTAINE, « Les lettres d’intention dans la négociation des contrats internationaux », DPCI, avr. 1977.
- Anne Péliissier, « Formation du contrat », RGDA nov. 2017, n° 114z7.
- P. Piotet, « La culpa in contrahendo aujourd’hui », Revue suisse de jurisprudence. - Zürich. - Vol. 77(1981), no 14, p. 225-233.
- F. Osman, « les principes généraux de la lex mercatoria », contribution à l’étude d’un ordre juridique national, LGDJ, 1992.
- Rose-Noëlle Schütz, “Propos introductifs”, Revue des contrats, Lextenso, No. 2, 2012.

- المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم 226 لسنة 30 قضائية - تاريخ الجلسة 4-11-2017
- المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم 148 لسنة 32 قضائية - تاريخ الجلسة 6-4-2019
- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 244 لسنة 31 قضائية- تاريخ الجلسة 30- 12-1965
- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 167 لسنة 33 قضائية - تاريخ الجلسة 9- 2-1967.
- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 396 لسنة 37 قضائية - تاريخ الجلسة 12-3-1974
- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 674 لسنة 40 قضائية - تاريخ الجلسة 9-12-1975
- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 749 لسنة 46 قضائية - تاريخ الجلسة 2-1-1982
- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 862 لسنة 52 قضائية - تاريخ الجلسة جلسة 19-1-1986
- محكمة النقض المصرية الطعن رقم 2256 لسنة 65 قضائية - تاريخ الجلسة 8-5-1996

• محكمة النقض المصرية، الطعان رقما ١٦٩٦ و ١٨٦٥ لسنة ٧٠ قضائية - تاريخ الجلسة

٢٠٠٠-١-٢٣

• محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 8981 لسنة 86 قضائية - تاريخ الجلسة 22-2-

2017

## أحكام القضاء الأجنبي

- TEXACO, INC. v. PENNZOIL, | 729 S.W.2d 768 (1987).
- Cour de cassation, sociale, 25 novembre 1960 Publié au bulletin, N° 1080
- Cour de Cassation Chambre civile 3, du 28 novembre 1968, Bull. civ. III, n° 507; R. 1968-1969, p. 21; Gaz. Pal. 1969. 1. 95.
- Cour de cassation chambre commerciale Audience publique du mardi 14 mars 1972 N° de pourvoi: 70-12659.
- Cour de Cassation, Chambre civile, 15 mai 1992, Bull. Civ. N. 143, p. 71; Rev. Trim. De Droit Civ., 1993, p. 344, obs. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 novembre 1992, 90-18.547, Publié au bulletin;
- Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 20 mars 1996, 94-10.759, Inédit.
- Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 novembre 1998, 96-18.357, Publié au bulletin.
- Cour de Cassation, Ch. Com., 10 octobre 2000, No. 98-10.242.

## الفهرس

5	<u>مقدمة</u>
12	<u>الفصل الأول: ماهية المفاوضات</u>
14	<u>المبحث الأول: مفهوم مرحلة المفاوضات</u>
19	<u>المبحث الثاني: الإطار القانوني المنظم لمرحلة المفاوضات</u>
28	<u>الفصل الثاني: الاتفاقات الأدبية غير الملزمة التي تبرم أثناء مرحلة المفاوضات (الاتفاقات التمهيدية)</u>
34	<u>المبحث الأول: الاتفاق الشرفي</u>
37	<u>المبحث الثاني: البروتوكول الاتفاقي (الاتفاق المبدئي)</u>
42	<u>المبحث الثالث: خطابات النوايا</u>
46	<u>الفصل الثالث: الاتفاق على التفاوض (الوعد بالتفاوض)</u>
48	<u>المبحث الأول: صور وأشكال اتفاق التفاوض</u>
48	<u>المطلب الأول: شرط التفاوض من أجل تمديد العقد</u>
50	<u>المطلب الثاني: شرط التفاوض على تعديل أحكام العقد</u>
55	<u>المطلب الثالث: شرط التفاوض من أجل تسوية النزاع ودياً</u>
59	<u>المبحث الثاني: الرضا في الاتفاق على التفاوض</u>
72	<u>المبحث الثالث: عدم توافر ركن المحل في الاتفاق على التفاوض</u>
74	<u>المطلب الأول: الالتزامات الأساسية والجوهرية في اتفاق التفاوض</u>
75	<u>الفرع الأول: البدء في التفاوض</u>

# شريف علاء الدين العطايف

80	<a href="#">الفرع الثاني: الاستمرار في التفاوض</a>
84	<a href="#">الفرع الثالث: الالتزام بمبدأ حسن النية ليس التزام جوهري خاص باتفاق التفاوض</a>
89	<a href="#">المطلب الثاني: الطبيعة الأدبية للالتزامات الجهرية محل اتفاق التفاوض</a>
89	<a href="#">الفرع الأول: مخالفة الالتزامات الجهرية محل اتفاق التفاوض لأحكام الدستور والنظام العام</a>
96	<a href="#">الفرع الثاني: الحالة الخاصة بالالتزام بالتفاوض المنصوص عليه في شكل بند أو شرط تعاقدى</a>
102	<a href="#">المبحث الرابع: عدم توافر ركن السبب في اتفاق التفاوض</a>
116	<a href="#">الفصل الرابع: الاتفاقات الملزمة التي تبرم أثناء مرحلة المفاوضات أو أثناء تنفيذ العقد النهائي</a>
117	<a href="#">المبحث الأول: عقد الإطار</a>
124	<a href="#">المبحث الثاني: الاتفاق على التعاقد (الوعد الملزم للجانبين بالتعاقد)</a>
133	<a href="#">المبحث الثالث: العقد الجزئي</a>
135	<a href="#">المبحث الرابع: العقد الوقتي</a>
141	<a href="#">الفصل الخامس: الالتزام القانوني الأساسي بمراعاة مبدأ حسن النية في المفاوضات</a>
155	<a href="#">الخاتمة</a>
159	<a href="#">التوصيات</a>
162	<a href="#">قائمة المراجع</a>
167	<a href="#">الفهرس</a>



## المستخلص

تدور فكرة هذا البحث حول مرحلة المفاوضات والاتفاقات التمهيدية الملزمة وغير الملزمة التي قد تبرم خلال تلك المرحلة المفاوضات ومدى إلزاميتها من الناحية القانونية وأسباب عدم اعتبار اتفاق التفاوض عقد ملزم من الناحية القانونية، كما يتناول البحث القواعد القانونية الحاكمة والمنظمة لسلوك أطراف التفاوض والتي يأتي على رأسها مبدأ حسن النية وفقاً لأحكام القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية المنظمة للعلاقات غير التعاقدية.

## Abstract

The underlying objective of this research is to set out the preliminary binding and non binding agreements that might be concluded during the negotiations, to demonstrate whether those agreements are legally binding and enforceable, and the reasons for which the so-called negotiation agreement is not unenforceable under the Egyptian law. This research also addresses the substantial obligation of good faith that is binding on the parties of the negotiation, which finds its sources in the provisions of the Egyptian Civil Code and the Islamic Law governing the non-contractual relationship.